

ISSN:1309-6826



TÜRKİYE
ADALET AKADEMİSİ

TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ
DERGİSİ

Ocak 2015 - Sayı 20 - Yıl: 6

20

Üç ayda bir yayımlanan ulusal hakemli dergidir.

www.taa.gov.tr

2015



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

20

YIL:6, SAYI:20, Ocak 2015

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 Üyesi

Dr. Gürsel ÖZKAN

Danıştay Üyesi

*

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: bilimsel.dergi@taa.gov.tr

Web : www.taa.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.taa.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 ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, 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.taa.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU*

Prof. Dr. Adem Sözüer	Prof. Dr. Mehmet Tefik Gülsoy
Prof. Dr. Ahmet Gökçen	Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz	Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu	Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Ali Güzel	Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Anıl Çeçen	Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Arzu Oğuz	Prof. Dr. Muharrem Kılıç
Prof. Dr. Atilla Özer	Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay	Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Bahri Öztürk	Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz	Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım
Prof. Dr. Bilge Öztan	Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Cevdet Yavuz	Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Cumhuri Şahin	Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Ejder Yılmaz	Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Emine Akyüz	Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Ender Ethem Atay	Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Enver Bozkurt	Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Erdal Tercan	Prof. Dr. Salih Cengiz
Prof. Dr. Erkan Küçükgüngör	Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Faruk Turhan	Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Feridun Yenisey	Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Fügen Sargin	Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Gökhan Oral	Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Hakan Hakeri	Prof. Dr. Serpil Salaçin
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez	Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu	Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu	Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Hasan Bacanlı	Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Hasan Tunç	Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz	Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk	Prof. Dr. Tefik Odman
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu	Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. İhsan Erdoğan	Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. İmdat Elmas	Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. İsmail Kayar	Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. İsmail Kırca	Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin	Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Kayıhan İçel	Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Kemal Gözler	Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Kudret Güven	Prof. Dr. Zehra Odyakmaz
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz	

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

İÇİNDEKİLER/CONTENENTS

- ◆ **Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM**
Arş. Gör. Gonca KOZANOĞLU 1
Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan
Kamu Görevlilerinin Disiplin Soruşturmasında
Hukuk Birimlerinin Olması Gereken Görev ve Yetkileri
*The Duties and Powers, That Shall Be,
of Legal Units in Disciplinary Proceedings
of Public Officials Working at the Higher Education Institutions*
- ◆ **Doç. Dr. Berrin AKBULUT**25
Fiyatları Etkileme Suçu (TCK M. 237)
Impact on Price Rates Crime
- ◆ **Doç. Dr. Said Vakkas GÖZLÜGÖL**
Yrd. Doç. Dr. Yasin POYRAZ59
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında
15 ve 16 Nolu Ek Protokollerle Öngörülen Reform
*The Reform Provided by Additional Protocols No 15 and 16
in the Implementation of the European Convention on Human Rights*
- ◆ **Doç. Dr. Tahsin ERDİNÇ**.....87
Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesine
Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti)
*Individual Application to Constitutional Court of Republic
of Turkey in Comparative Law (Constitutional Complaint)*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Gülay ARSLAN ÖNCÜ**.....139
Vergi Hukuku ve Yargılamasına Avrupa İnsan Hakları
Sözleşmesinin Uygulanabilirliği: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Kararları Işığında Bir Analiz
*The Applicability of the European Convention on Human Rights
to the Tax Law and Tax Proceeding: An Analysis in the Light
of the Case Law of the European Court of Human Rights*

- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN**
Havva ŞİMŞEK AKIN191
Kolluğun Sivil Gözetimi
Civilian Oversight
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU**221
İmar Para Cezalarına Karşı Açılan Davalarda Görev Sorunu ve
Göreve İlişkin Hükümlerin Ölçülülüğü
*Die Frage der sachlichen Zuständigkeit bei Klagen, die gegen
einen baurechtlichen Bußgeldbescheid erhoben werden, und die
Verhältnismäßigkeit der Zuständigkeitsregelungen*
- ◆ **Dr. Abdullah ÇELİK**.....279
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı
*The Right to Education
in the Case-Law of the European Court of Human Rights*
- ◆ **Dr. Recep KAPLAN**329
Birleşmiş Milletler Belgelerinde Eğitim Hakkı
Right To Education In the United Nations Documents
- ◆ **Dr. Yunus HEPER**.....373
Fabrika Ayarlarına Geri Dönüş
Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eğitim İdeolojisi
*Back to the Factory Settings the Ideology
of Education in the Constitutional Court Judgments*
- ◆ **Arş. Gör. Ali ÖNAL**447
Tâbiyet Hukuku Kapsamında Tek Ortaklı Türk ve
Yabancı Bankaların Durumu
*Within the Scope of Nationality LawThe Situation as Sole-Proprietorship
of Turkish and Foreign Bank*

- ◆ **Ahmet Emrah GEÇER**.....477
Uluslararası Vergi Hukukunda Gerçek Lehdar Kavramı
The Concept of Beneficial Ownership in International Tax Law
- ◆ **Cüneyt PEKMEZ**.....523
Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları
Conclusions of Legal Hold on Contract of Sale
- ◆ **Abdi SAĞLAM**.....567
Uluslararası Yargılama Faaliyetleri Bağlamında Eski Yugoslavya
Uluslararası Ceza Mahkemesinin Değerlendirilmesi
*Assessment of the International Criminal Tribunal for the former
Yugoslavia in the context of the International Judicial Activities*
- ◆ **Oğuz Gökhan AYDIN**.....595
İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Çerçevesinde
Terörle Mücadelede İşkence Yasağı
*The Prohibition of Torture in Fight Against Terrorism Within
the Scope of Human Rights and Humanitarian Law*

MAKALELER / ARTICLES

**YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA ÇALIŞAN
KAMU GÖREVLİLERİNİN DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA HUKUK
BİRİMLERİNİN OLMASI GEREKEN GÖREV VE YETKİLERİ**

*The Duties and Powers, That Shall Be,
of Legal Units in Disciplinary Proceedings of Public Officials Working
at the Higher Education Institutions*

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM* - Arş. Gör. Gonca KOZANOĞLU**

ÖZET

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, öğretim elemanları hakkında disiplin soruşturması yürütüleceği takdirde soruşturmacının sanığın akademik unvanına denk olması veya daha üst akademik unvana sahip olması şartını aramaktadır. Diğer bir ifadeyle mevcut düzenleme kıdemden yola çıkarak soruşturmacı tayinini kıdem esasına göre yapmaktadır.

Bu çalışmada; kamu görevlilerinin disiplin soruşturmasında hukuk birimlerinin olması gereken görev ve yetkileri, yükseköğretim kurumları örneğinde ele alınmıştır. Bu bağlamda mevcut yasal düzenleme, disiplin soruşturmasını yürüten birimlerin hukukçu olmaması münasebetiyle eleştirel bir şekilde değerlendirmeye tabi tutularak disiplin soruşturmasının kim tarafından yürütüleceği konusunda model önerisi getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Görevlisi, Disiplin Soruşturması, Hukuk Müşavirliklerinin Görev ve Yetkileri, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli idarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname.

ABSTRACT

The Higher Education Law numbered 2547 stipulates that the academic title of an investigator, who conducts a disciplinary proceeding about instructors, shall have the same or higher academic title with the defendant. In other words, existing regulation

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilimdalı Öğretim Üyesi,
yildirimramazan@hotmail.com

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilimdalı Araştırma Görevlisi,
gonca.acici@hotmail.com

is based on seniority and appoints the investigator on the basis of seniority.

In this study, the question of which duties and authorities the legal units shall have in the disciplinary proceedings of public officials working at the higher education institutions are addressed. In this regard, the existing regulation is evaluated in a critical manner because of the lack of a lawyer in the legal units conducting the disciplinary proceedings and a model is offered for the question of who is conducted the disciplinary proceeding.

Key Words: Public Official, Disciplinary Proceeding, Duties and Powers of Legal Consultancy Department, The Higher Education Law numbered 2547. The Decree numbered 659 concerning the Implementation of Legal Services in Public Administrations in the scope of General Budget and Special Budget Administrations.



GİRİŞ

Gerek kamu kurumlarında çalışan memurlar gerekse yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanı, memur ve yöneticiler hakkında yürütülen disiplin soruşturması esnasında ortaya çıkan aksaklıklar, hem disiplin hukuku anlamında hem de çalışanların performansları anlamında büyük önem taşımaktadır. Zira disiplin soruşturması sonucunda öğretim elemanları, memur ve diğer personel hakkında uyarma, kınama, yönetim görevinden ayırma, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma gibi çok ciddi disiplin cezaları verilebilmektedir.¹

Bu nedenle disiplin soruşturmasının sağlıklı bir şekilde yürütülmesi bir hayli önemlidir. Kamu görevlilerinin disiplin soruşturmalarında yaşanan aksaklıklar, soruşturmacıların yetersiz inceleme yapmalarından dolayı disiplin cezalarının yetersiz kalması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi tam tersine disiplin soruşturmasının sağlıklı bir zeminde yürütülmesi sonucu kamu görevlisine hak ettiğiinden daha fazla disiplin cezası verilmesi şeklinde de tezahür edebilmektedir.

¹ Öğretim elemanları, memur ve diğer personel hakkında disiplin cezaları, 1 Mart 2014 tarihinde kabul edilen 6528 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesi ile yeniden düzenlenmiştir.

İşte söz konusu aksaklıkların çözülebilmesi bir anlamda disiplin soruşturmasının kim tarafından yürütülmesi gerektiği sorusunun çözümüne bağlı olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, kamu görevlilerinin disiplin soruşturmasında ortaya çıkabilecek bu aksaklıklar, soruşturmacıların kimliği ile yakından ilgilidir.

Bu çalışmada ilk önce disiplin soruşturması kavramının hukuki niteliği üzerinde durulmuştur. Bu açıklamalardan sonra kamu görevlilerinin disiplin soruşturması, yükseköğretim kurumlarında çalışan kamu görevlileri örneği ele alınarak incelenmiştir.

Çalışmanın devamında, 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, kamu görevlileri hakkında açılacak disiplin soruşturmaları açısından eleştirel bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

I. DİSİPLİN SORUŞTURMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Disiplin soruşturması ve cezalarının adaletli olması aynı zamanda makul, hukuka uygun ilkelere ve yöntemlere dayanması aynı zamanda da etkili olması gerekir.² Disiplin soruşturması yapılırken usul hükümlerine mutlaka uyulmalıdır. Aksi takdirde disiplin cezası şekil unsuru yönünden hukuka aykırı olacaktır.³ Gerçekten de soruşturmada uygulanan usullerde yapılan hatalar çok fazladır. Hem esas hem de usul hataları nedeniyle pek çok kamu kurumlarınca verilen disiplin cezaları idari yargı yerlerince iptal edilmektedir.

Soruşturmada uygulanan bu hatalar nedeniyle, idari yargıda pek çok dava kaybedilmiş, ayrıca gerçekten disiplinsiz davranışı olan kamu görevlileri ceza almamıştır. Hatta yapılan hatalar ve eksikliklerin çokluğu nedeniyle pek çok üniversitenin hukuk müşavirliği disiplin soruşturma rehberi hazırlamıştır.⁴ (Örneğin Selçuk Üniversitesi Hukuk Müşavirliği, Yükseköğretim Kurumları Yöneti-

² GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun / BERK, Kahraman, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2013, s. 861.

³ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 4. B., Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 207.

⁴ ÇINARLI, Serkan, "Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Soruşturması Sorunu ve Alman Disiplin Mahkemeleri Modeli Önerisi", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 1, Y. 2011, s. 41.

ci, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Soruşturması Rehberi hazırlamıştır. Rehberin en sonuna da soruşturmada en çok hata yapılan kısımlara dikkat çekmek amacıyla “*soruşturmada dikkat edilecek hususlar*” kısmı eklenmiştir.⁵⁾

Mevcut hukuki düzenlemeler çerçevesinde disiplin usulü, yargısal değil; idari bir usuldür. Ancak bu usul, gittikçe ceza usul hukukundan esinlenmiş ve belirli ölçüde “*yargısallaşmış*”tır. Hakkında disiplin soruşturması açılan memura savunma hakkı verilmesi, disiplin kurulları önünde çelişme usulü uygulanması, bu duruma örnek olarak gösterilebilir.⁶ Bu nedenle disiplin soruşturmasının, idareler bünyesinde kurulacak hukukçulardan oluşan birimler tarafından yürütülmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

Hiyerarşi, idari teşkilat içinde amir ile memur arasında var olan ve aşağıdan yukarıya doğru yani memuru amire, amiri de bir üstteki amire bağlamak üzere teşkilatın en üstünde yer alan kamu görevlisine kadar giden bir hukuki bağıdır. Hiyerarşinin en önemli özelliği, amire “*hiyerarşi kudreti*” vermesidir. Hiyerarşi kudreti, üstün asta emir ve talimat verme, astı yönlendirme, astın işlemlerini inceleme, denetleme, değiştirme, düzeltme, geri alma, uygulanmasını erteleme, yürütülmesini durdurma, iptal etme hatta kanuna dayanarak asta disiplin cezası verme ve görev yerini değiştirme gibi yetkileri içermektedir.⁷

Disiplin hukuku çerçevesinde verilen disiplin cezaları ister disiplin amirleri tarafından verilsin, ister disiplin kurulları tarafından verilsin, hepsi birer idari işlem niteliğindedir.⁸ Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin “*İtiraz*” başlıklı 47. maddesinin 2. fıkrasında, “*Bu yönetmelikte yer alan disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir.*” demek suretiyle de bu şekilde verilen kararların idari işlem olduğuna işaret edilmektedir.

Disiplin hukuku her ne kadar idare hukukunun bir alt dalı olsa da ceza hukuku ilkelerinden oldukça fazla etkilenmiştir. Dolayısıyla da sadece disiplin hu-

⁵ www.selcuk.edu.tr, ET. 12.05.2014.

⁶ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. II, Ekin Yayınları, Bursa, 2009, s. 777.

⁷ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 202.

⁸ YILDIRIM, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri I**, 4. B., Mimoza Yayınları, Konya, 2012, s. 239; GÖZLER, s. 749.

kuku ile idare hukuku arasında değil; ceza hukuku ile disiplin hukuku arasında da bir bağ vardır.⁹

Ancak bu noktada disiplin hukuku ile ceza hukuku arasında bazı farklılıklar olduğuna da değinmek yerinde olacaktır. Bu noktada tartışılan en önemli hususlardan biri, disiplin cezaları bakımından kanunilik ilkesinin geçerli olup olmadığıdır. Doktrinde bir yandan, idari yönünün ağır basması nedeniyle disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesinin uygulanamayacağı savunulmaktadır.¹⁰ Bir yandan da disiplin suç ve cezaları ilgilinin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan etkilediğinden, disiplin suç ve cezalarının da mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır.¹¹

Gerçekten Anayasa Mahkemesi de, disiplin suç ve cezalarını Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında değerlendirmekte ve disiplin suç ve cezalarının da "kanun" niteliğini taşıyan düzenlemelerle konulması gerektiğini şöyle belirtmektedir: "*Genel olarak disiplin cezaları kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsenmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır.*"¹² Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararı da dikkate alındığında yönetmelikle disiplin suç ve cezası konulması mümkün olmamalıdır. Bir başka deyişle, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, disiplin hukukunda da geçerli olmalıdır.

Disiplin soruşturması, disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve davranışın kamu görevlisi tarafından yapıldığının öğrenilmesi veya tespit edilmesiyle başlayıp soruşturulan eylem nedeniyle ilgili kamu görevlisi hakkında bir idari karar vermekle sonuçlanan, organik açıdan idari bir süreçtir.

⁹ YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri I**, s. 239.

¹⁰ GÖZLER, s. 757.

¹¹ YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri I**, s. 240; GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, C. I, 9. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 882; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 630.

¹² Anayasa Mahkemesi'nin, E. 1990/12, K. 1991/7, T. 4.4.1991 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr, ET. 10.04.2014.

II. MEVZUATTAKİ DURUM

Anayasa'nın 129. maddesinde, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, disiplin hukukuna ilişkin genel ilkeleri düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 140. maddesinde de hakim ve savcılarının hukuksal statüleri ve bu kapsama giren disiplin soruşturması ve disiplin cezalarının kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür.

Ancak kamu personeli disiplin hukukunda, disiplin suç ve cezalarının tek tek sayıldığı kanunlar olmakla birlikte, bazen kanunda sadece disiplin cezaları sayılmış, disiplin suçlarının belirlenmesi ise düzenleyici idari işlemlere bırakılmıştır. Bu nedenle kamu personeli disiplin hukukunda Anayasa'ya ve Anayasa Mahkemesi içtihadına aykırı biçimde tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle disiplin suçu oluşturulması mümkün olabilmektedir.¹³

Kamu görevlileri için öngörülen disiplin suç ve cezaları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi görevliler için Kanun'un 125. maddesinde düzenlenmiştir. 657 sayılı Kanun'a tabi olmayan yargı organı, üniversite ve silahlı kuvvetler mensupları gibi ayrı personel kanunları bulunanlar için ise kendi personel kanunları ve ilgili yönetmeliklerde; 657 sayılı Kanun'a tabi olmakla birlikte, özel disiplin mevzuatı bulunan görevliler için ise ilgili mevzuatta düzenlenmiştir.¹⁴

Disiplin suçları 657 sayılı Kanun'un 124. maddesinin 2. fıkrasına göre, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmemek, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmamak ve yasakladığı işleri yapmak olarak tanımlanabilir.

Disiplin cezaları ise memurların ve diğer kamu görevlilerinin, memuriyet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri kusurları ya da memurluk sıfatını ve görevini etkileyebilecek kusurlu davranışlarını cezalandırmak için koyulan müeyyidelerdir. Disiplin suçlarının soruşturulması süreci ceza soruşturmasından farklı olduğundan, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na tabi değildir. Ancak Disiplin

¹³ AKYILMAZ, Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", www.gazi.edu.tr, s. 9, ET. 05.05.2014.

¹⁴ AKYILMAZ, s. 5.

Kurulları ve Amirleri Hakkında Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere yani 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na gidilmektedir.¹⁵

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (b) bendine göre; öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre, Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir. Yine 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 65. maddesinin (a) fıkrasının (9) bendine göre; *“öğretim elemanları, memur ve diğer personel ile öğrencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususlar”* Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir. Bu hüküm, Anayasa'ya aykırı biçimde yasama yetkisinin yasayla, yürütme organının bir uzantısı olan idari bir birime devri niteliğindedir.

Ancak 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (b) bendi ile 65. maddesinin (a) fıkrasının (9) bendinin, somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nden iptali istenebilir. Anayasa'nın *“Suç ve cezalara ilişkin esaslar”* başlıklı 38. maddesinde idari ve adli cezalar şeklinde bir ayrıma gidilmediğinden, disiplin suç ve cezaları da ancak kanunla getirilebilir. Bu nedenle 2547 sayılı Kanun'a göre çıkarılan disiplin yönetmelikleri, fonksiyon gaspı nedeniyle sakattır ve yok hükmündedir.¹⁶

Anlaşılacağı üzere 2547 sayılı Kanun'un 53. ve 65. maddelerinin disiplin hukukuyla ilgili düzenlemeleri yasama yetkisinin devri anlamına geldiğinden, fonksiyon gaspı niteliği taşımaktadır. Çünkü bu hükümlere dayanılarak çıkarılan yönetmelikle kanunilik ilkesi ihlal edilerek suç ve ceza konmakta; böylece yürütme, yasama organının yerine geçip bazı eylemleri suç sayarak onlara karşılık gelecek yaptırımları belirlemektedir.

Ancak söz konusu Kanun'la verilen yetkiye dayanılarak Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği (RG.

¹⁵ KALABALIK, Halil, **İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları**, 5. B., Sayram Yayınları, Konya, 2014, s. 625.

¹⁶ YILDIRIM, Ramazan, *“2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. ve 65. Maddelerinin Ceza ve Disiplin Kovuşturması Açısından Değerlendirilmesi”*, **KHUKA (Kamu Hukuku Arşivi)**, Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan, S. 1-128, Y. 6, Mart 2003, s. 38.

21.8.1982/17789) çıkarılmıştır. Yönetmeliğin hangi amaçla çıkarıldığı, aynı Yönetmeliğin 1. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre anılan Yönetmelik, yükseköğretim üst kuruluşları ile yükseköğretim kurumları yönetici ve öğretim elemanları ile memur ve diğer personelinin, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin kendilerine yüklediği ödevleri yurt içinde ve yurt dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara veya meslek vakar ve haysiyetine uymayan davranışta bulunanlara verilecek disiplin cezalarını göstermek amacıyla çıkarılmıştır.

Yönetmelikte, yükseköğretim üst kuruluşları ile yükseköğretim kurumlarının yönetici ve öğretim elemanları ile memur ve diğer personeline ilişkin disiplin soruşturması, görevden uzaklaştırma ve itiraz usulleri ile uygulama şekli düzenlenmiştir.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'ne göre, disiplin soruşturmasının amacı suçun nerede işlendiğinden ziyade yönetmelikte bahsedilen eylemlere uyulmasını sağlamak bu yolla da kurum içi düzeni korumak, ayrıca yükseköğretimde görev yapan kamu personelinin yükseköğretimin amaç ve ilkelerine uyulmasını sağlamaktır.¹⁷ O halde disiplin soruşturması, kamu görevlilerinin ceza kanunu ve diğer kanunların ceza hükümlerinin dışında olan ve adli işlem gerektirmeyen veya adli işlem gerektirmekle beraber kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesine engel olan, uyulması zorunlu konulara aykırı olarak yasaklanmış bulunan fiil ve davranışların takibinin yapıp soruşturulması olarak tanımlanabilir.¹⁸

Yönetmeliğin 17. maddesine göre, disiplin suçunu soruşturmaya yetkili amir, sıralı disiplin amirleridir. Disiplin suçunu soruşturmaya yetkili makam (disiplin amiri), soruşturmayı kendisi yapabileceği gibi soruşturmacı tayini sureti ile de yaptırabilir. Öğretim elemanlarından soruşturmacı tayin edilmesi halinde, bunların sanığın akademik unvanına veya daha üst akademik unvana sahip olmaları şarttır. Yöneticiler hakkındaki soruşturmalarda unvan eşitliği veya üstlüğü aranır.

Mevcut düzenlemeden anlaşılacağı üzere, öğretim elemanları hakkında

¹⁷ DUMAN, Bahattin, **Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması**, 2. B., Seçkin, Ankara, 2010, s. 136.

¹⁸ DUMAN, s. 137.

disiplin soruşturması yürütüleceği takdirde soruşturmacının soruşturulanın akademik unvanına denk olması veya daha üst akademik unvana sahip olması şartı aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle mevcut düzenleme kıdemden yola çıkmıştır, yani soruşturmacı tayini kıdem esasına göre yapılmaktadır.

Halbuki kamu görevlisi hakkında yürütülen disiplin soruşturması sonunda disiplin cezası verilebileceğinden, soruşturmanın adil bir şekilde yürütülmesi, disiplin hukukunun ceza hukuku ile de yakın ilişki içinde olması nedeniyle, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından oldukça önemlidir. Bu nedenle soruşturmayı yürütecek birimlerin tesisinde kıdem esasından yola çıkmak yerine, soruşturmacıların disiplin soruşturmasını yürütecek niteliği haiz kimliğe sahip olmaları hususuna önem verilmelidir. Disiplin cezalarının büyük oranda soruşturmacıların hazırladığı rapora dayanarak verildiği de göz önüne alındığında, disiplin soruşturmasını yürütenlerin hukuk bilgisi ve deneyimine sahip kimseler olması gerektiği daha da önem kazanmaktadır.

Yönetmelik'e göre; yükseköğretim kurumlarında disiplin soruşturması disiplin amiri tarafından bizzat yapılabileceği gibi, soruşturmacı tayin edilmek suretiyle de yapılabilir. Ancak disiplin soruşturmasının disiplin amiri tarafından bizzat yürütülmesi mümkün olmasına rağmen, soruşturmanın aynı zamanda disiplin cezası vermekle de yetkili olan disiplin amirince değil de, ayrıca atanacak bir soruşturmacı tarafından yürütülmesi daha uygun olabilir. Bu durumda disiplin işleminin yargısal denetimi daha sağlıklı bir şekilde yapılabilir. Çünkü daha önce de değinildiği gibi disiplin cezaları idari işlem niteliği taşımasına rağmen, Danıştay, ceza hukukunda hakim olan pek çok ilkeyi disiplin suç ve cezaları alanında da uygulamaktadır.

Yine disiplin amirinin hem disiplin soruşturmasını yürütmesi ve bu kapsamda delil toplaması hem de bu delilleri değerlendirerek disiplin cezası vermesi ceza usul hukukunda hakim olan "*çelişme ilkesi*"ne aykırı olacaktır. Ayrıca, disiplin soruşturmasının bizzat disiplin amiri tarafından yürütülmesi durumunda, ayrı bir disiplin soruşturması raporu düzenlenmesine gerek duyulmaması ihtimali de vardır.¹⁹

¹⁹ Üniversite Soruşturma Rehberi, www.hukuk.omu.edu.tr, ET. 9.05.2014, s. 57.

Disiplin soruşturması, soruşturmacı olarak tayin edilen kimsenin bu konuda resmi olarak görevlendirilmesi, yani soruşturma emri verilmesi ile başlar. Soruşturma emri, soruşturma onayı düzenlenmesi suretiyle verilir. Soruşturma emri; disiplin soruşturmasını yapmaya yetkili olan ve Yönetmelik'in 17. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen disiplin amirleri tarafından verilmelidir. Soruşturma emrini verme yetkisi, belirtilen disiplin amirlerine aittir. Soruşturma emrini veren disiplin amiri, soruşturmanın sınırlarını da belirlemelidir. Soruşturma yetkisine sahip disiplin amiri, vereceği soruşturma emrinde, soruşturmanın konusunu oluşturan "*fiil*"i ve kimin hakkında soruşturma yapılacağını açıkça belirtmelidir. Soruşturma emrinde "*fiil*"in ne olduğu ve sınırları açıkça belirtilmelidir.²⁰

III. 659 SAYILI KHK'NIN UYGULANMASI

A. Genel Olarak

Kamu idarelerinin hukuk hizmetleri, bugüne kadar 08.01.1943 tarihli ve 4353 sayılı Maliye Vekaleti Başhukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Velayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun ile 12.12.1983 tarihli ve 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri çerçevesinde yürütülmekteydi. 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, kamu yönetimindeki yeniden yapılanma doğrultusunda yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu sebeple 26.09.2011 tarihli ve 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli idarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, 02.11.2011 tarihli ve 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.²¹

Söz konusu KHK ile amaçlanan, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idarelerin taraf oldukları uyuşmazlıkların, tarafların hak ve menfaatlerinin eşit ve dengeli olarak değerlendirilerek, adil ve hakkaniyete

²⁰ Üniversite Soruşturma Rehberi, www.hukuk.omu.edu.tr, ET. 9.05.2014, s. 58.

²¹ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği'nin, 659 sayılı KHK'nın uygulanması hakkında 1728 sayılı Genelgesi, www.tkgm.gov.tr, ET. 29.04.2013.

uygun olarak çözümlenmesi, idarelerin taraf oldukları davaların, usul ekonomisine uygun olarak, imkanlar dahilinde idarelerin bünyesinde görev yapan kadrolu hukuk müşavirleri ve avukatlar tarafından takibi, davaların takibinde, mahkeme kararlarının hukuka uygun olarak adil, süratli ve en az masrafla verilmesine yardımcı olunmasıdır. Ayrıca taraflar arasında adli yargı mercilerine intikal etmiş veya henüz etmemiş uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenmesi amaçlanmaktadır.

Bu noktada 659 sayılı KHK ile, idarelerde hukuk hizmetlerini yürüten “*hukuk birimleri*” kurulması öngörülmüştür. Bu kapsamda “*hukuk hizmetleri*” teriminden anlaşılması gereken, muhakemat hizmetleri ile hukuk danışmanlığına ilişkin her türlü iş ve işlemlerdir. 659 sayılı KHK ile bundan başka “*hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonu*” kurulması da öngörülmüştür. 659 sayılı KHK’nın 2. maddesine göre bu komisyon; idareler bünyesinde, üst yönetici tarafından oluşturulan, hukuk birimi amiri ve hukuki uyuşmazlıkla ilgili birim amirinin bulunduğu en az üç üyeden oluşan komisyonu ifade etmektedir.

659 sayılı KHK’nın 4. maddesine göre hukuk birimleri, idarelerde muhakemat hizmetleri ile hukuk danışmanlığına ilişkin iş ve işlemleri yürütmekle görevli ve sorumludur. Söz konusu KHK ile hukuk birimlerinin görev ve sorumlulukları artırılmıştır. Hukuk birimleri, muhakemat hizmetleri kapsamında, idarenin taraf olduğu adli ve idari davalarda, iç ve dış tahkim yargılamasında, icra işlemlerinde ve yargıya intikal eden her türlü hukuki uyuşmazlıklarda idareyi temsil ile dava ve icra işlemlerini vekil sıfatıyla takip etmekle görevlidir.

659 sayılı KHK’ da sözü edilen hukuk birimleri, genel ve özel bütçeli kamu idarelerindeki hukuk müşavirlikleridir. Hukuk müşavirlikleri, genel ve özel bütçeli kamu idareleri aleyhine açılan veya açılacak olan her türlü dava ve icra takiplerini vekil sıfatıyla takip yetkisini haizdir. Buna göre her türlü muhakemat hizmeti, hukuk müşavirliğinin koordinasyonunda hukuk müşavirliğinde görev yapan hukuk müşavirleri ve avukatlar aracılığıyla yerine getirilecektir.

B. Disiplin Soruşturması

Genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinde ve özel bütçeli idarelerde hukuk hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin esasların belirlenmesi ve hukuk

hizmetlerinin etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun şekilde yerine getirilmesini ve bu hizmetlerin yürütülmesinde uygulama birliğinin sağlanmasını düzenleyen 659 sayılı KHK'nın 4. maddesinde, hukuk birimlerinin idarelerde muhakemat hizmetleri ile hukuk danışmanlığına ilişkin iş ve işlemleri yürütmeye ilişkin görev ve sorumlulukları belirlenmiştir.

Bu doğrultuda 659 sayılı KHK'nın 4. maddesi ile hukuk birimleri düzenlenmiştir. Bunun uygulaması olarak da söz konusu KHK'nın 17. maddesi ile pek çok değişiklik yapılmıştır. 17. maddenin 2. fıkrasına göre, 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'daki "*Hukuk Müşavirliği*" ibaresi, görevleriyle birlikte "*Hukuk Hizmetleri Başkanlığı*" olarak değiştirilmiştir. Bu düzenleme ile hukuk hizmetleri başkanlığının görevleri tek tek sayılmıştır. Bu düzenlemede disiplin soruşturmasının yürütülmesi ile ilgili bir hususa rastlanmamakla birlikte (f) bendinde ifade edilen "*Makamca verilen benzeri görevleri yapmak.*" ifadesine dayanılarak, Başbakanlık hukuk birimlerine disiplin soruşturmasını yürütmek ve sonuçlandırmak görevi yüklenebilir. Ancak verilen görevler idari tasarrufla olacaktır. Fakat kamu görevlilerinden memurlar hakkında disiplin hukuku kuralları kanunla düzenlenmiştir. Bu durumda idari tasarruflarla verilen görevler, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na uygun olmak durumundadır.

Yine aynı maddenin 5. fıkrasında 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'deki Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğünün görevlerinde de değişiklikler yapılmıştır.

Ancak disiplin soruşturmasının hukuk birimlerince yürütülmesi için söz konusu 659 sayılı KHK hükümleri yeterli değildir. Çünkü mevcut yasal düzenlemeler hukuk müşavirliklerine bu görev ve yetkiyi vermemektedir. Bu nedenle de bu konuda değişiklik yapılabilmesi için yasal düzenleme yapılması şarttır.

Çünkü disiplin soruşturması usulü, disiplin soruşturması açılması kararıyla başlar ve disiplin cezasının ilgiliye tebliğiyle son bulur. Disiplin soruşturması açılması kararı, soruşturma açılmasına karar verme yetkisine sahip "*soruşturmaya yetkili amir*" tarafından verilmektedir. Soruşturmaya yetkili amir, kanunla aksi belirtilmemişse, atamaya yetkili amirdir. Devlet Memurları Kanu-

nu soruşturmaya yetkili amirin soruşturma açılmasına karar verdikten sonra yapması gereken işlemleri belirtmemiştir. Ancak idari geleneklerle oluşan usul genelde şöyledir:

Soruşturmaya yetkili amir, isterse disiplin soruşturmasını kendi yapabilir. Ancak genelde kendi yapmaz, bunun için bir soruşturmacı veya soruşturma kurulu atar. Soruşturmacı tanık dinler, keşif yapabilir ve bilirkişiye başvurabileceği gibi bunları gerek olursa istinabe ile de yaptırabilir. Her soruşturma işlemi bir tutanakla tespit olunur.

Yine disiplin hukukuna ilişkin mevzuat incelendiğinde, aynı kurum içinden tayin edilen soruşturmacı, soruşturulan kamu görevlisine eşit kıdemde ve unvanda ya da ondan daha yüksek kıdem ve unvanda olmalıdır. Söz gelimi Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 17. maddesinin 2. fıkrasına göre, öğretim elemanlarından soruşturmacı tayin edilmesi halinde, bunların soruşturulanın akademik unvanına eşit veya daha üst akademik unvana sahip olmaları şarttır. Ayrıca yöneticiler hakkındaki soruşturmalarda da unvan eşitliği veya üstünlüğü aranmaktadır. Yine Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin 2. fıkrasında, disiplin kurullarında profesörlerle ilgili konuların görüşülmesinde doçent ve yardımcı doçentlerin, doçentlerle ilgili hususların görüşülmesinde de yardımcı doçentlerin disiplin kurullarında görev alamayacağı düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere kamu görevlileri hakkında disiplin soruşturmasının kimler tarafından yürütüleceği yasalar tarafından düzenlenmiştir. İdare hukuku esaslarına göre idare, kendisine kanunla verilmeyen bir görevi yapamayacağından disiplin soruşturmasının hukuk birimlerince yapılmasına engel olan yasal düzenlemelerin değiştirilmesi yoluna gidilmelidir.

IV. MODEL ÖNERİSİ

Disiplin hukuku ile ceza hukuku arasında hiçbir ilgi yoktur denemez. Çünkü iki hukuk dalı da bireylerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde önemli sonuçlar doğurmaktadır.²² Bu nedenle tıpkı ceza hukuku alanında olduğu gibi disiplin

²² YILDIRIM, Ramazan, "Disiplin Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunma Yöntemleri", *Polis Dergisi*, Y. 9, S. 36, Ankara, 2003, s. 205.

hukuku alanında da bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması gerekmektedir.

Disiplin soruşturması sonunda kamu görevlisi disiplin cezası alma ihtimali ile karşı karşıya kaldığından, bu durum da kamu görevlisinin hak ve özgürlüklerini etkileyeceğinden, disiplin soruşturmasının nasıl yürütüldüğü önemli bir konu haline gelmektedir. Bu anlamda disiplin soruşturması sonunda verilecek disiplin cezasının adil olduğundan bahsedilebilmesi için soruşturmanın da adil bir şekilde yürütülmüş olması şarttır.

Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen "*adil yargılanma hakkı*" kavramına değinmek gerekecektir. Adil yargılanma hakkı, yargılamayla ilgili usul kurallarını tespit ederek yargılama sonucunda adil bir karara varmayı teminat altına alarak hukuk devletinin temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Adil yargılanma hakkı, bütün yargılama sürecine ilişkin olup hatta idari ve disiplin organları önünde uygulanan usulde de geçerlidir.²³

Söz konusu hak Anayasa'da düzenlendiği için ve Anayasa'nın 11. maddesine göre Anayasa hükümleri tüm kurum ve kişileri bağladığından, disiplin soruşturmaları da dahil tüm soruşturmalarda bu ilkeye uygun davranılması gerekmektedir.²⁴

Ceza hukuku alanında geçerli pek çok evrensel ilke, disiplin hukuku alanında da uygulanmaktadır. Bu nedenle gerek disiplin soruşturmasını yürütenlerin soruşturma esnasında, gerekse disiplin amirlerinin disiplin cezası verirken yargı kararlarında da sıklıkla vurgulanan "*adil yargılanma hakkı*"nın gereklerine riayet etmesi gerektiği açıktır.²⁵

Bu noktada gerek disiplin soruşturmasının yürütülmesi esnasında gerekse sonrasında disiplin hukuku bakımından adaletin tecelli edebilmesi için kamu görevlisinin sistem içerisinde korunabiliyor olması yani birtakım güvencelere

²³ İNCEOĞLU, Sibel, "*Adil Yargılanma Hakkı*", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, Editör: Sibel İNCEOĞLU, 3. B., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 209.

²⁴ BAŞA, Şafak, "*Adil Yargılanma Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği*", **Denetim Dergisi**, Y. 24, S. 115, Temmuz-Eylül 2011, s. 29.

²⁵ BAŞA, s. 31.

sahip olması gerektiği ifade edilmelidir. Diğer bir deyişle disiplin hukuku bakımından kamu görevlisinin sistem içinde korunabilmesi ve nihayetinde adaletin sağlanabilmesi için, disiplin soruşturmasının yürütülmesinde soruşturmacının kıdem esasına dayanarak belirlenmesi yanlış bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü bu şekilde adil bir soruşturma yürütüldüğünden ve sonuçta da adaletin tecelli ettiğinden bahsedemeyiz. Çünkü kıdem uğruna, adaletin tecellisinde uzmanlaşma feda edilmektedir.

Disiplin soruşturmasını yürüten soruşturmacının memurluk görev ve derecesinin hakkında soruşturma yaptığı kamu görevlisinden üst ya da en azından aynı düzeyde olması, kamu görevliliği güvencesi bakımından önemli kabul edilse de kamu görevlisinin disiplin hukuku bakımından hak ve özgürlüklerini bu şekilde korumak pek mümkün görünmemektedir. Yine soruşturma yapacak kişilerin unvanının, hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin unvanına denk ya da daha üstün olması kamu görevlisinin sistem içinde korunması için yeterli değildir. Bunun yerine disiplin soruşturmalarının yapılması ve tamamlanmasında uzmanlığın esas alınması gerekmektedir.

Çünkü mevcut hükümler göz önüne alındığında disiplin soruşturmalarını yürütenlerin genelde hukukçu olmadığı bu nedenle de soruşturma yürütülürken usul ve esas yönünden pek çok hata yapıldığı görülmektedir. Bu da neticede hatalı kararlar alınmasına yol açmaktadır. Ayrıca disiplin soruşturmasını yürüten soruşturmacıların ya da disiplin amirlerinin hukukçu olmamaları sorunundan başka, çalışma ortamlarındaki iş yoğunluklarından kaynaklı olarak soruşturmanın yürütülmesi için yeteri kadar mesai ayıramamaları da başka bir sorundur. Yine soruşturmacıların mesai arkadaşları ile sorun yaşamamak adına, soruşturma esnasında tarafsız davranmamaları da çok doğaldır. Çünkü disiplin soruşturmasını yürüten soruşturmacıların ya da disiplin amirlerinin, mesai arkadaşları hakkında disiplin soruşturması yürütmelerinden dolayı, soruşturma esnasında ve sonrasında bozulan kurum içi düzeni yeniden yakalayamamaları da ayrı bir sorundur.

İşte bu türden olası sorunların ortaya çıkmasını önlemek adına, kamu görevlileri hakkında disiplin soruşturmalarının ilgili idare bünyesindeki hukuk birimlerince yürütülmesi gerekmektedir. Bu hizmet, idarelerde hukuk hizmet-

lerini yürüten hukuk birimlerince yerine getirilmelidir.

Ancak bu öneriyi ilgili idare bünyesinde hali hazırda var olan hukuk müşavirliklerince pekala yerine getirilir şeklinde kesin bir dille ifade etmek çok doğru ve kolay görünmemektedir. Ayrıca mevcut mevzuat hükümleri de buna müsaade etmemektedir. Bu durumun gerekçeleri şöyle açıklanabilir:

Bu noktada ilk olarak hukuk müşavirliklerinde çalışan avukatların görevlerine değinmek gerekmektedir. İlgili idare bünyesindeki hukuk müşavirliklerinde görev alan avukatlar, *“hukuk müşaviri”* ya da *“avukat”* gibi unvanlarla çalışmaktadırlar. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 12. maddesinin son fıkrasında, *“Bir kadroya bağlı olarak aylık veya ücreti Devlet, il veya belediye bütçelerinden yahut Devlet, veya belediyelerin yönetimi ve denetimi altındaki daire ve müessese yahut şirketlerden verilen müşavir ve avukatlar, yalnız bu daire, müessese ve şirketlere ait işlerde avukatlık yapabilirler.”* denilerek kamu kurumlarında çalışan avukatların görev alanı belirlenmiştir. Yine aynı Kanun’un 1. maddesinde, avukatların temsil yetkisinden, 2. maddesinde ise avukatlığın amacı: *“Hukuki münasebetlerin düzenlenmesine, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanması hususunda yargı organları ve hakemlerle resmi ve özel kurul ve kurumlara yardım etmek”* tir denilerek, avukatların hukuki yardımda bulunma görevinden bahsedilmiştir.

Buna göre avukatlığın temsil dışındaki bir diğer boyutu da danışmanlık yapmaktır. Bu durumda kurum avukatlarının ihale komisyonu, satın alma komisyonu, kira tespit komisyonu ve disiplin kurulu ve diğer icrai kurullarda ancak *“danışman”* olarak görev almaları söz konusu olabilir. Aksi halde, asıl olarak yapılan bir işte vekil olunamayacağı ilkesi gereğince, aynı konuda çıkmış veya çıkacak hukuki uyuşmazlıklarda avukatlık görevini yapamaması sorunu ile karşılaşılacaktır. Bu durum da kamu kurumlarında çalışan avukatların, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin Kanun Hükmünde Kararname ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda düzenlenen amaç-

lar dışında çalıştırılması anlamına gelecektir.²⁶

İdare hukuku esaslarına göre, idare belirli bir konuda faaliyette bulunabilmek için mutlaka kanundan aldığı bir yetkiye sahip olmalıdır. Zira idarenin işlemleri kanuna dayanmak zorundadır.²⁷ Bu durum Anayasa'nın 123. maddesinde dayanağını bulan, “*kanuni idare*” diğer bir ifadeyle “*idarenin kanuniliği ilkesi*”nden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle de 124 sayılı Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumlarının İdari Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 35. maddesinde, Hukuk Müşavirliğinin görevleri şöyle sayılmıştır:

- a) Üniversitenin öğrencileri, diğer kişi ve kurumlarla olan anlaşmazlık ve uyuşmazlıklarında adli ve idari mercilerde üniversitenin haklarını savunmak,
- b) Üniversitenin tasarruflarının yürürlükteki kanunlara uygun olarak icrasında, idareye yardımcı olmak,
- c) Verilecek benzeri diğer görevleri yerine getirmek”.

Anlaşılacağı üzere hukuk müşavirliklerinin görevi, resmi merciler önünde idarenin menfaatlerini savunmak ve idarenin kamu tüzel kişiliğini temsil etmektir. Bu anlamda hukuk müşavirlikleri temsil yetkisine sahip bir birim olduğundan, bu haliyle disiplin soruşturması yapabilecek teftiş niteliğini haiz bir birim değildir. Çünkü söz konusu KHK, hukuk müşavirliklerine aktif olarak disiplin soruşturması yapma yetkisi vermemektedir.

Mevzuatta hukuk müşavirliklerine, idarenin tasarruflarının kanuna uygun olarak yürütülmesinde idareye yardımcı olmak görevi verilmiştir. Diğer bir ifadeyle hukuk müşavirlikleri disiplin soruşturmasının yürütülmesi esnasında icrai bir makam değildir, bu nedenle de soruşturmanın bizzat bu birimce yürütülmesi ve bu birimlere bazı görevler verilmesi mümkün görünmemektedir.

Buna göre hukuk müşavirliklerinin, idarece disiplin soruşturması yürütülmesi esnasında 124 sayılı Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Ku-

²⁶ Konya Barosu Başkanlığı'nın, 03.05.2013 tarihli ve “*Resmi kuruluşlarda avukatlara yürütme ile ilgili kurullarda görev verilmesi hakkında*” konulu, 1429 sayılı yazısı.

²⁷ GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. B., İmaj Yayınları, Ankara, 2011, s. 631; YILDIRIM, **İdare Hukuku Dersleri I**, s. 43.

rumlarının İdari Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 35. maddesinin (b) bendi uyarınca, ancak idareye yardımcı olmak görevi vardır. Bunu gerek disiplin soruşturmasının yürütülmesi esnasında gerekse disiplin cezası verilmesi aşamasında olsun, diğer bir ifadeyle idare ne zaman isterse, idareye mütalaa vermek şeklinde anlamak gerekir. İdarenin mütalaa sorması, disiplin cezası verilmeden önce soruşturmada eksiklik olup olmadığı, savunma sürelerine uyulup uyulmadığı, disiplin suçu teşkil edecek eylemle verilecek disiplin cezasının örtüşüp örtüşmediği gibi konulara ilişkin olabilir. İdare, işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığına sağlaması için her konuda hukuk müşavirliklerine görüş sorabileceğinden, disiplin soruşturması açılmasının gerekip gerekmediğini de sorabilir. Zira (b) bendindeki “*idareye yardımcı olmak*” ifadesi, genel bir görevi ifade etmektedir.

Acaba hukuk müşavirliklerine bu haliyle disiplin soruşturması yürütme görevi verilirse ne olur?

Bu durumda hukuk müşavirlikleri mütalaa fonksiyonunu yitirmiş olur ve icrai bir makam haline gelir. Bu durumda da disiplin soruşturması sonunda verilen disiplin cezasına karşı idari yargı yoluna başvurulması halinde²⁸, mahkeme önünde idareyi kimin savunacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Yine disiplin soruşturmasını hukuk müşavirliklerinin yürüttüğünü varsayarsak, sorun çıkması halinde veya görüş almak istendiğinde, bu defa kime görüş sorulacağı sorunu ile karşılaşılacaktır. Çünkü soruşturmayı yürüten birime tekrar görüş sorulması, idare hukuku mantığı ile de bağdaşmayacaktır.

Disiplin soruşturması ile ilgili olarak yükseköğretim kurumlarında fiilen var olan duruma göre soruşturmacı soruşturmayı; disiplin amiri adına yürütmektedir. Mevcut düzenlemeler ise yetkiyi hukuk müşavirliklerine vermediğinden, hukuk müşavirliği bu makamların bir alt ya da tamamlayıcı unsuru olarak değil de bu makamlara mütalaa veren birim olarak çalışmaktadır.

Bu başlık altında ilk olarak değinilen sakıncaları gidermek amacıyla disiplin

²⁸ Anayasa'nın 129. maddesinin 3. fıkrasına 2010 Anayasa değişikliği ile “*Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.*” hükmü getirilmiştir. Ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 135. maddesinin 5. fıkrasında “*Disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir*” hükmü yer almaktadır.

soruşturmasını yürüten birimlerde değişiklik yapılması gerektiği; ancak aynı zamanda yukarıda sayılan sorunları da beraberinde getirmemek için değişikliğin mevcut hükümler çerçevesinde yapılamayacağı aşikardır.

Bu noktada disiplin soruşturmasının ilk olarak hukuk müşavirliklerince yapılması önerilebilir; ancak bu durumda hukuk müşavirliklerini ikiye ayırmak gerekecektir. Bu durumda 1. şubede avukatlar, hukuk müşavirliklerinin hali hazırda kanunda düzenlenen şu anki görevlerini yürütmeye devam edeceklerdir. 2. şubede ise disiplin soruşturması yürütmekle görevli hukuk uzmanları bulunacaktır. Bu durumda 1. şube “*yargı ve mütalaa şubesi*”, 2. şube ise “*disiplin şubesi*” olabilir. Böylece disiplin soruşturmaları, hukuk müşavirliklerindeki disiplin şubelerince yürütülür. Bu durumda hukuk uzmanları, avukatlardan değil; hukuk fakültesini bitirmiş ve hukuk alanında yüksek lisans veya doktora yapmış kişilerden oluşabilir.

İkinci olarak disiplin soruşturmasını yürütme görevi, hukuk müşavirliklerinden tamamen ayrı olarak kurulup, teftiş kurulu veya denetim birimi olarak isimlendirilebilecek birimlere verilebilir. Aslında idarelerin disiplin soruşturmalarının hukuk müşavirliklerinden tamamen bağımsız teftiş veya denetim birimlerince yürütülmesi daha uygun olabilir. Çünkü bu durumda soruşturmayı yürüten teftiş veya denetim biriminin, soruşturmanın yürütülmesi esnasında, hukuk müşavirliğine de ayrıca görüş sorma imkanı olabilir. Bu durumda hukuk müşavirliği de soruşturmanın kendinden tamamen bağımsız bir birim tarafından yürütülmesi nedeniyle, yürütülen soruşturma ile ilgili hukuka aykırılıkları daha objektif olarak görebilecektir.

Bir başka yöntem olarak da getirilen bu önerilerden tamamen farklı olarak doktrinde disiplin soruşturmasının, askeri disiplin hukukumuzda zaten var olan disiplin mahkemelerince yürütülmesi önerilmektedir. Devletin yargısal işlevi, kural olarak yargı organı içinde yer alan kamusal makamlar ve merciler tarafından yerine getirilir. Ancak istisnai olarak bir çok konuda idari kurullara da kanunla yargısal işlevler verilmiştir. Bunlardan biri de disiplin mahkemele-ridir.²⁹

²⁹ YILDIRIM, Ramazan, “*Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış*”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Dergisi**, S. 14, Genelkurmay Basımevi, Ankara, 2000, s. 123-124.

Mukayeseli hukuka baktığımızda, disiplin işleri için disiplin mahkemelerinin kurulduğunu ve disiplin soruşturmalarının bu mahkemeler tarafından sonuçlandırıldığını görmekteyiz. Örneğin; Alman Federal Disiplin Kanunu ile disiplin yaptırımlarına ilişkin süreç ceza yargılamasından uzaklaşmış³⁰, disiplin yargısı bu kanun ile idare mahkemelerinin görev alanı içine girmiştir ve İdare Mahkemeleri içinde disiplin davalarına bakan bölümler oluşturulmuştur.³¹ Alman Federal Disiplin Kanunu'nun 34. maddesine göre; bir memur hakkında kademe tenzil, memuriyetten çıkarma veya emekli maaşından iskat şeklindeki disiplin cezaları için bir disiplin davası açılması zorunludur. Buna göre bu üç tür disiplin yaptırımını uygulayabilmek için idari disiplin soruşturmasının sonuçlandırılması yeterli değildir; ayrıca bir dava açılması gerekmektedir.³² Alman İdare Hukukunda disiplin soruşturmaları, disiplin mahkemelerinde görevli disiplin alanında uzmanlaşmış hakimler tarafından yürütülmektedir. Disiplin yargılamasının hakimler tarafından daha tarafsız bir şekilde yapılacağı iddiası ile Türk disiplin hukuku bakımından da Alman hukukundaki özel ihtisas mahkemeleri olan disiplin mahkemeleri modeli önerilmektedir.³³

SONUÇ

Kamu kurumlarının iç düzeni açısından kamu personelinin disiplininin sağlanması şüphesiz oldukça önemlidir. Kamu personelinin disiplin bakımından işlediği suçlar için mevcut mevzuat hükümlerine göre uygulanan disiplin soruşturma usul ve yöntemleri ile bu sürecin sonunda verilen disiplin cezalarının, idare mahkemeleri tarafından eksiklikler nedeniyle iptal edildiği sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.

Bu nedenle bu çalışmada kamu görevlilerinin disiplin soruşturmasının daha adil ve hakkaniyete uygun olarak yürütülebilmesi ve soruşturma sonucunda

³⁰ MULLER - EISING Claudia, "Paradigmenwechsel im deutschen Disziplinarrecht - Das neue Bundesdisziplinalgesetz", Neue Juristische Wochenschrift, Heft: 49, 2001, s. 3588. (Naklen SANCAKDAR, Oğuz / TEPE, İlker, "Alman Federal Disiplin Kanunu ve İdari Disiplin Soruşturmalarının Temel Esasları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1-2, Prof. Dr. İlhan ÖZAY'A Armağan, 2011, s. 252)

³¹ ÇINARLI, Serkan, "Alman Hukukunda Disiplin Mahkemeleri", Eskişehir Barosu Dergisi, S. 8, Ekim 2005, s. 90-91.

³² SANCAKDAR / TEPE, s. 270.

³³ ÇINARLI, s. 39.

verilecek disiplin cezasının kamu vicdanını rahatsız etmemesi için gerekirse kanun değişikliğine gidilerek kamu görevlilerinin disiplin soruşturmalarının kamu idareleri bünyesinde oluşturulacak hukuk birimlerince yürütülmesi gerekliliği vurgulanmıştır.

Çünkü ancak bu şekilde soruşturma süresince uygulanacak usulde ve soruşturma sonunda verilecek cezada hata ve hak ihlali oranı en aza indirilmiş olacaktır.

Ancak mevzuat hükümleri çerçevesinde hukuk müşavirlikleri icrai bir makam olmadığından, disiplin soruşturması hakkında ilgili idare şayet isterse hukuk müşavirliklerinin sadece mütalaa vermek görevi vardır. Diğer bir ifadeyle hukukçulardan oluşan mevcut hukuk birimlerinin disiplin soruşturmasını yürütmek görevi yoktur. Halbuki son zamanlarda kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan avukatların disiplin komisyonlarında ve kurullarında görevlendirildikleri ve bu komisyonlarda oylamalara katılarak kararlara iştirakleri sağlanmaktadır.

Disiplin soruşturmasını yürütme görevi, 659 sayılı KHK ile düzenlenen hukuk birimlerine verilmelidir. Ancak bu KHK’da hukuk birimlerine idarelerde muhakemat hizmetleri ile hukuk danışmanlığına ilişkin iş ve işlemleri yürütme görevi verildiğinden, disiplin soruşturmasını yürütme görevi bu birimden ayrılmalıdır. Disiplin birimi olarak da isimlendirilebilecek bu birim, hukuk fakültesi mezunu hukuk uzmanları veya en azından adalet meslek yüksekokulu mezunlarından oluşmalıdır.

Yapılması gereken yeni düzenlemeye göre; disiplin soruşturması, oluşturulacak Disiplin Birimi Başkanlığınca yürütülmeli ve sonuçlandırılmalıdır. Ancak tamamlanan dosyaların yargıya taşınması halinde, işlemler 659 sayılı KHK uyarınca hukuk hizmetleri birimi tarafından yürütülmelidir.

Bu durumda hukuk birimi içinde ve bu birime bağlı, kamu görevlileri hakkında disiplin soruşturmasını yürütmekle görevli “*soruşturma birimi*” kurulabilir. Hukuk biriminin de kendi üstündeki en büyük birime bağlı olarak çalışması öngörülebilir. Örneğin hukuk birimleri; belediyelerde belediye başkanına, il özel idaresinde valiye, bakanlıklarda bakana, üniversitelerde ise

rektöre bağlı olacaktır.

İkinci öneri olarak, disiplin soruşturmasının başlatılıp sonuçlandırılmasında Almanya örneği benimsenerek disiplin mahkemeleri kurulabilir. Böyle bir durumda, disiplin yaptırımlarının yargısal denetimi, idare mahkemelerinin dışında bir başka mahkemeye verilecektir.

Sonuç olarak bu çalışmada kamu görevlilerinin disiplin soruşturmasının hukuk birimlerince yürütülmesi gerekliliği hiç olmazsa disiplin soruşturmasında hukuk birimlerinin etkinliğinin artırılması gerekliliği ortaya konulmuştur.



KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar: “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, s. 1-19, www.gazi.edu.tr, ET. 05.05.2014.

AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 4. B., Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

BAŞA, Şafak: “Adil Yargılanma Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği”, *Denetim Dergisi*, Y. 24, S. 115, Temmuz-Eylül 2011, s. 28-31.

ÇINARLI, Serkan: “Alman Hukukunda Disiplin Mahkemeleri”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, S. 8, Ekim 2005, s. 87-94.

ÇINARLI, Serkan: “Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Soruşturması Sorunu ve Alman Disiplin Mahkemeleri Modeli Önerisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 1, Y. 2011, s. 39-63.

DUMAN, Bahattin: *Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması*, 2. B., Seçkin, Ankara, 2010.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman: *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2013.

GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku*, C. II, Ekin, Bursa, 2009.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut: *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C. I, 9. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, 10. B., İmaj Yayınları, Ankara, 2011.

İNCEOĞLU, Sibel: “Adil Yargılanma Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Editör: Sibel İNCEOĞLU, 3. B., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 209-286.

KALABALIK, Halil: *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları*, 5. B., Sayram Yayınları, Konya, 2014.

SANCAKDAR, Oğuz/TEPE, İlker: “Alman Federal Disiplin Kanunu ve İdari Disiplin Soruşturmalarının Temel Esasları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Mecmuası, C. 69, S. 1-2, Prof. Dr. İlhan ÖZAY'A Armağan, 2011, s. 251-272.

YILDIRIM, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri I, 4. B., Mimoza Yayınları, Konya, 2012.

YILDIRIM, Ramazan: "Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış", Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 14, Genelkurmay Basımevi, Ankara, 2000, s. 81-125.

YILDIRIM, Ramazan: "Disiplin Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunma Yöntemleri", Polis Dergisi, Y. 9, S. 36, Ankara, 2003, s. 204-212.

YILDIRIM, Ramazan: "2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. ve 65. Maddelerinin Ceza ve Disiplin Kovuşturması Açısından Değerlendirilmesi", KHUKA (Kamu Hukuku Arşivi), Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan, S. 1-128, Y. 6, Mart 2003, s. 33-38.

Konya Barosu Başkanlığı'nın, 03.05.2013 tarihli ve "Resmi kuruluşlarda avukatlara yürütme ile ilgili kurullarda görev verilmesi hakkında" konulu, 1429 sayılı yazısı.

Milli Eğitim Bakanlığı İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü'nün, 18.04.2013 tarihli ve "Tereddüt Edilen Konular" konulu, 41289672/45.02/646932 sayılı yazısı.

Üniversite Soruşturma Rehberi, www.hukuk.omu.edu.tr, ET. 9.05.2014.

www.kazanci.com.tr, ET. 10.04.2014.

www.tkgm.gov.tr, ET. 29.04.2013.

FIYATLARI ETKİLEME SUÇU (TCK m. 237)

Impact on Price Rates Crime

Doç. Dr. Berrin AKBULUT*

ÖZET

Ekonomi, sanayi, ticarete ilişkin suçlar bölümünde, 237. maddede düzenlenen fiyatları etkileme suçu 3 fıkra halinde hükme bağlanmıştır. Yer aldığı bölümden de anlaşılacağı gibi söz konusu suç, ekonomik suç niteliği taşımaktadır. Temel şeklinde soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Ancak fiilin işlenmesi sonucunda besin veya malların değerlerinin veya işçi ücretlerinin artıp eksilmesi netice sebebiyle ağırlaşan suç olarak 2. fıkrada hükme bağlanmıştır. Bununla beraber suçun soyut tehlike suçu mu yoksa somut tehlike suçu mu olduğu ve belirtilen neticelerin netice sebebiyle ağırlaşan suç mu yoksa nitelikli hal mi olduğu noktasında doktrinde tartışmalar yaşanmaktadır. Ayrıca toplu iş sözleşmesiyle belirlenen işçi ücretlerinin etkilenmesinin mümkün olup olmadığı ve bunun maddenin uygulama alanına girip girmediği konusunda da sorun bulunmaktadır. Maddenin 3. fıkrasında ise suçun nitelikli haline yer verilmiştir. Suçu işleyen kişinin ruhsatlı simsar veya borsa tellalı olması cezanın daha fazla verilmesini gerektiren bir hal olarak düzenlenmiştir. Manevi unsur yönünden kasten işlenebilen bir suç olan fiyatları etkileme suçunun ayrıca belirli amaçla işlenmesi de gerekmektedir. Yaptırım olarak da hapis cezası ve adli para cezasının birlikte uygulanması kabul edilmiştir. Ancak uygulanacak adli para cezasının miktarına (gün belirlemesine) ilişkin bir düzenleme 237. maddede yer almamaktadır.

Çalışmada yukarıda belirtilen içerikleri kapsayan suçun unsurlarına, nitelikli haline, netice sebebiyle ağırlaşmış şekline ve suçun özel görünüş şekillerine değinilecek, ama öncesinde suçun ekonomik suç olması nedeniyle ekonomik suç kavramına ve tarihi gelişime açıklık getirilecektir.

Anahtar Kelimeler: ekonomik suç, işçi ücretleri, ruhsatlı simsar, borsa tellalı, yalan haber.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. bakbulut@selcuk.edu.tr

ABSTRACT

Impact on price rates crime is regulated in the section concerning economy, industry and trade-related offenses in article 237 of the Turkish Criminal Code as three paragraphs. As the section also implies, the aforementioned crime possesses the characteristics of an economic crime. At its basic form, it is regulated as an abstract endangering offense. However, to increase and decrease the value of food or goods or the workers' wages as a result of the act is regulated as the offense aggravated by virtue of result in the second paragraph. At the same time, there are doctrinal discussions whether this crime is an abstract or a concrete endangering offense and whether mentioned results above constitute offense aggravated by virtue of result or a qualified crime. In addition, there is an issue of the possibility to affect worker wages which are determined with collective labor agreements and in this case it is also discussed whether the article is applicable or not. In the third paragraph of the article the qualified version of the crime is regulated. If the perpetrator is a licensed broker or a stockbroker, the punishment is regulated stiffer. Affecting price rates crime which may be committed intentionally in terms of moral crime and the act has to be directed towards a certain purpose. As sanctions, the simultaneous application of imprisonment and criminal fines are accepted. However, there isn't a regulation relating to the amount of criminal fines, which shall be applied in the scope of article 237.

In this study, within the framework of the defined contents above the elements of the crime, the qualified version of the crime, offense aggravated by virtue of result and the specific facets of the crime in the framework of the above mentioned content will be analyzed, but beforehand, because of the economic structure of the crime the economic crime concept and its historical development will be clarified.

Key Words: Economic Crime, workers' wages, Licensed Broker, Stockbroker, card.



I. GENEL OLARAK

Ceza Kanunumuzun 237. maddesinde düzenlenen fiyatları etkileme suçu, Toplum Karşı Suçlar başlığını taşıyan 3. Kısımın Ekonomi, Sanayi, Ticarete İlişkin Suçlar isimli 9. Bölümünde yer almaktadır. 5237 sayılı Kanun döneminde maddenin uygulandığına ilişkin bir yargı kararına rastlanılmamaktadır. Nitekim doktrinde TCK'nın 237. maddesindeki bu suçun, sık olarak uygulanan suçlar-

dan olmadığı ifade edilmiştir. Belki de hiç ihtiyaç çıkmayacağı, ancak ihtiyaç çıktığında da kullanılmak üzere devletin silahhanesinde muhafaza edilmesinin faydalı olduğu dile getirilmiştir¹.

765 sayılı Kanun döneminde varlığı da tartışmalı olan hükümlerden biridir. Nitelikli hal dışında uygulanması mümkün olmayan bir hüküm olduğu belirtilmiştir. Ayrıca suçun oluştuğunun tespiti bakımından sorunlara yol açacak bir hüküm niteliği bulunduğu da ifade edilmiştir². Bunların dışında Türkiye gibi bir ülkede toplumun önemli bir kesimi açlık sınırının altında yaşadığı için, ücretlerin yükselmesine yol açmanın ve bunu amaçlamanın neden suç olarak kabul edildiğinin anlaşılacağı da belirtilmektedir. Bu nedenle örneğin, Türkiye’de işçi ücretlerinin çok düşük olduğu, reel değer kaybettiği söylendiği takdirde bu bir yalan olarak kabul edilecek ve suç olarak nitelenecek mi eleştirisi yöneltilmektedir³. Ancak maddenin bunu amaçlamadığı düzenlemeden anlaşılacaktır.

Fiyatları etkilemek suçu, yer aldığı bölüm adından da anlaşıldığı gibi ekonomik suçlardan biridir⁴. Serbest rekabet ortamında oluşması gereken fiyatların bir takım hileli yollarla bunun dışında oluşturulmasının engellenmesine yönelik olarak düzenlenen bir fiil niteliği taşımaktadır.

Şimdi ekonomik suçlardan olması nedeniyle ekonomik suça ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

II. EKONOMİK SUÇ

Ekonomik suç kavramı, kolayca kapsamı belirlenen bir ifade değildir. Ekonomik suçun genel kabul görmüş, evrensel nitelikte bir tanımı da bulunmaktadır⁵.

¹ Dönmezer, Sulhi, Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu ((17-18 Nisan 1987), İstanbul 1987, s. 49.

² Donay, Süheyl, “Meslek ve Sanata İlişkin Sırrın Açıklanması Fiyatları Etkilemek, Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu (17-18 Nisan 1987), İstanbul 1987, s. 46.

³ <http://basinkonseyi.org.tr/modules.php?name=News&file=article&sid=470> (E.T. 20 Ağustos 2007).

⁴ Nitekim doktrinde fiyatları etkileme suçunun klasik ekonomik suçlardan olduğu ifade edilmiştir: Dönmezer, Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, s. 48.

⁵ Güvel, Alper, «Ekonomik Suçlar: Tanım, Türleri ve Ölçütleri», Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, 30 Nisan-1 Mayıs 2005, Ankara 2005, s. 29.

Konunun dinamik bir olgu olması⁶, farklı bilim dallarının kapsamına girmesi ve gerçekleştirilen çok sayıda ekonomik fiillerin varlığı, ekonomik suç kavramını ve kapsamını tartışmalı hale getirmiştir. Tecrübe ve deneye dayanan bilimler (Kriminoloji, Psikoloji, Sosyoloji gibi) ile Ceza Hukukunun konuya farklı açıdan yaklaşmaları, ayrıca ekonomik nitelik gösteren çok sayıda fiilin bulunması ekonomik suç konusunda ortak bir tespit yapılmasını engellemiştir. Konuya fail açısından yaklaşan kriminolojik tespitler⁷ Ceza Hukuku doktrininde kabul görmemiş⁸, korunan hukuki yararı ve/veya suçun konusunu, hareketin aracını esas alan ekonomik suç belirlemeleri yapılmıştır: Otto, ekonomik suçları, geçerli olan ekonomik düzenin tümüne veya onun her bir kuruluşuna duyulan güvenin sarsılması nedeniyle ekonomik düzenin varlığını ve çalışmasını tehdit eden suçlar olarak tanımlamaktadır⁹. Aynı tanım Weber tarafından da kabul edilmektedir. Weber, çevrenin korunmasıyla ilgili hükümlerin de Ekonomik Ceza Hukukuna dahil edilmesi gerektiği kanaatinde¹⁰. Mahmutoğlu da ekonomik düzeni koruyan hükümleri ihlal eden fiillerin ekonomik suç olduğunu belirtmektedir¹¹. Volk ise Otto'nun tanımını dayanak göstererek ekonomik suçların merkezi unsurunun güveni kötüye kullanma (Vertrauensmissbrauch)

⁶ Doktrinde ekonomik suçun dinamik bir olgu olduğu, politik, ekonomik ve sosyal yapılarıdaki ve teknolojiye bağlı olarak dramatik bir şekilde sürekli değiştiği ifade edilmiştir: Güvel, s. 29.

⁷ Sutherland'a göre beyaz yaka suçları, sosyal yüksek itibara sahip bir kişinin mesleği çerçevesinde güveni suiistimal etmek suretiyle işlediği suçlardır (Sutherland, in: White-Collar-Criminal (Anm. 3) s. 40 ff.: Otto, Harro, "Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschliesslich Verbraucherschutz)", ZStW, 1984, Heft 2, s. 340. Sutherland'ın "White-Collar-Crime" kavramında daha sonra düzenlemeler yapılmıştır. Ekonomik suç, iş adamları gibi grupların, serbest meslek çalışanlarının ve memurların kanunları ihlal etmesiyle oluşan veya bir firma ve çalışanları tarafından bir firma için iş görme esnasında ekonomiyi düzenleyici kanunların ihlal edilmesiyle işlenen suçlar şeklinde tanımlanmıştır: Otto, s. 340.

⁸ Ceza Hukukunun faille değil fiille ilgilendiği belirtilerek yapılan tanımlar reddedilmiştir: Frey, Silvia, Computerkriminalität in eigentums – und vermögensstrafrechtlicher Sicht, München 1987, s. 12. Ayrıca failin özel bir tipinin olmadığı, ekonomik suçta özelliğini veren şeyin fiilin belirli bir şekilde işlenmesi olduğu da ifade edilmiştir: Baumann, Jürgen, "Strafrecht und Wirtschaftskriminalität", JZ, 1983, Nr. 23/24 s. 936. Sadece faili ele almanın ve meslekle bağlantı kurmanın ekonomik suçun kurucu unsuru olamayacağı da ifade edilmiştir: Mahmutoğlu, Fatih Selami, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara 2003, s. 37.

⁹ Otto, s. 342.

¹⁰ Weber, Ulrich, "Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschliesslich Verbraucherschutz)", ZStW, 1984, Heft 2, s. 376.

¹¹ Mahmutoğlu, s. 37, 38.

olduğunu ifade etmektedir¹². Tiedeman'a göre ise, ekonomik alandaki kişiler üstü (sosyal) hukuki değerlere zarar veren davranışlar ekonomik suçtur. Aynı zamanda saldırılan fiil konusu da kişiler üstü olduğunda da (bankalar, sigortalar gibi) bunlar da ekonomik suçtur. Yazar tanımı dar anlamda ekonomik suç olarak ifade etmektedir. Geniş anlamda ekonomik suçların ise, tüketicilere ve kişisel işletmelere yönelik olarak seri halde işlenen (sayısal anlamda çok) ve sosyal zarara yol açan davranışları, ekonomik ilişkilerde yararlanılan unsurların (araçların) malvarlığı suçlarını işlemek için araç olarak kullanılması hallerini, teknik ve ekonomik gelişmeden ortaya çıkan ve basit malvarlığı suçları niteliğindeki yeni saldırı şekillerini (veriler veya veri taşıyıcılarına zarar verilmesi gibi) kapsadığını açıklamaktadır¹³. Sieber de Tiedeman ile aynı tanımı yapmış ve ekonomik yaşamdaki kişiler üstü yararları ihlal eden suçları ekonomik suç olarak kabul etmiştir¹⁴. Benzer tanım Dönmezer tarafından da yapılmıştır. Yazara göre ekonominin kuralları içinde işlemini engelleyen, yani toplumun korunması gereken yararlarına zarar veren veya bunları tehlikeye sokan eylemler ekonomik suçları oluşturur¹⁵. Bazı Fransız yazarlar ise ekonomik suçun işletmenin suç oluşturan hareketin aracı ve konusu (unsuru) olduğu suçlar olarak tanımlamaktadırlar¹⁶. Aynı yönde tanım veren diğer bir yazar da Erman'dır. Yazara göre ticari veya sınai faaliyetin icrası dolayısıyla, yani bir işletme ile ilgili olarak işlenen suçlar ekonomik suçtur. Yazar ekonomik suçun dar anlamda kabul etmektedir¹⁷. Bu konuda tanım vermeyerek hangi fiillerin ekonomik suç niteliği taşıdığını belirten yazarlar da bulunmaktadır¹⁸. Yazarlar tarafından yapılan tespitlerde genel olarak şu ölçütler üzerinde durulmuştur:

- ekonomik düzene duyulan güven

¹² Volk, Klaus, "Starfrecht und Wirtschaftskriminalität", JZ, 1982, Nr. 3, s. 86.

¹³ Tiedeman, Klaus, "Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und Möglichkeiten ihrer strafrechtlichen Bekämpfung", ZStW, 1976, Band 88, s. 236, 237.

¹⁴ Sieber, Ulrich, Computerkriminalität und Strafrecht, 2., um einen Nachtrag ergänzte Auflage, Köln/Berlin/Bonn/ München 1980, s. 3, dipnot 8.

¹⁵ Dönmezer, Sulhi, "Ön Tasarı Hakkında Genel Bilgi", Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu (17-18 Nisan 1987), İstanbul 1987, s. 20.

¹⁶ Tiedeman, s. 235, dipnot 10. Ayrıca bkz.: Dönmezer, Ön Tasarı Hakkında Genel Bilgi, s. 20.

¹⁷ Erman, Sahir, Özel Kanunlar Açısından Ticari Ceza Hukuku (C. I), Genel Kısım, İstanbul 1984, s. 4.

¹⁸ Lampe (Anm. 19), S. 311, s. 318: Heinz, Wolfgang, "Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschliesslich Verbraucherschutz)", ZStW, 1984, Heft 2, s. 417 vd.

- kişisel olmayan (kişiler üstü) yararlar zarar verilmesi
- ticari işletmeye yönelik olarak veya bu işletmeler aracılığıyla işlenmesi

Bunlardan güven ölçütünü esas alan fiille ilgili tanımın yeterli olmadığını düşünüyoruz. Eleştirilerde de¹⁹ belirtildiği gibi, sisteme duyulan güven her ekonomik suçla ciddi olarak sarsılmayacağı gibi, güven ekonomik sistemin kendisinden çok, devlet ve hukukla sağlanan bir koruma olduğundan ekonomik suçun tek unsuru olarak kabul edilemez. Ancak ekonomik suçların içinde yer alan bazı suç tipleri için korunan hukuki yarar olabilir. Yani bir alt başlık olabilir, ama genel olarak ekonomik suçların bir belirleyicisi olamazlar.

Ticari işletmeye yönelik olarak veya bu işletmeler aracılığıyla işlenmesi ekonomik suçların konusunu veya işlenme aracını oluşturmakla beraber, söz konusu suçların belirlenmesinin ayırıcı ölçüsünü teşkil etmemelidirler. Ticari işletmeler, ekonominin içinde yer almakla, ekonomiyi oluşturmakla beraber ekonomiyle eş anlamlı olmadıkları için ekonomik suç kavramına özelliğini veren bu durum değil, ekonomik yaşamla ilgili olmalarıdır. Yani bu suçlara özelliğini veren yalnızca ticari işletmelerle ilgili olmaları değil söz konusu suçların ekonomik düzenle bağlantılı bulunmaları ve dolayısıyla da bu suçlarla korunan hukuki yararlar ilgili olmalarıdır. Dolayısıyla ekonomik suçları, ekonomik düzenin işleyişine zarar veren veya tehlikeye sokan, bu nedenle de kişisel olmayan yararları koruyan hükümleri ihlal eden fiiller olarak tanımlıyoruz²⁰. Bu dar anlamda ekonomik suçları ifade etmektedir. Örneğin para ve dövizle, rekabetle, hileli iflasla, banka ve borsa, gümrükle, ithalat ve ihracatla ilgili düzenlemelerde yer alan fiiller bu niteliktedir. Nitekim doktrinde bazı yazarlar tarafından ekonomik suçlar yalnızca dar anlamda ifade edilmemekte²¹, bunlarla birlikte başka suçların da yer aldığı ekonomik suç tespiti yapılmaktadır. Gerçekten de

¹⁹ Bkz.: Volk, s. 86; Bauman, s. 937.

²⁰ Ekonomik suçların kişiler üstü yararları koruduğu genel olarak kabul edilmektedir. Korunan hukuki yarar belirlemede ülkelerin ekonomik sistemi ya da ekonomik düzendeki farklılığı rol oynamaktadır. Bkz.: Erman, Sahir, Ekonomik Suçların Tespitinde Suç Siyaseti, İstanbul 1984, s. 16 vd.

²¹ Yalnızca dar anlamı tercih edenler de bulunmaktadır. Örneğin Detlev, ekonomik suçları bu anlamda kabul etmektedir: Geerds, s. 30; Mahmutoğlu, s. 33, 34; dipnot 30). Erman'da farklı tanımlamayla da olsa ekonomik suçları dar anlamda kabul etmektedir: Erman, Ticari Ceza Hukuku, s. 4.

kişisel yararları ihlal etmekle birlikte çok sayıda işlenmeleri nedeniyle veya gerçekleştirilmelerinde ekonomik araçların kullanılması dolayısıyla ekonomik düzenin etkilenmesine yol açan davranışlar da ekonomik suç olarak kabul edilmelidir²². Ayrıca ekonomi idare hukuku alanı olarak ifade edilen alandaki suçlar da ekonomik suç olarak belirtilmektedir²³. Bu belirlemelerden sonra dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma, rüşvet, zimmet gibi suçların dar anlamda ekonomik suçlarla birlikte geniş anlamda ekonomik suçları oluşturduğu ifade edilmelidir. Ancak kanun koyucular bu suçlarla korunan asıl yararları göz önünde tutarak farklı yerlerde düzenleme altına almışlardır.

Ekonomik suç kapsamında nitelendirilen fiiller, kişisel yararları değil kişiler üstü yararları korumakla birlikte, bu suçlarla korunan yarar her suç tipinde aynı nitelikte değildir. Ekonomik suçlarla bazen serbest rekabet, bazen piyasa istikrarı, bazen de tüketicinin korunması gibi farklı nitelikteki hukuki yararlar koruma altına alınabilmektedir²⁴.

Burada şu da ifade edilmelidir ki, ekonomik suçlarla kişiler üstü yararlar korunmakla birlikte, bu korumanın doğal sonucu olarak kişilerin malvarlıkları ve diğer hakları da güvence altına alınabilmektedir. Bir başka ifadeyle bu suçların ayrı başlık altında ifade edilmesinin gerekçesi ekonomik düzenle ilgili olmaları şeklinde belirtilebilir de, söz konusu düzenin korunmasıyla ilgili değerler yanında başka yararlar da korunabilmektedir. Ancak failin güttüğü tek amaç vardır, o da maddî yarar sağlamaktır. Nitekim ekonomik suç doktrinde en geniş anlamda ekonomik amaçlarla gerçekleştirilen yasa dışı fiiller olarak tanımlanmaktadır²⁵.

²² Tiedeman, s. 237. Aynı yönde Mahmutoğlu, s. 38. Mahmutoğlu ceza hukuku perspektifinden ekonomik suçun ilke olarak dar anlamda kabul edilmesinin yerinde olduğunu, ancak bireysel malvarlığına yönelik eylemler sıklıkla işleniyor ve ekonominin bütünlüğüne zarar veriyorsa geniş anlamda ekonomik suç içinde nitelendirilmelerinde de herhangi bir sakınca bulunmadığını ifade etmektedir.

²³ Bkz.: Sieber, s. 3, dipnot 8

²⁴ Ekonomik suçlardaki hukuki değerle ilgili olarak bkz.: Dönmezer, Ön Tasarı Hakkında Genel Bilgi, s. 19; Tezel, Adnan, "Şirket ve Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi Artırma ve Eksiltmelerle İlişkin Suçlar Kamu Taahhütlerinde Hile", Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, (17-18 Nisan 1987), İstanbul 1987, s. 52; Erman, Suç Siyaseti, s. 16 vd. ; Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 1037.

²⁵ Türkkan, Erdal, «Türkiye’de ve Dünyada Ekonomik Suçlar», Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, 30 Nisan-1 Mayıs 2005, Ankara 2005, s. 35.

III. TARİHİ GELİŞİM

237. maddenin karşılığı 765 sayılı Kanunun 358, 359 ve fiyatların artması bakımından 401. maddenin son fıkrasıdır. 358. ve 359. maddeler 1889 İtalyan Ceza Kanunundan aynen alınmış hükümlerdir. 401. maddenin son fıkrası ise 401. maddenin de mehzâ olan 1274 tarihli Ceza Kânunname-i Hümâyûnun 239. maddesinden²⁶ Ceza Kanunumuza alınan bir düzenlemedir. 358. madde İtalyan Ceza Kanunundan alınmışsa da, bu hükmün kaynağı Fransız Ceza Kanunu olduğundan esas itibariyle bu Kanundan alındığı söylenebilir. Aynı şey 401. madde açısından da geçerlidir²⁷. Çünkü 1274 tarihli Kanun bazı hükümleri dışında Fransız Ceza Kanununun tercümesi olduğundan, 401. maddenin mehzâ da Fransız Ceza Kanunudur.

358. madde, “Her kim yalan havadis neşir ve işaasiyle veya sair hileli vasıtalar ile umumi pazarlar yahut ticaret borsalarında amele ücretlerinin veya erzak veya emtia yahut umumi pazarlarda alınıp verilen veya esham borsalarına kabul edilen evrak ve senedat piyasasının artıp eksilmesine sebebiyet verirse üç aydan üç seneye kadar hapis ve yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi ile cezalandırılır” hükmünü düzenlemektedir.

359. madde ise, “Bundan evvelki maddede yazılı cürüm, resmi ruhsatı haiz simsar yahut borsa tellalları tarafından irtikap olunursa failin göreceği ceza bir seneden beş seneye kadar hapis ve meslek ve sanattan muvakkaten memnuiyet ve elli liradan az olmamak üzere ağır cezayı nakdidir” düzenlemesini içermektedir.

401. maddenin son fıkrası ise, “Bir kimse her ne şekilde olursa olsun yalan haber yaymak, duyurmak veya başka hileler kullanmak suretiyle birinci fıkradaki erzak, madde, mal veya eşyanın azalmasına, darlığına veya fiyatlarının

²⁶ 239. madde, “Her kim kasden halk beynine sıhate mahrûn olmayan veyahut iftira yolunda olan bazı maddeler neşri ve bâyinin istediği fiatten ziyade baha arzı ile veyahut emtia ve erkaktan bir şeyin başlıca sahipleri ol şeyi satmamak veya bir bahadan ziyade bey ettirmemek üzere ittifak ile veyahut sâir hileli ve esbab ittihaz ile emtia ve eşyanın veyahut devlet ve kavâim ve ešhâmının serbesti-i bey ve şirânın tayin edeceği bahalarının tezyit ve tenkısına tesaddi eyler ise bir aydan bir seneye kadar hapis ile mücâzât olunur” hükmünü içermektedir: Gökçen, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s. 159.

²⁷ Öztekin, Tosun, “Türkiye’de İktisadi Suçlar”, İÜHFM, 1961, C. 26, S. 1-4, s. 4.

artmasına sebep olursa, fiili daha ağır cezayı gerektiren bir suç teşkil etmediği takdirde iki yıldan on yıla kadar hapis ve yetmişbeşbin liradan ikiyüzbin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir” şeklinde kaleme alınmıştır²⁸.

Tasarılar ise, 5237 sayılı Kanun’un 237. maddesine benzer düzenleme içermektedir. Daha doğru bir ifadeyle TCK’nın 237. maddesi, Tasarılarıdaki düzenlemeye uygun olarak kanunlaştırılmıştır. Özellikle 2000 (m. 336) ve 2003 (m. 337) Tasarılarının aynı olan hükümlerinin 5237 sayılı Kanun ile adli para cezası dışında aynen kanunlaştırıldığı görülmektedir. 1987 Tasarısı ise, 765 sayılı TCK’nın 358 ve 359. maddelerini birleştirerek tek madde halinde 297. maddede düzenlemiştir. 401. maddenin Tasarıdaki karşılığı olan 304. maddeden “fiyatların artmasına” ibaresi çıkarılmış ve bu durum 297. maddenin kapsamı içinde kabul edilmiştir.

297. madde, 765 sayılı Kanun’un 358. maddesindeki gibi umumi pazarlardan alınıp verilen veya borsalarda kabul edilen evrak ve senetlerin değerlerinin artıp eksilmesini de metinde açıkça ifade etmiş, ancak Sermaye Piyasası Kanunundaki hükümleri göz önünde bulunduran daha sonraki Tasarılar kıymetli evrakın fiyatlarını etkileme konusunda ayrıca belirleme yapmamışlardır.

IV. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Fiyatları etkileme suçunun ekonomik suç niteliği taşıdığını belirtmiştik. Ekonomik suç kapsamında nitelendirilen fiiller, kişisel yararları değil kişiler üstü yararları koruyan fiillerdir. Dolayısıyla ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar bölümünde yer alan ve ekonomik suç niteliğinde olan fiillerin de kişisel yararlar korunmayıp kişiler üstü yararları korunduğunu, bu yararların ise her suçta farklı olabildiği söylenmelidir²⁹. Hatta bazen bir suçla birden fazla yarar da korunabilmektedir. Ekonomik yaşamın sağlıklı işleyebilmesi için korunması gereken yararlardan herhangi biri, ilgili suç tipiyle korunabilmektedir. Doktrindeki bazı yazarlarımız 9. bölümle ilgili olarak kişiler üstü yarara ilişkin genel nitelikte belirlemeler yapmaktadırlar. Bu yazarlardan bazıları ekonomi, sanayi ve

²⁸ Mülga TCK’nın 401. maddesi için bkz.: Kıyak, Fahrettin, «Kamuya Pek Gerekli Eşya ve Gıda Maddeleri İhtikarı», YD, 1975, C. 1, S. 1-4, s. 69 vd.

²⁹ Ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar ve korunan hukuki değerler için bkz.: Ünver, s. 1037, 1038.

ticarete ilişkin suçlarla kamu ekonomisinin korunduğunu belirtmişlerdir³⁰. Bazı yazarlarımız ise, ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçların kamu güvenini koruduğunu ifade etmişlerdir³¹. Ancak şu da ifade edilmelidir ki genel nitelikteki bu değerlendirmelerden ziyade ilgili suç tipinde suçun özelliğine göre daha alt ayrımlara gidilmelidir. Başka bir ifadeyle ekonomik nitelikteki herhangi bir suçun düzenlendiği kısım ve bölüm başlığını da dikkate almak suretiyle ilgili suç tipine göre korunan hukuki yararlar ilgili belirleme yapmak gerekmektedir. Belirlememizi de bu çerçevede yapacağız.

Fiyatları etkileme suçunun koruduğu hukuki değer konusunda doktrinde farklı belirlemeler bulunmaktadır. Bir görüş, serbest rekabet koşulları içerisinde fiyatların belirlenmesini ihlal edecek hareketlerin engellenmesini ve ticarete olan kamu inancının korunmasını korunan hukuki değer olarak ifade etmektedir³². Bu belirleme 765 sayılı Kanun döneminde de savunulan bir görüştür. 765 sayılı Kanun döneminde bu suçun düzenlendiği bab başlığından (Ammenin İtimadı Aleyhine Cürümlerden) yola çıkılarak kamu güveninin korunduğu ifade ediliyordu³³. Diğer bir görüş ise, ticarete ilişkin kamu güvenin korunduğu görüşünün yerinde ve fakat eksik olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre korunmak istenen hukuki değer piyasa istikrarıdır³⁴. Korunan hukuki değer madde gerekçesinde, serbest rekabet koşulları içinde fiyatların belirlenmesini ihlal edici hareketlerin önlenmesi olarak ifade edilmiştir. Doktrinde bazı yazarlar kanun koyucunun hukuki değer tercihinin sorunlu olduğunu, belirlemenin olsa olsa kanun koyucunun amacını ortaya koyduğunu dile getirmektedirler³⁵.

Her şeyden önce belirtilmelidir ki fiyatları etkileme suçu ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin bölümde düzenlenmektedir. Dolayısıyla korunan hukuki de-

³⁰ Toroslu, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 351.

³¹ Gözübüyük, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi (C. III), İstanbul, (basım tarihi yok), 5. Bası, s. 427.

³² Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (C. 5), Ankara 2010, s. 6673.

³³ Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, (C. II), Ankara 1993, s. 1724; Gözübüyük, s. 428.

³⁴ Tepe, İlker, "Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237)", CHD, 2010, Yıl 5, S. 14, s. 94.

³⁵ Tepe, s. 94.

ğerin ekonomiyile ilgisi olması gerekir. Dolayısıyla bu suçla asıl korunanın kamu güveni olduğunu söylemek genel nitelikte bir belirleme olup, maddenin koruduğu hukuki değeri ifade etmemektedir. Nitekim 765 sayılı Kanun döneminde bazı yazarlar tarafından aslında ekonomik suç olmakla birlikte kamu güvenine karşı suçlar arasında düzenlenmiş bazı suçların kamu güveniyile hiç ilgisi olmamakla birlikte bölümde yer verildiğini ifade etmişlerdir. Bu yazarlara göre, söz konusu fiillerin ekonomiye karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmesi daha doğru olacaktır³⁶. Gerekeçedeki hukuki değerle ilgili belirlemenin sakıncalı olduğu görüşüne de katılmamaktayız. Ceza hukukunda amaç denildiğinde genel ve özel önleme amacından bahsedilir. Korunmak istenen değer belirtilirken kanun koyucunun neyi hedeflediğinin belirtilmesi hukuki değerden soyut olarak değerlendirilmemelidir. Kanun koyucu fiyatları etkileme suçuyla neyi hedeflediğini belirtirken aslında korunan hukuki değeri ifade etmektedir. Herhangi manipülasyon olmadan serbest rekabet koşulları içerisinde fiyatların oluşmasını, yani piyasa istikrarını koruduğunu ifade etmektedir. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Piyasa, alıcı ve satıcıların birbiri ile karşılıklı olarak çeşitli araçlarla iletişim kurup alım satım işlemlerini gerçekleştirdikleri yeri ifade etmektedir³⁷. Bazı malların fiyatları oluşurken serbest piyasa koşulları dışında ortaya çıkan ve fiyatların oluşmasında etken olan birtakım faktörler bulunmaktadır. Bu faktörlerin fiyatları etkilemesi, olağan seyrin dışına çıkılması piyasa istikrarını bozacaktır. Dolayısıyla ekonomik düzenin sağlıklı bir şekilde işlemesi suretiyle oluşacak fiyatların buna aykırı olarak oluşturulması engellenmek suretiyle bu dengeyi bozabilecek hileli hareketler cezalandırılmaktadır.

V. SUÇUN UNSURLARI

A. Genel Olarak

Türk Ceza Kanununun 237. maddesinde düzenlenen fiyatları etkileme suçu, “İşçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek bir şekilde ve bu maksatla yalan haber veya havadis

³⁶ Erman, Sahir/Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 316-368), İstanbul 1996, s. 649, 650.

³⁷ Kütük, Halil İbrahim, Sermaye Piyasasında Manipülasyon, Cezai ve Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, <http://eprints.sdu.edu.tr/728/1/TS00800.pdf> (E.T. 12.07.2014).

yayan veya sair hileli yollara başvuran kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası verilir.

(2) Fiil sonucu besin veya malların değerleri veya işçi ücretleri artıp eksildiği takdirde ceza üçte biri oranında artırılır.

(3) Fail, ruhsatlı simsar veya borsa tellalı ise ceza ayrıca sekizde bir oranında artırılır.” hükmünü taşımaktadır.

Hükümden de anlaşıldığı gibi üç fıkra halinde düzenlenen maddenin 1. fıkrasında suçun temel şekli, 2. fıkrasında netice sebebiyle ağırlaşmış şekli ve 3. fıkrada da nitelikli hali düzenlenmiştir. Suçun unsurları başlığı altında sadece suçun temel şekline ilişkin birinci fıkra kapsamında belirlemeler yapılacaktır. Yani unsurlar başlığı altında ilk olarak maddi unsur, bu çerçevede konu, fail, mağdur ve hareket başlıkları, ikinci olarak manevi unsur, üçüncü olarak da hukuka aykırılık incelenecektir. Suçun nitelikli halleri ve netice sebebiyle ağırlaşmış şekli ise unsurlardan sonra açıklanacaktır.

B. Maddi Unsur

1. Konu

İşçi ücretleri veya besin veya malların değerleri suçun konusudur. Bu değerlerin suçun konusunu oluşturabilmesi için, bir mal veya hizmetin arz ve talep koşullarında değişiklik gerçekleştirildiğinde piyasa fiyatının etkilenmesinin mümkün olması gerekir³⁸. Dolayısıyla bu değerlerin etkilenmesinin mümkün olduğu hallerde 237. maddenin gerçekleşmesi söz konusu olacaktır. 765 sayılı Kanunun 358. maddesinde açıkça, genel pazarlarda veya ticaret borsalarında belirlenen değerler olması aranıyordu. Bu nedenle genel pazarlarda, ticaret borsalarında işlem görmeyen ücret, gıda maddeleri, eşyaların fiyatlarına etki yapılması ekonomiyi ilgilendirmedığı için bu maddenin kapsamına girmeyeceği ifade edilmekteydi³⁹. Ceza kanunumuzun 237. maddesinde bu şekilde bir belirleme yapılmamakla birlikte bugün de doktrinde aynı belirlemeler yapılmaktadır⁴⁰. Madde açısından önemli olan sermaye piyasası dışında piyasa fi-

³⁸ Tepe, s. 95.

³⁹ Erman/Özek, s. 653.

⁴⁰ Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 6674.

yatının etkilenebilecek olmasıdır. Bunun mutlaka genel pazarlarda veya ticaret borsalarında belirlenen değer olması gerekmediği maddeden anlaşılmaktadır. Örneğin olağan üstü dönemlerde malları stoklayarak fiyatların artmasına neden olan kimsenin 237. maddeden cezalandırılması mümkündür⁴¹.

İşçi ücretleri, işçi statüsünde olan kişilere işgücü karşılığı ödenen parayı ifade etmektedir⁴². İşçi ücretleri kural olarak toplu iş sözleşmeleri ile belirlenmektedir. Ama bunun dışında da, yani sendikaya üye olmayan işçiler de bulunmaktadır. Fiyatları etkileme suçunun sendikaya üye işçilerin ücretleri bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı doktrinde tartışılmaktadır. Bazı yazarlar maddenin sendikaya üye işçilerin ücretleri bakımından uygulanamayacağını, zira toplu iş görüşmelerini bu şekilde etkilemenin söz konusu olamayacağını belirtmektedirler. Dolayısıyla 237. maddedeki suç, sendikaya üye olmayan işçi ücretlerinin etkilenmesi açısından uygulanma kabiliyeti bulabilecektir⁴³. Bazı yazarlar ise toplu iş görüşmeleri açısından da ücretlerin etkilenebileceğini ve maddenin uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmektedirler⁴⁴. Örnek olarak da toplu iş görüşmeleri sırasında işveren tarafından işçilere daha düşük ücret vermek amacıyla gerçekte olmayan, ancak varmış gibi gösterilen daralma haberlerinin yayılması gösterilmektedir. Yine işçilerin daha yüksek ücret almalarını sağlamak için açlık ve geçim sınırı bilgilerinin çarpıtılarak aktarılması ve bu konuda bazı bilgilerin hazırlanması durumunda fiyatların etkilenmesi suçunun söz konusu olabileceğini ifade etmektedirler⁴⁵. Ceza Kanunumuzun 237. madde düzenlemesi açısından bakıldığında, maddenin tüm işçi ücretlerine uygulanması açısından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak toplu iş sözleşmeleri açısından işçi ücretlerinin belirlenmesinde bazı etmenler bu-

⁴¹ Nitekim 765 sayılı Kanun döneminde fiyatların artması bakımından 237. maddenin karşılığını oluşturan 401. maddeyle ilgili stoklama fiillerine ilişkin yargı kararlarına rastlamaktayız. Bu kararlar için bkz.: Kıyak, s. 77 vd.

⁴² 765 sayılı Kanun döneminde de maddede işçi ücretleri ifadesi geçmekle birlikte bazı yazarlar tarafından maksadın tüm ücretler olduğu ifade edilmiştir: Erem, s. 1726.

⁴³ Dönmezer, Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, s. 49. 1987 Öntasarısı ile ilgili olarak yapılan sempozyumda sendikaya üye olan ve olmayan işçi ücretlerinin belirlenmesi bakımından fiyatları etkilemenin söz konusu olup olmayacağı sorusu gündeme getirilmiş ve maddenin uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir: Donay, s. 46.

⁴⁴ Erman/Özek, s. 653; Tepe, s. 96.

⁴⁵ Tepe, s. 96.

lunmaktadır. Bir yayınlı veya bir hıleye bunun başarılmamasının mümkün olmadığını düşünüyörüz. Nitekim doktrinde toplu iş görüşmelerinde aldatma veya aldatılmanın rolünün son derece sınırlı olduğu ifade edilmektedir⁴⁶. Ayrıca toplu iş sözleşmelerinde serbest rekabet koşulları içinde oluşan bir fiyattan ve bunun etkilenmesine yönelik hareketten bahsetmek söz konusu değildir. Bu nedenlerle sendikaya üye işçilerin ücretlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek şekilde bazı hareketlerin yapılması ve bunun 237. maddeyi ihlal etmesini pek mümkün görmemekteyiz. Aynı şekilde asgari ücret belirlemesi için de 237. maddenin gerçekleşmesi söz konusu olmayacağını düşünüyörüz⁴⁷.

Besin, yenilebilir, beslenmeye elverişli her tür madde, azık, gıdayı ifade etmektedir. İçecekler de besin kavramı içerisinde⁴⁸. Bu nedenle ilaçlar, besin niteliğinde olmayıp, mal kapsamındadır.

Arapça kökenli mal kelimesi, bir kimsenin, bir tüzel kişinin mülkiyeti altında bulunan taşınır ve taşınmazların tümü anlamına gelmektedir⁴⁹. 237. madde açısından mal kavramı⁵⁰, besinler dışında kalan ve ekonomik değer taşıyan insan dışı cansız her tür nesneyi ifade etmektedir. Ekonomik değer taşımayan mallar maddenin kapsamına girmez. Çünkü suçun oluşması için değer artıp azalması sonucunu doğuracak davranışların yapılması gerekmektedir. Dolay-

⁴⁶ Koç, Yıldırım, "Toplu İş Sözleşmesi Nedir?", http://www.egitimsen.org.tr/ekler/f367b54b-895f21e_ek.pdf (E.T.16.07.2014), s. 177 vd.

⁴⁷ Tepe, s. 96, 97.

⁴⁸ Bkz.:http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.53bd2edc3bcd83.07728302 (E.T. 07.07.2014).

⁴⁹ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F-75456518CA> (E. T. 10 Temmuz 2008).

⁵⁰ Mal kavramı hukukta haklara konu olabilecek olan tüm şeyleri ifade temektedir. Bu özelliği itibarıyla mal kavramı ile eşya kavramı eş anlamlı değildirler. Mal kavramı, hem maddi, hem gayri maddi malları kapsamaktadır. Bkz.: Akipek, Jale G., Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), Birinci Kitap, Zilyedlik ve Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 1972, s. 30-32. Yani mal kavramının içine ekonomik nitelikteki maddi şeyler (eşyalar) girdiği gibi, maddi niteliği olmayan, ancak ekonomik değeri olan, fikri hakların kapsamına giren ve dolayısıyla da haklara konu olabilen şeyler de girmektedir. Bir başka ifadeyle mal kavramı, eşya kavramından daha geniş kapsamlıdır. Ancak Ceza Kanunlarında mal kavramı maddi şeyler (eşyalar) için kabul edildiğinden zamanla maddi niteliğe sahip olmayan şeyler için ayrıca düzenleme yapma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Örneğin verilerle ilgili düzenlemeye gidilmesi bu niteliktedir. Ayrıca mal kavramı açısından ortaya çıkan tereddütleri ortadan kaldırmak için düzenlemelerde değişikliğe gidilmiştir. Hırsızlıkta enerjinin de mal sayılması gerektiği gibi (TCK m.141/2. Ancak bu düzenleme yürürlükten kaldırılarak TCK m. 142/3 ve 163/3 düzenlenmiştir).

sıyla para karşılığında alınıp satılabilen her şey, besinler dışında, mal kapsamındadır. Mal kavramı içine taşınabilir eşyalar girdiği gibi taşınmaz mallar da bu kapsamdadır. Burada önemli olan serbest rekabette fiyatı oluşabilecek bir malın olmasıdır.

Paralar da mal kavramı içine girmektedir. Para, her türlü hukuki kıymetlere değer biçmek üzere iş ilişkilerinde kullanılan, genelde mübadele ve ödeme vasıtası olan madeni veya kağıt şeyleri ifade etmektedir⁵¹. Paralar da ekonomik düzen içinde değeri artıp eksilen kıymete sahip oldukları için söz konusu değerlerin de maddenin uygulama alanı içine girdiğini düşünüyoruz. Maddenin uygulama alanı içine giren paralar, sermaye piyasası araçları dışında bırakılan ve para piyasası aracı olan, dolayısıyla da alınıp satılarak işlem gören banknot döviz gibi araçlardır. Bunların, para piyasasında değeri artıp eksildiği için değer kavramının kapsamına girdiğini düşünüyoruz.

Belge ve senetler de kural olarak mal kavramı içindedir⁵². 237. madde açısından önemli olan değerinin artması veya eksilmesi söz konusu olan belge ve senet olmasıdır. Ancak borsalarda kabul edilen belge ve senetler hakkında sermaye piyasasını etkileyebilecek yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi verme, haber yayma, yorum yapma gibi fiiller Sermaye Piyasası Kanunu (SPK) kapsamına girdiğinden 237. maddede ayrıca hüküm konulmamıştır (238. madde gerekçesi). Kanun koyucunun burada ifade ettiği, sermaye piyasası araçlarının⁵³

⁵¹ Bkz.: Kulan, Ruhi, Açıklamalı-Uygulamalı-İçtihatlı Memurların Yargılanmaları Usulü İle 1609 sayılı Kanuna Tabi Suçları, Ankara 1985, s. 290. Ayrıca bkz: Akbulut, Berrin, "Rüşvet Suçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, 2000, C. 8, S. 1-2, s. 640.

⁵² 765 sayılı Kanun döneminde bazı suçlar açısından aslında mal niteliğinde olan belge ve senetler gibi bazı değerler, mal kavramı dışında sayılıyordu ve bu da eleştiriliyordu. Bkz: Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2004, s. 294.

⁵³ "Sermaye piyasası araçları, menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarıdır. Menkul kıymetler; paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları ile borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarıdır. Paylar ortaklık hakkı sağlayan menkul kıymetlere, tahvil de alacaklılık hakkı sağlayan menkul kıymetlere örnek olarak verilebilir. Para, çek, poliçe ve bono sermaye piyasası aracı değildir." Sermaye Piyasası Kurulu, Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları 2, <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=76&fn=76.pdf&submenuheader=null> (E.T.28.07.2014).

237. madde kapsamında nitelendirilmeyeceğidir. SPK'nın 107. maddesinin⁵⁴ 2. fıkrası, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayanların cezalandırılacağını açıkça hükme bağladığından bu nitelikteki eylemler fiyatları etkileme suçu kapsamına girmeyecektir. 765 sayılı Kanun döneminde 06.12.2012 tarihli 6362 sayılı SPK'dan önce yürürlükte bulunan 2499 sayılı SPK'nın 47. maddesinin 358. maddeyi zımnen ilga ettiği belirtilmiştir⁵⁵

Besin veya malların serbest rekabet koşulları altında oluşan fiyatı, belirtilen şeylerin değerini ifade etmektedir. İşte bu değer üzerinde oynama niteliği taşıyan hileli hareketler 237. madde kapsamındadır. Kanun koyucu madde başlığında fiyat kavramını kullanırken, madde içeriğinde fiyat karşılığı olarak değer kavramını kullanmıştır. Maddenin kapsamına giren şeyler açısından değer kavramı daha doğru bir tercihtir.

Suçun oluşması için işçi ücretlerinin veya besin veya malların değerinin artıp eksilmesi sonucu aranmamış, bu sonucu doğurabilecek nitelikte olması yeterli sayılmıştır. Ancak kanun koyucu zarar niteliğindeki neticenin gerçekleşmesini, yani besin veya malların değerlerinin veya iş ücretlerinin artıp eksilmesini suçun netice sebebiyle ağırlaştırılmış hali olarak kabul etmiştir.

⁵⁴ 107. madde: (1) Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleple ilgili ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz.

(2) Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.

(3) Birinci fıkrada tanımlanan suçu işleyen kişi pişmanlık göstererek, beş yüz bin Türk Lirasından az olmamak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı, Hazineye;

a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz.

b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir.

c) Kuvuşturma evresinde hüküm verilmeye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.

⁵⁵ Bkz.: Erman/Özek, s. 651.

Zararın gerçekleşmesi aranmadığından fiyatları etkilemek suçu, tehlike suçu niteliğindedir. Tehlike suçlarından soyut tehlike suçu⁵⁶ kapsamında nitelendirilen potansiyel tehlike suçları kapsamındadır. Çünkü suçun işlenmiş sayılabilmesi için besin veya malların değerlerinin veya işçi ücretlerinin artıp ekilmesi gerekmekte, yapılacak hareketin bu sonucu doğurabilecek nitelikte olması aranmaktadır. Potansiyel tehlike suçlarında yapılan hareketin tehlikeye elverişli olup olmadığının incelenmesi söz konusudur. Bu tür suçlarda somut tehlikenin tespiti gerekmemektedir⁵⁷. Elverişlilik, kanuni tanıma uygun hareketin bir özelliğini oluşturmaktadır⁵⁸. Bir başka ifadeyle, işçi ücretlerinin veya besin veya malların değerinin artması veya eksilmesi bakımından somut bir tehlike meydana gelmesi aranmamaktadır.

2. Fail ve Mağdur

a) Fail

Türk Ceza Kanununun 237. maddesinde “kimse” kavramı kullanıldığından bu suç fail açısından bir özellik göstermez. Dolayısıyla suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Failin ruhsatlı simsar veya borsa tellalı olması nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

b) Mağdur

Ekonomik suçlardan olan ve topluma karşı suçlar kısmında düzenlenen fiyatları etkileme suçunun mağduru, toplumu oluşturan herkestir. Suçun işlenmesiyle belirli kişi veya kişiler de mağdur olabilir. Fiyatları etkileme suçunun işlenmesinden etkilenen tüzel kişiler ise suçun mağduru olmayıp, suçtan zarar gören konumundadır.

3. Hareket

Ceza Kanunumuzun 237. maddesinde, işçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek şekilde **yalan**

⁵⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6675. Somut tehlike suçu olduğuna ilişkin olarak bkz.: Tepe, s. 98.

⁵⁷ Bkz.: Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006, Vor § 13, kn. 13 a.

⁵⁸ Mitsch, Wolfgang, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage, Berlin Heidelberg 2005, s. 53.

haber veya havadis yaymak veya sair hileli yollara başvurmak suçun hareket unsurunu oluşturmaktadır.

Kanun, suç oluşturacak hareketleri sınırlı şekilde saymamış, örnek niteliğinde yalan havadis ve haberi belirttikten sonra sair hileli yollar ifadesini kullanarak değerın veya işçi ücretlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek her tür hileli hareketi madde kapsamında kabul etmiştir. Kanun koyucu aynı zamanda fiyatları etkileme suçunu seçimlik hareketli suç olarak düzenlemiştir. Örnek niteliğindeki hareketlerden veya diğer hileli hareketlerden herhangi birini gerçekleştirmek suçun oluşması için yeterlidir. Suçun konusu değişmemek şartıyla hareketlerden birden fazlasının gerçekleştirilmesi suçun birden fazla işlendiği anlamına gelmemektedir.

Yalan haber veya havadis yaymanın kapsamına giren haber, bir olay, bir olgu üzerine bulunmayanlara verilen veya edinilen bilgiye⁵⁹, iletişim veya yayın organlarıyla verilen bilgiye⁶⁰ denilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, haber dışında havadisın de fiyatları etkileme suçunu oluşturacağını kabul etmiştir. 765 sayılı mülga Ceza Kanunu yalnızca havadis kavramını kullanmışken, yürürlükte olan Ceza Kanunumuz havadisın dışında haberin de suçun kapsamına girdiğini belirtmiştir. Havadis kavramı, ilgi ile karşılanabilecek haberleri ifade etmek için kullanılmaktadır⁶¹. Arapça kökenli bir kelime olan havadis, tanımdan da anlaşıldığı gibi aslında haber kapsamına girmektedir. Yani haber, havadisi de kapsayan daha geniş bir ibaredir. Kanun koyucu havadis dışında haberi de madde metninde ifade ederek her tür yalan bilginin kişilerin bilgisine ulaşarak fiyatların etkilenmesini engellemek istemiştir. Yani geniş belirleme yapmak amacıyla her iki kavram da birlikte kullanılmıştır⁶².

Haber veya havadisın içeriğinin ne olduğu önemli değildir. Önemli olan haber veya havadisın işçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinin artıp

⁵⁹ Bkz.: Özön, Mustafa Nihat, Osmanlıca Türkçe Sözlük, İstanbul 1985, s. 229.

⁶⁰ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.53cd1df-c1e47c6.61581465 (E.T.20.07.2014).

⁶¹ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F-75456518CA> (E.T.10 Ağustos 2007).

⁶² Doktrinde her iki kavram arasında bir fark bulunmadığı, ya haber veya havadis kavramından birinin kullanılmasının yeterli olduğu belirtilmektedir: Tepe, s. 96.

eksilmesine sebep olabilecek nitelikte olmasıdır. Ülkenin iç ve dış durumuyla ilgili bir olaya ilişkin olması mümkündür. Dolayısıyla askeri darbe olacağına, hükümetin istifa kararı verdiğiğine, hükümette kriz olduğuna, kuraklığın bazı ürünleri yok ettiğine, ülkenin ekonomik krize gireceğine, savaşın kaybedildiğine ilişkin haber veya havadisler bu niteliktedir⁶³.

Suçun oluşması için havadis veya haberin yalan olması gerekmektedir. Kanun koyucu, sair hileli yollar demek suretiyle yalanın hile kapsamına girdiğini açıkça belirtmiştir. Yalan, gerçek olmayan, meydana gelmemiş veya gerçekleşmiş bir olayın gerçeğe aykırı bir şekilde haber konusu yapılması, bir başkasına aktarılmasıdır⁶⁴. Kanun fiyatların etkilenmesine neden olabilecek yalanı, 237. maddede cezalandırılır bir fiil olarak düzenlemiştir. Bir havadisın veya haberin yalan olması için tamamen gerçeğe aykırı olması gerekmemektedir. Kısmen yalan olan haber veya havadis de yalan kapsamındadır. Bir kısmının gerçek olmasına rağmen hepsinin bu nitelikte olduğuna ilişkin haber veya havadis yaymak madde kapsamındadır. Örneğin bir işadamına ait şirketlerden birinin iflasın eşliğinde olmasına rağmen hepsinin bu nitelikte olduğunu belirtmek 237. madde anlamında yalan teşkil etmektedir⁶⁵. Bu anlamda tamamen yalan olmamakla beraber mübalağalı, telaş uyandırıcı haberler veya havadisler de aldatıcı nitelikte olmak kaydıyla yalan kapsamında kabul edilmektedir⁶⁶.

Yalan belirli sayıdaki veya belirli bir kişiye söylenmişse fiyatları etkileme suçu kapsamında değildir. Çünkü 237. madde yalan ifadesi kullanarak, yalan haber veya havadisın yayılmasını yani aleniyet kazanmasını aramıştır. Yayılma şeklinin önemi bulunmamaktadır. Yayın⁶⁷ için belirsiz ve sınırlı olmayan sayıdaki kişilerin bilgisine sunulması veya ulaşma imkânının bulunması yeterlidir⁶⁸. Bunun için yazılı veya görsel basın araçları kullanılabilmesi gibi herhangi bir

⁶³ Bazı örnekler için bkz.: Erman/Özek, s. 652.

⁶⁴ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Ankara 2014, s. 294.

⁶⁵ Erman/Özek, s. 653.

⁶⁶ Erem, s. 1725.

⁶⁷ 5187 sayılı Basın Kanunu "Basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasını" yayım olarak kabul etmiştir (m. 2/b).

⁶⁸ Kılıçoğlu, Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş II. Bası, Ankara 1993, s. 24-26

şekilde de kamuya ulaştırılabilir⁶⁹. Yayının Türkiye’de gerçekleştirilmesi gerekmemektedir. Yabancı ülkede yapılan yayınlarla da bu suç işlenebilir. Bunun için değerlerin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek nitelikte yayının bulunması gerekir⁷⁰.

Yalan haber veya havadisın aldatacak nitelikte olması gerekir. Yalanın hile şekli olması nedeniyle bu sonuç ortaya çıktığı gibi, 237. maddede işçi ücretlerinin veya besin veya malların değerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek şekilde olması da aranarak bu husus açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla aldatıcı nitelikte olmayan, herkesçe malum olanın yayılması, fiyatları etkileme suçu kapsamında değildir.

Sair hileli yollar ise yalan haber veya havadis dışında kalan ancak insanları aldatmaya elverişli ve değerlerin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek nitelikteki her tür hareketi ifade etmektedir. Yalan haber veya havadiste olduğu gibi hileli hareketin bir kişiye karşı değil, kolektif bir psikoloji yaratmaya yönelik olması gerekir⁷¹. Bir takım sorulara açıklıkla cevap vermemek, yorum yapmak besin veya malların değerlerinin artıp eksilmesini sonucu doğurabilecek nitelikte olmak şartıyla sair hileli yol olarak kabul edilebilecektir⁷². Yine ithal edilen malı gümrükte bekletmek, üretici aleyhine tertiplere girmek gibi davranışlar hileli yollar olarak nitelendirilmektedir⁷³.

C. Manevi Unsur

Suç kasten işlenebilir. Fiyatları etkileme suçunun taksirle işlenmesi Ceza Kanunumuzda kabul edilmemiştir. Ancak kanun, besin veya malların değerlerinin veya işçi ücretlerinin artıp eksilmesini sağlamak amacıyla hareket edilmesini aramıştır. Kast dışında suçun oluşması için ayrıca amaç da aranmıştır. Dola-

⁶⁹ Yayın için bkz.: Akbulut, Berrin, “Basın Suçu ve Ceza Sorumluluğu”, Selçuk İletişim, 2000, C. 1, S. 3, s. 90, 91.

⁷⁰ Erman/Özek, s. 652.

⁷¹ Erem, s. 1725. Nitekim doktrinde bir bölgenin domatesinin tamamının hormonlu olduğu haberini yayarak fiyatların düşmesi tehlikesini yaratmanın 237. maddeyi ihlal edeceğini, bir kişinin yetiştirdiği domateste fare ilacının bulunduğu haberini yayarak bu kimsenin domateslerinin fiyatlarının düşmesi tehlikesini yaratmanın ise fiyatları etkileme suçu kapsamında değerlendirilmeyeceğini ifade etmektedirler Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 6675, 6676.

⁷² Erman/Özek, s. 653.

⁷³ Malkoç, İsmail, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001, s. 776.

yısıyla failin fiyatları etkileme suçundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu amaçla hareket etmesi gerekmektedir. Besin veya malların değerlerinin veya işçi ücretlerinin artıp eksilmesini sağlamak amacıyla hareket etmiyorsa 237. maddedeki suç oluşmaz.

Failin maddi unsurlara ilişkin hatası kastı ortadan kaldırır. Fail, suçun maddi unsurlarını bilmiyorsa kasten hareket etmiş olmaz. Hataya düşmesinde taksiri bulunsa bile taksirli şekli düzenlenmediğinden failin sorumluluğu söz konusu değildir (TCK m. 30).

D. Hukuka Aykırılık

Hukukumuzda geçerli olan hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanmasında düzenleme itibariyle herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak Ceza Kanunumuzda geçerli olan 4 hukuka uygunluk nedeninden meşru savunma ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenlerinin fiyatları etkileme suçu açısından uygulanamayacağını ifade etmek istiyoruz. Çünkü bu suç kişisel değerleri korumadığı, dolayısıyla da üzerinde mutlak tasarruf edilebilecek bir hak olmadığı için ilgilinin rızası gerçekleşmez. Yine kişilerüstü değerlerin meşru savunmayla korunabileceği doktrinde çoğunlukla kabul edilmemekte, bu tür değerlerin ihlal edilmesine ancak suç aynı zamanda kişinin kendi hakkı veya haklarını da ihlal ettiği takdirde kişinin meşru savunmayla karşı koyabileceği benimsenmektedir⁷⁴. Dolayısıyla fiyatları etkileme suçunda meşru savunmanın gerçekleşmesinin pek mümkün olmadığını düşünüyoruz. Saldırının bulunması veya devam etmesi ve savunma şartları içinde hareket edilmesi fiyatları etkileme suçunda olası nitelik taşımamaktadır.

Fiyatları etkileme suçunda hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamındaki haber verme hakkının özellik arzemesi nedeniyle kısaca bununla ilgili açıklamalar yapılacaktır. Zira haber veya havadis, haber verme hakkı sınırları içinde kullanılmışsa söz konusu suç oluşmayacaktır.

Basın özgürlüğünün içeriğini oluşturan haklardan biri olan ve hukuka uy-

⁷⁴ Gropp, Walter, "Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri", (Çev.: Faruk Turhan), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s. 226, 212.

gunluk sebebi teşkil eden haber verme hakkı “haberlere ulaşmayı, elde edilen haberleri yayınlamak olanaklarını ifade eder. Bu hak aynı zamanda, olayların aktarılması, resimlendirilmesi, olaya katılanlar ve olayın niteliği ile ilgili bilgi verilmesi imkânlarını da kapsar”⁷⁵. Haber verme hakkının söz konusu olması için haberin gerçek olması, güncel olması, haberin verilmesinde kamu ilgi ve yararının bulunması, verilen haberle işlenen suç arasında fikri bir bağın bulunması şartlarının gerçekleşmesi gerekir⁷⁶. Burada özellikle haberin gerçek olması şartı üzerinde durulacaktır. Zira yalan haber veya havadis suçun oluşması için arandığından, yalanın nasıl tespit edilmesi gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Nitekim maddeye yöneltilen eleştirilerde de yalan haberin nasıl tespit edileceği, haber veya havadisın yalan olup olmadığının saptanmasının her zaman mümkün olamayacağı, zamana karşı yarış içinde olan gazetecilerin yeterli araştırma yapmadan yayınlamaları halinde sorumlu tutulmalarının büyük sorunlara yol açacağı belirtilmektedir⁷⁷.

Haberin gerçekliği, somut gerçeği değil, haberin verildiği andaki belirli biçimine uygunluğu ifade etmektedir⁷⁸. Zira haberi veren gazeteci, maddi gerçeği araştırmakla yükümlü olmayıp⁷⁹ verdiği haberin veriliş zamanındaki durumunu araştırmakla yükümlüdür⁸⁰. Gazeteciye düşen yükümlülük, hiç bir araştırma yapmaksızın veya somut verilere dayanmaksızın, duyuma veya tahmine dayalı haberler yapmamaktadır. Somut olayda mevcut şartları dikkate alarak gazetecinin haberi yeterli araştırmalar sonucunda gerçekliğine inanarak mı, yoksa gerçek dışı olduğunu bilerek mi verdiği bakılmalıdır⁸¹. Eğer haberin gerçekliğine inanarak veriliyorsa fiil haber verme hakkı çerçevesinde hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Radyo Twist kararında, hukuka aykırı yollardan elde edilen ses kayıtlarının radyo ta-

⁷⁵ Özek, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978, s. 35; Yargıtay Hukuk Dairesi, 21.03.1990, 1302/3719, YKD, 1981, S. 5, s. 562, 563.

⁷⁶ Bu şartlar için bkz.: Erman, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul 1989, s. 154 vd.

⁷⁷ Donay, s. 45, 46.

⁷⁸ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 12.04.1979, 9042/4935, YKD, 1980, S. 3, s. 358; Özek, s. 216.

⁷⁹ Özek, s. 166.

⁸⁰ Erman, Hakaret, s. 156; Zafer, Hamide, “Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi”, Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 763.

⁸¹ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara 2013, s. 414, 416.

rafından yayınlanması ve ses kayıtlarının dinlemede geçen kişilere ait olduğunun tasdik edilmediği (ancak bu hususlar belirtilerek yayının gerçekleştirildiği) olayda, radyonun kamuyu haberdar etme amacı dışında başka bir amacı olmadığını, dolayısıyla haber verme hakkı çerçevesinde davrandığını ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir⁸².

Gazetecinin haberin gerçekliği konusunda hataya düşmesi halinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya ilişkin kurallar çerçevesinde sorunun çözülmesi gerekir. Haber veya havadisın gerçek olmadığı halde gerçek olduğu zannıyla hareket eden kişinin işlediği suçta kastı olmadığı için suçtan ve sorumluluktan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Failin somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının gerçekleştiğini bilmesi gerektiğinden bilmediği durumda fiile ilişkin kastından söz edilemeyecektir. Hataya düşmesinde taksiri olsa bile failin taksirli şekli kabul edilmediğinden sorumluluk tayin edilmesi söz konusu olmayacaktır.

VI. SUÇUN NİTELİKLİ HALİ

Fiyatları etkileme suçunun nitelikli hali 237. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Kanun koyucu önce suçun netice sebebiyle ağırlaşmış şeklini daha sonra nitelikli halini hükme bağlamıştır.

237. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikli hal, cezanın daha fazla verilmesini gerektiren bir neden olarak hükme bağlanmıştır. Nitelikli hal olarak düzenlenen durum, suçu işleyen kişinin yani failin ruhsatlı simsar veya borsa tellalı olmasıdır. Bu kişilere duyulan güven nitelikli halin esasını teşkil etmektedir. Ayrıca bu kişilerin suçu işlemekteki olanaklarının fazla olması suçun nitelikli hali olarak düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur⁸³.

Ruhsatlı simsar, yetkili birimlerden aldığı izinle bir işi yürüten ve karşılığında yüzde alan kimsedir. Simsarlar alıcı ile satıcı arasında aracılık yaparlar. Sebze ve meyve hallerinde ruhsatlı olarak komisyonculuk yapan kişiler bu ni-

⁸² Case Of Radio Twist A.S. V. Slovakia, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78603#{"itemid":\["001-78603"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78603#{) (E.T.16.10.2014).

⁸³ Erem, s. 1727.

telikte kabul edilmektedir⁸⁴. Aslında bu kavram, genellikle borsada aracılık yapan kişiler için, yani borsa simsarları için kullanılmaktadır. 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu, borsa simsarını borsa alım satımlarında yalnız aracılık yapanlar şeklinde tanımlamaktadır. Bunların borsaya dahil olmayan maddeler üzerinde borsa dışında işlem yapabilecekleri düzenlenmektedir (m. 47).

Suçu işleyen kişilere nitelikli halin uygulanabilmesi için yetkili makamlar tarafından simsarlık yapması için ruhsat verilmiş olması gerekir. Zira 3. fıkrada simsarın ruhsatlı olması ifade edilmiştir. Dolayısıyla failin ruhsatlı simsar olması halinde ancak nitelikli hal uygulanacaktır.

Borsa tellalı ise, borsada⁸⁵ işlem gören değerlerin alım satımında, tartışmasında yetkili kişi olarak ifade edilmektedir⁸⁶. Borsa tellalı, borsalarla ilgili mevzuatta geçen bir kavram değildir. 765 sayılı Kanun'un 359. maddesinde ifade edilen bu kavramın, 237. maddede de kullanılmasına devam edilmiştir. Borsa tellalları, ticaret borsalarında komisyonculuk yapanlarla menkul değerler borsalarında faaliyet gösteren aracı kurumları kapsayan bir ifade olarak belirtilmektedir. Bu kişilerin aracılık yapabilmeleri için izin verilmiş olması gerekmektedir⁸⁷.

Borsalar menkul kıymetlerin, başka tür ticari malların alınıp satıldığı, fiyatının belirlendiği, kısaca ticaretinin yapıldığı yerlerdir. Borsa SPK'nın 3. maddesinde, "Anonim şirket şeklinde kurulan, sermaye piyasası araçları, kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşların ve Kurulca uygun görülen diğer sözleşmelerin, belgelerin ve kıymetlerin serbest rekabet şartları altında kolay ve güvenli bir şekilde alınıp satılabilmesini sağlamak ve oluşan fiyatları tespit ve ilan etmek üzere kendisi veya piyasa işleticisi tarafından işletilen ve/veya yönetilen, alım satım emirlerini sonuçlandıracak şekilde bir araya getiren veya bu

⁸⁴ Erman/Özek, s. 655.

⁸⁵ Sözlükte borsa, "bazı tüccarların ve özellikle sarraflarla değerli kağıt ve tahvil alışverişleriyle uğraşanların alım satım ve değişim amacıyla devlet denetimi altında iş yaptıkları yer": [http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA\(E.T.2 Temmuz 2008\)](http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA(E.T.2 Temmuz 2008)).

⁸⁶ Bkz.: Erem, s. 1726.

⁸⁷ Erman/Özek, s. 655.

emirlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran, bu Kanuna uygun olarak yetkilendirilen ve düzenli faaliyet gösteren sistemleri ve pazar yerlerini” ifade etmek için kullanılmaktadır (ç bendi)⁸⁸. Borsalar sermaye piyasası araçlarının belli bir düzen ve güven içinde serbest rekabet şartları altında alım satımının sağlanması ve ortaya çıkan fiyatların tespit ve ilanına yetkili kurumlardır. Dolayısıyla borsada alım satımda görev yapan kişinin, fiyatların tespit edildiği bu kurumda değerlerin artmasını veya eksilmesini çok kolay şekilde gerçekleştireceğinden fiillerinin herhangi bir kişiye oranla daha ağır cezayla cezalandırılması öngörülmüştür. Ancak 237. maddenin uygulama alanına giren borsa tellalı, madde gerekçesinden anlaşılacağı üzere, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun kapsamı dışında kalan borsa tellalını ifade etmektedir (madde gerekçesi).

VII. SUÇUN NETİCE SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALİ

237. maddenin 2. fıkrasında, gerekçesinde de belirtildiği gibi suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali düzenlenmiştir. Ancak doktrinde 2. fıkrada yer alan düzenlemenin nitelikli hal olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden birine göre buradaki düzenleme fiile bağlı nitelikli haldir⁸⁹. Diğer görüşe göre ise, kanun koyucunun tespitinin doğru olmadığı, zira netice sebebiyle ağırlaşan suçtan söz etmek için kastedilenden daha ağır veya başka neticenin gerçekleşmesi gerektiğini, ancak fiyatları etkileme suçunun tehlike suçu olduğunu bundan ağır veya başka neticenin gerçekleşmesinin söz konusu olmadığını, dolayısıyla da 2. fıkradaki düzenlemenin netice sebebiyle ağırlaşan suç niteliğinde olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca bu görüşe göre 1. ve 2. fıkrada kast farklılaşmasının olmadığı, fail temel şekli için hangi amaçla hareket ediyorsa 2. fıkra açısından da aynı amaçla hareket etmektedir. Bu nedenlerle de netice sebebiyle ağırlaşan suçtan bahsedilemeyeceği belirtilmektedir⁹⁰. 2. fıkradaki düzenlemenin netice sebebiyle ağırlaşmış suç olduğunu belirtmemiz nedeniyle bu görüşlere katılmadığımız ortadadır. Zira kanunumuzda fiile bağlı veya şahsa bağlı belirlemesi bulunmamaktadır. Ayrıca neticenin fiile bağlı ne-

⁸⁸ 5174 sayılı Kanunun 3/c maddesinde ise borsa kavramının, “Ticaret borsası ve ürün ihtisas borsası unvanını taşıyan ürün borsalarını” ifade ettiği belirtilmektedir.

⁸⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6676.

⁹⁰ Tepe, s. 98, 99.

den içinde değerlendirilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Bunun dışında temel şekli ağır veya başka netice gerçekleşiyorsa bu artık netice sebebiyle ağırlaşan suçtur. Eğer suçun temel şekli neticeli bir suç değil tehlike suçu niteliğindeyse bundan yine bir netice gerçekleştiği takdirde ceza artırımı yapılıyorsa bu da netice sebebiyle ağırlaşan suçtur. TCK'nın 23. madde düzenlemesi buna engel değildir⁹¹. Zira söz konusu düzenleme genel nitelikte bir hükümdür. Bu nitelikteki düzenlemelerin olduğu hallerde eğer özel hükümlerde genel hükümden ayrı belirleme yapılmışsa bu özel hüküm uygulanma niteliğine sahiptir. Dolayısıyla 23. madde düzenlemesinin de bu şekilde yorumlanması gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim TCK'da 237. maddenin 2. fıkrası niteliğinde başka düzenlemeler de bulunmaktadır. TCK'nın 97. maddesinin 2. fıkrası ile 98. maddesinin 2. fıkrası hükümleri bu niteliktedir. Düzenlemelerin 1. fıkrası sırf hareket suçu olmakla birlikte 2. fıkralarında netice sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlenmiştir. Yani temel şekli neticeli suç olmamakla birlikte 2. fıkralarında netice sebebiyle ağırlaşan suça yer verilmiştir. Ayrıca temel şekli ile netice sebebiyle ağırlaşan şeklinin her ikisi için de aynı amaçla hareket ediyor belirlenmesi gerekçesine de katılmamaktayız. Netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda failin hem temel şekli hem de netice sebebiyle ağırlaşan şekli açısından kasten hareket etmesi mümkündür. TCK'nın 87. madde (f. 1, 2, 3) düzenlemesi de bu niteliktedir. Hem temel şekli hem de netice sebebiyle ağırlaşan şekli kasten gerçekleştirilebilmektedir. Örneğin her hangi birinin kolunu kırmak için kasten yaralamayı gerçekleştiren kişi de kasten hareket ediyordur. Başka bir maddede ayrıca suç olarak düzenlenmeyen bu hallerde netice sebebiyle ağırlaşan suçun kasten gerçekleştirilmesi doktrinde tartışma olmaksızın kabul edilmektedir⁹². 237. madde düzenlemesi de 1. ve 2. fıkra açısından bu niteliktedir. Ayrıca biz netice kapsamına giren bir durumun gerçekleşmesi ve buna daha fazla cezanın verilmesinin kabul edilmesi hallerinde netice sebebiyle ağırlaşan suçun bulun-

⁹¹ Ancak doktrinde 23. madde hükmü nedeniyle özel tehlikenin gerçekleşmesi durumunda cezanın ağırlaştırılacağı öngören suçlar netice sebebiyle ağırlaşan suç kapsamında nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir: Öztürk, Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2013, s. 286.

⁹² Bkz.: Doğan, Koray, Netice Sebebiyle Ağırlaşan Suçlar, Ankara 2011, s. 220, 221; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2014, s. 232, 233; Artuk/Gökçen/Yeni Dünya, Genel Hükümler, s. 365; Özgenç, s. 278; Öztürk/Erdem, s. 289.

duğunu kabul ediyoruz. Bunların dışındaki hallerde fiilin haksızlık içeriğini etkileyen (temel şekli dışındaki) nedenlerin nitelikli hal olduğunu düşünüyoruz.

Fiyatları etkileme suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hali, besin veya malların değerlerinin veya işçi ücretlerinin artıp eksilmesi olarak kaleme alınmıştır. Faille bu halin uygulanması için yalnızca değerlerin veya ücretlerin artması gerekmemektedir. Fiyatlarının eksilmesi durumunda da netice sebebiyle ağırlaşmış hal uygulanacaktır. Kanun söz konusu neticelerin gerçekleşmesini suçun oluşması bakımından aramamış, besin veya malların değerleri veya işçi ücretlerinin artıp eksilmesini suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olarak kabul etmiştir.

Failin sorumluluğu için netice ile yalan haber veya diğer hileli hareketler arasında nedensellik bağı bulunmalıdır⁹³. Besin veya malların değerlerinin veya işçi ücretlerinin artıp eksilmesi yalan haber veya diğer hileli hareketlerden kaynaklanmamışsa failin netice sebebiyle ağırlaşan suçtan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

TCK'nın 237. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşan şekli açısından failin kastının bulunacağı anlaşılmaktadır. Netice sebebiyle ağırlaşan suçun düzenlendiği 23. maddede, ağır veya başka netice açısından failin en azından taksirinin bulunması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla en azından ibaresi nedeniyle kastın varlığı durumunda da kanunda düzenlenmiş olmak şartıyla netice sebebiyle ağırlaşmış hal söz konusu olabilecektir.

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Fiyatları etkileme suçu, soyut tehlike suçu olması nedeniyle sırf hareket suçudur. Dolayısıyla bu çerçevede belirleme yapmak gerekmektedir. İcra hareketleri bölünebiliyorsa teşebbüs kabul edilmektedir⁹⁴. Fiyatları etkileme suçu açısından da teşebbüsün mümkün olduğunu kabul ediyoruz. Yayın gerçekleştirilmeye çalışılırken müdahale edilerek hareketin tamamlanamaması durumunda suç teşebbüs aşamasında kalmıştır⁹⁵.

⁹³ Netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda nedensellik bağı için bkz.: Doğan, s. 121 vd.

⁹⁴ Öztürk/Erdem, s. 350.

⁹⁵ Tepe, s. 100.

Nitelikli haline ve netice sebebiyle ağırlaşmış şekline teşebbüs mümkündür. Bu takdirde teşebbüs göz önüne alınarak ceza belirlemesi yapılacaktır.

B. İştirak

Suçun iştirak halinde işlenmesi mümkündür. İştirak konusunda özellik arz eden bir durum 237. maddede bulunmamaktadır. Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda iştirake ilişkin genel hükümler uyarınca değerlendirme yapılmalıdır. Faillik ve şerikliğin gerçekleşmesi mümkündür. Suçun nitelikli hali, bunu bilen şeriklere de uygulanır. Borsa tellalı olan bir kişiyle bu vasfa sahip olmayan kişinin birlikte suç işlenmesi halinde, borsa tellalı olmayan müşterek fail suçun temel şeklinden, borsa tellalı olan müşterek fail ise suçun nitelikli halinden sorumlu olacaktır.

C. İçtima

Zincirleme suç⁹⁶ söz konusu olabilir (TCK m. 43). Failin bir suç işleme kararıyla fiyatları etkileme suçunu değişik zamanlarda birden fazla işlemesi durumunda 43. madde (1. fıkra) hükmü uygulanır. Ancak aynı konuya ilişkin olarak birden fazla yalan haber veya havadis yayılması veya sair hileli yollara başvurulması durumunda tek suç söz konusu olacaktır⁹⁷.

Failin tek fiili ile birden fazla üreticinin mallarının fiyatlarının değişmesi sonucunu doğurması halinde tek suç gerçekleşecektir⁹⁸.

Yalan haber veya havadis Sermaye Piyasası Kanunu kapsamına giren suçu oluşturduğu takdirde özel hüküm olan 107. madde hükmü uygulanacaktır.

XI. YAPTIRIM

Suçun cezası üç aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezasıdır. Adli para cezasının miktarı belirtilmediğinden TCK'nın 52. maddesi gereğince 5-730 gün arasında gün belirlenerek adli para cezasının tespit edilmesi gerekir.

Netice sebebiyle ağırlaşmış halin söz konusu olduğu durumda neticenin

⁹⁶ Zincirleme suç için genel olarak bkz.: Yalçın Sancar, Türkan, Müteselsil Suç, Ankara 1995, s. 30 vd.

⁹⁷ Zincirleme suç oluşacağına ilişkin olarak bkz.: Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6678.

⁹⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6678.

gerçekleşmesi cezanın üçte bir oranında artırılmasını, nitelikli hal olan failin ruhsatlı simsar veya borsa tellalı olmasını ise cezanın sekizde bir oranında artırılmasını gerektirmektedir. Her iki durumda da artırım miktarını belirleme noktasında hakime takdir yetkisi tanınmamıştır. Şartlar gerçekleştiğinde belirlenen oranda artırımın gerçekleştirilmesi istenmiştir.

XII. KOVUŞTURMA

Re'sen takip edilen bir suç olarak düzenlenmiştir.

Davaya bakmak yetkisi Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereğince Asliye Ceza Mahkemesine aittir.

Yetkili mahkeme, kısmen veya tamamen hareketin gerçekleştirildiği yer mahkemesidir (CMK m. 12, TCK m. 8). Suçun ülke içinde kitle iletişim araçlarıyla işlenmesi halinde CMK'nın 12. maddesinin 3. ve 5. fıkra hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Eğer netice sebebiyle ağırlaşmış şekli gerçekleşmişse bu neticenin gerçekleştiği yer mahkemesi de yetkilidir. Yetki uyumsuzluğu halinde CMK m. 17 vd. maddelerine göre sorun çözümlenecektir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, “Basın Suçu ve Ceza Sorumluluğu”, Selçuk İletişim, 2000, C. 1, S.3, s. 90, 91.

Akbulut, Berrin, “Rüşvet Suçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, 2000, C. 8, S. 1-2, s. 640.

Akipek, Jale G., Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Birinci Kitap, Zilyedlik ve Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 1972.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara 2013.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2004.

Baumann, Jürgen, “Strafrecht und Wirtschaftskriminalität”, JZ, 1983, Nr. 23/24 s. 936.

Doğan, Koray, Netice Sebebiyle Ağırlaşan Suçlar, Ankara 2011.

Donay, Süheyl, “Meslek ve Sanata İlişkin Sırrın Açıklanması Fiyatları Etkilemek, Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu (17-18 Nisan 1987), İstanbul 1987, s. 46.

Dönmezer, Sulhi, “Ön Tasarı Hakkında Genel Bilgi”, Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu (17-18 Nisan 1987), İstanbul 1987, s. 20.

Dönmezer, Sulhi, Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu (17-18 Nisan 1987), İstanbul 1987, s. 49.

Erman, Sahir, Ekonomik Suçların Tespitinde Suç Siyaseti, İstanbul 1984.

Erman, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul 1989.

Erman, Sahir, Özel Kanunlar Açısından Ticari Ceza Hukuku (C. I), Genel Kısım, İstanbul 1984.

Erman, Sahir/Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 316-368), İstanbul 1996.

Frey, Silvia, Computerkriminalität in eigentums – und vermögensstrafrechtlich-

her Sicht, München 1987.

Gökçen, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989.

Gözübüyük, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi (C.III), İstanbul, (basım tarihi yok), 5. Bası.

Gropp, Walter, "Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri", (Çev.: Faruk Turhan), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998.

Güvel, Alper, "Ekonomik Suçlar: Tanım, Türleri ve Ölçütleri", Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu 30 Nisan-1 Mayıs 2005, Ankara 2005, s. 29.

Heinz, Wolfgang, "Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschliesslich Verbraucherschutz)", ZStW, 1984, Heft 2, s. 417 vd.

Kılıçoğlu, Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş II. Bası, Ankara 1993.

Kıyak, Fahrettin, "Kamuya Pek Gerekli Eşya ve Gıda Maddeleri İhtikarı", YD, 1975, C. 1, S. 1-4, s. 69 vd.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2014.

Koç, Yıldırım, "Toplu İş Sözleşmesi Nedir?", http://www.egitimsen.org.tr/ekler/f367b54b895f21e_ek.pdf (E.T.16.07.2014), s. 177 vd.

Kulan, Ruhi, Açıklamalı-Uygulamalı-İçtihatlı Memurların Yargılanmaları Usulü İle 1609 sayılı Kanuna Tabi Suçları, Ankara 1985.

Kütük, Halil İbrahim, Sermaye Piyasasında Manipülasyon, Cezai ve Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, <http://eprints.sdu.edu.tr/728/1/TS00800.pdf> (E.T. 12.07.2014).

Mahmutoğlu, Fatih Selami, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara 2003.

Malkoç, İsmail, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001.

Mitsch, Wolfgang, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2. Auflage, Berlin Heidelberg 2005.

Otto, Harro, "Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschliesslich Verbraucherschutz)", *ZStW*, 1984, Heft 2, s. 340.

Özek, Çetin, *Türk Basın Hukuku*, İstanbul 1978.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası*, Ankara 2014.

Özon, Mustafa Nihat, *Osmanlıca Türkçe Sözlük*, İstanbul 1985.

Öztekin, Tosun, "Türkiye'de İktisadi Suçlar", *İÜHFM*, 1961, C.26, S. 1-4, s. 4.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 13. Baskı, Ankara 2013.

Sermaye Piyasası Kurulu, *Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları 2*, <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=76&fn=76.pdf&submenuheader=null> (E.T.28.07.2014).

Sieber, Ulrich, *Computerkriminalität und Strafrecht*, 2., um einen Nachtrag ergänzte Auflage, Köln/Berlin/Bonn/ München 1980.

Tepe, İlker, "Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237)", *CHD*, 2010, Yıl 5, S. 14, s. 94.

Tezel, Adnan, "Şirket ve Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi Artırma ve Eksiltmelere İlişkin Suçlar Kamu Taahhütlerinde Hile", *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu*, (17-18 Nisan 1987), İstanbul 1987, s. 52.

Tiedeman, Klaus, "Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und Möglichkeiten ihrer strafrechtlichen Bekämpfung", *ZStW*, 1976, Band 88, s. 236, 237.

Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 53. Auflage, München 2006.

Türkkan, Erdal, "Türkiye'de ve Dünyada Ekonomik Suçlar", *Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu*, 30 Nisan-1 Mayıs 2005, Ankara 2005, s. 35.

Volk, Klaus, "Starfrecht und Wirtschaftskriminalität", *JZ*, 1982, Nr. 3, s. 86.

Weber, Ulrich, “Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschliesslich Verbraucherschutz)”, ZStW, 1984, Heft 2, s. 376.

Yalçın Sancar, Türkan, Müteselsil Suç, Ankara 1995.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (C. 5), Ankara 2010.

Zafer, Hamide, “Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi”, Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999.

<http://basinkonseyi.org.tr/modules.php?name=News&file=article&sid=470>
(E.T. 20 Ağustos 2007).

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ UYGULAMASINDA 15 VE 16 NOLU EK PROTOKOLLERLE ÖNGÖRÜLEN REFORM

*The Reform Provided by Additional Protocols No 15 and 16
in the Implementation of the European Convention on Human Rights*

Doç. Dr. Said Vakkas GÖZLÜGÖL* – **Yrd. Doç. Dr. Yasin POYRAZ****

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukuk sistemi, kurulduğu tarihten itibaren hem nitelik ve mekanizma olarak hem de taraf devlet, dolayısıyla yararlanan kişi sayısı bakımından sürekli şekilde gelişmiş bulunmaktadır. Ne var ki, sistemin yargısal mekanizması zamanla gelişen ihtiyaçlar karşısında zorluklarla karşılaşmaktadır. Bu zorlukların aşılmasında, taraf devletlerin rıza ve iradeleri temelinde yeni düzenlemeler yapılması yoluna gidilmektedir.

Gerekli görülen düzenlemeler, genellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konseyi'nin ilgili kurumları ve taraf devletlerince milletlerarası konferans platformunda tartışılmakta ve imzaya açılmaktadır. Türkiye'nin de katıldığı bu çabalar, temelde, insan hak ve özgürlüklerinin millî düzeylerde pratikte etkin şekilde gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır.

Bu makalede, yargısal sistemin etkinliği adına yapılan düzenlemelere yer verilmektedir. Esas itibarıyla, yürürlüğe girmesi beklenen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 15 ve 16 Nolu Protokoller'le öngörülen yenilikler inceleme konusu edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ek Protokoller, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Reformlar

ABSTARCT

The legal system of the European Convention on Human Rights has been constantly developing and thus facing many challenges, mainly because of individual needs and social expectations. In overcoming these challenges, the reform has been an ab-

* Merkez Valisi, Merkez Valileri Kurulu, İçişleri Bakanlığı, Ankara. svgozlugol@hotmail.com

** Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, Hukuk Fakültesi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara. yasinpoyraz@hotmail.com

solute necessity based on the consent and the will of party states.

In general, necessary legal provisions have been discussed in the form of international conferences by the member states of the Council of Europe, the European Court of Human Rights, and certain institutions of the Council of Europe, and ultimately opened for signatures. Turkey has also participated in these efforts. The introduction of the reforms essentially aims to serve practical and effective realization of human rights and fundamental freedoms at national levels.

The main point of this article is to examine reforms made so far in the legal machinery of the system in general. However, reforms set up in the Protocol No. 15 and 16 has been the particular concern.

Key Words: European Convention on Human Rights, Additional Protocols, European Court of Human Rights, Reforms

◆◆◆◆

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile öngörülmüş bulunan insan hakları ve temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesine ilişkin ulus-üstü (*supranasyonal*) hukuk sistemi, günümüzde geçerli hukuk sistemlerinin en başarılısı olarak değerlendirilmektedir. Elbette bu, sistemin mükemmel olduğu anlamına gelmemektedir.

Kurulan hukuk sistemi kimi temel sebeplerle eleştiri ve tartışma konusu olmuştur. Bu eleştiriler, genellikle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (AKBK), bilhassa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin çalışması ve kararları üzerinde yapılmıştır.¹ Büyük ölçüde, bu yüzden sistemin iyileştirilmesi ve güçlendirilmesini amaçlayan reformlar daha ziyade AİHM denetim mekanizması üzerinde yoğunlaşmıştır.²

¹ Shai DOTHAN, "Judicial Tactics in the European Court of Human Rights", *Chicago Journal of International Law*, Volume 12, Issue 1, 2011-2012, pp. 115-142.

² Genel olarak bkz. Costas PARASKEVA, "Reforming the European Court of Human Rights: An Ongoing Challenge", *Nordic Journal of International Law*, Volume 76, 2007, pp. 185-216; Laurence R. HELFER, "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime", *European Journal of International Law*, Volume 19, Issue 1, 2008, pp. 125-198; John HEDIGAN, "The European Court of Human Rights: Yesterday, Today and Tomorrow", *German Law Journal*, Volume 12,

AİHS kapsamının genişlemesi, zamanla oluşan farklı şartlar, çeşitlenen ihtiyaçlar, sistematik ihlaller fazla işyükü, dava süreçlerinin uzaması gibi zorluklara yol açmaktadır. Bu zorluklar, güvence mekanizmasını yetersiz kılmakta ve etkinliğini zayıflatmaktadır. Bu bağlamda, reform tartışmaları kaçınılmaz olmaktadır.³ Örneğin, aynı problemden kaynaklanan benzer dava sayısının artması karşısında geliştirilen araçlardan birisi *pilot dava* uygulamasıdır. Pilot dava prosedürü, AİHM önüne getirilen benzer, dolayısıyla tekrarlanan dava sayısının artmasına karşılık verme aracı veya yöntemi olarak geliştirilmiştir.⁴ Keza, AİHM, yerindenlik ilkesine dayanarak devlete yükümlülüklerini ifade belirli bir esneklik ve serbestlik tanımak amacıyla *devletin takdir alanı doktrinini* geliştirmiştir.

Sisteme ilişkin eleştiri ve tartışmalar, aynı zamanda sisteme olan ilgiyi yansıtmaktadır. Nitekim, AİHS yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hem metni itibarıyla hem de kurduğu sistem itibarıyla pek çok kez reforma konu olmuştur. Sözkonusu reformlar, öngörülen sistemin güçlendirilmesini amaçlamakta, dolayısıyla taraf devletlerin yargı yetkileri alanında bulunan herkes için hak ve özgürlüklerin kapsam olarak genişlemesine hizmet etmektedir.

Şüphesiz, AİHS yürürlüğü konulduğu şekliyle uygulanabilirdi. Fakat, AİHS’ni hazırlayan devletler bu yolu ne kastetmişlerdir ne de amaçlamışlardır. Avru-

Issue 10, 2011, pp. 1716-1729; Michael O’BOYLE, “The Future of the European Court of Human Rights”, *German Law Journal*, Volume 12, Issue 10, 2011, pp. 1862-1877.

³ Özellikle, 1989’da “demir perde”nin kaldırılması sonrası AİHS sistemi Doğu ve Orta Avrupa’nın yeni demokrasilerine önemli ölçüde genişlemiştir. 1989’un başında 22 olan Avrupa Konseyi üye sayısı 45’e çıkmıştır. Bu gelişme reform tartışmalarını hızlandırmıştır. Bkz. Luzius WILDHABER, “Changing Ideas About the Task of the European Court of Human Rights”, in Luzius WILDHABER (Ed.) *The European Court of Human Rights 1998-2006: History, Achievements, Reform* (N P Engel, Kehl, Strasbourg, Arlington, 2006), s. 136, 141-145, 148-149.

⁴ Pilot dava prosedürü, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin bir kararına dayanmaktadır. Bkz. Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution Res(2004)3 on Judgments Revealing an Underlying Systemic Problem, 12 May 2004 [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743257&Lang=fr, 7 Kasım 2014]. *Pilot yargılama* usulü hakkında bkz. Mark JANIS, Richard S. KAY and Anthony W. BRADLEY, *European Human Rights Law: Text and Materials* (Third Edition, Oxford University Press, Oxford 2008), s. 883-884; Stuart WALLACE, “Much Ado about Nothing? The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, Volume 1, 2011, s. 71-81. Ayrıca, AİHM’nin pilot yargılama konusu yaptığı bir dava için bkz. *Xenides-Arestis v Turkey (Admissibility)*, (App no. 46347/99) [Chamber Judgement] 14 March 2005.

pa toplumunun temel beklentisi, AİHS'yle kurulan hukuk düzeninin bireyin ve toplumun değişen ihtiyaçlarına cevap verebilmesi olmuştur. Geçen zaman içindeki uygulama, taraf devletlerin bu yolu değil, sürekli şekilde yenileme ve yeniden düzenleme yolunu tercih ettiğini açıkça göstermektedir.

Bunun içindir ki sistemde sürekli reform kaçınılmaz bir gerekliliktir. Bu reformlar mutlaka sistemin, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin karşılaştığı aşırı işyükü gibi problemlerin kalıcı şekilde çözülmesi anlamına da gelmemektedir. Fakat, bireyin, dolayısıyla çoğulcu toplumun hak ve özgürlüklerinin Avrupa mekanında zamandan bağımsız şekilde korunmasını belirli ölçüde güçlendirdiği ifade edilebilir.

Bu anlamda, 11 Nolu Protokol sistemde temel değişiklikler yapmıştır. En belirleyici yenilik, yarı-zamanlı çalışan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve Avrupa İnsan Hakları Divanı (AİHD) ikili sisteminin tekli ve sürekli sisteme, yani zorunlu yargı yetkisi tanınmış AİHM'ne dönüştürülmesi olmuştur. 11 Nolu Protokol'den temel beklenti, davaların daha hızlı görülmesi ve dolayısıyla sistemin artan işyüküne zamanında cevap verebilmesi olmuştur. Ne var ki, gerek sisteme taraf olan devlet sayısının, dolayısıyla koruma kapsamına alınan insan sayısının artması, gerekse kişi bakımından sistemin koruma kapsamında bulunan insanların hak arama bilinç düzeyinin artması, sistemi yetersiz kılarak yeni reformları gerekli kılmıştır.

İfade etmek gerekir ki öngörülen yeni düzenlemelerin bireyin hak arama özgürlüğünü hiçbir şekilde zorlaştırmaması gerekmektedir. Böyle düzenlemeler, tartışmasız şekilde, sistemin hem ruhuna hem de temel amacına aykırı olurdu.

Evrensel adalet anlayışı, bireyin ulusal ve uluslararası düzeylerde adalete erişiminin pratikte kolay şekilde gerçekleşmesini hem de başvuruların makul bir zaman içinde sonuçlandırılmasını gerektirmektedir.

Bunun için, reformların bir taraftan, başvuruların pratikte hiçbir sınırlama olmaksızın kolay şekilde yapılmasını sağlaması; diğer taraftan, devletlerin temel ve birincil rolünün yürütümünü sınırlandırmaması, yani kapasitesini genişletmesi gerekmektedir.

AİHS'nin öngördüğü hukuk sisteminin uygulanması, temelde ve birincil düzeyde taraf devletlere bağlı bulunmaktadır. Zira, AİHS, Ek Protokoller ile AİHM yargılama hukukuna millî hukukunda tam etki tanınması taraf devletlerin birincil görevidir. Bu görevin yerine getirilmesine ilişkin belirli bir yöntem öngörülmemektedir. Dolayısıyla, her taraf devlet kendi iç hukuk kapasitesine göre, doğrudan veya dolaylı olarak, AİHS hükümlerine tam etki tanımakla yükümlüdür. Bu anlamda, örneğin, AİHS'nin iç hukuka dahil edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.⁵Sistemin uygulanmasında, ne AİHM'ne ne de sistemde rol tanınan başka bir organa polis gücü atfedilmemiştir. Fakat, insan hakları ve özgürlüklerine saygı, şüphesiz devletlerin kendi menfaatlerinedir. Sistemin kendisi devletlerin ulusal düzeyde temel rol alması üzerine kurulmuştur. Devletler de bunun bilincinde hareket etmektedirler.

Sonuçta, AİHS, Ek Protokoller, AİHM yargılama hukukunun, diğer bir ifadeyle, bir bütün olarak Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nun dinamik özelliği sürekli şekilde gelişmesine imkân vermektedir. Bir taraftan, bu hukukla bağlı devlet sayısının⁶ artması sonucu AİHM'ne yeni ve karmaşık başvurular artmaktadır. Diğer taraftan, bireysel ve toplumsal tercihler ve talepler de çeşitlenerek değişmektedir. Bu gerçek karşısında AİHS'nin öngördüğü hukukî sistemin sözkonusu gelişmelere cevap verebilirlik kapasitesinin güncellenmesi ve güçlendirilmesi gerekmektedir. Fakat, bir reformla sağlanan başarı düzeyi ne olursa olsun, sistemin sürekli şekilde yenilenmesi sürecinin devam etmesi gerekmektedir.

İfade etmek gerekir ki, AİHM'ne yapılan başvuruların çokluğu ve çeşitliliği ne devletlerde ne de sistem organlarında endişeye yol açmalıdır. Çünkü, bu çokluk ve çeşitlilik, her davanın incelenmesiyle ulaşılan hukukî derinlik adalete ulaşılması ve enstrumanların meşruluğunu sağlamaya hizmet etmektedir. Sonuçta, bir bütün olarak Avrupa İnsan Hakları Hukuku derinleşmektedir.

⁵ JANIS, KAY and BRADLEY, s. 829-854.

⁶ Günümüzde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devlet sayısı, çoğunluğu Avrupa devleti olmak üzere 47 olmuştur. Bu Avrupa ve Asya devletleri aynı zamanda Avrupa Konseyi üyesidirler. Farklı rollere sahip, fakat Avrupa Konseyi ile aynı değerleri paylaşan Avrupa Birliği de yakın zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olacaktır. Genel olarak bkz. <http://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states>, 11 Aralık 2014.

I. YÜRÜRLÜĞE KONULMUŞ BULUNULAN PROTOKOLLER

Bölgesel düzeyde, insan hak ve Özgürlüklerinin istisnasız herkes bakımından gerçekleştirilmesi için yürürlüğe konulan AİHS hukuk sistemine dinamik bir işlev yüklenmiştir. Bu sistemin zamanla değişen bireysel ve toplumsal ihtiyaçlara cevap vermesi gerektiği açıktır.

Bu anlamda, sistemin sürekli şekilde geliştirilmesi ve iyileştirilmesi esas itibarıyla Ek Protokollerle sağlanmaktadır. Ek Protokol yoluyla yapılan reformlar sistemin tam etkinliği, sonuçta AİHS hukukunda tanımlanan insan hak ve özgürlüklerinin anlamlı şekilde korunması ve geliştirilmesi amaçlanmaktadır.⁷

Bu amaçla, bugüne kadar 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11 ve 14 Nolu Protokoller yürürlüğe konulmuş; 15 ve 16 Nolu Protokoller imzaya açılmakla birlikte henüz yürürlüğe girmemişlerdir.

2 Nolu Protokol

2 Nolu Protokol, 6 Mayıs 1963 tarihinde Strasbourg'da imzaya açılmış ve 21 Eylül 1970 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2 Nolu Protokolle, AİHD'na, AKBK'nin talebi üzerine AİHS (ve Ek Protokolleri) hükümlerinin yorumu konusundada- nişma görüşü (*advisory opinion*) bildirme yetkisi tanınmıştır.⁸

3 Nolu Protokol

3 Nolu Protokol, 6 Mayıs 1963 tarihinde Strasbourg'da imzaya açılmış ve 21 Eylül 1970 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 3 Nolu Protokolle, AİHS'nin 29, 30 ve 34. maddeleri hükümleri değiştirilerek AİHK'nun çalışma usulü yeniden düzenlenmiştir.⁹

⁷ Avrupa İnsan Hakları Hukuku bağlamında tanımlanan hak ve özgürlükler sadece AİHS metninde değil, 1, 4, 6, 7, 12 ve 13 Nolu Protokoller'de de yer almaktadır. Geniş bilgi için bkz. Said Vakkas GÖZLÜGÖL, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku* (Turhan Kitabevi, Ankara, Mayıs 2014), s. 268-294.

⁸ Council of Europe, Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, conferring upon the European Court of Human Rights competence to give advisory opinions, CETS No. 044 [http://conventions.coe.int/-/Treaty/Commun/-ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG, 5 Şubat 2014]. Türkiye, 2 Nolu protokol'ün onaylanmasını 13 Temmuz 1967 tarih ve 900 sayılı Kanun'la uygun bularak, 26 Aralık 1967 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı'yla onaylamış bulunmaktadır. Bkz. 6 Şubat 1968 tarih ve 12819 sayılı Resmi Gazete. Ayrıca, AİHM'nin istişarî görüş verme yetkisi ve prosedürü için bkz. GÖZLÜGÖL, s. 439.

⁹ Council of Europe, Protocol No. 3 to the Convention for the Protection of Human Rights and

5 Nolu Protokol

5 Nolu Protokol, 20 Ocak 1966 tarihinde Starsbourg’da imzaya açılmış ve 20 Aralık 1971 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5 Nolu Protokolle, AİHS’nin, AİHK ve AİHD üyelerinin görev sürelerine ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre, AİHK ve AİHD üyelerinin yarısının üç yılda bir yenilenmesi öngörülmüştür.¹⁰

8 Nolu Protokol

8 Nolu Protokol, 19 Mart 1985 tarihinde Viyana’da imzaya açılmış ve 1 Ocak 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 8 Nolu Protokolle, AİHK ve AİHD’nin çalışma usulünü kolaylaştırmak ve geliştirmek amacıyla, AİHS hükümlerinde yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bu hükümlerle, davaların kısa sürede sonuçlandırılması amaçlanmış ve AİHD’nin daireler hâlinde çalışabilmesi sağlanmıştır.¹¹

9 Nolu Protokol

9 Nolu Protokol, 6 Kasım 1990 tarihinde Roma’da imzaya açılmış ve 1 Ekim 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 9 Nolu Protokolle, AİHM’ne bireysel başvuru yolunu açmak amacıyla, AİHS’nin kimi hükümlerinde değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle, AİHK’na şikâyette bulunan bireylere, başvuruları AİHK’nca incelenip kabul edilebilir bulunduktan sonra, bu başvuruları AİHM’ne götürme imkânı tanınmıştır. Dolayısıyla, hem birey dava prosedürünün tarafı olmuş hem de AİHK’nun davayı AİHD’na götürme rölü değişmiştir.¹²

Fundamental Freedoms, amending Articles 29, 30 and 34 of the Convention, CETS No. 045 [http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3-&CM=7&CL=-ENG, 5 Şubat 2014]. Türkiye, bu protokolü 26 Aralık 1967 tarihinde onaylamıştır. Bkz. 6 Şubat 1968 tarih ve 12819 sayılı Resmi Gazete.

¹⁰ Council of Europe, Protocol No. 5 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending Articles 22 and 40 of the Convention, CETS No. 055 [http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=-ENG, 5 Şubat 2014]. Türkiye, bu protokolü 14 Mayıs 1971 tarihinde imzalamış ve 20 Aralık 1971 tarihinde onaylamıştır. 29 Eylül 1971 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı için bkz. 6 Şubat 1972 tarih ve 14091 sayılı Resmi Gazete.

¹¹ Council of Europe, Protocol No. 8 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 118 [http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG, 5 Şubat 2014]. Türkiye bu protokolü 4 Şubat 1986 tarihinde imzalamış ve 19 Eylül 1989 tarihinde onaylamış bulunmaktadır.

¹² Council of Europe, Protocol No. 9 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 140 [http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/

Bu protokol, 11 Nolu Protokol'ün 2. maddesinin 8. bendi hükmüyle yürürlükten kaldırılmıştır.

10 Nolu Protokol

10 Nolu Protokol, 25 Mart 1992 tarihinde Starsbourg'da imzaya açılmış, fakat yürürlüğe girmemiştir. AKBK'ne basit çoğunlukla karar alma imkânı vermek amacıyla, AİHS'nin AKBK'nin karar alma nisabına ilişkin 32. maddesi hükmünün değiştirilmesi öngörülmüştür.¹³

11 Nolu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle, 10 Nolu Protokol konusuz kalmıştır.

11 Nolu Protokol

11 Nolu Protokol, 11 Mayıs 1994 tarihinde Strasbourg'da imzaya açılmış ve 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 11 Nolu Protokolle, AİHS'nin denetim mekanizması yeniden yapılandırılmış ve denetim kurumu olarak, AİHK ve AİHD yerine geçmek üzere tek bir yargı organı, AİHM kurulmuştur.¹⁴ Bu protokol, AİHS'nin güvence sisteminde temelden reformun bir ifadesidir.¹⁵

14 Nolu Protokol

14 Nolu Protokol, 13 Mayıs 2004 tarihinde Strasbourg'da imzaya açılmış ve 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.¹⁶

ListeTraites.asp?-MA=3&CM=7&CL=ENG, 5 Şubat 2014]. Türkiye, bu protokolü 6 Kasım 1990 tarihinde imzalamış, fakat onaylamamıştır.

¹³ Council of Europe, Protocol No. 10 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 146 [http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?-MA=3&CM=7&CL=ENG, 5 Şubat 2014]. Türkiye, bu protokolü imzalamamıştır.

¹⁴ Council of Europe, Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby, CETS No. 155 [http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&-CM=7&CL=ENG, 5 Şubat 2014]. Türkiye, bu protokolü 11 Mayıs 1994 tarihinde imzalamış ve 11 Temmuz 1997 tarihinde onaylamıştır.

¹⁵ 11 Nolu Protokolle öngörülen reform için genel olarak bkz. GÖZLÜGÖL, s. 385-441.

¹⁶ Council of Europe, Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention, CETS No. 194 [http://conventions.coe.int, 25 Ocak 2014]. Türkiye, bu protokolü 6 Ekim 2004 tarihinde imzalamış, 2 Ekim 2006 tarihinde onaylamış ve onay belgesini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne vermekle kendisi açısından 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe koymuş bulunmaktadır.

14 Nolu Protokol hükümleri, AİHM nezdinde görülmekte olan bütün başvurular ile icrası AKBK tarafından denetlenen bütün kararlar bakımından geçerli kılınmıştır (14 Nolu Protokol m. 20).

14 Nolu Protokol, bir ek protokol olmakla birlikte, esas itibarıyla AİHS'nin metninde ve güvence sisteminin işleyişinde önemli değişiklikler yapmıştır.¹⁷

Bu değişikliklerin birincisi, AİHS'nin 23. maddesi hükmünde yapılmıştır. Buna göre, AİHM hâkimlerinin görev süreleri altı yıldan dokuz yıla çıkarılmış, görevden alınmaları prosedürü zorlaştırılmış ve tekrar seçilmelerine imkân tanınmamıştır (14 Nolu Protokol m. 2).

Bu düzenlemeyle, hâkimlerin daha uzun süre kesintisiz çalışması, bu suretle bilgi ve tecrübelerini yansıtmaları, içtihadta süreklilik, hâkim bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması amaçlanmıştır (Explanatory Report par. 50).¹⁸

İkincisi, AİHS'nin 26. maddesinde yapılan değişikliklerle, AİHM'nin yapılanması, tek hâkimli düzen, üç hâkimli komiteler, yedi hâkimli daireler ve 17 hâkimli Büyük Daire şekline dönüştürülmüştür. Bu hâlde, AİHM'nin çalışma düzenine ve yapısına yeni bir uygulama olarak *tek hâkimli düzen* eklenmiştir.

Ancak, belirli kapasiteyle donatılan tek hâkim düzeninde (AİHS m. 27, 34), sözkonusu tek hâkimin adına seçildiği devlete ilişkin bir dava veya başvuru ya bakılması mümkün görülmemiştir (14 Nolu Protokol m. 6). Ayrıca, belirli şartlar altında, tek hâkimin açıkça kabul edilemez başvuruları reddedebilmesi mümkün kılınmıştır (14 Nolu Protokol m. 7).

Bu düzenlemeyle, AİHM tarafından incelenmeye değer bulunmayan ve zaman kaybına yol açan önemsiz nitelikteki başvuruların tek hâkim tarafından ilk incelemelerinin daha hızlı yapılabilmesini mümkün kılmak için komitelerin görevleri tek hâkime de verilmiştir. AİHM'nin artan işyükü karşısında, bu suretle

¹⁷ 14 Nolu Protokolle öngörülen değişiklikler için bkz. GÖZLÜGÖL, s. 299-305.

¹⁸ Council of Europe, Explanatory Report, Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the Control System of the Convention, CETS No. 194, Agreement of Madrid, 12 May 2009 [http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm, 9 Aralık 2014]. Ayrıca bkz. Faruk BİLİR, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 1, 2006, s. 138.

bir eleme yolu sağlanmışır. Diğer bir ifadeyle, daha önce üç hâkimli komitelerce yapılan filtreleme görevinin, tek hâkim tarafından yürütülmesi sağlanmışır (Explanatory Report par. 67).

Üçüncüsü, AİHS'nin 28. maddesi hükmünde yapılan değişiklikle, komiteler, filtreleme işlevi bağlamında, bireysel başvurulara ilişkin açık ve net dosyalarda oybirliğiyle kabul edilemezlik kararı vermekle yetkili kılınmışır. Komitelere, başvuruların kabul edilebilirliğine veya kayıttan düşürülmesine karar verebilme, yargılama yapma yetkisi de tanınmışır. Komiteler, AİHS'nin 34. maddesi hükmüne uygun olarak yapılan bir başvuru hakkında, yeniden incelemeye gerek olmaksızın karar alınabilecek hâllerde, oybirliğiyle, başvurunun kabul edilemezliğine veya kayıttan düşürülmesine karar verebilir (AİHS m. 28/1(a)). Ayrıca, davanın esasını oluşturan sorun, AİHS (ve Ek Protokolleri)'nin uygulanması veya yorumlanmasıyla ilgili ve zaten AİHM'nin yerleşmiş içtihadına ilişkin ise, davayı kabul edilebilir bulabilir ve aynı zamanda davanın esasına ilişkin karar verebilir (AİHS m. 28/1(b)). Komitelerin bu kararları kesindir (AİHS m. 28/2) (14 Nolu Protokol m. 8).

Bu düzenlemelerle, komiteler davanın esası hakkında karar vermekle yetkilendirilmişir.

Dördüncüsü, kabul edilebilirlik şartlarına ilişkin AİHS'nin 35. maddesinin 3. fıkrası hükmünde yapılan değişiklikle, mevcut kabul edilebilirlik şartlarına başvuran kişinin önemli şekilde dezavantajlı bir duruma düşmesi, yani önemli bir mağduriyete ya da zarara uğramış olması ölçütü eklenmişir. Şu hâlde, AİHM'ne başvuru yapacak kişinin önemli ölçüde bir zarara uğramış olması gerekmektedir. Eğer başvuru yapanın böyle bir mağduriyeti yoksa, AİHM başvuruyu kabul edilemez bulacaktır (AİHS m. 35/3). Ancak, AİHS (ve Ek Protokolleri)'nde öngörülen insan haklarına saygı ilkesi uyarınca başvurunun esasının incelenmesinin gerekli bulunması ve başvuruya ilişkin olayın millî mahkeme tarafından yeterli şekilde incelenmemesi hâllerinde, başvuru yapanın önemli bir mağduriyetinin bulunması şartı aranmamaktadır (14 Nolu Protokol m. 12).

Bu düzenleme, hem AİHM hem de bireyin çıkarı açısından yararlı görülmektedir. Zira, gerçek anlamda hakkı ihlâl edilen, yani bu ihlâl sebebiyle mağ-

dur olan kişilerin davaları bu suretle daha iyi sonuçlandırılabilir. Başka bir ifadeyle, AİHS'yle güvenceye alınan bir hak veya özgürlüğün ihlâli ile kişisel çıkar arasında bağlantı bulunması, ihlâl olmasaydı mağduriyetin gerçekleşme-yeceğinin anlaşılması gerekmektedir (Explanatory Report par. 77-85).

Beşincisi, AİHS'nin 36. maddesi hükmüne 3. fıkra eklenerek, Daire ve Büyük Daire önündeki tüm davalarda, vatandaşlarından birinin başvuran taraf olması hâlinde, taraf devletin yazılı görüş sunma ve duruşmalarda bulunma hakkı tanınmıştır (AİHS m. 36/1). Mahkeme Başkanı, adaletin doğru şekilde sağlanabilmesi amacıyla, yargılamada taraf olmayan herhangi bir AİHS tarafı bulunan devleti yazılı görüş sunma veya duruşmalarda taraf olmaya davet edebilir (AİHS m. 36/2). Bir daire veya Büyük Daire'de görülen tüm davalar hakkında Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri yazılı görüş verebilir ve duruşmalara katılabilir (AİHS m. 36/3). Eklenen bu son fıkra hükmüyle, AİHS güvence sisteminde Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'ne işlev yüklenmiş olmaktadır (14 Nolu Protokol m. 13).

Altıncısı, AİHS'nin 39. maddesiyeniden düzenlenerek, AİHM, başvurunun *herhangi bir aşamasında* AİHS (ve Ek Protokolleri)'nde tanımlanan insan haklarına saygı esasından hareketle, davanın dostane çözümle sonuçlandırılması için ilgili taraflara hizmet sunmakla görevlendirilmiştir (14 Nolu Protokol m. 15).

Bu düzenlemeden önce, dostane çözüm yoluna sadece başvurunun kabul edilmesinden sonra ancak davanın esasına geçilmeden önceki bir süreçte gidilebilirken, yeni durumda *başvurunun her aşamasında dostane çözüm yoluna gidilebilmesi* mümkün kılınmıştır. Bu düzenleme, başvurunun her aşamasında taraf devletin ihlâl sonuçlarını ortadan kaldırması gibi olumlu girişimlerini mümkün kılması, dolayısıyla iç hukukta çözüm sağlanmasına imkân verilmesi suretiyle AİHM işyükünü azaltıcı etkide bulunacaktır (Explanatory Report par. 94).

Yedincisi, AİHS'nin 46. maddesi hükmü değiştirilerek, AİHM kararlarının etkinliğini sağlama adına, AİHM kararlarının uygulanması sürecinde, AKBK yanında AİHM'nin de rol almasına imkân verilmiştir.

Bu düzenleme, genellikle eleştirildiği üzere AKBK'nin siyasî kapasitesinin olumsuz etkisini önleyici niteliktedir (14 Nolu Protokol m.16).

Nihayet, enteresan bir değişiklikle, Avrupa Birliği'nin de AİHS'ne taraf olması mümkün kılınmıştır. Bu önemli düzenlemeye göre, AİHS'nin 59. maddesi 1. fıkrasından sonra gelmek üzere, "*Avrupa Birliği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne katılabilir*" fıkrası eklenmiştir (AİHS m. 59/2) (14 Nolu Protokol m. 17).

Bu yenilik, hiç şüphesiz, başka bir supranasyonal örgütün, Avrupa Birliği'nin AİHS'ne taraf olmakla AİHS'nin öngördüğü hukuk sistemine tâbi olması, insan hak ve özgürlüklerinin taraf devletler yanında, Avrupa Birliği'nin veya kurumlarının eylem ve işlemlerine karşı da korunması ve geliştirilmesi bakımından çok önemli gelişmeler sağlayacak nitelikte görülmektedir.

II. YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ BEKLENEN PROTOKOLLER

15 Nolu Protokol

Hazırlanması Süreci

15 Nolu Protokolün hazırlanması sürecinde, birinci AİHM'nin Geleceği Üzerine Yüksek Düzeyli Konferans, AKBK İsviçre başkanlığında 18-19 Şubat 2010 tarihinde Interlaken kentinde organize edilmiştir. Konferans, AİHS'nde gerekli değişikliklere ilişkin bir Aksiyon Plânı hazırlamıştır. İkinci AİHM'nin Geleceği Üzerine Yüksek Düzeyli Konferans, Türkiye başkanlığında 26-27 Nisan 2011 tarihinde İzmir'de organize edilmiştir. Bu konferans, reform sürecini gözden geçirmek ve ilerletmek için bir izleme plânı hazırlamıştır.¹⁹

Bu iki konferans çalışmasının izlenmesi bağlamında, İnsan Hakları Yürütme Komitesi'nin Uzmanlar Komitesi, AKBK için AİHS'nde değişiklik gerektiren spesifik öneriler içeren bir taslak rapor hazırlamıştır.

¹⁹ Council of Europe, Committee of Ministers, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration, Switzerland, 19 February 2010, and the related documents [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1591969, 5 Aralık 2014]. Ayrıca bkz. Alastair MOWBRAY, "The Interlaken Declaration - The Beginning of a New Era for the European Court of Human Rights?", *Human Rights Law Review*, Volume 10, Issue 3, 2010, pp. 519-528.

Bu raporla birlikte, İnsan Hakları Yürütme Komitesi, Birleşik Krallık başkanlığında 19-20 Nisan 2012 tarihinde Brighton’da organize edilen üçüncü AİHM’nin Geleceği Üzerine Yüksek Düzeyli Konferansı da katkıda bulunmuştur. AİHM de bu konferansın hazırlanmasında birtakım spesifik öneriler içeren bir Ön Görüş sunumu yapmıştır.

AKBK, Brighton Konferansı’nda kabul edilen belirli hükümleri hayata geçirmek amacıyla İnsan Hakları Yürütme Komitesi’nden AİHS’nin değiştirilmesi gereken hükümlerine ilişkin bir taslak protokol hazırlamasını istemiştir.

Bu çalışma sonrası, AKBK’nin daveti üzerine Parlamenter Asamblesi, 26 Nisan 2013 tarihinde taslak protokole ilişkin görüşü kabul etmiştir.²⁰ AKBK, yaptığı inceleme sonucu taslağı 15 Nolu Protokol olarak kararlaştırmıştır.

Nihayet, 15 Nolu Protokol, 24 Haziran 2013 tarihinde Strasbourg’da AİHS’ne taraf devletlerin imzasına açılmıştır. Bu protokolün yürürlüğe girebilmesi için AİHS’ne taraf bütün devletlerin onaylaması gerekmektedir (m. 6, 7).²¹

Öngörülen Yenilikler

15 Nolu Protokol, AİHM’nin etkinliğini güçlendirmek üzere AİHS’nde önemli değişiklikler sağlamıştır:

Bu değişikliklerin birincisi, AİHS’nin Başlangıç hükümlerine yerindenlik ilkesi (*the principle of subsidiarity*) ve devletin takdir yetkisi alanı doktrininin (*the doctrine of the margin of appreciation*) dahil edilmesidir (15 Nolu Protokol m.1).

AİHM, ilk yargılamalarından itibaren AİHS tarafı devletlerin iç hukukları, politikaları ve değerlerinin çeşitliliği ile yerindenlik ilkesi sebepleriyle, taraf devletlere insan hakları hukukunun yürütümüne ilişkin yükümlülüklerin yeri-

²⁰ Council of Europe, Parliamentary Assembly, 26 April 2013, Opinion 283 (2013) Final version, Draft Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=19723&lang=en>, 5 Aralık 2014].

²¹ Council of Europe, Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 213, Chart of Signatures and Ratifications [<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?PO=Tur&-MA=999&SI=3&CM=3&CL=ENG>, 27 Ekim 2014]. Türkiye, bu protokolü 13 Eylül 2013 tarihinde imzalamış, henüz onaylamamıştır.

ne getirilmesinde yol, yöntem ve araçları serbestçe seçme imkânı tanımaktadır. Bu doktrin, millî otoritelerin yerel şartları ve ihtiyaçları, araçları kullanmayı ve kaynakları özgülemeyi AİHM hâkimlerinden daha iyi bilebileceği fikrine dayanmaktadır. Bu suretle, yerel otoriteler kendilerine bırakılan takdir alanında insan hakları hukukunun gerektirdiği yükümlülükleri daha etkin şekilde ifa edebilirler. Bu, AİHS yürütme sisteminin ikincil yapısına dayanmaktadır.²²

AİHM, davaları değerlendirirken, bir taraftan yerindenlik ilkesini uygulamakta; diğer taraftan ilgili devlete ihlâlin giderilmesinde kullanılacak araçlar bakımından geniş bir takdir alanı bırakmaktadır. AİHM'ne göre, millî sistemlerin AİHS hükümlerinin ihlâlleri için bizzat telafi sağlaması AİHS'yle kurulan koruma mekanizması için temeldir. Bu suretle, AİHM denetim rolünü yerindenlik ilkesi üzerine temellendirmektedir. Bu bağlamda, AİHS ihlâlleriyle ilgili olarak etkin bir telafi gerektiren hak arama özgürlüğüne ilişkin AİHS'nin 13. maddesi hükmü temel bir işlev almaktadır.²³

Yerindenlik ilkesinden ilham alan AİHM, bu suretle takdir alanı doktrinini geliştirmiş ve uygulamıştır. Bu doktrin, devlete serbest karar alabilme alanı bırakılması gerektiği varsayımına dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, Avrupa İnsan Hakları Hukuku anlamında hak ve özgürlüklerin yaşanmasına tam saygı sağlamak şartıyla, millî otoritelerin bu anlamda kullanacakları araçları seçmede belirli ölçüde serbestlik ve esnekliğe sahip bulunması gerekmektedir. Aksi hâlde, AİHM taraf devletlerce kullanılan araçlara müdahale edebilir.²⁴

Bu değişikliklerle, AİHS sisteminin saydamlık ve ulaşılabilirlik karakterinin güçlendirilmesi ve bizzat AİHM içtihadında geliştirilen devletin takdir yetkisi alanı doktrinine uygunluğunu sağlamak amaçlanmıştır. Zira, Brighton Bildirisi,

²² Önder BAKIRCIOĞLU, "The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases", *German Law Journal*, Volume 8, Issue 7, 2007, s. 717–718. Devletin takdir yetkisi alanı doktrinini için ayrıca bkz. Murat TÜMAY, "The "Margin of Appreciation Doctrine" Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights", *Ankara Law Review*, Volume 5, Issue 2, Winter 2008, pp. 201–234.

²³ *Z and Others v the United Kingdom* (App no. 29392/95) [Grand Chamber Judgement] 10 May 2001, par. 103.

²⁴ Daniel RIETIKER, "The Principle of "Effectiveness" in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law — No Need for the Concept of Treaty Sui Generis", *Nordic Journal of International Law*, Volume 79, 2010, s. 104.

taraf devletleri AİHS’nde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvenceye alma yükümlülüklerine tam etki tanımaya çağırmıştır.²⁵

AİHM içtihadı, taraf devletlerin, davanın şartlarına ve ilgili hak ve özgürlüklere bağlı olarak, AİHS’ni uygulamada ve yürütmede nasıl bir takdir alanına sahip bulunduğunu açıklamaktadır. Bu, AİHS sisteminin insan haklarının millî düzeyde korunmasına ikincil ve millî otoritelerin, yerel şart ve itiyaçları değerlendirmede milletlerarası bir mahkemeden daha iyi pozisyonda bulunduğunu yansıtmaktadır.²⁶ Bu bakımdan, AİHM’nin rolü, devletin takdir alanını dikkate alarak millî otoriteler tarafından alınan kararların AİHS ile uyumlu olup olmadığını incelemektir.

İkincisi, AİHS’nin AİHM hâkimleri için aranan şartlara ilişkin 21. maddesine yeni bir paragraf eklenmektedir. Buna göre, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi’nce üç adaylı liste istenildiği tarihte hâkim adaylarının 65 yaşına girmemiş olmaları gerekmektedir (15 Nolu Protokol m. 2/1).

Bu değişiklik, yüksek kalitede hâkimlerin dokuz yıl süreyle kesintisiz görev yapmalarına imkân verme ve bu yolla AİHM üyeliğinin ahengini güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Bir hâkimin seçimi, millî düzeyde seçim prosedüründen Parlamenter Asamblesi’nce oylamasına kadar, uzun bir süreçtir. Bu sebeple, bir adayın prosedür süresince yaş sınırına ulaşarak görev almasının engellenmesinden kaçınmak için 65 yaşın belirlenmesinde daha önce yeterince belirli bir tarih öngörülmesi gerekli görülmüştür. Nitekim, aday yaşının Parlamenter Asamblesi’nce üç aday listesinin istenildiği tarihte belirlenmesine karar verilmiştir (Explanatory Report par. 12, 13).²⁷

²⁵ Council of Europe, Committee of Ministers, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration, United Kingdom, 20 April 2012, par. 3, 11 ve 12(b) [<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=BrightonDeclaration&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FD-C864&BackColorLogged=FDC864>, 5 Aralık 2014].

²⁶ *Ireland v the United Kingdom* (App no. 5310/71) [Plenary Judgement] 18 January 1978, par. 207; *Connors v the United Kingdom* (App no. 66746/01) [Chamber Judgement] 27 May 2004 (Final 27 August 2004), par. 82.

²⁷ Council of Europe, Explanatory Report, Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 213 [<http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/213.htm#FN4>, 7 Aralık 2014].

Üçüncüsü, AİHS'nin yargılamada Büyük Daire lehine dosyadan elçekmeye ilişkin 30. maddesinde yer alan “ taraflar itiraz etmedikçe” şartı kaldırılmaktadır. Buna göre, Daire hüküm vermemiş olmak şartıyla, taraflar itirazda bulunsa bile başvurudan elçekerek dosyayı Büyük Daire'ye gönderebilecektir (15 Nolu Protokol m. 3).

Bu önlem, AİHM yargılamasında uyum ve tutarlılığa katkı sağlamayı amaçlamaktadır. Böylece, bir daire için, yerleşik içtihattan ayrılmayı öngördüğü durumlarda yargılama yapmaktan vazgeçmeyi zorunlu kılmaktadır. Şu hâlde, taraf devletlerin bir dairenin davadan elçekmesine itiraz hakkının kaldırılması sözkonusu gelişmeyi güçlendirmektedir.

Bu hakkın kaldırılması, ayrıca, AİHS(ve Ek Protokolleri)'nin yorumunu etkileyen veya içtihattan ayrılma potansiyeli olan ciddi sorunlara ilişkin davalarda AİHM yargılama sürecini hızlandırmayı amaçlamaktadır (Explanatory Report par. 17, 19).

Bu bağlamda, Daire'nin dava taraflarına kendiliğinden danışması beklenmektedir. Ayrıca, Daire'nin davadan elçekmeden önce, davaya ilişkin herhangi bir hususu kabuledilemez bulma dahil, mümkün oldukça davayı dar yorumlaması tercih edilebilir (Explanatory Report, par. 18).

Dördüncüsü, AİHS'nin m. 35. maddesi 1. fıkrasında yer alan “AİHM'ne yapılan bir başvurunun kabul edilebilmesi için başvurunun iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı ay içinde yapılması” hükmünün değiştirilmesidir. Bu değişiklikle, sözkonusu süre *dört ay*la sınırlandırılmaktadır (15 Nolu Protokol m. 4).

Anlık iletişim teknolojisi, taraf devlet iç hukuklarında benzer zaman sınırlamaları yanında, zaman sınırının düşürülmesine yol açmış bulunmaktadır.

Beşincisi, AİHM'ne başvuruların kabul edilebilirlik şartlarına ilişkin AİHS'nin 35. maddesi 3. paragrafı b bendinde yer alan “Ancak ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilemez” şeklindeki ikinci cümle ilga edilmektedir. Şu hâlde, bu protokole taraf devletler aleyhine yapılan başvurularda “ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş” bir davanın reddedilebilmesi mümkün kılınmaktadır (15 Nolu

protokol m. 5).²⁸

Bu değişiklik, “bir mahkeme önemsiz konularla ilgilenmez” (*de minimis non curat praetor*) kavramına daha büyük etki tanımayı amaçlamaktadır (Explanatory Report par. 23).

Nihayet, 15 Nolu Protokol, hükümlerine taraf devletlerin herhangi bir çekince bulunmasına imkân tanımamaktadır (m. 6).

16 Nolu Protokol

Hazırlanması Süreci

AİHM'nin *danışma görüşü* vermek üzere yargı yetkisinin genişletilmesi, AİHS denetim mekanizmasının uzun dönemde etkinliği konusunu değerlendirmek üzere görevlendirilen Bakanlar Komitesi Bilge Kişiler Grubu'nun raporunda önerilmiştir.²⁹ Bilge Kişiler Grubu, mahkemeler arasında diyalogu teşvik ve AİHM'nin “anayasal” rolünü genişletmek amacıyla, millî mahkemelerin AİHM'ne AİHS (ve Ek Protokolleri)'nin yorumuyla ilgili hukukî sorunlara ilişkin danışma görüşü talebiyle başvurabileceği sonucuna ulaşmıştır. Sadece anayasa mahkemeleri veya yüksek mahkemelerce yapılacak görüş talep başvuruları, isteğe bağlı olacak ve AİHM'nce verilen görüşler bunları bağlayıcı olmayacaktır. Bu yetki, 2 Nolu Protokolle AİHM'ne tanınan AKBK'ne talebi üzerine danışma görüşü verme yetkisine ek olacaktır (AİHS m. 47-49). Bilge Kişiler Grubu önerisi İnsan Hakları Yürütme Komitesi'nce önceki raporların izlenmesi çalışmasının bir parçası olarak incelenmiştir.

Bunu müteakip, AİHM'nin Geleceği Üzerine İzmir Yüksek Düzeyli Konferansı Bildirisi'nde, AKBK'ni millî yüksek mahkemelere AİHM'nden AİHS'nin yorumu ve uygulanmasıyla ilgili danışma görüşü isteme prosedürünün kabulüne davet etmiştir. Bu prosedür, AİHS hükümlerinin ve AİHM yargılama hukukunun açıklanmasına yardımcı olacaktır. Bu suretle, taraf devletlerin ihlâllerden ka-

²⁸ 15 Nolu Protokol metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/-Html/213.htm>, 5 Kasım 2014.

²⁹ Bakanlar Komitesi Bilge Kişiler Grubu, Avrupa Konseyi Varşova zirvesinde kabul edilen Aksiyon Planı'yla kurulmuştur. Bkz. Third Summit of Heads of State and Government of the Member States of the Council of Europe, Warsaw, 16-17 May 2005 [http://www.coe.int/t/DCR/Summit/default_EN.asp, 7 Aralık 2014].

çınmasına yardımı anlamında daha ileri rehberlik sağlayacaktır.

Danışma görüşü sorunu, daha sonraki AİHM'nin Geleceği Üzerine Brighton Yüksek Düzeyli Konferansı'nda tartışılmıştır. Brighton Konferansı Bildirisi'nde, AİHM'ne millî düzeyde spesifik bir olaya ilişkin AİHS hükümlerinin yorumu konusunda danışma görüşü taleplerini kabul etme yetkisi tanımakla millî otoriteler ve AİHM arasındaki etkileşimin güçlendirilebileceği ifade edilmiştir. Danışma görüşü talepleri taraf devletlerin seçimlik olarak kabulüne bırakılmakta ve danışma görüşlerine diğer devletleri bağlayıcı etki imkânı verilmemektedir. Nitekim, Brighton Konferansı Bildirisi, AKBK'ni 2013 yılı sonuna kadar bir seçimlik protokol hazırlama ve kabulünü karara bağlamaya davet etmiştir.

Brighton Konferansı'ndan sonra, AKBK, İnsan Hakları Yürütme Komitesi'nden gerekli metni hazırlamasını istemiştir. İnsan Hakları Yürütme Komitesi, 22 Mart 2013 tarihli toplantısında, AKBK'ne sunmak üzere, AİHM'nden danışma görüşü isteyebilecek millî otoritenin yapısı, danışma görüşü verilebilecek sorun türleri, talepleri değerlendirme prosedürü, kabul edilen taleplerin mütaala edilmesi ve danışma görüşü verilmesi, bir danışma görüşünün sonraki farklı dava kategorilerine hukukî etkisi temel konularını değerlendirmiştir.

AKBK'nin daveti üzerine Parlamenter Asamblesi, 28 Haziran 2013 tarihinde protokol taslağına ilişkin görüşünü kabul etmiştir.³⁰

Nihayet, 16 Nolu Protokol, 2 Ekim 2013 tarihinde Strasbourg'da AİHS'ne taraf devletlerin imzasına açılmıştır. Bu protokolün yürürlüğe girebilmesi için 10 devlet onayının tamamlanması gerekmektedir (16 Nolu Protokol m. 8).³¹

Öngörülen Yeniliklikler

16 Nolu Protokol, AİHS'ne taraf devletlerin yüksek mahkemelerine AİHS (ve Ek Protokolleri)'nde tanımlanan hak ve özgürlüklerin uygulanması veya

³⁰ Council of Europe, Parliamentary Assambly, Opinion 285 (2013) Final version, 28 June 2013, Draft Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20015&lang=en, 7 Aralık 2014].

³¹ Council of Europe, Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 214, Chart of Signatures and Ratifications [http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?PO=Tur&-MA=999&SI=3&CM=3&CL=ENG, 1 Aralık 2014]. Türkiye, 20 Aralık 2013 tarihinde imzalamış, henüz onaylamamıştır.

yorumlanmasına ilişkin ilke soruları üzerine *danışma görüşü* isteyebilmelerine imkân tanımaktadır.³² Buna göre, bir taraftan, taraf devlet yüksek mahkemelerinin hangi durumlarda ve usullere uyarak danışma görüşü isteyebilecekleri düzenlenmekte; diğer taraftan, AİHM'nin bu talepleri hangi suretle karşılayabileceği düzenlenmektedir.

16 Nolu Protokol, *danışma görüşü* prosedürüne ilişkin üç parametre öngörmektedir (m. 1/1):

Birincisi, ilgili mahkemeler AİHM'nden danışma görüşü vermesini isteyebilir ifadesiyle, bu talepte bulunmanın herhangi bir şekilde zorunlu olmadığını ve isteğe bağlı olduğunu açıklamaktadır. Bu düzenleme, danışma görüşü talebinde bulunan mahkemenin sözkonusu talebini geri çekebileceği anlamına gelmektedir.

İkincisi, AİHM'nden danışma görüşü isteyebilecek millî otoriteleri, taraf devletlerce 16 Nolu Protokol'ün 10. maddesi hükmüne uygun şekilde yapılacak bildirimde ifade edilen en yüksek mahkemeleri olarak tanımlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, hangi mahkemelerin yüksek mahkeme addedileceği millî hukuk düzenlemesine bırakılmıştır. En yüksek mahkemeler ifadesi zorunlu olarak anayasa mahkemelerini değil, belirli kategoride davalara ilişkin yüksek mahkemeleri de kapsamaktadır. Keza, taraf devletler, 16 Nolu Protokol'ün 10. maddesi hükmüne uygun şekilde yapacağı bildirimle yüksek mahkeme belirlenmesini değiştirebilir. Örneğin, Türkiye yargı sisteminde uygulamasına geçtiği Bölge Adliye Mahkemeleri'nide AİHM'nden danışma görüşü talebinde bulunabilecek yüksek mahkemeler olarak belirleyebilir.

Üçüncüsü ise, bir millî mahkemenin AİHM'nden görüş isteyebileceği sorunların yapısına ilişkindir. Bu sorunlar, prensipte, AİHS (ve Ek Protokolleri) hükümlerinde tanımlanan hak ve özgürlüklerin yorumu ve uygulanmasıyla ilgili sorunlardır. Bu tanımlamanın yorumu, bir danışma görüşü talebini kabul edip etmeyeceği değerlendirmesinde AİHM'ne bırakılmıştır (AİHS m. 43; 16 Nolu Protokol m. 2/).

³² 16 Nolu Protokol metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties-/Html/214.htm>, 1 Aralık 2014.

16 Nolu Protokol, yapılacak bir danışma görüşü talebinin, görüş talep eden mahkeme nezdinde bekleyen bir davayla ilgili olmasını öngörmektedir (m. 1/2). Bu prosedür, örneğin, bekleyen sözkonusu davada uygulanmayacak bir düzenlemenin soyut olarak incelenmesini amaçlamamaktadır.

Danışma görüşü talebinde bulunan mahkemenin, nezdindeki davanın konusu ve yargılamada ulaşılan bulgular, ilgili iç hukuk hükümleri, ilgili AİHS hükümleri, gerektiğinde tarafların ifadeleri, mümkün olduğu takdirde mahkemenin davaya ilişkin kendi görüşünü AİHM'ne sunması gerekmektedir. Bu gereklilikler prosedürün amacını yansıtmaktadır. Bundan maksat, mahkeme nezdindeki uyuşmazlığı AİHM'ne göndermek değil; talepte bulunan mahkemeye nezdindeki davayı karara bağlamada AİHS hakkında rehberlik sağlamaktır (16 Nolu Protokol m. 1/3).

AİHM, sadece İngilizce veya Fransızca dillerinde değil, danışma görüşü talebinde bulunan mahkemenin yargılamasında kullanılan resmi dilde de talepleri kabul edebilecektir (Explanatory Report par. 13).³³ Diğer dillerde yapılan taleplerde, ilgili tercümelerin zamanında hazırlanabilmesinde AİHM'nin millî otoritelerle işbirliği yapması mümkün görülmüştür (Explanatory Report par. 23).

Şu hâlde, 16 Nolu Protokol'ün Türkiye açısından yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, örneğin Türk Anayasa Mahkemesi, Danıştay veya Yargıtay önünde bulunan bir dava bağlamında, AİHS (ve Ek Protokolleri)'nde koruma altına alınmış bulunan hak ve özgürlüklerin yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin ilkeler hakkında danışma yoluyla AİHM'nden görüş alabilmeleri mümkün olacaktır. Eklemek gerekir ki, sözkonusu danışma görüşleri, görüş isteyen millî makamı bağlayıcı nitelikte bulunmamaktadır (16 Nolu Protokol m. 6).

Şüphesiz, bu protokolle getirilen yenilikle Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nun millî düzeyde etkin şekilde uygulanmasına imkân sağlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, millî yüksek yargı makamları, önlerinde bulunan davalara ilişkin olarak, AİHS (ve Ek Protokolleri)'nde güvence altına alınmış bulunan insan hak ve özgürlüklerinin tam ve anlamlarına uygun şekilde korunması ve geliştirilmesi

³³ Council of Europe, Explanatory Report, Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 214) [<http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/214.htm>, 8 Aralık 2014].

bakımından AİHM'nin rehberliğinden yararlanabilme imkânına kavuşmuş bulunacaklardır.

Bir danışma görüşünün kabul edilebilir olup olmadığını karara bağlama prosedürü 16 Nolu Protokol'ün 2. maddesi 1. paragrafında düzenlenmektedir. Bu hükme göre, 16 Nolu Protokol'ün 1. maddesi 1. paragrafında tanımlanan bir sorunla ilgili olması ve 1. maddesi 2 ve 3. paragraflarında öngörülen gereklerin millî mahkemece tamamlanması ölçütlerinin bulunması hâlinde bile, AİHM bir danışma görüşü talebini kabul etme veya reddetme konusunda takdir hakkına sahiptir. AİHS'nin 43. maddesi hükmüne göre davaların Büyük Daire'ye gönderilmesi taleplerinde olduğu gibi, kabul kararları Büyük Daire'nin beş-hâkimli bir heyetince alınmaktadır (Explanatory Report par. 14). Bununla birlikte, AİHS'nin 43. maddesinde öngörülen prosedürün aksine, beş-hâkimli heyetin milli bir mahkeme talebini kabulünü reddetmesi durumunda nedenlerini açıklaması gerekmektedir. Keza, AİHM, taraf devletleri mahkemelerince yapılan danışma görüşü taleplerine ilişkin kabulü hakkında bilgilendirmelidir. Bu düzenleme, millî yargı sistemleri ile AİHM arasında diyalog tesis etmeyi ve güçlendirmeyi amaçlamaktadır (Explanatory Report par. 15).

Bu şekilde bir danışma görüşü talebinin kabulünden sonra, danışma görüşünü AİHS'nin 26. maddesinde tanımlandığı üzere AİHM Büyük Dairesi verecektir (16 Nolu Protokol m. 2/2).

Beş-hâkimli heyet ve Büyük Daire, danışma görüşü talebinde bulunan devlet tarafından seçilen AİHM hâkimini kendiliğinden dahil edecektir (16 Nolu Protokol m. 2/3). Bu hüküm, böyle bir hâkimin bulunmaması veya oturuma katılmaması durumları için de bir prosedür öngörmektedir. Bu prosedür ile AİHS 26. maddesi 4. paragrafında öngörülen prosedür arasında aynılık sağlanması amaçlanmaktadır.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ve yüksek mahkemesi danışma görüşü talebinde bulunan taraf devlete sözkonusu taleple ilgili Büyük Daire nezdinde yapılan *oturumlara katılma ve yazılı yorum gönderme hakkı* tanınmaktadır (16 Nolu Protokol m. 3). Bundan maksat, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'ne, AİHS 36. maddesi 3. paragrafı hükmüne göre bir Daire veya

Büyük Daire nezdinde görülen yargılama prosedürlerinde üçüncü tarafların davaya müdahil olmasında yaptığı gibi, danışma görüşü işlemlerine katılma hakkı tanınmasıdır (Explanatory Report par. 19).

AİHM Başkanı, adalet yönetiminin yararına olan durumlarda başka bir kişiyi veya AİHS tarafı devleti herhangi bir oturuma katılma veya yazılı yorum göndermeye davet edebilir. Bu, AİHS 36. maddesi 2. paragrafına göre üçüncü tarafların müdahil olmalarını ilgilendiren durumları yansıtmaktadır. Bu düzenlemeden, mahkemesi danışma görüşü talebinde bulunan devletin işlemlere katılmaya davet edileceği anlaşılmaktadır (Explanatory Report par. 20).

Kabul edilen bir danışma görüşü talebi üzerine duruşma yapma veya yapmama kararı AİHM'ne bırakılmıştır (Explanatory Report par. 21).

AİHM'nin, bu protokole göre verilen danışma görüşlerinde nedenleri ifade etmesi gerekmektedir (16 Nolu Protokol m. 4/1). Ayrıca, Büyük Daire hâkimlerinin ayrı (karşı veya uygun) görüş vermesine de imkân tanınmaktadır (16 Nolu Protokol m. 4/2).

AİHM'nin danışma görüşünü talepte bulunan mahkemeye ve ilgili taraf devlete bildirmesi gerekmektedir (16 Nolu Protokol m. 4/3). Danışma görüşünün işlemlere katılan diğer taraflara da bildirilmesi beklenmektedir (16 Nolu Protokol m. 3).

Bu protokole göre verilen danışma görüşlerinin yayınlanması gerekmektedir (16 Nolu Protokol m. 4/4). Bunun, AİHM'nin benzer konulardaki uygulaması ve gizlilik kurallarına uygun şekilde yapılması beklenmektedir (Explanatory Report m. 24).

16 Nolu Protokol'ün 5. maddesinde danışma görüşlerinin *bağlayıcı olmayacağı* ifade edilmektedir. Danışma görüşleri, AİHM ve millî mahkemeler arasındaki yargısal diyalog bağlamında oluşmaktadır. Buna göre, talep eden mahkeme iç hukuk işlemlerinde danışma görüşünün etkileri üzerine karar vermektedir. İfade etmek gerekir ki, bir iç hukuk düzenlemesiyle sözkonusu danışma görüşlerine bağlayıcı etki tanınması önünde bir engel bulunmamaktadır. Böyle olmasa bile, AİHM'nce verilen danışma görüşlerine iç hukukta yüksek değer atfedilmesi ve öncelik tanınması insan hakları ve temel özgürlüklerinin

etkinliği adına yararları tartışılmazdır.

Millî mahkeme nezdinde görülen bir davadan kaynaklanan bir sorun hakkında AİHM'nce danışma görüşü verilmesi durumunda, buna ilişkin bir dava tarafının AİHS'nin 33. maddesi hükmüne göre, daha sonra bireysel başvuruda bulunma hakkını kullanmasına engel oluşturmamaktadır. Bununla birlikte, AİHM danışma görüşünün etkin şekilde uygulandığı bir yargılama sonrası yapılacak bireysel bir başvuruda, danışma görüşünde belirtilen hususların kabul edilemez bulunması beklenmektedir (Explanatory Report par. 26).

Bu protokole göre verilen danışma görüşlerine daha sonra yapılacak diğer başvurular üzerinde doğrudan etki imkânı tanınmamıştır. Bununla birlikte, karar ve yargılamaları yanında, danışma görüşleri AİHM *yargılama hukukunun bir parçasını* oluşturacaktır. AİHM danışma görüşlerinde AİHS (ve Ek Protokolleri) hükümlerinin yorumu, yargılama ve kararlarda mukayese imkânı sağlayacaktır (Explanatory Report par. 27).

16 Nolu Protokol, AİHS hükümlerinde değişiklik değil, AİHS tarafı devletler bakımından seçimlik bir kabul öngörmektedir. Taraf devletlere danışma görüşü mekanizmasından yararlanma imkânı sunmaktadır. Şu halde, bu protokol hükümleri, sadece taraf devletler için AİHS'ne ek hükümler oluşturmaktadır (16 Nolu Protokol m 6). Ayrıca, AİHS'nin 58. maddesi hükmü bağlamında değerlendirildiğinde, taraf devletlere AİHS'ni feshetmeden, yani AİHS'ne taraf kalarak bu protokolden çekilebilmesine imkân verilmektedir (Explanatory Report par. 28).

16 Nolu Protokol'le AİHS'nin 57. maddesi hükmüne bir istisna, yani taraf devletlerin bu protokole çekince koyamayacakları öngörülmektedir (m. 9).

Nihayet, taraf devletlerin 16 Nolu Protokol'den kaynaklanan konulara ilişkin bildirimlerde bulunması açıkça kabul edilmektedir. Bununla, taraf devletin AİHM'nden danışma görüşü talep edebilecek mahkeme listesi belirlemesine imkân verilmektedir. Ayrıca, hangi mahkemeleri belirlenmiş bulunan bu listeden çıkardığını veya eklendiğini bildirebilmesi her zaman için mümkün kılınmıştır (16 Nolu Protokol m. 10).

Bütün bu bildirimlerin, Avrupa Konseyi içinde yapılan çok-tarflı antlaşma-

ların depositorü olarak Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapılması gerekmektedir.

SONUÇ

AİHS'yle kurulan insan hakları ve temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesine ilişkin hukuk sistemi, öngörüldüğü üzere, dinamik şekilde işlemlenmektedir. Avrupa Konseyi üyesi, dolayısıyla AİHS'ne taraf devletlerin istek ve iradeleriyle bu dinamizm sağlanmaktadır. Söz konusu dinamizmin sağlanması temelde sürekli şekilde uygulamaya konulan Ek Protokoller aracılığıyla temin edilmektedir. Ek Protokoller, taraf devletlerin bu istek ve iradelerinin hukukî yansımalarıdır.

AİHS sisteminde yaşanan en önemli gelişmelerden birisi, 14 Nolu Protokolle Avrupa Birliği'nin AİHS'ne taraf olabilmesine imkân tanınmasıdır (14 Nolu Protokol m. 17). Bu yenilik, supranasyonal bir örgüt olan Avrupa Birliği'nin supranasyonal Avrupa İnsan Hakları Hukuku'na tâbi olması, insan hak ve özgürlüklerinin daha etkin korunması ve geliştirilmesi bakımından çok önemli gelişmeler sağlayacak niteliktedir.

15 Nolu Protokolle, yerindenlik ilkesine dayanılarak AİHM tarafından geliştirilen ve uygulanan *devletin takdir yetkisi alanı doktrini* ile *yerindenlik ilkesi* açık bir şekilde yargı sistemi yöntemlerine dahil edilmektedir.

16 Nolu Protokolle, taraf devletlerin yüksek mahkemelerine AİHM'nden *danışma görüşü* isteyebilmeleri imkânı tanınmaktadır. Bu imkân, millî yüksek mahkemeler ile AİHM arasında bir diyalog süreci sağlamakta, dolayısıyla iç hukukta yargı hukukunun AİHS ve AİHM yargı hukukunu kapsayan Avrupa İnsan Hakları Hukuku'na uygun olarak gelişmesine yol açmaktadır. Bu suretle, AİHS (ve Ek Protokolleri)'nde tanımlanan ve AİHM içtihadıyla nitelik ve kapsamı geliştirilen insan hak ve özgürlüklerinin, sadece teoride değil, fakat pratikte de etkin şekilde gerçekleştirilmesine hizmet edilmektedir.

Nitekim, bugüne kadar yapılmış bulunan protokollerle öngörülen reformların sistemin yeterliliği ve etkinliğini belirli ölçüde güçlendirdiği görülmektedir. Bununla birlikte, sistemin değişen ve gelişen bireysel, dolayısıyla sosyal ihtiyaçlara etkin ve canlı şekilde cevap verebilir kılınması bu reformların

devamını kaçınılmaz kılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, inceleme konusu yapılan protokollerin son düzenlemeler olmayacağı açıktır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

BAKIRCIOĞLU, Önder, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, *German Law Journal*, Volume 8, Issue 7, 2007, pp. 711–734.

BİLİR, Faruk, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 55, Sayı 1, 2006.

Council of Europe, Committee of Ministers, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration, Switzerland, 19 February 2010, and the related documents [<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1591969>, 5 Aralık 2014].

Council of Europe, Committee of Ministers, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration, United Kingdom, 20 April 2012 [<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Brighton-Declaration&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>, 5 Aralık 2014].

Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution Res(2004)3 on Judgments Revealing an Underlying Systemic Problem, 12 May 2004 [<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743257&Lang=fr>, 7 Kasım 2014].

Council of Europe, Explanatory Report, Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 213) [<http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/213.htm#FN4>, 7 Aralık 2014].

Council of Europe, Explanatory Report, Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No. 214) [<http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/214.htm>, 8 Aralık 2014].

Council of Europe, Parliamentary Assambly, Opinion 285 (2013) Final version, 28 June 2013, Draft Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20015&lang=en>, 7 Aralık 2014].

Council of Europe, Parliamentary Assembly, Opinion 283 (2013) Final version, 26 April 2013, Draft Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=19723&lang=en>, 5 Aralık 2014].

Council of Europe, Protocol No. 10 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 146 [<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?-MA=3&CM=7&CL=ENG>, 5 Şubat 2014].

Council of Europe, Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby, CETS No. 155 [<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>, 5 Şubat 2014].

Council of Europe, Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Amending the Control System of the Convention CETS No. 194 [<http://conventions.coe.int>, 25 Ocak 2014].

Council of Europe, Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 213, Chart of Signatures and Ratifications [<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?PO=Tur&-MA=999&SI=3&CM=3&CL=ENG>, 27 Ekim 2014].

Council of Europe, Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 214, Chart of Signatures and Ratifications [<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?PO=Tur&-MA=999&SI=3&CM=3&CL=ENG>, 1 Aralık 2014].

Council of Europe, Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, conferring upon the European Court of Human Rights competence to give advisory opinions, CETS No. 044 [<http://>

conventions.coe.int/-/Treaty/Commun/-ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG, 5 Şubat 2014].

Council of Europe, Protocol No. 3 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending Articles 29, 30 and 34 of the Convention, CETS No. 045 [<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3-&CM=7&CL=-ENG>, 5 Şubat 2014].

Council of Europe, Protocol No. 5 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending Articles 22 and 40 of the Convention, CETS No. 055 [<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=-ENG>, 5 Şubat 2014].

Council of Europe, Protocol No. 8 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 118 [<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?-MA=3&CM=7&CL=ENG>, 5 Şubat 2014].

Council of Europe, Protocol No. 9 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 140 [<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?-MA=3&CM=7&CL=ENG>, 5 Şubat 2014].

DOTHAN, Shai, “Judicial Tactics in the European Court of Human Rights”, *Chicago Journal of International Law*, Volume 12, Issue 1, 2011-2012, pp. 115-142.

GÖZLÜGÖL, Said Vakkas, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku* (Turhan Kitabevi, Ankara, Mayıs 2014).

HEDIGAN, John, “The European Court of Human Rights: Yesterday, Today and Tomorrow”, *German Law Journal*, Volume 12, Issue 10, 2011, pp. 1716-1729.

HELPER, Laurence R., “Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime”, *European Journal of International Law*, Volume 19, Issue 1, 2008, pp. 125-198.

JANIS, Mark, KAY, Richard S. and BRADLEY, Anthony W., *European Human Ri-*

ghts Law: Text and Materials (Third Edition, Oxford University Press, Oxford 2008).

MOWBRAY, Alastair, “The Interlaken Declaration - The Beginning of a New Era for the European Court of Human Rights?”, *Human Rights Law Review*, Volume 10, Issue 3, 2010, pp. 519-528.

O’BOYLE, Michael, “The Future of the European Court of Human Rights”, *German Law Journal*, Volume 12, Issue 10, 2011, pp. 1862-1877.

PARASKEVA, Costas, “Reforming the European Court of Human Rights: An Ongoing Challenge”, *Nordic Journal of International Law*, Volume 76, 2007, pp. 185–216.

RIETIKER, Daniel, “The Principle of “Effectiveness” in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law — No Need for the Concept of Treaty Sui Generis”, *Nordic Journal of International Law*, Volume 79, 2010, pp. 245–277.

Third Summit of Heads of State and Government of the Member States of the Council of Europe, Warsaw, 16-17 May 2005 [http://www.coe.int/t/DCR/Summit/default_EN.asp, 7 Aralık 2014].

TÜMAY, Murat, “The “Margin of Appreciation Doctrine” Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights,” *Ankara Law Review*, Volume 5, Issue 2, Winter 2008, pp. 201–234.

WALLACE, Stuart, “Much Ado about Nothing? The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, Volume 1, 2011, s. 71-81.

WILDHABER, Luzius, “Changing Ideas About the Task of the European Court of Human Rights”, in Luzius WILDHABER (Ed.) *The European Court of Human Rights 1998-2006: History, Achievements, Reform* (N P Engel, Kehl, Strasbourg, Arlington, 2006),

KARŞILAŞTIRMALI OLARAK TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI (ANAYASA ŞİKÂYETİ)

Individual Application to Constitutional Court of Republic of Turkey in Comparative Law (Constitutional Complaint)

Doç. Dr. Tahsin ERDİNÇ*

ÖZET

Avrupa'nın çok sayıda ülkesinde, Latin Amerika'da, Güney Asya'da ve sair kırktan fazla ülkede kabul edilmiş olan Anayasa Şikâyeti veya Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı kurumu; ülkemizde 2000li yıllardaki yoğun çabalar sonucunda, 12 Eylül 2010 tarihli halk oylamasında kabul edilen 5982 sayılı Anayasa değişikliği ile getirilebilmiştir. Bunda doktrin ve özellikle 2000li yıllarda hazırlanan Anayasa önerilerinin olduğu kadar; belki daha fazla, ülkemiz aleyhine AİHM'ne yapılan başvuruların ve endişe verici mahkûmiyet kararlarının azaltılması amaç ve istekleri etkili olmuştur.

Anayasa şikâyeti veya Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı; belli kişilerin, belli temel haklarının, kamu gücünü kullanan organların işlemleri ve eylemleri sonucu ihlallerine karşı; iç hukukta öngörülmüş tüm başvuru yollarını tükettikten sonra, ikincil nitelikte ve son çare olarak yaptıkları olağan dışı bir başvuru hakkıdır.

Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku'nda, bu başvuru yolu; Anayasa Mahkemelerinin, objektif Anayasal düzenin korunması işlevinin yanına eklenen ve sübjektif temel hakların etkili şekilde korunması işlevi; aynı zamanda Hukuka bağlı Devlet'in en ileri aşaması ve insan haklarının korunmasının son halkası olarak algılanmalıdır.

Bu kurumu kabul etmiş ülkelerin neredeyse her birinde; kimlerin, hangi kamu gücü işlemlerinden doğan, hangi nitelikteki, hangi temel hakların ihlaline karşı; iç hukukta öngörülmüş tüm başvuru yollarını tüketmiş olmak şartıyla, hangi süreler ve koşullarla Anayasa Şikâyetinde ya da AYM'ne bireysel başvuruda bulunabilecekleri farklı içerikli düzenlenmişlerdir. Birinci bölümde, karşılaştırmalı olarak bu düzenlemeler incelenmiştir. İkinci bölümde ise, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ile Anayasa Şikâyeti, Mutlak ve Nisbi Anayasa Şikâyeti, Popüler Dava (ActioPopularis) kurumları ve kav-

* Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, terdinc@dogus.edu.tr

ramları karşılaştırmalı olarak ve bu mütevazı makalenin sınırlı niteliği de düşünülerek ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Elbette bu makale, her yönü ile konuyu inceleyip ve konuya ilişkin sorunların tümünü tüketmiş olmak iddiasında değildir.

Anahtar Kelimeler: Objektif Anayasal Düzen, Sübjektif temel hakların ihlali,

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasa Şikâyeti, Mutlak Anayasa Şikâyeti, Nisbi Anayasa Şikâyeti, Anayasa Mahkemesinin objektif ve sübjektif işlemleri, Popüler dava (Actiopopularis)

Not: Kaboğlu'nun da isabetle belirlediği gibi, Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nce, 19 Ekim 2011 tarihinde AYM'nin kuruluşunun 50. Ve AİHM'ne bireysel başvuru hakkı tanınmasının 25. Yılında düzenlenmiş sempozyuma sunulmuş tebliğ (makale)

ABSTARCT

Constitutional Complaint, as known as Individual Application to Constitutional Court, which established in many countries of Europe, Latin America, South Asia and more than 40 countries around the world; has been found with constitutional amendment No. 5982 at Referandum 12.09.2010; by the help of intense work in 2000s. Applications towards ECHR against our country and frowning verdicts of convictions has influenced this amendment, as well as doctrines and proposals for Constitutional in 2000's.

Constitutional Complaint, as known as Individual Application to Constitutional Court is an extraordinary way of application which can be used as last resort; against administrative customs and actions, by certain individuals for certain rights.

This application process in comparative constitutional law; should be seen as last stage of human rights protection and State of law; as well as intensive protection Subjective rights, been posterior to protection of objective rights in constitutional order.

Almost every each of the countries who established this authority; determined differently the applicants, acts of administration, qualifications, violated rights, time period, conditions for constitutional complaint or application to the Constitutional Court. In first section, these regulations examined with comparison. In second section, application to the Constitutional Court and constitutional complaint, absolute and relative complaint, Actio Popularis institutions and concepts with comparison; regarding to the limited characteristic of this humble article.

Precisely, this article does not claim to have examined all aspects and resolved questions in this subject.

Key Words: Objective Constitutional Order, Subjective violation of fundamental rights, Individual Application to Constitutional Court, Constitutional Complaint, Absolute Complaint, Relative Complaint, Objective and subjective acts of Constitutional Court, Actio Popularis

AYM'nin kuruluşunun 50. ve AİHM'ne Bireysel Başvuru Hakkı Tanınmasının 25. Yılında (ifade Kaboğlu'na aittir) düzenlenmiş sempozyuma sunulmuş tebliğ (makale)



GİRİŞ

1. Anayasanın ve Anayasa Mahkemesinin İşlevleri

“Demokratik anayasaların en önemli işlevi siyasi iktidarı etkili bir şekilde sınırlandırmak suretiyle bireyin hak ve özgürlüklerini korumaktır.”¹ Anayasanın görülen işlevi ile örtüşen anayasa mahkemelerinin işlevi, evvelce yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi ve anayasanın üstünlüğünün sağlanması iken, günümüze kadar bu temel işlev evrilerek, buna, temel hak ve hürriyetlerin korunması işlevi de eklenmiş ve anayasa mahkemeleri çift işlevli hale gelmişlerdir. Dahası “**Temel hak ve hürriyetleri koruma fonksiyonu çağdaş anayasa mahkemelerinin en ayırıcı özelliği**”² olmuştur. Bu evrimde, anayasa mahkemelerinin soyut ve somut norm denetimi yapmalarının kapsamında dolaylı olarak temel hakların korunması işlevi de bulunmasına rağmen, bu korumada yetersiz kalmaları etkili olmuştur.³ Kamu gücünü kullanan organların

¹ Kılıç, Haşim (AYM. Başkanı), Anayasa Yargısı, 26 Nisan 2009 Ankara, sh.9, (AYM'nin 47. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “Bireysel Başvuru ve Dünyadaki Uygulaması” konulu, 24 Nisan 2009 tarihinde yapılan sempozyumu açış konuşması) ; Ülkemize Bireysel Başvuru Kurumunu getiren Anayasamızın 148.md.nin; “**Bireysel Başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir**” diyen 5.fıkrası gereğince düzenlenmiş 6216 Sayılı Kanunun, “**Genel Gerekeçe**” sinde bu belirleme şöyle vurgulanmıştır: “**Anayasa Mahkemelerinin temel amacı ve misyonu.. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığıyla temel hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır.**” Kaboğlu, İ.Ö. Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye, 4.Baskı, İmge Yayınları, Ekim 2007, sh.169 vd.; Ayrıca bkz. Erdinç Tahsin, İnsan Odaklı Devlet, Özgürlük Öncelikli Anayasa, İstanbul 2009, sh. 250 vd.

² Kılıç Bahadır, Anayasa Yargısı 25, sh.20

³ Aliyev, Cabir, Anayasa Şikâyeti, Beta, 1. Baskı, Ağustos 2010 – İstanbul, sh.7; Burada anayasa mahkemelerinin çift işlevinden (fonksiyonundan) **birincisi**, anayasa mahkemelerinin **Soyut**

işlem, eylem ya da ihmalleri ile temel hak ve hürriyetleri ihlal eden kişilerin, iç hukukta öngörülmüş bütün başvuru yollarını tükettiği halde, ihlalin ortadan kaldırılmamış olması nedeni ile Anayasa Mahkemesine doğrudan bireysel başvuruda (Anayasa Şikâyeti) bulunabilmesi yolunun tanınması, aslında hukuk devletinin (hukuka bağlı devlet) çağımızda ulaştığı en ileri aşama ve temel hakların ulusal düzeyde korunmasının en son halkasıdır.

Gerçekte, **anayasa yargısının meşrutiyeti** de belirtildiği gibi, anayasal düzeni ve temel hak ve özgürlükleri korumak için çoğunluğun iktidarını sınırlandırma işlevinden kaynaklanmaktadır.⁴Başka ifade ile, anayasa mahkemesinin meşrutiyeti, iktidar uygulamalarının, Anayasa ve AİHS tarafından anayasal düzeni ve temel hakları korumak için çizilmiş sınırlar içinde kalıp kalmadığını tespit ederek, iktidar uygulamalarının bu sınırlar içine çekilmesini sağlamaktır. Fransız Anayasa Komisyonu Başkanı Jean- Louis Debre'nin isabetle belirttiği gibi; anayasa mahkemesi yasama organının yerine geçerek kural koyamaz. Onun ödevi konulmuş olan kurallardan anayasa sınırlarını aşan aykırılıkları “**silmektir (ortadan kaldırmaktır)**”⁵ Zira temel hak ve hürriyetlerin korunması, devlet iktidarlarını kullanan organların Anayasa ve AİHS'nin çizdiği sınırlar içinde tutulmasına bağlıdır. Bu kapsamda AYM Anayasa ve AİHS hükümleri çerçevesinde temel hak ve hürriyetleri koruma işlevini yerine getirdiği sürece meşrutiyet tartışması söz konusu olmayacaktır kanısındayız.

Norm Denetimi şeklinde yaptığı anayasa uygunluk denetimidir. Bu denetim şekline doktrinde **Objektif** Nitelikli **Denetim** denmektedir. Bu denetim kapsamına; yasaların Anayasa uygunluk denetimi, devlet organları arasındaki anlaşmazlıkların çözümü (hakemlik), yüce divan görevi ve – Ülkemizde YSK'nın görevi olmakla birlikte – seçim ve referandum uygulamalarının anayasa ve yasalara uygunluk denetimi girmektedir. Buna mukabil, temel hak ve hürriyetlerin ihlali nedeniyle, bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti üzerine, Anayasa Mahkemesi (AYM)'nin yaptığı ise sübjektif hakların korunmasına yönelik olduğundan, doktrinde **Sübjektif Denetim İşlevi** olarak adlandırılmaktadır. Bk. Aliyev, C., age.sh.16; Alman doktrinde ise bu iki tür işlev yani objektif denetim ve sübjektif denetim işlevleri, AYM'nin işlevleri olarak değil, fakat **Bireysel Başvuru Kurumunun** işlevleri olarak tartışılmıştır. Bk. Kılıç, Bahadır, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye açısından Uygulanabilirliği, (mkl) İn Anayasa Yargısı 25, sh.26

⁴ Bk. Kılıç, Haşim (AYM Başkanı) Anayasa Yargısı 25, sh.6 (AYM'nin 46. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumu Açış Konuşmasından); Kılıç Haşim, (AYM Başkanı), Anayasa Yargısı 26, sh.10 (AYM'nin 47. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumu açış konuşmasından); Turhan, Mehmet, Anayasa Yargısı 25, sh. 15 (Sempozyumda Birinci Oturum Başkanı olarak yaptığı konuşmadan)

⁵ Debre, Jean- Louis, Anayasa Yargısı 26, 2. Oturum Başkanı olarak yaptığı açış konuşmasında.

Günümüzde Avrupa’da, Güney Amerika’da ve Güney Asya’da birçok devlette, insan haklarının ve temel hak ve hürriyetlerin etkili şekilde korunmasının sağlanması amacıyla anayasa mahkemelerine ya da anayasa mahkemeleri görevini yapmakta olan yüksek mahkemelere **Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)** hakları anayasa ve yasalarla kabul edilmiştir.⁶“**Tecrübeler temel hak ve özgürlüklerin devlet otoritesi karşısında (etkin şekilde) korunması için böyle (ikincil) bir mekanizmanın yaratılması sonucunu doğurmuştur.**”⁷

2. Ülkemizde AYM’ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumunun Getirilmesi ve Pozitif Düzenlemeler

Ülkemizde, AYM’ne Bireysel Başvuru Hakkı tanınması tartışmaları 1961 Anayasası’nın yapılışından bu güne kadar sürmüştür. Bu kurum ancak; 07.05.2010 tarih ve 5982 Sayılı Anayasa değişikliği hakkında kanunla değiştirilen, Anayasanın 148.maddesi ile getirilebilmiştir. AYM’in söz konusu 148/5 md. si ve fıkrasıyarınca⁹ “**Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar**” AYM’nin

⁶ Kılınç, Bahadır, age. sh. 23, Nisan 2008 itibarıyla bireysel başvuru kurumunu kabul eden devletler; Federal Almanya, Avusturya, İspanya, Macaristan, Polonya, Çek Cumhuriyeti, Slovak Cumhuriyeti, İsviçre, Belçika, Meksika, Brezilya, Arjantin, Güney Kore, Arnavutluk, Andora, Azerbaycan, Kolombiya, Hırvatistan, Makedonya, Gürcistan, Kırgızistan, Liechtenstein, Malta, Mali, Mairitus, Moldova, Bulgaristan, Karadağ, Papua Yeni Gine, Senegal, İsrail, Rusya Federasyonu, Slovenya, Güney Afrika Birliği, Sudan, Suriye, Tayvan, Ukrayna ve Özbekistan’dır.

⁷ Yazıcı, Serap, “**Yeni bir uygulama olarak Anayasa Şikâyeti, Umutlar, Beklentiler, Gerçekler**” AİHM ve Türkiye II Anayasa Şikâyeti, Türkiye Adalet Akademisi (TAA) Yayını 10 Aralık 2010 (Uluslararası Sempozyumda), sh. 9-10

⁸ 1961 AY ‘sının kabulü esnasında, **ActioPopularis (Halk Davası)** niteliği taşıyan düzenleme teklifleri kabul edilmemiştir. (Bk. Gören, Zafer, Anayasa Hukuku, Seçkin Ankara 2006, sh. 272) 1961 Anayasasının uygulandığı dönemde; Tahsin Bakir Balta, Anayasanın; “**Mahkemelerin Kuruluş Görev ve Yetkileri, İşleyiş ve Yargılama Usulleri Kanunla Düzenlenir**” diyen 1961 Anayasası’nın 146/1 madde ve fıkrasına dayanarak, AYM’ne Bireysel Başvuru Yetki ve Görevinin verilebileceğine dair bir görüş ortaya atmış ise de, bu görüş doktrinde ve AYM. tarafından kabul görmemiştir.

⁹ Gerçekten Anayasa’nın 148/1 madde ve fıkrası, Anayasa’yı değiştiren 07.05.2010 tarih ve 5982 Sayılı Kanun’un 18.maddesi ile değiştirilerek, AYM’nin “**Görev ve yetkilerine**”, “**...Bireysel başvuruları karara bağlar.**” ifadesi eklenmiştir. Söz konusu 148.maddeye, aynı Anayasa Değişiklik Yasası işle 3.,4. Ve 5. Fıkraları eklenmiştir. Bu Anayasa Değişikliği ile, Türk Anayasa Hukuku alanına Bireysel Başvuru Hakkı da girmiştir. 1982 AY’sı döneminde 2000’li yıllardan itibaren bu konudaki çabalar artmış; önce Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) nin hazırlayıp sunduğu “**Anayasa 2000**” önerisinde; “yasal başvuru yollarının tüketilmiş olması şartıyla **AY. Şikâyetinin tüm kamu gücü işlemlerine karşı; yeni mahkeme kararlarına, yasalara ve idari kararlara ve düzenlemelere karşı** yapılabileceği öngörülmüştür. Türkiye

Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’u değiştiren 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı kanunla düzenlenmiştir. Bu kanun 23.11.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş ve AYM bireysel başvuruları bu tarihten itibaren kabul etmeye başlamıştır.¹⁰

AYM’ ne Bireysel Başvuru Hakkı tanınmadan önce; Türkiye bir insan hakları örgütü olan Avrupa Konseyi’ne (AK) kuruluşundan beri üyedir. Bu örgüt tarafından kabul edilmiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) 10 Mart 1954 tarihinden beri taraf olup sözleşmenin 1., 13., 46. Maddelerine göre sözleşme hükümlerine uyma yükümlülüğü altındadır. Ayrıca Sözleşme, **Uluslararası ya da ulus üstü (SupraNationale)** hukuk niteliği taşımaktadır. Bunun sonucu olarak, sözleşme ek ve protokolleri hükümleri iç hukuk alanında doğrudan uygulanma (applicabilité directe, self executing) niteliğine de sahiptir.¹¹

Keza Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na Bireysel Başvuru Hakkını 28 Ocak 1987 tarihinde tanımış, 22 Ocak 1990 tarihinde de Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir.¹² Bu itibarla Türkiye, sözleşme hükümlerine uymakla birlikte, **“iç hukukunu parçası kabul edilen”**¹³ sözleşme hükümlerine uygun uygulama ve yargılama yapmaktayken yükümlüdür.

Barolar Birliği’nin (TBB) 2001 ve 2007 tarihli içerikleri birbirine benzeyen **“AY önerileri”**nde “Anayasa Şikâyeti Önerisi” yapılmıştır. Ayrıca AYM’nin kendisinin hazırlamış olduğu 2004 tarihli Anayasa Değişiklikleri teklifi içerisinde 148.maddenin değiştirilerek, TOBB ve TBB önerilerinde olduğu gibi iç hukuk başvuru yollarının tüketilmesi kaydıyla temel hak ve hürriyetleri **kamu gücü** tarafından ihlal edilen herkesin AYM’ne bireysel başvuru hakkı tanınması önerilmiştir ve bu öneri 2010 tarihli anayasa değişikliğine önemli ölçüde etkili olmuştur. Ayrıca 2007 yılında Prof. Ergun Özbudun başkanlığındaki bir akademisyenler heyetinin hazırladığı anayasa önerisinde ise, AYM’ne Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti önerisi yer almamıştır. Bk. Kılıç, B, agmkl., Anayasa Yargısı 25, sh. 44- 45

¹⁰ 6216 Sayılı Kanun’un 76/a madde ve bendine göre, AYM; Bireysel Başvuruları 23.09.2011 tarihinden itibaren kabul etmeye başlamıştır. AYM’nin zaman bakımından yetkisi için bkz. Ural, S. Sezai, Hak ve Özgürlükleri Korunması Bakımından Bireysel Başvuru, Seçkin- Hukuk, Ankara- 2013, sh.247-251

¹¹ Gölcüklü, F/Gözübüyük A.Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 7.Bası, Ankara 2007 sh.16 ve sh.18;Kabaoğlu,İ.Ö.Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1994 sh,125;Batum,Süheyl,AİHS ve Türk Anayasal Sistemine etkileri İstanbul 1993, sh.39-40,sh.58;Erdinç Tahsin, Batı Demokrasilerinde Klasik Kamu Özgürlükleri Alanında Görülen Sapmalar(Tarihi Açından İnsan Hakları İhlalleri) 2.Baskı,İstanbul 2002 sh.189-190

¹² Gölcüklü, F/Gözübüyük A.Ş age. Önsöz sh. VIII

¹³ Bk.1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Genel Gereğesi. Metin için Bk. Kuzu, Burhan, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, 11 .baskı,2011 sh.62.

Ayrıca, insan haklarının korunmasına ilişkin ulus üstü yargısal denetim mekanizmasını yeterli görmeyen Türkiye’de; 07.05.2004 tarih ve 5170 Sayılı Kanunla Anayasa değiştirilmiş, Anayasa’nın 90. maddesine; **“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş hak ve özgürlüklere ilişkin milletler arası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletler arası antlaşma hükümleri esas alınır.”** hükmü getirilmiştir. Bu suretle söz konusu 90.maddeye göre, esasen **yasa hükmünde olan** insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri, yasalardan üstün konuma kavuşmuş ve öncelikli olarak uygulanmaları zorunlu hale gelmiştir.¹⁴ Bütün bunlara rağmen, ulusal düzeyde özellikle yargı organları; uluslararası sözleşmeleri, AİHM hükümlerini ve dünyada örnek olarak uygulanan AİHM içtihatlarını uygulamakta “isteksiz davranmışlardır, davranmaktadırlar.”¹⁵

AİHM’ ne Bireysel Başvurulara ilişkin karşılaştırmalı rakamların Türkiye aleyhine ortaya koyduğu olumsuz imaj, verilmiş mahkûmiyet kararları ve gelecek için endişe verici boyutlara ulaşan tazminatlar:

Önce AİHM Yargıcı İ. Karakaş’ın verdiği, Türkiye’nin AİHM önündeki endişe verici durumunu gösteren rakamlara bir göz atmakta yarar görüyoruz. “Sözleşmeye... taraf olan Türkiye, Rusya’dan sonra en çok başvuru yapılan ikinci devlettir. 2010 yılı itibariyle Türkiye’ye karşı açılmış 18543 dava vardır. Bu rakam geçen yıla göre % 37 artmıştır. Giderek daha da artma istidadı göstermektedir.” Bu davalardan 15762 si bir karar organı önünde beklemekte... bu davaların %60 ı yani 9545 adedi AİHM’nin dairesi önünde görülmesi gerekmektedir. Bu sayı, aleyhine bizden fazla başvuru olan Rusya’nın iki katıdır (4500). Çok daha önemli olanı ise; AİHM’nin 50 yıllık yargılama hayatında aleyhine en çok ihlal kararı verilen ülke 2249 sayısı ile Türkiye’dir. Bu rakam, toplam mahkûmiyet kararlarının yaklaşık % 19’udur. Bu oranı %16 ile İtalya, %7 ile Fransa izlemektedir.¹⁶Doğal olarak bu korkutucu mahkûmiyet kararlarının arkasından

¹⁴ Sağlam Musa, Bireysel Başvuru-Anayasa Şikayeti, HUKAB Yayını, HUKAB Sempozyum Serisi 1(Önsöz) sh.3-4;.Karakaş ,İşil,(AİHM Hakimi),Süregiden Sorunlara Yeni Cevaplar, İn AİHM ve Türkiye II Anayasa Şikayeti ve AİHM.Adalet Türkiye Akademisi Yayını (10 Aralık 2010 tarihinde düzenlenen sempozyumda konuşması) Sh.35

¹⁵ Turhan Mehmet, Anayasa Yargısı 25, Ankara Nisan 2088 (Sempozyumun 1. Oturumunu Açış Konuşması) sh. 15

¹⁶ Karakaş İşil, ag. mklsh. 35-36. Bu rakamların AİHM’den oldukları anlaşılmaktadır. Ayrıca bkz.

gelen tazminatlarda astronomik miktarlarla ifade edilmektedir.

Gelecekte daha da büyüme potansiyeli taşıyan bu endişe verici durumdan kurtulabilmenin yolu; birçok ülke tarafından, AYM'lerine Bireysel Başvurunun kabulü ile bulunmuş görünüyor. Gerçekten denildiği gibi; **“bireysel başvuru kurumunun getirilmesinin en önemli amacı, iç hukukta temel hak ihlallerinin ortadan kaldırılması ve buna bağlı olarak ülkemiz aleyhine AİHM’ne yapılan başvuru sayılarını azaltmaktır.”**¹⁷

Bu kapsamda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 2004/6 sayılı tavsiye kararında, Venedik Komisyonu’nun **“Anayasa Yargısına Bireysel Erişime İlişkin Taslak Çalışma Raporunun”** 82.paragrafında belirtildiği; A. Nalbant’ın, Hüseyin Ekinci’nin, Fazıl Sağlam’ın, İ. Kaboğlu’nun ve başka bilim adamlarının isabetle belirledikleri gibi; **“..AYM’ne Bireysel Başvuru yolunun tanınmasının, AİHS’nin ihlaline karşı etkili bir çare olduğu düşünülmekte ve böylece Strazburg Mahkemesi, AİHM öncesinde bir filtre olarak görülmektedir.”**¹⁸ Esasen AYM’ne Bireysel Başvuru ya da Anayasa şikâyeti kurumunu kabul etmiş ve etmemiş ülkelerin; AİHM’ne başvuru rakamları çoğunlukla benimsenen bu görüşlerin haklılığını doğrulamaktadırlar. Bu kapsamda, TBB’nin 2007 tarihli **“Anayasa Önerisi”**nde yapılan belirlemelere göre; **“Bireysel Başvuru Kurumu-**

Altan, Alpaslan, Bir İç Hukuk Yolu Olarak Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru (Av. Ö. Özok Anısına AYM’ne Bireysel Başvuru Anayasa Şikâyeti, anlamı, kapsamı ve olası sonuçları, panel, 24.04.2011, TBB. Yayınlanmamış Bildiri, sh.2, HUKAB Sempozyum Serisi 1, sh.135-138 Dpnt.2’den) Bu konuya AYM. Başkanı Haşim Kılıç da değinmiştir. Bkz. Anayasa Yargısı 26, Açış Konuşması Sh. 17

¹⁷ Bkz. Anayasa Mahkemesi, Ekinci. H, Sağlam. M. **“66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”** yayını 4 nolu soru cevabı.

¹⁸ Bkz. Ekinci, Hüseyin, AYM Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İnceleme Usulü, in HUKAB Sempozyum Serisi 1 sh. 138- 139; Sabuncu Yavuz, Avnwine, Selin Esen, Türkiye için Anayasa Şikâyeti modeli (Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu), AYM’nin 42.kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyuma sunulan bildiri, Anayasa Yargısı 21, sh. 229. Venedik Komisyonu’nun **“Anayasa Yargısında Bireysel Erişime İlişkin Çalışma Raporu”**, GagikHarutyunyan, Angelika Nussberger, Peter Paczolay, (Strazburg 11 Ekim2010,Çalışma No:538/2009.VKRP) den; Nalbant, A **“AİHS Hukuku ve Anayasal Bireysel Başvuru”** AİHM ve Türkiye II, Uluslararası Sempozyum, ANKARA 10 Aralık 2010,Türkiye Adalet Akademisi(TAA) Yayınları Sh.227;Sağlam ,Fazıl, **“Avrupa da Haklar Çerçevesinde Türkiye”**, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Cilt XXIV Ocak-Şubat 200 Sh.71 vd.; Kaboğlu, İ. Ö, Anayasa Yargısı,4.Baskı,İmge 2007,Sh.93 vd. Özellikle Sh.100-101 de Kaboğlu’nun katıldığımız belirlemesi şöyledir;” Ekleyelim ki Anayasal Başvuru İç Hukuk da hak arama yollarını pekiştirdiği için İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine (AİHM) başvuru sayısını azaltıcı bir katkı sağlamaktadır.”

nu kabul etmiş ülkeler ile diğerleri kıyaslandığında, bu kurumun ülke aleyhine AİHM'ne yapılan başvuru sayısını önemli düzeyde azalttığı görülmektedir.”¹⁹ Bu belirlemeler, Anayasa'nın bu kurumu getiren 148. maddesini de değiştiren 12 Eylül 2010 tarihli Halk Oylaması ile kabul edilen 5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Yasasının genel gerekçesinde de yer almıştır.²⁰ Başka ifadeyle açıklanan rakamlar ve endişe verici durum, 5982 Sayılı Kanun ile Anayasa'nın 148. maddesinin değiştirilerek, Bireysel Başvuru Kurumunun ülkemize getirilmesinde doğrudan etkili olmuştur.

3. Anayasa ve Yasa Uyumsuzluğu

Bireysel Başvuru Kurumunu getiren Anayasa'nın 148. maddesinin 5. fıkrasına göre; **“Bireysel Başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”** Anayasa'nın bu emri, 6216 Sayılı Kanun ile yerine getirilmeye çalışılmıştır.²¹ Ne var ki 6216 Sayılı Kanun ile dayanağı olan AY'nın özellikle 148. Ve 149.maddelelerinin uyumlu olduğu kanımızca söylenemez. Kanun yürürlüğe girmeden bu konuda ciddi eleştiriler ortaya atılmaya başlamıştır.²²

¹⁹ “Örneğin bu kurumun iyi işletildiği ülkelerden Almanya ve İspanya aleyhine 1999-2005 yılları arasında, AİHM'de açılan davalarda saptanan ihlal sayısı sırasıyla 49 ve 19 iken; bu kurumun bulunmadığı ülkelerden Fransa, İtalya ve Türkiye'de sırasıyla (ihlal sayıları)344,1170 ve 764 tür.” (Bkz. TBB, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi,4.Basın,TBB Yayınları, Ankara 2007.Sh.201;Aliyev,Cabir age.,Sh,101(TBB Anayasa Önerisi Sh.291 den.); Ekinci ,H, ag. mkl, HUKAB Sempozyum Serisi 1 Sh.13 Dpnt. 7(Aliyev'den nakil); Sağlam, Musa, HUKAB Sempozyum Serisi 1,Önsöz Sh.4-5(TBB Anayasa Önerisi Sh.291-292'den)

²⁰ Gerekçede, “Bu usulün kabul nedenleri arasında” ; ilk olarak birçok ülkede Anayasa Şikayetine, Temel Hakların Korunması yöntemlerinden biri olarak, Anayasa Yargısıyla özdeşleştiği;.. Türkiye'nin AİHM' önündeki tablosunun (etkili olduğu Türkiye'nin) AİHM'ne Bireysel Başvuru Hakkını ve bu mahkemenin zorunlu yargı yetkisini tanımamasına rağmen,(AYM)ne Bireysel Başvuruyu kabul etmemesinin bir paradoks olarak değerlendirildiği görülmektedir. (Bk.5982 Sayılı Kanunun Gerekçesi; http://www.gov.tr/sira_sayi/donen23/yil01/93497. Pdf (22.10.2001) Ayrıca Bk. Sağlam, Musa, İn HUKAB Sempozyum Serisi 1,Önsöz Sh.6

²¹ 6216 Sy. K. Gerçekte 10.11.1983 tarih ve 2949 Sayı. “AYM'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun” u değiştiren bir kanundur. Bu 6216 Sayılı kanun,5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla değiştirilen Anayasanın 147,148. Ve 149. Maddeleriyle “Anayasa Mahkemesine yüklenen AYM'nin yeni görevlerini en iyibicimde yerine getirilebilmesini temin için hazırlanmış ve 30.10.2011 tarihinde kabul edilmiştir.30.04.2011 tarihli R.G'de de yayınlanmıştır. Ancak bu kanunun 76/A Md. ve bendine göre,-AY'nın geçici 18.Md. sinin 8.Fıkrası gereğince -23 Eylül 2012 Tarihinde yürürlüğe girecektir.(Girmiştir)Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuruları da bu tarihten itibaren kabul etmeye başlayacaktır.

²² Atay, Ethem, Ender, AYM. Bireysel Başvurulan Sağlıklı Değerlendirebilir mi? İn HUKAB Sempozyum Serisi I. Sh, 126. vd., Değnekli, Adnan, Yargıtay'ın Anayasa Şikayetine Bakışı, İn HUKAB S. Serisi 1 Sh.77.v.d.;Ekinci,H.,AYM Kanunu çerçevesinde bireysel başvuruları inceleme

Gerçekte Anayasa'nın 148.maddesi "**Herkes..**" e Bireysel Başvuru Hakkı tanımış iken; 6219 Sayılı Kanun ile kamu gücünü kullanan kamu tüzel kişilerinin Bireysel Başvuru Hakkı'na sahip kılınmaması bizce isabetli olmuştur. Özel hukuk tüzel kişileri ile vatandaş olmayan yabancılar için Bireysel Başvuru Haklarının kısıtlanması Anayasaya Uygun olmadığı şeklinde eleştiri olabilir.

Keza Anayasa Md. 148/1, "Kamu gücü tarafından.." ifadesi, kamu gücünü kullanan yasama, yürütme ve idare ve yargı organlarını kapsayacak genişliktedir. 6216 Sy.K md.45/3 ise "yasama işlemleri ile düzenleyici idare işlemleri", AYM. Kararlarını ve AY'nın Yargı Denetimi dışında bıraktığı işlemleri kapsam dışında bırakmıştır. Başka ifadeyle, sayılan bu kamu gücü işlemleri ile temel hakları ihlal edilenler AYM'ne Bireysel Başvuruda bulunamayacaklardır.²³

Bunun gibi AY'nın 148/5. Maddesine göre; "**Bireysel Başvurulara ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.**" Anayasanın 147. Maddesine göre de "**Mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri, işleyişleri ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir**" 6216 sayılı kanunun 48/5 maddesinde de, "**kabul edilebilirlik şartları ve incelemesinin usul ve esasları, içtüzükte düzenlenir. (AYM İçtüzüğü)**" Bireysel Başvuruların kabul edilmesi için şartlar konulması, başka ifadeyle hakkın sınırlandırılmasını içtüzüğe bırakan bu düzenlemenin Anayasanın 149/5 maddesi nazara alındığında Anayasaya uygun düşmediği şeklinde eleştirilmiştir.²⁴ Her ne kadar Anayasanın 149. maddesinin 5. fıkrasında "**AYM'nin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve iş bö-**

usulü, İN HUKAB S. Serisi 1 Sh.137 v.d. Zabunoğlu Yahya, Bireysel Başvuru Yolunun Açılması, İN HUKAB S.Serisi 1 Sh. I 16 vd.

²³ Oysa yasama işlemleriyle idarenin düzenleyici işlemlerini Anayasa Şikâyeti yada Bireysel Başvuru konusu yapan F. Almanya (RudolfMellinghoff, "**Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikâyeti**" ,İN Anayasa Yargısı 26 AYM'nin 47.Kuruluş Yılı Dönümü nedeniyle sempozyuma sunulan bildiri,24 Nisan 2009 Ankara Sh.31 vd., "F. Alman AYM yasası md.93/3);Avusturya (Holzinger, Gerhart"**Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru**" İN, Anayasa Yargısı 26,Sempozyuma Sunulan bildiri Sh.61 vd., Avusturya Anayasa Mahkemesi Kanunu md.139 ve 140);Güney Kore (Jong-Dae, Kim, "Anayasa Şikâyeti Sistemi Kore'nin Tecrübeleri" İN Anayasa Yargısı 26 Sunulan Bildiri Sh.145 vd. G. Kore Anayasa Mahkemesi Yasası md.68/2) gibi ülkeler vardır.

²⁴ Zabunoğlu, Y. ag. mkl. HUKAB S. Serisi 1 Sh. 123.Zabunoğlu'na göre; "Bireysel başvuru bir dava türüdür, yargı süreci ile ilgilidir. Yargı sürecini içerir. Hak arama özgürlüğünün kullanılması dava ve yargı süreci ile ilgili düzenlemelerin bir kısmının da olsa, usule ilişkin kısmının da olsa, tüzüklerde yer alması (düzenlenmesi) Anayasa ya uygun düşmez. Yargısal süreç, yargı yolu dava hakkının kullanılması ancak yasa ile olur." Bk.Sh.122-123

lümü kendi yapacağı tüzükle düzenlenir.” denilerek İÇtüzükle düzenlemeye cevaz verilmiş ise de görüldüğü gibi burada yalnızca mahkemenin çalışma esaslarının, bölüm ve komisyonların oluşumu ve iş bölümünün İÇtüzükle düzenlenmesine cevaz verilmiştir. AY. Madde 149/5 Bireysel Başvuru şartlarının İÇtüzükle düzenlenmesine cevaz vermemiştir. Bu açıdan kanımızca eleştiriler haklı görülebilir. Ancak 12.07.2012 tarih ve 28351 Sayılı R.G de yayınlanmış, 98 maddeden oluşan ve Anayasa Mahkemesinin **“Teşkilat Yapısını”** yeniden son derece ayrıntılı biçimde düzenleyen İÇtüzüğün 13 vd. maddelerinde; Bireysel Başvuruların kabul edilebilirliğine ilişkin yeni ve ek **“Şartlar”** getirilmemiştir. Anayasa ve 6216 Sayılı Yasada getirilmiş olan şartlarla yetinilmiştir. Başka ifadeyle Anayasa Mahkemesi, yeni İÇtüzüğü ile ek kabul edilebilirlik şartları getirmeyerek, AY’ ile verilmiş Yasa ile sınırlanmış hakkı ve kabul şartlarını olduğu gibi korumayı tercih etmiştir. Bu itibarla söz konusu düzenleme, eleştirilerin ağırlığını şimdilik azaltmaktadır.

Ayrıca Anayasada başvuru süresi ön görülmemiş, **30 günlük başvuru süresi** 6216 Sy. K md.47/5 le getirilmiştir. Bu 30 günlük sürenin kısa olduğu uygulamada 6 ay olan AİHM’ne başvuru süresi ile çelişki ve olumsuzluklar doğuracağı gibi eleştiriler yapılmıştır.²⁵

6216 Sy. K ’un, Zabunoğlu’nun eleştirisinde de belirtildiği gibi, üzerinde yeterince tartışma yapılmadan aceleye getirildiği, Anayasa ile uyumlu olmayan başka yönlerinin de bulunduğu ifade edilmiştir.²⁶Elbette bu eleştirilere katılmamak mümkün değildir.

4. Anayasa Mahkemelerine, Anayasa Şikâyeti ya da Bireysel Başvuruların getirdiği ağır iş yükü sorunları:

Bireysel başvurulara ilişkin istatistikler AYM’ne oldukça endişe verici ağır iş yükleri getirdiğini göstermektedir.

²⁵ Deynekli, A, **“Yargıtay’ın Anayasa Şikâyetine Bakışı”** , HUKAB S. Serisi 1 Sh.83, Gerçekler, Hasan, **“Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)”** konulu uluslararası sempozyumu açış konuşması, HUKAB S. Serisi 1 Sh.31-32.Gerçekler’e göre, **“Bireysel Başvuru için sürenin 1 ay olarak düzenlenmesi (30 gün),uygulamada sorunlara yol açacaktır.”**

²⁶ Deynekli, A, ag. mkl. Sh.77-78 Değnekli bu kapsamda; **“AYM’nin kuruluş ve yargılama usulleri hakkında Kanun tasarısı”** için Yargıtay’dan görüş alınmamıştır demektedir. Sh.77;Zabunoğlu,Y, ag.mkl,Sh.l 16-117.

Gerçekten Federal Almanya’da, Avusturya’da, İspanya’da, Güney Kore’de, Meksika’da ve başka ülkelerde **“AYM’ne yapılan başvurulara ilişkin istatistiklere göz atıldığında sorunun boyutlarının ciddiliği görülecektir.”**²⁷ Dipnotta verilen rakamlardan görüldüğü gibi AYM’ne yapılan başvuruların oranları oldukça yüksektir. Bu kapsamda tekrar belirtelim ki, toplam başvuruların içerisinde, Anayasa Şikâyetlerinin oranları; F. Almanya’da (%96,32), İspanya’da (%97,70), Güney Kore’de (%96,11) olarak gerçekleşmiştir. Bu rakamlara göre F. Almanya’da Anayasa Şikâyetleri dışında mahkemeye yapılan başvuruların sayısı yani Anayasa Şikâyetleri dışında mahkemelerin normal yükü yaklaşık 6006 başvuru olup bu rakam toplam başvuruların %3,68’ine tekabül etmektedir. İspanya’da ise bu oran daha da düşüktür. Şöyle ki, Amparo Başvuru dışında İspanya AYM’ne aynı yılda 270 başvuru yapılmış olup bu rakam, toplam başvuruların %2,30 unu teşkil etmektedir. Güney Kore’de de AYM’ne Bireysel Başvuru dışında yapılan başvurular 1988-2008 yılları arasında yalnızca 625 olup bu rakam toplam başvuruların %3,89 una tekabül etmektedir. Böylece örnek olarak alınan yukarıda rakamları verilen ülkelerde; Anayasa Şikâyetleri olmasaydı çok az sayıda dava dosyalan olacaktı. Anayasa Şikâyetleri ise görüldüğü gibi Anayasa Mahkemelerine %96’dan fazla (yaklaşık30 katı) iş yükü getirmektedir.

Türkiye’de ise Ali Rıza Çoban’ın, gerçekleşen rakamlara dayanarak yaptığı gerçekçi tahminlere göre, 23 Eylül 2012 tarihinde bireysel başvuruları almaya başlamış olan AYM’ne yapılacak Yıllık Bireysel Başvuru Sayısı yaklaşık 40000-50000 civarında olacaktır. Bu rakamlara göre Mahkemenin haftalık iş yükü sayısı yaklaşık 1000 dosya civarında olacaktır.

²⁷ Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin genel iş yükü durumu (1951-2006): Federal Alman AYM’ne bu yıllarda toplam 163348 başvuru yapılmış olup, bunun 157342’si (%96.32) Anayasa Şikâyetleridir. Yıllara göre yapılan başvurulardaki oranlarda, yaklaşık bu rakamlar üzerinden seyretmektedir. (Bkz. Kılıç, Bahadır, Anayasa Yargısı 25, Sh.55), Avusturya AYM’ne ait istatistiklere bakıldığında da yaklaşık benzer rakamları ve oranları görmek mümkündür. Keza İspanya AYM’ne yapılmış başvurulara bakıldığı zaman da benzer iş yükü oranları ile karşılaşmaktadır. Örneğin 2006 yılında İspanya AYM’ne yapılan başvuruların toplamının 11741 olduğu bunun 11471(%97.70)’inin Amparo Başvurusu (Recursos de amparo) Bireysel Başvuru olduğu açıkça görülmektedir. Güney Kore AYM’nin iş yükü istatistiklerine bakıldığında da benzer rakamlar ve oranlarla karşılaşmaktayız. Şöyle ki 1988-2008 yılları arasında Güney Kore AYM’ne yapılan başvuru sayısı 16084 olup bu rakamın, 15459’(%96,11)u Anayasa Şikâyetidir. (Bkz. Bahadır, Kılıç, ag. mkl Anayasa Yargısı 25 Sh.58-59)

Örnek olarak aldığımız ya da burada bahsi geçmeyen ülkelerde²⁸ Bireysel Başvuruların yaklaşık %95'in den fazlası elenmekte; yalnızca %5'i Bireysel Başvurunun kabul edilebilirlik kararıyla esastan incelemeye kalmaktadır. Bu oranlara göre Türkiye'de AYM'ne haftada 50 dosyanın esastan incelemesi yükü gelmektedir. Bu 50 dosyalık yük, Anayasa Mahkemesinin 2 bölümüne taksim edildiği takdirde - dosya yığılması olmaması için - her bir bölümün haftada 25 dosyayı esastan karara bağlaması yükümlülüğü doğmaktadır.²⁹

Anayasa Mahkemelerinin, açıklanan **“devasa dava yükünü nasıl kontrol altında..”** tutabileceği konuya ilişkin kaynakların hemen tümünde endişe ve aşılması oldukça zor sorunlar olarak sunulmaktadır.³⁰ Ülkemizde de Anayasa Mahkemesi'ne gelecek büyük iş yükünün altından kalkılabilesinin çok zor ve yeni önlemler alınmasını gerektirdiği haklı olarak belirtilmektedir.³¹ Kaynakların ortak kanısına göre, Anayasa Mahkemelerinin çok yüksek rakamlara ve oranlara ulaşan Anayasa Şikayeti başvurularının altından kalkılabilesi için alınması öngörülen önlemler; başvuruların kabul edilebilirlik için ön incelemesi esnasında filtrelenmesi (elenmesi) önlemleridir.³² Bu önlemlerin tümü birlikte Anayasa Şikayetlerinin ya da Bireysel Başvuruların kabul edilebilirlik şartları³³ olarak topluca ifade edilebilir.

²⁸ Bkz. GongoraPimentel, Genaro David, (Meksika F. Yüksek Mahkemesi Üyesi), **“Amparo ne içindir?”** in Anayasa Yargısı 26 Sh. 163 Ve d.

²⁹ Bkz. Çoban Ali Rıza, **“Yeni Anayasa Mahkemesi Kanununun Mahkemenin İş Yüküne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi”** in HUKAB S. Serisi 1 Sh.162-165. Ayrıca Bkz. Baamonde, Maria Emilia Casas, “Amparo Başvurusu”, in Anayasa Yargısı 26. Sh.106-107; Jong-Dae, Kim “Anayasa Şikayeti Sistemi Kore'nin tecrübeleri” in Anayasa Yargısı 26 Sh.146 vd.; Baysal Mustafa, “Güney Kore Cumhuriyeti Anayasa Şikayeti Uygulaması” in HUKAB S. Serisi 1 Sh. 197-198 vd.; Debre, Jean-Louis, Anayasa Yargısı 26 Sh.135- 138 (Sempozyumda 2. oturum başkanı olarak yaptığı açış konuşması)

³⁰ Pimentel David, “Dünyada Anayasa Şikâyeti Uygulamaları” in HUKAB S. Serisi 1 Sh.65-67 Vd.

³¹ Çoban Ali Rıza, HUKAB S. Serisi 1 Sh. 163-164.

³² Pimentel David, HUKAB S. Serisi 1 Sh. 67-70. Bu konudaki kaynakların hemen tümü ayrı ayrı değişik ülkelerde Anayasa Mahkemelerinin iş yüklerinin altından kalkılabilesinin oldukça güç olduğu, bu nedenlerle filtreleme sistemine her geçen gün biraz daha ağırlık ve etkinlik verilmesi gerektiği dile getirilmektedir.

³³ Bu şartlar mahkemenin başvuruları eleme yetkisi olarak olumsuz biçimde ifade edilmektedir. Bu kapsamda başvurunun **“Açıkça dayanaktan yoksun”, “Başvurunun Anayasal açıdan önem taşıması”, “Başvurucunun önemli bir zarara uğramış olması”, “Anayasa Şikâyetine konu olabilecek belirli (temel hakların)”, “Kamu gücü işlemleriyle ihlal edilmiş olması”, “ihlalin güncel, kişisel ve doğrudan hak ihlali”, şeklinde olması, “ihlalin Anayasa ve yasa-da, Anayasa Şikâyetine dayanak yapılması mümkün görülen kamu gücü işlemlerinden”**

Ülkemizde Bireysel Başvuru Kurumu yeni getirilmiş olması ve Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, teşkilatı ve kadrosu itibariyle, yeterliği ve deneyimi konuları kanımızca gelecekte bir hayli tartışma konusu olacaktır.³⁴ Ancak Anayasa Mahkemesinin yeni İÇTÜZÜĞÜ incelendiğinde bu konudaki endişe ve eleştirilerin yerinde olamayabileceği **anlaşılmaktadır**. Gerçekten Anayasa ve 6216 Sayılı kanuna göre hazırlanmış yeni İÇTÜZÜK Anayasa Mahkemesi'nin **"Teşkilat Yapısını"** ve kuruluşunu yeniden düzenlemiş, kadrosu ve personeli oldukça zenginleştirilmiştir. Şöyle ki bildiğimiz gibi 12 Eylül 2010 tarihli Anayasa değişikliği ile Anayasanın değişik 146/1 maddesi, Anayasa Mahkemesini **"17 Asil Üyeden"** oluşturdu. Keza Anayasanın 149/1 maddesine göre de; **"AYM, İki Bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır."** hale getirildi. İÇTÜZÜK de bunları temel alarak her iki Bölüm bünyesinde, Bireysel Başvuruları almak, incelemek ve **"kabul edilebilirlik"** yada **"kabul edilemezlik"** kararları vermek ve yığılmaları da önlemek üzere üçerden 6 adet komisyon kurdu. Komisyonlar ikişer üyeden oluşmaktadır ve oy birliği ile karar verirler. Oy birliği ile kabul edilebilirlik ya da edilemezlik kararı verilemezse, bu durumda komisyonlar başvuruyu bağlı buldukları Bölüme havale ederler. Bölümler kabul edilebilirlik kararı üzerine kendisine gelen başvuruyu esastan karara bağlarlar.

Ancak kabul edilebilirlik kararı verilememesi üzerine kendilerine gelen başvuruların, hem kabul edilebilirliğine ya da edilemezliğine, hem de kabul edilebilirliğine karar verilenlerin esas hakkında karar verirler. Kadro ve personel bakımından esas önemli yenilik, yeni İÇTÜZÜĞÜ göre; Anayasa Mahkemesi'nde Genel Kurul Baş Raportörü ve Raportörlerinden başka, Bölümler Baş Raportörü yeteri kadar Raportör ve Raportör Yardımcıları; komisyonlar Baş Raportörü, yeteri kadar Raportör ve Raportör Yardımcıları kadrolarının ihdas edilmiş olmasıdır. Bunlardan başka Anayasa Mahkemesi bünyesinde birde; **"Bir Baş raportörün gözetiminde, yeteri sayıda raportör, raportör yardımcısı ve personelden oluşan Araştırma ve İctihat**

kaynaklanmış olması ve ilgili başkaca sebeplerdir.

³⁴ Bkz. Çoban Ali Rıza, HUKAB S. Serisi 1 Sh. 161 vd. Kılınç Bahadır, Anayasa Yargısı 25,ag. mkl Sh.48 vd. Ve Özellikle Sh.169 v. d. 12.07.2012 tarih ve 28351 sayılı R.G' de yayınlanan Anayasa Mahkemesinin İÇTÜZÜĞÜnde ise bu konuya ilişkin önlemler de alınmıştır. Söz konusu önlemlerden çok önemli biri, Bireysel Başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapacak olan 6 adet komisyonunun kurulmuş olmasıdır. (Bkz. AYM./Ekinci/Sağlam age. 5 nolu soru cevabı) Bu İÇTÜZÜK ve komisyonların oluşturulması; Anayasal dayanağı Anayasanın 149/1 madde ve fıkrasında bulunmaktadır. Bu hükme göre; **"Bireysel Başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabilir."**

Birimi (ARİÇ) oluşturulmuştur, (içtüzük madde 26) Bütün bu yargılama kadroları ve personeline yeteri kadar idari personel ve elbette kadroları güçlendirilmiş Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği kadroları da destek olacaktır. Bu yeni teşkilat yapısı kuruluş ve kadrolar ile, Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruların getireceği ağır iş yükünün altından başarıyla kalkmaya hazır olduğuna inanmak gerekir kanısındayız.³⁵ Farklı bir görüşe göre de Bireysel Başvuru “Mekanizmasından beklenen yararın gerçekleşmesi, Anayasa Mahkemesinin sergilemiş olduğu, **ideolojik eksenli aktivist tutum**” nedeniyle zor görülmektedir. Daha önceleri “Anayasa Mahkemesi’nin sergilediği yargısal aktivizm, birey özgürlüklerini güvence altına almaktan çok devletin ideolojik önceliklerini koruma amacı etrafında yoğunlaşmaktadır”³⁶ Anayasa Mahkemesinin Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma işlevini yerine getirebilmesi için öncelikle, “ideolojik eksenli aktivizmden vazgeçmesi hak eksenli” bir içtihat benimsenmesi, “İnsan Haklarının ve Hukukun üstünlüğünün korunmasına odaklanması..”³⁷ da önerilmektedir. Kanımızca da doğru ve adil kararlar verilmesi; yalnızca Anayasa kurallarından, temel hak ve özgürlüklerden ve

³⁵ Bkz. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü md.23/40 düzenlemeleri. Ayrıca bu konuda bkz. Ural, S. Sezai, ages. Sh. 281 vd.

³⁶ Yazıcı, Serap, “Yeni Bir Uygulama Olarak Anayasa Şikâyeti, umutlar, beklentiler ve gerçekler” İn. AİHM ve Türkiye2- Anayasa Şikâyeti ve AİHM(TAA Yayınları, Uluslararası Sempozyum) 10 Aralık 2010 Sh.13- 14; Atar, Yavuz, “Anayasa Mahkemesinin yeniden yapılandırılması” İn, Anayasa Yargısı 25, Sh.98, Atar’a göre bu yargısal aktivizm türünü batı demokrasilerindeki yargısal (aktivizmden ayırmak üzere), “**Devletçi ve İdeolojik Bir Yargısal Aktivizm olarak nitelendirmek mümkündür**” (bu tutum Anayasa Yargısının “meşruiyeti”) tartışmasını da doğurur. Sh.97-99

³⁷ Atar, Y. ag. mklîbid; AYM’nin Yapısal Aktivizmi hakkında ayrıca bk. Özbudun, E. Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi, AÜSBFD. Cilt 62, Sy.3, 2007 Sh.258. Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve yargılama usulleri hakkındaki kanunu değiştiren 6216 Sayılı yeni kuruluş Kanunu ve de Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü “**Bireysel Başvuruyla ilişkin esas ve usulleri**” düzenlemişlerdir. Kanunun “Genel gerekçesi” yukarıda açıklanan endişelere karşı önlemler alındığını göstermektedir. Şöyle ki; “**Anayasa Mahkemesi’nin kendisine yüklenen bu görevleri hızlı, eksiksiz ve en iyi biçimde yerine getirebilmesi, Türk Yargı Camiasıyla Kamuoyunda İtibarlı bir konuma ulaşması kararlarıyla uluslararası hukuk camiasında takdir görmesi; yargısal, fiziksel ve kurumsal yapısının da gözden geçirilmesi; Bireysel Başvuruları karara bağlamak görevini en iyi biçimde yerine getirebilmesi için 17 asil üye ile genel kurul ve iki bölüm halinde teşkilatlandırılmış, diğer yargı kollarından farklılığı ve özelliği de gözetilmek suretiyle**” bu Kanunun hazırlandığı bildirilmiştir. Esasen Anayasa Mahkemesinin “**teşkilat yapısı, bölümleri, komisyonları**” açıklanan kadroları ve içtüzüğü söz konusu önlemlerin alındığını açık bir biçimde göstermektedir. Ayrıca içtüzükte yeni, “**kabul edilebilirlik şartları da getirilmemiş**” olması, uzun ve ayrıntılı düzenlemede ideolojikeksenli bir aktivizm emaresi görülmemesi, “**hak eksenli..**” bir tutumun benimsendiğini de haklı olarak düşündürmektedir.

hukuktan yana tam bir tarafsızlığı, objektifliği ve bağımsızlığı zorunlu kılar.

Bu makalemizin ilk Bölümünde karşılaştırmalı olarak Anayasa Şikâyeti ya da Bireysel Başvuru kavramlarının tanımı, öğeleri, özellikleri ve kapsamı incelenecek; İkinci Bölümde ise bu kurum ile benzer kurumlar karşılaştırılacaktır.

I. BÖLÜM: ANAYASA ŞİKÂYETİ VE BİREYSEL BAŞVURU³⁸

TANIM: Anayasa Şikâyeti ya da Bireysel Başvuru; Anayasa ve yasalarda belli temel haklarından biri, kamu makamlarının eylem, işlem ya da ihmalleri nedeni ile ihlal edilmiş bireylerin, iç hukukta öngörölmüş bütün hak ara-

³⁸ Anayasanın bu kurumu getiren 148/ 1, 3, 4 ve 5 madde ve fıkraları “**Bireysel Başvuru**” deyimini tercih etmiştir.Keza uygulama esas ve usullerini düzenleyen 6216 Sayılı Kanun da “**Bireysel Başvuru**” deyimini kullanmıştır. Aşağıda göreceğimiz gibi “Bireysel Başvuru” terimi, Ülkemize getirilmiş olan ve gerçekte “**Anayasa Şikâyeti**” niteliğini taşıyan kurum için isabetli olmamıştır. Anayasa ve yasamız gerçekte “Anayasa Şikâyeti” kurumunu getirmiştir. Bu böyle olmakla birlikte; “**galat-ı meşhur lügat-ı fasih ’den evladır.**” kuralı gereğince biz de Anayasa Şikâyeti ya da Bireysel Başvuru deyimlerini yeri geldikçe aynı anlamlarda kullanacağız. Anayasa Şikâyeti kavramı ile Bireysel Başvuru kavramı birçok kaynakta aynı anlamda terimler olarak (eş anlamlı terimler, eski deyimle elfaz-ı müteladife) kullanılmıştır. Bkz. HUKAB S. Serisi l’de, “Anayasa Şikâyeti” terimi kullanılmıştır. Philip Kunig, HUKAB S. Serisi l’de ki makalesinde “Bireysel Başvuru”, David Pimentel aynı eserdeki makalesinde “Anayasa Şikâyeti”, Adnan Deyneli aynı eserdeki makalesinde “Anayasa Şikâyeti” , Korkut Kanadoğlu, Mustafa Baysal aynı eserde “Anayasa Şikâyeti” terimini kullanmışlardır. Keza TAA Yayınlarından AİHM ve Türkiye II, Uluslararası Sempozyum Kitabı (Editör Ahmet Taşkın) “Anayasa Şikâyeti” aynı eserde Serap Yazıcı, Atilla Nalbant, MirjanaLazarovaT-rajkovska da “Anayasa Şikâyeti” terimini kullanmışlardır. Cabir Aliyev, kitabına “Anayasa Şikâyeti” başlığını atmış, RudolfMellinghoff, Kim, Jong-Dae, Peter Paczolay, Anayasa Yargısı 26 sayılı kaynakta “Anayasa Şikâyeti” terimini kullanmışlardır. Esasen bu konuda yazılmış kaynakların ve yazarların çoğunluğunun da “**Anayasa Şikâyeti**” terimini kullandıkları gözlemlenmektedir. Buna mukabil Anayasa Yargısı 25’de;Bahadır Kılınc, “Bireysel Başvuru(Anayasa Şikâyeti Kurumu)” deyimini kullanmış, Anayasa Yargısı 26 kaynağında da göröldüğü gibi AYM’nin 47.Kuruluş Yıl Dönümü nedeni ile düzenlenen sempozyuma “Bireysel Başvuru” deyimini kullanılmış ve adı verilmiştir. Y. Sabuncu/ S.E. Amwine de AYM’nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sundukları Bildiride (Anayasa Yargısı 21, sh. 228) “Anayasa Şikâyeti ve Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru” deyimlerini kanımızca aynı anlamda kullanmışlardır. (Bk. ag. Bildiri, sh.230) HUKAB S. Serisi l’de Yahya Zabunoğlu, Ender Ethem Atay, Hüseyin Ekinci, “**Bireysel Başvuru**” terimini kullanmışlardır. İbrahim Kaboğlu, Anayasa Yargısı adlı kitabında, **Anayasa Başvurusu (Anayasa Şikâyeti)** deyimini kullanmıştır. Bu kaynaklarda göröldüğü gibi Anayasa Şikâyeti terimi ile Bireysel Başvuru terimi aynı anlamda kullanılmışlardır. Buna mukabil Anayasa Yargısı 26’da Avusturya AYM’ başkanı GerhartHolzinger “Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru” deyimlerini aralarına “ve” bağlacını koymak sureti ile iki deyim farklı anlamlarda kullanmıştır. Gerçekten makalesinin içerisinde de (Sh.61 vd.) bu iki terimin iki ayrı kurumu ifade ettiği anlaşılmıştır. Nitekim bu kurumları; S. Sezai Ural, “Bireysel Başvuru Türleri: 1- Normatif Anayasa Şikâyeti(Normun İptali Talebi) 2- Bireysel İşlem ve Eyleme Karşı Tam Anayasa Şikâyeti” isimleriyle ifade etmiştir. Bkz. Ural, S. Sezai, Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru (Seçkin Hukuk), s.151-154

ma (başvuru) yollarını tükettikten sonra, başvuracak başka yol kalmayınca, Anayasa Mahkemesine ikincil ve istisnai nitelikte doğrudan başvurabilme-leri yoludur.Nitekim Anayasa Mahkemesinin hazırlattığı, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru kitapçığında şöyle bir tanım yapılmıştır. “**Bi-reysel Başvuru temel hak ve özgürlükleri, kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmalleri nedeni ile ihlal edilen bireylerin, diğer başvuru yollarını tükettikten sonra başvurdukları istisnai ve ikincil nitelikte bir hak arama yolu**” dur. Sabuncu/ Amwine de; “Anayasa Şikâyeti; başka yollarla giderilemeyen temel hak ihlallerim ortadan kaldırmaya yönelik istisnai ve ikincil nitelikte bir başvuru yoludur.” demektedirler.³⁹

Avrupa Konseyi’ne üye 47 devletten 25’inde, Güney Amerika’da ve Asya’da yaklaşık 40 tan fazla devlet Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti kurumunu kabul etmiş olup uygulamaktadırlar. Tanımdan da görüldüğü gibi bu kurum bireylerin spesifik temel haklarının korunması amacı ile Anayasa Mahkemesine doğrudan başvuru olanağı sağlamaktadır. Bu kurum temel hakların en güvenilir koruma mekanizması olarak kabul edildiğinden her geçen gün kurumu kabul eden ülke sayısı artmaktadır.⁴⁰

Yukarıda gördüğümüz gibi Ülkemiz de bu kurumu Anayasa’nın 148.madde-si ile getirmiş ve 6216. Sayılı Kanuna göre de 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuruları kabul etmeye başlamıştır. 24 Eylül 2010 tarihinden, 24 Haziran 2013 tarihine kadar (9 aylık süre içinde) AYM’ne, kayda alınmayan 553 başvuru hariç, kayda alınan 5694 başvuru yapılmış, bun-lardan 386 adedi idari ret kararı ile, 1256 sı komisyonlar, 73 ü de bölümler tarafından ilk inceleme sonucunda kabul edilemezlik kararlarıyla sonuçlanmış, yalnızca 4 başvuru kabul edilebilir bulunmuştur. Kayda alınan diğer başvurular hakkında ilk inceleme sonuçları henüz alınmamıştır. Bu konuda henüz kesin bilgi ve yorumlar için zamana ihtiyaç olduğu malumdur.

Temel hakların korunması işlevi bildiğimiz gibi Anayasa Mahkemesi’nin ob-jektif ve sübjektif iki işlevinden ikincisi olup önemini ve etkinliğini her geçen gün arttırmaktadır. Anayasalarda da bu işlev ve etkinliği açıkça görülmektedir.

³⁹ Sabuncu/ Amwine, ag. Bildiri, sh. 230

⁴⁰ Kaboğlu, age. sh. 93 vd. Aliyev age. sh. 10

Bu kapsamda Anayasamızın 148/1 madde ve fıkrası, Anayasa Mahkemesi'nin görevlerine, **"Bireysel Başvuruları Karara Bağlamak"** görevini de eklemiş, madde 148/3'ise;**"Herkes Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki her hangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurabilir ."** Bunun gibi F. Almanya, Avusturya, İspanya, G. Kore Macaristan, Hırvatistan Slovenya, Azerbaycan Anayasaları ve başka anayasalar örnek olarak gösterilebilir.⁴¹

Anayasa Şikâyeti ya da Bireysel Başvurunun Öğeleri:

Kurumun öğeleri olarak;

- Temel bir hakkın ihlal edilmiş ve bundan da birey için ağır bir zarar doğmuş olması,
- Başvuru yapma hakkı tanınan kişiler,(Hak Søjeleri)
- Temel hak ihlalinin kamu gücü kullanan makamların işlemlerinden, eylemlerinden ya da ihmallerinden doğmuş olması,
- Bireysel Başvuru için İç Hukuk'ta öngörölmüş bütün hak arama yollarına başvurulmuş olması.(İç Hukuk başvuru yollarının tüketilmiş olması)
- Başvurunun her ülkede hak düşürücü sürelerle tabi kılınmış olması.

Bu öğeler bütün ülkelerin anayasalarında kabul edilen ortak öğelerdir. Ancak bu ortak öğelerin ülkelere göre içerikleri farklılıklar arz etmektedir.⁴²Ülkemiz için de bu öğelerin var olması gerektiği kuşkusuzdur.

⁴¹ F. Almanya Anayasasının 93. Maddesine göre, **"Anayasa Şikâyeti Anayasa ile güvence altına alınmış hakların korunması ve hayata geçirilmesi için düzenlenmiş bir başvuru yoludur."**Mellinghof, R. ag. mkl Sh.33; Avusturya, İspanya ve Güney Kore Anayasaları da benzer hükümler sevk etmişlerdir. Macaristan Anayasa Mahkemesi kanununun başlangıç kısmında **"hukuk devletini yerleştirmek, anayasal düzeni korumakla beraber, anayasa tarafından güvence altına alman temel özgürlüklerin korunmasının da Anayasa Mahkemesinin asli görevi olduğu vurgulanmıştır."** Bunun gibi Slovenya Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 1.maddesinde, **"Anayasa Mahkemesinin Anayasallığı, kanuniliği ve insan hakları ve temel özgürlükleri korumakla görevli olduğu"** belirtilmiştir. Hırvatistan Anayasa Mahkemesi kanununun 1.maddesinde de benzer bir hükme yer verilmiş, **"Anayasa tarafından güvence altına alman temel hak ve özgürlüklerin korunması Anayasa Mahkemesinin başlıca görevi olarak tespit edilmiştir."** Keza Azerbaycan Anayasa Mahkemesi kanununun 1.maddesinde de, **"Anayasanın üstünlüğünü sağlamak vebireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak, Anaya Mahkemesinin işlevi ve temel amacı"** olduğu belirtilmiştir. (Bkz. Aliyev age. sh. 11-12)

⁴² Aliyev, Cabir age.Sh.14

A. Hangi hakların ihlali halinde Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti kabul edilmektedir?

1. Hangi Haklar:

Her ülkenin hukuki, siyasi ve kültürel yapılarına göre hangi hakların ihlali halinde Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti yapılacağı farklı belirlenmiştir.

Gerçekten ülkemizde yukarıda pasajını aktardığımız Anayasa madde 148/3'e göre; "Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki her hangi biri" kamu gücü tarafından ihlal edildiği takdirde Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru konusu yapılabilir. Ancak bu ifadenin kapsamını belirlemede sorunlarla karşılaşmaktadır. Şöyle ki; Anayasanın bu ifadesiyle 6216 Sayılı Kanunun düzenlemesi ve kapsamı arasında farklar vardır. Anayasa madde 148/3 "AİHS kapsamındaki" ifadesini kullandığı halde, 6216 Sayılı Kanunun 45/1 madde ve bendi "AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki" ifadesini kullanmıştır. Böylece kanun AİHS'nin ek protokollerinde tanınmış temel hakları da Bireysel Başvuru yapılabilecek haklar kapsamına almıştır. Burada Anayasa ile Kanun kapsamalarında farklılık olmakla birlikte bu farklılık; temel hak ve hürriyetler lehinde bir belirsizliğin giderilmesi anlam ve kapsamında olduğundan olumlu karşılanabilir. Esasen AİHS denilince, ek protokolleri, Sözleşmenin eki ve bütünüyle parçası olarak kabul eden hükümler⁴³ gereğince Sözleşmeye dahil sayılmaktadır. Burada üzerinde düşünülmesi gereken husus, Anayasanın temel hakları düzenlediği maddelerinin kapsam ve içerikleriyle, aynı hakları düzenleyen AİHS ve ek protokollerinin hükümlerinin kapsam ve içeriklerinin örtüşüp örtüşmediği sorunudur. Ayrıca Türkiye 4-7-12 nolu protokollere taraf değildir. Bu nedenle bu protokollerde tanınan haklar Anayasa madde 148/3 ve 6216 madde 45/1 hükümleri gereğince; Anayasamızda tanınmış olsalar bile AYM'ne Bireysel Başvuru konusu yapılamazlar. Bu konuda bir hayli yorum ve uygulama sorunların ve olumsuzlukların çıkacağına ilişkin eleştiriler şimdiden yapıl-

⁴³ Ek protokollerin, AİHS'nin bütünüyle parçaları olduklarına dair hükümleri ve metinler hakkında Bkz. Kuzu Burhan, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, Filiz Kitap Evi Sh.901 vd. (Bkz. 1 nolu Protokol madde 5; 2.nolu P madde 1; 4 nolu P madde 6; 7 nolu P madde 7; 8 nolu P madde 1; 11 nolu P başlık ve madde 1, Bölüm 3, madde 3; 13 nolu P başlangıç madde 5; 14 nolu P başlangıç)

mıştır⁴⁴ ve yapılacaktır kanısındayız. Keza Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde sosyal ve ekonomik haklar istisnaen tanınmışlardır. Bunun için hakların tek tek sayılması formülü önerilmektedir.⁴⁵

Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ise hemen her ülkede başvuru hakkına konu olabilecek temel haklar farklı düzenlenmişlerdir. Örneğin temel hakların listelerini Anayasalarında belirlemişlerdir.⁴⁶

2. Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti Konusu Olabilecek Hakların Nitelikleri

Bireysel Başvuruya dayanak olabilecek hak ihlalinin, kişisel, güncel ve doğ-

⁴⁴ Nalbant Atilla, AİHM ve Türkiye II. Sh.49, Sh.93-195; Deynekli. A, HUKAB Sh.82-83; Oder Bertil Emrah, “**Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Anayasa Şikâyetinde Etkin ve Etkili Kullanım Sorunları**” İn HUKAB S. Serisi 1, Sh. 96-99; Çoban A.R. AİHM Ve Türkiye II. Sh. 193-194. Çoban burada karşılaştırmalı bir tabloda vermiştir. Ayrıca Bk. Erdinç T. İnsan Odaklı Devlet ve Özgürlük Öncelikli Anayasa Sh.183-186’ da karşılaştırmalı tablo vardır.

⁴⁵ Bkz. Çoban A.R. AİHM Ve Türkiye II, ag. mkl. Sh.193-194; H. Sami Türk’te çok önceden, “hangi temel hakların ihlali durumunda Anayasa şikâyetinin işleyeceğinin, doğrudan TC. Anayasası hükümlerine yollama yapılması suretiyle belirtilmesi daha uygun olur” demiştir. Bk. Türk, H. Sami, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli” ATM’nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum” 5. Oturumda sunulan bildiri, in Anayasa Yargısı 21, sh. 291

⁴⁶ Örneğin F. Almanya’da, Anayasanın 93/1-4 yollamasıyla Anayasa madde 19’da, madde 8/1, 9/1, 11/1, 12/1, de düzenlenen haklar ile Anayasa madde 2/1de düzenlenen “**kişiliği özgürce geliştirme hakkı**” çerçevesinde genel eylem özgürlüğünün ihlali halinde Anayasa Şikâyeti yapılmasına yasal imkân tanımıştır. (Bkz. Mellinshof R ag. mkl Sh.34 vd.); W. Hassamer, F. Almanya’da anayasa şikâyetine konu olabilen hakların listesini vermiştir. Bkz. Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor) İn Anayasa Yargısı 21, Ankara Nisan 2004, Sh.165, Avusturya Anayasa Hukukunda ihlal edilen tüm temel haklar, Anayasa Şikâyeti konusu yapılabilmektedir.(Bkz. GerhartHolzingerag. mkl.Sh.61 vd. Herbert Haller de, Avusturya için sosyal haklar dışında Anayasa tarafından güvence altına alınmış temel hakları (oldukça uzun bir liste) sıralamıştır .bk. Haller, H, Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunların Anayasa Yargısı21, sh.179 - 183. İspanya Anayasasının 53/2. Maddesinin yollamasıyla 14. Madde İspanya Anayasasının temel haklara ilişkin kısmının 2. Bölümünün 1. Alt bölümünde düzenlenen sınırlı sayıda haklar Bireysel Başvuru (Amparo Başvurusu) Konusu yapılabilmektedir. (Bk. Baamonde M.E. Casas, ag. mkl.Sh.101-102. Güney Kore’de Anayasa Mahkemesi hakkında kanunun 68/1-68/2.madde ve fıkralarına göre tüm temel hakların ihlali halinde Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyetine yasal imkan tanınmıştır. (Bkz. Jong- Dae, Kim, ag. mkl Sh.146 vd.) Meksika’da ise, bütün temel hakların ihlali halinde amparo başvuru yapılabilir, kısıtlama olmadığı anlaşılmaktadır. Hatta yabancılarda amparo başvurusunda bulunabilir ve amparo başvurusunu incelemek ve karara bağlamakla yetkili Meksika F. Yüksek Mahkemesi sadece Meksika devleti aleyhinde değil, şikâyetçinin vatandaşlığı bulunduğu devlet aleyhinde de karar verebilir. Ancak kararın infazının nasıl yapılacağı anlaşılmamaktadır.(Bkz. GongoraPimentel, G. David “**Amparo ne içindir?**” Anayasa Yargısı 26’ Sh.164 vd.

rudan bir hak ihlali niteliği taşıması gerekir.

Bu nitelikler konuya ilişkin kaynakların hemen hepsinde şu şekilde belirlenmiştir. Başvurucunun; **güncel, kişisel ve başvuru dayanağı olan kamu gücü işlem, eylem ya da ihmalinden doğrudan zarar doğurmuş bir temel hak ihlali olmalıdır.** Bu koşullar başka ülkelerde, Anayasalarla getirilmiş ya da Anayasa Mahkemeleri içtihatları ile ortaya çıkarılmıştır. Ülkemizde ise 6216 Sayılı Kanun'un 46/1. Maddesi ile belirlenmiştir.⁴⁷

Gerçekten, **“..Temel hak ihlali”** bireysel başvuruya dayanak olan kamu gücü işlem, eylem ya da ihmalinden doğmuş ve doğrudan ve halen hak ihlali-zarar doğurmuş olmalıdır. Temel hak ihlali ve bununla birlikte (bunun sonucu olarak) doğmuş zarar başvurucunun kişisel bir **hakkı ve zararı** olmalıdır. Başvurucunun **“Kişisel hakkı”**nı etkilemeyen ihlal, Bireysel Başvuruya dayanak yapılamaz. Bu niteliği taşıyan hakkın sahibi mağdur sıfatını taraf ve dava ehliyetini kazanır. Ancak “mağdur” kavramının kapsamına giren ilgililer ayrıca yargısal içtihatlarla belirlenmiştir. Örneğin F. Almanya Anayasa Mahkemesi “eşlerden birinin sınır dışı edilmesi halinde diğer eşin, çocuğun okuldaki eğitimine ilişkin önlemlerden anne babanın, telefonu dinlenen kişiyle telefonla konuşan üçüncü kişilerin kişisel olarak etkilendikleri Alman Anayasa Mahkemelerinde kabul edilmiştir.” Doktrinde de bu konuda belirlemeler AİHM içtihatlarından da yararlanılarak yapılmıştır. Üçüncü koşul ise, kişisel hak ihlali ve zararın halen (güncel) yani başvuru anında mevcut olmasıdır. Henüz doğmamış, ortadan kalkmış ya da olağan başvurular üzerine ortadan

⁴⁷ Gerçekten 6216 Sayılı Kanunun 46/1. Maddesine göre; “Bireysel Başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeni ile; güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.” Bu 3 niteliğin anlam ve içerikleri hakkında Bk. AYM/ Ekinci/Sağlam, age. 28.nolu soru cevabı. Bu üç nitelik Bireysel Başvuru Kurumunu **“Actio Popularis (yurttaş başvurusu, halk davası)”** kurumundan ayrılmaktadır.(Anayasa Mahkemesi/ Ekinci/Sağlam İbid.) ; Ayrıca Bk. Kılınç B. İn Anayasa Yargısı 25 ag. mkl Sh.31-33;Kılınç'm belirlemesine göre Alman Anayasa Hukukunda bu koşullar F. Almanya Anayasasının 93/1. Maddesinden Anayasa Mahkemesi içtihatları ile çıkarılmıştır.(Bk. Mellinghof. R, in Anayasa Yargısı 26 ag.,mklSh 35-36 G. Kore Anayasa Mahkemesi' de **“F. Almanya Anayasa Mahkemesinin izinden giderek”** bu ilkerleri benimsemiştir. Avusturya Anayasasının 139 ve 140. maddelerinde, İspanya Anayasa Mahkemesi Kanunu 46/1 a maddesinde de bu koşullar öngörülmüştür. Meksika da ise F. Yüksel Mahkeme içtihatları ile bu koşullar belirlenmiştir. (Kılınç. B, İbid.)

kaldırılmış ihlal-zararlar Bireysel Başvuruya dayanak yapılamaz.⁴⁸

B. Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti Yapabilme Hakkı Tanınan Kişiler (Hak Søjeleri)

Her ülkenin Anayasası ve yasaları kimlerin Anayasa Şikâyeti ya da Bireysel Başvuru Hakkına sahip oldukları konusunda farklı düzenlemeler yapmışlardır.

Ülkemizde Anayasanın 148/1 .md ve fıkrasına göre, **“Herkes.. Anayasa Mahkemesi’ne (Bireysel) başvuruda bulunabilir.”** Buna göre herkes kavramının içerisinde vatandaşlar, ülkede bulunan yabancılar, hatta vatansızlar, tüzel kişilerin her sınıfı Bireysel Başvuru Hakkına sahip olması gerekir kanısındayız. Ancak 6216 Sayılı Kanun bu hükmün kapsamım daraltmıştır. Gerçekten Kanunun 45/1 Md. ve fıkrası, **“Herkes Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilir”** hükmünü sevk etmiş olduğu halde md.46/2’de; **“Kamu Tüzel Kişileri Bireysel Başvuru yapamaz. Özel Hukuk Tüzel Kişileri sadece Tüzel Kişiliğe ait hakların ihlal edildiği gerekçesiyle Bireysel Başvuruda bulunabilirler.”** md.46/3’e göre, **“Yalnızca Türk Vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz.”**

Bu hükümlere göre;

a. 6216 sayılı Yasada Kamu Tüzel Kişilerine Bireysel Başvuru Hakkı tanınmamıştır. Kanımızca kamu tüzel kişileri **“kamu gücünü”** kullanan tüzel kişiler olduklarından bu hüküm yerinde olmuştur. Öte yandan İspanya gibi bazı Ülkelerde **“Başsavcı”** ve **“kamu denetçisine”** (Defansör del pueblo) de Bireysel Başvuru hakkı tanınmıştır.⁴⁹ Rusya Federasyonu’nda da, başsavcı ile ombudsmana Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hak ve Yetkisi tanınmıştır.⁵⁰ Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Uygulamalarında (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru hakkı uygulamalarında) da kamu tüzel kişilerine Bireysel Başvuru hakkı ya hiç tanınmamıştır, ya da çok sınırlı olarak tanınmıştır. Bu itibarla 6216 Sayılı Kanun kanımızca bu konuda da isabet etmiştir.

⁴⁸ Kılınç B. in Anayasa Yargısı 25 İbid.

⁴⁹ Kılınç Bahadır, Anayasa Yargısı 25.Sh.29;AYM/Ekinci/Sağlam, age. 10, 11,12 nolu soru cevapları.

⁵⁰ Zorkin, Valery, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru, in Anayasa Yargısı26, Sh.285

b. 6216 Sayılı Kanun özel hukuk tüzel kişilerine yalnızca kişiliklerine ait haklarının ihlali halinde başvuru hakkı tanımış, tüzel kişilerin üyelerinin haklarının ihlali halinde başvuru hakkı tanımamıştır. Bu düzenlemenin Anayasa Md. 148/3 ile karşılaştırılması yapılabilir kanısındayız. Nitekim bu konuda eleştiriler olduğu⁵¹ da görülmektedir. Ancak özel hukuk tüzel kişilerinin kendilerine Bireysel Başvuru hakkı tanımış, üyelerinin hakları için tanınmamış olması; üyelerine ait temel hak ihlallerinden, tüzel kişilerin **“doğrudan ve kişisel olarak”** etkilenmeyecekleri varsayımına dayanmaktadır. Kanımızca bu nedenle bu düzenleme de haklı sayılmalıdır.

c. 6216 Sayılı kanun yabancılara kural olarak; **“yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklar”** ile ilgili bireysel başvuru hakkı tanımamıştır. Bu haklar Anayasanın 2. Kısmının 4. Bölümünde düzenlenen siyasal ve kamusal haklardır. Siyasal ve Kamusal haklar karşılaştırmalı hukukta da genellikle yabancılara kural olarak tanınmamıştır.⁵² Anayasanın 16. Maddesine göre, **“Temel hak ve hürriyetler yabancılar için milletler arası hukuka uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir.”** Bu hükme göre de 6216 Sayılı Kanunun bu düzenlemesi milletlerarası hukuka da kanımızca uygundur.

C. Hangi Kamu Gücü İşlemleri ve Eylemlerinden Kaynaklanan Temel Hak İhlallerine Karşı Bireysel Başvuruda Bulunulabilir?

Anayasanın 148/3’ madde ve fıkrası **“kamu gücü”** tarafından hakların ihlalden söz etmiştir. Bu konudaki kaynaklara göre, kamu gücü kavramına kamu gücünü kullanan otoriteler ve makamlar girmektedir.⁵³ Başka ifadeyle yasama organının yaptığı yasalar ve yasa niteliğinde olmayan yasama tasarrufları kamu gücü işlemleridir. Yürütme organlarının yaptığı düzenleyici işlemler ve bireysel işlemler kamu gücü işlemleridir. Keza yürütme ve idare organlarının eylem ve ihmalleri de kamu gücü eylemleri ve ihmalleridir. Yargı organının kararlarının da kamu gücü işlemi olduklarından kuşku yoktur.⁵⁴

⁵¹ Bkz. Çoban Ali Rıza AİHM ve Türkiye 2, Sh.188 ve 189, Değnekli HUKAB S. Serisi 1, Sh. 81.

⁵² Bkz. Mellinshof Anayasa Yargısı 26.Sh.39, Baamonde, Anayasa Yargısı 26 Sh. 102. Kılınc Başhadır, Anayasa Yargısı 25 Sh. 29.

⁵³ Zabunoğlu, HUKAB S. Sersi 1 ag. mklSh. 121-122

⁵⁴ Esasen yukarıda (sayfa 2 de 8 nolu dipnotta) sözünü ettiğimiz Anayasa Önerilerinde ortak (noktalardan biri) Bireysel Başvuru ya da **“Anayasa Şikâyeti mekanizması kurumunun;**

Bu belirlemeler ve Anayasanın 148/3 madde ve fıkrasına göre, kamu gücü kullanan makamların ve organların yani yasama organlarının, yürütme ve idare organlarının ve yargı organlarının karar, işlem ve eylemleri ve ihmallerinden hakları ihlal edilmiş olanlar Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru hakkına sahip olmalıdırlar.

Ne var ki 6216 Sayılı Kanununun 45/3. Madde ve fıkrası, **“yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan Bireysel Başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerde Bireysel Başvurunun konusu olamaz.”** şeklinde hüküm getirmiştir. Bu hüküm Anayasanın yukarıda içeriği açıklanan ve sınırlama getirilmemiş olan 148/3. Madde ve fıkrasına rağmen hakkın kısıtlanması mahiyetindedir. Gerçekten yasama işlemlerinden, idarenin düzenleyici işlemlerinden, Anayasa Mahkemesinin kararlarından ya da Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerden hakları ihlal edilenler, bu işlemlerden dolayı AYM ne Bireysel Başvuruda bulunamayacaklardır. Anayasada olmayan bu önemli kısıtlamalar yasa ile getirilmiştir. Gerçi, **“yasama işlemlerinin bireysel başvuru konusu olamaması gerektiğini, çünkü yasama işlemlerinin doğrudan sonuç doğuran işlemler.”** olmadığı görüşünde olanda vardır.⁵⁵ Ancak F. Almanya’da gizli dinlemeye izin veren bir yasa ya da vergi yasalarının başka bir kamu işlemine gerek olmadan yürürlüğe girmekle doğrudan temel hakları ihlal edebildiği F. Alman Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul edilmiştir.⁵⁶

Bu kısıtlamalar; **“Temel hak ve hürriyetler kanunla sınırlanabilir.”** diyen Anayasanın 13. maddesine rağmen Yasa ile yapılabilir mi? Bu konuda ileride önemli eleştiri ve tartışmaların çıkacağı kanısındayız. Ancak şu kadarını söyleyelim ki, Yasa ile getirilen bu kısıtlamalar, yalnızca Yasa ile yapılabilmesi mümkün **“sınırlama”** niteliğinde değildir. Anayasada olmadığı halde, Yasa ile **“geri alma”** yani kaldırma niteliğindedir. Bu bakımdan Yasa ile hakları geri alma ya da kaldırma işlemi yapılamayacağı kanısındayız. Nitekim F. Almanya’ da⁵⁷A-

kamu gücünün kullanıldığı yasama yürütme ve yargı tasarruflarının” tümü için önerilmiş olmasıdır.(Bkz. Yazıcı S. AİHS ve Türkiye Sh.10)

⁵⁵ Çoban A.R. AİHM Ve Türkiye II ag. mkl Sh.195.

⁵⁶ Bkz. Gören Z. Age. Sh.278.

⁵⁷ Bkz. F. Almanya’da Anayasanın 93.maddesinin I-4a maddesi delaleti ile, 19.maddesinde sa-

vusturya'da⁵⁸İspanya'da⁵⁹ ve Güney Kore'de⁶⁰ Anayasa Şikâyetine konu olacak ya da olmayacak kamu gücü işlemleri ve temel haklar anayasa maddelerinde gösterilmişlerdir.

Ancak burada, yasalarla idarenin düzenleyici işlemlerini, anayasa mahkemesi kararlarını ve Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı eylem ve işlemleri ayrı ayrı ele almak gerektiği kanaatindeyiz.

Türkiye'de bilindiği gibi yasaların anayasaya uygunluğu soyut ve somut norm denetimi yolları ile denetlenmektedir.⁶¹Türkiye'de soyut norm denetimi yoluna başvuruda bulunabilecek tek kişi cumhurbaşkanıdır. Somut norm denetimi yolunda ise, Anayasanın 152. Maddesine göre; **“bir davaya bakmakta olan mahkemede uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerinin..”** davanın taraflarından biri tarafından Anayasaya aykırılığın ileri sürülmesi ve mahkemenin de bu iddiayı ciddi görmesi şartı ile, ya da mahkemenin, söz konusu hükümleri kendiliğinden Anayasaya aykırı görmesi

yılan ve ayrıca 8/1, 9/1, 11/1, 12/1 maddelerinde sayılan ve 2/1 maddesinde söz konusu olan haklar, yasama, yürütme ve yargı organı işlem ve ihmalleri ile ihlal edildikleri takdirde Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuru konusu yapılabilirler. Yani bütün kamusal işlemler, Anayasa Şikâyeti ve Bireysel Başvuruya konu olabilirler. Bk. R. Mellinshof Anayasa Yargısı 26. Sh.34-36

⁵⁸ Avusturya'da Anayasaya ile güvence altına alınan temel haklar, Anayasa Şikâyetine ve Bireysel Başvuruya dayanak yapılabilecektir. Bu kapsamda özellikle Anayasanın 139,140 ve 144. maddelerinde Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ihlallerine karşı ayırım gözetilmeksizin Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti yolları gösterilmiştir. Bu maddelerde Avusturya'da mahkeme kararlarından dolayı Anayasa Şikâyetine ya da Bireysel Başvuru yoluna gidilemeyeceği görülmektedir.

⁵⁹ İspanya Anayasasının 53/2. Maddesinde, 162 ve müteakip maddelerinde, Anayasa Şikâyetine (Amparo Başvurusu) dayanak yapılabilecek temel haklar sayılmış bu maddelerde de yasalara karşı Amparo Başvuru yolunun açık olmadığı görülmektedir. Bk. Baamonde, M.E. Casas. Anayasa Yargısı 26 ag. mklSh. 102-103

⁶⁰ Güney Kore'de de Anayasa Şikâyetine ve Bireysel Başvuruya dayanak yapılabilecek haklar, Anayasada ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve güvenceye bağlanmışlardır. Ancak bu ülkede Anayasa Şikâyeti başvurusu yolu ve başvuru dayanak yapılabilecek işlemler Anayasa Mahkemesi hakkında kanunun 68/1 ve 68/2 maddesi ve fıkralarında düzenlenmiştir. Başka ifade ile temel haklar Anayasada düzenlenmiş ve güvence altına alınmış ancak Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti de Anayasa Mahkemesi hakkında kanunla düzenlenmiştir. Yalnız bu kanun anayasanın verdiği hakları geri almış değildir. Güney Kore'de de mahkeme kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamayacağı görülmektedir.

⁶¹ Bu konuda Bkz. Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 4. Baskı İmge Yayın Evi 2007 Sh.76 vd. Gören Zafer, Anayasa Hukuku Seçkin Yayın Evi, Ankara 2006 Sh. 269 vd. Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku 12. Baskı Yetkin Yayın Evi, Ankara 2011 Sh. 424 vd.

halinde dava Anayasa Mahkemesine gönderilebilir. Bu yolda bireyin talebi, yerel mahkeme tarafından ciddi görülürse, yerel mahkeme kararıyla Anayasa Mahkemesine gönderilebilir. Başka bir ifade ile bireyin Anayasaya aykırılık iddiasını, Anayasa Mahkemesine kendi isteği ile götürmesi mümkün değildir. Ülkemizde Avusturya, Almanya ve Güney Kore Anayasa hukuklarında mevcut olan⁶² anayasa mahkemesine; **“Bizzat ve doğrudan bireysel başvuru”** hakları tanınmamıştır. **“Bir davaya bakmakta olan yerel (genel) mahkeme taraflardan birinin uygulanacak Yasa ya da Kanun Hükmünde Kararname (KHK) hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasını ciddi görmez.”** Ve bekletici sorun yaparak Anayasa Mahkemesi’ne göndermez ise, Anayasa Mahkemesinin 152/2. Madde ve fıkrasına göre, **“Bu iddia Temyiz merciince (Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay) esas hükümle birlikte karara bağlanır.”** Ancak davaya bakmakta olan yerel mahkeme Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görür ya da kendisi uygulanacak hükmün Anayasaya aykırı olduğu kanısına varırsa; bekletici sorun yaparak iddiayı Anayasa Mahkemesine gönderir. Anayasa Mahkemesi ise bu aykırılık iddiasını (Uyuşmazlığını), 1961 Anayasasının madde 151/3 e göre 6 ay, ve 1982 Anayasası madde 152/3 e göre 5 ay içinde karara bağlayıp yerel mahkemeye göndermelidir. İşte bu noktadan sonra yollar ayrılmaktadır. Gerçekten 1961 Anayasası madde 151/3 e göre, Anayasa Mahkemesi kararı 6 ay içinde verilmezse, **“Yerel Mahkeme Anayasaya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümlenerek davayı yürütür.”** Burada ve bu özel halde 1961 Anayasası yerel mahkemeye Anayasaya aykırılık iddiasını bizzat çözüme yetkisi tanımıştı. Buna mukabil 1982 Anayasası madde 152/3 e göre ise, **“Anayasa Mahkemesi 5 ay içerisinde kararını vermez ise”** Yerel Mahkemenin Anayasaya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözüme yetkisi bulunmamaktadır. Yerel Mahkeme, **“davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır.”** Ancak Anayasa Mahkemesinde verilen karar, Yerel Mahkeme hükmü kesinleşinceye kadar ge-

⁶² Bkz. Bu ülkelerde genel mahkemelerde görülmekte olan davada uygulanacak yasa ya da yasa maddesinin anayasaya aykırılığı iddiaları kabul edilirse, yerel mahkeme davayı **“bekletici mesele”** yaparak anayasa mahkemesine gönderebilir. Şayet yerel mahkeme yasanın anayasaya aykırılığı iddiasını ve gönderme talebini kabul etmezse bu takdirde davacı başvuru bireylere doğrudan anayasa mahkemesine yasanın iptali için **“Bireysel Başvuru Hakları”** tanınmıştır.

lirse Yerel Mahkeme Anayasa Mahkemesi kararına uymak zorundadır.⁶³

Anayasa madde 149/1 ve 6216 sayılı kanuna göre Anayasa mahkemesi 17 asil üyeden, bir genel kurul ve 2 bölümden oluşmaktadır. Ayrıca özellikle yapılması muhtemel çok sayıda bireysel başvurunun ilk incelemesi ve filtrelenmesi için Anayasa Mahkemesi İchtüzüğü ile 2'şer üyeden oluşan 6 komisyon kurulmuştur.⁶⁴ Anayasa madde 149/2'ye göre Bireysel Başvurular bölümlerce esastan incelenir ve karara bağlanır. Bölümlerce yapılacak olan incelemeler esnasında, başvurunun dayanağı olan yasanın anayasaya aykırılığı iddiası ortaya atılır ya da incelemeyi yapan Bölüm Anayasaya aykırılık inancına varırsa; ön mesele yaparak bu aykırılık iddiasını karara bağlamak üzere dosyayı AYM genel kuruluna gönderebilmelidir. Ancak Anayasa ve kanunda bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. 6216 Sayılı kanun tasarısında yer alan bu yöndeki hükmün komisyon tarafından yasa metninden çıkarılmış olması, yine de bir çözüm yolu olmasına rağmen⁶⁵ bizce de isabetli olmamıştır.

Elbette böyle AY'ya aykırı bir yasanın kamu gücünü kullanan makamlar

⁶³ Bkz. Özbudun, E; Türk Anayasa Hukuku, Yetkin 12. Baskı, Ankara 2011 Sh.434-435. Metin için Bk. Kuzu, B. Türk Anayasa Metinleri. Gözler, K. Türk Anayasaya Hukuku dersleri 2011 Sh.430; 152.maddenin gerekçesi de bu görüşü doğrulamaktadır.

⁶⁴ Bkz. AYM/Ekinci/Sağlam age. 14 nolu soru cevabı. Ayrıca (Bk. 12.07.2011 tarih ve 28351 sayılı R.G'de yayınlanan AYM İchtüzüğü); Komisyonların oluşturulmasının Anayasal dayanağı, Anayasanın 149. Maddesinin 1.fıkrasıdır. 6 adet komisyon ise 6216 Sayılı kanunun 48/3 ve Anayasanın 149/1 madde ve bentlerine dayanarak AYM.' İchtüzüğü ile kurulmuştur.

⁶⁵ Çoban Ali Rıza, HUKAB S. Serisi 1 ag. mkl Sh.166. Bu böyle olmakla birlikte istisnai hallerde bir çıkış yolu bulunabileceği kanısını taşıyoruz. Şöyle ki; 6216 Sayılı Kanunun 148/2. Madde ve bendine göre; Anayasa Mahkemesi İchtüzüğü'nün 28 ve 32. Maddelerine göre komisyonlar ve bölümler ; **"Anayasanın Uygulanması ve yorumlanması veya Temel Hakların kapsamının ve sınırlanmasının belirlenmesi açısından önem taşıyan., başvuruların kabul edilebilirliğine karar verirler."** Bu Yasa maddesinin uygulanmasına ilişkin olan İchtüzüğü'nün 28 ve özellikle 33/3 madde ve bendi hükümleri, **"komisyonlar önlerindeki bir başvurunun Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya Temel Hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığının belirlenmesi., ve başvurunun çözümünün bir ilke kararını gerektirmesi., halinde kabul edilebilirlik hususunu karara bağlamadan başvuruyu ilgili bölüme gönderirler."**Bunun gibi İchtüzüğü'nün 28/3 madde ve bendine göre de; **"Bölümlerden birinde görülmekte olan bir başvuruya ilişkin vereceği karar, mahkemenin önceden vermiş olduğu bir karar ile çelişecekse, - mahkemenin önceden vermiş olduğu bir karar zorunlu olarak bir temel hakkın Anayasaya aykırı olarak ihlal edilip edilmediği kararı, yani Anayasaya aykırılık iddiasını çözen bir karar olacaktır-ilgili bölüm başvuruyu karara bağlamadan önce bu hususu genel kurul önüne götürebilir."** Sonuç olarak kanımızca Bireysel Başvuruyu esastan karara bağlayacak olan bölüm, ortaya çıkan Anayasa aykırılık iddiasını bu şartlar ile Anayasa Mahkemesi Genel Kuruluna götürebilecektir.

tarafından uygulanması sonucu temel haklarından biri ihlal edilen kişiler bu temel hak ihlaline karşı bireysel başvuruda (Nisbi Anayasa Şikâyetinde) bulunabilirler.⁶⁶ Bu yol kanununun her uygulaması sonucunda temel hak ihlali ve bireysel başvuru sorununu beraberinde getirecektir.

İdarenin düzenleyici işlemlerine gelince, 6216 Sayılı kanunun bu işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağını belirtmesi de kanımızca bu işlemlerle de temel hak ihlali söz konusu olabileceğinden isabetli olmamıştır. Ancak bildiğimiz gibi bu işlemlerden kanun hükmünde kararnamelemler hakkında yukarıda açıklanan soyut ve somut norm denetimi yolları açıktır. 6216 Sayılı Kanununun 45/3. Maddesinde, **“Yasama işlemleri ile Düzenleyici İdari İşlemler aleyhine doğrudan Bireysel Başvuru yapıla..”** mayacağına ilişkin hükmü Kanun Hükmünde Kararnameleri de kapsamakta mıdır? Her ne kadar KHK’ler, TBMM’ nin bir yetki Kanunu ile yetki vermesi üzerine Bakanlar Kurulunca çıkarılır ve sonradan R.G. ile yayımlandıkları gün TBMM’nin onayına sunulur. Bu açıdan tüzük, yönetmelik gibi öteki düzenleyici işlemlerden farklıdır. (Anayasa madde 91). Doktrinde ve Danıştay uygulamalarında farklı görüşler ve içtihatlar mevcuttur. K. Gözler’e göre Kanun Hükmünde Kararnameler, **“Düzenleyici İdari İşlemler”** kategorisine girerler. Gölcüklü Gözübüyük ve Danıştay farklı görüştedirler.⁶⁷

İdarenin tüzük, yönetmelik vb. gibi diğer düzenleyici işlemelerine karşı idare mahkemeleri ve Danıştay nezdinde iptal davaları açılması yolu mevcuttur. Ayrıca ülkemizde Avusturya hukukunda olduğu gibi⁶⁸ idarenin düzenleyici-

⁶⁶ Nisbi Anayasa Şikâyeti hakkında Bkz. 2.Bölüm 1-B Paragrafı.

⁶⁷ Gözler, K./Kaplan. G, İdare Hukuku Dersleri 11. Baskı Bursa 2011 Sh. 417. Ancak Doktrinde düzenleyici idare işlemleri arasında Kanun Hükmünde kararnamelemler, saymayanlarda mevcuttur. Örneğin (Gözübüyük, A. Ş./Tan, T. İdare Hukuku Cilt I., Genel Esaslar, 8. Baskı, Ankara 2011 Sh. 94 vd. Danıştay da İdarenin Düzenleyici İşlemleri olarak tüzük, yönetmelik ve genelgelere kabul etmektedir. Danıştay bir kararında düzenleyici işlemi, **“İdarenin., bağlayıcı, soyut hukuk kuralı koyan tek yanlı tasarruflarını”** saymıştır. (Bkz. Danıştay 7. Dairesi, 3.10.2012 tarih ve 2011/337 E- 2002/3092 K, Danıştay Dergisi Sayı 1, 2003 Sh. 261 vd. ; Danıştay başka bir kararında, “tüzük, yönetmelik, genelge gibi düzenleyici nitelik” taşıyanları düzenleyici işlem kabul etmiştir. (Bkz. Danıştay 2. Dairesi, 07.11.2006 tarih, 2006/3316 E.- ve 2006/3111 K, Danıştay Dergisi Sayı 114, 2007, Sh. 134 vd.)

⁶⁸ Gerçekten Avusturya Anayasasınının 139. maddesine göre idarenin düzenleyici işlemlerinin yasalara aykırılığı nedeni ile yerel mahkemede bu aykırılığın iddia edilmesi ve bu iddia üzerine anayasa mahkemesine gönderilmemesi halinde bireylerin anayasa mahkemesine doğ-

ci işlemlerinin yasalara aykırılığı nedeni ile Anayasa Mahkemesine doğrudan bireysel başvuru yapılması yolu söz konusu değildir. Ancak bu işlemlerin uygulanmasından temel hakları ihlal edilenlerin ihlal işlem ve eylemlerine karşı bireysel başvuru hakları elbette saklıdır.

Anayasa Mahkemesi kararları ile de, genel mahkeme kararlarında olduğu gibi temel hakların ihlali olasılığı vardır.⁶⁹ Bu itibarla temel hakların korunmasında en güvenilir güvence mekanizması olan Anayasa Mahkemesinin kararlarına karşı Bireysel Başvuru yolunun tanınmaması çelişkili bir sonuç doğurabilir.

Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerden⁷⁰ dolayı hak ihlalleri halinde de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru hakkı tanınmadığını belirttik. Öncelikle belirtelim ki bu işlemlerle de temel hakların ihlali olasılığı kuşkusuz vardır. Bu nedenle bu işlemlere karşı da Bireysel Başvuru yolu açılmalıydı.

D. Başvurudan Önce İç Hukuk'ta Öngörülmiş Başvuru Yollarının Tüketilmiş Olması Şartı (AYM'ne Bireysel Başvuru, İkincil, Son Çare ve Olağan Dışı Bir Yoldur.)

Bireysel Başvuru yolunu getirmiş olan Anayasanın 148/1 madde ve fıkrasına göre; **“Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”** 6216 Sayılı kanunun 45/2 madde ve fıkrasına göre de , **“ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda ön görülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının Bireysel Başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.”** İç hukuk başvuru yollarının tüketilmiş olması şartını yukarıda başvurunun bir ögesi (unsuru) olarak belirtmiş isek de; bu hükümlere göre, gerçekte bu zorunluluk Bireysel Başvurunun ön şartıdır.

rudan bireysel başvuru hakları mevcuttur.

⁶⁹ Nitekim Anayasa Mahkemesinin kararlarına karşı da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı yapılabilmesi; Anayasa Mahkemesi kararlarında da temel hak ihlalleri söz konusu olabileceğini açıkça göstermektedir.

⁷⁰ Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler; öncelikle Anayasa madde 174' de sayılan inkılap kanunları, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, Yüksek Askeri Şura'nın - terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeni ile emekliliğe ayırma işlemleri- hariç diğer işlemleri (Anayasa madde 125/2) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun -meslekten çıkarma cezasına- ilişkin olanlar hariç, diğer işlemleri (Anayasa madde 159/10) ve olağan üstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelemleri, (Anayasa madde 148/1)'dir.

Başka ifade ile doğmuş olan Bireysel Başvuru Hakkı bu şart gerçekleşmeden kullanılamaz. Aynı zamanda bu, başvurunun kabul edilebilirlik koşuludur.⁷¹

Bu yol kaynakların ekserisinde de görüldüğü gibi, ikincil ve olağan dışı bir başvuru yoludur. Bu başvuru yolu olağan iç hukuk yollarına paralel bir yol değildir.⁷² Olağan iç hukuk yollarında yetkili olan kamu makamları ve mahkemeler öncelikle ve birinci planda söz konusu temel hak ihlalinin çözümüyle yükümlüdürler. Başka ifadeyle olağan başvuru yollarındaki yetkili makamlar ve genel mahkemeler, hak ihlali uyuşmazlığını çözmeye birinci planda görevli ve yetkilidirler. Söz konusu makamlar ve genel mahkemeler dava ve uyuşmazlıkta hem davacı ve davalının iddia ve savunmalarını (maddi vakıaları) almak, hem bu vakaların subutuna ilişkin delilleri toplamak ve incelemek yetkisine ve hem de bu vakıa ve delillere göre somut olayın hukuki nitelendirilmesini (tavsifini) yapmaya yetkilidirler. Bu uyuşmazlıkta eğer Temel Hak ihlali ve Anayasaya aykırılık iddiası da var ise bu iddia ve ihlali, delillerini de toplayarak subuta ilişkin belirlemeye ve bununda hukuki tavsifine dava içerisinde yetkili ve görevlidirler.

Ancak yerel mahkeme, somut olaya uygulanacak yasanın, Anayasaya aykırı olduğu kanaatine ulaşırsa, bundan sonra karar vermesi için Anayasa Mahkemesine dosyayı sevk etmesi gerekir. (Somut Norm Denetimi) Hak ihlali dayanağı Anayasaya aykırı yasa olmaması halinde de; temel hak ihlali zorunlu olarak bu temel hakkı düzenleyen ve güvenceye bağlayan bir Anayasa maddesinin de ihlali sonucunu doğurur. Başka ifade ile temel hak ihlali, bu temel hakkı tanıyan ve güvenceye bağlayan Anayasa maddesini de ihlal eder.

Bu konularda asıl yetki ve görev, bu makamlara ve genel mahkemelere ait-

⁷¹ Kılınç, Bahadır, Anayasa Yargısı 25, ag. mkl, Sh 33-36; Aliyev, C. age. Sh.21 vd. ; Mellinshof. R, Anayasa yargısı 26, ag. mkl Sh 42. Avusturya Anayasası madde 139/1, maddel40/l ve madde 144; hemen tüm kaynaklarda başvurudan önce iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartı aranmaktadır. 1982 Anayasasının Bireysel Başvuru yolunu getiren 148/l. maddesi ve 6216 Sayılı Kanun'un 48/2. Maddesi de açıkça bu tüketme koşulunu getirmişlerdir. Zira başvuru yolu ikincil niteliktedir.

⁷² Bireysel Başvuru ve Anayasa Şikâyeti Avrupa ülkelerinde ve İspanya da ikincil nitelikte olağan dışı ve son çare olarak ön görülen bir başvuru yoludur. Buna mukabil Latin Amerika ülkelerinde Amparo Başvurusu ikincil nitelikte olmayan olağan başvuru yollarına paralel bir başvuru yoludur. Bkz. Kaboğlu Anayasa Yargısı Sh.97.

tir.⁷³ Bireysel Başvuruda Anayasa Mahkemesinin yetkili ve görevli olabilmesi için, yukarıda söz konusu iç hukuk başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması ve bunlara rağmen yetkili makamların ve genel mahkemelerin işlem ve kararları ile temel hak ihlalinin ve Anayasaya aykırılık iddialarının hala çözümlenememiş olması şarttır. Şayet iç hukuk başvuru yollarında yetkili makamların işlemleri ile ya da mahkemelerin kararlarıyla davaların konusunda yer alan somut hak ihlali ile doğrudan zarar ve Anayasaya aykırılık iddiaları çözülmüş ise, bu takdirde Bireysel Başvuruya gerek kalmaz. Anayasa Mahkemesi iç hukuk başvuru yollarında yetkili makamların ve mahkemelerin kesinleşmiş kararları ile hak ihlali ve Anayasaya aykırılık iddialarının çözümlenmemiş olması şartıyla ve bundan sonra Bireysel Başvuru için görevli ve yetkili olabilir.⁷⁴ Bu açıklamalardan “Bireysel Başvuru konusu yapılan hak ihlali iddiasının öncelikle olağan başvuru yollarında ileri sürülmesinin” de zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Aksi halde iç hukuk başvuru yolları tüketilmiş olmaz.⁷⁵ Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru yolunda, kendisine yapılacak Bireysel Başvurunun nedenini teşkil eden, önceki iç hukuk başvuru makamlarının ve mahkemelerin görev ve yetkileri kesin hükümle sonuçlanmadan görevli ve yetkili olamaz.⁷⁶ Aynı anda hem iç hukuk başvuru makamları ve mahkemeleri, hem de Anayasa Mahkemeleri Bireysel Başvuru konusu hak ihlali ve Anayasaya aykırılık iddiası için görev ve yetkili olamazlar.

Görüldüğü gibi Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti için, her ülkenin

⁷³ Aliyev age. Sh.21 vd. Kılınc Bahadır Anayasa Yargısı 25,ag. mkl. Sh.24-25, Çoban Ali Rıza, AİHM ve Türkiye II ag. mkl Sh.201-201, Nalbant AİHM ve Türkiye 2 ag. mkl Sh.217-219

⁷⁴ AYM/Ekinci/Sağlam age.29 nolu soru cevabı.(Mellighof, R. Anayasa Yargısı 26 ag. mkl Sh.42-43)

⁷⁵ AYM/Ekinci/Sağlam age.37. nolu soru cevabı. Öteki ülkelerde de bu ön koşul olarak kabul edilmiştir. Aksi halde başvuru kabul edilmezlik kararı ile sonuçlanmaktadır. Ör. F. Almanya da AYM, “**davaya sebep olan maddi vakia ve delilleri**” olağan yargı mercileri önünde ileri sürme şartını titizlikle gözetmektedir.

⁷⁶ Gerçekten birçok ülkenin Anayasasında veya mahkemesinin kuruluş yasasında bu ikincillik koşulu açıkça hükümlere bağlanmıştır. Örneğin Macaristan Anayasa Mahkemesi Kanununun (AMK) 48. maddesi, “**mümkün hukuki çareleri tükettikten sonra veya kullanılacak başka hukuki çare mevcut olmadıkça.**” demekte, Polonya Anayasa Mahkemesi Kanununun 46. maddesi “Anayasa Şikâyeti yoluna mümkün bütün hukuki çareler denendikten sonra..” başvurulabileceği, keza Letonya Anayasa Mahkemesi Kanununun 19.2.2 madde ve bentlerine göre “**ancak olan hukuki çareler tüketildikten sonra veya böyle hukuki çareler öngörülmedikçe Anayasa Şikâyetine başvurulabilir.**” demektedir.

Anayasa ve Yasalarında öngörölmüş olağan başvuru yollarının öncelikle tüketilmiş ve kesin karara bağlanmış olması gerekmektedir. Bireysel başvurunun ikincil niteliği bu anlamı taşımaktadır. Genel Mahkemeler ile Anayasa Mahkemesinin Görev ve Yetki sınırları, konuya ilişkin kaynakların çoğunda, Anayasa Şikâyeti ya da Bireysel Başvuru incelenmesinde (yargılanmasında); Genel Mahkemeler ile Anayasa Mahkemesi'nin görev alanı ve yetki sınırları söz konusu edilmektedir. Hatta bazılarında; bu konu Anayasa Mahkemeleri ile Genel Mahkemeler arasında bir **“görev ve yetki çatışması”** olarak tartışılmaktadır.⁷⁷

Anayasa madde 148/3' **“olağan kanun yollarının tüketilmiş olması”** ifadesini kullanmış 6216 Sayılı yasa 45/2 madde ve fıkrasında **“kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının”** tüketilmesi ifadesini kullanmıştır. Kanımızca Anayasadaki **“olağan kanun yolları”** ifadesi isabetsiz, buna mukabil **“yasanın başvuru yolları”** isabetli olup Anayasanın ifadesini de düzeltir niteliktedir. Zira **“olağan kanun yolu”** ifadesi dar ve teknik anlamda ceza yargılaması ve hukuk yargılaması usul kaynaklarında, temyiz, itiraz ve istinaf kanun yolları anlamına gelmektedir. Oysa Bireysel Başvuru yolundan önce tüketilmesi gereken başvuru yolları, yalnızca temyiz, itiraz ve istinaf yolları değil bunun dışında da yasalarda ön görölmüş başvuru yolları **“idari mercilere başvuru yolları”** bulunmaktadır. Ayrıca usul hukuklarında, **“yargılamanın yenilenmesi”** **“olağan üstü temyiz”** gibi dar ve teknik anlamda olağan üstü kanun yolları da bulunmaktadır.⁷⁸

Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti kesinlikle olağan kanun yolu **“temyiz, merci”** olmadığı gibi olağan üstü (süper) temyiz merci ya da kanun yolu değildir. Bu başvuru yolu olağan dışı, kendine özgü nitelikleri olan (Suigeneris, nev i şahsına münhasır) ve iç hukukta son çare olan bir başvuru yoludur. Denildiği gibi olağan kanun ve başvuru yollarının ve genel mahkemelerin yargılamalarının paralelinde bir başvuru ve dava yolu değildir. Söz konusu olağan başvuru ve yargı yollarının kesin hükümlerle tüketilmesinden sonra, hala -şa-

⁷⁷ GongoraPimentel, G. David, Amparo Ne İçindir? Anayasa Yargısı 26, ag. mkl. Sh.180-182; Aliyev, C. Daha yumuşak bir başlık kullanmıştır. “Genel Mahkemelerle Yetki paylaşımının sınırları” age. Sh.28

⁷⁸ Bkz. Aliyev C. Age. Sh.23. Toroslu Nevzat, Fezyioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku 5. Basım, Ankara Savaş Yayınları 2006, Sh.306.

yet varsa- hak ihlalleri ve Anayasaya aykırılık iddialarının iç hukukta son çare olarak incelenmesi için olağan dışı ikincil nitelikte bir başvuru yoludur.

E. Genel Mahkemeler İle Anayasa Mahkemelerinin Görev ve Yetki Alanları

Genel mahkemeler; önlere gelen davaları ve savunmaları almak, davanın ve savunmanın dayandırıldığı maddi vakıaları anlamak, delillerini araştırmak ve toplamak, bu delillere göre dava ve savunmanın, bunların dayandığı maddi vakılardan hangisinin sabit (gerçek) olduğunu belirlemek; bu belirlemelere göre (subut) sabit olan iddia ya da savunmanın hukuki nitelendirilmelerini ve hangi hukuk kurallarının somut olaylara uygulanması gerektiğini tespit etmek; ayrıca temel hak ihlali iddiası da varsa bunun da delillerini toplamak ve hangi Anayasa maddesinin ihlal edildiğini de belirlemek; bunlardan sonra ortaya çıkan belirlemelere göre son kararını vermek yetkisine sahiptir. Son karardan sonra istinaf ve temyiz aşamasında, istinaf ve temyiz mercileri de, muhakeme yasalarında öngörülmüş esasa ve usule ilişkin olağan kanun yollarında ileri sürülmesi mümkün hususlarda inceleme yaparlar.

Yerel mahkemelerde yargılama kesin hükümlerle sona erdiği halde (iç hukuktaki başvuru yolları tüketildiği halde); hala temel hak ihlali iddiası ve uyuşmazlığı çözülememiş ise ancak bu takdirde Anayasa mahkemesine Anayasa Şikâyeti ya da Bireysel Başvuru yapılabilir. Bu yola başvurulunca Anayasa Mahkemesi, özellikle ülkemiz yasasına göre olağan kanun yollarında gözetilmesi gereken, (istinaf, temyiz ve hukuk usulünde karar düzeltme yollarında gözetilmesi gereken) usule ve esasa ilişkin sebepleri inceleme konusu yapamaz. Çünkü asla Anayasa Şikâyeti ya da Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kurumu bir olağanüstü temyiz başvurusu değildir. Anayasa mahkemesi öncelikle delilleri araştıramaz ve toplayamaz. Kural olarak delillerin takdirinde (değerlendirilmesinde) bulunamaz ve yerel mahkemelerin bu konulardaki usule ve yasalara aykırılıklarını inceleyemez.⁷⁹ **Ancak Anayasada tanınmış bir temel**

⁷⁹ Bu konuda bkz. Hassemer, Winfried, Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya'da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor) AYM'nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiri, İn, Anayasa Yargısı 21,sh. 164 vd. Sabuncu/Amwine, ag. Bildiri, sh.236. Ülkemizde de, Anayasa Mahkemesi (Komisyonlar ve ilgili bölümler); Mahkeme kararlarına karşı bireysel başvuru ya da Anayasa şikâyeti başvurusu yapılmışsa, bu sınırlandırılmış yetkilerle bağlıysa da; herhangi bir kamu makamının temel bir hakkı ihlal eden işlemi-

hakkın ihlali olup olmadığını ve bu hakkı tanıyan ve güvenceye bağlayan Anayasa maddesinin ve de AİHS'nin maddelerinin ihlal edilip edilmediğini inceleyebilir ve karara bağlayabilir. Ancak Aliyev'in belirlemesine göre Anayasa mahkemesi Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikayeti yargılamasında, temel hak ihlalinin olup olmadığını tespit edebilmek için, yerel mahkemece araştırılmış ve tespit edilmiş delillerinde incelenmesi zorunlu görülürse ancak bu takdirde delilleri inceleyebilme yetkisine sahiptir.⁸⁰ F. Alman Anayasa mahkemesi içtihadına göre de; **“herhangi bir hukuk kuralının olağan mahkemelerce Anayasaya hakim olan düşüncelerle bağdaşmayan bir şekilde yorumlanması sonucu verilen mahkeme kararları da Anayasa Şikayetine konu olabilmektedir. Keza olağan mahkemelerin hukuk kurallarını uygulamada açık hata yapmış olmaları halinde de”** mahkeme kararları aleyhine Anayasa mahkemesine Bireysel Başvuru yapılabilir.⁸¹ Ülkemizde bu konuda Anayasa mahkemesinin içtihatlarını beklemek gerektiği kanısındayız.

Anayasa mahkemesine Bireysel Başvuru yolu iç hukuk olağan başvuru ve yargı yollarına göre ikincil bir son çare olmakla birlikte; bundan sonra AİHM' ne de başvuru imkânı olduğundan; AİHM' nin ulusal üstü denetim yetkisine göre birincil niteliktedir. AİHM'ne Bireysel Başvuru yolu ise iç hukuk yollarına nazaran ikincil nitelikte bir başvuru yoludur. Bunun sonucu olarak AİHM' ne başvuru için, **“Bir uluslar arası hukuk kuralı”** ve başvuru koşulu olan; **“..iç hukuktaki bütün başvuru yollarını tüketmiş olmak”** şarttır. Başka ifade ile AİHM' ne başvurabilmek için iç hukukta son çare başvuru yolu olan AYM' ne Bireysel Başvuru yolunun sonuçlandırılması da zorunludur. F. Almanya, Avusturya, İspanya ve artık günümüzde ülkemiz gibi, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikayeti tanımış olan ülkelerde; **“iç hukuk başvuru yollarını tüketmiş olmak için Anayasa Mahkemesine de başvurmak.”** ve sonuçlandırmak zorunlu görülmektedir.⁸²

ne karşı yapılan Anayasa şikâyetinde, 6216 sayılı Kanun'un 48/3 maddesine göre, “Her tür araştırma ve incelemeyi yapabilir. Başvurularla ilgili gerekli görülen bilgi, belge ve delilleri ilgililerden ister.” İlgililer geciktirmeksizin istenenleri yapmak ve vermekle yükümlüdürler.

⁸⁰ Aliyev, Age. Sh. 29-30.

⁸¹ Mellinshof, R.,ag. m. sh. 40

⁸² Bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 34 ve 35;Gölcüklü Feyyaz/ Gözübüyük A. Şeref, AİHS ve Uygulaması 7. Baskı Ankara 2007 Sh.14-15 Özellikle Sh. 63 vd.

İç hukukta öngörölmüş olan başvuru yollarının hangilerinin tüketilmesi gerektiği ayrı ve kapsamlı bir konudur. Genellikle öngörölmüş olan başvuru yolları (başvurma); başvurucunun iradesine bağılı bulunmalıdır. Başvurucunun serbest iradesi ile yapılıp sonuçlandırılmayacak bir başvuru ya da sonuç alınmayacak olan başvuru yollarının tüketilmesine gerek yoktur.⁸³

F. AYM' ne Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti Süreye Tabidir

Her ölkede söz konusu başvuru hak düşürücü sürelerle tabi kılınmıştır. Nitekim ölkemizde 6216 Sayılı Kanun'un 47/5. Maddesi, **"Bireysel Başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörölmemiş ise ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren 30 gün içinde yapması gerekir."** Alman Anayasasının 93. Maddesine göre; **"Yasalara karşı Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), Yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren 1 yıl.."** öteki kamusal işlemlere veya mahkeme kararlarına **"karşı son kararın öğrenilmesinden itibaren 1 aydır."**⁸⁴ Öteki tüm ölkelerde de başvuru süreleri öngörölmüş olduğu gözlemlenmektedir.⁸⁵

Unutulmamalıdır ki, AYM' ne Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti; iç hukukta ön görölmüş başka yol kalmayınca, son çare olarak gidilen, sübjektif Anayasal hakların korunmasına yönelik olağan dışı başvuru yoludur.

⁸³ Örneğin F. Alman Anayasa Hukukunda olağan başvuru yollarının tüketilmesi şartına üç istisna getirilmiştir. Başka ölkelerde de benzer ya da farklı istisnaların getirildiği görölmektedir. Gerçekten "Başvurunun Anayasa Hukuku açısından ilkesel önem taşıması, bir Temel Hakkın., kullanılmasına ilişkin olması., davanın olağan başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeni ile (başvurunun hemen reddi halinde başvurucu için) telafisi" mümkün olmayan ağır bir zarar doğurması ihtimali olan hallerde, istisnaen tüketme şartı F. Alman Anayasa Mahkemesi tarafından aranmamaktadır.(Bkz. Mellinohof. R, Anayasa Yargısı 26 ag. mkl. Sh.43)

⁸⁴ Gönen, Z. Age. Sh.278. Esasen Alman Anayasasının 93.maddesinde bu süreler öngörölmüştür.

⁸⁵ Örneğin Avusturya'da Anayasa Şikâyeti son, **"İşlemin yazılı olarak bildirilmesinden itibaren en geç 6 hafta içinde başvuru"** yapılmalıdır.(Bk. Holzinger, G. Anayasa Yargısı 26 ag. mkl Sh.62); İspanya'da, **"Kanun (başvuru) yolarının tüketilmesinden itibaren 20 gün, Meksika'da yurt içi başvuruları için60, yurt dışı başvuru için 90 günlük süreler öngörölmüştür. Güney Kore'de ise iki tür başvuru süresi öngörölmüştür."**(Kılınç, B. Anayasa Yargısı 26 ag. mkl, Sh.38) Macaristan'da ise başvuru süresi 60 gündür. (Bkz. Paczolay, Peter. Anayasa Şikâyeti Bir Karma Çözüm mü? İn, Anayasa Yargısı 26, Sh.315.) Türkiye'de Bireysel Başvurunun başlangıcı, sonu ve haklı mazeret halinde başvuru için bkz. Doğru, Osman, AYM'ne Bireysel Başvuru Rehberi, sh. 105- 107; Ural, S. Sezai, sh. 247 vd.

II. BÖLÜM

ANAYASA ŞİKÂYETİ VEYA ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU KURUMLARI İLE BENZER KURUMLAR

Bu başlık altında karşılaştırmaya temel oluşturmak üzere, önce Anayasa Şikâyeti ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kurumları kısaca açıklanacak daha sonra; Mutlak Anayasa Şikâyeti, Nisbi Anayasa Şikâyeti, Actio Popularis, Actio quasi Popularis karşılaştırmalı olarak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

A. Anayasa Şikâyeti ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakları

Anayasa Şikâyeti ile Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kurumlarının farklı anlam ve içerikleri olan iki ayrı kurum olduklarını gördük.⁸⁶

Gerçekten bu kurumlarının ikisini de, Anayasaları ve Anayasa Uygulamalarında kabul etmiş olan; Avusturya, F. Almanya, Güney Kore ve Rusya Federasyonun da, bu iki kurumun aynı anlam ve içerikleri olduğu yani farklı iki kurum oldukları görülmektedir. Bu ülkelerden her biri Anayasa Şikâyeti ile Bireysel Başvuru kurumlarını farklı şekillerde düzenlemişlerdir.

Bu ayrımlar gözetilerek farklı ülkelerde Bireysel Başvuru kurumları incelendiğinde, aşağıdaki belirlemeler ortaya çıkmaktadır.

1. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakları

a. Avusturya Anayasasına Göre Bireysel Başvuru

Bu iki kurumu ayrıntılı bir şekilde ve sistematik olarak Avusturya Anayasası düzenlemiştir. Avusturya Anayasasının 139 ve 140. maddelerinin 1. fıkralarında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kurumları düzenlenmiştir. Bu maddelerden 139. maddenin 1. fıkrasına göre; **“herhangi bir düzenleyici işlemin kanunlara aykırı olmasından dolayı (hakkının ihlal edildiğini ve) doğrudan zarar gördüğünü iddia eden kişiler söz konusu düzenleyici işleme karşı Anayasa Mahkemesinde dava açabilirler. Ancak bunun için söz konusu düzenleyici işlemin herhangi bir mahkeme kararına ya da idari bir işleme gerek**

⁸⁶ Bkz.1.Bölüm Dipnot 38’de Bireysel Başvuru ile Anayasa Şikâyeti kavramları, aynı anlamda kullanılmakla birlikte; kurumların farklı kurumlar olduklarını gördük. Keza bkz.2. Bölüm 1A ve özellikle 1B

duyulmaksızın doğrudan doğruya hukuki sonuç doğurması şarttır.”

Avusturya Anayasasının 140. Maddesinin 1. Fıkrasına göre de; **“herhangi bir kanunun Anayasaya aykırı olmasından dolayı, (temel hakkı ihlal edildiğini ve) doğrudan zarar gördüğünü iddia eden kişiler de söz konusu kanuna karşı Anayasa Mahkemesinde dava açabilirler. Ancak bunun için söz konusu kanunun, herhangi bir mahkeme kararına ya da idari işleme gerek duyulmaksızın doğrudan doğruya hukuki sonuç doğurması şarttır.”**

Görüldüğü gibi içerikleri birbirine benzeyen bu iki hükümden madde 139/1’ de **“kanuna aykırı düzenleyici işlemlere karşı”** ; madde 140/1’ de ise, **“Anayasaya aykırı kanunlara karşı”** Anayasa Mahkemesine kişiler söz konusu normların iptali için doğrudan Bireysel Başvuruda bulunabilirler. Avusturya Anayasasına göre kanuna aykırı düzenleyici işlemlere karşı da Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru yapılabilmektedir.⁸⁷

b. Federal Almanya’da

F. Almanya Anayasa Hukukunda da Anayasaya aykırı kanunlara karşı, Anayasaya aykırı olan kanunun doğrudan bireylerin haklarını ihlal etmesi ya da etkilemesi halinde Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru imkânı bulunmaktadır.⁸⁸Bir mahkeme kararına ya da, yürütmenin özel bir işlemine ihtiyaç olmaksızın Yasanın (yalnızca) yürürlüğe girmesi ile(kişiler) doğrudan ve elan zarara uğramışlar ise” AYM’ne Bireysel Başvuruda bulunabilirler.⁸⁹ Görüldüğü üzere; F. Alman Anayasasına göre (madde 93); **“kanunlara yönelik Anayasa Şikâyeti Başvuruları (Anayasa Mahkemesine Bireysel başvurular)”** yapılabileceği; bununla birlikte bütün devlet organlarının yani yasama, yürütme ve yargı organlarının tüm eylem ve işlemlerine karşı, hakları ihlal edilen kişiler

⁸⁷ Ayrıca Bkz. Holzinger, Gerhart. Anayasa Yargısı 26 ag. mklSh 61 vd. Haller, Herbert, Anayasa Şikâyeti ve buna ilişkin sorunlar (Avusturya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor) mkl. İn Anayasa Yargısı 21, Ankara 2004, sh. 178-179. Haller burada Anayasa Mahkemesine teknik anlamda bireysel başvuru ile anayasa şikâyetini isimlerini vermeden ele almıştır.

⁸⁸ Mellinshof R. Anayasa Yargısı 26, ag. mkl. Sh.32 vd. Özellikle Sh. 35-36

⁸⁹ Gören, Z. Age. Sh.278. Gören’in belirlenmesine göre örneğin, **“yurt dışı telefon görüşmelerini, herhangi bir şüpheli durum olmadığı halde dinlemeyetkisi veren bir Yasaya karşı”** yapılmış Bireysel Başvuruyu F. Alman Anayasa Mahkemesi kabul etmiştir. Keza, **“..şikâyetçinin haklarını doğrudan zedeleyen bir vergi Yasası da bir başka örnektir.”** Ayrıca bk. Hassemmer, Winfried. Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar, İn. Anayasa Yargısı, 21, sh.166

tarafından Anayasa Şikâyetinde de bulunulabileceği açıklanmıştır.⁹⁰

Bu açıklamadan F. Alman Anayasa hukukunda, Bireysel Başvuru ile Anayasa Şikâyeti kavramlarının aynı anlamda kullanıldıkları ve Anayasa Şikâyeti terimi ile ifade edilmekte olduğu anlaşılmaktadır.

c. Güney Kore’de

Güney Kore Anayasa Mahkemesi hakkında kanununun 68. maddesinin 2. Fıkрасında da, bir tür somut norm denetimi yolu ile vatandaşlara, Anayasa Mahkemesine doğrudan Bireysel Başvuru hakkı düzenlenmiştir. Gerçekten anılan 68/2.maddeye göre; **“Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru yolu ile somut norm denetimine imkân sağlamaktadır. Bir mahkemede görülmekte olan bir davada taraflardan herhangi biri bu davada uygulanacak normun Anayasaya aykırılığı konusunda şüpheye düşerse, davayı görmekte olan mahkemeden bu konuyu Anayasa Mahkemesine taşımalarını talep eder.. Anayasa Mahkemesi tarafından talebin reddedilmesi halinde, itirazda bulunan taraf doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurarak söz konusu normun Anayasaya aykırılığı konusunda bir karar vermesini ister.”**

d. Rusya Federasyonunda Bireysel Başvuru

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi hakkında Federal Kanununun 96. ve 97. maddeleri de Bireysel Başvuru Hakkını tanımıştır. Gerçekten görülmekte olan bir davada, ya da somut bir olayda; **“davaya ya da somut olaya konu (uygulanacak) olan kanun hükmü, bir Anayasal Temel Hak ve Özgürlüğü etkiliyor ve de söz konusu kanun hükmü, davada ve somut olayda uygulanmış ya da uygulanması yönünde mahkemece veya başka bir makamca teşebbüste bulunmuş ise..”** bu Yasa ile hakkı etkilenmiş kişi, yasaya karşı Anayasa Mahkemesine başvurabilir.⁹¹ Anayasaya aykırı olan bu Yasaya dayanmış bir mahkeme kararı ya da bir kamu işleminden hakkı ihlal edilen ve doğrudan ve kişisel olarak zarar gören bir kişi- bu mahkeme kararı ya da kamu işlemi kesinleşmiş ise- Nisbi Anayasa Şikâyetinde de elbette bulunabilmelidir kanısındayız. Bu-

⁹⁰ Mellinghofbit.

⁹¹ Zorkin, Valery. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru, in Anayasa Yargısı 26.Sh 284.

radan şu sonuca varırız ki bir davada mahkeme, somut bir olayda da kamu makamı tarafından uygulanan ya da uygulanması muhtemel olan Anayasaya aykırı Yasaya karşı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda bulunulabilir. Ayrıca bir mahkeme kararı ya da kamu makamının işlemi, Anayasaya aykırı Yasaya dayanmış, temel hakkı ihlal etmiş ve kesinleşmiş ise bu son halde Nisbi Anayasa Şikâyetinde de bulunulabilir. Polonya ve Macaristan da Rusya modeli ni benimsemiştir. Letonya ise farklı bir model kabul etmiştir.⁹²

e. Türkiye'ye Güney Kore Modelinin Getirilmesi Düşüncesi

Güney Kore örneğinde somut norm denetimi yolu ile fakat Türkiye'dekinden farklı olarak ; (1982 Anayasası madde 152) davayı görmekte olan mahkeme tarafından, Anayasa Mahkemesine gönderme talebinin reddi halinde, taraf olan kişiler, Anayasa Mahkemesine doğrudan Bireysel Başvuruda bulunabilirler.⁹³ Türkiye'de ise davayı görmekte olan mahkeme tarafından davanın taraflarından birisinin Anayasa Mahkemesine gönderme talebinin reddi halinde; talebi reddedilen taraf Anayasa Mahkemesine doğrudan Bireysel Başvuru hakkına sahip değildir. Başka ifade ile ülkemizde Anayasa Mahkemesine soyut ve genel normların ya da kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası ile doğrudan bireysel başvuru hakkı mevcut değildir. Bu nedenle Avusturya modelinin ya da Güney Kore modelinin ülkemize getirilmesinin düşünülmesi önerilmektedir.⁹⁴

SONUÇ

Anayasa Şikâyeti: Açıklandığı gibi, özellikle Avusturya Anayasasınının 139.140. ve 144. Maddelerinin sarahatlerine göre; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru kurumu ile Anayasa Şikâyeti kurumu ayrı anlam ve içeriklere

⁹² Polonya ve Macaristan da Rusya da olduğu gibi Anayasa Mahkemelerine, yalnızca yasalara karşı Bireysel Başvuru hakkı mevcuttur. Letonya da ise yalnızca anayasaya aykırı yasalara karşı değil, "**bir üst norma aykırı normatif düzenlemenin uygulanması sonucu, Anayasaca tanınmış temel hakları ihlal edilen herkes, Anayasa Mahkemesine Şikâyette bulunabilir.**"(Bkz. Aliyev. C, age. Sh.34)

⁹³ Bkz. Baysal Mustafa, HUKAB Sempozyum Serisi 1. Sh. 48. Ayrıca Bk. JongDae Kim, Anayasa Yargısı 26. , Sh. 146-147, Güney Kore Anayasa Hukuku literatüründe de Bireysel Başvuru Kurumu için Anayasa Şikâyeti deyiminin kullanıldığı görülmektedir.

⁹⁴ Kılınç B. Anayasa Yargısı 25. Ag. mkl Sh.53-54. Kılınç Burada, "**Avusturya'nın veya Güney Kore'nin kullandığı formüllerin Türkiye'ye uygun hale getirilmiş şekillerinin Türkiye'de uygulanabileceği akla gelmektedir.**"Sh. 54.

(mana ve muhtevaya) sahiptirler.

a. Dar Anlamda Anayasa Şikâyeti, Anayasalarla tanınan Temel Haklarından biri; kamu gücü işlem, eylem ya da ihmalleri ile ihlal edilen kişilerin iç hukukta öngörölmüş bütün başvuru yollarım tükettikten sonra, Anayasa Mahkemelerine doğrudan başvurabilmeleri yoludur.

Dar anlamda Anayasa Şikâyeti başvurularında da ölkelere göre farklı düzenlemeler söz konusudur.

aa. Avusturya Anayasasının 144. Maddesinin 1. Fıkrası dar ve teknik anlamda Anayasa Şikâyetini düzenlemektedir. Bu maddeye ve fıkraya göre **“Anayasa Mahkemesi, bağımsız idari kurullar dahil olmak üzere, idari makamların işlemlerine karşı, Anayasa ile güvence altına alman bir hakkının söz konusu işlem nedeni ile ihlal edildiğini iddia eden ya da kanuna aykırı bir düzenleyici işlemin uygulanması veya bir kanunun hukuka aykırı bir şekilde duyurulması (ilanı), veya Anayasaya aykırı bir kanunun uygulanması, veya hukuka aykırı bir uluslararası antlaşmanın uygulanması nedenleri ile, herhangi bir hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin şikayetlerini karara bağlar. Ancak Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurudan önce olağan dava yollarının tüketilmiş olması şarttır.”**Göröldüğü gibi Avusturya Anayasasına göre; idari makamların işlemlerinden dolayı veya kanuna aykırı bir düzenleyici işlemin uygulanması veya kanunun hukuka aykırı olarak ilanı veya Anayasaya aykırı bir kanunun uygulanması veya hukuka aykırı bir uluslararası antlaşmanın uygulanması nedenleri ile Anayasada güvence altına alman Temel Haklarından biri ihlal edilen kişiler iç hukuk başvuru yollarını tükettikten sonra Anayasa Şikâyetinde bulunabilirler.

Avusturya’da, bu Anayasa maddesine göre ve gerçekte mahkeme kararlarına karşı Anayasa Şikâyeti hakkı tanınmamıştır. Ancak İltica Mahkemelerinin kararlarına karşı Anayasa Şikâyeti hakkı istisnaen tanınmıştır.⁹⁵

Anayasa Şikâyetinde (kurumunda), Bireysel Başvuru yolunda olduğundan

⁹⁵ Anayasanın incelediğimiz 139,140 ve 144. Maddeleri içerikleri ve Avusturya’da AYM uygulamaları incelendiğinde bu husus açıkça gözlemlenmektedir. Bk. Holzinger G. Anayasa Yargısı 26 ag. mkl Sh.61 vd. Özellikle Sh.75-79.

farklı olarak; kanunlara, genel ve soyut düzenleyici işlemlere karşı iptal için Anayasa Mahkemesine Bireysel başvuru değil, söz konusu işlemlerin uygulanması sonucu meydana gelen Temel Hak ihlalleri ile, ihlale neden olan kamu gücü işlemlerine karşı Anayasa Şikâyeti söz konusudur. Ancak İltica Mahkemeleri kararları hariç, mahkeme kararlarına karşı Anayasa Şikâyeti Avusturya'da öngörülmemiştir. Güney Kore'de de mahkeme kararlarına karşı Anayasa Şikâyeti yolu kabul edilmemiştir.

ab. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru hakkını tammiş olan öteki tüm ülkelerde; dar anlamda Anayasa Şikâyeti kurumu da vardır. Hatta denilebilir ki, aslolan Anayasa Şikâyetidir. Konuya ilişkin kaynakların çoğunluğuna göre, Anayasa Mahkemelerine bireylerce yapılan başvuruların çoğunluğunu, dar anlamda Anayasa Şikâyetleri oluşturmaktadır. Dar anlamda Bireysel Başvurular ise istisnai ve daha az sayıdadırlar. Ayrıca Anayasa Şikâyeti kurumunu tanıyan her ülkede, ülkemizde olduğu gibi dar anlamda yasalara ve düzenleyici işlemlere karşı, Bireysel Başvuru hakkı da tanınmamıştır.

Gerçekten ülkemizde, **“yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlere karşı doğrudan Bireysel Başvuru yapılamaz.”**(6216 Sy.K.Md.45/3)

İspanya'da da yasalara karşı Anayasa Mahkemesine doğrudan Bireysel Başvuru hakkı tanınmadığı görülmektedir.⁹⁶

Rusya'da yasalara karşı yukarıda açıklandığı şekilde Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru hakkı tanınmış ise de; soyut ve genel düzenleyici işlemlere karşı başvuru hakkı tanınmamıştır.

F. Almanya'da yalnızca, **“..yasalara karşı Anayasa Şikâyetlerine (dar anlamda bireysel başvuruya) seyrek olarak rastlanmaktadır. İdari işlem ya da mahkeme kararlarına karşı anayasa şikâyeti sayıca daha fazladır.”**⁹⁷

b. Konularına Göre Anayasa Şikâyetleri Sınıflandırması: Mutlak AY. Şikâyeti - Nisbi AY. Şikâyeti

Bu belirlemelere göre, AYM'lerine yapılan başvuruların, büyük çoğunluğu-

⁹⁶ Baamonde, Maria Emilia Casas, Amparo Başvurusu, in Anayasa Yargısı 26 Sh.103.

⁹⁷ Gören, Z. İbid. Hassemmer, W. İbid.

nu dar anlamda Anayasa Şikâyetleri oluşturmaktadır. Dar anlamda Anayasa Şikâyetleri, konuları (içerikleri) bakımından analiz edildiğinde, iki kategoriye ayrıldıkları ortaya çıkmaktadır.

Mutlak (Basit) Anayasa Şikâyeti: Kamu gücünü kullanan makamların eylem, işlem ya da ihmalleri sonucu, Anayasa ile güvence altına alınan belli temel haklarından biri ihlal edilen kişilerin iç hukukta öngörölmüş başvuru yollarının tükettikten sonra, temel hakkı ihlal eden eylem, işlem ya da ihmallere karşı, hak ihlalinin ve zarar doğuran sonuçların ortadan kaldırılması isteği ile Anayasa Mahkemesine yapılan Anayasa Şikâyetleridir. Yalnızca söz konusu hak ihlaline ve doğurduğu zarara karşı yapılan bu kategori Anayasa Şikâyetlerine **Mutlak Anayasa Şikâyeti** denilmektedir.

Nispi (Karma) Anayasa Şikâyeti: Kamu gücünü kullanan makamların belli temel haklardan birini ihlal eden eylem, işlem ya da ihmallerine karşı, söz konusu hak ihlali ve doğurduğu zarar ile birlikte ayrıca, hakkı ihlal eden kamu gücü eylem, işlem ya da ihmalinin dayandığı yasanın Anayasaya aykırılığının da ortadan kaldırılması talebi ile açılan Anayasa Şikâyetleridir. Bu kategorideki Anayasa Şikâyetlerine de **Nisbi Anayasa Şikâyeti** denilmektedir.

Birinci kategoride yalnızca hak ihlalinin ve doğurduğu zararın Anayasa Şikâyeti konusu yapılmış olmasına karşın; ikinci kategoride hem hak ihlalinin ve doğurduğu zararın ve hem de bunlar ile birlikte dayanak yasanın da Anayasaya aykırılığı nedeni ile ortadan kaldırılması isteği Anayasa Şikâyeti konusu yapılmaktadır.⁹⁸ Biz birinci kategoriye Mutlak Anayasa Şikâyeti yerine, Basit Anayasa Şikâyeti, Nisbi Anayasa Şikâyeti yerine de, Karma (Mürekkep) Anayasa Şikâyeti terimlerinin kullanılmasının uygun olacağı kanısı ile bu terimleri tercih ediyoruz. Ancak Mutlak ve Nisbi Anayasa Şikâyeti terimlerini de kullanmaya devam ediyoruz.

⁹⁸ Bkz. Aliyev, C. Bu ayırmada geçen Mutlak ve Nisbi Anayasa Şikâyeti terimleri Aliyev' e aittir. Ancak Alman doktrinde Mutlak Anayasa Şikâyeti, gerçek (echte), Nisbi Anayasa Şikâyeti de gerçek olmayan (unechte) terimleri ile ifade edilmektedir. Türk doktrinde Fazıl Sağlam' da Alman doktrinindeki gerçek ve gerçek olmayan terimlerini benimsemiştir. Bkz. Aliyev, ag, Sh.33-37. Sağlam, Fazıl. Anayasa Şikâyeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Mehmet Turhan ve Hikmet Tölen (Ed.),in Anayasa Yargısı İncelemeleri -1, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları,2006,Sh.71 vd.

Bu tanımlamalara göre Türkiye Mutlak (basit) Anayasa Şikâyeti kurumunu kabul etmiştir kanısındayız.⁹⁹ Ancak Ülkemizde Nisbi (karma) Anayasa Şikâyeti yapılmasını engelleyen bir Anayasa ve Yasa hükmü de kanımızca yoktur. Anayasa Mahkemesine, yasalara karşı dar anlamda ve Doğrudan Bireysel Başvuru hakkının tanınmadığını biliyoruz. Ancak Nisbi Anayasa Şikâyeti tanımında görüldüğü gibi, doğrudan Bireysel Başvurudan içeriği itibari ile farklı bir kurumdur. Gerçekten ülkemizde, kamu gücünü kullanan makamlardan biri tarafından; Anayasaya aykırı bir yasaya dayanılarak yapılmış bir işlem ile, Anayasada belli bir temel hakkı ihlal edilmiş olan bir kişinin, Anayasa Mahkemesine Nisbi (Karma) Anayasa Şikâyeti niteliğinde bir başvuruda bulunması ve başvurusunda temel hakkın ihlalinin, doğurduğu zararın, ve de bu eylem ya da işleme dayanak olan yasanın Anayasaya aykırılığını ileri sürmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesinin de bu talepleri incelemesine kanımızca bir engel yoktur.

Nispi Anayasa Şikâyeti, bireylerin kendi istekleri ile kullanabilecekleri bir başvuru yolu olarak tanınmış, Anayasa Mahkemesine doğrudan başvuru kurumu olması nedeni ile, somut norm denetimi kurumundan ayrılmaktadır. Zira somut norm denetimi yolunun AYM. de açılabilmesi, davayı görmekte olan yerel mahkemenin uygulanacak somut norm ya da yasanın AY. ya aykırılık iddiasını ciddi görmesi ve AYM. ne göndermesi şartına bağlıdır. /AY. Md. 152/1). Ayrıca, Anayasa Şikâyeti ikincillik prensibine tabidir. Başka ifade ile Anayasa Şikâyetinden önce iç hukukta öngörülmüş tüm başvuru yollarının tüketilmiş olması şartına bağlıdır. Bu bakımdan da somut norm denetiminden farklı bir kurumdur. Anayasa Şikâyeti yolunda, şikâyet sahibi kişi doğrudan doğruya inisiyatif ve başvuru hakkı sahibidir. Bu açıdan da bireyin iradesi dışında cereyan edecek olan somut norm denetimi yolundan farklılık arz eder ve birey için avantajlıdır.¹⁰⁰

Bazı Ülke Anayasa Mahkemelerinin re/sen Anayasaya aykırılık denetimi yapabilmeleri.

Bazı ülkelerde Anayasa Mahkemelerinin önlerine gelen bir Anayasa Şikâye-

⁹⁹ Azerbaycan, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Slovenya, İspanya ve başkaca ülkelerin Mutlak Anayasa Şikâyetini kabul ettikleri hakkında, Bk. Aliyev, C. age. Sh 33-34

¹⁰⁰ Aliyev, C. Age. Sh.34-36.

tinde (yargılamasında); uygulanacak yasanın Anayasaya, hatta soyut ve genel düzenleyici işlemlerin yasalara aykırı olduğu kanısına varır ise, re/sen ve ön mesele yaparak Anayasaya aykırılık denetimi yapmaya yetkileri vardır. Bu kapsamda:

a. Bu konuda önde gelen örnek, kuşkusuz Avusturya Anayasa Mahkemesidir. Avusturya’da, Anayasa Mahkemesinin **“re/sen Anayasaya aykırılık denetimi yapma yetkisi bulunmaktadır.”** Gerçekten Avusturya Anayasasının 139. maddesinin 1. Fıkrasına göre; **“Federal makamlarca ya da Eyalet makamlarınca yapılan bir düzenleyici işlemin”**, Anayasa Mahkemesinde görülmekte olan bir davada uygulanacak norm olması şartı ile, Anayasa Mahkemesi bu düzenleyici işlemin kanunlara aykırılığını **“re/sen”** de inceleyebilir. Keza Anayasanın 140.maddesinin 1. Fıkrasına göre de, **“..bir federal kanunun ya da eyalet kanununun Anayasa Mahkemesinde görülmekte olan bir davada uygulanacak norm olması şartı ile, Anayasa Mahkemesi bu kanunun Anayasaya aykırılığını re-sen inceleyebilir.”** Böylece görüldüğü gibi Avusturya’da Anayasanın 139. ve 140.maddelerine göre, Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir davada uygulanması şart bir düzenleyici işlemin kanuna; ya da uygulanması şart olan bir kanunun Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varması halinde **“re’sen (exoffio) ön mesele”** yapmak sureti ile Anayasaya aykırılık incelemesi yapmak yetkisine sahiptir.

b. Türkiye’de yukarıda gördüğümüz gibi Anayasa Mahkemesinde Bireysel Başvuruların (Anayasa Şikâyetlerinin) kabul edilebilirlik incelemesi ve kararları komisyonlar tarafından yapılmakta ancak oybirliği sağlanamadığı takdirde başvuru Bölümlere havale edilmektedir. Ayrıca komisyonlar önlerindeki başvurunun **“Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya Temel Hakların kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığı”** konusunda da başvuru dosyasını karar vermek üzere Bölümlere havale edebilirler. Keza Bölümler de, İçtüzüğü’nün 28/3 maddesine göre, başvuruyu Genel Kurula havale edebilirler. **“Anayasa Mahkemesi önüne gelen söz konusu Bireysel Başvuru, Nisbi Anayasa Şikâyeti niteliğinde olursa”**; bu durumda kanaatimizce Genel Kurul, başvuru incelemesinde dayanak yasanın Anayasaya aykırılığın da inceleyip karara bağlayabilir. Bu yolun Avusturya’da Anayasa Mahkemesinin

re/sen inceleme yetkisine benzer ya da yakın bir inceleme yolu olduğu kabul edilebilir. Çünkü Anayasa Mahkemesi içindeki Bölümler ile Genel Kurul ayrımı ve Anayasa Mahkemesi içinde cereyan eden bu inceleme zinciri, dışa karşı ayrı olarak değil yalnızca Anayasa mahkemesi incelemesi olarak görülmektedir.¹⁰¹

c. Almanya’da devletin tüm organlarının (yasama, yürütme ve idare ve yargı) tüm eylem, işlem ve kararlarından doğan Temel Hak ihlallerine karşı Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti Hakkı tanınmıştır. Bu kapsamda Temel Hak ihlaline neden olan Kanunlara karşı da Anayasa Şikâyeti ya da Bireysel Başvuru hakkı tanınmıştır. Temel Hakkı İhlal edilen kişilerin Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti hakkı tanınması, bu kurumu Yurttaş başvurularından, (actiopopularis) ayırmaktadır.¹⁰²Bu başvuru yalnızca Temel Hakkı ihlal edilen bir kamusal işlem ya da mahkeme kararına karşı yapılabildiği gibi; Temel Hakkı İhlal eden kamusal işlem ya da mahkeme kararı ile birlikte, onun dayanağı teşkil eden Anayasaya aykırı bir kanuna karşı da yapılabilir.

Anayasa Şikâyeti yalnızca Temel Hakkı ihlal eden kamu işlemi ya da mahkeme kararına karşı yapılmış ise Anayasa Mahkemesi bu işlemi kaldırır, mahkeme kararını kaldırmakla kalmaz ve dosyayı yeniden görüşülmek üzere mahkemesine geri gönderir. Buna mukabil Anayasa Şikâyeti ya da Bireysel Başvuru hem Temel Hakkı ihlal eden kamu işlemine ya da mahkeme kararına, hem de onların dayanağı olan Anayasa aykırı Kanuna karşı yapılmış ise bu başvuru, “Nispi Anayasa Şikâyeti” mahiyetindedir. Bu halde Anayasa Mahkemesi Temel Hakkı ihlal eden kamu işlemi ya da mahkeme kararını ortadan kaldırır ve dosyayı mahkemesine geri gönderir. Ayrıca Anayasaya aykırı dayanak Kanunun, **“Anayasa ile bağdaşmazlığına ya da iptaline de karar verir”**¹⁰³

d. Güney Kore’de de Avusturya Anayasa Hukukunda olduğu gibi, mahkeme kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ya da Anayasa Şikâyeti yapılamaz.¹⁰⁴ Ne var ki, **“Bir mahkemenin Anayasa Mahkemesince, Anayasaya aykırı bulunan bir kanunu uygulaması halinde, bu mahkeme kararı**

¹⁰¹ Bu konuda Bk. II. BÖLÜM- 4 Sh. 16 ve Dipnot 60

¹⁰² Mellinshof R. Anayasa Yargısı 26 ag. mkl Sh.35-37

¹⁰³ Bkz. Gören Zafer, Anayasa Hukuku, Seçkin, Ankara 2006, Sh.28

¹⁰⁴ Jong- Dae, Kim, Anayasa Yargısı 26, ag. mkl Sh.146 ve Anayasa Mahkemesi Kanunu madde 68/1 ve 2.

da Anayasa Şikâyetine Konu edilebilmektedir.”¹⁰⁵

Güney Kore Anayasa Mahkemesi hakkında Kanunun 68/1 maddesine göre, **“Anayasa ile güvence altına alınan Temel Haklarından biri, devlet organlarının bir eylemde bulunması ya da eylemsiz kalması nedeni ile ihlal edilen herkes Anayasa Mahkemesine başvuru hakkına sahiptir.”** Bir yasa hükmü, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, düzenleyici işlem ya da başka bir Devlet işlemi ile hak ihlali halinde, bireyler bu ihlale karşı Anayasa Şikâyetinde bulunabilirler.¹⁰⁶ Buradaki Anayasa Şikâyeti bir kanuna ya da düzenleyici işleme dayandırılmış bir kamu işlemini konu aldığı zaman; 68/1 madde kapsamında Nisbi Anayasa Şikâyeti niteliği taşımaktadır. Bu halde Anayasa Mahkemesi, Nisbi Anayasa Şikâyeti kapsamında, hak ihlal eden işleme dayanak olan kanunun Anayasaya aykırılığın da inceler ve karara bağlar. Şayet başvuru doğrudan doğruya Kanun ya da düzenleyici işleme karşı 68/2 madde kapsamında yapılır ise doğrudan Bireysel Başvuru mahiyeti taşır.

e. Slovenya’da da, **“Anayasa Mahkemesi, Anayasa Şikâyeti yargılaması sırasında, genel mahkemenin dayandığı normun, Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varır ise, re-sen (exofficio), normu yürürlükten kaldırır (iptal eder).”¹⁰⁷**

f. Türkiye’de 6216 s. Kanuna göre çözüm bulunabilir mi? Türkiye’de 6216 sayılı Kanun’un 50/1. Maddesine göre; ihlal kararı verilmesi halinde, ihlali ve sonuçların ortadan kaldırmak için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz. İdari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez” bu hüküm Anayasa’nın 153/2. Maddesinin de bir icabıdır.

Bu halde nispi Anayasa şikâyeti söz konusu ise, şikâyetin dayanağı olan yasanın Anayasa’ya aykırılığının giderilmesi düşüncesi de Anayasa Mahkemesi tarafından gösterilebilir kanısındayız.

Ayrıca 6216 s. Kanunun 50/2. Maddesine göre ise; “tespit edilen ihlal, bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak

¹⁰⁵ Jong- Dae, Kim, Anayasa Yargısı 26,ag.mkl Sh.147; Baysal Mustafa, HUKAB Sempozyum Serisi 1,ag.mkl Sh.178 vd., Sh.184-185

¹⁰⁶ Ayrıca Bkz. Jong-Dae, Kim, İbit.

¹⁰⁷ Aliyev, C. Age. Sh.19. (Mavele, TheConstitutionalComplaint, Offprint)

için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilebilir. Bu durumda da Anayasa Mahkemesinin Anayasa şikayeti söz konusu ise; dayanak yasanın Anayasa'ya aykırılığını ve somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşınması konusunda yeniden yargılama yapacak yerel mahkemeye yol gösterebilir kanısındayız.

Vatandaş Başvurusu (ActioPopularis)

Vatandaş Başvurusu (ActioPopularis); Halk içinden bir vatandaşın, doğrudan kendi hakkını ilgilendirmeyen genel anlamda Anayasaya aykırı bir yasaya karşı iptal için, Anayasa Mahkemesine başvurusu olarak tanımlanabilir. Roma hukukunun bir dava türü olan¹⁰⁸ ActioPopularis, halktan bir yurttaşın, doğrudan doğruya kendi hakkını ilgilendirmeyen, fakat Anayasaya aykırı gördüğü bir yasaya karşı Anayasa Mahkemesine yaptığı, objektif Anayasa hukuku korumaya yönelik bir başvuru türüdür. Bu tanımdan da anlaşıldığı gibi Anayasa Şikâyeti ya da Bireysel Başvuruda konu olan yasadan **“kişisel olarak”** etkilenme söz konusudur. Başka ifade ile Anayasa Şikâyeti ya da Bireysel Başvuru konusu olan yasadan, başvuru kişi doğrudan ve halen etkilenmektedir. Oysa Yurttaş Başvurusunda, başvuru yurttaş söz konusu yasadan doğrudan etkilenmemektedir. Bu dava açıklandığı gibi başvuru kişinin sübjektif Anayasal hakkının korunmasına yönelik değil, fakat halkın yararına objektif Anayasa hukukunun korunmasına yöneliktir.

Ülkemizde 1961 Anayasasının hazırlanması ve kabulü aşamasında, vatandaşlara da Anayasa Mahkemesine, Anayasaya aykırı yasalara karşı iptal davası açma yetkisinin tanınması teklif edilmiş ancak ActioPopularis niteliğinde olan bu teklif kabul edilmemiş ve Anayasaya girmemiştir.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Bkz. Aliyev, C, age. Sh.37, Ayrıca Bk. Gerçekten Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan'ın belirlemelerine göre; **“ActioPopularis, eski Roma Hukukuna ait bir dava türüdür. Eski Roma'da, davalar genel olarak actionesprivatae adı ile şahsi menfaatleri ihlal edilen kişiler tarafından açılırdı. Buna karşın..(bazı davaların) Roma populus'u (halkı) adına herhangi bir Roma vatandaşı tarafından açılması da mümkündür. Actionespopulares”** (Bkz. Tahiroğlu Bülent/ Erdoğan, Belgin, Roma Usul Hukuku, İstanbul, Filiz Kitap Evi,1985,Sh.34) adını alan bu dava türü günümüzdeki actionespopulares'e isim ve esin kaynağı olmuştur. **“Roma Halkı adına herhangi bir yurttaşın açtığı davalar”**(Bkz. Yılmaz, Ejder. Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara,2010,Sh. 19)

¹⁰⁹ Bkz. Göztepe, E. Anayasa Şikâyeti, Ankara, 1998,Sh. 125; Gören Zafer, age. Sh.272-273.

ActioPopularis türü vatandaş başvurusu, bazı başka ülkeler arasında daha ziyade Macaristan'da fazlaca uygulama alanı bulmuştur. Ayrıca Hırvatistan'da ActioPopularis türü dava yolunu kabul etmiştir. Bu dava kanunların yürürlüğe girmesinden sonra, (a posteriori) kanunların Anayasaya aykırılığı nedeni ile açılan bir dava çeşididir.¹¹⁰

ActioPopularis ile özellikle dar anlamda Anayasa Mahkemesine doğrudan Bireysel Başvuru yolu konuları itibari ile benzerlik arz etmektedir.

Gerçekten, ActioPopularis halktan bir vatandaşın kendi temel haklarını doğrudan etkilememiş olduğu halde Anayasaya aykırı bir yasaya karşı Anayasa Mahkemesine açtığı bir iptal davasıdır. Anayasa Mahkemesine dar anlamda Bireysel Başvuru da, bu defa temel haklarından birini doğrudan ihlal etmiş ve Anayasaya aykırı olan bir yasaya karşı temel hakkı ihlal edilen bir kişinin Anayasa Mahkemesine iptal başvurusudur. Her iki davada da başvuru bir kişi ya da vatandaş, davanın konusu da yasanın Anayasaya aykırılığı nedeni ile iptal talebidir. Ancak ActioPopularis'te başvuru vatandaşın dava konusu yasa tarafından hakkı doğrudan ihlal edilmiş değildir. Buna mukabil dar anlamda Bireysel Başvuruda başvuru konusunun temel bir hakkı, başvuru konusu Anayasaya aykırı yasa ile doğrudan ihlal edilmiştir. Başka ifade ile ActioPopularis'te başvuru konusunun başvuru konusu Anayasaya aykırı yasa ile kişisel hak ihlali ilişkisi yoktur. Buna karşılık dar anlamda Anayasa Mahkemesine doğrudan Bireysel Başvuruda, başvuru konusu Anayasaya aykırı yasa ile başvuru konusunun temel hak ihlali ilişkisi vardır.¹¹¹

Bu konu ile ilgili olarak birde Slovenya'da uygulanmakta olan; "Actioquasi-popularis" adlı bir başvuru türü daha vardır. Bu başvuru türünde dava konusu yasa ya da düzenleyici işlem ile başvuru konusunun temel hakkının ihlal edilmesi ilişkisi aranmaktadır. Actioquasipopularis, dar anlamda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru yoluna daha çok benzemektedir. Ancak Actioquasipopu-

¹¹⁰ Aliyev. C, İbid. Paczolay, Peter, Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar, (Venedik'te Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor) İn. AYM. nin 42. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiri, sh. 194 ve sh. 194 te 2 nolu dipnot

¹¹¹ Bu konuda Ayrıca Bkz. Kılınç. B, Anayasa Yargısı 25, ag. mkl, Sh.25-26 Kılınç'ın belirlemesine göre; Almanya'da, ActioPopularis'in Anayasa Mahkemesine ağır iş yükü getireceği endişesi ile kabul görmemiştir.

laris, iç hukuktaki başka başvuru yollarının kalmamış olması şartına (ikincillik) bağlı değildir. Buna mukabil Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ise, iç hukukta başvuracak başka yol kalmadığı takdirde (ikincillik şartı) gidilebilecek bir yol olması itibari ile, Actioquasipopularis 'ten de farklılık göstermektedir.¹¹²



KAYNAKLAR

ALİYEV, Cabir, Anayasa Şikâyeti, Beta 1.Baskı, İstanbul 2010.

ANAYASA MAHKEMESİ/EKİNCİ, Hüseyin/ SAĞLAM, Musa, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, 2012

Anayasa. gov. tr.

ANAYASA MAHKEMESİ İÇTÜZÜĞÜ (Yeni), İn 2012 Tarih ve 28351 Sayılı Resmi Gazete (R.G)

ATAR, Yavuz, Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması, İn Anayasa Yargısı 25

ATAY, Ender Ethem, Makale: Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuruları Değerlendirebilir mi? İn HUKAB Sempozyum Serisi 1, Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Editör, Musa SAĞLAM.

BAAMONDE, Maria Casas (İspanya AYM Başkanı), İspanya Örneğinde Anayasa Şikâyeti, İn Anayasa Yargısı 26

BAYSAL, Mustafa, Makale: Güney Kore Cumhuriyeti Anayasa Şikâyeti Uygulaması, İn HUKAB Sempozyum Serisi 1.

ÇOBAN, Ali Rıza, Makale: Yeni Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun Mahkemesin İş Yüküne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi, İn HUKAB Sempozyum Serisi 1,

ÇOBAN, Ali Rıza: Bireysel Başvuru: Türk Anayasa Mahkemesi İçin Ağır İş Yükü Sorunu (Konuşma- Tebliğ) İn, AİHM Ve Türkiye- II, Anayasa Şikâyeti Ve AİHM

¹¹² Bu konularda Bkz. Aliyev. C, age. Sh.38. Aliyev'in belirlemesine göre Actioquasipopularis, Slovenya'dan başka Azerbaycan, Almanya gibi ülkelerde de olağan bir başvuru yoludur

DEBRE, Jean-Louis , (Fransa Anayasa Konseyi Başkanı) Anayasa Yargısı 26' da İkinci Oturum Başkanı Olarak Açış Konuşması.

DEYNEKLİ, Adnan, Tebliğ: Dünyada Anayasa Şikâyeti Uygulamaları, İn HUKAB Sempozyum Serisi 1.

EKİNCİ, Hüseyin, Makale: Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü, İn HUKAB Sempozyum Serisi 1.

ERDİNÇ, Tahsin, İnsan Odaklı Devlet, Özgürlük Öncelikli Anayasa, XII Levha Yayım, Ekim 2010 -İstanbul.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/ GÖZÜBUYUK, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, 7. Baskı, Ankara-2007.

GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, Seçkin, Ankara -2006.

GÖZDER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 12.Baskı, Bursa.

GUERRA, Luis Lopez, İspanya Uygulaması: Amparo Başvurusu (Konuşma) İn, AİHM Ve Türkiye II, Anayasa Şikâyeti, Ankara-2010

HALLER, H, Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar, Anayasa Yargısı 21

HAS SEMER, Winfried, Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya'da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor), Anayasa Yargısı 21

HOLZINGER, Gerhart (Avusturya AYM Başkanı), Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikâyeti Ve Bireysel Başvuru, İn Anayasa Yargısı 26.

JONG-DAE, Kim (Kore Anayasa Mahkemesi Üyesi), Anayasa Şikâyeti Sistemi, Kore'nin Tecrübeleri, İn Anayasa Yargısı 26.

KABOĞLU, İbrahim Özden, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal, İstanbul-2011

KABOĞLU, İbrahim Özden, Anayasa Yargısı, İstanbul-1997.

KANADOĞLU, Korkut, Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi, İn Anayasa Yargısı 25.

KANADOĞU, Korkut, Anayasa Şikâyeti, İn HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara-2011

KARAKAŞ, İŞİL, Süre Giden Sorunlara Yeni Cevaplar(Konuşma) İn AİHM Ve Türkiye II.

KILIÇ, Haşim, (AYM Başkanı) Anayasa Yargısı 26 (AYM'nin 47.Kuruluş Yıldönümü Nedeni İle Düzenlenen Sempozyumu Açış Konuşması.

KILINÇ, Bahadır, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, İn Anayasa Yargısı 25.

KUNİG, Philip, Türkiye İçin Bir Örnek: F. Almanya'da Bireysel Başvuru, İn HUKAB Sempozyum Serisi 1.

MAVCİC, ArneMarjan, (Venedik Komisyonu Üyesi), Bireysel Başvuruya Özel Referans İle Anayasa Mahkemesi Önündeki Başvurucu (Makale ve Konuşma) İn, AİHM Ve Türkiye II.

MELLINGHOFF, Rudolf, (F. Almanya AYM Üyesi), F. Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti, İn, Anayasa Yargısı 26.

NALBANT, Atilla, AİHM İçtihadına Göre Anayasa Şikâyetinin Etkinliği (Konuşma ve Makale) İn, AİHM Ve Türkiye II.

ODER, Emrah, Betül, Tebliğ: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda (Anayasa Şikâyeti) Etkin ve Etkili Kullanım Sorunları, İn HUKAB Sempozyum Serisi 1.

PİMENTEL, Genaro, David Gongora, (Meksika F. Yüksek Mahkemesi Üyesi), "Amparo Ne İçindir ?"(Tebliğ) İn, Anayasa Yargısı 26.

PİMENTEL, Genaro, David Gongora, (Meksika F. Yüksek Mahkemesi Üyesi), Dünyada Anayasa Şikâyeti Uygulamaları (Tebliğ) İn, HUKAB Sempozyum Serisi 1.

PACZOLAY, Peter, (Venedik Komisyonu Temsilcisi, Macaristan AYM Başkanı), Anayasa Şikâyeti, Karışık Bir İyilik (Tebliğ) İn, Anayasa Yargısı 26.

SABUNCU, Yavuz/ ARNWINE, Selin Esen, Türkiye için Anayasa Şikâyeti modeli (Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu), Anayasa Yargısı 21

TRAJKOVSKA, Mariana, Lazarova (AİHM Hâkimi), Balkanlarda Anayasa Şikâyeti Uygulamaları ve Makedonya Örneği, (Makale ve Konuşma) İn, AİHM VE Türkiye II.

TURHAN, Mehmet, Anayasa Yargısı 25

TÜRK, H. Sami, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli”, in Anayasa Yargısı 21

URAL, S. SEZÂİ, “Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru” (Seçkin Hukuk) Ankara 2013

YAZICI, Serap, Yeni Bir Uygulama Olarak Anayasa Şikâyeti: Umutlar, Beklentiler ve Gerçekler (Konuşma ve Makale), in, AİHM Ve Türkiye II.

ZABUNOĞLU, Yahya, Makale: Bireysel Başvuru Yolunun Açılması: Türkiye’de Yargı Kollarının Ayrılmasında Ortaya Çıkan Sorunlar, in, HUKAB Sempozyum Serisi 1.

ZORKİN, Valery (Rusya Federasyonu AYM Başkanı), Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinin Uygulamasında Bireysel Başvuru, in, Anayasa Yargısı 26.

VERGİ HUKUKU VE YARGILAMASINA AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA BİR ANALİZ

*The Applicability of the European Convention on Human Rights
to the Tax Law and Tax Proceeding: An Analysis in the Light of the Case Law
of the European Court of Human Rights*

Yrd. Doç. Dr. Gülay ARSLAN ÖNCÜ*

ÖZET

Vergilendirmeyi bir vatandaşlık ödevi ve devletlerin mutlak egemenlik alanı içindeki bir husus olarak kabul eden paradigmanın değişmeye ve vergi yükümlülerinin insan haklarına vurgu yapan yeni bir paradigmanın yerleşmeye başladığı bir dönemdeyiz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulaması buna bir örnek teşkil etmektedir. Bu Sözleşme'deki çeşitli hakların vergilendirme ve vergi yargılaması bağlamında uygulanabilme kabiliyeti bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı uyarınca idari para cezaları, suç isnadıdır ve adil yargılanma hakkı güvenceleri bu cezalar için de geçerlidir. Vergilendirmeden kaynaklanan konut arama, belgelere el koyma ve iletişimin denetlenmesi gibi önlemler özelinde özel yaşama, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı gündeme gelebilmektedir. Vergilendirmenin, inanç özgürlüğünün hem bireysel hem de kolektif boyutuna bir müdahale teşkil ettiği durumlar da söz konusudur. Vergi ayrıca, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden bir işlem olması sebebiyle bu hak bağlamında da sıklıkla gündeme gelebilmektedir. Ayrımcılık yasağı, serbest dolaşım hakkı ve aynı suçtan ötürü iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama haklarının da vergilendirmeye doğrudan bir bağlantısı vardır. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin vergi yükümlülerinin hakları bağlamında daha etkili bir şekilde kullanılması da beklenmektedir. Örneğin, vergi aslına dair uyuşmazlıklar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6 anlamında medeni hak ve yükümlülük olarak kabul edilmemektedir ki, bunun izahı son derece güçtür.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, garslan@istanbul.edu.tr
Bu çalışmanın taslak halini okuyup değerli katkılarını sunma inceliği gösteren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu üyesi sayın Doç.Dr. Selami DEMİRKOL'a teşekkürlerimi sunarım.

Anahtar Kelimeler: AİHS, AİHM, idari para cezası, mülkiyet hakkı, ödeme gücü, vergide eşitlik, verginin kanuniliği, vergi yükümlülerinin insan hakları

ABSTRACT

The paradigm which considers taxation as a civic duty and a matter forms part of the hard core of public authority prerogatives has started to shift recently and a new paradigm which focuses on the tax payers' human rights is visible now. The jurisdiction of the European Convention on Human Rights is an example of the new paradigm. Several rights under the European Convention on Human Rights are applicable in the context of the taxation and tax proceeding. European Court of Human Rights recognizes the tax-surcharge as a criminal charge under Article 6 of the European Convention on Human Rights and accordingly all the guarantees of Article 6 are applicable. Search of the premises and seizure of the documents and telephone tapping in a tax audit constitute a interference with the right to respect to private life, home and correspondence. Moreover, taxation constitutes an interference with the individual and collective dimensions of the freedom of religion. Taxation as an interference with the protection of property is proceeded before the European Court of Human Rights frequently. Prohibition of discrimination, freedom of movement and the right not to be tried or punished twice also have a close link with taxation. Still, European Convention on Human Rights needs to be applied more effectively in the context of taxation. For instance, tax assessment is not recognized as a civil right and obligation in the meaning of Article 6 and it is hard to explain the reason for this.

Key Words: ability to pay, ECHR, ECtHR, protection of property, tax-surcharge, tax equity, taxpayers' human rights, tax legality



GİRİŞ

Vergi, kişilerden kamu harcamalarını karşılamak yahut devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahalesini mümkün kılmak için cebri, nihai ve karşılıksız olarak doğrudan doğruya istenen mali bir yükümlülük olup, vergi yükümlülerinin gelirleri, servetleri ve harcamaları üzerinden alınmaktadır. Devletlerin en önemli kamu gelirini vergi oluşturmakta¹ ve verginin meşruiyeti, devletin

¹ İsmail Türk, **Kamu Maliyesi**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996, s. 98.

egemenlik hakkından kaynaklanmaktadır.² Tarafların eşit olmadığı ve devletin üstün gücüne dayanan bir kamu hukuku ilişkisi olan vergilendirmede genelin yararı ile bireyin maddi çıkarı arasında bir çatışma söz konusudur.³

Vergilendirmenin, devletlerin mutlak egemenlik alanı içinde olduğu ve bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁴ (AİHS ya da Sözleşme) denetim organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM ya da Mahkeme) konu bakımından yetkisi dışında olduğuna dair yaygın bir görüş söz konusudur. Bu kanının, vergi yükümlüleri, vergi makamları ve vergi mahkemesi yargıçları tarafından paylaşılan ortak bir kanı olduğu kanaatini taşımaktayım. Bu makale, bu kanının doğru olmadığını vergi yükümlülerinin AİHS çerçevesinde kullanabileceği hakları ve vergi makamları ile vergi mahkemelerinin AİHS'i dikkate almak gibi bir yükümlülüğü bulunduğunu göstermek amacıyla kaleme alınmıştır.

Türk ulusal hukuku bakımında AİHS'i esas almanın Anayasal düzeyde dayanağı vardır. Nitekim 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa md.90'a eklenen son fıkra ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere yasalar karşısında öncelik tanınmış ve bu sözleşmeler anayasal düzeye çıkarılmıştır.⁵ 2010 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğiyle Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesinde değişiklik yapılarak kişilere AYM'ye bireysel başvuruda bulunma hakkı tanınmıştır. AYM'ye bireysel başvuru hakkı öngören Anayasa md.148/3'de "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" düzenlemesiyle AİHS'e

² Salih Turhan, **Vergi Teorisi ve Politikası**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 19.

³ Billur Yaltı Soydan, "Mülkiyet Hakkı versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı", **Vergi Dünyası**, Sayı 227, Temmuz 2000, s.103-114, 113.

⁴ **İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi**/(No.005, "Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms"), Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/11/1950 tarihinde Roma'da kabul edilip imzaya açılmıştır ve 03/09/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 1954'ten beri AİHS'in tarafıdır. Bu makalede yer verilen AİHS maddeleri, resmi Türkçe çevirisinde yer alan tercüme hatalarından ötürü tarafımızdan çevrilmiştir.

⁵ Sibel İnceoğlu, "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta, 2013, s.8.

açıkça referans yapılmıştır. AYM, sadece AİHS'in metnini değil AİHM kararlarını da dikkate almak durumundadır.

AİHS normlarının ve AİHM kararlarının ulusal hukuklarca dikkate alınması şu açıdan da önemlidir: AİHM kararları alenidir, bir kez yayımlanınca sadece davanın tarafları değil tüm kişilerce ve devletlerce erişilebilirdir. Doktrinde isabetli bir şekilde belirtildiği üzere "kol kırılıp, yen içinde kalmamaktadır".⁶ Bir devletin insan hakları karnesi uluslararası kamuoyunun incelemesine açıktır.

AİHM vergiyi, devletin kamu gücüne dayanan imtiyazlarının sert çekirdeğinin bir parçası olarak kabul etmekte ve vergi yükümlüsü ile devlet arasındaki ilişkiyi, kamusal niteliği ağır basan bir ilişki olarak değerlendirmektedir.⁷ Bununla birlikte birçok hak ile vergilendirme ve vergi yargılaması ilişkisini de kurmaktadır. AİHM'in vergi hukukuna ilişkin içtihadı 1980'lerin sonunda şekillenmeye başlamıştır.⁸ Vergilendirmeyi ulusal bir münhasır yetki olarak değerlendiren ve bu konuda taraf devletlere özellikle geniş bir takdir marjı tanıyan AİHM, ilk dönem kararlarında vergisel meseleleri genellikle kabul edilemez bulmuştur.⁹ Ancak, sonraki dönem kararlarında vergi yükümlülerinin insan hakları, çeşitli haklar bağlamında AİHM önüne taşınmış ve Mahkeme tarafından esastan incelenmiştir.

Vergi hukuku ve vergi yargılamasına dair hususlar, AİHS'deki birçok hak çerçevesinde AİHM yargısına konu olmuş ancak bu davalardan bazıları başarılı olamamıştır. Örneğin, AİHS md.10'da düzenlenen ifade özgürlüğü ve md.12'de düzenlenen evlenme hakkının ihlal edildiğinin vergi yükümlüleri tarafından ileri sürüldüğü davalar olmuş ancak başarı elde edilememiştir.¹⁰ Yine bazı

⁶ Selami Demirkol, "Vergi Türevli Davaların, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce Kabul Edilebilir Bulunması-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Vergi Yargılamasında Referans Norm Olarak Alınabilirliği Üzerine Bir Derleme", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 1, Yıl: 2012, s.33-69, s.33.

⁷ Ferrazzini v. Italy, App. No. 44759/98, Judgment of the ECtHR of 12/07/2011, paras. 28-29.

⁸ Alberto Quintas Seara, "The Protection of Taxpayers' Property Rights in Light of the Recent ECtHR Jurisprudence: Anything New on the Horizon, or Just More of the Same?", (2014) 42 *Intertax*, Issue 4, s. 218-233, s. 218, dn.1.

⁹ Ingrid Leijten, "N.K.M. v. Hungary: Heavy Tax Burden Makes Strasbourg Step In", <http://strasbougobservers.com/2013/06/10/n-k-m-hungary-heavy-tax-burden-makes-strasbourg-step-in> (erişim tarihi 14/07/2014).

¹⁰ Stefan N.Frommel, "The European Court of Human Rights and the right of the accused to

hakların vergilendirme bağlamında kullanılması teorik olarak mümkün iken, AİHM önünde ileri sürüldüğüne dair bir karar tarafımızca tespit edilememiştir. Örneğin, vergi borcunun ödenmemesinden ötürü bir kişinin alıkonulması kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen AİHS md.5/1b kapsamında bir alıkoyma olarak değerlendirilebilir.¹¹ Bu durumda AİHS md.5'teki güvencelerin uygulanması gündeme gelebilir. AİHS'in yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi, işkence yasağını düzenleyen 3. maddesi, kölelik ve kulluk yasağını düzenleyen 4. maddesinin vergilendirme bağlamında ileri sürüldüğü bir dava örneği tespit edilememiştir. Diğer taraftan vergi suçlarından kaynaklanan cezalardan doğan hak ihlallerinin, AİHS kapsamına girdiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle bu hususlar çalışmamızın kapsamı dışında bırakılacaktır. Çalışmamız çerçevesinde vergi hukuku ve yargılaması bağlamında AİHM önünde çeşitli Taraf Devletler aleyhinde açılmış davalarda ileri sürülmüş haklar üzerinden örnek kararlar ışığında AİHS'in vergi hukuku ve yargılamasına uygulanabilirliği analiz edilecektir. Sırasıyla, adil yargılanma hakkı (md.6), özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı (md.8), din özgürlüğü (md.9), ayrımcılık yasağı (md.14), mülkiyet hakkı (Protokol No.1 md.1), serbest dolaşım özgürlüğü (Protokol No.4 md.2) ve son olarak aynı suçtan ötürü iki kez yargılanma veya cezalandırma yasağı (Protokol No.7 md.4) vergilendirme ile ilişkisi çerçevesinde incelenecektir.

I. ADİL YARGILANMA HAKKI (AİHS md.6)

AİHS md.6¹² adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. Aşağıda öncelikle

remain silent: can it be invoked by taxpayers?", INTERTAX, Vol. 11, 1993, s.520-549, 530.

¹¹ Karen Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, Sweet and Maxwell, 2011, s.786.

¹² Adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS md.6 metni aşağıdaki gibidir:

"Madde 6-Adil yargılanma hakkı

1. Her kişi, medeni hak ve yükümlülüklerinin ya da kendisine yöneltilen bir suç isnadının karara bağlanmasında, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından makul bir sürede adil ve aleni bir yargılama yapılması hakkına sahiptir. Hüküm aleni olarak açıklanacaktır ancak demokratik bir toplumda ahlak, kamu düzeni ya da ulusal güvenlik için, çocukların menfaati ya da tarafların özel yaşamının korunması öyle gerektirdiğinde ya da aleniyetin adalete zarar verebileceği özel durumlarda mahkeme bunun kesinlikle gerekli olduğu görüşünde olduğu ölçüde basın ve halk yargılamasının tamamı ya da bir kısmından çıkartılabilir.

2. Kendisine bir suç isnat edilen herkes yasa uyarınca suçluluğu kanıtlanana kadar masum

adil yargılanma hakkının uygulama alanı “medeni hak ve yükümlülükler” ile “suç isnadı” kategorileri bağlamında genel olarak incelenecek ve sonrasında adil yargılanma hakkı ile vergi arasında nasıl bir ilişki olduğu ortaya koyulacaktır.

A. Adil Yargılanma Hakkının Uygulanma Alanı

AİHS’in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, aynı maddenin 1. paragrafı uyarınca “medeni hak ve yükümlülüklerle” ilişkin uyumsuzluklar ile “suç isnadının” karara bağlanması durumlarıyla sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Bu iki kategori dışında kalan durumlar bakımından md.6 uygulanabilir değildir. Dolayısıyla bireylerin ulusal hukukta sahip oldukları hak ve özgürlüklerin tamamı bakımından AİHS md.6 güvenceleri geçerli olmayacaktır.¹³

Ne “medeni hak ve yükümlülük” ne de “suç isnadı” kavramlarına ilişkin bir tanım md.6 metninde yer almaktadır. Her iki kavram da Avrupa İnsan Hakları Komisyonu¹⁴ (AİHK) kararları ve AİHM içtihatlarıyla açıklanmıştır. AİHS denetim organları bu kavramları AİHS tarafı devletlerin iç hukuklarındaki karşılıklarından bağımsız bir şekilde yani “otonom” kavramlar olarak yorumlamıştır.¹⁵

“Suç isnadı” kavramı AİHM’in yargılama yetkisi bakımından çok tartışılır

sayılacaktır.

3.Kendisine bir suç isnat edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

- (a) kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebi konusunda anlayabileceği bir dilde ve detaylı olarak derhal olarak bilgilendirilmek;
- (b) savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve olanaklara sahip olmak;
- (c) kendisini bizzat ya da kendi seçeceği bir hukuki yardım ile savunmak ya da hukuki yardımı ödemek için yeterli olanakları yok ise adaletin yararı öyle gerektirdiğinde ücretsiz hukuki yardım sağlamak;
- (d) aleyhindeki tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek ve aleyhindeki tanıklarla aynı koşullar çerçevesinde lehine olan tanıkların hazır bulunmalarını ve sorguya çekilmesini sağlamak;
- (e) aleyhindeki tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek ve aleyhindeki tanıklarla aynı koşullar çerçevesinde lehine olan tanıkların hazır bulunmalarını ve sorguya çekilmesini sağlamak.”

¹³ Aynı yönde bkz., David Harris, Michael O’Boyle, Colin Warbrick, **Law of the European Convention on Human Rights**, Second Edition, Oxford University Press, 2009, s.211.

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Komisyon 01.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren AİHS Protokol No. 11 ile kaldırmıştır.

¹⁵ König v. Germany, App. No. 6232/73, Judgment of the ECtHR of 28/06/1978, paras. 88-89; Baraona v. Portugal, App.No. 10092/82, Judgment of the ECtHR of 8 July 1987, para. 42.

değil iken, “medeni hak ve yükümlülükler” kavramı ile buna ilişkin uyumsuzluklar bir sorun arz etmektedir.¹⁶ Aşağıda bu kavramlar AİHS denetim organları kararları ışığında incelenecektir.

1. “Medeni Hak ve Yükümlülükler” Kategorisi

AİHS denetim organları kararlarında “medeni hak ve yükümlülüğe” ilişkin kesin bir tanım yapılmamıştır. Her bir somut vaka özelinde uyumsuzluğun medeni hak ve yükümlülük kapsamı içinde olup olmadığı değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, bu kavramın kapsamına ilişkin bazı önemli genel unsurları AİHS denetim organları kararlarından çıkarsamak mümkündür. Öncelikle, yukarıda da belirttiğimiz üzere “medeni hak ve yükümlülükler” kavramı sadece Muhatap Hükümetin ulusal hukuku referans alınarak yorumlanamaz. Nitekim AİHM, bu kavramın otonom niteliğine vurgu yaparak “AİHS çerçevesindeki anlamı” ile anlaşılması gerektiğine işaret ederek, bir hakkın Sözleşme anlamında “medeni” olup olmadığının o hakkın ilgili Muhatap Devletin ulusal hukukunda nasıl sınıflandırıldığına bakılarak değil ve fakat o hakkın ***maddi içeriğine*** ve ***etkilerine*** bakılarak belirleneceği içtihadında bulunmuştur.¹⁷ Bu nedenle, bir uyumsuzluğun AİHS md.6/1 anlamında “medeni hak ve yükümlülük” sayılabilmesi için söz konusu uyumsuzluğun taraflarının statüsü, uyumsuzluğun karara bağlanması işlemine uygulanacak mevzuatın niteliği ve uyumsuzluğun karara bağlama yetkisine sahip makamın niteliği belirleyici değildir.¹⁸ AİHM, bu kavramı geniş bir şekilde yorumlamaktadır. Bir uyumsuzluğun medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin sayılabilmesi için uyumsuzluğun taraflarının özel hukuk kişileri olması gerekmektedir. Uyumsuzluğun karara bağlanmasında uygulanacak olan yasanın niteliği yani medeni kanun, ticaret kanunu ya da idare hukuku ile ilgili bir kanun olması ve o uyumsuzluğun karara bağlayacak olan makamın, örneğin olağan mahkemeler veya idari organlar olması pek önem arz etmemektedir.¹⁹ Ayrıca uyumsuzluğun bir özel hukuk kişisi ile kamusal bir makam arasında olduğu durumlarda kamusal makamın özel hukuk kişisi gibi mi yoksa egemen

¹⁶ Selami Demirkol, **a.g.m.**, s.39.

¹⁷ König v. Germany, App. No. 6232/73, Judgment of the ECtHR of 28/06/1978, paras. 88-89.

¹⁸ Georgiadis v. Greece, App.No. 21522/93, Judgment of the ECtHR of 29 May 1997, para. 34.

¹⁹ Ringeisen v. Austria, App. No. 2614/65, Judgment of the ECtHR of 16/07/1971, para. 94.

güç gibi mi hareket ettiği de belirleyici değildir.²⁰

Maddi menfaatlere ilişkin uyuşmazlıklar genellikle “medeni hak ve yükümlülükler” kavramı içinde kabul edilmektedir. Ancak, bir uyuşmazlığın nitelik itibarıyla “maddi” olduğunun gösterilmesi md.6/1’in uygulanabilir hale gelmesi için tek başına yeterli değildir. Kişilerin, bir Devlete veya ona tabi makamlara karşı, md.6/1’in amaçları bakımından kamu hukuku alanı içinde olduğu kabul edilen ve dolayısıyla “medeni hak ve yükümlülükler” kavramına girmeyen bir takım “maddi” yükümlülükleri olabilir. “Cezai yaptırım” olarak uygulanan para cezaları hariç vergi mevzuatından veya demokratik bir toplumda normal vatandaşlık görevlerinden kaynaklanan maddi nitelikli yükümlülükler bu türdendir.”²¹

AİHM içtihatları dikkate alındığında şu hususların Mahkeme tarafından md.6’daki medeni hak ve yükümlülükler kavramı içinde görülmediği anlaşılmaktadır:²² Devletin araştırma fonları, kamu fonlarından yapılan bazı ödemeler, askerlik hizmetine ilişkin uyuşmazlıklar, Devletin eğitim verme yükümlülüğü, patent başvurusu, mahkûmların disiplini, kamu kurumlarınca verilen tıbbi tedavi altına alınma kararları, bazı dernek yetkilerine ilişkin uyuşmazlıklar, devletin tek taraflı yardım kararları, savaş zamanındaki yaralanmalardan kaynaklanan tazminat davaları, uluslararası sözleşmelerin bir devlet tarafından onaylanması işleminden doğan uyuşmazlıklar.

Yukarıdaki hususlara ek olarak seçme ve seçilme hakkı gibi siyasi haklar da md.6/1’deki medeni hak ve yükümlülük kavramına girmezler zira bu haklar “medeni” değil ve fakat “siyasi” nitelikte haklardır.²³ Siyasi parti kapatma kararları da AİHS md.6/1’in kapsamı dışındadır.²⁴

²⁰ König v. Germany, App. No. 6232/73, Judgment of the ECtHR of 28/06/1978, para. 90.

²¹ Schouten and Meldrum v. the Netherlands, App. No. 19005/91, 19006/91, Judgment of the ECtHR of 09/12/1994, para. 50.

²² Selami Demirkol, **a.g.m.**, s.40.

²³ Pierre-Bloch v. France, App. No. 24194/94, Judgment of the ECtHR of 21 October 1997, para. 50.

²⁴ Refah Partisi and Others v. Turkey, App.Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98, Decision of the ECtHR of 3.10.2000. AİHM, Refah Partisi davası kabul edilebilirlik kararında, söz konusu partinin kapatılmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama işlemlerinin Refah Partisi’nin siyasi faaliyetlerinin devamına ilişkin uyuşmazlığa dair olduğunu ve bunun tipik bir siyasi hak örneği oluşturduğuna karar vermiştir. Yine söz konusu davada başvurusunun

Yine yabancıların ülkeye girişi, oturma koşulları ve sınır dışı edilmelerine ilişkin uyuşmazlıklar kamu hukukuna giren hususlardır. Dolayısıyla söz konusu uyuşmazlıklara ilişkin kararlar AİHS md.6/1'deki "medeni hak ve yükümlülükler" ve "suç isnadı" kategorilerine girmemektedir.²⁵

Kamu personeline ilişkin uyuşmazlıklara AİHS md.6/1'in uygulanabilirliği hususunda ise, AİHM içtihatları aşamalı bir gelişim göstermiştir. AİHM, 1999 yılına kadar mesleğe kabul, meslekte yükselme ve meslekten çıkarma işlemlerine ilişkin uyuşmazlıkları bir genel kural olarak md.6/1'in dışında görmekteydi.²⁶

Ancak *Pellegrin v. Fransa* davasında, kamu personelinin görevleri ve sorumluluklarına dayanan fonksiyonel bir ölçüt geliştirerek bu genel kurala bir istisna oluşturmuştur. AİHM, AİHS md.6/1'in ister kadrolu ister sözleşmeli olsun kamu personeline uygulanabilirliğini belirlemek için kamu personelinin görev ve sorumluluklarının niteliğine dayanan fonksiyonel bir ölçüt kabul etmiştir. AİHM'ye göre, her bir devletin kamu hizmeti sektöründe belirli bazı makamlar, genel yararı ilgilendiren sorumluluklara ya da kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanımına katılıma ilişkindir ve bu makamlardaki kişiler, Devletin egemenlik yetkisinin bir parçasını kullanmaktadır. Bundan ötürü Devletin bu memurlardan "özel bir güven ve sadakat bağlılığı" talep etme konusunda meşru bir çıkarı bulunmaktadır. Diğer taraftan bu "kamu idaresi" yönü olmayan diğer makamlar bakımından böylesine bir çıkar bulunmamaktadır. Bu bağlamda, AİHS md.6/1'in kapsamı dışında kalan uyuşmazlıklar, görevleri kamu hizmetinin belirli faaliyetlerine dair olan kamu görevlilerine ilişkin uyuşmazlıklardır. Bu tür faaliyetlerin tipik örneklerini asker ve polis gibi kamu görevlilerinin kamusal faaliyetleri teşkil etmektedir. Dolayısıyla, idari makamlarla kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanımına katılıma ilişkin makamlarda bulunan kişiler arasındaki hiçbir uyuşmazlık md.6/1'in uygulamasını davet

siyasi bir partinin lideri ya da kurucusu olmasının yasaklanması kararı da siyasi nitelikte görüldüğü için md.6/1 kapsamı dışında görülmüştür. Böylece siyasi haklara ilişkin olduğu için md.6'nın konusu dışında olduğuna karar vermiştir.

²⁵ Maaouia v. France, App.No. 39652/98, Judgment of the ECtHR of 05.10.2000, paras.35-36.

²⁶ Örnek olarak bkz., Massa v. Italy, App. No. 14398/88, Judgment of the ECtHR of 24.08.1993, para.26.

etmeyecektir. *Pellegrin* kararının tanıdığı tek istisna emekliliğe ilişkin uyuşmazlıklar olmuştur. Emekliliğe ilişkin uyuşmazlıklar, emeklilikle birlikte kamu personeli ile devlet arasındaki özel bağ koptuğu, kişi kendisini özel hukuka tabi çalışanlara benzer bir durumda bulduğu, kendisini devlete bağlayan özel güven ve sadakat bağlılığı ortadan kalktığı ve kamu personeli artık Devletin egemenlik yetkisinin bir parçasını kullanmadığı için md.6/1'in kapsamı içinde kabul edilmiştir.²⁷

AİHM daha sonra polis memuru olan başvuruçularla devlet arasındaki bir maaş uyuşmazlığına ilişkin olan *Vilho Eskelinen ve diğerleri v. Finlandiya* kararında, *Pellegrin* kararında kabul ettiği fonksiyonel ölçütü geliştirerek yeni ölçütler kabul etmiştir.²⁸ Buna göre, kamu görevlilerine ilişkin uyuşmazlıkların md.6/1'in uygulama alanı dışında olabilmesi için şu iki koşulun bir arada karşılanması gerekir. Öncelikle, Devletin kendi ulusal hukukunda söz konusu makam ya da personel için mahkemeye başvurma hakkını açıkça dışlamış olması gerekir. İkincisi, mahkemeye başvurma hakkından hariç tutmanın Devletin menfaati bakımından objektif temellerde meşrulaştırılması gerekir. Kişinin, kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanımına katılan bir sektör ya da bölümde çalışıyor olması bir başına belirleyici değildir. Hariç tutmanın meşru olabilmesi için Devletin söz konusu kamu personelinin kamu gücünün kullanımına katıldığını ya da kamu personeli ile Devlet arasında Mahkeme'nin *Pellegrin* davasında kullandığı sözcüklerle "özel bir güven ve sadakat bağlılığı" olduğunu ortaya koyması da yeterli değildir. Devletin aynı zamanda, **uyuşmazlık konusunun**, Devlet gücünün kullanılmasına ilişkin olduğunu ya da özel bağlılığı gündeme getirdiğini göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle, maaşlara, yan ödemelere ya da benzer haklar gibi olağan iş uyuşmazlıkları, belirli bir kamu personeli ile Devlet arasındaki ilişkinin özel niteliğine dayanarak md.6/1 güvencelerinin dışında bırakmak prensip olarak meşru değildir. Bu tür durumlarda md.6'nın uygulanabilir olduğu karinesi vardır. Kamu personeli olan başvuruçunun ulusal hukuk çerçevesinde mahkemeye başvurma hakkı olmadığını ve bu hariç tutulmanın meşru olduğunu Muhatap Hükümet göstermelidir.

²⁷ Pellegrin v. France, App.No. 28541/95, Judgment of the ECtHR of 08.12.1999, paras.64-67.

²⁸ Vilho Eskelinen and Others v. Finland, App. No. 63235/00, Judgment of the ECtHR of 19.04.2007, para. 62.

Örneğin, tankçı üst çavuşun disiplin kurallarına ve laikliğe aykırı davranışlarından ötürü askerlik mesleğinden çıkarılmasına ilişkin *Süküt v. Türkiye* davasında AİHM, *Vilho Eskelinen ve diğerleri* kararındaki ölçütleri kullanmıştır. Mahkeme öncelikle, başvurunun ulusal hukuk çerçevesinde mahkemeye başvurma hakkı olmadığını tespit etmiştir. Böylece birinci koşul karşılanmıştır. İkinci koşul bakımından ise Mahkeme, md.6/1'in bir kamu personeline uygulanmasının sınırlanmasının meşru sayılabilmesi için Muhatap Hükümetin, uyuşmazlığın konusunun Devlet gücünün kullanılmasına ilişkin olduğunu ya da kamu personeli ile devlet arasındaki "özel güven ve sadakat bağlılığı" nı gündeme getirdiğini göstermesi gerektiğine işaret etmiştir. Somut olayda uyuşmazlık, başvurunun disiplini ihlal ettiği için ordudan atılmasına ilişkindir. Ordudan ihraç kararı, askeri makamların başvurunun, tutum ve davranışları askeri disiplini ve laiklik ilkesini zayıflattığı için asker olarak çalışmaya devam etmesi için gerekli profili taşımadığı gerekçesiyle verilmiştir. Mahkeme, kamu personeli ile devlet arasındaki "özel güven ve sadakat bağlılığı" nın, uyuşmazlığın tartışmasız merkezi olduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle, md.6'da güvence altına alınan haklardan hariç tutulma somut davada AİHM'ce meşru kabul edilmiştir.²⁹

Olujić v. Hırvatistan davasında ise başvuru, Yüksek Mahkeme başkanı bir yargıçtır. Küçüklerle cinsel ilişki ve suç teşkil eden eylemleriyle bilinen iki kişinin ekonomik faaliyetlerinin korunması için makamını kullandığı iddialarıyla Ulusal Yargısal Konsey önünde başlatılan disiplin soruşturması sonrasında Yüksek Mahkeme başkanlığına ve yargıçlık görevine son verilmiştir. Başvuru AİHM'e başvurarak disiplin soruşturmasının tarafsız ve aleni bir şekilde yapılmadığını, adil olmadığını ve makul sürede yargılama yapılmadığını ileri sürmüştür. AİHM bu davaya da *Vilho Eskelinen* testini uygulamıştır. Ulusal hukukta Ulusal Yargısal Konsey Yasası yargıçlara karşı olan disiplin soruşturmalarını yargısal denetimden bağışık tutmaktadır ancak bu mutlak bir bağışıklık olmayıp olağan mahkemeler önünde bir bağışıklık olduğu ve anayasa şikâyeti yolu açık olduğu için AİHM, *Vilho Eskelinen* testinin ilk koşulunun karşılanmadığını belirtmiştir. Kaldı ki, Ulusal Yargısal Konsey'in de AİHS md.6/1 anlamında yasayla kurulmuş

²⁹ Süküt v. Turkey, App. No. 59773/00, Decision of the ECtHR of 11.09.2007.

tarafsız ve bağımsız bir yargı yeri olduğunu kabul etmiştir. Bu birinci koşul karşılanmamış olduğu için AİHS md.6'nın medeni hak ve yükümlülükler kısmının olaydaki disiplin soruşturmasına uygulanabilir olduğuna karar vermiştir.³⁰

Özetleyecek olursak, AİHS md.6'nın medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklara uygulanabilmesi aşağıdaki koşulların sağlanmasına bağlıdır:³¹

i) Bir **uyuşmazlığın** olması: AİHS'in İngilizce metninde yer almayan bu terim, Sözleşme'nin diğer resmi dili olan Fransızca ile yazılmış metninde geçmektedir. AİHM, bu terimin şekli değil ve fakat maddi bir anlam verilerek yorumlanacağı içtihadında bulunmuştur.

ii) Söz konusu uyuşmazlığın **ulusal hukukta tanınan hak ve yükümlülüklerle** ilişkin olması: Bir hakkın varlığı noktasında ulusal hukuka referans yapılması zorunluluğu vardır. AİHM, ilgili Sözleşmecî Devlet'de yasal bir temeli olmayan maddi bir medeni hak yaratamaz.

iii) Bu hak ve yükümlülükler **medeni** nitelikte olmalıdır.

iv) Bu medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlığın **karara bağlanması** koşulu aranmaktadır. Çözüme kavuşturulacak uyuşmazlıkla hak ya da yükümlülük arasında yeterli bir bağ bulunması gerekmektedir.

2. "Suç İsnadı" Kategorisi

AİHM'in yerleşik içtihadı uyarınca md.6'nın cezai yönünün uygulanabilirliği *Engel kriterleri* olarak da adlandırılan şu üç kriter ışığında değerlendirilmektedir:³²

i) Ulusal hukuk uyarınca suçun, cezai bir suç olarak sınıflandırılması: Cezalandırılan suçun tanımlandığı hüküm ya da hükümlerin muhatap hükümetin iç hukukunda ceza hukuku, disiplin hukuk ya da her iki hukuk alanına da girip

³⁰ Olujic v. Croatia, App. No. 22330/05, Judgment of the ECtHR of 05.02.2009, paras. 31-44.

³¹ P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Third Edition, Kluwer Law International, 1998, s.394-398.

³² Engel and Others v. the Netherlands, App. Nos. 5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72, Judgment of the ECtHR of 08.06.1976. Bu kararın teyit edildiği AİHM Büyük Daire kararı için bkz., Ezeh and Connors v. the United Kingdom, App. No. 39665/98 ve 40086/98, Judgment of the ECtHR [GC] of 09.10.2003, para.82, 86.

girmedığının belirlenmesine ilişkindir. Ancak bu sadece başlangıç noktasıdır. Suçun niteliği asıl önemli olan faktördür ki, burada devreye ikinci ve üçüncü kriterler girmektedir. İkinci ve üçüncü kriterler ise birbirinin alternatifi olabilecek kriterlerdir dolayısıyla kümülatif olarak karşılanması her zaman aranmaz.

ii) Suçun niteliği yani söz konusu suçun niteliği gereği cezai olması.

iii) İlgili kişinin çarptırılma riski altında olduğu cezanın niteliği ve ağırlık derecesi: Söz konusu suçun kişiyi niteliği ve ağırlığı ile genel ceza alanına giren bir cezaya çarptırmasıdır. Cezanın görece az ciddi olması bir suçta cezai nitelikten bağışık kılmaz. Ayrıca ikinci ve üçüncü kriterlerin ayrı ayrı uygulanması bir suç isnadının varlığını tespit noktasında kesin bir sonuca varmaya imkan vermediğinde bu iki kriter kümülatif bir şekilde değerlendirilebilir.

Dolayısıyla, AİHS Tarafı Devletlerin ulusal hukuklarında bir eylem ceza hukuku çerçevesinde suç olarak kabul ediliyor ise md.6 uygulanabilir. Ceza hukuku dışında kalan ancak bir yaptırım/ceza ile karşılanan eylemlerin otomatik olarak md.6'nın kapsamı dışında olacağını söylemek hatalı olur. *Engel testi* uygulanarak somut olayda md.6 anlamında bir suç isnadı olup olmadığı AİHM tarafından karara bağlanır.

B. Vergilendirme ve Adil Yargılanma Hakkı İlişkisi

AİHS md.6 güvencelerinin vergisel uyuşmazlıklara uygulanabilirliği meselesini md.6/1'deki "suç isnadı" ve "medeni hak ve yükümlülükler" kategorileri bakımından ayrı ayrı ele almamız gerekmektedir. AİHS md.6/1'in vergisel uyuşmazlıkları da kapsayıp kapsamadığının belirlenmesi noktasında başvuru- labilecek kaynaklardan biri de AİHS'in Hazırlık Çalışmaları'dır. Ancak vergi ya da vergi yargılamasına ilişkin bir tartışmaya Hazırlık Çalışmaları'nın herhangi bir yerinde rastlamak mümkün değildir. Diğer taraftan, olağan vergi yargılamalarının md.6/1'in uygulama alanı dışında olduğuna dair açık bir ifade de Hazırlık Çalışmaları'nda yer almamaktadır.³³ Bu nedenle AİHS denetim organları kararları bu sorunun cevabı bakımından önem arz etmektedir.

³³ Philip Baker, "Should Article 6 ECHR (Civil) Apply to Tax Proceedings?", *INTERTAX*, Volume 29, Issue 6-7, 2001, s. 205-211, 207.

“Medeni hak ve yükümlülükler” kategorisi ve vergi davaları

Öncelikle, kişilerin Devlete veya ona tabi makamlara karşı, AİHS md.6/1’in amaçları bakımından kamu hukuku alanı içinde olduğu kabul edilen ve dolaşısıyla “medeni hak ve yükümlülükler” kavramına girmeyen bir takım “maddi” yükümlülükleri olabilir. “Cezai yaptırım” olarak uygulanan para cezaları hariç vergi mevzuatından veya demokratik bir toplumda normal vatandaşlık görevlerinden kaynaklanan maddi nitelikli yükümlülükler bu türdendir.³⁴ Nitekim gerek AİHK gerekse de AİHM kararlarında istikrarlı bir şekilde md.6/1’deki “medeni hak ve yükümlülükler” ibaresinin vergi yükümlülüğüne ilişkin olağan/sıradan davaları kapsamadığı belirtilmiştir.³⁵

Diğer taraftan AİHM, iç hukukta kamu hukuku altında sınıflandırılan yargılamaların, söz konusu yargılamanın sonucu özel hukuk çerçevesindeki haklar ve yükümlülükler bakımından belirleyici ise md.6/1’in medeni kısmına girebileceğini kabul etmiştir.³⁶ Nitekim bireylerle devlet arasındaki planlama kararları, inşaat izni, kamusal makamlardan alınan izin ve lisans, sosyal güvenlik katkıları, kamu görevlilerine ilişkin kimi uyumsuzluklar md.6/1 anlamında medeni hak ve yükümlülük olarak kabul edilmiştir.

Vergi istisnasını yasaya aykırı şekilde reddeden işlemin doğurduğu maddi zararın tazminine ilişkin uyumsuzluk³⁷ md.6’nın medeni kısmının içinde kabul edilmiştir. Vergi iade taleplerine ilişkin davalar da³⁸ md.6/1’in kapsamındadır. Ancak dikkat edilmelidir ki, md.6’nın özel hukuk boyutu içine giren vergilendirmenin kendisi olmayıp vergilendirme işlemlerinin sonucu olarak uğranılan zararın tazminine yönelik uyumsuzluklardır.³⁹

³⁴ Schouten and Meldrum v. the Netherlands, App. No. 19005/91, 19006/91, Judgment of the ECtHR of 09.12.1994, para. 50; Ferrazzini v. Italy, App. No. 44759/98, Judgment of the ECtHR [GC] of 12 July 2001, para. 25.

³⁵ Philip Baker, “Should Article 6 ECHR (Civil) Apply to Tax Proceedings?”, s.205.

³⁶ Ferrazzini v. Italy, App. No. 44759/98, Judgment of the ECtHR of 12.07.2011, paras. 26-27.

³⁷ Örneğin bkz., Editions Periscope v. France, App. No. 11760/85, Judgment of the ECtHR of 26.03.1992.

³⁸ Örneğin bkz., The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society and The Yorkshire Building Society v. the United Kingdom, App.Nos.: 21319/93, 21449/93, 21675/93, Judgment of the ECtHR of 23.10.1997.

³⁹ Billur Yalıtı Soydan, “İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı -I”, Vergi Sorunları, Sayı 143, s.151-167, s.158.

Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, vergi tahakkuku ve ek vergi koyulması gibi vergi aslına ilişkin hususlar AİHS md.6'nın medeni kısmının kapsamı dışındadır.⁴⁰ AİHS md.6/1'deki "medeni hak ve yükümlülükler" kavramının vergi yargılamalarını da kapsayıp kapsamadığı hususunun ele alındığı AİHM'in *Ferrazzini*⁴¹ kararına biraz yakından bakalım. Bu karar, sermaye kazancı vergisi, ipotek sicili vergisi ve sermaye devir vergisine dair üç grup yargılamaya ilişkin olarak AİHM'e açılan dava üzerine verilmiştir. Birinci grup yargılama işlemleri, başvurucunun devrettiği mülkün değeri yanlış hesaplandığı için tahakkuk edilen ek verginin iptali istemiyle yapılan başvuruya ilişkindir. İkinci ve üçüncü grup yargılama işlemleri ise, başvurucunun şirketinin yararlandığı vergi indirimine ilişkin uygun olmadığını anlaşılması üzerine tahakkuk ettirilen ek vergilerin iptali istemiyle yapılan başvuruya ilişkindir. Başvuruların hepsi de Bölge Vergi Komisyonuna yapılmış ve orada karara bağlanmıştır. Başvurucu, iç hukuktaki söz konusu başvuruların AİHS md.6/1'e aykırı şekilde makul sürede karara bağlanmadığını şikâyet konusu yaparak AİHM'e başvurmuştur.⁴²

AİHM, öncelikle somut olayda bir suç isnadı olmadığını tespit edip md.6'nın cezai yönünü dışarıda bırakmıştır. Somut olaydaki vergi yargılamalarının md.6/1 anlamında medeni olup olmadığını değerlendirilmesinde ise vergi yargılamalarında maddi menfaatlerin söz konusu olduğunu ve fakat bir uyumsuzluğun maddi niteliği haiz olduğunun gösterilmesinin o uyumsuzluğu md.6/1'deki medeni hak ve yükümlülükler kapsamına sokmak için yeterli olmadığını belirtmiştir.⁴³ AİHM, vergi alanındaki gelişmelere rağmen vergi meselelerinin hala devletin egemenlik alanının sert çekirdeği içinde yer aldığını ve vergi yükümlüsü ile Devlet arasındaki ilişkinin kamusal niteliğinin baskın olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, bu noktada AİHS'in Protokolleri ile birlikte bir bütün olarak okunması gerektiğini ve mülkiyet hakkını düzenleyen Protokol No.1 md.1'de (P1-1) Devletin vergilerin ödenmesini sağlamak için gerekli yasaları çıkarma hakkının saklı tutulduğuna işaret etmiştir. Mahkeme özetle,

⁴⁰ Ferrazzini v. Italy, App. No. 44759/98, Judgment of the ECtHR [GC] of 12 July 2001, para.29; Jussila v. Finland, App.No. 73053/01, Judgment of the ECtHR of 23 November 2006, para. 29.

⁴¹ Ferrazzini v. Italy, App. No. 44759/98, Judgment of the ECtHR of 12/07/2011.

⁴² Ferrazzini v. Italy, App. No. 44759/98, Judgment of the ECtHR of 12/07/2011, paras. 11-14.

⁴³ Ferrazzini v. Italy, App. No. 44759/98, Judgment of the ECtHR of 12/07/2011, paras. 20, 25

her ne kadar mali sonuçları olsa da vergi uyuşmazlıklarının medeni hak ve yükümlülükler kavramı dışında olduğuna karar vermiştir.⁴⁴

Belirtilmelidir ki, AİHS P1-1 ikinci paragrafta geçen “vergi ve diğer katkılar” ibaresindeki “diğer katkılar”, vergi değildir ve AİHS md.6/1 anlamında medeni hak ve yükümlülüktür.⁴⁵

Görüldüğü üzere, vergi borcunun varlığı ve miktarına yani vergi aslına ilişkin davalar md.6/1’deki medeni hak ve yükümlülükler kategorisinin dışındadır. Bu şu anlama gelmektedir; bu tür uyuşmazlıklarda başvurucular, mahkemeye başvurma, davalarının makul sürede karara bağlanması, adil bir yargılama yapılması, aleni duruşma, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri önünde yargılanma gibi güvencelere sahip olamayacaktır.⁴⁶

2-“Suç İsnadı” Kategorisi ve Vergi Davaları

Vergi cezaları; hapis cezası ve para cezası olmak üzere iki türdür. Vergi suçlarından ötürü verilen hapis cezalarının md.6’nın uygulama alanı içinde olduğu açıktır. Mesele arz eden husus, idari para cezalarının da md.6 anlamında “suç isnadı” olarak kabul edilip edilmediğidir.⁴⁷

AİHM, idari para cezalarının AİHS md.6 anlamında bir suç isnadı olup olmadığını ilk kez ele aldığı *Bendenoun v. Fransa* davasından beri vergi ilintili cezaları suç isnadı içinde kabul etmektedir. Dolayısıyla ceza davalarına ilişkin susma hakkı, çekişmeli yargı ilkesi, silahların eşitliği ilkesi gibi tüm güvenceler bu davalar bakımından geçerli olmaktadır.⁴⁸ *Bendenoun* davasında başvuru, kurumlar vergisi ve KDV kaçırma iddiasıyla şirketi ve kendisi için verilen idari para cezaları⁴⁹ için idare mahkemelerine açtığı davalar üzerine yapılan yargılamaların adil olmadığını şikâyet konusu yapmıştır. Muhatap Hükümet,

⁴⁴ Ferrazzini v. Italy, App. No. 44759/98, Judgment of the ECtHR of 12/07/2011, para. 29.

⁴⁵ Bkz., *Stork v. Germany*, App. No. 38033/02, Judgment of the ECtHR of 13.07.2006, 13.10.2006 Final, para.29.

⁴⁶ Philip Baker, “The Decision in Ferrazzini: Time to Reconsider the Application of the European Convention on Human Rights to Tax Matters”, *INTERTAX*, Vol. 29, Issue 11, 2001, s.360-361.

⁴⁷ Billur Yaltı Soydan, “İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı -I”, s.162.

⁴⁸ Philip Baker, “Should Article 6 ECHR (Civil) Apply to Tax Proceedings?”, s.210.

⁴⁹ AİHM kararlarının İngilizce orijinal metinlerinde geçen “tax-surcharge” terimi, bu çalışma kapsamında “idari para cezası” olarak Türkçe’ye çevrilmiştir.

AİHM'in *Engel* kriterlerine gönderme yaparak idare mahkemeleri önündeki bu yargılamaların md.6/1'in kapsamında olmadığını ileri sürmüştür. Muhatap Hükümete göre somut olayda başvurucuya yüklenen ek vergiler cezai değil ve fakat idari yaptırım niteliğindedir, bir ceza mahkemesi tarafından değil ve fakat vergi müfettişi denetimi sonrası idarece belirlenen bir yaptırımdır. AİHM, yaptığı incelemede şu dört kriterin kümülatif değerlendirilmesi neticesinde somut olaydaki vergi cezasının md.6/1 anlamında suç isnadı olduğu sonucuna varmıştır:⁵⁰

i) Başvurucuya yüklenen suçun Genel Vergi Yasası çerçevesinde olduğunu, bu yasadaki ilgili maddenin belirli statüdeki bir grup için değil tüm vergi yükümlülükleri için uygulanabilir olduğunu, uyulmaması durumunda yaptırım öngören belirli gereklilikler getirdiğini tespit etmiştir.

ii) İdari para cezası yol açılan zararın tazminini değil aynı suçun tekrar işlenmesinde caydırıcı bir ceza olarak öngörülmüştür.

iii) İdari para cezası, hem caydırma hem de cezalandırma amacı olan genel bir kural çerçevesinde verilmiştir.

iv) Başvurucuya verilen idari para cezasının ödenmemesi durumunda başvurucu, ceza mahkemesinde yargılanıp hapis cezasına çarptırılacaktır. AİHM bütün bu hususların kümülatif değerlendirilmesi neticesinde somut olayda başvurucuya yönelik isnadın AİHS md.6/1 anlamında "cezai" olduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla md.6/1 somut olay bakımından uygulanabilir bulunmuştur.

İdari para cezaları davalarının md.6/1 anlamında suç isnadı olarak kabul edildiği *Bendenoun* davasından sonra bu husus bu kez de *Jussila*⁵¹ davasında gündeme gelmiştir. Söz konusu dava, AİHS md.6/1'in cezai yönünün vergisel uyuşmazlıklara uygulanabilirliği hususunda açılım sağlayan önemli bir davadır. Bu davada AİHM, *Bendenoun* kararından farklı olarak açıkça *Engel* testini uygulamıştır.

⁵⁰ *Bendenoun v. France*, App. No. 12547/86, Judgment of the ECtHR of 24.02.1994, paras. 44-48.

⁵¹ *Jussila v. Finland*, App.No. 73053/01, Judgment of the ECtHR of 23.11.2006.

Jussila v. Finlandiya davasında başvuru, vergi beyannamesinin hatalı olmasından ötürü ek tarhiyat ve bu ek tarhiyatın %10'u kadar idari para cezası ödemekle yükümlü tutulması üzerine idare mahkemesine dava açmış ve duruşma yapılması talebinde bulunmuş ancak bu talebi reddedilmiştir. Başvuru, duruşma yapılmadığı için idari para cezası davasının AİHS md.6 anlamında adil olmadığını ileri sürerek AİHM'e başvurmuştur. AİHM öncelikle *Engel* testinin birinci kriterini uygulamış ve somut olaydaki idari para cezasının, ceza hukuku içinde değil ve fakat vergi hukuku içinde sınıflandırıldığını tespit etmiştir. Ancak AİHM bunun md.6'nın uygulanabilirliği bakımından belirleyici olmadığını belirtmiştir. Suçun niteliğine ilişkin ikinci kriterin daha önemli olduğunu ifade eden AİHM, somut olaydaki idari para cezasının, vergi yükümlülerine genel olarak uygulanan genel yasa hükümlerinden kaynaklandığını tespit etmiştir. Ayrıca, amacı caydırma ve cezalandırma olan bir kural çerçevesinde verildiğini, bunun da suça cezai nitelik kazandırdığını not etmiştir. Üçüncü kriter bakımından ise, somut olaydaki cezanın hafif olmasının meseleyi md.6 kapsamından çıkarmadığını, md.6'nın cezai kısmının vergi cezasının hafifliğine bakılmaksızın uygulanabilir olduğunu belirtmiştir.⁵²

Görüldüğü üzere, *Jussila* kararı sonucu itibariyle yeni bir karar değildir ancak bir idari para cezasının md.6 anlamında suç isnadı sayılabilmesine yönelik değerlendirme kriterlerinin gözden geçirildiği bir karar olması bakımından yeni ve önemlidir.⁵³ Ayrıca, *Jussila* davası kararı bir bütün olarak okunduğunda AİHM'in bir taraftan AİHS md.6'nın uygulama alanını genişletmeye çalışırken diğer taraftan da *Ferrazzini* kararına ters düşmeme gayreti içinde olduğu anlaşılmaktadır.⁵⁴

Bu makale her ne kadar vergisel işlemlere AİHS'in uygulanabilirliğine ilişkin genel bir çalışma olup herhangi bir Sözleşmeciler Devletinin ulusal hukukunun AİHS'e uygunluğu özelinde bir analiz içermeyi amaçlamıyor ise de, öneminden

⁵² *Jussila v. Finland*, App.No. 73053/01, Judgment of the ECtHR of 23.11.2006, paras. 37-38.

⁵³ Billur Yaltı, "İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılama: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Bendenoun Kriterlerinden *Jussila* Kriterlerine" *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı: 225, Haziran 2007, s.7-20, 8.

⁵⁴ Bkz., aynı yönde Marco Gregg, "The Protection of Human Rights and the Right to a Fair Trial in the Light of the *Jussila* Case", *INTERTAX*, Vol.35, Issue 11, 2007, s.610-615, 612.

ötürü bir parantez açıp belirtelim ki, Türk ulusal hukukunda Vergi Usul Kanunun'da bir idari yaptırım olarak düzenlenen "idari para cezası" bakımından da AİHS md.6'nın ceza hukuku boyutu güvenceleri uygulanabilir. Aynı kanunda hapis cezası öngörülen suçların md.6 anlamında cezai olduğu zaten tartışmasızdır.⁵⁵

Jussila davasının bir diğer önemli yönü ise, duruşmalı yargılanma hakkının idari para cezası davaları bağlamında ilk kez bu davada AİHM tarafından değerlendirilmiş olmasıdır.⁵⁶ İdari para cezaları davalarında duruşma yapılması hususunda AİHM, duruşma yapılmasının mutlak bir yükümlülük olmadığını ve duruşmanın gerekli olmadığı yargılamalar da olabileceğini belirtmiştir. AİHM, idari para cezaları davalarının, ceza hukukunun sert çekirdeğinden farklı olduğunu dolayısıyla md.6'nın ceza kısmının güvencelerinin tüm sıklığıyla uygulanmasının gerekmediğini ifade etmiştir. Somut olayda başvuruçunun duruşma talep etmesinin esas amacının md.6'nın kapsamı dışında olan vergi tarhiyatının geçerliliğini sorgulatmak olduğunu belirten AİHM, vergi makamlarının iddialarına ilişkin olarak yazılı görüşlerini sunma imkânı olan başvuruçunun davasında duruşma yapılmasına gerek olmadığı sonucuna vararak bu noktadan bir md.6 ihlali olmadığı kararını vermiştir.⁵⁷ Belirtelim ki AİHM ilk kez *Jussila* davası kararında bir ceza davasında duruşma yapılmasına gerek olmayabileceğine hükmetmiştir.⁵⁸

İdari para cezalarının md.6/1 anlamında suç isnadı sayılması beraberinde md.6'daki güvencelerin vergi yargılaması bağlamında da uygulanmasını getirmektedir. Nitekim *YUKOS v. Rusya* davasında başvuru petrol şirketin, vergi tarhiyatına dair yargılamada savunmasını hazırlamak için yeterli süreye sahip olmamasını AİHM, md.6 ihlali olarak değerlendirmiştir.⁵⁹

⁵⁵ Billur Yaltı Soydan, "İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargılanma Hakkı -I", s.167.

⁵⁶ Billur Yaltı, "İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılanma...", s. 8.

⁵⁷ *Jussila v. Finland*, App.No. 73053/01, Judgment of the ECtHR of 23.11.2006, paras. 40-41, 43, 46-48.

⁵⁸ Bkz., *Jussila v. Finland*, App.No. 73053/01, Judgment of the ECtHR of 23.11.2006, Partly dissenting opinion of Judge Loucaides joined by Judges Zupancic and Spielmann.

⁵⁹ *OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia*, App. No. 14902/04, Judgment of the ECtHR of 20.09.2011.

Görüldüğü üzere AİHM, AİHS md.6'daki adil yargılanma güvencelerine uyma sıklığı bağlamında idari para cezaları ile ceza hukukunun sert çekirdeği içine giren davalar bakımından bir ayrıma gitmiş ikincisi bakımından güvencelerin uygulanmasına daha fazla önem atfetmiştir.

II. ÖZEL YAŞAMA ve AİLE YAŞAMINA SAYGI HAKKI (AİHS md. 8)

A. Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkına Kısa Bir Bakış

Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkını AİHS md.8'de⁶⁰ güvence altına alınmaktadır. Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı dört alt kategori hukuksal çıkarı düzenlemektedir: Bunlar; özel yaşama saygı hakkı, aile yaşamına saygı hakkı, konuta saygı hakkı ve haberleşmeye saygı hakkıdır. Bu hukuksal çıkarılardan bazılarının örneğin, aile yaşamına saygı hakkının öznesi sadece gerçek kişiler iken, konuta saygı hakkının öznesi hem gerçek kişiler hem de tüzel kişilerdir. Söz konusu hukuksal çıkarılar, AİHM tarafından otonom olarak yorumlanmaktadır. Bu hak çerçevesinde Taraf devletler negatif ve pozitif yükümlülükler altındadır. AİHM tarafından en dinamik şekilde yorumlanan haklardan biridir.⁶¹

B. Vergilendirme ve Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı İlişkisi

Vergilendirmeden kaynaklanan bir takım işlemlerin örneğin konut ve işyeri araması, belgelere el koyulması, iletişim denetlenmesi bağlamında özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Ancak fark edileceği üzere, bu tür işlemler verginin aslına dair olmayıp vergi türevli hususlardır.

⁶⁰ Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkını güvence altına alan AİHS md.8 metni aşağıdaki gibidir:

"Madde 8-Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı

1. Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanımına yasa uyarınca olması ve ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında kamusal bir makam tarafından müdahale edilmeyecektir."

⁶¹ Genel olarak bkz., Gülay Arslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed.: Sibel İnceoğlu), Beta, 2013, s. 301-332.

Vergi makamlarından alınan bilgiler üzerine gümrük görevlilerince konutu aranan ve belgelerine el konulan kişilerin başvuru olduğu ve her üçü de Fransa'ya karşı olup, AİHM tarafından aynı gün karara bağlanan *Funke*, *Miailhe* ve *Cremieux* davaları vergilendirme ve md.8 ilişkisini göstermek bakımından önemli davalardır. AİHM, söz konusu davalarda meseleyi, aile yaşamına saygı hakkı dışındaki bütün alt kategori haklar, yani özel yaşama saygı hakkı, konutta saygı hakkı ve haberleşmeye saygı hakkı, çerçevesinde incelemiş ve vergi kaçakçılığını önlemek ve gerekli kovuşturmayı yapmak üzere fiziksel delil elde edebilmek için konut arama ve belgelere el koyma önlemlerine başvurulabileceğini belirtmiştir. Ancak AİHM'e göre, bu tür önlemler bakımından oluşabilecek suiistimallere karşı yeterli yasal güvencelerin olması gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu davalarda bu güvencelerin olmayışı nedeniyle AİHM, md.8'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁶²

Aile yaşamına saygı hakkının vergilendirme ile bağlantısını kurmak da teorik olarak mümkündür. Nitekim AİHM, *Merger ve Cros v. Fransa* davası kararında "aile yaşamı"nın sadece sosyal, moral ya da kültürel ilişkileri içermediğini ayrıca maddi nitelikteki çıkarları da kapsadığını ifade etmiştir.⁶³ Dolayısıyla vergi ödeme yükümlülüğü de bu hak kapsamında görülebilir. Örneğin, *Glor v. İsviçre* davasında tip I diyabet hastalığından muzdarip başvuru, askerlik hizmetinden muaf tutulmuş ve bu muafiyet işleminden ötürü askeri hizmetten muafiyet vergisi ödeme yükümlülüğüne tabi tutulmuştur. AİHM, somut olayda başvurucudan bu verginin alınmasının, söz konusu işlem bütünüyle maddi sonuçlar doğuran bir işlem de olsa, md.8'in kapsamına girdiğini kabul etmiştir. Ancak incelemesini md.8 ile bağlantılı olarak md.14 çerçevesinde yapmıştır.⁶⁴ Bu karardan yola çıkarak, aile yaşamına saygı hakkının tek başına ileri sürülebilirliğinin teorik olarak mümkün olduğunu söyleyebiliriz.

⁶² *Funke v. France*, App.No. 10828/84, Judgment of the ECtHR of 25.02.1993, paras. 47-59; *Miailhe v. France*, App.No. 12661/87, Judgment of the ECtHR of 25.02.1993, paras.37-40; *Cremieux v. France*, App.No. 11471/85, Judgment of the ECtHR of 25.02.1993, paras. 39-41

⁶³ *Merger and Cros v. France*, App.No. 68864/01, Judgment of the ECtHR of 22.12.2004, para. 46.

⁶⁴ *Glor v. Switzerland*, App. No. 13444/04, Judgment of the ECHR of 30.04.2009, 06.11.2009 Final, paras. 44, 77-80.

III. İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ (AİHS md.9)

A. İnanç Özgürlüğüne Kısa Bir Bakış

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, AİHS md.9'de⁶⁵ düzenlenmektedir. Bu özgürlük, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü koruma altına almaktadır. Bu kavramlar AİHM içtihatlarıyla açıklanmış ve böylece md.9'un sınırları çizilmiştir. Din ve inancın bireysel ya da topluca açığa vurulması özgürlüğü bu hakkın odak noktasını teşkil etmektedir. Bu hakkın bireysel boyutu çerçevesinde bireyin dinini açıklamama özgürlüğü, bireyin dinine aykırı eylem ve davranışlarda bulunmaya zorlanmaması, bir dini vecibenin yerine getirilmesinin yasaklanmaması hakları sıralanabilir. Din özgürlüğünün kolektif yönü bağlamında ise, dini toplulukların ibadet özgürlüğünü topluca kullanma hakları, dini cemaatlere tüzel kişilik tanınması ve temsil yetkisi verilmesi, ibadethane kurmaları özellikle zikredilmelidir. Bu hak çerçevesinde Taraf Devletlerin hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri söz konusudur.⁶⁶ AİHM içtihadı uyarınca çok istisnai vakalar hariç bir devletin dinsel inanışların ya da bu inanışları açığa vurma araçlarının meşru olup olmadığını belirleme konusunda bir takdir alanı bulunmamaktadır.⁶⁷

B. Vergilendirme ve İnanç Özgürlüğü İlişkisi

Vergilendirme ve inanç özgürlüğü bağlamında özgürlüğün hem bireysel hem de kolektif yönü ekseninde AİHS m.9'un uygulanabilme kabiliyeti bulunmaktadır. Kolektif boyutu, dini kurum ya da kuruluşların ve bunların men-

⁶⁵ AİHS md.9 hükmü şu şekildedir:

“Madde 9-Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak dinini ya da inancını değiştirme özgürlüğünü ile tek başına ya da topluca ve aleni ya da kapalı şekilde ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yaparak dinini ya da inancını açığa vurma özgürlüğünü içerir.

2. Bir kişinin dinini ya da inançlarını açığa vurma özgürlüğü sadece yasa tarafından öngörülen ve kamu güvenliği, kamu düzeninin, sağlık ya da ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulacaktır.”

⁶⁶ Lami Bertan Tokuzlu, “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Ed.: Sibel İnceoğlu), Beta, 2013, s. 333-354, özellikle s.333-339.

⁶⁷ Hasan and Chaush v. Bulgaria, App.No. 30985/96, Judgment of the ECtHR [GC] of 26.10.2000, para. 78.

suplarının diğer vergi yükümlülerinden farklı bir vergi statüsüne tabi tutulma talepleri örnek verilebilir. Bireysel boyutu bağlamında ise, kişilerin dinsel vergilerden muaf tutulma talepleri ya da ödedikleri vergilerin dini kurumlara mali katkı olarak kullanılmaması ya da tam tersi talepleri akla gelebilir.

Ortega Moratilla davasında başvuruçular İspanya'daki bir Protestan Kilisesi ve bir Protestan papazdır. Başvuruçular, Katolik Kiliselerinin sahip olduğu emlak vergisi muafiyetinin kendi ibadethaneleri için de tanınması amacıyla ulusal hukukta talepte bulunmuş ancak Katolik Kilisesinin sahip olduğu emlak vergisi muafiyetinin İspanya ile Vatikan arasında akdedilen bir sözleşmeden kaynaklandığı belirtilerek bu talep reddedilmiştir. Ret kararı kesinleştikten sonra başvuruçular AİHS md.9 ve md.9 ile bağlantılı olarak md.14 ihlalini ileri sürerek AİHK'e bireysel başvuruda bulunmuştur. Komisyon, md.9'daki inancını açığa vurma hakkının kullanım araçlarından birinin de, söz konusu inancın mensuplarının kullanabilecekleri ibadethanelerinin olması olduğunu belirtmiş ancak tüm ibadethanelerin emlak vergisinden muaf tutulması şeklinde bir hakkın md.9'dan türetilmeyeceğini belirtmiştir. Komisyona göre, inanç özgürlüğü Taraf Devletler kiliselere ya da mensuplarına diğer vergi yükümlülerinden farklı vergi statüsü tanınması zorunluluğu getirmemektedir.⁶⁸

Ortega Moratilla davasında başvuruçular ayrıca, ödedikleri emlak vergisinin dolaylı olarak Katolik Kilisesinin finansmanına katkı sağlamak için kullanıldığı iddiasıyla da md.9 ihlalini ileri sürmüşlerdir. Komisyon, vergi ödeme yükümlülüğünün herhangi bir spesifik vicdani içeriğe sahip olmadığını belirtmiş ve hiçbir vergi yükümlüsünün vergilerinin hangi amaç için kullanılacağını belirleme hakkına sahip olmadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla kişiler, belirli bir amaç için kullanılacağı ya da kullanılmayacağı gerekçesiyle bir vergiyi ödemeyi reddetme hakkına sahip değildir.⁶⁹

Dini kurum ya da kuruluşlara ve bunların mensuplarına diğer vergi mükelleflerinden farklı bir statü tanınması ve bu bağlamda örneğin, dini ya da kültürel derneklerin faaliyetlerinin vergiden istisna edilmesi şeklinde bir hakkın AİHS md.9 kapsamında olmadığı AİHK tarafından *Sivananda de Yoga Vedan-*

⁶⁸ Ortega Moratilla v. Spain, App. No. 17522/90, Decision of the EComHR of 11.01.1992.

⁶⁹ Ortega Moratilla v. Spain, App. No. 17522/90, Decision of the EComHR of 11.01.1992.

ta⁷⁰ vakasında belirtilmiştir.⁷¹

Belirli durumlarda dini binaların işletilmesi ve bu binalardan vergi alınmasına ilişkin hususlar dini grupların üyelerinin inançlarını açığa vurma haklarını kullanmalarını etkileyebilir. *Association of Jehovah's Witnesses* davasında amacı Yehova Şahitleri hareketinin devamını ve uygulanmasını desteklemek olan Yehova Şahitleri Derneği, kendisine yapılan bağışlarla bu hareketi finanse etmektedir. 1995'te Parlamento'da kabul edilen bir raporda başvuru, "tarihat" olarak sınıflandırılmış ve bunun akabinde bir vergi incelemesi başlatılarak 1993-1996 yılları arasında yapılan bağışların beyan edilmesi talep edilmiştir. Başvurucunun bu talebi yerine getirmemesi üzerine otomatik vergilendirme usulü işletilerek yaklaşık 45 milyon Euro ek vergi tarhiyatına tabi tutulmuştur. Başvuru bu karşı iç hukukta gerek vergi makamları gerekse yargı önünde itiraz etmiş ancak herhangi bir sonuç elde edememiştir. Bunun üzerine başvuru, AİHM'e müracaat ederek AİHS md.9'un ihlali iddiasında bulunmuştur. AİHM, somut olayda ek vergi tarhiyatının md.9'a bir müdahale oluşturup oluşturmadığını eğer bir müdahale teşkil ediyor ise bunun meşru olup olmadığını incelemiştir. AİHM, başvuru asıl finans kaynağını bu bağışların oluşturduğunu dolayısıyla bu kaynaktaki bir kesintinin başvuru üyelerinin inançlarını uygulamalarını güçleştireceğini belirterek md.9'a bir müdahale olduğu sonucuna ulaşmıştır. AİHS md.9'a bir müdahale olduğunu tespit eden AİHM, sınırlandırılabilir haklar özelinde uyguladığı klasik inceleme yöntemine geçerek müdahalenin yasa uyarınca olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, md.9'a yönelik müdahalenin bir yasal dayanağı olması gerektiğini, bu yasanın öngörülebilir olması ve bunu gerçekleştirmek için de yeterli açıklıkta olması gerektiğini belirtmiştir. AİHM, başvurucuya uygulanan vergi yasasının şu iki nedenden ötürü yeterince öngörülebilir olmadığı kanaa-

⁷⁰ Association Sivananda de Yoga Vedanta v. France, App. No. 30260/96, Decision of the EComHR of 16.04.1998. Karar Fransızca olduğu için kararın orijinalinden yararlanmak mümkün olmamıştır.

⁷¹ Philip Baker, "Taxation and the European Convention on Human Rights", European Taxation, August 2000, s.321-322'den AKTARAN Billur Yaltı, "İbadethane Bağışlarının Vergi Matrahından İndirimi: Vergide Eşitsizlik Örneği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi-Özel Sayı-Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı:2, s.429-452, 445.

tine varmıştır: i) Söz konusu yasanın hedeflediği bağış alanların kimler olduğuna dair bir açıklık madde metninde yer almıyor. Bu maddenin tüzel kişiler dolayısıyla kendisi de bir tüzel kişi olan başvurucu bakımından uygulanabilir olup olmadığını madde metninden çıkarmak imkânsızdır. ii) Başvurucuya uygulanan vergi kanunun ilgili maddesinde geçen ifşa etme/açıklama teriminin yeterince açık olmaması ve başvurucunun bunun nasıl uygulanacağını öngörmesinin mümkün olmaması. Bütün bu inceleme sonucunda AİHM, başvurucunun AİHS md.9'daki inancına saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahalenin yasa uyarınca olmadığına bu nedenle de md.9'un ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷²

AİHM'in *Association of Jehovah's Witnesses* kararını takip eden süreçte AİHM önüne Fransa aleyhine benzer yönde üç dava⁷³ daha taşınmıştır. Her üçünde de başvurucuların dini topluluklar/dernekler olduğu bu davalarda, *Association of Jehovah's Witnesses* davasındaki gibi alınan bağışlar için vergi ödeme yükümlülüğüne tabi tutulmalarının din özgürlüğünü ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Fransa Genel Vergi Yasası uyarınca bağışlar, bağış vergisine tabidir. Başvurucu dini topluluklar, bağışları beyan etmeyi reddedince vergi makamlarınca otomatik olarak %60 vergiye tabi tutulmuşlardır. Başvurucu dini topluluklar, ayrıca %80 oranında idari para cezasına çarptırılmıştır. AİHM, her üç davada da md.9'un ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁷⁴ Söz konusu kararların tümü Fransızca olarak yayımlandığı için kararların orijinalini incelemek mümkün olmamıştır. İngilizce basın bildirisinde ise AİHM'in hangi nedenle md.9 ihlali olduğu sonucuna vardığı yer almamaktadır. *Association of Jehovah's Witnesses* davasında olduğu üzere ilgili ulusal vergi yasasının AİHS standartlarına uygun bir nitelikte olmamasının ihlal gerekçesi olduğu tahmininde bulunmak mümkündür.

⁷² *Association of Jehovah's Witnesses v. France* App. No. 8916/05, Judgment of the ECtHR of 30 June 2011. Söz konusu karar Fransızca olduğu için kararın İngilizce basın bülteninden yararlanılmıştır. Basın bülteni için bkz., Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 079 (2011), 30.06.2011, www.echr.coe.int

⁷³ *Association Du Temple Pyramide v. France*, App.No. 50471/07, Judgment of the ECtHR of 31.01.2013; *Association Des Chevaliers Du Lotus D'Or v. France*, App.No. 50615/07, Judgment of the ECtHR of 31.01.2013; *Eglise Evangelique Missionnaire et Salaun v. France*, App. No. 25502/07, Judgment of the ECtHR of 31.01.2013.

⁷⁴ Bkz., Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 036 (2013), 31.01.2013, www.echr.coe.int

AİHK erken dönem kararlarında bir kiliseye üyelikten ötürü kilise vergisi ödeme yükümlülüğü altında olmanın md.9'daki din özgürlüğüne bir müdahale teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.⁷⁵ Dolayısıyla eğer bir kişi, mensubu olduğu kiliseden ulusal hukuk çerçevesinde ayrılma hakkına sahip ise ödeme yükümlülüğü altında olduğu kilise vergisi bir başına din özgürlüğüne aykırılık teşkil etmez.⁷⁶ Bu kararlardan hiç kimsenin üyesi olmadığı bir kilise için vergi ödeme yükümlülüğü bulunmadığı şeklinde bir sonuç çıkarmak mümkündür.

Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints davasında⁷⁷ başvuru bir kilisedir, Birleşik Krallık'ta biri Londra öteki Preston'da olmak üzere iki tane ibadethanesi/tapınak bulunmaktadır. Bu dava Preston'daki tapınağa ilişkindir. Söz konusu Kilisenin bu iki tapınağı sadece "girmeye değer" niteliği haiz kişilere açıktır. Preston'daki ibadethane hayır işleri için kullanılan bir bina olarak kabul edildiğinden %80'i istisna olmak üzere sadece %20'si üzerinden konut dışı emlak vergisi⁷⁸ yükümlülüğü altındadır. Diğer taraftan "kamuya açık ibadet" yapılan yerler vergiden bağışık tutulmaktadır. Başvuru Kilise, "kamuya açık ibadet" yapılan yerler gibi vergiden tamamen muaf tutulmak için başvuruda bulunmuş ancak bu başvurusu iç hukukta kabul görmemiştir. Başvuru, AİHM'e dava açarak diğer hakların yanında AİHS md.9'un ihlalini ileri sürmüştür. Muhatap Hükümet, vergiden muafiyetin md.9'un kapsamında olmadığını çünkü bu durumun md.9'daki hakların kullanımını etkilemediğini ileri sürmüştür. AİHM, vergilendirmeye tabi tutulan oranın %20 gibi küçük bir oran olduğunu not etmiştir. Bu nedenle başvuru kilisenin ödeme yükümlülüğü altında olduğu meblağın başvuru bakımından görece az bir mali etkisinin bulunduğu ve bu noktada yukarıda bahsettiğimiz *Association of Jehovah's Witnesses* davasından ayrıldığına işaret ederek somut olayı bir başına md.9 altında incelemeye gerek görmemiştir.⁷⁹

⁷⁵ Jean and Bertha Gottesmann v. Switzerland , App. No. 10616/83, Decision of the EComHR of 04.12.1984.

⁷⁶ X. v. Austria, App. No. 9781/82, Decision of the EComHR of 14.05.1984.

⁷⁷ Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. the United Kingdom, App.No. 7552/09, Judgment of the ECtHR of 04.04.2014, 04.06.2014 Final.

⁷⁸ İngilizcesi "payment of business rates" olan bu vergi, Birleşik Krallık'ta Local Government Finance Act 1988 ile yürürlüğe girmiş olan bir düzenleme olup, konut haricinde kullanılan gayrimenkullere ilişkin yerel yönetimlerce toplanan vergiyi ifade etmektedir.

⁷⁹ Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. the United Kingdom, App.No. 7552/09,

IV. AYRIMCILIK YASAĞI (AİHS Md.12 ve Protokol No.12 md.1)

A. Ayrımcılık Yasağına Kısa Bir Bakış

AİHS md.14⁸⁰ ayrımcılık yasağını içermektedir. Ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS md.14'ün lafzından da anlaşılabilirce üzere bu hak, tek başına ileri sürülemez ancak Sözleşme ve Protokollerinde düzenlenen bir ya da birden fazla hakla bağlantılı olarak AİHM önünde ileri sürülecek nitelikte bir haktır. Bağımsız bir varlığa sahip olmayan bu hak için doktrinde “parazit madde” nitelendirmesi yapılmaktadır.⁸¹ Bu hakkın uygulanabilmesi için bağlantı kurulacak diğer hak ya da haklara ilişkin olarak ortada bir ihlalinin olması gerekmez davanın olgularının bu hak ya da hakların kapsamı içinde olması yeterlidir.⁸² Her muamele farklılığı AİHS md.14 ihlali oluşturmaz. Ayrımcılık yasağı maddesi, Sözleşme'deki hakların kullanılmasında her türlü muamele farklılığını yasaklamamaktadır. Eşitlik ilkesi muamele farklılığının tarafsız ve makul bir haklılığının olmaması bu ilkeyi ihlal eder.⁸³ Açımlayacak olursak, benzer ya da karşılaştırılabilir durumdaki kişilere farklı muamelede bulunulması ve farklı durumda bulunan kişilere farklı muamelede bulunulmaması, nesnel ve haklı bir nedene dayanmıyor yani meşru bir amaç izlenmiyor ise md.14 ihlali olacaktır. Ayrıca, alınan önlem ile izlenen yani gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin bulunmaması halinde de md.14 ihlali doğacaktır.⁸⁴ AİHS tarafı devletlerin bu yasak çerçevesinde sahip oldukları bir

Judgment of the ECtHR of 04.04.2014, 04.06.2014 Final, paras. 14-18, 37-39.

⁸⁰ Ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS md.14 metni aşağıdaki gibidir:

“Madde 14-Ayrımcılık yasağı

Bu Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerden yararlanma cinsiyet, ırk, renk, dil, din siyasi ya da diğer görüş, ulusal ya da sosyal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınacaktır.”

⁸¹ Ulaş Karan, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed.: Sibel İnceoğlu), Beta, 2013, s.459-494, 471.

⁸² Burden v. the United Kingdom, App. No. 13378/05, Judgment of the ECtHR [GC] of 29.04.2008; Glor v. Switzerland, App. No. 13444/04, Judgment of the ECHR of 30.04.2009, 06.11.2009 Final, para.45.

⁸³ Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium, App. No. 1474/62 1677/62 1691/62 1769/63 1994/63 2126/64, Judgment of the ECtHR of 23.07.1968, para. 38.

⁸⁴ Zarb Adami v. Malta, App. No. 17209/02, Judgment of the ECtHR of 20.06.2006, para. 72; Stec and Others v. the United Kingdom, App. No. 65731/01, Judgment of the ECtHR [GC]

takdir alanı olduğu ve kapsamının somut olayın koşullarına, konusuna ve arka planına göre değişiklik arz ettiği de belirtilmelidir.⁸⁵

Protokol No.12⁸⁶ md.1⁸⁷ genel ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Bu madde bağısız bir varlığa sahip olup AİHS'teki herhangi bir hak ile bağlantı kurmaya ihtiyaç olmadan AİHM önünde ileri sürülebilir.

B. Vergilendirme ve Ayrımcılık Yasağı İlişkisi

Vergilendirme ve ayrımcılık yasağı ilişkisi AİHS md.9'daki inanç özgürlüğü, md.8'deki özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı, P1-1'deki mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak AİHM önüne taşınmıştır. Bunlar AİHM içtihadına konu olan haklardır ama bunlar dışında kalanlar bakımından da vergilendirme ve ayrımcılık ilişkisi en azından bazı haklar bakımında kurmak mümkündür.

Yukarıda inanç özgürlüğü başlığı altında olgularına yer verilen *Ortega Moratilla* davasında başvuruçular Protestan Kilisesi ve Protestan papaz, md.9'u tek başına ileri sürdükten başka Katolik Kilisesinin emlak vergisi istisnasından yararlandırıldığından hareketle md.9 ile bağlantılı olarak md.14 ihlalini de ileri sürmüştür. Komisyon, Katolik Kilisesinin sahip olduğu emlak vergisi istisnasının İspanya ile Vatikan arasında yapılmış bir sözleşmeye dayandığını belirterek farklı muameleyi meşru bulmuş dolayısıyla md.9 ile bağlantılı olarak md.14'ün ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.⁸⁸

of 12.04.2006, para. 51; Lithgow and Others v. the United Kingdom, App. Nos. 9006/80 9262/81 9263/81 9265/81 9266/81 9313/81 9405/81, Judgment of the ECtHR of 8 July 1986, para. 177.

⁸⁵ Fretté v. France, App. No. 36515/97, Judgment of the ECtHR of 26.02.2002, para. 40; Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. the United Kingdom, App.No. 7552/09, Judgment of the ECtHR of 04/04/2014, 04/06/2014 Final, paras. 27-28; Glor v. Switzerland, App. No. 13444/04, Judgment of the ECHR of 30.04.2009, 06/11/2009 Final, para.71.

⁸⁶ AİHS Protokol No.12, 04.11.2000 tarihinde imzaya açılmış ve 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 18.04.2001 tarihinde bu Protokolü imzalamış ancak henüz taraf olma işlemini gerçekleştirmemiştir.

⁸⁷ AİHS Protokol No.12 md.1 metni aşağıdaki gibidir:

“Madde 1-Genel ayrımcılık yasağı

1.Yasa tarafından öngörülen herhangi bir haktan yararlanma cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ya da başka görüş, ulusal ya da sosyal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da başka statülerde ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınacaktır.

2.Hiç kimse herhangi bir kamu makamı tarafından paragraf 1’de geçen herhangi bir temelde ayrımcılığa maruz bırakılmayacaktır.”

⁸⁸ Ortega Moratilla v. Spain, App. No. 17522/90, Decision of the EComHR of 11.01.1992.

Belirtilmelidir ki, AİHM'e göre Sözleşme tarafı devletlerin dini alandaki yetkilerini tarafsız bir şekilde kullanmaları md. 9 çerçevesindeki yükümlülüğüdür. Eğer bir devlet dini gruplara yönelik bir vergi muafiyeti sistemi kurmuş ise bu sistemin ayrımcı bir şekilde uygulanmaması ve tüm dini grupların bu muafiyet için başvurma imkânı olmalıdır.⁸⁹ Vergi muafiyetlerinin resmi olarak tanınan dinsel topluluklara uygulanıp diğerlerine uygulanmaması mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını gündeme getirmektedir. Nitekim *Jehovas Zeugen in Österreich v. Avusturya* davasında başvuru, intikal ve veraset vergisi ile bağış vergisinden dinsel cemaat olarak tanınanlar muaf tutulurken kendisi dinsel cemaat olarak tanınmış bir dinsel topluluk olmadığı için yararlandırılmamasını AİHS md. 9 ile bağlantılı olarak md. 14 ihlali olarak ileri sürmüştür. Mahkeme, davayı kabul edilebilir bulmuş ancak davayı P1-1 ile bağlantılı olarak md. 14 altında incelediği için ayrıca inceleme yapmaya gerek görmemiştir.⁹⁰

Yukarıda inanç özgürlüğü başlığı altında olguları paylaşılan *Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints* davasında⁹¹ başvuru Kilise, AİHM önünde AİHS md.9 ile bağlantılı olarak md. 14'ün ihlalini de ileri sürmüştür. Muhatap Hükümet, vergiden muafiyetin md. 9'un kapsamında olmadığını çünkü bu durumun md.9'daki hakların kullanımını etkilemediğini ileri sürmüştür. AİHM, somut olayda başvuru kilisenin vergi muafiyetinden yararlandırılmamasının md. 9 kapsamında olup olmadığını dolayısıyla da md. 14'ün uygulanabilir olup olmadığına dair bir karar vermeye gerek görmemiş çünkü md. 14'e ilişkin iddiaları esas bakımından temelsiz bulmuştur. Dolayısıyla md.9 ile bağlantılı olarak md. 14 ihlali olduğu sonucuna ulaşmamıştır.⁹² Çünkü Mahkeme'ye göre başvuru kilise ile aynı ya da benzer durumda olan diğer kiliseler bakımından da vergi yasası sistemi aynı şekilde uygulanmakta ve aynı sonucu doğurmaktadır.

⁸⁹ Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria, App. No. 40825/98, Judgment of the ECtHR of 31.07.2008, para. 92.

⁹⁰ Jehovas Zeugen in Österreich v. Austria, App.No. 27540/05, Judgment of the ECtHR of 22.09.2012, 25.12.2012 Final, paras. 50-51.

⁹¹ Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. the United Kingdom, App.No. 7552/09, Judgment of the ECtHR of 04.04.2014, Final on 04.06.2014.

⁹² Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. the United Kingdom, App.No. 7552/09, Judgment of the ECtHR of 04.04.2014, 04.06.2014 Final, paras. 14-36.

Mahkeme, başvuru kilisenin doktrininden ötürü ona vergi yasasının farklı uygulandığı iddiasını ikna edici bulmamıştır. Mahkeme'ye göre ilgili yasa dinsel inanışlarını kamuya kapalı bir biçimde bütün dinsel inanışlar bakımından tarafsız bir şekilde açığa vuran tüm dinsel gruplara aynı şekilde uygulanmaktadır. Buna İngiltere'nin resmi kilisesi İngiltere Kilisesinin kamuya kapalı mabetleri de dahildir.⁹³

Belirtelim ki, *Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints* davasında aynı yönde görüş kullanan AİHM yargıçları Ziemele ve Hirvela, AİHM'in ihlal olmadığı yönündeki kararına katılmakla birlikte, vergi muafiyetinin bir hak olmayıp bir ayrıcalık olduğunu belirterek somut olayda Mahkeme'nin md.9 kapsamına giren bir husus olmadığı gerekçesiyle davayı kabul edilemez bulması gerektiğini ifade etmişlerdir.⁹⁴

Darby v. İsveç davasında, Finlandiya vatandaşı olan bay Darby hafta içi İsveç'te çalışmakta ve orada kalmaktadır hafta sonu ise Finlandiya'da kalmaktadır. Bay Darby, İsveç vatandaşı değildir ve İsveç'te resmi ikametgâhı bulunmamaktadır. İsveç Kilisesinin bir mensubu olmadığı halde kilise vergisi ödeme yükümlülüğü altındadır. Oysa bu Kilisenin mensubu olmayan ama resmi ikametgâhı İsveç'te bulunan kişiler kilise vergisi muafiyetinden yararlanabilmektedir. Bay Darby, bu durumun AİHS md. 9'daki inanç özgürlüğü ile bağlantılı olarak md. 14'teki ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuş ancak Mahkeme somut olayı md. 9 ile bağlantılı olarak md. 14 altında incelemeye gerek görmeyip mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını çerçevesinde karara bağlamıştır.⁹⁵

Vergi muafiyetlerinin resmi olarak tanınan dini kurumlara uygulanıp diğerlerine uygulanmaması mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını gündeme getirecektir. Nitekim *Jehovas Zeugen in Österreich v. Avusturya* davasında başvuru intikal ve veraset vergisi ile bağış vergisinden dinsel cemaat

⁹³ Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. the United Kingdom, App.No. 7552/09, Judgment of the ECtHR of 04.04.2014, 04.06.2014 Final, paras. 31-34.

⁹⁴ Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. the United Kingdom, App.No. 7552/09, Judgment of the ECtHR of 04.04.2014, 04.06.2014 Final, Joint Concurring Opinion of Judges Ziemele and Hirvela.

⁹⁵ Darby v. Sweden, App. No. 11581/85, Judgment of the ECtHR of 23.10.1990, paras. 27-35.

olarak tanınanlar muaf tutulurken kendisi dinsel cemaat olarak tanınmamış bir dinsel topluluk olduğu için yararlandırılmamasını md.9 ile bağlantılı olarak md.14 ihlali olarak ileri sürmüştür. Mahkeme, davayı kabul edilebilir bulmuş ancak davayı P1-1 ile bağlantılı olarak md.14 altında incelediği için ayrıca inceleme yapmaya gerek görmemiştir.⁹⁶

Glor v. İsviçre davasında başvuru, tip I diyabet hastası olduğu için istediği halde askerlik hizmetinden muaf tutulmuş ve bu muafiyet işleminden ötürü askeri hizmetten muafiyet vergisi ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. AİHM, somut olayda başvurucudan bu verginin alınmasının, söz konusu işlem bütünüyle maddi sonuçlar doğuran bir işlem de olsa, md.8'in kapsamına girdiğini kabul etmiş ve md.8 ile bağlantılı olarak md.14 incelemesine geçmiştir. Mahkeme, önemsiz sayılan bir hastalığı olan başvuruçunun bu hastalığından ötürü yetkili makamlar tarafından askerliğe elverişli kabul edilmediği için askerlik yapmadığını ve onunla aynı durumda olan herkes gibi muafiyet vergisi ödemesi istendiğini not etmiştir. Diğer taraftan büyük sağlık sorunları, engellilikleri olan kişilerin vergiden muaf olduğunu ve vicdani retçilerin askerlik hizmeti yerine vergi ödeme yükümlülüğü değil ve fakat kamu hizmeti yükümlülüğüne tabi tutulduğunu da ayrıca not etmiştir. Mahkeme, somut olayın karşılaştırılabilir durumda bulunan kişilerin farklı muameleye tabi tutulmasına bir örnek oluşturduğunu ve bu farklılığın tarafsız ve haklı bir nedene dayanıp dayanmadığını ve alınan önlemlerle izlenen amaç arasında bir ölçülülük bulunup bulunmadığını incelemiştir. Mahkeme, askerlik hizmetini yapmak isteyen ama sağlık sorunu nedeniyle elverişsiz kabul edilen başvuruçunun vergi ödeme yükümlülüğüne tabi tutulması işleminde başvuruçunun bireysel yararı ile kamunun yararı arasında adil bir denge kurulmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu sonuca ulaşırken, başvuruçuya askerlik hizmetine alternatif bir kamu hizmeti imkânının tanınmamış olması, askerlikten muafiyet vergi miktarının önemsiz bir meblağ olması ve askerlikten muafiyet vergisinin zorunlu askerlik hizmetinden kaçmada caydırıcı bir rol oynamadığını dikkate almıştır. AİHS md.8 ile bağlantılı olarak md.14'ün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁷

⁹⁶ *Jehovas Zeugen in Österreich v. Austria*, App.No. 27540/05, Judgment of the ECtHR of 22.09.2012, 25.12.2012 Final, paras. 50-51.

⁹⁷ *Glor v. Switzerland*, App. No. 13444/04, Judgment of the ECHR of 30.04.2009, 06.11.2009

Vergi muafiyetlerinin, resmi olarak tanınan dini topluluklara uygulanıp diğerlerine uygulanmaması mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını davet eder niteliktedir. Nitekim *Jehovas Zeugen in Österreich v. Avusturya* davasında başvuru dinsel cemaat olarak tanınmadığı için dini cemaatlerin yararlandığı veraset ve intikal vergisi ile bağış vergisi muafiyetlerinin kendilerine tanınmamasını P1-1 ile bağlantılı olarak md.14'ün ihlalini oluşturduğunu ileri sürerek AİHM'e dava açmıştır. Dinsel cemaatlerle dinsel topluluklar arasında bu bağlamda yapılan muamele farklılığının meşru olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, dinsel kurumların veraset ve intikal vergisi ile bağış vergisinden muaf tutulmasına dair yasanın ayrımcı olduğunu belirterek P1-1 ile bağlantılı olarak md.14'ün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁹⁸

Burden v. BK davasında başvuru bekâr iki kız kardeştir ve bütün yaşamları boyunca birlikte yaşamışlardır. Son otuz bir yıldır ebeveynlerinden miras kalan bir arazi üzerinde inşa edilmiş bir konutta birlikte yaşamaktadırlar. Konut, başvuru ortak mülküdür ve ayrıca ortak malik oldukları başka mülkleri de bulunmaktadır. Bireysel olarak da sahip oldukları paylar ve yatırımları da bulunmaktadır. Her biri mirasını bir diğerine bıraktığına dair vasiyetnamede hazırlamıştır. Başvuru, içlerinden birinin ölmesi halinde diğerinin oldukça yüksek bir veraset ve intikal vergisine tabi tutulacağını oysa evli kişilerin ya da kayıtlı birlikteliklerin bu vergi yükü altında olmadıklarını AİHM önünde dava konusu yaparak P1-1 ile bağlantılı olarak md.14'ün ihlalini ileri sürmüştür. Mahkeme, birlikte yaşayan kız kardeşlerin evli çiftler ya da kayıtlı fiili birliktelik içinde olan çiftlerle karşılaştırılabilir bir durumda olmadıklarını bu nedenle P1-1 ile bağlantılı olarak md.14 ihlali olmadığı sonucuna varmıştır.⁹⁹

Son olarak belirtmelidir ki, Protokol No.12 md.1 genel ayrımcılık yasağı da vergilendirme bağlamında ileri sürülebilir. Ancak bu hakkın vergisel meselelerde ileri sürüldüğü bir AİHM kararı tarafımızca tespit edilememiştir.

Final, paras. 44, 77-80, 96-98.

⁹⁸ *Jehovas Zeugen in Österreich v. Austria*, App.No. 27540/05, Judgment of the ECtHR of 22.09.2012, 25.12.2012 Final, paras, 40, 42, 48-49.

⁹⁹ *Burden v. the United Kingdom*, App. No. 13378/05, Judgment of the ECtHR [GC] of 29.04.2008, paras. 10-11, 27, 65-66.

V. MÜLKİYET HAKKI (PROTOKOL No.1 md.1)

A. Mülkiyet Hakkına Kısa Bir Bakış

AIHS Protokol No.1 madde 1¹⁰⁰ (P1-1) mülkiyet hakkını düzenlemektedir. AIHS Protokol 1 madde 1'deki "mülk" otonom bir kavramdır. AIHM'in yerleşik içtihatları uyarınca mülk, fiziki mallardan ibaret değildir ve iç hukuklardaki anlamlarından ve içeriğinden bağımsız bir şekilde yorumlanır. Dolayısıyla fiziki mallar dışındaki diğer haklar ve menfaatler de malvarlığı oluşturabilir ve mülk olarak kabul edilebilir. Yine, P1-1 anlamındaki mülk, hâlihazırda var olan mülke karşılık geldiği gibi bir kişinin gerçekleşmesi konusunda "meşru bir beklentisi" olan varlıkları da kapsamaktadır. Dolayısıyla bir meşru beklentiyi kaldıran bir mevzuat değişikliği mülkiyet hakkına bir müdahale teşkil edebilir.¹⁰¹

Mülkiyet hakkı sınırlandırılabilir bir hak olup bireylerin mülkiyetlerinden barışçıl biçimde yararlanma hakkı iki istisnaya tabii tutulmuştur. Buna göre; i) kamu yararı temelinde uluslararası hukukun genel ilkeleri ile hukukun aradığı koşullar çerçevesinde birey "malından yoksun bırakılabilir", ii) mülkiyetin denetim altına alınması ve vergilerin ödenmesini sağlamak amacıyla mülkiyet hakkına müdahale edilebilir.

P1-1 bağlamında mülkiyet hakkı, esasen mülkiyet hakkını güvence altına alır ve üç ayrı kural içerir. Birinci kural; 1. paragrafın 1. cümlesinde yer alır, genel nitelikte bir kuraldır ve mülkiyetin barışçıl bir şekilde kullanılması ilkesini içerir. Madde 1 paragraf 1'in ikinci cümlesinde yer alan ikinci kural, mallardan yoksun bırakmayı içerir ve bunu belirli koşullara bağlar. Madde 1 paragraf 2'de yer alan üçüncü kural ise taraf devletlerin, genel yarar uyarınca mülkiyetin kullanılmasını denetim altına alma veya vergilerle diğer mali yükümlülük ve

¹⁰⁰ Protokol No.1 md. 1 metni aşağıdaki gibidir:

"Madde 1-Mülkiyetin korunması

Her gerçek veya tüzel kişi mallarını barışçıl bir şekilde kullanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararına ve yasa ve uluslararası hukukun genel ilkelerinin koşullarına tabi olmadıkça mallarından yoksun bırakılmayacaktır.

Ancak yukarıdaki hükümler, bir Devletin genel yarar uyarınca mülkiyetin kullanımını kontrol etmek ya da vergilerin ya da diğer katkılar ya da cezaların ödenmesini sağlamak için gerekli gördüğü yasaları uygulama yetkisine hiçbir şekilde halel getirmeyecektir."

¹⁰¹ *Maurice v. France*, App. No. 11810/03, Judgment of the ECtHR [GC] of 06.10.2005, paras. 67-71, 79; *Draon v. France*, App. No. 1513/03, Judgment of the ECtHR [GC] of 06.10.2005, paras. 70-72.

cezaların ödenmesini sağlama yetkilerini içerir.¹⁰² Mülkiyet hakkına ilişkin bir davada birinci kurala uyulup uyulmadığını incelemeyen önce AİHM, ikinci ve üçüncü kuralların somut olayda uygulanabilir olup olmadığını belirler. Bu kurallar birbirlerinden bağımsız olmayıp birbirleriyle bağlantılıdır ve mülkiyetin barışçıl biçimde kullanılması hakkına belirli müdahale örnekleri teşkil eden iki ile üçüncü kural, birinci kural ışığında yorumlanmalıdır.¹⁰³

Müdahale ister mülkiyetin “kullanımının denetlenmesi” isterse mülkiyetten “yoksun bırakma” altında sınıflandırılınsın müdahalenin haklılığı için aynı ilkeler geçerlidir yani meşru amaç ve amaç ile bireysel mülkiyet hakları arasında adil bir denge olması gerekmektedir.¹⁰⁴

Mülkiyet hakkının konusu “mal”dır. Öyleyse öncelikle belirlenmesi gereken ortada bir mal olup olmadığıdır. AİHM ortada bir mal olduğunu tespit ettikten sonra bu maldan barışçıl biçimde yararlanma hakkına bir müdahale olup olmadığını tespit eder. AİHM, “mal” kavramını otonom bir kavram olarak ve oldukça geniş bir şekilde yorumlamaktadır.

Malların barışçıl bir biçimde kullanılmasına yönelik herhangi bir kamusal müdahalenin P1-1 uyarınca yasaya dayanması gerekmektedir. Bu koşul, madde 1 paragraf 1 cümle 2’de açıkça zikredilmektedir. Ayrıca demokratik toplumun esaslı ilkelerinden biri olan hukuk devleti ilkesi AİHS’teki bütün haklara olduğu gibi mülkiyet hakkına da içkindir.¹⁰⁵ Yasal dayanağın olması bir başına yeterli değildir. Söz konusu yasanın belirli nitelikleri haiz olması gerekir yani hukuk devleti ilkesine uygun olmalı ve keyfiliğe karşı güvenceler öngörmelidir. Ayrıca yeterince ulaşılabilir, kesin ve öngörülebilir olması gerekir.¹⁰⁶ Öngörüle-

¹⁰² Sporrang and Lönnroth v. Sweden, App. No. 7151/75 7152/75, Judgment of the ECtHR of 23.09.1982, para. 61; N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, para. 42.

¹⁰³ James and Others v. the UK, App. No. 8793/79, Judgment of the ECtHR of 21.02.1986, para.37; N.K.M. v. Hungary, App. No.66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, para. 42.

¹⁰⁴ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, para. 44.

¹⁰⁵ Former King of Greece and Others v. Greece, App. No. 25701/94, Judgment of the ECtHR [GC] of 23.11.2000, para. 79.

¹⁰⁶ Guiso-Gallisay v. Italy, App. No. 58858/00, Judgment of the ECtHR of 08.12.2005, paras.82-83.

birlik, yasanın içeriğine, kapsadığı alana, hitap ettiklerinin sayı ve statüsüne bağlıdır.¹⁰⁷ Mülkiyet hakkına müdahale bağlamında önemli bir ölçüt de kamu yararadır. Toplumun ihtiyaçlarına ilişkin doğrudan bilgi sahibi olan ulusal makamlar neyin “kamu yararına” olduğunu belirleme hususunda uluslararası yargıca göre daha iyi bir konumda olduğundan AİHS sisteminde mülkiyet hakkından yoksun bırakma ya da ona müdahale etmeyi gerektiren bir toplumsal bir mesele olup olmadığını öncelikle ulusal makamlar takdir edecektir. Bu hususta ulusal makamlar belirli bir takdir alanına sahiptir ve “kamu yararı” zorunlulukla geniş yorumlanmalıdır.¹⁰⁸

B. Vergilendirme ve Mülkiyet Hakkı

Vergi, kural olarak mülkiyet hakkına bir müdahaledir. Zira kişi, ödemekle yükümlü olduğu miktar kadar paradan yoksun kalmaktadır.¹⁰⁹ P1-1/2’de Taraf Devletlere “vergilerin ödenmesini sağlama” yetkisi tanınmaktadır. Bu ayrı bir husus olmayıp devletin mülkiyetin kullanımını kontrol yetkisinin bir yönüdür.¹¹⁰ Siyasal, ekonomik ve sosyal ihtiyaçları değerlendirerek vergi salımına ve ne tür vergiler salınacağına Taraf Devletler karar verecektir. Taraf Devletlerin bu konuda geniş bir takdir alanı bulunmaktadır.¹¹¹ Ancak bu sınırsız bir alan değildir.

AİHM içtihatlarında, ne tür vergiler ya da katkılar öngörüleceği ve bunların nasıl toplanacağı hususları genellikle siyasal, ekonomik ve sosyal meselelerin değerlendirilmesi olarak görülüp taraf devletlerin yetkisine bırakılmıştır. Vergi, kamu hukuku imtiyazlarının sert çekirdeği içinde kabul edildiği için vergilerin ödenmesi için taraf devletlerce alınan önlemler genellikle P1-1/2’ye uygun görülmeyle birlikte hukuka aykırılık, keyfilik ve ölçsüzlük gibi hususlar bu hak

¹⁰⁷ Sud Fondi S.r.l. and Others v. Italy, App. No. 75909/01, Judgment of the ECtHR of 20.01.2009, para. 109.

¹⁰⁸ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, para.55.

¹⁰⁹ Riccardo Travers and 27 Others v. Italy, App. No. 15117/89, Decision of the EComHR of 16.01.1995; Burden v. the United Kingdom, App. No. 13378/05, Judgment of the ECtHR [GC] of 29.04.2008, para. 59.

¹¹⁰ David Harris, Micheal O’Boyle, Colin Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, Second Edition, Oxford University Press, 2009, s. 693.

¹¹¹ Riccardo Travers and 27 Others v. Italy, App. No. 15117/89, Decision of the EComHR of 16.01.1995.

çerçevesinde kuşkusuz ileri sürülebilir.¹¹²

Vergilendirme suretiyle mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin öncelikle yasal bir dayanağı olmalıdır. Vergilendirme söz konusu olduğunda taraf devletlerin mali fonksiyonlarının hukukilik testinde onlara ek bir saygı ve tolerans/genişlik sağlanması AIHM'in yerleşik içtihadıdır.¹¹³ Ayrıca vergilendirmenin meşru bir temeli olmalıdır, toplumun genel yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasında adil bir denge kurulmalı, ölçülülük ilişkisi olmalı ve müdahale sonucunda kişi bireysel ve aşırı bir yüke katlanmamalıdır. Daha açık bir ifadeyle, vergilerin ödenmesini sağlamaya yönelik önlemler de dahil mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde, toplumun genel yararı ile bireyin temel haklarının korunması arasında adil bir denge sağlanmalı ki, bu adil denge gerekliliği esasında ikinci paragrafı da dahil olmak üzere madde 1'in bütününden çıkarılabilir. Alınan önlem ile izlenen amaç arasında bir orantı/ölçü olmalıdır. Yükümlünün özel koşulları çerçevesinde, vergi kanununun uygulanmasının yükümlüye makul olmayan bir yük getirip getirmediği ya da mali durumunu esaslı şekilde zayıflatıp zayıflatmadığı dikkate alınmalıdır.¹¹⁴ Örneğin, başvuru- ruların özel sektörde çalışan danışmanlar olduğu *Travers ve Diğerleri* davasında danışmanların ücretlerine uygulanan stopaj oranının makul olmaması, zira ücretlerinin brütü üzerinden yapılan stopajın net gelirlerinin % 60'a denk gelmektedir, ayrıca vergi iadelerinin geç yapılması şikâyet konusu yapılmıştır. Komisyon, vergiden kaynaklanan mali yükümlülüğün ilgili kişiye aşırı bir yük getirmesi durumunda mülkiyet hakkını olumsuz etkileyebileceğini belirtmiştir. Vergi kaçakçılığıyla mücadele için getirilen stopaj sistemi Komisyona göre vergi yükümlülerine esaslı bir yük getirmekte ve vergi iadeleri de geç yapılmaktadır.

¹¹² Karen Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Sweet and Maxwell, 2011, s.783, 785.

¹¹³ *The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society and The Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, App.Nos.: 21319/93, 21449/93, 21675/93, Judgment of the ECtHR of 23.10.1997, paras. 75-83; *OAQ Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, App. No. 14902/04, Judgment of the ECtHR of 20.09.2011, para. 559.

¹¹⁴ *M.A. and 34 Others v. Finland*, App. No. 27793/95, Decision of the ECtHR of 10.06.2003; *Imbert de Trémiolles v. France*, App. Nos. 25834/05 27815/05, Decision of the ECtHR of 04.01.2008; *Spampinato v. Italy* App. No. 69872/01, Decision of the ECtHR of 29.03.2007; *N.K.M. v. Hungary*, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final.

Ancak Komisyona göre bunun, başvurucuların mali durumunu ciddi şekilde etkilediği başvurucular tarafından gösterilememiştir. Dolayısıyla stopaj sistemi başvurucuların mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale oluşturmamaktadır.¹¹⁵

1959'dan 1984'e kadarki süreçte AİHK, gerek vergi koyma ile ilgili maddi kuralları gerekse vergi toplamaya ilgili usulü kuralları mülkiyet hakkına müdahale olarak kabul etmiş ancak bu davaları AİHM önüne götürme ve devletlerin aldıkları kararları tartışma konusunda çekingen bir tutum takınmıştır.¹¹⁶ Ancak gerek AİHK'in gerek AİHM'in sonraki dönem içtihatlarında bu anlayışın aşıldığını görüyoruz. Nitekim aşağıda örnekleneceği üzere mülkiyet hakkına vergisel müdahaleler çeşitli bağlamlarda AİHM önüne taşınmıştır.

i) Katma değer vergisi (KDV) indirimi ya da iadesi talebi, ulusal hukuk çerçevesindeki kriterler ve koşullar karşılanmış ise bir meşru beklenti ve P1-1 anlamında mülkiyet teşkil edebilir.¹¹⁷ Dolayısıyla KDV indiriminin reddi ya da KDV iadesinin yapılmaması gibi hususlara P1-1 uygulanabilir.

ii) Haksız yere kesilen ya da fazla ödenen verginin iadesi de P1-1 altında bir mesele doğurabilir. Bu noktada haksız yere kesilen verginin iadesinde yasal faiz uygulaması P1-1'e uygunluk bakımından önem arz etmektedir. Nitekim *Travers* vakasında Komisyon, vergi iadelerinin geç yapılmasının ödenecek faizle dengeleneceğini dolayısıyla faiz ödenmesinin genelin yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasında adil bir denge oluşturduğunu belirtmiştir.¹¹⁸ Haksız yere ödenen verginin iadesine P1-1'in uygulanabilirliği bağlamında *Eko-Elda Avee v. Yunanistan* davası da hatırlatılmalıdır. Söz konusu davada AİHM, beş yıl beş ay gibi bir sürede yapılan vergi iadesinin P1-1 ihlali olduğuna hükmetmiştir.¹¹⁹

¹¹⁵ Riccardo Travers and 27 Others v. Italy, App. No. 15117/89, Decision of the EComHR of 16.01.1995.

¹¹⁶ Van den Broek, "Taxation and the European Convention on Human Rights", European Taxation, December 1985, s.344'ten AKTARAN Billur Yaltı Soydan, "Mülkiyet Hakkı versus Vergilendirme...", s. 106-107.

¹¹⁷ Bulves AD v. Bulgaria, App. No. 3991/03, Judgment of the ECtHR of 22.01.2009, para.57; Intersplav v. Ukraine, App. No. 803/02, Judgment of the ECtHR of 09.01.2007, para. 31.

¹¹⁸ Riccardo Travers and 27 Others v. Italy, App. No. 15117/89, Decision of the EComHR of 16.01.1995.

¹¹⁹ Eko-Elda Avee v. Greece, App. NO. 10162/02, Judgment of the ECtHR of 09.03.2006, para.31.

iii) Vergi yasalarının geriye yürütülmesi: Mülkiyet hakkına vergisel müdahaleler bağlamında işaret edilmesi gereken bir diğer husus ise vergi yasalarının geriye yürütmesidir. Esasında, AİHS'in de ilkelerinden biri olan hukuk devleti olmanın gereklerinden biri de kanunların geriye yürütülmesidir. AİHM, hukuk devletinin AİHS'deki bütün haklara mündemiç olduğunu belirtmiştir.¹²⁰ Yine AİHM, hukuki kesinliğin hukuk devleti ile ilintili olduğunu belirtmiştir.¹²¹ *YUKOS v. Rusya* davasında başvuru, bir petrol şirkettir ve Rusya'nın en büyük vergi mükelleflerinden biridir. 2002 yılının sonlarından başlayarak başvuru şirket birçok vergi incelemesine ve vergi yargılamasına tabi tutulmuş ve bunların sonucunda birden fazla kez vergi kaçırmaktan suçlu bulunmuştur. Vergi mahkemesi başvurucuyu, vergi borcu, faizi ve cezasına karşılık gelen 2,847,497,802 Euro ödemeye mahkum etmiştir. Ulusal hukukta vergi davası derdest iken başvurunun malları müsadere edilmiştir. Vergi mahkemesinin kararın kesinleşmesinden sonra kararın icrasını sağlamak üzere başvuru şirketin en değerli alt kuruluşu satılmıştır. Başvuru, AİHM önünde diğer hakların yanı sıra mülkiyet hakkının da ihlalini ileri sürmüştür. Mahkeme, somut olayda 2000-2001 dönemi vergi tarhiyatı bağlamında verilen cezaların yasal sürelerine ilişkin olarak yapılan değişikliğin geriye yürütülmesi ve bunun sonucunda cezaların ikiye katlanmasının P1-1 ihlali olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca, vergi mahkemesi kararının icrası bağlamında alınan önlemlerin ki bunlar arasında başvuru şirketin en önemli alt şirketi olan OAO Yuganskneftegaz'ın zorla satışı da yer almaktadır, izlenen meşru amaçla alınan önlem arasında adil bir denge kurulmadığı için P1-1 ihlali olduğu sonucuna varmıştır.¹²²

Ceza hukuku bağlamı hariç yasaların geriye yürütülmesine ilişkin açık bir yasak, AİHS'te yer almamaktadır.¹²³ Bu nedenle geriye yürütülmesi P1-1'e uygunluğunun incelenmesi gerekir. AİHM, bir yasadaki teknik kusurların gideril-

¹²⁰ The Former King of Greece and Others v. Greece, App.No. 25701/94, Judgment of the ECtHR [GC] of 23.11.2000, para.79; Broniowski v. Poland, App. No. 31443/96, Judgment of the ECtHR [GC] of 28.09.2005, para. 147.

¹²¹ Marckx v. Belgium, App. No. 6833/74, Judgment of the ECtHR of 13.06.1979, para. 58.

¹²² OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia, App. No. 14902/04, Judgment of the ECtHR of 20.09.2011.

¹²³ Karen Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, Sweet and Maxwell, 2011, s.76.

mesi için geriye yürürlü vergilendirmenin uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Özellikle de önlem kamu yararı temelinde haklı ise bu mümkündür. AİHM'e göre, özel entitelerin yeni bir vergi rejimine geçmekten kaynaklanan beklenmedik fayda/kar elde etmemelerini temin etmede açık ve zorlayıcı bir kamu yararı bulunmaktadır.¹²⁴ Vergi yasasının geriye yürümesi hususu aşağıda ayrıntılarıyla incelenecek olan NKM v. Macaristan kararında da gündeme gelmiş ve AİHM, teknik kusurlar bakımından bunun mümkün olduğunu belirtmiştir. Doktrinde Billur Yaltı bu içtihadı ile AİHM'in geriye yürümeyi sadece teknik kusurların giderilmesine mi indirgediği sorusunu haklı olarak sormaktadır.¹²⁵ Kanaatimce kararı bu yönde okumak gerekmektedir.

iv) Ağır vergilendirme de AİHS P1-1 uygulamasını davet edebilir. Bu bağlamda AİHM'in, ilk kez ağır vergilendirme hususunu incelediği¹²⁶ *N.K.M.* kararına işaret etmek ve öneminden ötürü olgularını geniş şekilde vermek yerinde olacaktır. *N.K.M.* davasında başvuru, bakanlıkta çalışan 30 yıllık bir devlet memurudur ve kamudaki önlemler çerçevesinde 27 Mayıs 2011 tarihinde işten çıkarılmıştır. Başvurucunun kıdem tazminatının 3.5 milyon Macar forintini aşan kısmı bilahare %98 vergiye tabi tutulmuştur. Kıdem tazminatının 3.5 milyon Macar forintini aşan kısmı 2.4 milyon forint etmektedir ve tüm kıdem tazminatı baz alındığında başvuru kişinin katlanmak zorunda olduğu vergi oranı yaklaşık %52'dir ki söz konusu dönemde Macaristan'da genel gelir vergisi oranı %16'dır.¹²⁷

22 Temmuz 2010 tarihinde Macar Parlamentosu tarafından kabul edilen bir yasa ile görevlerine son verilen devlet memurları için yeni bir vergi getirilmiştir. Buna göre, toplamı 2 milyon Macar Forintini aşan kıdem tazminatı ve işin sona ermesine ilişkin diğer ödeneklere %98 vergi uygulanacaktır. Yasa her

¹²⁴ N .K.M. v. Hungary, App. No. 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, para. 74-76.

¹²⁵ Billur Yaltı, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yakın Tarihli İçtihadında Mülkiyet Hakkı İhlalleri: N.K.M. ve Yehova Şahitleri Kararları: Ağır Vergilendirme ve Ayrımcı Vergilendirme", *Vergi Sorunları Dergisi*, Eylül 2013, Yıl:36, s. 63-72, s.66.

¹²⁶ Billur Yaltı, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yakın Tarihli İçtihadında Mülkiyet Hakkı İhlalleri: N.K.M. ve Yehova Şahitleri Kararları: Ağır Vergilendirme ve Ayrımcı Vergilendirme", s.64.

¹²⁷ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, paras. 6-7.

ne kadar 1 Ekim 2010 tarihinde yürürlüğe girmiş olsa da, söz konusu vergi 1 Ocak 2010 tarihinden itibaren elde edilen gelirlere uygulanmıştır. Bu çerçevede bir Anayasa değişikliği de yapılarak kamuda “iyi ahlaka aykırı önlemlerin” mali yılın başından itibaren vergiye tabi tutulacağı düzenlemesi getirilmiştir. Söz konusu hükümler, Macar Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüş ve Mahkeme, bu hükümleri Anayasa’ya aykırı bulmuştur. Macar Anayasa Mahkemesi, ilgili yasa hükümlerine dayanılarak elde edilen bir gelirin “iyi ahlaka aykırı” kabul edilerek geçmişe etkili %98 vergi oranına tabi tutulamayacağını, bunun bir Anayasa değişikliğiyle dahi yapılamayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca %98 vergi oranının aşırı ve cezalandırıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu yasa hükümlerini, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren iptal etmiştir.¹²⁸

Macar Parlamentosu,16 Kasım 2010 tarihinde yeni bir yasa kabul ederek % 98 vergi düzenlemesini bazı değişikliklerle yeniden getirmiştir. Bu değişikliklere göre bu vergi, 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren uygulanacak ve 3.5 milyon Macar forintini üstündeki gelirler bu vergiye tabi tutulacaktır. Parlamento tekrar bir Anayasa değişikliği de yaparak beş yıla kadar geriye dönük vergilendirme yapılmasını mümkün kılmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin yetkileri, sadece yaşam hakkı ve insan onuru, kişisel verilerin korunması, düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü ve Macar vatandaşlığına ilişkin hususlarda Anayasaya uygunluk denetimiyle sınırlandırılmıştır. Macar Anayasa Mahkemesi, 6 Mayıs 2011 tarihinde insan onuruna dayanarak beş yıl geriye yürürlük maddesini iptal etmiştir. Ancak sadece 2010 mali yılından önce elde edilen gelirlerin vergilendirilmesi insan onuruna aykırı bulunmuştur. Sınırlı yetkilerinden ötürü verginin esasına ilişkin bir inceleme yapmamıştır. Parlamento 9 Mayıs 2011 tarihinde tekrar bir yasa değişikliği yaparak %98 verginin 1 Ocak 2010 tarihinden sonra kazanılmış ilgili gelirlere uygulanacağı hükmü getirilmiştir.¹²⁹

Başvurucu, yukarıda yer verilen olgular ışığında kıdem tazminatına %98 oranında bir vergi uygulanmasının, mülkiyetinden haksız bir şekilde yoksun

¹²⁸ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, paras. 9-11.

¹²⁹ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, paras. 13-15, 17.

birakma teşkil ettiğini ve AİHS P1-1'in ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu, mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin dayandığı yasanın toplumun adalet duygusunu koruma şeklindeki amacını eleştirmiş ve yasanın çok muğlak olduğunu dolayısıyla da öngörülebilir olma niteliği taşımadığını ileri sürmüştür. Dolayısıyla söz konusu müdahalenin P1-1 anlamında "yasa uyarınca" olmadığı gibi yine P1-1 anlamında "genel yarara" dayanmadığını iddia etmiştir. Kıdem tazminatının kendisi için olan öneminin altını çizerek %98 vergi uygulamasının orantısız ve kendisine aşırı yük getiren bir önlem olduğunu belirtmiştir.¹³⁰

AİHM, esasa ilişkin incelemesine kıdem tazminatının P1-1 kapsamına giren bir çıkar olduğunu tespitle başlamış ve başvurusunun kıdem tazminatını hâlihazırda kazandığının ya da bu tazminatın ödenebilir olduğunun reddedilemeyeceğini dolayısıyla da P1-1 kapsamına giren bir mal olduğunu belirtmiştir. AİHM, kıdem tazminatının Macar Anayasa Mahkemesi tarafından da yasal bir alacak olarak nitelendirilmesine ve ihtilaf konusu olmamasına ve kıdem tazminatına vergi uygulanmasının bunun Devlet tarafından var olan bir gelir olarak görüldüğünü gösterdiğine de ayrıca işaret etmiştir.¹³¹

AİHM, kıdem tazminatının yıllarca değişmeden yürürlükte kalan bir yasadan kaynaklanan uzun vadeli bir beklenti olduğunu belirtmiş ve iyi bir yönetimin, yönetilenlerle yöneten arasındaki güvene dayandığını, bu güven sürdürülmedikçe ve korunmadıkça yönetimlere güvenilmeyeceğini ifade etmiştir. AİHM, kıdem tazminatının sadece mali bir yönünün bulunmadığını sosyal bir fonksiyonu olduğunu da not etmiştir. Zira kıdem tazminatının artık çalışmayan ancak emek piyasasında kalmaya devam etmek isteyenler bakımından sosyal açıdan önemli bir önlem olduğunu belirtmiştir.¹³²

AİHM, somut olayda kıdem tazminatının yasal güvenceye bağlanmış kazanılmış bir hak dolayısıyla da bir mülkiyet olduğunu tespit etmiş¹³³ ve meseleyi

¹³⁰ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, paras. 30-31.

¹³¹ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, para. 36.

¹³² N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, paras. 37, 39.

¹³³ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, para. 40.

P1-1 paragraf 1 altında, madde 1'deki vergilerin ödenmesi özel kuralına tabi olarak incelemiştir.¹³⁴ AİHM, mülkiyet hakkına bir müdahale olduğunu tespit ettikten sonra söz konusu müdahaleyi hukukilik testine tabi tutmuş ve söz konusu yasanın anayasallığı dolayısıyla yasallığı konusunda Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin bazı sorunlara işaret ettiğini not etmekle beraber somut olaydaki müdahalenin uygun bir yasal temelini bulduğunu kabul etmiştir. Bu sonuca varırken AİHM, vergisel meselelerde taraf devletlerin sahip olduğu ek tolerans ve saygı derecesini de dikkate almıştır.¹³⁵

NKM kararında hukukilik ve kamu yararı testlerini geçen müdahale bu kez ölçülülük incelemesine tabi tutulmuştur. AİHM, sosyal adalet amacı güttüğü ileri sürülen önlemin kamu yararı temelinde meşrulaştırılamayacağına ve ölçsüz olduğuna karar vererek P1-1'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹³⁶

NKM kararı şu açıdan önemli bir karardır; AİHM, bu kararda vergi aslının kendisini mülkiyet hakkı bağlamında esastan karara bağlamıştır. Oysa AİHM, ne tür vergiler salınacağı ve bunların oranlarını Taraf Devletlerin yetki alanı içinde görmekteydi. Dolayısıyla *NKM* kararı AİHM'in vergi konularında bir içtihat değişikliğine gittiği şeklinde yorumlanmaya açıktır. Nitekim doktrinde *NKM* kararını, AİHM'in mülkiyet hakkına vergisel müdahalelere ilişkin davalardaki pasif tutumunu değiştirdiğinin bir göstergesi olarak değerlendirenler vardır.¹³⁷ Bir başka görüşe göre bu kararı, vergilendirilebilen her şeyin mülkiyet olarak kabul edildiği şeklinde okumak mümkündür ve kararda vergi oranının yüksekliği mülkiyet hakkının somut olaya uygulanması bakımından çok önemli bir rol oynamıştır. Aynı görüşe göre, vergi oranı daha düşük olan davalarda da "mülkiyet" olduğunun kabul edileceği anlamına gelip gelmeyeceği tartış-

¹³⁴ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, para. 45.

¹³⁵ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, para. 54.

¹³⁶ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, para. 54.

¹³⁷ Bkz., Haydar Burak Gemalmaz, "Mali Güç Ölçütünü Dikkate Almayan Aşırı Vergi Mülkiyet Hakkı İhlalidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Macaristan'a Karşı 14 Mayıs 2013 Tarihinde Verdiği N.K.M. Kararının İnceclenmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 88, Sayı: 2, Yıl: 2014, s. 128-143, 141.

maya açıktır.¹³⁸ *NKM* kararında aynı yönde görüş bildiren AİHM yargıçları ise, *NKM* kararının vergi konularında içtihat değişikliği yapmadığını belirtmiştir.¹³⁹ Ekleyelim ki, AİHM'in *NKM* kararı, yine Macaristan aleyhine açılan sonraki iki davada AİHM'in verdiği kararlarla teyit edilmiştir.¹⁴⁰

VI. SERBEST DOLAŞIM ÖZGÜRLÜĞÜ (PROTOKOL No.4 md.2)

A. Serbest Dolaşım Özgürlüğüne Kısa Bir Bakış

AİHS Protokol No.4¹⁴¹ md.2¹⁴² (bundan sonra, P4-2) serbest dolaşım/seyahat özgürlüğünü düzenlemektedir. Bu hak çerçevesinde bireylerin hukuka uygun olarak buldukları bir ülke içinde serbest dolaşma ve ikametgahını seçme özgürlüğü, kendi ülkesi de dahil olmak üzere bir ülkeden ayrılma özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Bunlara ek olarak bireylerin yaşadıkları evden çıkış ve eve giriş saatlerine getirilen sınırlamalar bakımından da bu hak uygulanabiliridir. Nitekim AİHM, polise öncesinde gerekli bildirim yapılmaksızın evden ayrılmanın yasak olması, evden ayrılmaya ve eve dönmeye ilişkin olarak getirilen saat kısıtlamaları davalarında P4-2 altında inceleme yapmıştır.¹⁴³

¹³⁸ Ingrid Leijten, "N.K.M. v. Hungary: Heavy Tax Burden Makes Strasbourg Step In", <http://strasbougoobservers.com/2013/06/10/n-k-m-hungary-heavy-tax-burden-makes-strasbourg-step-in> (erişim tarihi 14/07/2014).

¹³⁹ N.K.M. v. Hungary, App. No.: 66529/11, Judgment of the ECtHR of 14.05.2013, 04.11.2013 Final, Concurring Opinion of Judge Lorenzen Joined by Judges Raimondi and Jociene.

¹⁴⁰ Gall v. Hungary, App. No. 49570/11, Judgment of the ECtHR of 25.06.2013; R.Sz. v. Hungary, App. No. 41838/11, Judgment of the ECtHR of 02.07.2013.

¹⁴¹ AİHS Protokol No.4, 02.05.1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Protokolü 19.10.1992 tarihinde imzalamıştır. 30.09.2014 tarihi itibarıyla Türkiye bu Protokolün tarafı değildir. Protokol No.4'e taraf olabilmek için ulusal hukukta çıkarılan onay kanunu Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmediği için söz konusu Protokol Türkiye bakımından yürürlüğe girememiştir.

¹⁴² Protokol No.4 md.2 metni aşağıdaki gibidir:

"Madde 2-Dolaşım özgürlüğü

1. Bir Devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan herkes o ülke içinde dolaşım serbestisi hakkına ve ikametgahını seçme özgürlüğüne sahip olacaktır.

2. Herkes, kendi ülkesi de dahil olmak üzere herhangi bir ülkeden ayrılmada özgür olacaktır.

3. Bu hakların kullanımına yasa uyarınca olan ve ulusal güvenlik ya da kamu emniyeti, kamu düzeninin sürdürülmesi, suçun önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında bir sınırlama getirilmeyecektir.

4. Paragraf 1'de düzenlenen haklar, belirli alanlarda, yasa uyarınca olan ve demokratik bir toplumda kamu yararı ile meşrulaştırılan sınırlamalara da tabi tutulabilir."

¹⁴³ Gülay Arslan Öncü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta, 2011, sf.178 ve orada gösterilen kararlar.

Bir bireyin ülkesinden ayrılma/çıkma hakkına yönelik bir müdahale başından itibaren ve yasak süresince meşru ve orantılı olmalıdır.¹⁴⁴ Tazminat kararından, nafakadan ya da vergi yükümlülüğünden kaynaklanan borcun ödenmemesinden ötürü yurt dışı çıkış yasakları getirilmesi açıktır ki serbest dolaşım hakkına bir müdahale olacaktır. Bu hallerde, getirilen yasağın sadece borcun ödenmemiş olması nedeniyle getirilmiş olup olmadığı, başka bir nedenin bulunup bulunmadığı, yurt dışı çıkış yasağının borcun ödenmesine nasıl hizmet edeceği ve dolaşım özgürlüğü engellenen kişinin bireysel durumu dikkate alınarak serbest dolaşım hakkına müdahalenin meşruluğunda dikkate alınacaktır.¹⁴⁵

B. Vergilendirme ve Serbest Dolaşım Özgürlüğü İlişkisi

Vergilendirme ile serbest dolaşım özgürlüğü ilişkisi, vergi borcundan ötürü getirilen yurtdışı çıkış yasağı ya da yurt dışına çıkabilmesi için pasaport verilmemesi gibi işlemler özelinde kolaylıkla kurulabilir. Nitekim, *Reiner v. Bulgaristan* davasında, sonradan Avusturya vatandaşlığını da alan Bulgaristan vatandaşı bay Reiner, Bulgaristan'a yaptığı bir ziyaret sonrasında ülkeden çıkmaya çalışırken vergi borcu bulunduğu nedeniyle pasaportuna el koyularak ülkeyi terk etmesi engellenmiştir. Söz konusu yasağa karşı iç hukukta yaptığı itiraz reddedilince AİHM'e bireysel şikâyet başvurusunda bulunmuştur. AİHM, vergi borcundan ötürü getirilen yurt dışı çıkış yasağının orantısız bir önlem olduğundan hareketle serbest dolaşım özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

VII. AYNI SUÇTAN ÖTÜRÜ İKİ KEZ YARGILANMA veya CEZALANDIRMA YASAĞI/NON BIS IN IDEM (PROTOKOL No.7 Md. 4)

A. Aynı Suçtan Ötürü İki Kez Yargılanma Veya Cezalandırma Yasağına Kısa Bir Bakış

Protokol No.7¹⁴⁶ md.4¹⁴⁷ (bundan sonra P7-4) *non bis in idem* kuralını içer-

¹⁴⁴ Milen Kostov v. Bulgaria, App. No. 40026/07, Judgment of the ECtHR of 03.09.2013, 03.12.2013 Final, para.17.

¹⁴⁵ Khlyustov v. Russia, App. No. 28975/05, Judgment of the ECtHR of 11.07.2013, 11.10.2013 Final.

¹⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Protokol No.7, 22/11/1984 tarihinde imzaya açılmış ve 1/11/1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 30.09. 2014 tarihi itibarıyla bu Protokole henüz taraf olmamış devletler şunlardır: Almanya, Birleşik Krallık, Hollanda Türkiye.

¹⁴⁷ Protokol No. 7 md.4 metni aşağıdaki gibidir:

mehtir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere P7-4'ün amacı, kişilerin ceza yargılama usulü çerçevesinde kesin bir kararla beraat ettiği ya da mahkûm olduğu bir suçtan ötürü ikinci kez bir ceza yargılamasına ya da cezalandırmaya tabi tutulmasını yasaklamaktadır.¹⁴⁸ Dikkati çekmek gerekir ki, yasaklanan sadece ikinci kez cezalandırmak değil aynı zamanda ikinci kez yargılamaya tabi tutulmaktır. P7-4, hiç kimsenin aynı suçtan ötürü tekrar yargılanma konusu olabilmesine, yargılanmasına ve cezalandırılmasına karşı güvenceler içermektedir.¹⁴⁹

Madde hükmüne biraz daha yakından baktığımızda şu kavramların ne anlama geldiğinin açıklanmaya muhtaç olduğunu görüyoruz:

i) “Ceza Yargılaması Usulü” Kavramı: AİHM içtihatları uyarınca bu kavram AİHS md.6 ve 7’de geçen “suç isnadı” ve “ceza” kavramlarına ilişkin genel ilkelere ışığında yorumlanmalıdır.¹⁵⁰ Yukarıda adil yargılanma hakkı başlığı altında gösterildiği üzere AİHM, ortada bir suç isnadı olup olmadığını belirlerken “Engel kriterlerini” uygulamaktadır. Tekrara düşmemek adına o başlığa referans yapmakla yetiniyoruz.

ii) “Aynı Suç” Kavramı: P7-4, özdeş ya da esaslı şekilde aynı olgulardan kaynaklanan ikinci bir suçun kovuşturulması ya da yargılanması yasağını getirmektedir. Dolayısıyla halihazırda kesin bir beraat ya da mahkumiyet kararı var iken yeni bir yargılamanın başlatılması P7-4 güvencelerini davet edecektir.¹⁵¹

“Madde 4-İki kez yargılanmama veya cezalandırılmama hakkı

1. Hiç kimse aynı Devletin yargı yetki alanında o Devletin hukuku ve ceza yargılama usulü uyarınca kesin olarak beraat ettiği ya da mahkûm olduğu bir suçtan ötürü tekrar yargılanma veya cezalandırmaya tabi tutulmayacaktır.

2. İlk paragraf hükmü, davanın sonucunu etkileyebilecek yeni delil ya da yakın zamanda ortaya çıkmış olgular ya da önceki yargılamada esaslı bir hata var ise, ilgili Devletin hukuku ve ceza yargılama usulü uyarınca davanın yeniden açılmasını engellemeyecektir.

3. Sözleşme Madde 15 çerçevesinde bu Maddeden sapma yapılmayacaktır.”

¹⁴⁸ Franz Fischer v. Austria, App. No. 37950/97, Judgment of the ECtHR of 29.05.2001, para. 22; Gradinger v. Austria, App. No. 15963/90, Judgment of the ECtHR of 23.10.1995, para. 53; Glantz v. Finland, App.No. 37394/11, Judgment of the ECtHR of 20.05.2014, 20.08.2014 Final, para.54.

¹⁴⁹ Bkz., Nikitin v. Russia v. Russia, App. No. 50178/99, Judgment of the ECtHR of 20.07.2004, 15.12.2004 Final, para. 36.

¹⁵⁰ Glantz v. Finland, App.No. 37394/11, Judgment of the ECtHR of 20.05.2014, 20.08.2014 Final, para.48; Nykanen v. Finland, App. No. 11828/11, Judgment of ECtHR of 20.05.2014, 20.08.2014 Final, para.38.

¹⁵¹ Sergey Zolotukhin v. Russia, App.No. 14939/03, Judgment of the ECtHR [GC] of 10.02.2009,

iii) “Nihai Karar” Kavramı: AİHM’e göre, olağan hukuk yolları çerçevesinde bir karara karşı gidilebilecek bir hukuk yolu kalmamış dolayısıyla o karardan dönülmesi mümkün değil ise ortada nihai bir karar vardır. Kesin ya da nihai bir kararın varlığının tespitinde olağan dışı hukuk yolları dikkate alınmaz.¹⁵²

iv) Yargılamanın Tekrar Edilmesi/İki Kez Yargılanma: P7-4’teki yasak sadece aynı suçtan ötürü iki defa cezalandırılmamaya ilişkin değildir. Tekrar ya da ikinci kez kovuşturulmamayı ya da yargılanmamayı da kapsamaktadır. Dolayısıyla bir kişinin kovuşturmaya uğradığı ancak neticesinde bir mahkûmiyetin ortaya çıkmadığı durumlar bakımından da P7-4 uygulanabilir. P7-4, ilk set yargılama işlemleri nihai hale geldiğinde ikinci set yargılama işlemlerinin başlatılmasını yasaklamaktadır. Diğer taraftan, birden fazla yargılama işlemlerinin paralel şekilde yürütülmesi P7-4’e aykırı değildir çünkü bu madde çerçevesinde yasaklanan bir kişinin nihai olarak beraat ettiği ya da mahkûm olduğu bir suçtan ötürü ikinci kez yargılanmasını ya da cezalandırılmasını yasaklamaktadır.¹⁵³ Bu nedenle aynı suçtan ötürü eşzamanlı olarak devam eden iki ayrı yargılama işlemlerinden ikincisi, ilki nihai bir kararla sona erdikten sonra devam etmez ise P7-4 bakımından bir sorun oluşmayacaktır.¹⁵⁴ Ancak aksi durumda P7-4’ün ihlali gündeme gelebilecektir.¹⁵⁵

B. Vergilendirme ve aynı Suçtan Ötürü İki Kez Yargılanma ya da Cezalandırma Yasağı

Yukarıda AİHS md.6 bahsinde gösterildiği üzere AİHM Büyük Daire, *Jussila* kararında idari para cezasının md.6 anlamında suç isnadı olduğuna karar vermişti. Protokol No.7 md. 4’ü, AİHS md.6 ışığında yorumlayan AİHM, idari para cezasını bu Protokol bağlamında da suç isnadı olarak kabul etmektedir.¹⁵⁶ Bu

paras. 82-83.

¹⁵² Glantz v. Finland, App.No. 37394/11, Judgment of the ECtHR of 20.05.2014, 20.08.2014 Final, para.54-55.

¹⁵³ Glantz v. Finland, App.No. 37394/11, Judgment of the ECtHR of 20.05.2014, 20.08.2014 Final, paras. 57-59.

¹⁵⁴ Zigarella v. Italy, App. No. 48154/99, Decision of the ECtHR of 03.10.2002.

¹⁵⁵ Muslija v. Bosnia and Herzegovina, App. No. 32042/11, Judgment of the ECtHR of 14 January 2014, para. 37.

¹⁵⁶ Glantz v. Finland, App.No. 37394/11, Judgment of the ECtHR of 20.05.2014, 20.08.2014 Final, para. 50.

nedenle aynı fiilden ötürü hem idari para cezası hem de adli ceza verilmesi halinde P7-4 gündeme gelebilecektir.

Nitekim **Nykenan v. Finlandiya** davasında başvurucu, vergi makamlarına eksik bilgi verdiği için kısmen veya tamamen verginin tahakkuk ettirilmemesine neden olmuştur. Bundan ötürü de idari para cezasına çarptırılmıştır. Ayrıca vergi kaçakçılığında ötürü de hakkında ceza davası açılmış ve yargılama neticesinde para ve hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvurucu, P7-4'ün ihlali iddiası ile AİHM'e dava açmıştır. AİHM her iki davada da, *Jussila* kararına atıfla idari para cezasının, AİHS md.6 anlamında suç isnadı olduğunu ve dolayısıyla P7-4 bakımından da suç isnadı olduğunu belirtmiştir. AİHM, Finlandiya hukuku çerçevesinde cezai/adli ve idari cezaların farklı makamlar tarafından verildiğini ve işlemlerin birbirinden tamamen bağımsız şekilde yürüdüğünü ve sonuçlandırıldığını not etmiştir. Ayrıca, bu cezalardan hiçbiri bir diğer mahkeme ya da otorite tarafından cezanın ağırlığını belirlemede dikkate alınmadığı gibi ilgili makamlar arasında herhangi bir karşılıklı eylem de bulunmamaktadır. Dahası, Finlandiya vergi hukuku sisteminde vergi cezası ilgili vergi mevzuatı çerçevesinde başvurunun davranışı ve vergi yükümlülüğü incelenerek verilmektedir. Dolayısıyla AİHM, Finlandiya sisteminde cezai ve vergisel işlemler arasında esas ve zaman bakımından yakın bir bağlantı olmadığı sonucuna varmıştır. Somut olayda iki ayrı ve paralel işlem olduğunu ve başlangıç işlemlerin nihai hale geldikten sonra ikinci set işlemlerin durmayıp nihai bir karara kadar devam ettiğini tespit eden AİHM, başvurunun aynı fiilden ötürü iki kez mahkûm edildiği, dolayısıyla P7-4'ün ihlali olduğu sonucuna varmıştır.¹⁵⁷

Diğer taraftan *Lucky Dev v. İsveç* davasında başvurucu, vergi iadesinde gelirini tam ve doğru şekilde beyan etmediği için vergi cezasına çarptırılmış ve defter tutma yükümlülüğüne uymadığı için de adli cezaya çarptırılmıştır. Başvurucu, AİHM'e P7-4 ihlali iddiası ile dava açmıştır. Bu davada AİHM, somut olaydaki iki suçun ayrı olduğunu belirterek aynı suçtan ötürü iki kez yargılama olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Glantz v. Finland, App.No. 37394/11, Judgment of the ECtHR of 20.05.2014, 20.08.2014 Final, paras. 61-64; Nykenan v. Finland, App. No. 11828/11, Judgment of the ECtHR of 20.05.2014, 20.08.2014 Final, paras. 51-54.

¹⁵⁸ Lucky Dev v. Sweden, App. No. 7356/10, Judgment of the ECtHR of 27.11.2014.

SONUÇ

Vergilendirme ve vergi davaları hususlarının AİHS'in konu bakımından kapsamı dışında olduğuna dair algının doğru olmadığı AİHS'teki haklar bağlamında ve AİHM kararları ışığında ortaya koyulmuştur. Vergiyi, bir vatandaşlık ödevinden ibaret ve devletlerin bu alandaki yetkisini mutlak bir yetki olarak gören paradigmanın yerini vergi yükümlüsünün insan haklarına odaklanan yeni bir paradigmanın almakta olduğu ortadadır. Ancak vergi yükümlüsünün insan haklarının AİHS bağlamında yeterince etkili bir şekilde korunduğunu en azından bazı haklar bakımından söylemek güçtür.

Nitekim AİHM'in yerleşik içtihadı uyarınca adli mahkemelerde görülen vergi ceza davaları AİHS md.6 anlamında suç isnadı olarak kabul edilmekte ve bu davalar bakımından adil yargılanma güvenceleri uygulanabilmektedir. İdari yargı yerleri önünde görülen idari nitelikli vergi cezaları bakımından da md.6 güvenceleri devrededir. AİHM, idari para cezalarının AİHS md.6 anlamında bir suç isnadı olup olmadığını ilk kez ele aldığı *Bendenoun v. Fransa* davasından beri vergi ilintili cezaları suç isnadı içinde kabul etmektedir. Dolayısıyla ceza davalarına ilişkin susma hakkı, çekişmeli yargı ilkesi, silahların eşitliği ilkesi gibi tüm güvenceler bu davalar bakımından geçerli olmaktadır. Ancak, suç isnadı dışında kalan vergi uyuşmazlıkları aynı maddedeki "medeni hak ve yükümlülükler" kategorisi içinde kabul edilmemektedir. AİHM'in *Ferrazzini v. İtalya* kararında ayırık görüş veren yargıçların da haklı olarak ifade ettiği gibi sosyal güvenlik sistemi çerçevesinde ödeme yapma yükümlülüğü "medeni hak ve yükümlülük" olarak kabul edilirken vergi ödeme yükümlülüğünün bu kapsamda sayılmamasının izahı güçtür. Özellikle de, Sözleşmeye Taraf Devletlerin büyük çoğunluğunda mali uyuşmazlıklarda yargı yolu açıkken bu yargılamalar bakımından AİHS md.6 güvencelerinin geçerli olmaması bir çelişki gibi görünmektedir. Kaldı ki, insan hakları hukuku bağlamında bunun bir normatif dayanağını göstermek de mümkündür. Zira Amerikalılar arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin maddesinde mali davalara da açık bir referans yapılmaktadır. AİHS md.6/1'deki medeni hak ve yükümlülükler kategorisi, bir özel hukuk kişinin hak ve özgürlüklerine ilişkin bir uyuşmazlığın karara bağlanmasının söz konusu olduğu tüm durumları kapsar şekilde AİHM tarafından

yorumlanmalıdır. Bu noktada Yargıç Loucaides'in, *Maaouia v. Fransa* davasındaki ayrık görüşünde ifade ettiği medeni hak ve yükümlülükleri suç isnadı dışında kalan tüm hak ve özgürlükler olarak anlamak gerektiği şeklindeki görüşü son derece yerindedir. AİHM, dinamik bir yorum yöntemi ile AİHS md.6/1'deki medeni hak ve yükümlülükler kavramını bu şekilde yorumlayabilir.

AİHM'in AİHS md.6'da geçen "medeni" terimini bu şekilde genişletmesinin aşırıya kaçan bir yargısal aktivizme dönüşebileceği endişesi karşısında bir öneri ise, vergi yükümlülerinin insan haklarına özgülenmiş bir Protokol'ün kabul edilmesi olabilir. Bu öneri, doktrinde Philip Baker tarafından da dile getirilmiştir.

Vergi incelemesi ya da vergi yargılaması bağlamında konut ve işyeri arama, belgelere el koyma ve iletişim denetlenmesi gibi işlemler özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkına bir müdahale teşkil edecektir. AİHM içtihadında sosyal, moral ya da kültürel ilişkilerden ibaret olmayıp maddi nitelikteki çıkarları da kapsadığı kabul edilen aile yaşamına saygı hakkının da vergilendirme ile bağlantısını kurmak teorik olarak mümkündür.

Dini cemaatlerin ve bireylerin inanç özgürlüğü ekseninde AİHM önüne taşıdıkları vergisel meselelerde AİHM inanç özgürlüğünü koruyan md.9'u uygulanabilir bulmuş ancak inanç özgürlüğünü genel olarak vergi yükümlülüğünden ya da belirli bir tip vergi yükümlülüğünden muafiyet hakkı içerir şekilde yorumlamamıştır.

Vergilendirme ve ayrımcılık yasağı ilişkisi inanç özgürlüğü, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı ve mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak AİHM önüne taşınabilir. Vergi borcundan ötürü pasaport verilmemesi ya da yurt dışına çıkış yasağı getirilmesi gibi işlemler de serbest dolaşım hakkına bir müdahaledir. Yine aynı fiilden kaynaklanan idari para cezası ve adli cezalar aynı suçtan ötürü iki kez yargılanmama ya da cezalandırılmama hakkının ihlalini sonuçlayabilir.

Vergisel meseleler bağlamında mülkiyet hakkı geniş bir uygulama alanına sahiptir. AİHM içtihadı uyarınca mülkiyet hakkına vergisel müdahalelerin meşru bir dayanağı olmalı, toplumun genel yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasında adil bir denge kurulmalı, ölçülülük ilişkisi olmalı ve müdahale sonucunda kişi bireysel ve aşırı bir yük altına sokulmamalıdır. AİHM'in vergi orijinli da-

vaları da mülkiyet hakkı kapsamında kabul edilebilir bulması oldukça yeni bir aşamadır. AİHM'in ağır vergilendirme hususu bağlamında ve mülkiyet hakkı altında esastan inceleme yaptığı ve ihlal kararı verdiği *NKM v. Macaristan* kararı ve bu kararın teyidi niteliğindeki *Gall v. Macaristan* ile *R.Sz. v. Macaristan* kararları bu yeni aşamanın temsilcileridir.

◆◆◆

KAYNAKÇA

Arslan Öncü, Gülay: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta, 2011.

Arslan Öncü, Gülay: "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed.: Sibel İnceoğlu), Beta, 2013.

Baker, Philip: "Should Article 6 ECHR (Civil) Apply to Tax Proceedings?", *INTERTAX*, Volume 29, Issue 6-7, 2001, s. 205-211.

Baker, Philip: "The Decision in Ferrazzini: Time to Reconsider the Application of the European Convention on Human Rights to Tax Matters", *INTERTAX*, Vol. 29, Issue 11, 2001, s.360-361.

Demirkol, Selami: "Vergi Türevli Davaların, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce Kabul Edilebilir Bulunması-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Vergi Yargılamasında Referans Norm Olarak Alınabilirliği Üzerine Bir Derleme", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 1, Yıl: 2012s.33-69.

Frommel, Stefan N.: "The European Court of Human Rights and the right of the accused to remain silent: can it be invoked by taxpayers?", *INTERTAX*, Vol. 11, 1993, s.520-549.

Gemalmaz, Haydar Burak: "Mali Güç Ölçütünü Dikkate Almayan Aşırı Vergi Mülkiyet Hakkı İhlalidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Macaristan'a Karşı 14 Mayıs 2013 Tarihinde Verdiği N.K.M. Kararının İncelenmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 88, Sayı: 2, Yıl: 2014, s. 128-143.

Greggi, Marco: "The Protection of Human Rights and the Right to a Fair Trial

in the Light of the Jussila Case”, *INTERTAX*, Vol.35, Issue 11, 2007, s.610-615.

Harris, David- Michael O’Boyle- Colin Warbrick: **Law of the European Convention on Human Rights**, Second Edition, Oxford University Press, 2009.

İnceoğlu, Sibel: “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta, 2013.

Leijten, Ingrid: “N.K.M. v. Hungary: Heavy Tax Burden Makes Strasbourg Step In”, <http://strasbougobservers.com/2013/06/10/n-k-m-hungary-heavy-tax-burden-makes-strasbourg-step-in> (erişim tarihi 14/07/2014).

Karan, Ulaş: “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed.: Sibel İnceoğlu), Beta, 2013.

Karen Reid, **A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights**, Sweet and Maxwell, 2011.

Seara, Alberto Quintas: “The Protection of Taxpayers’ Property Rights in Light of the Recent ECtHR Jurisprudence: Anything New on the Horizon, or Just More of the Same?”, (2014) 42 *INTERTAX*, Issue 4, s. 218-233.

Tokuzlu, Lami Bertan: “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed.: Sibel İnceoğlu), Beta, 2013

Turhan, Salih: **Vergi Teorisi ve Politikası**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Türk, İsmail: **Kamu Maliyesi**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996, s. 98.

Van Dijk, P.- G.J.H. van Hoof: **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Third Edition, Kluwer Law International, 1998.

Yaltı Soydan, Billur “Mülkiyet Hakkı versus Vergilendirme Yetkisi: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Göre Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırı”, *Vergi Dünyası*, Sayı 227, Temmuz 2000, s.103-114.

Yaltı Soydan, Billur: “İnsan Hakları Açısından Vergi Yükümlüsünün Adil Yargı-

lanma Hakkı – I” *Vergi Sorunları Dergisi*, S.143, Ağustos 2000, s.151-167.

Yaltı, Billur: “İdari Vergi Cezası Davalarında Duruşmasız Yargılanma: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Bendenoun Kriterlerinden Jussila Kriterlerine” *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı: 225, Haziran 2007, s.7-20.

Yaltı, Billur: “İbadethane Bağışlarının Vergi Matrahından İndirimi: Vergide Eşitsizlik Örneği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi-Özel Sayı-Prof.Dr. Nur Centel’e Armağan*, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı:2, s.429-452

Yaltı, Billur: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yakın Tarihli İçtihadında Mülkiyet Hakkı İhlalleri: N.K.M. ve Yehova Şahitleri Kararları: Ağır Vergilendirme ve Ayrımcı Vergilendirme”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Eylül 2013, Yıl:36, s. 63-72.

KOLLUĞUN SİVİL GÖZETİMİ

Civilian Oversight

Yrd. Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN* – Havva ŞİMŞEK AKIN**

ÖZET

Kamu düzenini sağlamak amacıyla idare tarafından tesis edilen genel düzenleyici işlemler ve bunların uygulanması için yapılan birel işlemler, toplumu oluşturan bireylerin davranışlarını, faaliyetlerini, kararlarını etkilemekte ve sınırlamaktadır. Başka bir ifadeyle idare, toplumda dirlik ve esenliği tesis ederken ve genel sağlığı korurken bireylerin temel hak ve özgürlüklerini kısıtlamakta, dolayısıyla bireylerle karşı karşıya gelmektedir. Temel hak ve özgürlüklere en çok müdahale kolluk vasıtasıyla sunulan kamu hizmetinde ortaya çıkar.

Kolluk yetkileri bazı hallerde sınırlanmıştır. Kolluk yetkileri anayasal bakımdan, amaç, sebep ve konu bakımından ayrıca yer ve zaman bakımından bazı sınırlamaları tabi tutulmuştur. Bunun temel nedeni insan hak ve hürriyetlerine zarar verilmesini önlemektir. Nasıl ki özgürlükler sınırsız değilse devletin kullandığı yetkiler de sınırsız değildir.

Gözetim bütün kolluk kuruluşlarını, üyelerinin tümünün davranışlarını, kullanılan işlemler ve verdikleri hizmetin kalitesi bağlamında hesap verme yükümlülüğüne tabi tutmak amacıyla kolluk faaliyetlerinin ve bu faaliyetlerin tabi oldukları politikaların çok yönlü ve sürekli olarak izlenmesidir. Bu faaliyetin kolluk hizmetinin alıcısı konumunda olan sivillerce gerçekleştirilmesi önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Kolluk, Sivil Gözetim, Kolluğun Sivil Gözetimi

ABSTRACT

In order to ensure public order established by the administration and the overall regulatory process for the implementation of these birel operations, the behavior of individuals within a society, their activities, decisions affect and are limited. In other words, the administration is peace and well-being facilities in

* Yrd.Doç.Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, sydogan@akdeniz.edu.tr

** Hakim, ab125935@adalet.gov.tr

the community and public health while maintaining restrict the fundamental rights and freedoms of individuals and, therefore, the individual is confronted with.

Law enforcement authority is limited in some cases. Respects the constitutional powers of law enforcement, purpose, reason, and also the time and place certain limitations in terms of issues have been subjected. The main reason for this is to prevent damage to the human rights and freedoms. How is that freedom is not unlimited powers of the state in which use is not unlimited.

Supervision of all law enforcement agencies, all of the members of the behaviors, the processes used and their quality of service in the context of accountability in order to subject (especially the police, the gendarmerie and the coast guard conducted by) law enforcement activities and these activities are subject to the policies versatile and continuous monitoring.

Key Words: Oversleeve, civilian oversight, civilian oversight of law enforcement



GİRİŞ

Devletler, yetki alanındaki vatandaşlarının can ve mal güvenliğini sağlamak ve kamu düzenini korumak amacıyla ulusal ve yerel düzeyde güvenlik bürokrasisi oluşturmuştur. Devletin güvenlik yapılanması, Anayasa’da belirtilen idarenin bütünlüğü ve yetki genişliği esası gereği merkezi ve yerel düzeyde örgütlenmiştir.

Devletin oluşum ve gelişim süreçlerini konu edinen teorilerin ortak noktasını, insanın var olduğu günden bu yana yaşamını düzenlemek ve sürdürebilmek adına duyduğu iş bölümü ve örgütlenme ihtiyacı oluşturmaktadır. Bu noktadan hareketle oluşan ve devlet adı verilen örgütün temel işlevleri, zaman içerisinde ve öncelik algılamalarına göre değişiklik gösterse de, güvenlik hiç bir dönemde devletin temel işlevlerinden birisi olma fonksiyonunu kaybetmemiştir. Güvenliğin sağlanması, tarihin her döneminde devletin temel işlevlerinden ve aynı zamanda görevlerinden birisi olarak algılanmıştır. Bu işlev, zorlayıcı yönü ile aynı zamanda bir kuvvet kullanımını da içermekte, bu açıdan da bir devlet erki olarak karsımıza çıkmaktadır.

Tarihsel süreç içerisinde, pek çok devlette, başlangıçta iç ve dış güvenliğin sağlanması görevi militarist yapılar eliyle yerine getirilmiştir. Zamanla, toplumların ve buna paralel olarak devlet eliyle yürütülen hizmetlerin karmaşıklaşması ve vatandaşların devletten bekledikleri hizmetin niteliğinin değişmesi sonucu, iç ve dış güvenlik alanlarında iş bölümüne gidilmiş, bunun sonucunda da ordulardan bağımsız veya askeri karakterli olsa da, iç güvenlik alanında yetkilendirilmiş örgütlenmeler ortaya çıkmıştır. Bu alanda ilk örnekler eski Yunan ve Roma dönemlerindeki şehir kavramıyla özdeşleşmiş polis kavramı ile karşımıza çıkmaktadır. Dönemin düşünürleri eserlerinde polis kavramını, güzel ve düzenli yaşamla, medeniyetle eş değer tutacak kadar önemsemişlerdir. Sanayi toplumuna geçişle birlikte, Avrupa’da iç güvenlik alanında Anglosakson ve Kıta Avrupası yönetim anlayışlarına paralel polisiye örgütlenmeler ve yaklaşımlar görülmüştür. Bugün itibarı ile denilebilir ki, halen Avrupa ve Amerika kıtasında temel olarak bu iki akımın etkisinde şekillenen iç güvenlik yapılanmaları bulunmaktadır.

Türkiye tarihinde de iç güvenlik alanı, ilk dönemler olarak adlandırılan dönemde, çağdaş dünya ile benzerlik gösterecek şekilde askeri yapılar eliyle yönetilmekte iken, özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısında hızlanan yenileşme çabalarına paralel olarak, Fransız sistemi olarak da ifade edilebilecek olan kıta Avrupası sistemine benzer bir iç güvenlik yapılanması süreci yaşanmıştır.

İmparatorluktan devlete, monarşiden cumhuriyete geçiş sürecinde ise, dönemin siyaset ve yönetici kadroları, iç güvenlik alanındaki düzenlemenin temellerini atarken, sivil bir örgütlenme olan polis örgütünü esas almışlardır. Ancak, dönemin şartları gereği yeni kurulmakta ve yaralarını sarmakta olan devletin bu süreç tamamlanana dek, yani polis örgütlenmesinin tüm yurda yayılmasına dek geçecek süre içerisinde boşluğu jandarma ile doldurmaları zorunluluğu, zamanla öngörülen bir sapma olarak yorumlanabilecek bir dönüşümle iç güvenlik örgütlenmemizin bu günkü yapısını ortaya çıkarmıştır.

Günümüzde, 21. yüzyılın Türkiye’sinde iç güvenlik alanında yaşanan sorunların temelinde, mevcut iç güvenlik yapılanmasından kaynaklanan sorunların yattığı inkâr edilemez bir gerçektir. Çoklu yapılanma koordinasyon, işbirliği, standart ve eşit uygulama konularında aksaklıklara yol açmaktadır. Öte yan-

dan zor kullanma gücünü elinde tutan kolluğun zamanla güç zehirlenmesi yaşayabileceği de bir diğer gerçekliktir. Bu bağlamda hiçbir kamu hizmeti etkin denetimden muaf olmamalıdır ve bu etkin denetim merkezi gücün memnuniyetine değil hizmet alıcısı konumundaki kamuoyunun memnuniyetine dolayısıyla da kamunun sivil gözetimine tabi olmalıdır.

I. SİVİL GÖZETİM KAVRAMI

Sivil gözetimin gelişmiş batılı ülkelerde yarım asırlık bir geçmişi varken Türkiye açısından yeni bir kavram olduğundan söz edilebilir. Kolluğun sivil gözetimi kavramı kısa zaman önce akademik anlamda irdelenmeye başlanmış bir kavramdır. “Sivil gözetim” terimi yerine “demokratik denetim” veya “sivil denetim” gibi terimler de kullanılmaktadır. Ancak uluslararası literatürde bu terim için “civilian oversight” karşılığı kullanılmaktadır. Sivil kelimesi Türk adli kolluğu açısından “polis ve asker” dışındaki kişiler olarak algılanmalıdır yani sivil gözetimi gerçekleştirecek kişilerin üniforma giymeyenler olarak anlaşılması gerekmektedir.¹Yine sivil gözetimin geliştirilmesi kapsamında ülkemizde gerçekleştirilen toplantılarda da sivil kelimesinin polis asker olmayan, parlamento, hükümet, yargı, hükümete bağlı olmayan kurumlar(örneğin; ombudsman), bazı hallerde kamu otoriteleri tarafından oluşturulmuş sınırlı yetkilere sahip vatandaş grupları (örneğin; ceza evi izleme kurulları) olarak algılanması gerektiği belirtilmiştir ²Oversight kelime anlamı olarak Türkçe’ ye nezaret, gözetim, murakabe, gözden geçirme olarak çevrilmektedir. Biz de çalışmamızda uluslararası literatürle uygunluk sağlamak açısından ve oversight kelimesi ile gözetim kelimesi daha fazla örtüştüğünden sivil gözetim terimini kullanacağız.

Kolluk kuvvetlerinin sivil gözetimi olarak kolluk kuvvetlerinin sivil toplum örgütleri tarafından denetleneceğinin anlaşılması en yaygın yanlış olarak görülmektedir. Uluslararası düzeyde kabul görmüş tek bir sivil gözetim tanımı yoktur. Sivil gözetim, kamu güvenliği alanında silahlı hizmet verenlerin atanmış kişiler, seçilmiş kişiler ve sivil toplum örgütleri tarafından denetlenmesi olarak

¹ Koyuncu, E., İç Güvenlik Sektörünün Sivil Gözetiminin Geliştirilmesi Projesi, İdarecinin Sesi Dergisi, sayı 142, Kasım-Aralık 2010, s.114.

² Yıldız, A.K., **Mülki İdare Amirlerinin Kolluk Güçleri Üzerindeki Denetim Yetkisi**, İç Güvenlik Sektörünün Gözetiminin Geliştirilmesi Projesi Açılış Toplantısı, 23 Ocak 2013, s.7.

tanımlanabilir. Sivil gözetim tanımından anlaşılacağı gibi sivil gözetim sadece seçilmiş sivil yöneticilerin kolluk güçlerini denetlemesi değil, aynı zamanda vatandaşların ve sivil toplum kuruluşlarının da bu görevi yerine getirmesi gereken bir kavram olarak düşünülmelidir. “Sivil gözetim; kişi hak ve özgürlüklerinin korunması, bu amaç doğrultusunda faaliyet gösteren denetleyici ve düzenleyici kurumlar, güvenlik politikalarına vatandaş ve yerel yönetim katılımı ile ortaklık ve işbirliğinden meydana gelen geniş kapsamlı ve çok katmanlı bir sivil demokratik iç güvenlik yönetişimi mekanizması olarak tanımlanmıştır.”³

Kamu görevlilerinin kendilerine verilen yetki ve kaynakları kullanırken kamunun menfaatini ön planda tutması, tarafsızlık, dürüstlük, saydamlık, hesap verebilirlik gibi etik davranış ilkelerine uymaları etkin bir yönetimin vazgeçilmez unsurlarından sayılmakta, bu suretle halkın kamu yönetimi ve kurumlarına güveninin artırılması amaçlanmaktadır.⁴ Nitekim 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile kişilerin bilgi edinme haklarını kullanmalarına ilişkin esas ve usuller düzenlenmiş; 5176 sayılı Kanunla da etik davranış ilkelerinin kamu görevlilerince ihlali halinde kişilerin başvurabilecekleri “Kamu Görevlileri Etik Kurulu” adıyla bağımsız bir kurul oluşturulmuştur. Tüm dünyada ve ülkemizde gelişen yeni yönetim anlayışına koşut, idare de bir hizmet sunucu olarak sunduğu tüm kamu hizmetlerinde sorumlu olduğu ve hizmet alıcısı konumunda bulunan kamuya karşı, sunduğu hizmetlerin hukukiliği, yerindeliği, yeterliliği ile uluslararası sözleşmeler ve anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlüklere riayet bağlamında hesap vermesi ve aynı zamanda sağlayacağı şeffaflık ile her zaman hesap verebilir durumda olması gerekmektedir.

A. Hesap Verebilirlik

Güvenlik güçlerinin hesap verebilirliği kavramına Avrupa Konseyi (AK) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gibi kurumlar tarafından özel bir önem verilmektedir. Bir başka anlatımla, bu kavrama atıf yapılarak; örneğin güvenlik güçlerinin, orantılılık dâhil güç kullanımı bakımından hesap verebilir olacağını göz önünde bulundurarak yakalama, gözaltı ve diğer operasyonel fa-

³ Eroğul, C., Çağdaş Devlet Düzenleri, 6. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2008, s. 2.

⁴ Kesim, E., Bir Etik Davranış İlkesi Olarak Hesap Verebilirlik (Hesap Verme Sorumluluğu), *Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu*, Sakarya Üniversitesi, Adapazarı, 2005, s.269.

aliyetlerde bulunması gerektiği ifade edilmektedir.⁵

Hesap verebilirlik kavramına başka bir açıdan bakıldığında bir yönetim kavramı olan hesap verebilirlik (accountability), kamu görevlilerinin yetkilerini kullanmalarından ve yapmış oldukları faaliyetlerden sorumlu tutulmalarını ifade etmektedir. Hesap verebilirlik, üzerinde uzlaşmaya varılmış hedefler çerçevesinde belirli bir performansın gerçekleştirilmesine yönelik sorumluluğun üstlenilmesi ve bunun açıklanması yükümlülüğüne dayanan bir ilişkidir.⁶

Hesap verebilirlik kavramından söz etmek için bazı şartlar gerekmektedir. Birinci olarak, hesap verebilirlik dışsaldır; yani başka bir dış otoriteye karşı yapılır. İkinci olarak, sosyal bir etkileşim ve karşılıklık içerir; yani taraflardan biri cevap ve düzeltme ister diğeri ise buna karşılık verir ve yaptırımları kabul eder. Üçüncüsü, otoritenin haklarının kabulü anlamına gelir; yani üst makamların astları üzerindeki haklarını kapsar.⁷

Hesap verebilirlik, genel olarak bir kimsenin veya kurumun yaptıklarından dolayı başka bir otoriteye cevap vermesi ve açıklamada bulunması olarak tanımlanabilir. Diğer bir ifade ile kendilerine yetki verilen ve kaynak tahsis edilenlerin üzerinde anlaşmaya varılmış beklentiler ışığında, sonuçlara ulaşmak bakımından değerlendirilmeye tâbi tutulmasıdır. Demokratik yönetimlerin özünde yer alan bir denetim yetkisi olarak da görülen hesap verebilirlik; devlet vatandaş ilişkilerinde güvenin tesis edilmesini, bilgi alabilmeyi, kontrol etmeyi ve yön vermeyi de içeren bir kavramdır.⁸

Avrupa Konseyi tarafından oluşturulan ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun bir şekilde idare edilen demokratik ülkelerde polis için yol gösteri-

⁵ Karaosmanoğlu, F., İç Güvenlik ve Sivil Denetim, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s.37.

⁶ Aktan, C., Ağcakaya, S., Dileyici, D., Kamu Maliyesinde Hesap Verme Sorumluluğu ve Mali Saydamlık, **Kamu Maliyesinde Çağdaş Yaklaşımlar**, (ed. A. Balcı vd.), Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, s.169.

⁷ Balcı, A., Kamu Yönetiminde Hesap Verebilirlik Anlayışı, A. Balcı, A. Nohutçu, N.K. Öztürk ve B. Coşkun (editörler), **Kamu Yönetiminde Çağdaş Yaklaşımlar**, Ankara, 2003, s. 116.

⁸ Göksu, T., Çevik H. H., Filiz O., Gül S. K., **Güvenlik Yönetimi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 126.

ci temel ilke ve kuralları belirleyen Avrupa Polis Etiği Kuralları (APEK) da kolluk kuvvetlerinin hesap verebilirliği konusuna yer vermiştir. APEK'in 59., 60., 61., 62. ve 63. maddeleri iç kolluk kuvvetlerinde olması gereken hesap verebilirlik ilkesine değinmektedir.⁹

Polis, devlete, vatandaşlarına ve temsilcilerine karşı sorumludur. Polis etkin bir dış denetime tabi olmalıdır.(Md. 59). Devletin polis üzerindeki kontrolü yasama, yürütme ve yargı güçleri arasında bölüştürülmelidir. (Md. 60). Kamu makamları, polise yönelik şikâyetlerle ilgili etkin ve tarafsız usullerin uygulanmasını sağlamalıdır. (Md. 61). Toplum ile polis arasında karşılıklı iletişim ve anlayış üzerine kurulu sorumluluk mekanizmaları geliştirilmelidir. (Md. 62). Mevcut tavsiye kararında yer alan ilkelere dayalı polis etiği yönetmelikleri üye ülkelerde geliştirilmeli ve uygun kurumlarca denetlenmelidir. (Md. 63)

Kolluğun temel görevi bireylerin güvenliğini sağlamak, kamu düzenini korumak ve düzene karşı gelenleri yakalayıp yargı organlarına teslim etmektir. Ülkenin iç güvenliğinin sağlanmasında böylesine önemli bir vazife üstlenen kolluk görevlileri görevlerini yaparken sorumluluk bilinci içerisinde yaptığı işlerin hesabını verebilen bir konumda olması gerekmektedir.¹⁰ Kamuoyunun, hesap verme sorumluluğu denetimindeki katılımı incelendiğinde, kamu görevlilerinin eylem ve işlemleri ile ilgili karar verme sürecinin kamuoyunca izlenmeye imkân verecek bilgilere açık ve güvenilir bir şekilde erişilebilmesi, söz konusu eylem ve bunların sonuçları hakkındaki denetim raporlarının kamuoyuna sunulması önem kazanmaktadır.¹¹

Kamuya hesap verebilirlikte kıstas olarak hizmet sunumu esas alınabilir. Bu bağlamda kamuya hizmet sunan tüm kamu kurum ve kuruluşları kamuya karşı hesap verebilir durumda olması gerekir. Öte yandan özel sektör de aynı kesime hizmet sunduğu ölçüde kamuoyuna hesap verebilir durumda olmalıdır. Yalnızca kamu kurumları değil, özel sektör ve sivil toplum kuruluşları da

⁹ Göksu, Çevik, Filiz, Gül, s. 137.

¹⁰ Göksu, Çevik, Filiz, Gül, s. 139.

¹¹ Kesim, s.273.

kamuoyuna ve de kurumsal paydaşlarına karşı hesap verebilir olmalıdır.¹²

B. Sivil Gözetimin Kolluğa Yansımaları

Kolluk birimlerinin faaliyetleri ile bunların dayanağını oluşturan politikaların aşamalı ve sürekli olarak sivil otoriteler tarafından izlenmesi sivil gözetimdir.¹³ Gözetim bütün kolluk kuruluşlarını, üyelerinin tümünün davranışları, kullanılan işlemler ve verdikleri hizmetin kalitesi bağlamında hesap verme yükümlülüğüne tabi tutmak amacıyla kolluk faaliyetlerinin ve bu faaliyetlerin tabi oldukları politikaların çok yönlü ve sürekli olarak izlenmesidir.

Anayasal düzenin korunması ve toplumsal düzenin sağlanması amacıyla kolluk kuvvetlerinin yeri tartışılmaz bir önem arz etmektedir. Ama denetimden uzak keyfi uygulamalar içine girmiş bir kolluk kuvveti Anayasal ve toplumsal düzenin korunmasını sağlayamayacağı gibi bu düzenlerin karşısında en büyük tehditlerden birini oluşturmaktadır. AB katılım süreci içinde bulunan ülkemizin insan haklarına saygılı, hukukun üstünlüğünü temel alan, bir ülke haline gelebilmesi açısından kolluk kuvvetlerinin sivil denetimi açısından atması gereken adımlar bulunduğu bir gerçektir. Küreselleşmeyle beraber yaşanan toplumsal dönüşüm, ulus devleti artık tek başına dünya haritasında oyun kurallarını belirleyen bir aktör olmaktan çıkarmış, bölgeselleşme, bloklaşma ve yerelleşme eğilimleri, kamu yönetimi alanında yepyeni yönetim tarzlarının gelişimi sağlamıştır.¹⁴

Her ne kadar ülkelerde kamu disiplin mevzuatı içerisinde usullere göre kamu personellerine ilişkin şikâyetler değerlendirilse de; ortaya çıkan kararlar meslek dayanışması veya kurum itibarının korunması için “kayıma”, “kollama” veya “örtbas” yapıldığı gibi olumsuz eleştirilere konu olabilmektedir. Bu gibi durumlarda kamu vicdanının rahatlatılması ve de adaletin tecelli ettirildiğine dair şüphelerin sona erdirilmesi açısından, modern demokratik rejimlerde ve tarafsız denetim kurumlarının oluşturu-

¹² Samsun, N., Hesap Verebilirlik ve İyi Yönetişim, www.deu.edu.tr/userweb/hilmi.coban/hesap%20verebilirlik.pdf E.T.:22.05.2014, s.28.

¹³ Koyuncu, s.114.

¹⁴ Demirel, D., **Küresel Eksende Devletin Yeni Kimliği: “Etkin Devlet”**, Sayıştay Dergisi, sayı 60, 2006, s.106.

rulması artık kaçınılmaz hale gelmiştir. Zira resmi soruşturma neticeleri çoğu zaman şüpheyle karşılanarak kabul görmeyebilmektedir. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği, Uluslararası Af Örgütü gibi pek çok örgüt demokratik denetim uygulamalarından kaçınan ülkeleri “insan hakları açısından şüpheli ülkeler” listesine alarak, bu alanda dayatmalara dahi gidebilmektedir.¹⁵

Kolluk kuvvetlerinin sivil gözetimi, AB’ye tam üyelik müzakerelerini sürdüren Türkiye’nin hesap verebilirlik ve demokratikleşme bağlamında takip ettiği yol haritasının en önemli işaret taşları arasındadır. Genel olarak bu konu, Avrupa ülkelerinin gündeminde olmasının ötesinde, kamu yönetimi ve idare hukuku bakımından merkezîyetçiliği esas alan Türkiye ile benzerlik gösteren Avrupa ülkelerinin de gündeminde. Belçika’da jandarmanın kaldırılması, Fransa’da jandarmanın 1 Ocak 2009 tarihinde Savunma Bakanlığı’ndan İçişleri Bakanlığına devredilmesi, Kuzey İrlanda’da reform sürecine girilmesi bu tezi desteklemektedir.¹⁶

APEK’in 59. ve 60. maddeleri gereği emniyet mensupları sadece devletin yasama, yürütme ve yargı değil aynı zamanda sivil toplum unsurlarının da denetimine açık olması gerekmektedir. Dış denetim, devletin kurumlarının dışında sivil bireyler ve toplum tarafından yapılan “gözetim” ve “denetimi” ifade etmektedir. Bu yüzden, yasama, yürütme ve yargı denetimlerine farklı boyutlarda sivil ve demokratik denetim mekanizmaları geliştirilmelidir.¹⁷ Kamu vicdanı, kişi hak ve özgürlükleri ile kamu güvenliği dengesi, devletin uluslararası alandaki konumu gibi hususlar gözetilerek demokratik, güvenilir ve şeffaf denetim mekanizmaları oluşturulmalıdır.

Kolluk kuvvetleri “kişi hak ve özgürlüklerini yasa ile verilen sınırlar içinde kısıtlama yetkisine sahiptirler. Bu yetkinin hukuk çerçevesinde kullanılmasının denetimi ve keyfililiğin önlenmesi önem arz etmektedir. Sivil gözetim bu denetimi ve keyfililiği önleyici bir fonksiyona sahiptir. Kolluk

¹⁵ European Committee For The Prevention Of Torture, 2008; Association For The Prevention Of Torture, 2006.

¹⁶ Karaosmanoğlu, s.13.

¹⁷ Cerrah, İ., **Avrupa Konseyi Avrupa Polis Etiği Kuralları ve Türkiye’de Güvenlik Personelinde Mesleki Sosyalleşme**, Tesev Yayınları, İstanbul, 2008, s.90.

hizmetleri politikalarının, devlet güvenliği kavramından vatandaş güvenliği kavramına geçilmesi, re aktif güvenlik hizmeti anlayışından pro aktif hizmet anlayışına geçilmesi anlayışı ve bürokratik yönetim anlayışından demokratik yönetim anlayışına geçme gibi modern güvenlik hizmeti anlayışı sivil gözetimin temel amaçlarını ve sivil denetimin gerekçelerini oluşturmaktadır.¹⁸

Sivil Gözetimin iki şekli vardır bunlar dikey ve yatay sivil gözetimdir. Dikey gözetim (hiyerarşik gözetim), kolluk kuvvetleri üzerinde yasalarla kendisine yönetme ve yaptırım uygulama gücü verilen kurumlar tarafından gerçekleştirilir ve genellikle faaliyetlerin denetimi şeklinde tezahür eder. Meclis denetimi, adlî ve idarî yargıdan oluşan adlî denetim, İçişleri Bakanlığının denetimi, müfettişlikler, iç denetim mekanizmaları, vali ve kaymakamların denetimi, bağımsız kurul veya organlar da dikey gözetim yapmaktadırlar. Ombudsman, kişisel veri koruma kurumu, işkenceyi önleme komisyonu, güvenlik etiği komisyonu, güvenlik kuvvetleri tarafından yönetilen gözaltı merkezlerinin denetçisi ve bağımsız kolluk şikâyet komisyonu gibi kurumlar dikey bağımsız sivil gözetim mekanizmalarını oluşturmaktadırlar.

Sivil toplum kuruluşları ve medya yatay sivil gözetim yapıları kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁹ Halkın, sivil toplum kuruluşlarının güvenlik politikalarının oluşturulmasına katılmaları, yerel yönetimlerle işbirliği yapılması, iç güvenlik politikalarının şeffaflığı kolluğun diğer kurumlarla işbirliği yatay sivil gözetim kapsamındadır.²⁰ Yatay gözetim halkın ve sivil toplumun yerel güvenlik politikalarının oluşturulmasına katılımlarının ve katkılarının teşvik edilmesi, yerel yönetimlerle işbirliği yapılması ve medyaya karşı şeffaflık olarak tanımlanabilir.²¹ Yatay gözetim çerçevesinde oluşturulan organlar hiyerarşik organ değildirler; fakat kolluk kuvvetleri ile diğer kurum-

¹⁸ Yavuzdoğan, S., İngiltere’de Bağımsız Kolluk Şikâyet Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt: 12, Özel S., 2010, s.1233.

¹⁹ Yavuzdoğan, s.1233-1234.

²⁰ Yıldız, s.8.

²¹ Kuyaksıl, A., Yeni Kamu Yönetimi Anlayışı ve Yerelleşme Perspektifinden İç Güvenlik Hizmetlerine Bir Bakış, **II. Bölgesel Sorunlar ve Türkiye Sempozyumu**, 1-2 Ekim 2012, s.444.

lar arasında daha fazla işbirliğine, şeffaflığa ve halka karşı hesap verebilir olmaya katkı sağlarlar.²² Ancak; etkin, işlerlik kazanmış, kurumsallaşmış bir sivil gözetim mekanizması ile anayasa tarafından teminat altına alınmış kişi hak ve özgürlükleri ile demokratik hakların gelişmesinden bahsedilebilir.²³

Sivil gözetimin bir diğer önemli bölümü olan vatandaşların sivil demokratik haklarının geliştirilmesi, güvenlik politikalarına vatandaş ve yerel yönetimlerin katılımlarının sağlanması ile mümkün olmaktadır. Ulusal güvenlik konseyleri, vatandaş beklentileri konusunda yapılan ulusal araştırmalar, kent güvenliği forumları, yerel güvenlik sözleşmeleri, yerel güvenlik konseyleri ve yerel istişare mekanizmaları bu amaçla oluşturulan mekanizmalardır.²⁴

II. SİVİL GÖZETİMİN TEMEL İLKELERİ

Sivil gözetimin temel ilkeleri Yıldız'a göre kolluk hizmetinin hukuki olması, hesap verebilirlik, hiyerarşik denetim ve teftişler, adli kuruluşların yaptığı denetim ve şeffaflık ve ortaklıktır.²⁵

Kamu hizmetlerinde yerelleşme idare tarafından amaçlanan bir husustur, zira devlet yapısının gelişmesiyle yereldeki ihtiyaçlara cevap verebilme oranı düşmüş, bu husus da toplumun devlete duyduğu güveni sarsar hale gelmesine neden olmuştur. Güvenlik alanında da benzer kaygılarla dünyada bir süredir çeşitli ülkeler güvenlik güçlerinin devletin kendisini muhafaza eden, koruyan bir kurum değil halka hizmet eden bir kurum haline gelmesi yönünde adımlar atmışlardır.

Sivil gözetim alanında faaliyet gösteren birkaç STK bulunmaktadır. Güvenlik konusunda da bir adım olarak Türkiye'de Toplum Destekli Polislik Hizmetleri Yönetmeliği, 2009 yılında yürürlüğe girmiştir. Böylece, Türkiye'de güvenlik hizmetleri alanında güvenlik politikalarına halkın katılımı

²² Kuyaksil, s. 443.

²³ Yavuzdoğan, s.1233.

²⁴ Eroğul, s. 3.

²⁵ Yıldız, s.9.

ve yerel katılım hız kazanması beklenebilir. Toplum Destekli Polisliğin amacı; katılımı sağlayan, çevrenin sosyal yapısıyla bütünleşmiş, topluma ulaştığına yakın, kaliteli güvenlik hizmeti sunan ve toplumun güvenlik taleplerine her durumda cevap veren, güvenlik olgusuna bütüncül yaklaşan örnek bir polis modeli oluşturmayı ve bu modeli bütün polis birimlerine benimsetmektir. Bu uygulamanın başarısı için vatandaşın polisi, polisinde görev yaptığı alandaki vatandaşı mümkün oldukça çok iyi tanıyarak karşılıklı güven ortamı oluşmalıdır. Bu nedenle bu birimde görev yapan polislerin görev yeri ve ilinin çok önemli bir neden olmadan değiştirilmemesi gerekir. Çünkü bu değişiklikte polisin yapmış olduğu kişisel birikim ve vatandaştan kazanmış olduğu güven boşa gitmektedir. Yerine görevlendirilen yeni bir polisin aynı tecrübe ve güveni kazanması zaman alacaktır.²⁶

Kolluk güçlerine, kişi hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan birtakım yetkiler (durdurma, arama, tutuklama, iletişimin izlenmesi, vb.) verilmiştir. Bu yetkileri kullanan birimlerin ve personelin hem politika oluşturma düzeyinde, hem de bireysel işlem ve eylemleri düzeyinde kontrol edilmesi önemlidir. İnsan haklarının ve özgürlüklerinin korunması ve demokratik hakların geliştirilmesi için bu alanlara müdahale yetkisi bulunan kolluk güçlerinin sivil otoritelerce kontrolü gerekmektedir.

III. AVRUPA POLİS ETİĞİ KURALLARI (APEK)

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 2001 yılında AK üyesi ülkelerin kolluk kuvvetlerine tavsiye niteliğindeki etik kuralları demokratik toplumlardaki kolluk kuvvetlerinin hedefleri, etkinliği ve yönetiminde yol gösterici olacak bir dizi ilke ve kural saptamayı hedeflemektedir ve büyük ölçüde AİHS'den etkilenmiştir.²⁷ Polis etiği kuralları polisin ortak standartlara kavuşturulması yönündeki bir sürecin yalnızca ilk adımını teşkil etmektedir. Avrupa konseyine üye olan ülkemiz kolluk kuvvetleri açısından da APEK geçerlidir.

Avrupa Polis Etiği Kuralları olarak belirtilen APEK her ne kadar polis

²⁶ Kuyaksil, s.449.

²⁷ Cerrah, s.16.

olarak belirtilmiş olsa da tüm iç güvenlik birimleri için geçerlidir. Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan (APEK) Fransa ve İspanya gibi ülkelerden jandarma subaylarının da katılımıyla hazırlanmış olmasına rağmen belgeye Avrupa Polis Etiği Kuralları adı verilmiştir. Sonuç olarak, hazırlanan bu belge sadece polisleri değil, Avrupa ülkelerinde iç güvenlik hizmeti sunan jandarma teşkilatlarına da hitap etmektedir.

Genel olarak halk, emniyet güçlerinin görevlerini saygın ve demokratik amaçlar için etik açıdan kabul edilebilir biçimde yapmakta olduklarına inandıkları sürece, emniyet güçlerinin meşru yetkilerine rıza gösterir ve uygulamaları memnuniyetle karşılar. Bunun karşılığında, emniyet güçlerinin de görevlerini yaparken toplumun kendilerine güvenmesini, onları desteklemesini ve onlarla işbirliği yapmasını beklemeye hakkı vardır. Demokrasilerde yer alan bu fikirler Avrupa Konseyi politikalarının merkezinde yer almaktadır.²⁸ Halkın, polisin görevini ifa ederken belirli kurallara uyacağı, objektif, insan haklarına saygılı ve tarafsız olacağı yönünde ne kadar inancı geliştirse, polis ile halk işbirliği ve polise duyulan güven de o kadar gelişecektir.

APEK'e göre düzenlenen Avrupa Polis Etiği Yönetmeliğinde (APEY) yer alan birkaç örneği zikredecek olursak;

APEY 5. 1'e göre "İç güvenlik görevleri bir hizmettir."

12. maddeye göre "Polis, hukukun toplumda hâkim olması için gelişen ve halka hizmet sunan bir meslek grubu ve halkın saygısını kazanmak amacı olan bir kurum olarak yapılandırılmalıdır."

13. maddeye göre "Sivil toplumda polis teşkilatı, görevlerini yerine getirirken sivil yetkililerin sorumluluğu altında çalışmalıdır."

5. 2' ye göre, "İç Güvenlik Sektörü , sivil toplumun katılım ve denetimine açık olmalıdır."

18. maddeye göre "Polis teşkilatı, polis halk ilişkilerini geliştirecek, diğer kurum ve mahalli topluluklarla, sivil toplum kuruluşlarıyla ve halkı temsil eden diğer kurumlarla etkili işbirliği kuracak ve geliştirecek şekilde organize edilmelidir."

²⁸ Cerrah, s.59.

5. 3'e göre "İç Güvenlik Sektörünün eğitimi demokratik değerler içermeli ve topluma açık olmalıdır."

26. maddeye göre, "Çağdaş demokrasinin temel değerleri, hukuk devleti ve insan haklarının korunması prensiplerine dayanan polis eğitimi, polisin amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik bir program uygulamalıdır."

27. maddeye göre "Polis eğitimi olabildiğince halka açık olmalıdır."

5. 4'e göre "İç Güvenlik Sektörü hesap verebilir olmalıdır."

58. maddeye göre "Polis devlete, yurttışa ve onların temsilcilerine karşı sorumlu olmalıdır."

59. maddeye göre "Devletin polis üzerindeki denetimi yasama, yürütme, yargı güçleri arasında bölüşürülmelidir."

IV. SİVİL GÖZETİMİN GEREKLİLİĞİ

Kolluk güçlerine, kişi hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyan durdurma, arama, tutuklama, iletişimin izlenmesi, vb. yetkiler verilmiştir. Bu yetkileri kullanan birimlerin ve personelin hem politika oluşturma düzeyinde, hem de bireysel işlem ve eylemleri düzeyinde kontrol edilmesi önemlidir. İnsan haklarının ve özgürlüklerinin korunması ve demokratik hakların geliştirilmesi için bu alanlara müdahale yetkisi bulunan kolluk güçlerinin sivil otoritelerce kontrolü gerekmektedir. Bu gerekliliğin farkında olan dünya ülkelerinde yaklaşık 40 sene evvel zor kullanma yetkisini haiz kolluğun yine kolluğun içinden seçilen veya devlet otoritesi altında bulunan kurumlarca denetiminin yetersiz olduğu ve kamuoyunun gözünde bu hususun güvensizliğe neden olduğunun fark edilmesiyle, denetim mekanizmasının devlet kontrolü ve etkisi altında olmayan objektif sivil otoritelerce denetlenmesi düşüncesi gelişmiştir. Ülke içinde insan haklarının korunması, desteklenmesi veya izlenmesi amacıyla ulusal insan hakları kurumları oluşturulan 90'ın üzerinde ülke vardır.²⁹ Kolluk personeli ile ilgili şikâyetlerin bağımsız bir şekilde soruşturulduğu bağımsız bir kolluk şikâyet sistemi komisyonu veya kurulu İngiltere, Galler, Norveç, İrland-

²⁹ http://elearning-events.dit.ie/UNICEF-TK/unit1/1_1_4.htm. E.T. 11.06.2014

da, Belçika gibi birçok gelişmiş ülkede bulunmaktadır.³⁰ Bu husustaki gereklilik düşüncesi ülkemizde yakın tarihlerde canlanmaya başlamış Avrupa Birliğine uyum sürecinde bu konular gündeme alınmıştır. AİHM kararları, TÜSİAD raporları, Başbakanlık İşkence ve Kötü Muamele ile Etkin Mücadele Raporu 2008, Avrupa Polis Etiği Sözleşmesi, Avrupa Konseyi, Uluslararası Af Örgütü İncelemeleri ve Avrupa Birliği Türkiye’de kolluk kuvvetleri hakkındaki şikâyetleri soruşturacak bağımsız ve etkin bir kurumun kurulması gerektiği konusuna işaret etmektedirler.

Kamu işlevinin tarafsızlığının mümkün olduğu en geniş ölçüde sağlanması için idarenin bazı işlevlerinin siyasi organdan bağımsız, hızlı hareket edebilme yetkisi ile donatılmış, uzman kişilerle sivil toplumun bünyesinden çıkan kişilerden oluşan kuruluşlarca yerine getirilmesi zorunludur.³¹

Türkiye AİHS’ne taraf bir ülkedir. AİHS’nin 3. Maddesinde “Hiç kimseye işkence veya insanlık dışı muamele veya ceza verilemeyeceği” hususu düzenlenmiştir. Taraf olmanın verdiği bir sorumluluk olarak Türkiye uygulamalarında sözleşmenin gereğini yerine getirmekle mükelleftir. Ancak bugün AİHM kararları incelendiğinde Türkiye en fazla mahkûmiyetine karar verilen ülkeler arasında ön sıralardadır. AİHM’nin Türkiye’ye yönelik pek çok mahkûmiyet kararı da AİHS’nin 3. Maddesine ilişkindir. İşkence ve kötü muameleyle ilişkin olarak; gösteriler ve tutuklamalar sırasında, resmi gözaltı merkezlerinde ve ceza evlerinde aşırı güç kullanımının endişe kaynağı olmaya devam ettiği son ilerleme raporunda dile getirilmiştir.³² AİHM mevcut şikâyet sisteminin ve prosedürünün AİHS 1. ve 3. Maddelerini karşılamada yetersiz olduğundan bahsetmiş ve Türkiye aleyhine kararlar vermiştir.³³ Bu durum dahi kolluğun gözetim ve denetimine ilişkin mevcut kontrol araçlarının yetersiz kaldığına işaret etmektedir.

Öte yandan Avrupa Birliğine üyelik amacıyla reformlar yapan ve düzenlemeler yoluna giden bir ülke olarak Türkiye’den beklenen de insan haklarına saygılı, demokratik toplum düzenini benimsemiş, hak ihlallerine konu olma-

³⁰ Yavuzdoğan, s.1232.

³¹ Atay, E.E., **Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.X, sayı 1, 2006, s.261.

³² Avrupa Birliği Komisyonu 2013 Yılı Türkiye Raporu, s.52.

³³ Yavuzdoğan, s.1249.

yan, özgürlüklerin yerine getirildiği, adil yargılanmanın ve objektif soruştur-
maların gerçekleştirildiği bir toplum düzenidir. Bu amaçla kurulacak kontrol
mekanizmasının, belirtilen sebeplerle haklara müdahale hususunda yetki ta-
ninan kolluğun, yapacağı hukuka aykırı uygulamalarda yapılacak soruşturma-
nın objektif olduğu hususunda kamuoyunda algı oluşmalıdır. Mevcut sistemde
kolluğa ilişkin şikâyetler yine büyük oranda kolluk tarafından araştırılıp sonuca
bağlandığından mesleki taraf tutma, soruşturmaların liyakatsiz personelce üs-
tünkörü yapılması, kamuoyunda şikâyetlerin tarafsız ve çok yönlü araştırılma-
dığı algısını doğurmuştur. Kolluk hizmetini alan taraf kamuoyudur. Dolayısıyla
bu hizmeti alanların, bu hizmetin sonuçları üzerinde doğan kamunun, hizmet
kalitesi ve yerindeliği hususunda daha objektif ve en doğru tespitleri yapabile-
ceği, hizmetin aksayan yönlerini belirleyebileceği kabul edilmelidir.

AB tarafından da ülkemizde hala bağımsız bir kolluk gözetim komisyo-
nu kurulmamış olması eleştirilmiştir.³⁴ Meydana gelen toplumsal olaylar-
da en temel hak olan yaşama hakkının ihlali olarak ölüme kadar varan pek
çok hak ihlallerinin iddialarına ve varlığına şahit olmaktayız. Bu hususla
ilgili gazeteci yazar Deniz Zeyrek 'in 'Çare Sivil Denetim' başlıklı yazısında:
"İnsanlar, hak ve özgürlükleriyle vardır. Devletler, yasama organları ara-
cılığıyla çıkaracakları kanunlarla bu hakları ve özgürlükleri güvence altına
alırlar. Başkaları karşısında güvence altına almakla kalmaz, bu hakları ken-
disinden (devletten) korumak için de taahhütte bulunurlar. Türkiye'nin
de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bu hakların çerçevesini
en net şekilde çizen evrensel bir belgedir... İktidarda kim olursa olsun,
devlet refleksi demokrasi refleksinin önüne geçebiliyor. Yani mesele siyasi
iktidarın kim olduğuyla ilgili değil, demokrasinin ne kadar yerleştiğiyle
ve geliştiğiyle ilgili. Kolluk kuvvetlerine bağımsız ve sivil bir denetimin
getirilmesi de demokrasiye büyük katkı sağlar. Bu yapılmazsa ne mi olur?
Daha çok "kol kırılır yen içinde kalır" durumu yaşarız"³⁵ diyerek sivil göze-
tim mekanizmalarının ülkemiz için de ihtiyaç olduğunun altını çizmiştir.

³⁴ Avrupa Birliği Komisyonu 2013 Yılı Türkiye Raporu, s.51.

³⁵ http://www.radikal.com.tr/yazarlar/deniz_zeyrek/cale_sivil_denetim-1150840. E.T.
19.05.2014

İnsan Hakları İzleme Örgütünün yayınladığı açık mektupta polisin kötü muamelesi ve şiddeti hususuna değinilmiş³⁶ Türkiye’de Polis Şiddetiyle Mücadele Önündeki Engellerin kaldırılması amacıyla bağımsız ulusal organların kurulması gerektiği “acilen, etkin, bağımsız polis şikâyet birimi kurulmalıdır” şeklinde ifade edilmiştir.³⁷

IV. SİVİL GÖZETİMİN UYGULAMA ŞEKLİ

İnsan haklarının ve özgürlüklerinin korunması ve demokratik hakların geliştirilmesi için bu alanlara müdahale yetkisi bulunan kolluk güçlerinin sivil otoritelerce kontrolü ve denetimi özel önem arz ettiğini belirtmiştik. Bu amaçla ve ayrıca Avrupa Birliğine uyum süreci kapsamında İçişleri Bakanlığı tarafından İç Güvenlik Sektörünün Sivil Gözetiminin Geliştirilmesi Projesi hayata geçirilmeye başlanmıştır. İç Güvenlik Sektörünün Sivil Gözetiminin Geliştirilmesi Projesinin I. aşaması Avrupa Komisyonu tarafından finanse edilmiş, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programının teknik desteğiyle İçişleri Bakanlığı tarafından Aralık 2008-Mayıs 2010 tarihleri arasında uygulanmıştır.³⁸ Proje klasik eşleştirme projelerinde görüldüğü üzere, AB ülkelerinde var olan bir mekanizmayı Türkiye’de yerleştirmeyi amaçlamadığı gibi tek bir ülkeyi de örnek olarak almamıştır. Aksine proje, AB ve Avrupa Konseyi anlaşmaları tarafından kolluk güçlerinin sivil gözetimi ile ilgili ilke ve standartları belirlemekte, Türkiye’yi diğer seçilmiş AB ülkeleri ile sistematik olarak karşılaştırmaktadır. Bu analiz sürecinin tamamlanmasından sonra, birçok ülkenin sivil gözetimle ilgili örnek uygulamaları arasından ülkemiz için yararlı olabilecek hususlar öne çıkarılmaktadır.

Kişisel verilerin korunması için bağımsız kurumların kurulması, kolluk kuvvetlerinin aynı yasal çerçeve kapsamında faaliyet göstermesi, il düzeyinde valiler vasıtasıyla eş güdümünün sağlanması için mekanizmaların oluşturulması, kolluk birimlerindeki üst düzey yöneticilerin eğitimi için ortak bir akademinin kurulması gibi öneriler Fransa, İngiltere, İtalya ve

³⁶ <http://www.hrw.org/news/2011/06/20/yeni-h-k-metin-insan-haklar-konusunda-ki-ncelikleri-hakk-nda-ba-bakan-recep-tayyip-er>), E.T. 19.05.2014

³⁷ http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/turkey1208tuweb.pdf. E.T. 19.05.2014

³⁸ <http://www.illeridaresi.gov.tr/IIller/IIllericerik.aspx?icerik=177>. E.T. 16.05.2014

İspanya uygulamalarından seçilmiştir.

Bunlara ek olarak, pilot il olarak seçilen Erzurum, Niğde ve İstanbul'da yerel güvenlik politikalarının oluşturulmasına valilerin öncülük etmesi ve sivil toplumun bu politikalara katılımının sağlanması için geçici istişare komisyonları oluşturulmuştur.

VI. TÜRKİYE'DE SİVİL GÖZETİM

Güvenlik hizmetlerine sivil katılımın tarihi çok eskilere dayanmaktadır. Ahilik teşkilatı esnaflar tarafından kurulmuş olmasına rağmen kendi üyelerinden daha çok toplumun menfaatlerinin korunması işlevi görerek aynı zamanda mesleki suçlar ile ilgilenerek bir tür mali polis fonksiyonu görmüştür.³⁹ Ombudsmanlık Kavramının ana ocağı İsveç olarak bilinse de İsveç Kralı Demirbaş Karl'ın Osmanlı'ya sığınması ile Osmanlı sistemini inceleyen kralın ülkesine döndükten sonra Ombudsmanlık Kurumu uygulamasına geçmiştir. Böylelikle ombudsmanlık kurumu Osmanlıdan Avrupa'ya taşınmıştır.⁴⁰

“Osmanlı döneminde başlatılan ve İttihat ve Terakki iktidarında pekiştirilen uygulamalardan bir tanesi, polisin mülkî idare amirlerinin denetimine verilmesi ve gerektiğinde mülkî idare amirlerinin polis yöneticisi olarak veya polis yöneticilerinin mülkî idare amiri olarak görevlendirilmesi oldu. Böylece uzun yıllar devam edecek olan polis yöneticilerinin Mülkiye/Hukuk kökenli yöneticiler olması uygulamasının temelleri Osmanlı döneminde atılmış oldu. Cumhuriyetle birlikte bu uygulama uzun süre devam ettirildi. Ancak çok partili hayata geçilmesiyle özellikle mülkî idare amirlerinin polis yöneticisi olarak görevlendirilmesi konusundaki çekişme ve tartışmalar yaşanmaya başladı. Daha sonraki süreçte bazı yasal değişiklikler yapılsa da tartışmalar günümüze kadar uzayan bir çizgide devam etti.”⁴¹

19 Mayıs 1946 tarihinde polis teşkilatında “Zaptiye Meclisi” adı ile öğretim üyeleri ve bazı üst düzey bürokratlardan oluşan, başkanlığını emniyet müdür

³⁹ Ekinci, Y., Ahilik Sistemi Ofset, Ankara, 1989,s. 54-55.

⁴⁰ Demir, G.,**Ombudsman Araniyor**, Ahi Kültürünü Araştırma ve Eğitim Vakfı Yayınları, 2003,İstanbul s.163 vd..

⁴¹ Dikici, A., **Osmanlı'dan Devralınan Uygulama: Mülki İdare Amirlerinin Polis Yöneticisi, Polis Yöneticilerinin Mülki İdare Amiri Olması**, Türk İdare Dergisi, sayı:466, Mart 2010, s.121.

yardımcısının yaptığı 8 kişilik bir kurul oluşturulmuştu. Emniyet Teşkilatının ilk kurulmuş olduğu tarihlerde böyle bir yapılanmaya gidilerek güvenlik hizmeti üreten bu kurumun üzerinde bir sivil ve demokratik kontrol mekanizması kurulmuş olmaktadır.⁴² Zaptiye Meclisinin kararları bağlayıcı değildi.

Türkiye’deki mevcut durum incelendiğinde, iç güvenlik birimlerinin sivil gözetim yapısı; Meclis, Sayıştay, yargı, merkezi düzeyde İçişleri Bakanlığı ve yerel düzeyde Valiliklerin yetki ve uygulamalarıyla şekillenmektedir. Bunlara ek olarak, jandarma, sahil güvenlik ve polis ile ilgili kanunlar ve bunların öngördüğü mekanizmalar da Türkiye’deki iç güvenlik sektörünün gözetimi sisteminin diğer bileşenlerini oluşturmaktadır.⁴³ Bu kapsamda son olarak da, Başbakanlığa bağlı İnsan Hakları Başkanlığı eş güdümünde faaliyet gösteren il ve ilçe insan hakları kurullarından bahsedilebilir.

Bu bağlamda, kolluk güçlerinin faaliyetleri, eylem ve işlemleriyle ilgili olarak kaymakamlar valiyeye, vali İçişleri Bakanına, Başbakan ve genel olarak Bakanlar Kuruluna, İçişleri Bakanı, Başbakan ve Bakanlar Kurulu ise TBMM’ne hesap vermektedirler. Adli soruşturma ile ilgili görevleri bakımından Cumhuriyet savcılarının emri altındadır ve onlara karşı da sorumludur. Ayrıca, kolluğun bütün eylem ve işlemleri idari yargı denetimine tabidir. Yine kolluk görevlilerinin cezai ve hukuki sorumluluklarının tespiti ve bu sorumluluklarından dolayı haklarında yaptırım uygulanması da, adli yargı organlarının görevidir. Kolluk kuruluşlarının faaliyetlerinin siyasi denetimi ise; Bakanlar Kurulu, Başbakan ve İçişleri Bakanını denetlemek suretiyle TBMM tarafından gerçekleştirilmektedir.⁴⁴ Oysa “milli iradenin tecelligâhı” olan TBMM’nin, demokratik hukuk devletinin en önemli sorunlarından birisi olan “kolluğun gözetimi” konusunda daha etkili olmasında zaruret vardır. Bu bağlamda, “kolluk güçlerinin kurumsal işleyişini ve faaliyetlerini sistematik bir şekilde izleyip denetlemek, konuyla ilgili olarak TBMM’ye önerilerde bulunmak ve kamuoyunu düzenli bilgilendirmek” amacıyla, özel bir kanunla, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonuna benzer yapıda ve özelliklerde sürekli bir komisyon (örneğin “İç Güvenlik Komisyo-

⁴² Cerrah, s.123.

⁴³ Kuyaksil,s.446.

⁴⁴ Çilesiz, C., **Anayasal Demokraside Sivil Otorite-Kolluk İlişkileri**, İdarecinin Sesi Dergisi, Kasım-Aralık 2010, Sayı:142, s.32.

nu” gibi) kurulması parlamenter denetim açısından düşünülebilir.

Öte yandan İngiltere’de yer alan IPCC benzeri bir kurul oluşturulmasının gerekliliği de gözetilmelidir. Yine tek bir gözetim mekanizmasından ziyade pek çok farklı araçla sunulan kamu hizmetinin farklı yönleri açısından sürekli ve etkin bir denetim araçları bütünü, hem sunulan hizmet kalitesini artıracak hem de insan hakları konusundaki ihlalleri en aza indirgeyecektir. Sivil gözetim mekanizmalarının doğası gereği bu tür kurumların etkin olarak işlevini yerine getirebilmesi için devletin tüm yapılarının demokratik olgunluğa ulaşması gerektiği gibi, üzerinde sonuç doğuracağı kamuoyunun da insan hakları, demokratik yönetim ve kamu hizmetleri alanında belirli seviyede olgunluğa erişmiş olması gerekir. Düzenleme ve denetlemeler, ihlallerin önlenmesinde yetersiz kalabilmektedir. Kolluğu ve ülkemizi de yakından ilgilendiren hukuk dışı hareketler ile insan hakları ihlallerinin önüne geçilmesinde polis halk işbirliği ile polisle ilgili etkili bir denetimin yanında, yapılacak şikâyetlerin bağımsız bir kurul veya organ tarafından değerlendirilmesi de gerekli görülmektedir.⁴⁵

Türkiye’de farklı alanlarda bağımsız denetim kurumları da bulunmaktadır. Örneğin; İnsan Hakları İl ve İlçe Kurulları, Tüketiciyi Koruma Kurulları gibi kurumların yanı sıra telekomünikasyon, enerji piyasası, şeker piyasası, tekel ürünleri piyasası, sermaye piyasası gibi kendi alanlarını ilgilendiren piyasaları düzenleme ve denetleme amacıyla kurulan birçok üst kurul yıllardır faaliyet göstermektedir.⁴⁶ Diğer alanlarda sivil denetim mekanizmaları ülkemizde aktif olarak kullanılsa da iç güvenlik alanında bağımsız sivil denetim hususu Türkiye için yeni bir yaklaşımdır. İç güvenlik kuvvetlerinin bağımsız gözetim mekanizmaları, verimliliği geliştirmek ve daha adil olabilmek için kurulur. Örneğin, İnsan haklarını korurken, polisteki bilgileri birbirleriyle paylaşmaları için ülkelerin bir “kişisel veri koruma kurumuna” ihtiyaçları vardır.

Kamera ile gözetleme (Türkiye’de “MOBESE sistemleri” olarak tanımlanır)

⁴⁵ Karakuş, O., Etkili Denetim Mekanizması, 2013, http://www.caginpolicisi.com.tr/eski_sitemiz/50/19-20-21-22.htm (Erişim Tarihi:19.05.2014)

⁴⁶ Eryılmaz, M. B., Özel Güvenlik, Ümit Cizre (Ed.), **Almanak: Türkiye 2005- Güvenlik Sektörü ve Demokratik Gözetim**, TESEV Yayınları, İstanbul, 2006.

bütün ülkelerde kamu güvenliği alanında yaygınlık kazanmıştır ve kişisel hak ve özgürlükleri rahatsız edici bir araç olduğu için, bu sistemlerin kullanımını denetleyecek düzenleyici kuruluşlara ve yönetmeliklere ihtiyaç vardır. Güvenlik alanında kamera ile gözetleme kullanımını denetlemek için, bütün AB ülkelerinde kamera ile gözetleme yönetmelikleri ve kurumları mevcuttur. Türkiye’de iletişime müdahale, birden çok kanunla düzenlenmiştir.⁴⁷ Ancak, kamera ile gözetleme kullanımını denetlemek için hiçbir mekanizma oluşturulmamıştır.

Sivil gözetimin bir diğer ayağı olarak ülkemizde Kamu Denetçiliği Kurumu, 2012 yılında Kamu Başdenetçisinin göreve başlaması ile faaliyete geçmiş, 2013 yılından itibaren şikâyetler alınmaya başlanmıştır. Ancak tavsiye niteliğinde karar veren kamu denetçiliği kurumunun şimdiye kadar verdiği kararlara idarenin uyma oranı çok düşüktür.. Oysa bu oran Avrupa ülkelerinde %98 civarındadır. “Ombudsman, diğer denetim mekanizmalarına ilave olarak bireylerin haklarının korunması ve iyi işleyen idarenin gerçekleştirilmesi açısından ikincil bir garanti mekanizmasıdır. Gerek başvuru prosedürünün basit, hızlı ve masrafsız olması gerekse bürokrasinin dışında, her türlü etkiden uzak ve olaylara salt insan hakları yönünden yaklaşması nedeniyle bugün dünyada tercih edilen bir denetim mekanizması haline gelmiştir”.⁴⁸

“Gezi Olayları” olarak bilinen toplumsal olaylarla ilgili kolluğun gösteride bulunanlara karşı hak ihlalleri ve orantısız güç kullandıkları iddiasına ilişkin Kamu Denetçiliği Kurumu’nun 03/12/2013 tarihli tavsiye kararında kolluğun temel hak ve özgürlükler bağlamında ihlallerde bulunduğu tespit edildikten sonra tavsiyeleri arasında:

“Toplumsal olaylar esnasında kolluk görevlilerinin, bireylerin uluslararası sözleşmelerce de garanti altına alınan hak ve özgürlüklerine hanel getirmeksizin ancak zaruri olduğunda kademeli ve orantılı olarak güç kullanmalarını teminen, kontrol, gözetim ve denetimlerinin etkin bir şekilde yapılması, hatalı davranan kolluk görevlilerinin tespit edilmesi ve hesap verebilirliklerini sağlayacak bir izleme mekanizmasının oluşturulması ile ilgili yürütülen yasa çalış-

⁴⁷ 5271/135; 2559/Ek 7; 2803/Ek 5.

⁴⁸ Kestane, D., Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsman (Kamu Denetçiliği), Maliye Dergisi, Sayı 151, Temmuz- Aralık 2006, s.131.

masının ivedilikle tamamlanması,

Toplumsal olaylar esnasında güç kullanımının gerekli, makul ve orantılı olup olmadığının öngörülebilir, açık ve şeffaf bir şekilde tespit edilerek, hatalı davranan kolluk görevlilerihakkında süratli, etkin bir inceleme ve soruşturma için süreci uzatan veya tıkayan işlemlerin kısaltılması veya kaldırılması yönünde gerekli tedbirlerin alınması,” hususlarına yer vererek mevcut denetimlerin yeterince açık ve şeffaf yürütülmediği ayrıca kolluğun hak ihlallerini izleyecek denetim mekanizmalarına duyulan ihtiyaç hususları bir kez daha vurgulanmıştır.⁴⁹ Kamu denetçiliğinin bu yöndeki raporları ülkemizdeki denetim mekanizmalarında sivil gözetime duyulan ihtiyacı gözler önüne sermektedir.

Türkiye’de Bağımsız Sivil Gözetim Kuruluşlarına ve Yeni Kolluk Sistemine İlişkin Kanun Çalışmaları

2010 yılında “Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı” hazırlanmış, ancak henüz yasalaşmamıştır. Tasarının ilk maddesinde kanunun amacına yer verilmiş; kolluk hakkındaki şikâyetlerin incelenmesi ve sonuçlandırılması, daha etkili ve hızlı gerçekleştirilmesi, saydamlık ve güvenilirliklerinin geliştirilmesi, şikâyetlerin merkezi sistemde kayıt altına alınması amacıyla Kolluk Gözetim Komisyonu adıyla bir komisyon ihdasını öngörmüştür.

Adli merciler, askeri makamlar tarafından yapılan iş ve işlemler ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personelin askeri görevlerinden dolayı doğan suçlar Kolluk Gözetim Komisyonunun inceleme alanı dışında bırakılmıştır. İçişleri Bakanlığı bünyesinde, ayrı kamu tüzel kişiliği bulunmayan, yetki alanında bağımsız, görev alanı ile ilgili hiçbir organın emir veya talimat veremeyeceği hususuna yer verilmiştir. Komisyon İçişleri Bakanlığı müsteşarı başkanlığında, kolluktan hiçbir görevlinin yer almadığı, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanı, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürü, öğretim görevlileri ile serbest avukatlardan teşekkül ettirilmesi öngörülmüştür.

Komisyonun görevi tasarının 4. Maddesinde gözetim, izleme ve standart belirleme ile halkın kolluk hakkındaki görüşlerinin tespiti için anket, kamu-

⁴⁹ Kamu Denetçiliği Kurumu Gezi Olayları Kararı, 2013, s.175-176.

yu çalışması vb. çalışmalar yapma, sivil toplum kuruluşları ile işbirliği yapma olarak düzenlenmiştir. Yine komisyonun resen veya şikâyet üzerine harekete geçebileceği, komisyonun belli aralıklarla kamuoyuna bilgi vereceği hususu düzenlenmiştir. Özel kanunlardaki düzenlemeler istisna olmak üzere kamu kurum ve kuruluşlarının bilgi ve belgeleri talep edilmesi halinde verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Tüm şikâyetlerin merkezi bir sistemde kaydedileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Kanun tasarısı 11 madde ve 1 geçici maddeden ibarettir. Söz konusu tasarı hala mecliste oylanmamıştır.

2012'nin mart ayında iç güvenlik hizmetlerinin ve uygulamalarının demokratik toplum düzeni ile hukuk devletinin gereklerine uygun olarak yürütülebilmesi için iç güvenlik kuruluşlarının faaliyetlerini izlemek, denetlemek ve incelemek üzere TBMM'de bir iç güvenlik hizmetleri komisyonu oluşturulması amacıyla "İç Güvenlik Hizmetleri Komisyonu Kanun Teklifi" sunulmuştur. Bu komisyon, iç güvenlikle ilgili uluslararası gelişmeleri izlemek, TBMM gündemindeki konularla ilgili ihtiyaç halinde görüş bildirmek, iç güvenlik kuruluşlarının faaliyetlerinin hukuka, demokratik toplum gereklerine tüm mevzuata, etik ilkelere uygun hale getirmek için, her yıl bu konularda rapor hazırlamak ile görevlendirilmesi öngörülmüştür. Söz konusu tasarı hala mecliste oylanmamıştır.

2013 ve 2014 yıllarında 'Kolluk Kuvvetleri için Taslak Kanun Tasarısı' komisyon toplantıları düzenlenmiştir. Proje kapsamında yabancı teknik danışmanlar, uluslararası uzmanlar ile birlikte İçişleri Bakanlığı, Polis Teşkilatı, Jandarma, Sahil Güvenlik ve Gümrük Muhafaza Yetkilileri de toplantılara iştirak etmiştir. Son toplantıda yapılan değerlendirmeler sonucunda taslak maddelerinin hazırlanmış olan yirmisi Komitenin görüşleri ışığında revize edilmiştir. Söz konusu taslak, Türkiye'nin Avrupa Birliği katılım müzakereleri sürecinde iç kolluk kuvvetlerinin AB standartlarına uyum için uyacağı temel ilkelerin, çalışma prensiplerinin, yetkilerinin ve özlük haklarının belirlendiği bir çerçeve olma niteliği taşımaktadır.⁵⁰

Türkiye uluslararası sahada mahkûm olmaya devam etmektedir. Zor kullanma ve haklara müdahale yetkisine sahip kolluk kuvvetlerinin tek çatıdan idare

⁵⁰ <http://www.sivilgozetim.org.tr/Haberler.aspx?haberId=2>, E.T. 16.05.2014

edilmesi, sivil denetim mekanizmalarından birden fazlasının aynı anda işler olması ve yeni düzenlemelerin uluslararası hukuk, demokratik toplum değerleri ve insan haklarına saygılı devlet olma idealine uygun olması gerekmektedir. Benzer şekilde Yenisey “Yeni Bir Kolluk Kanunu Nasıl Olmalıdır?” isimli yazısında ‘Yeni bir “Kolluk Kanunu” yapılırken de, bireylerin özgürlükleri ile toplumun güvenliğini dengede tutacak bir yaklaşım sergilenmelidir. “Ya özgürlük, ya güvenlik” değil, “özgürlük içinde güvenlik” sağlanmalıdır’ şeklinde belirtmiştir.⁵¹

SONUÇ

Kolluk görevlileri kamu düzenini sağlarken keyfi hareket edemezler. Kamu düzenini sağlarken belli kurallara uygun olarak hareket etmek zorundadır. Kolluk görevlileri anayasal ve yasal sınırlamaların yanında, ölçülülük ilkesine uygun davranmalıdır. Bu sınırlamalara uyulmadan yapılan kolluk faaliyetleri kolluk görevlileri açısından suç oluşturur. Bu nedenle kamu düzeninin sağlanması ile görevli olan kolluk görevlilerinin kamu düzeninin bozulmaması için sınırlamalara mutlaka uyması gerekir.

Sivil toplumdaki uzak yatılı bir ortamda disiplinli bir öğrencilik yaşamı ile başlayan meslek içi sosyalleşme ve yine çoğunluğu aynı mesleği paylaşan kişiler ile geçen bir iş ortamı ve yine aynı meslek mensupları ile geçirilen mesai dışı zamanlar güçlü bir mesleki dayanışma ve bir meslek alt kültürü doğurmaktadır. Bu dayanışma maalesef süreç içerisinde toplum aleyhine bir boyut da kazanarak hak ihlallerine varacak uygulamalara neden olabilmektedir. Meslek alt kültürünün bir sonucu da kollukta oluşan biz ve onlar algısıdır. Turgut Gök-su’nun, Türkiye’de Devlet, Toplum ve Polis isimli eserinde belirttiği gibi: “‘Toplumu dönüştürme projesi’, bir anlamda ‘toplumu adam etme’ projesidir. Polis de toplumu ‘adam edilmesi gerekenler’ olarak görmektedir. Kamu yönetiminin polisin davranışlarını etkilemesi kaçınılmazdır. Ancak polis davranışı üzerinde bunun yanı sıra birçok faktör etkili olmaktadır. Kamu yönetiminin katı bir üniter devlet anlayışına dayanması, merkezîyetçi bir örgütlenme, idari yargı gibi yargılama sistemine sahip olma, ‘geleneksel’ ve ‘hukuki rasyonel’ özelliklerini

⁵¹ http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?pFileName=Kolluk_Kanunu.doc., E.T. . 16.05.2014

bir arada bulundurma, gizlilik esasına göre örgütlenme, sosyal köken itibarıyla orta sınıfa ait olma, sert davranma gereğine inanma gibi...” Merkezîyetçi bir devlet yapısında, devlete ve amirlerine karşı sorumlu olduğu bilinci gelişen kolluk, eylemlerinde hizmet ettiği kamuoyunu ve haklarını göz ardı edebilmektedir. Oysa aslolan hizmetin sunulduğu kesimin hizmet memnuniyeti olmalıdır.

Çağdaş kolluk, suçları yakalamada gösterilen başarı ile değil, ilişkilerin niteliği ve halktan alınan yardımın ve desteğin önemi ile ölçülmektedir. Sürekli halk ile iletişim halinde olan ve empati kuran kolluğun, toplumda edineceği saygınlık büyük oranda halka güven verebilmesine bağlı olarak artacaktır. Evrensel anlayış, kolluğun bir korku kurumu olmaktan çıkartılarak bir güven kurumu haline getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Kolluğun, toplumun rızası ve uzlaşma bağlamında hareket eden bir yapıya dönüştürülmesi gerekmektedir.

Jandarma kurum olarak yaygın bir şekilde modern Avrupa görünümüne uymadığı tartışmaları içerisinde iken Fransa, İtalya ve İspanya gibi modellerde de Jandarmanın başarıları ve elit bir yapısı ile Avrupa dış sınır güvenlik bağlamında gerekliliği teziyle iç güvenlik aktörlerinden olmaya devam etmektedir. Ancak dikkat çeken başka bir gelişme de bazı ülkelerde Polis Teşkilatı ile Jandarma teşkilatlarını birleştirilmesi çalışmalarıdır. Bu konuda en son örnek Belçika olup, Jandarma kurumunu 2001 yılı itibarıyla Polis teşkilatının yapısını geliştirerek kaldırmıştır. Daha önce Polis Teşkilatı ile Jandarma Teşkilatlarını birleştirerek bu konuda uygulama gerçekleştiren başka bir örnek ülke de Yunanistan olmuştur. Almanya Federal Cumhuriyeti ise uygulamanın sürdürüldüğü en son eyaletinde lağvederek 1974 tarihinde Jandarma Teşkilatını kaldırmıştır. Kurumları şekli olarak kaldırmak veya yerine yeni kurumlar koymakla demokratikleşme ve modernleşme sağlanamadığı geçmiş tecrübelerle sabittir. Bu nedenle öncelik, mevcut kurumların güvenlik hizmetlerinde daha etkin, verimli, maliyeti azaltılmış ve özde düşmana karşı eğitim almış profesyonel birimlerden, hakların kullanılabilirliği için kamu düzenini koruyan modern, halkın ihtiyaç ve taleplerine duyarlı demokratik birimlerin oluşturulması yönünde olmalıdır.

Geneli ilgilendiren emniyet ve asayiş konularında mutabakat sağlamak, gayret israfını önlemek maksadıyla, İçişleri Bakanlığı merkez teşkilatı; Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Sahil Güvenlik Komutanlığının koordineli bir şekilde çalışmasını sağlayacak bir yapıya kavuşturulması gereklidir.

Çağımız, bilgi ve ileri teknoloji çağıdır, bu çağın en temel ve vazgeçilmez unsuru bilgi toplumu ve bilgili eğitimli insan gücüdür. Başarılı kurumlara baktığımızda başarılarının arkasında ki en önemli gücün eğitim olduğu görülmektedir. Güvenlik hizmetlerinde başarının temelini etkili bir yönetim, hizmetin gerektiği şartlara uygun eğitilmiş personel ile yeterli teknik donatım ve araç oluşturmaktadır. Personelin sayısından ziyade niteliği önemlidir. Bu nedenle güvenlik örgütlerinde ve özellikle jandarma ve polislerin hizmet öncesi, hizmet içi ve hizmet sırasında eğitim yoluyla göreve yakınlığının arttırılması yararlı olabilecektir.

AB-Türkiye ilişkilerinde insan hakları konusu, AB üyeliğinin olmazsa olmaz koşulu olarak ortaya çıkmaktadır ve ülkemizin bu yöndeki çalışmaları devam etmektedir. Dolayısıyla Türkiye bu alandaki reformlarını daha da hızlandırmak zorundadır. İnsan hakları uygulamaları, temel hak ve özgürlükler üzerindeki sınırların kaldırılması ve demokratikleşme gibi konular önümüzdeki yıllarda gündemde kalmaya devam edecektir.

Ülkemizde demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını ve azınlıkların korunması ve saygı görmesini teminat altına almak amacıyla başta Anayasa olmak üzere Polise görev veren kanunlarda değişiklikler yapılmıştır. Ancak kanun değişikliği yeterli değildir. Uygulamanın da yasaya uygun yürütülmesi zorunludur. Zira Uluslararası Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme Örgütü ve Avrupa Birliği raporlarında ülkemizdeki hak ihlallerinden bahsedilmektedir. İnsan hak ve özgürlüklerinin kullanılmasında güvence olması gereken polisin demokratik toplum düzeninin sürdürülmesine ve hukukun üstünlüğüne dayalı uygulamalarla barışın sağlanmasına katkıda bulunması önemlidir. Bunun için de bireylerin ve toplumun, polisin ürettiği tüm hizmetlere katılması ve bu hizmetleri etkilemesi, denetlemesi ve yönlendirmesi gerekmektedir.

Her ne kadar ülkemizde kolluğun denetim mekanizmaları bulunmakta ise de İçişleri Bakanlığının mülkiye müfettişlerince gerçekleştirilen denetimi, insan hakkı ihlali kontrolü ya da daha iyi hizmet kontrolünden daha çok kolluğun evrak, defter, bina, tayin, iaşe, personel ve lojistik faaliyetlerini içerir; Cumhuriyet savcılarının denetimi nezarethane denetimi ve önüne gelecek soruşturma evrakına ilişkin olmaktadır. Kolluğun kendi hiyerarşisi içinde üstleri tarafından yapılan denetim ise hem sivil bir gözetim değildir hem de şekli bir denetimden öteye geçememektedir, zira kolluğun insan hakkı ihlalleri yine kolluk içinden tayin edilen muhakkikler vasıtası ile yürütülmekte olup bazı suçlar kurum alt kültürü gereği görmezden gelinebilmektedir. Ayrıca merkezî yönetim polisin, amirlerine ve devlete karşı sorumlu olması sonucunu doğurmaktadır, hâlbuki asıl olan polisin güvenlik hizmeti sunduğu halka karşı sorumlu olması eylem ve işlemlerinde halk gözünde meşruiyetini sağlamayı amaçlamalıdır.

Hali hazırda ülkemizde yapılan tüm denetim şekilleri şeffaf, hesap verilebilir ve tatmin edici olmayıp, gerçek manada devlete ve otoriteye değil topluma, kamuoyuna hesap veren sivil bir denetime ihtiyaç vardır. Bu konuda idarenin sivillerce denetimi için, dünyada birçok örneği var olan halk adına kamuyu denetleyen sistem olan kamu denetçiliği kurumu farklı adlar altında bir çok Avrupa ve dünya ülkesinde faaliyet göstermekte olup Türkiye’de de büyük ümitlerle 2012 yılında yasalaşarak uygulamaya konulmuştur. Tüm kamu hizmetleri yönünden olduğu gibi kolluk faaliyeti açısından da sivil bir otorite tarafından denetlenmesi kapsamında değerlendirilebilir, ne var ki; kamu denetçiliği kurumunun icrai yetkisi olmayıp sadece tavsiye niteliğinde kararlar alabilmesi, sadece şikayet mekanizmasına bağlı olup resen harekete geçememesi, Danıştay ve Anayasa Mahkemesine başvuramaması kurumun işlevselliğini azaltmaktadır. Geçtiğimiz yılın faaliyet raporu incelendiğinde ise; kurumun tavsiye kararlarının kamu idarelerinde uygulanma oranı yüzde on dörtte kalmıştır.

Avrupa Birliğine girmeye aday bir ülke olarak Türkiye, dünyada ve Avrupa’da var olan uluslararası eğilimler çerçevesinde siyasal kamuoyu hesap verilebilirliği olan, şeffaf bir kolluk denetimi için anayasal koruma altında olan, daha önce kolluk sistemi içerisinde çalışmamış ve böylece kolluk alt kültürünü

benimsememiş, kolluğa dışarıdan eleştirel, akademik ve ideal bakabilen daha çok akademisyenlerden ve sivil toplum kuruluşları yöneticilerinden oluşan bağımsız bir şikayet ve denetim mekanizması insan hakları ihlallerinin önlenmesi, kolluğun daha kaliteli hizmet vermesi adına ivedilikle kurulmalıdır. Öte yandan tüm gelişmiş ülkelerde olduğu gibi bağlayıcı değil tavsiye niteliğinde karar veren kurum olarak ihdas edilecek bağımsız sivil gözetim kurumunun kuruluş amacına ulaşması; ancak aynı zamanda demokratik, insan haklarına saygılı, kamu hizmetinin halk için olduğu anlayışına dayalı, kamu hizmetlerinin ifasında iktidarın memnuniyetini hedef alan değil, toplumsal uzlaşya ve memnuniyete dayanan kamu otoriteleri, kamu kurumları ve aynı olgunluktaki kamuoyunun varlığına bağlıdır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Aktan, C., Ağcakaya, S., Dileyici, D., Kamu Maliyesinde Hesap Verme Sorumluluğu ve Mali Saydamlık, **Kamu Maliyesinde Çağdaş Yaklaşımlar**, (ed. A. Balcı vd.), Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

Atay, E.E., **Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.X, sayı 1, 2006

Balcı, A., Kamu Yönetiminde Hesap Verebilirlik Anlayışı, A. Balcı, A. Nohutçu, N.K. Öztürk ve B. Coşkun (editörler), **Kamu Yönetiminde Çağdaş Yaklaşımlar**, Ankara, 2003.

Cerrah, İ., **Avrupa Konseyi Avrupa Polis Etiği Kuralları ve Türkiye’de Güvenlik Personelinde Mesleki Sosyalleşme**, Tesev Yayınları, İstanbul, 2008.

Çilesiz, C., **Anayasal Demokraside Sivil Otorite-Kolluk İlişkileri**, İdarecinin Sesi Dergisi, Kasım-Aralık 2010, Sayı:142

Demir, G., **Ombudsman Aranıyor**, Ahi Kültürünü Araştırma ve Eğitim Vakfı Yayınları, 2003, İstanbul

Demirel, D., **Küresel Eksende Devletin Yeni Kimliği: “Etkin Devlet”**, Sayıştay Dergisi, sayı 60, 2006)

Dikici, A., **Osmanlı'dan Devralınan Uygulama: Mülki İdare Amirlerinin Polis Yöneticisi, Polis Yöneticilerinin Mülki İdare Amiri Olması**, Türk İdare Dergisi, sayı:466, Mart 2010

Ekinci, Y., Ahilik Sistemi Ofset, Ankara, 1989

Eroğul, C., Çağdaş Devlet Düzenleri, 6. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2008.

Eryılmaz, B., **Kamu Yönetimi**, Erkam Matbaacılık, İstanbul, 1999.

Eryılmaz, M. B., Özel Güvenlik, Ümit Cizre (Ed.), **Almanak: Türkiye 2005-Güvenlik Sektörü ve Demokratik Gözetim**, TESEV Yayınları, İstanbul, 2006

Erzurumluoğlu, B., **Kolluk Kuvvetlerinin Demokratik Denetimi**, Ankara Barosu Dergisi, Bahar 2009, yıl.67, sayı 2)

European Committee For The Prevention Of Torture, 2008, http://www.coe.int/t/democracy/migration/bodies/cpt_en.asp

Göksu, T., Çevik H. H., Filiz O., Gül S. K., **Güvenlik Yönetimi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Karakuş, O., Etkili Denetim Mekanizması, 2013, http://www.caginpolisi.com.tr/eski_sitemiz/50/19-20-21-22.htm (Erişim Tarihi:19.05.2014)

Karaosmanoğlu, F., İç Güvenlik ve Sivil Denetim, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

Kesim, E., Bir Etik Davranış İlkesi Olarak Hesap Verebilirlik (Hesap Verme Sorumluluğu), *Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu*, Sakarya Üniversitesi, Adapazarı 2005

Kestane, D., Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsman (Kamu Denetçiliği), Maliye Dergisi, Sayı 151, Temmuz- Aralık 2006

Koyuncu, E., İç Güvenlik Sektörünün Sivil Gözetiminin Geliştirilmesi Projesi, İdarecinin Sesi Dergisi, sayı 142, Kasım-Aralık 2010

Kuyaksil, A., Yeni Kamu Yönetimi Anlayışı ve Yerelleşme Perspektifinden İç Güvenlik Hizmetlerine Bir Bakış, **II. Bölgesel Sorunlar ve Türkiye Sempozyumu**, 1-2 Ekim 2012

Samsun,N., Hesap Verebilirlik ve İyi Yönetişim, www.deu.edu.tr/userweb/hilmi.coban/hesap%20verebilirlik.pdf (Erişim Tarihi:22.05.2014)

Turgut, K.,İnsan Hakları Komisyonu Başkanı Prof. Dr. Zafer Üskül: “Kolluk Görevlisine Gösterilen Şefkat Kollama İradesi Vatandaşa Gösterilmemektedir”, İdarecinin Sesi Dergisi, sayı 142, Kasım-Aralık 2010

Yavuzdoğan, S., İngiltere’de Bağımsız Kolluk Şikayet Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt: 12, Özel S., 2010, s.1231-1256 (Basım Yılı: 2012).

Yıldız, A.K., **Mülki İdare amirlerinin Kolluk Güçleri Üzerindeki Denetim Yetkisi**, İç Güvenlik Sektörünün Gözetiminin Geliştirilmesi Projesi Açılış Toplantısı, 23 Ocak 2013

İMAR PARA CEZALARINA KARŞI AÇILAN DAVALARDA GÖREV SORUNU VE GÖREVE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN ÖLÇÜLÜLÜĞÜ

Die Frage der sachlichen Zuständigkeit bei Klagen, die gegen einen baurechtlichen Bußgeldbescheid erhoben werden, und die Verhältnismäßigkeit der Zuständigkeitsregelungen

Yrd. Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU*

ÖZET

İmar para cezaları Türk hukukunda birer idari işlem olarak kabul edildiklerinden, aksine özel bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde bu cezalara karşı açılacak davalar idari yargı mercilerinin görev alanına girecektir. Ancak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda bu konuda özel bir düzenleme mevcuttur. Bu nedenle imar para cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli yargı mercii Kabahatler Kanunu'nun yargı yoluna ilişkin hükümlerine göre belirlenmektedir. Kanunun 27. maddesi idari para cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların kural olarak sulh ceza hakimlikleri tarafından karara bağlanması gerektiğini, ancak aynı maddenin 8. fıkrasında belirtilen şartların mevcut olduğu hallerde görevli yargı merciinin idare mahkemeleri olacağını hükme bağlamaktadır. Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin hükümleri somut bazı olaylarda birtakım sorunlara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu hükümler aynı konuda tesis edilen imar yaptırımlarından bazılarının idare mahkemelerinde, diğer bazılarının ise sulh ceza hakimliklerinde karara bağlanmasını mümkün kılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin büyük önem atfettiği yargılamanın bütünlüğü ilkesi dikkate alındığında, Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin hükümlerinin ölçülülük ilkesine uygun olmadığı açıktır. Ancak Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya aykırılık iddialarını reddetmiştir.

Anahtar Kelimeler: İmar para cezaları, idari yaptırımlar, Kabahatler Kanunu, görev, ölçülülük ilkesi.

ZUSAMMENFASSUNG

Ein baurechtlicher Bußgeldbescheid wird im türkischen Recht als ein Verwaltungsakt qualifiziert. Deshalb ist für Klagen, die gegen einen baurechtlichen

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, tahirmuratoglu@yahoo.com.

Bußgeldbescheid erhoben werden, der Verwaltungsrechtsweg gegeben, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes vorgeschrieben ist. Ein solches Gesetz liegt vor. Das ist das türkische Ordnungswidrigkeitengesetz (Kabahatler Kanunu, Gesetz Nr. 5326). Das sachlich zuständige Gericht für Klagen gegen einen baurechtlichen Bußgeldbescheid wird nach Vorschriften dieses Gesetzes über den Rechtsweg bestimmt. Diese Vorschriften sehen vor, dass die Streitigkeiten, die aus Verwaltungssanktionen entstehen, grundsätzlich von Amtsgerichten entschieden werden. Liegen jedoch die im § 27 Abs. 8 des Ordnungswidrigkeitengesetzes vorgesehenen Bedingungen vor, so werden diese Streitigkeiten von Verwaltungsgerichten entschieden. Betrachtet man die Vorschriften des türkischen Ordnungswidrigkeitengesetzes über den Rechtsweg näher, so kommt man zum Ergebnis, dass diese Vorschriften in bestimmten Fällen nicht unwichtige Schwierigkeiten mit sich bringen können. Diese Vorschriften führen unter anderem dazu, dass baurechtliche Sanktionen, die im gleichen Zusammenhang erlassen worden sind, manchmal von Verwaltungsgerichten manchmal von Amtsgerichten entschieden werden. Zieht man den Grundsatz der Vollständigkeit des Verfahrens, den das türkische Verfassungsgericht mehrmals betont hat, mit in Betracht, so kommt man zum Schluss, dass die Vorschriften des türkischen Ordnungswidrigkeitengesetzes über den Rechtsweg unverhältnismäßig sind. Das türkische Verfassungsgericht hält jedoch diese Vorschriften für verfassungsgemäß.

Stichwörter: Bußgeldbescheid, Baurecht, Verwaltungssanktionen, das türkische Ordnungswidrigkeitengesetz, das Verhältnismäßigkeitsprinzip.



A. GİRİŞ

İmar para cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi yargı kolundaki mahkemeler tarafından çözümleneceği konusunda özel bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca bu konuda bu kanunun göreve ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur. Ancak Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin 27. maddesi incelendiğinde, bu düzenlemenin de kanunun amacı ile örtüşmeyecek bir şekilde görev konusunu net olarak açıklığa kavuşturmadığı ve birtakım belirsizliklere sebebiyet verdiği görülecektir. İşte bu çalışmada imar para cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi yargı mercileri tarafından karara bağlanması gerektiği

konusu incelenecek ve Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemele-
rinin sebebiyet verdiği olumsuz sonuçlara değinilecektir. Konuya başlarken
öncelikle idari uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalara bakmakla görevli yargı
kolu ile ilgili genel bazı açıklamalar yapılacak (B), ardından da daha özele inile-
rek idari yaptırımlardan, bu arada imar para cezalarından kaynaklanan uyuş-
mazlıklarda yargı yolunu düzenleyen Kabahatler Kanunu'nun ilgili hükümleri
ele alınacaktır (C). Daha sonra Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenle-
meleri bağlamında karşılaşılabilecek sorunlar ve özel durumlar hakkında bilgi
verilecek, bu sorunlar ve özel durumlara çözümler aranacaktır (D). Kabahatler
Kanunu bağlamında mevcut hukuki durum bu şekilde açıklandıktan sonra bu
kanunun göreve ilişkin hükümlerinin ölçülülük ilkesine uygun olup olmadıkları
incelenecek (E), Anayasa Mahkemesi tarafından bu hükümler bağlamında ve-
rilen kararlar eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilecek (F) ve "Sonuç" kısmı
ile çalışmaya son verilecektir (G).

B. İDARİ UYUŞMAZLIKLARDAN KAYNAKLANAN DAVALARDA GÖREV

Osmanlı döneminde, 1868 yılında hükümet ile eşhas beynindeki davalara
bakmak üzere Şurayı Devlet kurulmuş, böylece adli yargıdan ayrı bir idari
yargının temelleri atılmıştır.¹ Takip eden yıllarda Şurayı Devlete gereken önem
verilmemiş, 1876 yılında ayrı bir idari yargı sisteminden vazgeçilerek Şurayı
Devletin idari yargı ile ilgili görevleri önemli ölçüde azaltılmış, 1922 yılında
da Şurayı Devlet kurumunun varlığına son verilmiştir. Ancak bundan kısa bir
süre sonra 1924 Anayasası ile Şurayı Devlet tekrar kurulmuştur.² 1924 Ana-
yasası'nın 51. maddesi Şurayı Devletin görev alanını belirlerken *idari dava ve*
ihtilafları rüyet ve hal etmek ifadesini kullanmış, böylece *idari dava* kavramı ilk
kez Türk hukuk literatürüne girmiştir.³ Şurayı Devlet ismi 1938 yılında Devlet

¹ Buna karşın *Karahanoğulları* idari yargının tarihini Şurayı Devlet'ten başlatmanın doğru olmayacağını, bu bağlamda temsili taşra meclislerinin ve Meclisi Valayı Ahkamı Adliyenin unutulmaması gerektiğini ifade etmektedir. KARAHANOĞULLARI, Türkiye'de İdari Yargı Tarihi, s. 135 vd. Konu hakkında bkz. ŞENLEN, İdari Yargının Doğuşu, s. 401 vd.

² GÖZÜBÜYÜK / TAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 33 vd.; GÖZLER, İdare Hukuku, s. 59; YAYLA, İdare Hukuku, s. 397 vd.

³ KARAHANOĞULLARI, Türkiye'de İdari Yargı Tarihi, s. 234.

Şurası,⁴ 1945 yılında ise Danıştay olarak değiştirilmiştir.⁵

1961 Anayasası'nın 140. maddesinin ilk fıkrası Danıştayın kanunların başka idari yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece idare mahkemesi olduğunu hükme bağlamış, ikinci fıkrası ise Danıştayı 1924 Anayasası'nda olduğu gibi idari uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlenmekle görevlendirmiştir. 140. maddenin 2. fıkrasında geçen *idari uyuşmazlıklar ve davalar* ifadelerinden ne anlaşılması gerektiği konusunda tartışmalar yapılmış, bu tür davaların kanuni bir düzenleme yoluyla idari yargı kolu dışında yer alan mahkemelerin görev alanına sokulmasının mümkün olup olmadığı konusunda farklı görüşler ortaya atılmıştır.⁶ Ancak Anayasa Mahkemesi idari davalardan kastın idari işlem veya eylemler dolayısıyla açılan iptal ve tam yargı davaları ile idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar dolayısıyla açılan davalar olduğunu ifade etmiş, kanun koyucunun dahi bu tür davaları idari yargı kolunun dışındaki bir mahkemenin görev alanına sokamayacağına karar vermiştir.⁷ Anayasa Mahkemesine göre 1961 Anayasası'nın 140. maddesinin 1. fıkrası Danıştayın, yani idari yargının görevini açık ve kesin bir biçimde çizmiş ve belirlemiştir. *"Bu ilkenin bu denli açıklığı ve kesinliği karşısında, Danıştayın görev alanına giren bir anlaşmazlığın çözümünün adli yargı yerine bırakılması konusunda yasama organının takdir ve seçme serbestisine sahip olduğunu öne sürme olanaksızdır. Çünkü kanunların başka idari yargı yerlerine bırakmadığı bütün idari davaları ilk derece idare mahkemesi sıfatıyla çözüme yetkisi kesin olarak Danıştaya aittir. Yasama organının kanun koymak suretiyle kullanabileceği takdir hakkı ise, o idari davanın çözümünü başka bir*

⁴ Bkz. 21.12.1938 tarih ve 3546 sayılı Devlet Şurası Kanunu: 30.12.1938 tarih ve 4098 sayılı RG.

⁵ DURAN, Atatürk Döneminde Danıştay, s. 3.

⁶ Bu konudaki tartışmalar için bkz. TAN / AKILLIOĞLU, 1961 Anayasası, s. 36 vd.; ÖZAY, Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı, s. 29. Aynı sempozyumun birinci oturumunun *Tartışmalar* bölümünde de bu konu tartışılmıştır. Bkz. ÖZAY, s. 67 vd., 69, 73; ULER, s. 69 vd.; GÜLTEKİN, s. 72; ÖZDEŞ, s. 74; YAYLA, s. 79 vd.

⁷ Bu ifade ile Anayasa dışında kalan kanuni düzenlemeler kastedilmektedir. 1961 Anayasası'nın 140. maddesine 1971 yılında eklenen altıncı fıkra ile asker kişilerle ilgili idari eylem ve işlemlerin yargısal denetimi Askeri Yüksek İdare Mahkemesine bırakılmıştır. Konu hakkında bkz. SUNAY, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Görev Kriterleri, s. 8 ve 21 vd.

idari yargı merciine, yani alt derece idare mahkemesine bırakılmaktan ibaret kalır ki, bu halde dahi Danıştayın üst derece idare mahkemesi niteliğini koruyacağı açıktır.”. Yine Anayasa Mahkemesine göre “idare hukuku esaslarına göre idari eylem veya işlem sayılan konulara karşı adli yargı yerlerinde bir yasa ile dava açılabileceğinin ve yargı denetiminin bu yolla sağlanabileceğinin kabul edilmesi, Anayasa ilkelerine ters düşen ve şekli bir denetimden öteye gitmeyen bir görüş olur.”⁸

1982 Anayasası'nın 155. maddesinde Danıştayın görevleri sayılırken 1961 Anayasası'nın 140. maddesinin 2. fıkrasından farklı olarak sadece *davaları görmek* ifadesine yer verilmiş, *idari uyuşmazlık ve dava* ifadeleri terk edilmiştir. Bu değişiklikten hareketle artık idari nitelikteki davaların kanun koyucu tarafından başka yargı kollarındaki mahkemelerin görev alanına sokulabileceği sonucuna ulaşılabilir. Ancak Anayasa'da yapılan bu değişiklik dahi 1961 Anayasası'nın 140. maddesi bağlamında yapılan tartışmalara son vermemiştir. *Günday'a* göre 1982 Anayasası'nın 157. maddesinin 1. fıkrası özel görevli bir idari yargı yeri olan Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanını anayasal bir güvenceye kavuşturmuştur. “*Bu güvence nedeniyledir ki, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerin yargısal denetimlerinin kanunla, değil sivil adli yerlerinin, sivil idari yargı yerlerinin dahi görev alanı içine sokulması olanaksızdır. Özel görevli bir idari yargı yerinin görev alanını güvence altına almış olan bir Anayasanın genel (=sivil) idari yargının görev alanını güvence altına almadığından söz edilemez.*” Yazara göre asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin kanunla Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanı dışına çıkarılması nasıl olanaksız ise, aynı şekilde asker kişileri ilgilendirmeyen ya da askeri hizmete ilişkin olmayan idari eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin sivil idari yargının görev alanı dışına çıkarılması da olanaksızdır.⁹

⁸ Anayasa Mahkemesinin 25.05.1976 tarih ve E. 1976/1, K. 1976/28 sayılı kararı: 16.08.1976 tarih ve 15679 sayılı RG, s. 5. Konu hakkında bkz. GÜNDAY, İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları, s. 348 vd.

⁹ GÜNDAY, İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları, s. 353 vd. Buna karşılık yazar idari işlem ve eylemlerle uzaktan ya da yakından ilgili olmakla beraber, bu işlem ve eylemlerin hukuka uygunluk denetimlerinin yapılmadığı davaların adli yargının görev alanına sokulmasına anayasal bir engel görmemektedir. Bkz. aynı eser, s. 354.

Anayasa Mahkemesi kimi zaman bazı idari uyuşmazlıkları adli yargının görev alanına sokan kanuni düzenlemeleri Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırı bularak iptal etmiş, bu şekilde 1961 Anayasası dönemindeki tutumunu devam ettirmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararları verirken Anayasa'nın 155. maddesinin 2. fıkrasında geçen *davaları görmek* ifadesini *idari davaları görmek* şeklinde okumaya devam etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre "Anayasa'nın 'yargı yolu' başlığı altındaki 125. maddesinin birinci fıkrasındaki 'idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır' biçimindeki kural, kuşkusuz, yönetimin kamu hukuku ve özel hukuk alanına giren 'her türlü' eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Bunlardan, kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idari yargının, özel hukuk alanındakiler için de adli yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Anayasa kuralları gereğince yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idari eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Tersine bir düzenleme Anayasa'nın 'Kanuni hakim güvencesi' başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında 'hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz' biçimindeki buyurucu kurala aykırılık oluşturur. Bunun içindir ki, Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında, idari uyuşmazlıkları çözümlene Danıştay'ın görevleri arasına alınmıştır."¹⁰

Anayasa Mahkemesi zamanla idari davaların adli yargı kolundaki mahkemelerin görev alanına sokulamayacağı konusundaki içtihadını yumuşatmıştır.¹¹ Anayasa Mahkemesine göre yasama organının bu konuda mutlak bir takdir yetkisi bulunmamakla birlikte haklı bir neden ve kamu yararının bulunması durumunda bir idari uyuşmazlığın çözümünün adli yargı mercilerine bırakılması mümkündür. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine göre bu iki şartın mevcut olduğu durum-

¹⁰ Anayasa Mahkemesinin 28.06.1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı: 20.03.1996 tarih ve 22586 sayılı RG, s. 50. Benzer kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesinin 09.12.1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı: 24.01.1995 tarih ve 22181 sayılı RG, s. 22; Anayasa Mahkemesinin 22.12.1988 tarih ve E. 1988/5, K. 1988/55 sayılı kararı: 25.07.1989 tarih ve 20232 sayılı RG, s. 55. Bu kararların ortak özelliği her üç kararın da idari sözleşmelere ilişkin olmasıdır. Bu kararlar Anayasa Mahkemesinin idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargıda karara bağlanması konusundaki hassasiyetini göstermektedir.

¹¹ Anayasa Mahkemesinin bu konuda değişim gösteren içtihatlarının ayrıntılı bir incelemesi için bkz. AYAYDIN, İdare Hukuku'na Giriş (II), s. 616 vd.

larda yasama organı görevli yargı yolunun belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Yüksek mahkeme bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: *“Tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa’da adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş ve idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir. Ancak idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir.”*¹² Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen bu içtihat doktrinde kimi zaman benimsenmekte,¹³ kimi zaman da reddedilmektedir.¹⁴ Bununla birlikte birçok kez de kanun koyucunun idari uyuşmazlıkları kanuni bir düzenleme ile idari yargının görev alanı dışına çıkarabileceği, bunu yaparken de Anayasa Mahkemesinin yukarıda zikredilen içtihadındaki şartlarla bağlı olmadığı savunulmaktadır.¹⁵

¹² Anayasa Mahkemesinin 22.12.2011 tarih ve E. 2010/65, K. 2011/169 sayılı kararı: 25.01.2012 tarih ve 28184 sayılı RG; Anayasa Mahkemesinin 20.10.2011 tarih ve E. 2010/55, K. 2011/140 sayılı kararı: 14.02.2012 tarih ve 28204 sayılı RG. Benzer kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesinin 16.02.2012 tarih ve E. 2011/35, K. 2012/23 sayılı kararı: 19.05.2012 tarih ve 28297 sayılı RG; Anayasa Mahkemesinin 26.12.2013 tarih ve E. 2013/68, K. 2013/165 sayılı kararı: 27.03.2014 tarih ve 28954 sayılı RG; Anayasa Mahkemesinin 17.06.2010 tarih ve E. 2008/22, K. 2010/82 sayılı kararı: 11.01.2011 tarih ve 27812 sayılı RG; Anayasa Mahkemesinin 11.06.2009 tarih ve E. 2007/115, K. 2009/80 sayılı kararı: 26.11.2009 tarih ve 27418 sayılı RG; Anayasa Mahkemesinin 22.12.2006 tarih ve E. 2001/226, K. 2006/119 sayılı kararı: 27.11.2007 tarih ve 26713 sayılı RG; Anayasa Mahkemesinin 15.05.1997 tarih ve E. 1996/72, K. 1997/51 sayılı kararı: 01.02.2001 tarih ve 24305 sayılı RG. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesinin 04.10.2006 tarih ve E. 2006/75, K. 2006/99 sayılı kararı: 06.04.2007 tarih ve 26485 sayılı RG; Anayasa Mahkemesinin 08.10.2002 tarih ve E. 2001/225, K. 2002/88 sayılı kararı: 26.02.2003 tarih ve 25032 sayılı RG. İdari işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargı yerlerinde çözümlenebileceğine ilişkin ayrık kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesinin 10.07.1990 tarih ve E. 1989/28, K. 1990/18 sayılı kararı: 28.07.1993 tarih ve 21651 sayılı RG, s. 22; Anayasa Mahkemesinin 11.02.2004 tarih ve E. 2001/378, K. 2004/13 sayılı kararı: 24.05.2006 tarih ve 26177 sayılı RG.

¹³ YILDIRIM, İdari Yargı, s. 16 vd.

¹⁴ GÜRAN, İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları, s. 58; AYAYDIN, İdare Hukuku’na Giriş (II), s. 621 vd.

¹⁵ Bkz. GÖZÜBÜYÜK / TAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 148 vd.; GÖZLER / KAPLAN,

C. İMAR PARA CEZALARINA KARŞI AÇILACAK DAVALARDA GÖREV

İmar para cezaları tipik idari işlemlerdir. Bunlar idare tarafından, idare hukuku alanında ve tek taraflı olarak tesis edilmekte, ayrıca muhatapları hakkında hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla imar para cezalarına karşı açılacak davalar aksine özel bir düzenlemenin bulunmaması durumunda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesine istinaden idari yargı mercilerinde karara bağlanacaktır. İmar para cezalarının düzenlendiği 3194 sayılı İmar Kanunu'nda yargı yolu konusunda ilk başta özel bir düzenleme mevcut iken, aşağıda görüleceği gibi bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Yüksek mahkemenin iptal kararından sonra kanun koyucu yeniden harekete geçerek imar para cezalarını da kapsayan yeni bir kanuni düzenleme yapmıştır. Aşağıda öncelikle imar para cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi yargı mercileri tarafından karara bağlanacağı konusunda yaşanan gelişmeler incelenecek (1), daha sonra mevcut hukuki durum bağlamında bu uyuşmazlıkların idari yargı mercilerinde görülebilmesi için gerekli şartların neler olduğuna değinilecek (2), son olarak da yüksek yargı mercilerinin konuya yaklaşımı hakkında bilgi verilecektir (3).

1. İmar Para Cezalarından Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Bakmakla Görevli Yargı Mercileri Konusunda Yaşanan Gelişmeler

İmar para cezaları 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk halinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen¹⁶ 5. fıkrası şu hükme yer verilmekteydi: *"Bu cezalara karşı cezanın tebliğinden itibaren yedi gün içinde sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak sonuçlandırılır. İtiraz üzerine verilen karar kesindir."*¹⁷ Anayasa Mahkemesi iptal kararında İmar Ka-

İdare Hukuku Dersleri, s. 823 vd.; GÖZLER / KAPLAN, İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar, s. 40 vd.; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 48; ÇAĞLAYAN İdari Yapıtlar Hukuku, s. 74. *Yayla* ise kanun koyucunun görevli yargıyı tayin etme yetkisinin bulunduğunu, ancak bu yetkinin hukuk devleti ilkesine aykırı olarak kullanılamayacağını ifade etmektedir, YAYLA, İdare Hukuku, s. 421 vd.

¹⁶ Anayasa Mahkemesinin 15.05.1997 tarih ve E. 1996/72, K. 1997/51 sayılı kararı: 01.02.2001 tarih ve 24305 sayılı RG.

¹⁷ Bkz. 09.05.1985 tarih ve 18749 sayılı RG.

nunu'nun 42. maddesi kapsamında verilen idari para cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına sokulamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesine göre adli yargı mercilerinin bu tür uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirilebilmeleri için gerekli şartlar mevcut değildir. Zira İmar Kanunu kapsamında uygulanabilecek idari yaptırımlar para cezaları ile sınırlı değildir. İmar mevzuatına aykırılık durumunda hem idari para cezaları hem de yıkım gibi başka tür yaptırımlar uygulanabilecektir. Bu durumda uygulanan yaptırımlardan birine karşı, örneğin yıkım kararına karşı idari yargı yoluna; diğeri için, yani para cezasına karşı ise, adli yargı yoluna başvurulabilecektir. *"Oysa yıkım kararının da, para cezasının da konusunu ruhsat alınmadan ya da ruhsata aykırı olarak yapılan yapı oluşturmaktadır. Her iki kararı alan da idaredir. İdarenin aynı yapı için aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozar. İşlemin idari işlem olduğunda duraksanamayacağına ve bu konuda hizmetin gereği haklı bir neden ve kamu yararı da bulunmadığına göre, idari bir işlemin bölünerek bir bölümünün¹⁸ idari yargının bir bölümünün de adli yargının denetimine bırakılmasında isabet yoktur."*¹⁹

Yukarıda zikredilen kanuni düzenleme ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı karşısında 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinin 5. fıkrasının yürürlüğe girdiği tarih olan 09.11.1985 tarihinden,²⁰ bu hükmün iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe girdiği 01.08.2001 tarihine kadar İmar Kanunu kapsamında verilen para cezalarına karşı açılan davalar sulh ceza

¹⁸ Esasen burada tek bir idari işlem değil, birden çok idari işlem bulunmaktadır. Burada kullanılan *idari bir işlemin bir bölümü* ifadesi ile aynı yasa ve olaydan kaynaklanan birden çok idari işlemde biri kastedilmektedir. KARABULUT, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, s. 79, dipnot 106.

¹⁹ Anayasa Mahkemesinin 15.05.1997 tarih ve E. 1996/72, K. 1997/51 sayılı kararı: 01.02.2001 tarih ve 24305 sayılı RG. Anayasa Mahkemesi idari faaliyetlerin yol açtığı vücut bütünlüğünün yitirilmesine veya kişinin ölümüne bağlı zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemelerinin bakacağına ilişkin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesini de yine yargılamanın bütünlüğü ilkesine aykırılık nedeniyle benzer bir gerekçeyle iptal etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin 16.02.2012 tarih ve E. 2011/35, K. 2012/23 sayılı kararı: 19.05.2012 tarih ve 28297 sayılı RG. İptal edilen hüküm hakkında bir eleştiri için bkz. GÖZLER / KAPLAN, İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar, s. 36 vd.

²⁰ Bkz. 3194 sayılı İmar Kanunu, m. 49.

mahkemelerinin görev alanına girmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine görevli yargı merciine ilişkin özel kanuni düzenleme ortadan kalktığından, imar para cezalarından kaynaklanan davalarda görevli yargı merciinin belirlenmesi konusunda genel kurallar uygulama alanı bulmuştur. Yani imar para cezaları birer idari işlem olduklarından, bunlara karşı açılan davalar İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi kapsamında ve dolayısıyla idari yargı mercilerinin görev alanı içinde kalmıştır. Dolayısıyla 01.08.2001 tarihinden sonra açılan veya bu tarihte henüz karara bağlanmamış olan davalar idari yargı mercilerinin, daha somut bir ifadeyle idare mahkemelerinin görev alanına girmiştir.²¹

İdare mahkemelerinin imar para cezalarına karşı açılan davalara bakması uzun sürmemiştir. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun²² 27. maddesinin 1. fıkrası şu düzenlemeye yer vermiştir: *“İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en gen onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir.”* Bu hüküm İmar Kanunu kapsamında verilen imar para cezaları açısından da uygulama alanı bulmuştur. Zira 5326 sayılı Kanunun 2. maddesi, karşılığında idari yaptırım uygulanması öngörülen haksızlıkları kabahat olarak tanımlamış, 16. maddesi ise kabahatler karşılığında uygulanacak idari yaptırımların idari para cezası ve idari tedbirlerden ibaret olacağını hükme bağlamıştır. Aynı kanunun 1/d maddesinde bu kanunda idari yaptırımlara ilişkin kararlara karşı kanun yolunun²³ belirlendiği ifade edilmiş, 3. maddesinde ise *“Bu kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır.”* hük-

²¹ Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 29.12.2003 tarih ve E. 2003/92, K. 2003/101 sayılı kararı; 02.04.2004 tarih ve 25421 sayılı RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 27.05.2002 tarih ve E. 2002/9, K. 2002/17 sayılı kararı; 26.11.2002 tarih ve 24948 sayılı RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 28.12.2009 tarih ve E. 2009/96, K. 2009/329 sayılı kararı; 18.01.2011 tarih ve 27819 sayılı mükerrer RG. 31.03.2005 tarih ve 25772 sayılı mükerrer RG.

²² Kanunun kullandığı *“kanun yolu”* ifadesi teknik açıdan hatalı olup, bu ifadenin *“yargı yolu”* şeklinde anlaşılması gerekir. Bkz. ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 202.

müne yer verilmiştir.²⁴ Ayrıca İmar Kanunu kapsamında kalan idari yaptırımlar 5326 sayılı Kanunun 19. maddesinde yer alan istisnalar kapsamında da yer almamıştır. Tüm bu nedenlerle İmar Kanunu kapsamında verilen idari para cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıklara bakmakla görevli mahkemeler bundan böyle, yani 01.06.2005 tarihinden itibaren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na göre belirlenecektir. Bu kanunun 27. maddesinin 1. fıkrası ise yukarıda ifade edildiği gibi sulh ceza hakimliklerini görevli kılmıştır.²⁵

Göreve ilişkin kurallar kamu düzenine ilişkin olduğundan, bu kuralların taraflar için bir müktesep hak doğurmayacağı, bu nedenle yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının geçmişe de etkili olacağı genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bir davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan bir mahkeme yeni bir kanuni düzenleme ile görevsiz hale gelmiş ise, mahkemenin yeni kanuni düzenleme uyarınca görevsizlik kararı vermesi gerekir. Aynı şekilde bir davanın bu konuda görevli olmayan bir mahkemede açılmasından sonra ilgili mahkeme bir kanun değişikliği ile o dava için görevli hale gelmiş ise, artık görevsizlik kararı veremeyecek, yeni kanuna göre görevli hale geldiği için davaya bakmaya devam edecektir. Ancak kanunlarda görev konusunda geçiş hükümlerine yer verilmesi halinde bu genel kural değil, geçiş hükümleri uygulanır.²⁶ İşte 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı

²⁴ Bu düzenleme ile birçok kanunda yer alan idari para cezalarının yargısal denetimi idari yargının görev alanından çıkarılarak adli yargının görev alanına sokulmuştur. Bu kanunların ayrıntılı dökümü için bkz. KARABULUT, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, s. 82 vd. Konu hakkında bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 02.10.2006 tarih ve E. 2006/161, K. 2006/157 sayılı kararı: 27.11.2006 tarih ve 26359 sayılı RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 02.10.2006 tarih ve E. 2006/141, K. 2006/151 sayılı kararı: 27.11.2006 tarih ve 26359 sayılı RG.

²⁵ Halen yürürlükte olan bu hükümde geçen "*sulh ceza mahkemesine*" ifadesi "*sulh ceza hakimliğine*" şeklinde anlaşılmalıdır. Zira 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (28.06.2014 tarih ve 29044 sayılı RG) 83. ve 84. maddeleri ile sulh ceza mahkemeleri kaldırılmış, bunların yerine sulh ceza hakimlikleri kurulmuştur. 6545 sayılı Kanunun 84. maddesi ile 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a eklenen ek 1. maddeye göre kanunlarda sulh ceza mahkemelerine yapılan atıflardan idari yaptırım kararlarına ilişkin olanlar sulh ceza hakimine yapılmış sayılır. Bu nedenle bu çalışmada ilgisine göre sulh ceza mahkemesi ifadesi yerine sulh ceza hakimliği ifadesi kullanılmıştır.

²⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 01.02.2010 tarih ve E. 2009/199, K.

Kabahatler Kanunu'nun geçici 2. maddesine göre bu kanun hükümleri, yürürlüğe girdiği tarih itibariyle idare mahkemelerinde dava açılarak iptali istenen idari yaptırım kararları hakkında uygulanmaz. Dolayısıyla 01.06.2005 tarihinden önce imar para cezalarına karşı idari yargıda açılan davalara yine idare mahkemelerinde bakılmaya devam edilecektir.²⁷ Diğer hallerde ise, yani imar para cezalarına karşı 01.06.2005 tarihinde veya bu tarihten sonra yargı yoluna başvurulması durumunda, artık bu davalara sulh ceza hakimlikleri tarafından bakılacaktır.²⁸

5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile imar para cezalarına ilişkin uyuşmazlıkların yine sulh ceza hakimliklerinin görev alanına sokulması Anayasa Mahkemesinin İmar Kanunu'nun 42. maddesinin 5. fıkrasının iptaline ilişkin kararında²⁹ işaret ettiği olumsuzlukların ortaya çıkmasına yeniden olanak sağlamıştır. Zira 5326 sayılı Kanunun ilk hali de idarenin aynı yapı için aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda, bir bölümünün adli yargıda görülmesi sonucunu doğurabilecektir. Söz gelimi aynı yapı hakkında hem para cezası hem de yıkım kararı alınması durumunda kararın ilk kısmı için adli yargıya, ikinci kısmı için ise idari yargıya başvurulması gerekecektir ki, Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre

2010/12 sayılı kararı: 18.01.2011 tarih ve 27819 sayılı RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 04.04.2011 tarih ve E. 2010/324, K. 2011/66 sayılı kararı: 14.10.2011 tarih ve 28084 sayılı mükerrer RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 06.03.2006 tarih ve E. 2006/21, K. 2006/33 sayılı kararı: 07.10.2006 tarih ve 26312 sayılı RG. Aynı doğrultuda bir Danıştay kararı için bkz. DİDDK, 25.11.2009 tarih ve E. 2009/207, K. 2009/2618 sayılı kararı. Buna göre sonradan görev konusunda meydana gelen değişiklikler nedeniyle görevsizlik kararı verilmesi durumunda davacı aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmez.

²⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 28.12.2009 tarih ve E. 2009/96, K. 2009/329 sayılı kararı: 18.01.2011 tarih ve 27819 sayılı mükerrer RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 17.11.2008 tarih ve E. 2008/283, K. 2008/325 sayılı kararı: 24.07.2009 tarih ve 27298 sayılı RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 06.12.2010 tarih ve E. 2010/150, K. 2010/251 sayılı kararı: 14.10.2011 tarih ve 28084 sayılı mükerrer RG.

²⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 06.03.2006 tarih ve E. 2006/21, K. 2006/33 sayılı kararı: 07.10.2006 tarih ve 26312 sayılı RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 21.11.2005 tarih ve E. 2005/76, K. 2005/102 sayılı kararı: 28.12.2005 tarih ve 26037 sayılı RG.

²⁹ Anayasa Mahkemesinin 15.05.1997 tarih ve E. 1996/72, K. 1997/51 sayılı kararı: 01.02.2001 tarih ve 24305 sayılı RG.

bu durum yargılamanın bütünlüğü ilkesini³⁰ zedeleyecektir. İşte İmar Kanunu kapsamında verilen para cezalarının 5326 sayılı Kanun kapsamına alınmasına ve dolayısıyla bu tür uyuşmazlıklardan kaynaklanan davaların sulh ceza hakimliklerinin görev alanına sokulmasına temel dayanak teşkil eden 5326 sayılı Kanunun 3. maddesinin ilk halinin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş ve konu Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda kanun koyucunun geniş bir takdir hakkına sahip olmadığını ifade ettikten sonra, bir idari işlemin sırf para cezası içermesi nedeniyle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden bu işlemlerin denetiminin adli yargıya bırakılmasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Yüksek mahkeme 5326 sayılı Kanunun 3. maddesinin ilk halinin Anayasa'ya aykırılığı konusunda şu gerekçelere yer vermiştir: *“Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetimin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir. Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usul ve esasların değiştirilmesi, Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır, Kural'ın iptali gerekir.”*³¹

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin ilk halinin iptal edilmesi

³⁰ Yargılamanın bütünlüğü ilkesini mutlak bir ilke olarak değil, Anayasa'da öngörülen yargı kolları bağlamında geçerli bir ilke olarak görmek gerekir. Aksi durumun kabulü hukuka aykırı bir fiil dolayısıyla hakkında hem disiplin cezası tesis edilen hem de ceza davası açılan bir kamu görevlisi tarafından açılan disiplin cezasının iptaline ilişkin davanın ceza mahkemeleri tarafından karara bağlanması sonucunu doğurur.

³¹ Anayasa Mahkemesinin 01.03.2006 tarih ve E. 2005/108, K. 2006/35 sayılı kararı: 22.07.2006 tarih ve 26236 sayılı RG. Bu kararın değerlendirilmesi için bkz. ULUSOY, Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi, s. 27 vd.; ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 191 vd.

ile birlikte Kabahatler Kanunu genel kanun olma özelliğini yitirmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi iptal kararının doğuracağı hukuksal boşluğu kamu yararını ihlal edici nitelikte gördüğünden, iptal kararının, kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. İşte henüz bu süre dolmadan kanun koyucu harekete geçmiş ve 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanunla 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nda birtakım değişikliklere gitmiştir.³² Yapılan değişiklik ile birlikte Kabahatler Kanunu’nun 3. maddesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir:

“Bu kanunun;

a) İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün filler hakkında,

uygulanır.”

5326 sayılı Kanunun 3. maddesinde yapılan bu değişiklikte birlikte önceki uygulamadan farklı olarak idari yaptırımlara karşı başvurulacak yargı yolu bağlamında diğer kanunlardaki ayırık düzenlemeler³³ hüküm ve sonuç doğurmaya devam etmiştir.³⁴ Diğer kanunlarda ayırık düzenleme bulunmaması halinde ise, söz konusu idari yaptırımlar için Kabahatler Kanunu’nun yargı yoluna ilişkin düzenlemeleri uygulama alanı bulacaktır.³⁵

5560 sayılı Kanun ile Kabahatler Kanunu’nda yapılan diğer bir önemli deği-

³² 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, m. 31 vd.: 19.12.2006 tarih ve 26381 sayılı RG.

³³ 5326 sayılı Kanunun 3. maddesi bu şekilde değiştirildikten sonra yargı yoluna ilişkin özel kanuni düzenlemeler önemli ölçüde ortadan kaldırılmıştır. Bkz. 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun: 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı RG.

³⁴ Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 04.06.2007 tarih ve E. 2007/116, K. 2007/106 sayılı kararı: 30.07.2007 tarih ve 26598 sayılı RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 04.06.2007 tarih ve E. 2007/64, K. 2007/88 sayılı kararı: 30.07.2007 tarih ve 26598 sayılı RG.

³⁵ Bu hükmün Anayasa’ya uygunluğu konusundaki tereddütler için bkz. ULUSOY, Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi, s. 30 vd.; ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 197 vd.; KARABULUT, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, s. 87 vd.

şiklik ise Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinde yapılan değişikliktir. 5560 sayılı Kanununun 34. maddesi ile Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesine şu hüküm 8. fıkra olarak eklenmiştir: *"İdari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görülür."* Kanun koyucu bu şekilde harekete geçmekle imar para cezalarının tekrar idare mahkemelerinin görev alanında kalmasına engel olmuş ve bu davalara bakacak mahkemelerin belirlenmesinde bir ara formül geliştirmiştir.³⁶ Bu formül Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiş ve Kabahatler Kanunu'nda yapılan bu değişikliklerin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine yapılan itiraz başvuruları yüksek mahkeme tarafından reddedilmiştir. Yüksek mahkemeye göre Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanunla değişik 3. maddesi ile bir yandan cezai karakteri ağır basan eylemler bağlamında verilen idari yaptırımlara karşı sulh ceza mahkemelerine başvuru yolu açılmakta, diğer yandan idari yaptırımlara karşı yasalarla idari yargı mercilerinin görevli kılındığı durumlarda idari yargı yerlerinin görevli oldukları kabul edilmektedir. Dolayısıyla Kabahatler Kanunu'nun değişik 3. maddesi ile idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alan gözetilmiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre kabahat konusu eylemlerin çeşitliliği ve idari yaptırımların uygulanma alanı dikkate alındığında idari yargı teşkilatına göre daha yaygın olan sulh ceza mahkemelerine başvuru olanağı tanınması hak arama özgürlüğünü kolaylaştırmakta ve yapılan başvuruların daha kısa sürede sonuçlanmasını mümkün hale getirmektedir. Bu durum ise idari yaptırımlara karşı sulh ceza mahkemelerine başvurulabileceği yolunda getirilen düzenlemenin haklı nedenini oluşturmaktadır.³⁷

³⁶ Anayasa Mahkemesinin iptal kararı yürürlüğe girmeden kanun koyucu tarafından böyle bir değişiklik yapılmıyaydı imar para cezaları için tekrar idari yargı yolu açılacaktı. Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 02.10.2006 tarih ve E. 2006/161, K. 2006/157 sayılı kararı: 27.11.2006 tarih ve 26359 sayılı RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 02.10.2006 tarih ve E. 2006/141, K. 2006/151 sayılı kararı: 27.11.2006 tarih ve 26359 sayılı RG. Farklı görüş için bkz. KARABULUT, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, s. 83, dipnot 114.

³⁷ Anayasa Mahkemesinin 11.06.2009 tarih ve E. 2007/115, K. 2009/80 sayılı kararı: 26.11.2009 tarih ve 27418 sayılı RG. Anayasa Mahkemesine yapılan benzer bir iptal başvurusu mahkeme tarafından ilk inceleme aşamasında yetkisizlik nedeniyle

Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin ilk halinin iptali üzerine bu kanunun 3. ve 27. maddelerinde 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile İmar Kanunu kapsamında verilen para cezalarının yeniden idari yargının görev alanında kalmasının önüne geçilmiştir. Yeni düzenlemeye göre bu düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih olan 19.12.2006 tarihinden itibaren imar para cezalarına karşı açılan davalara bakmakla görevli olan mahkeme sulh ceza mahkemeleridir.³⁸ Ancak imar para cezaları ile birlikte bu cezaların verildiği kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren başka kararların da verilmiş olması halinde, hem imar para cezalarına hem de bu cezalarla birlikte tesis edilen diğer idari işlemlere karşı açılacak davalar idari yargı mercilerinde karara bağlanacaktır. Bu bağlamda anılan tarihten bu yana imar mevzuatına aykırılık sebebiyle verilen para cezalarında görevli yargı merciinin doğru bir şekilde tespit edilebilmesi için, sadece para cezasının mı verildiği, yoksa imar mevzuatına aykırılık nedeniyle aynı kişi hakkında para cezasının yanında idari bir davaya konu olabilen başka bir idari işlemin de tesis edilmiş olup olmadığı sorularına cevap aranması gerekmektedir. Şayet yetkili idareler tarafından sadece idari para cezası verilmiş ise, bu cezaya karşı 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrası uyarınca kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren on beş gün içinde sulh ceza hakimliğine başvurulabilecektir. Ancak idari para cezası ile birlikte yıkım,³⁹ yapı tatil tutanağı,⁴⁰ yapı tespit tutanağı⁴¹ veya mühürle-

reddedilmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin 05.04.2007 tarih ve E. 2007/35, K. 2007/36 sayılı kararı: 15.11.2007 tarih ve 26701 sayılı RG.

³⁸ Bkz. dipnot 25.

³⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 01.02.2010 tarih ve E. 2009/199, K. 2010/12 sayılı kararı: 18.01.2011 tarih ve 27819 sayılı mükerrer RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 07.02.2011 tarih ve E. 2010/227, K. 2011/26 sayılı kararı: 14.10.2011 tarih ve 28084 sayılı mükerrer RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 07.04.2008 tarih ve E. 2007/458, K. 2008/95 sayılı kararı: 05.08.2008 tarih ve 26958 sayılı mükerrer RG.

⁴⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 04.04.2011 tarih ve E. 2010/324, K. 2011/66 sayılı kararı: 14.10.2011 tarih ve 28084 sayılı mükerrer RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 02.03.2009 tarih ve E. 2008/300, K. 2009/46 sayılı kararı: 24.07.2009 tarih ve 27298 sayılı RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 13.10.2008 tarih ve E. 2008/12, K. 2008/217 sayılı kararı: 24.07.2009 tarih ve 27298 sayılı RG.

⁴¹ Anayasa Mahkemesinin 05.04.2007 tarih ve E. 2007/35, K. 2007/36 sayılı kararı: 15.11.2007 tarih ve 26701 sayılı RG.

me⁴² gibi idari yargının görev alanına giren ve idari davaya konu oluşturabilecek nitelikte başka bir işlem de tesis edilmiş ise, bu yaptırım kararlarına karşı açılacak davalar idari yargı mercilerinde görülecektir.⁴³ Bu durumda dava açma süresi konusunda Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrası uygulama alanı bulmayacak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca aksine özel bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde altmış gün içinde görevli ve yetkili idari yargı mercii nezdinde dava açılabilir.

2. İmar Para Cezalarının İdari Yargıda Görülebilmesi İçin Gerekli Şartlar

5326 sayılı Kanunun 27. maddesinin 8. fıkrasına göre imar para cezalarına karşı idari yargı mercilerinde dava açılabilmesi için şu üç şartın gerçekleşmesi gerekir. İlk olarak imar para cezalarının idari yargının görev alanına girebilmesi için bu cezalarla birlikte idari yargının görev alanına giren başka bir kararın da verilmiş olması gerekir. Yani bir kişi hakkında tesis edilen işlemlerden en az biri Kabahatler Kanunu'nun kapsamı dışında ve idari yargının görev alanında kalmalıdır. Bu bağlamda İmar Kanunu kapsamında bir kişi hakkında iki farklı para cezası uygulanması durumunda, her iki para cezası için de idare mahkemeleri değil, sulh ceza hakimlikleri görevli olacaktır. İkinci olarak imar para cezası ile idari yargının görev alanına giren diğer idari işlemlerin temelinde aynı hukuka aykırılık yatmalıdır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, bir yapıdaki imar mevzuatına aykırılık sebebiyle bu yapı hakkında hem yıkım hem de para cezası kararı alınması durumunda bu kararlara karşı birlikte idare mahkemelerinde dava açılacaktır. Ancak bir binanın bağımsız bölümlerinden biri için yıkım diğeri için farklı bir sebebe dayanılarak para cezası verilmesi durumunda, yıkım kararına karşı idare mahkemelerine, para cezasına karşı ise sulh ceza hakimliklerine başvurulacaktır. Zira burada para cezası ile yıkım kararına sebebiyet teşkil eden hukuka aykırılıklar birbirinden bağımsızdır. Dolayısıyla bu yaptırım-

⁴² Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 17.11.2008 tarih ve E. 2008/290, K. 2008/329 sayılı kararı: 24.07.2009 tarih ve 27298 sayılı RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 05.05.2008 tarih ve E. 2007/527, K. 2008/137 sayılı kararı: 05.08.2008 tarih ve 26958 sayılı mükerrer RG.

⁴³ Aynı durum ödenen imar para cezalarının iadesi istemiyle açılan davalar açısından da geçerlidir. Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 07.02.2011 tarih ve E. 2010/227, K. 2011/26 sayılı kararı: 14.10.2011 tarih ve 28084 sayılı mükerrer RG.

ların aynı yargı merciinde karara bağlanmasını gerektiren bir durum bulunmamakta, bunlara karşı farklı yargı mercilerinde dava açılması yargılamanın bütünlüğü ilkesini zedelememektedir. Üçüncü olarak imar para cezası ile diğer idari yaptırımların aynı kişi hakkında tesis edilmiş olması gerekir. Örneğin bir yapıdaki hukuka aykırılığa yapı sahibi değil de yapıda oturan kiracı sebebiyet vermiş olabilir. Bu takdirde imar hukukunda da uygulama alanı bulan cezaların şahsiliği ilkesi⁴⁴ gereğince imara aykırılık sebebiyle verilecek para cezası kiracı hakkında tesis edilecektir. Ancak bina hakkında tesis edilecek olan yıkım, mühürleme, yapı tespit tutanağı gibi yaptırımlar ise yapı malikine yöneliktir. Böyle bir durumda Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasındaki şartlar gerçekleşmediğinden kiracının açacağı dava sulh ceza hakimliklerinin görev alanında kalacaktır.⁴⁵ Aşağıda ayrıca üzerinde durulacağı gibi, idari yaptırım kararı alındıktan sonra imar yaptırımlarının muhataplarında meydana gelen değişmelerin görevli yargı merci üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Yani imar para cezası alan kiracının kiraladığı taşınmazı daha sonra satın alması halinde dahi yıkım kararı dikkate alınmaksızın imar para cezası sulh ceza hakimliklerinin görev alanında kalmaya devam edecektir.

İmar para cezalarının idari yargının görev alanına girebilmesi için gerekli son şart olan imar para cezası ile idari yargının görev alanına giren diğer idari yaptırımın “aynı kişi” hakkında tesis edilmiş olması şartına daha yakından bak-

⁴⁴ Bkz. dipnot 80.

⁴⁵ Bir taşınmaz hakkında tesis edilen idari işlemlere karşı kiracının dava açma ehliyetine sahip olup olmadığı konusunda dava konusu olayın özelliğine göre farklı yönde Danıştay kararları mevcuttur. Danıştay kimi zaman kiracı tarafından açılan davaları ehliyet noktasından reddetmiş (Bkz. Danıştay 6. Dairesinin 26.02.1990 tarih ve E. 1990/55, K. 1990/169 sayılı kararı; Danıştay 6. Dairesinin 10.12.2004 tarih ve E. 2003/3450, K. 2004/6401 sayılı kararı; Danıştay İDDK'nin 21.03.2007 tarih ve E. 2005/1582, K. 2007/378 sayılı kararı), kimi zaman da kiracının dava açma ehliyetine sahip olduğuna hükmetmiştir (Bkz. Danıştay İDDGK'nin 21.01.1988 tarih ve E. 1987/47, K. 1988/3 sayılı kararı; Danıştay 13. Dairesinin 01.07.2009 tarih ve E. 2009/2640, K. 2009/7336 sayılı kararı). Konu hakkında bkz. KAYA, Kiracıların Subjektif Dava Ehliyeti, s. 333 vd. Taşınmaz hakkında tesis edilen ve idari yargının görev alanına giren bir idari yaptırıma karşı kiracı tarafından dava açılrsa bile, bu yaptırım taşınmaz maliki hakkında tesis edildiğinden, Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasındaki şart gerçekleşmeyecek, bu durumda kiracı hakkında tesis edilen imar para cezası sulh ceza hakimliklerinde, taşınmaz maliki hakkında tesis edilen diğer idari yaptırımlar ise idare mahkemelerinde karara bağlanacaktır.

makta fayda vardır. İmar Kanunu'nun 42. maddesinin 2. fıkrasına göre imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının sahibine, müteahhidine ve aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fenni mesullere kanunda yer alan idari para cezaları uygulanır. Burada şöyle bir soru akla gelebilir: Acaba mevzuata aykırı olarak yapılan bir yapı dolayısıyla yapı hakkında yıkım veya benzeri idari yargının görev alanına giren bir karar alınır ve bu kararla birlikte hem yapı malikine, hem de müteahhit ve fenni mesule idari para cezası verilirse, bu para cezalarına karşı açılacak davalar hangi mahkemelerin görev alanına girecektir? Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasında geçen "*aynı kişi ile ilgili olarak*" ifadesinden yapı ile yapı maliki arasındaki mülkiyet ilişkisinden hareketle imar para cezasına karşı yapı maliki tarafından açılacak davanın idari yargı mercilerinde, buna karşın müteahhit ve fenni mesul tarafından açılacak davaların sulh ceza hakimliklerinde açılması gerektiği düşünülebilir. Kanaatimce bu dar ve amacı aşan bir yorum olur. Zira İmar Kanunu'nun 28. maddesi yapı ile müteahhit ve fenni mesul arasında yakın bir ilişki kurmaktadır. Bu yakın ilişki nedeniyle yapı hakkında yıkım vb. bir karar alınır ve aynı karar bağlamında müteahhit ile fenni mesule para cezası verilirse, bu para cezaları da idare mahkemelerinin görev alanına girmelidir. Aksi durum aynı konuda tesis edilen idari işlemlerin farklı yargı kollarındaki mahkemelerde görülmesi, dolayısıyla bunlar hakkında farklı kararlar tesis edilmesi ile sonuçlanabilecektir.

3. Görev Konusuna Yüksek Yargı Mercilerinin Yaklaşımı

İdari para cezalarının, bu arada imar para cezalarının idari yargı mercilerinin görev alanında kalabilmesi için gerekli şartlar 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasında açık bir şekilde sayılmıştır. Bu nedenle bu tür davalara bakan mahkemeler bu konuda görevli olup olmadıklarını kanunda belirtilen bu ölçütlere göre değerlendirecek ve duruma göre ya ilgili davaya bakacak ya da görevsizlik kararı vereceklerdir. Uygulamaya bakıldığında yargı mercilerinin bu konuda genellikle gerekli değerlendirmelerde buldukları görülse de, her zaman yeterli bir değerlendirmenin yapıldığını söylemek mümkün değildir. Konu ile ilgili bazı yargı kararlarına değinmeden önce Anayasa Mahkemesinin bu husustaki bir kararını zikretmek faydalı olacaktır.

Anayasa Mahkemesi Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin (1) numara-

lı fıkrasının a) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Ula Sulh Ceza Mahkemesi tarafından yapılan iptal başvurusunu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesine göre bir mahkemenin bir kanunun iptali talebiyle kendisine başvurabilmesi için, mahkemenin elinde usulüne göre açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın o davada uygulanacak olması gerekir. İşte Anayasa Mahkemesi bu şartların somut başvuruda mevcut olmadığı gerekçesiyle Ula Sulh Ceza Mahkemesi tarafından yapılan iptal başvurusunu henüz ilk inceleme aşamasında reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi ret kararının gerekçesinde şu ifadelere yer vermiştir:

“Ruhsat ve eklerine aykırı yapıldığı gerekçesiyle mühürlenerek inşaatı durdurulan yapı sahibine İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezasının iptali istemiyle açılan davada Mahkeme, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

...

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesinde, ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapıların inşaatının idarece derhal durdurulması ve ruhsata uygun hale getirilmemesi halinde yıktırılması, 42. maddesinde de ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının sahibine ve müteahhidine para cezası verilmesi öngörülmektedir.

İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezaları, bir yapının ruhsatsız veya ruhsata aykırı veya imar mevzuatına aykırı yapıldığının tespit edilmesi anlamını taşımaktadır. Uygulamada söz konusu aykırılığın tespiti, devam eden inşaatlarda yapı tatil zaptı, tamamlanmış olan yapılarda ise yapı tespit zaptı düzenlenmesiyle gerçekleşmekte ve bu suretle idari işlem kimliğine bürünmektedir. Söz konusu işlemler, yerleşik yargı kararlarında idari davaya konu oluşturabilecek nitelikte idari işlemler olarak kabul edilmektedirler.

Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi, “idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması hali”nin varlığını aramaktadır.

Bu çerçevede, İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca para cezası verilmesi

işlemi, imar mevzuatına aykırı bir yapılanmanın tespiti, önlenmesi veya giderilmesine yönelik idari bir işlemin devamı niteliğinde olduğundan, Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca idari yaptırım kararının yanı sıra idari yargının görev alanına giren başka bir kararın da verilmiş olduğunun ve buna bağlı olarak söz konusu para cezalarına karşı açılacak davalarda idari yargının görevli olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu durumda, İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezasına karşı Sulh Ceza Mahkemesinde açılan dava, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin görevine girmemektedir.

İtiraz başvurusunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.”⁴⁶

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi bu kararında isabetli bir şekilde öncelikle İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezasının dışında ayrıca ruhsat ve eklerine aykırı yapılan yapının mühürlenerek inşaatın durdurulduğunu da açık bir şekilde tespit altına almıştır. Ancak yüksek mahkeme devam eden paragraflarda bu tespitten bağımsız bir şekilde okunmaya ve anlaşılmaya elverişli bazı ifadeler kullanmıştır. Mahkeme İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezalarının bir yapının imar mevzuatına aykırı yapıldığının tespit edilmesi anlamını taşıdığını, başka bir ifadeyle para cezası verilmesi işleminin imar mevzuatına aykırı bir yapılanmanın tespiti, önlenmesi veya giderilmesine yönelik bir idari işlemin devamı niteliğinde olduğunu ifade etmiş, buna binaen de burada idari yaptırım kararının yanı sıra idari yargının görev alanına giren başka bir kararın da verilmiş olduğunun ve buna bağlı olarak söz konusu para cezalarına karşı açılacak davalarda idari yargının görevli olduğunun kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu kararı bir bütün olarak ve karara konu somut olay bağlamında değerlendirilmelidir. Somut olay dikkate alınmaksızın Anayasa Mahkemesinin bu kararından tüm imar para cezalarının idare mahkemelerinin görev alanında kaldığı sonucuna ulaşmak kanaatimce Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemeleri ile bağdaşmayacak ve amacı aşan bir yorum olacaktır.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına bakıldığında, mahkemenin bu konu-

⁴⁶ Anayasa Mahkemesinin 05.04.2007 tarih ve E. 2007/35, K. 2007/36 sayılı kararı: 15.11.2007 tarih ve 26701 sayılı RG.

da ayrıntılı bir değerlendirme yaptığı ve imar para cezaları dolayısıyla açılan davaların hangi nedenle hangi yargı kolundaki mahkemelerde görülmesi gerektiği konusunda doyurucu hükümler tesis ettiği görülmektedir.⁴⁷ Aynı şeyi Yargıtay açısından söylemek mümkün değildir. Yargıtay kimi zaman Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrası bağlamında gerekli değerlendirmelerde bulunmadan bir sonuca ulaşabilmektedir. Örneğin Yargıtay tarafından 2008 yılında alınan iki kararda yukarıda zikredilen Anayasa Mahkemesi kararına atıfta bulunulduktan sonra idari işlemle birlikte verilen idari para cezalarına idari yargının bakacağı hüküm altına alınmıştır.⁴⁸ Oysa Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrası imar para cezalarının idari yargıda görülebilmesi için bu cezaların herhangi bir idari işlem ile birlikte tesis edilmiş olması şartını değil, yukarıda zikredilen şartları aramıştır.

Danıştayın konu ile ilgili uygulamasına bakıldığında, Danıştay kararları arasında bir bütünlük olmadığı görülmektedir. Danıştay imar para cezalarının idari yargının görev alanında kalıp kalmadığı konusunu karara bağlarken, çoğu zaman bu para cezaları ile aynı kapsamda aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren başka bir idari işlemin de tesis edilmiş olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapmaktadır.⁴⁹ Ancak Danıştayın her zaman bu şekilde hareket ettiğini söylemek mümkün değildir. Danıştay kimi zaman daha farklı bir tutum sergilemekte ve İmar Kanunu'na göre tesis edilen idari para cezalarına karşı açılacak tüm davaların idari yargının görev alanında kaldığı

⁴⁷ Bkz. 39, 40 ve 42 numaralı dipnotlarda gösterilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararları. Benzer bir konudaki Uyuşmazlık Mahkemesi kararı için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 04.04.2011 tarih ve E. 2010/144, K. 2011/57 sayılı kararı: 14.10.2011 tarih ve 28084 sayılı mükerrer RG.

⁴⁸ Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 19.02.2008 tarih ve E. 2006/13913, K. 2008/1708 sayılı kararı; Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 11.02.2008 tarih ve E. 2006/3986, K. 2008/908 sayılı kararı. İmar para cezaları ile ilgili olmasa da Yargıtayın bu konuda daha isabetli ve açık bir kararı için bkz. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 24.03.2011 tarih ve E. 2008/6163, K. 2011/2899 sayılı kararı.

⁴⁹ Bkz. Danıştay 14. Dairesinin 21.03.2013 tarih ve E. 2012/4890, K. 2013/1996 sayılı kararı (yapı tatil tutanağı tanzimi); Danıştay 14. Dairesinin 29.06.2011 tarih ve E. 2011/10527, K. 2012/312 sayılı kararı (dava konusu taşınmazdaki engellerin beş gün içinde kaldırılmasının istenmesi); Danıştay 8. Dairesinin 02.05.2008 tarih ve E. 2008/1398, K. 2008/3133 sayılı kararı (işyerinin ruhsat alınca kadar kapatılması kararı); Danıştay 6. Dairesinin 28.06.2010 tarih ve E. 2008/9714, K. 2010/6776 sayılı kararı (ruhsatsız yapının yıkılması kararı).

sonucuna ulaşmaktadır. Örneğin Danıştayın 2007 yılında aldığı bir kararda somut olayda göreve ilişkin şartların mevcut olup olmadığı irdelenmeden 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezalarına karşı açılacak davaların çözümünde idari yargının görevli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁵⁰ *Ulusoy*'un aktardığı başka bir olayda ise, Danıştay para cezası ile birlikte başka bir idari işlem tesis edilmemiş olmasına rağmen, imar para cezalarına karşı açılan davalarda adli yargının değil, idari yargının görevli olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁵¹ Hemen belirtelim ki, Danıştayın bu tutumunun kabul edilmesi mümkün değildir. Danıştayın bu tutumunun sebebi belki de onun Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasında geçen *idari yargının görev alanına giren kararlar* ifadesine yüklediği farklı anlamdır. Bu ifade ile Kabahatler Kanunu kapsamında kalmayan ve bu kanun kapsamındaki bir idari yaptırımdan bağımsız bir şekilde idari bir davaya konu edilebilecek olan idari işlemlerin kastedildiği açıktır. Oysa Danıştay bu ifadeyi muhtemelen *herhangi bir karar veya işlem* şeklinde okumaktadır. Danıştay bu bağlamdaki bir kararında bir konuda imar para cezası tesis edilebilmesi için "*öncelikle ilgili idarece inşaatın durumunun bir tutanak ile tespit edilmesinin*" şart olduğunu ifade etmiştir.⁵² Danıştay başka bir kararında ise 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 15. maddesine istinaden tesis edilen bir idari para cezası kapsamında bir tutanak düzenlenmiş olmasını idari yargının görevli olması için yeterli görmüştür.⁵³ Esasen bir idari yaptırım tesis edilmeden önce çoğu zaman bu yaptırımın tesisine sebebiyet veren fiil ve haller bir tutanak ile tespit altına alınır. Dolayısıyla Danıştayın bu tutumu esas alınırsa, tüm imar para cezaları⁵⁴ ve ayrıca Kabahatler Kanunu kapsamında kalan diğer idari yaptırımların önemli bir bölümü pratikte idari yargının görev alanında kalacaktır. Bu sonuç ise, ne Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin hükümlerinin lafzı ile ne de bu hükümlerle ulaşılmak istenen amaç ile uyumsuz. Danıştayın zikredilen kararlarının⁵⁵ eleştiriyi hak eden diğer

⁵⁰ Danıştay 6. Dairesinin 30.01.2007 tarih ve E. 2006/1498, K. 2007/438 sayılı kararı.

⁵¹ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 203, dipnot 241. Danıştay İDDK'nin 17.12.2012 tarih ve E. 2008/591 sayılı kararı.

⁵² Danıştay 14. Dairesinin 24.12.2012 tarih ve E. 2011/10344, K. 2012/9955 sayılı kararı.

⁵³ Danıştay 6. Dairesinin 12.10.2010 tarih ve E. 2010/6915, K. 2010/9108 sayılı kararı.

⁵⁴ Bu yönde: ŞİMŞEK, İmar Hukuku, s. 927.

⁵⁵ Bkz. 50. ve 51. dipnot.

bir yönü de, bu kararlarda imar para cezalarının 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamında görülmemesidir ki, yukarıda zikredilen Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararları⁵⁶ karşısında bu görüşe katılmak mümkün değildir.

D. İmar Para Cezalarına Karşı Açılacak Davalarda Görevli Mahkemenin Tespitine İlişkin Olarak Karşılaşılabilecek Özel Durumlar

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasında zikredilen şartların gerçekleşmesi halinde imar para cezalarına karşı açılacak davalarda görevli mahkemeler idare mahkemeleri, aksi takdirde sulh ceza hakimlikleri olacaktır. Kanunun 27. maddesinin 8. fıkrası açık gibi gözükse de, birçok konuda soru işaretlerine sebebiyet verebilmekte, imar para cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıklara bakmakla görevli yargı mercilerinin belirlenmesinde birtakım güçlükleri beraberinde getirebilmektedir. Aşağıda bu düzenlemenin ortaya çıkarabileceği özel durumlar ele alınacak ve bunların sebebiyet verebileceği sorunlara çözümler aranacaktır.

1. Sadece Para Cezasının Dava Konusu Edilmesi

İmar Kanunu kapsamında bir kişi hakkında aynı hukuka aykırılık sebebiyle hem imar para cezası hem de başka bir idari yaptırım kararı alınmış olabilir ve ilgili kişi bunlardan sadece para cezasına karşı dava açmak isteyebilir. Bu tür durumlarda görevli mahkemenin hangisi olacağı sorusu akla gelebilir, zira Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrası imar para cezalarına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının imar para cezası ile birlikte tesis edilen diğer idari işlemin "*iptali talebiyle birlikte*" idari yargı merciinde görüleceğini hüküm altına almaktadır. Acaba kanunda geçen "*birlikte*" ifadesi ile imar para cezalarının idari yargıda görülebilmesi için, bu cezalara karşı diğer idari işlemlerle birlikte dava açılmasının zorunlu olduğu mu ifade edilmek istenmektedir? Kabahatler Kanunu'nun değişik 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının a) bendinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Ula Sulh Ceza Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesine yapılan iptal başvurusunun reddine ilişkin karara muhalefet eden yüksek mahkeme üyeleri karara bu gerekçeyle katılmamışlardır. Karara muhalif

⁵⁶ Bkz. 46., 47. ve 49. dipnot.

üyelerden *Erten ve Özler'e* göre somut olayda ruhsat ve eklerine aykırı yapılan inşaatın mühürlenmesi ve durdurulmasına ilişkin idari işleme dayanılarak ilgili kişi hakkında imar para cezası uygulanmış ve bu kişi kendisi hakkında tesis edilen imar para cezasının iptalini talep etmiştir. Olayda *“imar para cezasının iptaline ilişkin açılmış bir dava bulunduğu halde, idari işlemin iptali için açılmış bir davanın varlığı saptanamamıştır. Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca, idari yargının yetkili yargı mercii olabilmesi için, idari işleme yaptırım kararlarının birlikte dava konusu edilmesi gerekmektedir. Oysa, idari işlemin dava konusu edilmesi, yaptırım kararının dava konusu edilmesi ve bu davaların birlikte açılması yolundaki koşullar olayda gerçekleşmemiştir.”* Dolayısıyla yüksek mahkemenin kararına katılmayan bu üyelere göre somut olayda imar para cezasına bakmakla görevli yargı mercii sulh ceza mahkemeleridir. Anayasa Mahkemesinin bu kararına *Apalak* da benzer bir gerekçeyle muhalefet etmiştir. *Apalak’a* göre Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunan Ula Sulh Ceza Mahkemesinin önünde salt para cezasına ilişkin dava bulunmaktadır. Para cezasıyla ilintili idari yargının görevine giren diğer idari işleme karşı dava açıldığı yolunda bir belirleme yapılmadığına göre ortada sulh ceza mahkemesinin ele alacağı bir dava bulunmaktadır.⁵⁷

Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinin 8. fıkrasında geçen *“bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı mercisinde görülür”* ifadesi idari para cezalarının idari yargıda karara bağlanmasının bir şartı değildir. 27. maddenin 8. fıkrası dikkatle incelendiğinde, bu fıkrada yer alan cümlelerin iki kısımdan oluştuğu görülür. Cümlelerin ilk kısmında idari yargı mercilerinin görevli olabilmesi için gerekli şartlara yer verilmiş, ikinci kısmında ise bu şartların gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak sonuç zikredilmiştir. Yani bu düzenleme idari para cezalarının idari yargıda görülebilmesini bu cezalara karşı diğer idari işlemlerle aynı anda ve aynı mahkemede dava açılması şartına bağlamamakta, sadece gerekli şartların varlığı halinde hem idari para cezalarının hem de bu cezalarla aynı kapsamda tesis edilen diğer idari işlem veya işlemlerin idari yargı mercilerinde karara bağlanacağını hüküm altına almaktadır. Dolayısıyla bir kişi hakkında aynı

⁵⁷ Anayasa Mahkemesinin 05.04.2007 tarih ve E. 2007/35, K. 2007/36 sayılı kararı: 15.11.2007 tarih ve 26701 sayılı RG.

sebebe dayanılarak hem imar para cezası hem de idari yargının görev alanına giren başka bir idari yaptırım kararı alınır ve kişi bu yaptırımlardan sadece imar para cezasına karşı dava açmak isterse, bu dava sulh ceza hakimliklerinde değil, idare mahkemelerinde karara bağlanacaktır. Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesinin uygulamaları da bu şekildedir.⁵⁸ Danıştay da benzer bir konuda açılan bir dava hakkında verdiği kararında aynı sonuca ulaşmıştır. Danıştaya göre kanun koyucunun Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrası ile güttüğü amaç aynı fiil nedeniyle bir kişi hakkında uygulanan iki ayrı işleme karşı açılan davaların farklı yargı düzenlerinde çözümlenmesini engellemektir. Yüksek mahkemeye göre Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasında yer alan davaların "birlikte" görüleceği ifadesinin "*davanın aynı yargı düzeninde görüleceğini ifade etmek için kullanıldığı, iki işleme birlikte aynı davada bakılması zorunluluğunu ifade etmediği tartışmalıdır*".⁵⁹ Bu nedenle imar para cezalarına karşı nezdinde bir dava açılan bir mahkeme söz konusu davanın kendi görev alanına girip girmediği konusunda bir karar vermek için aynı kişi hakkında para cezası dışında başka bir idari işlemin de tesis edilmediğini re'sen araştırarak, bu idari işleme karşı dava açılıp açılmadığı hususunu dikkate almayacaktır.

2. İmar Para Cezaları İle Diğer İdari Yaptırımların Farklı Zamanlarda Tesis Edilmesi

İmar para cezaları ile bu cezalarla aynı kapsamda tesis edilen ve idari yargının görev alanına giren diğer idari işlemlerin farklı zamanlarda tesis edilmesi halinde görevli yargı merciinin tespitinde bazı soru işaretleri ile karşılaşılabilir. Bu soru işaretlerini imar para cezalarının ilgili kişi hakkında tesis edilen ilk veya ikinci işlem olmasına göre iki başlık altında incelemek mümkündür.

⁵⁸ Bkz. Anayasa Mahkemesinin 05.04.2007 tarih ve E. 2007/35, K. 2007/36 sayılı kararı: 15.11.2007 tarih ve 26701 sayılı RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 05.07.2010 tarih ve E. 2010/28, K. 2010/147 sayılı kararı: 14.10.2011 tarih ve 28084 sayılı mükerrer RG; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 05.05.2008 tarih ve E. 2007/527, K. 2008/137 sayılı kararı: 05.08.2008 tarih ve 26958 sayılı mükerrer RG.

⁵⁹ Danıştay 10. Dairesinin 23.11.2010 tarih ve E. 2008/7233, K. 2010/9110 sayılı kararı.

a. İmar Para Cezalarının Diğer İdari Yaptırımlardan Sonra Tesis Edilmesi

İmar para cezasına ilişkin kararın idari yargının görev alanına giren bir idari işlemin tesisinden sonra alınması veya tebliğ edilmesi mümkündür. Bu tür durumlarda zamansal olarak daha önceki bir tarihte tesis ve tebliğ edilen diğer idari yaptırıma karşı dava açılmış veya açılmamış olabilir. İmar para cezasından önce tesis edilen idari yaptırıma karşı ilgili kişilerin süresinde dava açmış olmaları halinde, imar para cezasına karşı açılacak dava idari yargı mercilerinde görülecektir, zira bu tür durumlarda Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasında öngörülen şartlar mevcuttur. Bununla birlikte idari işlemin iptaline ilişkin davanın karara bağlanmasından veya bu kararın kesinleşmesinden sonra imar para cezasının verildiği hallerde, her iki yaptırıma ilişkin davalar arasında bağlantı kurulması ve bu davaların birleştirilmesi imkanı kalmadığından⁶⁰ bahisle imar para cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıklara sulh ceza hakimliklerinde bakılması gerektiği düşünülebilir. Kanaatimce her iki davanın birleştirilmesi imkanının kalmadığı bu tür hallerde dahi imar para cezalarına bakmakla görevli mahkemeler idare mahkemeleridir. Aynı kişi hakkında aynı sebebe dayanılarak tesis edilen iki idari işlemde kaynaklanan davaların birleştirilerek karara bağlanması kanun koyucunun Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrası ile takip ettiği yargılamanın bütünlüğü amacına uygun bir durum olsa da, bu hükümde belirlenen şartların gerçekleşmesine rağmen bu davaların birleştirilememesi idari yargı mercilerinin görevine engel teşkil etmez. İmar para cezalarının idari yargı mercilerinin görevine girebilmesi için, bu davaların diğer işlemlere ilişkin idari davalarla birleştirilebilmesi değil, kanunda zikredilen şartların gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca şu hususa da işaret etmek gerekir ki, aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilmesi yargılamanın bütünlüğü amacına hizmet etse de, yargılamanın bütünlüğü davaların birleştirilmesinden ibaret değildir. Aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilmesi mümkün olmasa bile bu tür davaların aynı yargı kolundaki mahkemelerde karara bağlanması ve bunlara aynı yargılama usulü ile içtihatlarının uygulanması hiç şüphesiz yargılamanın bütünlüğü amacına hizmet edecektir.

⁶⁰ Bkz. GÖZÜBÜYÜK / TAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 1056; CANDAN, İdari Yargılama Usulü Kanunu, s. 878 vd.; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 229 vd.

Bir kişi hakkında tesis edilen imar para cezası bu kişi hakkında aynı sebebe dayanılarak tesis edilen ve idari yargının görev alanına giren başka bir idari yaptırımdan sonraki bir tarihte, ancak henüz bu yaptırıma karşı yargı yoluna başvurulmadan tesis veya tebliğ edilmiş olabilir. Kişi hakkında tesis edilen ilk idari yaptırım henüz süre aşımına uğramamış ise, bu durumda herhangi bir sorun yaşanmaz, her iki davaya karşı idare mahkemelerinde iptal davası açılabilir. Dava açma süresi her yaptırım için ayrı ayrı hesaplanır. İmar para cezasının diğer idari yaptırım için öngörülen dava açma süresinin geçmesinden sonra tesis veya tebliğ edildiği hallerde de imar para cezasından kaynaklanan uyuşmazlık aynı şekilde idari yargı mercilerinin görev alanına girecektir. Zira burada önemli olan diğer idari yaptırımın süresinde dava konusu edilmesi değil, bizzatihi böyle bir yaptırımın tesis edilmiş olmasıdır. Az önce olduğu gibi burada da yargılamanın bütünlüğü ilkesinin uygulama alanı bulmayacağı düşünülebilir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi, böyle bir düşünce isabetli olmayacaktır. Ayrıca şu hususa işaret etmek gerekir ki, Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrası yargılamanın bütünlüğü ilkesini muhafaza etme dışında idari yargının görev alanını koruma amacı da gütmektedir. Dolayısıyla bir kişi hakkında idari yargının görev alanına giren bir idari işlem tesis edilmiş ise, bu işlemin süresinde dava konusu edilip edilmediğine bakılmaksızın bu işlemle aynı hukuki sebebe dayanılarak tesis edilen imar para cezası da idare mahkemelerinin görev alanında kalacaktır.

b. İmar Para Cezalarının Diğer İdari Yaptırımlardan Önce Tesis Edilmesi

Bir kişiye imar para cezası verilmesinden sonraki bir tarihte bu kişi hakkında aynı nedene dayanılarak idari yargının görev alanına giren başka bir idari yaptırım kararı daha alındığı takdirde imar para cezası açısından görevli yargı merciinin belirlenmesinde bazı sorunlarla karşılaşılabilir. Bu sorunları imar para cezasına karşı yargı yoluna başvurulduğu ve böyle bir yola başvurulmadığı haller açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Bir kişiye imar para cezası verilmesi ve bu cezanın tebliğ edilmesi ile birlikte, henüz kişi hakkında idari yargının görev alanına giren başka bir idari işlem tesis edilmemiş ise, imar para cezasına bakmakla görevli mahkeme sulh ceza hakimliği olacaktır. Bu durumda kişinin kendisi hakkında başka bir idari yaptırım tesis edilmesini

bekleme yükümlülüğü bulunmadığından ve de sulh ceza hakimliğine başvuru süresi on beş günle sınırlı olduğundan, kişi bu cezaya karşı sulh ceza hakimliğine başvurabilir. İşte bu uyuşmazlık sulh ceza hakimliği nezdinde görülmeye başlandıktan sonra kişi hakkında aynı sebebe dayanılarak idari yargının görev alanına giren başka bir idari yaptırım daha tesis edilebilir. Böyle bir durumda imar para cezasına bakacak yargı merciinde değişiklik olacak, uyuşmazlık idari yargının görev alanında kalacaktır. Bununla birlikte idari yargı için öngörülen dava açma süresi henüz geçmemiş olsa dahi idare mahkemelerinin bu davaya bakması mümkün değildir, zira bu konuda derdest bir dava vardır.⁶¹ Burada yapılması gereken şey, sulh ceza hakiminin görevsizlik kararı vererek dosyadan el çekmesi olacaktır.⁶² Sulh ceza hakiminin görevsizlik kararı vermesi için kişi hakkında tesis edilen diğer idari yaptırımın imar para cezasının tebliğ edildiği tarihten sonraki altmış gün içinde tebliğ edilmiş olması gerekmez. İkinci idari yaptırımın daha sonraki bir tarihte tebliğ edildiği hallerde de sulh ceza hakimi aynı şekilde görevsizlik kararı verecek ve ilgili kişi İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca görevsizlik kararının kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli idari yargı merciinde yeni bir dava açabilecektir. Bu durum ise sulh ceza hakiminin görevsizlik kararı verdiği tarihe kadar yapılan yargısal faaliyetlerin – en azından önemli bir kısmının – boşa gitmesi anlamına gelecektir.

İmar para cezalarına karşı sulh ceza hakimliklerine başvurulduktan sonra tesis veya tebliğ edilen idari yaptırımların sebebiyet vereceği görev sorunları bunlarla sınırlı değildir. Aynı kişi hakkında aynı sebebe dayanılarak tesis edilen ve idari yargının görev alanına giren bir idari yaptırımın ilgili kişiye tebliğ edildiği sırada artık sulh ceza hakiminin görevsizlik kararı vermesi imkan dahilinde olmayabilir, zira imar para cezasından kaynaklanan uyuşmazlık kesin hükme bağlanmış olabilir. İşte imar para cezasının tebliğ edildiği tarihten sonraki altmış gün içinde kişiye başka bir idari yaptırımın tebliğ edilmesi durumunda, ilgili kişinin daha önce sulh ceza hakimliğinde kesin hükme bağlanan imar para cezasına karşı bu kez süresinde idari yargı mercilerinde iptal davası açması-

⁶¹ GÖZÜBÜYÜK / TAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 1067 vd.

⁶² Bkz. 26. dipnotun bulunduğu yerdeki açıklamalar ve bu dipnottaki yargı kararları.

nın mümkün olup olmadığı sorusu ile karşılaşılabılır. Burada dava konusu imar para cezası henüz süre aşımına uğramamış olsa da, bu konuda tesis edilen kesin hüküm vardır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça zikredilmese de bir konuda kesin bir hükmün varlığı aynı konunun idare mahkemelerinde görülmesine engel teşkil eder.⁶³ Dolayısıyla imar para cezasının iptali talebiyle idare mahkemesi nezdinde açılan bir dava süresinde açılmış olsa dahi, dava konusu imar para cezası ile ilgili olarak adli yargı mercileri tarafından verilen kesinleşmiş bir yargı kararının bulunması durumunda, idare mahkemesi elindeki davayı henüz ilk inceleme aşamasında reddedecek, davanın esasını incelemeyecektir. Danıştay içtihatları bu yöndedir.⁶⁴ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre görevsizlik yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden değildir. *Ulusoy*'un aktardığına göre bu durum karşısında kesin hükmün kaldırılarak bir konunun yeniden idari yargı mercilerinde görülmesinin tek yolu kesin hükmün Yargıtayca görev noktasından kanun yararına bozulmasıdır. Sulh ceza hakimlikleri tarafından tesis edilmiş olan kesinleşmiş bir hüküm idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle görev noktasından bozulur ve görevsizlik kararı verilirse, imar para cezasına ilişkin uyuşmazlığın idare mahkemelerinde görülmesinin önündeki kesin hüküm engeli kalkmış olacaktır.⁶⁵ Aynı durum ikinci idari yaptırımın imar para cezasının tebliğinden altmış günden fazla bir süre geçtikten sonra tebliğ edilmesi halinde de söz konusu olabilir. Bu tür durumlarda ilgili kişi İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca görevsizlik kararının kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde idare mahkemelelerinde dava açılabilir.

İmar para cezalarına karşı henüz sulh ceza hakimliklerine başvurulmadan aynı kişi hakkında imar para cezası ile aynı kapsamda kalan ve idari yargının

⁶³ Bkz. Danıştay İDDK'nin 15.03.2007 tarih ve E. 2004/1166, K. 2007/352 sayılı kararı; Danıştay İDDK'nin 07.05.2013 tarih ve E. 2009/861, K. 2013/1789 sayılı kararı; Danıştay İDDK'nin 26.02.2009 tarih ve E. 2009/98, K. 2009/149 sayılı kararı; Danıştay 13. Dairesinin 04.11.2008 tarih ve E. 2006/5325, K. 2008/7073 sayılı kararı; Danıştay 13. Dairesinin 08.04.2008 tarih ve E. 2006/4085, K. 2008/3627 sayılı kararı; Danıştay 13. Dairesinin 27.01.2009 tarih ve E. 2006/3943, K. 2009/1187 sayılı kararı; ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 204.

⁶⁴ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 204.

⁶⁵ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 204.

görev alanına giren bir idari yaptırım kararı alınır, bu da bazı özel durumların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Şayet idari yargının görev alanına giren idari yaptırım imar para cezasının tebliğinden itibaren on beş gün içinde tesis edilmişse, bu durumda herhangi bir sıkıntı ile karşılaşılmaz. İlgili kişi bu yaptırımlara karşı yargı yoluna başvurmak isterse, idare mahkemelerine başvuracaktır. İdari yargının görev alanına giren idari yaptırım imar para cezasının ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren altmış gün geçtikten sonra tesis veya tebliğ edilirse, bu durumda da herhangi bir özel durum ortaya çıkmayacaktır. İmar para cezası açısından dava süre aşımına uğramış olacak, ancak ilgili kişi isterse diğer idari yaptırıma karşı süresinde idari yargıya başvurabilecektir. Ancak idari yargının görev alanına giren idari yaptırımın imar para cezasının ilgiliye tebliğ edildiği tarihten on beş gün geçtikten sonra ve fakat bu tarihten itibaren henüz altmış gün geçmeden tebliğ edildiği hallerde durum biraz daha farklı olacaktır. Bilindiği üzere sulh ceza hakimliklerinin görev alanında kalan yaptırımlara karşı başvuru süresi, bu yaptırımların ilgili kişiye tebliğ veya tefhim edildiği tarihten itibaren on beş gündür.⁶⁶ Oysa aynı yaptırımların idare mahkemelerinin görev alanında kaldığı hallerde dava açma süresi aksine özel bir düzenlemenin bulunmadığı hallerde altmış gündür.⁶⁷ İşte bir kişi imar para cezasının kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde sulh ceza hakimliğine başvurmadığı için bu ceza kesinleşir ve henüz imar para cezasının tebliğinden itibaren altmış gün geçmeden aynı kişiye bu kez de imar para cezası ile aynı sebebe dayanılarak idari yargının görev alanına giren başka bir idari yaptırım tebliğ edilirse, daha önce kesinleşmiş olan imar para cezası kesinliğini kaybedecek ve daha önce geçmiş olan yargı yoluna başvuru süresi tekrar canlanacaktır. Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin 27. maddesinin 8. fıkrası karşısında idare mahkemeleri bu tür hallerde imar para cezalarına karşı açılan davaları süre aşımı gerekçesiyle reddetmeyecek, davanın esası hakkında bir karar verilebilmesi için gerekli olan diğer ilk inceleme şartlarının mevcudiyeti halinde davayı esastan inceleyerek karara bağlayacaklardır.

⁶⁶ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, m. 27/1.

⁶⁷ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, m. 7/1.

3. İdari Yargının Görev Alanına Giren İdari Yaptırımın Kaldırılması veya Geri Alınması

İmar mevzuatına aykırılık nedeniyle bir taşınmaz hakkında idari yargı denetimine tabi bir idari işlem ile birlikte idari para cezasına karar verildikten sonra idari yargıya tabi idari işlem idare tarafından itiraz üzerine veya kendiliğinden kaldırılabilir veya geri alınabilir. Öyle ki, İmar Kanunu'nun 32. maddesinin ilk fıkrasına göre ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapı yapıldığı ilgili idarece tespit edilirse, yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre inşaatın durdurulmasına ilişkin kararın tebliğinden itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi ruhsat alarak veya yapısını ruhsata uygun hale getirerek mührün kaldırılmasını isteyebilir. 32. maddenin 4. fıkrasına göre, yapılan inceleme sonucunda ruhsat alındığı veya yapının ruhsata uygun hale getirildiği anlaşılırsa mühür kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir. Bu hüküm uyarınca mühürleme işleminin kaldırılması, daha önce tesis edilen imar para cezasının da geri alınmasını gerektirmez. İşte bir kişi hakkında hem imar para cezası hem de ilgili yapının mühürlenmesi yönünde bir işlem tesis edildiği ve mühürleme işleminin daha sonraki bir tarihte kaldırıldığı hallerde, Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasındaki şartların artık mevcut olmadığı düşünülebilir. Aynı sonuç yıkım kararlarının geri alındığı hallerde de ortaya çıkabilir. İmar Kanunu'nun 32. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen sürede ilgilinin başvurmaması veya yapılan başvurunun idare tarafından yerinde görülmeyerek reddedilmesi durumunda, aynı maddenin 5. fıkrasına göre binanın yıkılmasına karar verilebilir. Ancak bu şekilde tesis edilen yıkım kararlarının hukuka aykırı olarak tesis edildiği veya yerinde olmadığı daha sonra anlaşılabilir ve yıkım kararı ilgililerin başvurusu üzerine veya re'sen geri alınabilir.⁶⁸ Yıkım kararının bu şekilde geri alınmasına rağmen imar para cezasının geri alınmadığı hallerde, ilgili kişinin karşı karşıya kaldığı tek yaptırım idari para cezası olacak ve bu cezaya bakacak görevli yargı merciinin hangisi olduğu sorusu ile karşılaşılacaktır.

⁶⁸ Hukuka aykırı ve kişilerin aleyhine sonuçlar doğuran bireysel idari işlemlerin geri alınmasıyla ilgili olarak bkz. GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 179; GÖZLER / KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, s. 411.

Bir kişi hakkında aynı sebebe dayanılarak hem idari yargının görev alanına giren bir idari yaptırım hem de imar para cezası tesis edilirse, Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasındaki şartlar gerçekleşmiş olacak ve imar para cezası idare mahkemelerinin görev alanında kalacaktır. İmar para cezalarına bakmakla görevli yargı mercii bu şekilde belirlendikten sonra imar para cezası dışında kalan idari yaptırım veya yaptırımların kaldırılması veya geri alınması görevli yargı mercisinde herhangi bir değişiklikte sonuçlanmayacaktır. İdari yaptırımların kaldırılması veya geri alınması işleminin bu yaptırımlara karşı dava açılmasından önceki⁶⁹ veya sonraki bir tarihte gerçekleşmiş olmasının da burada herhangi bir önemi yoktur. Zira Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrası idari yargının görevli olabilmesi için "*idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması*" şartını aramış, bu kararların muhtemel bir yargı kararına kadar varlığını sürdürmesi şartına yer vermemiştir. Dolayısıyla imar para cezalarının idari yargının görev alanında kalmasından sonra yaşanan gelişmelerin görevli yargı mercii üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır. Aksi durumun kabulü imar para cezalarının hangi yargı mercilerinin görev alanında kalacağı konusunda belirsizliklerin yaşanmasına sebebiyet verecektir.⁷⁰ Aynı sonuca İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 35. maddesinde düzenlenen durum ile yapılacak bir kıyas yoluyla da ulaşılabilir. Bu maddeye göre taşınır mallara ilişkin davalarda yetkili mahkeme taşınır malın bulunduğu yer idare mahkemesidir. İşte yetkili idare mahkemesinde dava açıldıktan sonra taşınırın yer değiştirmesi davaya bakacak yetkili mahkemenin de değişmesi ile sonuçlanmadığı gibi,⁷¹ imar para cezalarının idare mahkemelerinin görev alanına kalması için

⁶⁹ İmar para cezasına karşı henüz dava açılmadan diğer idari yaptırımın kaldırılması veya geri alınmasının görevli yargı mercisinin tespitinde dikkate alınması, ilgili kişinin mağduriyeti ile sonuçlanabilecektir. Örneğin idari yargı denetimine tabi yaptırımın imar para cezasının tebliğ edildiği tarihten 15 gün geçtikten sonra, ancak bu tarihten itibaren henüz 60 gün geçmeden kaldırılması veya geri alınması halinde, ilgili kişi bu yaptırıma karşı dava açamayacaktır. Zira imar para cezalarına karşı sulh ceza hakimliğine başvuru süresi 15 gündür.

⁷⁰ Gerçi görev konusundaki belirsizliğin asıl sebebi Kabahatler Kanunu'nun kendisidir. Ancak böyle bir kabul bu belirsizliğin daha da artması ile sonuçlanacaktır. Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin hükümlerinin belirsizliği konusunda aşağıda ölçülülük ilkesi bağlamında yapılan açıklamalara bakınız.

⁷¹ GÖZÜBÜYÜK / TAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 884.

Kabahatler Kanunu'nda öngörülen şartların gerçekleşmesinden sonra yaşanan gelişmeler de kanaatimce idare mahkemelerinin görevine son vermeyecektir.

4. İmar Yaptırımlarına Konu Olan Taşınmazın El Değiştirmesi

İmar yaptırımlarının tesis edilmesine sebep olan taşınmazların el değiştirildiği hallerde de Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemelerinin uygulanmasında sorunlarla karşılaşılabilir. Daha önce de ifade edildiği gibi, Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasına göre imar para cezalarının idari yargının görev alanına girebilmesi için, bu para cezalarının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren başka bir karar da tesis edilmiş olmalıdır. İşte aynı imara aykırılık kapsamında idare tarafından hem imar para cezası hem de başka bir idari yaptırım tesis edilmiş, ancak değişik zamanlarda bu yaptırımların ilgili olduğu taşınmaz el değiştirmiş olabilir. Taşınmaz mülkiyetinde gerçekleşecek böyle bir değişikliğin görevli yargı mercii üzerinde de etkili olacağı düşünülebilir. Zira bu tür durumlarda iki idari işlemin aynı kişi hakkında tesis edilip edilmediği sorusu, taşınmazın el değiştirmesinden önceki duruma göre daha farklı bir şekilde cevaplandırılıyor olabilir. Aşağıda taşınmaz mülkiyetinde yaşanan değişikliğin ilgili idari yaptırımlara karşı dava açılmasından önceki veya sonraki döneme rastlamasına göre bir ayırım yapılacak ve bu ayırım bağlamında konu incelenecektir.

a. Dava Açılmadan Önce Taşınmaz Mülkiyetinin El Değiştirmesi

Bir taşınmazdaki imara aykırılık sebebiyle tesis edilen imar yaptırımlarına karşı henüz bir dava açılmadan taşınmazın el değiştirmesi iki şekilde mümkündür. Taşınmaz ya ilgili idari yaptırımların tesisinden önceki ya da bundan sonraki bir tarihte el değiştirmiş olabilir. İmara aykırı bir durum ortaya çıktıkdan sonra henüz bu aykırılık sebebiyle ilgililer hakkında bir idari yaptırım tesis edilmeden taşınmaz mülkiyetinin el değiştirmesi, görevli yargı mercisinin tespiti açısından herhangi bir önem arz etmez. Görevli yargı mercii değişiklikten önceki duruma göre değil, ilgili imar yaptırımlarının tesis edildiği zamanın şartlarına göre belirlenir. İmar yaptırımları tesis edilirken imar para cezası gibi imar mevzuatına aykırı fiili gerçekleştiren kişinin şahsıyla sıkı sıkıya bağlı yaptırımlar ilgili kişiye; yıkım, mühürleme ve yapı tespit tutanağı gibi doğrudan

doğruya taşınmazla ilgili bulunan idari yaptırımlar ise taşınmazın mevcut malikine yönelik olarak tesis edilecektir. Bu şekilde tesis edilen imar para cezasına bakmakla görevli yargı mercii de cezanın tesis edildiği zamanın şartlarına göre belirlenecektir. Şayet her iki yaptırım da aynı kişi hakkında tesis edilmişse imar para cezası idare mahkemelerinin, aksi takdirde sulh ceza hakimliklerinin görev alanında kalacaktır.

İmar yaptırımlarına sebebiyet veren taşınmaz idari yaptırım kararının alınmasından sonraki bir tarihte de el değiştirebilir. Örneğin bir bina malikine idari davaya konu olabilecek bir yaptırım ile birlikte imar para cezası verilir ve henüz iptal davası açılmadan malik taşınmazı satabilir. Taşınmaz mülkiyetindeki bu değişiklik görevli yargı merciinin değişmesi sonucunu doğurmaz. Aksi durum imar para cezalarına bakacak yargı merciinin idari yaptırımın muhataplarının iradesine bağlı olarak değişmesi ile sonuçlanacaktır. İşte imar para cezalarına bakmakla görevli yargı merciinin taraf iradelerinden etkilenmemesi için, görevli yargı mercii tespit edilirken ilgili idari işlemlerin tesis edildiği günün şartları esas alınmalıdır. Dolayısıyla bu örnekte henüz iptal davası açılmadan taşınmaz başkasına devredilirse yeni malik tarafından yıkım kararına, eski malik tarafından da para cezasına karşı dava açılabilir ve her iki dava da idare mahkemelerinin görev alanında kalacaktır. Bu kişiler İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında davalarını birlikte de açabilirler. Ancak ayrı davaların açılması durumunda dahi tarafların talebi üzerine veya re'sen davalar arasında bağlantının varlığına karar verilebilir ve davalar birleştirilerek karara bağlanabilir.

Aynı imara aykırılık nedeniyle farklı kişiler hakkında imar yaptırımları tesis edildikten sonra bu idari işlemlerin muhataplarında birleşme de olabilir. Örneğin imara aykırılığa sebebiyet veren kiracı hakkında imar para cezası, taşınmaz sahibi hakkında da yıkım kararı verildikten sonra kiracı taşınmazı satın alabilir. Bu durumda idari işlemlerin tesis edildikleri tarihte 5326 sayılı Kanunun 27. maddesinin 8. fıkrasındaki şartlar mevcut olmadığından aynı kişinin yıkım kararına karşı idare mahkemesinde, imar para cezasına karşı sulh ceza hakimliğinde dava açması gerekir. Gerçi bir kişinin aynı sebebe dayanan idari işlemlerden birine karşı idari yargıda, diğerine karşı sulh ceza hakimliği nez-

dinde dava açması Anayasa Mahkemesi içtihatlarında değinilen yargılamanın bütünlüğü ilkesine aykırıdır. Ancak aşağıda da ifade edileceği gibi, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrası aynı hukuki sebepten kaynaklanan davaların aynı yargı merciinde karara bağlanmasını sağlama amacına ulaştırmaktan uzaktır.⁷² Zira idari işlemlerin tesis edildikleri tarihten sonraki değişikliklerin görevli yargı merciinin belirlenmesinde dikkate alınması halinde, bu sefer de başka tür davaların farklı yargı mercilerinde karara bağlanması kaçınılmaz olacaktır.⁷³

İmar para cezalarına bakmakla görevli yargı mercilerinin bu cezaların tesisinden önceki veya sonraki bir tarihte taşınmazın el değiştirmesinden etkilenmemesi Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasının lafzına da uygundur. Zira bu maddeye göre aynı kişi ile ilgili olarak *"idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde"* hukuka aykırılık iddiaları idari yargı mercilerinde görülür. Görüldüğü gibi bu hüküm aynı kişi ile ilgili olarak birtakım kararların verilmesine, yani tesis edilmesine vurgu yapmaktadır. Dolayısıyla imar yaptırımlarının tesis edilmesinden önce veya sonra bu yaptırımların muhataplarında yaşanan değişmelerin görevli yargı mercii üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.

b. Dava Açıldıktan Sonra Taşınmaz Mülkiyetinin El Değiştirmesi

Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemelerinin sebebiyet verebileceği başka bir sorun, imar para cezaları ile diğer idari yaptırımlara karşı idari yargıda açılan iptal davalarında İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Tarafların kişilik veya niteliklerinde değişiklik" başlıklı 26. maddesinin uygulanması ile ilgilidir. 26. maddenin ilk fıkrası şu şekildedir: *"Dava esnasında ölüm veya herhangi bir sebeple tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik olursa, davayı takip hakkı kendisine geçen kişinin başvurusuna kadar; gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar, dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilir."* Aynı maddenin 2. fıkrası ise *"Yalnız öleni ilgilendiren davalara ait dilekçeler*

⁷² Bkz. 96. dipnotun bulunduğu yerdeki açıklamalar ve bu dipnottaki kaynak.

⁷³ Bu duruma bir önceki paragrafta yer verilen olay örnek gösterilebilir.

iptal edilir." hükmüne yer vermektedir. İmar mevzuatına aykırılık nedeniyle bir kişi hakkında hem imar para cezası hem de idari yargının görev alanına giren başka bir idari yaptırım tesis edildikten ve bu yaptırımlara karşı idare mahkemelerinde iptal davası açıldıktan sonra dava konusu yaptırımların ilgili olduğu taşınmazın mülkiyeti el değiştirebilir. Bu tür durumlarda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26. maddesinin uygulanması önemli bazı sorunlara yol açabilir. Konuya Danıştay tarafından 01.05.2006 tarihinde karara bağlanan⁷⁴ bir uyuşmazlıktan hareketle yaklaşalım. Danıştayın anılan kararına konu olayda hakkında yıkım ve imar para cezası kararı alınan bir kişi bu işlemlere karşı dava açtıktan sonra taşınmazını satmıştır. Danıştaya göre bu durumda taşınmazın maliki değiştiğinden 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26. maddesinin 1. fıkrasına göre hareket edilmeli, yani dosya işleminden kaldırılmalıdır. Gerçi yukarıda izah edildiği gibi, kararın verildiği tarihte imar para cezaları idari yargının görev alanına girmektedir. Ancak aynı olayın tekrar yaşanabileceği göz önünde bulundurularak söz konusu Danıştay kararına konu olayın bugünkü mevzuat bağlamında değerlendirilmesi, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin hükümlerinin sebebiyet verebileceği sorunların ortaya konması bakımından önemlidir.

Danıştay kararına konu olay bağlamında üzerinde durulması gereken ilk husus taşınmazın el değiştirmesinin davanın tarafları üzerinde doğuracağı etkidir.⁷⁵ Bir dava devam ederken dava konusu malın başkasına temlik edilmesi davanın tarafları üzerinde farklı sonuçlar doğurabilir. Kimi durumlarda dava hakkının dava konusu maldan ayrılması mümkün olmadığından, dava konusu malın temlik ile birlikte dava hakkı da yeni malike geçer ve bu kişi davanın yeni tarafı olur.⁷⁶ İnşaatın durdurulması, yapının mühürlenmesi ve yıkımı gibi kararlara karşı açılan davalar taşınmazla sıkı sıkıya bağlı olup, taşınmazın dava sırasında başkasına devredilmesi durumunda, taşınmazı devralan kişi daha önce açılan davaya taraf olur ve eski malikin taraf sıfatı sona erer.⁷⁷ Dolayısıyla bu

⁷⁴ Danıştay 6. Dairesinin 01.05.2006 tarih ve E. 2004/2958, K. 2006/2316 sayılı kararı.

⁷⁵ Konu hakkında bkz. KAYA, Davanın Taraflarında Değişme, s. 161 vd.; ÖZMUMCU, Müdeabbihin Temlikinin Etkilerine İlişkin Sistemler.

⁷⁶ ÇALIŞKAN, İdari Yargıda Tarafların Değişmesi, s. 153 vd.

⁷⁷ GÖZÜBÜYÜK / TAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 933.

tür davaların görüldüğü sırada dava konusu malın başkasına devredilmesi durumunda, davanın dava konusu taşınmaz devralan kişi veya kişiler tarafından yürütülmesi gerekir. Bu nedenle İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca taraf sıfatını kazanan kişi veya kişilerin başvurmalarına kadar dava dosyasının işlemde kaldırılmasına karar verilir.⁷⁸ Buna karşın kimi durumlarda dava hakkı ile dava konusu taşınmaz arasındaki ilişki zayıftır ve dava esnasında taşınmazın başkasına temlik davasının taraflarında herhangi bir değişikliğe sebebiyet vermez. Bu tür durumlara bir taşınmazla ilgili olarak taşınmaz malikine verilen idari para cezaları ile vergi cezaları örnek gösterilebilir.⁷⁹ Zira bu tür işlemler daha önce yapılan hukuka aykırı bir davranışa karşı bir yaptırım niteliğindedirler ve cezaların şahsiliği ilkesi⁸⁰ uyarınca bu tür yaptırımların dava konusu malın devrinden etkilenmesi kural olarak mümkün değildir.⁸¹

Bu açıklamalar bağlamında Danıştayın yukarıda zikredilen kararına dönecek olursak, Danıştayın taşınmaz malikinin değiştiğinden bahisle İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca dava dosyasının işlemde kaldırılması gerektiğine ilişkin kararı, yıkım kararı bağlamında yerindedir. Bu karar Danıştayın yerleşik içtihatlarına da uygundur.⁸² Ancak temyize konu olan dava ile sadece yıkım kararının değil, aynı zamanda imar para cezasının da iptali istenmiştir. İmar para cezalarında ise dava hakkı ile dava konusu taşınmaz ara-

⁷⁸ Danıştay 6. Dairesinin 15.12.1987 tarih ve E. 1987/779, K. 1987/1180 sayılı kararı. Konu hakkındaki örnekler için bkz. ÇALIŞKAN, İdari Yargıda Tarafların Değişmesi, s. 160 vd.

⁷⁹ CANDAN, İdari Yargılama Usulü Kanunu, s. 617; ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 120; ÇALIŞKAN, İdari Yargıda Tarafların Değişmesi, s. 164.

⁸⁰ Bkz. ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 118 vd.; KARABULUT, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, s. 149 vd. Danıştay 6. Dairesinin 22.12.2003 tarih ve E. 2002/3435, K. 2003/7049 sayılı kararı; Danıştay 6. Dairesinin 15.11.2005 tarih ve E. 2004/2, K. 2005/5491 sayılı kararı; Danıştay 6. Dairesinin 18.10.2004 tarih ve E. 2003/1196, K. 2004/4987 sayılı kararı; Danıştay 14. Dairesinin 22.02.2010 tarih ve E. 2011/8115, K. 2012/2787 sayılı kararı.

⁸¹ *Ulusoy* muris hakkında tesis edilen imar para cezalarına karşı mirasçılardan dava açma ehliyetinin bulunup bulunmadığı konusunda Danıştayca ikili bir ayırım yapıldığını aktarmaktadır. Buna göre eğer tapuda taşınmaz üzerinde imar para cezası nedeniyle ihtiyati haciz konuldu ise, bu ceza mirasçılara geçecek; ancak böyle bir ihtiyati haciz yoksa, artık tahsil kabiliyeti kalmadığından mirasçılara geçmeyecektir. ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 120. Konu hakkında ayrıca bkz. ŞİMŞEK, İmar Hukuku, s. 925.

⁸² CANDAN, İdari Yargılama Usulü Kanunu, s. 617, 868. dipnot; GÖZÜBÜYÜK / TAN, İdari Yargılama Hukuku, s. 933 vd.

sındaki ilişki zayıftır. Buna karşın dava hakkı imar aykırılığına sebebiyet veren kişinin şahsıyla sıkı sıkıya bağlantılıdır. Zira cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca imar mevzuatına aykırılığa kim sebebiyet vermiş ise, bu aykırılık dolayısıyla uygulanacak yaptırımlara da o kişi katlanacaktır. Bu nedenle dava sırasında taşınmazın el değiştirmesi davanın taraflarında herhangi bir değişikliğe sebebiyet vermeyecek, eski malik imar para cezasının muhatabı olarak kalmaya devam edecektir.⁸³ İşte bu nedenle Danıştayın yıkım kararı ile imar para cezası arasında herhangi bir ayırım yapmadan her iki yaptırım için de dava dosyasının işlemde kaldırılması gerektiği yönünde bir karar vermesi isabetsizdir.⁸⁴ Çünkü dava dosyasının işlemde kaldırılması para cezasının yargısal denetiminin taşınmazın yeni malikinin iradesine bağlı kılınması anlamına gelecektir.⁸⁵ Yani Danıştayın söz konusu tutumu esas alınırca yeni malikin yenileme dilekçesi vermemesi, eski malikin para cezasına karşı yargı yoluna başvurma hakkını kullanamaması anlamına gelecektir ki, bir hukuk devletinde böyle bir durumun kabulü mümkün değildir.⁸⁶ Dolayısıyla bu tür durumlarda davayı takip hakkı kendisine geçen kişinin herhangi bir başvuruda bulunmaması halinde öncelikle davaların ayrılmasına karar verilmeli ve yıkım kararının iptaline ilişkin kısım için İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26. maddesi bağlamında dava dosyası işlemde kaldırılmalıdır. İmar para cezasının iptaline ilişkin davada ise yargılamaya kalındığı yerden devam edilmeli ve uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmelidir.⁸⁷

⁸³ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 120.

⁸⁴ Bkz. Danıştay 6. Dairesinin 01.05.2006 tarih ve E. 2004/2958, K. 2006/2316 sayılı kararı, karşı oy kısmı.

⁸⁵ ÇALIŞKAN, İdari Yargıda Tarafların Değişmesi, s. 168.

⁸⁶ Benzer bir durum için bkz. Danıştay 9. Dairesinin 02.12.2010 tarih ve E. 2010/2948, K. 2010/6385 sayılı kararı.

⁸⁷ Yıkım kararının muhatabı olan taşınmazın eski malikinin yenileme dilekçesi vermesi durumunda, bu davaların tekrar birleştirilip birleştirilmemesi konusu gündeme gelebilir. İYUK 38/2'ye göre aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar bağlantılı davalardır. Dava konusu olayda yıkım kararı ile para cezası verilmesine ilişkin karar aynı maddi ve hukuki sebepten doğmuştur, ayrıca bu yaptırımlardan biri hakkında verilecek hükmün diğer yaptırım hakkında verilecek hükmü de etkileyeceği açıktır. Dolayısıyla bu davalar ayrıldıktan sonra yıkım kararına konu olan taşınmazın yeni maliki yenileme dilekçesi verirse, mahkeme daha önce ayırdığı bu davaları tekrar birleştirebilecektir ki, kanaatimce bu yerinde bir karar olacaktır.

Davaların bu şekilde ayrılması Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrası bağlamında başka bir sorunu daha gündeme getirmektedir. Acaba davaların ayrılması üzerine idare mahkemesi tarafından imar para cezasının iptaline ilişkin davada ne şekilde bir karar alınacaktır? İdare mahkemesi görevsizlik kararı mı verecektir, yoksa diğer ilk inceleme konularında herhangi bir eksiklik yoksa davayı esastan karara bağlayacak mıdır? Bu sorunların ortaya çıkmasının sebebi, taşınmazın dava sırasında satılması üzerine imar para cezasına karşı açılmış olan davanın davacısı ile diğer idari yaptırıma karşı açılmış olan davanın davacısının birbirinden farklılaşmış olmasıdır. Bu farklılık nedeniyle Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasındaki şartların artık mevcut olmadığından bahisle imar para cezasına karşı açılmış olan davanın artık idare mahkemelerinin değil de sulh ceza hakimliklerinin görev alanında kaldığı düşünülebilir. Ancak hemen şunu ifade etmek gerekir ki, böyle bir durumun kabul edilmesi yargılama faaliyetleri bağlamında ciddi bazı sıkıntıları beraberinde getirecektir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasındaki şartların artık mevcut olmadığından bahisle idare mahkemesince imar para cezasına ilişkin davada görevsizlik kararı verilirse, o zamana kadar yapılan tüm yargılama faaliyetleri anlamsız kalacak ve davacı uzun bir yargılama sürecinden sonra aynı davayı bu kez sulh ceza hakimliğinde açmak zorunda kalacaktır. Ancak bu durum da sorunu ortadan kaldırmaya yetmeyecektir. Sulh ceza hakiminin yargılamaya başlamasından sonra sözgelimi satış işleminin geçerli olmadığı anlaşılır, taşınmaz eski malike iade edilir veya eski malik taşınmazı tekrar satın alırsa, bu sefer de Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasındaki şartların mevcudiyetinden bahisle sulh ceza hakiminin görevsizlik kararı vermesi gerekecektir. Bu durum görevli mahkemenin belirlenmesinin tarafların iradelerine bırakılması anlamına gelecektir. İşte göreve ilişkin bu tür olumsuzlukların yaşanmaması için kanaatimce davanın taraflarında meydana gelecek bir değişikliğin görevli yargı merciinde bir değişiklikle sonuçlanmayacağı kabul edilmesi ve görevli yargı merciinin dava konusu idari yaptırımların tesis edildiği zamanın şartlarına göre belirlenmesi zorunludur. Ayrıca yukarıda olduğu gibi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 35. maddesi bağlamında yapılacak bir kıyaslama da aynı sonuca götürecektir. Taşınırın yer değiştirmesi yetkili idare mahkemesini yetkisiz hale getirmediği gibi, imar para cezası tesis

edildikten sonra taşınmazın başkasına temlik dahi görevli idare mahkemesini görevsiz hale getirmez.⁸⁸

E. Kabahatler Kanunu'nun Göreve İlişkin Hükümlerinin Ölçülülük İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Kamu hukuku alanında, bu arada anayasa ve idare hukukunda önemli bir yer tutan ölçülülük ilkesine (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) göre, tüm kamusal faaliyetlerin bu faaliyetlerle hedeflenen amaca ulaşılması için gerekli ve elverişli olması, ayrıca ilgili faaliyet ile amaç arasında uygun bir orantı bulunması gerekir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere ölçülülük ilkesi araç-amaç ilişkisine dayalı bir ilkedir ve bu ilkenin üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar gereklilik, elverişlilik ve orantılılıktır.⁸⁹ Yukarıda da ifade edildiği gibi, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun eski 42. maddesinin 5. fıkrası yargılamanın bütünlüğü ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal edilmiştir.⁹⁰ Halen yürürlükte olan Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasının iptaline ilişkin davada ise Anayasa Mahkemesi bu hükmün yargılamanın bütünlüğü ilkesine uygun olduğunu kabul etmiş ve iptal talebini reddetmiştir.⁹¹ İşte aşağıda imar para cezaları açısından Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemelerinin, yani bu kanunun 3. maddesi ile 27. maddesinin 1. ve 8. fıkralarının yargılamanın bütünlüğü amacı bağlamında ölçülülük ilkesine uygun olup olmadıkları sorusuna cevap aranacaktır. Bu incele-

⁸⁸ Bkz. 71. dipnotun bulunduğu yerdeki açıklamalar.

⁸⁹ HIRSCHBERG, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, s. 50; OĞURLU, Ölçülülük İlkesi, s. 21 vd.; METİN, Ölçülülük İlkesi, s. 19 vd.

⁹⁰ Anayasa Mahkemesinin 15.05.1997 tarih ve E. 1996/72, K. 1997/51 sayılı kararı: 01.02.2001 tarih ve 24305 sayılı RG. Yüksek mahkeme 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesini de benzer bir gerekçeyle iptal etmiştir. Yüksek mahkemeye göre aynı eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı veya haklı neden bulunmamaktadır. Bkz. Anayasa Mahkemesinin 16.02.2012 tarih ve E. 2011/35, K. 2012/23 sayılı kararı: 19.05.2012 tarih ve 28297 sayılı RG.

⁹¹ Anayasa Mahkemesinin 11.06.2009 tarih ve E. 2007/115, 2009/80 sayılı kararı: 26.11.2009 tarih ve 27418 sayılı RG. Yüksek mahkemeye göre Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasında yer alan düzenlemenin amacı sulh ceza mahkemesinin görev alanında kalan bir idari yaptırım kararı kapsamında idari yargının görev alanına giren bir başka kararın da verilmesi durumunda her iki kararın da idari yargı mercilerinde görülmesini sağlamaktır. *"Bu suretle, idari yargının görevli olduğu işlem kapsamında tesis edilen bir idari yaptırım kararının hukuka uygunluk denetiminin de aynı yargı yerince yapılması sağlanmış olmaktadır."*

me ölçülülük ilkesinin unsurlarının sırasıyla ele alınması suretiyle yapılacaktır.

1. Elverişlilik (Geeignetheit)

Elverişlilik ile belli bir amaca ulaşmak için alınan bir önlem veya kullanılan bir aracın o amaca ulaştırabilme kabiliyetine sahip olması gerektiği ifade edilmek istenir. Şayet kullanılan araç sebep sonuç ilişkisi içinde istenen amaca ulaşılması sonucunu doğuruyorsa, elverişli bir araçtır. Bir aracın elverişli olarak kabul edilebilmesi için, öngörülen amacı tümüyle gerçekleştirme kabiliyetine sahip olması gerekmez. Aracın amaca ulaşılmasına bir nebze de olsa katkı sunması yeterlidir. Ancak alınan önlem veya kullanılan araç hedeflenen amaca ulaşılması konusunda herhangi bir etkiye sahip değilse veya amaca ulaşılmasını zorlaştırıyorsa, bu araç veya önlemin elverişliliğinden bahsetmek mümkün değildir.⁹²

Elverişlilik ilkesine ilişkin bu genel açıklamalardan sonra Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin hükümlerinin Anayasa Mahkemesi içtihatlarında dile getirilen yargılamanın bütünlüğü ilkesini sağlama amacına ulaştırmaya elverişli olup olmadıkları konusunu daha yakından ele alalım. Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasının ortaya çıkış süreci ele alınırken ifade edildiği gibi, bu hüküm Anayasa Mahkemesinin İmar Kanunu'nun eski 42. maddesinin 5. fıkrası ile Kabahatler Kanunu'nun eski 3. maddesinin iptaline ilişkin kararlarında dile getirdiği hususlar dikkate alınarak tesis edilmiştir. Yani bu hükümle hem idarenin aynı kapsamda tesis ettiği kararlardan bir bölümünün adli yargıda, diğer bölümünün idari yargıda görülmesinin önüne geçilmeye çalışılmış,⁹³ hem de bir idari işlemin sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden idari yargının görev alanının dışında kalmasına engel olunmaya çalışılmıştır.⁹⁴ Bu hükmün doğurduğu sonuçlara bakıldığında, bunun önemli ölçüde kendisinden beklenen amacı gerçekleştirdiği söylenebilir. Zira bu hüküm ile idari yar-

⁹² HIRSCHBERG, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, s. 50 vd.; DETTERBECK, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 67; PIEROTH / SCHLINK, Staatsrecht II, s. 68; OĞURLU, Ölçülülük İlkesi, s. 36 vd.; METİN, Ölçülülük İlkesi, s. 26 vd.

⁹³ Bkz. 18. ve 19. dipnotların bulunduğu yerde zikredilen Anayasa Mahkemesi kararı.

⁹⁴ Bkz. 31. dipnotun bulunduğu yerde zikredilen Anayasa Mahkemesi kararı.

gının görev alanı önemli ölçüde gözetilmiş ve aynı kapsamda tesis edilen idari işlemlerden bir kısmının adli yargıda, diğer bir kısmının idari yargıda karara bağlanmasının önüne geçilmiştir. Gerçi yukarıda zikredilen kimi hallerde⁹⁵ yargılamanın bütünlüğü ilkesi Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasına rağmen tesis edilememektedir. Bu durum özellikle idari yargının görev alanında kalan bir idari işlem ile birlikte tesis edilen para cezaları ile bu tür idari işlemlerden bağımsız bir şekilde tesis edilen para cezalarının farklı yargı kollarındaki mahkemelerde karara bağlandığı hallerde aşıkardır. Ancak az önce de ifade edildiği gibi, bir aracın elverişli olarak kabul edilebilmesi için, hedeflenen amaca her halde ve istisnasız bir şekilde ulaşılması gerekmez. Öngörülen amaca katkı sunulması da bir aracın elverişli olarak kabulü için yeterlidir. Bu nedenle Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemelerinin yargılamanın bütünlüğü amacına ulaştırmaya elverişli araçlar olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemelerine hasrı nazar edilerek yapılacak bir inceleme bu düzenlemelerin elverişli olduğu sonucuna ulaştırsa da, konuya daha geniş bir perspektiften bakıldığında daha farklı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Burada daha geniş bir perspektif ile Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemelerinin yürürlüğe girmesinden önceki ve sonraki durumun karşılaştırılması kastedilmektedir. Gerçekten de göreve ilişkin düzenlemelerin öngörülen amaca elverişliliği konusunda daha isabetli sonuçlara ulaşmak için yapılması gereken asıl önemli şey kanaatimce bu düzenlemelerin ortaya koyduğu hukuki sonuç ile bunların hiç mevcut olmaması durumunda ortaya çıkacak sonuçlar arasında bir karşılaştırma yapmak olmalıdır. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi ile 27. maddesinin 1. ve 8. fıkralarının yürürlüğe girdiği tarihten önce yargılamanın bütünlüğü ilkesinin şu anki mevcut duruma göre daha kapsamlı bir şekilde tesis edildiği ve yukarıda zikredilen ayırık durumların bahis konusu olmadığı görülecektir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, İmar Kanunu'nun eski 42. maddesinin 5. fıkrasının iptal edildiği tarihten Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihine kadarki dönemde imar para cezalarından kaynaklanan tüm uyuşmaz-

⁹⁵ Örnek olarak bkz. "a. Dava Açılmadan Önce Taşınmaz Mülkiyetinin El Değiştirmesi" başlığı altında yapılan açıklamalar.

liklar idari yargının görev alanında kalmıştır. Oysa mevcut düzenlemeye göre imar para cezalarının önemli bir kısmı idari yargının görev alanında kalsa ve bu şekilde yargılamanın bütünlüğü ilkesi önemli ölçüde korunsa da, bu ilkenin her zaman için korunabildiğini söylemek mümkün değildir. Zira Kabahatler Kanunu'nun ilgili hükümleri aynı konuda ve aynı sebebe dayanılarak tesis edilen idari işlemlerden bazılarının sulh ceza hakimliklerinde, diğer bazılarının ise idare mahkemelerinde karara bağlanması ile sonuçlanabilmektedir.⁹⁶ Kanununun 27. maddesinin 8. fıkrasında belirlenen şartların gerçekleştiği hallerde imar para cezalarına idare mahkemelerinde, aksi takdirde sulh ceza hakimliklerinde bakılacaktır. Dolayısıyla Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemelerinin yargılamanın bütünlüğü amacı bağlamında elverişsiz bir düzenleme olduğu söylenebilir.

Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemelerinin öngörülen amaca ulaştırmaya elverişsiz olduğunun tespiti, bu düzenlemelerin ölçülü olmadığı anlamına gelir. Elverişsizliğin tespitinden sonra gereklilik ve orantılılık unsurlarının ele alınmasına gerek yoktur. Zira ölçülülük ilkesinin unsurları arasında sıralı bir basamak ilişkisi mevcuttur ve bu basamaklardan biri mevcut olmadan diğer basamak veya basamaklar hakkında bir değerlendirme yapmanın bir anlamı yoktur. Başka bir ifadeyle öngörülen amaç doğrultusunda elverişli olmayan bir aracın gerekli veya orantılı olarak kabul edilebilmesi de mümkün değildir.⁹⁷ Ancak yine de Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemelerinin etraflı bir şekilde değerlendirilebilmesi için, bu düzenlemeler aşağıda ölçülülük ilkesinin diğer unsurları bağlamında da incelenecektir.

2. Gereklilik (Erforderlichkeit)

Belli bir amaca ulaşmak için kullanılan bir araç veya alınan bir önlemin gerekli olarak kabul edilebilmesi için, aynı amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak kişiler veya toplum için daha az külfetli veya daha az yükümlendirici başka bir aracın bulunmaması gerekir. Dolayısıyla gereklilik ilkesi aynı amaca yönelik olarak kullanılabilir birinden çok araç veya önlemin söz konusu olduğu

⁹⁶ ULUSOY, İdari Yapıtlar, s. 201.

⁹⁷ DETTERBECK, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 69; PIEROTH / SCHLINK, Staatsrecht II, s. 68.

hallerde uygulama alanı bulur. Bir amaca tek bir yolla ulaşılabiliyorsa, kullanılacak aracın gerekliliği ortadadır. Ancak aynı amaca birden fazla yoldan ulaşmak mümkün ise, bu takdirde bu yollardan kişilerin en lehine olan, yani en az olumsuz etkiye sahip olan yolun tercih edilmesi gerekir.⁹⁸

Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin hükümleri gereklilik yönünden de eleştiriye açıktır. Bu düzenleme imar para cezalarına muhatap olan kişiler açısından olumsuz bazı sonuçları beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, bu tür cezalara karşı yargı yoluna başvurmak isteyen kişiler öncelikle başvurularını hangi mahkemeler nezdinde yapacakları konusunda bir değerlendirme yapmak, başka bir ifadeyle imar para cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların idare mahkemelerinde görülebilmesi için gerekli şartların somut olayda mevcut olup olmadığını araştırmak ve elde edilecek sonuca göre hareket etmek durumundadırlar. Bu durumun imar para cezalarına maruz kalan kişiler açısından olumsuz bir külfet teşkil ettiği ortadadır. İşte gereklilik başlığı altında yapılması gereken şey, yargılamanın bütünlüğü amacına aynı derecede hizmet edecek, ancak kişiler için daha az külfet oluşturacak bir araç veya yöntemin mevcut olup olmadığını incelenmektir. Kanaatimce bu konuda kişilere en az külfet yükleyecek düzenleme, imar para cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların tümünden ya adli yargının ya da idari yargının görev alanında kalmasını öngören bir düzenleme olacaktır. Anayasa Mahkemesi ilk seçeneği yargılamanın bütünlüğü gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı gördüğünden, ikinci seçeneği tercih etmek daha isabetli olacaktır. Zira bu şekilde hem yargılamanın bütünlüğü tümünden sağlanmış olacak, hem de imar para cezalarına karşı yargı yoluna başvurmak isteyen kişiler şu anki düzenlemenin getirdiği araştırma ve iki yargı yolu arasında bir tercihte bulunma külfetinden kurtulmuş olacaktır. Dolayısıyla hedeflenen amaca kişiler açısından daha az külfetli bir araçla ulaşmak mümkün olduğundan Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemelerinin gerekli olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

⁹⁸ HIRSCHBERG, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, s. 56 vd.; ZIPPELIUS / WÜRTENBERGER, Deutsches Staatsrecht, s. 124; DETTERBECK, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 68; PIEROTH / SCHLINK, Staatsrecht II, s. 68; OĞURLU, Ölçülülük İlkesi, s. 37 vd.; METİN, Ölçülülük İlkesi, s. 30 vd.

3. Orantılılık (Angemessenheit / Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)

Belli bir amaca yönelik olarak alınan önlem veya kullanılan aracın orantılı olarak kabul edilebilmesi için, bu araç veya önlemin faydaları ile zararları veya avantajları ile dezavantajları arasında bir dengenin bulunması gerekir. Başka bir ifade ile bir araç veya önlemin doğuracağı olumsuzlukların bu araç veya önlemlerin sağlayacağı kazanımlarla uygun bir ilişki içinde olması gerekir. Bundan da anlaşılacağı gibi, bir önlem veya aracın orantılı olup olmadığı hakkında bir yargıya ulaşabilmek için, bunların yarar ve zararlarının karşılaştırılması, yani bunlar arasında bir değerlendirme yapılması şarttır. Yapılan değerlendirme sonucunda bir konuda alınan bir tedbirin kişiler ve toplum açısından faydadan çok zarara sebebiyet verdiği sonucuna ulaşırsa, tedbirin orantısız olduğu kabul edilir.⁹⁹

Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemelerinin fayda ve zararlarına bakıldığında, bu düzenlemelerin – tam anlamıyla olmasa da – önemli ölçüde yargılamanın bütünlüğü amacına hizmet ettiği, yani öngörülen amaç doğrultusunda birtakım faydalı sonuçlar doğurduğu söylenebilir. Ancak daha önce de izah edildiği gibi, bu düzenlemeler görevli yargı merciinin tespiti konusunda birtakım olumsuzluk ve belirsizlikleri de beraberinde getirmektedir. Konuya salt Kabahatler Kanunu açısından yaklaşıldığında ve kanunun olumlu ve olumsuz yönleri karşılaştırıldığında, kanunun ilgili hükümlerinin faydadan çok zarara sebebiyet verdiği iddia edilemeyeceğinden, bunların orantısız olduklarını söylemek de güç olacaktır. Ancak elverişlilik konusunun işlendiği bölümde de söylendiği gibi, olaya bir de bu düzenlemelerin hiç mevcut olmaması halinde ortaya çıkacak hukuki durum bağlamında bakmak gerekir. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında söz konusu düzenlemelerin orantısız olduğu görülecektir. Zira Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemeleri hiç mevcut olmasaydı imar para cezalarından kaynaklanan tüm davalar idari yargının görev alanında kalacak ve şu anki düzenlemelerin beraberinde getirdiği olumsuz sonuçlardan hiçbirisi ortaya çıkmayacaktı. İmar Kanunu'nun eski 42.

⁹⁹ HIRSCHBERG, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, s. 75 vd.; ZIPPELIUS / WÜRTEMBERGER, Deutsches Staatsrecht, s. 124; DETTERBECK, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 69; PIEROTH / SCHLINK, Staatsrecht II, s. 69; OĞURLU, Ölçülülük İlkesi, s. 38 vd.; METİN, Ölçülülük İlkesi, s. 36 vd.

maddesinin 5. fıkrasının iptali ile birlikte tesis edilen yargılamanın bütünlüğü ilkesi Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte yeniden zedelenme riski ile karşı karşıya kalmıştır.¹⁰⁰ Kanunun 27. maddesinin 8. fıkrasının yürürlüğe girmesi ile bu ilke önemli ölçüde yeniden uygulama alanı bulmuşsa da, tam olarak tesis edilememiştir. Dolayısıyla Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemeleri kanunun yürürlüğe girmesinden önceki duruma göre yargılamanın bütünlüğü ilkesine faydadan çok zarar vermiştir, zira bu hükümler aynı konuda tesis edilen idari işlemlerden bir kısmına adli yargıda, diğer kısmına idari yargıda bakılması ihtimalini ortaya çıkarmıştır.¹⁰¹ Bu nedenle Kabahatler Kanunu'nun ilgili düzenlemelerinin öngörülen amaca yönelik orantısız bir araç olduğu sonucuna ulaşmak pekala mümkündür.

Yukarıda yapılan değerlendirmelerin doğal bir sonucu olarak Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemelerinin elverişli, gerekli ve orantılı olmadığı, dolayısıyla ölçülülük ilkesinin gereklerini karşılamayan bir düzenleme olduğu ortadadır.

F. Kabahatler Kanunu'nun Göreve İlişkin Hükümleri Bağlamında Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen Kararların Değerlendirilmesi

İdari yaptırımların, bu arada imar para cezalarının Kabahatler Kanunu ile idari yargının görev alanından çıkarılarak adli yargının görev alanına sokulması ve bu durumun Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmesi kanaatimce haklı olarak eleştirilere maruz kalmıştır. İdari yaptırımlara karşı açılacak davaların idari dava oldukları ve idari yargı düzeninin bulunduğu bir hukuk sisteminde bu davaların idari yargıda görülmesinin esas olduğu, bu bağlamda Kabahatler Kanunu ile idari yaptırımların yargısal denetiminin adliye mahkemelerine bırakılmasının sistemin genel mantığına aykırı olduğu ifade edilmiştir.¹⁰² Gerçi Anayasa Mahkemesine göre haklı neden ve kamu yararı bulunması halinde idari yargının görev alanına giren bir uyumsuzluk kanun koyucu tarafından adli yargının görev alanına sokulabilir. Yukarıda da değinildiği gibi, Ana-

¹⁰⁰ Bkz. 29. dipnotun bulunduğu yerdeki açıklamalar.

¹⁰¹ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 201.

¹⁰² ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 74. Benzer bir yaklaşım için bkz. ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 199.

yasa Mahkemesi sulh ceza mahkemelerinin idari yargı teşkilatına oranla daha yaygın olduğu gerekçesiyle idari yaptırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda karara bağlanmasının haklı bir nedene dayandığı, zira bu şekilde hak arama özgürlüğünün daha kolaylaşacağı ve davaların daha kısa sürede sonuçlanacağı düşüncesindedir.¹⁰³ Belli bir yaptırım türü ile sınırlı kalmadan Kabahatler Kanunu kapsamında kalan tüm idari yaptırımlar için Anayasa Mahkemesinin ulaştığı bu sonuç hiç şüphesiz tartışmaya açıktır. Zira yargı yoluna ilişkin olarak hakkında özel bir düzenleme bulunmayan tüm idari yaptırımlar için Kabahatler Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Bu şekilde son derece geniş bir yelpazeye yayılan idari yaptırımlardan hangilerine karşı sulh ceza hakimliklerinde dava açılmasının makul olduğu, buna karşı hangi yaptırımlar için böyle bir ihtiyacın bulunmadığı tartışılmadan, sadece sulh ceza hakimliklerinin daha yaygın bir teşkilata sahip olmasından hareketle idari yaptırımların sulh ceza hakimliklerinin görev alanında kalmasının haklı nedenlere dayandığı sonucuna ulaşmak kanaatimce yerinde değildir. Daha yaygın bir teşkilata sahip olmak idari yaptırımlara karşı açılan davalara bakmanın haklı nedenini oluşturacaksa, idari yargının görev alanında kalan daha birçok uyuşmazlığın adli yargının görev alanına sokulması da makul karşılanacaktır ki, bu durum idari yargıda görülecek davaların kapsamının oldukça daralması sonucunu doğurabilecek ve anayasal düzeyde garanti altına alınan idari yargının içinin boşaltılması ile sonuçlanabilecektir.¹⁰⁴ Dolayısıyla sulh ceza hakimliklerinin idare mahkemelerine oranla daha yaygın bir teşkilata sahip olması idari yaptırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların sulh ceza hakimliklerinde karara bağlanması için haklı bir gerekçe olamaz.¹⁰⁵

Aynı sonuca başka bir açıdan da ulaşmak mümkündür. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesine göre sulh ceza hakimliği her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak

¹⁰³ Anayasa Mahkemesinin 11.06.2009 tarih ve E. 2007/115, K. 2009/80 sayılı kararı: 26.11.2009 tarih ve 27418 sayılı RG.

¹⁰⁴ Bkz. ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 198 vd.

¹⁰⁵ Konu hakkında bkz. SANCAKDAR, İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri, s. 109; KARAMAN, Türk İdari Yargısının Görev Alanının Anayasal Dayanağı, s. 102.

belirlenen ilçelerde kurulur. Buna karşın 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesine göre il merkezlerinde dahi idare mahkemelerinin kurulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Uygulamada da sulh ceza hakimliklerinin idare mahkemelerine göre çok daha yaygın bir teşkilata sahip olduğu ortadadır. Ancak bu durumun imar para cezalarına karşı dava açmak isteyen kişiler için herhangi bir dezavantaj teşkil ettiğini söylemek güçtür. İdare mahkemesi bulunmayan il merkezleri ile ilçelerde ikamet eden kişiler 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 4. maddesine göre dava dilekçeleri ile davalarına ilişkin her türlü evrakı o yerdeki asliye hukuk hakimliklerine verebilirler. Hatta yabancı memleketlerde bulunan kişilerin dahi buralardaki konsolosluklar üzerinden görevli ve yetkili idare mahkemesi nezdinde dava açmaları ve bu davalarını yürütmeleri mümkündür. Bu durum dikkate alındığında Anayasa Mahkemesinin ilgili kararında ifade edilenin aksine idare mahkemelerinin sulh ceza hakimliklerine göre daha az sayıda kurulmuş olmasının bu mahkemeler nezdinde hak arama özgürlüğünü zorlaştıracaklarını söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, böyle bir varsayımın kabulü halinde dahi, bu hususun bir uyuşmazlığa hangi yargı kolundaki mahkemelerde bakılması gerektiği konusunda başlı başına bir ölçüt olarak kabul edilmesi yerinde olmayacaktır. Aksi durumun kabulü – az önce de ifade edildiği gibi – idari yargının görev alanına giren daha birçok uyuşmazlığın adli yargı mercilerince karara bağlanması ile sonuçlanabilecektir.¹⁰⁶

Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin hükümlerinin iptaline ilişkin başvuruyu reddederken dayandığı başka bir gerekçe de yargısal uyuşmazlıkların daha kısa sürede sonuçlanması ile ilgilidir. Yüksek mahkemeye göre idari yargı teşkilatına oranla daha yaygın olan sulh ceza mahkemelerine başvuru olanağı tanınması, bu başvurular hakkında kısa sürede sonuç alınmasını olanaklı kılmakta ve bu durum idari yaptırımlara karşı sulh ceza mahkemelerine başvurulabileceği yolunda getirilen düzenlemenin haklı nedenini oluşturmaktadır.¹⁰⁷ Öncelikle şu hususa işaret etmek gerekir

¹⁰⁶ Bkz. Anayasa Mahkemesinin 11.06.2009 tarih ve E. 2007/115, K. 2009/80 sayılı kararı: 26.11.2009 tarih ve 27418 sayılı RG, APALAK ve KALELİ'nin karşı oy yazıları.

¹⁰⁷ Anayasa Mahkemesinin 11.06.2009 tarih ve E. 2007/115, K. 2009/80 sayılı kararı:

ki, yargısal uyuşmazlıkların kısa sürede sonuçlandırılması bu uyuşmazlıklara bakacak yargı mercilerinin yaygınlığından ziyade, bu mercilerin iş yükü, personel sayısı ve çalışma usulü ile yakından ilgilidir. Bu konuda gerekli girişimlerde bulunarak yargı mercilerinin istenen hızda çalışmasını sağlamak ise öncelikli olarak yasama organının yetki ve sorumluluğundadır. Bir yargı kolunda yer alan mahkemelerin daha hızlı çalışması, normal şartlarda başka yargı kollarında görülmesi gereken uyuşmazlıkların buralarda görülüp karara bağlanmasına haklı bir gerekçe olamaz. Yasama organı bazı hukuki uyuşmazlıkların daha hızlı görülmesi amacıyla harekete geçmek isterse, bunu bu tür uyuşmazlıkları daha hızlı çalışan yargı mercilerine havale etmek yerine, ilgili yargı mercilerinin daha hızlı çalışması için gerekli yasal düzenlemeleri çıkarma yoluyla yapmalıdır. Anayasa'da yer alan farklı yargı kolları arasındaki ayırımı temelinde yatan düşünce hangi yargı kolunun daha hızlı çalışacağı veya hangi uyuşmazlıkların daha hızlı çözümlenmesi gerektiği değil, farklı konulardaki uyuşmazlıkların bu konularda uzmanlaşmış bulunan farklı mahkemeler tarafından çözümlenmesini, böylece daha etkin ve isabetli kararların tesisini temin etmektir.

Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemeleri ile bu düzenlemelere ilişkin Anayasa Mahkemesinin ilgili kararının eleştiriye açık başka bir yönü de bunların idari yargının görev alanı bağlamında Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına aykırılık teşkil etmesidir. Anayasa Mahkemesinin yukarıda zikredilen içtihatlarına göre idare hukuku alanına giren uyuşmazlıklar kural olarak idari yargıda, buna karşın özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklar da kural olarak adli yargıda karara bağlanmalıdır.¹⁰⁸ Oysa Kabahatler Kanunu ile idari faaliyetler içerisinde önemli bir yer tutan idari yaptırımlar açısından bu kural tersine çevrilmiş, Anayasa Mahkemesi de bu duruma onay vermiştir. Buna göre idari yaptırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar kural olarak sulh ceza hakimliklerinde, aksine özel bir kanuni düzenlemenin bulunduğu hallerde ise idari yargı mercilerinde karara bağlanacaktır. *Ulusoy*'un yaptığı tespite göre bazı istisnalar dışında idari cezaların yargısal denetiminin idari yargıda yapılacağına ilişkin özel düzenlemeler son derece nadiren bulunmaktadır.¹⁰⁹ 23.01.2008 tarih ve

26.11.2009 tarih ve 27418 sayılı RG.

¹⁰⁸ Bkz. dipnot 12.

¹⁰⁹ ULUSOY, Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi, s. 30.

5728 sayılı Kanunla¹¹⁰ idari yaptırımlara karşı açılacak davaların idare mahkemelerinde açılması gerektiğine ilişkin birçok hüküm yürürlükten kaldırılmıştır.¹¹¹ Böylece idari yaptırımlara karşı açılacak davalarda idari yargıyı görevli kılan özel düzenlemelerin varlığı son derece azalmıştır.¹¹² Bu nedenle az sayıdaki özel kanuni düzenlemeler ve Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrasındaki ayırık haller dışında idari yaptırımlara karşı açılacak davalarda görevli yargı mercii bundan böyle sulh ceza hakimlikleridir. Anayasa Mahkemesi bu duruma onay vermekle konu ile ilgili daha önceki içtihatlarından kısmen de olsa ayrılmıştır.¹¹³ Böylece idare hukuku alanındaki uyuşmazlıkların kural olarak idari yargıda karara bağlanacağına ilişkin kurala idari yaptırımlar açısından bir istisna getirilmiş, yani idari yaptırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda kural tersine dönmüştür.¹¹⁴

Kabahatler Kanunu'nun görev konusunu düzenleyen hükümlerine ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihatlarının eleştiriyi hak eden diğer bir yönü de bu içtihatların idari yaptırımların ceza boyutuna ilişkin kısmı ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesinin 5326 sayılı Kanununun 3. maddesinin ilk halinin iptaline ilişkin kararında basit nitelikte görülen suçlar hakkında verilen idari yaptırımlar ile daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari yaptırımlar ayrımı yapılmış-

¹¹⁰ Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun: 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı RG.

¹¹¹ İdari yaptırımlara karşı idari yargı mercilerini görevli kılan, ancak 5728 sayılı Kanunla kaldırılan özel düzenlemelere örnek olarak şunlar gösterilebilir: 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, m. 22; 5324 sayılı Kozmetik Kanunu, m. 5; 5262 sayılı Organik Tarım Kanunu, m. 13; 5253 sayılı Dernekler Kanunu, m. 33; 5224 sayılı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun, m. 13; 3621 sayılı Kıyı Kanunu, m. 15; 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, m. 26; 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, m. 18.

¹¹² İdari yaptırımlara karşı idari yargıda dava açılacağını öngören mevcut yasal düzenlemelere örnek olarak şunlar gösterilebilir: 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m. 18; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, m. 78; 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, m. 62; 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, m. 8; 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu, m. 6.

¹¹³ Anayasa Mahkemesinin 11.06.2009 tarih ve E. 2007/115, K. 2009/80 sayılı kararı: 26.11.2009 tarih ve 27418 sayılı RG.

¹¹⁴ Bkz. ULUSOY, Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi, s. 30; ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s. 189 vd.

tır. Yüksek mahkeme daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarının idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirdiğini belirterek, bunların adli yargının görev alanına girmesini doğal karşılamıştır.¹¹⁵ Anayasa Mahkemesi daha sonraki kararlarında da *cezai karakteri ağır basan fiiller* ifadesini kullanmış ve bu fiiller bağlamında tesis edilen idari para cezalarına karşı yapılan başvuruların sulh ceza mahkemelerince kanunda belirtilen usule göre incelenmesini Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.¹¹⁶ Anayasa Mahkemesinin bu içtihatlarından basit nitelikteki suçlara uygulanan yaptırımların daha çok idari karaktere sahip oldukları ve bunların kural olarak idari yargıda karara bağlanması gerektiği, buna karşın daha ağır nitelikteki suçlara uygulanan yaptırımların ağırlıklı olarak cezai karaktere sahip oldukları ve bunların haklı neden ve kamu yararı olup olmadığına bakılmaksızın kanun koyucu tarafından adli yargının görev alanına sokulabileceği sonucu çıkmaktadır. Bu içtihadın kabulü iki açıdan önemli sakıncaları barındırmaktadır. İlk olarak idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın adli yargı mercilerinin görev alanına sokulabilmesi için Anayasa Mahkemesinin aradığı şartlarda değişikliğe gidilmektedir. Buna göre cezai karakteri ağır basan fiiller sebebiyle uygulanan idari yaptırımlar yasa koyucu tarafından bu konuda haklı neden ve kamu yararı olup olmadığına bakılmaksızın adli yargı mercilerinin görev alanına sokulabilecektir. Buna karşın cezai karakteri ağır basmayan basit nitelikteki fiiller dolayısıyla uygulanan idari yaptırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda karara bağlanabilmesi için, haklı neden ve kamu yararı şartlarının varlığı aranacaktır. İkinci olarak idari yaptırımlardan hangilerinin idari niteliklerinin ağır bastığı, buna karşın hangi idari yaptırımların cezai karakterlerinin ağır bastığı konusunun açıklığa kavuşturulması ve bunun için somut ölçütler geliştirilmesi gerekmektedir ki, şu an böyle bir ölçütün varlığından bahsetmek güçtür. Böyle bir

¹¹⁵ Anayasa Mahkemesinin 01.03.2006 tarih ve E. 2005/108, K. 2006/35 sayılı kararı: 22.07.2006 tarih ve 26236 sayılı RG.

¹¹⁶ Anayasa Mahkemesinin 12.04.2006 tarih ve E. 2006/58, K. 2006/50 sayılı kararı: 01.09.2006 tarih ve 26276 sayılı RG; Anayasa Mahkemesinin 09.03.2006 tarih ve E. 2006/34, K. 2006/37 sayılı kararı: 06.10.2006 tarih ve 26311 sayılı RG; Anayasa Mahkemesinin 06.04.2006 tarih ve E. 2006/54, K. 2006/47 sayılı kararı: 06.10.2006 tarih ve 26311 sayılı RG; Anayasa Mahkemesinin 11.06.2009 tarih ve E. 2007/115, K. 2009/80 sayılı kararı: 26.11.2009 tarih ve 27418 sayılı RG.

ölçütün geliştirilmesi halinde dahi, aynı kanun kapsamında alınan idari yaptırım kararlarından bir kısmının diğerlerine göre daha ağır olması muhtemel olacaktır ki, bu durum ilgili yaptırımlardan bir kısmının adli yargıda, diğer kısmının ise idari yargıda karara bağlanması gerektiği anlamına gelecektir. Oysa defaaten ifade edildiği gibi, bir uyumsuzlığa bakmakla görevli yargı mercilerinin belirlenmesi konusunda Anayasa Mahkemesinin önem atfettiği ilkelerden biri de yargılamanın bütünlüğü ilkesidir ve böyle bir yolun takip edilmesi ile bu ilke zedelenmiş olacaktır.

G. SONUÇ

İmar para cezalarından kaynaklanan uyumsuzluklar 03.05.1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesi ile sulh ceza mahkemelerinin görev alanında bırakılmış, ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından yargılamanın bütünlüğü ilkesine aykırılık gerekçesiyle iptal edilmiştir. İptal kararı ile birlikte idari yargının görev alanı ile ilgili genel kural uyarınca imar para cezaları idari yargının görev alanında kalmış, ancak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile durum tekrar tersine dönmüştür. Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemelerinin de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine kanun koyucu tekrar harekete geçmiş ve Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesine eklenen 8. fıkra ile imar para cezalarından kaynaklanan uyumsuzlukların kimi zaman idari yargı mercileri, kimi zaman da sulh ceza hakimlikleri tarafından karara bağlanması ile sonuçlanacak bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin birçok sıkıntılı durumu beraberinde getirdiği ve ayrıca ölçülülük ilkesine aykırı olduğu açıktır. Kabahatler Kanunu'nun göreve ilişkin düzenlemelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine yapılan başvurular yüksek mahkeme tarafından reddedilmiş olsa da, mahkemenin bu konuda verdiği karar eleştiriye açıktır.



KAYNAKÇA

AYAYDIN, Cem: İdare Hukuku'na Giriş (II), Ders Notları, Yenilik Basımevi, İstanbul 2008.

CANDAN, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yapıtlımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), Asil Yayın Dağıtlım Ltd. Şti., Ankara 2006.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.

ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya: İdari Yargıda Tarafların Değişmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

DETTERBECK, Steffen: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 11. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2013.

DURAN, Lütfi: Atatürk Döneminde Danıştay, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 3, s. 3 - 18.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt I, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtlım, Bursa 2009.

GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi?, (HMK m. 3 ve TBK m. 55/2 Hakkında Eleştiriler), Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 2011, Ay: Kasım / 11, Sayı: 63, s. 36 - 41.

GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtlım, Bursa 2013.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: İdare Hukuku, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

GÜLTEKİN, H. Basri: Tartışmalar, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10 - 11 - 12 Haziran 1982, Danıştay Başkanlığı, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 33, Ankara 1982, s. 72.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2013.

GÜNDAY, Metin: İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 1997, Cilt: 14, s. 347 - 358.

GÜRAN, Sait: İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları, Danıştay Başkanlığı, Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu, 12 Mayıs 2008, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 77, Danıştay Matbaası 2009, s. 57 - 61.

HIRSCHBERG, Lothar: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen 1991.

KARABULUT, Mustafa: İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

KARAHANOĞULLARI, Onur: Türkiye’de İdari Yargı Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

KARAMAN, Ebru: Türk İdari Yargısının Görev Alanının Anayasal Dayanağı (Fransız İdari Yargısı ile Karşılaştırmalı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

KAYA, Cemil: İdari Yargılama Usulünde Davanın Taraflarında Değişme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 1-2, Yıl: 2004, s. 143 - 166.

KAYA, Cemil: Kiracıların Subjektif Dava Ehliyeti Konusunda Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. İl Han ÖZAY’a Armağan, Cilt: LXIX, Sayı: 1-2, Yıl: 2011, Legal Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 333 - 345.

METİN, Yüksel: Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

OĞURLU, Yücel: Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Türk Yüksek Mahkeme Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Avrupa Topuluğu Adalet Divanı ve Özellikle İngiltere Örneği Çerçevesinde Bir Denetim Ölçütü Olarak), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

ÖZAY, İl Han: Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10 - 11 - 12 Haziran 1982, Danıştay Başkanlığı, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 33, Ankara 1982, s. 11 - 30; 67 - 69; 73.

ÖZDEŞ, Orhan: Tartışmalar, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10 - 11 - 12 Haziran 1982, Danıştay Başkanlığı, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 33, Ankara 1982, s. 74 - 75.

ÖZMUMCU, Seda: Müdeabbihin Temlikinin Etkilerine İlişkin Sistemler, Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA İçin Armağan, Alkim Yayınevi, İstanbul 2007, s. 197 vd. Esere Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası üzerinden de ulaşılabilir.

PIEROTH, Bodo / SCHLINK, Bernhard: Grundrechte, Staatsrecht II, 28. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2012.

SANCAKDAR, Oğuz: İdari Cezaların Yapıtlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku'ndaki Anayasal Temelleri, ULUSAN, İlhan / BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda (Ed.): İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 59 - 109.

SUNAY, Süheylâ Şenlen: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Görev Kriterleri, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1996.

ŞENLEN, Süheyla: Türkiye'de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 49, Sayı: 3, Yıl: 1994, s. 401 - 413.

ŞİMŞEK, Suat: İmar Hukuku, Milli Emlak Kontrolörleri Derneği Yayını, Yayın No: 1, Ankara 2010.

TAN, Turgut / AKILLIOĞLU, Tekin: 1961 Anayasası ve Türkiye'de Yönetim Hukukunun Uygulama Alanı Sorunu, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 2, s. 36 - 57.

ULER, Yıldırım: Tartışmalar, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10 - 11 - 12 Haziran 1982, Danıştay Başkanlığı, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 33, Ankara 1982, s. 69 vd.

ULUSOY, Ali: Erklar Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi, Danıştay Başkanlığı, Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu, 12 Mayıs 2008, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 77, Danıştay Matbaası 2009, s. 21 - 35.

ULUSOY, Ali D.: İdari Yapıtlımlar, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2013.

YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2009.

YAYLA, Yıldızhan: Tartışmalar, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 10 - 11 - 12 Haziran 1982, Danıştay Başkanlığı, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 33, Ankara 1982, s. 77 - 82.

YILDIRIM, Turan: İdari Yargı, 2. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2010.

ZIPPELIUS, Reinhold / WÜRTEMBERGER, Thomas: Deutsches Staatsrecht, 32. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2008.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA EĞİTİM HAKKI

*The Right to Education
in the Case-Law of the European Court of Human Rights*

Dr. Abdullah ÇELİK*

ABSTRACT

The aims of this study are to identify and evaluate how the right to education has been interpreted by the ECtHR, in this context, which values and principles have been used in that interpretation, whether such values and principles are appropriate or not to produce fair solutions to the problems encountered in the field of education and finally to make recommendations relating to the said problematic areas.

In this sense, firstly the ECtHR judgments relating to the right to education have been reviewed and the general principles revealed from these judgments have been included in main titles. In the subheadings, how the said principles have been reflected to the specific issues. Meanwhile, the opposite arguments in the relevant literature relating to the ECtHR approach have also been included and evaluated when necessary. Finally, the problems revealed from the ECtHR approach relating to the right to education have been evaluated and some recommendations have been made to solve the problems.

Key Words: right to education, parents, religious and philosophical convictions, State's impartiality and neutrality.

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, eğitim hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme) tarafından ne şekilde yorumlandığının, bu çerçevede hangi değer ve ilkelerin temel alındığının, bunların eğitim alanında karşılaşılan sorunlara adil çözümler getirmeye elverişli olup olmadığının tespiti, değerlendirilmesi ve belirlenen sorunlu alanlar yönünden çözüm önerileri getirilmesidir.

Bu kapsamda öncelikle AİHM (ve faaliyette olduğu dönem için Avrupa İnsan Hakları

* Anayasa Mahkemesi Raportörü. abdullah.celik@anayasa.gov.tr

Komisyonu [Komisyon]) tarafından verilen kararlar taranmış, bu kararlardan çıkarılan genel ilkelere eğitim hakkının farklı yönlerine ilişkin ana başlıklar altında yer verilmiş, alt başlıklarda ise anılan ilkelerin spesifik konulara nasıl yansdığı tespit edilmiş, bu arada gerek görüldükçe Mahkemenin yaklaşımına ilişkin doktrinde dile getirilen eleştirilere yer verilmiş, değerlendirmeler yapılmış, sonuç bölümünde ise AİHM'in eğitim hakkına ilişkin yaklaşımında ortaya çıkan sorunların genel değerlendirmesi yapılarak çözüm önerisinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: eğitim hakkı, ebeyn, dini ve felsefi inançlar, Devletin tarafsızlığı ve nötürlüğü.



I. GENEL OLARAK

Haklar kategorisinde, kişi hakları ve siyasi haklar, “birinci kuşak haklar”; ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, “ikinci kuşak haklar”; gelişme ve diğer dayanışma hakları, “üçüncü kuşak haklar” olarak anılırken, eğitim hakkının birden fazla alanla kesişen niteliği, onun bu kategorilerden herhangi birisi içinde sınıflandırılmasını güçleştirmektedir. “Ekonomik”, “sosyal” ve “kültürel” haklar alt kategorilerinden hangisine girdiği tartışmalı olmasına rağmen, eğitim hakkı, çoğu kez ikinci kuşak haklar kapsamında sınıflandırılmaktadır. Eğitim hakkının ikinci kuşak haklar kategorisine ayrılmasının nedeni, bu hakkın tam olarak hayata geçirilmesinin devletin aktif katılımını ve kaynak sağlamasını gerektirmesidir¹.

Bununla birlikte eğitim hakkı, devlete, bireylerin dini ve felsefi inançları gereği yaptıkları eğitimle ilgili tercihlerine müdahaleden kaçınma yükümlülüğü yükleyen klasik bir özgürlük hakkı olarak da rahatlıkla değerlendirilebilir. Bu bağlamda, ebeveynlerin özgürlüğü, birinci kuşak haklar kategorisine girer. Ayrıca devletin eğitim alanındaki işbirliği yükümlülüğü dikkate alındığında, eğitim hakkının üçüncü kuşak haklar kategorisiyle bağlantıları bulunduğu da bir gerçektir².

¹ Koch, Ida Elisabeth: *Human Rights As Indivisible Rights: The Protection of Socio-economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publ., Netherlands (2009), pp. 150-151. Ayrıca bkz. Hamlyn, Victoria: *Indivisibility of Human Rights: Economic, Social and Cultural Rights and the European Convention on Human Rights*, The Bracton Law Journal, Vol. 40, Issue 1 (2008), p. 21.

² Koch, p. 151.

Uluslararası hukukta eğitim hakkının gelişimi bir ironiye işaret etmektedir. Diğer ekonomik, sosyal ve kültürel haklar gibi eğitim hakkının kökeni de insan hakları alanındaki sosyalist düşünceye dayanmaktadır. Ancak sosyalist devletler ortadan kalkmasına rağmen, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların uluslararası uygulamasına ilişkin ciddi çabalar devam etmektedir. İnsan haklarına ilişkin liberal düşünce, kişisel özgürlükleri devletin müdahalesine karşı “*negatif*” haklar olarak anlarken, sosyalist düşünce, tam tersine, çalışma, sosyal güvenlik haklarıyla birlikte eğitim hakkını, devletin ve toplumun aktif müdahalesini gerektiren haklar olarak kabul etmektedir. Eğitim hakkı dâhil ekonomik, sosyal ve kültürel hakların en önemlileri sosyalist devletlerin temsilcilerinin ısrarı üzerine Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannameğine girmiştir. Daha sonra yerel düzeyde Avrupa Konseyi de bir protokolle ikinci kuşak haklar kategorisinde yer aldığı değerlendirilen eğitim hakkını güvence altına almıştır³.

Eğitim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (Sözleşme) ek (1) No’lu Protokol’ün⁴ 2. maddesinde (P1-2) düzenlenmiştir. Madde metni şöyledir: “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarıyla uyumlu olarak yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”

Eğitim hakkını düzenleyen P1-2, iki cümleden oluşmaktadır. Sonraki başlıklar altında ayrıntısıyla açıklanacağı üzere AİHM içtihatlarında, bu cümlelerden birincisinde temel kuralın, ikincisinde ise tamamlayıcı kuralın düzenlendiği belirtilmektedir. Mahkeme, şikâyetin niteliğine göre önüne gelen başvuruları bu kurallardan birine göre incelemektedir. Birinci cümledeki temel kural, “*eğitim hakkından yoksun bırakılmama*” hakkını içermektedir.

Temel kuralı tamamlayıcı nitelikteki kuralı düzenleyen P1-2’nin ikinci cümlesi ise devletin, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin ye-

³ Nowak, Manfred: *Right to Education - Its Meaning, Significance and Limitations*, The Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 9, Issue 4 (1991), pp. 418, 420.

⁴ (1) nolu Protokol 20/3/1952 tarihinde imzaya açılmış, 18/5/1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

rine getirilmesinde, ebeveynin, bu eğitim ve öğretimin kendi “*dini ve felsefi inançlar*”ıyla uyum içinde yapılmasını sağlama haklarına “*saygı göstermesi*”ni güvence altına almaktadır.

Eğitim hakkı, temel haklara ilişkin Sözleşme’nin eki protokolde düzenlenmesine karşın AİHM, eğitimi sadece kişisel bir hak olarak algılamamakta, onun aynı zamanda “*kamu hizmeti*” niteliği bulunduğuna vurgu yapmaktadır. Buna göre, eğitim, sadece doğrudan onu kullananlara yarar sağlayan değil, aynı zamanda geniş kapsamlı sosyal fonksiyonların yerine getirilmesine hizmet eden çok özel bir kamu hizmeti türüdür. Eğitim, modern bir devlette en önemli kamu hizmetlerinden biri olmakla birlikte, organizasyonu karmaşık ve yürütülmesi pahalı bir faaliyettir, oysa yetkililerin bunun için tahsis edebilecekleri kaynaklar sınırlıdır⁵. Bu tespit, eğitim hakkı çerçevesinde bireylerin tercihlerine devletin cevap verme kapasitesi ile bu tercihlerin hayata geçirilmesini ciddi oranda etkileyen ve devletin eğitim hakkı alanındaki düzenleme yetkisi çerçevesinde sahip olduğu takdir aralığını genişleten bir gerçek olarak ortaya çıkmaktadır.

AİHM, P1-2’yi, hem devlet hem de özel eğitim kurumları⁶; ayrıca eğitimin ilk, orta ve yükseköğretim seviyeleri⁷ bakımından uygulamaktadır. P1-2’nin özellikle de eğitim faaliyetlerinde ebeveynlerin inançlarına saygıyı düzenleyen ikinci cümlesinin- lafzi dikkate alındığında, eğitim hakkının daha çok yetişkin olmayanlara ilişkin bir hak olduğu izlenimi oluşmaktadır. Mahkemenin bu hakkı yükseköğretim seviyesini de kapsayacak şekilde geniş yorumlaması olumlu bir tutumdur.

AİHM içtihatlarında, eğitim ve öğretim kavramlarının tanımı da yapılmıştır. Buna göre, “*çocuk eğitimi*”, herhangi bir toplumda, büyüklerin inançlarını, kültürlerini ve diğer değerlerini gençliğe aktarma çabasını içeren sürecin bütünü; “*öğretim*” ise özellikle bilgi ve entelektüel gelişimin aktarımını ifade etmekte-

⁵ *Ponomaryovi/Bulgaristan*, B. No: 5335/05, 21/6/2011, § 55.

⁶ *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka*, B. No: 5095/71 5920/72 5926/72, 7/12/1976, § 50.

⁷ Bkz. *Leyla Şahin/Türkiye* [Büyük Daire (BD)], B No: 44774/98, § 134 ve 136.

AİHM, birçok kararında belli bir zamanda var olan herhangi bir yükseköğretim kuruluşuna erişimin P1-2’nin esaslı bir unsuru olduğunu belirtmiştir. Birçok karar arasında bkz. *Mürsel Eren/Türkiye*, B. No: 60856/00, 7/2/2006, § 41.

dir⁸. Bu tanımlar dikkate alındığında, eğitim ve öğretimin, çocukların bilinçlerini şekillendirmede, onların hayatlarının kalan kısmında alacakları kararlarda ve takip edecekleri yolun belirlenmesinde önemli etkileri olan bir araç olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır⁹. Nitekim AİHM, bir eğitim kurumu olarak okulun kuruluş amaçları arasında öğrencilerin mental güçlerinin ve karakterlerinin şekillenmesi ve geliştirilmesini de saymaktadır¹⁰. Buna göre, AİHM'in eğitimin temel fonksiyonuna bakışında, büyükler, kendi değerlerini eğitilen bireylere aktaran ve onları şekillendiren olarak etken; eğitim hakkına asıl sahip olan bireyler ise aktarılan değerleri alan ve şekillendirilen olarak edilgen konumda olmaktadır. Bu durum, ayırt etme yetenekleri (temyiz kabiliyeti) yeterince gelişmemiş olan ve bu nedenle tercihte bulunmaları mümkün olmayan küçükler adına ebeveynlerinin tercihte bulunmaları, onlara ebeveynlerinin tercihleri doğrultusunda değerlerin aktarılması ve onların şekillendirilmeleri çerçevesinde, doğal kabul edilebilir. Tabi ki bunun, çocuğun gelişiminin zarar görmemesi açısından bazı sınırlarının olması gerekir. Bu hususa ileride temas edilecektir.

II. EĞİTİM HAKKININ YORUMLANMASINA İLİŞKİN İLKELER

AİHM'e göre, insan haklarının ilerletilmesi için vazgeçilmez olan eğitim hakkı, demokratik bir toplumda öyle temel rol oynar ki, P1-2'nin dar yorumlanması, bu maddenin amacıyla bağdaşmaz¹¹.

Mahkeme, Sözleşme ve eki protokollerde güvence altına alınan tüm haklar bakımından sıklıkla vurguladığı gibi, eğitim hakkı bakımından da, birey olarak insanın korunmasının bir aracı olan Sözleşme'nin konusu ve amacının, Sözleşme'nin güvencelerinin "*uygulanabilir ve etkili olarak*" hayata geçirilmesini sağlayacak şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirdiğini belirtmiştir¹².

⁸ *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık*, B. No: 7511/76 7743/76, 25/22/1982, § 33.

⁹ Garcimartin, Carmen: "*Education in the Secular State: Whose Right Is It*", International Journal of the Jurisprudence of the Family, Vol. 2, pp. 78-79 (2011).

¹⁰ *Leyla Şahin*, § 156; *Ali/Birleşik Krallık*, B. No: 40385/06, 11/1/2011, § 54.

¹¹ *Leyla Şahin*, § 137.

¹² *Bkz. Catan ve Diğerleri/Moldova ve Rusya [BD]*, B. No: 43370/04, 8252/05 ve 18454/06, § 136.

AİHM, Sözleşme'nin bir bütün hâlinde anlaşılması, onun insan haklarının etkili bir şekilde korunmasını amaçladığının dikkate alınması gerektiğini, bu şekilde yapılacak bir yorumun, Sözleşme'nin farklı hükümleri arasında bir insicam ve uyum sağlayacağını, P1-2'nin yorumlanmasında ve uygulanmasında da bunun göz önünde tutulmasının zorunlu olduğunu vurgulamıştır¹³. Bu nedenle, P1-2'de yer alan iki cümlenin, hem birbirinin hem de özellikle Sözleşme'nin özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8., düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. ve ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddeleri ışığı altında anlaşılması gerekmektedir¹⁴.

AİHM'e göre, Sözleşme'nin özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi, herhangi bir şekilde eğitim hakkını veya ebeveynlerin çocuklarının eğitimiyle ilgili kişisel haklarını güvence altına almamaktadır. Bununla birlikte, eğitim alanında alınan önlemlerin, kişilerin özel ve aile hayatını etkileyebileceği veya ihlal edebileceği göz ardı edilmemelidir. Bu durum, örneğin önlemlerin amacı veya sonucunun özel veya aile hayatını yersiz bir şekilde bozması, bu arada çocukların ebeveynlerinden keyfi olarak ayrılmaları durumunda söz konusu olabilir. Sözleşme, bir bütün halinde yorumlanmalıdır. Bu arada P1-2'in de somut olayın koşullarına göre Sözleşme'nin 8. maddesi ışığında yorumlanması gerekebilir¹⁵.

AİHM, P1-2'nin ikinci cümlesinde düzenlenen eğitim faaliyetleri sırasında ebeveynin inançlarına saygı hakkını yorumlarken Sözleşme'nin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi çerçevesinde geliştirdiği ilkelere sıklıkla atıf yapmaktadır¹⁶.

Diğer taraftan AİHM, eğitim hakkına ilişkin maddenin yorumunda ve uygulanmasında, mümkün olduğunca üye ülkeler arasındaki ilişkilerde uygulanabilecek uluslararası hukuk kuralları ve ilkelerinin dikkate alınmasının şart

¹³ *Stec ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 65731/01 ve 65900/01, 12/4/2006, § 48; *Austin ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 39692/09, 40713/09 ve 41008/09, 15/3/2012, § 54,

¹⁴ Bkz. *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*, § 52; *Folgerø ve Diğerleri /Norveç* [BD], B. No: 15472/02, 18/03/2011, § 84; *Lautsi ve Diğerleri/İtalya* [BD], B.No: 30814/06, 18/03/2011, § 60.

¹⁵ Bkz. *Belçika'da eğitimde dillerin kullanılmasına dair hukukun belli yönlerine ilişkin dava*, 23/7/1968, s. 29-30, § 7.

¹⁶ Bu duruma ilişkin örneklere sonraki başlıklar altında yeri geldiğinde yer verilecektir.

olduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre, Sözleşme'nin diğer uluslararası kurallarla uyumlu olarak yorumlanması gerekir. “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”, “Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme”, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi”, “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme” ve “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme” içinde yer alan eğitim hakkına ilişkin kurallar buna örnek gösterilebilir¹⁷.

III. EĞİTİM HAKKININ SINIRLANMASINA İLİŞKİN İLKELER

AİHM, önemine rağmen, eğitim hakkının mutlak olmadığını, bazı sınırlamalara tabi olabileceğini kabul etmektedir. Mahkemeye göre, doğası gereği eğitim hakkı, devletin düzenleme yapmasını gerektirdiği için bu sınırlamalara izin verilmiştir¹⁸.

Bununla birlikte, AİHM, getirilen sınırlamaların, “hakkın özüne zarar verecek ve etkililiğini azaltacak” genişlikte olmaması gerektiğini, bunun için de sınırlamaların, ilgilileri yönünden “öngörülebilir” olmasının ve “meşru bir amaç” takip etmesinin şart olduğunu vurgulamaktadır. Ancak Mahkemeye göre, devlet, Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinde olduğunun aksine, P1-2 kapsamında bir meşru amaçlar listesi ile bağlı değildir¹⁹. Belirtilen koşullara ek olarak bir sınırlama, ancak kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir “orantılılık” ilişkisi varsa P1-2 ile uyumlu olabilir²⁰.

Diğer taraftan AİHM, eğitim hakkına ilişkin sınırlamaların, Sözleşme ve eki protokollerde yer alan haklarla da çatışmaması gerektiğini²¹, bunun için, Sözleşme ve eki protokol hükümlerinin bir bütün hâlinde dikkate alınmasının ve P1-2'nin özellikle Sözleşme'nin 8., 9. ve 10. maddeleri ışığında yorumlanmasının şart olduğunu belirtmiştir²².

AİHM, belirtilen çerçevede kalmak kaydıyla, taraf devletlerin sınırlama ko-

¹⁷ Bkz. *Al-Adsani/Birleşik Krallık* [BD], B.No: 35763/97, § 55; *Demir ve Baykara/Türkiye* [BD], B No: 34503/97, § 67; *Saadi/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 13229/03, § 62; *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, B. No: 25965/04, § 273-274.

¹⁸ Bkz. *Belçika Dil Davası*, s. 28, § 3.

¹⁹ Bkz. *Catan ve Diğerleri*, § 140.

²⁰ *Leyla Şahin*, § 154.

²¹ *Belçika Dil Davası*, s. 32, § 5; *Campbell ve Cosans*, § 41.

²² *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*, § 52; *Leyla Şahin*, § 155.

nusunda belli bir “*takdir aralığı*”na sahip olduğunu kabul etmektedir. Bu takdir aralığı, genellikle toplum ve ilgili kişiler için önemine ters orantılı şekilde, eğitimin seviyesine bağlı olarak artmaktadır²³.

IV. TEMEL KURAL: EĞİTİM HAKKINDAN YOKSUN BIRAKMAMA

A. Genel İlkeler

P1-2’in birinci cümledeki eğitim hakkına ilişkin temel kural, eğitim hakkından yoksun bırakılmama hakkını düzenlemektedir. Anılan kural, “*Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz.*” şeklindedir ve olumsuz tarzda kaleme alınmıştır.

AİHM’ne göre, P1-2’nin birinci cümlesinin, olumsuz tarzda kaleme alınmış olmasına rağmen, “*hak*” ibaresini içermesi, “*eğitim hakkı*”ndan söz etmesi ve P1’in giriş bölümünde bu Protokol’ün alanına giren konuların “*haklar ve özgürlüklerin kolektif bağlayıcılığı*” içinde yer aldığı belirtilmesi dikkate alındığında, burada kişiler yönünden bir “*hak*”kın düzenlendiğinde kuşku bulunmamaktadır²⁴.

AİHM, P1-2’nin birinci cümlesinden ilk olarak, taraf devletlerin kendilerini bağlayıcı bir şekilde “*belirli bir zamanda var olan eğitim kurumlarına erişim hakkı*”nı yetki alanları dâhilindeki herkese tanıdıkları sonucunu çıkarmaktadır. Bununla birlikte Mahkemeye göre, erişim hakkı, birinci cümlede tanınan eğitim hakkının sadece bir parçasını teşkil etmektedir. Hakkın etkili olması için buna ilave olarak eğitimden yararlanan kişi, “*aldığı eğitimden menfaat sağlama*” imkânına da sahip olmalıdır. Bu nedenle, her ülkede, yürürlükte olan kurallara uygun olarak “*tamamlanan eğitimin resmî olarak tanınması*” gerekir. Dolayısıyla cümlelerin olumsuz bir tarzda yazılmasından, devletlerin P1-2 tarafından korunduğu şekliyle eğitim hakkına saygının temini için herhangi bir pozitif yükümlülüğünün bulunmadığı sonucu çıkarılmamalıdır²⁵. Hemen ifade etmek gerekir ki, AİHM içtihatlarında, eğitim hakkına ilişkin devletin pozitif yükümlülüklerinin varlığı nadiren kabul edilmekte, P1-2’nin birinci cümlesindeki

²³ Bkz. *Ponometryovi*, § 56.

²⁴ Bkz. *Belçika Dil Davası*, s. 28, § 3-4.

²⁵ Bkz. *Belçika Dil Davası*, s. 28, § 3-4; *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*, § 53.

temel kural, genellikle belirli bir zamanda var olan eğitim kurumlarına erişim hakkıyla sınırlı olarak ele alınmaktadır.

P1-2'nin birinci cümlesinin olumsuz şekilde kaleme alınmasının belli sonuçları yok değildir. Mahkemeye göre, bu cümlenin olumsuz bir tarzda kaleme alınması, P1'e ilişkin "*Hazırlık Çalışması*"nda teyit edildiği üzere, taraf devletlerin, belirli bir zamanda var olan eğitim kurumlarına erişim hakkını garanti ettiklerini, buna karşılık devletin kuracağı veya destekleyeceği "*belirli tipte ve seviyede eğitim*"in kendilerinden talep edilmesine imkân verecek bir hakkı kabul etmediklerini göstermektedir²⁶. Diğer bir ifadeyle, P-1'in birinci cümlesi, taraf devletlere eğitim kurumlarını "*kurma*", "*destekleme*" veya "*resmî olarak tanıma*" gibi pozitif yükümlülük yüklememektedir²⁷.

Sonuç olarak AİHM'in P1-2'nin birinci cümlesinin uygulanmasına ilişkin temel yaklaşımı şöyle özetlenebilir: Taraf devletlerin belli eğitim kurumlarını kurma veya destekleme görevi bulunmamaktadır. Ancak devletler, kurdukları veya destekledikleri eğitim kurumlarına etkili bir şekilde erişimi sağlama yükümlülüğü altındadır²⁸.

Yukarıda belirtilen hususlar dikkate alındığında, AİHM'in, eğitim hakkına ilişkin temel kuralı, daha çok P1-2'nin hazırlık çalışmalarına ve metnine referansla anlamlandırmaya çalıştığı, bu anlamlandırmada insana dair evrensel bir öz değeri veya ihtiyacı temel almadığı, eğitim hakkına bakışının felsefi temelini oluşturmadığı söylenebilir.

²⁶ Bkz. *Belçika Dil Davası*, s. 28, § 3-4.

P1-2'nin birinci cümlesinin hazırlık çalışmaları ve çalışmalar sırasında maddenin olumlu mu yoksa olumsuz mu kaleme alınması gerektiği hususundaki tartışmalar ile bunun yansımaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Williams, Katherine/Rainey, Bernadette: *Language, Education and the European Convention on Human Rights in the Twenty-First Century*, Legal Studies, Vol. 22, Issue 4 (November 2002), pp. 629-630.

²⁷ *Ingrid Jordebo Foundation of Christian Schools and Ingrid Jordebo/İsveç* [Komisyon kararı], B. No: 11533/856/03/1987.

Bu kapsamda, P1-1'in birinci cümlesi, bir ülkede ulaşılabilir olmayan belli bir yüksek öğretim dalını bireylere sağlama görevini devlete yüklememektedir. *Glazewska/İsveç*, B. No: 11655/85,10/10/1985.

²⁸ *Ponomyovi*, § 49.

B. Dezavantajlı ve Korunmaya Muhtaç Gruplar Yönünden Eğitim Hakkı

AİHM içtihatlarında genel olarak, “Romanlar”, dezavantajlı ve korunmaya muhtaç bir grup olarak kabul edilmekte, onlara özel bir koruma sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Mahkemeye göre, bu koruma eğitim alanını da kapsar²⁹.

D.H. ve Diğerleri davasına konu olayda, Çek Cumhuriyetinde yetersiz öğrencilerin eğitimi için kurulmuş olan devlete ait özel okullara, ülkedeki tüm öğrencilere uygulanan bir test sonucu yetersiz olduğu sonucuna varılan çocuklar alınmaktadır. Ancak Romanlar ülke nüfusuna oranla azınlıkta olmalarına rağmen, Romen öğrenciler, ülkedeki tüm öğrencilerin tabi tutulduğu test sonucu yönlendirme yapılan bu özel okullarda çoğunluk durumundadırlar. Anılan okullardan mezun olanların iş bulmaları kolay olmamaktadır. AİHM, doğrudan bir ayrımcılık niyeti olmasa bile, Romanların durumlarını dikkate almayan bir test sonucu özel okullara yönlendirme yapılmasının, Romen azınlığa dâhil başvurululara karşı “dolaylı ayrımcılık” teşkil ettiği, P1-2 ile bağlantılı olarak Sözleşme’nin ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır³⁰.

²⁹ *D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, B. No: 57325/00, § 182, 13/11/2007.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Romanların, Avrupa’daki en geniş azınlık olduğu ve Avrupa Konseyine üye devletlerin hemen hemen hepsinde bulduklarını, onların durumlarını iyileştirmek ve temel haklarına tam saygının tam olarak sağlanması için somut ve sürekli bir çaba göstermemenin ve her üye devletin ahlaki ve hukuki görevi olduğunu belirtmiş, bu yönde çaba gösterilmesi gereken alanlardan birini de eğitim alanı olarak göstermiştir. *The situation of Roma in Europe and relevant activities of the Council of Europe*, Resolution 1740 (2010) <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta10/eres1740.htm> (Ers: 16.5.2014).

Romanların eğitim hakkıyla bağlantılı olarak uğradıkları ayrımcılıklara ilişkin ayrıntılı bilgi ve ilgili AİHM kararlarının değerlendirilmesi için bkz. Szemesi, Sandor: *From Hajduhadhaz to Strasbourg: Article 14 of the European Convention on Human Rights in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, with Special Regard to Roma Educational Cases*; Miskolc Journal of International Law, Volume 5 (2008) No. 2, pp. 64-72; Duminica, Ramona/Tabacu, Andreea: *Brief Reflections on the Exercise of the Right to Education of the Romany Minority*, AGORA International Journal of Juridical Sciences (2010), pp. 33-41.

³⁰ *D.H. ve Diğerleri*, § 182 ve devamı.

D.H. ve Diğerleri kararı, dolaylı ayrımcılığı ispat için istatistiklerin delil olarak kabul edilmesi ile farklı muamelenin haklı nedene dayandığını ispat külfetinin devlete yüklenmesi, bundan sonra Sözleşme’nin 14. maddesinin, sosyal ve ekonomik haklar yönünden yapılan dolaylı ayrımcılıklara karşı daha etkili bir araç olarak kullanılabilmesi imkân tanınması nedeniyle olumlu karşılanmıştır. Bkz. Palmer, Ellie: *Protecting Socio-Economic Rights through the Eu-*

AİHM, “*çocuklar*” yönünden eğitim hakkını, büyüklerden daha fazla önemsemektedir³¹. Bu kapsamda Mahkeme, ilköğretim seviyesinde eğitim hakkına ayrı bir önem vermekte ve çocukların gelişimi için temel öneme sahip olan bu seviyedeki öğretime erişimin eğitim hakkı kapsamında güvence altına alındığında hiçbir tereddüdün bulunmadığını ifade etmektedir³².

Diğer taraftan, Komisyon, P1-2’nin, taraf devletlerin belli bir tip ve seviyede özel bir eğitimi desteklemelerini gerektiren mutlak bir hak sağlamadığını, genel olarak “*özürlü çocuklar*”ın menfaatine olarak kaynakların en iyi nasıl kullanılacağına dair yetkililerin geniş bir takdir hakkı olması gerektiğini kabul etmiştir. Bununla birlikte, Komisyona göre, yetkililerin bu konuda ebeveynlerin ve çocukların görüşlerine ağırlık vermeleri gerekmektedir³³.

C. Tutuklu ve Hükümlülerin Eğitim Hakkı

AİHM, “*hükümlüler*”in³⁴ bir mahkeme tarafından verilen cezanın infazına karşılık gelen süre, “*tutuklular*”ın³⁵ ise yasal tutukluluk süresi boyunca tam zamanlı bir eğitime devam edemeyeceği gerçeğinin, onların P1-2 maddesi anlamında eğitim hakkından yararlanamayacakları şeklinde yorumlanamayacağıni belirtmiştir.

Diğer taraftan, Mahkeme, hükümlü veya tutukluların, cezalarını infaz ettikleri süre veya tutukluluk süreleri boyunca bu durumları nedeniyle fiilen eğitimlerine devam edememelerinin, P1-2 anlamında eğitimden yoksun bırakma teşkil etmeyeceğini belirtmiş, buna ilişkin başvuruları açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur³⁶. Bununla birlikte hükümlü ve tutuklular uzaktan eğitim imkânından yararlanabilirler³⁷.

ropean Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights, Erasmus Law Review, Vol. 2, Issue 4 (2009), p. 424.

³¹ *D.H. ve Diğerleri*, § 182.

³² *Timishev/Rusya*, B. No: 55762/00 55974/00, 13/12/2005, § 64.

³³ *Bkz. Smith/Birleşik Krallık* [Komisyon kararı], B. No: 5186/89, 4/12/1989; *Simpson/Birleşik Krallık* [Komisyon kararı], B. No: 14688/89, 4/12/1989.

³⁴ *Durmaz, Işık, Unutmaz ve Seza/Türkiye* [kabul edilebilirlik kararı (k.k.)], B. No: 46506/99 46569/99 46570/99, 4/9/2001; *Epistatu/Romanya*, B. No: 29343/10, 24/9/2013, § 62 ve 63.

³⁵ *Boltan/Türkiye* [k.k.], B. No: 32777/09, 27/3/2012.

³⁶ *Durmaz, Işık, Unutmaz ve Seza; Epistatu*, § 62-63; *Boltan*.

³⁷ *Özel/Türkiye* [k.k.], B. No: 4243/09, 22/10/2013.

Ancak AİHM, hükümlü ve tutukluların, P1-2 kapsamında, eğitim için kullanılabilir ancak cezaevinin iç kuralları gereği bulundurulması yasak olan materyalleri talep etme hakkı vermediği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Mahkemenin önüne gelen bir olayda, cezaevindeyken Açıköğretim (uzaktan eğitim) kapsamında uluslararası ilişkiler bölümüne kaydını yaptıran başvurunun, kaydedilmiş dersleri dinleyerek dil öğrenmesine yardımcı olacağını beyan ettiği MP4 çalar edinme talebi reddedilmiştir. AİHM, başvurunun bir mahkeme tarafından verilen cezanın infazına karşılık gelen süre boyunca anılan cihaza erişememesinin, P1-2 anlamında eğitim hakkından mahrum bırakılma olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmış, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur³⁸.

AİHM'ne göre, P1-2, cezaevi yetkililerine başvurularda özel kurslar açma yükümlülüğü yükleyecek şekilde de anlaşılabilir³⁹.

D. Göçmenler ve Sınır Dışı Edilenler Yönünden Eğitim Hakkı

AİHM, askeri bir operasyon sonrası Çeçenistan'dan Rusya'nın başka bir bölgesine göç etmek zorunda kalan başvurunun çocuklarının yasal oturma izni veya göçmen kartı bulunmaması nedeniyle daha önce iki yıl devam ettikleri okula sonradan kabul edilmemelerinin eğitim hakkının ihlali olduğu sonucuna varmıştır⁴⁰.

Buna karşılık, Mahkeme, göçmen kontrol önlemleri kapsamında sınır dışı edilen ebeveynine bağlı olarak sınır dışı edilen çocuğun, bu ülkedeki eğitimini kesintiye uğramasını, P1-2'nin birinci cümlesi anlamında eğitim hakkından yoksun bırakma niteliğinde görmemiştir⁴¹.

Birinci durumda, çocuğun bulunduğu ülkede eğitime devam etme olanağının bulunmadığı, ikinci durumda ise gönderildiği ülkede eğitime devam etme olanağının bulunduğu dikkate alındığında, AİHM'in yukarıda belirtilen durumlarda farklı sonuçlara varması, anlaşılabilir bir farklılık olarak kabul edilebilir.

³⁸ Özel.

³⁹ Durmaz, Işık, Unutmaz ve Seza; *Epistatu*, § 62 ve 63.

⁴⁰ Timishev, § 65 ve 66.

⁴¹ *Jaramillo/Birleşik Krallık* [Komisyon kararı], B. No: 24865/94, 23/10/1995.

E. Eğitimin Paralı Olması

AİHM'e göre, eğitim, modern bir devlette en önemli “*kamu hizmetlerinden biri*”dir. Bununla birlikte, eğitim, organizasyonu karmaşık ve yürütülmesi pahalı bir faaliyettir, oysa yetkililerin bunun için tahsis edebilecekleri kaynaklar sınırlıdır. Eğitime erişimin nasıl düzenleneceğine, ücretli mi ücretsiz mi olacağına veya kimlerden ücret alınacağına karar verirken, devletin, yetkisi altındaki eğitim ihtiyaçları ile bunu karşılayacak sınırlı kapasitesi arasında denge oluşturmalıdır. Bununla birlikte, devletler, diğer kamu hizmetlerinden farklı olarak eğitim hakkının Sözleşme’de doğrudan koruma altına alındığını da görmezlikten gelemez⁴².

F. Yükseköğretim Kurumlarına Erişimin Sınav Sonucuna ve Başarı Durumuna Bağlı Olması

AİHM’ne göre, sınırlı sayıda yükseköğretim kurumu ulaşılabilir olduğu durumlarda, devletin bunlara erişimi, akademik bir bakış açısıyla sunulan hizmetlerden en fazla yararlanabilecek öğrencilerle sınırlandırma yetkisi vardır⁴³.

Bu kapsamda Mahkeme, uygun koşullarda, asgari seviyede yeterli eğitim sağlamak suretiyle yüksek seviyede uzmanlaşmayı başarmak için üniversiteye kabulün, buna ilişkin giriş sınavını geçenlerle ve belli bir kontenjanla sınırlandırılmasına P1-2’nin izin verdiğini kabul etmektedir. Üstelik buna özel üniversiteler de dâhildir⁴⁴. Bununla birlikte, üniversiteye girişin sınav sonucunun değerlendirilmesinde keyfilik bulunmaması gerekir⁴⁵.

G. Eğitim Kurumundan Uzaklaştırma veya İhraç

AİHM’e göre, P1-2, mutlaka belli bir eğitim kurumuna erişimi gerektirmez. Dahası eğitim hakkı, kural olarak, eğitim kurumunun iç kurallarına uyumu sağ-

⁴² *Ponomaryovi*, § 55.

⁴³ *İngrid Jordebo Foundation of Christian Schools and İngrid Jordebo*.

Bu kapsamda, P1-1’in birinci cümlesi, bir devlette ulaşılabilir olmayan belli bir yüksek öğretimi sağlama görevini devlete yüklememektedir. Bkz. *Glazewska*.

⁴⁴ *Tarantino ve Diğerleri/İtalya*, B. No: 25851/09 29284/09 64090/09, 2/4/2013, § 46, 48, 52.

⁴⁵ AİHM, *Mürsel Eren* kararında, akademik kurulun, başvuruçunun önceki yıllardaki performansını dikkate alarak o yılki başarısının açıklanamaz olduğu gerekçesiyle sınav sonucunu iptal etmesinin yasal ve gerçek bir temelden yoksun olduğunu, keyfilik sonucunu doğurduğunu belirterek eğitim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. *Mürsel Eren*, § 50.

mak için uzaklaştırma ve ihraç gibi disiplin önlemlerine başvurulmasına engel değildir. Disiplin cezalarının uygulanması, öğrencilerin mental güçlerinin ve karakterlerinin şekillenmesi ve gelişmesi de dâhil, bir okulun kuruluş amacına ulaşmasını sağlayacak sürecin ayrılmaz bir parçasıdır⁴⁶.

AİHM, belirli şartlar dâhilinde, disiplin cezası olarak ihracın da mümkün olduğu kanaatindedir. Mahkemeye göre, bir ihracın, eğitim hakkından mahrum bırakma sunucunu doğurup doğurmadığının belirlenmesinde, ihraç ile önlemin gerekçesi arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının değerlendirilmesi zorunludur. Bu kapsamda, ihraca karşı çıkmak ve keyfiligi önlemek için usuli güvenceler, ihracın süresi, yeniden entegrasyon çabalarıyla ilgili olarak öğrenci ve ebeveyni tarafından gösterilen işbirliğinin kapsamı, ihracın etkilerinin minimize edilmesine yönelik okul yetkililerinin gayretleri ve özellikle ihraç süresince okul tarafından sağlanan alternatif eğitimin yeterliliği ile ihracın üçüncü kişilerin haklarıyla ne kadar bağlantılı olduğu gibi faktörler göz önünde tutulur. Bununla birlikte, zorunlu eğitim yaşındaki bir çocuğun belli bir okuldan sürekli olarak ihraç edilmesi durumunda alternatif eğitim yeterli olmayabilir. Bunların, ulusal müfredat doğrultusunda eğitim veren başka bir okulda tam zamanlı eğitim alamaması Mahkemenin farklı bir sonuca varmasına neden olabilecektir⁴⁷.

AİHM'e göre, verilecek disiplin cezaları, Sözleşme'de yer alan diğer haklarla çatışmamalıdır. Mahkeme, İrfan Temel ve Diğerleri davasında, yönetimden seçimlerlik olarak Kürtçe ders konulması talebinde bulunan üniversite öğrencilerine okuldan uzaklaştırma cezası verilip uygulanmasının, ifade özgürlüğü ışığında incelediği eğitim hakkının ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, eğitim hakkına getirilecek sınırlamaların Sözleşme'de yer alan diğer haklarla çatışmaması gerektiğini, başvuruçuların sadece düşüncelerini açıkladıkları için cezalandırıldıklarını, şiddete başvurmadıklarını, üniversitede barışı ve düzeni ihlal etmediklerini veya buna teşebbüs etmediklerini vurgulamıştır⁴⁸.

⁴⁶ *Leyla Şahin*, § 156; *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, B. No: 1448/04, 9/10/2007, § 55; *Ali/Birleşik Krallık*, B. No: 40385/06, 11/1/2011, § 54.

⁴⁷ *Ali*, § 58, 60.

⁴⁸ *İrfan Temel ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 36458/02, 3/3/2009, § 43-45.

5. Tamamlayıcı Kural: Eğitim Faaliyetleri Sırasında Ebeveynin Dini Ve Felsefi İnançlarına Saygı

A. Genel İlkeler

AİHM'e göre, P1-2'nin ikinci cümlesi, metninden açıkça anlaşılacağı üzere, bağımsız bir hakkı güvence altına almaz. İkinci cümlede yer alan hak, birinci cümlede yer alan eğitime ilişkin temel hakkın tamamlayıcısıdır⁴⁹. Bu nedenle, ikinci cümle, herkes yönünden geçerli eğitim hakkını düzenleyen birinci cümleyle birlikte yorumlanmalıdır. İkinci cümlede düzenlenen ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygı hakkı, birinci cümlede düzenlenen eğitim hakkının içine aşılanmıştır⁵⁰.

P1-2'nin ikinci cümlesi, devletin, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ebeveynin bu eğitim ve öğretimin kendi "*dini ve felsefi inançlar*"ıyla uyum içinde yapılmasını sağlama haklarına "*saygı göstermesi*"ni güvence altına alır⁵¹.

AİHM'e göre, kuşkusuz, ebeveynler, doğal ebeveyn fonksiyonları gereği bir eğitimci olarak çocuklarını aydınlatır ve onlara tavsiyede bulunur ve onların kendi din ve felsefi inançları doğrultusunda bir yolda olmalarını gözetirler⁵². Bu nedenle, çocuklarının eğitim ve öğretiminden birinci derecede sorumlu olan ebeveynler, devletten kendi dini ve felsefi inançlarına saygı duyulmasını talep edebilirler⁵³. Mahkemenin, ebeveynlerin çocuklarının eğitimi konusundaki rollerini "*doğal ebeveyn fonksiyonları*"na bağlaması, onları, çocuklarının doğal eğitimcisi olarak görmesi, devletin eğitim alanında yükleneceği faaliyetlerde onların inançlarına saygı duyması hakkını da bu gerçeklikle ilintilendirmesi eşyanın tabiatına uygun önemli bir çıkış noktasıdır. Ebeveynlerin çocuklarının eğitimi üzerindeki bu doğal rolünün yansımalarının, ebeveynlerin çocuklarının eğitimine ilişkin tercihlerinin belirleyici olması, devletin bu tercihlere olumsuz

⁴⁹ Bkz. *Belçika Dil Davası*, s. 29, § 5; *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*, § 52.

⁵⁰ *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*, § 50.

⁵¹ Bkz. *Belçika Dil Davası*, s. 29, § 5.

Hazırlık çalışmaları sırasında, P1-2'nin birinci cümlesi gibi ikinci cümlesi de birçok tartışmalara neden olduktan sonra yürürlükte olan hâlini almıştır. Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Williams/Rainey, pp. 630-631.

⁵² *Hasan ve Eylem Zengin*, § 68.

⁵³ Bkz. *Belçika Dil Davası*, s. 28-29, § 3-5; *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*, § 52.

yanıt vermesinin, ancak ikna edici haklı nedenler ileri sürmesine bağlı olması gerekir. Mahkemenin, yaklaşımının bu çerçevede olup olmadığı aşağıda değerlendirilecektir.

AİHM, P1-2'nin ikinci cümlesinde güvence altına alınan eğitim faaliyetleri sırasında ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygı hakkı kapsamında “saygı” kavramının, “kabul etmek” veya “dikkate almak”tan daha fazla şeyi ifade ettiğini belirtmektedir⁵⁴. Mahkemeye göre, Sözleşme'nin özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesinde de yer alan saygı kavramının gerekleri, taraf devletlerde içinde bulunulan durumlar ve takip edilen uygulamaların çeşitliliği dikkate alındığında, olaydan olaya önemli değişiklikler gösterebilir. Bu nedenle, taraf devletler, toplumun ve bireylerin ihtiyaçları ve kaynaklarına uygun olarak AİHS'e uyumu sağlamak için atılacak adımları belirlemede geniş bir takdir aralığından yararlanırlar⁵⁵.

AİHM, saygı kavramının neyi ifade etmediğini de kararlarında belirtmiştir. Bu kapsamda Mahkemenin kararlarında yaygın olarak kullanılan şu bakış açısı önemlidir: P1-2'nin ikinci cümlesi bağlamında saygı kavramı, ebeveynlerin, devletten öğretimin “belli bir şekilde” yapılmasını talep edebilecekleri anlamına gelecek şekilde yorumlanamaz⁵⁶. Mahkemeye göre, kişilerin, dini ve felsefi inançlarına saygı duyulmadığına ilişkin sübjektif kanaatleri de P1-2'nin ihlal edildiğinin tespiti için yeterli değildir⁵⁷. Ayrıca Sözleşme, bireylere kendi inançlarına aykırı görüşlerle karşılaşmamayı güvence altına alan bir hak tanımamaktadır⁵⁸.

Bireylere eğitim faaliyetleri sırasında kendi inançlarına aykırı görüşlerle karşılaşmamanın garanti edilmemesi, kendi tercihi ile toplumun geneline

⁵⁴ *Folgerø*, § 84.

⁵⁵ *Campbell ve Cosans*, § 37; *Lautsi ve Diğerleri/İtalya* [BD], B. No: 30814/06, 18/3/2011, § 61. P1-2'nin ikinci cümlesi taraf devletlere, eğitimle ilgilerinin niteliği ve kapsamına belli sınırlar dâhilinde karar verme (takdir aralığı) imkânı tanımış, bununla birlikte devlete, bununla ilgili yüklendiği görevler ve fonksiyonlarda ebeveynin dini ve felsefi inançlarına saygı gösterme yükümlülüğü yüklemiştir. van der Schyff, Gerhard: *Classifying the Limitation of the Right to Education in the First Protocol to the European Convention*, International Journal for Education Law and Policy, Vol. 2 (2006), p. 160.

⁵⁶ Birçok karar arasında bkz. *Lautsi ve Diğerleri*, § 61.

⁵⁷ *Lautsi ve Diğerleri*, § 66.

⁵⁸ *Appel-Irrgang ve Diğerleri/Almanya* [k.k.], B. No: 45216/07, 6/10/2009.

eğitim veren bir eğitim kurumunda çocuklarına eğitim aldırılmayı tercih etmiş olan ebeveynler yönünden, ileride açıklanacak olan eğitimde çoğulculuk ilkesi dikkate alındığında, anlaşılabilir bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak saygı kavramının ne şekilde hayata geçirileceğine ilişkin devletin geniş bir takdir aralığının bulunması ile ebeveynlerin devletten eğitimin belli bir şekilde yapılmasını talep hakkının bulunmaması, saygı kavramının yorumlanmasında ebeveynlerin sübjektif kanaatlerinin dikkate alınmayacak olması birlikte değerlendirildiğinde, bu değerlendirmeye birçok ülkede çocukların zorunlu eğitime tabi tutuldukları ve bunun müfredatını belirlemede yine devletin geniş yetkilerinin bulunması ilave edildiğinde, ebeveynlerin çocuklarının eğitimlerine ilişkin tercihlerinin oldukça dar bir alanla sınırlandırılması tehlikesini ortaya çıkarabilecektir. Nitekim Mahkemenin aşağıda incelenecek somut olaylardaki yaklaşımı dikkate alındığında, bunun soyut bir tehlike olmaktan çıkıp gerçeğe dönüştüğü anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, AİHM içtihatlarında, eğitim faaliyetleri sırasında saygı duyulacak olan ebeveynlerin dini ve felsefi inançları çerçevesinde “inanç” kavramının neyi ifade ettiğini de açıklanmıştır. Mahkemeye göre, inanç, “düşünce” veya “fikir” ile aynı anlama gelmez. İnanç, belli bir inandırıcılık, ciddiyet, tutarlılık ve önem seviyesine ulaşan görüşleri ifade eder⁵⁹. Bununla birlikte, P1-2’nin ikinci cümlesi kapsamında saygı duyulacak inancın demokratik bir toplumda saygıya değer ve insan onuru ile bağdaşır olması, çocukların temel eğitim hakkıyla çatışmıyor olması gerekir⁶⁰.

AİHM’in devamlı vurguladığı üzere, çoğulcu demokratik bir toplumda devletin farklı din ve inanışlar karşısında “tarafsız ve nötr olması” görevi ile devletin “dinlerin ve inançların meşruluğu”nu değerlendirmesi birbiriyle bağdaşmaz. Bu, öğrencilerin karakterleri, mental güçleri ve kişisel bağımsızlıklarının şekillendirilmesi dâhil bir okulun kuruluş amacına ulaşmak için uygulayacağı

⁵⁹ Folgerø, § 84.

⁶⁰ Lautsi ve Diğerleri, § 58.

AİHM, inanç kavramına ilişkin yaptığı incelemeler kapsamında örneğin Aleviliği (bkz. *Hasan ve Eylem Zengin*, § 66) ve Yahova Şahitliğini (bkz. *Valsamis/Yunanistan*, B No: 21787/93, 18/12/1996, § 26) P1-2 anlamında dini inanç olarak kabul etmiştir.

Mahkemeye göre, laiklik yanlıları da görüşlerinin, Sözleşme’nin 9. maddesi ve P1-2 anlamında felsefi inanç olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürebilirler. *Lautsi ve Diğerleri*, § 58.

sürecin ayrılmaz bir parçası olan öğretim faaliyeti bakımından özellikle geçerlidir⁶¹.

AİHM, P1-2'nin ikinci cümlesinin, AİHS tarafından tasarlandığı şekliyle “*demokratik toplumun*” muhafazası için temel olan “*eğitimde çoğulculuğu*” korumayı amaçladığına sürekli olarak vurgu yapmaktadır⁶². Mahkemeye göre, demokratik bir toplumda, sadece eğitimde çoğulculuk, öğrencileri din, inanç ve ifade özgürlüğü bağlamında dini meselelerle ilgili eleştirel bir akıl yönünde geliştirebilir⁶³. Eğitimde çoğulculuk, P1-2'nin ikinci cümlesinde güvence altına alınan eğitim faaliyetleri sırasında ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygı hakkının yorumlanmasında Mahkemenin esas aldığı en önemli temel ilkedir.

AİHM içtihatlarında, anılan hak kapsamında eğitimde çoğulculuğun ne şekilde sağlanacağına ilişkin olarak ikinci bir temel ilkeye yer verilmektedir. Bu da, “*nötrlük ve tarafsızlık*”tır. Mahkemeye göre, P1-2'nin ikinci cümlesinin, özellikle Sözleşme'nin düşünce, kanaat ve din özgürlüğü hakkını koruyan ve taraf devletlere nötr ve tarafsız olma görevini yükleyen 9. maddesi ışığında anlaşılması gerekir. Bu konuda taraf devletlerin rolü, demokratik bir toplumda, özellikle de karşıt gruplar arasında kamu düzenin sağlanması, dini uyum ve toleransa yardımcı olmaktır. Bu husus, hem inananlar ile inanmayanlar, hem de farklı dinler, mezhepler ve inançların bağlıları arasında söz konusudur⁶⁴

AİHM'in bu nötrlük ve tarafsızlık yaklaşımı ciddi eleştirileri beraberinde getirmiştir. Öncelikle Sözleşme metninde tarafsızlığa ilişkin ibareye yer verilmemektedir. İkincisi tarafsızlığa verilen anlam, devletlerin resmi bir inancı olmasını engellemektedir. Hâlbuki Fransa ve Türkiye gibi tartışmasız seküler-laik devletler olduğu gibi, Birleşik Krallık, Norveç, İrlanda ve Yunanistan gibi resmi bir dini olan devletler de bulunmaktadır⁶⁵. Tartışmasız resmi bir dini bulunan

⁶¹ *Hasan ve Eylem Zengin*, § 54 ve 55.

⁶² Birçok karar arasında bkz. *W and D.M. and M and H.I./Birleşik Krallık* [k.k.], B No: 10228/82 ve 10229/82 6/3/1984; *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*, § 50.

⁶³ *Hasan ve Eylem Zengin*, § 69.

⁶⁴ *Lautsi ve Diğerleri*, § 60.

⁶⁵ Devlet ve din arasındaki ilişkiye göre Avrupa'daki devletler; “*seküler olmayan (non-secular)*”, “*ılımlı seküler (soft secular)*” ve “*kati seküler (hard secular)*” olmak üzere üç gruba ayrılarak da incelenmektedir. Bkz. Romero, Alicia Cebada: *European Court of Human Rights and Religion: Between Christian Neutrality and the Fear of Islam*, New Zealand Journal of

söz konusu devletler, Sözleşme'ye taraf olurken onun nötrlüğü içerdiğini dikkate almamışlardır. Son olarak yukarıda belirtildiği şekliyle nötrlük anlayışı AİHM içtihatlarında benimsenmiş olan “*takdir aralığı*” doktriniyle de çatışır. Bu doktrin uyarınca, taraf devletler, Sözleşme tarafından tanınan özgürlükleri farklı hukuk geleneklerine, sosyal şartlarına ve kültürel özelliklerine göre şekillendirme hususunda belli bir takdir aralığına sahiptirler⁶⁶.

AİHM, eğitimde çoğulculuğun sağlanması, devletin eğitimle ilgili yüklenmediği görevler sırasında nötr ve tarafsız olmasının bir yansıması olarak bir de yasaklayıcı mahiyette üçüncü bir temel ilke geliştirmiştir. Bu ilke, devletin eğitimle ilgili yüklenmediği görevler sırasında öğrencilere “*endoktrinasyon (telkin)*” yapmamasıdır. Mahkemeye göre, eğitimde bilgilerin “*objektif*”, “*eleştirel*” ve “*çoğulcu*” bir şekilde aktarılmasına özen göstermek devletlerin yükümlülüğüdür. Devletlerin, ebeveynlerin din ve felsefi inançlarına saygı gösterilmediği anlamına gelebilecek endoktrinasyon amacını takip etmeleri yasaklanmıştır⁶⁷. Aksine yorum, hem P1-2'in ikinci cümlesi yanında birinci cümlesine hem de Sözleşme'nin 8., 9. ve 10. maddeleri ile demokratik toplum değerleri ve fikirlerinin sürdürülmesi ile bunların teşvik edilmesinin bir aracı olarak oluşturulan Sözleşme'nin genel ruhuna aykırı olur⁶⁸.

Bu bağlamda AİHM, taraf devletlerin P1-2'nin ikinci cümlesinin uygulanmasında “*takdir aralığı*”na sahip olduğunu ve kendisinin ilke olarak taraf devletlerin bu konulardaki kararlarına saygı gösterme görevinin bulunduğunu ancak bunun, anılan kararların bir endoktrinasyona neden olmaması şartına bağlı olduğunu vurgulamıştır⁶⁹.

Mahkemeye göre, “*geleneği*” referans göstermek, taraf devletleri AİHS ve eki Protokollerden doğan haklara saygı duyma (dolayısıyla eğitimde çoğulculuk-devletin nötr ve tarafsız olması-ekdoktrinasyon yasağı) sorumluluğundan

Public and International Law, Vol. 11, Special Conference Issue (November 2013), pp. 79-83.

⁶⁶ Bkz. Pin, Andrea: (*European*) Stars or (*American*) Stripes: Are the European Court of Human Rights' Neutrality and the Supreme Court's Wall of Separation One and the Same, St. John's Law Review, Vol. 85, Issue 2 (Spring 2011), pp. 637-642.

⁶⁷ *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*, § 50 ve 53; *Folgerø*, § 84; *Lautsi*, § 62.

⁶⁸ *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*, 53.

⁶⁹ *Lautsi ve Diğerleri*, § 69.

kurtarmaz. Bununla birlikte, devlet, okul ortamını düzenleme konusunda bir takdir aralığına sahiptir. Mahkeme, endoktrinasyona neden olmadıkça, ilke olarak devletlerin bu yönde aldıkları kararlara saygı duyacağını belirtmiştir⁷⁰.

Mahkemenin P1-2'nin ikinci cümlesinde güvence altına alınan eğitim faaliyetleri sırasında ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygı hakkını devletin eğitimde çoğulcuğu sağlaması şeklinde algıladığı, bunun için de onun eğitim alanında yüklendiği görevler sırasında nötr ve tarafsız olması gerektiği şeklinde algıladığı, bu alanda devletin geniş bir takdir aralığına sahip olduğunu kabul ettiği, endoktrinasyona neden olmadıkça eğitim alanında devletin aldığı kararlara müdahale etmeyeceği anlaşılmaktadır. Bu yaklaşımın sonucunun, P1-2'nin ikinci cümlesinin eğitim faaliyetleri sırasında *“ebeveynlerin inançlarına saygı duyma”*dan, *“endoktrinasyona neden olmamak kaydıyla devletin tercihlerine saygı duyma”*ya evrilme tehlikesi bulunmaktadır. Böyle bir durumda, Mahkemenin de kabul ettiği üzere çocuklarının *“doğal”* eğiticisi olan ebeveynlerin tercihlerinin eğitim faaliyetleri sırasında ya hiç dikkate alınmaması ya da çok dar bir alanda (o da bazı faaliyetlerden muaf olma şeklinde olumsuz tercihte bulunmayla sınırlı bir alanda) dikkate alınmasına neden olacaktır. Ayrıca, bunun doğal sonucu olarak eğitim faaliyetleri sırasında ebeveynlerin inançlarına saygı duyma hakkı kapsamında, imkânları elverse bile devlete herhangi bir pozitif yükümlülük yüklenemeyecektir.

Doktrinde, çocuklarının hangi tür eğitimi alması gerektiğine karar vermenin ebeveynlerin hakkı olduğu, devletin de bu alanda yetkileri bulunduğu ancak bunun ebeveynkinden farklı olduğu, devletin ebeveynlerin haklarının etkili bir şekilde hayata geçirilmesi için gerekli şartları geliştirmesi gerektiği, yoksa çocukların ne tür bir eğitim alması konusunda belirleyici bir yetkiye sahip olmadığı belirtilmekte, günümüzde devletin eğitim alanındaki fonksiyonunun, sekülerizasyon yönündeki genel eğilimden etkilendiği yönünde eleştiriler dile getirilmektedir⁷¹.

Son olarak P1-2'nin birinci cümlesinde *“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz.”* denilerek *“herkes”* eğitim hakkına ilişkin temel kuralın kapsamı-

⁷⁰ *Lautsi ve Diğerleri*, § 68-69.

⁷¹ Garcimartin, p. 77.

na alınmışken, ikinci cümlesinde eğitim faaliyetleri sırasında “*ebeveynler*”in dini ve felsefi inançlarına saygı duyulmasından söz edilmesi karşısında, ikinci cümledeki hakkın kimlere ait olduğu üzerinde durulması faydalı olacaktır. İçtihat hukukuna göre, P1-2’nin ikinci cümlesinde düzenlenen hak, çocuklara değil “*ebeveynler*”ine ait bir haktır⁷². Dolayısıyla, anılan cümleye dayanarak çocuklar başvuruda bulunamazlar⁷³. Bununla birlikte, eğitimde çocukların dini inançlarına saygı gösterilmesine ilişkin meselelerde, Sözleşme’nin diğer hükümlerine dayanılabileceği ileri sürülmüştür⁷⁴. Bunların başında düşünce, inanç ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. madde gelmektedir. Nitekim AİHM (ve yetkili bulunduğu dönem için Komisyon) uygulaması da bu yöndedir⁷⁵.

Bundan sonraki alt başlıklarda, P1-2’nin ikinci cümlesinde güvence altına alınan eğitim faaliyetleri sırasında ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygı duyulması hakkıyla bağlantılı özel bazı konular incelenerek, AİHM’in anılan hakka ilişkin yaklaşımının daha derinlemesine ortaya çıkarılmasına çalışılacaktır.

⁷² AİHM, çocukların kamu bakım ve gözetimi altına alınmasının, ebeveynlerinin P1-2 uyarınca sahip oldukları tüm hakları kaybetmelerine neden olmayacağını belirtmiştir. *Olsson/İsveç* (No. 1), B. No: 10465/83, 24/3/1988, § 95.

⁷³ Bir çok karar arasında bkz. *Eriksson/İsveç*, B. No: 11373/85, 22/6/1989, § 93.

⁷⁴ Williams/Rainey, p. 631.

⁷⁵ AİHM, okulda verilen din derslerine katılmayan başvurucunun, okul karnesinde bu derse ilişkin notla ilgili problem yaşadığı bir olayda, başvurucunun şahsına ilişkin başvuruyu Sözleşme’nin din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi kapsamında incelemiş, P1-2’de yer alan eğitim ve öğretim faaliyetleri sırasında ebeveynin dini ve felsefi inançlarına saygı hakkıyla ilgili şikâyetini ise başvurucunun ebeveyni tarafından yetkilendirildiğine dair bilgi ve belge sunmaması nedeniyle kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur (*Saniewski/Polonya* [k.k.], B. No: 40319/98, 26/6/2001).

Benzer bir olayda Komisyon, ancak Sözleşme’nin ihlalden mağdur olanların şikâyetlerini inceleyebileceğini, somut olayda başvurucunun ebeveyninin neden kendi adlarına başvuru yapamadıklarının belli olmadığını, başvurucunun ebeveynine ilişkin şikâyet nedeniyle dolaylı mağdur olduğunu gösteremediğini belirterek, ebeveyn olmayan başvurucunun P1-2’nin ikinci cümlesi kapsamında yaptığı şikâyeti kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur (Bkz. *Smith/Birleşik Krallık* [Komisyon kararı], B. No: 5186/89, 4/12/1989). AİHM, *Leyla Şahin* kararında, üniversitede başvurucunun etkilendiği başörtüsü yasağına ilişkin şikâyeti, Sözleşme’nin 9. maddesi kapsamında ele almış, başvurucunun eğitim hakkına ilişkin şikâyetini ise P1-2’nin eğitim faaliyetleri sırasında ebeveynlerin din ve inançlarına saygı hakkına ilişkin ikinci değil eğitim hakkından yoksun bırakılmama hakkına ilişkin birinci cümlesi kapsamında ele almıştır (*Leyla Şahin*, § 70 ve 129.).

B. Eğitim Müfredatı

i. Genel olarak

AİHM'e göre, eğitim ve öğretimin müfredatını "*planlama ve oluşturma*" taraf devletlerin yetki alanı içindedir. Kural olarak bu konuda hüküm vermek AİHM'in görevi değildir. Çünkü bulunacak çözümler, haklı olarak ülkeye ve bölgeye göre değişiklik gösterebilmektedir⁷⁶. Bununla birlikte Mahkeme, eğitim müfredatının içerdiği "*bilgilerin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarılması*"na özen göstermenin devletlerin yükümlülüğü olduğunu, ebeveynlerin din ve felsefi inançlarına saygı gösterilmediği anlamına gelebilecek "*endoktrinasyon*" amacını takip etmelerinin yasaklandığını vurgulamıştır⁷⁷. Ancak Mahkemeye göre, okulda öğretilen derslerin çoğunun az ya da çok felsefi görünümü ve etkilerinin olmaması da pek mümkün gözükmemektedir⁷⁸.

AİHM, devletin eğitim ve öğretimle ilgili her bir görevi yönünden uygulanan P1-2'nin, dini öğretim ile diğer dersler arasında bir ayırım yapılmasına izin vermediğini, ebeveynlerin inançlarına saygının, eğitim programının her bir parçası yönünden (ve bu arada tüm dersleri kapsayacak şekilde eğitim müfredatı yönünden) geçerli olduğunu vurgulamıştır⁷⁹.

AİHM, P1-2'nin ikinci cümlesinin, belli ilkeleri gözetmek koşuluyla, taraf devletlerin, dini ve felsefi türden bilgi ve tecrübeleri, eğitim ve öğretim yoluyla aktarmalarına engel olmayacağını kabul etmiştir⁸⁰. AİHM içtihatlarına göre, P1-2'nin ikinci cümlesi, ebeveynlerin okul müfredatında yer alan bu tür bir eğitim ve öğretime "*entegrasyona karşı çıkma*"larına izin ve bu arada çocuklarının eğitiminde "*din ve felsefenin öğretilmemesini isteme*" hakkı vermez⁸¹. Aksi hâlde, kurumsal eğitimin yürütülememesi riski ortaya çıkar⁸². Ancak P1-2'nin ikinci cümlesinin amacı eğitimde çoğulculuğu korumak olduğu için, devletin, eğitim ve öğretimle ilgili görevlerini yerine getirmede müfredatın içerdiği bilgi

⁷⁶ *Lautsi ve Diğerleri*, § 62; *Folgerø*, § 84.

⁷⁷ *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*, § 50 ve 53; *Folgerø*, § 84; *Lautsi*, § 62.

⁷⁸ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, § 53.

⁷⁹ *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*, § 51; *Folgerø*, § 84.

⁸⁰ *Lautsi ve Diğerleri*, § 62; *Folgerø*, § 84.

⁸¹ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, § 53; *Lautsi ve Diğerleri*, § 62; *Folgerø*, § 84-89.

⁸² *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, § 53; *Folgerø*, § 89

ve tecrübelerin, öğrencilerin özellikle dinle ilgili eleştirel bir düşünce geliştirmelerini sağlayan objektif, eleştirel çoğulcu şekilde aktarılmasına özen göstermesi gerekir. Bu sınır aşılmalıdır⁸³.

AİHM, bir din hakkındaki bilginin diğer din ve inançlara göre daha fazla yer tutmasının da, tek başına endokrinasyon anlamına gelecek şekilde çoğulculuktan ve objektiflik ilkelerinden ayrılma olarak değerlendirilemeyeceği görüşündedir. Mahkemeye göre, ilgili dinin davalı devletin tarihinde ve geleceğinde tuttuğu yer dikkate alınınca, bu husus, devletin müfredatı oluşturma ve planlama konusundaki takdir aralığında kalmaktadır⁸⁴.

Bununla birlikte AİHM, taraf devletlerin, ebeveynlere devletten dini öğretim sırasında kendilerinin dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini talep etme hakkı veren P1-2'nin ikinci cümlesi uyarınca pozitif yükümlülük altında olduğunu belirtmiştir⁸⁵. Mahkemeye göre, kuşkusuz, ebeveynler, doğal ebeveyn fonksiyonları gereği bir eğitimci olarak çocuklarını aydınlatır ve onlara tavsiyede bulunur ve onların kendi dini ve felsefi inançları doğrultusunda bir yolda olmalarını gözetirler. Bu nedenle, taraf devletlerin okul müfredatına din dersini dâhil ettiği ancak muafiyet düzenlemesi yapmadığı durumlarda, öğrencilerin ebeveynleri dersin öğretiminin objektiflik ve çoğulculuk kriterini karşılayacağı ve kendi dini ve felsefi inançlarına saygı gösterileceğine dair haklı bir beklenti içine girebilirler⁸⁶. Bu kapsamda, bir taraf devlet müfredata din öğretimini dâhil ettiğinde, mümkün olduğu kadar öğrencilerin okul tarafından verilen din eğitimi ile ebeveynlerinin dini ve felsefi inançları arasındaki bir çatışmayla karşılaşmamaları gerekir. Bunu temin etme yönünde Avrupa'daki din öğretimine ilişkin uygulamalar dikkate alındığında, yaklaşımlardaki farklılığa rağmen üye devletlerin tamamına yakında öğrenciler, en azından “muafiyet” veya “alternatif bir derse katılma” olanağı sağlanarak ya da din derslerine katılımı tamamıyla “seçmeli” hâle getirilerek, din eğitimi derslerinin dışında kalabilmektedir⁸⁷.

⁸³ *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*, § 53; *Lautsi ve Diğerleri*, § 62; *Folgerø*, § 84.

⁸⁴ *Folgerø*, § 89.

⁸⁵ *Campbell ve Cosans*, § 37.

⁸⁶ *Hasan ve Eylem Zengin*, § 68.

⁸⁷ *Hasan ve Eylem Zengin*, § 71

AİHM, kişinin dini ve felsefi inancına ilişkin bilginin, özel hayatın en mahrem yönlerinden biri olduğunu vurguladıktan sonra, din ve felsefi inançlara ilişkin uygulamalardan muafiyet için, ebeveynlere, okul yönetimine dini veya felsefi inançları hakkında “*detaylı bilgi verme*” yükümlülüğü yüklenmesinin, Sözleşme’nin özel yaşamı düzenleyen 8. maddesini ve muhtemelen din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesini ihlal edebileceğini belirtmiştir⁸⁸.

AİHM, P1-2’nin ikinci cümlesinde güvence altına alınan eğitim faaliyetleri sırasında “*ebeveynler*”in dini ve felsefi inançlarına saygı hakkı dışında, aynı faaliyetler sırasında “*öğrenciler*”in düşünce, inanç ve din özgürlüklerine saygı duyulması gerektiğine ilişkin değerlendirme de yapmıştır. Mahkemeye göre, Sözleşme’nin anılan özgürlüğü güvence altına alan 9. maddesi, devlet tarafından yapılacak dini endoktrinasyona karşı koruma sağlamaktadır. Anılan madde, öncelikle bireysel alan (*forum internum*) olarak da adlandırılan kişisel inanışlar ve dini inançlar alanını güvence altına almaktadır. Bununla birlikte, devlet okullarında verilen zorunlu olmayan dini eğitim veya zorunlu dini eğitimden muaf olma imkânının bulunması ya da bu tür dersler ile ahlak derslerine katılıma okul karnesinde yer alacak şekilde not verilmesi 9. maddede güvence altına alınan haklara müdahale teşkil etmez⁸⁹.

AİHM’in eğitimin müfredatına ilişkin genel yaklaşımı bu şekilde belirlendikten sonra, önemine binaen, onun farklı konulara ilişkin somut başvurularda ne şekilde karar verdiğine dair örneklerle yer verilmesi, Mahkemenin dikkate aldığı ilkelerin ne gibi somut sonuçlarının olduğunun anlaşılması yönünden faydalı olacaktır.

AİHM’in eğitimin müfredatı konusundaki yaklaşımının, kendisinin P1-2’nin ikinci cümlesine ilişkin yukarıda tespit edilen genel ilkelerle paralellik arz ettiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme içtihatlarında, devletin, bir temel hakkın kullanımını düzenlemesi kapsamında “*takdir aralığı*”na sahip olmasından daha fazlasını ifade eden eğitim müfredatını “*planlama ve oluşturma*” yetkisine vurgu yapılması, devletin eğitim alanında tercihte bulunan ve belirleyici olan konumunun daha da artırılmasına işaret etmektedir. Mahkeme, okul-

⁸⁸ *Folgerø*, § 98.

⁸⁹ *Sanievski/Polonya* [k.k.], B. No: 40319/98, 26/6/2001.

da öğretilen derslerin çoğunun az ya da çok felsefi görünümünün ve etkilerinin olmamasının mümkün olmayacağını belirterek P1-2'nin ikinci cümlesine ilişkin belirlediği genel ilkeler arasında yer alan endoktrinasyon yasağını da, eğitimin müfredatı alanında devlet lehine yumuşatmıştır. Mahkeme bununla da kalmamış, katılmak istemeyenlere dini inançları konusunda yetkililere bilgi verme zorunluluğu olmaksızın muafiyet tanıyarak ya da seçmeli olarak devletin dini eğitim vermesine izin vermiştir. Hatta objektif ve eleştirel olması kaydıyla din ve ahlak derslerinin zorunlu olmasında da sakınca görmemiştir. Mahkeme bir adım daha ileri giderek bu derslerde, çoğunluğun mensubu olduğu dine ağırlık verilebilmesinin bile mümkün olduğunu ifade etmiştir.

Aslında burada Mahkeme, bazı gerçekleri itiraf etmiştir. Tabi ki, her bilgi aktarımının bir felsefesi olacaktır. Nitekim doktrinde ifade edildiği üzere eğitimde tam bir nötralizasyon hayaldir. Sonuçta bilimsel bilgilerin aktarılması bile belli değerlere ait faraziyeleri içermektedir. Ayrıca öğretmenlerin derslerinde endoktrinasyon yapmasını engellemek de oldukça güçtür⁹⁰. Devlet, tamamen objektif bilgiler aktarılmasını sağlamaya muvaffak olsa bile, insanoğlunun ilgili alanda ortaya çıkardığı tüm objektif bilgileri aktarması mümkün olmayacak, aktarılmasını uygun gördüğü veya görmediği objektif bilgileri tercih ederken, dayandığı temel siyasi ve felsefi değerlerden etkilenecektir. Ayrıca, devlet toplumun taleplerini göz ardı edemeyecek, onların dini inançları konusunda eğitim vermek durumunda kalabilecek, hatta bu konuda doğal olarak toplumun çoğunluğun sahip olduğu dine ağırlık vermeye meyledebilecektir. Mahkemenin, devlete tanınan bütün bu yetkileri, P1-2'nin ikinci cümlesi kapsamında belirlediği ilkeler arasında yer alan devletin eğitim alanında üstlendiği görevler sırasında nötr ve tarafsız olması ilkesiyle bağdaştırabilmesi oldukça zordur.

Kanaatimizce bütün bunlar, hayatın olağan akışına uygun olan gerçeklerdir. Mahkemenin bu gerçekleri, kendi belirlediği ilkeleri delen gerçekler olması nedeniyle, utangaç bir edayla itiraf etmek yerine, ebeveynlerin çocuklarının doğal eğiticileri olması gerçeğini de dikkate alarak, birden fazla gerçeğin eğitim alanındaki zorunlu yansımalarının ve bu arada devlet ile ebeveynlerin tercihlerinin ahenk içinde bir arada bulunmasını sağlamaya yönelik çaba içinde olması

⁹⁰ Bkz. Garcimartin, pp. 89-90.

daha uygun bir yaklaşım olabilirdi. Mahkemenin devlete ilişkin gerçekleri ön-
celemesi, bireylere ilişkin olan gerçekleri ise göz ardı etmesi, kendi belirlediği
genel ilkeleri bile delmesi ile sonuçlanabilecektir. Tabiidir ki, yukarıda belirtir-
len görüşün hayata geçirilebilmesi; Avrupa Konseyine üye devletlerin benim-
sedikleri siyasi değerlerin (özellikle sekülerizmin), siyasal olanın dışına taşıp
sosyal ve kişisel alana aktarılmasına, bunların devlet tarafından desteklenen
bir felsefi görüş ve hatta inanç hâline gelmesine, bu felsefi düşünce veya inan-
ca, farklı grupların ve bireylerin benimsedikleri değerler karşısında üstünlük
tanınmasına bizzat Mahkemece cevaz verilmemesine bağlıdır. Bu çerçevede,
devletin benimsediği siyasal değerlerin sosyal ve kişisel alanda da tek “*meşru*”
değer, farklı grupların ve bireylerin benimsedikleri değerlerin ise ancak belli bir
sınır dâhilinde “*tahammül edilecek*” değer olarak kabul edilip endoktrinasyon
yasağının devletin desteklediği meşru değerler yönünden söz konusu olama-
yacağı fikrinin Mahkemece benimsenmemesi gerekir⁹¹.

ii. Din ve Ahlak Dersleri

AİHM, *Hasan ve Eylem Zengin* davasında, Türkiye’de ağırlıklı olarak Sünni
mezhebinin yer aldığı “*din kültürü ve ahlak bilgisi dersi*”nin zorunlu olmasını,
dersin içeriğinin objektif ve çoğulcu olmamasını, sadece Hıristiyan ve Yahu-
dilere bu dersten muafiyet olanağı getirilmiş olmasını, Sünnilikten farklı olan
Aleviler⁹² yönünden ise böyle bir imkânın bulunmamasını, bu şekilde bir mua-
fiyet düzenlemesi yapılsa bile ebeveynlerin dini inançları hakkında okul yetkili-
lerine bilgi vermek yükümlülüğü altına gireceklerinden bunun din özgürlüğü-
le bağdaşmamasını dikkate alarak, Alevi olan başvuruçuların eğitim hakkının
ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁹³.

⁹¹ Konuya farklı açıdan yaklaşan ve çözüm öneren yazarlar da vardır. Garcimartin’e göre, bazı konular, doğası gereği bir ahlaki ya da dini pozisyonu gerektirmektedir. Bu durumlarda, eği-
timin tarafsızlığıyla uyum sağlayacak ve ebeveynlerin haklarına saygıyı temin edecek tek im-
kân, ilgili dersi müfredattan çıkarmak olacaktır. Diğer bir deyişle, yönetimler nötr olmalıdır.
Bireylerin tercihlerinin nötr olması gerekmez. Bkz. Garcimartin, p. 93.

⁹² Aleviliğin Sünnilikten farklı yönleri ve Aleviler hakkında yapılan uygulamaların tarihçesi hak-
kında ayrıntılı bilgi için bkz. Akbulut, Olgun/Usal, Zeynep Oya: *Parental Religious Rights v.
Compulsory Religious Education in Turkey*, International Journal on Minority and Group Ri-
ghts, Vol. 15, Issue 4 (2008), pp. 434-438.

⁹³ Bkz. *Hasan ve Eylem Zengin*, § 70-76.

AİHM, *Folgerø* davasında, hem dini ve felsefi inançların “uygulama”larını hem de din ve felsefi inançlara ilişkin “bilgi aktarımı”nı içeren dersten, sadece uygulamalara ilişkin kısmî muafiyeti, ebeveynlerin dini ve felsefi inançları hakkında bilgi vermek zorunda kalma ihtimaline binaen özel hayatlarının ihlal edilmesi konusunda üstlenecekleri riski göz önünde tutarak P1-2’nin ikinci cümlesinin gerektirdiği eğitimde çoğulculuğun sağlanamadığı ve anılan hükmün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Davaya konu olayda kısmi muafiyet için ebeveynlerin uygun bir gerekçe ileri sürerek okul yönetiminden talepte bulunmaları gerekiyordu. AİHM, Norveç Hükümetinin, başvurusunun büyük oranda devlet tarafından finanse edilen okullarda çocuklarına eğitim aldirabileceği şeklindeki savunmasını ihlal bulmamak için yeterli görmemiş, böyle bir imkânın var olmasının devleti, herkese açık olan devlet okullarında çoğulculuğu koruma yükümlülüğünden kurtarmayacağını ifade etmiştir⁹⁴.

AİHM, *Appel-Irrgang ve Diğerleri* davasında, Berlin’de okullarda ahlak derslerine katılımın zorunlu olmasını, bu dersin objektif ve tarafsız olarak verilmesi nedeniyle P1-2’nin ikinci cümlesine aykırı bulmamış, bu ders yönünden muafiyet getirilmesine gerek görmemiştir⁹⁵.

iii. Cinsellik Eğitimi

AİHM, *Dojan ve Diğerleri* davasında, Evanjelik Kilisesi üyesi ve dindar olan başvuruçuların, kendi çocuklarının, ilkokulun üçüncü ve dördüncü sınıflarında katılımı zorunlu olan ve çocukların cinsel istismara karşı korunması amacıyla verilen uygulamalı “cinsellik” dersinden dini inanışlarına aykırı olması nedeniyle muaf tutulma talebinin reddine ilişkin başvuruyu, anılan dersin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde yapılmadığına dair bir belirti bulunmadığı, başvuruçuların dini inanışlarına aykırı olarak bir cinsel davranışı kabule veya reddetmeye yönelik baskı oluşturmadığı hususlarını dikkate alarak başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle reddetmiştir⁹⁶.

AİHM, *Jimenez Alonso ve Jimenez Merino* davasında, seks yoluyla geçen

⁹⁴ Bkz. *Folgerø*, § 97-102.

⁹⁵ *Appel-Irrgang ve Diğerleri*.

⁹⁶ *Dojan ve Diğerleri/Almanya* [k.k.], B. No: 319/08 2455/08 7908/10, 13/9/2011.

hastalıkların ve erken yaşlarda hamilelik konularında bilgi aktarılan seks eğitimi derslerine dini inançları gereği katılmayı ve bu derse ilişkin sınavda, sorulara cevap vermeyi reddeden, bu yüzden dersten kalan öğrencinin başvurusunu, öğrencinin dini inançlarına uygun eğitim veren bir özel okula kaydolma imkânının bulunduğu, devlet okulunda farklı bir muamele yapılmasını gerektiren bir durumun olmadığı, dersin objektif ve eleştirel bir şekilde verildiği gerekçeleriyle açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur⁹⁷.

C. Müfredat Dışındaki Alanlar

i. Genel Olarak

AİHM'e göre, P1-2'nin ikinci cümlesiyle taraf devletlere yüklenen yükümlülük sadece okul müfredatıyla sınırlı değildir. Taraf devletlerin yükümlülüğü, genel olarak ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı göstermektir. Bu, sadece eğitim ve öğretimin içeriğine ilişkin olmayıp, *"devletlerin eğitim ve öğretimle ilgili tüm görevlerinde ve uygulamalarında"* gözetilmesi gerekir⁹⁸. Ebeveynlerin inançlarına saygı, *"eğitim programının her bir parçası yönünden"* geçerlidir⁹⁹.

AİHM, ebeveynlerin inançlarına saygı hakkının, iç hukukun kamu otoritelerine bu yetkiyi verdiği durumlarda, *"okul ortamının organizasyonu"*nu da kapsadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, genel olarak okul ortamının organizasyonu görevinin kamu otoritelerine verildiği durumlarda, bu görev, P1-2'nin ikinci cümlesi anlamında devletin eğitim ve öğretimle ilgili görevi olarak görülmelidir¹⁰⁰.

AİHM'in, devletin müfredat dışındaki alanlarda eğitimle ilgili yüklendiği görevler kapsamında ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygı hakkına ilişkin genel yaklaşımının yansımalarının somut örnekler üzerinden incelenmesi faydalı olacaktır.

⁹⁷ *Jimenez Alonso ve Jimenez Merino/İspanya* [k.k.], B. No: 51188/99, 25/5/2000.

⁹⁸ Bkz. *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*, § 50; *Valsamis*, § 27; *Hasan ve Eylem Zengin*, § 49; *Folgerø*, § 84

⁹⁹ *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*, § 51; *Folgerø*, § 84.

¹⁰⁰ Bkz. *Lautsi ve Diğerleri*, § 63-65.

ii. Okul Ortamında Dini Sembollerin Bulundurulması ve Taşınması

AİHM'in okul ortamında dini sembollerin bulundurulması veya taşınmasıyla ilgili çok sayıda kararı bulunmaktadır. Bu kararlardan bazıları, Türkiye ve genel olarak Avrupa, hatta dünya çapında geniş yankı uyandırmış, birçok akademik çalışmaya konu olmuş ve yoğun eleştirileri beraberinde getirmiştir. Bu başlık altında anılan kararlardan bir kısmına yer verilecektir. Bu kapsamda, sadece P1-2'nin ikinci cümlesi çerçevesi içinde ele alınan kararlar değil, okul ortamında dini sembollerin bulundurulması ve taşınmasıyla ilgili AİHM'in yaklaşımının bütünlüklü bir şekilde ortaya çıkarılıp değerlendirilmesi için Sözleşme'nin 9. maddesi çerçevesinde ele alınan kararlara da yer verilmesi uygun olacaktır.

AİHM, *Dahlab* davasında, İsviçre'de, devlet okulunda "öğretmen" olarak görev yaparken din değiştirerek İslam dinine giren ve "başörtüsü" takmaya başlayan, okulda da başörtüsü takan, yaklaşık üç yıl bu şekilde öğretmenlik yapmaya devam eden, bu süre zarfında yetkililerin herhangi bir müdahalesiyle veya öğrencilerin ve ebeveynlerinin yakınmasıyla karşılaşmayan başvuruçunun başörtüsüyle öğretmenlik yapmasının yasaklandığı olaya ilişkin şikâyeti, Sözleşme'nin din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi kapsamında incelemiştir. Mahkeme, ulusal mahkemelerin olaya ilişkin kararlarına da atıfla, devletin dini yönden tarafsızlığı, öğretmenin okulda "devletin temsilcisi" olması, öğrencilerin "güçlü bir dışsal simge" olan başörtüsünden etkilenebilecekleri bir yaşta olmaları hususlarını dikkate alarak, başvuruçunun inançlarını açıklama özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşru ve orantılı olduğu sonucuna varmış, ihlal tespit etmemiştir¹⁰¹.

AİHM'in okul ortamında dini sembollerin bulundurulması çerçevesinde değerlendirilecek sonraki kararı, İtalya ile ilgili olarak verdiği *Lautsi ve Diğerleri* kararıdır. Mahkemenin ilgili dairesi, anılan davada, *Dahlab* kararındaki ilkeleri uygulayarak ihlal tespit etmiş, Büyük Daire ise her iki davanın farklı olduğunu belirterek ve başka ilkeler geliştirerek ihlal tespit etmemiştir. Büyük Daire, *Lautsi ve Diğerleri* davasında, üzerinde İsa heykeli bulunan "haçların okullarda sınıfların duvarlarına asılması zorunluluğu"na ilişkin başvuruda, anılan sem-

¹⁰¹ *Dahlab/İsviçre* [k.k.], B. No: 42393/98, 15/2/2001.

bolün “güçlü dışsal sembol” olmaması, “pasif sembol” olması nedeniyle tek başına endoktrinasyon olarak kabul edilemeyeceği, haçların duvara asılması- nın “devletin takdir aralığı”nda kaldığı, genel olarak İtalya’da faklı dinden öğ- rencilerin dini inançlarına ilişkin uygulamalar yönünden tolerans gösterildiği gerekçeleriyle, sınıfların duvarına haç asılmasına ilişkin zorunlu uygulamanın, buna karşı çıkan başvuruçuların P1-2 kapsamında güvence altına alınan hakla- rını ihlal etmediğine karar vermiştir¹⁰².

AİHM’in *Lautsi* kararı ile dini sembollerinin okullarda bulunmasına ilişkin diğer kararlarının -özellikle *Dahlap* kararıyla- olumsuz bir çelişki içinde olduğu yönünde eleştiriler yapılmıştır. Buna göre, AİHM’in dini sembollere ilişkin iç- tihatlarının yansması olarak, çoğunluğun dini söz konusu olduğunda, devlet, bunun okuldaki varlığını uygun bulabilmekte ve tarafsızlığı oldukça tartışmalı bir duruş sergileyebilmekte, buna karşılık azınlık dini söz konusu olduğunda devlet bireylerin dinlerini açıklama özgürlüğünü bile yasaklayabilmektedir. İkinci durumda, bireylerin dini açıklama şeklindeki “pozitif” özgürlüğüne ilişkin güvenceleri, birinci durumda ise bireylerin devletin empoze ettiği dine karşı “negatif” özgürlüğe ilişkin güvenceleri azaltılmaktadır¹⁰³.

AİHM’in okul ortamında başörtüsü takılması yasağını onaylayan tavrı *Dah- lap* davasında olduğu gibi bir açıdan devletin temsilcisi olarak nitelendirilebi- lecek öğretmenlerle sınırlı değildir. Mahkeme, *Leyla Şahin* davasında, “başör- tüsü” takması nedeniyle derslere ve sınavlara alınmayan, disiplin nedeniyle ihraç edilen, “üniversite öğrencisi” olan başvuruçunun eğitim hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme, başvuruçunun eğitim hakkına yapılan müdahalenin yasal dayanağının olduğunu, “başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak” ve “kamu düzenini sağlamak” şeklinde meşru amaç taşıdığını, “eği- tim kurumlarının laik karakterini koruma”yı hedeflediğini, kullanılan araç ile takip edilen amacın orantılı olduğunu belirtmiş, bu kapsamda; alınan önlem- lerin öğrencilerin, “dini gerekliliklerin alışlageldik şekillerinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmelerine engel olmadığı”nı, üniversite yetkilileri-

¹⁰² Bkz. *Lautsi ve Diğerleri*, § 63-77.

¹⁰³ Rush, Andrea J: *Lautsi v. Italy: Deference to State Sovereignty from on High as the Cross Re- mains Nailed to Italian School Walls*, Tulane Journal of International and Comparative Law, Vol. 20, Issue 2 (Spring 2012), pp. 552, 554.

nin “sağduyulu bir şekilde farklı menfaatleri gözettikleri”ni, “yasal ve yargısal inceleme güvenceleri” sağlayan bir sürecin işletildiğini vurgulamıştır¹⁰⁴.

AİHM, *Leyla Şahin* davasında, Sözleşme’nin 9. maddesi kapsamında başvurunun dinini açıklama özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin şikâyetini de incelemiştir. Mahkeme, bu inceleme sırasında başörtüsü yasağının başkalarının özgürlüğünü ne şekilde koruduğunu izah etmek için şu ifadelere de yer vermiştir: “...Türkiye bağlamında İslami başörtüsü konusu incelenirken, zorunlu bir dini görev olarak sunulan ve algılanan böyle bir sembolün takılmasının, onu takmayı tercih etmeyen kişiler üzerindeki etkisi akılda bulundurulmalıdır.”¹⁰⁵

Leyla Şahin kararı, AİHM’in, başörtüsü yasağını laiklik ve bu bağlamda demokrasiyle açıklayan Türkiye’nin yorumunu, eleştirmeden ve olayın tüm şartlarını gözeterek inceleme yapmadan onaylaması nedeniyle eleştirilmiştir. Buna göre, Avrupa ülkelerinin çoğu demokrasinin sınırlarını laikliğe dayanmadan belirlerken, AİHM, Türkiye’de demokratik sistemin korunması için laiklik ilkesinin gerekli olduğunu savunmuştur. Laikliğin Türk hukukunda ve tarihindeki önemi doğru olsa bile Mahkeme Türkiye’deki laiklik yorumunu eleştirel bir şekilde incelememiştir. Böyle olunca Türkiye’de laikliğin katı bir şekilde uygulanması¹⁰⁶ ve gelecekte laiklik adına temel haklara yapılacak başka kısıtlamalar meşru görülmesi¹⁰⁷ olmaktadır.

Mahkemenin, *Leyla Şahin* kararında, başkalarının haklarının korunması kapsamında yaptığı değerlendirme de eleştirilmiştir. Buna göre, Mahkemenin söz konusu değerlendirmesi, endoktrinasyon ve baskının anlamını aşırı genişletmiştir. Bu, inançlı bireyler üzerinde taşınması zor olumsuz etkiler doğurmuştur. Mahkeme, başvurucuyu diğer öğrencileri endoktrine etmenin eşliğinde bir kişi olarak görmüş, başvurucunun dini inançları ile başörtüsü takmaktan elde edebildiği kimlik duygusunu yeterince değerlendirmemiştir¹⁰⁸. Ayrıca *Dahlap*

¹⁰⁴ *Leyla Şahin*, § 157-162.

¹⁰⁵ *Leyla Şahin*, § 115.

¹⁰⁶ Laikliğin Türkiye uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akbulut/Usal, pp. 438-439.

¹⁰⁷ Eleştirilerin ayrıntıları için bkz. Bleiberg, Benjamin: *Unveiling the Real Issue: Evaluating the European Court of Human Rights’ Decision to Enforce the Turkish Headscarf Ban in Leyla Şahin v. Turkey*, Cornell Law Review, Vol. 91, Issue 1 (November 2005), pp. 129-170.

¹⁰⁸ Langlaude, Sylvie: *Indoctrination, Secularism, Religious Liberty, and the ECHR*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, Issue 4 (October 2006), p. 932.

kararında endoktrinasyona uğrama ihtimali olanlar çocuklar söz konusu iken *Leyla Şahin* kararında üniversite öğrencisi büyükler söz konusudur. Diğer taraftan, geçmişte AİHM, devlet tarafından öğrencilere yapılan endoktrinasyona ilişkin eğitim davalarında, endoktrinasyon eşliğini devlet lehine yüksek tutmuştur¹⁰⁹. Bunun neticesi olarak devlet ancak aktif olarak öğrencileri endoktrinasyona tabi tuttuğunda eşliği aşacaktır. Ancak Mahkeme, başörtüsüyle ilgili davalarda da endoktrinasyon testini uygulamış ve eşliği bireyler aleyhine düşük tutmuştur. Böylelikle sadece bir başörtüsü takmayı bile endoktrinasyon olarak kabul edebilmiştir. Dolayısıyla, AİHM'in endoktrinasyon konusundaki sınırları belirsizdir¹¹⁰. Ayrıca Mahkemenin bu konudaki yaklaşımı çelişkilidir.

AİHM, dini eğitim veren bir okul olan "*imam hatip lisesi*"'ne devam eden kız öğrenciler yönünden getirilen başörtüsü yasağını da onaylamıştır. Mahkeme, *Köse ve 93 Diğerleri* davasında, okula kaydolurken kıyafete ilişkin kurallar konusunda yazılı olarak uyarılmalarına rağmen, ilgili mevzuatta yer alan Kuran dersleri dışında okul yerleşkesinde kız öğrencilerin başlarının açık olması kuralına uymayan imam hatip lisesi kız öğrencilerinin okula girişlerine izin verilmemesinde, öğrenciler yönünden P1-2'nin birinci cümlesine, ebeveynleri yönünden ise ikinci cümlesine aykırılık tespit etmemiş, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur¹¹¹.

AİHM'in kız öğrencilerin okulda başörtüsü takmasına yapılan müdahalelerle ilgili yaklaşımı Türkiye ile sınırlı değildir. Mahkeme, özellikle Fransa'da ilk ve ortaöğretimdeki benzer uygulamalara ilişkin şikâyetler yönünden de aynı yaklaşımı sürdürmüştür. Mahkeme, *Doğru/Fransa*¹¹², *Kervancı/Fransa*¹¹³ kararlarında "*spor derslerine girmek istemeyen*" kız öğrenciler yönünden, *Aktaş/Fransa* [k.k.]¹¹⁴, *Bayrak/Fransa*¹¹⁵, *Gamaleddyn/Fransa* [k.k.]¹¹⁶, *Ghazal/Fransa*

¹⁰⁹ Örnek olarak *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen* kararı gösterilebilir.

¹¹⁰ Bkz. Langlaude, , pp. 934-935.

¹¹¹ Bkz. *Köse ve 93 Diğerleri/Türkiye* [k.k.], B. No: 26625/02, 24/1/2006.

¹¹² B. No: 27058/05, 4/12/2008.

¹¹³ B. No: 31645/04, 4/12/2008.

¹¹⁴ B. No: 43563/08, 30/6/2009.

¹¹⁵ B. No: 14308/08, 30/6/2009.

¹¹⁶ B. No:18527/08, 30/6/2009.

[k.k.]¹¹⁷, *Jasvir Singh/Fransa* [k.k.]¹¹⁸, *Ranjit Singh/Fransa* [k.k.]¹¹⁹ kararlarında ise “başörtüsü takmaları” nedeniyle okuldan ihraç edilen kız öğrenciler yönünden yapılan başvuruları açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

Okul ortamında dini sembollerin bulundurulmasına veya taşınmasına ilişkin içtihatları dikkate alındığında, AİHM’in, P1-2’nin ikinci cümlesi ile Sözleşme’nin 9. maddesi kapsamında, eğitim faaliyetleri sırasında ebeveynlerin veya öğrencilerin dini ve felsefi inançlarına saygı yönünden kendi belirlediği genel ilkelerden önemli ölçüde saptığı gözlemlenmektedir. Mahkemenin eğitim alanında inançlara saygı bağlamında belirlediği temel ilkelerin; “*eğitimde çoğulculuk*”, “*devletin nötr olması ve tarafsızlığı*” ile “*endoktrinasyon yasağı*” olduğu önceki başlıklar altında incelenmişti.

Mahkeme, eğitim alanında bireylerin inançlarına saygı çerçevesinde inceleme yaptığı kararlardan *Dahlap* kararında, başörtüsü takanın, devletin okuldaki bir temsilcisi olan öğretmen ve başörtüsünün güçlü bir dışsal sembol, başörtülü öğretmenin muhataplarının yaşı küçük öğrenciler olmasından hareketle, başvuru öğretmenin dinini açıklama özgürlüğünün bir yansıması olarak okul ortamında başörtüsü takma yönündeki tercihini korumamış; buna karşılık *Lautsi ve Diğerleri* kararında, okulların sınıflarının duvarlarına haç asılması zorunluluğunu, anılan sınıflarda da yaşı küçük öğrenciler bulunmasına rağmen, duvarda asılı haçın güçlü bir dışsal simge olmaması, pasif bir simge olmasından hareketle devletin takdir aralığında görmüştür. Halbuki dini sembolü bulundurmaya tercih eden; birincisinde, öğretmen de olsa dinini açıklama özgürlüğü bulunan bir insan; ikincisinde ise nötr olma görevi bulunan devlettir. Üstelik birincisinde tercih, “*kişisel alan*”ın sınırlarını aşmamakta, dini sembolü kişisel olarak kullanmakla sınırlı kalmakta, ikincisinde ise devletin tercihi, bir “*zorunluluk*” olarak ortaya çıkmakta, farklı tercihlerle karşılaştığında onlara üstün gelmektedir. AİHM Büyük Dairesinin, *Lautsi ve Diğerleri* kararında, *Dahlap* kararındaki ilkeleri uygulayarak ihlal tespit etmiş olan Mahkemenin ilgili dairesinin görüşüne karşılık olarak belirttiği her iki davanın farklı oldu-

¹¹⁷ B. No: 29134/08, 30/6/2009.

¹¹⁸ B. No: 25463/08, 30/6/2009.

¹¹⁹ B. No: 27561/08, 30/6/2009.

ğu yönündeki görüşü gerçekten haklıdır. Ancak kanaatimizce, bu farklılık, Büyük Dairenin kabul ettiğinin aksine sembolün dışsallığı veya pasifliğinde değil, sembolü bulundurmaya tercih edenin birinde “*insan*”, diğerinde ise “*devlet*” olmasında aranmalıydı.

Diğer taraftan AİHM, *üniversitede ve hatta dini eğitim veren okullarda eğitim alan ve “devleti temsil etmeyen” öğrenciler yönünden getirilen başörtüsü yasağını onaylayabilmekte, bunu yaparken “eğitim ortamının laik karakterini koruma”, “zorunlu bir dini görev olarak sunulan ve algılanan bir sembolün takılmasının, onu takmayı tercih etmeyen kişiler üzerinde etkide bulunması” argümanlarını kullanmaktadır. Böylelikle Mahkeme, eğitim ortamının “çoğulculuğu”ndan yararlanması gereken başörtülü sıradan bireyin kişisel tercihlerini önemsemeyi, onu “nört olma” göreviyle görevlendirmekte, ona endoktrinasyon yasağı getirmektedir. Bu yaklaşım, bireyi “hak sahibi” olmaktan çıkarmakta, hak sahibi olmanın doğal sonucu olan tercihte bulunabilme imkânından mahrum bırakmaktadır. Ayrıca söz konusu yaklaşım, başörtüsü takmanın dinen zorunlu olduğuna inanan bireyi, başörtüsü takmanın dinen zorunlu olmadığına inanan ve başörtüsü takmayarak bunu açıklayan bireylerin, aksine bir davranışı baskı olarak algılamamaları için onlar gibi görünme yükümlülüğü altına sokmaktadır.*

Belirtilen hususlar dikkate alındığında, AİHM’in dini semboller hakkındaki bu yaklaşımının, devleti ve bireyleri dinden korumak gerektiği, modernliğin devamlılığı ve çoğulcu demokrasileri güvence altına almak bakımından bunun gerekli olduğu inancından kaynaklandığı yönündeki eleştirilere¹²⁰ haklılık kazandırmaktadır.

iii. Törenlere Katılım

AİHM, Yahova Şahidi olan, savaş ve şiddetle dolaylı da olsa ilgili olmayı inançlarına aykırı sayan başvuruçuların çocuklarının askeri töreni de içeren Ulusal Kurtuluş Günü’ne inançları gereği katılmaması nedeniyle bir gün okuldan uzaklaştırma cezasıyla cezalandırılmaları nedeniyle eğitim faaliyetleri sırasında ebeveynlerin dini inançlarına saygı gösterilmediği yönündeki şikâyeti,

¹²⁰ Pin, p. 646.

P1-2'nin ikinci cümlesi kapsamında incelemiş ancak ihlal tespit etmemiştir¹²¹.

Anılan kararın, eğitim alanında, devletin takdir aralığının genişletilmesi, bireyin tercihlerinin ise göz ardı edilmesi yönünde evrilen AİHM yaklaşımına başka bir örnek olduğu söylenebilir.

iv. Zorunlu Eğitim ve Alternatif Eğitim Modelleri

AİHM'e göre, eğitim hakkı, doğal olarak devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirir. Bu düzenleme, toplumun ve bireylerin ihtiyaçları ve kaynaklara göre zaman ve yer bakımından farklılık arz edebilir. Bu nedenle, P1-2, devletin, devlet okullarında ya da özel okullarda zorunlu eğitim tesis etme ile eğitim standartlarını uygulama ve doğruluğunu teyit etme yetkisini de içermektedir¹²².

Mahkeme, Taraf Devletlerin eğitim sistemlerini incelemiş ve ilköğretime zorunlu katılım konusunda devletler arasında uzlaşma olmadığını gözlemlemiştir. Bazı devletler, evde eğitime izin verirken diğer devletler, devlet veya özel okullara devam zorunluğu öngörmektedir¹²³.

Komisyon, *Ingrid Jordebo Foundation of Christian Schools and Ingrid Jordebo* davasında, 1-6. sınıflar için ders verme yetkisi bulunan, devlete ait olmayan bağımsız bir okulun, 7-9 sınıfları açma talebinin gerekli yasal standardı sağlamaması nedeniyle yetkili makamlarca reddedilmesi olayında, başvurunun 8. sınıfa gidecek olan kızını kendi dini ve felsefi inançlarına göre yetiştirmesinin engellendiğine ilişkin şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Komisyon, P-1-2'nin ikinci cümlesindeki ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygı hakkının belirli bir dönemde var olan eğitim kurumları bakımından söz konusu olduğunu, anılan cümlenin devlete belirli bir kategoride eğitim kurumları kurma, destekleme ve resmi olarak tanıma yükümlülüğü yüklenmediğini belirttiikten sonra, devletin belli bir okulda sunulan eğitimin resmi olarak tanınıp tanınmayacağını belirlemede kullanılacak asgari standartlar koymasını

¹²¹ Bkz. *Valsamis*, § 22-33

¹²² *Family H./Birleşik Krallık* [Komisyon kararı], B. No: 10233/83, 6/3/1984; *B.N. ve S.N./İsveç* [Komisyon kararı], B. No.: 17678/91, 30/6/1993; *Konrad/Almanya* [k.k.], B. No: 35504/03, 11/9/2006.

¹²³ *Konrad*.

ve uygulamasını engelleyen bir durumun da bulunmadığını ifade etmiştir¹²⁴.

AİHM, *Konrad* davasında, dini nedenlerle çocuklarının devlet okullarında veya özel okullarda verilen ilköğretim seviyesindeki zorunlu eğitime katılmalarını istemeyen, bunun yerine devlet tarafından özel okul olarak tanınmamış olan ancak dindar ebeveynlere çocuklarını evde eğitime konusunda yardım sağlayan, bu alanda uzmanlaşmış bir okulun sağladığı müfredat ve materyallerle evde eğitim vermek isteyen başvurucuya izin verilmemesine ilişkin olayda, başvurucunun eğitim hakkının ihlaline ilişkin şikâyetini açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Mahkeme, yetkililerin ve mahkemelerinin başvurucunun talebini reddederken belirttikleri; ilköğretimin sadece bilgi edinilmesi değil, aynı zamanda topluma entegrasyonu sağlama amacını taşıdığı, evde eğitimin bunu karşılamayacağı, farklı inançlara dayanan paralel toplumların oluşmasının engellenmesinde kamu yararı bulunduğu mahiyetindeki gerekçeleri haklı bulmuş ve bunların, kendi içtihatlarında yer alan demokrasi için çoğulculuğun önemiyle uyumlu olduğunu vurgulamış, Alman mahkemelerinin kararlarında yer alan, başvurucunun, çocuklarını okuldan sonra ve hafta sonları kendi dini inançlarına göre eğitebileceği argümanını da desteklemiştir¹²⁵. Anılan karardaki bakış açısı, eğitimin, bütüncül bir yorumu gerektirdiği, çatışan unsurların harmanlanmış karışımının bir sonucu olamayacağı noktasında eleştirilmiştir¹²⁶.

Konrad davasında, en sorunlu argümanlardan biri de, “*farklı inançlara dayanan paralel toplumlar*”ın oluşmasının engellenmesinde kamu yararı bulunduğu argümanıdır. Bu argümanın haklılığını kabul edebilmek için, ortada en az iki farklı inanca dayalı en az iki toplum modelinin bulunması ve devletin bunlardan birini tercih etmesinin, diğerini ise sakıncalı görmesinin meşru olması gerekir. Bu yaklaşım, AİHM içtihatlarında ortaya çıkan devletin inançlar karşısında nötr ve tarafsız olması ile çoğulculuk ilkeleri yönünden ciddi sorunları beraberinde getirmektedir.

Zorunlu eğitim kapsamında, ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygının temini için en iyi yol, ebeveynlerin tamamının, çocuklarını kendi değer-

¹²⁴ Bkz. *Ingrid Jordebo Foundation of Christian Schools and Ingrid Jordebo*.

¹²⁵ Bkz. *Konrad*.

¹²⁶ Garcimartin, p. 103.

lerine karşılık gelen ücretsiz okullara gönderebilmesine imkân tanıyacak bir düzenleme yapılmasıdır. Ancak devletler, bunu, fiiliyatta güvence altına alamazlar. Her şehirde ve köyde, ebeveynlerin taşıdığı değerler sayısınca ücretsiz okul bulunmasını zorunlu kıldığı için bunu yapmak imkânsızdır¹²⁷.

Ebeveynlerin, çocuklarına kendi değerleri doğrultusunda eğitim verme hakkının hayata geçirilebilmesi için, birinci adım, devletin, bir yasal çerçeve içinde genel eğitimin tüm gerekliliklerini karşılayan, dini veya ideolojik yönü bulunan özel okullar açma hakkını tanınması olabilir. Ancak bu durumda anılan okulların finanse edilmesi sorunu ortaya çıkacaktır. Kamu kaynaklarından destek alınmaması hâlinde, sadece durumu iyi olan ebeveynler, çocuklarını kendi değerlerine göre eğitime şeklinde bir tercih hakkından yararlanabileceklerdir. Avrupa'da İsveç, Hollanda ve İspanya gibi birçok ülkede bu tür okullar belli oranda kamu kaynaklarından finanse edilmekte ve daha fazla ebeveynin tercih hakkından yararlanabilmesine imkân tanınmaktadır¹²⁸.

Devlet her yerde belirtilen şekilde bir hakkı güvence altına alamayabilir. Bu durumda, masraflarını karşılayamaması veya uzak mesafede olması nedeniyle çocuklarını kendi değerlerine göre eğitim veren bir okula gönderemeyen ebeveynlerin, onları, en azından kendilerinin istemediği herhangi bir dini veya felsefi inanca göre eğitim vermeyen bir okula gönderebilmeleri gerekir. Bu son perspektiften bakınca, "*tarafsızlık*", tercih hakkına en az zarar verici alternatif olarak ortaya çıkmaktadır¹²⁹.

Evde eğitim, çocukların eğitim alma haklarının tüm gereklerini karşılamak kaydıyla ebeveynlerin çocukları için belli bir eğitim türünü tercih haklarını hayata geçirmek için bir yol olabilir. Çocukların eğitim haklarının korunmasını güvence altına almak amacıyla, kamu otoriteleri, evde eğitimin ulaşması gereken, bütün çocukların belli seviyenin üstünde eğitim almasını sağlayacak asgari bir standart belirleyebilirler. Kamu otoriteleri, aynı zamanda, derslere katılmayı kontrol edecek ve ebeveynlerin görevlerini tam olarak yerine getirmekte başarısız olmalarının önüne geçecek önlemler alabilirler. Evde eğitimin kamu

¹²⁷ Garcimartin, p. 85.

¹²⁸ Garcimartin, pp. 85-88.

¹²⁹ Garcimartin, p. 88.

otoriteleri tarafından denetimi de, istenmeyen aşırı gruplar tarafından çocuklara eğitim verilmesi gibi karşılaşılabilecek diğer zorlukları engelleyebilecektir. Evde eğitim, tümünde olmamakla birlikte bazı Avrupa ülkelerinde bir seçenek olarak sunulmuştur. Bununla birlikte ABD dışındaki ülkelerde bu seçeneğin uygulaması yaygın değildir¹³⁰.

v. Tamamlayıcı Din Eğitimi

AİHM, Çiftçi davasında, ilgili mevzuat gereği, ilkokuldan mezun olup belli bir yaşa gelmeyen çocuğun Kuran kursuna kaydedilmemesinde, ihlal tespit etmemiş, buna ilişkin şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Mahkeme, bu sınırlamanın din öğretimini yasaklamayı amaçlayan bir endoktrinasyon çabası niteliğinde olmadığını, ebeveynlerin, doğal ebeveyn fonksiyonları gereği bir eğitimci olarak çocuklarını aydınlatabileceklerini ve onlara tavsiyede bulunabileceklerini ve onların kendi din ve felsefi inançları doğrultusunda bir yolda olmalarını gözetebileceklerini, ek olarak çocukların devlete ait ilkokullarda din eğitimi derslerine katılabileceklerini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, Kuran dersleri vasıtasıyla kolayca etki altına alınabilecekleri ve çoğu şeyden kaygı duydukları bir yaşta olan küçüklere yapılacak muhtemel endoktrinasyonu sınırlamak için ilgili yasal düzenlemenin öngörüldüğünü, bunun haklı bir neden olduğunu gerekçe olarak göstermiştir¹³¹.

AİHM, Çiftçi kararıyla, erken yaşlarda tamamlayıcı dini eğitim yoluyla çocukların yetiştirilmesinin endoktrinasyona yol açabileceğini, belli bir yaşa gelmeden önce çocukların bu şekilde yetiştirilmesinin uygun olmadığını kabul etmektedir. Bu durum, Mahkemenin yaklaşımının, eğitimde ebeveynin inançlarına saygıdan, çocukların, ebeveynler tarafından verilen eğitim ve özel dini eğitim de dâhil olmak üzere endoktrinasyona karşı korunmasına doğru yön değiştirdiğini göstermektedir. Böylelikle, Mahkeme, eğitimin nötr olmasına izin vermiş olmaktadır. Ancak çocukların nötr bir şekilde yetiştirilmesi söz konusu olamaz¹³². Çünkü eğitim, özünde bir yönlendirme faaliyetidir.

¹³⁰ Bkz. Garcimartin, p. 100.

¹³¹ Çiftçi/Türkiye [k.k.], B. No: 71860/01, 17/6/2004.

¹³² Langlaude, p. 935.

Diğer bir anlatımla, AİHM, devletin takdir aralığını, çocukların dini eğitim almadan nötr olarak yetiştirilmesini tercih etmeye kadar genişletmiş, eğitim faaliyetleri sırasında ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygı haklarını ise onların çocuklarına okul dışında ve hafta sonları şahsen dini eğitim vermelerini engellememeye kadar daraltmış, bununla da kalmayarak devlet yönünden geçerli olan endokrinasyon yasağını, eğitim faaliyetleri sırasında dini ve felsefi inançlarına saygı hakkıyla tezat teşkil edecek şekilde bu hakkın sahibi olan ebeveynlerin tercihlerini sınırlandırmak için kullanmıştır. Söz konusu yaklaşım, ebeveynlere nispetle devleti, çocuklar üzerinde daha fazla söz sahibi kılmıştır ki, bu açık bir haksızlıktır.

vi. Eğitim Dilini Tercih

AİHM'e göre, P1-2'nin ikinci cümlesi, devletlerin, eğitim ve öğretim alanında ebeveynlerin "*dil tercihlerine saygı*" göstermelerini gerektirmez, sadece dini ve felsefi inançlarına saygı göstermelerini zorunlu kılar. "*Dini*" ve "*felsefi*" ibarelerinin yorumundan aksine bir anlam çıkmaz. Hazırlık çalışmalarından da, anılan cümlenin, ilgili ülkenin dili dışında başka bir dille eğitim verilmesine saygı duyma hakkını korumadığı sonucu çıkmaktadır¹³³.

Nitekim, 1961 yılında, Danışma Meclisi, Avrupa Konseyi'ne, temel bir hak olarak seçilen dilde eğitim hakkını düzenleyen bir madde hazırlanması önerisinde bulunmuş, anılan madde hazırlanmış ancak kabul edilmemiştir¹³⁴.

Belçika Dil Davası'nda, Fransızca konuşan başvuruçular, eğitimde dil konusunu düzenleyen Belçika yasalarına karşı şikâyette bulunmuşlardı. Belçika yasaları, Belçika'yı Felemence, Fransızca ve Almanca dillerini kullanan tek dilli üç ayrı bölge ile Flemence ve Fransızca dillerini birlikte kullanan Brüksel bölgesi olmak üzere dört dil bölgesine ayırmıştı. Fransızca konuşan altı başvuruçudan beşi Felemencenin tek dil olarak kullanıldığı bölgede yaşayan ebeveynler, altıncı başvuruçuyu ise "*özel statülü*" bir yerleşim yerinde yaşayan ebeveyn di. Kendileri ve çocukları adına başvuru yapmışlardı. Başvuruçular, Felemen böl-

¹³³ Bkz. *Belçika Dil Davası*, s. 29, § 6.

Eğitimde dil sorunu, başta İspanya ve Belçika'nın bazı bölgelerinde olmak üzere Avrupa'da sıcak bir çatışma alanı olmaya devam etmektedir. Bkz. Garcimartin, p. 79.

¹³⁴ Bkz. Williams/Rainey, p. 627

gesi olarak tek dilli belirlenmiş alanlarda Fransızca eğitime ilişkin düzenlemeye yer verilmediğini ve özel statülü yerleşim yerindeki düzenlemenin ise yetersiz olduğunu şikâyet etmişlerdi. Başvurucuların şikâyet ettiği konulardan biri de ilgili yerlerde bulunan okullara finansal desteğin verilmemesiydi. Ek olarak, devlet, okullar tarafından verilen ancak dille ilgili yasalara uygun olmayan çıkış belgelerini tanımayı veya tasdik etmeyi reddediyordu. Başvurucular, yasaların, Sözleşme'nin 8. ve 14. maddelerini ve P1-2'yi ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdi. AİHM, bir nokta dışındaki şikâyetler bakımından ihlal tespit etmemiştir. Mahkeme, yalnızca, altı "özel statülü" bölgede, Felemence konuşan ancak yerleşik olmayan çocukların Felemence eğitim veren okullara girişlerine izin verilmesine karşılık Fransızca konuşan ancak yerleşik olmayan çocukların Fransızca eğitim veren okullara girişlerine izin verilmemesinin, P1-2 ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

AİHM, *Kıbrıs/Türkiye* davasında ise Kuzey-Güney bölünmesinden sonra KKTC makamlarının, Kuzey'de, Rumca ilköğretimi devam ettirmelerine karşılık Rumca ortaöğretimi kaldırmış olmalarını, bu çocukların ya bazı zorlukları göğüsleyerek Güney'de Rumca eğitim veren ortaöğretim kurumlarına ya da Kuzey'de Türkçe veya İngilizce eğitim veren ortaöğretim kurumlarına gitmek zorunda kaldıklarını, Kuzey'de yaşayan ve ilköğretimi burada Rumca eğitim veren kurumlarda tamamlamış Rum çocukları yönünden bu seçeneklerin gerçekçi olmadığını dikkate alarak, eğitim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹³⁵.

vii. Tamamlayıcı Kural Çerçevesinde Temel Çatışma Alanı ve AİHM'in Nötrlük Anlayışı

Tamamlayıcı kural çerçevesinde AİHM'in karşılaştığı en önemli çatışma alanı eğitim-inanç ilişkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkemenin gerek tamamlayıcı kural alanında gerek genel olarak inanç özgürlüğü alanında karşılaştığı sorunları çözüme konusunda kullandığı temel ilkenin "nötrlük" olduğu anlaşılmaktadır¹³⁶. Ancak Mahkemenin nötrlük anlayışı her zaman çoğulcu-

¹³⁵ Bkz. *Kıbrıs/Türkiye* [BD], B. No: 25781/94, 10/5/2001, § 273-280.

¹³⁶ P1-2'nin ikinci cümlesinde yer alan eğitim faaliyetleri sırasında inançlara saygı hakkı dışında AİHM, Sözleşme'nin 9. maddesinde düzenlenen düşünce, inanç ve din özgürlüğü yönünden

luğu beraberinde getirmemekte, bu nedenle devletin dayatmaları karşısında bireyin tercihlerinin göz ardı edilmesi tehlikesi ortaya çıkabilmektedir. Bu nötrlük anlayışının sağlıklı sonuçlar üretmediği, dolayısıyla AİHM'in nötrlük anlayışında bazı problemlerin bulunduğuna işaret etmektedir. Bu noktada, AİHM'in bize göre sorunlu olan yaklaşımının kökenlerine ilişkin doktrinde dile getirilen bazı hususlara değinmekte fayda olabilir.

“Nötrlük” kelimesinin kendisi ile onun sadece din ve kamusal alanlar arasındaki mesafeyi güvence altına almak suretiyle din özgürlüğünün koruması anlamına gelecek şekilde tanımlanması, bu eğilimin AİHM içtihat hukukunda var olan Fransız kökenlerine işaret eder. İnançlar ve idare arasında uygun bir mesafenin gözetilmesi, Türkiye gibi ülkeler tarafından da benimsenen Fransız laiklik düşüncesinden ileri gelmektedir¹³⁷.

Her iki ülkede laiklik, basit bir devlet-din ayırımına indirgenemez: Modern bir cumhuriyette toplumu modernite öncesi yaşam tarzından uzaklaştırmak için, din, kamu hayatının tüm parçalarından ayıklanmalıdır. Diğer bir deyişle sadece devletin değil, bireylerin de laik olma yükümlülüğü bulunmaktadır¹³⁸.

Sekülerizm üzerindeki tartışmalar oldukça hassas bir alan olan eğitim alanına da sızramıştır. Bir taraftan, eğitim de dâhil mümkün olan tüm alanlara ulaşmaya çalışan seküler yönetimler, diğer taraftan eğitimin, genel medeni ahlak düşüncesini teşvik etmek için önemli bir alan olduğunun farkına varmışlardır. Bu nedenle istisnalar dışında Avrupa'nın tamamında, okul sistemleri katı bir şekilde merkezileştirilmiştir. Kamu okulları, Amerika Birleşik Devletlerinden farklı olarak, ebeveynlerin kontrolünde değildir. Eğitim zorunludur ve öğretmenler, Aydınlanma döneminde bazı Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, çocuklara sekülerizmi aşılama konusunda geniş yetkilere sahiptir. Bu nedenle, eğitim, dini konularda büyük bir çatışma alanı olarak hizmet vermektedir¹³⁹.

Hâlbuki, devletin sekülerliği, dışlayıcı değil kapsayıcı olmalıdır. Bu nedenle

devlete yüklenen görevi de “nötr ve tarafsız olma” şeklinde yorumlamaktadır. Bkz. Rush, p. 542.

¹³⁷ Pin, p. 637.

¹³⁸ Akbulut/Usal, p. 439. Benzer yönde bkz. Romero, p. 82.

¹³⁹ Garcimartin, p. 84.

devlet kamusal yaşamdan dini dışlamamalı, buna karşılık, herhangi bir tercihte bulunmadan, dini ve mezhepsel değerlere karşı önyargı ve direnç göstermeden tüm dini grupları kucaklamalıdır¹⁴⁰.

Bütün ebeveynler, çocuklarının en iyi bilimsel öğretimi almalarını isterler. Bununla birlikte, onları farklılaştıracak olan okulda aktarılan dini ve ahlaki ilkelerdir. Bu nedenle eğitim hakkının, din ve inanç ile güçlü bağları bulunmaktadır. Bu nedenle ebeveynler bu alanda tercih hakkına sahiptirler. Eğitim değerlerden bağımsız olmuş olsa, ebeveynlere böyle bir hak tanınmasına gerek olmazdı. Nitekim diğer alanlarda böyle bir hakka yer verilmemiştir¹⁴¹.

Herkes için uygun olan genel bir ahlaki bakış sunmak kamu otoritelerine düşen bir görev değildir. Böyle yapmak, baskıcı (totaliter) bir davranış olacaktır. Buna teşebbüs etmiş olsa, devlet, ebeveynlerin kendi çocuklarını eğitime haklarını ellerinden almış ve bir kamu otoritesine vermiş olacaktır¹⁴².

Ebeveynlerin, çocuklarının dini ve ahlaki eğitimlerini tercih etme hakları, sadece tolere edilecek veya kısmen tanınacak bir hak değil, korunacak bir haktır¹⁴³.

6. Eğitim Hakkı ile Ayrımcılık Yasağı İlişkisi

P1-2'de yer alan "Hiç kimse..." ibaresi, eğitim hakkının uygulanması bakımından bireylerin hepsine eşit davranılması ilkesini ima etmektedir¹⁴⁴. Eğitim hakkı, devlet okulları ile özel okullardaki öğrenciler yönünden eşit olarak güvence altına alınan bir haktır¹⁴⁵. P1-2'nin, yalıtılmış olarak tek başına değil, Sözleşme'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi dikkate alınarak yorumlanması ve uygulanması gerekir¹⁴⁶.

AİHM'e göre, 14. madde, bağımsız varlığa sahip bir güvence içermemekte, AİHS'de düzenlenen diğer haklarla bağlı bulunmaktadır. Bununla birlikte kendi

¹⁴⁰ Garcimartin, p. 84.

¹⁴¹ Garcimartin, p. 79.

¹⁴² Garcimartin, pp. 93, 94.

¹⁴³ Garcimartin, p. 103.

¹⁴⁴ Leyla Şahin, § 152.

¹⁴⁵ Leyla Şahin, § 153.

¹⁴⁶ Bkz. *Belçika Dil Davası*, s. 30, § 8.

içinde ilgili hakkın düzenlendiği maddenin gerekleriyle uyumlu olan bir önlem, ayrımcı bir niteliği bulunması nedeniyle 14. maddeyle bağlantılı olarak yorumlandığında anılan maddeyi ihlal edebilir¹⁴⁷. Bu nedenle, taraf devletin yetki alanında bulunan kişiler, P1-2'den belli tür eğitim kurumunun oluşturulması hakkını elde edemezlerse de, bu tür eğitim kurumlarını oluşturmuş olan devlet, giriş gerekliliklerini belirlemede, 14. madde anlamında ayrımcı önlemler alamaz¹⁴⁸. Bununla birlikte, 14. madde, hak ve özgürlüklerin uygulanmasında her türlü farklı muameleyi yasaklamamaktadır¹⁴⁹.

Mahkemeye göre, 14. madde, P1-2 ile bağlantılı olarak yorumlansa bile, çocuğa veya ebeveynine seçtikleri bir dilde eğitim alma hakkını güvence altına alan bir etkiye sahip değildir. Birlikte yorumlandığında bu iki maddenin konusu daha dardır: Bu da, her taraf devletin, dil de dâhil ayırım yapmaksızın yetki alanlarındaki herkese eğitim hakkı yönünden koruma sağlanmasıdır¹⁵⁰.

Sonuç

AİHM, P1-2'de yer alan *"Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz."* şeklindeki birinci cümleyi eğitim hakkının çerçevesini belirlemede *"temel kural"*, *"Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarıyla uyumlu olarak yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir."* şeklindeki ikinci cümleyi ise *"tamamlayıcı kural"* olarak ele almıştır.

Mahkeme, *"eğitim hakkından yoksun bırakmama"* şeklinde ifade edilebilecek temel kuralı, daha çok P1-2'nin hazırlık çalışmalarına ve metnine referansla anlamlandırmaya çalışmıştır. AİHM, temel kuralın yorumunda insana dair evrensel bir özü veya ihtiyacı temel almamış, bu nedenle eğitim hakkına bakışını tam olarak felsefi bir temele oturtamamıştır. Böyle olunca da temel kuralı, *"belirli bir dönemde var olan eğitim kurumlarına erişim hakkı"*, bu eğitim kurumlarının tamamlanması sonucu *"alınan eğitimin resmen tanınması"* şeklinde oldukça sınırlı bir yoruma tabi tutmuştur.

¹⁴⁷ Bkz. *Belçika Dil Davası*, s. 30, § 9.

¹⁴⁸ Bkz. *Belçika Dil Davası*, s. 30, § 9.

¹⁴⁹ Bkz. *Belçika Dil Davası*, s. 31, § 10.

¹⁵⁰ Bkz. *Belçika Dil Davası*, s. 32, § 11.

AİHM'in temel kurala ilişkin bu yaklaşımından, bireylerin, eğitimle ilgili olarak devlet tarafından sunulmuş olan imkânlardan yararlanmayı talep hakkı dışında, kendi tercihleri doğrultusunda devletten onun sunmuş oldukları dışında herhangi bir şeyi talep etme haklarının bulunmadığı sonucu çıkarılabilecektir. Dolayısıyla temel kural yönünden bireylerin tercihleri, ancak devlet tarafından sunulanlar arasında seçim yaparken önem taşıyabilecektir.

Bununla birlikte, Mahkeme, belirtilen yorumunun sınırlarını, Romanlar gibi dezavantajlı gruplar yönünden biraz genişletmiş ve dar bir alanda devlete bir takım pozitif yükümlülükler de yüklemiştir. AİHM'in önüne gelen somut olaylarda sergilediği genel tavır dikkate alındığında, dar alandaki bu genişletme çabasının ise bireyin tercihleri temelli olmadığı, belli bir etnik gruba yönelik ayrımcılığın artık tahammül edilemez boyutlara ulaşmış olmasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan AİHM, P1-2'nin ikinci cümlesinde yer alan "*eğitim faaliyetleri sırasında ebeveynlerin inançlarına saygı*" şeklinde ifade edilebilecek tamamlayıcı kuralı "*eğitimde çoğulculuk*", devletin "*nötr ve tarafsız olma*"sı ve "*endoktrinasyon yasağı*" şeklinde anlamıştır. Ancak Mahkeme, önüne gelen somut olaylarda, eğitimde çoğulculuktan çok nötrlük ve endoktrinasyon yasağına özel vurgu yapmıştır. Nötrlük ve endoktrinasyon yasağı gibi hareket-sizlik veya olumsuzluk çağrıştıran kavramlara ağırlık verilmesi, ebeveynlerin inançlarına saygı şeklinde madde metninde yer bulan ifade tarzının uyandırdığı olumlu çağrışımı ortadan kaldırmıştır. Böylelikle, AİHM'in somut olaylardaki yorumunun ürettiği sonuçlar, maddenin lafzi yorumundan beklenen olağan sonuçların bile gerisinde kalmıştır.

Mahkemeye göre, bireylerin tamamlayıcı kurala dayanarak devletten inançlarına saygının temini için olumlu bir şey yapılmasını talep hakları bulunmamaktadır.

Mahkeme, devletin, hemen her hakkın hayata geçirilmesi bakımından var olan "*takdir aralığı*"nı da eğitim hakkı yönünden genişletmiştir.

AİHM'in belirlediği bu genel yaklaşım çerçevesinde oluşturulacak eğitim ortamında, ebeveynlerin talep edebileceği tek şey, devletin nötr olmasını ve

inançlarına aykırı endoktrinasyon yapmamasını taleptir. Dolayısıyla böyle bir eğitim ortamında, bireye ancak olumsuz tercihlerde bulunma (örneğin, devletin verdiği dini eğitimi almama) hakkı tanınabilmekte, olumlu bir tercihte bulunma (örneğin, kendi inançları doğrultusunda eğitim alma) hakkı tanınmamaktadır.

Tamamlayıcı kural çerçevesinde varılan bu sonuçlar, AİHM'in kendi belirlediği genel ilkelere uyması durumunda ortaya çıkacak olanlardır. Ancak yukarıda ilgili başlıklar altında da tespit edildiği üzere Mahkeme kimi durumlarda (özellikle eğitim kurumlarında dini simgelerin bulundurulması, alternatif eğitim modelleri, tamamlayıcı dini eğitim konularında), devletin zaten geniş olan takdir aralığını daha da genişletmiş, bunun sonucu olarak yer yer kendi belirlediği ilkelerden sapmış, hatta bunlara zıt sonuçların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Devletin takdir aralığının genişletilmesi, kimi zaman, devletin nötr olmasının gerekmemesi (bkz. *Lautsi* kararı), buna karşılık devlete yüklenen nötr olma ve endoktrinasyon yasağının bireylere yüklenmesi (bkz. *Leyla Şahin* kararı, *Çiftçi* kararı) sonucunu bile doğurmuştur. Bu tür sapma durumlarında, bırakın eğitim faaliyetleri sırasında dini inançlara saygı duyulması çerçevesinde bireylerin tercihlerinin devlet tarafından dikkate alınmasını, onların genel anlamda zaten var olan din özgürlükleri sınırlandırılmıştır.

Kanaatimizce AİHM'in eğitim hakkı çerçevesinde ortaya çıkan sorunlara gerçekçi çözümler bulabilmesi, gerçeklerle karşılaştığında belirlediği ilkeler ile somut çözümleri arasında ortaya çıkan çelişkilerden kurtulabilmesi insana dair evrensel bir özden ve ihtiyaçtan hareket etmesine bağlıdır. Buna da eğitimin, özünde bireyin gelişimiyle ilgili bir konu olduğunun tespitiyle başlanabilir. İkincisi, bireyin, kendi gelişiminde söz sahibi olmasının yadsınamaz bir gerçek olduğu, dolayısıyla onun tercihlerinin dikkate alınması gerektiği teslim edilmelidir. Üçüncüsü, eğitim yoluyla bireyin gelişimi yönünden ortaya çıkan bireysel tercihlerin tamamının devlet tarafından karşılanmasının imkân dâhilinde olmadığı bir gerçektir. Bu durumda maksimum fayda, eğitim yoluyla bireyin gelişimi sağlanırken, bireysel tercihler ile devletin imkânları arasında adil bir dengenin kurulmasıyla ortaya çıkabilecektir.



KAYNAKÇA

Akbulut, Olgun/Usal, Zeynep Oya: *Parental Religious Rights v. Compulsory Religious Education in Turkey*, International Journal on Minority and Group Rights, Vol. 15, Issue 4 (2008).

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi. *The situation of Roma in Europe and relevant activities of the Council of Europe*, Resolution 1740 (2010) <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta10/eres1740.htm> (Eriş: 16.5.2014).

Bleiberg, Benjamin: *Unveiling the Real Issue: Evaluating the European Court of Human Rights' Decision to Enforce the Turkish Headscarf Ban in Leyla Sahin v. Turkey*, Cornell Law Review, Vol. 91, Issue 1 (November 2005).

Duminica, Ramona; Tabacu, Andreea: *Brief Reflections on the Exercise of the Right to Education of the Romany Minority*, AGORA International Journal of Juridical Sciences (2010).

Garcimartin, Carmen: *"Education in the Secular State: Whose Right Is It"*, International Journal of the Jurisprudence of the Family, Vol. 2 (2011).

Hamlyn, Victoria: *Indivisibility of Human Rights: Economic, Social and Cultural Rights and the European Convention on Human Rights*, The Bracton Law Journal, Vol. 40, Issue 1 (2008).

Koch, Ida Elisabeth: *Human Rights As Indivisible Rights: The Protection of Socio-economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publ., Netherlands (2009).

Langlaude, Sylvie: *Indoctrination, Secularism, Religious Liberty, and the ECHR*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 55, Issue 4 (October 2006).

Nowak, Manfred: *Right to Education - Its Meaning, Significance and Limitations*, The Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 9, Issue 4 (1991).

Palmer, Ellie: *Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights*, Erasmus Law Review, Vol. 2, Issue 4 (2009).

Pin, Andrea: *(European) Stars or (American) Stripes: Are the European Court of Human Rights' Neutrality and the Supreme Court's Wall of Separation One and the Same*, St. John's Law Review, Vol. 85, Issue 2 (Spring 2011).

Romero, Alicia Cebada: *European Court of Human Rights and Religion: Between Christian Neutrality and the Fear of Islam*, New Zealand Journal of Public and International Law, Vol. 11, Special Conference Issue (November 2013).

Rush, Andrea J.: *Lautsi v. Italy: Deference to State Sovereignty from on High as the Cross Remains Nailed to Italian School Walls*, Tulane Journal of International and Comparative Law, Vol. 20, Issue 2 (Spring 2012).

Szemesi, Sandor: *From Hajduhadhaz to Strasbourg: Article 14 of the European Convention on Human Rights in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, with Special Regard to Roma Educational Cases*; Miskolc Journal of International Law, Volume 5 (2008) No. 2.

van der Schyff, Gerhard: *Classifying the Limitation of the Right to Education in the First Protocol to the European Convention*, International Journal for Education Law and Policy, Vol. 2 (2006).

Williams, Katherine/Rainey, Bernadette: *Language, Education and the European Convention on Human Rights in the Twenty-First Century*, Legal Studies, Vol. 22, Issue 4 (November 2002).

KARARLAR

Aktaş/Fransa [k.k.], B. No: 43563/08, 30/6/2009.

Al-Adsani/Birleşik Krallık [BD], B.No: 35763/97.

Ali/Birleşik Krallık, B. No: 40385/06, 11/1/2011.

Ali/Birleşik Krallık, B. No: 40385/06, 11/1/2011.

Appel-Irrgang ve Diğerleri/Almanya [k.k.], B. No: 45216/07, 6/10/2009.

Austin ve Diğerleri/Birleşik Krallık [BD], B. No: 39692/09, 40713/09 ve 41008/09, 15/3/2012.

B.N. ve S.N./İsveç [Komisyon kararı], B. No:, no. 17678/91, 30/6/1993.

Bayrak/Fransa [k.k.], B. No: 14308/08, 30/6/2009.

Belçika'da eğitimde dillerin kullanılmasına dair hukukun belli yönlerine ilişkin dava, 23/7/1968.

Boltan/Türkiye [k.k.], B. No: 32777/09, 27/3/2012.

Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık, B. No: 7511/76 7743/76, 25/22/1982, § 33.

Catan ve Diğerleri/Moldova ve Rusya [BD], B. No: 43370/04, 8252/05 ve 18454/06, § 136.

Çiftçi/Türkiye [k.k.], B. No: 71860/01, 17/6/2004.

D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti, B. No: 57325/00, § 182, 13/11/2007.

Dahlab/İsviçre [k.k.], B. No: 42393/98, 15/2/2001.

Demir ve Baykara/Türkiye [BD], B No: 34503/97.

Doğru/Fransa, B. No: 27058/05, 4/12/2008.

Dojan ve Diğerleri/Almanya [k.k.], B. No: 319/08 2455/08 7908/10, 13/9/2011.

Durmaz, Işık, Unutmaz ve Seza/Türkiye [k.k.], B. No: 46506/99 46569/99 46570/99, 4/9/2001.

Epistatu/Romanya, B. No: 29343/10, 24/9/2013.

Eriksson/İsveç, B. No: 11373/85, 22/6/1989, § 93.

Family H./Birleşik Krallık [Komisyon kararı], B. No: 10233/83, 6/3/1984.

Folgerø ve Diğerleri/Norveç [BD], B. No: 15472/02, 18/03/2011.

Gamaleddyn/Fransa [k.k.], B. No:18527/08, 30/6/2009.

Ghazal/Fransa [k.k.], B. No: 29134/08, 30/6/2009.

Glazewska/İsveç, B. No: 11655/85,10/10/1985

Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, B. No: 1448/04, 9/10/2007.

Ingrid Jordebo Foundation of Christian Schools and Ingrid Jordebo/İsveç [Komisyon kararı], B. No: 11533/856/03/1987.

- İrfan Temel ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 36458/02, 3/3/2009.
- Jaramillo/Birleşik Krallık* [Komisyon], B. No: 24865/94, 23/10/1995.
- Jasvir Singh/Fransa* [k.k.], B. No: 25463/08, 30/6/2009.
- Jimenez Alonso ve Jimenez Merino/İspanya* [k.k.], B. No: 51188/99, 25/5/2000.
- Kervancı/Fransa*, B. No: 31645/04, 4/12/2008.
- Kıbrıs/Türkiye* [BD], B. No: 25781/94, 10/5/2001.
- Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka*, B. No: 5095/71 5920/72 5926/72, 7/12/1976, § 53.
- Konrad/Almanya* [k.k.], B. No: 35504/03, 11/9/2006.
- Köse ve 93 Diğerleri/Türkiye* [k.k.], B. No: 26625/02, 24/1/2006.
- Lautsi ve Diğerleri/İtalya* [BD], B. No: 30814/06, 18/3/2011.
- Lautsi ve Diğerleri/İtalya* [BD], B.No: 30814/06, 18/03/2011.
- Leyla Şahin/Türkiye* [BD], B No: 44774/98.
- Mürsel Eren/Türkiye*, B. No: 60856/00, 7/2/2006.
- Olsson/İsveç (No. 1)*, B. No: 10465/83, 24/3/1988.
- Özel/Türkiye* [k.k.], B. No: 4243/09, 22/10/2013.
- Ponomaryovi/Bulgaristan*, B. No: 5335/05, 21/6/2011.
- Ranjit Singh/Fransa* [k.k.], B. No: 27561/08, 30/6/2009.
- Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, B. No: 25965/04.
- Saadi/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 13229/03.
- Saniewski/Polonya* [k.k.], B. No: 40319/98, 26/6/2001.
- Saniewski/Polonya* [k.k.], B. No: 40319/98, 26/6/2001.
- Simpson/Birleşik Krallık* [Komisyon kararı], B. No: 14688/89, 4/12/1989.
- Smith/Birleşik Krallık* [Komisyon kararı], B. No: 5186/89, 4/12/1989.
- Smith/Birleşik Krallık* [Komisyon kararı], B. No: 5186/89, 4/12/1989.

Stec ve Diğerleri/Birleşik Krallık [BD], B. No: 65731/01 ve 65900/01, 12/4/2006.

Tarantino ve Diğerleri/İtalya, B. No: 25851/09 29284/09 64090/09, 2/4/2013.

Timishev/Rusya, B. No: 55762/00 55974/00, 13/12/2005.

Valsamis/Yunanistan, B No: 21787/93, 18/12/1996.

W and D.M. and M and H.I./Birleşik Krallık [k.k.], B No: 10228/82 ve 10229/82, 6/3/1984.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BELGELERİNDE EĞİTİM HAKKI

Right To Education In the United Nations Documents

Dr. Recep KAPLAN*

ÖZET

Ulusal, bölgesel ve küresel düzeyde düzenlemelere konu edilen eğitim hakkına ilişkin küresel düzeydeki en önemli düzenlemeler şüphesiz küresel aktörler arasında ayrıcalıklı bir yere sahip olan daha açık bir ifadeyle en önemli küresel aktör olan Birleşmiş Milletler (BM) tarafından kabul edilen metinlerde yer almaktadır. Bu çalışmada, BM tarafından kabul edilen yirmiyi aşkın uluslararası hukuk metninde farklı boyutlarıyla ve doğrudan ya da dolaylı olarak düzenleme konusu edilen eğitim hakkının sözkonusu belgelerden bu hak bağlamında en önemli ve kapsamlı düzenlemeleri içerdikleri değerlendirilen İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (İHEB), Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MŞHUS), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ESKHUS,) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHS) ve Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Uluslararası Sözleşme'de (EAKUS) hangi açılardan ve ne şekilde düzenlendiği ele alınmaktadır. Çalışmada eğitim hakkı konusunda genel kabul gören uluslararası standartların neler olduğu, bu hakkın içeriğinin nasıl tanımlandığı, farklı kademelerdeki eğitime ilişkin devletin yükümlülükleri ve eğitimsel özgürlük olarak da tarif edilen verilecek eğitimin türünü seçme hakkına ilişkin nasıl bir yaklaşım benimsendiği BM metinleri mukayeseli bir biçimde incelenerek açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Eğitim Hakkı, Birleşmiş Milletler.

ABSTRACT

The right to education has been regulated at the national, regional and global spheres. Clearly, the most important global arrangements relating to this right are contained in the documents which were adopted by United Nations (UN), the leading global actor. In this study, the right to education, regulated by at least 20 international law documents adopted by the UN, is examined in the context of the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, The Interna-

* Anayasa Mahkemesi Raportörü, recep.kaplan@anayasa.gov.tr

tional Convention on the Rights of the Child and lastly the International Convention against Discrimination in Education. These documents involve many important and comprehensive provisions on the right to education. The study aims to make clear by comparatively scrutinizing related UN documents, the internationally recognized principles of the right to education, how the content of this right is determined, as well as the obligations of the state at the different levels of education and the right to choose the type of the education which is also known as educational freedom.

Key Words: Human Rights, Right to Education, United Nations.



GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan hakları idealinin küresel yayılımından bu yana eğitim hakkı yazılı anayasaların kapsamına alınmaktadır. Avrupa ülkelerinin birçoğundan, Çin ve Hindistan'a varıncaya dek pek çok ülke anayasası eğitim hakkına ilişkin düzenlemeler içermektedir.¹ Bunlara ilave olarak kapsadıkları alan itibarıyla küresel ve bölgesel, içerikleri itibarıyla da genel ve özel insan hakları belgeleri² de eğitimle ilgili haklara yer vermektedir.³ Bu bağlamda eğitim hakkı; ikinci kuşak haklar olarak kategorize edilen hakların en önemlilerinden birisi olup⁴, uluslararası hukukun açıkça tanıdığı haklar arasında yer almakta ve insan haklarına ilişkin küresel planda önem taşıyan insan hakları belgelerinin tamamına yakını tarafından da düzenlenmektedir. Ancak ulusal ve uluslararası hukukta tanınmış olmasına rağmen, niteliksel ve niceliksel olarak birçok yönü bulunan⁵ eğitim hakkının özü itibarıyla ne anlama

¹ Joel SPRING, *Globalization and Educational Rights An Intercivilizational Analysis*, Lawrence Erlbaum Associates, Publishers, New Jersey, London, 2001, s. xi.

² İçeriği itibarıyla genel olarak nitelendirilen belgeler toplumun tüm kesimlerine hitap eder mahiyette iken içeriği itibarıyla özel belgeler sadece çocuklar, mülteciler, göçmenler, yaşlılar, kadınlar vb belli toplumsal kesimleri hedef alan belgelerdir.

³ Mieke VERHEYDE, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child Article 28 The Right to Education*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2006, s. 7.

⁴ Pierrick DEVIDAL, "Trading Away Human Rights? The GATS and the Right to Education: a legal perspective", *Journal for Critical Education Policy Studies*, Cilt 2, Sayı 2, Eylül 2004, s. 29.

⁵ UNESCO, *World Education Report 2000*, UNESCO Publishing, s, 16, <http://www.unesco.org/education/information/wer/PDFeng/wholewer.PDF>, (5/7/2013).

geldiği halen müphemdir.⁶ Eğitim hakkı günümüzde insanın sırf insan olmaktan kaynaklanan hakları olarak tanımlanan insan haklarının ulusal, bölgesel ve küresel düzeyde önemli bir bileşenidir. Birçok uluslararası hukuk belgesinde düzenlenen eğitim hakkının, düzenlenme biçimi ve bu hakkın hangi boyutlarının düzenlemeye konu edildiği belgeden belgeye farklılık gösterebilmektedir.⁷ Ancak bu hakkın resmi ve açık bir biçimde bir insan hakkı olarak tanınmasının ilk kez 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) ile gerçekleştiği söylenebilir.⁸

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesine göre eğitim hakkı sadece kendi başına bir insan hakkı olmakla kalmayıp aynı zamanda diğer insan haklarını gerçekleştirebilmenin de vazgeçilmez bir vasıtasıdır.⁹ DEVIDAL da bu hakkın diğer tüm ekonomik, sosyal, kültürel ve politik hakların yaşama geçirilmesi açısından gerekli bir koşul olduğu görüşündedir.¹⁰ Esasen eğitim hakkının insanın kişiliğinin gelişimine katkı yaptığı ve irfanın kaynaklarından birisi olduğu konusunda ilgili literatürde neredeyse tam bir ittifak vardır. Bu görüş çerçevesinde, eğitim hakkı birçok ulusal anayasa tarafından insan hakkı statüsünde kabul edilmekle kalmamış uluslararası düzeyde de bir insan hakkı olarak tanınmıştır. Bu çerçevede BM gibi küresel ve Avrupa Konseyi gibi bölgesel örgütler tarafından eğitimi bir insan hakkı olarak koruma altına

⁶ Rajendra P. KUNDU, "The Right to Education: Some Theoretical Issues", *Contemporary Issues and Ideas in Social Sciences*, Ocak 2005, sayı 1, s. 12, <http://journal.ciiss.net/index.php/ciiss/article/view/4/4> (20/12/2013)

⁷ Şahin ANTAKYALIOĞLU vd., *İlköğretimde Haklarımız Var! İlköğretimde Haklar ve Hak Arama Yolları*, Yelken Basım, İstanbul, 2009, s. 23.

⁸ UNICEF, *A Human Rights-Based Approach to Education for All*, Paris, 2007, s. 7.

⁹ Committee On Economic, Social And Cultural Rights, Implementation of the International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights General Comment No. 13, §1. (Twenty-first session, 1999), <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/462/16/PDF/G9946216.pdf?OpenElement>, (5/7/2013). Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 13 No'lu Genel Yorumu'nun çevirisi için bkz. <http://ihop.org.tr/dosya/ESKHK/ESKHKG13.doc>, (9/11/2013), farklı bir çeviri için bkz. Gökçeçik AYATA, Sevinç Eryılmaz DİLEK, Bertil Emrah ODER, *Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 305, İstanbul, 2010, ss. 426-440. (13 Nolu Genel Yorumun bu çalışmada kullanılan kısımlarının İngilizce orjinal metninden Türkçe'ye tercümesi tarafımızca yapılmış ancak yapılan tercümelere yukarıda belirtilen tercümelere de mukayese amacıyla yararlanılmıştır)

¹⁰ DEVIDAL, a.g.m, s. 29.

altına alan uluslararası sözleşmeler hazırlanmıştır.¹¹

Eğitim hakkının ilk kez BM Genel Kurulu tarafından 1948 yılında kabul edilen İHEB ile tanındığı ifade edilmişti. Ancak eğitim hakkıyla ilgili düzenlemeler İHEB’te yer alan düzenlemelerle sınırlı olmayıp daha sonra kabul edilen birçok BM belgesinde de yer bulmuştur. BM tarafından kabul edilen ve eğitim hakkına ilişkin düzenlemeler içeren insan hakları belgeleri ve bu belgelerde eğitim hakkına ilişkin doğrudan düzenlemeler içeren maddeler şu şekilde sıralanabilir:

1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (madde 26)
2. Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Uluslararası Sözleşme (madde 1 ila 5)
3. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (madde 13 ve 14)
4. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (madde 18/4)
5. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (madde 23, 28 ve 29)
6. Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri (madde 5)
7. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine İlişkin Beyanname (madde 3/1 ve 8)
8. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme (madde 5/1-e ve 7)
9. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Beyanname (madde 9)
10. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (madde 10)
11. Çocuk Hakları Bildirisi (madde 7)
12. Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme (madde 4 ve 22)
13. Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme (madde 4 ve 22)
14. Ülke İçinde Zorunlu Göç Ettirme Konusunda Yol Gösterici İlkeler (madde 23)

¹¹ Klaus Dieter BEITER, *The Protection of the Right to Education by International Law*, Martinus Nijhoff Publishers Leiden / Boston, 2006, s.1.

15. Yaşadıkları Ülkenin Vatandaşı Olmayan Bireylerin İnsan Haklarına Dair Bildiri (madde 8)
16. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunması Uluslararası Sözleşmesi (madde 12/4, 30, 43 ve 45)
17. Özürlü Bireylerin Hakları Bildirisi (madde 6)
18. Özürlü Bireyler İçin Fırsat Eşitliğinin Sağlanmasına İlişkin Standart Kurallar (madde 6)
19. Yaşlı Kişiler İçin İlkeler (madde 4 ve 16)
20. Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar (madde 28/2, 66/1, 71/5, 75/2 ve 77)
21. Ulusal veya Etnik, Dinsel veya Dilsel Azınlıklara Mensup Olan Kişilerin Haklarına Dair Bildiri (madde 4)
22. Yerli Halkların Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Bildirisi (madde 14, 15, 17, 21)¹²

Yukarıdaki belgeler bütün çocuklar için temel ve ücretsiz eğitimin sağlanmasına, ortaöğretimin geliştirilmesi ve bütün çocukların eşit erişimine açılması için gerekli tedbirlerle desteklenmesine, yükseköğrenime adil bir biçimde erişimin sağlanmasına ve temel eğitimini tamamlayamamış bireyler için temel eğitimin tamamlanmasını sağlayacak tedbirlerin alınmasına zemin hazırlamaktadırlar. Bu sözleşmelere göre eğitimin amaçları, kişisel gelişimin sağlanması, insan hak ve hürriyetlerine saygının kuvvetlendirilmesi, bireylerin özgür bir toplumda etkili bir biçimde yer alma kabiliyetine kavuşturulmaları ile hoşgörü, dostluk ve anlayışın geliştirilmesidir.¹³

Eğitim hakkına ilişkin yapılacak değerlendirmelerde bu hakkın mahiyetini tam manasıyla kavrayabilmek bakımından genel olarak uluslararası insan hakları hukukunda ve özel olarak da küresel insan hakları belgelerinde yer alan düzenlemelerin irdelenmesi önemlidir. Eğitim hakkının BM belgeleri çerçeve-

¹² Bu listenin oluşturulmasında BEITER, a.g.e, s. 86-89'dan yararlanılmıştır.

¹³ UNESCO, *A Human Rights-Based Approach to Education for All*, UNESCO, s. 7, http://www.unicef.org/publications/files/A_Human_Rights_Based_Approach_to_Education_for_All.pdf, (2/9/2013)

sinde incelendiği bu çalışmada, konuyla ilgili tüm toplum kesimlerine yönelik genel düzenlemeler içeren ve Uluslararası İnsan Hakları Yasası (The International Bill of Human Rights)¹⁴ adı altında toplanan İHEB, MSHUS ve ESKHUS'taki düzenlemeler ele alınacak müteakiben belli bir konu ya da belli toplumsal kesimlere yönelik düzenlemeler içeren belgeler arasından daha geniş toplumsal kesimleri kapsamına alması ve ayrıntılı düzenlemeler içermesi nedeniyle Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHS) ve doğrudan eğitimi konu edinmesi nedeniyle Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Uluslararası Sözleşme'de (EAKUS) yer alan düzenlemeler incelenecektir. Bu kapsamda eğitim hakkıyla ilgili düzenlemeler içeren diğer BM belgeleri değerlendirme dışında bırakılacak ve çalışmanın kapsamı daraltılacaktır. İncelenecek belgelerde de özel olarak eğitim hakkının maddi içeriğine ve eğitimin amacına yönelik düzenlemeler irdelenecektir. Söz konusu belgelerin bağlayıcılığı, bu belgelerin uygulanmasının nasıl sağlandığı ve izlendiği gibi konular çalışma kapsamı dışında bırakılacaktır. Belgeler incelenirken daha çok söz konusu belgelerde eğitim hakkının nasıl düzenlendiğini ortaya koymak bakımından açıklayıcı ve tanıtıcı bir yaklaşım izlenecek uygun düştüğü ölçüde belgeler arasında mukayeseler de yapılacaktır.

I. İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ

BM Genel Kurulu 10/12/1948 tarih ve 217 (111) sayılı kararı ile Türkiye'nin de tarafı olduğu İHEB'i kabul etmiştir.¹⁵ İHEB'in eğitim hakkını düzenleyen 26. maddesi şu şekildedir:

"1. Herkes eğitim hakkına sahiptir. Eğitim en azından ilk ve temel safhalarda parasız olmalıdır. İlköğretim mecburidir. Teknik ve mesleki eğitim genel olarak mevcut hale getirilmeli ve yüksek öğretim yetenek temelinde herkese eşit düzeyde erişilebilir olmalıdır.

2. Eğitim insan şahsiyetinin tam gelişmesini ve insan haklarına ve temel özgürlüklere saygının kuvvetlenmesini hedef almalıdır. Eğitim bütün milletler, ırksal ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu teşvik etmeli ve

¹⁴ İHEB, MSHUS ve ESKHUS bir bütün olarak Uluslararası İnsan Hakları Yasası başlığı altında toplanmaktadır.

¹⁵ Bkz. 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete.

Birleşmiş Milletlerin barışın idamesi yolundaki aktivitelerini daha ileri taşımalıdır.

3. Ebeveynler, kendi çocuklarına verilecek eğitim türünü seçmek hakkını öncelikle haizdirler.”

Bu maddenin (1) numaralı paragrafından çıkarılabilecek temel sonuçları şu şekilde sıralamak olanaklıdır:

- Herkesin eğitim hakkı vardır.
- İlk ve temel safhalarda eğitimin bedava olması zorunludur.
- İlköğretim zorunludur.
- Teknik ve mesleki eğitim herkes için genel olarak mevcut (hazır) hale getirilmelidir.
- Liyakat temelinde yükseköğretim herkesin eşit bir biçimde erişimine açık olmalıdır.

Yukarıdaki maddenin (1) numaralı paragrafında “*Herkes eğitim hakkına sahiptir*” denilmek suretiyle eğitim hakkının kullanılmasında, İHEB’in 2. maddesi de dikkate alındığında, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, politik ya da başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, servet, doğuş veya diğer statüler bakımından ayırım gözetilemeyeceği açıkça belirtilmiş ve bu hakkın kişinin sırf insan olmasından kaynaklanan haklar arasında yer alan temel bir hak olduğuna dikkat çekilmiştir. Öte yandan, “*herkes*” kelimesi eğitimin sadece çocukların değil, yetişkinler de dahil tüm bireylerin bir hakkı olarak düzenlendiğine işaret eder.¹⁶

(1) numaralı paragrafta yer alan “*Eğitim en azından ilk ve temel safhalar-¹⁷ da parasız olmalıdır*” ifadesinde geçen “*ilk (elementary) eğitim*”in ilköğretim çağındaki çocukların okullarıyla eğitimini (schooling) ifade ettiğini, “*temel*

¹⁶ BEITER, a.g.e, s.20.

¹⁷ UNESCO dokümanlarına göre, (1) numaralı paragrafta yer alan eğitimin “*temel (elementary and fundamental*) safhaları*”ndan zaman içinde “*temel (basic) eğitim*” anlaşılmaya başlanmıştır. Temel eğitimin kapsamına ilk çocukluk çağındaki bakım ve başlangıç eğitimi girmektedir. Fakat açıkça ifade etmek gerekir ki “*ilk eğitim*”, “*temel eğitim*” ya da “*çocukluk çağındaki bakım ve başlangıç eğitimi (early childhood care and initial education)*” gibi kavramların ne anlama geldiği ne İHEB’te ne de İHEB’ten daha sonra kabul edilen diğer insan hakları belgelerinde tanımlanmıştır. (UNESCO, *World Education Report 2000*, s. 26, 50)

(fundamental) eğitim”in ise çocuk, genç ve yetişkinlerden ilk eğitimi alma ya da tamamlama fırsatı bulamamış olanlara yönelik olağan eğitim sistemi dışındaki eğitimi ifade ettiği belirtilmektedir.¹⁸

26. maddenin (1) numaralı paragrafında ilköğretimin zorunlu olması yanında bedava olması gerekliliğine de vurgu yapılmıştır. Bu çerçevede eğitimde devletin sorumluluklarına ve eğitimin “sosyal boyutu”na vurgu yapılmakta ve devletin eğitim sisteminin kurulması ve işletilmesi için gerekli olan mali ve teknik kaynakları sağlama yükümlülüğü ön plana çıkarılmaktadır. Burada devlete yüklenen yükümlülük pozitif bir yükümlülüktür. Devletin pozitif yükümlülüğü eğitim hakkının ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisine dâhil edilmesinin gerekçelerinden birisini de oluşturmaktadır.¹⁹

İHEB’in 26. maddesinin eğitimin amacını düzenleyen (2) numaralı paragraftan çıkarılabilecek sonuçlara göre eğitimin amaçları:

- insan şahsiyetinin tam gelişmesine katkı sağlama,
- insan haklarıyla temel özgürlüklere saygının güçlendirilmesi,
- bütün milletler, ırksal ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğun teşviki ile
- BM’nin barışın idamesi yolundaki çalışmalarının daha ileriye götürülmesi olarak sıralanabilir.

(2) numaralı paragrafta yer alan “*eğitim insan şahsiyetinin tam gelişmesini...hedef almalıdır*” ifadesindeki “*insan şahsiyetinin tam gelişmesi*” şeklindeki dikkat çekici tematik kavram adeta İHEB’in içinden geçen bir vida gibidir. Bu kritik kavram İHEB’in pek çok yerinde geçmektedir. Örneğin İHEB’in 22. maddesinde, “*her şahsın ... şahsiyetinin serbestçe gelişmesi için zaruri olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ... gerçekleştirilmesine hakkı vardır*” denilmekte, 29. maddesinde ise “*her şahsın, şahsiyetinin serbest ve tam gelişmesi ancak bir topluluk içinde mümkündür*” ifadesine yer verilmektedir. Şahsiyetin tam gelişmesi şeklindeki amaç, eğitim hakkının bir potansiyeli harekete geçirebilme şeklindeki özelliğini vurgulamak için ön plana çıkarılmıştır. Bu kavra-

¹⁸ BEITER, a.g.e, s.90.

¹⁹ BEITER, a.g.e, s.38.

mın kullanımıyla eğitim hakkının insanların potansiyel kabiliyetlerine ulaşmaya muktedir kılınmaları noktasındaki önemi de vurgulanmış olmaktadır.²⁰

26. maddenin (2) numaralı paragrafında “*anlayış, hoşgörü ve dostluğun teşviki*” şeklinde bir amaca yer verilmesinin nedenini, İHEB’in kabul edildiği dönemde, eğitimin politik propaganda ve ırksal-ulusal nefretleri kıskırtmak amacıyla kullanılmış olmasına ilişkin kötü tecrübelerin varlığında aramak gerekir.²¹ Zaten İHEB’in hazırlık çalışmalarında “*anlayış, hoşgörü ve dostluğun teşviki*” ifadesi yerine “*diğer uluslar, ırksal ve dinsel gruplara karşı hoşgörüsüzlük ve nefretle mücadele*” deyimini de gündeme getirilmiş ancak neticede eğitim hakkının amacının hoşgörüsüzlük ve nefretle mücadele gibi negatif ifadeler yerine anlayış, hoşgörü ve dostluğu teşvik etmek gibi pozitif ifadelerle tanımlanması anlayışı benimsenmiştir.²²

(2) numaralı paragrafta yer alan, “*Birleşmiş Milletlerin barışın idamesi yolundaki aktivitelerini daha ileri taşıma*” şeklindeki üçüncü amacın belirlenmesi aşamasında, bu formülasyonun BM’nin amaç ve ilkelerinin daha ileriye götürülmesi şeklinde olması yönünde öneriler yapılmış ise de bu kavramsallaştırma, yeterince özlü ve kesin olmadığı ve BM’nin esas fonksiyonunun barışın idamesi olduğu şeklindeki gerekçeler ekseninde benimsenmemiştir.²³

26. maddenin (3) numaralı paragrafında yer alan “*Ebeveynler, çocuklarına verilecek eğitim türünü seçmek hakkını öncelikle haizdirler*” şeklindeki ifade eğitim hakkının “*özgürlük boyutu*”na işaret etmektedir.²⁴ Öte yandan ilköğretimin mecburi tutulması nedeniyle devletin bu kademe eğitimdeki istismar potansiyeli, 26. maddenin (3) numaralı paragrafının yani ebeveynlerin eğitimin türünü seçme hakkının İHEB’te yer almış olmasının gerekçelerinden birisi olarak görülebilir.²⁵ Ebeveynlere tanınan bu hak onları çocuklarına verilecek eğitimin belirlenmesinde edilgen bir pozisyondan etken bir pozisyona taşımaktadır.

²⁰ Richard Pierre CLAUDE, “The Right To Education Human Rights Education”, http://www.surjournal.org/eng/conteudos/artigos2/ing/artigo_pierre.htm, (3/9/2013)

²¹ UNESCO, *World Education Report 2000*, s. 18.

²² CLAUDE, a.g.m

²³ CLAUDE, a.g.m

²⁴ BEITER, a.g.e, s. 39, 40.

²⁵ UNESCO, *World Education Report 2000*, s. 50.

II. MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME

Türkiye tarafından 21/7/2003 tarih ve 25175 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan kararla onaylanan MSHUS’un 18. maddesinin (4) numaralı paragrafı eğitim hakkıyla ilgili düzenlemeler içermektedir. Bu sözleşmede eğitim hakkı, düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün düzenlendiği 18. maddede yer bulmuştur. Söz konusu madde, devlete, ebeveynlerin veya duruma göre yasal temsilcinin çocuğa, kendi inançları doğrultusunda din ve ahlak bilgisi eğitimi verme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü yüklemektedir. İlgili madde hükmü şu şekildedir:

“Madde 18

....

4. Bu Sözleşme’ye taraf devletler, ebeveynlerin ve uygulanabilir durumlarda kanuni temsilcilerin, çocuklarının dini ve ahlaki eğitimlerinin kendi inançlarına uygun olmasını sağlama özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlüdürler.”

MSHUS’un 18. maddesinin (4) numaralı paragrafı eğitim hakkı konusunda devlete pozitif bir yükümlülük öngörmemekte bunun yerine eğitim hakkının özgürlük boyutunu ön plana çıkararak devlete müdahale etmeme biçiminde negatif bir yükümlülük yüklemektedir. Bu maddeyle amaçlanan hususun ebeveynlere çocuklarını, devletin kamu okullarındaki endoktrinel faaliyetlerinden koruma imkanı sağlamak olduğu söylenebilir.²⁶

MSHUS’un uygulanmasını denetlemekle sorumlu BM İnsan Hakları Komitesine göre, MSHUS’un 18. maddesinin (4) numaralı paragrafı kamu okullarında tarafsız ve objektif biçimde olmak kaydıyla dinlerin genel tarihi ve etik gibi konularda eğitim verilmesine engel değildir. Komite belli bir din ya da inancın öğretimin içeren kamusal eğitimin, ebeveynlerin beklentilerine uygun alternatifler ve ayrımcı olmayan muafiyetler içermemesi halinde, 18 maddesinin (4) numaralı paragrafıyla uyumsuz olacağını belirtmektedir.²⁷

Devlete, saygı gösterme şeklinde negatif bir yükümlülük yükleyen MS-

²⁶ BEITER, a.g.e, s. 103.

²⁷ Human Rights Committee, General Comment 22, Article 18, §6, <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom22.htm>, (9/11/2013)

HUS'un 18/4. maddesinin, dolaylı bir biçimde, eğitim hakkının içeriğine yönelik olarak ebeveynlerin ve duruma göre kanuni temsilcilerin, çocuklarının dini ve ahlaki eğitimlerinin kendi inançlarına uygun olmasını sağlama özgürlüğüne sahip oldukları şeklinde bir düzenleme de öngördüğü söylenebilir. Çünkü devletin bu özgürlüğe saygı göstermesini isteyebilmek için öncelikle bu özgürlüğün varlığından söz etmek gerekir. Bu yönüyle MSHUS'un 18/4. maddesi, İHEB'in 26. maddesinin (3) numaralı paragrafında yer alan "Ebeveynler, çocuklarına verilecek eğitim türünü seçmek hakkını öncelikle haizdirler" şeklindeki düzenleme ile örtüşmekte her iki düzenleme de eğitim hakkının özgürlük boyutuna vurgu yapmaktadır. Ancak MSHUS'un 18/4. maddesi devlete "saygı gösterme" biçiminde bir sorumluluk yüklemesiyle İHEB'in 26. maddesinden farklılaşmaktadır.

III. EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR ULUSLARARASI SÖZLEŞMESİ

Uluslararası hukukta eğitim hakkıyla ilgili en kapsamlı düzenlemeler Türkiye'nin de taraf olduğu 1966 tarihli ESKHUS'ta yer almaktadır.²⁸ Eğitim hakkı ESKHUS'un 13 ve 14. maddelerinde ele alınmakla birlikte konuyla ilgili temel prensipler 13. madde altında belirlenmiştir. Söz konusu madde şu şekildedir:²⁹

"Madde 13

1. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin eğitim görme hakkına sahip olduğunu kabul ederler. Taraf Devletler, eğitimin, insanın kişiliğinin ve onur duygusunun tam olarak gelişmesine yönelik olacağı ve insan hakları ile temel özgürlüklere saygıyı güçlendireceği hususunda mutabıktırlar. Taraf Devletler, ayrıca, eğitimin, herkesin özgür bir topluma etkin bir şekilde katılmasını sağlayacağı, tüm uluslar ve tüm ırksal, etnik ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu geliştireceği ve Birleşmiş Milletler'in barışın korunmasına yönelik faaliyetlerini güçlendireceği hususlarında mutabıktırlar.

2. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bu hakkın tam olarak gerçekleştirilmesi

²⁸ ANTAKYALIOĞLU vd, a.g.e, s.23; UN Economic and Social Committee, Implementation of the International Covenant On Economic, Social Aand Cultural Rights General Comment No. 13, §2.

²⁹ Bkz. 11 Ağustos 2003 tarih ve 25196 sayılı Resmi Gazete.

amacı ile aşağıdaki hususları kabul ederler:

(a) İlköğretim herkes için zorunlu ve parasız olacaktır;

(b) Teknik ve mesleki eğitim de dahil olmak üzere, orta öğretimin çeşitli biçimlerinin, her türlü uygun yöntemle ve özellikle parasız eğitimin tedricen yaygınlaştırılması yoluyla herkes için açık ve ulaşılabilir olması sağlanacaktır;³⁰

(c) Yüksek öğretimin, özellikle parasız eğitimin tedricen geliştirilmesi yoluyla, kişisel yetenek temelinde herkese eşit derecede açık olması sağlanacaktır;³¹

(d) İlköğretim görmemiş ya da ilköğretimi tamamlamamış olanlar için temel eğitim elden geldiğince teşvik edilecek veya yoğunlaştırılacaktır;

(e) Her düzeyde okullar sisteminin geliştirilmesi aktif bir şekilde yürütülecek, yeterli bir burs sistemi yerleştirilecek ve öğretim personelinin maddi koşulları sürekli olarak iyileştirilecektir.

3. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, ana-babaların veya -bazı durumlarda- yasal yoldan tayin edilmiş velilerin çocukları için, kamu makamlarınca kurulmuş okulların dışında, Devletin koyduğu ya da onayladığı asgari eğitim standartlarına uygun diğer okulları seçme özgürlüğüne ve çocuklarına kendi inançlarına uygun dinsel ve ahlaki eğitim verme serbestliklerine saygı göstermekle yükümlüdürler.

4. Bu maddenin hiç bir hükmü, bireylerin ve kuruluşların eğitim kurumları kurma ve yönetme özgürlüklerini kısıtlayacak şekilde yorumlanamaz; bu öz-

³⁰ Her ne kadar 11 Ağustos 2003 tarih ve 25196 sayılı Resmi Gazete'de ESKHUS'un 13/2-a maddesi bu şekilde tercüme edilmiş ise de bu tercümenin Sözleşme'nin İngilizce versiyonunu karşılamadığı kanaatini taşıyoruz. Kanaatimizce bu maddenin İngilizce orijinalinden tercümesi şu şekilde olmalıydı:

"Teknik ve mesleki eğitim de dahil olmak üzere, orta öğretimin çeşitli biçimlerinin, her türlü uygun yöntemle ve özellikle parasız eğitimin tedricen yaygınlaştırılması yoluyla herkes için genel olarak mevcut ve ulaşılabilir olması sağlanacaktır."

³¹ Her ne kadar 11 Ağustos 2003 tarih ve 25196 sayılı Resmi Gazete'de ESKHUS'un 13/2-c maddesi bu şekilde tercüme edilmiş ise de bu tercümenin Sözleşme'nin İngilizce versiyonunu karşılamadığı kanaatini taşıyoruz. Kanaatimizce bu maddenin İngilizce orijinalinden tercümesi şu şekilde olmalıydı:

"Yüksek öğretim kişisel yetenek temelinde, her türlü uygun vasıtalarla ve özellikle parasız eğitimin tedricen yaygınlaştırılması yoluyla, herkes tarafından eşit derecede ulaşılabilir hale getirilmelidir"

gürlüğün kullanılması, daima, bu maddenin 1. fıkrasında ortaya konmuş olan ilkelere uyulmasına ve böyle kurumlarda verilen eğitimin Devlet tarafından belirlenebilecek asgari standartlara uygun olması gereğine bağlıdır.”³²

ESKHUS’un 13. maddesinin (1) numaralı paragrafında herkesin eğitim hakkına sahip olduğu vurgulandıktan sonra, eğitimin amaç ve hedeflerine yer verilmektedir. Bu amaç ve hedefler arasında yer alan, insanın şahsiyetinin tam olarak gelişmesi, insan hakları ile temel özgürlüklere saygının güçlendirilmesi, tüm uluslar ve tüm ırksal ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğun geliştirilmesi ile BM’nin barışın korunmasına yönelik faaliyetlerinin güçlendirilmesi hususlarında İHEB’de de benzer düzenlemeler söz konusudur. Ancak eğitimin, onur duygusunun tam olarak gelişmesini, kişilerin özgür bir topluma etkin bir şekilde katılmasını ve etnik gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğun geliştirilmesini sağlaması şeklindeki amaçlar ESKHUS’un yenilikleri olarak dikkat çekmektedir. BM Ekonomik ve Sosyal Komitesinin ESKHUS’un uygulanmasına ilişkin 8/12/1999 tarih ve 13 Nolu Genel Yorumu’nda³³ bu amaçlar içerisinde belki de en asli olanının *“insanın şahsiyetinin tam olarak gelişmesi”* olduğu ifade edilmektedir. Genel Yorum’da eğitimin kadının güçlendirilmesinde, çocukların sömürücü ve tehlikeli işçilikten ve cinsel sömürden korunmasında, insan hakları ve demokrasinin daha ileriye götürülmesinde, çevreyi korumada ve nüfus artışının kontrolünde yaşamsal bir fonksiyonu olduğuna da dikkat çekilmektedir.³⁴

13. maddenin (2) numaralı paragrafında eğitim hakkına ilişkin devlete düşen yükümlülükler düzenlenmekte ve bu paragrafın alt başlıklarında çeşitli

³² 13. maddenin (3) ve (4) numaralı paragraflarına Türkiye tarafından şu şekilde çekince konulmuştur: Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme’nin 13. maddesinin (3). ve (4). paragrafları hükümlerini, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 3., 14. ve 42. maddelerindeki hükümler çerçevesinde uygulama hakkını saklı tutar. (Bkz. 11 Ağustos 2003 tarih ve 25196 sayılı Resmî Gazete)

³³ Genel Yorumlar her ne kadar hukuki olarak uyulması zorunlu kurallar değilse de, ESKHUS hükümlerinin etkili bir biçimde uygulanması bakımından etkilidirler ve Sözleşme’de yer alan düzenlemeler konusunda net açıklamalar içerirler. (Sital KALANTRY, Jocelyn E. GETGEN, Steven Arrigg KOH, “Enhancing Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights Using Indicators: A Focus on the Right to Education in the ICESCR”, *Human Rights Quarterly*, Sayı 32, 2010, s. 267.

³⁴ UN Economic and Social Committee, Implementation of the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 13, §1, 4.

kademelerdeki eğitim hizmetlerine ilişkin kabul edilen esaslara yer verilmektedir. Bu kapsamda ikinci paragrafta, ilköğretimin herkes için zorunlu ve bedelsiz olması, teknik ve mesleki eğitim de dâhil olmak üzere ortaöğretimin ve yükseköğretimin herkes tarafından ulaşılabilir ve tedrici olarak bedelsiz hale getirilmesi ile yeterli bir burs sisteminin yerleştirilmesi hususları yer almaktadır. İkinci paragrafın alt başlıklarında öngörülen yükümlülükleri spesifik olarak incelemeye başlamadan önce, 13 nolu Genel Yorum'da belirtildiğine göre, her tür ve kademe eğitimin taşınması gereken birbiriyle bağlantılı ve gerekli olan aşğıdaki özelliklere değinmekte yarar vardır.³⁵

Varlık: Mevcudiyet ya da varlık koşulu, taraf devletin egemenlik alanında yeterli nicelikte ve faaliyetini sürdüren eğitim kurumları ve programlarının olması anlamını taşır. Bu kurumların faaliyetlerini sürdürebilmek için ihtiyaç duydukları şeyler, içerisinde faaliyet gösterdikleri gelişimsel çevre de dahil olmak üzere sayısız faktöre dayanmaktadır; örneğin, bütün kurumlar ve programların, binalara veya dışarıdan korunabilecek yapılara, her iki cinsiyet için sıhhi tesisata, güvenli içme suyuna, ulusal düzeyde rekabetçi ücretler elde edebilen eğitimli öğretmenlere, öğretim materyallerine ve bu gibi şeylere ihtiyaç duymaları olasıyken bazı kurumlar ve programlar bunlara ilaveten kütüphane, bilgisayar hizmetleri ve bilgi teknolojileri gibi hizmetlere de gereksinim duyabilirler.

Ulaşılabilirlik: Eğitim kurumları ve programları, taraf devletin yargı alanında, ayrımcılık yapılmaksızın, herkes için ulaşılabilir olmalıdır. Ulaşılabilirliğin birbiriyle örtüşen üç boyutu bulunmaktadır:

- **Ayrımcılık Yapmama:** Eğitim özellikle hukuken ve fiilen en korumasız olan gruplar başta olmak ve yasaklanmış hiçbir temelde ayrımcılık yapılmamak kaydıyla herkes için ulaşılabilir olmalıdır,³⁶

³⁵ Bu özelliklere, UN Economic and Social Committee, Implementation of the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 13, §6'da yer verilmektedir.

³⁶ ESKHUS'un 2/2. maddesi gereğince; sözleşmeye taraf devletler, bu sözleşmede beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi her hangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler.

- **Fiziksel Ulaşılabilirlik:** Eğitim ya makul ölçüde uygun coğrafi lokasyonda (örneğin bir komşu okul) ya da modern teknoloji aracılığıyla (örneğin “uzaktan eğitim” programına ulaşım) güvenli bir fiziksel erişim içinde olmak durumundadır.
- **Ekonomik Ulaşılabilirlik:** Eğitim herkes için hesaplı (karşılabilir) olmalıdır. Ulaşılabilirliğin bu boyutu çerçevesinde, ilköğretim herkes için ücretsiz olmalı ve taraf devletler orta ve yükseköğrenimi tedricen bedelsiz hale getirmelidirler.

Kabul Görebilirlik: Müfredat ve öğretim metotları da dahil olmak üzere eğitimin şekli ve içeriği (örneğin, ilgili, kültürel olarak uygun ve iyi kalitede) öğrenciler ve uygun durumlarda veliler için kabul görebilir olmalıdır. Bu yükümlülük 13. maddenin (1) numaralı paragrafında öngörülen eğitim amaçlarına ve 13. maddenin (3) ve (4) numaralı paragrafları çerçevesinde devlet tarafından onaylanabilecek asgari eğitim standartlarına tabidir.

Uyarlanabilirlik: Eğitim değişen toplumların ve toplulukların ihtiyaçlarına adapte olabilecek ve öğrencilerin kendilerinin çeşitli sosyal ve kültürel ortamlarındaki ihtiyaçlarına cevap verebilecek şekilde esnek olmalıdır.

ESKHUS’un 13/2-a maddesi çerçevesinde ilköğretim herkes için zorunlu ve ücretsiz olmalıdır. Bu maddeden anlaşıldığı kadarıyla ilköğretimin en temel iki özelliği zorunlu ve ücretsiz olmak durumunda olmasıdır. Buradaki zorunlu olma kriterinden velilerin, temsilcilerin ya da devletin bir çocuğu okula gönderip göndermeme konusunda seçimlik bir haklarının olmadığı; ücretsiz olma kriterinden de devlet, yerel idareler ve okul yönetimleri tarafından uygulanacak harç ve diğer doğrudan maliyetlerin eğitim hakkının gerçekleşmesi noktasında caydırıcı faktörler olduğu sonuçları çıkarılabilir.³⁷ Hatta bu faktörler etkileri bakımından geriletici bir mahiyete de sahiptirler. Veliler üzerindeki zorunlu yükümlülükler (bazen gönüllü gibi gösterilse de aslında zorunlu olan) ve görece olarak pahalı bir okul kıyafeti giyilmesi gibi dolaylı maliyetler de bu kapsamda değerlendirilebilir.³⁸

³⁷ Centre for Development and Human Rights, *The Right to Development: A Primer*, New Delhi, 2004, s. 81.

³⁸ UN Economic and Social Committee, *Substantive Issues Arising In The Implementation of*

13 Nolu Genel Yorum'da, ilköğretim kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusunun cevabı için, Herkes İçin Eğitim Dünya Bildirisi'nin 5. maddesinin rehber olarak alınması gerektiği belirtilmektedir.³⁹ Bildiri'nin 5. maddesinin ilgili bölümü şu şekildedir:⁴⁰

“Aile dışında, çocukların temel eğitimi için ana hizmet mekanizması ilköğretimdir. İlköğretim evrensel olmalı, bütün çocukların temel öğrenme ihtiyaçlarının⁴¹ karşılanmasını sağlamalı ve toplumun kültürü, ihtiyaçları ve fırsatlarını hesaba katmalıdır.”

13 Nolu Genel Yorum'da ilköğretimin, temel öğrenim ile aynı anlamı taşımadığı ancak bu iki kavram arasında sıkı bir bağlantı bulunduğu vurgulanmakta ve ilköğretimin (primary) temel eğitimin (basic) en önemli bileşeni olduğu şeklindeki görüşün benimsendiği ifade edilmektedir.⁴²

ESKHUS'un 13/2-b maddesinde, teknik ve mesleki eğitimi de içerecek şekilde ortaöğretimin çeşitli biçimlerinin herkes için, özellikle parasız eğitimin tedricen yaygınlaştırılması yoluyla genel olarak mevcut ve ulaşılabilir olmasının sağlanması öngörülmektedir. 13 Nolu Genel Yorum'da *“genel olarak mevcut olmak”* deyiminin, ilk olarak, ortaöğretimin bir öğrencinin görünür kapasitesine veya yeteneğine dayanmadığı, ikinci olarak da devlet içerisinde herkesçe aynı şartlarda ulaşılabilir olacak şekilde sağlanacağı anlamına geldiği belirtilmektedir. *“Uygun olan her yolla”* deyiminin ise, farklı toplumsal ve kültürel

the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 11, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/59c6f685a5a919b8802567a50049d460?Opendocument>, (4/9/2013).

³⁹ UN Economic and Social Committee, Implementation of the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 13, §22.

⁴⁰ Herkes İçin Eğitim Dünya Bildirgesi Madde 5, http://www.unescobkk.org/fileadmin/user_upload/efa/JomtienDeclaration.pdf, (4/9/2013)

⁴¹ Herkes İçin Eğitim Dünya Bildirgesi'nin 1. maddesinde temel öğrenme ihtiyaçlarının kapsamı şu şekilde belirlenmektedir: *“...Bu ihtiyaçlar insanların yaşamak, tam kapasitelerini gerçekleştirebilmek, onur içinde yaşamak ve çalışmak, kalkınmaya tam bir şekilde katılmada bulunmak, yaşamlarının kalitelerini iyileştirmek, bilgiye dayalı karar almak ve öğrenmeye devam etmek için ihtiyaç duydukları hem gerekli öğrenme araçlarını (okur-yazarlık, sözel ifade, sayılardan anlama ve problem çözme gibi) hem de temel öğrenme içeriğini (irfan, yetenekler, değerler ve yaklaşımlar gibi) kapsamaktadır. Öğrenme ihtiyaçlarının kapsamı ve bunların nasıl karşılanması gerektiği ülkelere ve kültürlere ve kaçınılmaz olarak zamanın değişimine göre çeşitlilik arz eder.”*

⁴² UN Economic and Social Committee, Implementation of the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 13, §9.

ortamlarda ortaöğretimin sağlanması için taraf devletlerin çeşitlendirilmiş ve yaratıcı yaklaşımlar benimsemesi gerektiğine ilişkin hususu güçlendirici bir anlam taşıdığı ifade edilmektedir. Bedelsiz eğitimin tedrici olarak yaygınlaştırılması ise devletin ücretsiz ilköğretimi sağlama şeklindeki yükümlülüğüne öncelik vermesi gerektiğine ancak devletlerin bunun yanında orta ve yükseköğretimin bedelsiz hayata geçirilmesi şeklinde bir yükümlülük altında da olduklarına işaret etmektedir.⁴³

ESKHUS'un 13/2-b maddesi mesleki ve teknik eğitimin (MTE) ortaöğretimdeki özel önemine dikkat çekerek bu eğitim türünü ortaöğretimin bir parçası olarak sunmaktadır. 13 Nolu Genel Yorum'a göre MTE hakkı:⁴⁴

- Öğrencilerin kendi şahsi gelişimlerine, özgüvenlerine ve istihdam edilebilirliklerine katkı yapan bilgi ve becerileri kazanmalarını sağlar, taraf devletin ekonomik ve sosyal gelişmesini de içerecek şekilde kendi ailelerinin ve topluluklarının verimliliğini güçlendirir,
- Eğitimin verildiği kitlenin eğitsel, kültürel ve sosyal arkaplanını; ekonominin çeşitli sektörlerinde ihtiyaç duyulan bilgi, beceri ve kalifikasyonları ve iş sağlığı, güvenliği ve refahını hesaba katar,
- Teknolojik, ekonomik, istihdamla ilgili, toplumsal veya diğer değişimler nedeniyle, sahip oldukları bilgi ve becerileri modası geçmiş hale gelmiş gelen yetişkinler için yeniden eğitime olanak sağlar,
- Öğrencilere, özellikle gelişmekte olan ülkelerden olanlar olmak üzere, mesleki ve teknik eğitimi, teknolojinin uygun bir şekilde transfer ve adaptasyonu düşüncesiyle, başka ülkelerde alma imkanı sağlayacak programlar içerir,
- Sözleşme'nin ayrımcılık yasağı ve eşitlik hükümleri çerçevesinde, kadınların, kızların, okul dışındaki gençlerin (out-of-school youth), işsiz gençlerin, göçmen işçilerin çocuklarının, mültecilerin, özürülülerin ve diğer dezavantajlı grupların mesleki ve teknik eğitimini teşvik edecek programlar içerir.⁴⁵

⁴³ UN Economic and Social Committee, Implementation of the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 13, §13, 14.

⁴⁴ UN Economic and Social Committee, Implementation of the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 13, §16.

⁴⁵ Bu yükümlülük devletlerin eğitim hizmetini ulusal ya da etnik, doğum ya da başka bir statü-

ESKHUS'un 13/2-c maddesi yükseköğretimin, kişisel yetenek temelinde, her türlü uygun vasıtalarla ve özellikle parasız eğitimin tedricen yaygınlaştırılması yoluyla, herkes tarafından eşit derecede ulaşılabilir hale getirilmesini düzenlemektedir. 13 Nolu Genel Yorum'da belirtildiği üzere, ortaöğretimin "genel olarak mevcut ve ulaşılabilir olması" gerekmesine karşılık, yükseköğretim kişisel yetenek temelinde herkes tarafından eşit derecede ulaşılabilir hale getirilmelidir. Buna göre, yükseköğretim, herkes için "genel olarak mevcut" olmak değil "yetenek temelinde mevcut" olmak durumundadır. Bireylerin "yetenekleri", kendilerinin ilgili tüm deneyim ve uzmanlıkları değerlendirmeye alınarak belirlenmelidir.⁴⁶

ESKHUS'un 13/2-d maddesi ilköğretim görmemiş ya da ilköğretimi tamamlamamış olanlar için temel eğitimin olabildiğince teşvik edilmesini veya yoğunlaştırılmasını düzenlemektedir. Bu maddede geçen temel eğitim (fundamental education) ifadesi Herkes için Eğitim Dünya Bildirgesi'nin 1. maddesinde bahsedilen temel eğitim (basic education) ifadesini karşılamaktadır. Bu kapsamda, ilköğretimi hiç alamamış ya da eğitimini tamamlayamamış bireylerin Herkes için Eğitim Dünya Bildirgesi'nin 1. maddesinde tanımlanan temel eğitimi alma hakkı vardır.⁴⁷

13 Nolu Genel Yorum'da temel eğitim hakkından faydalanmanın yaş veya cinsiyetle sınırlandırılmış olmadığı vurgulanmakta ve bu hakkın çocuk ve gençler yanında yetişkinleri (ihtiyarları da içerecek şekilde) de kapsadığı ifade edilmektedir. Temel eğitim bütün bu yaş gruplarını kapsamına aldığından müfredat ve eğitimi sunma yöntemleri her yaştaki öğrenciye uygun olacak şekilde tasarlanmalıdır.⁴⁸

ye (göçmenlik statüsü dahil) göre ayrımcılık yapmadan sunmasını gerektirmektedir. (Esther KIM, "Smaller Steps Towards Progress in the Dominican Republic: Securing Equal Access to Education for Dominico-Haitian Children", *Boston University international Law Journal*, 2013, vol. 31, no. 1, s. 175.

⁴⁶ UN Economic and Social Committee, Implementation of the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 13, §19.

⁴⁷ UN Economic and Social Committee, Implementation of the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 13, §22.

⁴⁸ UN Economic and Social Committee, Implementation of the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 13, §24.

ESKHUS'un 13/2-e maddesi her kademedeki okullar sisteminin geliştirilmesinin aktif bir şekilde sürdürülmesi, yeterli bir burs sisteminin kurulması ve öğretim personelinin maddi koşullarının sürekli olarak iyileştirilmesine yönelik düzenlemeler içermektedir. 13 Nolu Genel Yorum'da belirtildiği ve Sözleşme'nin 13 ve 14. maddelerinin yazımlarından da anlaşılacağı üzere okullar sisteminin geliştirilmesinde öncelik ilköğretime verilmek durumundadır. Yeterli bir burs sisteminin oluşturulması ile ilgili yükümlülük ESKHUS'un ayrımcılık yasası ve eşitlik ile ilgili hükümleri ile birlikte düşünülmeli ve burs sistemi dezavantajlı gruplardaki bireyler için eğitime ulaşımın eşitliğini güçlendirmelidir.⁴⁹

ESKHUS'un 13. maddesinin (3) ve (4) numaralı paragrafları eğitimsel özgürlüğü düzenlemektedir. 13. maddenin (3) numaralı paragrafında yer alan düzenlemelerden ilki, taraf devletlerin, ebeveynlerin ve kanuni temsilcilerin çocuklarının kendi inançlarıyla uyumlu dini ve ahlaki eğitim almasını sağlama özgürlüklerine saygı gösterme yükümlülüğüdür. 13 Nolu Genel Yorum'a göre, 13. maddenin (3) numaralı paragrafı, kamuya ait okullarda, dinlerin genel tarihi ve etik gibi konulardaki derslerin, objektif ve önyargısız olmak, düşünce, vicdan ve ifade özgürlüklerine saygı gösterilmek koşuluyla verilmesini olanaklı kılmaktadır. Bu çerçevede, belirli bir din veya inancın eğitimini içeren kamusal eğitimin, ebeveynlerin ve kanuni temsilcilerin isteklerine yer verecek şekilde istisnalar ve alternatifler sunmaması durumunda, 13. maddenin (3) numaralı paragrafı ile bağdaşmayacağı ifade edilmektedir.⁵⁰

13. maddenin (3) numaralı paragrafının bir diğer yönü, ebeveynlerin ve kanuni temsilcilerin, devletin belirlediği ya da onayladığı asgari eğitim standartlarına uygun, kamu okulları dışındaki diğer okulları seçme özgürlüğüne ilişkindir. 13 Nolu Genel Yorum'da da ifade edildiği üzere, bu düzenleme 13. maddenin (4) numaralı paragrafında yer alan, bireylerin ve kuruluşların eğitim kurumları kurma ve yönetme özgürlükleri ile birlikte değerlendirilmelidir. 13. maddenin (4) numaralı paragrafı uyarınca, herkes, vatandaş olmayanlar da dahil, eğitim kurumları kurma ve yönetme hürriyetine sahiptir. Bu özgürlük tüzel

⁴⁹ UN Economic and Social Committee, Implementation of the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 13, §25, 26.

⁵⁰ UN Economic and Social Committee, Implementation of the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 13, §28.

kişilikler için de geçerlidir. Bu özgürlük, kreş ve çocuk bakımevleri, üniversiteler ve yetişkinler için eğitim kurumları da dahil olmak üzere her türlü eğitim kurumu kurma ve yönetme özgürlüğünü içerir. 13 Nolu Genel Yorum'a göre bu madde devlete ayrıca; ayrımcılık yasağı, fırsat eşitliği ve herkesin toplumda etkin bir biçimde yer alması ilkeleri çerçevesinde, bireylerin ve kuruluşların eğitim kurumları kurma ve yönetme özgürlüklerinin, toplumdaki bazı gruplar için eğitimsel olanaklar açısından aşırı farklılıklara sebep olmamasını sağlama şeklinde bir yükümlülük de öngörmektedir.⁵¹

13. maddenin eğitimsel özgürlüğü düzenleyen (3) ve (4) numaralı paragrafları, devletin negatif yükümlülüklerine işaret etmekte ve önemli bir mali külfet gerektirmemektedir. Burada devletin yükümlülüğü saygı göstermek şeklinde ifade edilen, bireysel özgürlüğe müdahale etmeme yükümlülüğüdür. Bir önceki başlık altında açıklanan MSHUS'un 18. maddesinin (4) numaralı paragrafı ile ESKHUS'un 13. maddesinin (3) numaralı paragrafının ebeveynlerin çocuklara kendi dinançlarına uygun dinsel ve ahlaki eğitim verme özgürlüklerini içermeye yönünden kesiştiğini vurgulamakta yarar vardır.⁵² Öte yandan her iki belgedeki düzenlemeler İHEB'in 26. maddesinin (3) numaralı paragrafında yer alan "Ebeveynler, çocuklarına verilecek eğitim türünü seçmek hakkını öncelikle haizdirler" şeklindeki düzenleme ile de paralellik arz etmektedir.

IV. ÇOCUK HAKLARINA DAİR SÖZLEŞME

İnsan hakları hukuku literatüründe sıklıkla vurgulandığı üzere, Türkiye'nin de taraf olduğu ÇHS,⁵³ BM tarihinde en çok devlet tarafından onaylanmış olan sözleşme niteliğine sahiptir.⁵⁴ ÇHS de İHEB ve ESKHUS gibi eğitim hakkını dü-

⁵¹ UN Economic and Social Committee, Implementation of the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 13, §29, 30.

⁵² Fons COOMANS, "Clarifying the Core Elements of the Right to Education", The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights, ed. Fons Coomans and Fried van Hoof, SIM Special No. 18, SIM, Utrecht, 1995, <http://www.uu.nl/faculty/leg/nl/organisatie/departementen/departementrechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/studiee-informatiecentrummensrechten/publicaties/simspecials/18/Documents/18-03.pdf>, (9/11/2013)

⁵³ Türkiye ÇHS'ye 9/12 1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun uyarınca taraf olmuş ve bu Sözleşme Türkiye açısından 4/5/1995 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

⁵⁴ Robert JOHNSON, The Child's Right to an Education: 'Consensus-Minus-One'?", *International Journal of Children's Rights*, 18 (2010), s. 185.

zenlerken hem bu hakkın içerik ve amacına hem de devletin bu alandaki yükümlülüklerine yer vermiştir.⁵⁵

Aslında ÇHS yukarıda İHEB ve ESKHUS başlıkları altında açıklanan eğitimle ilgili hakları tekrar etmektedir. ÇHS'nin eğitim hakkını ele alan maddelerinin yazım biçimi özellikle ESKHUS ile paralellik arz etmektedir. Ancak ÇHS'yi eğitim hakkını düzenleyen diğer uluslararası hukuk metinlerinden ayıran temel özellik, bu Sözleşme'de eğitim hakkının hem koruyucu hem de güçlendirici bir yaklaşımla çocuk⁵⁶ odaklı ve çocukların ihtiyaçları düşünülerek düzenlenmiş olmasıdır. Koruyucu olmaktan kasıt, Sözleşme'nin çocukları okullarda insani olmayan disiplin sistemlerine karşı ve çocuğun eğitimini engelleyecek çocuk işçiliğine karşı koruması ve özellikle savunmasız çocukların eğitimi için spesifik koruma mekanizmaları öngörmüş olmasıdır. Güçlendirici olmaktan kasıt ise, Sözleşme hükümlerinin çocukların daha fazla özgürleşmelerini, özerkleşmelerini ve sorumluluk duygularının artmasını içeren bir anlayışı yansıtmayı ve ebeveynlerin rolünün belirleyici olmaktan ziyade rehberlik edici bir mahiyete kavuşturulmasını öngörmesidir.⁵⁷ ÇHS'nin belirgin özelliklerinden bir diğeri, özel korunmaya ihtiyaç duyan risk altındaki çocuklar için, bu çocukların diğer haklarda olduğu gibi eğitim hakkına erişimde de ayrımcılığa maruz kalma ihtimallerinin yüksek olması nedeniyle, özel hükümlere yer vermiş olmasıdır.⁵⁸Buraya kadar anlatılanlardan çıkan sonuca göre, ÇHS uluslararası hukuktaki

⁵⁵ Devletlerin eğitim hakkına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirirken **eldeki mevcut kaynaklarının azami miktarı ölçüsünde** sorumlu olduklarına dikkat çekmek gerekir. Bu husus ÇHS'nin 4. maddesinde "*Taraf Devletler, bu Sözleşme'de tanınan hakların uygulanması amacıyla gereken her türlü yasal, idari ve diğer önlemleri alırlar. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin olarak, Taraf Devletler **eldeki kaynaklarını olabildiğince geniş tutarak, gerekirse uluslararası işbirliği çerçevesinde bu tür önlemler alırlar.***" denilmek suretiyle ESKHUS'un 2/1. maddesinde ise "*Bu Sözleşme'ye Taraf her Devlet, münferiden ve ekonomik ve teknik plan başta olmak üzere uluslararası yardım ve işbirliği yoluyla, **mevcut kaynakların azamisini kullanarak, bilhassa yasal düzenleme suretiyle alınacak tedbirleri de içerecek şekilde her türlü uygun yöntem vasıtasıyla, bu Sözleşme'de tanınan hakların tam olarak kullanılmasını aşamalı olarak sağlamak amacıyla tedbirler almayı taahhüt eder.***" şeklinde ifade edilmiştir.

⁵⁶ ÇHS'nin 1. maddesine göre, "*bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır*". (Çeviri için bkz. UNICEF, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Birinci Kısım, Madde 21-30, http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23d.html#art23, (1/10/2013)).

⁵⁷ VERHEYDE, a.g.e, s. 9.

⁵⁸ ANTAKYALIOĞLU vd., a.g.e, s. 24, Gerçekten de ÇHS'nin 23. maddesi zihinsel ya da bedensel

eğitim hakkıyla ilgili düzenlemeleri çocuk merkezli olarak yeniden kavramsal-
laştırmıştır.⁵⁹

Eğitim hakkı ÇHS'nin 28. ve 29. maddelerinde düzenlenmiş olup, söz konu-
su maddeler şu şekildedir:

"Madde 28

*1. Taraf Devletler, çocuğun eğitim hakkını tanırlar ve bu hakkın fırsat eşitliği
temelinde ve tedricen gerçekleştirilmesi görüşüyle özellikle:*

a. İlköğretimi herkes için zorunlu ve parasız olarak mevcut hale getirirler;

*b. Genel ve mesleki eğitimi içerecek şekilde ortaöğretimin çeşitli şekillerinin
gelişmesini teşvik ederler, bunları her çocuğun erişimine açık ve hazır hale ge-
tirirler, öğretimin bedelsiz olması ve ihtiyaç halinde mali yardım yapılması gibi
olanakların sunulması için uygun tedbirleri alırlar,*

özürlü çocukların eğitim hakkına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Söz konusu madde şu
şekildedir:

"Madde 23

Taraf Devletler zihinsel ya da bedensel özürlü çocukların saygınlıklarını güvence altına alan,
özgüvenlerini geliştiren ve toplumsal yaşama etkin biçimde katılmalarını kolaylaştıran şart-
lar altında eksiksiz bir yaşama sahip olmalarını kabul ederler.

*Taraf Devletler, özürlü çocukların özel bakımdan yararlanma hakkını tanırlar ve eldeki
kaynakların yeterliliği ölçüsünde ve yapılan başvuru üzerine, yardımdan yararlanabilecek
durumda olan çocuğa ve onun bakımından sorumlu olanlara, çocuğun durumu ve ana-
babanın veya çocuğa bakanların içinde buldukları koşullara uygun düşecek yardımı yap-
ılmasını teşvik ve taahhüt ederler.*

Özürlü çocuğun, özel bakıma gereksinimi olduğu bilincinden hareketle bu maddenin 2'nci
fıkrası uyarınca yapılması öngörülen yardım, çocuğun ana-babasının ya da çocuğa bakan-
ların parasal (mali) durumları gözönüne alınarak, olanaklar ölçüsünde ücretsiz sağlanır. Bu
yardım; özürlü çocuğun eğitimi, meslek eğitimi, *tıbbi bakım hizmetleri, rehabilitasyon hiz-
metleri, bir işte çalışabilecek duruma getirme hazırlık programları ve dinlenme/eğlenme
olanaklarından etkin olarak yararlanmasını sağlamak üzere düzenlenir ve çocuğun en ek-
siksiz biçimde toplumla bütünleşmesi yanında, kültürel ve ruhsal yönü dahil bireysel geliş-
mesini gerçekleştirme amacını güder.*

^T *araf Devletler, uluslararası işbirliği ruhu içinde, özürlü çocukların koruyucu sıhhi bakımı, tıbbi,
psikolojik ve işlevsel tedavileri alanlarına ilişkin gerekli bilgilerin alışverişi yanında, reha-
bilitasyon, eğitim ve mesleki eğitim hizmetlerine ilişkin yöntemlerin bilgilerini de içerecek
şekilde ve Taraf Devletlerin bu alanlardaki güçlerini, anlayışlarını geliştirmek ve deneyimle-
rini zenginleştirmek amacıyla bilgi dağıtımını ve bu bilgiden yararlanmayı teşvik ederler. Bu
bakımdan, gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri, özellikle gözönüne alınır." (Çeviri için
bkz. UNICEF, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Birinci Kısım, Madde 21-30, http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23d.html#art23, (1/10/2013).*

⁵⁹ VERHEYDE, a.g.e, s. 9.

c. Uygun bütün araçlar vasıtasıyla, yüksek öğretimi yetenek temelinde herkese açık hale getirirler;

d. Eğitimsel ve mesleki bilgi ve rehberliği bütün çocuklar için hazır ve ulaşılabılır hale getirirler;

e. Okullarda düzenli biçimde devamın sağlanmasının teşviki ve okuldan ayrılma oranlarının azaltılması için önlem alırlar.

2. Taraf Devletler, okul disiplininin çocuğun insan onuruyla tutarlı bir biçimde ve bu Sözleşme'ye uygun bir biçimde idare edilmesini garanti altına almak amacıyla gerekli olan tüm uygun önlemleri alırlar.

3. Taraf Devletler eğitimle ilgili hususlarda, özellikle cahilliğin ve okuma yazma bilmemenin dünya çapında elimine edilmesine katkıda bulunma ve bilimsel ve teknik birikime ve modern eğitim yöntemlerine erişimi kolaylaştırma şeklindeki bir yaklaşımla, uluslararası işbirliğini güçlendirir ve teşvik ederler. Bu konuda, gelişmekte olan ülkelerin ihtiyaçları özellikle hesaba katılır.

Madde 29

1. Taraf Devletler çocuk eğitiminin aşağıdaki amaçlara yönelik olmasını konusunda mutabıktırlar:

a. Çocuğun şahsiyetinin, yeteneklerinin, mental ve fiziki yeteneklerinin tam potansiyellerine ulaşacak şekilde geliştirilmesi;

b. İnsan hakları ve temel özgürlüklere ve Birleşmiş Milletler Andlaşmasında kabul edilen prensiplere saygının geliştirilmesi;

c. Çocuğun ebeveynlerine, kendi kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, yaşadığı veya kökeninin bulunduğu ülkenin ulusal değerlerine ve kendisinininkiler dışındaki farklı medeniyetlere saygısının geliştirilmesi;

d. Çocuğun, anlayış, barış, tolerans, cinsiyet eşitliği ve etnik, ulusal, dinsel gruplar ve yerli halkları içerecek şekilde tüm insanlar arasında dostluk ruhu içerisinde, özgür bir toplumda, sorumlu bir şekilde yaşamaya hazırlanması;

e. Doğal çevreye saygının geliştirilmesi.

2. Bu maddenin veya 28. maddenin hiçbir bölümü gerçek ve tüzel kişilerin

eğitim kurumları kurmak ve yönetmek özgürlüğüne, bu maddenin 1. paragrafında belirtilen prensiplere ve bu kurumlarda yapılan eğitimin Devlet tarafından belirlenen minimum standartlara uygun olması şeklindeki gerekliliklere uygun olmak kaydıyla, engelleyecek biçimde yorumlanmayacaktır.”⁶⁰

ÇHS'nin 28 maddesinin (1) numaralı paragrafı eğitim kademeleri arasında bir ayırım yapmakta ve ilköğretimin “zorunlu ve parasız”, orta öğretimin “erişime açık ve hazır”, yüksek öğretimin ise “yetenek temelinde herkese açık” olmasını öngörmektedir.⁶¹

ÇHS'nin 28/1-a maddesinde ilköğretimin herkes için zorunlu olması ve parasız olarak sunulması öngörülmektedir. Aynı yönde bir hüküm ESKHUS'un 13/2-a maddesinde de bulunmakla birlikte, devletin bu konudaki yükümlülüğü ÇHS'de daha belirgin bir biçimde ifade edilmektedir. Aslında ESKHUS ve ÇHS'de yer alan bu hükümler İHEB'in 26. maddesinin (1) numaralı paragrafında öngörülen düzenlemeleri detaylandırmaktadır.⁶² Esasen uluslararası sözleşmelerde eğitim hakkıyla ilgili düzenlemelerin tekrarlanması özellikle çocuklarla ilgili olarak bu hakkın taşıdığı önem konusundaki yaygın farkındalığı yansıtmaktadır.⁶³ Ancak ÇHS'nin 28/1-a maddesi, aynı maddenin birinci paragrafının giriş cümlesiyle birlikte okunduğunda ilköğretimin herkes için zorunlu ve parasız olarak sunulmasının tedricen yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğu anlaşılmaktadır. Bu ifade tarzı, ESKHUS'un bu konuda tedrici bir gelişim öngörmemesi nedeniyle, ESKHUS'taki düzenlemelere kıyasla daha zayıf bir ifadelendirme olarak değerlendirilebilir. Ancak ÇHS'nin 41. maddesinde yer alan “*Bu Sözleşme’de yer alan hiçbir husus, çocuğun haklarının hayata geçirilmesine daha fazla yardımcı olan ve taraf devletin kendi hukukunda veya Devlet açısından yürürlükte bulunan uluslararası hukukta yer alan herhangi bir hükmü etkilemeyecektir.*”⁶⁴ şeklindeki hüküm dikkate alındığında, ESK-

⁶⁰ Bu maddelerin tercümesi UNICEF, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Birinci Kısım, Madde 21-30, http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23d.html#art23, (1/10/2013) adresinde yer alan tercümeden de istifade edilerek tarafımızca yapılmıştır.

⁶¹ JOHNSON, a.g.m, s. 188.

⁶² JOHNSON, a.g.m, s. 187.

⁶³ KIM, a.g.m, s. 170.

⁶⁴ Bu maddenin tercümesi UNICEF, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Birinci Kısım, Madde 31-41, <http://www.unicef.org/turkey/crc/cr23e.html#art41>, (1/10/2013) adresinde yer alan

HUS'a taraf olan devletler açısından ESKHUS'ta bu yükümlülükle ilgili yer alan daha kuvvetli ifadelerin geçerli olduğu söylenebilir.⁶⁵

ÇHS'nin 28/1-b maddesi, devletlerin genel ve mesleki eğitimi içerecek şekilde ortaöğretimin çeşitli şekillerinin gelişmesini teşvik etmesinden söz etmesine rağmen ESKHUS'un bu konudaki ifadesi daha nettir. ESKHUS'un 13/2-b maddesi bu konuda devletlerin, teknik ve mesleki eğitim de dahil olmak üzere, orta öğretimin çeşitli biçimlerini sağlamasını öngörmektedir. Aynı şekilde ÇHS'nin 28/1-c maddesi yüksek öğretimin yetenek temelinde herkese açık hale getirilmesi şeklinde bir yükümlülük öngörürken, ESKHUS'un 13/2-c maddesi, yüksek öğretimin özellikle "*parasız eğitimin tedricen geliştirilmesi*" yoluyla, kişisel yetenek temelinde herkese eşit derecede açık olmasının sağlanmasını öngörmesi nedeniyle, daha geniş bir yükümlülük öngörmektedir. Anlatılanlar ışığında ÇHS'nin bu alanlardaki düzenlemelerinin ESKHUS'un gerisinde kaldığı söylenebilir. ÇHS'deki düzenlemelerin ESKHUS'a göre daha zayıf bir şekilde ifadelendirilmiş olmasının sebebi ekonomik anlamda görece olarak zayıf devletlerin aşırı bir yük altına sokulmaması olarak gösterilmiştir. Ancak ÇHS'nin eğitim hakkı alanında küresel düzeyde geçerliliği olan diğer normları geride bırakma iddiası dikkate alındığında bu alanla ilgili daha düşük standartlar içeren ÇHS hükümlerinin dikkate alınmaması gerekir.⁶⁶

ÇHS'nin 28/1-d ve 28/1-e maddelerinde yer alan;

- eğitimsel ve mesleki bilgi ve rehberliğin bütün çocuklar için hazır ve ulaşılabilir hale getirilmesi,
- okullarda düzenli biçimde devamın sağlanmasının teşviki ve okuldan ayırılma oranlarının azaltılması,

tercümeden de istifade edilerek tarafımızca yapılmıştır.

⁶⁵ Wouter VANDENHOLE vd., "Undocumented children and the right to education: illusory right or empowering lever?", *International Journal of Children's Rights* 19 (2011), s. 620, 621.

⁶⁶ BEITER, a.g.e, 117. Bu noktada ÇHS'nin 41. maddesinde yer alan "*Bu Sözleşme'de yer alan hiçbir husus, çocuğun haklarının hayata geçirilmesine daha fazla yardımcı olan ve taraf devletin kendi hukukunda veya Devlet açısından yürürlükte bulunan uluslararası hukukta yer alan herhangi bir hükmü etkilemeyecektir.*" şeklindeki hükmü tekrar hatırlatmakta yarar vardır. (Bu maddenin tercümesi UNICEF, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Birinci Kısım, Madde 31-41, <http://www.unicef.org/turkey/crc/cr23e.html#art41>, (1/10/2013) adresinde yer alan tercümeden de istifade edilerek tarafımızca yapılmıştır.)

konusundaki düzenlemeler tamamen ÇHS'nin yenilikleridir.⁶⁷

ÇHS'nin 28. maddesinin (2) numaralı paragrafı devletlerin, okul disiplininin çocuğun insan onuruyla tutarlı bir biçimde ve bu Sözleşme'ye uygun bir biçimde idare edilmesini garanti altına almak amacıyla gerekli olan tüm uygun önlemleri almasını öngörmektedir. Aslında bu maddede ifade edilmek istenen husus ÇHS'nin 37/1-a maddesinde "...Hiçbir çocuk, işkence veya diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele ve cezaya maruz bırakılmamalıdır..."⁶⁸ şeklindeki düzenlemede yasaklanan muamelelerin disiplin önlemleri kapsamında uygulanmasının engellenmesidir.⁶⁹ Taraf devletlerin ÇHS'ye ilişkin uygulamalarını izlemekle görevli BM organı olan Çocuk Hakları Komitesince yayımlanan 1 Nolu Genel Yorum'un 8. paragrafında bu husus şu şekilde ifade edilmektedir:

"Çocuklar okul kapısından içeri geçtiklerinde insan haklarını kaybetmezler. Bu nedenle, örneğin, eğitim çocuğun insan onuruna saygılı bir biçimde verilmelidir ... Eğitim aynı zamanda disipline ilişkin 28/2. maddede öngörülen katı sınırlamalara uygun olarak sunulmalı ve okullarda şiddetten uzak bir ortamı teşvik etmelidir. Komite ... müteaddit defalar, dayanın haysiyete ve okul disiplinine ilişkin katı sınırlamalara uygun düşmediğini belirtmiştir..."⁷⁰

ÇHS'nin 28. maddesinin (3) numaralı paragrafı eğitimle ilgili konularda uluslararası işbirliğine ilişkin hususları düzenlemektedir. Aslında ÇHS'nin 4. maddesinde yer alan "... Taraf devletler, bu Sözleşme'de kabul edilen hakların uygulanması açısından uygun olan bütün yasal, idari ve diğer tedbirleri alırlar.

⁶⁷ BEITER, a.g.e, 117, 118.

⁶⁸ Bu maddenin tercümesi UNICEF, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Birinci Kısım, Madde 31-41, <http://www.unicef.org/turkey/crc/cr23e.html#art41>, (1/10/2013) adresinde yer alan tercümeden de istifade edilerek tarafımızca yapılmıştır.

⁶⁹ BEITER, a.g.e, s. 118.

⁷⁰ Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 1 (2001) Article 29 (1): the Aims of Education, §8, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/412/53/PDF/G0141253.pdf?OpenElement>, (3/10/2013), 1 nolu Genel Yorum'un çevirisinde International Children's Center, *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye İlişkin Genel Yorumları 2001-2006*, [http://www.cocukvemediyahareketi.org/Files/pdf/kararlar_arastirmalar/BM_Cocuk_Haklari_Sozlesmesine_Ek_Protokoller/BM_Cocuk_Haklari_Komitesinin_Cocuk_Haklarina_Dair_Sozlesme_ye_Iliskin_Yorumlari_2001-2006_\(ICC\).pdf](http://www.cocukvemediyahareketi.org/Files/pdf/kararlar_arastirmalar/BM_Cocuk_Haklari_Sozlesmesine_Ek_Protokoller/BM_Cocuk_Haklari_Komitesinin_Cocuk_Haklarina_Dair_Sozlesme_ye_Iliskin_Yorumlari_2001-2006_(ICC).pdf), (9/11/2013)'de yer alan tercümeden geniş ölçüde yararlanılmıştır.

Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar açısından, taraf devletler bu tür tedbirleri eldeki mevcut kaynaklarının azami ölçüsünde ve gerek duyulan yerlerde uluslararası işbirliği çerçevesinde alırlar”⁷¹ şeklindeki hüküm de uluslararası işbirliği öngörmele birlikte 28. maddenin (3) numaralı paragrafında eğitim alanına ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır.⁷² Çocuk Hakları Komitesince yayımlanan 5 Nolu Genel Yorum’un 7. paragrafında da, “...Devletler Sözleşmeyi onayladıklarında, sözleşme hükümlerinin sadece kendi yargı alanlarında uygulanması yükümlülüğünü üstlenmekle kalmayıp aynı zamanda, uluslararası işbirliği vasıtasıyla, küresel uygulamasına katkıda bulunma yükümlülüğünü de üstlenmektedirler” denilmektedir.⁷³

28. maddenin (3) numaralı paragrafında yer alan “...Bu konuda, gelişmekte olan ülkelerin ihtiyaçları özellikle hesaba katılır.” şeklindeki cümle kredi sağlayanların ya da yardımda bulunan ülkelerin eğitim konularıyla ilgili kalkınma işbirliğine yönelik önceliklerini doğru belirlemeleri gerektiğine işaret etmektedir. Esasen yardıma ihtiyacı bulunan ülkelere hiçbirisi göz ardı edilmeksizin, öncelik geliştirmekte olan ülkelere verilmelidir.⁷⁴

ÇHS’nin 28. maddesinde eğitim hakkının içeriği düzenlendikten sonra, 29. maddede bu hakkın amaçları sıralanmaktadır. ÇHS’nin 29. maddesinin (1) numaralı paragrafı eğitimin yönelmesi gereken amaçları belirlemeye yönelik olarak kaleme alınmıştır. Bu maddeye ilişkin açıklamalar Çocuk Hakları Komitesince yayımlanan 1 No.lu Genel Yorum’da yapılmıştır. Genel Yorum’un (1) numaralı paragrafına göre, ÇHS’nin 29. maddesinin (1) numaralı paragrafı, çok geniş kapsamda bir öneme sahiptir. Bu maddede sayılan ve taraf devletlerce üzerinde anlaşılacak eğitimin amaçları, ÇHS’nin çekirdek değerini yani her çocuğun doğuştan sahip olduğu insan onurunu ve eşit ve geri alınması mümkün olmayan haklarını yaygınlaştırır, destekler ve korur. 29. maddenin (1) numaralı

⁷¹ Bu maddenin tercümesi UNICEF, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Birinci Kısım, Madde 21-30, <http://www.unicef.org/turkey/crc/cr23c.html#art4>, (1/10/2013) adresinde yer alan tercümeden de istifade edilerek tarafımızca yapılmıştır.

⁷² VERHEYDE, a.g.m, s. 65.

⁷³ Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 5 (2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), http://www.unicef-irc.org/portfolios/general_comments/GC5_en.doc.html, (3/10/2013)

⁷⁴ VERHEYDE, a.g.m, s. 68.

paragrafında beş alt başlık altında sayılan bu amaçların hepsi, çocuğun özel gelişimsel ihtiyaçları ile gelişmekte olan yeteneklerinin çeşitliliğini de dikkate alarak, çocuğun insan onurunun ve haklarının gerçekleştirilmesiyle doğrudan bağlantılıdır. 29. maddenin (1) numaralı paragrafında belirtilen amaçlar;

- insan haklarına saygının gelişimi (29/1-b),
- kimlik ve bağlılık duygusunun güçlendirilmesi (29/1-c),
- sosyalleşmenin ve başkalarıyla ilişki kurmanın gelişimi (29/1-d) ile
- çevreyle etkileşimin (29/1-e) gelişmesini de içerecek şekilde,
- çocuğun tam potansiyelinin bütünlüklü gelişimidir (29/1-a).⁷⁵

1 Nolu Genel Yorum'un (2) numaralı paragrafına göre, 29. maddenin (1) numaralı paragrafı 28. maddede tanınan ve çocuğun haklarını ve doğuştan gelen onurunu yansıtan eğitim hakkına nitel bir boyut katmakla kalmayıp; aynı zamanda eğitimin çocuk merkezli, çocuk dostu ve güçlendirici olması ihtiyacına vurgu yapmakta ve eğitim süreçlerinin bu paragrafta belirtilen ilkelere üzerine yapılandırılması ihtiyacına dikkat çekmektedir. Her çocuğun hakkı olan eğitim, çocuğu yaşam becerileriyle donatacak, çocuğun insan haklarının tümünden yararlanabilme kapasitesini güçlendirecek ve uygun insan hakları değerleriyle beslenen bir kültürü teşvik edecek bir eğitim olmalıdır. Buradaki amaç, çocuğu, becerilerini, öğrenme ve diğer kapasitelerini, insan onurunu, özsaygısını ve özgüvenini geliştirmek suretiyle güçlendirmektir. Bu çerçevede "eğitim", çocukların bireysel veya kolektif olarak şahsiyetlerini, yeteneklerini ve becerilerini geliştirmelerine ve toplumda tam ve tatmin edici bir biçimde yaşamalarına olanak sağlayan çok çeşitli hayat tecrübelerini ve öğrenme süreçlerini de kapsamına alarak örgün eğitimin çok daha ötesine geçer.⁷⁶

⁷⁵ Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 1 (2001) Article 29 (1): the Aims of Education, §1, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/412/53/PDF/G0141253.pdf?OpenElement>, (3/10/2013), 1 nolu Genel Yorum'un çevirisinde International Children's Center, *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye İlişkin Genel Yorumları 2001-2006*, [http://www.cocukvededyahareketi.org/Files/pdf/kararlar_arastirmalar/BM_Cocuk_Haklari_Sozlesmesine_Ek_Protokoller/BM_Cocuk_Haklari_Komitesinin_Cocuk_Haklarina_Dair_Sozlesme_ye_Iliskin_Yorumlari_2001-2006_\(ICC\).pdf](http://www.cocukvededyahareketi.org/Files/pdf/kararlar_arastirmalar/BM_Cocuk_Haklari_Sozlesmesine_Ek_Protokoller/BM_Cocuk_Haklari_Komitesinin_Cocuk_Haklarina_Dair_Sozlesme_ye_Iliskin_Yorumlari_2001-2006_(ICC).pdf), (9/11/2013)'de yer alan tercümeden geniş ölçüde yararlanılmıştır.

⁷⁶ Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 1 (2001) Article 29 (1): the Aims of Education, §2, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/412/53/PDF/G0141253.pdf?OpenElement>, (3/10/2013), 1 nolu Genel Yorum'un çevirisinde Interna-

1 Nolu Genel Yorum'un (9) numaralı paragrafında ise, 28. maddenin eğitim sistemlerinin kurulması ve bunlara erişimin garanti edilmesine ilişkin Devlet yükümlülüklerine odaklandığı, 29. maddenin (1) numaralı paragrafının ise belirli bir niteliğe sahip eğitime yönelik bireysel ve öznel bir hakkın altını çizdiği ifade edilmektedir. ÇHS'nin çocuğun yüksek menfaati çerçevesinde hareket edilmesinin önemi yönündeki vurgusuyla tutarlı olduğu belirtilen bu paragrafta çocuk merkezli eğitimin şu şekildeki mesajı vurgulanmaktadır: eğitimin asli amacı, her çocuğun özgün karakteri, menfaatleri, yetenekleri ve öğrenme ihtiyaçlarının bulunduğu gerçeğini gözönünde tutarak, birey olarak çocuğun şahsiyetinin, becerilerinin ve yeteneklerinin geliştirilmesidir.

ÇHS'nin 29. maddesinin (2) numaralı paragrafında yer alan:

*"Bu maddenin veya 28. maddenin hiçbir bölümü gerçek ve tüzel kişilerin eğitim kurumları kurmak ve yönetmek özgürlüğüne, bu maddenin 1. paragrafında belirtilen prensiplere ve bu kurumlarda yapılan eğitimin Devlet tarafından belirlenen minimum standartlara uygun olması şeklindeki gerekliliklere uygun olmak kaydıyla, engelleyecek biçimde yorumlanmayacaktır."*⁷⁷

şeklindeki düzenleme ÇHS'nin 5. maddesinde yer alan:

*"Taraflar Devletler, bu Sözleşme'nin çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun gelişen yetenekleri ile tutarlı bir biçimde, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ebeveynlerin, lokal geleneklerce kabul görmüşse geniş aile veya topluluk üyelerinin, kanuni temsilcilerin veya çocuktan hukuki açıdan sorumlu diğer kişilerin yükümlülüklerine, haklarına ve ödevlerine saygı gösterirler."*⁷⁸

tional Children's Center, *Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye İlişkin Genel Yorumları 2001-2006*, [http://www.cocukvemediyahareketi.org/Files/pdf/kararlar_arastirmalar/BM_Cocuk_Haklari_Sozlesmesine_Ek_Protokoller/BM_Cocuk_Haklari_Komitesinin_Cocuk_Haklarina_Dair_Sozlesme_ye_Iliskin_Yorumlari_2001-2006_\(ICC\).pdf](http://www.cocukvemediyahareketi.org/Files/pdf/kararlar_arastirmalar/BM_Cocuk_Haklari_Sozlesmesine_Ek_Protokoller/BM_Cocuk_Haklari_Komitesinin_Cocuk_Haklarina_Dair_Sozlesme_ye_Iliskin_Yorumlari_2001-2006_(ICC).pdf), (9/11/2013)'de yer alan tercümeden geniş ölçüde yararlanılmıştır.

⁷⁷ Bu maddenin tercümesi UNICEF, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Birinci Kısım, Madde 21-30*, http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23d.html#art29, (1/10/2013) adresinde yer alan tercümeden de istifade edilerek tarafımızca yapılmıştır.

⁷⁸ Bu maddenin tercümesi UNICEF, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Birinci Kısım, Madde 21-30*, http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html, (1/10/2013) adresinde yer alan tercümeden de istifade edilerek tarafımızca yapılmıştır.

şeklindeki düzenleme ile birlikte değerlendirildiğinde, bu hükümlerin ebeveynlere, çocuklarını, devlet tarafından belirlenen asgari şartları taşımak koşuluyla, kamu okulları dışındaki okullara gönderme özgürlüğü verdiği söylenebilir. 29. maddenin (2) numaralı paragrafında bireylerin ya da kurumların özel okul kurma özgürlüğü koruma altına alındığına göre, devletler ebeveynlerin çocuklarını bu okullara göndermelerine de izin vermek durumundadırlar.⁷⁹

Ancak çocuğa verilecek eğitimin türünü seçme hakkını sadece ebeveynlerin şahsına özel ayrıcalıklı bir hak olarak görmek de mümkün değildir. Ebeveynlerin bu hakları ÇHS'nin özünü oluşturan “çocuğun yüksek menfaati”⁸⁰ ve “çocuğun kapasitesinin gelişimi”⁸¹ gibi ilkelere tabi olmak durumundadır. Ayrıca ebeveynlerin bu hakları çocuğun ÇHS’de koruma altına alınan diğer hakları ile de dengelenmelidir.⁸²

V. EĞİTİMDE AYRIMCILIĞA KARŞI ULUSLARARASI SÖZLEŞME

Eğitim hakkına ilişkin düzenlemeler içeren BM belgeleri içerisinde eğitim hakkının doğrudan konu edildiği tek belgenin BM Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) tarafından 14 Aralık 1960 tarihinde kabul edilen EAKUS olduğu anlaşılmaktadır.⁸³

EAKUS’un 1. maddesinde Sözleşme kapsamında ayrımcılık ve eğitim kavramlarından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. 1. madde şu şekildedir:

“Madde 1

1. Bu Sözleşme’nin amaçları açısından “ayrımcılık”⁸⁴ kavramı; ırk, renk, cin-

⁷⁹ VERHEYDE, a.g.e, s. 48.

⁸⁰ ÇHS’nin 3. maddesi.

⁸¹ ÇHS’nin 5, 12/1 ve 14/2. maddeleri.

⁸² VERHEYDE, a.g.e, s. 48.

⁸³ Türkiye bu Sözleşme’ye taraf değildir.

⁸⁴ EAKUS’un ayrımcılık tanımı 1958 tarihli Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi’nin 1. maddesindeki ayrımcılık tanımına oldukça benzemektedir. Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi’nin 1. maddesindeki ayrımcılık tanımı söz konusu tanım şu şekildedir: “Sözleşme bakımından “Ayrımcılık” deyimi ; Irk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşeye bakılmadan yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı... ifade eder” (çeviri için bkz. ILO Türkiye Ofisi, *Ayrımcılık (İş ve Meslek)*)

siyet, dil, din, politik veya diğer görüş, ulusal veya sosyal köken, ekonomik durum ya da doğum temeline dayanarak suretiyle eğitimde muamele eşitliğini olumsuz yönde etkileyen veya ortadan kaldıran veya bunları amaçlayan ve özel olarak:

(a) Herhangi bir şahsı ya da grubu herhangi bir seviyede ya da türde eğitime ulaşmaktan mahrum bırakmak;

(b) Herhangi bir şahsı ya da grubu, daha düşük standartta bir eğitime sınırlamak;

(c) Bu Sözleşme'nin 2. maddesinin hükümleri saklı kalmak üzere kişiler ya da gruplar için ayrı eğitim sistemleri veya kurumları kurmak ya da sürdürmek;

(d) Herhangi bir kişi ya da grubu, insan onuruyla bağdaşmayan koşullara maruz bırakmak üzere yapılan herhangi bir ayırım, dışarıda bırakma, sınırlandırma veya seçimi kapsamına alır.

*2. Bu Sözleşme'nin amaçları açısından "eğitim" kavramı eğitimin tüm tür ve seviyelerine işaret eder ve eğitime ulaşımı, eğitimin kalite ve standardını ve eğitimin verildiği koşulları içerir."*⁸⁵

Madde metninden anlaşılacağı üzere, eğitim hakkı bakımından ayrımcılığın, maddede sayılanlar arasında olmak kaydıyla, hangi temelde yapıldığı hususu önemli değildir. Ayrıca ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler bakımından eğitim kademeleri arasında bir fark gözetilmemiştir.

Sözleşme'nin 2. maddesinde ayrımcılık kapsamında değerlendirilemeyecek bazı durumlara yer verilmektedir. Söz konusu madde şu şekildedir:

"Madde 2

Bir Devlette izin verildiğinde, aşağıdaki durumların bu Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında ayrımcılık oluşturduğu kabul edilmeyecektir:

Sözleşmesi, http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_111.htm (21/11/2013).

⁸⁵ Bu maddelerin çevirisinde Gökçeççek AYATA, Sevinç Eryılmaz DİLEK, Bertil Emrah ODER, *Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 305, İstanbul, 2010, ss. 420-423'den yararlanılmıştır.

(a) Eğitime erişilebilirlikte denk olanaklar sunmak, aynı standartlarda öğretim personeli yanında aynı nitelikte okul binaları ve teçhizatı sağlamak ve aynı ya da denk ders alma olanağı vermek koşuluyla, her iki cinsiyetten öğrenciler için farklı eğitim sistemlerinin ya da kurumlarının kurulması veya sürdürülmesi;

(b) Sistemlere katılımın ya da kurumlara devamın tercihe bağlı olması ve sunulan eğitimin özellikle aynı düzeydeki eğitim için yetkili makamlar tarafından belirlenebilecek ya da onaylanabilecek standartları sağlaması şartıyla, öğrencilerin ebeveynlerinin ya da kanuni temsilcilerinin istekleri doğrultusunda bir eğitim vermek üzere dinsel ve dilsel gerekçelerle farklı eğitim sistemlerinin veya kurumlarının kurulması ya da sürdürülmesi;

(c) Herhangi bir grubun dışlanmasını güvence altına alma değil, kamu makamlarınca sağlananlara ilave eğitim hizmetleri sağlama amacını taşımaları ve bu amaç uyarınca yönetilmeleri ve sunulan eğitimin özellikle aynı düzeydeki eğitim için yetkili makamlar tarafından belirlenebilecek ya da onaylanabilecek standartları sağlaması şartıyla özel eğitim kurumlarının kurulması ya da sürdürülmesi.”⁸⁶

EAKUS'un 1. maddesinde cinsiyet temelinde ayırım yasaklanmış olmakla beraber 2. maddede eşit olanakların sunulması kaydıyla farklı cinsiyete sahip öğrencilerin farklı eğitim sistemleri ve kurumlarında eğitim görmelerinin ayırmacılık kapsamında değerlendirilemeyeceği düzenlenmektedir. Benzer şekilde din ve dil temelinde ayırmacılık yasağı da 1. maddede düzenlenmiş olmasına karşın, 2. maddede öğrencilerin ebeveynlerinin ya da vasilerinin isteklerine uygun bir eğitim vermek üzere din ve dil gerekçeleriyle ayrı eğitim sistemlerinin veya kurumlarının kurulmasının ya da sürdürülmesinin ayırmacılık olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. 2. madde ayrıca özel eğitim kurumları kurmanın da ayırmacılık kapsamında değerlendirilemeyeceğini düzenlemektedir. Ancak özel eğitim kurumlarının ayırmacılık kapsamında değerlendirilmemesi için bunların herhangi bir grubun dışlanmasını güvence altına almayı hedef almaması, kamu makamlarınca sağlananlara ilave eğitim hizmetleri sağlamayı

⁸⁶ Çeviri için AYATA, DİLEK, ODER, a.g.e, s. 420-423'den yararlanılmıştır.

amaçlaması ve bu amaç dahilinde yönetilmesi ve sunulan eğitimin yetkili makamlar tarafından özellikle aynı düzeydeki eğitim için belirlenebilecek ya da onaylanabilecek standartlara uygun olması gerekmektedir. Öte yandan farklı cinsiyetlerin farklı okullara gidebilmesi, kendi dil ve inancı çerçevesinde eğitim alma ya da özel eğitim kurumları kurma ve sürdürme haklarının kullanılabilmesi devletin iznine tabi tutulmuştur. Başka bir ifadeyle devletin izin vermesi halinde bu haklardan söz etmek olanaklıdır. Yani devlet eğitim sistemini bu şekilde kurgulamamışsa bireylerin bu haklara sahip olduğundan da söz edilemez.⁸⁷

3. maddede eğitimde ayrımcılığı ortadan kaldırmak için devletlere düşen yükümlülükler düzenlenmektedir. Madde hükmü şu şekildedir:

“Madde 3

Bu Sözleşme'nin anlamı çerçevesinde ayrımcılığı elimine etmek ya da engellemek için, Taraf Devletler şunları taahhüt ederler;

(a) Eğitimde ayrımcılık içeren her türlü kanuni düzenlemeleri ve idari yönergeleri kaldırmayı ve idari pratiklere devam etmemeyi,

(b) Öğrencilerin eğitim kurumlarına kabulünde hiçbir ayrımcılık olmamasını gerek duyulduğunda mevzuatla garanti altına almayı,

(c) Okul ücretleri konusunda ve öğrenci burslarının ya da öğrencilere sağlanan diğer yardımların verilmesi konularında ve yabancı ülkelerde öğrenim görmek için gerekli izinler ve hizmetler açısından kamu makamları tarafından yetenek ve ihtiyaçlar dışında vatandaşlar arasında hiçbir farklı muameleye müsaade etmemeyi,

(d) Sadece öğrencilerin belli bir gruba bağlı olmalarına dayanılarak, kamu makamları tarafından eğitim kurumlarına temin edilen herhangi bir şekildeki destek konusunda, herhangi bir kısıtlama ya da tercihe müsaade etmemeyi,

(e) Ülkelerinde yerleşik yabancı uyruklulara kendi ülkesindeki vatandaşlarına sağladığı eğitim olanaklarına aynı şekilde ulaşma imkanı vermeyi.”⁸⁸

⁸⁷ Aynı yönde bkz. BEITER, a.g.e, s. 249.

⁸⁸ Çeviri için AYATA, DİLEK, ODER, a.g.e, s. 420-423'den yararlanılmıştır.

3. maddenin içeriği değerlendirildiğinde, bu maddede 1. maddede ayrımcılık olarak değerlendirileceği ifade edilen durumların giderilmesi hususunda devletler tarafından ne gibi önlemler alınabileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Bu bağlamda devletler için;

- ayrımcı mevzuat düzenlemelerini kaldırma ve ayrımcı idari pratiklere son verme,
- eğitim kurumlarına alınmada ayrımcılığa karşı hukuki düzenlemeler yapma,
- farklı uyruklulara eğitime erişimde eşit olanaklar sağlama ve
- eğitim yardımlarında eğitim alan kişiler ya da eğitim veren kurumlar arasında ayrımcılık yapmama,

biçiminde yükümlülükler öngörülmektedir.

EAKUS'un 1 ila 3. maddesi hususi olarak eğitimde ayrımcılığa karşı düzenlemeler içerirken, 4. ve 5. maddeleri eğitimin içeriği ve amacına yönelik düzenlemelere yer vermektedir. 4. madde şu şekildedir:

“Madde 4

Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, ayrıca, şartlara ve ulusal geleneklere uygun yöntemlerle, eğitim konusunda fırsat ve muamele eşitliğini geliştirecek bir ulusal politikayı hazırlamayı, geliştirmeyi ve uygulamayı ve özellikle aşağıdaki hususları taahhüt ederler;

(a) İlköğretimi bedava ve mecburi, ortaöğretimi farklı biçimleriyle genel olarak mevcut ve herkesin erişebileceği, yükseköğrenimi bireysel kapasite temelinde herkesin eşit olarak erişebileceği hale gerçekleştirmek ve kanunla öngörülmüş okula gitme yükümlülüğüne herkesin uymasını temin etmek

(b) Aynı kademedeki tüm kamu eğitim kurumlarında eğitimin standartlarının ve sağlanan eğitimin kalitesine ilişkin şartların da denk olmasını temin etmek,

(c) İlköğretim eğitimi alamamış ya da ilköğretim eğitimini tamamlayamamış kişilerin eğitilmesini ve bu kişilerin bireysel kapasitelerine göre eğitimlerine devam etmelerini uygun yöntemlerle teşvik etmek ve yoğunlaştırmak,

(d) *Öğretim mesleği için ayrımcılık yapmadan eğitim imkanı sağlamak.*⁸⁹

4. maddenin birinci paragrafının (a) bendindeki ilköğretimin bedava ve mecburi olmasını öngören düzenleme İHEB, ESKHUS ve ÇHS'de yer alan düzenlemelerle örtüşmektedir. Ortaöğretimi farklı biçimleriyle genel olarak mevcut herkesin erişebileceği şekle getirme yükümlülüğü ise ESKHUS'un 13/2-b maddesinde öngörülen yükümlülüklerle karşılık gelmektedir. Yükseköğrenimi bireysel kapasite temelinde herkesin eşit olarak erişebileceği şekilde gerçekleştirme yükümlülüğü ise İHEB, ESKHUS ve ÇHS'de yer alan düzenlemelerle örtüşmektedir. Kanunla öngörülmüş okula gitme yükümlülüğüne herkesçe uyulmasını temin etme yükümlülüğü ise, ÇHS'nin 28/1-e maddesinde düzenlenmiş olan *"okullarda düzenli biçimde devamın sağlanmasının teşviki"* ile paralellik arz etmekle birlikte EAKUS'un bu konudaki ifadeleri daha güçlüdür. Ayrıca ifadenin yazım tarzı bu maddeyle devlete bir yükümlülük yüklediğinden daha ziyade, devlete bu konuda bir hak ve yetki tanındığı biçiminde anlaşılmaya da müsaittir. Bu düzenlemeye göre, devlet gerektiğinde okula gitme yükümlülüğünü yerine getirmeyenleri bu yükümlülüğe uymaya zorlayabilecektir.

4. maddenin birinci paragrafının (b) bendinde kamuya ait eğitim kurumlarında eğitim standartlarının hem içerik hem de kurumsal yapılar itibariyle eşdeğer bir seviyeye getirilmesiyle ilgili bir düzenleme yer almaktadır.

4. maddenin birinci paragrafının (c) bendinde ilköğretim eğitimi hiç almamış ya da bu eğitimi eksik almış kişilerin eğitim eksikliklerinin giderilmesine yönelik bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme ESKHUS'un 13/2-d maddesinde ilköğretim görmemiş ya da ilköğretimi tamamlamamış olanlar için temel eğitimin olabildiğince teşvik edilmesini veya yoğunlaştırılmasını öngören düzenleme ile örtüşmektedir.

4. maddenin birinci paragrafının (d) bendinde yer alan öğretim mesleği için ayrımcılık gözetmeksizin eğitim olanağı sağlamak şeklindeki yükümlülük EAKUS dışındaki -bu çalışmada incelenen- diğer BM belgelerinde yer almamaktadır. Bu düzenleme, ESKHUS'un 13/2-e maddesinde yer alan, öğretim personelinin maddi koşullarının sürekli olarak iyileştirilmesine yönelik düzenlemelerle

⁸⁹ Çeviri için AYATA, DİLEK, ODER, *a.g.e.*, s. 420-423'den yararlanılmıştır.

birlikte eğitim alan tarafla değil eğitim veren tarafla yani öğretim elemanları ve mesleğiyle ilgili olması yönüyle diğer düzenlemelerden farklılaşmaktadır.

EAKUS'un 5. maddesi, eğitimin amaçlarını, eğitimsel özgürlük boyutunu ve -bu çalışmada incelenen- diğer BM belgelerinden farklı olarak azınlıkların eğitim kurumları kurma ve yönetme özgürlüklerini düzenlemektedir. Söz konusu madde şu şekildedir:

“Madde 5

1. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, aşağıdaki hususlarda uzlaşmışlardır:

(a) Eğitim insan şahsiyetinin tam gelişmesine ve insan hakları ve ana hürriyetlere saygının güçlendirilmesine yöneltilmeli, tüm uluslar, ırksal ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu teşvik etmeli ve Birleşmiş Milletler'in barışın korunması yolundaki aktivitelerini daha ileri götürmelidir.

(b) Ebeveynlerin ve uygun durumlarda kanuni temsilcilerin, ilk olarak, çocukları için, yetkili makamlarca konulabilecek ya da onaylanabilecek minimum eğitim standartlarına uymak şartıyla kamu makamlarınca yönetilenlerden başka kurumları tercih etmelerine saygı gösterilmesi ve ikinci olarak, devlette mevzuatın uygulanmasında izlenen prodedürlerle uyumlu bir biçimde olmak koşuluyla, çocuklarının kendi inançlarıyla uyumlu dini ve ahlâki eğitim almalarının güvence altına alınması ve hiçbir kişi ya da kişi grubunun kendi inancıyla bağdaşmayan dini eğitim almak zorunda bırakılmaması gerekir.

(c) Ulusal azınlıklara mensup kişilerin, okullarının yönetimini de içerecek şekilde kendi eğitimsel aktivitelerini sürdürme ve her devletin eğitimsel politikasına dayalı olarak kendi dillerini kullanma ya da öğretme haklarını tanımak gerekir. Ancak:

(i) Bu hak, azınlık üyelerinin bir bütün olarak topluluğun kültür ve dilini anlamlarını ve aktivitelerine katılmalarını engelleyecek veya ulusal egemenliğe zarar verecek bir tarzda kullanılmaz.

(ii) Eğitim standardı, yetkili makamlarca konulan ya da onaylanan genel standarttan daha düşük olmaz.

(iii) Bu okullara devam tercihe bağlıdır.

2. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bu maddenin 1. paragrafında belirtilen prensiplerin uygulanmasını temin etmek için gereken bütün tedbirleri almayı taahhüt ederler.”⁹⁰

EAKUS'un 5/1-a maddesinde eğitimin amaçlarına yer verilmektedir. Burada sayılan amaçlardan;

- insan kişiliğinin tam gelişmesi,
- insan hakları ve ana hürriyetlere saygının güçlendirilmesi,
- tüm uluslar, ırksal ve dinsel gruplar arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğun teşvik edilmesi ve
- BM'nin barışın korunması yolundaki aktivitelerinin daha da ileri götürülmesi şeklindeki amaçlar İHEB, ESKHUS ve ÇHS'de öngörülen amaçlarla örtüşmektedir.

EAKUS'un 5/1-b maddesi eğitim hakkının özgürlük boyutu ile ilgilidir. Burada düzenlenen iki farklı husus olduğuna dikkat çekmek gerekir. Bu hususlardan ilki velilerin çocuklarını kamu okulları dışındaki okullara göndermeyi tercih edebilme ikincisi de ebeveynlerin çocuklarına kendi inancına uygun din ve ahlak eğitimi aldırma ve kendi inancına uygun olmayan din ve ahlak eğitimi aldirmama hakkıdır. Bu hakların İHEB, ESKHUS ve ÇHS'de de düzenlenmiş olduğunu belirtmek gerekir.

Öte yandan, BEITER'in tespit ettiği üzere, EAKUS'un 5/1-b maddesi zımni olarak özel okul kurma ve yönetme özgürlüğünü de içermektedir. Çünkü çocukların özel okullara gönderilebilmesi için öncelikle bu okulların mevcudiyeti gerekir.⁹¹

Azınlıkların eğitim kurumları kurma ve yönetme özgürlüklerini düzenleyen EAKUS'un 5/1-c maddesi -bu çalışmada incelenen- diğer BM belgelerinden bu açıdan farklılaşmaktadır. Azınlıkların eğitim kurumları kurma ve yönetme özgürlükleri ile ilgili temel ilkenin kendi eğitim etkinliklerini yürütme ve her devletin eğitim politikasına bağlı olarak kendi dillerini kullanma ya da öğretme haklarını tanımak olduğu belirtildikten sonra, bu hakkın, azınlık üyelerini bir

⁹⁰ Çeviri için AYATA, DİLEK, ODER, *a.g.e.*, s. 420-423'den yararlanılmıştır.

⁹¹ BEITER, *a.g.e.*, s. 258.

bütün olarak topluluğun kültür ve dilini anlamaktan ve aktivitelerine katılmaktan alıkoyacak veya ulusal egemenliğe zarar verecek bir tarzda kullanılamayacağı, bu kurumlardaki eğitim standardının, yetkili makamlarca konulan ya da onaylanan genel standarttan daha düşük olamayacağı ve bu okullara devamin tercihe bağlı olduğu belirtilmiştir.

Dikkat çeken bir husus olarak, azınlıkların eğitim kurumları kurma ve yönetme özgürlüklerinin sadece “ulusal azınlıklara mensup kişiler”i kapsama aldığını vurgulamak gerekir. BEITER bunun gerekçesini EAKUS’un hazırlayıcılarının göçmenleri dışlama amacıyla aramak gerektiğine işaret etmektedir.⁹²

Her ne kadar, EAKUS özü itibarıyla eğitimde ayrımcılığı ortadan kaldırmayı amaçlamakta ise de esasında eğitim hakkına ilişkin bir kodifikasyonu da içermektedir. Ayrıca EAKUS’un bu çalışmada incelenen diğer BM belgelerini aşan bazı düzenlemelere yer verdiğini de ifade etmek gerekir. Bu tespiti aşağıdaki hususlar örnek verilebilir:⁹³

- 3. maddede yer alan, ülkelerinde mukim yabancı uyruklulara kendi vatandaşlarına sağladığı eğitim olanaklarının aynısını sağlama şeklindeki yükümlülük,
- 4. maddede yer alan, ulusal eğitim politikası belirleme, geliştirme ve uygulama yükümlülüğü.

EAKUS’un 6 ila 19. maddeleri Sözleşme’nin uygulanmasıyla ilgili hükümleri içermektedir.

SONUÇ

Uluslararası hukukta eğitim hakkının açık bir biçimde insanın sırf insan olmaktan kaynaklanan hakları olarak tanımlanan insan hakları arasında değerlendirildiği ilk uluslararası belge İHEB’tir. Gerek İHEB’te gerekse bu çalışmada incelenen diğer BM belgelerinde hem eğitim hakkının içeriğine hem de eğitimin amacına yönelik düzenlemelere yer verildiği gözlenmektedir.

İncelenen belgelerden anlaşıldığı kadarıyla çocuklara yönelik eğitime daha

⁹² BEITER, a.g.e, s. 259.

⁹³ BEITER, a.g.e, s. 243, 244.

fazla vurgu yapılmış olmakla birlikte eğitimin herkesin yararlanmasına açık bir hak olarak düzenlendiği görülmektedir. Öte yandan bu hakkın sadece vatandaşların değil göçmenler, mülteciler, azınlıklar gibi çeşitli toplum kesimlerinin kullanımına da açık olması öngörülmüştür.

BM belgelerinde eğitim hakkının içeriği düzenlenirken, farklı kademelerdeki eğitimin taşıması gereken özellikler yanında hem devlete düşen yükümlülükler hem de eğitimin özgürlük boyutu olarak ifade edilebilecek bireylerin eğitim konusundaki tercihlerine ilişkin hususların düzenlemeye konu edildiği görülmektedir. Her ne kadar ilgili BM belgelerinde eğitim bir ödev değil bir hak olarak düzenlenmiş ise de ilköğretimin zorunlu olması ve okula devamın teşvik edilmesi ya da sağlanması gibi bazı düzenlemeler eğitimin aynı zamanda bir ödev olarak değerlendirilebileceği şeklinde de yorumlanabilir. Bu çerçevede, ilköğretimin zorunlu tutulmasının devlete bireyleri eğitim almaya zorlayabilme şeklinde bir hak tanıdığı da söylenebilir. Bu boyutuyla ilköğretim düzeyinde eğitim aldırarak devlet için adeta bir hak ve ödev ilköğretim eğitimi almak ise bireyler için bir ödev ve hak hüviyetine bürünmektedir.

Eğitimin amaçları konusunda, incelenen tüm belgelerde dikkat çeken en önemli amacın insan şahsiyetinin tam gelişmesini sağlamak şeklinde formüle edildiği görülmektedir. Burada örtülü olarak insan şahsiyetinin tam gelişmesinin ancak eğitim yoluyla mümkün olduğu şeklinde bir vurgu yapıldığı sonucuna da ulaşılabilir. Bu çerçevede, ilköğretimin zorunlu tutulmasını, bireyin eğitim olmadan şahsiyetinin gelişmesinin mümkün olmadığına ilişkin kanaatin baskınlığına da yorumlamak mümkündür. Gerçekten de eğitim kendi başına bir hak olmanın yanında diğer hakları gerçekleştirmenin vazgeçilmez bir aracı olarak görülmektedir. Bu açıdan bireylerin fırsat eşitliğine sahip olmasının sağlanması açısından bireye hiç eğitim almama hakkı tanınmamıştır. Yani bireylerin tercih hakkı ancak alacakları eğitimin türünü seçmekle sınırlı olabilir yoksa eğitim almama gibi bir haktan söz etme imkanı yoktur. Bireylerin alacakları eğitimin türünü seçme konusundaki özgürlüklerine incelemeye konu edilen hemen hemen tüm belgelerde yer verilmiş olmasını, devletin eğitimi endokrinel bir araç olarak kullanabileceği yönündeki haklı endişelerin karşılığı olarak görmek gerekir.

İlköğretimin zorunlu olması hemen tüm BM belgelerinin ortak ögesi iken orta ve yükseköğretim de bu şekilde bir zorunluluk öngörülmemekte, orta-öğretimin genel olarak herkes için mevcut ve ulaşılabilir yükseköğretimin ise bireysel kapasite ve yetenekler temelinde herkesçe erişilebilir olması öngörülmektedir.

İlköğretimin ücretsiz olması hemen tüm belgelerde vurgulanmış iken, diğer kademelerdeki eğitimin ücretsiz olması gerektiğine ilişkin ortak bir belirleme yapılmış olduğundan söz etme olanağı yoktur. Ancak bazı belgelerde orta ve yükseköğretimin tedricen parasız hale getirilmesi yönünde düzenlemeler olduğunu da hatırlatmak gerekir.

İncelenen metinlerde, eğitim hakkının özgürlük boyutuyla ilgili olarak, bazı ifadelendirme tarzları bir kenara bırakılırsa, genel olarak çocuğa verilecek eğitimin türünü seçmede ebeveynlere tercih hakkı bırakılması yönünde bir eğilimin bulunduğu söylenebilir. Bu noktadaki amacın eğitimin mümkün olduğu ölçüde endoktrin oluşturmaktan uzak olmasının sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle devletlerin eğitimi bir ideoloji benimsetme aracı olarak kullanmalarının önüne geçilmesi hedeflenmektedir.

Özgürlük boyutuyla ilgili olarak dikkat çeken bir başka husus, ebeveynlerin çocuklarına kendi dini ve ahlaki inançlarına uygun bir eğitim aldırma hakkının ve bu eğitimleri alabilecekleri kurumların kurulması ve yönetilmesi özgürlüğünün incelenen belgelerin birçoğunda düzenlenmiş olmasıdır. Yani özgürlük boyutu sadece verilecek eğitimin türünü seçmekle sınırlı bırakılmamış eğitimin verileceği kurumları kurma ve yönetme özgürlüğü de bu kapsamda düşünülmüştür. Ancak eğitim kurumları kurma ve yönetme özgürlüğü de sınırsız olarak düşünülmemiş, verilen eğitimin devlet tarafından belirlenebilecek asgari standartlara uygun olması şeklinde formüle edilen bir sınırlamaya tabi tutulmuştur.

İncelenen belgelerde din ve ahlak eğitimine özel bir önem verildiği gözlenmektedir. ESKHUS, ÇHS ve EAKUS ebeveynlerin çocuklarına kendi inancına uygun din ve ahlak eğitimi aldırma ve kendi inancına uygun olmayan din ve ahlak eğitimini aldırma hakkını tanımaktadır. Bu kapsamda çocuğun alacağı din

ve ahlak eğitimi konusunda belirleyici rol çocuğun ebeveynlerine ait olmaktadır. Devletin ebeveynlerin aldırma istediği din ve ahlak eğitimini içermeyen alternatifler sunması halinde eğitim hakkının özgürlük boyutunun ihlal edilmiş sayılacağı noktasında genel bir kanaat olduğu ifade edilebilir. Şüphesiz devlet her ebeveynin kendi çocuğuna aldırma istediği her türlü din veya ahlak eğitimini veremez. Devletin imkânları buna elvermediği gibi devlete bu şekilde bir yükümlülük de yüklenemez. Devlet imkânları ölçüsünde toplum içerisinde ancak ana akım olarak görülen dini ve moral değerlerle ilgili eğitim imkânları sunabilir. Fakat ebeveyne kendi çocuğuna verilecek eğitim içeriğini uygun görmezse çocuğun bu eğitimden muaf tutulmasını isteme hakkının tanınması daha makul bir alternatif olarak değerlendirilebilir. Bu şekilde ebeveynin çocuğuna istediği türde eğitim aldırma hakkı sağlanamamakla birlikte istemediği türde eğitimi aldırma hakkı güvence altına alınmış olacaktır.



KAYNAKÇA

ANTAKYALIOĞLU, Şahin vd., *İlköğretimde Haklarımız Var! İlköğretimde Haklar ve Hak Arama Yolları*, Yelken Basım, İstanbul, 2009.

AYATA, Gökçeçişek, DİLEK, Sevinç Eryılmaz, ODER, Bertil Emrah, *Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 305, İstanbul, 2010.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 13 No'lu Genel Yorumu'nun Çevirisi, <http://ihop.org.tr/dosya/ESKHK/ESKHKGY13.doc>, (9/11/2013)

BEITER, Klaus Dieter, *The Protection of the Right to Education by International Law*, Martinus Nijhoff Publishers Leiden / Boston, 2006.

Centre for Development and Human Rights, *The Right to Development: A Primer*, New Delhi, 2004.

CLAUDE, Richard Pierre, "The Right To Education Human Rights Education", http://www.surjournal.org/eng/conteudos/artigos2/ing/artigo_pierre.htm, (3/9/2013)

Committee On Economic, Social And Cultural Rights, Implementation of the International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights, General Comment No. 13 (Twenty-first session, 1999), <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/462/16/PDF/G9946216.pdf?OpenElement>, (5/7/2013).

Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 1 (2001) Article 29 (1): the Aims of Education, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/412/53/PDF/G0141253.pdf?OpenElement>, (3/10/2013),

Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 5 (2003) General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), http://www.unicef-irc.org/portfolios/general_comments/GC5_en.doc.html, (3/10/2013)

COOMANS, Fons, "Clarifying the Core Elements of the Right to Education", *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights*, ed. Fons Coomans and Fried van Hoof, SIM Special No. 18, SIM, Utrecht, 1995, <http://www.uu.nl/faculty/leg/nl/organisatie/departementen/departementrechtsgelerdheid/organisatie/onderdelen/studieeninformatiecentrummenserechten/publicaties/simspecials/18/Documents/18-03.pdf>, (9/11/2013)

DEVIDAL, Pierrick, "Trading Away Human Rights? The GATS and the Right to Education: a legal perspective", *Journal for Critical Education Policy Studies*, Cilt 2, Sayı 2, Eylül 2004.

Human Rights Committee, General Comment 22, Article 18, <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom22.htm>, (9/11/2013)

ILO Türkiye Ofisi, *Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi*, http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_111.htm (21/11/2013)

International Children's Center, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye İlişkin Genel Yorumları 2001-2006, [http://www.cocukvedemedyahareketi.org/Files/pdf/kararlar_arastirmalar/BM_Cocuk_Haklari_Sozlesmesine_Ek_Protokoller/BM_Cocuk_Haklari_Komitesinin_Cocuk_Haklarına_Dair_Sozlesme_ye_Iliskin_Yorumları_2001-2006_\(ICC\).pdf](http://www.cocukvedemedyahareketi.org/Files/pdf/kararlar_arastirmalar/BM_Cocuk_Haklari_Sozlesmesine_Ek_Protokoller/BM_Cocuk_Haklari_Komitesinin_Cocuk_Haklarına_Dair_Sozlesme_ye_Iliskin_Yorumları_2001-2006_(ICC).pdf), (9/11/2013)

JOHNSON, Robert, The Child's Right to an Education: 'Consensus-Minus-One'?", *International Journal of Children's Rights*, 18 (2010), ss. 185-216.

KALANTRY, Sital, GETGEN, Jocelyn E., KOH, Steven Arrigg, "Enhancing Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights Using Indicators: A Focus on the Right to Education in the ICESCR", *Human Rights Quarterly*, Sayı 32, 2010, ss. 253-310.

KIM, Esther, "Smaller Steps Towards Progress in the Dominican Republic: Securing Equal Access to Education for Dominico-Haitian Children", *Boston University international Law Journal*, 2013, vol. 31, no. 1, ss. 163-198.

KUNDU, Rajendra P., "The Right to Education: Some Theoretical Issues", *Contemporary Issues and Ideas in Social Sciences*, Ocak 2005, Sayı 1, ss.1-22, <http://journal.ciiss.net/index.php/ciiss/article/view/4/4> (20/12/2013)

SPRING, Joel, *Globalization and Educational Rights An Intercivilizational Analysis*, Lawrence Erlbaum Associates, Publishers, New Jersey, London, 2001.

UN Economic and Social Committee, Implementation of the International Covenant On Economic, Social Aand Cultural Rights General Comment No. 13, http://portal.unesco.org/education/es/file_download.php/c144c1a8d6a75ae8dc55ac385f58102erightededuc.pdf, (9/11/2013)

UN Economic and Social Committee, Substantive Issues Arising In The Implementation of the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 11, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/59c6f685a-5a919b8802567a50049d460?Opendocument>, (4/9/2013).

UNESCO, *A Human Rights-Based Approach to Education for All*, UNESCO, http://www.unicef.org/publications/files/A_Human_Rights_Based_Approach_to_Education_for_All.pdf, (2/9/2013)

UNESCO, *World Education Report 2000*, UNESCO Publishing, <http://www.unesco.org/education/information/wer/PDFeng/wholewer.PDF>, (5/7/2013).

UNICEF, *A Human Rights-Based Approach to Education for All*, Paris, 2007.

UNICEF, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme: Birinci Kısım, Madde 21-30, <http://>

www.unicef.org/turkey/crc/_cr23d.html#art23, (1/10/2013).

VANDENHOLE, Wouter vd., "Undocumented children and the right to education: illusory right or empowering lever?", *International Journal of Children's Rights* 19 (2011), ss. 613-639.

VERHEYDE, Mieke, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child Article 28 The Right to Education*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2006.

World Conference on Education for All Meeting Basic Learning Needs, http://www.unescobkk.org/fileadmin/user_upload/efa/JomtienDeclaration.pdf, (4/9/2013)

FABRİKA AYARLARINA GERİ DÖNÜŞ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA EĞİTİM İDEOLOJİSİ

*Back to the Factory Settings the Ideology
of Education in the Constitutional Court Judgments*

Dr. Yunus HEPER*

ÖZET

Türkiye Cumhuriyetinde eğitim, daima resmi ideolojiye sadık prototip birey ve toplum yaratılması süreci olarak kavranmıştır. Bu süreçteki nihai amaç, bütünlük ve homojen toplum inşasına uygun tektipleştirilmiş insan yaratmaktır. Anayasa Mahkemesi, bu vesayetçi anlayışın bekçisi olmuştur. Bu çalışmada, Cumhuriyetin eğitim ideolojisi ve eğitim politikaları, Anayasal belgeler ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Eğitim ideolojisi, Eğitim hakkı, Anayasa Mahkemesi.

ABSTRACT

In the Republic of Turkey, the education has been regarded as the process of the creation of prototypical individual and society who are both loyal to state ideology. The final aim of this process is to shape a uniformed human being who is eligible for the structuring of a homogen and integrated society. The Constitutional Court has been the watchdog of this tutelary approach. In this study, the educational ideology and policy of the Republic of Turkey are revealed in the framework of the constitutional documents and Constitutional Court judgments.

Key Words: Educational Ideology, Right to Education, The Constitutional Court.

◆◆◆◆

GİRİŞ

Türkiye’de eğitime ilişkin tartışmaların odak noktasında daima daha çok Batılılaşma kavramıyla açıklanmış olan modernleşme yer almıştır. Çünkü toplum-

* Anayasa Mahkemesi Raportörü/Hâkim, yunusheper@gmail.com

sal, siyasal, ekonomik ve kültürel alanlarda İslam'ın temel belirleyen olduğu Osmanlı İmparatorluğu'nda 18. yüzyıldan itibaren baş gösteren zayıflamaya ve geri çekilmeye çare, gücü ve zenginliği elde eden Batı'nın insanı, toplumu ve dünyayı anlama ve açıklama biçiminde bulunmuştur. Tanzimat'tan önce başlayan, Tanzimat reformları ile hızlanan ve Cumhuriyet'in radikal reformları ile zirve noktasına ulaşan modernleşme daima, siyasal ve toplumsal değişmelerin odağında yer almıştır. Tarihte her döneme rengini veren düşüncenin tohumunun kendisinden önceki dönemde toplumsal ve siyasal alana ekilmiş olması gibi Cumhuriyet dönemi radikal modernleşme inkılaplarının fikri temelleri de kendisinden önceki Tanzimat ve Meşrutiyet dönemlerinin fikir akımlarında yatmaktadır. Cumhuriyet dönemi modernleşme politikalarının önceki dönemlerden daha radikal olarak nitelendirilmesi, Cumhuriyet dönemi politikalarının bireysel, siyasal ve toplumsal dönüşümlerin geçmişten tümüyle bir kopuşun gerçekleştirilmesi için yapılan hamleler olmasına bağlı olduğu kadar Osmanlı'da devlet ve toplum arasında var olan din bağının kopartılarak yerine laiklik ilkesini yerleştirilmesiyle de bağlantılıdır.

Osmanlı aydınlarının, İslam dünyasının Batı karşısındaki yenilgisinin nedenlerini araştırmaya başladıklarında tanıştıkları başta pozitivizm olmak üzere modern düşünceler; imparatorluğun, toplumları refah ve saadete vardırarak olanaklara ulaşmakta geciktiğini işaret etmişti. O devirde Batı'da hâkim olan ve gecikmeksizin Osmanlıları da etkileyen pozitivist düşünce; toplumların kurtuluşunu, dinsel-metafizik düşüncenin yerini bilimsel-akılcı düşüncenin almasında görüyordu. Pozitivist düşünceye göre, dini kurum ve düşüncenin belirlediği toplumsal hâl, toplumların tarihinde bir tür çocukluk devresidir. Bu düşünceye göre toplumların refaha ulaşması olgunlaşmalarına bağlıydı ve olgunlaşmanın koşulu ise, dinsel düşüncenin yerini bilimsel-akılcı düşünceye, buna paralel olarak dinsel kurumların yerini seküler olanlara bırakmasına bağlıydı. Türk ulus devletinin temelindeki laiklik ilkesinin gerisindeki düşünüş biçimi de bu şekildedir. II. Meşrutiyet Döneminde (1908-1922) çekingen bir üslupla dile getirilen bu düşünce, Cumhuriyet'in kuruluşunun ardından, net ve açık olarak ifade edilmiştir.¹

¹ Nuray Mert, "Cumhuriyet Türkiye'sinde Laiklik ve Karşı Laikliğin Düşünsel Boyutu" *Modern*

Yeni devletin modernleşme nihai amacının gerçekleştirilmesi için temel tercihini milliyetçilik ve Batı medeniyetinin kurumları, değerleri ve zihniyeti ile tamamen kabul edilmesi olarak ortaya koyması, eğitim ve kültür alanında gerçekleştirilen reformların da pedagojik sebeplere değil, sosyal ve kültürel sebeplerle dayanmasına neden olmuştur. Nitekim milliyetçilik ve batıcılık temellerine² dayanan ve yeni Türk ulus devletinin resmi ideolojisi olarak ilan edilen Kemalizmin kilit ögesini, eğitim reformları oluşturmuştur. Zira belli bir değer, bilgi, inanç, tutum ve davranış tarzı dayatan Kemalist ideolojinin meşrulaştırılabilmesi eğitim sayesinde mümkün olabilmıştır. Eğitim kurumları, bir yandan ideolojiyi yeniden üretirken onu beslerlerken öte yandan da toplumun geniş yığınlarına ve gelecek kuşaklara taşıyarak ideolojinin meşrulaştırılmasına önemli ölçüde katkı sağladılar. Dolayısıyla benzer bir şekilde Türkiye’de de modern eğitim sisteminin kurulması ve yaygınlaştırılması, Kemalist reformların hem temel amaçlarından biri hem de diğer reformların bir bakıma sigortası olmuştur. Çünkü yapılan diğer reformların devamlılığı, bunları benimsemiş ve koruyacak olan yeni nesillerin varlığına bağlıydı.³

Kemalist ideoloji, bir “Kurtuluş Savaşı”ndan çıkmış Türkiye’yi temel bileşenlerine parçalanmadan bir arada tutmayı sağlayacağına inanılan bir dizi bütünleşme politikalarının etrafında oluşmuştu. Bu politikaların nihai amacı bütünleşmiş bir toplum, devlet ve ülkenin yaratılmasıydı.⁴ Başka bir deyişle Kemalistleri Tevhid-i Tedrisattan Harf İnkılâbına ve üniversite reformlarına kadar bir dizi eğitim reformunu gerçekleştirilmeye iten temel saikler ve amaçlar

Türkiye’de Siyasi Düşünce, 2. Cilt, Kemalizm (Editör: Ahmet İnsel), İstanbul: İletişim Yayınları, 2001, s. 199.

² “Binaenaleyh, biz her vasıttan, yalnız ve ancak, bir noktai nazardan istifade ederiz. O noktai nazar şudur: Türk milletini, medenî cihanda, lâyük olduğu mevkie is’at etmek ve Türk Cumhuriyetini sarsılmaz temelleri üzerinde, her gün, daha ziyade takviye etmek.” Mustafa Kemal Atatürk, *Nutuk*, Bedi Yazıcı (Ed.), e-kitap, 1995, s.70. <http://ahmetsaltik.net/yuce-ataturkun-nutuk-soylevi-ozgun-ve-guncel-turkce-ile-tam-metin/>, (Erişim Tarihi, 15.05.2012). Bundan sonra şu şekilde ifade edilecektir: *Nutuk*, s. 870.

³ Ufuk Şimşek, Birgül Küçük, Yavuz Topkaya, “Cumhuriyet Dönemi Eğitim Politikalarının İdeolojik Temelleri”, *Turkish Studies*, Volume 7/4, Fall 2012, ss. 2809-2823.

⁴ “Uçurum kenarında yıkık bir ülke... türlü düşmanlarla kanlı boğuşmalar... yıllarca süren savaş... ondan sonra, içeride ve dışarıda saygı ile tanınan yeni vatan, yeni sosyete, yeni devlet ve bunları başarmak için arasız, devrimler...” Mustafa Kemal Atatürk, *Atatürk’ün Söylev ve Demeçleri*, C.I-III, 5. Baskı, Ankara: Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Yayınları, 2006, s.398. Bundan sonra şu şekilde ifade edilecektir: *Söylev ve Demeçler*, I, s. 398.

da Kemalist reformlardan neredeyse bir asır önce başlayan modernleşmenin temel saikleriyle ve amaçlarıyla aynıydı: Devleti kurtarmak.

“Mektep genç dimağlara, insanlığa hürmeti, millet ve memleket muhabbeti, şerefi istiklâli öğretir... İstiklâl tehlikeye düştüğü zaman onu kurtarmak için takibi muvafık olan en salim yolu belletir... Memleket ve milleti kurtarmağa çalışanların aynı zamanda mesleklerinde birer namuskâr mütehassis ve birer âlim olmaları lâzımdır. Bunu temin eden mekteptir.”⁵

Devlet, her şeyden evvel ulusuna ve ulusun bireylerine “Milletine, Türkiye Devletine, Türkiye Büyük Millet Meclisine düşman olanlarla mücadele esbap ve vasaitiyle mücehhez olmayan milletler için hakkı beka yok”⁶ olduğunu öğretmek zorundadır. Okula ve eğitime yüklenen ve kökeninde beka kaygısı bulunan bu misyon ilk kez 17. Yüzyılın sonlarından itibaren Batı karşısında toprak kayıplarına uğranılması ile ortaya çıkmaya başladı. Osmanlı Devletinde girişilen ilk yenilik hareketlerine yenilginin de etkisiyle orduda başlanmış ve batılı anlamda askeri okullar açılmış; gerilemenin devam etmesi üzerine Batının gücünün elde edilmesi amacıyla 19. yüzyıldan itibaren eski eğitim kurumlarının yanı sıra çeşitli seviyelerde modern okullar da açılmıştır. Bunlar Rüştîye, İdadi ve Sultani adında orta dereceli okullar ile Tıbbiye, Harbiye, Mülkiye ve Darülfünûn gibi yüksek okullardır. Ülkede ayrıca, Rum, Ermeni, Yahudi gibi gayrimüslim okulları ile yabancı devletler tarafından açılan misyoner okulları da faaliyetlerini sürdürmekteydi. Farklı din, dil ve kültüre dayalı bu çoğulcu ve kozmopolit eğitim sistemi, Cumhuriyet dönemine kadar devam etmiştir.

Bugün modern Türk Devleti'nin kuruluşunda ve belli bir süre genel politikasının yürütülmesinde temel olan fikir ve ilkelerin bütününe Kemalizm denilmektedir. Aslında kökeni Genç Osmanlılar-Jön Türkler- II. Meşrutiyet- İttihat ve Terakki çizgisini takip eden pozitivizm süreci Kemalizm adı altında Cumhuriyet'e devrolmuştur. Cumhuriyet dönemi Kemalist eğitim politikaları da diğer Kemalist modernleşme politikalarına benzer bir biçimde kendisinde önceki Osmanlı reformlarından belirgin bir radikalizmle ayrılıyordu. Nitekim Kemalist eğitim politikası geçmişe tümüyle sünger çekilmesine ve Batılılaşma yolundaki

⁵ *Söylev ve Demeçler*, C. II, s. 47.

⁶ *Söylev ve Demeçler*, C. II, s. 49.

tüm mâniâların kaldırılmasına hizmet ederek Kemalizmin sosyal ve kültürel alana damgasını vurmasını sağlamıştır.

Kültür ve eğitim politikalarında ilk ciddi, somut ve büyük adım Tevhid-i Tedrisattır. Tevhid-i Tedrisat Kanunu'nun Hilâfet makamının "Hükümet ve Cumhuriyet[in] mâna ve mefhumunda esasen mündemiç olduğundan"⁷ mülga edilmesi ve Şer'îye ve Evkaf Vekaleti'nin lağvedilmesi ile birlikte gerçekleştirilmesi milli eğitimin inşasında izlenecek yöntemin kesin olarak belirlendiğini göstermekteydi. Zira Osmanlı devrinin sonlarında fark edildiği gibi 1920'de Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin açılışından 3 Mart 1924 tarihinde Tevhid-i Tedrisat kabul edilinceye kadar geçen süre de toplumsal değişim ve dönüşümlerin esaslı araçlarından biri olduğu anlaşılmış olan eğitimde izlenecek yol ve yöntemler konusunda İslam ile Batı arasındaki salınım devam etmekteydi. Mustafa Kemal, Cumhuriyet ilan edilmeden önce Muallimler Birliği'nin 15 Temmuz 1921 tarihinde Ankara'da toplanan Maarif Kongresi'nde yaptığı konuşmada şöyle diyordu:

"Şimdiye kadar takip olunan tahsil ve terbiye usullerinin milletimizin tarihi tedenniyatında en mühim bir amil olduğu kanaatindeyim. Onun için bir milli terbiye programından bahsederken, eski devrin hurafatından ve evsafı fitriyemizle hiç de münasebeti olmayan yabancı fikirlerden, şarktan ve garptan gelebilen bilcümle tesirlerden tamamen uzak, seciyei milliye ve tarihimizle mütenasip bir kültür kastediyorum... Çocuklarımızla gençlerimizi yetiştirirken onlara bilhassa mevcudiyeti ile, hakkı ile, birliği ile tearuz eden bilimüm yabancı anasırla mücadele lüzumunu ve efkârı milliyeyi kemali istiğrak ile her mukabil fikre karşı şiddetle ve fedakarane müdafaa zarureti telkin edilmelidir."⁸

"Milli maarifin" kurulması, izlenecek eğitim politikalarının temel hedefi olarak konulmakla birlikte daha ne tam olarak ne İslam'dan kesin bir kopuş öngörülüyor ve ne de Batılılaşma yolunda bütün kapılar açılıyordu. Kuşkusuz Milli Mücadele döneminin "milli "anlayışı da henüz oldukça İslamcı bir renge sahipti. Fakat milli eğitimin "eski devrin hurafelerinden tamamen uzak" olması

⁷ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre II, Cilt 7, İçtima 1, Tarih 3.3.1340 (1924), s. 28

⁸ *Söylev ve Demeçler*, C. II, ss. 19-20.

gerektiği söylemi içerisinde üstü örtük bir şekilde dinin eğitimde oynadığı role karşı çıktığını da göstermektedir. Cumhuriyetin ilanından önce temel bir politika olarak belirlenmiş olan “milli eğitim” politikasının niteliği de ancak rejimin temel niteliklerini belirleyen diğer kanunlarla birlikte, açık olarak kesinleşmiştir. Fakat daha 1921’de “milli” düşünceleri her türlü yabancı düşünceye karşı fedakârca savunma çağrısı ilerde kurulacak milli devletin ideolojisinin evrensel ve çoğulcu bir düşünce iklimini değil; yerelci, içe kapanmacı ve tekil bir düşünce iklimini haber vermekteydi.

1921 Anayasasında eğitime ilişkin özel bir hüküm yoktur. Buna karşın vilayet şuralarının yetkilerinin sıralandığı “Vilâyet, mahallî umurda mânevi şahsiyeti ve muhtariyeti haizdir. Harici ve dâhili siyaset, şer’i, adlî ve askerî umur, beynelmilel iktisadî münasebat ve hükümetin umumi tekâlifi ve menafii birden ziyade vilâyata şâmil hususat müstesna olmak üzere Büyük Millet Meclisince vazedilecek kavanin mucibince Evkaf, Medaris, Maarif, Sıhhiye, İktisat, Ziraat, Nafia ve Muaveneti İçtimaiye işlerinin tanzim ve idaresi vilâyet şuralarının salâhiyeti dâhilindedir.” biçimindeki 11. madde ile eğitim işleri vilayet şuralarının yetkisine bırakılmıştı. Parla’nın deyişi ile bu tutum neredeyse federalist bir yaklaşımın benimsendiği anlamına geliyordu.⁹

Kurtuluş Savaşı sırasında yerel yönetimlere verilen bu önem Birinci Meclisin görevini tamamlamasıyla ortadan kalktı. İkinci Meclis ile birlikte Mustafa Kemal, ulusal iradenin “yegâne tecelligâhı” olarak Meclisi görmüş, eğitim de dâhil olmak üzere devletin ve toplumun hayatının merkezden tanzim edilmesinin elzem olduğu düşüncesiyle tavrını merkezîyetçilikten yana koymuştur.¹⁰ Toplulukların modern uluslara dönüşmesinde bilinçli siyasi çabalar önemli bir yer tutmaktadır. Nitekim “Türk ulusu”nun inşası sürecinde Osmanlı devlet adamlarına ve seçkinlerine göre en azından dinsel anlamda giderek daha fazla homojen bir toplumsal yapıyı yöneten Cumhuriyet idarecileri merkezden

⁹ Taha Parla, *Türkiye’de Anayasalar*, İstanbul: İletişim Yayınları, 2007, s. 21.

¹⁰ “Muhterem Efendiler; halkın kendi eline kendini idare etmesi prensipini ortaya koyan bizdik. Fakat, bundan, her vilâyetin veya her mıntıkanın, ayrı ayrı birer idare teşkil etmesini, asla kastetmedik. Maksadımızı, Büyük Millet Meclisinin ilk günlerinde sarîh ifade ettik. Meclisin de kabul ettiği maksat ve gayemiz, iradei millîyenin yegâne tecelligâhı olan Millet Meclisinin, umum vatanın mukadderatına vâzulyet olduğu suretinde ifade olundu.” *Nutuk*, s. 470.

çevreye doğru yapılacak ulus inşa projesini hayata geçirmenin tek yolu olarak merkezileşmeyi seçtiler. Bireylerin ulusal kimlik dışındaki bağlılıklarından kurtarılması, tüm çoğul kimliklerin ulusal kimlikle bütünleştirilmesi ve sonuç olarak toplumsal belleğin yeniden kurulması amacına matuf politikaların izlenmesini gerektirmekteydi. Bir ulusal kimlik oluşturma politikasında da eğitim kurumunun ulus-inşa politikalarının başlıca aracı hâline geleceği ve ülkede eğitim konusunda bir seferberlik yaşanması gerektiği açıktır. Eğitim aracılığıyla ulusun diğer insan topluluklarından farklı ve kendi içinde müşterek olduğunu gösteren özelliklere vurgu yapmak, kültür, tarih, coğrafya ve dil birliği ile ulusal sembol ve değerlerin üretimini ve toplumca içselleştirilmesini sağlamak mümkündür.

Bu itibarla yapılması gereken ilk iş, 1921 Anayasası'nın değiştirilmesi olmuştur. 1924 Anayasası'nda eğitim konusuna ilişkin kısa iki madde yer almıştır. Anayasa'nın 87. maddesinde "İptidai tahsil bütün Türkler için mecburi Devlet mekteplerinde meccanidir" ve 80. maddede "Hükümetin nezaret ve murakabesi altında ve kanun dairesinde her türlü tedrisat serbesttir" denilmiştir. Cumhuriyetin ilanından kısa bir süre sonra kabul edilmiş olan 1924 Anayasasından başlayarak, sayısız değişikliğin yaşandığı eğitim alanı, sadece bu ilk Cumhuriyet Anayasası ile gerçek anlamda bir dönüşüme sahne olmuştur. Sonraki Anayasalar daha çok bu alanı muhafazaya veya sistematik eksiklikleri gidermeye yönelik düzenlemeler içermiştir.¹¹

Fark edileceği gibi 1921 Anayasası'nda vilayet şuralarının tasarrufuna bırakılan eğitim meselesi, 1924'den itibaren ulus inşasının en önemli bir parçası olarak hem merkezin kontrolüne alınmış hem de tüm vatandaşların geçmek zorunda oldukları zorunlu bir süreç olarak tasarlanmıştır. Eğitimin ancak devletin nezareti altında yapılacağı belirtildikten sonra eğitim alanının devletçe kanunlarla sıkı bir denetime alınacağı ilan edilmiştir. Üzerinde bu derece kontrol sağlanmaya çalışılmasının sebebi, Cumhuriyetin öncü elitleri için eğitim ile milli varlığın korunması arasında doğrudan bir ilişki olması dolayısıyladır. Daha 1922 yılında Mustafa Kemal eğitim ile milletin bekasının sağlanması arasında

¹¹ Hasan Nuri Yaşar, *İnsan Hakları Avrupa Sisteminde ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü*, İstanbul: 2010, Filiz Kitabevi, s.73.

doğrudan bir ilişki gördüğünü ilan etmişti:

“Efendiler! Yetişecek çocuklarımıza ve gençlerimize, görecekleri tahsilin hududu ne olursa olsun, en evvel ve her şeyden evvel Türkiye’nin istiklâline, kendi benliğine ve ananât-ı milliyesine düşman olan bütün anasırla mücadele etmek lüzumu öğretilmelidir (Alkışlar). Beynelmilel vaziyet-i cihana göre, böyle bir cidalin istilzam edildiği anasır-ı rûhiye ile mücehhez olmayan fertlere ve bu mahiyette fertlerden mürekkep cemiyetlere hayat ve istiklâl yoktur (Bravo sesleri).”¹²

1924 yılında da “Terbiyedir ki, bir milleti ya hür, müstakil, şanlı, âli bir heyeti içtimaiye halinde yaşatır, ya bir milleti esaret ve sefaletle terk eder”¹³ sözleri ile Mustafa Kemal, eğitimin temel amacının milletin muhafaza-i mevcudiyeti olduğunu ortaya koymaktaydı. Yepyeni bir ulus inşası projesine soyunan Mustafa Kemal, 1924 Anayasası’nın kabul edilmesinden kısa bir süre sonra, aynı yıl, eğitimde milli varlığa tehdit olarak gördüğü her tür çoğulculuğun ve evrenselciliğin reddedildiğini açıkça ilan edecekti.

“Eğitim kelimesi yalnız olarak kullanıldığı zaman, herkes kendine göre bir anlam çıkarır. Ayrıntıya girilirse eğitimin hedefleri, amaçları çeşitlenir. Mesele dini eğitim, milli eğitim, beynelmilel eğitim. Bütün bu eğitimlerin hedef ve gayeleri başka başkadır. Ben burada yalnız Yeni Türk Cumhuriyetinin yeni kuşağa vereceği eğitimin milli eğitim olduğunu kesin olarak ifade ettikten sonra diğerleri üzerinde durmayacağım.”¹⁴

Bu konuşmada “milli eğitim”, hem dini eğitimin hem de evrenselci eğitimin karşısına konmuştu. Böylece yeni milli eğitim ideolojisi dini eğitimi karşısına alarak geçmişle ve gayrı Türk Müslüman unsurlarla bağları kopartırken; milli karakterimize aykırı olduğu iddia edilen evrenselci eğitimi karşısına alarak dünyanın geri kalan kültür ve düşünce coğrafyalarıyla irtibatı kopartır. Şüphesiz dini eğitim aynı dine mensup ancak farklı dil, kültür, etnik köken veya başka tür farklılıkları olan tüm insanları bu farklılıklarına dokunmaksızın belirli

¹² TBMM Zabıt Ceridesi, Devre I, Cilt 18, İçtima 1, Tarih 1.3.1338 (1922), s.8.

¹³ “Samsun Öğretmenleriyle Konuşma” *Söylev ve Demeçler*, C.II, s.198

¹⁴ Genelkurmay Başkanlığı, *Atatürkçülük (Birinci Kitap)*, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 1982, s.113.

ortak düşünce ve kanaatler etrafında birleştirerek bir tür evrenselcilik ve çoğulculuk barındırdığı için tercih edilmemektedir. “Yekpare bir çelik kütle”¹⁵ gibi homojen bir Türk ulusu, ancak ayrı parçaların ulusa entegrasyonunu sağlayacak tek bir düşünceye ve tek bir kültüre dayalı olarak inşa edilebilir. Bunun için ise öncelikli olarak yapılması gereken çoğulcu yapıların tümüyle tasfiye edilmesidir. “Terbiye ve tedrisatı tevhit etmedikçe aynı fikirde, aynı zihniyette fertlerden mürekkep bir millet yapmaya imkân aramak abesle iştiğal olmaz mıydı?”¹⁶ Cumhuriyet ve ulus devletin siyasi ve sosyal projesi homojenleştirmeye yönelirken, “milli terbiye” özellikle otuzlu yıllardan itibaren söz konusu projenin pedagojik meşruiyet zeminin oluşturacaktır. Diğer bir ifadeyle eğitimin başat hedefi olan “yurttaşlar topluluğu” oluşturma projesinin pedagojik düsturu “millilik” olmuştur.¹⁷

Açıktır ki Cumhuriyetin ilanından sonraki süreçte, ülkemizde, milli eğitim politikalarının özü çok milletli imparatorluğun içinden monolitik bir ulus çıkartma arzusudur. Köklü toplumsal değişim ve dönüşüm yaşayan başka pek çok toplumda görüldüğü gibi Türkiye’de de, yeni toplum yaratmak ve yaratılan yeni toplumun ihtiyaçlarına ve değerlerine uygun yeni insanı yetiştirmek için eğitime çok merkezi bir rol biçilmiştir. Tek partinin Türkiye’yi yönettiği ve Kemalist Batılılaşma-modernleşme programının toplumsal yaşamın her alanında uygulamaya konduğu bu dönemde, bir yandan yeni topluma uygun ve rejimi güçlendirecek insan yetiştirme beklenirken, diğer yandan özellikle kapitalizmin giderek güçlenmesiyle ekonomik amaçlara hizmet edecek insan gücü yetiştirmek, eğitimin temel işlevi haline gelmiştir.¹⁸ Nitekim daha baştan eğitimin, yaratılmak istenen “millet” olgusuna bağlı olarak yüklendiği fonksiyon, bu konuda çok köklü değişikliklerin yaşanmasının da habercisi olmuştur. Eğitim, varlığı ortaya konulmaya çalışılan milletin çerçevesini çizecek, onu tanımlayacak, arkasında onu modernleştirecek, çağdaş bilim ve teknolojiye kavuşturacaktı.

¹⁵ *Söylev ve Demeçler*, C.II, s.118

¹⁶ *Söylev ve Demeçler*, C.II, s.210 (28.8.1925)

¹⁷ Ufuk Şimşek, Birgül Küçük, Yavuz Topkaya, “Cumhuriyet Dönemi Eğitim Politikalarının İdeolojik Temelleri”, s.2818.

¹⁸ Fatma Gök, “75 Yılda İnsan Yetiştirme Eğitim ve Devlet”, *75 Yılda Eğitim*, Türkiye Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 1999, s.5.

1. Tevhid-i Tedrisat'tan Üniversite Reformuna

“Bir devletin irfan ve maarifi umumiye siyasetinde milletin fikir ve hissî itibariyle vahdetini temin etmek için tevhidi tedrisat en doğru, en ilmî ve asrı ve her yerde fevayit ve muhassenatı görülmüş bir umdedir. 1255 Gülhane Hattı Hümayunundan sonra açılan Tanzimatı Hayriye Devrinde saltanat münderisei Osmanîye tevhidi tedrisata başlamak istemiş ise de buna muvaffak olamamış ve bilâkis bu hususta bir ikilik bile vücuda gelmiştir. Bu ikilik vahdeti terbiye ve tedris noktai nazarından birçok mızır neticeler tevlid etti. Bir millet efradı ancak bir terbiye görebilir. İki türlü terbiye bir memlekette iki türlü insan yetiştirir. Bu ise vahdeti his ve fikir ve tesanüt gayelerini külliyyen muhildir.”¹⁹

1924 tarihli Tevhid-i Tedrisat Hakkındaki Kanun'un Riyaseti Celiliyesinde geçen bu satırlarda dinin toplum hayatından çıkartılacağına ilişkin açık bir işaret görülmemekle birlikte çoğulcu bir toplumsal yapının tasfiye edilme ve homojen bir topluluk yaratma niyeti ortadadır. Millet, his birliği, fikir birliği ve dayanışma içerisinde olan topluluk olarak tasavvur edilmektedir. Düşünce ve duygu bakımından birliği temin edilmiş bir milletin inşası da ancak tek bir eğitim sisteminin tek bir tipte insan yetiştirmesiyle mümkün olacaktır. Böylece öğretimin birleştirilmesinin hedefi ortaya çıkmaktadır: ulusun bütünlüğünü bozmaya yönelik faaliyetleri ortadan kaldırmak. Çünkü farklı okullardan çıkan insanların farklı birer kimliğe sahip olması kuvvetle muhtemel görülüyordu.

Kanun, esasında eğitim birliği ilkesine dayanarak bütün eğitim kurumlarının Maarif Vekâletine bağlanmasını amaçlamaktaysa da çok geçmeden aynı yıl 11 Mart tarihinde Maarif Vekili'nin bir genelgesi ile medreseler, Kanun'un içeriğine aykırı bir şekilde kapatılmıştır. Böylece, dini eğitim ve medrese ile birlikte ulema ve dolayısıyla İslam bireyi ve toplumu yeniden inşa projesinde devre dışı bırakılmış oluyordu.²⁰ Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile yalnızca bütün okulların Maarif Vekâletine devredilmesi ve böylece hepsinin merkeze bağlı olmasını sağlayan bir “birlik” değil, ayrıca ve çok daha önemlisi bütün okulların aynı kurallara bağlanması ve aynı programları takip etmesi açısından da bir

¹⁹ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre II, Cilt 7, İçtima 1, Tarih 3.3.1340 (1924), s.25

²⁰ Osman Kafadar, “Cumhuriyet Dönemi Eğitim Tartışmaları”, *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce/ Modernleşme ve Batıcılık*, C. 3, 5. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2009, s.353.

tek tiplilik kabul edilmiştir. Böylece herkes ve her özel kurum aslında tek bir resmi hakikate bağlanmak zorunda bırakılmıştır.²¹ Mustafa Kemal bu gerçeği şu şekilde ifade ediyordu:

“Büyük millet, cihan aile-i medeniyetinde mevkii ihtiram sahibi olmağa lâ-yık Türk milleti, evlâtlarına vereceği terbiyeyi mektep ve medrese namında birbirinden büsbütün başka iki nevi müesseseye taksim etmeğe halen katlanabilir miydi? Terbiye ve tedrisatı tevhit etmedikçe aynı fikirde, aynı zihniyette fertlerden mürekkep bir millet yapmaya imkân aramak abesle iştigal olmaz mıydı?”²²

Resmi ideolojinin ulusal eğitim anlayışının ifadesi olan Tevhid-i Tedrisat Kanunu kaynaşmış, modern, seküler ve ulusal bir eğitim sistemi yaratmanın alt yapısını oluşturmuştur. Dinsel, bölgesel, ırksal ve dilsel farklılıkların olduğu bir toplumda eğitimin birleştirilmesi, ulusun ve bireyin inşası amacının gerçekleştirilmesi için çok önemliydi. Bir milli kültür ve bir milli terbiye sağlama amacıyla birlikte düşünüldüğünde bu tercih, Türkiye’de Tevhid-i Tedrisattan günümüze kadar uygulanan eğitim politikalarının temel eksenini oluşturmuştur. Nitekim Cumhuriyet dönemi eğitim tartışmaları hep bu eksenin etrafında cereyan etmiştir. Yeni bir ulus inşa etmeye soyunan Cumhuriyetin Kemalist elitleri bunun hem teknik açıdan hem de bilinç bakımından ulusal eğitimden geçtiğini kavramışlardı ve bu sebeple ülkedeki okullaşmayı ve okur-yazarlığı olabildiğince artırmak istemişlerdi.

Tevhid-i Tedrisatın yükseköğretimdeki aşaması ise 1933 tarihli Üniversite Reformu olmuştur. Tevhid-i Tedrisatın amaç ve özünü taşıyan Üniversite Reformu ile devletin ve toplumun batılılaştırılmasında önemli bir aşama kat edilmiştir.²³ İstanbul Darülfünununun ilgası ile yerine yeni esaslar dâhilinde bir İstanbul Üniversitesi teşkiline dair Maarif Vekilliğince hazırlanan kanun tasarısı hiçbir müzakereye tabi tutulmadan Meclisten geçirilmişti.²⁴

“Darülfünun hakkında Maarif vekilliğince yaptırılmış olan uzun tetkikler bu

²¹ Hasan Nuri Yaşar, *Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü*, s.80.

²² *Söylev ve Demeçler*, C.II, s.220.

²³ Hasan Nuri Yaşar, *Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü*, s.357.

²⁴ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre IV, Cilt 15, İçtima 64, Tarih 31.5.1933, s.466-467.

müessesenin öteden beri lüzumu zaten takdir edilmiş olan bir şekilde ve esaslı bir surette ıslah edilmesi ve daha doğrusu yeniden teşkil olunması zaruretini büsbütün meydana çıkarmıştır. Yapılmasına lüzum görülen değişiklikler yalnız tedris usullerine, kürsülerin miktar ve mahiyetine veya başka teferruata münhasır olmayıp fakültelerin kurulmasına ve bütün tedris heyetlerinin yeniden seçilmesine taallûk ettiğiinden meselenin bu günkü teşkilâtı düzeltmek sureti ile halledilmesi mümkün görülmemiş, yeni ve mütekaiddi bir müessesenin meydana getirilmesi için mevcut teşkilâtın lâğvedilmesindeki ve muvakkat kadro ile bir intikal devresinin kabul olunmasındaki zaruret takdir edilmiştir. Bu ilga keyfiyeti ve bir senelik muvakkat devre Maarif vekilliğini yeni teşkilâta teşebbüsünde ancak ilmî ve asri esaslar dairesinde serbest bırakılmasını temin etmiş olacaktır.”²⁵

Maarif encümeni mazbatasındaki bu açıklamalar Osmanlı’dan Cumhuriyet’e intikal eden eğitim anlayışındaki köklü değişimi açıkça ortaya koymaktadır. Tevhid-i Tedrisatı izleyen süreçte, Harf İnkılâbı, Türk Tarih Tezi ve daha sonra da Güneş Dil Teorisi gibi çabalarla bir Türk kültürü, dili, tarihi yaratılmaya çalışılmaktaydı. Ne var ki en son şeklini II. Abdülhamit zamanında alan Darülfünun, Avrupa tarzı öğretim yapılması amacıyla kurulmuş olmasına karşın “inkılâbın yerleşmesi için yeterince katkı yapmadığı, yeni devlet zihniyetine ayak uyduramadığı ve hatta inkılâplara karşı olumsuz bir tutum takındığı”²⁶ düşünülüyordu. Maarif Vekili Dr. Reşit Galip, 1 Ağustos 1933 tarihinde, yeni İstanbul Üniversitesi’nin açılışında yaptığı konuşmasında bu düşünceleri şöyle ifade ediyordu:

“Millî maarif işlerini faaliyet programının en başına koymuş olan Cumhuriyet, bir taraftan Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile medreseleri kaparken öbür taraftan da Darülfünuna elini uzattı... Memleketin hiçbir meselesi darülfünun işi kadar umumî alâka uyandırmadı. Hiçbir müessese, onun kadar tenkide uğramadı. Lâkin bütün bu alâkalara, bütün bu tenkitlere rağmen İstanbul Darülfünunu, Türkiye münevverliğinin beklediği salâha, inkişafa ve terakkiye eremedi.

Memlekette siyasî, içtimaî büyük inkılâplar oldu. Darülfünun bunlara karşı

²⁵ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre IV, Cilt 15, İçtima 64, Tarih 31.5.1933, Ekler.

²⁶ Osman Kafadar, “Cumhuriyet Dönemi Eğitim Tartışmaları”, s.360.

bîtaraf bir müşahit kaldı. İktisadî sahada esaslı hareketler oldu. Darülfünun bunlardan habersiz göründü. Hukukta radikal değişiklikler oldu. Darülfünun yalnız yeni kanunları tedrisat programına almakla iktifa etti. Harf inkılâbı oldu, öz dil hareketi başladı, Darülfünun hiç tınmadı. Yeni bir tarih telâkkisi, millî bir hareket halinde bütün ülkeyi sardı. Darülfünunda buna bir alâka uyandırabilmek için üç yıl kadar beklemek ve uğraşmak lâzım geldi. İstanbul Darülfünunu artık durmuştu, kendisine kapanmıştı, vustaî bir tecerrüt içinde haricî âlemden elini ayağını çekmişti... Türkiye gibi radikal bir inkılâp memleketinde, vatanın müstakbel zimamdarlarının terbiyesi, hayattan bu kadar uzak kalan, inkılâbın seyrinden bu kadar uzak duran bir müesseseye artık daha uzun müddet tevdi edilemezdi.”²⁷

Bu sebeplerle, bu müessesenin ıslahının yeterli olmayacağı kanaatine ulaşılarak teşkilatın büsbütün lağvedilmesi yoluna gidilmiştir. Darülfünunun büsbütün ortadan kaldırılması ile birlikte 88 müderris, 36 müderris muavini, 44 muallim ve 72 asistan olmak üzere toplam 240 öğretim elemanı kadrosundan 71 müderris ve muallim, 13 müderris muallimi ve 72 asistan olmak üzere toplam 157 öğretim elemanı tasfiye edilmiştir.²⁸ 1933 üniversite reformu bugüne kadar üniversitelerde pek çok kez görülen temizlik harekâtlarının ilkiydi. Yalnız teşkilatın değil aynı zamanda öğretim elemanlarının da tasfiyeye uğraması meselenin yalnızca “tedris usullerine, kürsülerin miktar ve mahiyetine veya başka teferruata münhasır olmayıp” asıl olarak inkılâba karşı görevlerini hakıyla yerine getirecek ve resmi ideolojinin üretimini ve taşıyıcılığını yapacak bir kurumun kurulması olduğunu göstermektedir. Böylece 1924’de kazandığı özerklik ile birlikte az çok Kemalist ideolojinin dışında kalabilen ve yine az çok çoğulcu bir yapıya sahip Darülfünun ortadan kaldırılarak devlet aygıtlarının yekpare ve homojen bir kütle olması yönündeki son engeller de ortadan kaldırılmıştır. Öte yandan reform ile üniversitelerin hem özerkliğinin kısıtlanması, hem yapılandırma sırasında siyasi güdülerin ağırlıklı rol oynaması, devletin üniversiteye müdahale geleneğinin oluşmasına neden olmuş; bu durum, zamanla kurumsallaşmıştır.

²⁷ Ernst Hirsch, *Dünya Üniversiteleri ve Türkiye’de Üniversitelerin Gelişmesi*, Cilt I, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No:23, 1950, s. 312.

²⁸ Osman Kafadar, “Cumhuriyet Dönemi Eğitim Tartışmaları”, s.380.

Mustafa Kemal, ölmeden kısa süre önce yaptığı Meclis konuşmasında eğitim alanında adeta vasiyetini de açıklamıştır:

“Arkadaşlar, Büyük davamız, en medeni ve en müreffeh millet olarak varlığımızı yükseltmektir (Alkışlar). Bu, yalnız kurumlarda değil, düşüncelerinde temelli bir inkılâp yapmış olan büyük Türk milletinin dinamik idealidir. Bu ideal en kısa bir zamanda başarmak için, fikir ve hareketi, beraber yürütmek mecburiyetindeyiz. Bu teşebbüste başarı, ancak, töreli bir planla ve en rasyonel tarzda çalışmakla mümkün olabilir. Bu sebeple, okuyup yazma bilmeyen tek vatandaş, bırakmamak; memleketin büyük kalkma savaşının ve yeni çatısının istediği teknik elemanları yetiştirmek; memleket davalarının ideolojisini anlayacak, anlatacak, nesilden nesile yaşatacak fert ve kurumları yaratmak; işte bu önemli umdeleri en kısa zamanda temin etmek, Kültür Vekâletinin üzerine aldığı büyük ve ağır mecburiyetlerdir (Alkışlar). İşaret ettiğim umdeleri, Türk gençliğinin dimağında ve Türk milletinin şuurunda daima canlı bir halde tutmak, Üniversitelerimize ve yüksek okullarımıza düşen başlıca vazifedir.”²⁹

Mustafa Kemal’in ölümünden sonra “memleket davalarının ideolojisini anlayacak, anlatacak, nesilden nesile yaşatacak, fert ve kurumları yaratmak” ideali hiçbir zaman terk edilmedi. 1946 yılında çok partili hayata geçildi, 1947’de Truman Doktrini ilan edildi ve Türkiye ABD’nin desteğine talip oldu, 1949 yılında ise Avrupa Konseyine girildi. Tüm bu yeni gelişmelere ayak uydurma çabalarının bir sonucu da 13 Haziran 1946 yılında Üniversiteler Kanunu’nun yasalaşması oldu. Kanun’un müzakerelerine geçilmeden önce söz alan Milli Eğitim Komisyonu Sözcüsü Reşat Şemsettin Sırer Mustafa Kemal’in yukarıdaki vasiyetini hatırlattıktan sonra söz konusu Kanun’un dışsal baskı ve yönlendirmeyle değil içsel dinamiklerin zorlamasıyla hazırlandığını ileri sürmüştü.³⁰ 31

²⁹ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre V, Cilt 20, İçtima 3, Tarih 1.11.1937, s.7

³⁰ “Halkçılık umdemizin icaplarını yerine getirmeye çalışıyoruz. Bir takım ileri adımlar atılıyor ve memleketimizde gelişmeler oluyor. Bu umdemiz istikametindeki gelişmelerin tabii, normal, istediğimiz ve rizamlara uygun gelişmeler olmayıp, bunları zoraki olarak yaptığımız, şu ve bu türlü tesirler ve telkinler altında ve bu muhasebelerle yapmağa mecbur olduğumuzu göstermeye matuf bir takım münferit gayretlerin tezahürlerine memleket dışında, maalesef hattâ-memleket içerisinde rastlıyoruz. Muhtemeldir ki, bu Üniversiteler Kanununun ifade ettiği demokratik gelişme hamlesi de bu tarzda bir tefsire uğrasın.” TBMM Zabıt Ceridesi, Devre VII, Cilt 24, İçtima 64, Tarih 10.6.1946, s.103

Mayıs 1933 tarihli Kanun geçici bir yönetim devresi öngörerek Üniversiteleri Maarif Vekaletine bağlamıştı. Geçen deneme süresinin yeterli olduğu kanaati getirilerek “üniversitelerin bilimsel, yönetsel özeklikleri olması, öğretim üyelerini, organlarını seçme yetkisine malik bulunmaları”³¹ temelinde yeni bir üniversite yapısına geçilmiştir.

Üniversiteler Kanunu’nun kabul edildiği 13 Haziran 1946 tarihinden kısa bir süre sonra 21 Temmuz 1946’da birden çok partinin katıldığı seçimlerin yapıldığı ve ilk kez muhalefetli bir meclisin olduğu göz önüne alındığında üniversitelere özerklik ve tüzelkişilik verilmesinin zamanlaması daha iyi anlaşılabilir. Zira “deneme süresi” içerisinde inkılâp kanunlarını özümsemiş kadrolarla tahkim edilmiş olan üniversitenin serbest oyla gelmiş siyasi kadroların müdahalesine tamamen açık bir hukuksal statüde bulunması oldukça riskliydi. Böylece tek parti dönemi boyunca üniversitelerden her türlü eğitim kurumuna, devlet kurumlarından dini müesseselere kadar her şeyi kontrolü altında tutan bir tek parti vesayetinin sonuna gelindiği de zımni olarak kabul edilmiş oluyordu. Yeni vesayet sistemi Kemalist ideolojiyi içselleştirmiş kadrolardan oluşan vesayet kurumları eliyle yürütülecektir. Nitekim 1961 Anayasası da 1946 tarihli Üniversiteler Kanunu’nun getirdiği özerkliği anayasal teminat altına almıştır. 1960’lardan 1980 darbesine kadar geçen sürede ise üniversitelere ilişkin tartışmalar daima öğrenci olaylarının gölgesinde kalmıştır. 12 Eylül darbesinin mimarlarınca darbe gerekçesi olarak üniversitelerdeki olaylar gösterildi³² ve 4 Kasım 1981 tarihinde yapılan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile özerklik üniversitelerden alınarak merkeze, yani Yükseköğretim Kurumuna devredilmiştir.

1990’lı yıllarda üniversitelere ilişkin tartışmalar üç temel ekseninde yürümüştür. Bunlardan birincisi rektör seçimlerinde öğretim üyelerinin tercihlerinin dikkate alınması ve bunun sonucunda üniversite içerisindeki gurupların çe-

³¹ Bkz. “Üniversiteler Kanunu tasarısının gerekçesi” TBMM Zabıt Ceridesi, Devre VII, Cilt 24, İçtima 64, Tarih 10.6.1946, ekler.

³² Darbenin temel gerekçelerinden birinin üniversitelerin içinde bulunduğu şiddet olayları olduğu yönünde sayısız kanıt vardır. Bu kanıtlardan bazılarını derli toplu ulaşmak için bkz. Ferruh Dinçkal, *Yorumsuz 12 Eylül Belgeleri*, e-kitap, 2012, ss. 86-92. <http://cfg.org.au/e-kitap> (Erişim Tarihi:24.05.2014).

kişmeleridir. İkincisi özel üniversitelerin vakıf üniversiteleri biçiminde açılması ve üçüncüsü taşra üniversitelerinin açılması ile üniversitelerin hızla yaygınlaşmasıdır. Bu tartışmaların odak noktası ise başından beri bir vesayet kurumu olarak tasarlanan üniversitelerden özellikle taşra üniversitelerinin kendi içerisinde Kemalist ideolojinin hegemonyasından kurtulma işaretlerini bastırma çabası oluşturmuştur. Türban ve irtica dolayımında yapılan tartışmaların gerçek sebebi 1990'lar boyunca bilhassa taşra üniversitelerinde yükselen Kemalist ideolojiye bağlı olmayan oluşumların denetim altına alma çabası olmuştur. 1990'lar boyunca devam eden ve ancak 2000'li yılların ikinci yarısından sonra belirli ölçüde yatışan üniversite etrafındaki çatışmalar Tanzimat'tan buyana devam eden eğitimin nasıl ve niçin yapılacağı sorunundan bağımsız değildir.

Osmanlı'dan Cumhuriyet'e, Tevhid-i Tedrisat'tan 1933 Üniversite Reformuna ve 1946 Üniversiteler Kanunu'na, tek partili dönemden 27 Mayıs, 12 Mart ve 12 Eylül darbelerinden 28 Şubat müdahalesine kadar uzanan süreçte eğitim ve üniversiteler etrafında yapılan tartışmalar insan yetiştirme ve eğitim sorunlarına ilişkin siyasal ve ideolojik tutumlarla yakından ilişkilidir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi de kurulduğu 1961 yılında kurulduğu tarihten itibaren bu siyasal ve ideolojik tutumu yalnız benimsemekle kalmamış aynı zamanda, taşıyıcısı ve üreticisi de olmuştur. Bu bizzat Mahkemenin işlevi dolayısıyla böyle olmuştur. Dolayısıyla Mahkemenin eğitim ideolojisi, onun işlevinin ortaya konulması ile anlaşılabilir.

2. Eğitim Politikaları Bağlamında Anayasa Mahkemesinin İşlevi

Türkiye'nin ilk modernleşme tecrübeleri askeri ve bürokratik devlet seçkinlerinin öncülüğünde gerçekleşmiştir ve demokratik siyasal hayata geçilmesinden sonra da bu seçkinler devlet hayatında belirleyici bir rol oynamıştır. Devlet seçkinleri, kendilerini "devletin muhafızı" devletin sürekli menfaatlerinin koruyucusu bir vesayet makamı olarak algılamışlar; kendi menfaatlerini gerçekleştirmek için fırsat kollayan kimseler olarak gördükleri seçilmiş siyasal elitlere daima şüphe ile bakmışlardır. Genel olarak yargı organları ve özel olarak da Anayasa Mahkemesi, bu zihniyetin etkisinden kendilerini kurtarabilmiş değillerdir.³³

³³ Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi",

Gerek kuruluş felsefesi anlamıyla Anayasa Mahkemesinin sisteme monte edilmesi ve gerekse 27 Mayıs darbesi ve ardından kabul edilen 1961 Anayasası, seçimlerle göreve gelen iktidarların “rejimin bekasına” yönelik potansiyel tehditlerine karşı inşa edilmişlerdir. 1950 seçimlerinden sonra askeri-sivil elitlerin sistem içerisindeki konumlarının zayıflaması sonucu Cumhuriyet elitlerinin seçimle iktidara gelenlere karşı kendisini koruma amacının bir sonucu olarak Anayasa Mahkemesi kurulmuştur.³⁴ Böylece Dünyadaki pek çok başka örnekte de görüldüğü üzere Türkiye’deki Anayasa yargısının temel amacının, yönetici seçkinlerin siyasal sistem üzerinde tesis ettikleri hegemonyalarını sürdürmek olduğu ortaya çıkmaktadır.³⁵ Başka bir deyişle 1961 Anayasası ile birlikte Anayasa Mahkemesine güç aktarımı yapılmasının gerçek sebebi çevreden gelmesi muhtemel tehditlere karşı merkezin korunması gayesidir.

Türkiye’nin tekil devlet yapısına ya da tekil ulusal kültürlü klasik kuruluş ideolojisine aykırı olacak her tür toplumsal ve siyasal hareket tek parti döneminde tüm siyaseti kontrol altında bulunduran vesayet partisi eli ile kontrol altında tutulmuştu. Çok partili hayata geçildikten sonra 1950-1960 döneminde tek-partinin gerçekleştirdiği işlevi yerine getirecek etkili mekanizmaların yokluğunun anlaşılması üzerine 1961 Anayasası ile birlikte toplumsal ve siyasal hayatı kontrol altında tutmak amacıyla pek çok vesayet organı ihdas edildi. Anayasa yargısı da devletin muhafazlığını yapmak amacıyla etkili bir “yargısal” mekanizma olarak benimsenmiştir. Ancak Türkiye’de anayasa yargısının etkili bir mekanizma olmasının sebebi teknik meselelerin üstesinden gelme kapasitesi ile ilgili değildir. Etkili olması toplumsal siyasetin kontrol altına alabilme ve anayasanın yorumlanmasının resmi ideoloji olarak dayatılan Kemalist ideolojinin belirlediği çerçevenin dışına çıkma tehlikesini bertaraf edebilme kapasitesi nedeniyledir.

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 2007, Cilt: 62, Sayı 3, s.265.

³⁴ Ceren Belge, “Friends of the Court: The Republican Alliance Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey”, *Law and Society Review*, Volume 40, No:3, 2006, ss.662-664.

³⁵ Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluşunu “hegemonyanın korunması tezi” bağlamında inceleyen iki çalışma için bkz. Serdar Güleler, *Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012, ss.193-268; Ozan Ergül, *Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınları, 2007, ss.121-128

Anayasa Mahkemesi, devletin temelini, milli birliği, milli ülküyü ve milli in-kılâbı kollayan ve koruyan bir öncü, bekçi ve denetçi olarak kurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi yalnız rejimin değil aynı zamanda milletin hayat süreç-lerinin de bekçisi olmuştur. Mahkeme, Cumhuriyet kurumlarının genetiğine uygun olarak, verdiği kararlarla yalnızca siyasal alanın aktörlerine Anayasa ile tanınan takdirlerine müdahale etmez aynı zamanda ulusu ve bireyi durmaksızın yeniden inşa eder. Nitekim Mahkemenin verdiği kararlarda siyasal düzenin muhafızı rolünün bir gereği olarak anayasayı, resmi ideolojinin belirlediği çer-çevenin dışına çıkmadan yorumladığı gibi eğitime ilişkin meseleleri de büyük oranda Cumhuriyetin hemen başında temelleri atılan ve tek-parti dönemi bo-yunca olgunlaştırılan cumhuriyetin eğitim ideolojisinin çerçevesinde yorum-lamıştır.

3. Anayasa Mahkemesinin Eğitime Yaklaşımı

27 Mayıs 1960 darbesinden sonra hazırlanan 1961 Anayasası Atatürkçü bir ideolojiye sahipti. 1961 Anayasası'nın başlangıç bölümü Türk milliyetçili-ğini, Atatürk ilkelerine bağlılığı, milli birlik ve dayanışmayı, toplumsal huzuru ve dayanışmayı vurgulamaktaydı. 1961 Anayasası'nın eğitim ve öğretime iliş-kin maddelerinden de anlaşılacağı üzere, 1961 Anayasası'nda açıkça bir resmi eğitim ideolojisi belirlenmemiştir. Buna karşın açıktır ki başlangıç ile birlikte değerlendirildiğinde eğitim ve öğretim Atatürk ilkelerini ve Türk milliyetçiliğini benimseyen devletin gözetim ve denetiminde yapılacaktır.³⁶

İttihat ve Terakki iktidarında ve Kemalist dönemde, yeni bir ulus-inşa gere-ği ve bunun için de köklü toplumsal değişimlerin yapılması zorunluluğu öncü kadroların en önemli meselesi oldu. İttihat ve Terakki dönemine kadar, kurum-sal düzenlemelerle yetinilerek sürdürülen devleti ve milleti kurtarma çabası, bu dönemde ve daha sonra gelen Kemalist dönemde, toplumun ulus devlete

³⁶ İsmail Kaplan, *Türkiye'de Milli Eğitim İdeolojisi*, 4. baskı, İstanbul: İletişim yayınları, 2005, s.264. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1964 yılında devletin gözetiminden ne anladığını ortaya koymuştur: "Eğitim ve öğretim Devletin gözetim ve denetimi altında yapılması ise bir sınırlama değildir. Herkes eğitim ve öğretim yapıp yapmamakta serbest olacak, ancak bu eğitim öğretim alanı kanunla düzenlenecektir. Kanun koyucunun, bu gözetim ve denetim esaslarını düzenlerken, Anayasa ilkelerine bağlı kalarak eğitim ve öğretim serbestliğini bozacak herhangi bir hüküm getirmekten kaçınacağı doğaldır." AYM, T. 3.11.1964 ve E.1963/152 K.1964/66

uygun bir forma dönüştürülmesi amacına yönelik olarak kültürel-toplumsal ve ekonomik yapıda gerçekleştirilen radikal politikalar uygulamaya konularak toplum homojenleştirilmeye çalışıldı.³⁷ Bu politikaların en önemlisi eğitim olmuştur. Eğitim aracılığıyla devletler, devletin insan unsurunu oluşturan ulusun düşünce ve değer yargılarının bir “pota” içinde eritip kaynaştırarak bütünleştirilmesi amacına yönelirler. Bundan dolayı Türkiye Cumhuriyeti de diğer ulus devletler gibi eğitimin tüm aşamalarında kendi ideolojisini aktarma yolunu izlemiştir. Devletler, “eğitim vasıtasıyla kendi ideolojik sembollerini, simgelerini ve dilini topluma yayarak” toplumu kendi kurgusuna göre kimliklendirir.³⁸

1924’den sonra oluşan Cumhuriyet idaresi gibi 12 Eylül 1980 tarihinde yapılan askeri darbe sonrası oluşan askeri rejim de eğitim ve kültür hayatına özel olarak eğilmiştir. Bu yüzden günümüz Türkiye’indeki eğitime ilişkin her hangi bir inceleme 12 Eylül’ün politikasını ele almadan eksik kalacaktır.³⁹ 1982 Anayasa’nın 42. maddesinin üçüncü fıkrası, Atatürkçülüğü milli eğitimin uymak zorunda olduğu tek ve resmi ideoloji olarak ilan etmiştir:

“Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz.”

“Atatürk İlke ve İnkılâpları” ile “Atatürk Milliyetçiliği” Anayasanın Başlangıç’ından başlayarak sonuna kadar sürekli tekrarlanarak anayasal tüm meselelerde göz önünde bulundurulması zorunlu ilkeler olarak kabul edilmiştir. Ayrıca bu resmi ideoloji Anayasadan başlayarak bütün hukuk metinlerine de işlenmiştir.⁴⁰ Dolayısıyla Türk milli eğitiminin bir resmi ideolojisinin olması ve

³⁷ Kemalist dönem ulus-inşa sürecinin, hem öncü kadroların vesayetçi eğilimleriyle gerçekleştirildiğini hem de vesayetin sürmesine zemin hazırladığını gösteren bir analiz için bkz. Hatem Ete, *Democracy and the Tutelary Regime in Turkey: The Political and Sociological Roots of Tutelage in Single-Party Era*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara: Ortadoğu Teknik Üniversitesi, 2012, ss.261-262.

³⁸ Halis Çetin, “Devlet, İdeoloji ve Eğitim”, *Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C: 25, No:2, 2001, ss.201-211.

³⁹ İsmail Kaplan, *Türkiye’de Milli Eğitim İdeolojisi*, s.305.

⁴⁰ 1973 tarihli Milli Eğitim Temel Kanununun 10. maddesinde Türk eğitim sisteminin bir resmi ideolojisi olduğunu ve bunun da “Atatürk İlke ve İnkılâpları” ile “Atatürk Milliyetçiliği” olduğu açıkça ifade edilmiştir: “Eğitim sistemimizin her derece ve türü ile ilgili ders programlarının hazırlanıp uygulanmasında ve her türlü eğitim faaliyetlerinde Atatürk inkılap ve ilkeleri

bu ideolojinin de Atatürk Milliyetçiliği olması oldukça doğaldır. Bu fıkra ile getirilen ideoloji eğitimle ilgili tüm birimleri yani her seviyede eğitim kurumlarını, devlet okulları ile özel okulların tümünü, üniversite, lise ve ilköğretim olmak üzere eğitimin her aşamasını kapsamaktadır. Çağdaş eğitim deyimi de Atatürk ilke ve inkılâpları ve Atatürk milliyetçiliği ile birlikte hemen daima pozitivist bir anlama sahiptir. Şüphesiz bunun böyle anlaşılması Atatürk milliyetçiliğinin kurucu babası Mustafa Kemal'in bunu böyle anlaması nedeniyledir. Mustafa Kemal'e göre ulusal bir eğitim programının iki temel noktası vardır:

“1. Hayatı içtimaiyyemizin ihtiyaca tetabuk etmesi. 2. İcabatı asriyeye tevafuk etmesidir. Gözlerimizi kapayıp mücerret yaşadığımızı farz edemeyiz. Memleketimizi bir çember içine alıp cihan ile alakasız yaşayamayız... Bilâkis müterakki, mütemeddin bir millet olarak medeniyet sahasının üzerinde yaşayacağız. Bu hayat ancak ilim ve fen ile olur”⁴¹

1982 Anayasası'nın 42. maddesinin dördüncü fıkrasında ise bir adım daha ileri gidilerek “Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz” denilmiştir. Başka bir deyişle 1982 Anayasası eğitim ve öğretim özgürlüğünün ancak “Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda” ve “çağdaş bilim ve eğitim esaslarına bağlı” bir şekilde kullanılabileceğini belirttikten sonra bununla da yetinmeyerek, tüm vatandaşlardan Anayasa'da belirtilen ideolojiye sadakat göstermelerini bekler. Maddenin gerekçesinde de ilgili fıkradan ne anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. “Devlet, eğitim ve öğretimin yapılmasını sağlayacak ve muhtevasını da denetleyecektir. Bu denetimin çerçevesi, eğitim ve öğretime katılanların tümünün Anayasaya sadakatini temin etmektedir. Eğitim ve öğretim özgürlüğü, hiçbir şekilde Anayasanın temel felsefesine ve ilkelerine aykırı davranmanın bahanesi olamaz. Devlet bu özgürlüğün kullanılmasında Atatürk ilkelerine, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına uyulmasını gözetecektir.”⁴² Hiç kuşkusuz Anayasaya göre eğitim ve öğretim özgürlüğü,

ve Anayasada ifadesini bulmuş olan Atatürk milliyetçiliği temel olarak alınır. Milli ahlak ve milli kültürün bozulup yozlaşmadan kendimize has şekli ile evrensel kültür içinde korunup geliştirilmesine ve öğretilmesine önem verilir.”

⁴¹ *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri*, C. II, s.48.

⁴² 1982 Anayasası'nın madde gerekçeleri için bkz. Mehmet Akad ve Abdullah Dinçkol, *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları*, İstanbul: Der yayınları, 2007.

hiçbir zaman Anayasanın temel felsefesine ve ilkelerine aykırı davranmanın bahanesi olamaz. Böylece Anayasa, eğitim ve öğretim özgürlüğünün sınırının Anayasanın temel felsefesi, ideolojisi ve ilkeleri olduğunu ilan ettikten sonra bu felsefe ve ideolojiye aykırı bir eğitim Anayasaya sadakati ortadan kaldıracığı için de özgürlüklerden faydalanamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi, 42. maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarının bir bütün olarak Anayasanın “Başlangıç”ındaki ilkelere bağlılığı pekiştirdiğini belirtmiştir.⁴³ Mahkemeye göre Anayasanın eğitim ideolojisinin temeli Atatürk ilke ve inkılâpları ile Başlangıçta sayılan ilkeler ile çerçevelenmiş çağdaş bilim ve eğitim anlayışı oluşturmaktadır. Başka bir deyişle Anayasada doğrudan laik eğitim ilkesine yer verilmemiş olmakla birlikte Anayasa’nın 130. maddesinde öngörülen “çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan” düzen deyiminden Mahkeme, laik eğitim düzenini anlamaktadır. Laiklik, eğitim ve öğretime de “ışık tutmaktadır”. Çünkü laik öğretim ve eğitim “bilimsel çalışmaların en olumlu ortamıdır.” Laik eğitim düzeninin bir gereği olarak “akıl ve gözlemin yönlendirdiği bilimsel çalışmaya katılacak kimselerin bilimsel gerekler dışında bir etkiyle karşılaşmaksızın yetiştirilmeleri gerekir. Eğitimin yalnız bilimsel istemler doğrultusunda yapılması, doğmalardan ve bilime ters düşen etkilerden uzak tutulmasıyla sağlanır.... Lâik hukuk düzeni, lâik eğitim-öğretim ve lâik yönetim birbirinden ayrı düşünülemez.”⁴⁴

Mahkeme, mesele din olduğunda laikliğin en katı versiyonunu savunmaktan geri durmamıştır. Dünyanın geri kalan bölgelerinde artık unutulmaya yüz tutmuş 19. yüzyılın pozitivizm anlayışı dinin, eğitim ve öğretimin her alanından kovulmasının “bilimsel” gerekçesi olmuştur. Çünkü Mahkemeye göre “lâiklik bir bütündür”.⁴⁵ Yani devlet ve ya toplum hayatının bir kısmında laik geri kalan kısmında gayri laik olunması mümkün değildir: “Dinsel eğitim bile laik devlet anlayışına uygun biçimde yapılır.” Başka bir deyişle din hayatın bir alanından kovulurken⁴⁶ eğitim alanında dinin varlığı kabul edilemez. “Siyasal alanda dinsel

⁴³ AYM, T. 7/3/1989 ve E.1989/1, K.1989/12.

⁴⁴ AYM, T. 7/3/1989 ve E.1989/1, K.1989/12.

⁴⁵ AYM, T. 7/3/1989 ve E.1989/1, K.1989/12.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesinin 2010 yılına kadarki bazı kararlarında dini, hayatın tüm safhalarından çıkartmak arzusu belirgindir. “Laiklik, bireysel, toplumsal düzeyde ve devlet işlerinde

çabalar, dinsel geleneklere uygunluğu aranan düzenlemeler, eylem ve işlemler ne kadar geçersizse, öğretim ve eğitim alanında da din buyruklarıyla ilişki kurulamaz.”⁴⁷ Özellikle eğitim-öğretim alanında lâikliğe bağlılık ve saygı, ulusun geleceği açısından üzerinde önemle durulması gereken bir konudur. Dolayısıyla eğitim alanındaki herhangi bir düzenlemenin dinsel bir sebebe dayanması otomatik olarak o düzenlemeyi bilim ve akıl dışı olarak nitelendirmek için yeterli olmuştur. Mahkemenin 19. yüzyıl pozitivisminden beslendiği açıktır.

Ne var ki Mahkeme, Osmanlıdan Cumhuriyete uzanan süreçteki aydınlar gibi pozitivismin felsefesi ve epistemolojisi ile pek az ilgilidir. Mahkemenin ilgisi hemen tamamen, pozitivismin siyaset öğretisi üzerinde yoğunlaşmıştır. Osmanlıdan itibaren aydınlar arasında akılcı ve evrensel ilkelere göre kurulmuş bir “pozitif toplum” ütopyasının yön vermiş olduğu pozitivist siyaset öğretisi oldukça cazip görünmüştür. Pozitivist tarih felsefesinin vaat ettiği “ilerleme”, devletin ve halkın pozitif bilimin uygulamaları ile yönlendirilmesi ile sağlanacaktı. Bunun için öncelikle Batı’yı “ileri” kılan koşulların ülkemizde yaratılması gerekmektedir. Çünkü o koşullar yaratıldığında Türkiye’nin geleceği de Batı ülkelerinden farksız olacaktır. Çünkü pozitivist felsefeye göre tek tek toplumlar birbirinden ne kadar farklı olurlarsa olsunlar sonuçta toplum olmak bakımından bir “ortak toplumsal doğaya” sahiptirler. Her tekil toplum bu evrensel toplumsal doğa göz önünde tutularak bir “pozitif topluma” dönüştürülebilirdi.⁴⁸ O halde “Bu tür düzenlemeler, dinsel gerekler ve düşüncelerle değil, bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır”⁴⁹ diyen Mahkemenin evrensel düzen fikri ile hareket ettiği anlaşılmaktadır. O halde siyasi, ekonomik, felsefi, ahlaki alanlarda, sosyal bilimlerin her sahasında ol-

metafizik dışında özgür düşünce gereklerine bağlanır. Kişisel ve toplumsal yaşamın siyasal yönden düzenlenmesinde aklın ve bilimin gereklerini zorunlu kılar.” Cümleler devrik ve düşünceler lalettayin ifade edilmiş olsa bile maksat gayet sarihdir. Kişisel ve toplumsal yaşam siyasalın düzenleme alanıdır ve kişisel ve toplumsal hayatın tanziminde esas alınacak yegâne ölçüt siğ, işlevsel ve pozitivist anlamlarıyla “aklın” ve “bilimin” gerekleridir. Bkz. AYM, T. 7/3/1989 ve E.1989/1, K.1989/12.

⁴⁷ AYM, T. 7/3/1989 ve E.1989/1, K.1989/12.

⁴⁸ Doğan Özlem, “Türkiye’de Pozitivism ve Siyaset”, Uygur Kocabaşoğlu (Ed.), *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce/ Modernleşme ve Batıcılık*, Cilt 3, 5. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2009, ss.458-459.

⁴⁹ AYM, T. 7/3/1989 ve E.1989/1, K.1989/12.

duğu gibi eğitim alanında da düşüncelerin dini veya metafizik düşüncelerden arındırılması gerekmektedir.

19. yüzyıldan bugüne aydınlarımız düşüncelerini geliştirmekte çok az mesafe kat edebildiler. Örneğin “çağdaş bilim ve eğitim esaslarına bağlılık”tan ne anlaşılması gerektiği konusunda oldukça dar bir yorum halen en revaçtaki yorumlardan biridir. Sosyal bunun, “Devletin gözetim ve denetiminden uzak, yobazlık öğreten gizli din ve Kuran kursları açılmaz” biçiminde anlaşılması gerektiğini savunmuştur.⁵⁰ Oysa Anayasanın 42. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde hiçbir dini ya da felsefi görüşün resmi ya da özel eğitimde resmi bilim ve çağdaşlık anlayışı karşısında kabul görmeyeceğini belirtmektedir. Bu doktrinizasyonda açıktır ki yalnızca İslam dininin esaslarının öğretilmesinin sınırlandırılması amaçlanmamakta, diğer din, mezhep, düşünce ve felsefi görüşlerin eğitiminin de sınırlandırılması hedeflenmektedir. Aksi bir düşünce İslam dininin esasları dışındaki başka din ve inançların esasları ile dindışı her tür düşüncelerin öğretilerin Atatürk ilke ve inkılâplarına uyum sağladığının peşin olarak kabul edilmesi anlamına gelecektir. Anayasanın 42. maddesi 58. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde tek hedefin İslam Dini olmadığı görülecektir. Anayasa’nın 58. maddesinde öğrenciler ve gençlerin Atatürkçülük dışındaki bütün ideolojilere karşı hasım olarak yetiştirilme görevi devlete verilmiştir.⁵¹ O halde 1982 Anayasasının amacı toplumu bütün “zararlı ideoloji ve düşünce akımları”ndan korumaktır.

Anayasanın 42. fıkrasının üçüncü fıkrası eğitimin kapsamını doğrudan doğruya ve tereddütsüz biçimde bir ideolojiye bağlamaktadır.⁵² Üstelik bu ideo-

⁵⁰ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 11. Baskı, İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997, s.237.

⁵¹ İsmail Kaplan, *Türkiye’de Millî Eğitim İdeolojisi*, s.307. Anayasa’nın 58. maddesinin birinci fıkrası şöyledir: “Devlet, istiklâl ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetiştirme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır.”

⁵² Anayasada yer alan eğitim ideolojisi, genel olarak, 1973 tarihli Millî Eğitim Temel Kanununun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilmiştir: “Türk Millî Eğitiminin genel amacı Türk Milletinin bütün fertlerini, Atatürk inkılap ve ilkelerine ve Anayasada ifadesini bulan Atatürk milliyetçiliğine bağlı; Türk Milletinin millî, ahlakî, insani, manevî ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren; ailesini, vatanını, milletini seven ve daima yüceltmeye çalışan, insan haklarına ve Anayasanın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik,

loji bir temenni değil bilakis Türk eğitim düzeninin en temel ve en çok değer verilen özelliğidir.⁵³ Üstelik “Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz”, biçimindeki dördüncü fıkra yalnız kamu görevlisi öğretmenleri değil aynı zamanda öğrencileri de “anayasal çerçevede düşünme”⁵⁴ mükellefiyeti altına sokmuştur. Anayasal çerçevede düşünme mecburiyetinin bir sonucu olarak 42. maddenin “Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez” biçimindeki sekizinci fıkrasında, eğitim ve öğretim kurumlarında yalnızca eğitim ve öğretim faaliyeti yapılacağı belirtilmiştir. Bu fıkra, öğrencilerin tek tip yetiştirilmesine imkân sağlayan, tartışamayan, itiraz edemeyen, örgütlenemeyen bir gençlik arzusunun oluşturduğu bir hüküm olarak Anayasada yer almaktadır. Bu fıkra açıktır ki eğitim kurumlarında bir yandan devletin kontrolü dışında eğitim faaliyeti yapılmasının engellenmesi amacını taşıırken asıl olarak ise eğitim kurumlarını siyasete kapalı bir alan yapmak amacındadır.⁵⁵ Nihai hedef ise eğitimi ve yetiştirilen öğrencileri tekdüze hale getirmektir.

4. Zorunlu Eğitim

Toplumun tümünü kapsayan ve çoğu zaman zorunlu ve parasız olan merkezi eğitim, modern devlete özgü bir olgudur. Modern devletin ulus-inşa etme amacı ve eğitimin bu yolda en önemli araç olarak kavranması, eğitimin zorunlu olmasını da beraberinde getirmiştir. Kurumsal düzeyde okullar, egemen ideolojinin etkili bir biçimde bireylere aktarılması ve benimsetilmesi işlevini sahip olmaları nedeniyle önemli bir görev yerine getirmişlerdir. Nitekim 1924 Anayasasının 87. maddesinde “İptidai tahsil bütün Türkler için mecburi Devlet

laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar olarak yetiştirmek”

⁵³ Hasan Nuri Yaşar, *Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü*, s.97

⁵⁴ Hasan Nuri Yaşar, *Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü*, s.97

⁵⁵ Nitekim Milli Eğitim Temel Kanununun “demokrasi eğitimi” başlıklı 11. maddesinde vatandaşlara demokrasi eğitiminin verilmesinin öneminden bahsettikten sonra bu eğitimin sınırlarının da resmi ideoloji olduğu açıkça belirtilmiştir: “... ancak, eğitim kurumlarında Anayasada ifadesini bulan Atatürk milliyetçiliğine aykırı siyasi ve ideolojik telkinler yapılmasına ve bu nitelikteki günlük siyasi olay ve tartışmalara karışılmasına hiçbir şekilde meydan verilmemez.” Maddeden, demokrasi eğitiminin kapsamının bütünleşme politikalarına zarar vermeyecek şekilde oluşturulması gerektiği anlaşılmaktadır.

mekteplerinde meccanidir” ve 80. maddede “Hükümetin nezaret ve murakabesi altında ve kanun dairesinde her türlü tedrisat serbesttir” hükümlerine benzer şekilde 1961 Anayasasının 21. maddesine göre eğitim ve öğretim yalnızca devlet gözetiminde yapılabileceken; Anayasa’nın 50. maddesine göre zorunlu eğitim yalnızca ilköğretim ile sınırlıdır.⁵⁶ Başka bir deyişle ilkokula kadar eğitim ve öğretim kişiler açısından bir hak olması yanında öngörülen zorunluluk koşulu nedeniyle devletin yanında kişiler için de bir ödev haline getirilmiştir.⁵⁷

1982 Anayasasının 42. maddesinin gerekçesinde ilköğretim zorunluluğunun temel hedeflerinden birinin, şahsın manevi ve ekonomik kişiliğini elverişli koşullarla geliştirmesine yardım etmek olduğu; ilköğretim zorunluluğunun, küçüklerin okula devamlarının sağlanmasını, bu amaçla küçüklerin yasal temsilcilerinin zorlanabilmesini de ifade ettiği; devletin, ilköğretim zorunluluğunun hangi yaştan hangi yaşa kadar devam edeceğini saptayabileceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi de eğitim ve öğretimi tanımlarken Anayasa koyucunun iradesinden ayrılmamıştır. Mahkemeye göre eğitim, kişiyi, aklı, duyguları ve davranışlarıyla bir bütün olarak ele alan bir oluşturma ve yönlendirme süreci;

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi kurulduktan kısa bir süre sonra 1963 yılında verdiği bir kararında ilköğretim dışında hiçbir vatandaşın zorunlu eğitime tabi tutulamayacağına karar vermişti. 3530 sayılı Beden Terbiyesi Kanununun “Gençler için kulüplere girmek ve boş zamanlarında beden terbiyesine devam etmek mecburidir” şeklindeki 4. maddesini inceleyen Mahkeme, “kuvvetli bir fikir terbiyesinin sağlam vücutta bulunacağı gerçeği karşısında, yurttaşların beden ve fikir bakımından üstün vasıflı insanlar olarak yetiştirilmesi için memleketimizde spor ve beden eğitimine çok önem verilmesi yerinde olur” dedikten sonra eğitim ve öğrenim zorunluluğunun, ancak ilköğrenim için söz konusu olduğunu ve bunun dışındaki eğitim ve öğrenimi kişilerin yapıp yapmamakta serbest oldukları esasını bozan sınırlayıcı bir hükmün kanunlarda yer almasının Anayasaya aykırı düşeceğine karar vermiştir. AYM, T.3/11/1964 ve E.1963/152, K.1964/66; AYM, T. 9/4/1991 ve E.1990/36 K.1991/8.

⁵⁷ Mahkeme, “zorunluluk” ile “parasızlık” arasında bir ilişki olduğunu kararlarında belirtmiştir. Örneğin ikinci öğretimde öğrenim ücretinin ikinci taksitini verilen ek süre içinde ödenmediği takdirde öğrencinin kaydının silinmesini Anayasa’ya aykırı bulmadığı kararında Mahkeme, ikinci öğretimin paralı ve isteğe bağlı olduğuna dikkat çekmiştir. Bkz. AYM, T.11.5.1999 ve E.1998/59, K.1999/14. öğrenim ücretinin ikinci taksitini yatırmayanların “yükseköğretim kurumu ile ilişkisi kesilir” ibaresinin bulunduğu kanun maddesi, öğrenim ücretlerinin zamanında tahsil edilmesini sağlamak amacıyla eğitim hakkına müdahale edildiği halde söz konusu müdahalenin gerekli ve zorunlu olup olmadığı ve amaç ile araç arasında kabul edilebilir âdil bir oran bulunup bulunmadığı değerlendirilmemiştir. Eğitim hakkını kullanılamaz duruma getirerek hakkın özüne dokunan ve kimsenin eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılamayacağı ilkesine tezat oluşturan kural, Anayasa’ya uygun bulunmuştur.

öğretim ise öğrenmenin gerçekleşmesi ve bireyde istenen davranışların gelişmesi için uygulanan süreçlerin tümüdür.⁵⁸ Dolayısıyla eğitim ve öğretim, ulusun yaratılması sürecinin en önemli parçası olan ideal yurttaşın yaratılması ya da Mahkemenin deyimiyle söylersek bireyin “oluşturulması” ve “yönlendirilmesi” sürecinin aracıdır.

İdeal yurttaş, devlet tarafından “kabul edilebilir” yani rejimin normlarını destekleyecek ve yükseltecek yurttaştır. “Bireyde istenen davranışların gelişmesi” amacı ise geleneksel aidiyet bağlarını terk etmiş, inşa edilmekte olan ulusun inşa edilmekte olan bireyini devlete yararlı bireyler kılma arzusunun bir görünümüdür. Bu sebeple tarih, din, toplumsal katmanlar veya geleneklerden herhangi biri veya tümü yeni birey, yeni ulus ve yeni devlet inşası sürecinde engel oluşturduğu anda tasfiye edilmesi kaçınılmazdır. Bunların herhangi bir değerinin olması ancak Atatürk devrimleri ve resmi ideolojinin taşıyıcısı Anayasa ilkeleri karşısındaki konumuna bakılarak anlaşılabilir. Anayasa Mahkemesine göre Atatürk inkılabları “durgunluğun, alışkanlığın, hareketsizliğin tersidir.”⁵⁹ Oysa hızla çağdaş uygarlık düzeyine ulaşması gereken ülkemizde, dine, geleneğe veya bunlardan doğan örf ve âdete bağlı bir düzenin egemen olması düşünülemez. Çünkü toplumun gereksindiği dinamizm ile “özniteliği durgunluk ve belirsizlik olan” din, gelenek, örf ve adet çelişki halindedir.

“Atatürk devrimleri, yurdumuzun sosyal, endüstriyel ve kültürel yönlerden gereksindiği dinamizmin bir sonucu olmuştur ve bu dinamizm Türk toplumunda etkinliğini her zaman koruyacaktır. Şu halde Cumhuriyetin geleceğini güvence altına alacak olan genç kuşakları, yüzyıllar öncesi toplum düzeninin gereksindirdiği ve yarattığı örf ve adetlere bağlı tutmak, onları modern Türkiye’nin üniversitelerinde örf ve adet yönteminde ve doğrultusunda yetiştirmek, Atatürk devrimleriyle ve bu devrimlerin temelini oluşturan ilkelerle bağdaştırılamaz.”⁶⁰

⁵⁸ AYM, T. 15/5/2008 tarih ve E.2004/1, K. 2008/106.

⁵⁹ AYM, T. 11-12-13-14 ve 25/2/1975 ve E.1973/37, K.1975/22.

⁶⁰ AYM, T. 11-12-13-14 ve 25/2/1975 ve E.1973/37, K.1975/22. Anayasa Mahkemesinin toplumsal bütünleşme politikalarının ancak tarih dışı ve seküler bir düzlemde gerçekleştirilebileceği yönündeki kanaatini gösteren şu satırlar ilginç olduğu kadar ibretliktir de: “Her türlü örf ve adeti, akıl ve bilinç dışında bir takım kurallar topluluğu olarak niteleyen bir görüşü benimseme olanağı yoktur. Ancak, toplumun yüzyıllar öncesindeki

Mahkemeye göre Anayasa, Devlete, bu amacı gerçekleştirmek için gerekli şartları hazırlama ödevini vermiştir. Bu ödevin yerine getirilmesinin yolu ise “Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda, aklın egemenliğine dayanan çağdaş eğitim ve öğretim kurumlarının oluşturulması, var olanların geliştirilmesi ve böylece, uygar düşünce ve ruh yapısına sahip nitelikli insanların yetiştirilmesidir.”⁶¹ Ulusu çağdaş uygarlık düzeyine eriştirecek teknik, ekonomik, kültürel ve sosyal gelişme alanlarında iyi elemanlar yetiştirilmesi Anayasa’nın Devlete yüklediği görevlerdendir.

Temel eğitimin parasız olmakla birlikte zorunlu da olması, zikredilen bu amacın gerçekleştirilmesi için bir gereklilik olarak görülmüştür. Örneğin, Anayasanın 42. maddesinin 7. fıkrasında özel eğitim kurumları açmak, yoksullara burs ve krediler vermek suretiyle devletin yükümlülüklerine işaret etmekle eğitim sisteminden geçmeyen hiç kimsenin kalmamasına azami dikkat edilmiştir.⁶² Bu anlayışın bir sonucu olarak Anayasa Mahkemesi, daima, eğitimi bir hak olarak değil, yurttaş “yaratmak” idealini gerçekleştireceği bir araç olarak tasavvur etmiştir:

“Anayasa’nın 50. maddesindeki kuralların dayanağı, halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlamanın Devlet için en basta gelen ödevlerden olduğu

yaşam koşullarına göre, hatta çoğu kez akılcı bir gereksinme ile oluşmuş örf ve âdetlerini, bile sonradan sosyal koşullar ve gereksinmeler değiştiçe akıl ve bilincin gerisinde kalmış olduklarını kabul zorunluluğu vardır. Bundan başka örf ve âdetler, memleketimizin toplum yapısına ve yöresel özelliklerine göre birbiri ile kimi kez çelişir nitelik almaktadırlar. Kanun hükümleriyle bağdaşmayan gelenekler bir yana bırakılsa bile, ötekilerinin Türk toplumunun tümünce benimsendiği ileri sürülemez. Kaldı ki bunların üniversite gençliğine öğrenim konusu olarak sunulması, öğretim bütünlüğünü de sarsar; Üniversiteler ve Üniversite Öğretim Üyeleri ve öğrenciler arasında çatışmalara neden olur. Bu gibi çatışmalara, örf ve adetlerle yakından ilişkileri bulunan din ve mezhep ayrılığı ve bundan doğan sosyal görüş ve inanış nedenleri de eklenince, Türk Devletinin ülkesi ve ulusu ile bölünmez bütünlüğü geniş bir biçimde tehlikeye düşer.”

⁶¹ AYM, T. 12/4/1990 ve E.1990/4, K.1990/6.

⁶² Anayasadan “herkesi yararlı bireyler yapmak” amacını çıkartan Anayasa Mahkemesi de özel eğitim kurumlarının belli oranda yoksul ve başarılı öğrenci okutma zorunluluğunu da bu amaca dayandırmıştır: “Maddî imkânlardan yoksun, başarılı öğrencilere, özel okullarda belli oranda yer ayırma zorunluluğu, nitelikli insan yetiştirme ödevi yanında, Anayasa’nın 5. maddesinin Devlete yüklediği “... insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama...” ödevinin de yasal sonucudur ve demokratik toplum düzenini sosyal yönüyle şekillendiren bir anlayışın gereğidir. Onun için, Devletin bu tutumunu haklara engeller koyan Devlet değil, sosyal devlet ilkesini gerçekleştiren devlet olarak nitelenebilir.” AYM, T. 12/4/1990 ve E.1990/4, K.1990/6.

ilkesidir. Bu maddede, halkın öğrenim ve eğitim gereksinmelerinin karşılanmasının, nitelikçe kolluk işleri, yargı işleri gibi, Devletin en önemli ödevlerinden olduğu ilkesi benimsenmiş ve kesinlikle açıklanmıştır. Demek ki öğrenim ve eğitim yoluyla halkı yetiştirme, Devletin yerine getireceği en önemli kamu hizmetlerindedir. ... Dikkat edilirse Anayasa'nın öngördüğü Devlet ödevlerinden hiçbirini için kullanılmış olmayan (Devletin basta gelen Ödevlerindedir) sözleri, bu ödev için Anayasa'da yer almıştır.”⁶³

Üstelik “herkesi yararlı bireyler yapmak” idealine ulaşmak ancak eğitim ve öğrenim süreçlerinin tümünün kontrol altında tutulması ile mümkün olabilecektir.

“İptali istenilen kuralda sadece ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulacak ders kitaplarının Millî Eğitim Bakanlığınca belirlenmesi esas kabul edilmiştir. Eğitim ve öğretim kamusal yükümlülükler alanında olması sebebiyle, ders kitapları dışında yardımcı kitapların da Atatürk ilkelerine, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına uygun olup olmadığının Devletin gözetim ve denetimi altında bulunması gerekir. Böylece Devletin birliğini ve bütünlüğünü bozucu faaliyetlerin, Anayasanın felsefesi dışına çıkan teşebbüslerin eğitim kurumlarında gelişmesi önlenir.”⁶⁴

Aksi bir tutum, yani devletin eğitim ve öğretim süreçlerinin bir kısmından el çekmesi devletin bekasını temin eden ideolojisini tehdit edecek düşüncelerin eğitim kurumlarına bulaşması tehlikesini doğuracaktır. Bu tehdit algısının bir sonucu olarak eğitim ve öğretimin, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre yapılması, “ders kitapları yanında yardımcı kitaplar, görsel ya da işitsel teknolojik araç gereçler gibi bütün öğrenme araçlarının da devletin gözetim ve denetimi altında olmasını zorunlu kılmaktadır.”⁶⁵

Mahkemenin, eğitim ile devletin birliği ve bütünlüğü arasında kurduğu ilişki o kadar kuvvetlidir ki belediyelerin anaokulu açabilmesine müsaade eden bir kuralı, “Millî eğitim, program ve yöntem itibarıyla ulusal nitelikte olduğun-

⁶³ AYM, T.12/1/1971 tarih ve E.1969/31, K.1971/3.

⁶⁴ AYM, T. 15/5/2008 tarih ve E.2004/1 K. 2008/106.

⁶⁵ AYM, T. 15/5/2008 tarih ve E.2004/1 K. 2008/106.

dan, mahalli müşterek nitelikte bir ihtiyaç olarak görülemez” gerekçesiyle iptal edebilmiştir.⁶⁶ Böylece Mahkeme, bütünleşme politikalarının zarar görme ihtimalini göz önünde bulundurarak bu kararla, eğitim ve öğrenim süreçlerinin merkezden ve tek elden yürütülmesi gerektiğine bir kez daha dikkat çekmiştir.

Eğitimin zorunlu ve devlet kontrolünde olmasının doğal bir sonucu da bu zorunluluk ve kontrole bir müeyyidenin bağlanmasıdır. Nitekim gerek 1926 tarihli mülga Türk Ceza Kanununun 261. maddesine ve gerekse 2005 tarihli yeni Türk Ceza Kanununun 263. maddesine göre kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açmak veya işletmek hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmekteydi. Cumhuriyet dönemi boyunca zaman zaman ve yakın dönemde de 28 Şubat sürecinde yoğun olarak, izinsiz Kuran kursu açanlar veya Kuran öğretmek de dâhil bir kısım dini eğitimi herhangi bir resmi izin prosedürünün yerine getirmeden verenler ağır müeyyidelerle karşılaşmışlardır. Parlamento, 2005 yılında yaptığı bir yasa değişikliği ile izinsiz eğitim kurumu açan ve işletenlerin cezalarında indirimle gitmişti. Söz konusu ceza indiriminin laiklik ilkesine aykırı olduğunu düşünen Cumhuriyet Halk Partisi söz konusu kuralın iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştu. İptal başvurusunda yasa dışı eğitim kurumu açılmasının laiklik ilkesinin gereğine aykırı olduğu ve bu sebeple de ağır bir suç oluşturduğu savunulmuş; kanuna aykırı eğitim kurumu açanlara ve bunları çalıştıranlara verilecek cezanın üst sınırının indirilmesinin ve verilen cezanın ertelenebilmesinin mümkün hale getirilmesinin Anayasa’nın 42. maddesinde yer alan Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda ve çağdaş bilim ve eğitim esaslarına aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmayacağı kuralına aykırılık oluşturduğu; bu ceza indiriminin Anayasa’nın 24. maddesine aykırı biçimde dinin siyasete alet edilmesine, Tevhid-i Tedrisat Kanunu’na aykırı olarak eğitimin iktisatlaştırılmasına zemin hazırlayacağı, bu tür yasalara aykırı eğitim kurumlarının, terörist, bölücü eğitimleri vermek amacıyla açılmasına da olanak sağlayacağı ileri sürülmüştü.

Anayasa Mahkemesi bu kararında, yarım yüzyıllık tarihi boyunca çok az sergilediği bir esneklikle aşırı bir yorumdan kaçınmış ve Kuran kurslarının izinsiz açılması ile terörizm, irticacılık ve bölücülük arasında doğrudan bir ilişki kur-

⁶⁶ AYM, T. 24/1/2007 tarih ve E.2005/95 K.2007/5.

mayı reddetmiştir. Mahkemeye göre peşinen bu tür eğitim kurumlarının yasadışı, bölücü ve yıkıcı eylemleri gerçekleştirebileceği varsayılmaz.⁶⁷ Böylece Mahkeme, Türkiye'deki eğitim meselesine daha az güvenlikçi bir perspektiften yaklaşabilmiştir. Yine de Mahkeme, verilen eğitimin içeriğinden bağımsız olarak devlet kontrolü dışında bir eğitim kurumunun yalnızca varlığının hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektiren bir suç olarak görülmesini insan hak ve özgürlüklerinden hiçbiri ile çatışır görmemiş olmasını not etmek gerekir. Bu garabeti insan hak ve özgürlüklerinin güvencesi olması gereken Anayasa Mahkemesi değil, siyaset kurumu ortadan kaldırmıştır. Nitekim 17 Nisan 2013 tarihli bir yasa ile Türk Ceza Kanununun bahse konu 263. maddesi tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır.

5. Din Eğitimi

1946 yılında CHP Meclis Gurubu tarafından kurulan Komisyon tarafından "... ilkokul öğrencilerine ihtiyari olarak din dersi verilmesinin layikliğe münafi" bulunmuş, 1961 Anayasasında din dersi ihtiyari olmuş ve 1982 Anayasasında ise din dersi zorunlu tutulmuştur. Ne var ki gerçekte geçen bu süreçte Cumhuriyetin din ve din eğitimi politikalarında önemli bir değişiklik olmamıştır. Söz konusu süreçteki değişiklik devletin resmi ideolojisinin yarattığı resmi dinin kime, hangi koşullarda ve hangi usullerde öğretileceğine ilişkin olmuştur. Buna karşın devlet, ne bir Türk İslamı yaratmaktan ne de bu din anlayışını öğretmekten vazgeçmiştir.

Bugüne kadar din eğitiminin de başlıca ekseni laiklik olmuştur: "Dinsel eğitim bile lâik devlet anlayışına uygun biçimde yapılır. Tüm devlet kuruluşlarında ve işlemlerinde olduğu gibi öğretim ve eğitimin her düzeyinde lâiklik ilkesine özenle uyulur. Tevhid-i Tedrisat Kanunu bu gereğin belgesidir."⁶⁸ Cumhuriyet Anayasaları İslami öğretilere ve esaslara karşı açık bir doktrinleştirmede bulunmamışlardır. Buna karşın Tevhid-i Tedrisattan bugüne kadar geçen sürede başlıca muarız, evrensel kodları ile ulusal bütünleşmenin önünde engel olacağı düşünülen İslam olmuştur.⁶⁹ Bu sebeple resmi din anlayışı dışındaki "zararlı"

⁶⁷ AYM, T. 5/3/2009 tarih ve E.2005/79, K.2009/38.

⁶⁸ AYM, T. 7/3/1989 ve E.1989/1, K.1989/12.

⁶⁹ Yine de bu tespit resmi ideolojinin İslam dışındaki dinlerle dostane ilişkiler kurduğu anlamına

dini yorumların eğitim ve öğretiminin engellenmesi ve resmi din anlayışının zorunlu ve devlet tekeline alınması, devletin ve milli bekanın sağlanması için elzem görülmüştür.

1961 Anayasası din eğitimini kişilerin kendi isteğine ve yasal temsilcilerin isteğine bırakır. 1982 Anayasasının din ve vicdan hürriyeti başlıklı 24. maddesinin dördüncü fıkrasında “Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır” denilmiş ayrıca “Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve orta-öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır” denilmiştir. Görüldüğü üzere devletin kontrolünden geçmiş bir dini eğitiminin yapılması hedeflenmekte, üstelik herkesin dinin bu resmi eğitiminden zorunlu olarak geçirilmesi hedeflenmektedir.⁷⁰ Din, baştan itibaren Cumhuriyetin yönetici kadroları için bütünleşme yani homojenleştirme politikalarının önemli bir enstrümanı olmuştur. Ancak bu din, devletin yarattığı bir dindir. Orgeneral Nurettin Ersin bu maddeye ilişkin şu sözleri tutanaklara geçmişti:

“... ülkelerde toplumun birleştirici unsuru olarak din mevcut olduğuna göre, bunu herkesin bilmesi kadar çok tabii bir şey yoktur. Özellikle Türk toplumu büyük bir ekseriyetle İslam dinine girdiğine göre, o halde bu imkânı kendilerine sağlamak ve bilgilerini başka yerlerden alacakları yerde, devletin kontrolü altında almalarını sağlamak, çok daha uygun olacaktır. ‘Zorunlu’ kelimesinin bu tarzda açıklaması, hiçbir zaman laikliğe aykırı değildir ve istismara müsait bir şekilde kullanılmamalıdır.”⁷¹

gelmemelidir. Azınlıkların din eğitimi konusu belirli ölçüde Lozan Antlaşmasının koruması altındaysa da azınlıkların yükseköğretim hakkı meselesi çözülmeyi bekleyen bir sorun olarak ortadadır. Heybeliada Rum Rahipler Okulu Anayasa Mahkemesinin 12/01/1971 tarih ve 1971 – 3 sayılı kararıyla 625 sayılı özel yüksek eğitim kurumlarının açılmasına fırsat tanıyan kanunun ilgili maddelerinin iptal edilmesi nedeniyle kapatılmıştır. Bu nedenle hâlihazırda Türkiye’de münhasıran din eğitimi veren herhangi bir azınlık okulu bulunmamaktadır. Bunun dışında azınlık dillerinde eğitim veren herhangi bir yükseköğretim kurumu da mevcut değildir. Lozan çerçevesinde bu yükseköğretim kurumlarının nasıl kurulacağı ve YÖK ile nasıl bir idari ilişki içerisinde olacağı konusu da henüz yasal olarak düzenlenmemiştir.

⁷⁰ Öte yandan zorunlu eğitimin hangi kademede yapılacağı belirtildiği halde isteğe bağlı eğitimde herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Fıkarda ayrıca “Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır” denilmek suretiyle çocuğun din eğitim ve öğretiminde ne yaş ne de kapsam sınırlaması öngörülmemiş ve bu eğitim tamamen özel alana hasredilmiştir.

⁷¹ Betül Uncular, *İşte MGK Tutanakları*, Cumhuriyet, 27.6.1987, <http://www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=406> (Erişim Tarihi: 20/04/2014)

1982 Anayasasının mimarlarının -toplumun büyük çoğunluğunun Müslüman olması nedeniyle- din eğitiminin toplumsal bir gereksinim olduğunun farkında olduğu görünmektedir. Nitekim bu ihtiyacın bir sonucu olarak, toplumun dini, devlet dışı kaynaklardan öğrenmesi toplum ve devlet hayatı için tehlikeli görülmüştür. Aynı sebeple Anayasa Mahkemesi de din eğitiminin serbest bırakılmasının kötüye kullanmalara yol açacağına dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre Anayasa koyucu, din eğitim ve öğretiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılmasını öngörerek eğitim ve öğretim özgürlüğünün kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlamıştır.⁷² Yine Mahkemeye göre herkes istediği din eğitimi veremeyeceği gibi devlette ancak belirli bir tür din eğitimi verebilecektir. Anayasa Mahkemesine göre Anayasanın 24. maddesinde yer alan kural, “Atatürk ilke ve inkılaplarıyla daha açık bir anlatımla Türk Devrimleriyle birlikte ele alınıp değerlendirilmelidir. ... Anayasamızın 24. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne başka manalar izafe etmek, Atatürkçü düşünceye ve Türk Devrimine ters düştüğü kadar bizatihi hükmün açık olan ve yoruma elverişli bulunmayan beyanına ve ayrıca bilimsel özerkliği ilke olarak benimseyen Anayasa kurallarına da aykırı olur.”⁷³

1982 Anayasası döneminde eğitim meseleleri üzerine en tartışmalı dönem Milli Eğitim Temel Kanununda 1997 yılında gerçekleştirilen değişiklikler etrafında cereyan etmiştir. Milli Güvenlik Kurulunun 28 Şubat 1997 tarihli kararlarının bir sonucu olarak Türk eğitim sisteminin “eskimeyen” sayfası yeniden açılmıştır. İlköğretimin beş yıldan sekiz yıla çıkartılması ve bununla bağlantılı olarak da imam hatip ortaokullarının kapatılması ile birlikte çocukların lise çağına kadar din eğitimi almaları engellenmiştir. Anayasa Mahkemesi, imam hatip ortaokullarının kapatılması ile çocukların lise çağına kadar din eğitimi alamayacaklarını görmezden gelerek meseleyi Parlatmentonun takdiri çerçevesinde değerlendirmiştir. Gerçekten de söz konusu düzenlemenin sonucunda zorunlu ilköğretim dolayısıyla çocukların 4. sınıfa kadar din öğrenimi görememeleri ve nihayetinde lise çağına kadar da kapsamlı bir din eğitimi alamamaları sonucu doğmuştur. 28 Şubat sonrası dönemde devlet, bir yandan ana ve

⁷² AYM, T. 8/10/2009 ve E.2005/16, K.2009/139; AYM, T. 16/9/1998 ve E.1997/62 K. 1998/52.

⁷³ AYM, T. 25/10/1983 ve E.1983/2 (SPK) K.1983/2.

babanın çocuklarını kendi dini veya felsefi görüşleri doğrultusunda yetiştirme hakkını okul içinde sağlamayı reddetmiş, öte yandan da özel ya da resmi din eğitimi yasaklamıştır. Bu Kanunda ve buna bağlı olarak bazı mevzuatta yapılan değişiklikler, hem din eğitimi imkânlarının ailelerin tümüyle elinden alınması, hem de din eğitiminde ailelerin dini ve felsefi görüşlerinin dikkate alınmaması suretiyle din öğrenimi özgürlüğünü uzun süre tartışmalı duruma sokmuştur. Söz konusu yasa ile birlikte ülkede yükselen tartışmaların eksenini ebeveynlerin çocuklarını dini inançlarının gerektirdiği eğitimi verme hakları olup olmadığı noktasında toplanmışken Mahkeme, meseleye hiçbir şekilde bu zaviyeden bakmayarak eğitimin sekiz yıla çıkartılmasının insan haklarına saygının bir gereği olduğuna işaret etmekte yetinmiştir.⁷⁴

Mahkemenin görüşlerinde kısmi bir yumuşama olması için yaklaşık on yıl beklemek gerekmiştir. Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda yer alan “İlköğretimin 5 inci sınıfını bitirenler için tatillerde ve Milli Eğitim Bakanlığının denetim ve gözetiminde yaz Kur’an kursları açılır” biçimindeki kanun hükmünün iptal davasında Mahkeme, ilköğretimin beşinci sınıfını bitirenler için, okulların tatil olduğu dönemde, Diyanet İşleri Başkanlığına açılıp, Milli Eğitim Bakanlığının gözetim ve denetiminde yürütülecek ve katılımın kişilerin kendi isteği, küçüklerin ise kanuni temsilcilerinin talebine bağlı olduğu yaz Kuran kurslarının, sekiz yıllık zorunlu ve kesintisiz laik eğitim ve öğretim faaliyetini engellemesinin söz konusu olmadığına karar vermiştir. Mahkeme kararında herhangi bir nesnel veriye dayanma gereği duymadan küçüklerin gelişim psikolojilerinin önemine değinmiş ve dini kavramların bazılarının soyut olması nedeniyle, küçüklerin din eğitiminde zihinsel gelişim basamaklarının dikkate alınmasının zorunlu olduğuna karar vermiştir. Neyse ki Mahkeme, beşinci sınıfı bitirenlerin somut kavramlar döneminden çıkarak soyut kavramları da anlama olgunluğuna eriştiği kanaatine ulaşmış ve sadece okulların yaz tatilinde ve Milli Eğitim Bakanlığının gözetim ve denetiminde yaz Kuran kurslarının açılmasını Anayasaya aykırı görmemiştir.⁷⁵

Anayasa’nın 24. maddesinin gerekçesinde “istismar ve suistimali önlemek

⁷⁴ AYM, T. 16/9/1998 ve E.1997/62 K. 1998/52.

⁷⁵ AYM, T. 8/10/2009 ve E.2005/16, K.2009/139.

amacıyla, din ve ahlak eğitim ve öğretimi devlet denetimi ve gözetimi altına alınmıştır. Keza bu eğitim, ilk ve ortaöğretimde zorunludur. Gayri Müslimler, bu zorunlu eğitim dışında bırakılmışlardır” denilmiştir. Gerekçe açıkça din eğitiminde Müslüman olan ve olmayan şeklinde bir ayırım gütmekte, dinler arası eşitlik çiğnenmekte ve laik devlette olması gereken tarafsızlık gözetilmemektedir. Yine gerekçeden din eğitiminin yalnızca Müslümanlar için zorunlu tutulmasından hedef kitlenin Müslümanlar olduğu anlaşılmaktadır. Bu tutum kuruluşundan itibaren Cumhuriyetin İslam’dan ve İslam dininin eğitiminden asla elini çekmediğinin bir göstergesidir. Tek parti döneminde bizzat Mustafa Kemal’in gözetiminde hazırlanan ve uygulanan eğitim reformlarında geleneksel din anlayışı eğitimden hızla tasfiye edilirken yeni yaratılmaya çalışılan milli din anlayışı eğitime yerleştirilmişti. Bu doğrultuda Cumhuriyetin ilk on yılında devlet tarafından desteklenen hiçbir din eğitimi okulu kalmamış olmasına rağmen, din eğitiminin okul sistemi içerisine yerleştirilmesi sonradan İsmet İnönü eliyle olmuştur. Okullara zorunlu ahlak dersleri Bülent Ecevit’in hükümeti tarafından konulurken, din derslerinin zorunlu hale getirilmesi, imam hatip okullarının yaygınlaştırılması askeri rejimler eliyle gerçekleştirilmiştir.⁷⁶

Anayasa Mahkemesi devletin dinden el çekmemesinin sebebi olarak “dinsel sömürüyü” göstermiştir.⁷⁷ Mahkeme 1989 yılında başörtüsüne ilişkin verdiği ilk kararında lâik öğretim ve eğitimin bilimsel çalışmaların en olumlu ortamı olması nedeniyle lâik öğretim-eğitimin inanç özgürlüğü engeli sayılamayacağı gibi din ve ahlâk eğitim-öğretiminin devletin gözetimi ve denetimi altında ve zorunlu olarak yapılmasının da inanç özgürlüğünü ortadan kaldırmayacağına karar vermiştir. Mahkemeye göre “Devlete, dinsel konularda denetim ve gözetim hakkı tanınması, din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlama sayılamaz.” Eğitsel ve kültürel yaşantıyı yönlendirmek amacıyla lâikliğe aykırı eğitim ve öğretimin gerçekleştirilemeyeceğini belirttiği kararında Mahkeme, dinsel eğitimin de lâik devlet anlayışına

⁷⁶ İsmail Kaplan, *Türkiye’de Milli Eğitim İdeolojisi*, s.393.

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmeleri başörtüsüne ilişkin verdiği ilk kararında yapmıştır, bkz. AYM, T. 7/3/1989 ve E.1989/1, K.1989/12. Anayasa Mahkemesinin benzer değerlendirmelerinin yer aldığı ikinci başörtüsü kararı için bkz. AYM, T.9/4/1991 ve E.1990/36, K.1991/8.

uygun biçimde yapılması gerektiğini Tevhid-i Tedrisat Kanununun da “bu gerçeğin belgesi” olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, Anayasanın 42. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “Eğitim ve öğretim Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz” hükmü ile aynı maddenin, dördüncü fıkrasında yer alan “Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldıramaz” hükmünün Başlangıçtaki ilkelere bağlılığı pekiştirdiğini, yükseköğretim kurumlarının bu yükümlülükler dışında tutulmadıklarını hatırlatmıştır.

“Dersliklerde, laboratuvarlarda, klinik, poliklinik ve koridorlarda bilimsel yöntemlerle yetiştirilerek gerçeği bulmak için birlikte çalışmalar yapanların kardeşlikleri, arkadaşlıkları, dayanışmaları, yarınları için bile gerekli iken, onları dinsel gereklerle ayırmak, kimin hangi inançtan olduğunu gösteren bir işaretle belli etmek, onların yakınlaşmalarını, birlikte çalışıp karşılıklı yardımlaşmalarını ve işbirliğini önler; ayrılıklara, dinsel inanç ve görüşler nedeniyle çatışmalara yol açar.”⁷⁸

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın Diyanet İşleri Başkanlığının görevlerini düzenleyen 136. maddesinde Başkanlığın, lâiklik ilkesi doğrultusunda, tüm siyasal görüş ve düşüncülerin dışında kalarak, ulusça dayanışmayı ve bütünleş-

⁷⁸ AYM, T. 7/3/1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12. Görünümde farklılığın toplumsal kaynaşmayı azaltacağı ve dolayısıyla bütünleşme politikalarına zarar vereceği korkusu yeni bir korku değildir. 3.12.1934 tarih ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun’un gerekçesinde Kanun’un amacı belirtilirken “Teşkilâtı Esasiye Kanunumuzla müeyyet ve ekalliyetler için de ayrıca hususi hükümleriyle tanınmış olan ve esasen Türk inkılâbının ana umdelerinden bulunan vicdan serbestisi hakkını tahdit yolu bir müdahale mevzubahis olmayıp bu hüküm ile takip edilen gaye bilâkis vicdan hürriyetini takviyeye matuftur, çünkü ehemmiyetsiz kıyafet müsavatsızlıkları dolayısıyla memleket amme nizamını muhil olabilecek ihtimallerde halkın huzur ve sükûnunu korumaktan ve Türkiye’de yan yana yaşayan insanların birbirlerine karşı medenî ve insanî saygılarla yaşayabilmelerini ve her türlü soğukluk ve geçimsizlik bahanelerinin bertaraf edilmesini teminden ibarettir. Binaenaleyh bu kanunun hedefi, Cumhuriyetin sınırları içinde yaşayan insanların hangi din ve mezhebe mensup olurlarsa olsunlar serbesti vicdan hususunda tam bir müsavata mazhariyetlerini ekseriyetten olsun, ekalliyetten olsun, yabancı bulunsun, yerli olsun Türkiye’de vicdanî hürriyetin lüzumsuz bir kasru tahdidini asla düşünülmezsizin Türkiye’de herkesin dinî hürriyetin tazimi hususunda müsavat üzerine nizamı âmmenin icaplarına tâbi tutulmasını temin etmektedir.” Açıktr ki Kanun’un amacı, herkesin aynı kıyafeti giymesini sağlayarak tüm farklılıkları silmek ve ulusal birliği sağlamak, ulusal duyguyu pekiştirmektir.

meyi amaç edinerek görevlerini yerine getireceğini öngördüğüne; maddenin bu içeriğinin yükseköğretim kurumlarındaki ortamın özelliklerini de belirlediğine işaret etmiştir.⁷⁹ Diyanet İşleri Başkanlığına Anayasa tarafından verilen “ulusça dayanışmayı ve bütünleşmeyi” sağlama görevinin üniversitelere de verildiğini ve başörtüsünün bu dayanışma ve bütünleşmeyi ortadan kaldıracığını ileri sürmüştür:

“...dinsel inançları simgeleyen başörtüsü ya da türbanla yükseköğrenim kurumlarına gelip öğrenimlerini ve bilimsel çalışmalarını bu durumda sürdürmelerine olur vermekle yükseköğrenim ilgilileri, özellikle gençler arasında sosyal görüş, inanç, din ve mezhep ayrılığını kışkırtarak bölünmelerine yol açabilecek, sonuçta devlet ve ulus bütünlüğünü, kamu düzenini ve güvenini bozabilecek niteliktedir...”⁸⁰

Mahkeme bu akıl yürütmesini uzun yıllar devam ettirmiştir.⁸¹ Refah Partisinin ardından Fazilet Partisini kapatma sebeplerinden birisi de Partinin üniversitelerde başörtüsü serbestiyetini savunmasıydı. Mahkeme, başörtüsünün toplumu çatışma içerisine sokacak bir dini simge olduğunu, bu sebeple de “bilimsel yöntemlerle yetişen” gençlerin başörtüsü takmalarına izin verilemeyeceğini kabul etmiştir.⁸² Mahkeme aynı argümantasyonu 2008 yılında Anayasa’nın 10. maddesine eklenen “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi ile Anayasa’nın 42. maddesine eklenen “Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir” hükmünü iptal ederken de kullanmıştır.

“Bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa da, kullanılan dinsel simge-

⁷⁹ AYM, T. 7/3/1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12.

⁸⁰ AYM, T. 7/3/1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi daha sonraki kararlarında da dinsel kıyafetlerin ulusal bütünlüğe zarar verdiği kanaatine ulaşmıştır: “Yükseköğretim kurumlarında, bilimsel yöntemlerle yetişerek birlikte çalışmalar yapan gençlerin, kardeşlikleri, arkadaşlıkları ve dayanışmaları yarınları için önemli iken onları dinsel gereklerle ayırma bağlı tutarak kimin hangi inançtan olduğunu gösterecek biçimdeki başörtüsü ile dinsel inanç ve görüşleri nedeniyle çatışmalara sevkedebilecek ortamın yaratılmasında ülkelerin geleceği bakımından yarar bulunmamaktadır.” AYM, T. 16/1/1998 tarih ve E.1997/1 (SPK) K.1998/1.

⁸² AYM, T. 22/6/2001 tarih ve E.1999/2 (SPK) K. 2001/2.

nin tüm öğrencilerin bulunmak zorunda olduğu dersliklerde veya laboratuvar ortamlarında, farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu olasılığın ortaya çıkması durumunda taşınan dinsel simgenin başkalarının üzerinde yaratacağı baskı ve olası eğitim aksamaları ile kamu düzeninin bozulması karşısında, üniversite yönetimlerinin ve kamu kurumlarının müdahalesine olanak verilmemesi, herkesin eşit şekilde eğitim hakkından yararlanmasını engelleyebilecektir.”⁸³

Haşım Kılıç, 2008 yılında verilen karara yazdığı muhalefet şerhinde, başörtüsü gibi herhangi bir dinsel uygulamanın, Mahkemede “ölçsüz bir korkuya ve endişeye” neden olduğunu ve bu durumun, “hukuk bilimiyle açıklanabilir olmaktan uzak”⁸⁴ olduğunu belirtmişti. Hukuk bilimiyle açıklanması olanağı bulunmayan bu korkunun kaynağında Türkiye’nin Müslümanlardan müteşekkil bir milletin devleti olarak kurulduğu gerçeğinin 1924 sonrası Kemalist kadrolar tarafından inkâr edilmesi bulunmaktadır. Kemalist kadrolar, dini ve başörtüsü gibi dine ait olan her şeyi, hegemonyalarını kurup devam ettirdikleri süre boyunca bastırmış oldukları tarihsel ve toplumsal gerçekliklerin hayaleti olarak tahayyül ettiler. Cumhuriyetin ilanından itibaren toplum ve devlet hayatının her alanından kovulan ve yok edilmeye çalışılan İslam’ın yerine⁸⁵ bir milli din oluşturma çabasının varlığı açıktır. Cumhuriyet sonrasındaki dönemde millileştirilmiş olan bu dinin toplum inşasında önemli bir rolü olmuştur. Milli din, ulusun homojenliğini sağlayan, milli dayanışmaya hizmet eden bir anlayışı ifade etmektedir.

⁸³ AYM, T. 5/6/2008 tarih ve E.2008/16 K.2008/116.

⁸⁴ AYM, T. 5/6/2008 tarih ve E.2008/16 K.2008/116.

⁸⁵ Nitekim Mustafa Kemal de “İntisabıyla mutmain ve mesut bulunduğumuz diyaneti İslâmiyeyi, asırlardan beri müteamil olduğu veçhile bir vasita-i siyaset mevkiinden tenziye ve îlâ etmek elzem olduğu hakikatini müşahede ediyoruz. Mukaddes ve lâfüti olan itikadat ve vicdaniyatımızı muğlâk ve mütelevvin olan ve her türlü menfaat ve ihtirasata sahneyi tecalliyat olan siyasetin ve siyasetin bütün uzviyatından biran evvel ve katiyyen tahlîs etmek milletin dünyevi ve uhrevi saadetinin emrettiği bir zarurettir” derken yeni bir ulus inşasının ancak bağlı olunan dinin toplumsal kimlikten çıkartılması ile mümkün olduğunun farkında olduğunu göstermektedir. Mustafa Kemal’in 1 Mart 1924 günü Türkiye Büyük Millet Meclisinin beşinci mesai senesi dolayısıyla verdiği nutuk. TBMM Zabıt Ceridesi, Devre II, Cilt 7, İçtima 1, Tarih 1.3.1340, s.5.

Cumhuriyet tarihi bize, dinin toplumsal bütünlüğü sağlamak için dünyevi bir saik ve içerikle kullanılmasının mümkün olduğunu göstermiştir. Bütünselci bir bakış açısıyla Anayasa Mahkemesinin de dini, birleştirici bir unsur olarak araçsal bir değerde gördüğünü, “kutsal din duygularının” Atatürk ilke ve inkılâplarına ters düşmediği oranda ve Anayasanın kendisine çizdiği sınırlar içerisinde kaldığı müddetçe “kutsal” saydığını, fakat siyasal bir etkiye ulaşması tehlikesine karşı da dinin meşrulaşmasını sağlayacak bir üsluptan uzak durduğunu söyleyebiliriz. Anayasa Mahkemesi yeni sayılabilecek bir kararında dinin sınırları meselesini ele almıştır:

Toplumsal sorunların ve ülkenin aşması gereken birçok engelin yoğunluğu ve karmaşıklığı dikkate alındığında, dinselliğin sırf siyasal mücadelede üstünlük sağlaması nedeniyle siyasal alanda **gerektiğinden daha fazla** yer alması, toplum ile toplumsallık ekseninde yürütülmesi gereken siyaset arasındaki sağlıklı temsil ilişkisini zedeleyebilir. Bu ilişkinin zedelenmesi siyaset ile toplum arasında yabancılaşmaya ve siyasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açabilir. Bu sakınca, söz konusu eylemlerin devlet iktidarını kullanan bir parti tarafından işlenmesi durumunda daha da artar.⁸⁶

Mahkemenin kararında yer alan “dinselliğin siyasal alanda gerektiğinden daha fazla yer alması” ifadesi, dinselliğin siyasal yaşamda yer alabileceğini, ancak bunun belli bir düzeyde, gerektiği kadar olması gerektiğini savunmaktadır. Dinin siyasal alanda ne kadar yer alması gerektiği ya da “gereğinden daha fazla”nın ne olduğu ise Mahkeme kararında tanımlı değildir. Elbette dinin toplumsal süreçlerde “gereğinden daha fazla” yer alıp almadığını Mahkeme her durumda değerlendirecektir. Mesela “...genelde köy, kasaba ve kentlerde dinsel inanç gereğinden çok, koşullara ve geleneklere göre kadınların kullandığı değişik biçim tür ve addaki başörtülerinin artık yükseköğretim kurumlarında dinî inanç sebebiyle boyun ve saçları kapatmak için kullanılması olanağı”nın sağlanmasını ve kapatmanın örtü ya da türbanla yapılmasını Anayasaya aykırı bulurken⁸⁷ dinsel bir simge olarak değerlendirdiği başörtüsünün kamusal alanda “gereğinden daha fazla” bulunup bulunmadığını değerlendirmiştir. Ba-

⁸⁶ AYM, T.30.7.2008, E.2008/1 (SPK), K.2008/2.

⁸⁷ AYM, T.7.3.1989, E.1989/1, K.1989/12.

şörtüsünün koşullara ve geleneklere göre kullanılmasında bir sakınca görülmezken yükseköğretim kurumlarında kullanılmasını “gereğinden daha fazla” bulmuştur. Aşikâr ki Mahkemenin değerlendirilmelerinin odağını din özgürlüklerinin korunması değil, Atatürk ilke ve inkılâplarına ters düştüğü ve siyasal bir etkiye ulaştığı anda dini ve dine ait olan şeyleri tüm toplumsal süreçlerden çıkartmaya çalışmak ve dinin ait olduğu inanç alanının “kabul edilebilir bir İslam”⁸⁸ tanımı çerçevesinde laikleştirilmesi edimi oluşturmaktadır. Bu anlayışın doğal sonucu ise herhangi bir dinsel yönelim bu inşa edilmiş/edilmeye çalışan kabul edilebilir milli İslam tanımının dışında kaldığında millet bütünlüğüne yönelmiş bir tehdit olarak algılanacaktı. Nitekim Anayasa Mahkemesi de devlet tarafından belirlenmiş olmayan her tür dinsel yönelimi devletin izin vermeyeceği ve mücadele edeceği “bir tür yönlendirme” ve “zorlama” olarak görmüştür. Mahkemeye göre;

Kişileri şu ya da bu yönde giyinip başını örtmeye zorlamak, ayrı ve hatta aynı dinden olanlar arasında bile ayrılıklar yaratacaktır... Kamusal kuruluşlarda ve öğretim kurumlarında başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysi, bir ayrıcalıktan öte ayırım aracı niteliğindedir. Dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimler Anayasa karşısında geçerli olamaz ve bu tür eylemler Anayasa’daki lâiklik ilkesine aykırılık oluşturur.⁸⁹

Anayasa Mahkemesinin bu kararları, Cumhuriyetin tek tip hale getirmeye çalıştığı vatandaşından, dinin, tarihin ve geleneğin yansımalarına düşman, seküler ve pozitivist ahlâki ilke edinmiş yeni bir ulus icat etmek amacının birer görünümüdür.⁹⁰ Mahkemenin düşüncesinden, devlet ve ulus bütünlüğünün ancak akıl, bilim ve sağduyu çerçevesinde gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır. Çünkü Mahkemeye göre “...[d]insel simgelerle yaratılacak ayrılıklarla top-

⁸⁸ Nur Betül Çelik, “Kemalizm: Hegemonik Bir Söylen” Ahmet İnsel (Ed.), *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce/Kemalizm*, Cilt: 2, 6. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2009, s.87.

⁸⁹ AYM, T. 16/1/1998 ve E.1997/1 (SPK) K.1998/1; AYM, T. 5/6/2008 ve E.2008/16 K.2008/116.

⁹⁰ “Özellikle Tevhid-i Tedrisat Kanunu, aklın ve bilimin öncülük ettiği tek tür eğitim düzeni içinde duygu ve görüş birliğini, dayanışmayı amaçlayarak lâik eğitim ve öğretime dayanak olmuştur. Önyargılardan arınmış, araştırmacı, akla ve bilime bağlı, bağınazlığa karşı, ulusal değerlere saygılı, özgür düşünceli, özgür vicdanlı, çağdaş görüşlü insan, yetiştirme ereği Anayasa’nın 42. ve 130. maddeleriyle de doğrulanmaktadır.” AYM, T.7/3/1989 ve E.1989/1, K.1989/12.

lumun bu haklardan yoksun kalması tehlikesi doğabilir.”⁹¹ Mahkemeye göre aksi durumda, yani “toplumsal ayrışma aracı olan”⁹² giysinin kamusal kuruluşlarda ve öğretim kurumlarında başörtüsü ve onunla birlikte kullanılmasına müsaade edilmesi halinde görünümde bütünleşme sağlanamayacaktır. Bu durumda ise insanlar, dinsel inanç ve görüşleri nedeniyle çatışmalara girebilirler ve kamu düzeni tehlikeye girebilir.

Ne yazık ki Mahkeme, başörtüsünü toplumun bütünlüğünü bozacak bir tehdit olarak görmekte yetinmemiş aynı zamanda insanın bütünlüğünü de bozacak bir tehdit olarak algılamıştır. Cumhuriyetin başından itibaren bütünleşik bir ulus ve ülke yaratmak tasavvuru, daima, bütünleşik bir vatandaş yaratmak tasavvuru ile birlikte var olmuştur. Nitekim bu yaratılacak insanın Cumhuriyet ideallerine şekli bir bağlılığı yeterli görülemezdi, özde bağlılık esastı. Anayasa Mahkemesinin “Kılık ve kıyafet, biçimsel görünüm olmakla birlikte, aynı zamanda, özü de dışa yansıtır”,⁹³ aforizmasının gerisinde Cumhuriyet değerlerini içselleştirmiş bir vatandaş yaratma arzusu durur.

Giysi durumu, salt bir biçimsel görünüm konusu değildir. Lâiklik, düşünsel yapının değiştirilmesidir. Çağdaş, sağlıklı toplum oluşturmanın koşuludur. Kişi, iç ve dış dünyasıyla, duygu ve düşünceleriyle, beden ve ruh yapısıyla bir bütündür. Giysi, kişiliği yansıtan bir araçtır. Dinsel olsun olmasın, çağdaşlığa aykırı, devrim yasalarının öngördüğü düzenlemeyle çelişen giysiler uygun karşılanamaz. Dinsel nitelikteki giysiler ayrıca lâiklik ilkesine ters düştüğünden daha yoğun bir aykırılık oluşturur.⁹⁴

O halde “özü lâikleşmemiş” herkesin kamusal hayattan dışlanması tabiidir. Mahkemenin dine ve dinsel sembollere karşı bu tutumu ile ulaşmak istediği amaç, toplumun “özel” ve “görünümde” bütünlüğünün sağlanmasıdır. Başka bir deyişle akıl ve bilime iman edilmesi yeterli değildir, aynı zamanda görünümün de bu imanı tasdik etmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi açıkça iman ve amel bütünlüğünü talep etmekte; hiç olmazsa görünümde bütün-

⁹¹ AYM, T.7/3/1989, E.1989/1, K.1989/12.

⁹² AYM, T.22/6/2001, E.1999/2 (SPK), K.2001/2; AYM, T.16.1.1998, E.1997/1 (SPK), K.1998/1.

⁹³ AYM, T.9/4/1991 ve E.1990/36, K.1991/8.

⁹⁴ AYM, T. 7/3/1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12.

lüğün bir süre sonra özsel bütünlüğe de yol açacağını ummaktadır. Anayasa Mahkemesinin çağdaşlık anlayışı, bizatihi inanma ile eylem arasındaki dengeyi materyalistçe tesis etmesi nedeniyle, giyim kuşamın zamanla belirli bir şekilde inanmaya ve düşünmeye yönelteceğini beklemiştir.⁹⁵

Mahkemeye göre “Yükseköğretim kurumlarında giysilerin başörtü ve türbanın dinsel inanca dayandırılması çağın gereklerine aykırıdır.” O halde bu tür bir kıyafet giyenlerin özünün ya da başka bir deyişle düşüncelerinin de çağdışı olduğu ve böyle bir kişinin de Cumhuriyetin yaratmak istediği birey olmadığı ortadadır. Mahkemeye göre siyasi, sosyal ve kültürel yaşam çağdaş bir görünüme sahip değilse bu laik değerlerin özümsemediğini gösterir. Bu sebeplerle, “Türk Devrimi’nin, kadın giysilerinin çağdaşlığını savsakladığının” düşünülmemeyeceğini söyleyen Anayasa Mahkemesi, giyim konusunun “Türk Devrimi ve Atatürk İlkeleriyle sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da” olmadığına karar vermiştir.⁹⁶

Anayasa Mahkemesi laikliğe ve başörtüsüne ilişkin olarak aşağı yukarı kurulduğu günden beri istikrarlı olarak devam ettirdiği görüşlerini, çok yakın bir tarihte, radikal olarak değiştirmiştir.⁹⁷ Mahkemenin görüşlerindeki bu değişikliğin eğitim alanına yansımaları aşağıda değerlendirilecektir.

6. Ana Dilde Eğitim

Ulus devlet, ulusu homojen bir topluluk haline getirmek için eğitimi zorunlu kılmış ve merkezileştirmiştir. Zorunlu eğitim sistemi içinde ise toplumu oluşturan bireylere öncelikle ulusal dil öğretilmelidir. Bu sebeple Kemalizmin de ana dili Türkçe olmayan toplumsal unsurların ana dillerinde eğitim görmelerine ilişkin yaklaşımı, ulus devletlerin eğitim alanındaki temel yaklaşımından genel olarak bağımsız değildir. Tüm ana dilleri eşit sayıp, özgürlükçü bir politika gütmek Türk ulusunun ve ulus devletinin inşası için tehlikeli görülmüştür.

⁹⁵ Anayasa Mahkemesinin vatandaşın iman ve amel bütünlüğü talep ettiğini gösteren daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yunus Heper, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2014, ss. 365-370.

⁹⁶ AYM, T. 7/3/1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12.

⁹⁷ Bkz. AYM, B. No: 2014/256, 25/6/2014 ve Mahkemenin laikliğe ilişkin düşüncelerindeki radikal değişikliği izlemek için ayrıca bkz. AYM, 20/9/2012, E.2012/65, K.2012/128.

Türk Milletindenim diyen insan, her şeyden önce ve behemehâl Türkçe konuşmalıdır. Türkçe konuşmayan bir insan Türk düşüncesine bağlı olduğunu iddia ederse, buna inanmak doğru olmaz.⁹⁸

Bireyin Türk ulusuna bağlılığı, bir anlamda, çoğunluğun dili olan Türkçeyi benimseme isteğiyle bağdaştırılmakta, bireyler ana dillerinden ne denli hızlı vazgeçerlerse, bütünleşmenin de o denli hızlanacağı varsayılmaktadır. Bu varsayım temelinde ilerleyen Türkleştirme politikası, bir yandan öteki ana dillerini eritirken, bir yandan da Türkçenin eğitim yoluyla yaygınlaştırılması amacını güdüyordu. Nitekim bu anlayışın bir sonucu olarak 1982 Anayasası'nın 42. maddesinde 1924 ve 1961 Anayasalarında rastlanmayan bir hüküm getirilerek ana dilde eğitim yasaklanmıştır.

“Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tâbi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası andlaşma hükümleri saklıdır.”

Bu genel hükme aynı fıkrada iki istisna getirilmiştir. İlk istisnaya göre kanun çerçevesinde okutulacak yabancı diller veya tamamen yabancı dilde eğitim yapan okullar bu hükmün dışındadır. İkinci istisna ise bu fıkradaki genel hükmün, Türkiye'nin imzaladığı Lozan Antlaşması ve Türk Bulgar Dostluk Antlaşması çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmesini engelleyemeyeceğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle Lozan Antlaşması çerçevesinde Türkiye'nin azınlık statüsünü tanıdığı ve anadilde eğitim hakkı verdiği Rumlar, Ermeniler, Museviler ile Türk Bulgar dostluk Antlaşması ile azınlık statüsü tanıdığı Bulgarlar bu hükmün dışındadır ve ana dillerinde eğitim yapabilecekleri özel eğitim müesseseleri açma hakkına sahiptir.

Türkçeden başka bir dille eğitim yasağı, gayrı Türk Müslüman unsurların ana dille eğitim taleplerinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır.⁹⁹ Bu amacın kö-

⁹⁸ Taha Toros, *Atatürk'ün Adana Seyahatleri*, Adana: Çukurova Gazeteciler Cemiyeti Yayınları, 1981, s. 60.

⁹⁹ Oysa Lozan Barış Antlaşması uyarınca Türkiye Cumhuriyeti, yalnız gayrı Müslim değil aynı zamanda gayrı Türk Müslüman yurttaşlarına da anadillerini kullanma konusunda güçlük

keninde yer alan düşünce Osmanlı İmparatorluğu devrinin sonlarından itibaren dilin birleştirici etkisine olan inançta gizlidir. Cumhuriyetin kuruluşundan bugüne kadar dil politikaları tartışmasız bir şekilde yeni bir millet ve yeni bir ulus yaratmanın, Türk toplumunun değerler sisteminin, bakış açısının ve zihniyetini değiştirmenin başlıca aracı olmuş; Türkçe, “Milli birlik ve bütünlüğün temel unsurlarından biri olarak” görülmüştür.¹⁰⁰ Ulusal bütünleşme politikalarını sağlama amacıyla tek dilci bir politika benimseyen Kemalist elitler, Türkçe konuşmayı Türklüğün temel göstergelerinden biri olarak kabul ederken, diğer ana dillerin kullanılmasını ise rejime yönelik bir tehlike olarak algılamıştır. Bütünleşme politikalarının tehlikeye düşeceği algısı, diğer ana dillere yönelik yasaklayıcı ve asimile edici önlemlerin alınmasını da beraberinde getirmiştir. Alınan bu önlemlerle Türkçe dışındaki ana dillerin kamusal alana girişi engellenmiş ve kamusal alan dilsel bakımdan homojenleştirilmiştir.¹⁰¹ Ancak dil politikaları yalnızca mevcut bir dilin resmi dil olarak benimsenmesi ve diğerlerinin yasaklanması şeklinde olmamıştır. Cumhuriyetin başındaki mevcut Türkçe, Osmanlı ve İslam geçmişinin tüm mirasını taşıması nedeniyle ulus inşa politikaları için elverişli bir dil değildi. Türkçenin tarihsel ve dinsel tüm yüklerinden arındırılmadan yepyeni bir ulusun dili olarak kabul edilmesi ulus inşa politikalarını başarısızlığa uğratacağı muhakkaktı. Bu itibarla, alfabe ve dilde sadeleştirme reformları ile öncelikle yeni bir dil yaratılmıştır.

Cumhuriyet boyunca dilin bütünleşme politikalarında merkezi bir rol oynadığının bilincinde olan Anayasa Mahkemesi de yalnızca Türkçe dışındaki dillerin kullanılmasına karşı hassasiyet göstermemiş aynı zamanda yaratılan yeni Türkçeyi ve dil devriminin en önemli ayaklarından olan alfabeyi de özenle ko-

çıkarmamayı taahhüt etmişti. Antlaşmanın 39. maddesinde bu durum şöyle açıklanmaktaydı: “Herhangi Türkiye tebaasının gerek münasebat-ı hususiyeye veya tüccariyede, gerek din, matbuat veya her nevi neşriyat hususunda ve gerek içtimaat-ı umumiyyede herhangi bir lisanı serbestçe istimal etmesine karşı hiçbir kayıt vazedilmeyecektir. Lisan-ı resmî mevcut olmakla beraber, Türkçeden gayri lisan ile mütekellim [konuşur] bulunan Türk tebaasına muhakim huzurunda kendi lisanlarını şifahî surette istimal edebilmeleri zımında teshilat-ı münasibe ibraz olunacaktır.” Bkz. “Lozan Sulh Muahedesinin Kabulüne Dair Kanunlar”, *Kanunlar Dergisi*, 23/08/1339 (1923), C.2, s.12. Ne var ki uygulama, bundan çok farklı olmuştur.

¹⁰⁰ 16/4/1973 tarih ve 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanununun 10. maddesi.

¹⁰¹ Çağla Kubilay, “Türkiye’de Anadillere Yönelik Düzenlemeler ve Kamusal Alan: Anadil ve Resmi Dil Eşitlemesinin Kırılması”, *İletişim Araştırmaları Dergisi*, 2004, C.2, S.2, s.56.

rumuştur. Nitekim Huzur Partisinin, Çağatay, Azeri, Uygur ve Oğuz olmak üzere dört ana Türk lehçesinin ve bu lehçelerdeki kelime köklerinin incelenmesini ve Türkçenin tekâmülü için önce alfabenin geliştirilmesini zaruri gören ve Türk alfabesine dokuzuncu sesli harfi koymak amacını dile getiren Parti Programını Anayasaya aykırı bulan Mahkeme, Partinin kapatılmasına karar vermiştir.¹⁰²

Resmi dil dışındaki dillerin yasaklanması, eğitimlerine ise hiçbir zaman izin verilmemesi, Osmanlı'nın son devirlerinde ve Cumhuriyet döneminde uygulanan bütünleşme stratejilerinde dile verilen değerle ilişkilidir. Nitekim Cumhuriyet dönemi boyunca birden fazla ana dilde eğitim yapılması, ülke ve millet bütünlüğü için önemli bir tehdit olarak görülmüştür. 1983 tarih ve 2923 Sayılı Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi Kanununun "Türkiye'de eğitimi ve öğretimi yapılacak yabancı diller, Milli Güvenlik Kurulunun görüşü alınarak, Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilir" biçimindeki 2. maddesinin (a) bendi, Türkçe dışındaki dillerin bir güvenlik meselesi olarak değerlendirildiğinin göstergesidir. Söz konusu kural, 2003 yılında değiştirilmiş ve Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerin öğrenilmesi için, 8/2/2007 tarih ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu hükümlerine tâbi olmak üzere özel kurslar açılabilceği hükme bağlanmıştır. Buna karşın aynı kuralda yer alan, "Bu kurslar ve derslerde, Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel niteliklerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı öğretim yapılamaz" ibaresinden ana dilde eğitimin bir güvenlik meselesi olarak görülmeye devam ettiği anlaşılmaktadır.

Türkiye'de resmi dil olan Türkçenin dışında konuşulan Kürtçe, Lazca, Çer-

¹⁰² "Huzur Partisi, programındaki gerçeğe aykırı bu metinlerle, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden inkılâp kanunlarından birisi olan, bu nedenle Anayasanın 174. ve Siyasi Partiler Kanunu'nun 84. maddeleriyle, Anayasanın hiçbir hükmünün bu yasalara aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı ve siyasi partilerin bu kanun hükümlerine aykırı amaç güdemeyeceği ve faaliyette bulunamayacağı belirtilen, 1 Teşrinisani 1928 tarihli ve 1553 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun'un: 'Şimdiye kadar Türkçe'yi yazmak için kullanılan Arap harfleri yerine Latin esasından alınan ve merbut cetvelde şekilleri gösterilen harfler (Türk Harfleri) unvan ve hukuku ile kabul edilmiştir' şeklindeki 1. maddesi hükmüne, dolayısıyla Anayasanın 174 ve Siyasi Partiler Kanunu'nun 84. maddesi hükümlerine aykırı tutum ve davranış içerisinde olduğunu burada da göstermiş; bu nedenle de kapatılması gerekmiştir." AYM, 25/10/1983 ve E.1983/2 (SPK) K.1983/2.

kezce ve başka bazı diller “Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçeler” olarak nitelendirilmiştir. Bu diller ana dil veya farklı etnik kimliğe sahip vatandaşların kullandıkları diller olarak nitelendirilmemiştir. Dahası Anayasa Mahkemesi pek çok partiyi de Türkçeden başka bir dilin ana dilleri olduğu iddiası veya Türkçeden başka dil ile eğitim taleplerini dillendirmesi sebebiyle kapatmıştır. Anayasa Mahkemesi başka bir dilin ana dil olduğu iddialarını veya ana dilde eğitim taleplerini “dil ayrımı yaratmak” olarak tanımlamış;¹⁰³ bu tür iddia ve taleplerin 1961 Anayasasının 11. maddesinde ve 1982 Anayasasının 14. maddesinde yer alan “temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması” olarak değerlendirmiş ve siyasi partilerin kapatılmasına karar vermiştir.¹⁰⁴Buradan anlaşıldığı şekliyle Türk vatandaşları içerisinde farklı dil ve lehçeler konuşan bazı grupların varlığı Devletçe kabul edilse bile bu durum yani vatandaşların bir kısmının Türkçeden farklı dil ve lehçelerde konuşmaları, onların farklı etnik, dilsel veya dini kimlikleri çerçevesinde değerlendirilmemiştir.

Türkiye’de azınlık statüsü tanınmayan unsurlarda anadilde eğitim taleplerini sık sık gündeme getirmektedirler. Türkiye’de otokton ve büyük bir nüfusa sahip bir unsur olan Kürtlerin anadilde eğitim hakkı talepleri ise en önemli tartışma konularından birini oluşturmaktadır. Cumhuriyetin Türklüğü etnik açıdan farklı toplulukların benimseyeceği bir üst kimlik olarak inşa etme çabasının bir sonucu olarak eğitimin yalnızca Türkçe yapılması politikaları Kürtler dışındaki gruplar bağlamında başarılı olmuşsa da Kürt etnik kimliğinin tarihi süreç içinde politizasyonu, seküler Kürt ulusçuluğunun doğmasına yol açmıştır.¹⁰⁵ Bir bakıma Türkiye’nin ulusal türdeş bir millet yaratma politikaları, başka

¹⁰³ “Dil konusunu kapsayan bir başka düzenleme de Anayasa’nın 14. maddesinin ilk fıkrasındaki Anayasa’da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirinin dil ayrımı yaratmak amacıyla kullanılmayacağı kuralıdır. Devletin bölünmez bütünlüğü ile dil konusundaki kurallar, yaptırımsız değildir. Her şeyden önce bu konularda genel ilkeyi koyan Anayasa’nın 3. maddesi, Anayasa’nın 4. maddesine göre ‘Değiştirilemez ve değiştirilmesi, teklif edilemez’: Öte yandan, Anayasa’nın 69. maddesi, bu sınırlamalara uymayan devlet düzeni kurma yasağını içeren 14. maddeye aykırı davranan siyasi partilerin temelli kapatılacağını öngörmektedir.” AYM, T.10.7.1992, E.1991/2 (SPK), K.1992/1.

¹⁰⁴ Bazı örnek kararlar için bkz.: AYM, T. 30/11/1993, E.1993/2 (SPK), K.1993/3; AYM, T.19/3/1996, E.1995/1 (SPK), K.1996/1; AYM, T.14/2/1997, E.1996/1 (SPK), K.1997/1.

¹⁰⁵ Ahmet Yıldız, *Ulus Devletin Bunalımı Federalizm ve Kürt Meselesi*, İstanbul, Etkileşim Yayınları, 2010, s. 38.

bir milliyetçiliğin yani Kürt milliyetçiliğinin ortaya çıkmasında ve meşruiyet zeminini bulmasında etkili olmuştur.

Pek çok olumsuzluğa rağmen Türkiye'nin azınlık statüsü tanımadığı fakat Türkiye'de var olan diğer gayri Türk unsurlara ilişkin (Kürtler, Çerkezler, Lazlar, Süryaniler vb.) dil hakları konusunda geleneksel yaklaşımını değiştirme eğiliminde olduğunu not etmeliyiz. Örneğin Mardin Artuklu Üniversitesinde Kürtçe başta olmak üzere birçok dilde yüksek lisans eğitimi verecek Yaşayan Diller Enstitülerinin açılmasına YÖK'ün onay vermesi, Türkiye'nin mevcut yasal sisteminin elverdiğinin ötesinde gelişmelerdir.

7. Üniversiteler

Dünyada, üniversitelerin “bilgiyi üretmek” ve “bilgiyi yaymak” gibi iki geleneksel ve temel işlevinin bulunduğu düşüncesi, geçmişten bugünü kadar tartışmasız bir şekilde kabul edilmiştir. Ancak söz konusu Türkiye olunca üniversitelerin görevi, nesnel bir bilgiyi üretmek ve yaymak değil aksine, resmi ideolojinin yeniden üretilmesi ve yayılması olarak anlaşılır. Nitekim Anayasa'nın 42. maddesinde Eğitim ve öğretimin, Atatürk ilkeleri ve inkılabları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre ve devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı belirtilmiş; bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmayacağı kayıt altına alınmıştır. Böylece Anayasa, eğitimin temel esası olarak çağdaşlığı belirledikten sonra çağdaşlıktan ise ancak Kemalizmi anlayacağını ilan etmiştir. Anayasa'nın 130. maddesinde üniversitelerin “çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde” kurulacağını bildirilmesi ile aynı yaklaşım sürdürülmüştür. Böylece Anayasa'nın “bilimsellik” anlayışı Kemalist öğretisi ile eşitlenmiştir. Çünkü “Belirli bir süre geçtikten sonra Atatürk devrimlerinin amaçlarına ulaştığını ve artık yeni bir atılıma gereksinme duyulmayacağını kabul etmeye olanak yoktur.”¹⁰⁶ Anayasa'daki mevcut ideolojik yük devam ettiği müddetçe bu akıl yürütmenin bir sonucu olarak bilimsel özerkliğin, üniversitelere Cumhuriyetin başında yüklenen misyona hiçbir irade tarafından dokunulmaması olarak anlaşılması kaçınılmaz olacaktır.

Türkiye'de cumhuriyetin ilanından günümüze üniversiteler ilki 1933, ikinci-

¹⁰⁶ AYM, T. 11-12-13-14 ve 25/2/1975 ve E.1973/37, K.1975/22.

si 1946 ve üçüncüsü 1981’de olmak üzere üç büyük reform hareketi yaşamıştır. 1933 Üniversite Reformundan itibaren devletin yeni üniversiteden beklentileri, üniversite ile Kemalist devrimler arasında sıkı bir ilişki yaratmak ve üniversiteyi ülke meseleleri üzerinde araştırmaya yöneltmek yoluyla toplumla üniversite arasında bağ kurmaktır. Bu amacın formülasyonu ise Anayasa Mahkemesi tarafından 1960 Anayasası döneminden itibaren yapılmıştır. Mahkemeye göre üniversitelerin temel görevi “yalnızca bilimsel ve nesnel ölçülere göre biçimlendirilmiş bir öğretim ve eğitimin gerçekleştirilmesini sağlamak”tır.¹⁰⁷

Çağdaş uygarlığın temeli, insanların davranışlarında, eylemlerinde akli ege-men kılmalarıdır. Bunun yolu ise bilimsel çalışma yoludur; bu yolun kılavuzu olan ilke de bilimin, insanların yaşamında gerçek yol gösterici sayılması ilkesidir. Bu ilkenin eylemli olarak uygulanabilmesi için toplumun yapısının kilit yerlerinde bilimsel gerçeği arayıp bulabilecek, uygulayabilecek ve bütün düşünce ve davranışlarında bilimsel gerçeğin isterlerinden ayrılmayacak kişilerin bulunması, bunun sağlanması için de bu nitelikte kişilerin yetiştirilmiş olması zorunludur. Bilimsel çalışma, yalnız aklın ve gözlemin biçimlendirdiği bir çalışma olması dolayısıyla böyle bir çalışmaya ve bilimsel yolda eyleme yönelecek kişilerin bilimsel gerekler dışında bir etki ile karşılaşmaksızın yetiştirilmeleri temel bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Yalnız bilimsel ve nesnel ölçülere göre biçimlendirilmiş bir öğretim ve eğitimin gerçekleştirilmesi, toplumsal açıdan büyük önem gösteren alanlardaki yüksek öğretim ve eğitimin gerek siyasal çevrelerin ve özellikle siyasal iktidarın, gerek toplumdaki çeşitli kümelerin etkisi dışında bir öğretim ve eğitim düzeni ile olabilir.¹⁰⁸

Anayasa Mahkemesinin bu kararı Cumhuriyet Anayasalarının ve Mahkemenin üniversite eğitiminden beklentilerini bütün açıklığıyla orta koymakta-

¹⁰⁷ Mahkeme, Anayasanın tek geçerli yorumunu yapan kurum olmanın bilinciyle üniversitelere, Anayasa’dan çıkarttığı tavsiyeleri vermekten geri durmaz: “Üniversitelerde, ister öğretim üyesi veya yardımcısı ya da araç gereç azlığı söz konusu olsun, ister öğrencilerin çokluğu neden gösterilsin, çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine uygun düşmeyen bir öğrenim ve eğitim yöntemi uygulanamaz. Üniversitelerin görevi bu durumda da alacakları önlemlerle etkenleri en az düzeye indirmek ve yalnızca bilimsel ve nesnel ölçülere göre biçimlendirilmiş bir öğretim ve eğitimin gerçekleştirilmesini sağlamaktır.” AYM, T. 2/11/1978 ve E.1978/31 K.1978/50. Bu tavsiyeler, 1961 Anayasasının, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına aykırı eğitim kurumlarının açılmayacağına ilişkin 120. maddesi hükmünden çıkartılır.

¹⁰⁸ AYM, T. 12/1/1971 ve E. 1969/31, K. 1971/3.

dir. Mahkeme pozitivist eğilimlerini bir kez daha sergilemiştir. Mahkeme, son dönem Osmanlı aydınlarında yoğun bir şekilde görülen ve Osmanlı toplumunun ve devletinin kurtuluşunu sağlayacağına inanılan pozitivist düşüncenin ilkel versiyonundan hala vazgeçmemiştir. Çağdaş uygarlığın temelini, insanların aklın egemenliğine tabi olmaları olduğu inancı, beraberinde dinsel-metafizik düşüncenin terk edilmesini de şart koşar. Mahkeme iki hedefin altını çizmiştir: Birincisi, yükseköğretim siyasetin etkisinden uzak olacak; ikincisi ise bürokratik vesayet mekanizmasına seçkinler yetiştirecektir.¹⁰⁹ Bu iki hedef, çağdaş uygarlığın temeli olan aklın egemenliğine teslim olmak ideali ile sıkı bir bağlantı içerisindedir.

Pozitivizmin siyaset öğretisinin etkisine giren Osmanlı aydınları, devleti ve toplumu kurtarmak için evrensel kurallar izlenerek yeni bir toplum inşa etmek fikrini benimsediler ve buradan sosyal Darwinizme ulaşmaları da uzun sürmedi. Darwin'in biyolojik evrim için söylediklerinin, insan toplulukları için de geçerli olduğu iddiası olan sosyal Darwinizm, bireysel organizmalar arasındaki rekabetin, çevreye en uygun olan organizmanın hayatını idame etmesi yoluyla biyolojik evrimsel değişikliğe neden olmasına benzer şekilde; bireyler, gruplar veya toplumlar arasındaki rekabetin de insan topluluklarında sosyal evrime neden olduğunu savunur.¹¹⁰

Sosyal Darwinizmin varsayımlardan ikisi Anayasa Mahkemesinin yukarıda zikrettiğimiz ve incelemekte olduğumuz kararını anlamak için kritiktir. Bunlardan birincisi, grup içi dayanışmanın doğal bir zorunluluk olduğudur. II. Meşrutiyet öncesinden başlayan ve 1930'lara kadar devam süreçte pozitivism anlayışını önce somut ve katı biyolojik materyalizm ve sosyoloji üzerinden daha sonra da biyolojik materyalizm ve sosyolojinin imkânlarından doğan dayanışmacılık (tesanüdcülük) anlayışında görebiliriz.¹¹¹ Toplum, yekpare ve için-

¹⁰⁹ Mahkeme, üniversitelerin "toplumun kilit yerlerinde görev alacak kişileri yetiştirmek üzere kurulmuş" olduğunu sonraki kararlarında da önemle belirtmiştir. Bkz. AYM, T. 4/5/1972 ve E. 1969/52, K. 1972/21; AYM, T. 15/6/1978 ve E.1977/131, K.1978/42.

¹¹⁰ Hasan Ünder, "Türkiye'de Sosyal Darwinizm Düşüncesi", Tanıl Bora (Ed.), *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce/Milliyetçilik*, Cilt 4, 4. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2009, s.427.

¹¹¹ Hasan Bülent Kahraman, "Bir Zihniyet, Kurum ve Kimlik Kurucusu Olarak Batılılaşma", Uygur Kocabaşoğlu (Ed.), *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce/ Modernleşme ve Batıcılık*, Cilt 3, 5. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2009, ss.125-140.

de hiçbir çatışmanın olmadığı bir bütünlük olarak tasavvur edilince, en basit şekliyle, bir toplumda çatışma halinde olan çıkarların uzlaştırılması faaliyeti olarak tanımlayabileceğimiz siyasetin de böyle bir toplumda yeri olmayacaktır. Bu anlayıştan ise bir siyaset düşmanlığı doğması doğal olacaktır. Sosyal Darvinizmin varsayımlarından ikincisi ise toplumda biyolojik üstünlüklere sahip seçkinler grubunun yönetiminin gerekli olduğudur. Sosyal Darvinizmin izlerini, tarihi belli sayıda kişiden oluşan enerjik bir zümrenin yaptığını düşünen Mustafa Kemal'in şu sözlerinde takip edebiliriz:

“Efendiler, tarih, gayrikabili itiraz bir surette ispat etmiştir ki, büyük meselelerde muvaffakiyet için kabiliyet ve kudreti lâyetezelzel bir reisin vücudu elzemdir. Bütün ricali devletin naümidî ve aciz içinde... bütün milletin başsız olarak zulmetler içinde kaldığı bir sırada, her vatanperverim diyen bin bir çeşit zatın, bin bir sureti hareket ve içtihat gösterdiği hengâmelerde istişarelerle, birçok hatırlara ve nüfuzlara mahkûmiyet lüzumuna kanaatle, salim ve esaslı ve bilhassa şedit yürümek ve en nihayet çok müşkül olan hedefe vâsıl olmak mümkün müdür? Tarihte, bu tarzda mazhariyete nail olmuş bir heyeti içtimaî-ye irae olunabilir mi? İkincisi Efendiler; millet, memleket, siyaset ve ordu iradeleriyle hiçbir alâka ve münasebetleri ve bu hususta liyakatleri görülmemiş ve tecrübe edilmemiş gelişigüzel zevattan, bilfarz Erzincanlı bir Nakşî şeyhi ve Mutkili bir aşiret reisi gibi zavallılardan da teşkili, ihtimalden hariç olmiyan herhangi bir heyeti temsiliyeye, mevzuubahis olan vaziyet ve vazife bırakılabilir miydi?”¹¹²

Konuyu dağıtmamak için Mustafa Kemal'in bu sözlerinin ardından hemen Anayasa Mahkemesinin üniversite eğitiminin çağdaş ölçülerde yapılmasının gerekliliğini nasıl izah ettiğini yeniden hatırlayalım: “...toplumun yapısının kilit yerlerinde bilimsel gerçeği arayıp bulabilecek, uygulayabilecek ve bütün düşünce ve davranışlarında bilimsel gerçeğin isterlerinden ayrılmayacak kişilerin bulunması, bunun sağlanması için de bu nitelikte kişilerin yetiştirilmiş olması zorunludur.”¹¹³ Karar dikkatle okunduğunda, Mahkemenin eğitim ile seçkinler arasında bir ilişki kurmakla birlikte bunun sosyal Darwinist bir eğilimden kay-

¹¹² *Nutuk*, s.70.

¹¹³ AYM, T. 12/1/1971 ve E. 1969/31, K. 1971/3.

naklandığı düşünülmebilir. Bu eğilimi görmek için Mahkemenin, eğitim hakkının ve devletin yükümlülüklerinin kaynağına ilişkin açıklamalarına bakmak gerekir: “Anayasa’nın 42. maddesindeki ‘öğrenim’ sözcüğü, kişinin içgüdüsel olarak var olan kişilik yapısına göre bilgi edinme hakkını ortaya koymaktadır. Bu konuda devlete düşen görev, kişinin öğrenme hakkını kullanacağı alanlardaki engelleri ortadan kaldırmaktır.”¹¹⁴

Mahkemeye göre eğitim hakkının temelinde son derece karmaşık bir yapıya sahip olan içgüdüler bulunmaktadır. Ne var ki içgüdü, akıl ve düşünceden bağımsız olarak geliştiği kabul edilmekte ve içgüdülerin gelişimi ile beyin mekanizmaları arasındaki ilişki, henüz modern biyolojinin tüm araştırmalarına rağmen hakkında hala pek çok soru işareti olan bir konudur. Felsefede ise canlı organizmanın dış etkenlere karşı gösterdiği tepkiler bütününe içgüdü denmektedir. Genel olarak içgüdüsel davranışların öğrenilmiş ya da sonradan kazanılmış olmadığı, doğuştan alınan ya da miras yoluyla kazanılmış olan doğal davranışlar olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁵ Böylece Anayasa Mahkemesi, Anayasa’daki öğrenim hakkını “kişinin içgüdüsel olarak var olan kişilik yapısına” bağlayarak henüz modern biyolojinin çözümleyemediği bir meselede kendisini 19. yüzyıldaki sosyal Darwinistlerin mirasına dayanmış görünmektedir.

Anayasa Mahkemesinin sosyal Darwinizmden tevarüs ettiği ve yukarıda zikredilen grup içi dayanışmanın doğal bir zorunluluk olduğu ile toplum ve devlet hayatında biyolojik üstünlüklere sahip bir seçkinler grubunun yönetiminin gerekli olduğu varsayımlarının her ikisi de siyaseti dışlar. Nitekim Mahkemenin kararlarında üniversitelere ve üniversite eğitimi bağlamında siyasete olan düşmanlığı oldukça belirgin biçimde görünmektedir. Bu yaklaşımının sonucu olarak en başından, 1960 Anayasasından itibaren Mahkeme, özerkliği, üniversitelerin siyasetin etkisine kapalı olması şeklinde yorumlamıştır. Örneğin erken dönemde, 1975 yılında verdiği kapsamlı bir kararda Mahkeme, üniversitelerin siyasal etkiye açık olamayacaklarını açıklıkla ifade etmiştir:

Devletin gözetimi ve denetimi, üniversitenin yönetim ve bilim özerkliğini, öğretim üyelerinin serbestçe araştırma ve yayında bulunma haklarını, düşün-

¹¹⁴ AYM, T. 16/9/1998 ve E.1997/62, K. 1998/52.

¹¹⁵ Ahmet Cevizci, *Felsefe Sözlüğü*, Ankara: Ekin Yayınları, 1996, s. 265.

ce, bilim ve sanat özgürlüklerini, öğretim ve öğrenimin özgürlük ve güvence içinde yürütülmesi gereğini zedeleyici bir görünüm almamalıdır. Özellikle bu konularda üniversite tüzel kişiliğinin haiz olduğu Anayasal haklara siyasi iktidarı ortak yapıcı biçimde yetkilerle donatma olanağı düşünülemez.¹¹⁶

Anayasa Mahkemesine göre Anayasa koyucunun üniversitelere idari ve bilimsel özerklik vermesi, üniversitelerden tamamen siyaseti çıkartmak amacıyla bağlantılıdır. Böylece Cumhuriyetin resmi ideolojisi ilelebet üniversitelerde tartışılmaz hâkimiyetini sağlayabilecektir.

Gerçekten, Anayasa Koyucunun üniversitelere yönetim ve bilim özerkliğini tanımak ve üniversitelerin kuruluşunu Devlet Tekeline almakla varılmasını istediği erek, toplumun kilit yerlerinde görev alan kişilerin herhangi bir siyasi çevrenin veya yarar topluluğunun etkisi altında kalmaksızın yalnızca çağdaş bilimin isterlerine uygun biçimde yetiştirilmiş bulunması, başka deyimle, toplumun kilit yerlerinde görev alarak ulusun alın yazısı üzerinde etkili işler veya işlemler yapabilecek kişilerin yansızlığı sağlanmış olmayan kurumlarda yetiştirilmesinin önlenmesidir; çünkü çağdaş batı uygarlığının ve Atatürk ilkelerinin gereği her işte ve işlemlerle yalnızca aklın ve müsbet bilimin kılavuz olmasıdır; oysa yetiştikleri kurumlarda aklın ve müsbet bilimin isterlerine uygun olarak düşünmeye ve davranmaya alıştırılmayıp belli siyasi çevrelerin veya yarar topluluklarının ereklerine göre yetiştirilmiş kimselerden toplumun yararlarına gerçekten uygun bir düşünüş ve davranış genellikle beklenilemez ve böyle kişilerin kilit yerlerde görev alması bir çok zararlara yol açabilir.¹¹⁷

¹¹⁶ AYM, T. 11-12-13-14 ve 25/2/1975 ve E.1973/37, K.1975/22. Sistemin yeniden restore edildiği 1980 darbesinden sonra Anayasa'nın 130. maddesinde üniversitelerin, bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzel kişileri olduğu belirtilmek suretiyle üniversitelere özerklikleri yeniden verilmiştir. Mahkeme yakın tarihli bir kararında özerklikten ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur: "Bilimsel özerklik kavramı, yargı içtihatları ve öğretilerde, bilimsel çalışmaların üniversite ortamında amacına uygun yürütülebilmesinin olmazsa olmaz koşulu olarak görülmekte ve bilimsel özerklik, üniversite mensuplarının, ekonomik ve siyasi yönden nüfuz sahibi bulunan kişi ve kurumların baskısı, yönlendirmesi olmadan ve toplumda genel olarak hâkim olan düşünce ve kabuller doğrultusunda sonuçlara varmak gibi bir zorunluluk hissetmeden sadece bilimsel ölçütler ve etik kurallar çerçevesinde eğitim, öğretim, araştırma ve yayın yapabilme olanaklarına sahip bulunmaları biçiminde açıklanmaktadır." AYM, T.25/6/2009 ve E.2005/67, K.2009/99.

¹¹⁷ AYM, T.4/5/1972 ve E.1969/52, K.1972/21. Mahkeme başka bir kararında da şöyle diyordu: "Üniversitelere yönetim ve bilim açısından özerklik tanınmasının gerekçesi ise siyasi

Elbette, Türkiye’de bir vesayet organı olarak tasarlanan üniversitelerin özerkliklerinden, üniversitelere 1933 Üniversite Reformu ile yüklenen Kemalist reformları devam ettirmek ve yeniden üretmek misyonunu ve bunun doğal sonucu olarak da sivil iradenin bu misyona müdahale etme olanağını ortadan kaldırması anlaşılmıştır. Bu sebeple de bir bürokratik aygıt olan Anayasa Mahkemesi, genetiğine uygun bir şekilde üniversiteler bağlamında da siyasete olan güvensizliğini açıkça gösterir:

Her siyasal kuruluş, kendine özgü görüşleri ve anlayışları doğrultusunda eğitim ve öğretimi etkileme eğilimi gösterebilir. Oysa, toplumsal açıdan çok önemli bulunan alanlarda görev alacak yetenekli kimselerin yetiştirilmesi, bunların yalnızca nesnel ve bilimsel düşüncelere dayanan bir eğitim ve öğretimden geçmiş bulunmalarına bağlıdır.¹¹⁸

Anayasa Mahkemesi, temelinde pozitivizm ve sosyal Darwinizm gibi düşünceler bulunan ve tek parti döneminden tevarüs ettiği siyaset düşmanlığını kurulduğu günden itibaren kararlarına yansıtmıştır. Bu genel yaklaşımını üniversitelere ilişkin kararlarında da görmek mümkündür. Siyasi alan, en temel anlamıyla, farklı çıkarların bir mücadele alanı ise eğer, üniversitelerde siyasete yer verilmesi kabul edilemez. Canlı bir organizma gibi uyumlu ve dayanışma içerisinde, homojen bir toplumun tektipleştirilmiş bireylerini yetiştirecek üniversitelerde farklı siyasi kanaatlere sahip öğrencilerin bulunması, üniversitelerin varoluş amaçlarını gerçekleştiremediklerini göstereceği gibi yekpare bir çelik kütesi olarak tasavvur edilen ulusal bütünlüşmeyi de tehdit edecektir.

[ö]ğrenci dernekleri her ne şekilde olursa olsun siyasi amaçla kurulamazlar... öğrenci dernekleri hiçbir şekil ve surette siyasi veya öğrencilikle ilgisi olmayan faaliyette bulunamazlar.

çevrelerin ve özellikle iktidarın üniversite çalışma, öğretim ve eğitimini etkisi altında bulundurması yolunu kapamak ve üniversite çalışmalarıyla öğretim ve eğitimini her türlü dış etkiden uzak bir ortam içinde sürdürmektir. Her siyasal kuruluşun kendisine göre birtakım görüşleri ve anlayışları vardır ve bu kuruluşlar eğitim ve öğretimi kendi görüş ve anlayışları doğrultusunda etkileme eğilimini gösterebilirler. Oysa toplumsal açıdan çok önemli bulunan alanlarda görev alacak yetenekli kimselerin yetiştirilmesi, (Az yukarıda da belirtildiği gibi) bunların yalnızca nesnel ve bilimsel düşüncelere dayanan bir eğitim ve öğretimden geçmiş bulunmalarına bağlıdır.” Bkz. AYM, T.12/1/1971 ve E.1969/31, K.1971/3.

¹¹⁸ AYM, T. 30/5/1990 ve E.1990/2, K.1990/10.

Pek yakın bir geçmişte öğrenci dernekleri arasında baş gösteren ve milli birliği tehdit edecek bir aşamayı bulan anlaşmazlık, hatta düşmanlıkların ve karşılıklı şiddet hareketlerinin acı izlenimlerinin etkisi altında ve bu türlü durum ve olayların yeniden ortaya çıkmasını engellemek kaygısı içinde düzenlendiğinde kuşku bulunmayan bu kuralla öğrenci derneklerinin güdecekleri erek ve faaliyet alanları böylece belirlenildikten sonra bir öğretim ve eğitim kurumunda aynı ereği güdecek ve aynı faaliyet alanında çalışacak birden çok öğrenci derneğine yer ve gerek olmayacağı ve üstelik birden çok derneğin giderek birtakım zararlı, huzur bozucu kutuplaşmalara ve çekişmelere yuvalık ve odaklık edecek duruma geleceği, öğretim kurumlarına kendi alanlarında destek ve öğrencilere yardımcı olmaları öngörülen bu kuruluşların kaygı ve tedirginlik kaynağına dönüşecekleri; bütün bunlardan da kamu düzeninin olumsuz yönde etkileneceği ortadadır.¹¹⁹

Anayasa Mahkemesi akıl ve müspet bilim ile siyaseti bir karşıtlık içerisinde görmektedir.¹²⁰ Mahkemenin uygulanmasında “bilimsel ve nesnel ölçüt” kavramı, tek ve sorgulanamaz bir hakikatin varlığına olan inanca delalet eder. Oysa siyaset ise farklı çıkarların varlığı ve dolayısıyla sübjektivite üzerine kuruludur. Mahkeme, akıl ve siyaset arasındaki kurduğu bu karşıtlığın paylaşılmamasını ise şiddetle cezalandırmıştır. “Üniversiteler propagandanın, farklı görüşlerin, yoğun siyasal, sosyal ve bilimsel tartışmaların egemen olduğu, olması gerektiği ayrıcalıklı mekânlar” olması gerekirken Mahkeme bilhassa başörtüsü hakkında verdiği kararları ile “Anayasa’da öngörülen akademik, bilimsel, düşüncel, kolektif ve diğer entelektüel özgürlükler manzumesine” ters düşen kararlar verebilmiştir.¹²¹ Mahkeme, üniversiteleri birer kışla gibi tasavvur etmiş; ders disiplinini, reşit öğrencilerin bir örnek davranış, düşünüş ve inanç modeline sokulmasının gerekçesi olarak ileri sürmüş, üniversiteleri “danışma ve dayanışma”¹²² mekânları olarak tanımlamıştır. Nitekim Mahkeme, üniversite eğitiminin önemini, ulusal savunma ve iç güvenliğin sağlanması ile karşılaştırmıştır.

Mahkemeye göre üniversite eğitimi hemen hemen devletin ulusal savun-

¹¹⁹ AYM, T.18-19 ve 20/12/1973 ve E.1973/3, K.1973/37.

¹²⁰ AYM, T. 4/5/1972 ve E.1969/52, K.1972/21.

¹²¹ Haşim Kılıç’ın muhalefet şerhi için bkz. AYM, T. 5/6/2008 ve E.2008/16 K.2008/116.

¹²² AYM, T. 29/6/1992 ve E.1991/21, K.1992/42.

ma ve iç güvenlikle eş değerde ödevlerindedir. Bunun böyle olması doğaldır çünkü eğitimin amacı da ulusal savunma ve iç güvenlik gibi devletin ve onun ideolojisinin bekasını teminden ibarettir. “Cumhuriyeti ve onun temel ilkelerini koruma ereğini her şeyin üstünde sayan ve eğitime yaraşır olduğu yeri ve önemi veren bir Anayasadan, Devletin bu alandaki görev, ödev ve sorunlara seyirci kalması esasen beklenemez.”¹²³ Hatta Mahkeme burada durmakla da yetinmez, yani eğitimin devletin güvenliğini sağlayan araçlardan birine indirgenmiş olması Mahkemeye yetmez. Anayasa Mahkemesi eğitimi, doğrudan güvenliğe teslim etmekte bir sakınca görmez.

Öğrenim ve öğretim özgürlüğünü engelleyici eylemlerin önlenmesi ve bu konuda tüm bir güvence sağlanması ereğini ortaya koyarken, Anayasa koyucusunun aynı zamanda millî güvenliği de birlikte düşündüğünü kabul etmek zorunluğudur. Bu nedenle Millî Güvenlik Kuruluna Anayasanın 111. maddesi ile verilen geniş kapsamlı görev kavramı içinde, öğrenim ve öğretim özgürlüğüne ve güvencesine ilişkin tedbirlerin alınması çalışmaları da bulunmaktadır.¹²⁴

Yüksek Öğretim Kurulunun misyonu bu noktada ortaya çıkmaktadır. Tevhid-i Tedrisat’tan itibaren devletin ve ulusun bütünlüğü ile devletin eğitim politikasına temel olacak ilkelere uyum ve bütünlük, ontolojik bir ilişki çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesine göre Tevhid-i Tedrisat ile ortaya konulan uyum ve bütünlükten yoksun bir eğitim politikasının güdülmesi halinde “gençliğin, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlardaki kalkınmaya olan maddi ve manevi etkisi zayıflar, giderek yozlaşır ve böylece bu gibi memleketlerde yabancı sömürsü ve çıkarıcılığı egemen olur.”¹²⁵

Bugüne kadarki kararlarında, genel olarak Mahkeme; 1961 ve 1982 Anayasalarında yer alan “Devletin gözetimi ve denetimi” ödevinden, üniversiteler, devlet okulları veya özel okulların milli eğitim politikasına uygun bir bütünlük içerisinde çalıştırılmasını temin etmeyi anlamıştır. Mahkemeye göre üniversitede seviyesinde ise “bu uyum ve bütünlüğü sağlamak, yüksek öğretimdeki temel gereksinimleri ve gelişmeleri izleyerek devlete gerekli öğüt ve öneri-

¹²³ AYM, T.11-12-13-14 ve 25/2/1975 ve E.1973/38, K.1975/23.

¹²⁴ AYM, T.11-12-13-14 ve 25/2/1975 ve E.1973/38, K.1975/23.

¹²⁵ AYM, T.11-12-13-14 ve 25/2/1975 ve E.1973/38, K.1975/23.

lerde bulunmak üzere bir kuruluşun varlığı zorunludur. Yüksek Öğretim Kurulu bu gereksinimin karşılığı olarak ... öngörülmüştür.”¹²⁶ Açık ki Anayasa Mahkemesinin tasavvurunda Yüksek Öğretim Kurulu, yalnızca yükseköğretim kurumlarının “bilimin ciddiyet” ve “onuru” ile bağdaşmaz işlerden uzak durması gereğini sağlayacak; yükseköğretim kurumlarının topluma örnek¹²⁷ olacak bir düzene sahip olmasını temin edecek bir mekanizma değildir. Mahkemeye göre Yüksek Öğretim Kurulu, aynı zamanda, “Özellikle Devlet örgütlerinde veya özel kesimde çalışacak olanların mîllî eğitim politikasına uygun bir bütünlük içerisinde yetiştirilmesini”¹²⁸ garanti altına alacak bir organdır.

8. 2010 Anayasa Reformundan Sonraki Değişiklikler

2010 yılında yapılan referandum sonrasında Anayasanın 146. maddesinin değişmesi ile birlikte Mahkemeye üye sağlayan kaynaklar çeşitlendirilmiş, yeni üyeler atanmış ve üye kompozisyonu yenilenmiştir. Böylece Mahkemede tek seslilik yerine çoğulcu bir yapının bulunması amaçlanmıştır. Ne var ki Mahkemenin ne kadar değiştiği son tahlilde seçilen üyelerin kimliklerinden öte verdiği kararların niteliği ile bağlantılıdır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliği sonrasında 30/3/2012 günlü, 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun pek çok hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasını incelemiş ve verdiği kararda başta din eğitimi olmak üzere eğitim hakkına ilişkin önemli değerlendirmelerde bulunmuştur.

Mahkeme, eğitim ve öğretimin, “Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, devletin gözetim ve denetimi altında yapılması” ilkelerine bağlılığını bir kez daha teyit etmiştir. Ancak bu kez Mahkeme, eğitimi içgüdülere bağlamak yerine daha kapsayıcı bir tanımlamaya gitmiştir. Mahkemeye göre “Eğitim, doğumla başlayan bir süreç olup bireyin yaşına ve fiziksel, bilişsel, psiko-sosyal ve ahlaki gelişim düzeyine göre içeriği ve yöntemi değişebilmektedir.”¹²⁹

Anayasa Mahkemesi, “Kur’an-ı Kerim” ve “Hz. Peygamberimizin Hayatı”

¹²⁶ AYM, T.11-12-13-14 ve 25/2/1975 ve E.1973/38, K.1975/23.

¹²⁷ AYM, T. 7/3/1989 ve E.1989/1, K.1989/2.

¹²⁸ AYM, T.11-12-13-14 ve 25/2/1975 ve E.1973/38, K.1975/23.

¹²⁹ AYM, 20/9/2012, E.2012/65, K.2012/128.

derslerinin ortaokul ve liselerde isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulmasını öngören Kanun maddesinin Anayasaya aykırılığını incelediği sırada laikliğin oldukça özgürlükçü bir tanımını yapmıştır. Mahkeme öncelikle laikliğin, bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliği olduğunu belirtmiştir. Bu, 1937'den beri resmi bir ağızdan yapılan ve yepyeni bir birey ve toplum yaratmak arzusunun gerçekleştirilmesine yönelik laikliğin katı yorumundan vazgeçildiği yönündeki ilk beyandır. Anayasa Mahkemesinin laikliği devletin bir niteliği olarak tanımlaması seküler birey ve seküler toplum inşasından çoğulcu bir toplumun inşası aşamasına geçilmesinin zorunlu sonucudur.¹³⁰

Mahkeme, laikliğin en az iki farklı yorumunun ve uygulamasının bulunduğuna dikkat çekmiştir. Mahkemenin "katı laiklik anlayışı" olarak tanımladığı yaklaşıma göre laiklik, dinin, bireyin yalnızca vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgu olarak kabul edilmektedir. Buna karşın Mahkeme, "laikliğin özgürlükçü yorumu"nun ise dini bireyin iç dünyasına hapsedmediğini, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak gördüğünü belirtmiştir. Mahkemeye göre laikliğin özgürlükçü yorumunun kabul edildiği bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır. Bu anlayışın doğal sonucu ise laiklik ilkesinin bizatihi dinin muarızı değil din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi olarak kabul edilmesi olacaktır. Mahkeme, yaklaşık elli yılı aşan bir süredir sürdürdüğü toplumun çeşitliliğinin toplumsal çatışmalara yol açacağı söyleminin¹³¹ aksine bu kararda toplumların çeşitlilik arzettiğini kabul etmiş ve

¹³⁰ Mahkemenin yeni vatandaş ve yeni ulus inşasında laikliğin işlevselliğini ortaya koyduğu kararlardan birini hatırlamak ve incelediğimiz kararla karşılaştırmak, incelenen kararın önemini anlamak için yeterli olabilir: "Türkiye Cumhuriyetini kuran Türkiye halkına Türk ulusu diyerek başka ayrımlara yer vermeyen Atatürk milliyetçiliğinde dinsel öge esas alınmamıştır. Lâiklik, devlet ve toplumun karşılıklı lâik tutumunu da içerir. Bu da birleştiricilikle sonuçlanır... Lâiklik, düşünsel yapının değiştirilmesidir. Çağdaş, sağlıklı toplum oluşturmanın koşuludur. Kişi, iç ve dış dünyasıyla, duygu ve düşünceleriyle, beden ve ruh yapısıyla bir bütündür..." AYM, T.9/4/1991, E.1990/36, K.1991/8.

¹³¹ "Böylece bölünmeler durmuş, iç barış sağlanmış, yurttaşlar, ulus bilinciyle, Türkiye Cumhuriyetini kuran Türk Ulusu'nun bireyleri olmuşlardır... Dersliklerde, laboratuvarlarda, klinik, poliklinik ve koridorlarda bilimsel yöntemlerle yetiştirilerek gerçeği bulmak için birlikte çalışmalar yapanların kardeşlikleri, arkadaşlıkları, dayanışmaları, yarınları için bile gerekli iken, onları dinsel gereklerle ayırmak, kimin hangi inançtan olduğunu gösteren bir

demokratik ve laik devletin temel amaçlarından birinin, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmek olduğunu belirtmiştir. Mahkeme söz konusu kararda laik devleti, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran ve bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden devlet olarak tanımlamış ve devletin din eğitimi konusunda pozitif yükümlülüklerinin bulunduğuna karar vermiştir.

Anayasa'nın 24. maddesinde din eğitimi ve öğretiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılmasına, başka bir deyişle din eğitimi konusunda devlet kontrolü dışında bir alanın varlığı kabul edilmemesine, üstelik bugüne kadar Anayasadaki laikliğin katı yorumunun baskın konumuna rağmen Mahkeme, mevcut koşullarda özgürlükçü bir yorumu tercih etmiştir. Üstelik Mahkeme, laiklik ilkesinin kişilere din ve vicdan özgürlüğü alanında "seçenekler sunan" bir ilke olduğunu da hatırlatmıştır. Başka bir deyişle din eğitimi alanında çoğulculuğa kapı aralamıştır. Ancak Mahkeme bu değerlendirmelerinden hemen sonra az ilerde, millî eğitimin temel ilkelerine atıf yaparak "yöneltme"nin millî eğitim sisteminin temeli olduğunu belirtmiş ve akabinde fertlerin, eğitimleri süresince, ilgi ve kabiliyetleri ölçüsünde ve doğrultusunda çeşitli programlara veya okullara "yöneltilecek" yetiştirilecekleri hatırlatmıştır. Oysa yönlendirme sürecinin bir parçası olarak okullarda, öğrencilerin ilgi, yetenek ve becerilerinin ortaya çıkmasına yardımcı olmak amacıyla bazı seçimlik derslerden oluşan farklı programların oluşturulması, bireylerin arzu ettikleri istikamette gelişmelerini ifade etmemektedir. Söz konusu kararın gösterdiği gibi Anayasa Mahkemesinin eğitime ilişkin tasavvurunda hâlâ, bireyleri devlete ve topluma yararlı bireyler yapma arzusu baskındır ve öğrencilere sunulan bazı seçenekler, onların kendilerini gerçekleştirmeleri yolunda destek sağlamak amacıyla değil, kişileri yararlı bireyler yapmak idealine ulaşmak için onların ilgi, yetenek ve becerilerini tespite yöneliktir.

Mahkemenin yukarıda anılan kararında azınlıkların din eğitimi meselesine

işaretle belli etmek, onların yakınlaşmalarını, birlikte çalışıp karşılıklı yardımlaşmalarını ve işbirliğini önler; ayrılıklara, dinsel inanç ve görüşler nedeniyle çatışmalara yol açar." AYM, T.9/4/1991, E.1990/36, K.1991/8.

de değinilmiştir. Mahkemenin azınlıklara ilişkin bu karardaki argümanları da önceki kararlarına nispetle oldukça özgürlükçüdür. Mahkeme daha önceki bazı kararlarında azınlıkları ulusun dışına konumlandırmaktaydı ve dolayısıyla azınlığın haklarının “sınırlı” olduğunu ileri sürmekteydi. Mahkemenin, çoğunluğa mensup vatandaşları birinci sınıf ve azınlığa mensup vatandaşları da ikinci sınıf saymasının mantıksal sonucu ise azınlıkların “sınırlı haklara” sahip olduğu fikri olmuştur.¹³² Azınlık kavramının ulusal bir referans çerçevesine sahip olmasının bir sonucu olarak bugüne kadar, hâkim çoğunluğun niteliklerini paylaşmayan grupların merkeziyetçi ve müdahaleci devletin temsil ettiği hâkim çoğunluk karşısında bağımlı konuma itilmiş, homojenleştirici ve standartlaştırıcı yasalara maruz kalmışlardır. Cumhuriyet ideolojisi azınlıkların toplumsal konumunu bir tecrit duvarıyla çerçevelemiştir. Anayasa Mahkemesi incelediğimiz ve bu konudaki en son kararında ise azınlıkların Müslümanların sahip oldukları aynı haklara sahip olduğunu tespit ettikten sonra azınlık haklarının ilave haklar ve güvenceler getirdiğini tespit etmiştir.¹³³ Mahkeme Lozan Antlaşmasının 40. maddesindeki azınlıkların “her türlü mektep ve sair muessesatı talim ve terbiyeyi tesis, idare ve murakabe etmek ve buralarda kendi lisanlarını serbestçe istimal ve ayini dinilerini serbestçe icra etmek hususlarında müsavi bir hakka malik bulunacaklardır” hükmüne dayanmak suretiyle biryandan azınlık haklarının sınırlı haklar olduğu görüşünü terk ettiğini ilan etmiş, bunun doğal sonucu ise azınlıkların Lozan Antlaşması ile garanti altına alınan eğitim ve dil alanındaki haklarını kullanmalarının önündeki fiili engellerin kaldırılması gerektiğini belirtmiştir.

¹³² Mahkemenin şablon kararlarından birisi için bkz. AYM, T.30/11/1993, E.1993/2 (SPK), K.1993/3.

¹³³ “Lozan Antlaşması, Türkiye’nin tüm ahalisinin din farkı gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduklarını ve Türkiye tebaası gayrimüslim azınlıkların, Müslümanların sahip oldukları aynı medeni ve siyasi haklardan istifade edeceklerini belirtmiştir. Antlaşma’nın 39. maddesine göre, “Gayri müslim akalliyetlere mensup Türk tebaası, Müslümanların istifade ettikleri aynı hukuku medeniye ve siyasiyeden istifade edeceklerdir.” Azınlıklar, 40. madde gereğince de, “hukuken ve fiilen diğer Türk tebaaya tatbik edilen aynı teminattan müstefit olacaklar ve bilhassa... her türlü mektep ve sair muessesatı talim ve terbiyeyi tesis, idare ve murakabe etmek ve buralarda kendi lisanlarını serbestçe istimal ve ayini dinilerini serbestçe icra etmek hususlarında müsavi bir hakka malik bulunacaklardır.” Bunların dışında, Lozan Antlaşması, Müslüman olmayan azınlıklara muamele konusunda da önemli ayrıcalıklar getirmiştir.” AYM, T.20/9/2012, E.2012/65, K.2012/128.

Anayasa’da 2010 yılında yapılan değişiklikten sonra Anayasa Mahkemesi- nin en önemli kararlarından birisi ise hiç şüphesiz başörtüsüne ilişkin verdiği karardır.¹³⁴ Ankara Barosuna kayıtlı avukat olarak çalışan başvurucunun, bir duruşmaya başörtülü olarak katılması nedeniyle hâkimin duruşmanın yapı- lamayacağını belirterek başvurucuyu duruşmadan çıkartması üzerine yapılan bireysel başvuruda Mahkeme laikliğe ilişkin yukarda zikredilen ve 2012 yılında verdiği kararında benimsediği görüşünü teyit ettiği gibi başörtüsüne yönelik kamu gücü müdahalesinin din ve vicdan özgürlüğü ile ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine de karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında öncelikle, hem bir dine bağ- lı olan bireyler tarafından hayatı anlama ve anlamlandırmada başvurdukları temel kaynaklardan biri olması, hem de toplumsal yaşamın şekillenmesinde önemli bir işlev görmesi nedeniyle din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden biri olduğunu hatırlatmıştır. Mahkeme müteakiben, Anayasa’nın 24. maddesinin koruduğu alan üzerinde değerlendirmeler yap- mış ve maddenin bir “din veya inancın”, “uygulama, ibadet, öğretim ve ayin”- leri gibi, dinsel kaynaklı açığa vurumları koruduğunu hatırlatmıştır. Ancak bu kez Mahkeme, yukarıda zikredilen önceki kararlarından farklı olarak, bir din veya inancın en iyi hangi şekilde açığa vurulacağına veya bir davranışın baş- vurucunun ileri sürdüğü din veya inancın bir gerekliliği olup olmadığına karar verme yetkisinin mahkemelerin veya kamu gücünü kullanan organların değil söz konusu din veya inancın mensuplarına ait olduğuna, başka bir deyişle bir kimsenin din veya inancının uygulamasına ilişkin anlayışının ve bu anlayıştan doğan açıklamalarının esas alınması gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre bireylerin “kendi dinleri ile ilgili yorumlarını ve “alışıldık dini uygulamala- rın” neler olduğunu sorgulamak yargı organlarının ilgisi dışındadır. Aksine bir yaklaşım mahkemelerin veya kamu gücünü kullanan organların kendi değer yargılarını fiilen başvurucuların vicdani değerlendirmesinin yerine koyarak, onların din veya inancın uygulamaları konusunda neye inanmalarının “yerin- de” olduğunu belirlemeleri anlamına gelecektir.”¹³⁵ Bu düşünceden hareketle

¹³⁴ Bkz. AYM, B. No: 2014/256, 25/6/2014

¹³⁵ AYM, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 72.

Mahkeme, başvurucunun, başörtüsünün İslam Dini bakımından gerekli olduğu yönündeki açıklamalarını yeterli görmüş ve kadınların İslam dininin bir emri olduğu inancıyla başörtüsü takmasının, Anayasa'nın 24. maddesinin olağan anlamının kapsamında değerlendirilebilecek bir konu olduğunun kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi daha sonra, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve temel hak ve özgürlüklere ancak parlamento tarafından kabul edilmiş maddi ve şekli anlamda bir kanun ile müdahale edilebileceği ilkesini hatırlatmış ve Anayasa'nın 24. maddesinin koruması altındaki başörtüsüne yönelik bir müdahalede de kanunilik şartının bulunmasının anayasal bir ilke olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak Mahkeme, din ve inanç özgürlüğünün koruması altında olan başörtüsüne müdahaleye ilişkin Parlamento tarafından kabul edilmiş bir kanun bulunmadığını tespit etmiş ve Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen meşru amaçlardan biri kapsamında olma, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama gibi kriterlere riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görmeyerek Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi aynı başvuruyu ayrımcılık yasağı yönünden de inceleme fırsatı bulmuştur. Mahkeme, herhangi bir dini inancın dışı vurum davranışının farklı muameleye temel oluşturması halinde bunun meşru kabul edilebilmesinin ancak dinin dışı vurum davranışının "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" ve "kamu düzeninin sağlanması" amacına matuf olması ile mümkün olacağını belirtmiştir.¹³⁶ Hatırlanacağı üzere Anayasa Mahkemesi başörtüsüne ilişkin önceki kararlarında dinin bir dışı vurum davranışı olan başörtüsüne yapılan müdahalenin meşruluğunu devlet ve millet bütünlüğü¹³⁷ ile kişinin "özel" ve "görünümde" bütünlüğünün¹³⁸ sağlanmasına dayandırmaktaydı. Mahkeme, başörtüsünün tüm bu bütünlükleri tahrip edeceğini, Cumhuriyetin başından itibaren mevcut olan bütünlük bir devlet, ulus, ülke ve hatta bütünlük bir vatandaş yaratmak ideallerini ortadan kaldıracığını

¹³⁶ AYM, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 126.

¹³⁷ AYM, T. 7/3/1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12.

¹³⁸ AYM, T. 7/3/1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12.

varsaymaktaydı. Başörtüsünün böyle bir tahribata yol açacağı varsayımının temelinde ise başka varsayımlar yer almaktaydı: başörtüsünün toplumu çatışma içerisine sokacak bir dini simge olduğu¹³⁹ ve farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunduğu. ¹⁴⁰

“...dinsel inançları simgeleyen başörtüsü ya da türbanla yükseköğrenim kurumlarına gelip öğrenimlerini ve bilimsel çalışmalarını bu durumda sürdürmelerine olur vermekle yükseköğrenim ilgilileri, özellikle gençler arasında sosyal görüş, inanç, din ve mezhep ayrılığını kışkırtarak bölünmelerine yol açabilecek, sonuçta devlet ve ulus bütünlüğünü, kamu düzenini ve güvenini bozabilecek niteliktedir...”¹⁴¹

Açıktır ki Mahkemenin değerlendirmeleri, sebeplerini yukarıda açıkladığımız derin bir korkunun etkisi altındaydı. İşte başörtüsüne ilişkin 2014 yılında verdiği bu son kararında Mahkeme bu derin korku ile yüzleşmiş ve devletin, varsayımlara dayanarak hak ve özgürlüklerin kısıtlayamayacağına karar vermiştir.

Anayasa’da güvence altına alınan herhangi bir hakka yönelik sınırlandırmanın meşru kabul edilebilmesi kaygılar ve varsayımlarla değil, yalnızca tartışılmayacak olan gerçekler ve hukuki olarak şüphe götürmeyecek nedenlerin ortaya konulması ile mümkün olabilir... doğru yargılama ilkesi gereğince bir din veya inancın dışı vurum davranışının laikliğin çoğulcu anlamına aykırı olduğunu somut delillerle kanıtlamak yükümlülüğü başvuruçuya değil, bu gerekçeyle sınırlandırma yapan devlete düşer. Hukuk, “olanı” esas alır ve kuşkuya ve gelecekteki olasılıklara göre karar verilemez.¹⁴²

Anayasa Mahkemesi, “İster bir dinden isterse seküler bir dünya görüşünden kaynaklansın her sembol, ona karşı olanlar üzerinde psikolojik bir baskı oluşturabilir. Bu etkiler farklı inanç ve düşüncelere sahip insanların yaşadığı çoğulcu toplumlarda kaçınılmazdır” tespitini yaptıktan sonra böyle bir durum-

¹³⁹ AYM, T. 22/6/2001 tarih ve E.1999/2 (SPK) K. 2001/2.

¹⁴⁰ AYM, T. 5/6/2008 tarih ve E.2008/16 K.2008/116.

¹⁴¹ AYM, T. 7/3/1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12.

¹⁴² AYM, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 143.

da devletin görevinin, varsayımlara dayanarak inançların sembollerini yasaklamak ve hak ve özgürlükleri kısıtlamak değil bireylerin karşılıklı tanıma ve tahammül içerisinde yaşamasını sağlayacak tedbirleri almak olduğunu belirterek¹⁴³ iki önemli tespitte bulunmaktadır. Bu tespitlerden ilki, toplumdaki farklı kimlikler ve düşünceler arasındaki çatışmaların demokratik toplumlarda doğal olduğu ve toplumsal çatışmaları aşmanın ancak toplumu oluşturan unsurların karşılıklı olarak birbirlerini tanımaları ve birbirlerine tahammül etmeleri ile mümkün olduğudur. Mahkemenin ikinci tespiti ise temel bir hak ve özgürlüğe bir müdahale yapılması durumunda basit iddiaların yeterli olmadığı, bu iddiaların somut örneklerle desteklenmesi gerektiğidir.

Anayasa Mahkemesi, demokratik topluma ilişkin uzun analizinde devletin öncelikli görevinin, inanç, düşünce ve hayat tarzları birbirleriyle çatışan insanların barışçıl biraradalığını ve toplumda her türlü inancın kendisini ifade edebileceği çoğulcu bir ortamı sağlamak olduğunu, “çoğulculuğun ve siyasal tarafsızlığın bu gerekliliği yerine, toplumda gerilim konusu oluşturabilecek unsurları yasaklamaya kalkışmak, baskıcı, totaliter ve homojenleştirmeyi hedef alan bir rejim ortaya çıkartma potansiyeli taşı[yacağı]”¹⁴⁴ belirtmiştir. Mahkeme, varsayımlara dayanarak karar verilemeyeceğini, ancak olgusal gerçekliklerden hareket edilebileceğini belirttikten sonra “Türkiye’de başörtüsünün hangi surette başkaları üzerinde baskı oluşturduğu yönünde herhangi bir iddia ve somut olgulara dayalı veri ortaya konulabilmiş değildir”¹⁴⁵ demiştir.

Anayasa Mahkemesi başörtüsüne ilişkin son kararında, önceki kararlarında sıklıkla dayandığı ve başörtüsü yasağının toplumda “tarafsızlığı” ve “çoğulculuğu” sağlamak için gerekli olduğu yönündeki argümanı şiddetle reddetmiştir. Mahkeme önceki kararlarında yer alan “bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa da, kullanılan dinsel simgenin... farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu olasılığın ortaya çıkması durumunda taşınan dinsel simgenin başkalarının üzerinde yaratacağı baskı ve olası eğitim aksamaları

¹⁴³ AYM, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 127.

¹⁴⁴ AYM, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 129.

¹⁴⁵ AYM, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 130.

ile kamu düzeninin bozulması karşısında, üniversite yönetimlerinin ve kamu kurumlarının müdahalesine olanak verilmemesi, herkesin eşit şekilde eğitim hakkından yararlanmasını engelleyebilecektir”¹⁴⁶ şeklindeki bir varsayımın beraberinde “normali” ve “doğru olanı” belirleme düşüncesini doğuracağına dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre “herhangi bir dinsel davranış gibi başörtüsünün de dini bir inancın değil de siyasi bir görüşün ifadesi olup olmadığına karar vermek Anayasa Mahkemesinin ilgi alanının dışındadır.”¹⁴⁷

Anayasa Mahkemesi, farklı dini inançlara sahip olanların ya da herhangi bir inanca sahip olmayanların laik devletin koruması altında olduğunu, devletin, din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleştirileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorunda olduğunu hatırlatarak laikliğe ilişkin içtihadını bir kez daha tekrar etmiştir. Mahkeme, çoğulcu laiklik anlayışının, dinin, toplumsal görünürlüğüne imkân tanıyarak ve dini konulardaki bireysel tercihleri devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altında tutarak din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi haline gelebileceğini belirtmiştir.¹⁴⁸ Böylece Mahkeme kendisinin daha önce “düşünsel yapının değiştirilmesi”¹⁴⁹ olarak tanımladığı ve kişilerin ve toplumun imanlarının özü olarak kabul ettiği laiklik anlayışını terk ederek laikliği, bireylerin değil devletin bir sıfatı olarak kabul etmiştir.¹⁵⁰

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, somut davada, dini inançlarının bir gereği olarak kullandığı başörtüsü nedeniyle başvuruçunun engellenmesinde makul ve nesnel bir temel gösterilmediğini; ayrıca başvuruçunun taktığı başörtüsünün başkalarının hak ve özgürlüklerini yararlanmalarına engel ve toplumsal çatışma ve gerilimlerin kaynağı olduğu yönünde de hiçbir iddia ve somut olgulara dayalı verinin ortaya konulmadığını tespit ederek ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Oldukça uzun bir değerlendirmesini yaptığımız, ülkemizdeki yerleşik demokrasi kültürü ve temel hak ve özgürlükler düzeni için bir milat olarak kabul edilebilecek olan başörtüsü kararının, eğitim hakkına ilişkin meseleleri olduk-

¹⁴⁶ AYM, T. 5/6/2008 tarih ve E.2008/16 K.2008/116.

¹⁴⁷ AYM, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 131.

¹⁴⁸ AYM, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 139.

¹⁴⁹ AYM, T. 7/3/1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12.

¹⁵⁰ AYM, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 133.

ça derin bir şekilde etkileme potansiyeli bulunmaktadır.

Bu etkilerden ilki, özellikle 1980 darbesinden sonraki süreçte şiddetlenen ve son yıllara kadar etkisini devam ettiren başörtüsü yasağının tüm toplumsal hayatımızdan çıkartılmasında görülecektir. Bunun doğal sonucu ise gerek ilköğretimde ve gerekse üniversite eğitiminde başörtülü kimselerin şu veya bu gerekçeye dayanarak eğitim görmelerinin engellenmesi, anayasal olarak mümkün olmayacaktır. Sancılı bir sürecin sonucunda Anayasa Mahkemesi, başörtüsünün, Anayasa'nın din ve vicdan özgürlüğünü garanti altına alan 24. maddesinin koruması altında olduğuna, dinin bir dışa vurum ve uygulama davranışı olan başörtüsüne yönelik bir kamu gücü müdahalesinin demokratik bir toplumda gerekli olduğu ve orantılı olmak kaydıyla ve ancak parlamento tarafından kabul edilmiş bir kanun ile mümkün olduğuna karar vermiştir. Türk parlamentoculuk tarihinde bugüne kadar böyle bir müdahalenin yapılması tasavvur bile edilemediğine ve üstelik bürokratik vesayet odaklarınca yapılan müdahalelerin bizzat parlamento ve siyasi partiler tarafından ortadan kaldırılmasına çalışıldığına göre bundan sonra geçmiştekine benzer bir müdahalenin yapılamayacağı açıktır.

Başörtüsü kararının eğitim alanında ortaya çıkartacağı ikinci etki ise bütünlüşmüş ve homojen bir toplum tasarımının terk edilerek farklılıkların bir arada yaşadığı çoğulcu bir toplumun inşasının önünü açmış olmasıdır. Anayasa Mahkemesi, başörtüsü gibi dini ibadet ve uygulamaları koruması altına alan din ve vicdan özgürlüğünün çoğulcu demokratik toplum için önemine dikkat çekmiştir. Mahkeme bir adım daha atarak Anayasa'da yer alan demokrasi anlayışını yepyeni bir anlayışla yorumlamaya girişmiştir. Mahkemeye göre demokrasinin temelinde tanıma, çoğulculuk ve tarafsızlık anlayışı yer almalıdır ve ancak bu anlayışla temellendirilen bir demokraside özgürlükler korunabilir.

Din özgürlüğü bağlamında "tanıma", devlet-birey ilişkilerinde devletin, tüm din veya inanç guruplarının varlıklarını eşit şekilde kabul etmesini gerektirir. Devletin çoğulcu bir tanıma siyaseti, bir yandan devleti toplumda herkese karşı eşit mesafede durmaya zorlarken öte yandan, devletin herhangi bir dini ya da ideolojiyi resmen benimsemesine izin vermez. Çoğulculuk ise herkesin kendi kimliğiyle ve kendisi olarak toplumsal ve siyasal yaşama katılmasıyla müm-

kündür. Farklılıkların ve farklı olanların tanınmadığı ve tehditler karşısında korunmadığı bir yerde çoğulculuktan bahsedilemez. Çoğulcu toplumda devlet, bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamalarını sağlamakla yükümlüdür. Devlet, toplumda var olan görüşlerden veya yaşam tarzlarından birini “yanlış” kabul etme yetkisine sahip değildir. Bu bağlamda Anayasa’da yer alan sınırlama sebepleri bulunmadıkça, farklılıkların bir arada yaşatılması, çoğunluğun ya da azınlığın hoşuna gitmese de çoğulculuğun bir gereğidir. Din ve vicdan özgürlüğünü koruyan üçüncü anlayış ise bireylerin din ve vicdan özgürlüğünün eşit düzeyde korunmasının teminatı olan laiklikten doğan tarafsızlıktır.¹⁵¹

Açıktır ki bu satırlar, Cumhuriyetin ilanından sonra çok milletli imparatorluğun içinden yekpare bir ulus yaratma arzusunun sonuna gelindiğine işaret etmektedir. Cumhuriyet boyunca hemen daima eğitim politikalarının nihai hedefi yeni toplum ve yeni birey yetiştirmek olmuştur. Bu hedefin teolojisi ise Cumhuriyet anayasalarında yer alan demokrasinin devlet tarafından çerçevesi çizilen tek bir ideolojiye dayalı olarak tanımlanması ile elde edilmiştir. Bunun için ise çoğulcu yapıların tümüyle tasfiye edilmesinden kaçınılmamış; eğitim, “aynı fikirde, aynı zihniyette fertlerden mürekkep bir millet”¹⁵² yaratmak idealinin mekanizması olmuştur. Cumhuriyet idaresi, eğitimi, resmi ideoloji doğrultusunda yaratılmaya çalışılan ulusu ve bireyi tanımlayacak bir aygıt olarak tasavvur ettiğine göre ve başörtüsü kararında devlete herkesin kendi kimliğiyle ve kendisi olarak toplumsal ve siyasal yaşama katılmasını garanti altına alma görevi verilmesi bu tasavvurdan vazgeçilme istidadi içinde olduğunu göstermiştir. Kararın olağan sonucu, devletin eğitim aygıtı aracılığıyla toplumsal ve bireysel farklılıkları silecek yekpare bir ulus ve birey yaratma idealinden ve dolayısıyla da herhangi bir din veya ideolojiyi resmen benimsemekten vazgeçmesi olacaktır. Ancak bu şekilde Mahkemenin işaret ettiği gibi herkesin kendi kimliğiyle ve kendisi olarak toplumsal ve siyasal yaşama katılması mümkün olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, çoğulculuğun imkânının ancak farklılıkların ve farklı olanların tanınması ve tehditler karşısında korunması şartı ile mümkün ol-

¹⁵¹ AYM, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 54.

¹⁵² *Söylev ve Demeçler*, C.II, s.210 (28.8.1925)

duğunu, bu sebeple çoğulcu bir toplumda devletin, bireylerin kendi dünya görüşlerinin ve inançlarının gereğine uygun olarak yaşamalarını sağlamakla yükümlü olduğunu savunmaktadır. Mahkeme, demokratik bir toplumda “din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak”¹⁵³ ayrımcılık yapılmasının kabul edilemeyeceğini söylemekte ve açıkça, ulusu yekpare bir çelik kütle olarak tasavvur eden bütünlüşme ideolojisinin çoğulcu bir demokrasiye aykırı olduğunu ilan etmektedir. Mahkemeye göre devlet, ideal birey ve ideal toplum yaratmak arzusundan vazgeçecektir: “Devlet, toplumda var olan görüşlerden veya yaşam tarzlarından birini “yanlış” kabul etme yetkisine sahip değildir.”

O halde Anayasa Mahkemesinin başörtüsü kararında savunduğu çoğulcu toplumu var etmenin mümkün yolu anayasalarımızda katı bir şekilde yer alan ve eğitim politikalarını derin bir şekilde etkileyen resmi ideolojinin terk edilmesi ile mümkün olacaktır. Böyle bir tavrın ilköğretimden üniversitelere kadar eğitim politikalarında köklü değişiklik gerektirdiği ortadadır. Sözelimi, üniversiteler kendilerine yüklenen resmi ideolojinin yeniden üretilmesi ve yayılması görevini terk edecekler, devletin tek söz sahibi olduğu eğitimde tekel uygulaması gevşetilecek, farklı eğitim modellerine izin verilecek, farklı din, mezhep veya dini anlayışların öğretilmesine kapı aralanacaktır. Söz konusu başörtüsü kararı, demokratikleşme programlarının teorik zeminini oluştururken söz gelimi ana dilde eğitim gibi kronik meselelerin çözümü için de önemli bir dayanak sunmaktadır.

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalardan sonra Cumhuriyet döneminde, Osmanlı-İslam geçmişinin silinmek istendiğini ve eğitimin, Türkiye'nin bu büyük dönüşümünün temel araçlarından biri olduğunu, Anayasa Mahkemesinin de kuruluş felâfesinde uygun olarak verdiği kararlarla bu dönüşümün muharriklerinden birisi olduğunu söyleyebiliriz. Mustafa Kemal'in özdeyişiyle “Fikri hür, irfanı hür,

¹⁵³ AYM, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 114.

vicdanı hür” kuşaklar yetiştirmek hedefi aslında “Türk’ün” tarihsel yüklerinden arındırılması amacını ifade etmiştir. Dolayısıyla uygulamada tam bir hürriyet değil, bir zorlama rejimi meydana getirilmiştir. Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile aynı duygu ve düşüncede insan yetiştirilmesi amaçlanmış, ulusal bütünleşmenin sağlanabilmesinin yegâne yolu olarak belirlenen homojenleştirme politikaları hızla uygulamaya konulmuştur. Okullarda pozitivist bir eğitim temelinde her tür çoğulcu fikrin oluşumu engellenmiştir. Ulusal bütünlüğe zarar vermesi muhtemel görülen her tür düşünce eğitim alanından uzaklaştırılmıştır. Devlet, bireyler ve toplum adına tercihte bulunma politikasından caymamıştır. Anayasa Mahkemesi, bu ideolojik yönelimden sapmaya neden olabilecek her tür etkiyi bertaraf etmiş; temel hak ve özgürlükleri ancak resmi ideoloji çerçevesinde yorumlamıştır.

Türkiye’de rejim baştan itibaren, ulusal bütünleşmenin sağlanması için yegâne yolun ulusu ve bireyi yeni baştan yaratmak olduğuna iman etmiştir. Bu politikaların en dramatik olanlarından biri de Türkçe dışındaki diğer anadillerinin kullanıcılarının, hak ve özgürlüklerinden ya tümüyle yoksun bırakılmaları, ya da anadili Türkçe olanlar ölçüsünde yararlanamamaları olmuştur. Türkiye ahalisini, Türk ulus-devletinin tek kimlikli vatandaşlarına dönüştürme isteğinin bir parçası olarak, Türkçe dışındaki anadillerinin, kamusal alandan silinmeye ve unutturulmaya çalışılması travmatik neticelere yol açmıştır. Ülkede toplumsal barışın bozulmasında en önemli etken olan tercih hakkının bireylerin ve toplumun elinden alınmasının sonuçlarından biri olarak anadilin kamusal alana sokulmasının engellenmesi ve bunun en önemli parçası olan anadilde eğitim yasakları, Kemalist reformların can sıkıcı vechesini oluşturmuştur.

Kemalist seçkinlerin ihdas ettiği devlet merkezli eğitimin bireyleri ve toplumu dönüştürmedeki gücü sonraki dönemlerde de yöneticiler tarafından daima göz önünde bulundurulmuştur. Bu farkındalığın bir sonucu olarak 1924 Anayasasından itibaren tüm Cumhuriyet Anayasalarında eğitim, modern ulusal kimliğin inşasına devam edilmesinin ve devlete sadakatın sürekli kılınmasının bir aracı olarak görülmüştür. Anayasa koyucular, kategorik olarak sakıncalı bir yöntemi, ideoloji yüklü bir eğitim politikasını benimsemişlerdir. Cumhuriyet Anayasalarında benimsenen eğitim ideolojisi Kemalist milliyetçilik anlayışıdır ve anayasa

koyucular benimsedikleri eğitim ideolojisi ile bireyin ve toplumun sistemli ve programlı bir şekilde sekülerleştirilmesini amaç olarak belirlemişlerdir. Anayasalarda yer alan Türk ulusal eğitim ideolojisi aynı zamanda tüm vatandaşlara ülke tarihinde standartlaştırılmış okul sistemi vasıtasıyla aynı içeriğin verilmesine ve tek dilin kullanılmasına hizmet etmiştir. Bu yolla ulaşılmaya çalışılan nihai hedef daima Türk ulusal kimliğinin yaratılmasını sağlamaktır.

Buraya kadar anlattıklarımızdan Türk eğitim ideolojisinin varsayımları ile demokrasi kuramının varsayımları arasında bir karşıtlık ilişkisi olduğu ortaya çıkmaktadır. Demokrasinin en iyi yönetim olduğunun savunulabilmesinin gerisinde aydınlanma ile ortaya çıkan ve insanın aklına ve kendisi için neyin iyi olduğuna ancak kendisinin karar verebileceğine olan inanç yatmaktadır. Böyle olunca da bir birey ya da toplum için neyin iyi olduğuna ancak o toplumun bireyleri karar verebilecek, dıştan ve bağlayıcı bir iyi dayatması yapılamayacaktır. Demokrasi de tam bu noktada, kişilerin tercihlerinin bir toplum tercihine dönüştürülmesinde ortaya çıkmaktadır.¹⁵⁴ Batılı toplumlar 15. yüzyıldan itibaren işlemeye başlayan bir toplumsal değişimin sonucunda demokrasiye ulaşmışlardır. Batı dışı toplumlar ise bu dönüşümü çok daha kısa bir süre içerisinde gerçekleştirmek durumundaydılar. Bu değişimin gerçekleştirilmesi ancak modern devletin, modern toplumun ve modern bireyin niteliklerini kavrayabilmiş olan seçkinler tarafından yapılacaktır. Vesayet kavramı, Cumhuriyet döneminde kurulan siyasal yapı için kullanılmakla¹⁵⁵ beraber bu olguyu Kemalistler icat etmemiştir. Kemalizm, Osmanlı'da ortaya çıkan bu eğilimin etkili bir halkasını teşkil etmektedir. Batıdaki tarihsel dönüşüm sonucu gerçekleşen modernleşmeden farklı olarak 19. yüzyılın erken döneminde başlayan, yukarıdan aşağıya ve transfer yoluyla gerçekleştirilen modernleşme ve onun doğurduğu devrim anlayışının temelinde yer alan kurtarıcılık fikrinin içinden çıkmıştır. Vesayet olgusu, varlığını, siyaset yapma iddiasına sahip elit bir sınıfın doğmasına, ardından da bu elit sınıfın 'kurtarıcı' bir misyon edinmesine borçludur. Elit sınıfın doğuşu da, kurtarıcı bir misyon edinmesi de, uzun ve karmaşık bir siyasal

¹⁵⁴ İlhan Tekeli, *Türkiye İçin Eğitim Yazıları*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul: 2011, s.110.

¹⁵⁵ Ergun Özbudun, "The Nature of the Kemalist Political Regime", *Atatürk, Founder of a Modern State*, A. Kazancıgil ve E. Özbudun, (Ed.), London: C.Hurst&Company, 1981, pp.79-102.

sürecin ürünüdür.¹⁵⁶

Kemalizmin temelinde, batı toplumlarının erişilmesi gereken bir hedef olduğu “söylemi” bulunmaktadır. Fakat bu hedefe ulaşmanın mümkün yolu yukarıdan aşağıya reformlar yapmak olarak tespit edilmişti. Çünkü “...fertler mütefekkir olmadıkça, kütleler istenilen istikamete, herkes tarafından iyi ve fena istikamete sevk olunabilirler...”¹⁵⁷ Mustafa Kemal’e göre bir kimsenin kendisini kurtarması için kendi kaderini eline alması lazımdır ve ancak o zaman aşağıdan yukarıya doğru yükselen bir müessese sağlam olacaktır. Fakat o yıllarda Cumhuriyet daha yolun başındaydı: “Şüphe yok, her işin başlangıcında aşağıdan yukarıya doğru olmaktan ziyade yukarıdan aşağı olması zarureti vardır.”¹⁵⁸

Reformların yukarıdan aşağıya yapılmasının gerekli olmasının sebebi “Halk eğitilmemiş olduğundan her türden istenmeyen amaç uğruna kolayca kandırılabilme” ihtimalidir.¹⁵⁹ Mustafa Kemal’e göre halk, Osmanlı döneminde yönetime katılmamış, cahil bırakılmıştı ve bu nedenle, gerçek çıkarının nerede olduğunu bilmiyor, kolayca aldatılabiliyordu. Nitekim dini duyguları sömüren hayalperestlere veya padişahın saltanatına sadık bir halkın medeni olması mümkün değildi. “Birtakım şeyhlerin, dedelerin, seyitlerin, çelebilerin, babaların, emirlerin arkasından sürüklenen ve falcılara, büyücülere, üfürükçülere, nüshacılar tali ve hayatlarını emniyet eden insanlardan mürekkep bir kütle...”¹⁶⁰olarak görülen halkın rüştünü kazanması siyasetin ve aydın kadroların en temel görevi kabul ediliyordu. Halkı bilinçlendirmek, aydınlatmak, “muasır medeniyetler seviyesine çıkarmak” amacıyla reformlar “yukarıdan aşağıya” yapılmalı, halkın aydınlatılmasıyla millet inşa edilmeliydi.

Türkiye’de eğitimin kazandığı merkezi önem de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Türkiye’de eğitim, yukarıda zikredilen vesayetçi ideolojinin etkisiyle, daima, bireyin kendisi için neyin daha iyi olduğunu bizzat kendisi tarafından karar verecek olgunluğa kavuşuncaya kadar eğitilmesi olarak anlaşılmıştır. Türkiye’de objektif olarak, eğitimin amacının bireylerin ve toplumun tercihte bulunma

¹⁵⁶ Ete, *Democracy and the Tutelary Regime in Turkey*, pp.328-329.

¹⁵⁷ *Söylev ve Demeçler*, II, s.11.

¹⁵⁸ *Söylev ve Demeçler*, II, s.11.

¹⁵⁹ *Söylev ve Demeçler*, II, s.11.

¹⁶⁰ *Nutuk*, s.870.

kapasitelerine ilişkin olduğu göz ardı edilmiştir. Eğitimin temelinde bulunan, bireyin şekillendirilebilir olduğu varsayımı Türkiye’de eğitimin içeriğinin, Cumhuriyetin resmi ideolojisini içselleştirmiş bireyleri yetiştirecek biçimde saptanmasının sebebi olmuştur. Ne var ki insanın “yaş” iken eğitimle şekillendirilmesi ve artık esnekliği kaybolduktan sonra insanın hayatına bu şekillendirmeye uygun olarak devam etmesi düşüncesi ortaya bir paradoks çıkartmaktadır. Bu paradoks, bireyin kendisi için neyin daha iyi olduğunu seçmesinin öğretilmediği bir eğitim sürecinin eğittiği bireyin, var olan düzenin yeniden üretilmesine hapsedilmesi ile ortaya çıkar. Böyle bir durumda bireyin kişisel veya toplumsal hayatında gerçekten de yapabileceği bir seçim kalmamaktadır. O halde bireyin belirli bir ideoloji doğrultusunda eğitilmesinden sonra bireyin kendisi için neyin daha iyi olduğuna bizzat kendisinin karar vereceğinin söylenmesi bir kandırmacadan ibarettir.

Eğer Türkiye Cumhuriyetinin eğitim anlayışında köklü bir değişim ve dönüşümün varlığından söz edilecekse eğitimin, birey ve toplumun yaratılması süreci olarak kavranması alışkanlığından vazgeçilmesi zorunluluktur.¹⁶¹ Eğitim ve bilginin, insanların seçme olanaklarını ortadan kaldırmak için değil, seçme olanaklarını artırmak için kullanılmasının yöntemleri bulunmalıdır. Bu gereklilikler üniversiteler söz konusu olunca toplumsal gelişmeler için çok daha önemli hale gelmektedir. Üstelik üniversiteler, toplumdaki güç merkezlerinden biridir ve bilimsel ve entelektüel sermaye ile siyasal ve iktisadi sermayelerin devamlı mücadele alanıdır.¹⁶² Üniversitelerin, toplumun gelişmesi için zaruri bilginin ve teknolojinin üretilmesi işlevinin yanı sıra tarihsel olarak bulunduğu bilgi ve iktidar kavşağında siyasal güçler dengesini sağlama işlevi de bulunmaktadır. Bu işlevlerini yerine getirebilmesi ise ancak özgürlük ortamı için de olanaklıdır. Resmi ideolojilerin ve kesin inançların sarmaladığı bir üniversitenin işlevlerini yerine getirecek esnekliği göstereceğini beklemek hayalcilik olacaktır.

Bu çalışmada eğitim alanının, resmi ideolojinin Cumhuriyetin başından itibaren ördüğü yüksek duvarlarla çevrili olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Mevcut

¹⁶¹ Bununla beraber Anayasa Mahkemesinin de Cumhuriyetin “fabrika ayarlarına geri dönüşünü” sağlayan bir mekanizma olma misyonunu terk ederek hak ve özgürlüklerin korunması misyonunu üstlenmesi gerekir.

¹⁶² İlhan Tekeli, *Türkiye İçin Eğitim Yazıları*, s.149.

Anayasanın ideolojik yüküne rağmen hiç şüphesiz bu duvarlar aşılmaz değildir. Ancak zorlukların bertaraf edilmesi ve eğitim hakkının genişletilmesi yönünde bir istikamet belirlenebilmesi için öncelikle bugüne kadar nasıl bir ideoloji evreninde yaşadığımızın görülmesi gerekir. Eğitimin ideolojisini konuşmadan, dünyayı yorumlayışımızla, toplumsal ve siyasal kurgularımızla yüzleşmeden yalnızca eğitimin altyapısını konuşmak geleceği daha fazla karartmaktan başka bir işe yaramaz.

Eğer bilginin dünyayı dönüştürücü gücünden faydalanılacaksa eğitim-ideoloji ilişkisinin çözümlenmesi ve buradan hareketle eğitim-insan-altyapı meselesine odaklanılması bir zorunluluktur. Cumhuriyetin başından beri aksama-dan sürdürülen eğitim-ideoloji ilişkisi bu şekilde kaldığı taktirde bu ideolojinin yaratmaya çalıştığı bütünlük ve homojen toplum inşasına uygun tektipleştirilmiş insan yaratma pratiği devam edecektir. Üstelik resmi ideoloji değişse bile hakim resmi ideolojinin yeni dayatmaları devreye girecektir. Bu durumda analitik düşünebilen, eleştirel görüş geliştirebilen, bilgiyi yorumlayabilen ve sentez yapabilen bireyler eğitimin hiçbir zaman amacı haline gelemeyecektir.



KAYNAKÇA

- Ahmet Cevizci, *Felsefe Sözlüğü*, Ankara: Ekin Yayınları, 1996.
- Ahmet Yıldız, *Ulus Devletin Bunalımı Federalizm ve Kürt Meselesi*, İstanbul, Etkileşim Yayınları, 2010.
- Betül Uncular, *İşte MGK Tutanakları*, Cumhuriyet, 27.6.1987, <http://www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=406> (Erişim Tarihi: 20/04/2014)
- Ceren Belge, "Friends of the Court: The Republican Alliance Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey", *Law and Society Review*, Volume 40, No:3, 2006, ss.653-692.
- Çağla Kubilay, "Türkiye'de Anadillere Yönelik Düzenlemeler ve Kamusal Alan: Anadil ve Resmi Dil Eşitlemesinin Kırılması", *İletişim Araştırmaları Dergisi*, 2004, C.2, S.2, ss.55-88.
- Doğan Özlem, "Türkiye'de Pozitivizm ve Siyaset", Uygur Kocabaşoğlu (Ed.), *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce/ Modernleşme ve Batıcılık*, Cilt 3, 5. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2009, ss.452-464.
- Ernst Hirsch, *Dünya Üniversiteleri ve Türkiye'de Üniversitelerin Gelişmesi*, Cilt I, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No:23, 1950.
- Ergun Özbudun, "The Nature of the Kemalist Political Regime", *Atatürk, Founder of a Modern State*, A. Kazancıgil ve E. Özbudun, (Ed.), London: C.Hurst&-Company, 1981, pp.79-102.
- Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2007, Cilt: 62, Sayı 3, ss.257-268.
- Fatma Gök, "75 Yılda İnsan Yetiştirme Eğitim ve Devlet", *75 Yılda Eğitim*, Türkiye Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 1999.
- Ferruh Dinçkal, *Yorumsuz 12 Eylül Belgeleri*, e-kitap, 2012. <http://cfg.org.au/e-kitap> (Erişim Tarihi:24.05.2014).
- Genelkurmay Başkanlığı, *Atatürkçülük (Birinci Kitap)*, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 1982.

Halis Çetin, “Devlet, İdeoloji ve Eğitim”, *Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C: 25, No:2, 2001, ss.201-211.

Hasan Nuri Yaşar, *İnsan Hakları Avrupa Sisteminde ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü*, İstanbul: 2010, Filiz Kitabevi.

Hatem Ete, *Democracy and the Tutelary Regime in Turkey: The Political and Sociological Roots of Tutelage in Single-Party Era*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara: Ortadoğu Teknik Üniversitesi, 2012.

İlhan Tekeli, *Türkiye İçin Eğitim Yazıları*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul: 2011.

İsmail Kaplan, *Türkiye’de Milli Eğitim İdeolojisi*, 4. Baskı, İstanbul: İletişim yayınları, 2005.

Mehmet Akad ve Abdullah Dinçkol, *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları*, İstanbul: Der yayınları.

Mustafa Kemal Atatürk, *Atatürk’ün Söylev ve Demeçleri*, C.I-III, 5. Baskı, Ankara: Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Yayınları, 2006

Mustafa Kemal Atatürk, *Nutuk*, Bedi Yazıcı (Ed.), e-kitap, 1995, <http://ahmet-saltik.net/yuce-ataturkun-nutuk-soylevi-ozgun-ve-guncel-turkce-ile-tam-metin/>, (Erişim Tarihi, 15.05.2012).

Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 11. Baskı, İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997.

Nur Betül Çelik, “Kemalizm: Hegemonik Bir Söylem” Ahmet İnel (Ed.), *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce/ Kemalizm*, Cilt: 2, 6. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2009, ss.75-91.

Nuray Mert, “Cumhuriyet Türkiye’sinde Laiklik ve Karşı Laikliğin Düşünsel Boyutu” *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce*, 2. Cilt, *Kemalizm* (Editör: Ahmet İnel), İstanbul: İletişim Yayınları, 2001, ss.197-209.

Osman Kafadar, “Cumhuriyet Dönemi Eğitim Tartışmaları”, *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce/ Modernleşme ve Batıcılık*, C. 3, 5. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2009, ss.351-381.

Ozan Ergül, *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınları, 2007.

Serdar Güleler, *Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012.

Taha Parla, *Türkiye’de Anayasalar*, İstanbul: İletişim Yayınları, 2007.

Taha Toros, *Atatürk’ün Adana Seyahatleri*, Adana: Çukurova Gazeteciler Cemiyeti Yayınları, 1981.

Ufuk Şimşek, Birgül Küçük, Yavuz Topkaya, “Cumhuriyet Dönemi Eğitim Politikalarının İdeolojik Temelleri”, *Turkish Studies*, Volume 7/4, Fall 2012, pp. 2809-2823.

Yunus Hepar, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2014.

TÂBİİYET HUKUKU KAPSAMINDA TEK ORTAKLI TÜRK VE YABANCI BANKALARIN DURUMU

*Within the Scope of Nationality Law The Situation as Sole-Proprietorship of
Turkish and Foreign Bank*

Arş. Gör. Ali ÖNAL*

ÖZET

Tek kişilik ortaklıklar konusu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun kabul edilmesiyle Türk hukukunda uygulanmaya başlamıştır. Bankaların ortaklık olarak kurulması gerekliliği, tek kişi ortaklık şeklinde bankaların da kurulmasını gündeme getirmiştir. Bankacılık Kanunu bankaların kurulmasını yerli ve yabancı bankaların kurulması şeklinde ayırmıştır. Tek kişilik bankaların kurulması hakkındaki düzenlemeler de yerli ve yabancı bankaların kurulması hükümleri ışığında incelenmelidir. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunu ve Bankacılık Kanunu düzenlemeleri tâbiiyet hukuku kaideleri de göz önüne alınarak birlikte incelenecektir. Tek kişi bankaların tâbiiyet hukuku ve bankacılık sektöründe etkin kuruluşların yerli ve yabancı bankalara yaklaşımı ışığında, bankaların kurulması, kurucu tek ortağın taşınması gereken özellikler, Türk bankalarının tek kişi kurulması, yabancı bankaların tek kişi olarak kurulması, Türk ve yabancı tek kişi bankanın yönetim kurulu ile genel kurul üyelerinin atanması gibi konular bu kapsamda ele alınacaktır. Bunun yanında tek kişilik bankalar hakkında mevcut uygulamaların ne şekilde olduğu, halihazır hizmet veren tek kişi bankalar ve Türk Ticaret Kanunu ve Bankacılık Kanunu hükümlerine göre bankaların durumu belirtilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tek kişilik banka, tâbiiyet, kuruluş, yabancı banka, yönetim kurulu.

ABSTRACT

Sole-proprietorship company has been introduced to the Turkish law by the newly-adopted Turkish Commercial Code (Law No: 6102). It is mandatory according the Turkish Law, banks be established as joint stock companies. This also applies for the sole-proprietorship companies, which are now allowed. The Banking Law offers sep-

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı,
ali_onal@anadolu.edu.tr.

arate provisions for the establishment of banks as foreign or domestic investments. These provisions should be taken into consideration while analyzing the provisions regarding the establishment of sole-proprietorship banks. For this very reason, Turkish Commercial Code and The Banking Law will be analyzed in consideration of the rules and regulations of nationality law. Mainly; under the light of those legal rules pertaining to the nationality of banks and of suggestions by the institutions at the banking sector regarding the foreign and domestic banks, subjects such as the mandatory characteristics of the founding sole proprietor, establishment of Turkish banks as sole-proprietorship companies, establishment of foreign banks as sole-proprietorship companies, the assignment process of the board of directors and the general board in Turkish or foreign sole proprietorship companies will be dealt with. In addition to foregoing, the current status of the sole-proprietorship banks in practice will be probed into, in accordance with the experience of the current sole proprietorship banks and the status of banks in accordance with Turkish Commercial Code and The Banking Law.

Key Words: Sole-proprietorship Bank, nationality, establishment, foreign bank, board of directors of the bank.



GİRİŞ

Tek kişilik anonim ortaklıklar birçok ülke tarafından kabul edilmeye başlamış, Avrupa Birliği kapsamında 12. Şirketler Hukuku Yönergesinin yürürlüğe girmesi sonrasında Avrupa Birliği'nde de yasal bir hâl almıştır¹. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nun kabul edilmesiyle Türk hukukunda şirketlerin (anonim-limited) tek kişi olarak kurulmasının önü açılmıştır². Anonim şirketlerin tek

¹ Ünal Tekinalp (2007). Tarihi Gelişim İçinde Tek Ortaklı Şirketler Sorunsalı ve Türk Hukukunun Bu Konudaki Açılımı (Tek Ortaklı Şirketler). Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. 1, s. 579; **Muzaffer Eroğlu** (2008). Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirketler. Legal Hukuk Dergisi, S. 64, s. 1253.

² Tek kişi ortaklıklar pratik bir ihtiyaç olmadığı, şirket unvanı nedeniyle alacaklıların zarara uğrayacağı endişesi, yetki ve sorumluluk karmaşası, şirket malvarlığı ile şahsi malvarlığının ayrılması güçlüğü, kötüye kullanılma endişesi gibi nedenlerle eleştirilmiştir. Bunun yanında şirket kurmada sağlanan kolaylık, şirket ihtilâflarının önüne geçilmesi, ekonomik tereddütler, çabukluk ve sürat gibi nedenlerle savunulmaktadır. **Reşat Atabek** (1937). Tek Şahıslı Şirketler. İstanbul: İstanbul Barosu Mecmuası, C. XI, S. 2, s. 54; **E. Ernst Hirsch**. (1948). Ticaret Hukuku Dersleri. 3. Baskı. İstanbul: Hak Kitapevi, s. 199; **Kemal Çevik** (1998). Fransız ve Türk hukukunda Tek Ortaklı Şirket-Sınırlı Sorumlu Ticari Şirket. Ali Bozer'e Armağan. BATİDER, s. 51-52; **Hediye Sayın** (2008). Tek Kişilik Ortaklık. Eskişehir, s. 20 vd.; **Ramazan Gönen** (2012).

kişi ile kuruluşu TTK md. 338'de kabul edilmiştir. Buna göre, “Anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır. 330’uncu madde hükmü saklıdır.” şeklinde tanımlanmıştır³. Tanımda dikkat çeken husus TTK md. 330 hükmüdür. Söz konusu hüküm “özel kanunlara tâbi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım uygulanacaktır” şeklindedir. TTK md. 330’un kabulü ile özel kanunlardan ne kastedildiği Kanunun gerekçesinde örnekler ile açıklanmıştır. Gerekçede özel kanunlara Sermaye Piyasası Kanunu’na tâbi şirketler ile bankalar ve finansal kiralama şirketleri örnek verilmiştir. Ayrıca özel kanunlardan anlaşılması gerekenin sadece kanunlar olup alt düzeydeki normların dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Konumuz tek kişilik bankalar açısından incelendiğinde Bankacılık Kanunu (BankK.) en üst norm olarak TTK’da belirtilen özel kanun statüsünde kabul edilecektir.

BankK. ve TTK düzenlemelerinde bankaların tek kişi olarak kurulması hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doktrin bu konuya ılımlı yaklaşmakta ve bankaların TTK düzenlemesi sonrasında tek kişi olarak kurulmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığını belirtmektedir⁴. *Tekinalp*, bankaların tek kişi olarak kurulmasının önünde bir engel bulunmadığından bahsetmiş; ancak, bu bankaya TTK’nun 338 ve 408/3 gibi tek kişilik ortaklık hakkındaki hükümleri ile birlikte, BankK.’nin hâkim ortaklık⁵ hakkındaki düzenlemelerinin uygulanacağını belirtmiştir⁶. Yine Şit’de benzer görüşü dile getirerek bankala-

-
- Yeni TTK’da Tek Kişilik Anonim Şirketler (Tek Ortaklık). İstanbul: İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 3, s. 222; **Fatih Aydoğan** (2012). Tek Kişi Ortaklığı. İstanbul: Vedat Kitapevi, s. 42 vd.
- ³ 6102 sayılı TTK’nun kabulünden önce, doğrudan olmasa da dolaylı olarak tek kişi ortaklıklarının varlığından bahsetmek mümkündür. İleride inceleneceği üzere kamu iktisadi teşebbüslerinin tek kişi olarak kurulduğuna dair örnekler olduğu gibi, şirket ortak sayısının tek kişiyeye düştüğü hallerde eski TTK ne şekilde hareket edileceğine ilişkin hükümleri de düzenlemiştir. 1926 tarihli TTK’ya göre, şirket ortak sayısı beşten aşağı düşerse veya şirket tek ortaklı kalırsa şirket bir sene varlığını devam ettirecektir. **Aydoğan**, s. 33; Ünal *Tekinalp*, *Tek Ortaklı Şirketler*, s. 33.
- ⁴ Ünal *Tekinalp* (2013). *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle (Sermaye Ortakları)*. Güncelleştirilmiştir 3. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapevi, s. 4; Özlem Coşgun(2013). *Şirketler Hukuku* (Ed. Sami Karahan). İkinci Baskı. Konya: Mimoza Yayıncılık, s. 339; Şit, s. 181 vd.
- ⁵ Bankacılık Kanunu ve bankalardaki hâkim ortaklık hakkında daha fazla bilgi için bkz: **Sami Karahan** (2012). 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Hâkim Ortak Kavramı ve Bu Kavrama Bağlı olan Hukuki Sonuçlar. İstanbul: Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi, s. 15 vd.
- ⁶ **Tekinalp**, *Sermaye Ortakları*, s. 4.

rın tek kişi olarak kurulmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığından bahsetmiştir⁷.

I. BANKALARIN TÂBİİYETİ

Tâbiyet kavramı gerçek kişi, tüzel kişi ve şeylerin, vatandaşlık ise yalnızca gerçek kişilerin devlet ile arasında meydana gelen hukukî, siyasî bağı ifade etmek amacıyla kullanılan bir ifadedir⁸. Önceleri tüzel kişiler aktif bir kişi olarak görülmemiş, haklara ve borçlara ehil olamayacağı gündeme gelmiş, bu nedenle de hukukî bir kişi olarak tanımlanmamıştır. Ancak gelişen dünya düzeninde tüzel kişilerin de tamamen gerçek kişiler gibi haklara ve borçlara ehil olduğu ittifakla kabul edilmiştir⁹.

Devletler bir takım hakları kendi tâbiyetindeki kişilere, tâbiyetinde olmayanlara nazaran daha fazla tanırken; bir takım yükümlülükleri de tâbiyetinde olmayanlara karşı daha fazla öne sürmektedir. Bu nedenle yabancılar hukuku anlamında özellikle tüzel kişilerin tâbiyetlerinin belirlenmesi, tüzel kişilerin sahip olacağı hakları ve borçları etkilemesi açısından önem arz etmektedir. Bu durumun en bariz sonucu yabancıların gayrimenkul edinmesi¹⁰, vergilen-

⁷ **Başak Şit** (2012). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Karşısında Banka Anonim Şirketi. Ankara: BATİDER, C. 28, S. 4, s. 181 vd

⁸ **Gülin Güngör** (2012). Tâbiyet Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 1; **Tuğrul Arat** (1970). Ticari Şirketlerin Tâbiyeti. Ankara: Sevinç matbaası, s. 15 vd; **Osman F. Berki** (1961). Devletler Hususi Hukuku. C. 1, B. 4, s. 15-16; **Hicri Fişek** (1959). Türk Vatandaşlık Hukuku. Ankara, s. 9; **Ergin Nomer**(2014). Türk Vatandaşlık Hukuku. 20. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 3 vd.; **Vahit Doğan** (2012). Türk Vatandaşlık Hukuku. 11. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 22 vd.

⁹ Tartışmalar için bkz: **Güngör**, s. 2 vd.; **Osman F. Berki** (1961). Devletler Hususi Hukuku. Ankara. C. 1, s. 11-12.

¹⁰ Cumhuriyet döneminde yabancı tüzel kişilerin taşınmaz edinimi her zaman gerçek kişilere nazaran daha zor olmuştur (**Aysel Çelikel/ Günseli Öztekin-Gelgel** (2013). Yabancılar Hukuku. Yenilenmiş 19. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 234). 2003 yılına kadar Tapu Kanunu'nda (RG: 22.11.1934, S: 2644) yalnızca gerçek kişilerin taşınmaz edinimleri düzenlenmiştir. 2003 yılında kabul edilen değişiklik ile yabancı tüzel kişilerin ve daha özelinde yabancı şirketlerin taşınmaz edinme hakkı Kanuna girmiştir. Tapu Kanunu md. 36'da 2008 yılında yapılan değişiklik ile (RG: 3.7.2008; S: 5782) yabancı yatırımlar kanununa göre Türkiye'de usulüne uygun olarak kurulan yabancı şirketler, esas sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını gerçekleştirmek üzere Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı hak sahibi olacaklardır. Bu şirketler Türk kanunlarına göre kurulmaları nedeniyle Türk şirkettir. Dolayısıyla taşınmaz elde edinimleri sınırlandırılmamıştır. Ancak, yurt dışında kurulan şirketlerin Türkiye'deki şubelerinin taşınmaz elde etmesi, diğerlerine nazaran daha kısıtlı bir şekilde ele alınmıştır. Buna göre yabancı ülkelerin kendi kanunlarına göre kurulan ticaret şirketleri ancak özel kanun hükümleri

dirilmesi¹¹, uygulamada¹² ve açacakları davalarda¹³ görülmektedir¹⁴. Bankalar

çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı aynı hak elde edeceklerdir. Görüldüğü üzere söz konusu düzenlemede yalnızca yabancı ticari şirketlerine taşınmaz elde etme hakkı tanınmıştır (**Sibel Özel** (2012). Tapu Kanunu Md. 35’de Yapılan Değişiklik Tasarısının Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi. İstanbul: İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 2, s. 38 vd).

¹¹ Özellikle yabancı bankaların vergilendirilmesi, Türk bankaların vergilendirilmesi sistemine nazaran farklılık içermektedir. Buna göre yabancı bankalar elde ettikleri menkul sermaye iradı ve ticari kazançların vergilendirilmesinin genel esasları çerçevesinde, şubesi bulunan yabancı bankaların GVK’nun 75/4 maddesi karşısındaki durumu ve vergi anlaşmaları çerçevesinde gelir vergisi tevkifatında uygulanacak stopaj oranı farklılık arz etmektedir (**Levent Başak** (2007). Türkiye’de Yabancı Banka Hukuku ve Yabancı Bankalar ile İlgili Bazı Hususların Analizi. İstanbul. Bankacılar Dergisi. S. 63, s. 6 vd). Bu farklılığa sebep olan konu ise bankaların tâbiyetlerinin farklılık göstermesidir.

¹² Yabancı şirketlerin tâbiyetlerinin belirlenmesi konusu Yargıtay kararlarına da yansımıştır. Yargıtay 11. hukuk dairesi, 29.12.1988 tarihli, 1988/8004 karar sayılı, 1988/2779 esas numaralı kararına göre, “...Türk Hukukunda gerçek kişilerin vatandaşlık statüsünü düzenleyen ve bu konuda çıkacak uyumsuzlukların çözüm yolu ve yeri konusunda “Türk Vatandaşlık Kanunu” adlı yasal düzenleme mevcut ise de, tüzel kişilerin vatandaşlığı konusunda bağımsız bir düzenleme mevcut bulunmamaktadır. Her ne kadar Türk doktrinde tüzel kişilerin vatandaşlığı tartışmalı bir konu ise de, çeşitli yasal düzenlemlerde tüzel kişilerin vatandaş veya yabancı oluşu dikkate alınarak hükümler getirildiği görülmektedir (Bkz. 1330 tarihli Yabancı Anonim ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Şirketler Kanunu’nun 15. maddesi; Petrol Kanunu’nun 39. maddesi; Sigorta Şirketlerinin Murakabesi Hakkında Kanunun 6. maddesi vd. gibi). Anonim şirketler bakımından ise, TTK’da bu şirketlerin vatandaşlığı ile ilgili doğrudan bir düzenleme yok ise de, bu nevi şirketlerin ana sözleşme değişikliği ile ilgili 388. maddesinin ilk fıkrasında şirketin uyruklüğünü (tâbiyetini) değiştirmede şirket genel kurulunca alınacak kararda aranması gereken oy nisabı düzenlenmek suretiyle bu nevi şirketlerin de uyruklüğünün bulunduğu hiç bir duraksamaya meydan vermeyecek şekilde açıklanmış bulunmaktadır. O halde, davacı anonim şirketin bir uyruklüğünü bulunduğu bu yasal düzenleme karşısında tartışma konusu olmamak gerekir. Tartışılması gereken sorun, tüzel kişiliğe haiz bir anonim şirketin uyruklüğü konusunda çıkacak uyumsuzluğun adli yargıda mı yoksa, idari yargıda mı çözümleneceği hususudur...” Legal Bank İçtihat Bankası, <<http://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-1988-2779-k-1988-8004-t-29-12-1988-yargitay-11-hukuk-dairesi-karari/457360>> , Erişim Tarihi: 14.07.2014.

¹³ Merkezi yurt dışında bulunan bir şirketin veya daha özde bankanın Türkiye’deki şubesinin tüzel kişiliğe haiz olmaması nedeniyle bunlara karşı Türkiye’de iflâs davası açılmayacaktır. İflâs davaları ancak tüzel kişiliği haiz şirketler bakımından söz konusu olup, merkezi Türkiye’de bulunan şirketler bakımından söz konusu olmaktadır. Bu durum doktrinde ağırlıklı görüş olarak münhasır yetki şeklinde kabul edilmektedir. Bkz: **Emre Esen** (2002). Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı. İstanbul: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni. C. 22, S. 2, s. 199.

¹⁴ Yabancıların hak ve özgürlükleri anayasal bir koruma altındadır. Mevcut Anayasamızda temel hak, özgürlükler ve yükümlükler md. 12’de “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” şeklinde belirtilmiştir. Yabancıların durumu ise, md. 16’da “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir” şeklinde ifade edilerek devletin temel politikası belirtilmiştir. Bunun yanında Anayasanın “Temel Hak ve Özgürlükler” başlığı altında “Kişinin Hakları ve Ödevleri”, “Sosyal ve Ekonomik Haklar”, “Siyasî Haklar ve Ödevler” olarak üç alt başlık olarak düzenlenmiştir. Konumuz yabancıların bankacılık faaliyetleri açısından sahip

da gelişen dünya düzeni içinde daha fazla kişiye ulaşmak ve bankacılık hizmeti vermek amacıyla, aktif olarak faaliyet gösterdikleri ülkelerden farklı ülkelerde kurulmakta ve yaygınlaşmaktadır. Türk hukukunda da BankK. yerli ve yabancı bankaların kuruluşlarına ilişkin esasları belirlemiş; ancak, bankalara yerli ve yabancı statüsü katan değerlerin neler olduğundan bahsetmemiştir. Öte yandan, bankalar hakkındaki sektörel kuruluşlar da bankaları kendilerine göre yerli ve yabancı banka ayırmasına tâbi tutmuşlardır. Hal böyle olunca bankaların kurulması, daha özeldir ise tek kişilik bankaların kurulması hakkındaki düzenlemelere değinmeden önce, bankaların tâbiyetlerinin ne şekilde tayin edileceğinin açıklanması gereklidir.

A. Türk Kanunlarında Tâbiyetin Tayini Hakkında Benimsenen Kriter

Daha önce de belirttiğimiz gibi gerçek kişi dışındaki kişi ve şeyler bakımından tâbiyet ifadesi kullanılmaktadır. Tüzel kişi ve şeylerin tâbiyetlerinin var olup olmadığına ilişkin sorunların tâbiyetin var¹⁵ olduğuna dair görüşlerin kabul edilmesi neticesinde, tartışma yön değiştirmiş, tâbiyetin ne şekilde tayin edileceği hakkında görüşlerileri sürülmüştür. Bu tartışmalar özellikle tüzel kişi olan şirketlerin tâbiyetlerinin tayini üzerinde yoğunlaşmıştır. Şirketlerin tâbiyetlerinin neye göre tayin edileceği konusunda birçok görüş ileri sürülmüş¹⁶; ancak şirketin kuruluş yerini esas alan kuruluş yeri görüşü ile kuruluş ve mer-

oldukları hak ve özgürlüklerin sınırları “*Sosyal ve Ekonomik Haklar*” başlığı altında, 48. maddede “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁵ Tüzel kişilerin tâbiyeti tartışmaları için bkz: **J. P. Niboyet** (1952). *Şirketlerin Hakikaten Bir Tâbiyeti Mevcut Mudur?*. (Çev: H. Fişek). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 3-4, s. 97; **Erdoğan Göğçer** (1972). *Türk Tâbiyet Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 1; **Doğan**, s. 19; **Güngör**, s. 200; **Nihal Uluocak** (1964). *Genel Olarak Şirketlerin Tâbiyeti*. Ankara: III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (13-18 Mayıs), s. 461.

¹⁶ Şirketlerin tâbiyetlerinin tayini hakkındaki diğer görüşler; sermayenin bulunduğu yere göre tâbiyetin tayini sistemi, tâbiyetin ortakların vatandaşlığına göre tayin edileceği görüşü, kontrol sistemi, kuruluş yeri sistemi ile merkez yeri sistemini birleştiren sistem, tâbiyeti hâkimin takdirine bırakan görüş olarak belirtebiliriz. **Vedat R. Seviğ** (1981). *Türkiye'nin Yabancılar Hukuku*. İstanbul, s. 16; **Osman Tolun** (1964). *Türk Hukukunda Sermaye Şirketlerinin Tâbiyeti*. Ankara: III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (13-18 Mayıs), s. 476; **Arat**, s. 77; **S. Adatto** (1934). *Bir Memleketin Kanunlarına Tefhik Teşekkül Eden Bir Şirket O Memleketin Tâbiyetini Teşekkül Eder Mi?* İstanbul: *İstanbul Barosu Dergisi*, C. VI, S. 9-10, s. 281; **Musa Aygül** (2007). *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 24.

kez yerini birlikte ele alarak tâbiyeti tayin eden merkez yeri kriteri ön plana çıkmıştır. Kuruluş yeri sistemi, özellikle *Anglosakson* hukukunun uygulandığı ülkelerde benimsenmiş ve bir ticarî şirket nerede kurulmuş, bir diğer ifade ile hangi ülkenin kanunları uyarınca tüzel kişiliğini kazanmış ise ilgili ülkeye göre tâbiyetin tayin edileceğini kabul etmiştir¹⁷. Merkez yeri sistemi ise şirketin kurulduğu yer kanunlarına göre tüzel kişilik kazanmasının yanında, şirket merkezini de tüzel kişilik kazanılan ülkede bulunması esasını kabul etmiş ve şirketin kuruluş yeri ile merkezinin bulunduğu yere göre şirketin tâbiyetinin ilgili ülke olduğunu belirtmiştir¹⁸.

Bankaların anonim şirket şeklinde kurulmasının zorunluluk olduğuna ilişkin hüküm BankK. md. 7'de belirtilmiştir. Bu nedenle bankaların tâbiyetlerinin tayini yapılırken, şirketlerin tâbiyetinin tayini hakkındaki görüşler bizim için yol gösterici olacaktır. Türk hukukunda şirketleri ilgilendiren farklı kanunlarda¹⁹, yabancı şirketlerin tâbiyetlerinin ne şekilde belirleneceği hakkında doğrudan bir hüküm belirtilmemiştir. Ancak kanunlarda yer alan bazı ifadeler bize hangi kriterlere göre şirketlerin tâbiyetlerinin belirleneceği konusunda görüş vermektedir. TTK md. 40/1'e göre her tacir ticarî işletmesini açtıktan sonra 15 gün içinde, ticarî işletmesini ve seçtiği ticarî unvanını, ticarî işletmesinin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilân ettirmek zorundadır. Bunun yanında md. 40/3 ise "*Merkezi Türkiye'de bulunan ticarî işletmelerin şubeleri de buldukları yer ticaret siciline tescil olunur*" ifadesi ile kuruluş ve merkez yerine birlikte atf yapılmıştır. Yine aynı maddenin dördüncü fıkrası uyarınca, merkezi yurt dışında bulunan ticarî işletmelerin Türkiye'deki şubelerinin, Türk işletmeler gibi tescil olacağı hükmü düzenlenmiştir. Öte yandan şirketler bakımından ise 354. madde hükmüne göre anonim şirket kurucuları, şirketi kurul-

¹⁷ Doktrinde Moroğlu, anonim ortaklıklar nezdinde özellikle kuruluş sisteminin tâbiyetin tayininde esas alınması gerektiğinden bahsetmiştir: **Erdoğan Moroğlu** (2002). Anonim Ortaklıkların Tâbiyeti ve Tanınması. Ergin Nomer'e Armağan. İstanbul: MHB, C. XXII, S. 2, s. 413; **Tolun**, s. 478; **Süheyl Donay** (1969). Devletler Hususi Hukukunda Şirketin Tâbiyeti Meselesi. Ankara: BATİDER, C. 5, S. 2, s. 224.

¹⁸ **Arat**, s. 78; **Gülören Tekinalp** (1973). Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı. *İstanbul Üniversitesi 50. Yıl Armağanı*. İstanbul, s. 560.

¹⁹ Bu kanunlar yürürlükten kaldırılan 1330 Tarihli Yabancı Anonim ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Şirketler Kanunu, Sigorta Murakabe Kanunu, mevcut Sigortacılık Kanunu, Petrol Kanunu vb. gibi...

dukları tarihten itibaren otuz gün içinde merkezlerinin bulunduğu yer ticaret siciline şirketi tescil ettirmek zorundadır. Şirket, tescil işlemleri sırasında esas sözleşmesini de ibraz etmelidir. Esas sözleşme ile birlikte hangi konuların ibraz edileceği ise md. 339'da belirtilmiştir. TTK md. 339'a göre şirket kurucuları, şirketin esas sözleşmesinde şirketin merkezini göstermek zorundadır. Şirketin merkezinin esas sözleşmede gösterilmesi gerekliliği ve merkezinin bulunduğu yerde tescilin zaruret arz etmesi anonim şirketlerin tâbiyetlerinin merkez yeri kriterince tayin edileceğini göstermektedir²⁰.

Bankalar hakkında ilgili hükümlerin belirtildiği BankK., bankacılığa ilişkin önceki kanunlarda olduğu gibi bankaların tâbiyetlerinin tayini hakkında doğrudan bir görüş belirtmemiştir²¹. Ancak, BankK. hükümlerinden hareketle, TTK'nda yapılan yorumların benzerlerinin yapılması mümkündür. BankK.'na göre bankaların tâbiyetlerinin tayini hakkında tespit yapılırken, Kanunun bankaları kuruluş şekillerine göre ayırma modelinden hareket edilmelidir. BankK. md. 6'ya göre bankalar iki şekilde kurulmaktadır (md. 6): İlk kuruluş modeli bankanın Türkiye'de kurulması şeklindedir. Kanunun 7. maddesinde şartları belirtilen bu kuruluş modeline göre banka tamamen Türk kanunlarına göre tü-

²⁰ Şirketleri doğrudan ilgilendirmesi bakımından TTK hükümleri bizim için esas olmakla birlikte, şirketlerin tâbiyetleri hakkında farklı kanunları incelemenin faydası vardır. 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunla yürürlükten kaldırılan 1330 tarihli Ecnebi Anonim Sermayesi Eshama Münkasım Şirketler ile Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanun-u Muvakkat'e göre yabancı bir ülkede kurulan şirketler merkezlerinin bulunduğu ülkede usulüne uygun kurulduğuna ve halen faaliyet gösterdiğine dair belgeyi ilgili ülkenin yetkili mercilerinden temin edip, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na sunmak zorundadır. Sigortacılık Kanunu ise yabancı sigorta şirketlerinin tâbiyetlerinin tayini hakkında görüş bildirmemiş; yabancı sigorta şirketlerinin faaliyetleri hakkındaki düzenlemeleri Bakanlar Kurulu kararlarına bırakmıştır. Sigortacılık Sektöründe Uluslararası Faaliyetlere İlişkin Kararname'ye göre (RG: 3.8.2007, S: 26602) yabancı sigorta şirketlerinin Türkiye'de ancak şube açmak suretiyle faaliyet gösterecekleri belirtilmiştir. Bunun yanında şirketlerin merkezlerinin bulunduğu ülkede esas faaliyetlerinin yasaklanmamış olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere hem Sigortacılık Kanununda hem EŞHK'da merkez yerine vurgu yapılmak suretiyle, merkez yeri anlayışının kabul edildiği söylenebilir. **Kemalettin Birsen** (1964). Sermaye şirketlerinin tâbiyeti konusunda Türk hukuk sistemi. Ankara: III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (13-18 Mayıs), s. 507; **Arat**, s. 104; **Aygül**, s. 35.

²¹ Bankacılığa ilişkin önceki kanunlarda tâbiyetin tayini hakkındaki görüşler için bkz: Ünal Tekinalp (1986). Türk Hukukuna Göre Yabancı Bankalar. MHB, C. VI, S. 1, s. 12 vd; **B. Bahadır Erdem** (1988). Yabancı Sermayenin Türkiye'ye Bankalar Kanalıyla Gelmesi. MHB, C. VIII, S. 1, s. 10 vd.

zel kişilik kazanacaktır. Ayrıca bankanın merkezi de Türkiye’de bulunacaktır²². BankK.’na göre ikinci kuruluş şekli ise merkezi yurt dışında bulunan bankaların Türkiye’de şube açmasına ilişkin modeldir (md. 9.). Esasında Türk hukukunda gerçek anlamda “*Yabancı Banka*” ile kastedilen, merkezi yurt dışında bulunan bankaların Türkiye’deki şubeleridir. Zira bunlar, yabancı bir ülkenin kanunlarına göre tüzel kişilik kazanan ve idari merkezleri aynı veya farklı bir ülkede sınırlarında bulunan bankalardır. Türk hukukunda kast edilen anlamıyla yabancı bankalar md. 9’da belirtildiği üzere, merkezinin bulunduğu ülkede esas faaliyetlerinin yasaklanmamış ve merkezinin bulunduğu ülkenin yetkili denetim mercisinin Türkiye’de faaliyet göstermesine ilişkin olumsuz görüşünün bulunmamış olması şartları ile Türkiye’de şube açmaktadır. Görüldüğü üzere hem Türkiye’de kurulan hem de yurt dışında kurulan bankaların Türkiye’deki şubelerinin açılışında merkez yerine atf yapılmaktadır. Hal böyle olunca her iki kuruluş modeli için de kanun koyucunun merkez yeri kriterini esas aldığı görülmektedir²³.

B. Türk Bankacılık Sektöründe Bankaların Tâbiyeti Hakkında Kabul Edilen Kriter

TTK ve BankK.’nda esas alınan merkez yeri kriterinin aksine, Türkiye’de bankacılık sektöründe önemli rol oynayan iki kuruluş olan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) ve Türkiye Bankalar Birliği (TBB), bankaların tâbiyetini farklı bir sınıflandırma modeli esas alarak incelemişlerdir. Söz konu-

²² BankK. md. 7’ye göre Türkiye’de kurulacak bankalar öncelikle anonim şirket şeklinde kurulacaktır. Bankanın anonim şirket şeklinde kurulmasına ilişkin şartlar TTK’ya göre gerçekleşecektir. Anonim şirket şeklinde kurulduktan sonra bankacılık faaliyetlerini gerçekleştirmek için BDDK’dan bankacılık izinlerinin alınması gerekecektir.

²³ Doğrudan bankalar hakkında olmasa Yargıtay’ın merkez yeri kriterine gönderme yapan şu kararı dikkat çekicidir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 9.2.2005 tarih, 2004/3652 esas numaralı, 2005/634 sayılı kararına göre: “*Davacı, Türk Ticaret Kanunu’nun 117/3. maddesi hükmü uyarınca, davalı şirketin İstanbul Bürosunun, acente olarak davada davalıyı temsile yetkili olduğunu ve dolayısıyla ona dava dilekçesinin tebliği ile savunmasını bildirebilmesi için davanın yargılmasına davet olunabileceğini ve bu işlemlerle davada tarafteşkilinin sağlanmış olacağını iddia etmektedir (HUMK. madde 73). Gerçekten de, Türk Ticaret Kanunu’nun 117/3. maddesi gereğince; Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı bir ticari işletme adına geçici de olsa yurt içinde işlem yapanlar hakkında “acentelik” hükümlerinin uygulanır. Bu yasal nedenle, yurt dışındaki yabancı şirkete izafeten yurt içinde işlem yapana karşı dava açılması olanaklıdır...*”

su iki kuruluş bankaları: *i*) Mevduat Bankaları; *ii*) Yabancı Bankalar; *iii*) Kalkınma ve Yatırım Bankaları; *iv*) Katılım bankaları şeklinde sınıflandırmıştır²⁴. Yabancı bankalar, söz konusu ayırmada kendi içinde iki alt başlıkta incelenmiştir: *i*) Türkiye’de Kurulmuş Yabancı Mevduat Bankaları; *ii*) Türkiye’de Şube Açan Yabancı Mevduat Bankaları²⁵. İlgili kuruluşların, bu şekilde bir sınıflandırma yapmalarının 2 nedeni bulunmaktadır: İlk olarak kuruluşlar, yabancı sermaye ile kurulan bankaları sınıflandırırken Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (DYYK)’ndan hareketle bu bankaların yabancı yatırım olduğunu tespit etmişlerdir²⁶. DYYK’nun 2. maddesi yabancı yatırımcıyı, Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapan, yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler olarak belirtirken; yabancı yatırımı ise yurt dışından getirilen nakit para ile Türkiye’de şirket kurmak veya şube açmak şeklinde tanımlamıştır. DYYK tanımlamaları karşısında yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye’de banka kurarak faaliyette bulunması, yabancı yatırım olarak değerlendirilecektir. Bunların doğrudan yabancı yatırım sınıfında yer alması neticesinde TBB ve BDDK bu bankaları yabancı banka olarak sınıflandırmıştır. Kanaatimizce, kuruluşların yapmış oldukları bu sınıflandırma tâbiyetin tayininden çok bankaların vasıfları, BankK. md. 4’te belirtilen faaliyet konuları²⁷ ve en önemlisi de özellikle yabancı sermayeli banka statüsünden kaynaklanan sorunlar çerçevesinde belirlenmiştir.

BDDK ve TBB’nin söz konusu ayırımı yaparken esas aldığı ikinci kriter uy-

²⁴ BDDK ve TBB önceleri “*Yabancı Bankalar*” ifadesi yerine, “*Yabancı Sermayeli Bankalar*” ifadesini kullanmaktaydı. Mayıs 2014 tarihinden itibaren mevcut ayırım kullanılmaya başlanmıştır.

²⁵ Ayırım için bkz: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, <<http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Kuruluslar/Bankalar/Bankalar.aspx>>, Erişim Tarihi: 7.7.2014.

²⁶ DYYK’nun 2. maddesi yabancı yatırımcıyı, Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapan, yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler olarak belirtirken; yabancı yatırımı ise yurt dışından getirilen nakit para ile Türkiye’de şirket kurmak veya şube açmak şeklinde tanımlamıştır. DYYK tanımlamaları karşısında yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye’de banka kurarak faaliyette bulunması, yabancı yatırım olarak değerlendirilecektir. Bunların doğrudan yabancı yatırım sınıfında yer alması neticesinde TBB ve BDDK bu bankaları yabancı banka olarak sınıflandırmıştır.

²⁷ Bankaların, bankacılığa ilişkin hangi konular ile iştigal edeceği 4. maddede belirtilmiştir. Kıyı bankacılığı, serbest bölge bankacılığı, mevduat bankacılığı, katılım, yatırım, kalkınma bankaları gibi faaliyet konuları bu konuda örnek verilebilir.

gulamada özellikle yatırım uyuşmazlıklarının çözüm konvansiyonu olan ICSID tahkim uyuşmazlıklarından kaynaklanan sorunlar nedeniyle olmuştur. Konvansiyona göre ICSID tahkimine ancak Konvansiyona üye devletler ile üye bir başka devletin vatandaşları, yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında gidebilmektedir. Konvansiyonda gerçek kişilerin vatandaşlıklarının tespiti kolaylık arz ediyorken²⁸, tüzel kişilerin vatandaşlıklarının tespitine ilişkin sorunlar ortaya çıkmaktadır²⁹. Konvansiyon³⁰ kapsamında tüzel kişilerin vatandaşlığı hakkında kuruluş yeri³¹ esası kabul edilmiştir³². Ancak bu durum Konvansiyona üye olan birçok devlet açısından sorunlar meydana getirmektedir. Özellikle Kıt'a Avrupası hukuk sistemini kabul eden devletlerin benimsemiş olduğu merkez yeri kriteri sonrasında, devletler merkezleri kendi toprakları içinde bulunan şirketleri kendi tâbiyetlerinde kabul etmektedir³³. Hal böyle olunca Konvansiyonda kabul edilen kuruluş yeri sistemi ile merkez yeri sistemini benimseyen devletler arasında bir uyumsuzluk meydana gelmiştir. Dolayısıyla Konvansiyonun uygulama alanı daralmıştır. Konvansiyon bu soruna “*Yabancı Kontrol (Foreign Control)*”³⁴ prensibini kabul ederek çözüm bulmuştur. Buna göre, yatırımın yapıldığı devlette kurulan şirketler, “*Yabancı Kontrol*” nedeniyle, esas kontrol edildiği, strateji planlarının yapıldığı diğer akit devle-

²⁸ Konvansiyon gerçek kişilerin vatandaşlıkları hakkında çözümler sunmuştur. Gerçek kişilerin çifte vatandaş olması durumuna da 25. madde kapsamında hükümler getirmiştir.

²⁹ **Nuray Ekşi**(1999). Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon, *Avrasya Günleri, Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu (ICSID)*. İstanbul, s.148; **Mustafa Erkan** (2013). *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.227 vd.

³⁰ Konvansiyonun işleyişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Gökçen Turan** (2009). *Dünya Bankası Bünyesinde Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Uluslararası Merkez'in Tahkim Kuralları Uyarınca Tahkimin İşleyişi*. Ankara: BATİDER. C. 25, S. 3, s. 347.

³¹ *Ekşi* bu duruma örnek olarak İngiltere'de kurulan şirketin Türkiye'deki yatırımları dolayısıyla ICSID tahkime gidilebileceği şeklinde örnek vermiştir: **Nuray Ekşi**(2009). *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası (Hakem Kararları)*. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 37.

³² **Ekşi**, *Hakem Kararları*, s. 37.

³³ **Erkan**, s.227 vd.

³⁴ Birçok ülke kendi sınırları içinde yatırım yapan veya kendi hukuku uyarınca kurulan şirketleri tâbiyetinde kabul etmektedir. Böyle bir durumda ICSID tahkiminin uygulanması ve sınırları çok daralacaktır. Şu halde ICSID tahkimden istenen verimin alınması için, ülkelerin kendi tâbiyetinde gördükleri; ancak, “*Yabancı Kontrol*” müessesesi nedeniyle yabancı yatırım olarak kabul edilecek bir durum meydana getirilmiştir. **Ekşi**, *ICSID*, s. 149; **Ekşi**, *Hakem Kararları*, s. 40.

tin vatandaşı olarak kabul edilecektir (Konvansiyon md. 25/2-b)³⁵. Bu şirketler kuruluş ve faaliyetlerini yatırıma ev sahipliği yapan ülkede gerçekleştirirler dâhi, yabancı yatırımcı sayılacaktır³⁶. Konvansiyonda kabul edilen yabancı kontrol sistemini BDDK ve TBB bankaları sınıflandırırken kabul etmiştir. Yabancı kontrole sahip bankaların yatırım uyumsuzluklarından kaynaklanacak olası bir davada, zaten sahip olduğu yabancı yatırımcı vasfı, TBB ve BDDK bankalara ilişkin yapmış olduğu ayırmada en başta göstermektedir. TBB ve BDDK ayırımı, uygulamadan kaynaklanan bu durumu en başta gözeterek gerçekçi bir yaklaşım sergilemiştir³⁷.

Görüldüğü üzere yabancı bankaların tâbiyetlerinin tespiti adına Türk hukukunda merkez yeri kriteri kabul edilirken, bankacılık sektöründeki etkin kuruluşlar yaşanması muhtemel uyumsuzluklar ve uluslararası uygulamadaki düzenlemeler dikkate alınarak kuruluş yeri çerçevesinde tâbiyet kriteri belirlenmiştir. Uygulamada, bankacılık sektörü bünyesinde aktif olan bu iki kuruluş yapmış olduğu sınıflandırma elbette kabul edilebilirdir. Ancak, bankaların tâbiyetlerinin tayininde uygulamada esas alınan kriterden daha önemli olan, kanun koyucunun bu konudaki iradesidir. Bu nedenle biz de yabancı banka-

³⁵ Yabancı kontrol müessesesi hakkında *Endonezya* devleti ile *AmcoAsia* şirketi arasındaki IC-SID tahkimde görülen dava örnek verilebilir. Endonezya devleti, AmcoAsia şirketinin, Endonezya tâbiyetinde olduğunu savunmuştur. Bu nedenle uyumsuzluğu özel kişi tarafı olan yatırımcının, ev sahibi ülkeden başka bir akit devlet vatandaşı olmasına ilişkin Konvansiyon şartının sağlanmadığını savunmuştur. Ancak hakem heyeti vermiş olduğu kararda, AmcoAsia şirketinin Amerikan PanAmerican Development Limited şirketi ile ortak olduğunu ve ortaklığın Amerikan kanunlarına göre kurulduğunu bu nedenle şirketin Amerikan tâbiyetinde bulunduğunu belirtmiştir. Karar için bkz: Dünya Bankası Uluslararası Yatırım Uyumsuzlukları Çözüm Merkezi <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, Erişim Tarihi: 17.07.2014; **Gökçen**, s. 352.

³⁶ **Ekşi**, Hakem Kararları, s. 37; **Turan**, s. 352.

³⁷ BDDK ve TBB'nin yapmış oldukları ayırmalarda esas alınan kriterin kuruluş yeri kriteri olduğunu örnek ile açıklamak konunun anlaşılması için faydalı olacaktır. BDDK ve TBB ayırımında yabancı mevduat bankası olarak kabul edilen kuruluşlardan biri de HSBC Bank AŞ'dir. Söz konusu bankanın esas sözleşmesinde bankanın merkezinin İstanbul olduğu belirtilmektedir. Türk kanunlarında kabul edilen merkez yeri kriteri uyarınca düşünüldüğünde, merkezi İstanbul'da olan HSBC Bank AŞ, bir Türk bankası olarak hizmet vermektedir. Ancak BDDK ve TBB, söz konusu bankayı yabancı mevduat bankası kabul etmektedir. Bu duruma etken esasında HSBC Bank AŞ'nin menşei ülkesinin yabancı bir ülke olmasıdır. BDDK ve TBB, Türk kanunlarına uygun olarak kurulmuş ve merkezi Türkiye belirlenmiş olan, ancak bankanın isminden, sermaye yapısı ve ortaklarına kadar tüm yapının yabancı kişiler tarafından kontrol edilmesinden hareketle bankayı yabancı mevduat bankası kabul etmektedir.

ların tâbiyetlerinin tayini hususunda merkez yeri kriterlerini esas alarak, tek kişilik Türk ve yabancı bankaların kurulması konusunu da bu perspektif üzerinden değerlendireceğiz.

II. TÜRK VE YABANCI TEK KİŞİLİK BANKALAR

Bankalar, şirketlerin ve yönetim hallerinin mevcut düzenlerine uygunluğu açısından, kanun koyucu tarafından, yaşanan bankacılık tecrübeleri de esas alınarak anonim şirket şeklinde kurulması zorunlu tutulmuş olan kuruluşlardır. Tek kişilik banka ortaklığının kurulması da bankanın sahip olduğu bu zorunlu yapı nedeniyle iki aşamalı incelenmelidir: İlk olarak banka anonim şirketi kurulmalıdır. Banka anonim şirketinin kuruluşu, TTK hükümlerince gerçekleşecek olup, esasen alelade bir anonim şirketin kurulmasından farklı değildir³⁸. İkinci olarak ise banka anonim şirketinin kurulması sonrasında, banka anonim şirketini alelade bir şirketten ayıran esas unsur olan bankacılık faaliyetlerini gerçekleştirecek yeterliliğe sahip olduğuna dair BDDK izni alınacaktır. BDDK, bankaların hem TTK'nda şirket kurulmasına ilişkin, hem BankK.'nda belirtilen bankacılık şartlarının yerine getirilip getirilmediğini kontrol edecek olan mercidir. Bu noktada esas sorun, tek kişi şirketlerin kurulmasına ilişkin düzenlemeleri içeren TTK değil; BankK.'nda, bankanın tek kişi olarak kurulmasının önünde herhangi bir engel olup olmadığının tespit edilmesi noktasında karşımıza çıkmaktadır.

Öncelikle TTK kapsamındaki tek kişilik ortaklıklar, farklı bir ortaklık türü olmayıp anonim ve limited şirketlerin değişik bir görünüş şeklidir. TTK'nda tek kişi ortaklı şirketlere özel uygulama ve düzenlemeler dışında kalan hükümler çok ortaklı şirketler hakkındaki hükümler ile ayniyet içerecektir. Hal böyle olunca anonim ve limited şirketlere ilişkin tüm hükümler kural olarak tek kişilik ortaklıklar için de uygulanacaktır. Ancak TTK'da kanun koyucu anonim şirket ve limited şirket düzenlemelerini çok ortaklı şirketler yapısı göz önüne alınarak düzenlediği görülmektedir. Durum böyle iken çok ortaklı şirket yapısı hakkındaki hükümler, tek kişilik anonim ortaklıklar için uygun düştüğü ölçüde

³⁸ Bankalar öncelikle Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndan alacakları izinle anonim şirket olarak kurulmalıdır. TTK md. 330 hükmü çerçevesinde anonim şirketlerin tek kişi olarak kurulmasının önünde herhangi bir engel olmadığı açıktır.

kabul edilecektir³⁹.

Anonim şirket, TTK md. 329’da tanımlandığı üzere, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığı ile sorumlu bulunan şirkettir. Anonim şirketin unsurları unvanı, sermayesi ve bu sermayenin paylara bölünmüş olması, şirketin malvarlığı ile sorumlu olması, ortakların sınırlı sorumluluk ilkesi, tüzel kişilik ve şirketin amaç ile konusunun belirtilmiş olmasıdır⁴⁰. 6102 sayılı TTK’nın kabulü sonrasında anonim şirketlerin kuruluşuna ilişkin değişikliklerin yansımaları, bankaların kuruluşuna da tesir etmiştir. Özellikle TTK md. 335/1’de belirtilen “ön anonim şirket” kurulması, bankaların dayandığı şirket topluluğu çeşidi olarak anonim ortaklık modelinde de görülmektedir. Bu durumun etkisi, bankaların kurulmasında, tüzel kişiliğe giden yolda, sermaye şirketlerinin kuruluşlarına dair ön kuruluş safhası, kuruluş safhası ve tüzel kişiliğin kazanılması safhalarında kendisini göstermektedir⁴¹. Buna göre ön kuruluş safhası, kurucuların anonim şirketi kurarken yapmış oldukları hazırlıkları konu almaktadır. Söz konusu süreç, şirket kurmak amacıyla sözlü, yazılı, resmi olarak yapılan her türlü işlemi kapsar⁴²⁴³.

Şirketin kurulması ile birlikte varılacak olan son safha şirketin tüzel kişilik kazanması safhasıdır⁴⁴. Şirketin tüzel kişilik kazanması ile daha önce kurulmuş

³⁹ **Aydoğan**, s. 245;

⁴⁰ **Hasan Pulaşlı** (2013). Şirketler Hukuku Genel Esaslar (Şirketler). Güncellenmiş 2. Baskı. İstanbul: Adalet Yayınları, s. 283; **Mehmet Bahtiyar** (2012). Ortaklıklar Hukuku. 7. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 92.

⁴¹ **Pulaşlı**, Şirketler, s. 242.

⁴² **Pulaşlı, Hasan** (2011). Türk Ticaret Kanunu Şerhi. Ankara: Adalet Yayınevi. C. 1, s. 430. Ön şirket aşamasında şirket kurucuları şirket sözleşmesini yazılı olarak imzalarlar, imzaların noterce onaylanması gereklidir. Bundan sonra şirket, Ticaret Sicilinde tescil edilmek suretiyle tüzel kişilik kazanacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Aydoğan**, s. 248; **Pulaşlı**, Şirketler, s. 242; **Ersin Çamoğlu/ Ünal Tekinalp/ Reha Poroy**(2014). Ortaklıklar Hukuku Cilt 1. 13. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapevi, s. 94 vd.

⁴³ Tek kişilik ortaklıklar için de ön şirket müessesesi tek istisna dışında işleyecektir. Buna göre, bir şirket TTK’da şirketlerin taşınması gereken vasıflardan bir veya daha fazlasını taşımaz ise bu bir şirket değil, adi ortaklık olacaktır (**Aydoğan**, s. 249). Bu durum tek kişilik ortaklıklar için geçerli olmayacaktır. Çünkü, adi ortaklığın kurulması için en az iki kişi birlikte olmalıdır. Tek kişilik ortaklıklarda tek bir kişi bulunması nedeniyle, adi ortaklık hükümleri geçerli olmayacaktır. , tescil öncesi dönemde şirketin kurulması için hazırlıklar yapılacağından henüz bir sermaye aktarımına gerek duyulmamaktadır. Söz konusu dönemde yapılan işlemler idari işlemlerdir. Hem bir sermaye aktarımı olmaması hem idari işlemlerin bu safhada yapılması nedeniyle tek kişilik ortaklıklar için ön şirket safhasına gerek duyulmamaktadır (**Aydoğan**, s. 251).

⁴⁴ **Pulaşlı**, Şirketler, s. 242; **Altaş, Soner** (2011). **Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ön-Anonim**

bulunan ön şirket, tasfiye sürecine girmeden sona erecektir⁴⁵. TTK md. 355'e göre, kuruluş iznine tâbi şirketler, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndan kuruluş izninin alındığı tarihi, diğer şirketler ise kuruluş esas sözleşmesinin noter tarafından onaylandığı tarihi izleyen otuz gün içerisinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil ettirilmeli ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilân olunmalıdır. Tescil işlemi ile şirket tüzel kişilik kazanmış olacaktır. Tek kişilik ortaklıklar bakımından da durum farklılık arz etmemektedir. Kuruluş anlaşmasının tek kişi ortak tarafından imzalanması sonrasında ticaret siciline tescil işlemleri yapılır ve kurucu beyanları dahil olmak üzere tüm evraklar sicil dosyasına konulur⁴⁶.

Tek kişi ortaklıklar hakkında en ciddi tereddüt, ortaklığın yönetim ve genel kurullarının ne şekilde oluşacağı ve karar mekanizmalarının nasıl teşekkül edeceğidir. Bu durum anonim ortaklık şeklinde kurulacak olan bankalar bakımından da sorunlar meydana getirmesi muhtemeldir⁴⁷. Bu noktadaki sorunların meydana gelmesi, esasında karar mekanizması olan organların tek kişiden oluşuyor olmasıdır. Bunun yanında tek kişi yönetim kurulu ve genel kurulun şirketin işleyişini hızlandıracığı, tıkanmaların önüne geçeceği ve şirkete yönetim kolaylığı sağlayacağı yönünde tespitler de yapılmıştır⁴⁸. TTK md. 359'a göre anonim şirketin esas sözleşme ile atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş bir veya daha fazla yönetim kurulu bulunur ifadesi yer almaktadır. Diğer yandan genel kurul için açıklamalar Kanununun 407 vd. maddeleri uyarınca yapılmıştır. Burada şirket genel kurulunun kaç kişiden oluşacağı hakkında düzenlemeler yer almaktadır. Bunun yanında md. 408/3'te genel kurulun tek pay

Şirket ve Anonim Şirketin Tüzel Kişilik Kazanması. Yaklaşım Dergisi. S. 221, s. 250.

⁴⁵ Altaş, s. 250.

⁴⁶ Şirketin çok ortaklı yapıdan tek ortaklık yapısına dönüşümünde de aynı usul geçerli olup, tek kişi ortak md. 338'de belirtilen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Bu noktada tek kişi ortak adı, vatandaşlık numarası, yerleşim yeri gibi bilgilerini tescil ve ilân ettirecektir.

⁴⁷ Tek kişilik bankaların yönetim kurulu ve genel kurulları hakkında bkz. a.şğ.: 2.A. Türk Bankalarının Tek Kişilik Olarak Kurulması.

⁴⁸ **Gönen**, Tek Ortaklık, s. 217. Yönetim ve genel kurulun tek kişi olarak toplanması ciddi olarak yönetim kolaylığı sağlayacaktır. Buna göre şirket genel kurulu çağrılı, çağrısız olarak genel kurul toplantısı yapabilecektir. Ancak şirketin genel kurulda hükümet temsilcisi olup olmayacağı konusunda doktrinde tartışmalıdır. Tekinalp, genel kurula hükümet temsilcisi çağrılmasını zorunlu olduğunu savunurken, Pulaşlı bu durumun ileride çıkarılacak yönetmelik ile belirleneceğini belirtmiştir: **Tekinalp**, Sermaye Ortakları, s. 13-17; **Pulaşlı**, Şirketler, s. 712.

sahipli olması halinde, tek pay sahibinin genel kurulun tüm yetkilerine sahip olduğu belirtilmektedir.

TTK kapsamında tek kişilik ortaklıklar hakkında genel bilgiler verilmesi sonrasında tek kişilik bankaların durumu daha iyi anlaşılacaktır. BankK.'na göre bankalar iki şekilde kurulmaktadır⁴⁹: İlk olarak Türkiye'de bir bankanın kurulmasıdır ki⁵⁰; bu şartlar Kanununun 7. maddesinde belirtilmiştir. İkinci olarak ise merkez yeri kriteri uyarınca yabancı banka olarak kabul ettiğimiz bankaların Türkiye'de şube açması modelidir (md. 9). En baştan belirtilmelidir ki, her ne kadar yurt dışında bulunan bankanın Türkiye'deki şubesi tüzel kişiliği haiz olmayan bir yapı olması ve bu tüzel kişiliği haiz olmayan şube yapısı için "Açılma" ifadesinin kullanılmış olsa da, bu durum BankK. ifadesine sadık kalmak amacıyla kullanılmaktadır. Yabancı bankaların Türkiye'deki şubeleri her ne kadar tüzel kişiliği haiz değilse de BankK. şubelerin kuruluşunu adeta bir bankanın kurulması ve faaliyete geçmesine ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirmiştir⁵¹. BankK. md. 9 sistematigi ve gerekçesi dikkate alındığında yabancı banka şubesine sermayenin özgülenmesi, kuruluş ve faaliyet izinlerinin ve prosedürlerinin ayrılması, iş planlarının, yapısal bütçelerinin ayrı olması gibi konular nedeniyle yabancı banka şubesi, tüzel kişiliği olmayan ayrı bir banka gibidir. Yine yabancı banka şubesine ilişkin dâhil olduğu ortaklık grubunun şeffaf ve açık olması gibi şartların aranması da yeni bir banka kuruluyor izlenimini beraberinde getirmektedir⁵². Bu nedenlerle tek kişilik bankalar konusu tâbiyet hukuku sonucunda oluşan bu iki duruma göre ayrı ayrı incelenmesi gereklidir.

A. Tek Kişilik Türk Bankaları

BankK. bahsedilmeyen, ancak BankK. ile TTK arasında uyumsuzluğa yol açan sorunların başında bankaların kaç kişi ile kurulacağı konusu gelmektedir. Bilindiği üzere 6762 sayılı mülga TTK şirketlerin asgari beş kişi ile kurulması zo-

⁴⁹ BankK. yanında Bankaların İzne Tâbi İşleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelikte de bankaların kuruluşu hakkında teferruatlı hükümler bulunmaktadır.

⁵⁰ Daha önce belirtildiği üzere tâbiyet hukuku bakımından ve kanunen Türkiye'de kurulan bir banka Türk bankasıdır.

⁵¹ Ünal **Tekinalp** (2009), Banka Hukuku Esasları (Banka Esasları). Yeniden Basılmış İkinci Basi. İstanbul: Vedat Yayıncılık, s. 141.

⁵² **Tekinalp**, Banka Esasları, s. 141.

runluluğunu kabul etmiştir. Söz konusu Kanun döneminde kabul edilen BankK. bu durumdan dolaylı olarak etkilenmiştir. BankK., bankacılığa ilişkin geçmiş kanunların aksine⁵³, bankaların asgari kaç kişi ile kurulacağı hakkında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak BankK. md. 18/4, ortak sayısının beşten aşağı düşmesine yol açan işlemler ile izin alınmadan yapılan işlemlerin pay defterine kaydedilmesini yasaklamıştır. Bu hükümden anlaşılan, bankaların asgari beş kişi ile var olması değildir⁵⁴. Mülga TTK'da anonim şirketlerin kurulması için asgari beş kişinin varlığının şart olması, banka anonim ortaklığı için de TTK hükümlerine paralel bir düzenleme yapılmasını gerekli kılmıştır⁵⁵. Hal böyle olunca mülga TTK'da anonim şirketlerin asgari beş kişiden var olacağından hareketle, BankK.'nda da benzer bir yapı öngörülmüş, ancak bu durum bankanın kurulması için şart olarak kabul edilmemiştir. Dolayısıyla bankaların kurulması ve faaliyete geçebilmesi için asgari kişi sayısı BankK.'nda kabul edilmemiştir. Öte yandan BankK. md. 18/4 hükmü, banka yönetimi hakkında var olan beş kişi sınırının, banka kuruluşuna dair bir şart olduğu yaklaşımını da içerseydi, BankK. kapsamında hâkim ortaklık müessesesi de düzenlenmemesi gerekcekti. BankK. md. 3'te belirtildiği üzere hâkim ortak bir ortaklığı tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişidir. Tek ortak banka yönetim kurulu üyelerini tek başına atayabiliyor, seçtirebiliyor, görevden alabiliyor ve bankayı yönetiyor, bunun yanında diğer yönetim kurulu üyeleri buna mâni olamıyorsa burada tek ortağın varlığı kabul edilmektedir⁵⁶. Görüldüğü üzere yeni TTK ile BankK. md. 18/4'ün çeliştiği şeklinde bir değerlendirme yapılmamalıdır. BankK.'nda yapılacak bir düzenleme ile var olduğu görülen karışıklığın önüne geçilebilecektir.

Bilindiği üzere Türk bankası ifadesi ile kast edilen husus Türkiye'de kurulan ve merkezi de Türkiye'de bulunan bankalardır. BankK. md. 6'da belirtilen

⁵³ 7129 sayılı Kanunun değişmesi sonrasında ortaklık sayısının 100'den aşağı düşmesine yol açan işlemlerin pay defterine kayıt edilmeyeceği düzenlenmiştir. 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda da benzer düzenleme daha sınırlı şekilde yer almıştır. Bu Kanun'da bankaların ortak sayısının beşten aşağı düşmesine yol açacak kararların pay defterine kaydolunamayacağını düzenlemiştir.

⁵⁴ Şit, s. 183.

⁵⁵ Şit, s. 183.

⁵⁶ **Tekinalp**, Banka Esasları, s. 157.

“Türkiye’de kurulan banka” ifadesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkan bu durumun şartları Kanunun 7. maddesinde düzenlenmiştir. BankK. md. 7’de Türkiye’de kurulan bankalarla alakalı ilk şart bankaların anonim ortaklık şeklinde kurulmasıdır. Banka anonim ortaklığının kurulmasına ilişkin hükümler TTK’nun, tek kişilik anonim ortaklık kurulmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde gerçekleşecektir. Bu noktada banka anonim şirketi esas sözleşmesi banka kurucusu tarafından hazırlanacak, noterlikçe onaylatılacak, Gümrük ve Ticaret Bakanlığında gerekli izinler alınacak, şirketin tescili ve Ticaret Sicilinde yayınlanması ile banka anonim şirketi kurulmuş sayılacaktır. İkinci olarak ise banka kurulurken çıkarılacak olan hisse senetlerinin karşılığı ve nama yazılı olması gereklidir. 6102 sayılı TTK şirketlerin hamiline ve nama yazılı olarak hisse senedi çıkarmalarını yükümlülük olarak nitelendirmiştir (TTK 486-487)⁵⁷. Bu yükümlülük sonrasında şirketler hamiline ve nama yazılı şekilde hisse senedi çıkarmak zorundadır. Ancak, bankalar için hisse senetlerinin tamamen hamiline yazılı şekilde çıkarılması zorunluluk arz etmemektedir. Zira BankK. kapsamında sayılan bir çok işlem, banka ortaklarının tespit edilmesine bağlıdır. Hal böyle olunca, banka ortaklarının tespiti de çıkarılan senetlerin nama yazılı olması ile mümkündür. Konumuz tek kişilik bankalar açısından değerlendirdiğimizde bankanın sahibi tek ortak olması nedeniyle çıkarılacak olan hisse senedi de nama yazılı olarak çıkarılacaktır⁵⁸.

Kanunun 7. maddesinde belirtilen bir diğer şart kuruculara ait şartların sağlanmasıdır. Banka kurucularının sahip olması gereken vasıfların neler olduğu 8. maddede belirtilmiştir. Buna göre tek kişi banka kurucusu, aciz duruma düşmemiş olmalı veya ticarî itibarında kötüleşme olmamalı; Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen bankalarda nitelikli paya sahip ortak veya hâkim ortak olmamalı; zorunlu tasfiyeye tâbi tutulmamış olmalı; Türk Ceza Kanunu’n-

⁵⁷ 6762 sayılı TTK döneminde şirketlerin hisse senedi çıkarma zorunluluğu yalnızca halka arz edilen anonim şirketler için Sermaye Piyasası Kanunu’nda (SerPK) öngörülmüştür. Bu açıdan BankK. TTK’nın hazırlanması öncesinde, olması gereken bir biçimde hazırlanmıştır **Alıcı**, Şerh, s. 108.

⁵⁸ Ancak bu ifadeden bankaların hisse senedi çıkarması zorunluluğunun bulunduğu anlamı çıkmamalıdır. Bir anonim şirket olan bankalar, anonim şirketlerde olduğu gibi hisse senedi çıkarmak zorunda olmayıp, eğer hisse senedi çıkarılacaksa bu halde çıkarılan hisse senedinin nama yazılı olarak çıkarılması gerektiği şeklinde algılanmalıdır: **Ahmet Battal** (2007). Bankacılık Kanunu Şerhi. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 88.

da belirtilen suçları işlememiş olmalı; banka kurucusu ve ortağı olmanın gerektirdiği malî güç ve itibara sahip olmadır⁵⁹. Tek kişi banka ortaklığında banka kurucusu olan kişi BankK. md. 8’de kuruculara dair belirtilen şartların tamamını tek başına yerine getirecektir.

Bankaların kurulmasına ilişkin bir diğer şart banka sermayesi hakkındadır. Buna göre bankanın başlangıç sermayesi, Kanunen belirlenmiş olan asgari otuz milyon TL’nden fazla olması gerekmektedir⁶⁰. Kanunda belirtilmiş olan otuz milyon TL’lik ödenmiş sermaye şartının bulunması yeni bir bankanın kurulmasına ilişkin bir şarttır. Hali hazırda faaliyette bulunan bankalar açısından otuz milyon TL’lik sermayeyi hazır ve nakit tutma zorunluluğu bulunmamaktadır⁶¹. Bankanın sahip olması gereken otuz milyon TL sermayeyi tedarik edecek olan da tek kişi ortaktır. Tek kişi ortağın sermayeye tek kişi olarak sahip olması esasında istenmeyen bir durum olarak göze çarpmaktadır⁶². Bu irade bankacılığa ilişkin geçmiş kanunlarda da görülmektedir. Örneğin 7129 sayılı Bankalar Kanunu’nda⁶³ oy kullanmak için en az yirmi üyenin varlığı aranmıştır. Bu durum, şirket sermayesi ile sevk ve idaresinin belli ellerde toplanmasına mani olmak için düzenlenmiştir⁶⁴.

⁵⁹ Bankanın tek kişi olarak kurulmasından kasıt yalnızca gerçek kişi değil, aynı zamanda tek kişi tüzel kişilerdir. Tüzel kişinin tek kişi olarak banka kurulması şartları da 8. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre Kanun, tüzel kişilerin yapısının şeffaf olmasını emretmiştir. 8. maddenin (g) fıkrasında belirtilen bu durum, tüzel kişinin risk grubu ve ortaklık yapısının şeffaf ve açık olması gerektiği hakkındadır. Kanun koyucu söz konusu düzenlemeyi yine AB direktifleri ile Basel Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesi’nin kararlarına uygun olarak düzenlenmiştir. Kanun metninde ortaklık yapısının açık olması, tüzel kişilerin ortaklarının kim olduğunun bilinmesi ile birlikte bu ortaklık durumunu ve risk grubunu oluşturan ilişkilerin izlenebilmesinin mümkün olması şeklinde tanımlanmıştır: **Servet Taşdelen** (2006). Bankacılık Kanunu Şerhi. Ankara: Turhan Yayıncılık, s. 328; **Alıcı**, s. 134.

⁶⁰ TTK md. 332 fıkra 1’de belirtildiği üzere özel kanunlar dışında, anonim şirketlerin esas sermayesi elli bin TL’den az olmamalıdır. Aynı madde ile belirtilen bir diğer husus, kayıtlı sermaye sistemini kabul eden ve halka arz olmamış anonim şirketler bakımından ödenmiş sermayenin yüz bin TL’den az olmaması hakkındadır. Özel kanun niteliğinde olan BankK. bu kapsamda TTK’da belirtilen durumdan ayrılmıştır. BankK. banka kurmak isteyenlerin otuz milyon TL’lik miktarı ödemelerini zorunlu kılmıştır: **Tekinalp**, Banka Esasları, s. 138.

⁶¹ **Seza Reisoğlu** (2007). Bankacılık Kanunu Şerhi. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, s. 220.

⁶² Şit, s. 181 vd.

⁶³ RG: 2.7.1958; S: 9944.

⁶⁴ BankK. md. 7 bankaların kurulması hakkında başka şartları da aramıştır. Bu şartların tek kişi banka ortaklığı hakkında tekrar incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Bu şartlar; ilk üç yıl için bütçe plânını ve yapısal örgütlenmesini gösteren bir faaliyet programını iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemi de dâhil olmak üzere ibraz etmesi; bankada konsolide dene-

Tek kişi bankaların genel kurul ve yönetim kurullarının ne şekilde oluşacağı hakkında BankK. ile TTK arasında farklılıklar bulunmaktadır. TTK'da tek kişilik ortaklıkların yönetim kurullarının tek kişi olarak teşekkül etmesinde bir sakınca görülmezken, BankK. md. 23/1'e göre Türkiye'de açılacak bankaların yönetim kurulları en az beş kişiden oluşmalıdır. Söz konusu hükmün, mülga 6762 sayılı TTK'da anonim ortaklıkların en az üç kişiden oluşması şartının uzantısı olduğu düşünülebilir. Kanaatimizce tek kişi bankalarda yönetim kurulu sorunu çözüldürken TTK md. 338/1'den⁶⁵ hareketle, 330. madde hükmüne göre düşünülmelidir. Buna göre özel kanunlara tâbi anonim şirketlere, özel kanunlarının dışında TTK hükümleri uygulanır. BankK. bankalar hakkında özel bir kanundur. Yönetim kurulu hakkında BankK. hükmü bulunması nedeniyle, TTK'na uygun olarak BankK. hükümleri yönetim kurulu hakkında uygulanacaktır. Bu nedenle Türkiye'de kurulacak tek kişi bankaların yönetim kurulları BankK. md. 23/1 uyarınca esas sözleşme ile atanan veya genel kurul tarafından seçilen en az beş kişiden oluşması gerekmektedir.

Tek kişi bankalara ilişkin yönetim kurulu hakkındaki açıklamalar genel kurul için geçerli değildir. Şöyle ki; BankK. banka yönetim kurulu hakkındaki hükümleri özel olarak düzenlemişken, banka genel kurulu hakkında özel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu durumun sonucu olarak banka genel kurulu hakkındaki düzenlemeler TTK'nun genel kurula ilişkin hükümlerine tâbi olacaktır. Hal böyle olunca hazır bulunanlar cetveli, toplanma usulleri, geçerlilik imzaları, hazır bulunanlar listesi gibi genel esaslar TTK hükümleri ışığında yapılacaktır. Ayrıca, tek kişilik genel kurul hakkındaki tüm düzenlemeler çok pay sahipli genel kurullarda olduğu gibi yapılacaktır⁶⁶⁶⁷. Görüldüğü üzere tek

timini engelleyici nitelikte herhangi bir hususun bulunmaması; bankanın etkin denetimini engellemeyecek şeffaf ve açık bir ortaklık yapısı ve organizasyon şemasına sahip olması; ilk yönetim kurulu üyelerinin, Kanunun kurumsal yönetim hükümlerinde belirtilen ve plânlanan faaliyetleri gerçekleştirebilecek mesleki tecrübeye sahip olmasıdır.

⁶⁵ Md. 338/1: Anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır. 330 uncu madde hükmü saklıdır.

⁶⁶ **Tekinalp**, Tek Ortaklı Şirketler, s. 605; **Aydoğan**, s. 269.

⁶⁷ Aydoğan'a göre genel kurul hükümleri, tek kişilik ortaklıklar bakımından uygulanması en zor hükümler olduğu için genel hükümleri kural olarak geçerli olacak; ancak, ortaklık tek pay sahipliğinden oluşması nedeniyle tüm hükümler uygulama alanı bulmayacaktır. Örneğin, genel kurul tek kişiden oluşacağı için çağrısız genel kurul şeklinde toplantı yapılacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Aydoğan**, s. 272 vd.

kişi banka ortaklığında pay sahibi tek ortaktan teşekkül edecek olan bir genel kurul mevcuttur. Tek pay sahibi ortak genel kurulun tüm yetkilerini tek kişi olarak kullanacaktır.

B. Yabancı Bankaların Tek Kişi Olarak Kurulması

BankK.'nda Türkiye'de bankaların kurulmasına ilişkin bir diğer düzenleme yabancı bankaların Türkiye'de şube açmasıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi kanunen yabancı banka ifadesi anlaşılması gereken konu yurt dışındaki bankaların Türkiye'deki şubeleridir.

Yabancı bankaların Türkiye'de bulunan şubeleri, alelade şirket şubesine nazaran farklılık arz etmektedir. Bu bakımdan yabancı bankaların Türkiye'de bulunan şube veya şubeleri, kendine has ve hukuki açıdan bağımsız "*Birlik*" şeklinde çalışmaktadır⁶⁸. Ayrıca bu şubelerin kuruluşuna ilişkin düzenlemeler, daha önce de belirttiğimiz gibi, her ne kadar şubenin tüzel kişiliği olmasa da yeni bir bankanın kurulmasında olduğu gibi ele alınmaktadır. Bu nedenle banka şubelerinin bağımsız bir birlik olmaları sonucu, bankaların kurulmaları da dâhil olmak üzere bankacılık faaliyetlerinin büyük bir kısmı, tüzel kişiliği olmayan banka şubesi tarafından münhasıran gerçekleştirilmektedir⁶⁹. Özellikle bankanın kuruluşuna dair düzenlemelerin yer aldığı BankK. md. 9'da bu durum belirtilmektedir. Her ne kadar yabancı banka şubesinin açılması için md. 9'da belirtilen kriterler uygulanacak ise de, şubenin açılması BankK. md. 7 ve md. 8'de yeni bir bankaların kurulmasına ilişkin şartların sağlanması ile gerçekleşecektir. Bu durum da yabancı bankaların tüzel kişiliği olmasa da bağımsız birlik niteliğini ispatlar niteliktedir. Öte yandan merkez şube açma başvurusunda bulunan bankanın adında "*banka*" ifadesi yer alması ile ticaret sicilinde durum işlenecek ve Türkiye'de yabancı banka şubesinin bankacılık faaliyetlerinde bulunmasının önünde herhangi bir engel kalmayacaktır⁷⁰.

Her ne kadar yabancı bankanın Türkiye'deki şubesinin açılması için md. 7 ve 8'in birlikte aranması gerekse de, kanaatimizde md. 7'de belirtilen banka-

⁶⁸ Tekinalp, Yabancı Bankalar, s. 15.

⁶⁹ Tekinalp, Yabancı Bankalar, s. 15.

⁷⁰ Battal, Banka, s. 103.

ların anonim şirket şeklinde kurulması şartı, yabancı bankaların Türkiye'deki şubeleri açısından geçerli olmayacaktır. Bu durum bir istisnadır. Zira şube şeklinde açılacak bir bankanın Türkiye'de kurulurken anonim şirket şeklinde teşkilatlanması, hem şube açacak olan bankalar için ekstra külfet getirecek, hem de bu bankanın merkezi Türkiye'de bulunan bankalardan farkı olmayacağı anlamına gelecektir. Ayrıca bu durum şubenin tüzel kişiliği olmamasının da bir sonucudur. Zira anonim şirket olarak Türkiye'de ayrıca kurulacak olan banka tüzel kişilik kazanacak ve böylece yurt dışında bulunan merkez ile organik bağ kesilmiş olacaktır. Kanaatimizce, kanun koyucunun bu iradesi doğrudur. Keza yabancı bankaların Türkiye şubeleri, Türk bankalarında olduğu gibi ayrı bir anonim şirket şekline kurulmayacak; ancak bankanın merkezinin bulunduğu ülkede anonim şirket veya anonim şirket özelliklerini taşıyan bir şirket modeli şeklinde kurulması zorunluluk arz edecektir. Bu durum BankK. metninde yer almamakla birlikte, söz konusu tespiti iki şekilde ulaşılmaktadır: İlk olarak, Türk bankalarının kurulması hakkında var olan anonim şirket şeklinde kurulma zorunluluğunun, yabancı banka şubeleri için aranmayacak oluşu hakkaniyete aykırı bir durum meydana getirecektir. İkinci olarak, BankK. md. 9'da yer alan yabancı şubelerine ilişkin, bankanın merkezinin bulunduğu ülkede faaliyetlerinin yasaklanmamış olması şartı ile birlikte merkezinin bulunduğu ülkedeki bankacılığa ilişkin en üst merciin olumlu görüşünün aranması şartı da geniş yorumlandığında bu sonucu verecektir⁷¹. Dolayısıyla yabancı bankaların merkezlerinin bulunduğu ülkede anonim şirket veya anonim şirket benzeri şekilde kurulması zorunluluk arz edecektir. Ancak tek kişilik bankalar bakımından bu şart bir istisna ile karşılaşacaktır: Tek ortaklı bir yabancı bankanın Türkiye'de açılması sırasında, merkezin bulunduğu ülkede banka anonim şirketinin tek ortaklı kurulması konusunda tek ortaklı kuruluş rejiminin ilgili ülke yasalarının kabul edilmesi gerekecektir. Hal böyle olunca, eğer menşei ülke kanunları tek kişilik anonim ortaklık veya ilgili ülke kanunlarına göre anonim ortaklık benzeri bir yapının bankalar için kurulmasına izin veriyor ise bu bankaların Türkiye'de kurulması yönünden bir engel karşılıklarına çıkmayacaktır.

⁷¹ Avrupa Ekonomi Topluluğu İkinci Banka Yönergesi de aynı yöndedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Tekinalp**, Banka Esasları, s. 141.

Yabancı banka şubesinin Türkiye’de kurulurken ayrıca bir anonim şirket kurulmasının gerekli olmadığı belirtildikten sonra, BankK. md. 9’da düzenlenen tek kişilik yabancı banka şubelerinin açılmasına ilişkin şartların neler olduğunu incelemek gereklidir. Bu şartlardan ilki yabancı banka şubesinin merkezinin bulunduğu ülkede faaliyetlerinin yasaklanmamış olduğudur. Merkezinin bulunduğu ülkede esas faaliyet konusuna ilişkin olmayan, ilgili ülkenin yerel mevzuatına göre esas faaliyet dışındaki konularda faaliyetleri yasaklanmış olan bankalar, Türkiye’de yasaklandıkları konuda faaliyet izni alamazlar. Madde hükmünde söz konusu bankaların yalnızca yasaklanan konularda faaliyet izni alamayacağı belirtilmiştir. Şu halde, banka merkezinin bulunduğu ülke mevzuatına göre yasaklı bankaların Türkiye’de şube açmalarında ve yasaklı oldukları konu hariç olmak üzere bankacılık faaliyetleri ile iştigal etmelerinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu bankaların Türkiye’deki şubelerinde, yasaklanan konularda faaliyette bulunmaları mümkün değildir⁷².

BankK. md.9’da belirtilen bir diğer şart, merkezi yurt dışında bulunan bankanın, merkezinin bulunduğu ülkedeki yetkili mercilerin, Türkiye’de faaliyet göstermesine ilişkin olumsuz bir görüşünün olmamasıdır. Bu durum merkezi Türkiye’de bulunan bankaların, yurt dışında şube açmak istemeleri halinde de böyledir⁷³. Buna göre, öncelikle halihazırda faaliyetlerin bulunduğu ülkedeki makamların olumsuz görüşü bulunmayacak, sonrasında Türkiye’de şube aç-

⁷² BankK. md.9/2 ‘de yasaklanan konu yalnızca merkezinin bulunduğu ülke ile ilgilidir. Banka merkezinin dışında bir başka üçüncü ülkede faaliyetlerin yasaklanması konusu hüküm dışında bırakılmıştır. O halde, üçüncü bir ülkede faaliyetleri yasaklanan bankaların Türkiye’deki şubelerinde durum ne olacaktır? Kanaatimizce bu durumda, kuruluş ve faaliyet izni hakkındaki hükümlerin düzenlendiği BankK. 7. ve 10. maddeler çerçevesinde Kurula takdir yetkisi verilmelidir. İlgili bankaya kuruluş izni verilip verilmemesi ve hangi konularda faaliyet izni vereceğini Kurulun takdir yetkisindedir. Bu noktada Kurula takdir yetkisi verilmesi yadırganmamalıdır. Zira her ne kadar esas faaliyetler hakkında üçüncü ülkelerde faaliyetin yasaklanması konusu Türkiye’de yürütülecek bankacılık faaliyetleri için kurulacak banka açısından risk arz etse de ülkelerin konjonktürel olarak değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır. Ülkelerin mevzuat farklılıkları, ekonomik gelişmişlikleri gibi faktörler bankaların faaliyetleri açısından sorunlar meydana getirebilmektedir. Bu nedenle Kurul tüm faktörleri göz önüne alarak değerlendirmede bulunacaktır. (Aynı yönde görüş için bkz. **Alıcı**, s. 137). *Taşdelen* bu noktada farklı düşünülmektedir. Yazara göre; bulunduğu ülke kavramı ile açıklanmak istenen husus hem merkez hem de şubeleri kapsamaktadır: **Taşdelen**, s.217.

⁷³ Türk bankalarının yurt dışında bir ülkede banka şubesi açmaları BDDK’nın olumsuz görüşünün bulunmamasına bağlıdır (md. 14).

labilmesi için BDDK kuruluş ve faaliyet izni verecektir⁷⁴. Bu durum tek kişilik yabancı bankalar bakımından aynıyet içermektedir.

Tek kişilik yabancı bankalar açısından genel kurul ve yönetim kurulu hakkındaki hükümler genel olarak Türk bankalarında olduğu gibidir. Ancak BankK. yabancı bankaların yönetim kurulları hakkında md. 23/2’te özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre Türkiye’de şube açmak suretiyle faaliyette bulunan yurt dışında kurulu bankaların Türkiye’deki yönetim merkezlerinde, yönetim kurulu yetki ve sorumluluklarını taşıyan, merkez şube müdürünün de dâhil olduğu en az üç kişilik bir müdürler kurulu oluşturmaları zorunludur. Ayrıca madde hükmüne göre müdürler kurulu yönetim kurulu hükmünde olacaktır. Görüldüğü üzere BankK. yabancı bankaların yönetim kurulları hakkında özel bir düzenleme getirmiştir. Bu nedenle, daha önce de belirttiğimiz gibi, tek kişi bankaların yönetim kurulları, TTK hükümlerinden ayrılacak ve BankK. özel hükümleri gereğince en az üç kişilik yönetim kurulunu bünyesinde barındırması gerekecektir. Öte taraftan, tek kişi banka anonim ortaklığının kurucusunun sahip olması gereken nitelikler daha önce belirttiğimiz ve BankK. md. 8’de belirtilen nitelikler ile benzerlik arz etmektedir. Buna göre kurucu, BankK. md. 8’de belirtilen banka kurucularının sahip olması gereken vasıflara tek başına sahip olmalıdır. Bunun yanında tek kişilik bankanın şubeleri de yine BankK.’nda belirtilen esasları taşıması gereklidir.

C. Tek Kişilik Bankalar Hakkındaki Mevcut Durum

Türk ve yabancı bankaların tek kişi olarak kurulması hakkındaki düzenlemelerden sonra bu konudaki mevcut durumu belirtmekte fayda bulunmaktadır. Her ne kadar Türkiye’de kurulu bulunan yabancı bankaların tek kişi olarak

⁷⁴ Yurt dışında kurulu bankanın ilk şubesi, merkez şubenin bulunduğu yer ticaret siciline tescil olmalıdır. Bu banka, bankacılık faaliyeti ile işgal edeceği için hem banka olduğunu hem de şube olduğunu gösterir ifadeleri ticaret siciline belirtmeli ve ticaret unvanında taşınmalıdır (TTK md. 48/3). Merkezi yurt dışında bulunan şirketlerin, ticaret sicillerinde, “Türkiye şubesi” ifadesini kullanıp kullanamayacağı veya bu izni Bakanlar Kurulu izni ile kullanması konusu doktrinde tartışılmıştır. *Karayalçın*, bu vasfın kullanılmasında Bakanlar Kurulu’ndan izin alınmaması gerektiğini savunurken; Yargıtay Ticaret Dairesininin 30.5.1958 tarihli, 149 esas numaralı, 1468 sayılı kararında Bakanlar Kurulu’ndan izin alınması gerektiğini belirtmiştir: **Yaşar Karayalçın**, (1968). Ticaret Hukuku I- Giriş, Ticari İşletme. 3. Baskı. İstanbul, s,376; **Eriş Gönen** (1987). Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I. Ankara, s. 358.

kurulup kurulmadıkları, menşei ülkelerindeki ortaklık sayıları bilinmediği için tespit edilemese de Türk bankacılık sektörü bakımından bir durum değerlendirilmesi yapılabilmektedir.

TTK'nın kabulünden önce tek kişilik anonim ortaklıklara benzer şekillerde kurulan istisnai kuruluşlar bulunmaktaydı⁷⁵. Bu kuruluşlar devlet tarafından kurulan kamu iktisadi teşebbüsleridir (KİT)⁷⁶. Devlet tarafından kurulan KİT'ler tek kişilik anonim şirket modeli şeklinde kurulmuş ancak, anonim şirket olarak isimlendirilmemişlerdir⁷⁷. Söz konusu kuruluşlar, kuruldukları KHK'lar uyarınca, anonim şirket esasına göre kurulmaktadır. Ancak bu kuruluşların kurulması için eski TTK md. 247'de belirtilen beş kurucunun bulunması şartı aranmamaktadır⁷⁸. Dolayısıyla KİT'ler beş kişiden az kurucuya sahip anonim şirketlerdir. KİT olarak hizmet veren kuruluşlardan bazıları da bankalardır. Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi, Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketleri, KİT olarak hizmet veren bankalardır. Bu bankalar Türkiye'de belirli sektörlerde hizmet vermesi bakımından devlet tarafından kurulmuş bulunan ve tek kişi ortak olarak devlet tüzel kişiliğinin bulunduğu bankalardır⁷⁹. Her ne kadar KİT olarak kurulmuş olsalar da, tek kişi ortaktan meydana gelen bu bankalar, tek pay sahibi ortak olarak bankaların kurulması konusunda örnek teşkil etmektedir. Söz konusu bankalar 4603 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenmiştir⁸⁰. Bu Kanun sonrasında Ziraat Bankası, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat

⁷⁵ Tek kişilik ortaklık meselesi her ne kadar TTK kapsamında yeni kabul edilen bir düzenleme olarak görülse de Türk hukukunda geçmişte ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: **Atabek**, s. 54; **Yılmaz Altuğ** (1971). Tek Kişilik Şirket. **Özel** İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, S. 47, s. 20 vd.

⁷⁶ **Aydoğan**, s. 124.

⁷⁷ KİT Hakkında KHK md. 2/1'de KİT (233 Sayılı KHK, RG: 18.6.1984, S: 18435-Mükerrer), "İktisadi devlet teşekkülü ve kamu iktisadi kuruluşlarının ortak adıdır" şeklinde tanımlanmıştır. İktisadi devlet teşekkülü, sermayesinin tamamı devlete ait olan ve iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet gösterecek olan KİT'lerdir (Değişik: 24.11.1994-4046/34 md.). Kamu iktisadi kuruluşları ise sermayesinin tamamı devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üretmek ve pazarlamak üzere, kamu yararına hizmet veren kuruluşlardır (md. 2/3).

⁷⁸ **Aydoğan**, s. 125.

⁷⁹ Devletin en üstün erk olması nedeniyle, devletin tüzel kişi olup olmadığı, daha genel anlamda devletin kişiliği meselesi doktrinde tartışılmıştır. Doktrinde ağırlıklı görüş devletin bir tüzel kişi olarak var olduğu yönündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Kemal Gözler** (2007). Devletin Genel Teorisi. Bursa: Ekin Kitapevi, s. 6, <<http://www.anayasa.gen.tr/dgt-devletkavrami.pdf>>, Erişim Tarihi: 11.7.2014

⁸⁰ RG: 25.11.2000, S: 24241.

Bankası Anonim Şirketine dönüştürülmüştür⁸¹. Ziraat Bankası Anonim Şirketi Esas Sözleşmesine göre, Bankanın sermayesinin tamamı ödenmiş olup, hepsinin Hazine'ye ait olduğu belirtilmiştir⁸². Görüldüğü üzere, Ziraat Bankası tek kişi ile kurulan bir banka anonim ortaklığı olarak hizmet vermektedir.

Tek kişi banka ortaklığına bir diğer örnek OYAK Bank'tır⁸³. OYAK Bank, KİT şeklinde kurulan devlet bankalarının dışında kurulmuş bir bankadır. Banka ortaklığı, tek ortak olarak Ordu Yardımlaşma Kurumu⁸⁴ tüzel kişiliğidir. Söz konusu durum Danıştay 15. Dairenin vermiş olduğu bir kararda belirtilmiştir⁸⁵. Karara göre "...Dosyanın incelenmesinden, OYAK Bank Anonim Şirketi'nin sermayesinin yüzde yüzüne tekabül eden Ordu Yardımlaşma Kurumunun sahip olduğu hisselerin, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 12.12.2007 tarih ve 2416 sayılı kararı ile ING Bank N.V. tarafından doğrudan, ING Group N.V. ve Stichting ING Aandelen tarafından dolaylı devralınmasına izin verildiği, anılan karar uyarınca Ordu Yardımlaşma Kurumu tarafından ... YTL nominal değerli ... adet hissenin ING Bank N.V. 'e; 1'er YTL nominal değerli 8 adet hissenin de kararda adı geçen diğer şahıslara devredildiği, OYAK Bank Anonim Şirketi Yönetim Kurulu'nun 24.12.2007 günlü, 1 sayılı kararı ile söz konusu hisse satışının Banka ortaklar defterine kaydedildiği; sonrasında davacı Şirketin OYAK Bank A.Ş. olan ticaret unvanının ING Bank A.Ş. olarak değiştirildiği..." şeklindedir. Görüldüğü üzere tek sahibi olarak kamu tüzel kişiliğinin bulunduğu bankalar dışında, tek pay sahibi olarak özel hukuk tüzel kişiliğinin de bulunduğu bankaların kurulması hukuken mümkün görülmektedir.

SONUÇ

Sonuç olarak Türkiye'de örgütlenen yabancı banka şubesinin tâbiyeti tayin edilirken kanun koyucu merkez yeri kriteri uyarınca hareket ederken, bankacı-

⁸¹ Aydoğan, s. 126.

⁸² Ziraat Bankası İnternet Sitesi <<http://www.ziraat.com.tr/tr/Bankamiz/Yatirimcilliskileri/Documents/AnaSozlesme.pdf>> (Erişim Tarihi: 1.10.2013).

⁸³ OYAK Bank 1984 tarihinde bankacılık hizmeti vermeye başlamış, 2008 yılında ING Bank ortaklığına devredilmiştir.

⁸⁴ Ordu Yardımlaşma Kurumu (OYAK), Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı olmak ve Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarına sosyal yardımları sağlamak üzere 205 sayılı (RG: S, 10702, T: 9.1.1961) Ordu Yardımlaşma Kurumu Kanunu çerçevesinde kurulmuştur.

⁸⁵ Danıştay 15. Daire E. 2011/12942, K. 2011/3325, T. 2.11.2011, RG: S. 28253, T. 3.4.2012.

lık sektöründe aktif bulunan kuruluşlar uygulamada meydana gelen sorunlar ve ICSID tahkiminden kaynaklanan gereklilikler nedeniyle kuruluş yeri sistemini tercih etmektedirler. Kanun koyucunun tercih ettiği merkez yeri kriterinin yansımalarının görüldüğü BankK. md. 9'a göre yabancı banka şubeleri Türkiye'de açılırken, şube olmanın gerekliliği olarak tüzel kişiliği olmayan; ancak, bir nevi bağımsız bir banka şeklinde örgütlenen bir yapı ortaya çıkmıştır. Bu durum 2001 krizinde en çok etkilenen kurumlar olan bankaların, olası bir bankacılık krizinden etkilenmesinin önüne geçilmesi ve bankaların güven kuruluşu olmalarının bir sonucudur. Tek kişilik yabancı bankaların Türkiye'de açılmaları bakımından bankanın tek kişi olarak örgütlenmesinin önündeki tek istisna, bankanın menşei ülkesinin tek kişi şirketlerin ve daha özelinde tek kişi bankaların kuruluşuna izin vermesi halinde mümkün olmaktadır. Türk bankaları açısından ise 6102 sayılı TTK ve BankK.öncesindeki ortaklı yapıların görüldüğü ve hatta tek ortaklı KİT şeklinde kurulan bankaların var olduğu tespit edilmiş; bu durum yargı kararlarına da konu olmuştur. Hal böyle olunca merkez yeri Türkiye olan tek kişi bankaların kurulması hakkında herhangi bir engel olmadığı tespiti yapılmıştır.



KAYNAKÇA

- Ahmet Battal** (2007). Bankacılık Kanunu Şerhi. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Aysel Çelikel/ Günseli Öztekin-Gelgel** (2013). Yabancılar Hukuku. Yenilenmiş 19. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Başak Şit** (2012). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Karşısında Banka Anonim Şirketi. Ankara: BATİDER, C. 28, S. 4, s. 178-192.
- Emre Esen** (2002). Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı. İstanbul: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni. C. 22, S. 2, s. 183-207.
- Erdoğan Göğçer** (1972). Türk Tâbiiyet Hukuku. Ankara: Sevinç Matbaası.
- Ergin Nomer**(2014). Türk Vatandaşlık Hukuku. 20. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Eriş Gönen** (1987). Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I. Ankara.
- Ernst E. Hirsch.** (1948). Ticaret Hukuku Dersleri. 3. Baskı. İstanbul: Hak Kitapevi.
- Ersin Çamoğlu/ Ünal Tekinalp/ Reha Poroy**(2014). Ortaklıklar Hukuku Cilt 1. 13. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapevi.
- Fatih Aydoğan** (2012). Tek Kişi Ortaklığı. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Gülin Güngör** (2012). Tâbiiyet Hukuku. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- H. Ercüment Erdem** (1992). KİT'lerin Tacir Sıfatı. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye Yayınları.
- Hasan Pulaşlı** (2013). Şirketler Hukuku Genel Esaslar (Şirketler). Güncellenmiş 2. Baskı. İstanbul: Adalet Yayınları.
- Hediye Sayın** (2008). Tek Kişilik Ortaklık. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Basılmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Hicri Fişek** (1959). Türk Vatandaşlık Hukuku. Ankara.

J. P. Niboyet (1952). Şirketlerin Hakikaten Bir Tâbiyeti Mevcut Mudur?. (Çev: H. Fişek). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 3-4.

Kemal Çevik (1998). Fransız ve Türk hukukunda Tek Ortaklı Şirket-Sınırlı Sorumlu Ticari Şirket. Ali Bozer'e Armağan. BATİDER, s. 37-55.

Levent Başak (2007). Türkiye'de Yabancı Banka Hukuku ve Yabancı Bankalar ile İlgili Bazı Hususların Analizi. İstanbul. Bankacılar Dergisi. S. 63, s. 6-21.

Mehmet Bahtiyar (2012). Ortaklıklar Hukuku. 7. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Mustafa Erkan (2013). Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları. Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Muzaffer Eroğlu (2008). Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirketler. Legal Hukuk Dergisi, S. 64, s. 1253-1268.

Nihal Uluocak (1964). Genel Olarak Şirketlerin Tâbiyeti. Ankara: III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (13-18 Mayıs).

Osman F. Berki (1961). Devletler Hususi Hukuku. Ankara. C. 1.

Özlem Coşgun(2013). Şirketler Hukuku (Ed. Sami Karahan). İkinci Baskı. Konya: Mimoza Yayıncılık.

Sibel Özel (2012). Tapu Kanunu Md. 35'de Yapılan Değişiklik Tasarısının Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi. İstanbul: İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 2, s. 37-48.

Ramazan Gönen (2012). Yeni TTK'da Tek Kişilik Anonim Şirketler. İstanbul: İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 3, s.210-220.

Reşat Atabek (1937). Tek Şahıslı Şirketler. İstanbul: İstanbul Barosu Mecmuası, C. XI, S. 2.

Sabih Arkan (2012). Ticari İşletme Hukuku. On Altıncı Baskı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Sami Karahan (2012). 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Hâkim Ortak Kavramı ve Bu Kavrama Bağlanan Hukuki Sonuçlar. İstanbul: Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi.

Servet Taşdelen (2006). Bankacılık Kanunu Şerhi. Ankara: Turhan Yayıncılık.

Seza Reisoğlu (2007). Bankacılık Kanunu Şerhi. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık.

Soner, Altaş (2011). **Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ön-Anonim Şirket ve Anonim Şirketin Tüzel Kişilik Kazanması. Yaklaşım Dergisi. S. 221.**

Ünal Tekinalp (2007). Tarihi Gelişim İçinde Tek Ortaklı Şirketler Sorunsalı ve Türk Hukukunun Bu Konudaki Açılımı (Tek Ortaklı Şirketler). Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. 1.

Ünal Tekinalp (2009).Banka Hukuku Esasları. Yeniden Basılmış İkinci Bası. İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Ünal Tekinalp (2013). Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle. Güncelleştirilmiştir 3. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapevi.

Vahit Doğan (2012).Türk Vatandaşlık Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Yaşar Karayalçın(1968). Ticaret Hukuku I- Giriş, Ticari İşletme. 3. Baskı. İstanbul.

Yılmaz Altuğ (1971). Tek Kişilik Şirket. **Özel** İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, S. 47.

ULUSLARARASI VERGİ HUKUKUNDA GERÇEK LEHDAR KAVRAMI

The Concept of Beneficial Ownership in International Tax Law

Ahmet Emrah GEÇER*

ÖZET

Gerçek lehdar kavramı uluslararası vergi hukukunda genel olarak kabul görmesine ve hemen hemen tüm çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında kullanılmasına rağmen, terimin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda görüş birliği oluşmamıştır. OECD Model ve Birleşmiş Milletler Model Vergi Anlaşmaları 10, 11 ve 12. madde hükümleri çerçevesinde “gerçek lehdar” müessesesi, çifte vergilendirme anlaşmalarında yer alan faiz, temettü ve gayri maddi haklarından doğan kazançlara ilişkin olarak geliştirilmiş bir güvenlik mekanizmasıdır. Kural olarak sözü edilen kazançlara ilişkin vergilendirme yetkisi, ödemenin yapıldığı kişinin mukim olduğu ülkeye aittir. Ancak, bu kazançlardan bazıları için gelirin doğduğu kaynak ülke de üst sınırı belli olmak üzere vergilendirme yetkisini kullanabilmektedir. Bununla birlikte, bu üst sınırlama, ilgili ödemelerin yapıldığı diğer anlaşma devleti mukiminin ilgili gelirin gerçek lehdarı olduğu durumlarda geçerlidir. Bu bağlamda, milli mahkemeler anahtar terim olan gerçek lehdar kavramını farklı şekillerde yorumlamışlardır. Gerçek lehdar müessesesinin hukuki niteliğinin farklı yorumlanması, ilgili kazancın çifte vergilendirmesine veya hiç vergilendirilmemesine yol açmaktadır. Dolayısıyla, bu durum uluslararası sermaye hareketlerini engellemekte ve devletlerin bütçelerini finansal yönden negatif etkilemektedir.

Bu makalede, ilk olarak gerçek lehdar kavramının tarihi gelişimi ve son zamanlarda uluslararası vergi hukuku mevzuatındaki gelişimi ele alınacaktır. Müessesenin daha iyi anlaşılması amacıyla önde gelen mahkeme kararları ve doktrindeki tartışmalar incelenecektir. Sonrasında, OECD Komisyonunun 2011 ve 2012 yıllarında gerçek lehdar kavramı üzerine çıkardığı tasarılar ayrıntılı olarak tetkik edilecektir. Ardından, gerçek lehdar teriminin Türkiye’deki uygulamasına özetle değinilecektir. Son olarak ise gerçek lehdar kavramının yorumlanması hakkında düşüncelerimiz sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Gerçek Lehdar, OECD Model Vergi Anlaşması, Çifte Vergilen-

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk A.B.D. , LL.M. King’s College London, ahmetemrah1985@hotmail.com

dirmeyi Önleme Anlaşması, Anlaşma Alışverişi, Vergiden Kaçınma, Vergi Kaçakçılığı, Ekonomik Yorum, Hukuki Yorum

ABSTRACT

Despite the fact that the concept of beneficial ownership is widely accepted in international tax law and is applied almost all double taxation conventions, there is no consensus regarding the legal nature of it. Beneficial ownership included in OECD Model and UN Model Tax Conventions Articles 10, 11 and 12, is an improved security provision relating to income arising from interest, dividends and royalties in double tax conventions. In principle, those income arising a contracting state and paid to a resident of the other contracting state may be taxed that other state. Income arising from interest and dividends, however, may also be taxed in the contracting state in which it arises. In this regard, as a key term, beneficial ownership has been interpreted by national courts distinctively. It may give rise to double taxation and double non-taxation. It, hence, may hinder international capital movements and in some instances affect negatively the budget of national fiscal institutions.

In this Article, first of all, the notion of beneficial owner will be mentioned in the light of the historical background and the recent developments of the term in international tax law. Subsequently, it will demonstrate leading interpretations on the meaning of beneficial ownership by reference to critical cases and doctrine in order to shed on light the issue. After that, OECD Discussion Draft 2011 and the OECD Revised Proposals 2012 relating the concept of beneficial ownership will be examined critically. Afterwards, the application of beneficial ownership in Turkey will be analysed briefly. Finally, it will make suggestions concerning the concept of beneficial ownership.

Key Words: Beneficial Ownership, OECD Model Tax Convention, Double Taxation Convention, Treaty Shopping, Tax Avoidance, Tax Evasion, Economic Interpretation, Legal Interpretation



GİRİŞ

Emtia, sermaye ve emek pazarlarının uluslararası arenada bütünleşmesi olarak tanımlanan küreselleşme¹, uluslararası ticaret üzerindeki hukuki sınırları azaltma yolu ile milletlerarası ekonomik ve sosyal etkileşimi önemli de-

¹ World Trade Report, (2008), "Trade in a Globalizing World", World Trade Organization, s. 15

recede artırmaktadır. Bu durum, girişimcileri yeni pazarlar aramaya sürükler ikenrakipleri karşısında kendi mevcut pazar paylarını güvence altına almaları yönünde uygulamalar geliştirmelerini de teşvik ettirmektedir.² Günümüz ticaret dünyasında yaşanan bu gelişmeler neticesinde global ölçekte faaliyet gösteren girişimcilerin, toplam vergi yüklerini minimum seviyeye indirmek için ülkeler arası boyutta yapay düzenlemelere (artificialarrangement³-artificielarrangement⁴)⁵ başvurmaları, özellikle gelişmiş maliye kurumu olmayan ülkelerin kamu finansmanını olumsuz yönde etkilemektedir. Diğer yandan, tesis edilen bu tür suni yapılanmalar sonucu vergi gelirleri azalan devletler, çifte vergilendirme anlaşmalarını nazara almaksızın iç hukuk kuralları ile uluslararası ticari yaşama kritik müdahalelerde bulunma eğilimine girmektedirler. Bir başka önemli mesele ise devletlerin vergi anlaşmalarında mevcut sözleşme hükümlerini kendi iç hukuk kuralları ışığında çözme yanlısı tavır sergilemeleridir. Bu tür milli uygulamaların,sermaye hareketlerinin gün geçtikçe akışkan hale geldiği dünyada, çifte vergilendirme⁶ meselesini daha ciddi boyutlara taşıdığı görülmektedir.

Bilindiği üzere devletler, uluslararası çifte vergilendirmenin önlenmesi için çift ve çok taraflı anlaşmalara taraf olmaktadırlar. Türkiye'nin de üyesi olduğu Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) tarafından ihdas olunan Model Vergi Anlaşmasınının 1. maddesine ilişkin Şerhmetninde; "*çifte vergilendirmele-*

² Kryzhanovskaya, Elena, (2012), "*The Beneficial Ownership in Civil Law Countries: Scandinavian Perspective*", Lund University, School of Economics and Management,s.1

³ Sol, Picciotti, (2004), "*International Business Taxation*", Cambridge University Press, s. 77-81

⁴ Mardelle, Nicolas, (2013), "*Vers Des Exigences Fiscales Agressives de la Part de l'ocde*", Revue Sorbonne Ofisi Université Paris Panthéon - Sorbonne, s. 1; Etudes Fiscales Internationales, (2014), "*Abuse de droit et substance économique*", V2 EFI, s. 3-4

⁵ Avrupa Komisyonu Agresif Vergi Planlamasına ilişkin 6.12.2012 tarihli Tavsiye Raporunda, vergi hukuku alanında yapay düzenleme müessesesi "özünde hiçbir ticari amaç olmaksızın tasarlanan yapay düzenleme/ düzenlemelere denir" şeklinde tanımlamıştır. İngilizcesi: "An arrangement or a series of arrangements is artificial where it lacks commercial substance" - Fransızcası: Un montage ou un ensemble de montages est réputé artificiel lorsqu'il n'a pas de realite commercial ecliquer.

⁶ Çifte vergilendirme literatürde 2 ana şekli ile karşımıza çıkmaktadır. İlki, "hukuki çifte vergilendirme" (juridical double taxation): aynı dönemde, aynı kişiler adına ve aynı konu üzerinden verginin tarh edilmesidir. "İktisadi çifte vergilendirme" (economic double taxation): Aynı gelir üzerinden farklı kişiler adına verginin tarh edilmesidir. Miller, Angharad; Oats, Lynne, (2012), Principles of International Taxation, Bloomsbury Professional, 3. Basi, s. 77-78

rin önlenmesine ilişkin akdedilen anlaşmaların ana amacının akit devletlerarasında emtia ve hizmet değişimini ve ilaveten sermaye ve emek serbestisini teşvik etmektir” cümlesi yer almaktadır.⁷ Buradan da anlaşılacağı üzere, devletlerarası akdedilen vergi anlaşmalarının temel gayesi, “globalleşme” tanımı ile paralellik arz etmektedir. Günümüz dünyasında çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının iki temel görevi vardır. Birincisi, uluslararası vergi meselelerinde, devletlerin usulüne uygun şekilde iç hukuk normları ve uluslararası anlaşmalar bünyesinde önceden öngörülmüş vergi gelirlerine sağlıklı bir şekilde kavuşmasının sağlanmasıdır.⁸ İkincisi ve üstünde daha çok durulan nokta ise, devletlerin uluslararası sermaye hareketlerine ve uluslararası ticarete mümkün mertebe müdahale etmemesi için gerekli ortamın oluşturulmasıdır.⁹Bu sebeple, OECD ve Birleşmiş Milletler gibi uluslararası kuruluşlar, model çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları geliştirmişlerdir.¹⁰ Model vergi anlaşmalarının içeriği incelendiğinde, devletlerin vergi gelirlerinin aşınmasına sebebiyet veren anlaşma alışverişini (treaty shopping-le chalandage fiscal¹¹) engellemek için birçok normun ihdas edildiği görülmektedir. Bu kuruluşların, devletlerin ilgili normları kullanmasını teşvik ettikleri gözlemlenmektedir.¹² Ancak vergi

⁷ OECD Model Vergi Anlaşması 2010 Şerhi, Madde 1, Paragraf 7

⁸ İç hukuk, vergi koyma kurallarını ihdas ederken, uluslararası vergi anlaşmaları vergi koymaz, aksine iç hukuk kurallarınca konulmuş verginin sınırlandırılması meselesini düzenler. Yalıtı, Billur, (2011), “*Türk Vergi Anlaşması Uygulamasına İlişkin Görüşler*”, Tebliğ Metni, Kadir Has Üniversitesi & İsviçre-Türkiye Araştırmalar Vakfı “İsviçre-Türkiye Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması’nın Temel Esasları” Sempozyumu, s.2; Vogel, Klaus,(1997), “*Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*”, Kluwer International Law, s. 561- 562 Bu sebeple, uluslararası vergi ihtilaflarında iki kurumun birlikte göz önüne alınması zorunluluk teşkil eder. Uluslararası vergi anlaşmalarında, taraf devletler, çifte vergilendirilmenin önlenmesinin yanında, vergi mükelleflerinin vergi kaçırma ve vergiden kaçınma için yaptığı işlem ve fiillere karşı harekete geçme saiki içinde olduğu kabul edilmektedir.

⁹ Knoll, Michael S., (2011), Reconsidering International Tax Neutrality, Tax Law Review, Cilt 64, s. 100-101

¹⁰ OECD ve Birleşmiş Milletler sadece hukuki çifte vergilendirmenin ortadan kaldırılması amacıyla örnek vergi anlaşmaları oluşturmakta, ekonomik çifte vergilendirmenin çözümünü anlaşma tarafı olan devletlerin takdirine bırakmaktadır.

¹¹ Ward, David A., (2008), “*Accès aux bénéfices dé coulant des conventions fiscales*” Rapport de recherche préparé pour le Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale, s.4

¹² Uluslararası vergi hukuku uygulamasında, anlaşma alışverişini (treaty shopping) önlemek için başvurulan başlıca kurallar: “Diğer akit devlette vergilendirme şartı”(the subject to tax); Özellikle Amerikan ve Çin hukuk sistemlerinde uygulama alanı bulup sonrasında ÇVÖA’larına eklenmeye başlanan “ikamet eden kişiler üzerinde sınırlandırılması”(Limitation on resi-

anlaşmalarının suistimalinin önüne geçilmesi gayesiyle konulan bu kurallar, uluslararası vergilendirme uygulamasında, milli mahkemeler ve vergi idareleri tarafından farklı yorumlanması sebebiyle tartışma yaratabilmektedirler. Bu tartışmanın getirdiği hukuki belirsizlik uluslararası ticaretin önünde kritik engeller silsilesi oluşturabilmektedir.¹³

Uluslararası vergi hukuku alanında genel kabul görmüş olmasına rağmen en çok tartışılan ve hukuki belirsizliğin ciddi boyutta olduğu terimlerden biri de “gerçek lehdar” (beneficial ownership – b n ficiaire effectif¹⁴) konseptidir. Özetle ifade etmek gerekirse, OECD Model ve Birleşmiş Milletler Model Vergi Anlaşmaları 10, 11 ve 12. maddelerinde yer alan gerçek lehdar terimi,¹⁵  ifte vergilendirme anlaşmalarında yer alan faiz, temettü ve gayri maddi haklara ilişkin hükümlerin kötüye kullanılmasının engellenmesi için tasarlanmış bir düzenlemedir. Prensip olarak vergilendirme yetkisi söz konusu kazancı elde

dence); İngiliz hukuku kökenli “gerçek lehdar”(beneficial owner); Kanal yaklaşımı (channel approach); Roma hukuku menşeli iyi niyet koşulları (bona fide clauses); Amerikan hukuku kökenli “yararın sınırlandırılması”; (limitation on benefits); “dışlama yaklaşımı” (exclude approach); “saydamlık testi”(look through approach) Van Raad, Kees, (2012), *“Materials on International & EU Tax Law”*, Cilt 1, 12. Bası, s. 85-91

¹³ Milli mahkeme ve mali kurumların uluslararası vergi hukukundaki müesseselerin farklı yorumlamasından ötürü  ifte vergilendirme sorunu ortaya çıkmakta ve dolayısıyla kişilerin mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir. 1789 İnsan Hakları Bildirgesinde  ağdaş anayasalara damgasını vuran iki temel ilke, temsilsiz vergi olmaz ve vergide eşitlik ilkeleri yer alır. Mülkiyeti dokunulmaz ve kutsal bir hak kabul eden Bildirge, vergilendirmenin eşit ve temsilcileri vasıtasıyla yapılması durumunda, vergilendirmenin meşrutiyeti yanında mülkiyete müdahalenin de meşrutiyetini kabul eder. Bildirgede yer alan bu ilkeler bugün demokratik toplumların anayasalarının vergilendirme ile ilgili hükümlerinin temeli sayılmaktadırlar. Saban, Nihal, (2014), *“Vergi Hukuku,”* Beta, 6. Bası, s.3. Mülkiyet hakkı, yaşam ve hürriyet hakları ile beraber tüm insan hakları mücadelesine rengini veren haklar arasındadır. Gemalmaz, Mehmet Semih, (2007), *“Ulusal  st  İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş,”* Legal, 6. Bası, s. 22-25. Uluslararası Hukukta mülkiyet hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, H. Burak, (2009), *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı,”* Beta.

¹⁴ Oberson, Xavier, (2002), *“Coordination entre l’UE et la Suisse de l’imposition des revenus de l’ pargne,”* Institut europ en de l’Universit  de Gen ve, s.169

¹⁵ Gerçek lehdar kavramı, Birleşmiş Milletler Model Vergi Anlaşmasına, OECD Model Vergi Anlaşmasından iktisap edilmiştir. Keza Birleşmiş Milletler Model Vergi Anlaşması 10. Madde şerhi 1. ve 2. paragrafında bu durum açıklanmıştır. Bu terimin taşıdığı anlam iki Model Anlaşma içinde aynıdır. Bkz. *“United Nations Model Taxation Convention Between Developed and Developing Countries,”* (2011), New York, s. 176 vd. Bu sebeple makalemizde, gerçek lehdar teriminin açıklığa kavuşturulması amacıyla öncelikle OECD Model Vergi Anlaşması Maddeleri ve şerhi dikkate alınacaktır. Yeri geldiğinde, Birleşmiş Milletler Model Vergi Anlaşmalarına da değinilecektir.

edenin mukim olduğu ülkeye aittir. Ayrıca, Anlaşma maddeleri uyarınca, bu kazançlardan bazıları için¹⁶ üst sınırı belli olmak üzere ilgili gelirin doğduğu kaynak ülkeye de vergilendirme yetkisi tanınabilir. Bununla birlikte, bu üst sınırlama, ilgili ödemelerin yapıldığı diğer anlaşma devleti mukiminin aynı zamanda ilgili gelirin gerçek lehdarı olduğu durumlarda geçerli olacaktır. Aksi durumda, ilgili gelirin kazanıldığı devlet, iç hukuk kurallarına göre sınırlandırma yapmaksızın bu gelirler üzerinde vergilendirme yetkisini kullanabilecektir.¹⁷ Diğer yandan, OECD, Birleşmiş Milletler Vergi Anlaşmaları Modellerinde ve ülkemizin taraf olduğu birçok vergi anlaşmasında gerçek lehdar kavramı kullanılmasına rağmen, hukuksal boyutunun ne olduğu konusu belirsizliğini sürdürmektedir.¹⁸ Özellikle son yıllarda, çeşitli ulusal mahkemeler tarafından uygulanan farklı yorumlamalar, terimin uluslararası vergi hukukunda ne anlama geldiğinin kesin çizgilerle belirlenmesi gerektiğinedikkat çekmiştir. OECD Çalışma Grubu, gerçek lehdar kavramının anlamını açığa çıkarmak amacıyla tasarılar çıkarmış, konuyu tartışmaya açmıştır. Ancak, bazı noktalarda anlaşma sağlansa da kavramın anlamı hakkında tam bir görüş birliği mevcut değildir. Yakın bir zamanda, gelişmiş devletlerin uygulamasına paralel olarak ülkemizde yürürlüğe giren “transfer fiyatlandırılması” (transfer pricing-lesprix de transfert¹⁹)²⁰ gibi,

¹⁶ OECD Model anlaşmasında, gayri maddi haktan doğan kazançların vergilendirilmesi hakkı münhasıran ödemenin yapıldığı kişinin (gerçek lehdar olmak şartı ile) ikamet ettiği devlete bırakılmıştır. Bu nedenle, kaynak devlete tanınmış bir üst limit söz konusu değildir. OECD Model bu ayrıntısı ile Birleşmiş Milletler Model Anlaşmasından ayrılmaktadır. Unutulmamasıdır ki OECD ve Birleşmiş Milletler Model Anlaşmaları, devletlere aralarında çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla yapılan anlaşmalara sadece örnek teşkil etmektedir. Tek başına bağlayıcılığı yoktur, esas olan devletlerin taraf oldukları vergi anlaşmalarının kendi hükümleridir. Model Anlaşmalar, uygulamada yorum aracı olarak kullanılmakta, özellikle devletlerin bu kuruluşlara üye olması ve ilgili hükme çekince koymaması durumunda önemli bir kaynak teşkil etmektedir.

¹⁷ Li, Jinyan, (2012), “Beneficial Ownership in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case for Clarity”, Osgoode Hall Law School, Research Paper Series, no:4/2012, s.187

¹⁸ 1 Aralık 2014 itibarı ile Ülkemizin taraf olduğu ve yürürlükte bulunan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması sayısı 80’dir. Kar payı, faiz ve gayri maddi haklara ilişkin kazançlar için getirilen hükümleri içeren tüm anlaşmalarda gerçek lehdar terimi geçmektedir. (1970’li tarihlerde imzalanan vergi anlaşmalarında gerçek lehdar terimi kullanılmamıştır. Ancak bu anlaşmaların hepsi yakın tarihte revize edilerek gerçek lehdar kavramını içermişlerdir.) Ayrıntılar için Bkz. <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1236>

¹⁹ Ministère de l’Économie et des Finances et de l’industrie, (2006), les prix de transfert Guide à l’usagedes PME, Direction générale des impôts

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. “OECD Model Tax Convention on Income and on Capital 2010 Article 9 and OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinationals Enterprises and Tax Administration

gerçek lehdar müessesesinin de ayrıntılı incelemeye tabi tutulacağı düşünülmektedir. Bu sebeple, bu çalışmamızda uluslararası vergi hukukunda gerçek lehdar kavramı aşağıdaki plan çerçevesinde incelenecektir.

İlk olarak, gerçek lehdar kavramının ne anlama geldiğini anlayabilmek gayesiyle kökeni incelenecektir. Sonrasında, müessesenin üzerinde güncel tartışma noktalarının neler olduğuna değinilecektir. Devamında, uygulamada çoğu vergi anlaşmalarında gerçek lehdar kavramının tanımı yer almadığında, uluslararası vergi hukukunda anlaşma terimlerinin nasıl yorumlanması gerektiğiirdelenecektir. Müteakiben, AngloSakson hukuku ve Kara Avrupası hukuku uygulayan ülkelerin mahkemelerinde görülen önemli davalar gözden geçirilecektir. Ardından, OECD Çalışma Grubunun gerçek lehdar terimi hakkında yaptığı tasarılar incelenecek, ileri gelen görüşler tartışılacaktır. Sonrasında gerçek lehdar müessesesinin ülkemizde uygulamasına değinilecektir. Sonuç kısmındaki kavramın nasıl uygulanması gerekeceğine ilişkin görüşlerimiz sunulacaktır.

2. Uluslararası Vergi Anlaşmalarında Gerçek Lehdar Kavramının Gelişimi

Kavram uluslararası boyutta ilk kez 1945 tarihli Birleşik Krallık ve Birleşik Devletler (ABD) arasında Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması'nın hazırlık aşamasında tartışılmış ancak 1966 tarihli Protokol ile Vergi Anlaşması'na eklenmiştir.²¹ 1977 yılında ise, gerçek lehdar terimi OECD Model Konvansiyonun temettü, faiz ve gayri maddi haklara ilişkin hükümlerinde güvenlik müessesesi olarak dahil edilmiştir. Kavramın tanımı, Model Konvansiyonun metninde yapılmamıştır. Bununla birlikte, Model Şerhinde örneklendirme yöntemi ile gerçek lehdar kavramının hangi durumlarda kullanılabileceği hakkında bilgi verilmiştir. Buna göre, kazancın gerçek sahibi ile geliri ödeyen arasında bulunan acente

2010", Van Raad, Kees, (2012), "Materials on International & EU Tax Law", Cilt 1, 12. Bası, s. 843 vd.

²¹ United States, Technical Memorandum of Treasury Department Concerning Proposed Protocol Amending the Income Tax Convention between US and UK, (1966), Document 93-30729B. İngilizce metin: "...Relief from tax on dividends, interest and royalties... in the country of origin will no longer depend on whether the recipient is subject to tax in the other country, but will depend on the income being beneficially owned by a resident of the other country...Ayrıntılı bilgi için bkz. Oliver, David et al., (2000), "Beneficial Ownership", Bulletin for International Fiscal documentation,s.325; DuToit,C.,(2010),"The Evolution of the Term Beneficial Ownership in Relation to International Taxation over the Past 45 Years", Bulletin for International Taxation, Ekim, s. 502

veya vekil gibi hareket eden kişi veya kuruluşların olduğu durumlarda kaynak akit devletin vergilendirme yetkisi sınırlandırılmaz. Meğerki ilgili kazancın gerçek lehdarı, diğer akit devlette mukim olsun.²² Bu bağlamda, bazı yazarlar gerçek lehdar kavramının 1977 OECD Modelinde benimsenmesinin nedeninin münhasıran acente ve vekil gibi hareket eden kişilerin vergi anlaşmalarından yararlanmaması için getirildiğini düşünmektedir.²³ Ancak, OECD Model Şerhinin açık lafzından acente ve vekil kavramlarının sadece örnek olarak verildiği anlaşıldığından, biz bu fikre katılmamaktayız. 1986 tarihinde, OECD Çalışma Grubu, devletlerarası vergi anlaşmalarının suistimalinin önüne geçmek gayesiyle Kanal Şirketler Raporunu çıkarmıştır.²⁴ Raporun temel amacı, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarından yararlanmak için kurulan tüzel kişilerin, ilgili vergi anlaşmalarından yararlanmasının engellenmesi yolunda çözümler sunulması şeklinde ifade edilebilir. Bu Rapor, gerçek lehdar kavramına özetle: *“Hukuki olarak belli gelirlerin mülkiyetini elinde bulunduran kanal şirketler, bu gelirler üzerinde çok sınırlı bir tasarruf gücüne sahip ve sadece başkaları adına yediemin veya yönetici olarak hareket ediyorlarsa, bugelirleringerçek lehdarı olamazlar.”*²⁵ yorumunu getirmiştir. Bu bağlamda, Rapor, gerçek lehdar kavramının acente ve vekil olarak hareket edenlerin yanında, aynı rolü üstlenen ve aynı sonuçları doğuran tüzel kişiler (kanal şirketler) bakımından da uygulanması gerektiğini belirtmiştir. 2003 yılında OECD, Model Şerhinde, gerçek lehdar

²² İngilizce metin: *“the limitation in the state of source is not available when an intermediary such as an agent or nominee is interposed between the beneficiary and the payer unless the beneficial owner is a resident of the other contracting State.”*

²³ Baum, Steven; Watson, Gwendolyn, (2012), *“Beneficial Ownership as a Treaty Anti-Avoidance Tool?”*, TheCanadianTaxJournal, 60:1, s.149

²⁴ Uluslararası vergi hukukunda Kanal Şirketler Hakkında detaylı bilgi edinmek için bkz. Jain, Saurabh, (2013), *“Effectiveness of the Beneficial Ownership in Conduit Company Cases”*, IBFD, Hoor, Oliver R., (2010), *“The OECD Model Tax Convention A Comprehensive Technical Analysis”*, Legitech, s. 72-73, Krishna, Vern; Gervais, B. L., (2009), *“Treaty Shopping and the Concept of Beneficial Ownership in Double Tax Treaties”*, Canadian Current Tax, cilt 19, sayı 11, s. 140

²⁵ İngilizce metin: *“a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner of certain assets, it has very narrow powers which render it mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties.”* Fransızca metin: *“conclut qu’une société relais ne peut pas être considérée normalement comme le bénéficiaire effectifsi, bien qu’étant le propriétaire du revenudans la forme, elle ne dispose dans la pratique de pouvoirs très limités qui font d’elle un simple fiduciaire ou un simple administrateur agissant pour le compte des parties intéressées.”*

kavramını açıklığa kavuşturmak gayesiyle²⁶ tartışmaların ana kaynağını oluşturan değişikliklere gitmiştir.²⁷ Gerçek lehdar kavramının, dar ve teknik anlamda anlaşılmasını, bu konseptin ilgili vergi anlaşmasının içinde anlam verilmesi ve anlaşmanın amaçları ışığında değerlendirilmesi gerektiği hususu Modelin Şerhine eklenmiştir.²⁸ Özellikle bu düzenlemeden sonra, bazı milli mahkemelerin kavramı genel bir vergi suistimalini önleme müessesesi olarak yorumladığı gözlemlenmektedir. Diğer bir kısım ise, kavramı hukuki yaklaşım içerisinde çözmektedir. Başka bir anlatımla, eğer ilgili kazanç farklı bir kişiye aktarılırsa ve bu kişi diğer akit devletin mukimi ise vergi anlaşmasından yararlanmasına izin vermektedirler. Çünkü bu yorumun taraftarlarına göre söz konusu kazancın hukuki sahibi ayrıca o gelirin yararlananı (gerçek lehdar) olduğunu varsaymaktadırlar. Bir başka grup uygulamacı ise gerçek lehdar kavramının özel durumlar gerçekleştiğinde uygulanabileceğini ve bu müessesenin genel bir düzenleme olmadığını ifade ederek sadece vergi anlaşmalarından yararlanmak için kurulmuş olan tüzel kişilerin, söz konusu gelirden yararlanan (gerçek lehdar) olmadığını ve bu sebeple vergi anlaşmasından yararlandırılmaması gerektiğini vurgulamaktadır. Şimdi, gerçek lehdar kavramı üzerine güncel tartışmalara işaret edilerek kavramın ne anlama gelebileceği ele alınacaktır.

3. Gerçek Lehdar Üzerine Güncel Tartışmalar

Anglo Sakson hukuku kökenli olan “gerçek lehdar” konsepti, hiçbir üye devletin çekincesi veya farklı görüşü olmaksızın 1977 yılında OECD Model Vergi Anlaşmasında yerini almasına rağmen, günümüze kadar bu terimin anlamı-

²⁶ Du Toit, C., (2010), *“The Evolution of the Term Beneficial Ownership in Relation to International Taxation over the Past 45 Years”*, Bulletin for International Taxation, Ekim, s.504

²⁷ Baum, Steven; Watson, Gwendolyn, (2012), *“Beneficial Ownership as a Treaty Anti-Avoidance Tool?”*, The Canadian Tax Journal, 60:1, s.166

²⁸ İngilizce metin: *“the term beneficial owner should not be used in a narrow technical sense, but, rather, should be understood in its context and in the light of the object and purposes of the tax treaty, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance”* Fransızca metin: *“Le terme bénéficiaire n’est pas utilisé dans une acception étroite et technique, mais doit être entendu dans son contexte et à la lumière de l’objet de la Convention, notamment pour éviter la double imposition et prévenir l’évasion et la fraude fiscales.”*

nın ne olduğu konusunda yerleşmiş bir görüş birliği²⁹ oluşmamıştır.³⁰ Vogel'e göre bu kavramın OECD Modeline getirilmesinin sebebi "diğer akit devlette vergilendirme" (subject to tax- d'assujettissement à l'impôt) müessesesinin uygulamada çıkardığı sorunlardır.³¹ Jones, gerçek lehdar kavramının Model Anlaşmaya dahil edilmesinin amacının, vergi konusu gelire gerçek anlamda sahip olmayan birtakım yapay düzenlemeleri ortadan kaldırmak olduğunu savunmaktadır.³²

Devletler tarafından vergi anlaşmalarının yorumlanmasında dikkate alınan OECD Model Vergi Anlaşmasının Şerhinde gerçek lehdar konseptinin anlamı hakkında bazı ipuçları gösterilmiştir. Ancak zaman içerisinde, Model Şerhinde gerçekleşen değişiklikler, uygulamada farklı yorumlamalara, dolayısıyla kavram karmaşasına sebebiyet vermiştir.

Tartışmanın yaşandığı en önemli noktalardan biri gerçek lehdar kavramının uluslararası bir anlama sahip olması mı yoksa her devletin iç hukukuna³³ göre mi belirlenmesidir. Doktrinde ilk görüş ağırlıklı olarak benimsenmektedir.³⁴ Ge-

²⁹ Farklı görüşler için bkz. Du Toit, C., (1999), "*Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*", IFBD Publications, s.249 and Vogel, K., (1997), "*Double Taxation Conventions*", KluwerLaw International, the Articles 10-12, no. 9

³⁰ OECD Çalışma Grubu kavram üzerinde çalışmalarına devam etmektedir. Hazırlanan rapor ve rapora yapılan eleştiriler, makalenin 6. Bölümünde incelenmiştir. Ayrıca gerçek lehdar müessesesinin, uygulanmasında görüş birliği olmadığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Schwarz, Jonathan,(2011), "*Schwarz on TaxTreaties*",Wolters Kluwers UK limited, 25-300, s. 309-310

³¹ Vogel, Klaus, (1997), "*Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*", Kluwer International Law, s. 561- 562

³² Jones. J. Avery et al, (2011), "*OECD Discussion Draft Clarification of the Meaning of Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention*",p.4., ; de Moraes e Castro, Leonardo Freitas, (2011), "*Brazil's Anti-Treaty Shopping Measures: Current and Future Developments and Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties*", Bulletin For International Taxation, Aralık, s. 668

³³ Bu görüşü benimseyen yazarlar dayanak olarak OECD Model anlaşmanın 3. Maddesinin 2. Fıkrasını göstermektedirler. Pijl, Hans, (2003), "*Beneficial Ownership and Second Tier Beneficial Owners in Treaties of the Netherlands*", Intertax, Ekim s. 353; Eynatten, Wim; De Haen, Kurt; Hostyn, Niko, (2003), "*The Concept of 'Beneficial Owner' under Belgian Tax Law: Legal Interpretation Is Maintained*", Cilt 31, s. 523 Oysa ki, madde metninde "anlaşma aksini öngörmedikçe" ifadesi geçmektedir. Bu durumda, sözleşmede olmayan bir terimin yorumu yapılırken iki tarafın da iradesinin olup olmadığı araştırılmadan iç hukuk yollarına gitmek farklı uygulamalara yol açacağı gibi, taraf akit devletlerin iradelerini de dikkate almamış olacaktır.

³⁴ Görüşler için bkz. David B. Oliver, Jerome B. Libin, Stef van Weeghel, and du Toit, (2000), Bulletin, s 310; Du Toit, C., (1999), "*Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*",

rekçe olarak gerçek lehdar düzenlenmesinin çoğu ülke iç hukukunda tam bir tanımının ve uygulamasının olmadığı gösterilmektedir.³⁵ Gerçek lehdar kavramının kökeni Anglo Sakson hukukuna dayanmaktadır. Ancak AngloSakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde bile terimin kullanımı, uluslararası vergi hukukunda kullanılan gerçek lehdar kurumundan farklılık arz etmektedir.³⁶ Dahası, anlaşma ile konulan terimlerin anlamının yorumlanması amacıyla iç hukuk kurallarına başvurulması, zaman içinde değişen iç hukuk normları sebebiyle, anlaşma zamanı yürürlükte olan kanunun mu yoksa ihtilaf zamanında yürürlükte olan kanunun mu uygulanacağı problemini ortaya çıkarmaktadır. İlaveten, anlaşmalar hukukunda, “karşılıklılık” esaslı ilkelerden biridir. Anlaşma tarafı olan devletlerin anlaşmada geçen terimleri diğer devletin iradesini nazara almaksızın iç hukuk kurallarına göre çözüme kavuşturması ahde vefa ilkesi (pact sund servanda) ile de çelişecektir. Bu sebeplerle, gerçek lehdar teriminin uluslararası bir anlama kavuşmasının, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının uygulamasında daha etkin sonuçlar doğuracağını düşünmekteyiz.

Diğer bir mesele, gerçek lehdar kavramının hukuki yaklaşım³⁷ (legal apprao-

IFBD Publications, s.249; Baker, Philip, (2007), “Beneficial Ownership: After Indofood”, GITC Review, Cilt VI, no:1, s.23; Li, Jinyan, (2012), “Beneficial Ownership in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case for Clarity”, Osgoode Hall Law School, Research Paper Series, no:4/2012, s.187 Pijl, Hans, (2003), “Beneficial Ownership and Second Tier Beneficial Owners in Treaties of the Netherlands”, Intertax, Ekim s. 353; Özgenç, gerçek lehdar teriminin bir anlaşma terimi olduğunu ve bu sebeple otonom bir anlama sahip olduğunu belirtmiştir. Özgenç, Ayhan Selçuk, (2011), “Vergi Anlaşmalarında Gerçek Lehdar Kavramı”, MÜHF HAD, Cilt 17, sayı 3-4, s. 154

³⁵ Brender, Mark D., (2003), “Beneficial Ownership in Canadian Income Tax Law: Required reform and Impact on Harmonisation Quebec Civil Law and Federal Legislation”, Canadian Tax Journal, Cilt 51, no.1, s.314-319

³⁶ Gerçek lehdar terimi Anglo Sakson hukuku kökenlidir. Ancak, Anglo Sakson hukukunda gelirin kendisinin değil gelir kaynağının gerçek lehdarı üzerinde yoğunlaşmıştır. Halbuki, Model Anlaşmalarda kilit nokta, ilgili kişinin söz konusu gelirin gerçek lehdarı olup olmadığıdır. Bkz. Oliver, J.D.B., (2001), “Beneficial Ownership and the OECD Model”, The British Tax Review 1, s.65

³⁷ Uluslararası vergi anlaşmalarında, anlaşmadan yararlanmak isteyen gerçek veya tüzel kişilerin yaptıkları eylem ve işlemlerin sadece hukuki olarak incelenmesini öngören yaklaşımdır. Bu yaklaşımda, eylem ve işlemlerin arkasında yatan neden araştırılmaz. Örneğin Ülkemiz kar payı, faiz ve gayri maddi haklara ilişkin uluslararası vergi anlaşmaları uygulamasında, ilgili kazancı elde eden kişinin söz konusu vergi anlaşmasından yararlanması için sadece anlaşmanın tarafı olan ülkede ikamet etmesini yeterli bulmaktadır. Bu kişinin gerçek lehdar olup olmadığı araştırılmamaktadır. Çeşitli Ülkelerin uluslararası vergi anlaşmalarında hukuki yaklaşım terimini yorumlamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Van Brederode, Robert

ch-approche juridique) modeli ile mi yoksa “ekonomik yaklaşım”³⁸ (economic approach- approche économique) modeli aracılığıyla mı değerlendirileceği noktasındadır.³⁹ Bazı yazarlar, 1977 yılında ilk kez OECD Model Anlaşmasına giren gerçek lehdar kavramının sadece diğer akit devlette mukim olan acente (agent) veya vekil (nominee - autremandataire) gibi araçların vergi anlaşmasından yararlanmaması için getirildiğini savunmaktadırlar.⁴⁰ Bununla birlikte zaman içerisinde konseptin uygulama alanının genişletildiği iddia edilmekte-

F., Krever, Rick, (2014), *Legal Interpretation of Tax Law*, Wolters Kluwers; Lang, Michael, (2001), *Tax Treaty Interpretation*, Wolter Kluwers

³⁸ Ekonomik yaklaşım, Türk vergi hukukunda da kullanılan bir kavramdır. Ekonomik yaklaşım, vergiyi doğuran olaya uygulanacak hukuk kuralının ekonomik gerçekler göz önüne alınarak saptanması olarak tanımlanabilir. Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan “vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır” hükmü, vergi normlarının somut olaylara uygulanmasında ekonomik yaklaşımı işaret etmektedir. Bu kurala göre vergi doğurucu işlem, olay ve hukuki durumların sadece dış görünüşleri hukuki biçim ve isimleri değil, aynı zamanda bunların ekonomik anlamı ve içerikleri de göz önünde bulundurulacaktır. Öncel, Mualla; Kumrulu, Ahmet; Çağan, Nami, (2014), “*Vergi Hukuku*,” 23. Bası, s. 25. Kanetiye göre, ekonomik yaklaşım ilkesinin bir sonucu olarak, vergi yasalarının kullandığı kavramlar ekonomik içeriklerine göre anlamlandırılacaktır. Zira ekonomik içerik, kullanılan biçimsel kalıptan daha önemli olacaktır. Kaneti, Selim, (1989), “*Vergi Hukuku*,” Filiz Kitabevi, 2. Bası, s. 47 aktaran Saban, Nihal, (2014), “*Vergi Hukuku*,” Beta, 6. Bası, s. 46 Ayrıca ekonomik yaklaşım kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için: Akkaya, Mustafa, (2002), “*Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım*,” Turhan Kitabevi, Ankara. Diğer ülkelerde de benzer düzenlemelere rastlanmaktadır. Bkz. Thuronyi, Victor, [Ed.], (1996), “*The Tax Law Designing and Drafting*,” International Money Fund, s. 15-71. Diğer yandan, bu makalede bahsedilen ekonomik yaklaşım, uluslararası vergi anlaşmalarından normal şartlar altında yararlanma hakkı olmayıp da yararlanmak isteyenlerin yaptıkları eylem ve işlemlerin gerçek mahiyetinin esas alınmasıdır. Bu yaklaşım, ülkelerin vergi gelirlerinin aşınmasına sebep olan anlaşma alışverişinin (Vergi anlaşmasına taraf olmayan üçüncü ülke mukimi şirket veya kişilerin söz konusu anlaşma hükümlerinden faydalanmak için anlaşma ülkelerinin birinde aktarma şirketi kurması- diğer bir deyişle yapay tüzel kişilik- ve bu yolla kendisine vergi avantajı sağlamasıdır.) önüne geçilmesi için geliştirilmiştir. İç hukukumuzda kullanılan ekonomik yaklaşım kavramı ile uluslararası vergi hukukunda kullanılan ekonomik yaklaşım ilkesinin özünde aynı olduğunu ancak uygulama alanlarının farklı olduğunu düşünüyoruz. Uluslararası vergi hukukunda ekonomik yaklaşım ilkesi vergi kanunlarının değil vergi anlaşmalarını hükümlerinin somut olaya uygulanması sırasında kendisini gösterir. Ayrıntılı bilgi için bkz. De Broe, Luc, (2008), “*International Tax Planning and Prevention of Abuse*”, IBFD, s.719; Vogel, Klaus, (1986), “*Double Tax Treaties and Their Interpretation*” Berkeley Journal of International Law, Cilt 4-1, s. 34-37

³⁹ Jezzi, Philip Laroma, (2010), “*The Concept of Beneficial Ownership in the Indofood and Prevost Car Decisions*”, IBFD, Bulletin for International Taxation, Mayıs, s.254

⁴⁰ Tiley, John; Loutzenhiser, Glen, (2012), “*Advanced Topics in Revenue Law; Corporation Tax; International and European Tax; Savings; Charities*”, Hart Publishing, s.466; Baum, Steven ; Watson, Gwendolyn, (2012), “*Beneficial Ownership as a Treaty Anti-Avoidance Tool?*”, The Canadian Tax Journal, 60:1, s.151

dir.⁴¹ Ancak, OECD belgeleri incelendiğinde gerçek lehdar kavramının münhasıran acente ve vekillere yönelik olmadığı açıkça görülmektedir.⁴² Zira acente ve vekil gibi hareket edenlerin söz konusu gelirin gerçek lehdarı olamayacağına yönelik örneklerden ibarettir. Bu nedenle, Model Anlaşmada, baştan itibaren, gerçek lehdar kavramının getiriliş amacının, sadece vergi anlaşması konusu gelirlerden gerçek anlamda yararlananların, ilgili vergi anlaşmasından yararlanmasının kastedildiğini düşünmekteyiz. Diğer bir ifade ile gerçek lehdar kavramı Model Anlaşma'da yer aldığı tarihten itibaren özünde ekonomik yaklaşımın olduğu kanaatindeyiz.

Gerçek lehdar teriminin, farklı hukuk sistemlerine sahip ülkeler arasında çıkan vergi ihtilaflarında kullanılıp kullanılmayacağı konusunda da tartışma yaşanmaktadır. Gerçek lehdar kurumunun Anglo Sakson hukuku kökenli⁴³ olduğu ve diğer hukuk sistemlerinde mevcut bir kavram olmadığı ifade edilmektedir. Bu sebeple kavramın milli mahkemeler tarafından iç hukuk normları ışığında yorumlanmasının doğal olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak, Baker, aksi görüş ile, gerçek lehdar müessesesinin Anglo Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerin yanında Kara Avrupası hukuk sistemini benimsemiş devletler tarafından da uluslararası vergi ihtilaflarında uygulandığını ileri sürmektedir.⁴⁴ Dieblod davasında,⁴⁵ Fransız Yüksek İdare Mahkemesi (Conseil d'Etat), gerçek lehdar kavramının ilgili anlaşmada yer almamasına karşın kavramın uluslararası vergi hukukundan geldiği için, ihtilafın çözümünde kullanılabileceğine karar vermiştir.⁴⁶ Görüşümüze göre, gerçek lehdar kavramı uluslararası vergi

⁴¹ Bernstein, J., (2007), *"Beneficial Ownership: An International Perspective"*, Tax Notes International, Mart,, s.1211

⁴² Vann, Richard, (2012), *"Beneficial Ownership: What Does History (and Maybe Policy) Tell Us"*, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper, no.12/66, s.34

⁴³ Du Toit, C., (1999), *"Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties"*, IFBD Publications, s.249; Du Toit, C., (2010), *"The Evolution of the Term "Beneficial Ownership" in Relation to International Taxation over the Past 45 Years"*, Bulletin for International Taxation, Ekim, s. 500

⁴⁴ Baker, Philip, (2007), *"Beneficial Ownership: After Indofood"*, GITC Review, Cilt VI, no:1, s.23

⁴⁵ Conseil d'Etat, 13 October 1999, Case no:191191 Ayrıntılı bilgi için: Le Gall, Jean-Pierre, (2000), *"Fiscalité internationale des sociétés de personnes, L'arrêt Diebold: un incidentou un cataclysm"*, s.4-7, 13

⁴⁶ Gouthiere, Bruno, (2011), *"Beneficial Ownership and Tax Treaties: A French View"*, Bulletin for International Taxation, Nisan/Mayıs, s.219; Arnold, B. J., (2011), *"TaxTreaty News"*, Bulletin for International Taxation, Aralık, s. 651- 652

hukuku ihtilaflarında kullanılabilir. Ancak kavramın uygulaması anlaşma alış-verişi (treaty shopping- la chalandage fiscal) durumlarının tümünü kapsayacak şekilde değil, kendine özgü şartlarının gerçekleştiği durumlarda kullanılması gerekmektedir. Özellikle, Kara Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkeler, bu kavramı, iç hukuktaki vergi suistimallerini engelleyici genel bir müessese olarak görmektedirler. Bu algılayışın, uluslararası vergi hukukunun asıl amacına erişmesine engel olduğu, global sermaye hareketlerinin önünü kestiği düşünülmektedir. Diğer taraftan, ülkemiz gibi diğer bir kısım ülkelerde aracı kişilerin ilgili gelirin gerçek lehdarı sayılması için kişinin sadece ikametinin ilgili ülkede olmasını yeterli görmektedir. Bu durum, kişileri içi boş şirketler kurarak ilgili vergi anlaşmasından yararlanmaya teşvik etmekte ve dolayısıyla ülkelerin uluslararası ticaretten kaynaklanan vergi gelirlerinin ciddi miktarda aşınmasına sebebiyet vermektedir.⁴⁷

4. Müessesenin Yorumlanması Meselesi

Vergi anlaşmaları en az iki devletin iradesi ile vücut bulduklarından ötürü, yorumlanmasının uluslararası hukuk prensipleri çerçevesinde olması gerektiği doktrinde ağırlık kazanan görüştür.⁴⁸ Diğer yandan, vergi anlaşmalarının yorumunda, uluslararası hukuk kurallarının yanında, iç hukuk normlarının da düşünülmesi icap eder. Zira vergi anlaşmaları, iç hukuk normları ile konulmuş vergileri sınırlandırma gücüne sahiptir ve dolayısıyla iç hukuk kuralları ile sıkı ilişki içindedir.

Dünya üzerinde belli gelişmişlik düzeyine ulaşmış ülkeler, vergide kanunilik ilkesini benimsediklerinden ötürü vergi kanunlarının kıyas yolu ile yorumlanmasını uygun görmemektedirler. Bununla birlikte, vergi anlaşmaları karşılıklı irade beyanlarının uyuşması aracılığıyla kurulduğundan yorumlama alanının, iç hukuk vergilendirme kurallarına nazaran daha geniş olduğu kabul edilmek-

⁴⁷ Kleinbard, bu bağlamda, sadece kaynak devletin vergi gelirlerinin azalmadığını ülkeler arası rekabeti artırdığından ayrıca diğer devletlerin vergi gelirlerine de olumsuz etkilediğini belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kleinbard, Edward, (2013), "Hearing Titled Tax Reforms: Tax Havens, Base Erosion and Profit Shifting of US House of Representatives Committee on Ways and Means", s.3

⁴⁸ Lang, Michael; Brugger, Florin,(2008), "The Role of the OECD Commentary in Tax Treaty Interpretation", Australian Tax Forum 23,p.97; Brandstetter, Patricia,(2011), Taxes Covered: A Study of Article 2 of the OECD Model Tax Conventions, IBFD, s.37,

tedir. Lang, vergi anlaşmalarının yorumlanması konusunda, tek bir yorumlama yönteminin olmadığını ve ihtilafa göre değişiklik gösterebileceğini savunmaktadır.⁴⁹ Vogel ise vergi anlaşmasının amacına ulaşabilmesi için, anlaşmanın akit devletler tarafından yeknesak şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁰ Böylece, anlaşma, taraf olan devletlerin gerçek niyetleri etrafında şekillenmekte ve keyfi yorumlar engellenebilmektedir.

Vergi anlaşmalarında kullanılan terimlerin yorumlanmasında izlenecek metod konusunda, prensip olarak, ilk bakışta ilgili terimin vergi anlaşmasının iç hukuk kurallarından ayrı olarak, sadece anlaşmanın içeriğinde değerlendirilmesi ve eğer çözülemese son çare olarak iç hukuktan yardım alınabileceği hususu ileri sürülmektedir.⁵¹ Çünkü zaman içinde iç hukuk kurallarının değişikliğe uğramasının, vergi anlaşmasının yorumuna olumsuz etkide bulunabileceği ifade edilmektedir.⁵² İlaveten, anlaşmanın diğer tarafının iradesine bakılmaksızın, anlaşma teriminin iç hukuk kuralları çerçevesinde anlam bulmasının, karşı taraf için adil sonuçlar doğurmayabileceği belirtilmektedir. Diğer yandan, vergi anlaşmasında tanımlanmayan terimlerin, taraf devletlerin iç hukukları çerçevesinde anlam kazanması yolunun, anlaşma tarafı devletlerce kabul edildiği ifade edilmektedir. Buradan, anlaşma tarafı devletlerin, iç hukuk kurallarına atıf yapılmasını kabul ettikleri sonucu çıkarılmaktadır.

Vergi anlaşmalarında geniş bir kullanım alanına sahip olmasına rağmen tanım yapılmayan gerçek lehdar kavramına nasıl bir anlam verilmesi gerektiği noktası tartışmalıdır. Bazı yazarlar, tanım yapılmayan terimin yorumlanmasının OECD Model Anlaşmanın 3(2) kuralı uyarınca iç hukuk kurallarına atıf ile çözümlenmesi gerektiğini düşünmektedirler. Diğer bir kesim ise kavrama, uluslararası bir anlam verilmesinin icap ettiğini savunmaktadırlar. Bu görüşleri 1969

⁴⁹ Lang, Michael, (2010), *“Introduction to the Law of Double Taxation Conventions”*, IBFD, s.37

⁵⁰ Vogel, Klaus,(1986),*“Double Tax Treaties and Their Interpretation”* Berkeley Journal of International Law, Cilt 4-1, s. 30-31

⁵¹ Edwardes- Ker, Michael, (1994), *“Tax Treaties Interpretation”*, P.HD thesis submitted to Queen Maryand Westfield College University of London, s. 15-16

⁵² Vogel, Klaus, (1998), *“Interpretation of Tax Law and Treaties and Transfer Pricing in Japan and Germany”*, Kluwer International, s.105; Butani, M.,(2004), *“Tax Treaty Interpretation”*, Asia-Pacific Tax Bulletin I, s.56,57; Commissioner of Inland Revenue v JFP Energy Incorporated 2 NZLR [1990]

tarihli Viyana Konvansiyonu ve OECD Model Anlaşmanın 3(2) hükümleri çerçevesinde incelemenin, gerçek lehdar teriminin anlamının yorumlanmasında faydalı olabileceğini öngörmekteyiz.

4.1. 1969 Tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Konvansiyonu⁵³

Konvansiyonun⁵⁴ 31. maddesinin 1. fıkrası gereğince, anlaşmanın yorumlanmasında iyi niyet kurallarının dikkate alınması gerektiği öngörülmüştür. Dahası, bu düzenlemeye göre, anlaşma hükümlerinin alelade manasının ne olduğu, anlaşmanın bütünü çerçevesinde ve konu ve amacının ışığı altında yorumlanmalıdır. Kanada Mahkemesi,⁵⁵ anlaşmanın yorumlanmasında temel amacın, kullanılan terimlerin anlamının yanında tarafların gerçek niyetlerinin de araştırılması olduğu hususuna değinmiştir. İngiliz Mahkemesi R v Special Adjudicator davasında,⁵⁶ anlaşmaların yorumlanmasında daha liberal bir yaklaşımın⁵⁷ tercih edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu açıklamalar ışığında, devletlerarası akdedilen anlaşmaların, milli vergi hukuku kurallarının yorumlanmasında olduğu gibi dar yorumlanmaması, aksine anlaşmanın içeriği ile bütün olarak değerlendirilmesi ve anlaşmanın amaçlarının göz önünde tutulması gerektiği düşünülmektedir.

Konvansiyonun 31. maddesinin 2. fıkrası, anlaşmanın içeriğinden ne anlaşılması gerektiğini düzenlemiştir. Bu hükme göre, anlaşmanın kendisi, giriş metni, ekleri, anlaşma ile ilişkili olarak yapılmış sözleşmeler ve taraflarca mutabık kalınan belgeler, anlaşmanın içeriği olarak sayılmıştır. Maddenin 3. fıkrasında, taraflar arasında anlaşmanın yorumu veya hükümleri ile ilgili daha sonraki tarihli sözleşme ve uygulama ve taraflar arasındaki ilişkilerde milletler arası hukukun tatbiki kabil kuralların göz önüne alınması gerektiği ifade edil-

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Engelen, Frank, (2004), *"Interpretation of Tax Treaties under International Law"*, IBFD Doctoral Series 7 Academic Council, s. 426-427 ; Schwarz, Jonathan, (2011), *"Schwarz on Tax Treaties"*, Wolters Kluwers UK Limited, 25-300, s. 64

⁵⁴ Viyana Anlaşmalar Hukuku Konvansiyonu, devletler arasında akdedilen anlaşmaların yönetilmesi gayesiyle 23 Mayıs 1969'da ihdas edilmiştir. 2014 tarihi itibarı ile 114 devlet bu sözleşmeye taraf olmuştur. Diğer yandan, Türkiye bu Konvansiyona taraf olmamıştır.

⁵⁵ The Queen v Crown Forest Industries Limited et al, 95 DTC 5389

⁵⁶ R v Special Adjudicator to rexperte Hoxha [2005] UKHL19 8. Paragraf, Aktaran Schwarz, Jonathan, (2011), *"Schwarz on Tax Treaties"*, Wolters Kluwers UK Limited, 25-300, s.78

⁵⁷ Jiminez v IR Commrs [2004] Sp C 419 55. Paragraf, Aktaran Schwarz, Jonathan, (2011), *"Schwarz on Tax Treaties"*, Wolters Kluwers UK Limited, 25-300, s.78

miştir. Son fıkrada ise tarafların bir terime özel bir anlam vermek istedikleri anlaşma içeriğinden anlaşılırsa, söz konusu terim o manaya gelir hükmü düzenlenmiştir. Konvansiyon hükmünden anlaşılacağı üzere, anlaşmaların yorumunda birincil derece kullanılması icap eden materyal olarak gösterilen bu bilgi ve belgelerin ortak noktası, taraf olan her akit devletin iradesinin var olduğuna dayanmasıdır.⁵⁸

Diğer yandan, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının yorumunda, OECD Model Anlaşma Şerhinin nasıl bir görev ifa edeceği ihtilafıdır.⁵⁹ Uluslararası vergi hukuku doktrininde Şerhin⁶⁰ anlaşmaların yorumu meselesinde en önemli kaynaklardan biri olduğu konusunda görüş birliği mevcuttur.⁶¹ Bazı yazarlar, Şerhin, OECD Model Anlaşması içeriğine dahil olduğunu ileri sürmektedirler.⁶² Bu görüş, eğer akit devletler, OECD Model Anlaşmanın birebir aynısını hiçbir çekince ve farklı görüş belirtmeksizin akdedersen, bir ihtimal isabetli olabilir. Ancak, belirtmek isteriz ki devletler Model Anlaşmayı örnek olarak alsa da üzerinde değişiklikler yapabilmektedirler. İlâveten, OECD'ye üye olmayan devletlerin taraf olduğu vergi anlaşmalarında Şerhin, anlaşma içeriğinden sayılması, tarafların iradesini taşımadıkları için yorumlama sürecinde bağlayıcı kaynak olarak kullanılmaması gerekmektedir.⁶³

4.2. OECD Model Konvansiyonu 3(2) Maddesi

Model Anlaşmanın 3. maddesinin 2. fıkrasında, anlaşmada tanımlanmamış terimlerin, anlaşmanın içeriği aksini öngörmedikçe, anlaşmayı uygulayan dev-

⁵⁸ Lang, Michael, (2010), *"Introduction to the Law of Double Taxation Conventions"*, IBFD, s.40

⁵⁹ Schwarz, Jonathan, (2011), *"Schwarz on Tax Treaties"*, Wolters Kluwers UK Limited, 25-300, s. 81

⁶⁰ Milli mahkemelerin gerçek lehdar kavramının yorumu ile ilgili gördüğü davalarda, OECD Model Anlaşmanın Şerhini dikkate aldıkları gözlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jones, F. Avery, (2002), *"The Effect of Changes in the OECD Commentaries After a Treaty is Concluded"*, International Bulletin for Fiscal Documentation, s. 102; De Broe, Luc, (2008), *"International Tax Planning and Prevention of Abuse"*, IBFD, s.290

⁶¹ Arnold, B.J., (2012), *"Tax Treaty Case Law News- A Trio of Recent Cases on Beneficial Ownership"*, Bulletin For International Taxation, Haziran, s. 325

⁶² Lang, Michael, (2010), *"Introduction to the Law of Double Taxation Conventions"*, IBFD, s.40

⁶³ Diğer taraftan, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarındaki terimlerin yorumlanmasında Şerhin bağlayıcı olmayan kaynak olarak kullanılması hususunda tartışma yoktur. DuToit, C., (2010), *"The Evolution of the Term Beneficial Ownership in Relation to International Taxation over the Past 45 Years"*, Bulletin for International Taxation, Ekim, s. 501

letin anlaşmaya konu olan vergilerle ilgili kanunlarında öngörülen anlamı taşıyacağı belirtilmiştir. Bazı yazarlar ilgili devletin iç hukukunda bulunan anlamın, anlaşmada tanımlanmayan terimler için kullanılması gerekliliğinden söz etmiştir.⁶⁴ Çünkü anlaşmada bulunmayan kavramların anlamının iç hukukta bulunabileceği varsayımından hareket edilmiştir. Ancak bu anlayış, görüşümüze göre gerçek lehdar teriminin anlamının ülkelerin iç hukuklarında dahi tam bir anlamının olmamasından ötürü yerinde değildir. Kaldı ki vergi anlaşmalarında kullanılan bu kavram AngloSakson hukukunda kullanılan halinden farklılıklar arz etmektedirler. Ayrıca, bu gönderme hükmü koşulsuz değildir. “Anlaşma aksini öngörmedikçe” tamlamasının ne anlama geldiğinin ortaya konulması icap etmektedir. Anlaşmanın içeriğinin ne olduğu konusunda 1969 tarihli Viyana Konvansiyonunun 31. maddesine gidilmelidir. Bu bağlamda, Konvansiyon, anlaşmanın içeriğinin sadece anlaşmanın kendisi değil, giriş metni, ekleri, anlaşma ile bağlantılı sözleşmeler ve mutabık kalınan belgeler olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple, anlaşmada tanımlanmamış bir terim ile karşılaşıldığında, ilk başta bu terimin anlaşmanın içeriği çerçevesinde yorumlanması, eğer bir cevap alınmaz ise son çare olarak iç hukuka başvurulması icap etmektedir. Lang, anlaşmanın içeriğinin belirlenmesinde taraflardan sadece birisinin değil, tüm akit devletlerin iradelerinin dikkate alınmasının gerekliliğinden söz etmiştir.⁶⁵ OECD Model Anlaşma Şerhinde, bu tamlamanın anlamı ile ilgili olarak zımnî bir karşılıklılık esasının olduğu, iç hukuka atıf yapılırken tüm akit devletlerin iradelerinin göz önünde tutulması hususuna değinmiştir. Kanaatimize göre, uluslararası anlaşma hukukunda tarafların iradesi önemli bir etkidir ve her koşulda dikkate alınması gerekmektedir. Özellikle, gerçek lehdar gibi anlamı konusunda tartışmalar yaşanan terimlerin yorumunda iç hukuk yoluna başvururken anlaşmanın diğer tarafı olan akit devletlerin iradeleri ile uyuşmayan yoruma gidilmemesi lazımdır. Sonuç olarak, görüşümüze göre, bu durum gerçek lehdar kavramının uluslararası bir anlama sahip olmasının gerekliliğini göstermektedir. Zira bu şekilde anlaşma tarafı olan devletlerin iradeleri göz önüne

⁶⁴ Li, Jinyan, (2012), “Beneficial Ownership in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case for Clarity”, Osgoode Hall Law School, Research Paper Series, no:4/2012, s. 188

⁶⁵ Lang, Michael, (2010), “Introduction to the Law of Double Taxation Conventions”, IBFD, s.51

alınabilir⁶⁶ ve akit devletlerarasında yeknesak bir uygulama vücut bulabilir.

5. Kavramın Mahkemeler Tarafından Yorumu

AngloSakson hukukunda, aynı hak üzerinde mülkiyet hukuki mülkiyet(legal ownership) ve yararlanma mülkiyeti (beneficialownership) olarak ikiye ayrılmaktadır. Böyle bir ayırım, Kara Avrupası hukukunda mevcut değildir.⁶⁷ Her ne kadar gerçek lehdar kavramının İngiliz hukuk geleneğinden geldiği ifade edilse de bu müessesesinin anlamının uluslararası vergi anlaşmaları çerçevesinde bazı değişikliklere uğradığı öğretilerde kabul edilmektedir.⁶⁸ Uygulamaya bakıldığında da milli mahkemelerin derin fikir ayrılıkları içinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, Birleşik Krallık, Fransa ve Kanada mahkemelerinin uygulamaları ile tartışmalı noktaların neler olduğuna işaret edilerek, kavramın anlamı somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

5.1. Birleşik Krallık

Gerçek lehdar kavramı⁶⁹ İngiliz hukukundan gelmesine rağmen, bu hukuk içinde bir tanıma kavuşturulamamıştır.⁷⁰ Kavram, mahkeme içtihatları ile geliştirilmiştir. İlk olarak gerçek lehdar müessesesi ortaçağda ortaya çıkmıştır. Uygulamaya göre, mülk sahiplerifeodal yükümlülükler ve toprak vergilerinden kaçınmak amacıyla ilgili gayrimenkulü bir başka feodale hukuki olarak devretmekte ancak aralarındaki anlaşma gereği kullanmaya devam edeceği hususunda anlaşmaya varmaktadır.⁷¹ Daha sonrasında, terim İngiliz hukukuna özgü

⁶⁶ Devletler daha önce uluslararası alanda kabul edilmiş bir terimi öngörebilirler. Bkz. 1969 tarihli Viyana Konvansiyonu mad. 31-3(b)

⁶⁷ Maisto, G., (1998), *"The Taxation of Trust in Civil Law Countries, Italy: Aspects of Trust Taxation"*, European Taxation 8, s.242, Aktaran DuToit, C., (2010), *"The Evolution of the Term Beneficial Ownership in Relation to International Taxation over the Past 45 Years"*, Bulletin for International Taxation, Ekim, s.501

⁶⁸ Oliver, J.D.B., (2001), *"Beneficial Ownership and the OECD Model"*, The British Tax Review 1, s.65

⁶⁹ Vann, Richard, (2012), *"Beneficial Ownership: What does History (and may be policy) Tell Us"*, The University of Sidney, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper, no:12/66, s.5

⁷⁰ Verdoner, Louan et al, (2010), *"A Cross-Country Perspective Beneficial Ownership- Part 1"*, European Taxation Eylül, s. 419

⁷¹ Özgüç, Ayhan Selçuk, (2011), *"Vergi Anlaşmalarında Gerçek Lehdar Kavramı"*, MÜHF HAD, Cilt 17, sayı 3-4, s.149. İngiliz hukukunda gerçek lehdar bağlamında mülkiyet hakkının farklı kişiler tarafından sahip olunabilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Jones, J.F. Avery et al,

inançlı mülkiyet hukukunda(trustlaw) kullanılmıştır.⁷² Ancak buradaki gerçek lehdar terimi, ilgili kişilerin vergi anlaşmalarında belirtilen gelirlerüzerinde değil, mülkiyetin kendisi üzerinde gerçek faydalanan olup olmadığının tespiti için konulmuştur.⁷³ Burada, dikkat edilmesi gereken nokta, mülkiyetin kendisinden yararlanma ile mülkiyetten kaynaklanan gelirlerden yararlanmanın farklı durumlar olduğudur.⁷⁴ Uluslararası vergi anlaşmaları hukukunda var olan gerçek lehdar kavramının, AngloSakson hukukundaki anlamından farkının bu noktada olduğu gösterilmektedir.⁷⁵

Vergi anlaşmaları hukukunda etkili bir yeri olan OECD Model Anlaşmanın Şerhinde yapılan 2003 yılındaki değişiklikten önce İngiliz mahkemeleri vergi anlaşmaları bağlamında gerçek lehdar kavramını tartışmamıştı. 2003 değişikliğinden sonra, Indofood davası⁷⁶ ile gerçek lehdarın vergi anlaşmaları çerçevesinde ne olabileceği konusu biraz da olsa aydınlatılmıştır. Davanın konusu, Indofood adında Endonezya'da kurulu bir şirket ile İngiliz şirketi olan JP Morgan Chase arasında akdedilmiş ticari bir sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Sözleşmeye göre, ilgili ülkelerin vergilendirme kurallarında veya aralarında akdettikleri vergi anlaşmalarındaki değişiklikler nedeniyle maruz kalınacak öngörülenden fazla vergi ödeme yükümlülüğü, Endonezyalı şirket tarafından Morityus Cumhuriyetinde (Morityus Cumhuriyeti-Endonezya arasında akdedilmiş vergi anlaşmasından yararlanmak için) kurulmuş şirketin üzerine kalacağı kararlaştırılmıştır. İleriki dönemlerde, Endonezya Vergi Kurumu, vergi suiisti-

(2006), "The Origins of Concept and Expressions used in the OECD Model and Their Adoption by States", Bulletin- Tax Treaty Monitor, IBFD, s.246 vd.

⁷² HM Revenue&Customs, IHTM0444, "Legal Background: the Concept of Beneficial Ownership"; Türk hukukunda intifa hakkı kavramı için bkz. Oğuzman, M. Kemal; Seçili Özer; Oktay, Saibe, (2014), "Eşya Hukuku," Filiz Kitabevi, 17. Bası

⁷³ Verdoner, Louan et al, (2010), "A Cross-Country Perspective Beneficial Ownership-Part 2", European Taxation Ekim, s. 466; Wood Preservations Ltd v Prior [1968] 45TC112CA

⁷⁴ Van Bladel, M.L.L., (2013), "Commentary on OECD MTC: Revised Proposals Concerning the Meaning of Beneficial Owner in Articles 10,11 and 12", s.1

⁷⁵ Jones, J.F. Avery et al, (2006), "The Origins of Concept and Expressions used in the OECD Model and Their Adoption by States", Bulletin Tax Treaty Monitor, IBFD, s.246. Ayrıca belirtmek gerekir ki, İngiliz hukukunda (emanet edilen kişi) trustee, hiçbir durumda gerçek lehdar olamaz iken, uluslararası vergi hukukunda belli şartlarda emanet alanın (trustee) gerçek lehdar olabileceği kabul edilmektedir.

⁷⁶ Indofood International Finance Ltd v JP Morgan Chase NA London Branch EWCA Civ. 158 [2006] ; Court of Appeal STC 1195[2006] [UK Case]

malini engellemek amacıyla tek taraflı olarak Morityus ile arasında olan vergi anlaşmasını sona erdirmiştir.⁷⁷ Bunun üzerine, zor durumda kalan Indofood, sözleşmedeki zor durum (hardship) klozuna dayanarak tüm tahvilleri ödemek ve yeniden yapılandırmak üzere JP Morgan şirketine başvurmuştur. Ancak JP Morgan, Indofood'un Hollanda'da aynı işlevi görecektir bir şirket kurarak Endonezya-Hollanda arasında akdedilmiş vergi anlaşmasından yararlanabileceğini ifade etmiş ve Indofood'un bu teklifini kabul etmemiştir. Dava konusu olayda, ana ihtilaf konusu Hollanda'da bir şirket kurulması halinde, bu kurulacak Hollandalı şirketin taraflar arasındaki sözleşme gereği ödenen faiz gelirinin gerçek lehdarı olup olamayacağıydı. İngiliz Mahkemesi, bu şirketin(Newco), ilgili faizlerin gerçek lehdarı olacağı sonucuna varmasına rağmen, temyiz mahkemesi bu şirketin ticari olarak garantör şirketten(Indofood) aldığı faiz gelirini direkt olarak İngiliz şirketine ödeyecek olmasından dolayı gerçek lehdar olamayacağı görüşü ile kararı bozmuştur.⁷⁸ Temyiz Mahkemesi, gerçek lehdar kavramının İngiliz iç hukukundaki anlamından bağımsız olarak uluslararası vergi sözleşmelerindeki anlamına göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁷⁹ Mahkeme, terimin yorumunda hukuki yaklaşımın ötesine geçerek, ekonomik olarak Hollanda'da kurulacak olan şirketin bu gelire gerçek anlamda sahip olup olmayacağını analiz etmiştir. Indofood şirketinin ticari sözleşme gereğince faizin JP Morgan şirketine ödeneceğine garantör olması ve Hollanda'da kurulacağı düşünülen şirketin faiz gelirinden hiçbir türlü yararlanamayacak olması, bu şirketin ilgili faiz gelirinin gerçek lehdarı olamayacağı sonucuna ulaştırmıştır. Görüşümüzce, davada vergi ihtilafı olmamasına ve dava sürecinde vergi uzmanları yer almamasına rağmen,⁸⁰ mahkemenin vardığı sonuç, uluslararası vergi hukukunda gerçek lehdar teriminin yorumunda⁸¹ önemli derecede kat-

⁷⁷ Vergi oranı %10'dan %20'ye yükseltilmiştir.

⁷⁸ Mc Gowan, Michael, (2006), "Indofood Court Expands Interpretation of Beneficial Ownership", Tax Notes International, Cilt 42, no.13, s. 1091

⁷⁹ Mahkeme bu kararında OECD Model Anlaşmanın Şerhine ve Philip Baker'in makalelerine atıf yapmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baker, Philip, (2007), "Beneficial Ownership: After Indofood", GIRC Review, Cilt VI, no.1, s. 23

⁸⁰ DuToit, C., (2010), "The Evolution of the Term Beneficial Ownership in Relation to International Taxation over the Past 45 Years", Bulletin for International Taxation, Ekim, s. 505

⁸¹ Baker, Philip, (2008), "The Annex, The UN Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries: Possible Extension of the Beneficial Ownership Concept", s. 4

kıda bulunmuştur. Zira, dava konusu olayda ilgili şirketin kurulmasının altında yatan temel nedenin Hollanda-Endonezya arasında olan vergi anlaşmasının hükümlerinden yararlanmak olduğu açıktır. Ayrıca, bu şirket, Indofood şirketine aldığı faiz gelirini tamamı ile ve direkt olarak JP Morgan şirketine aktarmaktadır. Yukarıdakiler ışığında, OECD Model Anlaşması ve ilgili vergi anlaşmaları uyarınca İngiliz mahkemesinin bu şirketin ilgili faiz gelirinin gerçek lehdarı olamayacağına ilişkin kararı makul görünmektedir.

5.2. Fransa

Gerçek lehdar kavramı Anglo Sakson hukuku kökenli olmasına rağmen Kara Avrupası hukuku sistemine sahip Fransa'da da dikkate alınmaktadır.⁸² Fransız hukukunda gerçek lehdar konseptini tanımlayan herhangi bir kanun hükmü bulunmamasına rağmen bu terim çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında⁸³ kullanılmış ve yargı kararları⁸⁴ çerçevesinde anlamlandırılmaya çalışılmıştır.⁸⁵ Doktrin ve mahkeme kararlarından anlaşılacağı üzere, Fransız hukukunda gerçek lehdar müessesesi genel bir vergi suiistimali hükmü olarak kullanılmaktadır. Bazı yazarlara göre bu mahkemelere önemli bir takdir hakkı tanımakta aynı zamanda birbirine zıt kararların çıkmasına yol açtığı için içtihat birliğini zedelemektedir.⁸⁶ Fransız mahkemeleri, genel anlamda çifte vergiyi önleme anlaşmalarında geçen gerçek lehdar kavramını, gerçek ya da tüzel kişilerin yaptıkları işlemlerin yasal sınırlar içinde vergi planlaması mı yoksa vergi kaçırma işlem

⁸² Hukukumuzun zaman içerisinde Fransız hukukundan etkilenmiş olması sebebiyle gerçek lehdar kavramının bu hukuk düzeninde nasıl değerlendirildiğinin incelenmesi önem teşkil etmektedir.

⁸³ Fransa-İtalya arasında imzalanan çifte vergilendirmeyi önleme sözleşmesinin temettüyü düzenleyen maddesinde geçen "gerçek lehdar" kavramına ilişkin orijinal metin: Convention Entre Le Gouvernement La Republique Française et Le Gouvernement De La Republique Italienne en Vue D'Eviter Les Doubles Impositions en Matiere D'impôts Sur Le Revenue et Sur Le Revenu et Sur La Fortune et de Prevenir L'Evasion at La Fraude Fiscales, 5 Octobre 1989- Article 10, Paragraphe 2, "Toutefois, ces dividendes sont aussi imposables dans l'Etat dont la société qui reçoit les dividendes en est le bénéficiaire effectif, L'impôt ainsi établi ne peut excéder..."

⁸⁴ Royal Bank of Scotland, no:191191, [2006], [France]- Dieblod Courtagé Conseil d'Etat, 13.10.1999, Case no:191191 [France]

⁸⁵ Bernstein, J., (2007), "Beneficial Ownership: An International Perspective", Tax Notes International, Mart, p. 1213

⁸⁶ Gouthiere, Bruno, (2011), "Beneficial Ownership and Tax Treaties: A French View", Bulletin for International Taxation, Nisan/Mayıs, s. 218

ve eylemleri mi olduğu noktasında değerlendirmektedir. Uygulamada, aracı kişilerin(interposed persons-interposant) gerçek lehdar olup olmadığı genel kriterler çerçevesinde incelenmektedir. Fransız Danıştay (Conseil d'Etat), eğer sadece vergi anlaşmasından yararlanmak amacıyla vergi anlaşması tarafı olan ülkelerde kurulmuş bir aracı şirket olması durumunda, gerçek lehdar kavramının ilgili vergi anlaşmasında geçmesi bile kullanılabilirliğine karar vermiştir.⁸⁷ Bu bağlamda, gerçek lehdar kavramının uluslararası vergi hukukunda bağımsız bir yerinin olduğu ve direkt uluslararası vergi anlaşmalarının özünde bulunduğu sonucuna varılabilir. Ancak, Fransız mahkemelerinin, özellikle çok uluslu ve karmaşık davalarda gerçek lehdar kavramını diğer vergi suistimallerine karşı kullanılan müesseselerden ayırt edemedikleri doktrinde tartışılmaktadır.⁸⁸ Bu kavram, Fransız hukukunda genel bir hüküm olan hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiştir.⁸⁹ Fransız mahkemeleri, meseleyi bir bütün olarak gerçek lehdar kavramı içinde eritmek yerine sadece ilgili kişilerin maksatlarının vergi kaybına yol açıp açmadığı noktasına yoğunlaşmıştır.⁹⁰ Örneğin, RBS davasında⁹¹ somut bir şekilde İskoçya Kraliyet Bankası'nın(Royal Bank of Scotland) ilgili miktardan yararlandığı tespit edilmesine rağmen, bu miktarın Amerikan şirketince verilmiş örtülü bir borç olduğu görüşüne vararak ilgili Amerikan şirketinin gerçek lehdar olduğu sonucuna varılmıştır.⁹² Kanaatimizce Fransız mahkemesi bu kararı ile OECD Model Anlaşma ve eklerinde yer alan gerçek lehdar müessesesindeki prensiplerin ötesine geçmiştir. Zira, gerçek lehdar testi, sadece tarafların niyetinden hareket etmemeli, söz konusu işlemin tüm koşulları nazara alınarak uygulanmalıdır. Bu noktada ilgili aracı kuruluşlara gönderilen miktar ile bu kuruluşların diğer bir kuruma ödediği miktarın aynı olması veya çok az bir değişikliğe uğraması ya da A ülkesindeki kuruluşun, aracı kurulu-

⁸⁷ İsviçre Mahkemesi bu görüşü yakın zamanda kabul etmiştir. Bkz. Swiss Swaps 1/A A-6537/2010 [2012]

⁸⁸ Li, Jinyan, (2012), "Beneficial Ownership in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case for Clarity", Osgoode Hall Law School, Research Paper Series, no:4/2012, s.193-195

⁸⁹ Fransız hukukunda hakkın kötüye kullanılması prensibi (Abuse de droit) tanımı için 10.9.1971 tarihli Fransız mahkemesinin(Selan de Cour) kararına bakılabilir.

⁹⁰ Bernstein, J., (2007), "Beneficial Ownership: An International Perspective", Tax Notes International, Mart, s. 1214

⁹¹ Royal Bank of Scotland, no:191191, [2006], [France]

⁹² De Broe, Luc, (2008), "International Tax Planning and Prevention of Abuse", IBFD, s. 699

şun(B ülkesinde), C ülkesindeki ana kuruluşa ödememesi halinde kendisinin ödeyeceğine dair garanti vermesi, B ülkesindeki aracı kuruluşun gerçek lehdar olmadığını gösterebilir. Bu gibi bulgular, aracı şirketin işleme tabi olan miktar üzerindeki tasarruf hakkının önemli derecede kısıtlı olduğuna, diğer bir ifade ile, bu şirketin fiktif(fictive-fiduciary) olduğu sonucuna götürebilir. Ancak bu sonuç kesin ve tartışmasız kabul edilebilir nitelikte olmayabilir. Çünkü OECD Model Anlaşma Şerhinde gerçek lehdarın ilgili gelir üzerinde tam kontrol ve hakimiyetinin olmasını aramamaktadır. Bununla birlikte ilgili gelir üzerinde kişinin kontrol ve hakimiyetinin çok alt sınıra düştüğü durumlarda, o kişi gerçek lehdar olarak kabul edilmemiştir.

5.3. Kanada

Kanada hukuku, hem AngloSakson hukuk sistemini hem de Kara Avrupası hukuk sistemini⁹³ bünyesinde barındırmasından ötürü gerçek lehdar kavramının incelenmesi noktasında önemli bir yere sahiptir.⁹⁴ Ayrıca, gerçek lehdar teriminin yer aldığı ilk vergi anlaşmasının taraflarından birinin Kanada olması ve taraf olduğu vergi sözleşmelerinin büyük çoğunluğunda bu kavramın kullanılması da Kanada hukukunun gerçek lehdar konseptinin ne anlama geldiğinin araştırılması hususunda ana kaynaklardan biri olduğu düşüncesini güçlendirmektedir.⁹⁵ Ancak, Kanada hukuku incelendiğinde gerçek lehdar kavramının bir tanımının olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte 1985 tarihli Kanada Gelir Vergisi Anlaşmalarının Yorumlanması Hakkında Kanun⁹⁶ tetkik edildiğinde: *“Kanada’nın taraf olduğu vergi anlaşmalarında tanımlanmamış terimlerle karşılaşılması halinde, aksi vergi anlaşmalarından anlaşılmadıkça terimlere ulusal vergi kanunlarındaki anlam verilir.”* Vergi anlaşmalarında sıklıkla kullanılan bu terim mahkeme kararları çerçevesinde yorumlanmıştır.Kanada mahkemeleri vergi anlaşmalarını devletlerarası karşılıklı irade beyanlarının örtüşmesinden⁹⁷ kaynaklanmalarından dolayı, vergi kanunlarının aksine liberal bir şekilde yo-

⁹³ Ouebec Bölgesi, Kanada’nın diğer bölgelerinden farklı olarak Kara Avrupası hukuk sistemini benimsemiştir.

⁹⁴ Krishna, Vern; Gervais, B.L., (2009), *“Treaty Shopping and the Concept of Beneficial Ownership in Double Tax Treaties”*, Canadian Current Tax, Cilt 19, no 11, s.140

⁹⁵ UK-Canada Double Taxation Convention 1946, the Protocol 1966

⁹⁶ The Income Tax Conventions Interpretation Act, RSC 1985

⁹⁷ Gladden Estate v The Queen, 85 DTC 5188, [1985] 1 CTC 163 F.C.T.D. [Canadian Case]

rumlanması gerektiğini öngörmüşlerdir.⁹⁸ Bu sebeple vergi anlaşmalarının yorumlanmasında milli hukukun yanında ilgili vergi anlaşmasının tarafı diğer devletlerin hukukuna da başvurulmaktadır.⁹⁹ İlaveten, OECD Model Anlaşma ve ekleri, vergi anlaşmalarının yorumlanması meselesinde Kanada mahkemeleri tarafından önemli kaynaklar arasında gösterilmektedir.¹⁰⁰

Prevost davası,¹⁰¹ Mahkemenin gerçeklehdar terimini farklı hukuk sistemlerini ve uluslararası hukuku baştan aşağıya analiz etmesinden ötürü gerçek lehdar kavramının yorumlanması konusunda başta gelen davalardan görülmektedir.¹⁰² Volvo İsveç'te Henlys ise Birleşik Krallık'ta kurulu imalat sanayi işi ile uğraşan şirketlerdir. Bu iki firma Kanada otomobil üretimi pazarına ortak olarak girmeye karar vermiştir. Bu sebeple Kanada'nın Quebec bölgesinde Prevost isminde bir şirket kurmuşlardır. Ayrıca, Volvo ve Henlys, Hollanda'da Prevost BV adlı bir şirket kurmuştur. Hollandalı şirket, ana şirketler ile Prevost Kanada arasında aracı şirket görevi görmektedir. Kanada Vergi Kurumu Prevost BV şirketinin Prevost Kanada'dan gelen temettü gelirinin gerçek lehdarı olmadığını ileri sürmüştür. Normal şartlar altında Volvo ve Henlys'in temettü geliri üzerinden %10-%15 oranlarında vergi ödemek sorunda oldukları fakat Volvo ve Henlys'in Hollanda'da bir şirket kurarak Hollanda-Kanada arasında akdedilmiş vergi anlaşmasından¹⁰³ yararlanma niyetinde olduğu iddia edilmiştir. İlaveten, PrevostBV'nin Hollanda'da aktif bir ofisinin olmadığı, işçi çalıştırmadığı, diğer bir ifade ile faal olmadığı beyan edilmiştir.

Davanın esasa ilişkin kısmı incelendiğinde, Volvo ve Henlys'in aralarında

⁹⁸ Baum, Steven; Watson, Gwendolyn, (2012), "Beneficial Ownership as a Treaty Anti-Avoidance Tool"?, The Canadian Tax Journal, 60:1, s. 153

⁹⁹ Prevost Car Inc v Canada FCA 57 [2009] [Canadian Case], Velcro Canada Inc v the Queen TC [2012], [Canadian Case]

¹⁰⁰ Cudd Pressure Control Inc v TheQueen 98 DTC FCA [Canadian Case], Bernstein,J.,(2007), "Beneficial Ownership: An International Perspective", Tax Notes International, Mart, s. 1211

¹⁰¹ Prevost Car Inc v Canada, DTC 3080 [2008] TCC [Canadian Case]

¹⁰² Kanada Mahkemesi, bu davada gerçek lehdar teriminin analizinde Anglo Sakson hukuku, kara Avrupası hukuku, trust hukuku, Viyana Konvansiyonu, OECD Model anlaşma ve eklerine başvurmuştur. Bu özelliği ile bu karar, gerçek lehdar kavramının uluslararası bir anlama kavuşması yolunda önemli derecede katkıda bulunmuştur.

¹⁰³ Hollanda-Kanada arasında akdedilmiş vergi anlaşması uyarınca, bu ülkelerde kurulmuş şirketler arasında transfer edilen temettü gelirleri üzerine, bu gelirin doğduğu devlet tarafından en fazla %5 oranında vergi koyulabilir.

imzaladıkları hissedarlar sözleşmesi uyarınca, Hollandalı şirketin, Prevost Kanada şirketinden gelen kar payı gelirinin en az %80'ninin bu şirketlere dağıtılması öngörülmüştür. Ancak, Prevost Kanada ve Prevost BV bu sözleşmenin tarafı değildir. Uygulamada da Prevost Kanada'dan gelen kar payları gelirinin büyük bir kısmının hissedarlar olan Volvo ve Henlys şirketlerine intikal ettirildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, mahkeme tarafından atanan uzman hukukçu (Advocate General–AvocatGénéral), şirketin gelirlerini hissedarlarına intikal ettirmesinin tekbaşına, bu şirketin ilgili gelirin gerçek lehdarı olmadığı anlamına gelmeyeceğini ve bunun yanında diğer koşullarında tetkiki gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁴ Mahkeme, bu tavsiye üzerine, hissedarlar sözleşmesi, PrevostBV'nin ana sözleşmesini ve diğer tüm ilişkili belgeleri incelemiştir. Sonuç olarak, Mahkeme,PrevostBV'nin, Prevost Kanada'dan elde ettiği temettü gelirini, istediği gibi kullanma özgürlüğüne sahip olduğu ve bu gelirin şirket kontrolünde olduğunu tespit etmiştir.¹⁰⁵

Mahkeme, gerçek lehdarın ne anlama geldiği konusunda aydınlatıcı bir analiz yapmıştır: *"...karpayı gelirini kendi yararı ve kullanımı için alan, bu karpayı geliri üzerindeki riskleri taşıyan ve bu karpayıgeliri üzerinde hakimiyeti bulunan gerçek ya da tüzel kişi, bu gelirin gerçek lehdarıdır..."*¹⁰⁶ Mahkeme ilaveten gerçek lehdarın ilgili gelirin üzerinde tüm mülkiyet haklarını(absolute-ownershiprights-droit de propriétéabsolue) elinde bulunduran kişi olduğunu ifade etmiştir. Kanaatimizce, Mahkemenin gerçek lehdar üzerine gerçekleştirdiği bu yorumu, uluslararası vergi hukuku anlamı kazanmasına önemli katkı sağlamıştır. Diğer yandan gerçek lehdarın ilgili gelir üzerinde tüm mülkiyet haklarına sahip kişi olarak değerlendirilmesi, OECD Model Anlaşma ve ekleminin öngördüğü gerçek lehdar kavramının ötesine geçmiştir. Zira gelir üzerindeki gerçek lehdar kavramının incelenmesinin altında yatan ana sebep ilgili gelirin hukuki mülkiyeti (legal ownership – propriétéde légal) bir kişide olmasına rağmen birbaşka kişinin bu gelir üzerinde hukuki veya fiili olarak makul

¹⁰⁴ Zira tüm şirketlerin nihai amacı hissedarlarına gelir sağlamaktır. Prevost Car Inc v Canada, DTC 3080 [2008] TCC and [2009] FCA 57

¹⁰⁵ Arnold, Brian, (2008), "Tax Treaty News", Bulletin for International Taxation, Cilt 62, no.7, s. 263

¹⁰⁶ Prevost Car Inc v Canada, DTC 3080 [2008] TCC [Canadian Case]

seviyede hakimiyetinin olmasıdır.

Prevost davasında analiz edilen diğer bir nokta gerçek lehdar kavramının yorumunda hukuki yaklaşımın mı yoksa ekonomik yaklaşımın mı tercih edileceği üzerinedir. Kanada Vergi Kurumu gerçek lehdar kavramına dar bir anlam yüklenmemesi gerektiğini ve bu nedenle asıl olan bu gelirden nihai olarak hangi kişiler yararlanacaksa o kişilerin gerçek lehdar olduklarını savunmuştur.¹⁰⁷Bu sav dikkate alınırca kurulan hiçbir tüzel kişinin gerçek lehdar olamayacağı sonucuna varılır. Bu da şirketler hukuku genel prensiplerince kabul edilecek bir durum değildir. Zira şirketlerin kuruluşlarının altında yatan sebep ortaklarına gelir sağlamalarıdır. Ayrıca OECD Model Anlaşma ve Şerhine bakıldığında tüzel kişilerin gerçek lehdar olmaması niyetinde olmadığı metinlerden anlaşılmaktadır. Kanada Vergi Kurumunun bu savını dikkate almayan, Mahkeme gerçek lehdar kavramının hukuki yaklaşım çerçevesinde yorumlanması gerektiği sonucuna varmıştır. Kanaatimizce, Mahkeme yorumlama metodu olarak hukuki yaklaşımı kullandığını ifade etse de, durum ve koşulları bütün olarak göz önüne aldığından karma bir yaklaşım izlemiştir. Şöyle ki, Mahkeme liberal bir yaklaşım ile OECD Model Anlaşma ve Şerhine atıfta bulunmuştur. Daha da önemlisi Mahkeme PrevostBV'nin kurulmasının nedeninin ticari nedenlerden kaynaklandığının tespitini yapmıştır. Çünkü Volvo İsveç'te, Henlys İngiltere'de kurulu şirketlerdir ve bu şirketler ortaklık içine girecekleri için üçüncü bir ülke de şirket kurmayı seçmişlerdir.

Diğer taraftan, Prevost davası Indofood davasından farklı durum ve koşullara sahiptir. Zira Indofood davasında aracı şirket, faiz ödeyen şirketten (veya bu şirket ile ilişkili şirketlerden) aldığı gelirin tamamını başka bir işte kullanmadan direkt olarak İngiltere'deki şirkete ödeme yükümlülüğü altına girmiştir. Ayrıca aracı şirketin ödeyememesi durumunda Endonezya'da kurulu olan asıl şirket İngiltere'deki şirkete ilgili faiz miktarını ödemeyi garanti etmiştir.¹⁰⁸ Aksine, Pre-

¹⁰⁷ Greyling, Johannes Barend, (2011), *"An Insight into the Development of the Royalty Definition Contained in Modern Model Tax Conventions and the Evolution of the International Tax Meaning of Beneficial Ownership"*, the Thesis for the degree of M.Comm (Tax), Stellenbosch University, s. 88

¹⁰⁸ Baum, Steven; Watson, Gwendolyn, (2012), *"Beneficial Ownership as a Treaty Anti-Avoidance Tool?"*, The Canadian Tax Journal, 60:1, s.162

vost davasında, Prevost BV'nin, temettü geliri üzerinde belli derecede hakimiyetinin olduğu incelenen belgelerden tespit edilmiştir. İlaveten, PrevostBV'nin kurulmasının altında yatan ana nedenin Hollanda-Kanada arasında akdedilmiş vergi anlaşmasından yararlanma olmadığı sonucuna varılmıştır. Mahkeme, bir şirketin sadece ortaklarına kar payı dağıtmasının bu şirketin gerçek lehdar olmadığı yargısına varılmasını onaylamamıştır. Sonuç olarak her iki davada da mesele kendine özgü durum ve koşulları içinde değerlendirilerek tatmin edici çözüme kavuşturulmuştur.¹⁰⁹

Velcro davası¹¹⁰ ile Kanada Mahkemesi, gerçek lehdar kavramını bir kez daha baştan aşağı incelemiştir. Velcro davasında ihtilaf Hollanda'da kurulu aracı şirket VelcroBV'nin Kanada'dan gelen telif gelirleri üzerinde gerçek lehdar olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.¹¹¹ Aracı şirket ile Kanada'daki şirket arasında imzalanmış lisans sözleşmesine göre; aracı şirketin bu sözleşme uyarınca Kanada'daki şirketten aldığı telif gelirini 30 gün içerisinde ana şirkete (Industries BV) aktarması zorunludur hükmü içermektedir.¹¹² Kanada Mahkemesi, bu davada Prevost davasına nazaran daha sistemli bir yöntem izlemiş ve 4 bölümden oluşan (mülkiyet-kullanım-risk-kontrol) test oluşturmuştur. Tüm finansal belgeler incelenmiştir. Mahkeme, aracı şirketin bir holding şirketi olduğunu ve değişik işlerden gelen birçok gelirin burada toplandığını, aracı şirketin Kanada'daki şirketten aldığı telif gelirinin ana şirkete ödediği ile aynı olmadığını tespit ederek aracı şirket VelcroBV'nin gerçek lehdar olduğu sonucuna varmıştır. Bu karar gerçek lehdar kavramının yorumlanması açısından katkıda bulunsa da hatalar içermekte olduğu ifade edilmektedir. Zira aracı şirket hukuki olarak kendisine intikal ettirilen telif gelirinin tamamını 30 gün içinde bir başka şirkete aktarmak yükümlülüğü altına girmiştir. Bu yükümlülük,

¹⁰⁹ Görüşümüze göre, bir gerçek ya da tüzel kişinin gerçek lehdar olup olmamasına karar verilmesi siyah ile beyaz kadar kesinlik arz etmez. Gerçek lehdar olup olmadığına karar vermek aynı transfer fiyatlandırması uygulamasında gibi durum ve koşullar nazara alınarak analiz edilmeli sadece kağıt üzerinde ilgili gelire sahip olan kişi gerçek lehdar sıfatını haiz olmamalıdır.

¹¹⁰ Velcro Canada Inc v the Queen, TCC57 [2012], [Canadian Case]

¹¹¹ Munting, W.R., (2012), "Beneficial Ownership: Handle with Care", Week blad Fiscaal Recht, s.5

¹¹² Arnold, B.J., (2012), "Tax Treaty Case Law News- A Trio of Recent Cases on Beneficial Ownership", Bulletin for International Taxation, Haziran, s. 323

aracı şirketin bu gelir üzerinde herhangi bir hakimiyetinin olmadığı anlamına gelebilir.¹¹³ İkincisi eğer telif gelir aracı şirkete değil de doğrudan ana şirkete transfer ettirilse idi bu gelir üzerinden %10 yerine %25 vergi ödenmesi gerekcekti.¹¹⁴Bu sebeple, aracı şirketin kuruluşunun ana nedeninin ilgili vergi anlaşmasından yararlanmak olduğu ifade edilebilir. Sonuç olarak, aracı şirketin ilgili gelir üzerinde çok sınırlı bir tasarruf hakkının olması ve ilgili lisans sözleşmesi ile hukuki olarak aldığı telif gelirini kullanmadan ve direkt olarak 30 gün içinde ana şirkete gönderme yükümlülüğü altına girmesinden ötürü ana şirketin fiktif elemanı olduğu ve dolayısıyla gerçek lehdar sıfatını haiz olamayacağı düşünülmektedir.

6. Gerçek Lehdar Kavramının Yorumlanması Amacıyla OECD Model Anlaşma Şerhinde Yapılması Önerilen Değişiklikler

2003 yılında gerçek lehdar kavramı üzerine OECD Model Anlaşmanın Şerhinde yapılan önemli değişiklikler, gerçek lehdar kavramının, milli mahkemeler tarafından radikal biçimde birbirinden farklı yorumlanmasına yol açmıştır.¹¹⁵ OECD, çok uluslu vergi hukuki meselelerinde bu farklı yorumların yol açtığı hukuki belirsizliğin giderilmesi ve gerçek lehdar teriminin uluslararası anlamının aydınlatılması için 2011 yılından itibaren çalışmalara başlamıştır.¹¹⁶ Bu çalışmalar, gerçek lehdar kavramının yorumlanmasına katkısının olduğu ifade edilmesine rağmen, aynı zamanda önemli derecede eleştiri almıştır. Aşağıda gerçek lehdar terimi üzerine yapılan güncel çalışmaları ve tartışmalı noktaları ele alacağız.

OECD önderliğinde başlayan çalışmanın ana tartışma meselelerinden biri;

¹¹³ Munting, W.R., (2012), *“Beneficial Ownership: Handle with Care”*, Week blad Fiscaal Recht, s. 6

¹¹⁴ Bu, aracı şirketin kuruluşunun ana nedeninin ilgili vergi anlaşmasından yararlanmak olduğunu göstermektedir.

¹¹⁵ Jones, J. Avery et al, (2011), *“OECD Discussion Draft: Clarification of the Meaning of Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention”*, s.2; Baker, Philip, (2007), *“Beneficial Ownership: After Indofood”*, GITC Review, Cilt VI, no.1, s. 23;; Ryyanen, Olli (2009), *“The Concept of a Beneficial Owner in the Application of Finnish Tax Treaties”*, Stockholm Institute for Scandianvian Law, s. 359-362

¹¹⁶ Bu çalışmalardan başlıcaları: OECD Discussion Draft 2011: Clarification of the meaning of Beneficial Owner in The OECD Model Tax Convention; OECD Revised Proposals 2012 Concerning the Meaning of Beneficial Owner in Articles 10,11 and 12

gerçek lehdar kavramının uluslararası bir anlamının mı olduğu yoksa tamamıyla ilgili ülke hukuk kuralları¹¹⁷ çerçevesinde mi anlam kazanacağıdır. Çalışma Grubunda ve uluslararası vergi hukuku doktrinde ağırlık kazanan görüş, gerçek lehdar teriminin neredeyse hiçbir ülkenin iç hukuku tarafından tam bir anlama sahip olmaması ve uygulamada terimin milli mahkemeler tarafından farklı yorumlanmasından mütevellit uluslararası bir anlama sahip olması yönündedir.¹¹⁸ Uluslararası vergi hukuku alanında farklı uygulamaların, hukuki belirsizliği tetiklediği ve sonuç olarak finans piyasası önünde engel teşkil ettiği düşünülmektedir.¹¹⁹ Kavramın uluslararası bir anlama sahip olması gerekliliğinin Indofood ve Prevost gibi önde gelen mahkeme kararlarında da altı çizilmiştir. Bununla birlikte, OECD Çalışma Grubunun 2011 yılında yayınladığı tasarıda; “...OECD Model Anlaşma Şerhi ile uyduğu sürece iç hukuk kurallarına başvurulabilir...” cümlesi yer almaktaydı. Ancak, birçok yazar, bu cümlenin, gerçek lehdar kavramının yorumlanmasında hukuki belirsizlik oluşturacağını belirterek karşı çıkmıştır. Bu tepkileri dikkate alan OECD Çalışma Grubu 2012 yılında yayınlanan revize edilmiş tasarıda bu cümleye yer vermemiştir.

OECD, 2012 yılında revize ettiği tasarı ile önemli mahkeme kararlarını¹²⁰ da nazara alarak gerçek lehdar kavramını açıklayıcı eklemeler yapmıştır. Mesela, gelir üzerinde gerçek lehdar olmanın o gelirin nihai sahibi olmasından farklı bir durum olduğunun altı çizilmiştir.¹²¹ İlaveten, bu tasarıda, kar payı üzerinde gerçek lehdar olmanın ilgili hissenin gerçek lehdarı olmasından farklı olduğu vurgulanmıştır.¹²² Daha da önemlisi, OECD Çalışma Grubu, gerçek lehdar

¹¹⁷ CLLS Revenue Law Committee, (2011), “Response to Clarification of the Meaning of Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention (Comments on OECD Discussion Draft 2011)”, s. 2

¹¹⁸ Danon, Robert, (2011), “Clarification of the Meaning of Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention-Comment on the April 2011 Discussion Draft”, Bulletin For International Taxation, Ağustos, s. 9

¹¹⁹ Ernst&Young’s LLP London, (2011), “Comments to the Proposed Changes to the Commentary on Articles 10,11 and 12 of the OECD Model Tax Convention”, s. 3

¹²⁰ Örneğin, Royal Dutch Petroleum, Indofood, Prevost, Veclro Davaları.

¹²¹ Prevost davasında, Kanada Vergi Kurumu bu iki durumun aynı olduğunu iddia etmiştir. Ancak, Kanada Mahkemesi, şirketlerin nihai amacının hissedarlarına kar payı vermesi olduğuna dayanarak, gelir üzerinde gerçek lehdar olunmasını o gelirin nihai sahibi olmasından ayırmıştır. Aksi durumun kabulü halinde hiçbir şirket gelir üzerinde gerçek lehdar olamaz. Bu da ne OECD Model Anlaşma hükümlerince ne de milli hukukların ilgili hükümlerince istenen bir durum değildir.

¹²² İki durum arasındaki fark, ilk olarak 1994 yılında “Royal Dutch Petroleum” davasında da

müessesini diğer vergi suiistimalini engelleyici müesseselerden ayırmaya çalışmıştır.¹²³ Tasarıda, gerçek lehdar teriminin özel bir uluslararası vergi terimi olduğu ve sadece özel durumlarda başvurulabileceği ifade edilmiştir.¹²⁴ Görüldüğü üzere, kavramın hangi hallerde kullanılması gerektiği kesin çizgiler ile belli olmamasından ötürü, uygulamada geniş yorumlanarak genel bir hüküm gibi kullanılmıştı. Danon'a göre, bu trendin sebebi OECD Model Anlaşma Şerhinin 1. maddenin 9.5. paragrafında geçen "yol gösterici ilke" (guidingprinciple – principe directeur)dir.¹²⁵ Bu paragrafta özetle, eğer kişilerin yaptıkları işlemlerin ana amacı daha düşük vergilendirmeye tabi olmak ise bu kişilerin ilgili çifte vergilendirme anlaşmasından yararlanamayacağı ifade edilmiştir. Anlaşılabileceği üzere, yol gösterici ilke olarak OECD Model Anlaşması Şerhine giren bu ilke genel bir konsepttir. Birçok vergi suiistimalini önleyici mekanizmanın doğuş yeridir. Bu bağlamda, OECD, bu genel kavram ile gerçek lehdar kavramının birbirinden ayrıştırılması için ilave örnekler verebilir.¹²⁶ Ayrıca, bu boşluk, devletlerin akdedeceği ikili vergi anlaşmaları ve protokoller ile doldurulabilir.

Diğer tartışılmalı nokta, OECD 2011 Tasarısında gerçek lehdar kavramının tanımından kaynaklanmaktadır. Metne göre, gerçek lehdar, ilgili gelir üzerinde sözleşmeden veya kanundan doğan bir yükümlülükten arı şekilde tam bir kullanma ve yararlanma hakkına sahip kişidir. Jones, aksi görüş ile ilgili bir kişinin

incelenmiş ve aynı sonuca varılmıştı.

¹²³ Bu girişimin sebebi, gerçek lehdar teriminin milli mahkemeler tarafından genel bir vergi suiistimali olarak kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Jimenez, A. Martin, (2010), "Beneficial Ownership- Current Trends ", *Worlds Tax Journal*, Şubat, s. 47 ; Standard Chartered, (2011), "Discussion Draft-Clarification of the Meaning of Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention" , s.3 ; Sharkey, NolanCormac, (2011), "China's Tax Treaties and Beneficial Ownership: Innovative Control of Treaty Shopping or Inferior Law- Making Damaging to International Law", *Bulletin For International Taxation*, Aralık, s. 661

¹²⁴ OECD Discussion Draft 2011: Clarification of the meaning of Beneficial Owner in The OECD Model Tax Convention, Paragraf 12.5 ; OECD Revised Proposals 2012 Concerning the Meaning of Beneficial Owner in Articles Paragraf 12.5

¹²⁵ Danon, Robert, (2011), "Clarification of the Meaning of Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention-Comment on the April 2011 Discussion Draft", *Bulletin for International Taxation*, s. 9

¹²⁶ OECD Model Anlaşma Şerhinde her ne kadar gerçek lehdar teriminin özel bir vergi suiistimalini önleyici mekanizma olduğu belirtile de genel vergi suiistimalini önleyici hükümlerden farkı belirtilmediğinden mütevellit, bazı milli mahkemeler tarafından genel bir konsept olarak kullanılmaktadır.

ilgili gelir üzerinde sınırlı seviyede hakkının olmasının, o kişiyi gerçek lehdar yapabileceğini savunmuştur.¹²⁷ Kanaatimizce bu görüş isabetlidir zira belli bir gelir üzerinde sınırlı hakka sahip kişi de gerçek lehdar olabilir. Ancak, kişi gelir üzerinde çok sınırlı hakka sahip ise ve o kişinin başka bir kişi adına, o geliri elinde bulundurduğudurum ve koşulların değerlendirilmesi neticesinde anlaşılırsa, o kişinin gerçek lehdar olmadığı sonucuna varılabilir.

OECD 2011 Model Şerh Tasarısında, gerçek lehdar testinin ana noktalarından biri, aracı kişinin yüklendiği yükümlülüğün niteliğidir.¹²⁸ Tasarı, bu yükümlülüğü sözleşmeden veya kanundan kaynaklanan bir yükümlülük olarak tanımlamıştır. Bu tanımlama vergiden kaçınma veya vergi kaçırma niyetinde olmayan kişilerin de ilgili vergi anlaşmalarından yararlanmamasına yol açabilir. Örneğin, A şirketinin (İsviçre’de mukim) bir banka olduğunu ve B şirketine (Türkiye’de mukim) kredi verdiğini varsayalım. A şirketi, bu miktarı başka yerden temin edebilir. Miktarı dahi aynı olabilir. Ancak burada A şirketinin amacı ticari olabilir, diğer bir ifade ile ana neden vergi suiistimaline yol açmak olmayabilir. Böyle bir durumda A şirketinin, B şirketine verdiği krediden doğacak faiz alacağı üzerinde gerçek lehdar olamayacağı hükmüne varmak isabetli bir karar olmayacaktır. Bu durumu dikkate alan OECD 2012 revize edilmiş Tasarı “yükümlülüğün” ilgili gelir ile ilişkili olması gerektiğini ifade etmiştir. “İlişkili yükümlülük” konusunda Tasarı: eğer kişinin yüklendiği yükümlülük, ilgili gelir tarafından teşvik ediliyorsa, bu yükümlülüğün ilişkili yükümlülük olduğunu belirtmiştir. Swiss Swaps davasında¹²⁹ Mahkeme bankanın (A) ilgili kar payı üzerinde tasarruf gücünün seviyesinin ne olduğunu tartışmıştır. Mahkeme, bankanın (A) ilgili geliri bir başka kişiye verme yükümlülüğü olup olmadığını incelemiştir. Bu bağlamda, bankanın (A) ilgili kar payını almasa dahi diğer bankaya (B) bu miktarı ödeme yükümlülüğü olduğunu tespit etmiştir.¹³⁰ Sonuç olarak İsviçre

¹²⁷ Jones, J. Avery et al, (2011), “OECD Discussion Draft Clarification of the Meaning of Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention”, s. 1

¹²⁸ IBFD Research Staff, (2011), “Response to Clarification of the Meaning Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention”, s. 4

¹²⁹ Swiss Swaps 1/A A-6537/2010 [2012], [Swiss Case]

¹³⁰ Desax, Marcus; Busenhart, Martin, (2012), “Swiss Tribunal Rules on Ownership and Treaty Abuse Issues Regarding Total Return Swaps”, Tax Notes International, Mayıs, Cilt 66, no.6, s. 562

Mahkemesi Banka'nın (A) ilgili gelirin gerçek lehdarı olduğuna karar vermiştir. Görüşümüzce, olayın koşulları ve özellikle söz konusu işlemler ve taraflar dikkatlice tetkik edildiği için Mahkemenin kararı, OECD Model Anlaşma ile uyumlu olup, gerçek lehdar kavramının uluslararası anlam kazanmasında olumlu etkide bulunmuştur.

Özetle söylemek gerekirse, OECD'nin gerçek lehdar kavramı üzerine yaptığı bu çalışmaların, kavramın uluslararası alanda anlaşılmasına katkıda bulunduğu inancındayız. Ancak, Model Anlaşma Şerhinde konunun örnekler yolu ile açıklanmasına yeteri kadar yer verilmemesinin gerçek lehdar kavramının milli mahkemeler ve diğer ilgili kurumlar tarafından tam olarak anlaşılmasına yol açtığını düşünüyoruz. Bu durum da gerçek lehdarın tespitine ilişkin davalarda birbirinden farklı kararların çıktığı ve dolayısıyla uluslararası ticaret hayatında hukuki belirsizliğe sebebiyet verdiği gözlemlenmektedir.

7. Türk Vergi Hukukunda Gerçek Lehdar Kavramının Tatbiki

Uluslararası vergi anlaşmalarının iç hukuktaki statüsü devletlerin benimsediği sistemlere göre farklılık arz etmektedir. Usulüne uygun şekilde onaylanmış bir vergi anlaşmasının iç hukuktaki yeri genel olarak anayasal hükümler çerçevesinde düzenlenmektedir. Anlaşmaların iç hukuktaki yerine ilişkin meselenin çözümü için iki kuramsal görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki, uluslararası hukuk ve iç hukuku birbirinden bağımsız iki ayrı düzen olarak kabul eder [İkici-Dualist Görüş]. İkinci görüşe göre ise, uluslararası hukuku iç hukukun bir parçasıdır [Tekçi- Monist Görüş].¹³¹ Ancak, devletler, tekellerinde bulunan kanun kuralları ihdas etme gücünü etkileyebilecek uluslararası hukukun, iç hukuktaki yerini kendi sosyal, siyasal ve ekonomik durumuna göre düzenlemektedirler. Diğer bir deyişle, bu konuyu çözüme kavuşturan evrensel bir kural bulunmamaktadır.

Türk hukukunda milletlerarası anlaşmaların iç hukuktaki yerini gösteren düzenleme 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasıdır. Bu fıkraya göre *"Usulüne uygun yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmeler kanun*

¹³¹ Eren, Abdurrahman, (2004), *"1982 Anayasasının 90. Maddesindeki Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi"*, AÜEHFD, Cilt VIII, sayı 3-4, s. 48-5

hükmündedir. Bunlar Hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Bu bağlamda usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmeden ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması gerekmektedir. Kural olarak bir anlaşmanın usulüne uygun olabilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisinin ilgili anlaşmayı kanun ile uygun bulmasına bağlıdır. Ancak Anayasa 90/2’ye göre, *“Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.”* Ayrıca Anayasa 90/3 maddesinde, *“Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.”* hükmü düzenlenmiştir. 4. fıkrada ise Türk Kanunlarında değişiklik getiren her türlü anlaşmanın usulüne uygun olması, bu anlaşmanın Türkiye Büyük Millet Meclisince kanun ile kabul edilmesi şartına bağlanmıştır. Vergi anlaşmaları, taraf devletlerin vergilendirme yetkilerini sınırlandırma iradesini ve taraf devletlerin idari mekanizmaların işleyişi açısından karşılıklı taahhütlerini içeren uluslararası hukuk metinleridir. Vergi anlaşmaları iki ana fonksiyona sahiptir: Bunlardan ilki çifte vergilendirmenin önlenmesidir.¹³² Bu iki fonksiyon gereği çifte vergilendirme anlaşmaları vergi mükellefleri için haklar doğururlar. Diğer yandan vergi anlaşması gereği devletin vergilendirme yetkisi sınırlandırılmış olacağından devlet maliyesi için bir külfet oluşmaktadır. Ayrıca, vergi anlaşmaları devletin vergilendirme yetkisini sınırlandırma kabiliyeti taşıdığından ötürü bu anlaşmaların 1982 Anaya-

¹³² Yaltı, Billur, (2011), *“Türk Vergi Anlaşması Uygulamasına İlişkin Görüşler”*, Tebliğ Metni, Kadir Has Üniversitesi & İsviçre-Türkiye Araştırmalar Vakfı “İsviçre-Türkiye Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması’nın Temel Esasları” Sempozyumu, s. 1-2

sası 73. maddede düzenlenmiş vergide kanunilik ilkesi -Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır- gereği TBMM tarafından kanun ile uygun bulunması icap etmektedir. Bu sebeplerle, vergi anlaşmaları 1982 anayasası 90/1 maddesine tabidir.¹³³

Yukarıda değindiğimiz gibi Türkiye'nin taraf olduğu çifte vergilendirmenin önlenmesi anlaşmalarının hepsinde gerçek lehdar terimi geçmektedir.¹³⁴ Burada yeni bir tarihte akdedilmiş olması sebebiyle Türkiye ile İsviçre arasında yapılmış anlaşma üzerinden gerçek lehdar uygulaması anlatılmaya çalışılacaktır. Türkiye-İsviçre Çifte Vergilendirmenin Önlenmesine İlişkin Anlaşmanın 11. maddesi hükümleri uyarınca kural olarak bir akit devlette doğan ve diğer devletin mukimine ödenen faiz kazancı, diğer devlet tarafından vergilendirilebilecektir.¹³⁵ Bununla birlikte, Anlaşma, elde edilen faiz kazancının kaynak devlet tarafından da vergilendirilebileceğini öngörmüştür. Ancak, faizin gerçek lehdarı diğer akit devletin mukimi ise, kaynak devlet tarafından konulacak vergi belli durumlara¹³⁶ göre belirlenen oranları aşamaz. Anlaşmanın içeriğinden görüldüğü gibi faiz kazancının doğduğu akit devletin vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması konusunda kilit terim gerçek lehdar kavramıdır. Mamafih bu terimin, ülkemizin taraf olduğu çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında, OECD ve Birleşmiş Milletlerin Model vergi konvansiyonlarında tanımı yapılmamıştır. Türkiye uygulamasında,¹³⁷ akit olunan anlaşmadan yararlanılabilmeyen tek şartı, akit diğer devletin yetkili makamlarından alınacak mukimlik belgesinin sunulmasıdır. Ancak, söz konusu kazançta sahip olan kişinin gerçek lehdar

¹³³ Kanaatimizce bu noktada çifte vergilendirme anlaşmaları milli vergi kanunlarını kaldırılmaktadır. Ancak belli şartlar altında iç hukuk kuralları, vergi anlaşmalarından faydalanması gereken gerçek ve tüzel kişilere uygulanamaz hale gelmektedir.

¹³⁴ http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuat/uluslararası_mevzuat/VERGIANLASMALIST.htm

¹³⁵ 28171 nolu Resmi Gazete, 12.01.2012

¹³⁶ Anlaşmanın 11. maddesinin 2. Fıkrasına göre faiz kazancının kaynağı olan akit devlet:

- a) Eximbank ya da amacı ihracatı teşvik etmek olan benzeri bir kuruluş tarafından ihracatı teşvik etmek amacıyla verilen, garanti edilen ya da sigortalanan bir borç ya da kredi yönünden, faiz gayri safi tutarının yüzde 5'i;
- b) Faiz bir banka tarafından elde edilmişse, faizin gayrisafi tutarının yüzde 10'u;
- c) Tüm diğer durumlarda faizin gayri safi tutarının yüzde 10'u kadar vergi koyabilir.

¹³⁷ Gerçek lehdarın tartışıldığı yargı kararı nerede ise hiç yoktur. Danıştay 4. D. E 1999/4802 K 2000/2942 15.06.2000 Tarihli kararında gerçek lehdar kavramı geçmiş ancak anlamının ne olduğu konusunda bir açıklama yapılmamıştır.

olup olmadığı araştırılmamaktadır. Halbuki bir ülkede ikamet etmekle, mevzu konusu gelirin gerçek lehdarı olmak farklı durumlardır. Yukarıda vurguladığımız gibi faiz kazancının doğduğu devletin vergilendirme yetkisinin sınırlandırılmasında, değerlendirilmesi gereken ana nokta, diğer akit devletinin mukimi olan kişinin “gerçek lehdar” sıfatına sahip olmasına bağlıdır. Bu durum, ülkemizin taraf olduğu çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarındaki gerçek lehdara ilişkin hükümlerin etkin bir şekilde yorumlanmadığı ve dolayısıyla isabetsiz bir uygulamanın tatbik edildiğini göstermektedir.¹³⁸

8. Sonuç

Gerçeklehdar müessesesi, üye devletlerin çekincesi veya farklı görüşü olmaksızın 1977 yılında OECD Model Vergi Anlaşmasında yerini almasına rağmen, günümüze kadar bu terimin anlamının ne olduğu konusunda yerleşmiş bir görüş birliği oluşmamıştır. Genel itibariyle, gerçek lehdar kavramı, ilk uygulandığı yıllarda hukuki yaklaşım içerisinde değerlendirilmiş ancak 1986 yılında yayınlanan Kanal Şirketler Raporu ve özellikle 2003 yılında OECD Modeli Şerhinde yapılan değişiklik sonrası milli mahkemeler tarafından birbirinden farklı şekilde yorumlanmıştır. Bu durum, uluslararası vergi hukukunda gerçek lehdar kavramının tam olarak ne anlama geldiği ve nasıl uygulanması gerektiği hususlarının sorgulanmasına neden olmuştur. Bu makalede, uluslararası vergi hukukunda gerçek lehdar müessesesinin gelişimi baştan aşağıya incelenmiştir. Bu inceleme sonucunda, OECD Model Sözleşmenin, baştan beri gerçek lehdar kavramını sınırlı sayıda anlaşma alışverişi (treatyshopping) durumlarını engellemek için benimsediği görüşüne varılmıştır. Zaman içerisinde, Model Sözleşme ve Şerhi değişikliklere uğrasa da bu değişiklikler köklü bir değişiklik değildir. Ancak, doğal olarak yapılan bu değişiklikler, gerçek lehdar kavramının yorumlanmasında değişik görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Genel itibariyle bakıldığında, milli mahkemeler, gerçek lehdar kavramının uluslararası

¹³⁸ Diğer anlaşmalardan farklı olarak Danimarka ile yapılan Anlaşmaya ilişkin Protokolün 3. maddesinde: “Her iki Devletin de mukimi olmayan kişilerce doğrudan veya dolaylı olarak kontrol edilen diğer Devletin bir mukimince gelir elde edildiğinde, Akit Devletlerden her birinin bu madde hükümlerince sağlanan istisna ve muafiyetleri reddetme haklarının saklı olduğu” hükmü yer almaktadır. Görüşümüze göre, akit devletler tarafından yapılan anlaşmadan yararlanmak amacıyla tesis edilen yapay düzenlemelerin bertaraf edilmesi için konulmuş bir güvenlik maddesidir.

sı bir anlamının olduğunu kabul etmektedirler. Bununla birlikte, mahkemeler gerçek lehdar kavramının nasıl yorumlanması gerektiği konusunda farklı test ve yöntemler geliştirmişlerdir. Indofood davasında, İngiliz Mahkemesi, gerçek lehdarın yorumlanması hususunda hukuki yaklaşımın ötesine geçmiştir. Mahkeme burada, Indofood Şirketinin Hollanda'da kurulması düşünülen şirketin kuruluşundaki ana amacının Hollanda-Birleşik Krallık arasında imzalanmış çifte vergilendirmenin önlenmesi anlaşmasından yararlanmak olduğunu tespit etmiştir. Ancak, Mahkeme, Fransa'da görülen RBS davasından farklı olarak dava konusu işlemin tümünü değerlendirmiş ve gerçek lehdar kavramını genel bir vergi suiistimali kuralı olarak değil OECD Model Konvansiyonu ve Şerhi ışığında özel bir müessese olarak değerlendirmiştir. Benzer şekilde, Farklı koşul ve şartlar taşıyan Prevost davasında, Kanada Mahkemesi, dava konusu işlemi baştan aşağıya incelemiştir. Sonuç olarak, Mahkeme, Indofood davasından farklı olarak PrevostBV'nin kurulmasının altında yatan ana nedenin Hollanda-Kanada arasında akdedilmiş vergi anlaşmasından yararlanma olmadığı gerekçesiyle PrevostBV'nin ilgili gelirin gerçek lehdarı olduğuna karar vermiştir. Düşüncemize göre her iki mahkeme kararı da tatmin edici çözüm elde etmiştir. Diğer yandan, gerçek lehdar kavramının uluslararası vergi hukukundaki anlamı belirsizliğini korumuştur. Bu sebeple yukarıda değindiğimiz gibi, OECD, Model Anlaşma Şerhinde, gerçek lehdar kavramının yorumlanmasında yardımcı olması için değişiklik teklifi getirmiş ve birçok kurum ve akademisyenler tarafından değişiklik önerileri almıştır. Ancak yukarıda da ele aldığımız gibi yapılan bu öneriler gerçek lehdar kavramını açıklamaya yardım etse de tatmin edici değildir. Bu sebeple, OECD Model Şerhinde, gerçek lehdar teriminin tam olarak ne anlama geldiği kapsamlı olarak düzenlenmeli ve değişik durumlar için örnekler verilmelidir. İkinci olarak, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının uygulayıcıları olan milli maliye kurumlarının ve mahkemelerinin gerçek lehdara ilişkin ihtilafları, olayın koşulları içerisinde değerlendirmeleri gerekmektedir. Bu bağlamda, söz konusu hukuki işlem ve işlemin süjeleri hukuki ve ekonomik anlamda incelemeye tabi tutulmalı ve sonucunda ilgili kişinin söz konusu gelirin gerçek lehdarı olup olmadığına karar verilmelidir.

Diğer taraftan, özellikle gelişmekte olan ülkelerin uygulamasında –ülkemiz-

de olduğu gibi- vergi kurumları ve mahkemeler, çifte vergilendirmeyi önleme sözleşmelerindeki gerçek lehdar kavramını uluslararası vergi anlaşmaları hukuku çerçevesinde yorumlamak yerine ilgili gerçek ya da tüzel kişinin söz konusu ülkede mukim olup olmadığına bakarak karar vermektedirler. Eğer, ilgili gerçek ya da tüzel kişi taraf ülkelerden birinde mukim ise, ilgili vergi anlaşmasından yararlanma şansına sahiptir. Diğer bir ifade ile, bu ülkeler uygulamalarında, gerçek lehdar kavramını uluslararası vergi hukukundaki anlamından farklı olarak, katı hukuki yaklaşım içerisinde değerlendirmişlerdir. Oysaki uluslararası vergi hukukunda gerçek lehdar kavramı, ilgiligelirin hukuki maliki olmak değildir. Bu gelirden yararlanabilecek derecede hakimiyetinin olması tüm şart ve koşullar değerlendirildiğinde, yararlanan kişiyi gerçek lehdar yapabilir. Sadece ilgili ülkeler arasında yapılmış vergi anlaşmalarından yararlanmak için kurulmuş tüzel kişilerin, söz konusu kaynak ülkeden vergi kaçırmayı engellenebilir. Böylece, hem ülkeler arası sermaye hareketleri engellenmemiş hem de kaynak ülkenin mali yapısı zarar görmemiş olacaktır.



KAYNAKÇA

Akkaya, Mustafa, (2002), *"Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım"*, Turhan Kitabevi, Ankara

Andreas Neocleous&CO LLC,(2011),*"Comments on the Clarification of the Meaning of beneficial owner found in Articles 10,11 and 12 of the OECD Model Tax Convention"*

Arnold,B.J.,(2008),*"Tax Treaty News"*, Bulletin for International Taxation,Cilt62,no.7

Arnold,B.J.,(2011),*"Tax Treaty News"*,Bulletin for International Taxation,Cilt65,no.12

Arnold,B.J.,(2012),Tax Treaty Case Law News-A Trio of Recent Cases on Beneficial Ownership,Bulletin For International Taxation,Cilt ,67,no.7

Association for Financial Markets in Europe (AFME), (2011),*"Initial Comments on the OECD's Discussion Draft-Clarification of the Meaning of Beneficial Owner in the OECD MTC"*

Baker,Philip,(2007),*"Beneficial Ownership:After Indofood"*,GITC Review, Cilt VI,no.1

Baum,Steven;Watson,Gwendolyn,(2012),*"Beneficial Ownership as a Treaty Anti-Avoidance Tool?"*,The Canadian Tax Journal,60:1

Bernstein,J.,(2007),*"Beneficial Ownership: An International Perspective"*,Tax Notes International March

Bolderman,Sander,(2009),*"Tour d'Horizon of the Term Beneficial Owner"*,Tax Notes International 54

Brandstetter,Patricia,(2011),*"Taxes Covered:A Study of Article 2 of the OECD Model Tax Conventions"*,IBFD,Amsterdam

Brender,Mark D.,(2003), *"Beneficial Ownership in Canadian Income Tax Law:Required reform and Impact on Harmonisation Quebec civil Law and Federal Legislation"*,Canadian Tax Journal,Cilt.51,no.1

Brown,Catherine,(2003),“*Symposium: Beneficial Ownership and the Income Tax Act*”,Cilt51,no.1

Business and Industry Advisory Committee(BIAC),(2012),“*Comments on the Revised Proposals Concerning the Meaning of Beneficial Owner in Articles 10,11 and 12 of the OECD MTC*”

Butani,M.,(2004),“*Tax Treaty Interpretation*”, Asia-Pacific Tax Bulletin I

Chartered Institute of Taxation(CIT),(2012),“*Clarification of the Meaning of Beneficial Owner in the OECD MTC*”

CLLS Revenue Law Committee,(2011), “*Response to Clarification of the Meaning of Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention(Comments on OECD Discussion Draft 2011)*”

Collier,Richard,(2011),“*Clarity, Opacity and Beneficial Ownership*”, British Tax Review, issue 6

Collier,Richard,(2012),“*The Comment on the Revised Proposals Concerning the Meaning of Beneficial Owner in Articles 10,11 and 12*”

De Broe,Luc,(2008),“*International Tax Planning and Prevention of Abuse*”,IBFD, Amsterdam

De Moraes e Castro,Leonardo Freitas,(2011),“*Brazil’s Anti-Treaty Shopping Measures: Current and Future Developments and Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties*”, Bulletin For International Taxation December

Danon,Robert,(2011),“*Clarification of the Meaning of Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention-Comment on the April 2011 Discussion Draft*”,Bulletin For International Taxation August

Deloitte&Touche LLP,(2012), “*Comments on Revised Public Discussion Draft:Revised Proposals Concerning the Meaning of Beneficial Owner in the OECD MTC*”

Desax,Marcus;Busenhart,Martin,(2012),“*Swiss Tribunal Rules on Ownership and Treaty Abuse Issues Regarding Total Return Swaps*”, Tax Notes International May, Cilt66,no.6

Du Toit,C.,(1999),*"Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties"*, IFBD Publications, Amsterdam

Du Toit,C.,(2010),*"The Evolution of the Term Beneficial Ownership in Relation to International Taxation over the Past 45 Years"*, Bulletin for International Taxation, October

Edwardes-Ker,Michael,(1994),*"Tax Treaties Interpretation"*, P.HD thesis submitted to Queen Mary and Westfield College University of London

Engelen, Frank,(2004),*"Interpretation of Tax Treaties under International Law"*, IBFD, Amsterdam

Eren, Abdurrahman, (2004), *"1982Anayasasının 90. Maddesindeki Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi"*, AÜEHFD, Cilt VIII, sayı 3-4

Ernst&Young`s LLP London,(2011), *"Comments to the Proposed Changes to the Commentary on Articles 10,11 and 12 of the OECD Model Tax Convention"*

Etudes Fiscales Internationales,(2014), *"Abuse de droit et substance économique"*, V2 EFI

European Business Initiative on Taxation (EBIT), (2012),*"Comments on OECD MTC: Revised Proposals concerning the meaning of beneficial owner in Articles 10,11 and 12"*

Gemalmaz, H. Burak, (2009), *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı"*, Beta.

Gemalmaz, Mehmet Semih, (2007), *"Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş"*, Legal, 6. Bası

Gouthiere, Bruno,(2011),*"Beneficial Ownership and Tax Treaties: A French View"*, Bulletin for International Taxation, April/May

Greyling, Johannes Barend,(2011),*"An Insight into the Development of the Royalty Definition Contained in Modern Model Tax Conventions and the Evolution of the International Tax Meaning of Beneficial Ownership"*, the Thesis for the degree of M.Comm(Tax),Stellencosch University

Hoor, Oliver R., (2010), *"The OECD Model Tax Convention A Comprehensive Technical Analysis"*, Legitech

IBFD Research Staff,(2011), *"Response to Clarification of the Meaning Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention"*

Jain,Saurabh,(2013),*"Effectiveness of the Beneficial Ownership Test in Conduit Company Cases"*, IBFD, Amsterdam

Japan Foreign Trade Council Inc. (JFTC),(2012),*"Comments on Revised Proposals Concerning the Meaning of Beneficial Owner in Articles 10,11 and 12 of the OECD MTC"*

Jain, Saurabh, (2013), *"Effectiveness of the Beneficial Ownership in Conduit Company Cases"*, IBFD

Jezzi,Philip Laroma,(2010),*"The Concept of Beneficial Ownership in the Indofood and Prevost Car Decisions"*, IBFD, Bulletin for International Taxation May

Jimenez,A.Martin,(2010),*"Beneficial Ownership: Current Trends"*, World Tax Journal, Cilt 2,no.1

Jones,J.F.Avery, (2002),*"The Effect of Changes in the OECD Commentaries After a Treaty is Concluded"*, International Bulletin for Fiscal Documentation, Cilt 56,no.3

Jones,J.F.Avery et al(2006),*"The Origins of Concept and Expressions used in the OECD Model and Their Adoption by States"*, Bulletin-Tax Treaty Monitor June, IBFD

Jones.J.F. Avery et al,(2011),*"OECD Discussion Draft "Clarification of the Meaning of Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention"*

Kaneti, Selim, (1989), *"Vergi Hukuku,"* Filiz Kitabevi, 2. Basi

Kandev,Micheal N.,(2009),*"Treaty Shopping after Prevost Car: What does the Future Hold?"*, International Tax Seminar in International Fiscal Association-Canada Branch

Kleinbard, Edward, (2013), *"Hearing Titled Tax Reforms: Tax Havens, Base Erosion and Profit Shifting of US House of Representatives Committee on Ways and Means"*

Knoll, Michael S., (2011), *Reconsidering International Tax Neutrality*, Tax Law Review, Cilt 64, s. 99-129

Krishna,Vern;Gervais,B.L.,(2009),*"Treaty Shopping and the Concept of Beneficial Ownership in Double Tax Treaties"*, Canadian Current Tax, volume 19, number 11

Kryzhanovskaya,Elena,(2012), *"The Beneficial Ownership in Civil Law Countries: Scandinavian Perspective"*, Lund University, School of Economics and Management

Lang, Michael, (2001), *Tax Treaty Interpretation*, Wolter Kluwers

Lang,Michael;Brugger,Florin,(2008),*"The Role of the OECD Commentary in Tax Treaty Interpretation"*,Australian Tax Forum 23

Lang,Michael,(2010), *"Introduction to the Law of Double Taxation Conventions"*, IBFD, Amsterdam

Le Gall, Jean-Pierre,(2000), *"Fiscalitéinternationale des sociétés de personnes, L'arrêtDiebold: un incidentou un cataclysm"*

Leff,Arthur Allen,(1985),*"The Leff Dictionary of La: A Fragment: Part 3"*,The Yale Law Journal,Cilt 96

Li,Jinyan,(2012),*"Beneficial Ownership in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case for Clarity"*, Osgoode Hall Law School, Research Paper Series, no:4/2012

Maisto,G.,(1998),*"The Taxation of Trust in Civil Law Countries, Italy: Aspects of Trust Taxation"*, European Taxation

Mardelle,Nicolas,(2013), *"VersDesExigencesFiscalesAgressives de la Part de l'ocde"*, RevueSorbonne Ofisi Université Paris Panthéon-Sorbonne

McGowan,Michael,(2006),*"Indofood Court Expands Interpretation of Beneficial Ownership"*,Tax Notes International, Cilt 42,no.13

Mehta,A.S.,(2005),*"International Taxation of Cross-Border Leasing Income"*, IBFD, Amsterdam

Miller,Angharad;Oats,Lynne,(2012),”Principles of International Taxation”,3. Bası, Bloomsbury Professional, Hampshire

Ministère de l’Économie et desFinances et de l’industrie,(2006),”lesprix de transfert Guide à l’usagedes PME”, Directiongénéraledesimpôts

Munting,W.R.,(2012),”Beneficial Ownership: Handle with Care”, Weekblad-FiscaalRecht,

New Zealand Institute of Chartered Accountants,(2012),”Submission of Beneficial Owner in Articles 10,11 and 12 of the OECD Model Tax Convention”

Oberson, Xavier,(2002), ”Coordinationentre l’UE et la Suisse de l’imposition-desrevenusdel’épargne”, InstitutEuropéen de l’Université de Genève

Oğuzman, M. Kemal; Seçili Özer; Oktay, Saibe, (2014), “Eşya Hukuku,” Filiz Kitabevi, 17. Bası

Oliver,David et al.,(2000),”Beneficial Ownership”, Bulletin for International Fiscal Documentation

Oliver,J.D.B.,(2001),”Beneficial Ownership and the OECD Model,British Tax Review 1

Öncel, Mualla; Kumrulu, Ahmet; Çağan, Nami, (2014), “Vergi Hukuku”, 23. Bası

Özgenç, Ayhan Selçuk, (2011),”Vergi Anlaşmalarında Gerçek Lehdar Kavramı”, MÜHF HAD, Cilt 17, sayı 3-4

Ryynanen,Olli,(2009),”The Concept of a Beneficial Owner in the Application of Finnish Tax Treatis”, Stockholm Institute for Scandinavian Law

Saban, Nihal, (2014), “Vergi Hukuku,” Beta, 6. Bası

Sekar, K.R.,(2008),”No Consensus in Beneficial Ownership”, International Tax Review 19

Schwarz,Jonathan,(2002),”Tax Treaties:United Kingdom and Practice”,Sweet&Maxwell, London

Schwarz,Jonathan,(2011),”Schwarz on Tax Treaties”,2nd Edition, Wolters Klu-

wers UK Limited,London

Sharkey,Nolan Cormac,(2011),*"China`s Tax Treaties and Beneficial Ownership: Innovative Control of Treaty Shopping or Inferior Law-Making Damaging to International Law"*, Bulletin For International Taxation December

Sheppard,L.,(2007),*"Indofood and Bank of Scotland: Who is the beneficial owner"*, 45 Tax Notes International 5

Sporken,Eduard,(1994),*"Dutch Planners the Bounds"*, Tax Planning International Review 9

Standard Chartered,(2011), *"Discussion Draft-Clarification of the Meaning of Beneficial Owner in the OECD Model Tax Convention"*

Tiley,John;Loutzenhiser,Glen,(2012),*"Advanced Topics in Revenue Law; Corporation Tax; International and European Tax;Savings; Charities"*, Hart Publishing, Oxford

Van Brederode, Robert F., Krever, Rick, (2014), Legal Interpretation of Tax Law, Wolters Kluwers

Van Bladel,M.L.L.,(2013),*"Commentary on OECD MTC: Revised Proposals Concerning the Meaning of Beneficial Owner in Articles 10,11 and 12"*

Van Raad,Kees,(2011),*"Report on Beneficial Ownership Under the OECD Model Convention and Commentaries"*

Van Raad,Kees,(2012),*"Materials on International an EU Tax Law 2012-2013"*, Cilt 1-2,International Tax Center Leiden, Netherlands

Van Weeghel,S,(1998),*"The Improper Use of Tax Treaties with Particular Reference to the Netherlands and the United States"*, Kluwer Law International, London

Van Weeghel,S.,(2010),*"General Report, Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti Avoidance Provisions"*,IFA, Cilt 5a

Vann,Richard,(2012),*"Beneficial ownership: What Does History(and Maybe Policy) Tell Us"*, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper,no.12/66

Verdoner, Louan et al,(2010),*"A Cross-Country Perspective Beneficial Ownership-Part 1"*, European Taxation September

Verdoner, Louan et al,(2010),*"A Cross-Country Perspective Beneficial Ownership-Part 2"*, European Taxation October

Vogel, Klaus,(1986),*"Double Tax Treaties and Their Interpretation"* Berkeley Journal of International Law, Cilt 4-1

Vogel, Klaus,(1997),*"Klaus Vogel on Double Taxation Conventions"*, 3rd Edition, Kluwer International Law, London

Vogel, Klaus,(1998),*"Interpretation of Tax Law and Treaties and Transfer Pricing in Japan and Germany"*, Kluwer International, Boston

Vogel, Klaus,(2000),*"The Influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation"*, IBFD Bulletin

Ward, David A.,(2008), *"Accès aux bénéfices découlant des conventions fiscales"*- Rapport de recherche préparé pour le Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale

Wattel, P.; Marres, O.,(2003),*"The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties"*, European Taxation

Wittendorf, Jens,(2010),*"Taxpayers prevails in second Beneficial Ownership Case"*, Tax Notes International

SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE ZAPTIN HUKUKİ SONUÇLARI

Conclusions of Legal Hold on Contract of Sale

Cüneyt PEKMEZ*

ÖZET

Satış sözleşmesinde satım konusunun üçüncü kişi tarafından zaptı halinde zaptın sonuçları bakımından Türk Borçlar Kanunu iki hükme yer vermiştir. Bunlardan ilki üçüncü kişinin satım konusunu tamamen zaptı halinde uygulanacak olan TBK m. 217, ikincisi ise kısmi zapt halinde uygulanacak olan TBK m. 218 hükmüdür. İki hüküm arasındaki ilişkinin ve bu hükümlerin diğer hükümlerle olan ilişkisinin ortaya konulması suretiyle satış sözleşmesinde zaptın sonuçlarının incelenmesi gerekmektedir.

TBK m. 217 hükmünde satış konusunun zaptı halinde sözleşmenin sona ereceği belirtilmekle satıcının sorumluluğu düzenlenmiş, bu sorumluluk kapsamında alıcı ve satıcının iade taleplerine yer verilmiştir. TBK m. 217 II hükmünde satıcı aleyhine kusur karanesi getirilerek satıcının kusurlu olmadığını ispat etmedikçe doğan diğer zararlardan da sorumlu olacağı belirtilmiştir.

TBK m. 218 hükmünde satış konusunun kısmen zaptı halinde doğacak sonuçlar düzenlenmiştir. Birinci fıkrada, satıcının alıcının uğradığı zararları tazminle yükümlü olduğu, ikinci fıkrada ise tam zapttan farklı olarak sözleşmenin sona ermesi için mahkeme kararının gerektiği belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler: zapt, tam zapt, kısmi zapt, kusursuz sorumluluk, doğrudan-dolaylı zarar, istihkak davası

ABSTRACT

There are two provisions on Turkish Code of Obligations, giving conclusions of legal hold on sale contract while sold item is hold legally by third party. First of them is Turkish Code of Obligations 217 which is applied while sold item is entirely hold legally by third party. Second of them is Turkish Code of Obligations 218 which is applied while sold item is partially hold legally by third party. It is required to analyse

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
cuneytpekmez@hotmail.com

conclusions of legal hold on contract of sale by determining relations among these two provisions and other provisions.

According to Turkish Code Obligations 217, while sold item is entirely hold legally by third party, the contracts is over by itself. This provisions includes liability of saler and returning demands of saler and purchaser. According to 217 II, as saler could not prove that he/she is not liability with fault, saler is liability for other damages come out from legal hold.

According to Turkish Code Obligations 218 I, while sold item is partially hold legal-ly by third party, the saler is liability for damages of purchaser. According to second article on 218 while partially legal hold, decisions of judge is required t in order to dissolve contract.

Key Words: legal hold, entirely hold, partially hold, liability without fault, direct-in-direct damage, rei vindicatio



GİRİŞ

Tam zapt, üçüncü kişinin üstün hakkına dayanarak alıcıdan satılanın tamamını geri almaya yönelik faaliyetlere girişmiş olmasını ve bunun sonucunda satılanın tamamına el koymasını ifade eder. Kısmi zapt ise tam zaptan farklı olarak satılanın tamamı üzerinde değil satılanın bir kısmı üzerinde zapt halinde söz konusu olur¹. TBK m.217 hükmü tam zapt halinde zaptın hukuki sonuçla-rını düzenlerken, TBK m.218 hükmü ise kısmi zapt halinde zaptın hukuki so-nuçlarını düzenler. Biz konuyu, genel olarak, bu iki madde çerçevesinde ince-leyeceğiz. Konuyu incelemeye geçmeden önce belirli bazı hususlara değinmek gerekir.

TBK m.246 hükmüne göre, taşınır satışına ilişkin kurallar kıyas yoluyla ta-şınmaz satışı hakkında da uygulanır. Dolayısıyla taşınmaz satışında zaptın so-nuçları bakımından da taşınır satışında zaptın sonuçları uygulama alanı bu-

¹ Rehin hakkı sınırlı aynı hak olmakla birlikte kısmi zapt halinde satış konusunun paraya çevrilmesi durumunda tam zabıt hali ortaya çıkar: Karl Liechti, Rechts-Gewhrleistung und Entwehrung im Schweizerischen Obligationenrecht, Dies. Bern, 1927, s.61-62; bu husus ve diğer açıklamalar için bkz. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1/1, 6.bası, Vedat, İstanbul, 2008, s.161 dn.46.

lacaktır². Kısmi zapt halinde de TBK m.218 gereğince taşınmazın bir kısmının elinden alınması yüzünden uğranılan zararlar talep edilebileceği gibi, şartları oluşmuşsa alıcı taşınmaz satışına ilişkin sözleşmenin sona erdirilmesini dava yoluyla talep edebilecektir³.

Alacak üzerinde de zapta konu haklar (örneğin, rehin hakkı veya intifa hakkı) kurulabileceğinden, alacak satışında zaptın sonuçları kıyasen uygulanacaktır⁴. Örneğin senede bağlı olmayan alacak rehnedildikten sonra başkasına satılmışsa bu durumda rehin sahibi kişi alacağın değerini rehin miktarınca zaptedecektir. Bu durumda alacağın tamamı rehnedilmişse tam zapt, bir kısmı rehnedilmişse kısmi zapt hükümleri uygulanması gündeme gelecektir. Ayrıca belirtmelidir ki, genel olarak, TBK m.191 hükmünde belirtilen alacağı devreden alacağın varlığı hususundaki garanti sorumluluğu alıcının zapt sorumluluğundan farklı bir husustur⁵. Ancak alacağın mevcudiyetine ilişkin tehlikelerin ortak noktası gözönüne alındığında bu noktaların alacağın tahsil imkânını engelleyici sonuçları, devir konusu hakka ilişkin bir eksiklik teşkil eder. Bu bakımdan alacağın devrinde garanti sorumluluğu ile zaptan sorumluluk aynı niteliktedir⁶.

Konumuzun kapsamını daha fazla genişletmemek amacıyla özel satış türlerinde belirtilen zapt sorumluluğuna değinmiyoruz. Konumuz satış sözleşmesi olduğundan mal değişim sözleşmeleri, kira sözleşmeleri vd. hükümlerde belirtilen zapta ilişkin sorumluluk hallerine de değinmiyoruz. Buna ek olarak

² HGK. 15/12/2010 13-618/668 (Kazancı): *"...Bu arada, zapta karşı tekeffül hükümlerinin (B.K. m. 189 vd.) tapuya kayıtlı taşınmazların satışında da (B.K. m. 217) doğrudan doğruya uygulanacağını belirtmekte yarar vardır..."*.

³ Bu hususta diğer açıklamalar için bkz. Tandoğan, s.272-273

⁴ Satış konusunun mutlaka maddi bir varlığının olması şart değildir. Bu yüzden alacaklar, malvarlığına giren diğer haklar bir miras payı, mülk edinmeye elverişli doğal kuvvetler vb. satışa konu olabilir. Bu yüzden belirtmek gerekir ki, para ile değiştirilmesi mümkün ve ekonomik değeri olan bütün maddi ve maddi olmayan varlıkların satışa konu olması mümkündür: Tandoğan, s.79.

⁵ Bu farklılıklar için bkz. Baki İlkay Engin, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, Seçkin, 2002, s.68-69.

⁶ Engin, s.69; BK.m.169 hükmünde alacak satışına ilişkin tüm ifa engelleri bir arada bulunabilir. Başkasının savunma haklarıyla sınırlandırılmış olan (Kısmi zapt) alaktan dolayı satıcının sorumluluğu aynı kapsamdadır: Rona Serozan, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2.bası, İstanbul, Filiz, 2006, s.129.

CISG m.41 hükmüne ve bunun sonucu olarak CISG m.45 hükmüne, konumuz sadece Türk hukuku bakımından incelediğimizden dolayı, bu hükümlerin genel olarak Türk hukuku bakımından zaptı ve zaptın sonuçlarını karşıladığını belirtmekle yetiniyoruz.

I. TAM ZAPT HALİNDE SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Tam zapt, satılanın tamamı üzerinde üçüncü kişinin üstün hakkının sabit olmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğurur⁷. Üçüncü kişi mülkiyet hakkına dayanarak açtığı istihkak davası veya -şartları oluşmuşsa- taşınır davası ile, satılanı, alıcıdan tamamen geri alabilir. Alıcıdan satılan zaptedilmekle, satıcı, alıcıya karşı, satış sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmemiş duruma girmektedir. Bundan dolayı satıcının durumu, tam zapt halinde, ağır olmak gerekir⁸. Satıcı, genel olarak, üçüncü kişinin üstün hakkının varlığını bilmesede dahi satılanın alıcının elinden tamamen alınması durumunda sorumluluk altına girmektedir. Alıcının bu sorumluluğu kanunda özel ve ağır bir garanti sorumluluğuna bağlanmıştır⁹. Dolayısıyla satılanın tamamen zaptı halinde TBK m.217 hükmüne göre, satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermekte, alıcıya da bu hüküm gereğince sorumlu olan satıcıya karşı ileri sürebileceği çeşitli imkânlar tanınmaktadır.

B. Sözleşmenin Kendiliğinden Sona Ermesi

TBK m.217 I hükmüne göre satılanın tamamen zaptı halinde, satış sözleşmesi kendiliğinden -ipso iure- sona ermektedir. BK m.192 I hükmünde satılanın tamamen zaptı halinde satış sözleşmesinin müfeseh addolunacağı belirtilmekteydi. Bununla birlikte doktrin¹⁰ büyük çoğunlukla, bu ifadenin, tam zapt halinde alıcının herhangi bir beyanına gerek olmaksızın sözleşmenin kendiliğinden sona

⁷ Tandoğan, s.158.

⁸ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, C.1, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s.259.

⁹ Serozan, s.120.

¹⁰ Tandoğan, s.158; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, 3. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s.218-219; Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971, s.70-73; Liechti, s.65-66; Erhan Türker, Türk ve İngiliz Hukukunda Satıcının Zapta Karşı Teminat Borcu, İ.T.İ. Akademisi, Eskişehir, 1974, s.56.

ereceği şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmekteydi. TBK m.217 I hükmünde yer alan sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin ifade bu fikre paralel düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu hükümden yola çıkılarak denilebilir ki sözleşme alıcının herhangi bir beyanına gerek olmaksızın sona erer¹¹.

Sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği ifadesinin düzenleniş şeklinden, alıcının iradesine uygun olmasa dahi, bu sonucun aksi iddia ve ispat olunamaz bir kanuni faraziyenin kabulü gerekir.¹² Sözleşme kanun gereği sona erdiğinden ayrıca bir mahkeme kararına da ihtiyaç yoktur. Ancak belirtmek gerekir ki sona ermenin hukuki niteliği tartışmalıdır.

Birinci görüşe¹³ göre kendiliğinden sona ermeyi sözleşmenin ifa edilmemesi yüzünden söz konusu olacak sözleşmeden dönmenin bir türü olarak değerlendirmektedir. Bu görüşe göre¹⁴ “kendiliğinden çözülme” yolunda alıcının satıcıdan aynen ifayı talep etme olanağı yoktur. Dolayısıyla kendiliğinden çözülme menfaatler durumuna uygun düşmez. Ayrıca dönme üzerine ortaya çıktığı kabul edilen sözleşme hükümlerince tarafların iradeleri doğrultusunda tasfiye ilişkisinin belirlenmesi imkânı sona ermektedir. Bu yüzden satılanın

¹¹ Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul, Vedat, 2012, s.72; Giger, Art. 195 N.5; Beat Gut/Peter Higi/Herbert Schönle, Zürcher Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar) Band V/2a, Kauf und Schenkung, Art. 192-204 OR, 3. Aufl, 2005, N.2; Yazar, bu hususu sözleşmeden otomatik olarak dönülmesi şeklinde ifade etmiştir: Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 11.bası, Beta, İstanbul, 2011, s.65.

¹² Aksi yönde bir görüşe göre, hükmün amacı ve anlam bütünlüğü gözönüne alındığında kanunkoyucunun, hükmü, alıcının yanlış veya aldatma yüzünden sözleşmeyi iptal etme hakkını ortadan kaldıran özel bir hüküm olarak düzenlemediği sonucu çıkarılabilir. Bu yüzden denilebilir ki TBK m.217 I hükmünün amacına göre yorumundan alıcının -irade sakatlığı hallerinde söz konusu olan TBK m.39 hükmüne göre sözleşmeyi onama hakkı gibi- sözleşmeyi ayakta tutabilmesinin engellendiği söylenemez. Birinci fıkra ispat yükünü ters çeviren adi, kanuni bir karineyi içerir. Alıcı, bu karineyi, irade sakatlığı hallerine dayanarak başlangıçtan beri bağlı olmadığını veya sözleşmenin ayakta kalmasını sağlayabilme imkânlarını tercih ederek çürütmelidir: Gut/Higi/Schönle, Art 195-A.I. N.5.

¹³ Hugo Oser/ Wilhelm Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band. V: Das Obligationenrecht Art 184-418, 2. Teil, 2. Aufl. Zürich, 1936, Art. 195 N.1; Yazar, Oser/ Schönenberger’in bu görüşünün yalnızca dönmenin sonuçları bakımından geçerli olduğu şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmaktadır: Tandoğan, s.159; geleneksel bir dönme hakkının tanındığını kabul etmenin amaca daha uygun olacağı yönünde bkz. Serozan, s.127; Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin, 1998, s.95 dn.134.

¹⁴ Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, 2.bası, Vedat, İstanbul, 2007, s.280-281; Buz, s.95 dn.134.

zaptı dolayısıyla alıcı yararına ve onun iradesiyle kullanılabilir bir dönme hakkının varlığının tanınması tutarlı ve uygun bir çözüm olacaktır.

İkinci görüşe¹⁵ göre ise, alıcının mahrum kalma anından itibaren, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesinin kabulüyle, alıcının TBK m.39 hükmüne göre sözleşmeyi onama hakkı veya sözleşmeden dönme hakkı veyahut temerrüd hükümlerine göre zararın tazmini talebinin kaybı, hükmün amacına ve anlam bütünlüğüne göre yorumuna uygun değildir. Burada aksi ispat edilebilir kanuni bir karinenin varlığı kabul edilmeli ve alıcıya bunu ispat edebilme imkânı tanınmalıdır. Kendiliğinden sona ermeye ilişkin hükmün satım sözleşmenin kurulması sırasında söz konusu olacak bu nevi eksikliklere ilişkin hükümlerin yerine geçtiğini kabul etmek hukuka uygun değildir.

Üçüncü görüşe¹⁶ göre, birinci görüş isabetli değildir. Zira sözleşmenin ifa edilmemesi yüzünden sözleşmeden dönme, alacaklının iradesiyle kullanılabileceği, İBK m.107'da (TBK m.125 I, II) belirtilen seçimlik haklarından biridir. Sözleşmeden dönmenin hükümlerini belirten İBK m.109 (TBK m.125 III) hükmü ise, İBK m.107'nin uygulanmasına dayanmaktadır. Ancak İBK m.195 (TBK m.217) gereğince, satış sözleşmesi alıcının seçimlik haklarını kullanmasına gerek olmaksızın kendiliğinden -ipso iure- sona erer. Dolayısıyla İBK m.195, ne sözleşmenin varlığını devam ettirmesini ve olumlu zararlarının tazminini ne de sözleşmenin sona ermesi ve olumsuz zararın tazminini talep etme yetkisini alıcıya bırakır. Satılanın misli ile değiştirilmesi imkânı mevcut olsa dahi durum böyledir.

Yargıtay ise kararlarında¹⁷ sözleşmenin münfesh olmasıyla BK.m.108'e

¹⁵ Gutt/Higi/Schönle, Art 195-A.I N.6-8; ayrıca bkz. dn.12.

¹⁶ Hans Giger, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI Das Obligationenrechts, 1. Teil, 2.Abt, 2.Aufl., Bern, 1980, Art. 195 N.5; Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529, 4.Aufl., Basel, 2007, Art. 195 N.2; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9.bası, Beta, İstanbul, 2014, s.117; Yazar'a göre, sözleşmenin sona ermesi herhangi bir ihbara gerek olmaksızın kendiliğinden meydana gelir. Dolayısıyla sözleşme kendiliğinden sona ermeyle kanuni bir tasfiye ilişkisine girer. Bu tasfiyenin nasıl gerçekleşeceği ise TBK m.217 hükmünde belirtilmiştir: Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul, Vedat, 2008, s.108.

¹⁷ 13 HD. 6/4/1995, 3569/3453 (YKD, 1996/8, s.1258); "...dahası, sözleşmenin tam zabıt dolayısıyla; BK.m.108'e göre feshedilmesinin farklı olduğu gözardı edilmemeli, burada daha

göre feshedilmesinin farklı olduğunun gözden kaçırılmaması gerektiği, burada daha çok bir gereği gibi ifa etmeme karşısında bulunulduğunun kabul edilmesi gerektiğini, ancak pratik düşüncelerle zapta ilişkin özel hükümler konulmuş olup alıcıya ek koruma imkânı sağlandığını belirtmiştir.

Kanımızca son görüş isabetlidir. Zira hükümde yer alan sözleşmenin kendiliğinden sona ermiş sayılacağı ifadesinden de anlaşılacağı üzere artık varlığını devam ettiren bir sözleşmeden bahsedilemeyecektir. Bu yüzden sona ermenin hukuki niteliğini her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarından biri olan sözleşmeden dönmeye dayandırmaya imkân yoktur. Zira genel olarak, iadenin kapsamı ve içeriği TBK m.217’de belirtilmiştir. Dolayısıyla çözümü özel bir düzenlemede belirtilen uyuşmazlığa genel hükümlerde tanıyan düzenlemenin uygulanması ancak bu özel düzenlemede yer verilmeyen hususlar bakımından mümkündür. Bu sebeplerden sözleşme, kendiliğinden sona ermeyle TBK m.217 hükmünde düzenlenen yasal tasfiye ilişkisine girer. Ancak belirtilmelidir ki, de lege feranda, kanunkoyucunun satış sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiğini kabul etmesi radikal bir çözümdür. Zira alıcıya en azından -durum ve koşullar elverdiği ölçüde ya da ayıba ilişkin hükümlerde belirtildiği üzere “imkân varsa”- satılanın misli ile değiştirilmesi imkânı tanınması olması gereken hukuk (de lege feranda) açısından uygun olurdu.

TBK m.217 l’e göre “Satılanın tamamı alıcının elinden alınmışsa, satış sözleşmesi kendiliğinden sonra ermiş sayılır...”. Tam zapt halinde sözleşme kendiliğinden ortadan kalktığı için, TBK m.125 ve TBK m.227’de yer alan dönme

çok bir çeşit gereği gibi ifa etmeme karşısında bulunulduğu kabul edilmelidir...”;ayrıca bkz. HGK. 15/12/2010, 13-618/668 (Kazancı): “...Zapta karşı tekeffül borcu, satıcının mülkiyeti nakil borcunun bir sonucu ve müeyyidesidir. Gerçekten üçüncü kişi kendi mülkiyetini iddia ederek satılanı zapt edecek veya alıcının mülkiyet hakkını ihlal eden bir hak ileri sürecek olursa, satıcı mülkiyeti nakil borcunu tamamen veya kısmen yerine getirmemiş olur. Satıcının mülkiyeti nakil borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş olması halinde B.K.nun 96 ve devamı maddelerine dayanmak mümkündür. Ancak pratik bazı düşüncelerle zapta karşı tekeffül hakkında özel hükümler konulmuş ve alıcıya ek bir korunma sağlanmıştır. Burada B.K. 96. maddedeki esasın aksine, kural olarak, kurtuluş beyyinesi yoktur, usul sadeleştirilmiştir ve zaptın hukuki sonuçları kesin biçimde belli edilmiştir. Satıcının zapta karşı tekeffül borcu kanuni bir borçtur. Satıcının bu hususta ayrıca taahhütte bulunmasına gerek yoktur...”. HGK. 7/6/2000, 13-924/946 (Kazancı): “...Burada yasa koyucu, sözleşmenin fesih edilmiş sayılmasına rağmen Bk. Md. 108’deki hükmün aksine... olarak tanımıştır. Satıcı ancak kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir...”.

hallerinden farklı olarak, alıcının yenilik doğuran bir irade beyanıyla seçim hakkını kullanması söz konusu değildir. Genel olarak, alıcının sözleşmeyi sona erdirmeyip aynı cins malın teslimini istemesi veya olumlu zararının tazminini talep etmesi mümkün değildir. Bu husus tam zapt halinde satış sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiğinin kabul edilmesinin önemli bir sonucudur¹⁸. Zira aksi yönde bir iddia akdin varlığını devam ettirmek anlamına gelir¹⁹.

Genel olarak, alıcının sözleşmeden doğan edimin ifasını talep etme hakkı ortadan kalkmıştır. Çünkü TBK m.217 hükmünde belirtilen satışın kendiliğinden sona ermiş sayılacağı ifadesi, ayrıca bir fesih beyanına gerek olmaksızın sözleşmenin sona ermesi anlamına gelmektedir²⁰. Ancak taraflar, TBK m.217’de belirtilen talepler yerine satıcıya, satıcı tarafından alıcıya malın bir benzerinin verilmesi borcu yükleyen ayrı, bağımsız bir sözleşme yapabilirler²¹.

Bununla birlikte satış sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine rağmen satış sözleşmesine dayanılarak verilen rehin, teminat veya kefalet gibi hususların varlığını devam ettirip ettirmeyeceğinin belirlenmesi gerekir.

Kanımızca satış sözleşmesi kendiliğinden sona erdiğinden ve artık sözleşmenin kanuni bir tasfiye ilişkisine dönüşmesi neticesinde borç ilişkisinin fer’i olan teminat, kefalet ve rehin bu tasfiye ilişkisinin fer’i olarak devam etmelidir. Zira genel hükümlerdeki sözleşmeden dönme imkânını kullanan ve sözleşmenin sona ermesini öngörerek bu fer’ileri kaybetmeyi göze alan alıcı, zapt ile satılan elinden alınan alıcıdan çok farklı durumdadır. Zira zaptın sonuçları alıcının iradesiyle doğmamış olup, sözleşme irade dışı sona ermiştir. Bu yüzden alıcının fer’ileri kaybettiğinin kabulü suretiyle alıcıyı daha ağır bir duruma maruz bırakmaya gerek yoktur.

Acaba hangi an sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği an olarak göz önüne alınmalıdır? Bu soruya cevap verilmeden önce sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği an olup olmadığı göz önüne alınabilecek iki andan bahsetmek gerekir.

¹⁸ Türker, s.56.

¹⁹ Fahrettin Aral, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Yetkin, 2007, s.107; Giger, Art 195, N.5; Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art 195, N.2; Feyzioğlu, s.259;

²⁰ Feyzioğlu, s. 259.

²¹ Türker, s.56 dn.2.

Bu andan birincisi, alıcının, üçüncü kişinin hukuki talebine muhatap olduğu andır. İkinci an ise alıcının üçüncü kişinin iade talebi dolayısıyla satılanı üçüncü kişiye teslim ettiği veya mahkeme kararına dayanılarak iade ettiği andır.

İlk anın sona erme anı olarak kabul edilmemesi gerekir. Zira henüz üçüncü kişinin iade talebi ile satılanın zaptı söz konusu değildir. Zira TBK m.217 hükmü "...satılanın tamamı alıcının elinden alınmışsa..." ifadesine yer vermiştir. Böylece bu an, ne davanın açıldığı an ne de alıcının üçüncü kişinin hukuki talebine muhatap olunduğu andır. Dolayısıyla alıcı üçüncü kişinin zapta girişmiş olmasından sonra iradesiyle veya mahkeme kararına dayanarak satılanın üçüncü kişi tarafından zapt edildiği an, satış sözleşmesinin sona erdiği an olarak gözüne alınmalıdır²².

C. Alıcının Hakları

Tam zaptan sorumluluğun alıcı bakımından sonuçları TBK m.217 hükmünde bentler halinde sayılmıştır. Alıcının bu bentlerde yer alan hususları talep edebilmesi satıcının kusurlu olmasına bağlı değildir. Dolayısıyla denilebilir ki TBK m.217 I b.1-4'de belirtilen sonuçlardan sorumluluğu kusursuz sorumluluktur²³. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu talepler için satıcı aleyhine bir kusur karinesi mevcut değildir. Dolayısıyla satıcının kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir²⁴. Ayrıca satıcıya bu kusursuz sorumluluktan kurtulabilmesi için kurtuluş kanıtı getirmesi imkanı da tanınmamıştır²⁵. Dolayısıyla hükmün, bu hususlar bakımından, mutlak bir kusursuz sorumluluk getirdiği söylenebilir. Ancak bu belirtilenler TBK m.217 II için söylenemez. Bu fıkraya ilişkin açıklamalara satıcının sorumlu olduğu diğer zararlar başlığı altında değinilecektir.

1. Satış Bedelinin Geri Verilmesi Talebi

TBK m.217 I b.1'e göre satıcı, alıcının ödemiş olduğu satış bedelini faizi ile birlikte alıcıya iade etmek zorundadır. Öncelikle satıcının iade talebinin hu-

²² Liechti, s.66-67; aynı görüş için bkz. Tunçomağ, s.219.

²³ Tunçomağ, s.219; tazmin yükümlülüğünün kusurdan bağımsız olduğu yönünde bkz. Giger, Art 195 N.6 ve N.22; Fezyioğlu, s.264.

²⁴ Tandoğan, s.160.

²⁵ Tandoğan, s.160.

kuki niteliğini açıklamak gerekir. Ancak satıcının ödenmiş satış bedelini iade yükümlülüğünün hangi esasa dayandığı tartışmalıdır.

Birinci görüşe²⁶ göre, akdin müfeshih sayılması ile birlikte satılanın bedeli ve satlıandan elde edilen ürünler sebepsiz bir iktisap niteliğine dönüşür. Dolayısıyla satış bedelinin iadesi talebi sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanır.

İkinci görüşe²⁷ göre alıcının iade talebi sözleşmesel niteliktedir. Dolayısıyla iade talebi sebepsiz zenginleşmeye dayanmaz. Sözleşme sona erse dahi, borç ilişkisinin bazı sonuçları sözleşmenin sona ermesiyle varlığını göstereceğinden satış bedelinin iadesi talebi borç ilişkisine dayanmaktadır²⁸.

Üçüncü görüşe²⁹ göre alıcının iade talebi sebepsiz zenginleşmeye değil, ifa edilmiş borçlar bakımından yasal bir tasfiye ilişkisine dayanmaktadır.

Yargıtay, kararlarında³⁰, çoğunlukla, satış bedelinin iadesinin talebi sebepsiz zenginleşmeye dayandığını belirtmektedir.

²⁶ Feyzioğlu, s.260-261; Bilge, s.70; Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht Band I, 3. Aufl, Zürich, 1979, s.493.

²⁷ Jolanta Kren Kostkiewicz/ Peter Nobel/ Ivo Schwander/ Stephan Wolf, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Auf., 2009, Art.195 N.2; Tandoğan, s.159 dn.38a; Honsel/ Vogt/ Wiegand Art 195 N.3; içeriği değiştirilmiş bir borç ilişkisinin söz konusu olacağı yönünde bkz. Gut/Higi/Schönle, Art 195-A.II N.31.

Yazar'a göre satış sözleşmesi geriye etkili olarak sona erdiğinden satış bedeli alıcının elinde hukuki sebep olmaksızın bulunmaktadır. Buna ek olarak satıcının iade yükümlülüğü sebepsiz zenginleşmeye dayanmaz, sözleşmesel niteliktedir, ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri, alıcının iade talebinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir: Giger, Art. 195 N.9, N.10 ve N.14.

²⁸ Tandoğan, s.159 dn.38a; Gut/Higi/Schönle, Art 195-A.II N.31.

²⁹ Gümüş, s.108.

³⁰ 13 HD. 26/1/2011 10519/897(YKD 2011/6, s.1139): "...Hal böyle olunca taşınmazın mülkiyetini kaybeden davacı BK'nın 217.maddesi delaletiyle zapta karşı tekeffül ve haksız iktisap kurallarına göre davalı satıcıdan zararlarını ve ödediği bedeli talep edebilir..."

Aksi yönde karar için bkz HGK. 15/12/2010 13-618/668 (Kazancı): "...Bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü, sebepsiz zenginleşme geçerli olmayan ve tahakkuk etmemiş yahut varlığı sona ermiş bir nedene ya da borçlu olunmayan bir şeyin hataen verilmesine dayalı olarak gerçekleşebilir. Ayrıca sebepsiz zenginleşme alacaklıya, ikincil (tali nitelikte) bir dava hakkı vermektedir. Malvarlığındaki azalmanın başka asli nitelikteki davalarla önlenmesi mümkün ise, sebepsiz zenginleşme davası gündeme gelemez. Bu ilkenin bir sonucu olarak, sözleşmeden doğan bir ilişkinin bulunduğu hallerde tarafların sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talepte bulunmaları mümkün değildir. Bu sebeplerle somut olaya sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanamaz. Ayrıca, borçlunun tekeffülü durumu B.K.nun 189 ve devamı maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir..." ; aynı yönde bkz. 13 HD. 6/4/1995, 3569/3453 (YKD, 1996/8, s.1258).

Kanımızca son görüş isabetlidir. Zira TBK m.217 I gereğince sözleşme sona ermekle yasal tasfiye ilişkisi doğar. Dolayısıyla alıcının satış bedelinin iadesi talebi de bu yasal tasfiye ilişkisine dayanmaktadır. Yasal tasfiye ilişkisinden doğan iade yükümüne aykırılık halinde sebepsiz zenginleşme kuralları değil, sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak kurallar uygulama alanı bulacaktır. Satıcı satış bedelini iade borcunda temerrüde düşerse genel hükümlere göre alıcı satıcıdan talepte bulunabilir. Dolayısıyla bu durumda kanımızca alıcının satış sözleşmesi dolayısıyla verilen teminatları kullanma imkânı olmalıdır. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere bu teminatlar yasal tasfiye ilişkisinin fer'i olarak devam eder.

Bu tartışmanın pratik önemi de vardır. İade talebi sözleşmeye dayanırsa genel zamanaşımı süresi uygulanacak iken, sebepsiz zenginleşmeye dayanırsa sebepsiz zenginleşme hükümlerinde öngörülen zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulacaktır³¹.

Alıcının zapt tehlikesini bildiği ve satıcının sorumluluğu ayrıca üstlenmediği tam zapt halinde ise, satıcının malvarlığının aktifinde bulunan satış bedelini alıcı TBK m.217'e dayanarak değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep edebileceği ileri sürülmektedir³². Ancak bu durumda zaten satıcının zapttan doğan sorumluluğundan bahsedilemez. Bu ihtimalde, sözleşmenin ifa edilmemesine ilişkin genel hükümler uygulanabilir³³. Bu halde dahi, genel olarak, sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmaya gerek yoktur.

Satış bedeli önceden ödenmemiş olup teminat veya borç senedi verilmişse alıcı, satıcıdan bunların iadesini talep edebilir³⁴.

³¹ Honsel/ Vogt/ Wiegand, Art 195, N.3; Giger, Art 195 N.9 ve 14; Serozan, Dönme, s.300-301; Tandoğan, s.159; Kostkiewicz/ Nobel/ Schwander/ Wolf, Art. 195 N.2.

³² Feyzioğlu, s.261.

³³ Farklı nitelikte bir Yargıtay kararı için bkz. 13 HD. 2/10/1989 5177/5497 (Uygur, s.4754): *"...olayla ilgili ceza dosyalarının incelenmesinden, davacının, satım konusu bileziklerin başkasından çalındığını bildiği anlaşılmaktadır... BK.m.65'e göre haksız veyahut ahlaka(adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur.Bu durumda davacının dava açmakta hakkı bulunmamaktadır..."*.

³⁴ Tandoğan, s.159; Oser/ Schöenberger, Art. 195 N.4; Türker, s.57.

A. Satış Bedeline Uygulanacak Faiz Talebi

TBK m.217 I b.1'de belirtildiği üzere satış bedeli faiziyle birlikte talep edilebilir. Dolayısıyla satış bedeline uygulanacak olan faizin niteliğinin ve sonucunun belirlenmesi gerekir. Hükümde belirtilen faiz anapara faizidir³⁵. Faiz, tarafların anlaşmasıyla değil, TBK m.217 I b.1 hükmü gereği doğduğundan kanuni faizdir. Faiz oranı TBK m.88 I atfıyla 3095 sayılı Faiz Kanunu'na göre belirlenecektir. Bu durumda kanuni anapara faizi 3095 sayılı Faiz Kanunu m.1 hükmüne göre belirlenir³⁶. Alıcı, satış bedeli ile birlikte onun, satış bedelinin ödendiği tarihten itibaren işleyen kanuni faizlerini de isteyebilir³⁷. Bununla birlikte alıcının elde ettiği ürünlerin değerine de faiz uygulanacağı belirtilmektedir³⁸. Bu halde ürünlere ek bu değer de satış bedeli ve buna uygulanacak faizin indirilmesinde gözönüne alınacaktır. TTK m.9 hükmü gereği ticari işlerde kanuni faiz hakkında Faiz Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Satış bedelinin henüz ödenmediği hallerde alıcının satış bedelini ödeme borcu zaptın gerçekleşmesiyle kendiliğinden sona ermiş olur³⁹. Dolayısıyla satış bedeli henüz alıcının malvarlığından çıkmadığı için parayı kullanamamaktan dolayı herhangi bir kaybı da söz konusu olmadığından, alıcının, faiz talep etme yetkisi yoktur. Bu anlamda TBK m.217 I b.1 sadece satış bedelinin ödendiği ihtimali gözönüne alarak kaleme alınmış görünmektedir.

Alıcının, satış bedeline uygulanacak anapara faizine, genel olarak, TBK m.121 hükmüne göre temerrüt faizi işletilebilir. Bu bedele işleyecek temerrüt faizi, TBK m.121 I hükmüne göre icra takibine girildiği veya dava açıldığı günden başlar.

B. Ürünlerin Değerinin Satış Bedelinden ve Faizinden İndirilmesi

TBK m.217 I b.1 gereği alıcının satılandan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünler ve diğer yararlar, satış bedeli ve faizden indirilir. Burada söz konusu olan ürünler ise satılanın tesliminden itibaren elde edilen veya elde

³⁵ Gümüş, Borçlar Özel, s.73.

³⁶ Aral, s.107.

³⁷ Feyzioğlu, s.260; Bilge, s.70; Türker, s.57; Gut/Higi/Schönle, Art 195-A.II N.42.

³⁸ Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art 195 N.3.

³⁹ Gümüş, s.108.

edilmesi ihmal edilen ürünlerdir. Örneğin bir koyunun sütü, yünü, bir atın yarışta kazandığı ödül veya bir binanın kirası⁴⁰, ticari aracın işletilmesinden elde edilen gelirler bu kapsamda değerlendirilebilir. Ürünlerin değerinin ödenmiş satış bedeli ve buna işleyen faizinden indirilmesiyle, adeta burada fiili bir tas-kas-mahsup işlemi söz konusu olur⁴¹. TBK m.217 I b.1 hükmünde alıcının elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerin değerinden bahsetmektedir. Hüküm, lafzi yoruma göre değerlendirildiğinde “...veya...” ifadesinden alıcının hem elde ettiği hem de elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin değerinin birlikte indirimine konu olamayacağı sonucu çıkarılabilir. Bu anlamda hüküm isabetlidir.

Bununla birlikte TBK m.217 I b.1 sadece satış bedelinin ödendiği ihtimali gözönüne alarak kaleme alınmış görünmektedir. Ancak alıcı, satış bedelini henüz ödemediyse, alıcının satılandan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünleri satıcıya geri verip vermeyeceği ile herhalde elde etmeyi ihmal ettiği ürünleri geri verip vermeyeceğinin belirlenmesi gerekir.

Birinci görüşe göre⁴² alıcı, satış bedelini henüz ödemediyse, elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin değerini faiziyle birlikte satıcıya ödemelidir.

İkinci görüşe göre⁴³ akdin münfesihi sayılması ile birlikte alıcının malvarlığında satılan şey ve ondan elde edilen ürünler sebepsiz bir iktisap niteliğine dönüşür. Bu nedenle satış bedeli önceden ödenmiş olsun veya olmasın, satış bedeli ve elde edilen ürünlerin iadesi gerekir. Bu geri verme sebepsiz zenginleşme kuralları ile çözümlendiğinden, alıcının ancak elde ettiği ürünler iade edilir. Fakat elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin iadesi alıcının malvarlığında bu yüzden bir iktisap olmadığı için artık söz konusu değildir.

Üçüncü görüşe⁴⁴ göre satıcı elde edilen ürünlerin iadesini İBK m.64 (TBK

⁴⁰ Bilge, s.70.

⁴¹ Feyzioğlu, s.260.

⁴² Kostkiewicz/ Nobel/ Schwander/ Wolf, Art.195 N.2; önceden ödenip ödenmediği ayrımı yapmaksızın aynı yönde bkz. Giger, Art 195 N.12; bu görüşe katılmakla birlikte bu ürünlerin alıcının tazminat alacağından indirileceği yönünde bkz. Tandoğan, s.160.

⁴³ Feyzioğlu, s.260-261; bu yönde bkz. 13. HD. 9/3/2011 14192/3550 (YKD 2011/9, s.1648) “...oysa ki, satılanın zaptı ile birlikte, alıcının satılandan elde ettiği faydaların da, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre hükmedilen alacaktan mahsubu gereklidir...”.

⁴⁴ Liechti, s.67.

m.79) hükmüne dayanarak alıcıdan talep edebilir ancak elde etmeyi ihmal ettiği ürünler bakımından iade talebinde sınır, alıcının ihmal etmede hafif kusurunun olmasıdır. Satıcı, alıcının elde etmeyi ihmal etmesinde hafif kusurunun olduğu ürünlerin iadesini talep edemez.

Dördüncü görüşe⁴⁵ göre, alıcı iyiniyetli ise elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin indirilmesi, enflasyon oranının kanuni faiz sınırını aştığı dönemlerde somut olay adaletine aykırı sonuçlara yol açabilecektir. Alıcı iyiniyetli değilse, iradi sağlama borcunun satıcı tarafından üstlenildiği ihtimalde (satıcı ayrıca sorumluluğu üstlendiği ihtimalde TBK m.214 hükmüne göre) bu kural MK m.995 hükmüne uygun olarak kabul edilir. Sonuç olarak, daraltıcı yoruma gidilerek elde etmeyi ihmal ettiği ürünler ve diğer yararların indirilmesi sadece alıcının iyiniyetli olmadığı durumlar için kabul etmek daha uygundur. Bu görüş satış bedelinin önceden ödenip ödenmediği ayrımı yapmamaktadır.

Yargıtay, satış bedelinin önceden ödendiği veya ödenmediği ayrımı yapmaksızın, bazı kararlarında⁴⁶ sadece elde ettiği yararları bazı kararlarında⁴⁷ ise

⁴⁵ Hüseyin Hatemi, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz, 1999, s.62-63; genel olarak aynı yönde kz. Gut/Higi/Schönle, Art 195-A.II, N.53-54.

⁴⁶ 13. HD. 28/6/1985, 3553/4526 (Turgut Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.4, Ankara, Seçkin, 2010, s.4751): “...Bu durumda her iki taraf verdiklerini iade ettikten başka alıcı malı kullanmaktan dolayı elde ettiği yararları da satıcıya tazmin etmek zorundadır. Nitekim satıcının kusurlu bulunduğu zapta ve ayıba karşı tekeffül hallerinde de akit fesholununca, alıcının maldan istihsal ettiği menfaatleri iade etmesi yasanın öngörümüştür...”;

¹³ HD. 29/1/1986 7858/427 (Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1, İstanbul, Beta, 2002, s.145); “...Borçlar Kanunu’nun 192.maddesinin 1. Bendi gereğince otonun zaptından ötürü geri verilecek bedelden alıcının satılardan elde ettiği semere ve faydalar bedeli indirilir. Davalı, davacının otoyu altı ay çalıştırdığını ve gelir sağladığını ileri sürdüğüne göre mahkemenin bu konuda araştırma yapması ve aracı elinde bulundurduğu süre içinde davacının elde etmiş olduğu safi gelirin tutarını tesbit ederek bunu satış bedelinden indirmesi gerekir...”.

¹³ HD. 9/3/2011 14192/3550 (YKD 2011/9, s.1648); “...Bu hükümlere göre, satılanın tamamen zapt halinde alıcı, satılardan elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği semereler düşülmek suretiyle, ödemiş olduğu semenin faizi ile birlikte iadesini isteyebilir... Ne var ki aracın, satış tarihinden (30.03.1998) zapt edildiği tarihe (11.01.2008) kadar, davacının zilyetliğinde kalmış olması nedeniyle, Borçlar Kanunu’nun 192 maddesinin 1. Bendi gereğince, “alıcının istihsal eylediği yararlanmanın” da satış bedelinden tenzil edilmesi gerekirken, bu husus gözardı edilmiştir...satım konusu aracın,davacının elinde kaldığı süre içinde, araçtan elde edilen yararlanma miktarı belirlenip, belirlenecek bu miktarın..tahsiline karar verilmesi gerekirken...”.

⁴⁷ 13. HD. 4/3/1983 8041/1510 (Uygur, s.4752): “...Bu durumda alıcı, satılardan elde ettiği

elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği yararların iade edilmesi gerektiğine değinmiştir. Ancak Yargıtay çoğunlukla bu kararlarında alıcının elde ettiği yararlar varsa onu, elde ettiği yararlar yoksa satılanın zapt anına kadar elde edilmesi ihmal edilen yararların tazminini esas tutmuştur.

Kanımızca son görüş genel olarak isabetlidir. Satış bedelinin ödenmemesi ihtimalinde de alıcı satıcıya elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünleri vermelidir. Kanunkoyucu elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin iadesini satış bedeli ödendiği ihtimalde indirileceğini belirttiğinden satış bedeli önceden ödenmediği ihtimalde de iade edileceğinin kabulü gerekir. Bu anlamda satış bedelinin ödendiği veya ödenmediği ayrımı yapmak isabetli olmazsa gerekir. Ancak şu hususu açıklıkla ortaya koymak gerekir. Kanunkoyucu elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin tazminini istemekle alıcının kötünietli olması ihtimalini düşünmüş ve elde ettiği ürünlerin iadesini bu yüzden kabul etmiştir. Kanunkoyucunun bu iradesi kısmi zapta ilişkin hükümlerden çıkarılabilir. TBK m.218 II hükmü alıcıya sözleşmenin sona ermesini talep etme hakkı tanımıştır. Ancak bu imkanı, alıcının, satıldaki bu durumu bilseydi onu satın almayacağına anlaşılması şartına bağlı kılmıştır. Alıcı kötünietli -satılanın bir kısmı üzerinde üçüncü kişinin hakkının olduğunu bilmekte veya kendisinden bilmesi beklenmekte⁴⁸- ise, satıcı taahhüt etse dahi, sözleşmenin sona ermesi imkanından yararlanamaması gerekir. Zira alıcı bu durumu bilmekte veya bilmesi kendisinden beklenmekte ama yine de sözleşmenin tarafı olmakta, şeyi satın almaktadır. Kanunkoyucu işte alıcının iyünietli olması ihtimalinden

veya elde etmeyi ihmal eylediği semereler düşölmek suretiyle, ödemiş olduğu semenin faizi ile birlikte iadesini isteyebilir...”; aynı yönde bkz. HGK. 7/6/2000, 13-924/946(Karahasan, s.145).

¹³. HD. 3/11/1983 6286/7556 (Uygur, s.4755); “...Yapılan yargılama sonunda, davacı alıcının satılan araca yaptığı masraflara hükmedilmiştir. Ne var ki, alıcının satım konusu araçtan elde ettiği faydalar gözetilmemiştir. Satım akdinin feshi ile, satılan şeyle birlikte ondan elde edilen faydalar da sebepsiz zenginleşme kurallarına göre, hüküm altına alınması gerekir... Bu nedenle dava konusu aracın davacının elinde kaldığı süre içinde getirebileceği gelir miktarı tespit edilmeden ve BK’nun 192. Maddesi hükmü gözetilmeden ... karar bozulmalıdır.”; bu son karar elde edilen faydaların iadesinin gerekeceğini belirtmiş, ancak karar aşamasında elde edilmesi ihmal edilen faydaların gözetilmediğine zımni olarak değinmiştir.

⁴⁸ Alıcının kötünietli olması bu bakımdan malın üçüncü kişiye ait olduğunu biliyor veya bilmesinin gerekmesi halinde söz konusu olacağı yönünde bkz. Tandoğan, s.151.

yola çıkmış⁴⁹ ve TBK m.218 II c.2’de tam zapttan farklı olarak alıcının elde ettiği yararlarla birlikte satılanı iade etmesi yükümlülüğünü düzenlemiştir. Zira kanunkoyucuya göre genel olarak, kötünietli zilyet, zaten TBK m.218 II hükmündeki imkanı, şartları oluşmadığından dolayı kullanamayacaktır. Bu yüzden TBK m.217’de alıcının kötünietli olabileceğini de düşünen kanunkoyucu elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin satış bedelinden indirilebileceğini belirtmiştir. Ayrıca ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinde de sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından(TBK m.229) alıcının elde ettiği yararlarla birlikte satılanı iade yükümlülüğüne değinilmektedir. Ayıptan doğan sorumlulukta da bu hükümler alıcının genel olarak satıldaki ayıp bakımından iyiniyetli olduğu düşüncesinden yola çıkılarak düzenlenmiştir⁵⁰. Bu değerlendirme eşya hukuku kurallarına da uygun bir değerlendirme olabilecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki alıcının elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin iadesi talebinin İMK m.938 (MK m.993)’de belirtilenlerden ayrı bir durum olduğu ileri sürülmektedir. Zira MK m.993 hükmüne göre iyiniyetli zilyedin tazminat ödeme yükümlülüğü yoktur⁵¹. Dolayısıyla şeyi hakkına uygun olarak kullanan veya ondan yararlanan zilyet bu yüzden üçüncü kişiye bir tazminat ödemekle yükümlü değildir. Ancak TBK m.217 I b.1 hükmünde ise açıkça elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin iadesinin istenebileceği belirtilmiştir. Ayrıca MK m.993 hükmü üçüncü kişi ile iyiniyetli zilyet alıcı arasındaki uyumsuzluğa ilişkindir. TBK m.217 I hükmü ise alıcı ile satıcı arasında uygulanacak bir hükümdür. Dolayısıyla alıcının iyiniyetli olması ihtimalinde, elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin iadesi talebinin mümkün olduğunu belirtmek isabetli olmasa gerekir.

Ürünleri elde etmede gösterilen ihmalin ağır veya hafif olmasının önemli olup olmadığı ise tartışmalıdır.

⁴⁹ 13.HD. 11/10/2004 4841/14134 (YKD 2005/5, s.721) “...Davacının satın alması sırasında tapu kaydında ayınının uyumsuzluğa konu olduğu konusunda herhangi bir sınırlama bulunmaması karşısında, alıcı olan davacının TMK.nun 1020 maddesi gereğince iyiniyetli olduğunun kabulü zorunludur...ne varki bu hususlar gözetilmeden mahkemece dinlenen şahit beyanlarına göre davacının akdin inikadından önce 3.kişinin zapt tehlikesini bildiğinin kabulü mümkün değildir...”;aynı yönde bkz. 13 HD. 26/1/2011 10519/897(YKD 2011/6, s.1139).

⁵⁰ Tandoğan, s.174;

⁵¹ Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art. 195 N.3.

Bir görüşe⁵² göre alıcının ürün ve diğer yararları elde etmede gösterdiği ihmalin hafif veya ağır olması önemli değildir. Hüküm, ihmalde ağır kusurun, indirimin sınırını teşkil edeceği şeklinde anlaşılmamalıdır.

İkinci görüşe⁵³ göre, alıcının ancak ağır kusuruyla elde etmeyi ihmal ettiği ürünler ve diğer yararlar indirilmelidir. Zira bir kimsenin kendisinin zannettiği satılardan ürün alma hususunda büyük özen göstermesi en azından üçüncü kişinin hak iddia ettiği ana kadar beklenmemelidir⁵⁴.

Kanımızca elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin iadesi, kötünietli alıcı bakımından uygulanacağından ihmalin hafif veya ağır olması önem taşımaz. Bundan dolayı birinci görüş isabetlidir.

Ancak TBK m.217 I b.1 hükmü alıcının elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerin indirileceğini belirterek, alıcıyı, MK m.993-994 hükümlerinde iyiniyetli zilyede tanınan durumdan daha ağır bir duruma yerleştirmiştir. Hâlbuki alıcı satıcı karşısında üçüncü kişiye nazaran daha güçlü bir konumda olmalıdır. Çünkü üçüncü kişi satılan üzerinde üstün bir hakka sahiptir. Satıcı için böyle bir durum söz konusu değildir. Şayet satıcının hakkı üstün olsaydı üçüncü kişinin satılanı tamamen zapt etmesi zaten mümkün olmazdı. Dolayısıyla MK m.993 ve devamı hükümlerde iyiniyetli zilyede tanınan haklar satılan elinden alınan iyiniyetli alıcıya evleviyetle tanınmalıdır. Bu hükümlerde elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerden bahsedilmemektedir. MK m.995 I hükmüne göre iyiniyetli olmayan zilyet elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünler için tazminat ödemek zorundadır. Ancak TBK m.217 I b.1 hükmü alıcının elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin değerinin indirilebileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla bu hükmün MK m.993 hükmünde belirtilen iyiniyetli zilyedin tazminat yükümlülüğünün söz konusu olmadığı hususundan ayrı bir husus olduğu ileri sürülmektedir⁵⁵. Bu noktada, bu hüküm satılardan daha güçlü konumda bulunan üçüncü kişiye karşı MK m.993 hükmüne göre tazminat ödeme yükümlülüğü olmayan iyiniyetli alıcıyı satıcıya karşı elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin iadesiyle yükümlü kılması yö-

⁵² Honsell/ Vogt/Wiegand, Art. 195 N.3.

⁵³ Oser/ Schönerberger, Art 195, N.4; Tandoğan, s.160; Leichti, s.67

⁵⁴ Tandoğan, s.160.

⁵⁵ Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art 195 N.3.

nünden eleştirilebilir. Ancak bir diğer ihtimal olarak kanunkoyucunun alıcının sadece iyiniyetli olması ihtimalini gözönüne almadığı söylenebilirse MK m.995 hükmüne uygun olarak alıcının kötünüyetli olması ihtimalinde elde etmeyi ihmal edilen ürünlerin de talep edilebileceği belirtilebilir.

MK m.994 III hükmüne göre iyiniyetli zilyedin elde ettiği ürünler, yaptığı giderler sebebiyle doğan alacaklarına mahsup edilir. Bu hüküm zaptın sonuçları gözönüne alındığında şu soruları akla getirmektedir: Acaba iyiniyetli alıcının, elde ettiği ürünler, üçüncü kişiye karşı giderler sebebiyle doğan alacaklarından indirildikten sonra, tam zaptan dolayı satıcıya karşı satış bedelinin iadesi talebinde bulunduğu ihtimalde satış bedelinden de indirilecek midir? Diğer deyişle alıcı elde ettiği ürünler sebebiyle iki kez mahsup edilme durumuyla karşılaşacak mıdır? Buna ek olarak MK m.994 elde etmeyi ihmal ettiği ürünlere değinmediğinden, acaba alıcının elde ettiği ürünler üçüncü kişiye karşı doğan alacaklardan indirildikten sonra alıcının elde etmeyi ihmal ettiği ürünler satıcı tarafından TBK m.217 b.1 gereği satış bedelinden indirilecek midir? TBK m.217 b.1'de yer alan "...elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünler..." ifadesinden iki kalemden birinin indirim tabi olacağı sonucu çıkarılabilir. Dolayısıyla elde ettiği ürünler üçüncü kişi tarafından indirildikten sonra artık bu ürünler için indirim yapılmaması gerekir. Buna ek olarak üçüncü kişiyle olan ilişki gözönüne alınarak ve yukarıda bahsedilenlerden dolayı iyiniyetli alıcının elde etmeyi ihmal ettiği ürünler bakımından herhangi bir indirim söz konusu değildir.

Acaba, satış bedeli ve elde ettiği ürünlerin değeri hangi ana göre belirlenecektir? Satıcı sözleşmede belirtilen satış bedelini mi, dava tarihindeki satış bedelini mi yoksa zaptın gerçekleştiği anda satılanın rayiç değeri üzerinden belirlenen satış bedelini mi iade edecektir?

Satış bedeli ve diğer değerler satılanın zapt edildiği ana göre belirlenecektir⁵⁶. Zaptın sözkonusu olduğu anda satılanın değeri düşmüş olsa ve bu neden-

⁵⁶ 13. HD. 2/3/1987, 2352/2639 (Uygur, s.4750): "...Davacının taşınmazın elinden alınması dolayısıyla malvarlığındaki eksilme, taşınmazın zapt yoluyla 3. Kişiyeye geçtiği tarihteki rayiç değerinden oluşmaktadır..."; aksi yönde bkz. 13. HD. 6/5/1986, 2069/2714 (Uygur, s.4753): "...2.Asliye Ceza Mahkemesinin 13.2.1985 gün ... sayılı ilamı ile otonun müsaderesine ... karar verilmiştir ... Satış bedeli her ne kadar senette 70.000 lira olarak belirtilmiş ise de, satış

le satış bedelinin iadesi alıcı için karlı bir iş olsa dahi satıcı, satış bedelini iade ile yükümlüdür⁵⁷.

Ayrıca belirtilmesi gereken bir diğer hususa da değinmek gerekir. Alıcının elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin satış bedeli ve buna uygulanacak faizden indirilmesi, satıcıya, satış bedelinin iadesi borcuna karşı defii hakkı verir. Dolayısıyla satıcının, indirim söz konusu olmaksızın satış bedelini iadesi talebini önleme imkanı vardır⁵⁸.

C. Satış Bedelinin İadesi Bakımından Özellik Arz Eden Durum

MK m.989 II'e göre, "Bu taşınır, açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyiniyetle edinilmiş ise; iyiniyetli birinci ve sonraki edinenlere karşı taşınır davası, ancak ödenen bedelin geri verilmesi koşuluyla açılabilir". Ancak alıcının üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği bir alıkoyma hakkının varlığı da gözönüne alındığında, şu sorunun cevaplanması gerekir. Acaba alıcı, satış bedelini üçüncü kişiden elde etmeyip satılanı devrettiği ihtimalde satış bedeli için satıcıya başvurabilecek midir?

Bir görüşe göre⁵⁹ MK m.989 II hükmü gözönüne alınarak denilebilir ki, alıcının, hak sahibi üçüncü kişiden satış bedeli isteme hakkına yer verilen MK m.989 II 'nin uygulama alanına giren durumlarda, satıcıya karşı satış bedelinin iadesi talebi ortadan kalkar. Ancak satış bedeline ilişkin faiz talebi ileri sürülebilir. İyiniyetli alıcı MK m.989 II'nin şartları gerçekleştiğinde, üçüncü kişinin satış bedelini ödeyeceği ana kadar satılanı alıkoyma hakkına sahiptir⁶⁰. TBK

senedinde sözü edilen 26.9.1982 vadeli senedin 180.000 liralık olması ve bilirkişi raporuna göre dava konusu vasitanın 250.000 lira değerinde olduğunun ifade edilmesine ... rağmen, 280.000 lira satış parasının ödenmesine karar verilmiş olması da kabul şekli bakımından yasaya aykırıdır ve bozma nedenidir."; 13. HD. 21/2/1991, 7201/1952 (Uygun, s.4757): "...öyleyse senette yazılı miktarın ve tamir masrafının ödettilmesine karar verilmesi gerekirken, mahkemece senette yazılı miktar yerine, verilen şeylerin dava tarihindeki kıymetlerine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan..."

⁵⁷ Türker, s.57.

⁵⁸ Gut/Higi/Schönle, Art 195-A.II, N.56.

⁵⁹ Gümüş, s.109; Honsell/Vogt/Wiegand, Art 195 N.8; Yazar'a göre, üçüncü kişiden satış bedelini alırsa, İBK.m.195 e göre bu oranda zararın tazmini talebinde indirim yapılır. Bununla birlikte davanın ihbarıyla satıcıya da, alıkoyma hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürülme hakkı tanınmalıdır: Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 6. Aufl, Bern, 2001, Art 195 N.4a.

⁶⁰ Yazar'a göre, zaptın uygulama alanının darlığı ve rızasız çıkışlarda uygulanabilirliği gözönüne

m.217 hükmüne göre ise, genel olarak, satıcı da alıcıya karşı satış bedelini iade ile yükümlüdür. MK m.989 II' nin şartlarının gerçekleştiği ihtimalde alıcı, alıkoyma hakkını kullanmayıp satış bedelini üçüncü kişiden talep etmezse, artık ödenen satış bedeli için TBK m.217 hükmünde belirtilen iade talebini satıcıya karşı ileri süremeyecektir. Zira zaptın sonuçları da gözönüne alınarak denilebilir ki, bu durum, alıcının üçüncü kişiye karşı sahip olduğu alıkoyma hakkının, bir hak olmakla birlikte bir küfet olmasının sonucudur.

İkinci görüşe⁶¹ göre, MK m.989 II hükmü gereğince iyiniyetli kazananın satış bedelini talep etme imkanı sadece kendisinin iyiniyetinin korunması amacına yöneliktir. Zaten üçüncü şahıs satış bedelini alıcıya iade ettikten sonra satıcıya veya malı satıcıya devreden diğer şahıslara, bu bedel için rücu etme imkanına sahiptir. BK m.192 I b.1 (TBK m.217 I b.1) hükmünün lafzı da açık ve kesindir. Bu hususlardan dolayı alıcının, satış bedelini, üçüncü kişiden elde etme imkanının kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın satıcıdan talep edebileceğini kabul etmek hakkaniyete daha uygun olur.

Üçüncü görüşe göre⁶² MK m.989 uyarınca alıcı satış bedelini üçüncü kişiden fiilen tahsil edemediği oranda satıcıdan talep edebilir.

Dördüncü görüşe⁶³ göre, alıcının MK m.989 hükmü gereğince üçüncü kişiye

alınarak denilebilir ki, rızasız çıkıştan doğan risk sorumluluğunun malikte olması gerekirken satıcıda olması adaletli görünmemektedir. Dolayısıyla MK.m.989 hükmünün uygulama alanına giren benzeri eşya satan yerlerden mal alan alıcının yararına öngörölmüş olan alıkoyma hakkı, diğer alıcılar yararına da tanınmalıdır. Bu durumda her alıcının ödemiş olduğu satış bedelini satıcıdan değil de malikten elde etme imkanı sağlanmış olacak, rızasız çıkışın riski malikte kalacaktır: Serozan, Dönme, s.277; aksi yönde görüşe göre alıcının malik aleyhine korunması için güçlü nedenler mevcut değildir: Kevork Acemoğlu, Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul, Filiz, 1970, s.38-39; bu görüşe karşı ise, sadece alıcının değil, aynı zamanda satıcının da menfaatlerinin malik aleyhine bir alıkoyma hakkının tanınmasını zorunlu kıldığı ileri sürölmüşür: Serozan, Dönme, s.277, dn.95.

⁶¹ Türker, s.57.

⁶² Tandoğan, s.159; Bilge, s.70; bu yönde bkz. 3. HD. 11/10/1951 12780/10190 (Ferit H. Saymen/ Sahir Erman/ Halid K. Elbir, Türk İçtihatlar Külliyyatı 1952,C.1, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, No: 273): "...fakat bu menkul aleni müzayede veya pazarda iktisap olunmuş ise istihkak davasının semenin iadesi şartıyla açılacağı tasrih kılınmışsa da dava konusu olup mesruk olduğu anlaşılın hayvanı bu şartlar altında satın alan davacının verdiği semeni almadan mesruk hayvanı iade etmiş olması davalıyı davacıya karşı BK.nun 189 uncu maddesinde tesbit edilen sorumluluktan kurtaramayacağına binaen..."

⁶³ Gut/Higi/Schönle, Art 195-A.II, N.41.

karşı ve TBK m.217 gereğince alıcıya karşı ileri sürebileceği taleplerin yarışması söz konusudur. Üçüncü kişi ve satıcı farklı hukuki sebeplere göre sorumludur. Alıcı, bedelin iki defa ödenmesine yol açmayacak şekilde, bir seçim hakkına sahiptir.

Kanımızca son görüşün isabetli olduğu ve alıcı satılanı üçüncü kişiye verip bedeli almadığı ihtimalde onun satış bedelinin iadesi talebi hem üçüncü kişiye hem de satıcıya karşı yöneltebilmesi imkanının olduğu söylenebilir. Üçüncü kişiye karşı satılanın bedeli alınmadan satılan geri verilmiş ise bedeli talep hakkına sahip olan kişi bunu ayrıca dava edebilir⁶⁴. Dolayısıyla bu bedelin ödenmesi TBK m.217 I b.1 hükmü gereğince satıcıya, MK m.989 II gereğince de üçüncü kişiye yöneltebilir. Bu yüzden satış bedelini almadan satılanı üçüncü kişiye veren alıcının satış bedelinin iadesi talebini alıcıya yöneltemeyeceğini söylemek isabetli olmasa gerekir.

2. Üçüncü Kişiden İsteyemeyeceği Giderlerin Ödenmesi Talebi

TBK m.217 II hükmüne göre, alıcı, üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri satıcıdan isteyebilir. Hükmün aksi yorumundan alıcının, üçüncü kişiden isteyebileceği giderleri satıcıdan isteyemeyeceği sonucu çıkarılabilir. BK m.192 I b.2 hükmü, yapılan giderlerin satış konusu için yapılması gerektiğine ilişkin bir açıklık içermemekteydi. TBK m.217 II b.2 hükmünde de bu hususta bir açıklığa yer verilmemiştir. Ancak TBK m.217 II b.2 hükmünü karşılayan İBK m.195 I b.2 hükmünde bu giderlerin satılan için yapılması gereken giderler⁶⁵ (*der für Sache gemachten Verwendungen*) olduğu anlaşılmaktadır. TBK m.217 II b.2 hükmünde belirtilen giderler buna uygun anlaşılmalıdır⁶⁶.

Satılanı zapteden malik ise, alıcı iyiniyetli olup olmamasına göre değişen kapsamlarda üçüncü kişiden giderlerin ödenmesini talep edebilir veya söküp

⁶⁴ Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz, 2012, s.110 dn.225.

⁶⁵ Gider ile belirtmek istenen mal yararına yapılan giderdir. Bu gider malın korunması, bakımı, yönetimi vb. gibi satılana doğrudan doğruya yapılan gider olabilir. Bununla birlikte gider, vergilerin veya sigorta bedelinin ödenmesi tarzında dolayısıyla mal yararına yapılan giderler de olabilir: Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, s.125.

⁶⁶ Gümüş, Özel, s.109.

alma hakkını kullanarak elde edemediği giderleri satıcıdan talep edebilir⁶⁷. Alıcının üçüncü kişiden isteyemeyeceği masrafların neler olduğunun da belirlenmesi gerekir.

MK m.994 hükmü iyiniyetli zilyedin şeye yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları üçüncü kişiden talep edebileceğini belirtmiştir. Lüks masraflar için ise kendisine bu masraflar için bir giderim önerilmez ve şeyi zararsızca ayırabilme imkânı varsa bu durumda söküp alma hakkını kullanabilir.

Alıcının iyiniyetli zilyet olması ihtimalinde, alıcı, zorunlu ve faydalı masraflardan üçüncü kişiden tahsil edilemeyen kısmı için satıcıdan talepte bulunabilir. Ancak iyiniyetli zilyedin lüks masrafları satıcıdan talep edip edemeyeceği tartışmalıdır.

Bir görüşe⁶⁸ göre, iyiniyetli haksız zilyedin söküp alma hakkının şartlarının oluşmadığı durumda, alıcı bu giderler için satıcıya başvuramaz. Ancak söküp alma hakkını kullanarak elde edemediği masrafları satıcıdan talep etme hakkı vardır. İyiniyetli alıcı, üçüncü kişiden, şartlar oluşmadığından talep edemediği lüks masrafları satıcıdan talep edemeyecektir.

İkinci görüşe⁶⁹ göre, zapt tehlikesi öğrenilinceye kadar yapılan lüks masraflardan satıcı sorumludur.

Üçüncü görüşe⁷⁰ göre, alıcı satılana yaptığı giderler bakımından iki ayrı kişi-

⁶⁷ Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art 195 N.4; Gümüş, s.109.

⁶⁸ Gümüş, s.109; Kostkiewicz/ Schwander/ Wolf, Art. 195 N.3.

Söküp alma hakkının şartlarının oluşmadığı duruma örnek olarak, üçüncü kişinin bu masrafların karşılığını ödemeyi kabul etmesi veya söküp alma hakkı kullanılmakla ayrılan şeyin değerinin hiç kalmaması gösterilebilir: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.126-127.

⁶⁹ Aral, 108; Tandoğan, s.160.

⁷⁰ Feyzioğlu, s.262; Tunçomağ, s.220; Oser/Schönenberger, Art 195 N.2; Giger, Art 195 N.18; Yazar'a göre satıcıya karşı talep hakkı sadece şu durumda söz konusu olur; alıcı üçüncü kişiye karşı ya talep hakkına sahip değildir ya da üçüncü kişiden masraflar için tazminat alamamıştır. Alıcının lüks masraflar için üçüncü kişiye karşı herhangi bir talep hakkı olmamakla birlikte sadece söküp alma hakkı vardır: Honsell/Vogt/ Wiegand, Art 195 N.4; aynı yönde bkz. Liechti, s.68; Yazar'a göre hükmün lafzından alıcının üçüncü kişiden elde edemeyeceği lüks masraflar için satıcıya başvurabileceği anlamı çıkmaktadır: Bilge, s.71; alıcı satıcıdan, hakkın kötüye kullanılması itirazı ileri sürülmediği sürece diğer masrafları(lüks dahil) talep edebilir. Ancak alıcı üçüncü kişiden bazı diğer masrafları(lüks masrafları) talep edemeyecektir. Zira alıcıya üçüncü kişiye karşı bir sökp alma hakkı tanınmıştır: Gut/Higi/Schönle, Art 195-A.II N.59.

ye karşı talepte bulunabilir. Bunlardan birincisi üçüncü kişidir. Alıcı masraflarını üçüncü kişiden tahsil ettirmiş ise artık bu masraflar için satıcıya başvuramayacaktır. Alıcının başvurabileceği bir diğer kişi ise satıcıdır. Alıcının satıcıdan talep edebileceği masraflar malı zapteden üçüncü kişiden istenemeyecek masraflardır. Kanunkoyucu alıcının giderleri talep etmesi bakımından giderlerin türüne göre bir ayırım yapmamıştır. Dolayısıyla alıcının satılana yaptığı ve üçüncü kişiden isteyemeyeceği -zorunlu, faydalı ve lüks ayırımı yapılmaksızın- bütün giderler satıcıdan talep edilebilecektir.

Kanımızca aslında burada üçüncü kişiden talep edemeyecek giderler ifadesi yer alsada bu ifade, üçüncü kişiden talep edilebilecek ancak üçüncü kişiden fiilen tahsil edilemeyecek masraflar şeklinde anlaşılabilir gibi, üçüncü kişiden talep edilemeyecek satılan için yapılan -zorunlu, faydalı ve lüks ayırımı yapılmaksızın- tüm masraflar şeklinde de anlaşılabilir. İkinci ihtimalde, alıcı, satılana yapılan, üçüncü kişiden isteyemeyeceği bütün giderleri satıcıdan isteyebilir⁷¹. Ancak herhalde, genel olarak, TBK m.217 I b.2 hükmünde belirtilen satıcının sorumluluğu bir tali sorumluluktur⁷².

Alıcı kötüniyetli haksız zilyet ise, zaptan sorumluluk yalnızca satıcının ayrıca taahhüt etmesine bağlıdır. Dolayısıyla alıcının kötüniyetli olması ihtimali zaptın uygulama alanını gittikçe daraltmaktadır. Şayet alıcı kötüniyetli zilyed olsa dahi, üçüncü kişiden bazı taleplerde bulunabilir. Ancak satıcı zaptan sorumluluğu bizzat üstlenmiş olmadıkça, alıcı, satıcıya karşı, masraflardan dolayı da herhangi bir tazminat davası açamaz⁷³. Satıcının sorumluluğu üstlendiği ihtimalde alıcı, kötüniyetli haksız zilyet olarak, zorunlu olan masraflardan⁷⁴ üçüncü kişiden elde edemediği kısmını satıcıdan talep edebilir. Ancak satılan için zorunlu olmayan masraflar ve diğer masraflar için satıcıdan herhangi bir talepte bulunamayacağı ileri sürülmektedir⁷⁵. İyiniyetli haksız zilyedin masraf talebine ilişkin tartışmalar burada da geçerlidir. Dolayısıyla kötüniyetli haksız

⁷¹ Fezyioğlu, s.262-263.

⁷² Liechti, s.68; Gümüş, Özel, s.109.

⁷³ Fezyioğlu, s.263.

⁷⁴ Kötüniyetli zilyet olan alıcının talep edebileceği zorunlu masraflar üçüncü kişi için de zorunlu masraf niteliğinde olmalıdır: Honsell/ Vogt/Wiegand, Art 195 N.4; Gümüş, s.109.

⁷⁵ Gümüş, s.109.

zilyet bakımından da talep edilip elde edilemeyen veya talep edilemeyen giderler için de satıcıya başvurulabileceği ileri sürülebilir⁷⁶.

3. Yargılama Giderleri ve Diğer Giderlerin Ödenmesi Talebi

TBK m.217 I b.3'te yer alan alıcının talebine konu giderler, davayı satıcıya bildirmekle kaçınılabilecek olanlar dışında kalan bütün yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderlerdir. Alıcının talep edebileceği birinci grup giderler satılanın zaptedilmesi için üçüncü kişinin alıcıya karşı açtığı davaya ait yargılama giderleridir. Bu yargılama giderlerinden de satıcı zaptan kusuru olmasa dahi sorumludur⁷⁷. Zira satıcı zapta konu satılanı alıcıya satmamış olsaydı, üçüncü kişi alıcıya karşı dava açmak zorunda kalmayacaktı. Bunun sonucu olarak da alıcı yargılama giderlerini ödemekle yükümlü olmayacaktı. Ancak üçüncü kişinin davayı açması ve alıcının yargılama giderlerini ödemek zorunda kalmasına satıcı neden olmuş sayıldığından, bu yargılama giderlerine satıcının katlanması gerekir⁷⁸. Bu masraflara mahkeme tarafından alıcı aleyhine hüküm verildiği ihtimalde doğacak olan avukatlık ücretleri ve yargılama masrafları ve diğer masraflar girer⁷⁹. Bu yargılama giderleri mahkeme içi veya mahkeme dışı olabilir⁸⁰.

İkinci grup giderler, yargılama dışında yapılan zaptan sorumluluğun sonucu dolayısıyla yapılan giderlerdir. Örneğin, ihbar masrafları, noter masrafları vb. Bu giderler satıcıdan talep edilebilir.

Hükme göre alıcının, satıcıya bildirmekle kaçınılabilecek olan yargılama giderleri ve yargılama giderleri dışındaki diğer giderleri, satıcıdan, kural olarak, talep edebilir. Ancak satıcı kendisine bildirilmekle kaçınılabilecek olan yargılama veya yargılama dışı giderleri ispat ettiği sürece tazmin yükümlülüğünden kurtu-

⁷⁶ Yazar, diğer masraflar için satıcıya, satıcının zaptan sorumluluğu söz konusu olduğu müddetçe başvurulabileceğini belirtmiştir: Giger, Art 195 N.19.

⁷⁷ Dolayısıyla alıcının uğradığı zararların bir bölümünü teşkil edebileceği gibi, doğrudan zararlardan sorumluluk tarafından sınırlandırılır: Gut/Higi/Schönle, Art 195-A.II N.62.

⁷⁸ Feyzioğlu, s.263.

⁷⁹ Tandoğan, Özel, s.160

⁸⁰ Gümüş, s.110.

lur⁸¹. Bu hususu ispat yükü satıcıdadır⁸². Ancak bir görüşe göre alıcı bunları da talep edebilir, ancak dava kendisine bildirilseydi kaçınılabilecek olan masrafları ispat satıcıya aittir. İspat halinde satıcı tazminattan o oranda kurtulur⁸³.

4. Alıcının Uğradığı Doğrudan Zararların Tazmini Talebi

TBK m.217 I b.4 gereği alıcı, satılanın tamamen zaptı dolayısıyla doğrudan doğruya uğradığı zararları satıcıdan talep edebilir. Zararların tazmini talebi, satıcının kusuru olmasa bile ileri sürülebilir. Ancak bu noktada doğrudan ve dolaylı zarardan ne anlaşılması gerektiği hususu tartışmalıdır.

Birinci görüşe⁸⁴ göre, doğrudan zarar olumsuz zararı, dolaylı zarar olumlu zararı ifade eder. Bu zararlara örnek olarak alıcının satış sözleşmesinin kuruluşu ve ifası için yaptığı artık kendisi için boşa gitmiş sayılan giderler; satılanın korunması ve saklanması için kiraladığı deponun kira bedeli, senet düzenlemek için yapılan giderler, taşınmazın tapuya tescili vb. sayılabilir. Bu görüşe göre alıcı bu fıkraya dayanarak ancak olumsuz zararların tazminini isteyebileceğinden, sözleşmenin varlığını sürdürmesi halinde elde edilebilecek olan daha uygun imkânların da tazminini(olumlu zarar) bu fıkraya dayanarak isteyemez⁸⁵.

İkinci görüşe⁸⁶ göre, doğrudan zarar fiili zarar şeklindeki olumsuz zarar, dolaylı zarar ise kaçırılan fırsatlara bağlı kazanç kaybı şeklindeki olumsuz zarardır.

⁸¹ Bu durumda Art.193 III(TBK m.215 III) hükmünün de şartları oluşmuşsa gözönüne alınabileceği ve satıcının dava kendisine zamanında bildirilmiş olsaydı daha elverişli bir hüküm alacağını ispat ettiği sürece sorumluluktan kurtulabileceği yönünde bkz. Gut/Higi/Schönle, Art 195-A.II N.63.

⁸² Gut/Higi/Schönle, Art 195-A.II, N.63.

⁸³ Feyzioğlu, s. 263.

⁸⁴ Oser/ Schönerberger, Art 195 N.7 ve N.8; Feyzioğlu, s.264; Tunçomağ, s.220-221; Liechti, s.69-70; geçerliliğine inanılan sözleşmenin sona ermesinden doğdukları için olumsuz zarar olduğunu ancak ikinci fıkradaki belirtilen zararın olumlu zarar olduğunu belirten görüş için bkz. Bilge, s.71; Yazar'a göre satıcıyı kusuru olmaksızın alıcının kazanç kaybından sorumlu tutmak uygun değildir. Art. 195 I (TBK m.217 I) hükmüne göre satıcının sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Art. 195 I'de (TBK m.217 I)yer alan doğrudan zararlar olumsuz zarar olarak fiili zararı kapsar. Ancak bend alıcının kazanç kaybı dolayısıyla uğradığı zararları kapsamamaktadır. Diğer yandan Art 195 II'e göre dolaylı zararlar kavramı altında ise olumlu zarar talep edilebilir: Giger, Art 195 N.34, N.36 ve N.37; bu görüşe yakın ve uzak nedensellik kavramlarını gözardı ederek böyle bir değerlendirme yaptığı eleştirisi ileri sürülmüştür: Gümüş, s.110.

⁸⁵ Feyzioğlu, s.264; Giger, Art. 195 N.37.

⁸⁶ Tandoğan, s.160-161.

Üçüncü görüşe⁸⁷ göre, doğrudan zarar, üçüncü kişinin satılanı zaptıyla en yakın nedensellik içinde bulunan zararları, dolaylı zarar ise, zapt ile daha uzak nedensellik ilişkisindeki zararları kapsar. Dolayısıyla doğrudan zarar satılanın alımı sırasında yapılan giderler(harçlar, vergiler, alışveriş giderleri) olabilir. Dolaylı zarar(sonuç-refakat zararı) zapt olayına doğrudan zarar bakımından daha uzak düşen zarardır. Dolayısıyla dolaylı zarar yoksun kalınan kazanç olabilir.

Dördüncü görüşe⁸⁸ göre, TBK m.217'e göre satış sözleşmesi kendiliğinden sona erdiğinden, TBK m.125 III'te sözleşmeden dönme halinde istenebilecek tazminatı olumsuz zarar ile sınırlayan husus doğrudan zarar bakımından uygulanmaz. TBK m.217 I b.4 hükmü gereğince talep edilebilecek doğrudan zarar, kaçırılan sözleşme yapma fırsatlarından doğan zarar dışında kalan diğer bütün olumsuz zararlardır. Zira kanunkoyucunun, hükmü, olumsuz zararı sınırlandırmayacak şekilde düzenlediği söylenebilir. Dolaylı zarar ise olumlu zarar şeklinde ortaya çıkan kazanç kaybı ile sınırlıdır.

Beşinci görüşe⁸⁹ göre zapt nedeniyle meydana gelen doğrudan ve dolaylı zararın tamamı olumlu zarardır. Olumlu zarar alacaklının kendi edimini ifa sebebiyle yaptığı harcamalar, sözleşme sona erdiğinden dolayı ikame mal alımı

⁸⁷ Serozan, s.128; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz, İstanbul, 1992, s.85; von Tuhr/Peter, s.88-89; herhalde haksız fiil sorumluluğunda öngörülen uygun illiyet bağı teorisinden bu noktada yararlanmak gerekir. Doğrudan veya dolaylı zarar uygun illiyet bağı içerisinde değerlendirilmelidir. Bu görüş için bkz. Fadıl Yıldırım/ Veysel Başpınar, "Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı", Prof.Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, Turhan, 2008, s.1105 vd; Fahrettin Aral, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara, Yetkin, 2011, s.171 vd.

⁸⁸ Gümüş, s.111-112; Max Keller, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Aarau, 1948, s.225 vd.; bu görüşe paralel bir diğer görüşe göre, doğrudan zarar satış sözleşmesinin sona ermesinden ve satılanın devralınmasından doğan zarardır. Bu zararlar düzenleme masrafları, harçlar, taşıma ücreti ve gümrük bedelleri vb. girebileceği gibi yabancı para borcunda kur kaybı da girer. Olumlu zarar ise dolaylı zarardır. Dolaylı zararlar örnek olarak kazanç kaybı gösterilebilir. Bu görüş için bkz. Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art. 195 N.7; Kostkiewicz/ Nobel/ Schwander/ Wolf, Art. 195 N.5; Yavuz, Borçlar Özel s.118; H. Becker, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Borçlar Hukuku Madde 184-551 (çev. Suat Dura), Bern, 1934, Art 195 N.2 ve N.6; ancak yazarların görüşlerinden olumlu zararı kazanç kaybı ile sınırladıklarına ilişkin bir sonuca ulaşamaz. Bu noktada metindeki görüşten ayrılırlar.

⁸⁹ Çiğdem Kırca, "Kaldırılması Gereken Bir Ayrım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayrımı" Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, Seçkin, 2009, s. 450 vd.

veya sonradan yapılan hukuki işlemlerden doğan borçların ifa edilmemesinden dolayı ödemek zorunda kalınan tazminat veya cezai şart ile kardan yoksunluktan oluşur. BK 192 hükmü yorumlanırken burada BK m.108 II 'de olduğu gibi açıkça menfi zararın talep edilebileceğine ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Dolayısıyla menfi zararın tazmini mümkün değildir. Zira zapt halinde sorumluluk bir sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle sorumluluktur. Burada menfi zararın talep edilebileceğini ileri sürmek sorumluluğun asıl sebebinin sözleşmenin ihlali olduğu hususunu gözardı etmek olur.

Yargıtay ise kararlarında⁹⁰, genel olarak, doğrudan zararın olumsuz zarar olduğunu, dolaylı zararın ise olumlu zarara karşılık geldiğini, kanunkoyucunun BK.m.108 II'den ayrılarak sözleşmeden dönme halinde olumlu zararın tazmini ne imkan tanıdığını belirtmiştir.

Kanımızca kanunkoyucu TBK m.217 I b.4'de olumlu-olumsuz zarar ayrımı yapmayarak satılanın alıcının elinden alınması yüzünden doğrudan doğruya uğradığı diğer zararların talep edilebileceğini belirtmiştir. Kaldı ki doğrudan-dolaylı zarar kavramları, olumlu-olumsuz zarar kavramlarını tam olarak karşılamamaktadır⁹¹. Satılanın elinden alınması dolayısıyla araya ilave sebep girmeksizin uğranılan zararlar doğrudan zararlar olduğundan, bu zararlar, sözleşmenin sona ermesiyle ilgilenmeksizin ve araya ilave sebep girmeksizin uğranılan zararlardır. Örneğin, zapt dolayısıyla uğranılan satılanın teslimi

⁹⁰ HGK. 7/6/2000, 13-294/946 (Kazancı): "...Esasen, satım bozulduğuna göre, satıcının mal varlığından satım parası nedensiz kalacağından, satış parası alıcıya her halde geri verilmesi gerekecektir. Bu bağlamda, alıcının, satıcıdan isteyebileceği zararda ancak "menfi zarardır" (Bk. Md. 192/4). Bk. 192/son fıkrasında "müsbet" "olumlu" zarar düzenlenmiştir. Burada yasa koyucu, sözleşmenin fesih edilmiş sayılmasına rağmen Bk. Md. 108'deki hükmün aksine müsbet (olumlu) zararın istenebilmesine olanak tanımıştır. Satıcı ancak kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir..."; aynı yönde bkz. 13 HD. 1/10/2004, 3350/13341(Kazancı); HGK. 15/12/2010 13-618/668 (Kazancı).

¹³ HD. 4/3/1983, 8041/1510 (Uygur, s.4752): "...Alıcının, satıcıdan isteyebileceği zarar da ancak "menfi zarardır" (örneğin, alıcının, satım sözleşmesinin kuruluşu ve ifası için yaptığı ve artık kendisi için tamamen boşa gitmiş sayılan giderler. Borçlar Kanunu Madde 192/4)..."; aynı yönde bkz. 13. HD. 9/3/2011, 14192/3550 (YKD 2011/9, s.1648).

¹³ HD. 15/9/2011, 10479/12688 (YKD 2012/6, s.1139): "...devredilen hak, herhangi bir nedenle devri taahhüt edilen hakka uygunluk göstermiyorsa satıcı bundan sorumludur. Bu sorumluluk da alıcının zapt nedeniyle uğradığı gerçek zarar kadardır...davacının gerçek ve güncel müspet zararından sorumludur...".

⁹¹ Serkan Ergüne, Olumsuz Zarar, İstanbul, Beta, 2008, s.65.

için yapılan masraflar, vergiler, harçlar, gümrük masrafları, muayene ve tespit masrafları vb. Bu yüzden üçüncü görüş isabetlidir. Dolaylı zarar ise araya ilave sebep girmekle uğranılan diğer zararlardır. Tam zapt hali ortaya çıkmasaydı satılan bir başkasına devredilebilecek ve ondan kar elde edilebilecek idiyse bu kar mahrumiyeti ile tam zapt sonucunda üçüncü kişi ile yapılan hukuki işlemlerden dolayı alıcının ödemekle yükümlü olduğu tazminat veya cezai şart vb. kalemler dolaylı zarar teşkil eder. TBK m.217 I b.1-3'deki kalemlerin bir doğrudan zarar kalemi olduğu da söylenebilir⁹². Zira TBK m.217 I b.4 doğrudan doğruya uğranılan diğer zararlar ifadesine yer vermiştir. Bu durumda TBK m.217 I b.4 hükmü bu anlamda anlamsız kalmamaktadır. Araya giren ilave sebepler ve yakın ve ilk sebeplerde sınır uygun illiyet bağıdır. Dolayısıyla doğrudan ve dolaylı zarar ancak uygun illiyet bağı kapsamında değerlendirildiği ihtimalde, bu zararların tazmini gerekir.

5. Satıcının Sorumlu Olduğu Diğer Zararların Tazmini Talebi

TBK m.217 II'e göre satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının satılanın elinden alınması yüzünden uğramış olduğu diğer zararları da gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm gereği satılanın zaptından dolayısıyla bir zarar doğduğu ihtimalde, satıcı kendisine hiç bir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, doğan zararı ödemekle yükümlüdür⁹³. Burada bir kusur karinesi mevcut olup, satıcı bu kusur karinesini çürüterek dolaylı zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulur. Bununla birlikte dolaylı zarar herhalde doğrudan zararın kapsamı dışında kalan zarar kalemlerini içerir. Dolayısıyla bu zarar kalemlerinin de uygun illiyet bağı kapsamında satıcı kusurlu olmadığını ispat etmedikçe tazmini gerekir. Doğrudan zarara ilişkin tartışmalar genel olarak dolaylı zarara da değindiğinden tekrardan kaçınmak amacıyla burada bu tartışmalara değinmiyoruz.

II. KISMI ZAPT HALİNDE SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

TBK m.218'de, hükümleri düzenlenmiş olan kısmi zapt, tam zaptan farklı

⁹² Kırca, s.456.

⁹³ Gümüş, s.110.

olarak satılanın tamamı üzerinde değil, bir kısmı üzerinde üçüncü kişinin daha üstün bir hakkının mevcut olması halinde söz konusu olur. TBK m.218 I "...satılanın bir kısmının elinden alınması veya satılanın sınırlı bir aynı hakla yüklenmişse..." ifadelerine yer vermiştir. Kısmi zapt satılanın üzerinde bir sınırlı aynı hak, şerh verilmiş şahsi hak veya satılan üzerinde bir payın bulunması veya hut örneğin, satılanın eklentisi üzerinde mülkiyet iddia edilmesi gibi hallerde ortaya çıkabileceği gibi⁹⁴ hükümde de belirtildiği üzere satılanın bir kısmının üçüncü kişi tarafından alınması şeklinde de ortaya çıkabilir⁹⁵. Kısmi zapt halinde, kural olarak, satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermemekte, TBK m.218 I gereğince alıcı, sadece bu yüzden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilmektedir. Bununla birlikte alıcıya bu fıkra, kendi iradesiyle borç ilişkisinden kurtulma imkânı tanınmamıştır⁹⁶. Ancak TBK m.218 II hükmü ise alıcıya satış sözleşmesinin sona erdirilmesini dava yoluyla isteyebilme imkânı tanımıştır. TBK m.218 II gereğince alıcı, satıldaki bu durumu bilseydi onu satın almayaacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa, alıcı hakimden sözleşmenin sona erdirilmesini isteyebilecektir. Ayrıca bu nokta belirtilmelidir ki kısmi zapt halinde satıcının sorumluluğu, tam zapt halindeki sorumluluğundan daha ağır olamayacağından kendiliğinden sözleşmenin sona ermesi imkanı tanınmamıştır⁹⁷.

Alıcı TBK m.218 hükmünün kendisine tanıdığı iki imkandan yalnızca birini kullanmaya yetkilidir. Bu her iki imkanı da aynı zamanda kullanma yetkisi yoktur. Ancak alıcı TBK m.218 I hükmündeki imkanı, TBK m.218 II hükmündeki imkanın şartları oluşmasına rağmen kullanabilir. Bu konuda seçimlik hakkının olmadığını söylemek isabetli olmasa gerekir⁹⁸.

B. Alıcının Hakları

1. Kısmi Zapt Halinde Uğranılan Zararın Tazmini

Kısmi zapt halinde alıcı, TBK m.218 I hükmüne göre bu yüzden uğradığı zararların giderilmesini isteyebilir. Kanunkoyucu bu hükümde alıcının tazmi-

⁹⁴ Tandoğan, s.161; Gut/Higi/Schönle, Art 196 N.2.

⁹⁵ Feyzioğlu, s.266; Gut/Higi/Schönle, Art 196 N.2.

⁹⁶ Feyzioğlu, s.267; Gut/Higi/Schönle, Art 196 N.3.

⁹⁷ Becker, Art 196, N.2; Gut/Higi/Schönle, Art 196 N.4.

⁹⁸ Giger, Art 196 N.14; Gut/Higi/Schönle, Art 196 N.4 ve N.6; aksi yönde görüşe göre, bu imkanları kullanmak bakımından alıcının seçimlik hakkı mevcut değildir: Karahasan, s.148.

nini isteyebileceği zararı, doğrudan doğruya veya diğer zararlar şeklinde ifade etmediği gibi, olumlu zarar-olumsuz zarar ifadelerine de hükümde yer vermemiştir. Bununla birlikte satıcının bu zararlardan sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olup olmadığı ile alıcının tazminini isteyebileceği zararın niteliği ve içeriği tartışmalıdır.

Birinci görüşe⁹⁹ göre kısmi zapt halinde tam zapta olduğu gibi, satıcı doğrudan zararlardan kusursuz sorumludur. Satıcı, dolaylı zararlardan ise, kendisine herhangi bir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur. Dolayısıyla kısmi zapta, dolaylı zararlar bakımından bir kusur karinesi mevcuttur. TBK m.217 I b.4 ve II hükmü burada kıyasen uygulama alanı bulur¹⁰⁰. Kural olarak, Art 195 (TBK m.217) hükmü, kanun sistematigi gözönüne alındığında zararın hesaplanmasında kıyasen uygulanır. Alıcının satılanın zapt edilen kısmı için yaptığı masrafları üçüncü kişiden elde edemediği ölçüde talep edebileceği gibi (kıyasen Art. 195 I b.2 (TBK m.217 I b.2)) üçüncü kişinin açtığı kısmi zapta ilişkin davadan doğan masrafları da talep edebilir(kıyasen Art. 195 I b.3 (TBK m.217 I b.3)). Satıcı doğrudan zararlar kapsamı altında kısmi zapttan dolayı satılanın değerinin azalmasından doğan zararı tazmin etmelidir¹⁰¹. Ayrıca satış sözleşmesi, kural olarak, sona ermediğinden ödenen satış bedelinin iadesi (kıyasen Art. 195 I b.1 (TBK m.217 I b.1)) kural olarak, mümkün değildir. Ancak satılanın misli eşya olması durumu gibi bazı durumlarda¹⁰² alıcı, uygun bir denkleştirme olan satış bedelinin kısmi iadesini isteyebilir¹⁰³.

⁹⁹ Gümüş, s.112; Giger, Art. 196, N.6 vd; Oser/Schönenberger, Art. 196, N.2; Serozan, s.128; genel olarak aynı yönde Becker, Art. 196, N.2; Karahasan, s.148.

¹⁰⁰ Gümüş, Borçlar Özel, s.75.

¹⁰¹ Giger, Art. 196 N.6 - N.10; genel olarak aynı yönde bkz. Liechti, s.72-73.

¹⁰² Bir görüşe göre, bu durum satılanın sınırlı aynı hakla yüklü olması satılanın değerinin düşmesine neden olmuşsa söz konusu olur: Gümüş, s.112; Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art 196, N.2; bir diğer görüş, böyle bir durumun varlığının şart olup olmadığına değinmeden, satıcıya karşı tazminat iddiasıyla satış bedelinin o oranda indirilebileceğini belirtmiştir: Oser/Schönenberger, Art. 196, N.2; Karahasan, s.148; ancak bu son görüşe ayıba karşı hükümlerdeki düzenlemeden yola çıkılarak, satış bedelinden indirim bir tazminat niteliğinde olmadığı (Tandoğan, s.197) eleştirisi ileri sürülebilir.

¹⁰³ Giger, Art. 196 N.9; Becker, Art. 196 N.2; bu değer hesaplanmasında ayıba ilişkin hükümler kıyasen uygulanır: Giger, Art. 196 N.9; Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art. 196, N.2; Oser/ Schönenberger, Art. 196, N.2.

Bir görüş, satılanın misli eşya olması halinde, satıcıya, BK.m.203(TBK m.227 III) hükmüne kıyasen, zapt edilen kısmın tamamlanması suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı

İkinci görüşe¹⁰⁴ göre, Art. 195 (TBK m.217) hükmünün kıyasen uygulanmasında doğrudan zararlardan kusursuz sorumluluk söz konusu değildir. Kısmi zaptta, alıcının zapt nedeniyle uğradığı tüm zararlardan satıcı ancak kusurlu ise sorumludur. Mahrum kalmadan dolayı alıcı, zaptedilen kısım veya sınırlı aynı hak sonucunda uğranılan değer kaybı için ikame değer talep edebilir.

Üçüncü görüşe¹⁰⁵ göre, kısmi zaptta zarar, olumlu zarar ile sınırlıdır. Ancak bu hükümle tazminat TBK m.217 hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle bu hükümdeki esaslara göre hesaplanacaktır. Yani kısmi zapt sonucunda satılanın değerindeki azalma ve diğer giderler vb. talep edilebilir¹⁰⁶.

Dördüncü görüşe göre, Art 196 I (TBK m.218 I) doğrudan ve dolaylı zarar ayırımı yapmamaktadır. Dolayısıyla satıcı alıcının ifa menfaatini sağlamakla yükümlüdür. Bu zarar ise kısmi zapt vasıtasıyla uğranılan uygun illiyet bağı içerisindeki zararlardır. Uygun illiyet bağı çerçevesinde meydana gelen ifa edilmeden dolayı uğranılan zarar bakımından Art 195 I ve II'deki doğrudan veya dolaylı zarar ayırımına ihtiyaç göstermez.

Kanımızca ilk görüş genel olarak isabetlidir. TBK m.218 1 hükmü alıcının kısmi zapt yüzünden uğradığı zararların talep edilebileceğini belirtmiştir. Satıcı doğrudan zararlar bakımından kusursuz olarak sorumludur. Zira hükmün lafzı ve amacından (ratio legis) doğrudan zararlar bakımından satıcının kusursuz sorumluluğunun olduğu söylenebilir. Dolaylı zararlar bakımından da satıcı, kusurlu olmadığını ispatlayamadıkça, bu zararları tazminle yükümlü olduğu ileri sürülmektedir. Ancak TBK m.217 I hükmü kanımızca dolaylı zararların tazminine imkân vermemiş görünmektedir. TBK m.217 I b.2 ve b.3 hükmü, zararın

tanınması gerektiğini ileri sürmektedir: Tandoğan, s.162; aynı yönde bkz. Tunçomağ, s.221; bu görüşe paralel bir başka görüş, bu imkânı satıcının teklif edebileceğini, alıcının ise talep edebileceğini belirtmiştir: Oser/ Schönberger, Art. 196 N.2; Karahasan, s.148; ancak bu imkana rağmen, Art 195(TBK m.217) hükmü çerçevesinde alıcı doğan zararları satıcıdan talep edebilir: Giger, Art 196 N.11.

¹⁰⁴ Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art. 196 N.2; alıcı satıcının kusurlu olması halinde olumlu zararların tazminini talep edebilir: Liechti, s.72.

¹⁰⁵ Yavuz, Borçlar Özel, s.120; Tandoğan, s.162; genel olarak aynı yönde bkz. Gut/Higi/ Schönle, Art 196 N.10; alıcı akdin tamamen ifası halinde varolacak olan duruma getirilmek istendiğinden olumlu zararların tazmini söz konusudur: Feyzioğlu, s.267.

¹⁰⁶ Tandoğan, s.162; kıyasen uygulamaya ilişkin açıklamalara yer vermemekle birlikte aynı görüşte bkz. Bilge, s.72-73.

hesaplanması bakımından kıyasen uygulanacaktır. Bu hükümlerde belirtilen hususlar doğrudan zararın bir görünüm şeklidir. Bu zarar kalemleri satılanın kısmen zaptı halinde de talep edilebilecektir¹⁰⁷. Alıcı kısmi zapt dolayısıyla satılanın elinden alınan kısmının değerini talep edebileceği veya satılanın sınırlı aynı hakla yüklenmesinden doğan değer kaybını tazmin edebileceğinin kabulü gerekir. Ayrıca alıcıya tam zapt halinde -genel olarak- ileri sürebilme imkânı tanınan durumlar burada kabul edilebilir. Alıcıya satılan misli eşya ise zaptedilen kısım oranında satılanın misliyle iadesi talebi ve satıcıya da bunu ileri sürerek ve doğan zararı tazmin ederek sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmalıdır¹⁰⁸.

Ancak satılanın elinden alınan kısım oranında satış bedelinin iadesinin ne şekilde gerçekleşebileceği akla gelmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki satış bedeli ödenmemişse satış bedelinden indirim yapılabilme imkanı makul görünmektedir¹⁰⁹. Ayrıca zaptedilen kısımdan başlı başına ürün elde etme imkanı varsa elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünler de kanımızca satış bedelinden indirilecektir. Örneğin bir çift at satın alınmış olup da atlardan biri zaptedilmişse zaptedilen ve binicilik faaliyetlerinde kullanılabilecek nitelikte olan attan elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen ürünler satış bedelinden indirilecektir. Ancak satış bedeli ödenmişse satış bedelinin indirilmesi talebinin ileri sürülebileceği fikri kolay anlaşılır değildir. Satış bedeli ödenmişse satış bedelinin indirilmesi, aslında bir satış bedelinin iadesi görünümünde ortaya çıkacaktır¹¹⁰. Bununla birlikte ödenmiş satış bedelinin iadesi talebi –TBK m.217 hükmünde olduğu gibi- satış sözleşmesinin sona ermesinin sonuçlarındandır. TBK m.218 hükmünde sözleşme kendiliğinden sona ermemektedir. Ancak satış bedelinin ödendiği ihtimalde alıcının elinden alınan kısmın değeri

¹⁰⁷ Yazar doğrudan zararların tazmini başlığı altında bu hususlara yer vermiştir: Giger, Art. 196 N.6-11.

¹⁰⁸ Giger, Art 196 N.11; hakim Art. 99 III (TBK m.114 II) hükmünün kıyasen uygulanması ve bu surette Art. 43 I (TBK m.51) hükmü gereği, zararın satılanın misli ile değiştirilmesiyle tazminine karar verebilir: Gut/Higi/Schönle, Art 196 N.9a.

¹⁰⁹ Alıcı bu durumda fark teorisine göre uğradığı zararı hesaplayabilir: Gut/Higi/Schönle, Art 196 N.8.

¹¹⁰ 13. HD. 12/5/1987, 2619/2877 (Uygur, s.4760): “...Yapılan inceleme sonucunda, taşınmazın davacı tarafından bu hali ile dahi satın alınabileceği anlaşıldığı takdirde, aynı maddenin 1. Fıkrası uyarınca sadece satış bedelinden teslim edilmeyen kısma isabet eden miktarın tahsiline karar verilmelidir...”.

veya satılan sınırlı aynı hakla yüklü ise satılanın değerinin kaybı TBK m.218 I hükmü kapsamında değerlendirilebilir. Alıcıya, bu anlamda, zapta konu kısmın değerini veya sınırlı aynı hakla yüklü olmasından doğan değer kaybını¹¹¹ TBK m.218 I kapsamında bir doğrudan zarar kalemi olarak ileri sürme olanağı¹¹² ile satış bedeli henüz ödenmemişse bu değer satış bedelinden indirilmesi olanağından birini seçebilme imkanı tanınmalıdır. Bununla birlikte değer azalmasının tespitinde BK.m.202(TBK m.227) hükmünün kıyasen uygulanması söz konusu olur¹¹³. Son olarak şayet satış bedeli ödenmemişse ve alıcının uğradığı zarar (örneğin önemli bir kardan mahrum kalmış ise) satış bedelinden fazla ise bu durumda satıcı aradaki farkı tazmin etmekle yükümlüdür¹¹⁴.

Zaptedilen kısım oranında sözleşmenin kurulmasına ilişkin masrafların talep edilip edilemeyeceği tartışmalıdır.

Bir görüşe¹¹⁵ göre sözleşmenin kurulmasına ilişkin masraflar için orantılı bir tazminat ödenmesine izin verilmelidir.

Bir diğer görüşe¹¹⁶ göre, kısmi zapta sözleşmenin varlığını sürdürmesinden yola çıkarak birinci görüşü reddetmektedir. Bu görüşe göre satış sözleşmesi kural olarak sona ermediğinden alıcı, satış sözleşmesinin kurulmasıyla ilgili içerisinde ortaya çıkan giderlerin tazminini talep edemez.

Kanımızca son görüş isabetlidir. Zira kısmi zapt halinde satış sözleşmesi varlığını korumaktadır. Bunun sonucu olarak satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin giderlerin talep edilmemesi gerekir.

2. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi Talebi

TBK m.218 hükmünde alıcıya tanınan ikinci imkan satış sözleşmesinin sona

¹¹¹ Değer azalmasının tespitinde TBK m.227(BK.m.202) kıyasen uygulanır: Gümüş, s.112; Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art 196 N.2.

¹¹² Kısmi zapt satılanın sınırlı aynı hakla yüklü olması durumundan doğmuşsa, bu hak yüzünden satılanın değerinin azalması ihtimalinde bu azalma doğrudan zarar teşkil eder. Bu doğrudan zarardan satıcı kusursuz olarak sorumludur. Alıcı, bu zarar talebini ileri sürdüğünde, zararın tazmini, satış bedelinin azaltılması şeklinde gerçekleşir: Gümüş, s.112; Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art 196 N.2; aksi yönde bkz. Gut/Higi/Schönle, Art 196 N.8.

¹¹³ Gümüş, s.112; Giger, Art 196 N.9.

¹¹⁴ Gut/Higi/Schönle, Art 196 N.8.

¹¹⁵ Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art. 196, N.2; Kostkiewicz/ Nobel/ Schwander/ Wolf, Art. 196, N.3.

¹¹⁶ Giger, Art. 196 N.8; Gümüş, s.113; Gut/Higi/Schönle, Art 196 N.7.

erdirilmesini hakimden talep edebilme imkanındır. TBK m.218 II hükmüne göre, ancak alıcının, satıldandaki bu durumu bilseydi onu satın almayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa, alıcı hakimden sözleşmenin sona ermesine karar verilmesini isteyebilir¹¹⁷. Alıcı TBK m.218 II hükmünün şartları oluştuğunda sözleşmeyi dava yoluyla sona erdirebilir. Ancak daha önceki sayfalarda da belirttiğimiz gerekçelerle kanımızca bu hüküm, genel olarak, iyiniyetli alıcı bakımından uygulanacaktır¹¹⁸.

TBK m.218 II hükmünde belirtilen “durum ve koşullardan” ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi önem arz eder. Bir bütünü oluşturan şeylerin bir kısmının zaptı veya üçüncü kişinin sınırlayıcı hakkı, alıcının sözleşmeyi yaparken gözönünde tuttuğu satılanı kullanma amacına aykırılık teşkil edecek idiyse sözleşmenin sona erdirilmesi hakimden talep edilebilecektir. Ancak hakim alıcının akdin kurulması zamanında varsayılan iradesini araştırmalı, alıcının dava sırasındaki iradesini gözönüne almamalıdır¹¹⁹. Örneğin safkan erkek ve dişi atın birisine üçüncü kişinin elkoyması halinde, bu atları çiftleştirerek üretimini yapma amacıyla sözleşmenin tarafı olan alıcı hakimden sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilir. Davada mahkemenin vereceği karar yenilik doğurucu niteliktedir¹²⁰. Sözleşmenin sona ermesine karar verildiği ihtimalde, alıcının haklarının kapsamı TBK m.217’e göre belirlenir¹²¹.

¹¹⁷ Ancak doktrinde bir kısım görüş, dava yoluyla sona erdirmenin alıcının sözleşmeden dönme iradesini açıklama yollarından birisi olduğunu, alıcının dönme iradesini satıcıya yöneltebileceği bir irade beyanıyla da açıklayabileceğini ileri sürmektedir: Tunçomağ, s.222; Karahasan, s.148; Gut/Higi/Schönle, Art 196 N.22; aksi yönde bir görüşe göre alıcının sözleşmeden dönme açıklamasının yeterli olmadığı, mahkeme tarafından verilecek bir yenilik doğuran kararlar sözleşmenin sona ereceği yönünde bkz. Giger, Art 196 N.12; Liechti, s.71; Feyzioğlu, s.268; Tandoğan, s.162; Bilge, s.73.

¹¹⁸ Bkz. I, C, 1, b.

¹¹⁹ Tandoğan, s.162; Bilge, s.73; Tunçomağ, s.222; Oser/Schönenberger, Art 196 N.3, Karahasan, s.149; 4 HD. 31/5/1974, 3787/2859 (YKD, 1975/6, s.71): “..Davaya konu olan alım satım, 66,5 dönüme ilişkindir. Feragdan sonra açılan dava sonunda satılanın 29,750 metrekaresi kesinleşen ilamla davacının elinden alınmıştır. O halde alım satımın bozulması konusundaki hüküm fıkrası Borçlar Yasasının 193/2 maddesine uygun bulunduğundan, sözleşmenin bozulması ilkesinin benimsenmesi uygundur..”; 13 HD. 12/5/1987 2619/2877 (Uygur, s.4760): “... ve ikinci fıkrada belirtildiği şekilde davacının bu eksikliği bilmiş olması halinde taşınmazı satın almayacağı hususu da mahallinde bilirkişiler aracılığı ile tespit edilmeli, şayet yapılacak inceleme ve araştırma sonucunda taşınmazı satın almayacağı anlaşılırsa, anılan maddenin 2. ve 3. fıkraları uyarınca sözleşmenin feshine karar verilmelidir...”.

¹²⁰ Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art 196 N.3; Tandoğan, s.162; Gut/Higi/Schönle, Art 196, N.22.

¹²¹ Tandoğan, s.162; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 196 N.3; Giger, Art. 196 N.13 ve N.14.

Hakimin yenilik doğurucu kararıyla alıcı satıldan elinde kalan kısmı ve elde ettiği ürünleri satıcıya iade etmekle yükümlüdür. Bu iade borcu tam zapt durumunda söz konusu iade borcundan farklıdır. Zira hükmün açık lafzından dolayı elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin iadesi kısmi zapta söz konusu değildir¹²². Örneğin kısmi zapt, üçüncü kişinin taşınır eşya üzerindeki intifa hakkından dolayı gerçekleşmişse, alıcı, dolaylı zilyetliği satıldan elde ettiği ürünlerle birlikte iade etmelidir¹²³. Ayrıca satıcı da ödenmiş olan satış bedelini faiziyle birlikte alıcıya iade edecektir¹²⁴. Satış bedelinin değerinin tespit edileceği an herhalde zaptın söz konusu olduğu an olacaktır¹²⁵.

Bir görüşe göre BK m.193 II(TBK m.218 II)'nin lafzından dolayı BK 192 I b.1(TBK m.217 I b.1) hükmünün kısmi zapta uygulanmayacağı, bu yüzden alıcının elde ettiği ürünlerin satıcının iade etmesi gereken satış bedeli ve faizden indirilemeyeceğini ileri sürülmektedir¹²⁶.

Kanımızca bu durumda TBK m.217 hükmü kıyasen uygulandığından satıcının iade ile yükümlü olduğu satış bedeli ve bunun faizinden alıcının elde ettiği ürünler indirilecektir. Bu iade talebi ise sözleşmenin sona ermesinden dolayı ortaya çıkan tasfiye ilişkisinden doğmaktadır¹²⁷. Bu iade borcu için de TBK

¹²² Aynı yönde bkz. Gut/Higi/Schönle, Art 196 N.30; bir görüş elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin de iadesinin gerekli olduğunu ileri sürmüştür: Tunçomağ, s.222; Becker, Art. 196 N.3; alıcı, sona erme dolayısıyla Art. 195(TBK m.217) hükmü kıyasen uygulandığından ya elde ettiği ya da elde etmeyi ihmal eylediği ürünleri satıcıya iade ile yükümlüdür: Giger, Art. 196 N.13.

¹²³ Bu örnek için bkz. Gümüş, s.113.

¹²⁴ Giger, Art 196 N.13; Yargıtay kararı için bkz. 4 HD. 31/5/1974, 3787/2859 (YKD, 1975/6, s.71): "... O halde mahkemenin mal satış parasının ödetilmesine karar verirken kaydın davalı adına geçirilmesine ve ayrıca zabdedilmeyen yerden davacının elde ettiği yararların satış parasından indirilmesi gerekir..."

¹²⁵ 13 HD. 30/4/1991, 3427/4774 (Uygur, s.4761): "...Hal böyle olunca mahkemece yapılacak iş,dava konusu yerin o hükmün kesinleştiği 18.9.1989 tarihindeki değerinin tespiti ile bulunacak değerinin yarısına hükmedilmesidir. Aksine düşüncelerle taşınmazın 29.7.1980 tarihindeki satış bedelinin yarısı olan 350.000 liraya hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."

¹²⁶ Gümüş, s.113; aksi yönde Yargıtay kararı için bkz. 4 HD. 31/5/1974, 3787/2859 (YKD, 1975/6, s.71): "... O halde mahkemenin mal satış parasının ödetilmesine karar verirken kaydın davalı adına geçirilmesine ve ayrıca zabdedilmeyen yerden davacının elde ettiği yararların satış parasından indirilmesi gerekir..."

¹²⁷ Bir görüşe göre, tam zapttan farklı olarak iade talebi kişisel hak iddiasına değil, bir istihkak iddiasına dayanır: Gümüş, s.113; Kanımızca bu görüş isabetli değildir. Ancak sözleşme sona ermekle tasfiye ilişkisine girmiştir ve iade borçları bu tasfiye ilişkisine dayanmaktadır. Ayıptan doğan sorumluluk bakımından kişisel hakka dayandığı yönünde bkz. Tandoğan,

m.217 kıyasen uygulanır¹²⁸.

Alıcının kısmi zapt neticesinde uğradığı ve sözleşmenin sona ermesinden sonra talep edebileceği zararın kapsamı ve niteliği tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe¹²⁹ göre, Art. 195 (TBK m.217) hükmü, kural olarak,- kısmi zapt hükümlerine uygun olduğu ölçüde- kıyasen uygulanır. Satıcının satış parasını faiziyle birlikte ödemesi gerektiği gibi, satıcı doğrudan doğruya doğan zararlardan kusursuz olarak sorumludur. Satış sözleşmesi alıcının talebi üzerine mahkeme tarafından verilen yenilik doğurucu karar nedeniyle sona erdiğinden, sona erme kendiliğinden gerçekleşmediğinden ve alıcının seçim hakkına dayandığı için dolaylı zarar, tam zaptta zararın hesaplanmasına ilişkin belirtilenlerden¹³⁰ farklı olarak, olumlu zararın değil, sadece doğrudan zarar kalemi içerisinde yer alamayacak diğer bütün olumsuz zararları içerebilir. Bu zararların tazmini satıcı kusurlu ise talep edilebilecektir.

İkinci görüşe¹³¹ göre, sözleşmenin sona ermesi ve elde edilen menfaatlerle birlikte zaptedilmeyen kısmın iadesi söz konusu olmasına karşın, alıcı, satıcıdan, kural olarak, tam zapt halinde olduğu gibi olumsuz zararlarının tazminini isteyebilir.

Yargıtay bir kararında¹³² sözleşmenin sona ermesi halinde hem olumlu hem olumsuz zarara hükmedilebileceğini belirtmiştir.

Kanımızca, tam zapt halinde sözleşme kendiliğinden sona ermekle birlikte

s.191.

¹²⁸ Honsell/ Vogt/ Wiegand, Art 196 N.3.

¹²⁹ Giger, Art 196 N. 13-14; Gut/Higi/Schönle, Art 196 N.24; Yazar alıcının haklarının kapsamının BK.m.192'e göre belirleneceğini belirtmiştir: Tandoğan, s.162; Karahasan, s.149.

Yazar, açıklananlara değinmekle birlikte bu görüşten olumsuz zararı sınırlandırarak ayrılmaktadır; olumlu zarar kalemi olan kazanç kaybı yerine istenebilecek olumsuz zarar, sadece sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olması nedeniyle uğranılan olumsuz zararı oluşturacaktır: Gümüş, s.113-114.

¹³⁰ I,C,4.

¹³¹ Feyzioğlu, s.269; Kostkiewicz/ Nobel/ Schwander/ Wolf, Art.196 N.5; Bilge, s.72-73; genel olarak aynı yönde bkz. Oser/Schönenberger, Art 196 N.3.

¹³² 4. HD. 31/5/1974 3787/2959 (Uygur, s.4761): "...Alım satımın bozulmasına karar verildiğine göre Borçlar Yasası'nın 193. maddesinin son fıkrası hükmünce davacının olumlu ve olumsuz zararlarına hükmedilmesi ve her iki tarafın aldıklarının geri verilmesine buyurucu biçimde karar verilip bu sözleşme ilişkisinin bu davada tasfiyesi zorunludur...".

kanunkoyucu alıcıya hem doğrudan zararları hem de satıcı kusurlu olmadığını ispat etmedikçe dolaylı zararların tazmini imkanı vermiştir. Bu durumda alıcı sözleşmenin sona ermesiyle ve satılanın elinde kalan kısmını ürünleriyle birlikte iade etmekle, genel olarak, tam zapt sonucunda satılan elinden alınan kişinin statüsüne girecektir. Dolayısıyla tam zapt sonucunda alıcının sahip olduğu imkânlarla sahip olduğu söylenebilir. Bu halde tam zapt hükümleri -kısmi zaptın niteliğine uygun düştüğü ölçüde- kıyasen uygulanacaktır. Kısmi zapta alıcı ancak –şartları oluşmuşsa- satış sözleşmesinin sona ermesiyle tam zaptın sonuçlarından yararlanabilecektir. Ancak sözleşme kendiliğinden sona ermekte ise de sözleşmenin sona erip ermeyeceğine karar verme yetkisi mahkemeye aittir. Bu yüzden bu sona erme imkânı ancak dava yoluyla kullanılabilir. Kaldı ki satım sözleşmesinin devamında menfaati olmayan ve kısmi zapt ile ifaya olan menfaati sona eren alıcıyı, tam zapt halinde söz konusu imkânlarla sahip alıcıdan farklı kılmak için güçlü nedenler yoktur. Bu yüzden tam zapta ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması bu sebeplerden dolayı meşru hale gelmektedir.

II. AYIPTAN SORUMLULUĞUN SONUÇLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Satıcının satılanın ayıplı olmasından doğan sorumluluğunun şartları gerçekleşip, bu sorumluluğun doğduğu ihtimalde, TBK m.227 hükmü alıcıya birtakım seçimlik haklar tanımıştır. Alıcı bu hükümde yer alan seçimlik haklardan birini kullanabilir. Bu hükümlerde yer alan seçimlik haklar genel olarak sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğuran dönme hakkı ile sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyen diğer seçimlik haklardır. Bu imkanlara ek ve bunlardan bağımsız olarak TBK m.227 II hükmünde alıcıya genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı da tanınmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki tam zapt halinde alıcıya, ayıptan doğan sorumluluktan farklı olarak, sözleşmeyi sona erdirme konusunda bir seçimlik hak tanınmamıştır. Tam zapt halinde kanunkoyucu sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini belirtmiştir. Dolayısıyla alıcının iradesiyle sözleşmeyi ayakta tutma imkanı yoktur. Ayrıca hükümden de anlaşılacağı üzere, alıcıya iradesiyle kullanabileceği sözleşmeyi sona erdirme imkanı da tanınmamıştır. Kısmi zapta ise, bu sonuç, tam zapta nazaran, ayıptan doğan sorumluluğa yakındır. Kıs-

mi zapta kanunkoyucu alıcıya sözleşmeyi ayakta tutma imkanı tanımıştır. Alıcı TBK m.218 II'nin şartları oluşmasına rağmen TBK m.218 I'deki imkanı kullanarak, sözleşmenin geçerliliğini etkilemeden sadece bu yüzden uğradığı zararların tazminini talep edebilir. Ancak TBK m.218 II alıcıya sadece dava yoluyla kullanabileceği sözleşmeyi sona erdirme imkanı tanımıştır. Ancak TBK m.227 hükmünde yer alan sözleşmeden dönme hakkı dava yoluyla ileri sürülmesine gerek olmayan bir haktır¹³³. Alıcının dönme beyanı bir yenilik doğuran beyan olarak satıcıya vardığı anda hükümlerini doğurur. Alıcı bu imkanı beyanla kullanmak zorunda olmayıp dava yoluyla da kullanabilir. Dolayısıyla, hüküm, alıcıya, bu imkanı kısmi zapttan farklı olarak, dava yoluyla kullanması zorunluluğu yüklememektedir. Şayet satıcının, alıcının dönmesini TBK m.227 III ve IV'deki imkanlarını kullanarak önleyebileceğini veya dönmenin şartlarının oluşmadığını ileri sürdüğü ihtimalde, dava açmak zorunluluğu ortaya çıkarsa, mahkemenin vereceği hüküm kısmi zaptan farklı olarak yenilik doğuran bir karar olmayıp açıklayıcı nitelikte bir karar olacaktır¹³⁴.

Bununla birlikte tam zapt halinde, alıcıya, TBK m.227 I b.4'de yer alan -imkan varsa- satılanın misli ile değiştirmesini talep etme imkanı tanınmamıştır. Kanunkoyucu satılanın niteliğini gözönüne almaksızın sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini belirtmiştir. Bu imkan, satılanın niteliği gözönüne alınarak tam zapt halinde de tanınabilirdi. Ayrıca, tam zapt halinde, zaptın niteliği gereği, TBK m.227 I b.2'de yer alan satış bedelinin indirilmesi imkanının tanınmaması gerekir ki kanunkoyucu böyle bir imkan tanımamıştır. Ancak kısmi zapta satış bedelinin zaptedilen kısım oranında indirilebileceği savunulmaktadır.

Alıcı ayıptan doğan sorumlulukta TBK m.227 II gereği genel hükümlere göre tazminat talep edebilecektir. Bu tazminat talebi hükümden anlaşıldığı üzere diğer seçimlik hakların yanında yer alır. Böyle bir hüküm genel olarak ne tam zapt halinde ne de kısmi zapt halinde tanınmıştır.

Ayıptan doğan sorumlulukta alıcı, TBK m.227 I b.1 hükmünde belirtilen

¹³³ Tandoğan, s.190.

¹³⁴ Tandoğan, s.190; bu durumda ayıp dolayısıyla alıcının dönme hakkını kullandığı ihtimalde, taraflar anlaşamazlarsa, hakimin vereceği sözleşmenin sona ermesine ilişkin karar yenilik doğurucu niteliktedir: Giger, Art. 205 N.12.

sözleşmeden dönme imkanını kullandığı ihtimalde, TBK m.229 I gereği satılanı ondan elde ettiği yararlarla birlikte satıcıya iade ile yükümlüdür. Tam zapt halinde satılan satıcıya değil üçüncü kişiye geri verilir¹³⁵. Dolayısıyla tam zapt halinde alıcı ancak TBK m.217 I b.1 gereği elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği yararların satış bedelinden iadesini talep edebilir. Hükümden de anlaşılacağı üzere alıcı ya elde ettiği ya da elde etmeyi ihmal ettiği ürünler satış bedelinden indirilecektir. Ancak TBK m.229 I hükmünde ve kısmi zapta ilişkin TBK m.218 II hükmünde alıcının yalnızca elde ettiği yararları iade ile yükümlü olduğu belirtilmiştir¹³⁶. Ayrıca TBK m.218 II'de ve TBK m.229'da "...yararlar..." ifadesi kullanılmışken, TBK m.217 I b.1'de "...ürünler..." ifadesi kullanılmıştır. Kanımızca ifade farklılığı anlam değişikliğine yol açmamaktadır.

TBK m.229 I b.1 hükmünde tam zaptta olduğu gibi ödenmiş satış bedelinin faiziyle birlikte iadesinin talep edilebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte ikinci bentte hüküm açık lafzından da anlaşılacağı üzere TBK m.217 I b.3'de düzenlenen yargılama giderlerinin talep edilebileceğini belirtmiştir. Ancak buradaki farklılık, zapta ilişkin yargılama giderlerinin zapt davasından doğması iken, TBK m.229'de belirtilen yargılama gideri alıcı ile satıcı arasındaki davadan doğmasıdır. Satılan için yapılan giderler için alıcı, zaptta üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri satıcıya yöneltebilecek iken, TBK m.229 hükmünde belirtilen giderlerin ödenmesi talebi doğrudan satıcıya yöneltilen olacaktır. TBK m. 229 hükmünde belirtilen doğrudan doğruya uğranılan zararların tazmini hükmü ile TBK m. 217 I b.4'te belirtilen hükümler, TBK m. 229 II ile TBK m. 217 genel olarak aynı içeriğe sahiptir.

SONUÇ

Satış sözleşmesinde zaptın hukuki sonuçları aşağıdaki sonuçlara varılmıştır:

I. Sözleşme TBK m.217 hükmüne göre kendiliğinden sona ermektedir. Bu sona erme sözleşme, kendiliğinden sona ermeyle TBK m.217 hükmünde dü-

¹³⁵ Tandoğan, s.190-191.

¹³⁶ Yazar'a göre, alıcının ayıplı satılanı ondaki ayıbı arttırmamak ve kötüleştirmemek için kullanmayacağı ve bu kullanmama dolayısıyla alıcıyı kusurlu bulmak olanaksızdır. Bu açıklama zapta karşı tekeffül hükümlerinde yer alan düzenlemeyi de haklı kılmaktadır: Becker, Art 208 N.2; aynı yönde bkz. Giger, Art. 208 N.20.

zenlenen yasal tasfiye ilişkisine girer. Satış bedelinin iadesi talebi de bu yasal tasfiye ilişkisine dayanır. Satış sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği an ise satılanın zapt edildiği andır.

II. Satıcının TBK m.217 I b.1’de belirtilen satış bedelini iade yükümlülüğü yasal tasfiye ilişkisine dayanmaktadır. Ayrıca alıcı satış bedelini faiziyle birlikte talep edebilmekle birlikte elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerin değeri bu satış bedelinden indirilecektir. Satış bedeli önceden ödenmiş olsun veya olmasın alıcı satıcıya elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünleri vermelidir. Ancak elde edilen ürünlerin iadesi iyiniyetli alıcı bakımından mümkün iken, elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin iadesi kötüniyetli alıcı bakımından mümkündür. Ürünlerin elde edilmesinde gösterilen ihmalin ağır veya hafif olması bu değerlerin indirilmesi bakımından önem taşımaz. Ürünlerin değeri de satılanın zapt edildiği ana göre belirlenecektir.

III. MK m.989 II’nin uygulama alanına giren durumlarda alıcı satış bedelinin iadesini talep etmeden satılanı üçüncü kişiye iade etse dahi, bu satış bedeli için MK m.989 II gereğince üçüncü kişiye hem de TBK m.217 hükmü gereğince satıcıya başvurulabilir.

IV. Alıcı TBK m. 217 I b.3 gereğince tamamen zapt nedeniyle söz konusu olabilecek yargılama giderleri ve yargılama dışındaki giderleri satıcıdan talep edebilecektir. Yargılama giderlerinin mahkeme içi olması gerekli değildir. Bu gider mahkeme içi veya mahkeme dışı olabilir. Ancak alıcı, satıcıdan, davayı satıcıya bildirmekle kaçınılabilecek olan giderleri isteyemeyecektir.

V. TBK m.217 I b.4 gereği alıcı, satılanın tamamen zaptı dolayısıyla doğrudan doğruya uğradığı zararları satıcıdan talep edebilir. Zararların tazmini talebi, satıcının kusuru olmasa bile ileri sürülebilir. Ancak dolaylı zararın tazmini satıcının kusurlu olmadığını ispat etmedikçe mümkündür. Doğrudan zarar, araya sebep girmeksizin zapt nedeniyle doğan ilk ve yakın zarardır. Dolaylı zarar ise araya ilave sebep girmekle zapt nedeniyle doğan daha uzak zarardır. Bu bentte yer alan doğrudan zarar ve TBK m.217 II’de yer alan dolaylı zarar, ancak uygun illiyet bağı kapsamında değerlendirildiği ihtimalde, tazmin edilebilecektir.

VI. Kısmi zapt halinde, kural olarak, satış sözleşmesi kendiliğinden sona er-

memekte, TBK m.218 I gereğince alıcı, sadece bu yüzden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilmektedir. Bu zararların tazmini hususunda niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK m.217 I ve II hükümleri kıyasen uygulanır. Ancak satım sözleşmesinin kurulmasına ilişkin masraflar bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

VII. TBK m.218 II hükmü alıcıya satış sözleşmesinin sona erdirilmesini dava yoluyla isteyebilme imkânı tanımıştır. TBK m.218 II gereğince alıcı, satıldaki bu durumu bilseydi onu satın almayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa, alıcı hakimden sözleşmenin sona erdirilmesini isteyebilecektir. Ancak genel olarak kötüniyetli zilyedin sözleşmenin sona erdirilmesi talebine şüphayle yaklaşmak gerekir. Sözleşmenin sona erdirilmesiyle alıcı, tam zapta yer alan imkanları niteliğine uygun düştüğü ölçüde kullanabilir. Zira bu durumda tam zapta ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır.

◆◆◆

KAYNAKÇA

Acemoğlu, Kevork: Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul, Filiz, 1970.

Aral, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Yetkin, 2007, s.107

Aral, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara, Yetkin, 2011.

Becker, H.: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Borçlar Hukuku Madde 184-551 (çev. Suat Dura), Bern, 1934.

Bilge, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971.

Engin, Baki İlkay: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, Seçkin, 2002.

Ergüne, Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul, Beta, 2008.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, C.1, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980

Giger, Hans: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatre-

cht, Band VI Das Obligationenrechts, 1. Teil, 2.Abt, 2.Aufl., Bern, 1980.

Gut, Beat/Higi, Peter/ Schönle, Herbert: Zürcher Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar) Band V/2a, Kauf und Schenkung, Art. 192-204 OR, 3. Aufl, 2005.

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul, Vedat, 2008.

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, İstanbul, Vedat, 2012 (Borçlar Özel).

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz, İstanbul,1992.

Hatemi, Hüseyin: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz, 1999.

Honsell, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Bern, 2001.

Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/ Wiegand, Wolfgang: Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529, 4.Aufl., Basel, 2007.

Hugo Oser/Schönenberger, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band. V: Das Obligationenrecht Art 184-418, 2. Teil, 2. Aufl. Zürich, 1936.

Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1, İstanbul, Beta, 2002.

Keller, Max: Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Aarau, 1948.

Kırca, Çiğdem: "Kaldırılması Gereken Bir Ayrım: Satım Sözleşmesinde Satılanın Zaptı ve Satılan Malın Ayıplı Olması Sebebiyle İstenebilecek Tazminat Açısından Yapılan Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar Ayırımı" Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, Seçkin, 2009, s.437-458.

Kostkiewicz, Jolanta Kren/Nobel, Peter/Schwander,Ivo/Wolf, Stephan: Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Auf., 2009.

Liechti, Karl: Rechts-Gewhrleistung und Entwehrung im Schweizerischen Obligationenrecht, Dies. Bern, 1927.

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz, 2012.

Saymen, Ferit H./Erman, Sahir/Elbir, Halid: Türk İçtihatlar Külliyyatı 1952, C.1, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, K.1954.

Serozan, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2.bası, İstanbul, Filiz, 2006.

Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2.bası, Vedat, İstanbul, 2007 (Dönme).

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, Vedat, İstanbul, 2008.

von Tuhr, Andreas/Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I, 3. Aufl, Zürich, 1979.

Türker, Erhan: Türk ve İngiliz Hukukunda Satıcının Zapta Karşı Teminat Borcu, Eskişehir, İ.T.İ. Akademisi, 1974.

Tunçomağ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, 3. Bası, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977.

Uygur, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.4, Ankara, Seçkin, 2010.

Yavuz, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 11. bası, Beta, İstanbul, 2011.

Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. bası, İstanbul, Beta, 2014 (Borçlar Özel).

Yıldırım, Fadıl/Başpınar, Veysel: “Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, Prof.Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, Turhan, 2008, s.1093-1125

ULUSLARARASI YARGILAMA FAALİYETLERİ BAĞLAMINDA ESKİ YUGOSLAVYA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Assessment of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
in the context of the International Judicial Activities*

Abdi SAĞLAM*

ÖZET

Uluslararası nitelikte işlenen suçların faillerinin yargılanabilmesi için, uluslararası bir mekanizmanın kurulması kolay olmamıştır. İnsanların en temel yaşam hakkından başlayarak birçok hakkını ihlal eden suçluların yargılanması yönünde oluşan politik irade ile uluslararası kamuoyu baskısı geçici nitelikte de olsa (*ad hoc*) bazı mahkemelerin kurulmasına vesile olmuştur. Uluslararası ceza hukuku açısından bunlardan en önemlisini ve modern düzlemde ilkini kuşkusuz Nuremberg yargılamaları oluşturmuştur. Nuremberg'e benzeyen, özellikle BM'nin etkisi açısından bazı yönleriyle ondan ayrılan, uluslararası ceza hukuku literatürü büyük katkıda bulunan ve uluslararası ceza mahkemesinin kurulması aşamasında önemli bir adım mahiyetinde değerlendirilen Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Ceza Hukuku, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, *ad hoc*, BM, Nuremberg.

ABSTRACT

"It was not easy to establish an international mechanism for the trial of perpetrators of international crimes. The political will towards the trial of offenders who violate a great number of rights of people, primarily their right to live, and also the pressure of the international public opinion contributed to the establishment of some tribunals, despite their being provisional (*ad hoc*). In terms of the international criminal law, the most crucial one among those tribunals and the very first one in modern level is undoubtedly Nuremberg Trials. The subject of this study is the Interna-

* Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı Tetkik Hâkimi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi, abdi.saglam@gmail.com

tional Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) that has similarities with the Nuremberg, but differs from it in certain aspects, especially as regards the effect of the UN, that made a great contribution to the literature of the international criminal law, and that is regarded as an important step in the establishment process of the International Criminal Court.

Key Words: International Criminal Law, International Criminal Court, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ad hoc, UN, Nuremberg.”



1. Giriş

Ülkelerin egemenliklerinin göstergelerinden biri olarak görülen yargılama yetkisinin uluslar üstü bir mercie devri kolay olmamıştır. Zira; bu yetkinin devri, uzun yıllar boyunca devlet otoritesini sarsan bir olgu şeklinde algılanmıştır. Tabiidir ki, yargılama hakkı, bağımsız bir ulusun göstergelerinden biri olmakla birlikte, suçun nev’i de bu konuda önem arz etmektedir. Bu bağlamda; ağırlıklı olarak 19. yüzyıldan itibaren tartışılmaya başlanan uluslararası suç kavramı da literatürde yerini almıştır. Soykırım, savaş suçları, saldırı suçları ve insanlık aleyhine işlenen suçlar gibi yeni tanımlamalar yapılmıştır.

Uluslararası hukukta genel geçer bir kodifikasyon yapmanın güçlüğü ve ülkelerin hükümlerliliği ile ilgili hassasiyetleri sebebiyle uluslararası suçları yargılayan bir mekanizmanın kurulması uzun zaman almıştır. Esasen bu tür suçlar ilkçağlardan beri işlenegelmiş olmakla birlikte; bu suçların faillerinin cezasız kalmaması arzusuyla konu hep tartışılmış, nihayetinde yargılama mekanizmaları kurulmasının önü açılmıştır. Yine, devletlerin, uluslararası mahiyetteki suçları nedeniyle kendi vatandaşlarını yargılamak istememesi, uluslararası nitelikte yargılama yetkisine sahip kurumların doğmasına yol açmıştır.¹

1990’lı yılların sonuna dek; uluslararası suçları yargılayan mekanizmalar arzı (*ad hoc*) nitelikten öteye gidememiştir. Çoğu devletin ortak iradeleriyle oluşacak bu türden suçları yargılayan mekanizmanın kurulması için 2 büyük dünya harbinin gerçekleşmesi dahi yeterli olmamıştır. Kuşkusuz, buradaki ge-

¹ AKSAR, Yusuf; **Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2003, s. 18.

cikmenin nedeni, uluslararası toplumun tamamını ilgilendiren ve özellikle egemenlik kavramını zedeleyen bir husus olarak görülen yargı yetkisinin devrinde ülkelerin hassasiyeti ve konsensüsün zor olmasıdır.

Ancak; günümüze dek yaşanan süreçte ortaya çıkan savaşlar ve bu esnada işlenen suçlar, bunlarla ilgili asgari standartların düzenlenmesine, bazı suç kavramlarının tanınması ve tanımlanmasına neden olmuştur.

Bu çalışmada; uluslararası yargılamanın tarihsel süreci hakkında kısaca bilgi verildikten sonra, spesifik olarak Eski Yugoslavya örneği irdelenecektir.

Burada; II. Dünya Savaşı'nın öncesi ve sonrası olmak üzere ikili bir ayrıma gitmek gerekmiştir. Zira; II. Dünya Savaşı'ndan önceki süreç, sonrasına göre büyük ölçüde farklılık arz etmektedir. Uluslararası ceza hukukunun gelişimi açısından yargılama mekanizmalarının ihdasına ve yargılama faaliyetlerine ilişkin somut örnekler II. Dünya Savaşı'nın akabinde görülmüştür. Bir bütün olarak değerlendirildiğinde ise; II. Dünya Savaşı'ndan sonra art arda kurulan Nuremberg ve Tokyo yargılamaları ile Eski Yugoslavya ve Rwanda yargılamaları benzer mahiyeti haizdir.

2. II. Dünya Savaşı Öncesi Uluslararası Yargılama Faaliyetlerine İlişkin Süreç

Tarihsel açıdan bakılacak olursa; savaş suçu işlediği düşünülen kimselerin düşman devletlerin milli mahkemelerince, başka bir deyişle ulusal mahkemelerde yargılandıkları görülecektir.²

Yapılan insanlık dışı zulümlerin failleri için ilk defa uluslararası bir ceza mahkemesinin, 1474 yılında Landvogt Peter Von Hagenbach'ın yargılanması için kurulduğu söylenebilir.³ 15. yüzyılın ortalarında Bourgogne Dükü Charles the Bold (Cesur Charles) tarafından Breisach şehrinin valisi olarak atanan Von Hagenbach egemenliği altındaki bölgelerde yaşayan insanlara karşı keyfi ola-

² ALİBABA, Arzu; **Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu**, AÜHF Dergisi, C. 49, S.1-4, s.184.

³ SCHWARZENBERGER, Georg; **Breisach Revisited, The Hagenbach Trial of 1474**, Ed. CH Alexandrowicz, Grotian Society Papers, Studies in the History of the Law of Nations, Martinus Nijhoff, The Hague, 1968, s.46.

rak adam öldürme, ırza geçme, özel mülkiyete el koyma gibi birçok fiili içeren davranışlar sergilemiştir. Nihayetinde Von Hagenbach yakalanarak Avusturya Arşidükü tarafından kurulan özel bir mahkemede yargılanmıştır.⁴

Von Hagenbach'ın yargılamasının yapıldığı mahkeme *ad hoc* nitelikte bir mahkemeydi, zira sadece Von Hagenbach'ı yargılamak için kurulmuştu. Aynı zamanda, Mahkemenin 28 hakiminin Bourgogne Dükü'nü mağlup eden şehir ve devletler koalisyonunun vatandaşları arasından seçilmesi nedeniyle uluslararası bir nitelik taşımaktaydı.^{5 6}

Uluslararası yargılama faaliyetlerine ilişkin ikinci adım olarak görülen husus; Uluslararası Kızıl Haç Komitesinin kurucularından Gustave Moynier'in 1872 yılında hazırladığı *Uluslararası Ceza Mahkemesi Sözleşmesi Tasarısı*dir.⁷ Moynier'in bu tasarımı hazırlamaktaki amacı, 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin ihlallerini önlemek ve yargılamakla görevli uluslararası bir adli kurumu oluşturmaktır. Tasarı hakkında, uluslararası kamuoyu tarafından genelde olumsuz ve karamsar görüşler serdedilmiştir. Sonuçta, zamanın uluslararası hukuk uzmanlarına göre, bu öneri, etkisiz, fazla iddialı, belirsiz ve icra edilemezdi. Böylece, bu ilk tasarı, derin bir etki yaratmayı başaramadan suya düşmüştür.⁸

Bu dönemde yaşanan en önemli gelişmelerden bir diğeri 1899 ve 1907 La Haye Barış görüşmeleridir. Rus Çarı II. Nicholas'ın devletlerarası ilişkilerin geliştirilmesi, barışın korunması ve silahsızlanma konusunun görüşülmesi amacıyla yaptığı teklifi üzerine La Haye'de 26 devlet temsilcisinin katılımıyla Birinci Barış

⁴ SCHWARZENBERGER, a.g.e., s.46.

⁵ Hagenbach tarafından işlenen suçların savaş esnasında işlenmediği ve yargılamayı yapan mahkemenin yargıçlarının farklı uluslardan seçilmemesi nedeniyle söz konusu yargılamanın uluslararası nitelikte değerlendirilemeyeceği hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. MCCORMACK, Timothy L.H.; **From Sun Tzu To The Sixth Committee: The Evolution Of An International Criminal Law Regime**, The Law Of War Crimes: National And International Approaches, Timothy L.H. McCormack & Gerry J. Simpson 38, The Hague, Kluwer, 1997, s. 32.

⁶ TEZCAN, Durmuş; **Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı**, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 2000, s. 272.

⁷ HALL, Christopher Keith; The First Proposal for a Permanent International Criminal Court, International Review of the Red Cross, No.322, 1998, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57ip4m.htm> (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

⁸ A.g.e.; s.25.

Konferansı yapılmıştır.⁹ Konferansın sonucunda, “Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümüne İlişkin La Haye Sözleşmeleri” (Hague Conventions for the Pacific Settlement of International Disputes) imzalanmıştır.¹⁰

1899 ve 1907 Lahey sözleşmelerinde kişilerin savaş suçlarından dolayı yargılanmaları öngörülmüş ancak bunun için gerekli mekanizma kurulamamıştır.¹¹ Bununla birlikte, bu Konferans sayesinde, en azından silahlı çatışmaların yürütülmesine ilişkin insancıl hukuk kurallarının büyük bir titizlikle, sistematik ve geniş kapsamlı bir biçimde kodifiye edilmiş olması insan hakları alanında çok önemli bir gelişme oluşturmuş, aynı zamanda insanlığa karşı suç kavramının çıkış noktasını oluşturmuştur.¹²

I. Dünya Savaşını takiben Müttefik Devletler, savaş suçlarının ve suçlularının belirlenmesi ve bunlara verilecek cezaların tayini için bir komisyon kurmuşlardır. Komisyon, başlıca savaş aktörlerinin sorumlulukları ve bunlara uygulanacak cezalara ilişkin raporu hazırlayıp Müttefik Devletlere sunduktan 9 ay sonra, Müttefik Devletler, Almanya ile 28 Haziran 1919 tarihinde imzaladıkları Versailles Antlaşması¹³ ile savaşın başlamasından sorumlu tuttıkları Alman İmparatoru II. Wilhelm’in ve diğer şahısların, savaş, yasa ve geleneklerini ihlal ettikleri gerekçesiyle yargılanmasını öngören hükümler koymuşlardı.¹⁴

Fakat, Kaiser Wilhelm’in Hollanda’ya kaçması ve Hollanda’nın da iade talebini reddetmesiyle, bu ilk ve tek örnek de başarısızlıkla sonuçlanmıştır.¹⁵ Aslında bu düşüncüyü o dönemde hayatiyete geçirmek hemen hemen olanaksızdı;

⁹ GÖNLÜBOL, Mehmet, **Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma**, Sevinç Matbaası, 3. Baskı, Ankara, 1975, s.64.

¹⁰ http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/lawwar.asp (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

¹¹ AZARKAN, Ezeli; **Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Karşılaştırmalı Analizi**, Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 24, S. 1-2, 2004, s.212.

¹² AZARKAN, Ezeli; **Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar**, AÜHF Dergisi, C. 52, S. 3, s. 276.

¹³ Versailles Antlaşmasının tam metni için bkz. <http://www.fransamaltngvongeusau.com/documents/dl1/h1/1.1.15.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

¹⁴ Versailles Antlaşması m.227, ESER, Albin; **Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri**, (Çev. Faruk TURHAN), **Uluslararası Ceza Divanı**, (Ed. Feridun YENİSEY), Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2007, s.7.

¹⁵ NTOUBANDI, Faustin Z.; **Amnesty for Crimes Against Humanity Under International Law**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, The Netherlands, 2007, s.44.

çünkü, bireyleri savaş suçu işlemekten sorumlu tutan herhangi bir kural olmadığı gibi, zaten bireyler uluslararası hukukun konusunu da oluşturmuyorlardı.¹⁶

3. II. Dünya Savaşı Sonrası Kurulan Uluslararası Nitelikteki Mekanizmalar

II. Dünya savaşı; 100 milyondan fazla askeri personelin dâhil olduğu, 40-50 milyon insanın hayatını kaybettiği insanlık tarihindeki en kanlı savaşlardan biridir. Savaşa dönemin tüm büyük güçleri olan Birleşik Krallık, Sovyetler Birliği, ABD ve Fransa müttefik devletler olarak; Almanya, İtalya ve Japonya mihver devletler olarak katılmıştır.¹⁷

Savaş boyunca çatışmanın taraflarınca insan hakları ağır biçimde ihlal edilmiştir. Ancak kuşkusuz, gerek nicelik, gerekse nitelik açısından Alman ve Japonların işlediği savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar diğer tüm fiillerin önüne geçmiştir. Savaş devam ederken çeşitli vesilelerle işlenen bazı suç tiplerinin ve failerin cezalandırılması iradesi ortaya konulmuştur.¹⁸

Savaş sırasında, Nazilerin Yahudilere karşı başlattığı sistemli soykırım ve işledikleri diğer insanlık dışı suçlar uluslararası toplumda “insanlığa karşı suçlar” kavramının doğmasına neden olmuştur. Aynı dönemde Japonların Uzak Doğuda işledikleri insanlık dışı suçlar uluslararası toplumda büyük tepkilere neden olmuştur. ABD, I. Dünya Savaşı sonrası koyduğu çekincelerden vazgeçmiş ve Nazilerin uluslararası nitelikteki bir mahkemede yargılanmasını savunmuştur.¹⁹

II. Dünya savaşı çok geniş bir coğrafyayı kapsamaktaydı. Cephelerin genişliği, savaş sonrası oluşumlara da etki etmiştir. Esasen; savaş esnasında muharip devlet görevlilerince bir çok insan hakkı ihlali, sivil vatandaşlara karşı işkence ve eziyet fiilleri ika edilmiş olmasına karşın, bariz bir farkla göz önünde bulunan ve dikkatleri çeken Alman ve Japon görevlilerin fiilleri olmuştur. Bu suçlar nedeniyle bazı görevlilerin yargılanması; aslında bu iki devletin savaşta

¹⁶ ALİBABA; a.g.m., s.184.

¹⁷ SOMMERVILLE, Donald; **The Complete Illustrated History of World War Two: An Authoritative Account of the Deadliest Conflict in Human History with Analysis of Decisive Encounters and Landmark Engagements**, Lorenz Books, Leicester, 2008, s.5.

¹⁸ TOSUN, Öztekin; İnsanlık Aleyhine Suçlar, Adalet Dergisi, S.4, 1954, s.406.

¹⁹ AZARKAN, Ezeli; **Nuremberg'ten La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri**, Beta Basım Yayım, Ankara, 2003, s. 117.

yenilmiş olmasındandır. Zira; galip devlet görevlilerinin de savaş suçları işlediği vaki olmuştur. Ancak bunun hesabını soracak daimi ve adil bir mekanizma o yıllarda mevcut değildir.

II. Dünya Savaşının sonlarında 26 Haziran- 8 Ağustos 1945'te Londra'da yapılan ve adını buradan alan konferansta; savaş esnasında işgal bölgelerinde siyasi, dini ve ırksal nedenlerden ötürü yapılan ihlaller ele alınmış ve akabinde kabul edilen Londra Antlaşması ile Nuremberg'de bir Uluslararası Askeri Mahkeme (*International Military Tribunal-IMT*)'nin kuruluşu karara bağlanmıştır.²⁰

Mahkemece; yirmi dört Nazi lideri barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçları işlemekten yargılamışlardır. Her dört ülke tarafından birer baş hakim, değişimli hakim ve savcının görev aldığı mahkeme, 24 kişiyi yargılayarak, 11 kişinin idamına, 3 kişinin ömür boyu hapis, 7 kişinin ise ağırlaştırılmış hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.²¹

Bu yargılamayla ilk kez "insanlığa karşı işlenen suç"²² ve "barış aleyhine suç" tanımlamaları ortaya çıkmıştır. Yine devlet başkanı ayrıcalığının, savaş suçları söz konusu olduğunda artık bir yargı bağımsızlığına yol açmayacağı bu yargılamayla kabul edilmiştir.²³

Belirli olayların faillerini yargılamak amacıyla kurulan Nuremberg, uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasına giden süreçte çok önemli kilometre taşı olmakla birlikte uluslararası hukuk, ceza hukuku ve ceza yargılaması ilkeleri bakımından ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştiriler, doğal hakim ilkesine aykırılık ile kanunsuz suç ve ceza olmayacağına ilişkin ilkelere aykırılık olarak özetlenebilir.²⁴

²⁰ Antlaşmanın tam metni ve yargılama sonucu verilen kararlar için bkz. <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/NurembergIndictments.html> (Erişim Tarihi 01.04.2014)

²¹ Kararın metni için bkz. http://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf (Erişim Tarihi 01.04.2014)

²² **İnsanlığa karşı suç** (crimes against humanity) kavramı II. Dünya Savaşı öncesi bazı uluslararası metinlerde zikredilmiş ise de; tanımlanması ve uygulamada bu suç nedeniyle ceza verilmesi ilk kez Nuremberg yargılamalarıyla olmuştur. GUENAEL, Mettraux; **The Definition of Crimes Against Humanity and the Question of a "Policy" Element**, Forging a Convention for Crimes against Humanity, Ed. Leila Nadya Sadat, Cambridge University Press, 2011, s.157.

²³ ALİBABA, **a.g.m.**, s.185.

²⁴ BOZKURT, M. Uğur; **Uluslararası Ceza Hukuku İlkeleri Kapsamında Ad Hoc Uluslararası**

Yine, Nuremberg ve Tokyo Mahkemeleri bütün dünya uluslarınca değil, sadece İkinci Dünya Savaşı'nın galip devletleri tarafından kurulmuş oldukları için "galiplerin adaleti"nin (*victor's justice*) tezahürü olduğu iddialarıyla tarafsızlığına yönelik eleştiriler yapılmıştır.²⁵

Tıpkı Nuremberg yargılamaları gibi; Uzak Doğuda işlenen savaş suçlarının faillerini yargılamak ve cezalandırmak için Tokyo'da da bir mahkeme kurulmuştur. Bu mahkemenin yapısı, işleyişi vs. hususlar Nuremberg ile birçok yönden benzemektedir.²⁶ Zira; Nuremberg'in akabinde ihdas edilmiştir.

4 Kasım 1948'de Mahkeme kararını açıklamıştır. Nuremberg yargılamalarının aksine, yargılanan 28 kişiden beraat eden olmamıştır.²⁷ Suçlu bulunan 25 kişi arasından; 7 kişi asılarak idam edilmiş, 16 kişi ömür boyu hapse mahkûm edilmiş, 2 kişi ise süreli hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. Ömür boyu hapse mahkûm edilenler 1954 ve 1956 yıllarında şartlı tahliye edilmişlerdir.²⁸ Bu da gösteriyor ki; idam cezası hariç, milyonlarca insana karşı suç işleyerek ömür boyu hapse mahkûm edilenler 8 yıldan az bir süre haptiste kalmışlardır. Yargılanan kişiler açısından bakılacak olur ise; yalnızca üst kademedeki yöneticilerin yargılanarak cezalandırıldığını görmekteyiz. Esasen bu tür *ad hoc* (geçici) nitelikteki mahkemelerin adaleti tam manasıyla tesis ettiği söylenemez. İdam cezası hariç, verilen cezaların infazı işlenen suçlar karşısında sembolik bir nitelikten öteye geçmemiştir.

Ceza Mahkemelerine Yönelik Eleştiriler Ve Uluslararası Ceza Mahkemesi, Güvenlik Stratejileri Dergisi, S.11, 2010, s.81.

²⁵ ESER, Albin; **Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri**, (Çev. Faruk TURHAN), **Uluslararası Ceza Divanı**, (Ed. Feridun YENİSEY), Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2007, s.8.

²⁶ Tokyo Uzakdoğu Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesinin kuruluşu Nuremberg örneğinde olduğu gibi çok uluslu bir karar ile değil, Pasifik savaş alanında işlenmiş olan suçları yargılamak üzere müttefik kuvvetleri başkomutanı General Mc Arthur tarafından 19.01.1946 tarihinde yayınlanan özel bildiri ile gerçekleşmiştir. IMTFE Charter, <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml> (Erişim Tarihi:01.04.2014)

²⁷ http://www.worldcourts.com/imtfe/eng/decisions/1948.11.04_IMTFE_Judgment.htm (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

²⁸ British Military & Criminal History 1900 to 1999, <http://www.stephen-stratford.co.uk/imtfe.htm> (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

4. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi

Sosyalist Federal Yugoslavya Cumhuriyeti; 1991 yılı başlarına dek, 6 cumhuriyet (Sırbistan, Hırvatistan, Slovenya, Bosna-Hersek, Makedonya ve Karadağ) ile 2 özerk eyaletten (Kosova ve Voyvodina) meydana gelen çok milletli bir devlettir.²⁹ Yugoslav Federal sisteminin kurulduğu 1946 yılından beri, Sırbistan, ülkenin yönetiminde daima egemen olmuştur. Tito'nun 1980 Mayıs ayında ölümünden sonra, Yugoslavya Devlet Başkanlığı görevi, 6 cumhuriyetin başkanları tarafından rotasyon sistemiyle yürütülmüş ise de, bu durum, Sırbistan'ın federal sistem içindeki egemen ve üstün durumunu etkilemedi.³⁰ Soğuk savaşın sona erdiği yıllarda Doğu Avrupada ortaya çıkan milliyetçilik akımlarının da etkisiyle 1986'da yayımlanan bir manifestoda, Sırp'ların Yugoslav Federasyonu içerisinde baskı altında tutulduğu ve ülke yönetiminde *Yugoslavya'nın gerçek sahipleri olan* Sırp'lara daha çok söz hakkı verilmesi gerektiği açıklanıyordu. Manifestoda belirtilen hususları gerçekleştireceğini vaat eden 'Büyük Sırbistan' hayalleri olan Slobodan Miloseviç'in 1987 yılında Sırp Komünist Parti örgütünün başına geçmesi, Eski Yugoslavya'da yer alan diğer özerk devletlerde uyuşmazlık ve rahatsızlık oluşturmaya başladı³¹ İlk olarak Slovenya ve Hırvatistan Yugoslavya'dan ayrılarak bağımsızlıklarını ilan ettiler. Sırbistan ayrılışlara askeri müdahale ile cevap verdi ve bu şekilde iç savaş başlamış oldu. Bosna-Hersek 1991 yılında bağımsızlığını ilan etti. Bosna-Hersek'i oluşturan nüfusun önemli bir kısmı Sırp'lardı ve Sırp'lar Yugoslavya'dan ayrılmak istemiyorlardı. Bosna-Hersekli Sırp'ların Sırbistan destekli başlattıkları iç savaş, bölgede, yani Avrupa'nın göbeğinde, tarihin en trajik olaylarının yaşanmasına sebep oldu.³²

Sırp'ların işgal ettiği bölgelerde, yüz binlerce Boşnak'ın zorunlu göçe tabi tutulması toplama kamplarında işkenceye uğraması, birçok kadına sistemli olarak tecavüz edilmesi, sayısız insanın öldürülmesi, yerleşim birimlerinin yakılarak tahrip edilmesi gibi insanlık dışı uygulamalara uzunca müddet sessiz kalan

²⁹ What is the former Yugoslavia?, <http://www.icty.org/sid/321> (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

³⁰ ARMAOĞLU, Fahir; **20. Yüzyıl Siyasi Tarihi**, (1914-1915), Alkım Yayınları, 17. Baskı, İstanbul, 2010, s.1103.

³¹ SANDER, Oral; **Siyasi Tarih** (1918-1994), İmge Kitabevi, 16. Baskı, Ankara, 2007, s.577.

³² TURHAN, Faruk; **Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletlerarası Ceza Mahkemesi**, Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, s. 335-336.

Birleşmiş Milletler (BM), nihayet Nisan 1991 tarihinden itibaren ambargo ve kınama ile çatışmaları durdurmak amacıyla adım atmış, ayrıca bölgede güvenliği sağlama maksadıyla BM koruma gücü (UNIPROFOR) oluşturma yoluna başvurmuştur.³³ Aynı zamanda, suçluların cezasız kalmaması maksadıyla uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasına yönelik çalışmalara da başlamıştır.

a. Kuruluşu

Eski Yugoslavya'da meydana gelen insanlık dışı uygulamalar ve ihlallerle ilgili olarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 771(1992)³⁴ sayılı kararına göre söz konusu ihlallerin Birleşmiş Milletlere rapor edilmesi karara bağlanmış, ardından BM Güvenlik Konseyinin 780(1993) sayılı kararı ile Cenevre Sözleşmeleri ile uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerini araştırmak ve soruşturmak üzere bir komisyon oluşturulmuştur.³⁵ Güvenlik Konseyinin 808 sayılı kararıyla,³⁶ 1991'den beri Eski Yugoslavya sınırları içinde insan haklarını ihlal eden eylemlerde bulunan suçluları soruşturmak üzere bir mahkeme kurulması hususunda karar alınmış,³⁷ devamla Genel Sekreterliğin konunun hukuki boyutunu araştırma ve yargılama mekanizmasının ne şekilde ihdasının uygun olacağı yönünde bir çalışma yaparak Güvenlik Konseyine konunun detaylarını sunması için azami 60 günlük süre öngörülmüş,³⁸ buna istinaden 3 Mayıs 1993 tarihli Genel Sekreterlik Raporunda önerilen hususlar gözetilmek suretiyle gecikmeksizin³⁹ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 25.05.1993 tarih ve 827

³³ ÇINAR, M. Fatih; **Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Davanı**, Kazancı Hukuk Yayınevi, Çanakkale, 2004, s.20.

³⁴ [https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/771\(1992\)](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/771(1992)) (Erişim Tarihi: 20.04.2014)

³⁵ ODMAN, Tevfik; **Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yasal Dayanağı**, AÜHF Dergisi, C. 45, S. 1-4, s. 141.

³⁶ http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_808_1993_en.pdf (Erişim Tarihi: 20.04.2014)

³⁷ The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute (Statünün 1. maddesi).

³⁸ HIGGINS, Rosalyn; **The New United Nations and Former Yugoslavia**, International Affairs, Vol.69, July- 1993, s.482, http://www.mwmt.co.uk/documents/MWML1993_Higgins.pdf (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

³⁹ Report of The Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993) http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf

sayılı kararı ile Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM)⁴⁰ kurulmuştur.⁴¹ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin ilgili kararının ekini oluşturan Statüye⁴² göre, Mahkeme, eski Yugoslavya ülkesinde (dolayısıyla, sadece Bosna-Hersek'te değil) 01 Ocak 1991 tarihinden itibaren, 1949 Cenevre İnsan Cıl Hukuk Sözleşmelerine, genel olarak savaş hukukunun teamül kurallarına, 1948 Soykırım Sözleşmesine ve Nuremberg Mahkemesi kararlarıyla insanlığa karşı suç oluşturduğu kabul ve anılan Güvenlik Konseyi kararı ile de teyid edilen silahlı çatışmalar sırasında sivillere karşı girişilen öldürme, işkence, köleleştirme, ırza geçme vb. suçları kapsayan uluslararası kurallara aykırı olarak işlenen suçlar konusunda yetkili kılınmıştır.⁴³

Mahkemenin kuruluş usulüne ilişkin çeşitli öneriler ortaya konulmuştur. Bu öneriler içerisinde 3 seçenek öne çıkmıştır. Buna göre; Mahkemenin uluslararası bir antlaşma ile kurulması, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararıyla ya da konunun aciliyeti ve uluslararası barış ve güvenliğin tehlikede olmasından ötürü Güvenlik Konseyi kararıyla kurulmasıydı. ⁴⁴ Genel Sekreterliğe göre, Uluslararası bir mahkemenin kurulması için en uygun yöntem Güvenlik Konseyi kararıyla olacaktı. Zira; uluslararası bir antlaşmanın imzalanması ve ülkelerin iç hukuklarına göre onaylanması için geçecek zaman, öte yandan bir çok ülkenin bu durumu bağımsızlıklarına hanel getirecekleri düşüncesiyle kabul etmeyeceği gibi hususlar dikkate alındığında, 808 sayılı Güvenlik Konseyi kararında belirtilen konunun önemi ve zaman geçirmeksizin tedbir alınması gerektiği yönündeki tespitin anlamsız kalacağı tezi öne sürülmüştür.⁴⁵

Güvenlik Konseyinin 827 sayılı kararı uyarınca kurulan mahkemenin hukuki dayanağı, Birleşmiş Milletler Antlaşmasının VII. Bölümünde öngörülen tedbir-

(Erişim Tarihi: 20.04.2014)

⁴⁰ The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)

⁴¹ http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf (Erişim Tarihi: 20.04.2014)

⁴² http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf (Erişim Tarihi: 20.04.2014)

⁴³ PAZARCI, Hüseyin; **Bosna-Hersek Sorununda Uluslararası Yargının Rolü**, AÜSBF Dergisi, C.5, No:1-4, 1996, s.386-388.

⁴⁴ ZACKLIN, Ralph; **Bosnia and Beyond**, Virginia Journal Of International Law, Vol.34, Num.2, Winter-1994, s.279.

⁴⁵ AZARKAN, a.g.e.; s.133.

lerin uygulanması bağlamında ele alınmaktadır. BM'nin uluslararası barış ve güvenliğin devamı için başvuracağı zorlayıcı önlemler, Antlaşma'nın VII. Bölümünde yer alan 39-51. maddelerinde, "barışın tehdidi, bozulması ve saldırı eylemi durumunda yapılacak hareket" başlığı altında düzenlenmiştir. Güvenlik Konseyi'nin barışın tehdidi, bozulması ve saldırı durumunda alacağı önlemler; geçici önlemler, silahlı kuvvet kullanılmasını gerektirmeyen önlemler ve silahlı kuvvet kullanılmasını gerektiren önlemler olarak 3'e ayrılır.⁴⁶ Güvenlik Konseyi, 41. maddede öngörülen (silahlı kuvvet kullanılmasını gerektirmeyen) önlemlerin yetersiz kalacağı ya da kaldığı kanısına varırsa, 42. madde gereğince, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli gördüğü her türlü girişimde bulunabilir. Bu girişimler ablukayı ve BM üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerince yapılacak başka operasyonları içerebilir. Öte yandan; 25. madde gereğince de bütün üye devletler Güvenlik Konseyi'nce alınan kararları kabul ederler. Antlaşmanın VII. Bölümünde yer alan diğer maddeler de bu tedbirlerin icra usullerine ilişkindir.

Yukarıda aktarılan Antlaşma hükümleri göz önünde bulundurulduğunda, Güvenlik Konseyinin, uluslararası barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptaması halinde alabileceği tedbirler içerisinde *mahkeme kurma yetkisi* bulunmamaktadır. Bu nedenle, BM Antlaşmasının VII. Bölümüne dayanılarak ihdas edilen mahkemenin hukuki meşruiyet sorunu bulunduğu, *tedbir (such measures/action)* kelimesinin mahkeme kurma yetkisi vermediği ve bu şekilde yorumlanamayacağı hususunda birçok yazar tarafından eleştiriler getirilmiştir.⁴⁷

Diğer bir görüşe göre ise; BM Antlaşmasının VII. Bölümünde öngörülen tedbirlerin sayma suretiyle sınırlandırılmadığı, buna göre ise uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için güvenliğin devamı

⁴⁶ Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya 41. ve 42. maddeler uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırır. (BM Ant. m.39)

⁴⁷ CAVOSKI, Kosta; Unjust From The Start, Part III: The Illegal Basis of the War Crimes Tribunal, <http://emperors-clothes.com/articles/cavoski/c-3.htm> (Erişim Tarihi: 15.04.2014), ODMAN, a.g.m.; s.143.

bağlamında gerekli olan tedbirlerin alınması hususunda Güvenlik Konseyinin gerekli saydığı her türlü girişimde bulunabileceği gözetildiğinde, insan haklarının ağır ihlalleri halinde suçluların soruşturularak yargılanması için mahkeme kurulması dahil olmak üzere bu türden karar verebileceği savunulmaktadır.⁴⁸

Öte yandan; Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne gelen ilk dava olan *Tadic davasında* sanık, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin BM Antlaşmasına aykırı olarak kurulduğunu, Mahkemenin kendisini yargılama yetkisinin bulunmadığını iddia etmişse de,⁴⁹ söz konusu kararda mahkemenin kuruluşu BM Şartı'nın 41. maddesine dayandırılmış, maddede belirtilmese de, kuvvet kullanmayı gerektirmeyen her türlü önlemin Güvenlik Konseyince alınabileceği, bu bağlamda barış ve güvenliğin korunması amacıyla Güvenlik Konseyinin adli organ ihdas edebileceği, üye Devletler tarafından Güvenlik Konseyince alınan kararların kabul edilmiş sayılacağı hususlarına dikkat çekilerek Mahkemenin meşruiyeti açıklanmıştır.⁵⁰ Mahkeme'nin yetkisine daha sonra yapılan itirazlarda, *Tadic* kararına atf yapılmıştır.⁵¹

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 827 (1993) sayılı kararıyla kurulmuş olan *ad hoc* nitelikte bir mahkemedir. Bu açıdan, Nuremberg ve Tokyo'dan farklı olarak kazananların adaleti(*victor's justice*) eleştirisinden uzak, savaş suçlarının faillerine eşit uzaklıkta ve sivil bir yapıda olması gibi nitelikleri gözetildiğinde, uluslararası ceza hukukuna katkısı açısından önemli bir kilometre taşıdır.⁵² Bu özelliği nedeniyle Mahkeme, kazanan devletlerin değil, uluslararası toplumun bir organı olarak nitelendirilebilir.⁵³ Yine; EYUCM'nin çatışmalar sürdüğü sırada ihdası ve yalnız-

⁴⁸ ALPKAYA, Gökçen; **Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 42; ALDRICH, George H.; **Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, American Journal of International Law, Vol. 90, January 1996, s.65.

⁴⁹ Prosecutor v. Tadic, Judgement, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

⁵⁰ SIMONOVIC, Ivan; **The Role of the ICTY in the Development of International Criminal Adjudication**, Fordham International Law Journal, Volume 23, Issue 2, 1999, s.445.

⁵¹ TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; ÖNOK, R. Murat; **Uluslararası ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.346.

⁵² SIMONOVIC, a.g.m., 453.

⁵³ MCGOLDRICK, Dominic; **The Origins and Development of the Permanent International Criminal Court**, The Permanent International Criminal Court, Hart Publishing, 2004, s. 24.

ca kaybeden tarafı yargılar mahiyeti haiz olmaması, uluslararası ceza yargılaması açısından önem arz etmektedir.⁵⁴

b. Yargılama Kapsamı

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 827 sayılı EYUCM'nin kurulmasına dair kararın ekini oluşturan Mahkeme Statüsünde, uluslararası hukukun kaynağı konumunda bulunan antlaşmalar ve adet hukukunda yani pozitif hukukta suç teşkil ettiği açıkça öngörülmüş fillere yer verilmiştir. Böylece; Nuremberg ve Tokyo'ya getirilen eleştirilere maruz kalmamak ve yargılamayı sağlam temele kavuşturmak maksadıyla, kanunsuz suç ve ceza olmaz (*men nulla poena sine lege*) ilkesine aykırı davranıldığı iddiasının önüne geçilmek istenmiştir.⁵⁵ Uluslararası hukukta; savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara ilişkin normatif düzenlemeler; La Haye VI. Sözleşmesi, Nuremberg Şartı, 1948 Soykırım Sözleşmesi, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 Ek Protokolleri olarak sıralanabilir.⁵⁶

EYUCM Statüsünün 2-5. maddelerine göre; Mahkeme, eski Yugoslavya ülkesinde (dolayısıyla, sadece Bosna-Hersek'te değil) 01 Ocak 1991 tarihinden itibaren; 1949 Cenevre İnsancıl Hukuk Sözleşmeleri(*Grave Breaches of the 1949 Geneva Conventions* (Madde 2), 1907 tarihli La Haye Sözleşmesi ile Nuremberg Mahkemesi kararlarıyla tespit olunan genel olarak savaş hukukunun teamül kurallarına(*Violations of the Laws or Customs of War*) (Madde 2-3), soykırım(*genocide*) ve insanlığa karşı suçlar(*crimes against humanity*) (Madde 4), silahlı çatışmalar sırasında sivillere karşı girişilen öldürme(murder), toplu imha(*extermination*), köleleştirme(*enslavement*), zorunlu göç(*deportation*), hapsedme(imprisonment), işkence(torture), ırza geçme(*rape*), siyasi, ırki veya dini sebeplerle eza çektirmek(*persecution*) ve diğer insanlık dışı filleri(*other inhuman acts*) (Madde 5) kapsayan suçların faillerini yargılama hususunda yetkilidir.⁵⁷

⁵⁴ FORSYTHE, David P.; **Politics and the International Tribunal for the Former Yugoslavia**, Ed. CLARK, Robert S. and SANN, Madeleine, The Prosecution Of International Crimes: A critical study of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 1996, s.197.

⁵⁵ TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; ÖNOK, R. Murat; **a.g.e.**, s.350.

⁵⁶ MORRIS, Virginia; SCHARF, Michael P.; **An Insiders Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, Irvington-on-Hudson, New York Transnational Publishers, 1995, s.62.

⁵⁷ SCHABAS, William; **War Crimes and Human Rights: Essays on the Death Penalty, Justice**

Nuremberg'in aksine, *barışa karşı suçlar* ile -bazı siyasi sebepler de göz önünde bulundurularak - *saldırı suçları*, EYUCM'nin yargılama kapsamına dâhil edilmemiştir.⁵⁸

c. Yargılama Yetkisi

EYUCM Statüsünün 1. maddesinde; Mahkemenin, Eski Yugoslavya sınırları içerisinde 1991 yılından beri uluslararası insancıl hukuk kurallarını ciddi bir biçimde ihlal eden kişileri (persons) yargılama yetkisine haiz olduğu, 6. maddesinde ise; bunun *gerçek kişiyi* ifade ettiği ayrıca vurgulanmıştır.⁵⁹

Tüzel kişiliklerin de yargılama kapsamında bulunduğu Nurembergin aksine, EYUCM'nin kişiler bakımından yargılama yetkisi yalnızca gerçek kişileri kapsamakta olup,⁶⁰ diğer taraftan; Nuremberg'te olduğu gibi yalnızca Alman vatandaşlarının işlediği suçlar değil, Statüde belirtilen suçları işleyen kişilerin milliyet farkı gözetilmeksizin yargılama kapsamında olduğu görülmektedir.⁶¹

Statünün 2 ila 5. maddelerinde belirtilen suçları planlayan, emreden, azmettiren, işleyen veya planlanmasına, hazırlanmasına veya icrasına yardım veya yataklık eden kişilerin bireysel cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Suçlanan kişinin resmi makamı, velev ki devlet başkanı dahi olsa suçtan arî tutulması veya cezasının azaltılmasını gerektirmemekte olup; ast tarafından işlenen suçun üst tarafından bilinmesi veya bilinmesi gerektiği durumlarda suç işlenmesini önleme amacıyla tedbir almadığı veya suç işleyen astını cezalandırmadığı durumlarda, üst, sorumluluktan kurtulamayacaktır. Amirin emrini ifa, cezai sorumluluğu kaldırmamakla birlikte, hakkaniyet kuralları ışığında cezanın azaltılması durumu Mahkeme tarafından değerlendirilebilecektir.⁶²

EYUCM; Sosyalist Federal Yugoslavya Cumhuriyetinin kara, deniz ve hava

and Accountability, Cameron May Ltd., United Kingdom, 2008, s.663-664.

⁵⁸ TURHAN, Faruk; "Eski Yugoslavya Topraklarında...", s.345.

⁵⁹ OBOTE-ODORA, Alex; **The Judging Of War Criminals: Individual Criminal Responsibility Under International Law**, Universitet Stockholms, 1997, s.271

⁶⁰ BAŞAK, Cengiz; **Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.38.

⁶¹ AZARKAN, a.g.e., s.169.

⁶² O'BRIEN, James C.; **The International Tribunal For Violations Of International Humanitarian Law In The Former Yugoslavia**, American Journal of International Law, Vol.87, October-1993, s.651.

sahasında(competence ratione loci) 1 Ocak 1991 tarihinden itibaren(ratione temporis)⁶³ uluslararası insan haklarını ağır bir biçimde ihlal eden kişileri yargılayabilmektedir.⁶⁴

EYUCM ile ulusal mahkemeler arasında yarışan/ikincil yetki (*concurrent jurisdiction*)⁶⁵ söz konusudur. ⁶⁶ Buna göre; EYUCM, statünün 2 ila 5. maddelerinde belirtilen suçlarla ilgili yargılama yapan ulusal makamlardan dosyanın kendisine devrini isteyebileceği gibi, kendi bakmış olduğu davaları ulusal mahkemelere devredebilir. Esasen, pratik olarak da, işlenen suçların ağırlığı ve muhtemel savaş suçluları dikkate alındığında, yarışan yetki bir zorunluluktur. Ulusal mahkemelerin baskı altına alınması, bağımsızlığı ve tarafsızlığı hususunda ciddi şüpheler olması halinde, yargılamanın EYUCM tarafından yapılmasının öngörülmesi şeklindeki düzenleme isabetli olarak değerlendirilmektedir.⁶⁷

Uluslararası hukukta genel kabul görmüş olan *non bis in idem* ilkesi EYUCM Statüsünün 10. maddesinde düzenlenmiştir.⁶⁸ EYUCM tarafından yargılanan biri aynı suç nedeniyle ulusal mahkemelerde yargılanmayacaktır. Bununla birlikte *non bis in idem* kuralı Statüde genel bir hukuk prensibi olarak mutlak manada dikkate alınmamıştır. Uluslararası insan haklarının ağır ve ciddi bir biçimde ihlali nedeniyle ulusal mahkemelerce yargılanmış bir kimse, söz konusu yargılamada eylemlerinin adi suç kategorisinde değerlendirilmesi veya ulusal mahkemenin tarafsız ya da bağımsız olarak yargılama yapmaması halinde EYUCM'de tekrardan yargılanabilecektir.⁶⁹ Buna göre;

⁶³ 1 Ocak 1991 tarihinin baz alınmasının nedeni; 25 Haziranda Hırvatistan ve 27 Haziranda Slovenyanın Eski Yugoslavya'dan bağımsızlıklarını ilan etmelerinden öncesini de kapsar şekilde meydana gelen siyasi ve askeri operasyonlardan doğan suçların Mahkemenin yargılama kapsamına alınması iradesinden kaynaklanmaktadır. AZARKAN, **a.g.e.**, s.142.

⁶⁴ EYUCM Statüsü m.8

⁶⁵ İkincil yargılama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; MAOGOTO, Jackson; **Early Efforts to Establish an International Criminal Court**, In *The Legal Regime of The International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, Ed. Jose Doria, Hans-Peter Gasser and M. Cherif Bassiouni, Brill Publishing (Martinus Nijhoff), The Netherlands, 2009, s. 68, 69.

⁶⁶ EYUCM Statüsü m.9

⁶⁷ SHRAGA, Daphna; ZACKLIN, Ralph; **The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, *European Journal of International Law*, Vol. 5, 1994, s.371

⁶⁸ VAN BOCKEL, Willem Bastiaan; **The Ne Bis In Idem Principle In EU Law: A Conceptual And Jurisprudential Analysis**, E.M. Meijers Institute of Legal Studies, Faculty of Law, Leiden University, 2009, s.12.

⁶⁹ Statü madde 10/2.

non bis in idem kuralı *lex generalis*, EYUCM'nin bu özel maddesi ise *lex specialis* olarak değerlendirilebilecektir.⁷⁰

D. Yapısı ve İşleyişi

EYUCM'nin yapısını ve işleyişini belirleyen temel iki metin; 827 sayılı Güvenlik Konseyi kararının ekini oluşturan Mahkeme Statüsü⁷¹ ile bir nevi içtüzük vazifesi gören ve Statünün 15. maddesi uyarınca 11 Şubat 1994 tarihli kararla kabul edilen ve ilk kabul edildiğinde⁷² 125 maddeden ibaret olan 'Rules of Procedure and Evidence'⁷³ olarak isimlendirilen yargılama usulüne ilişkin kurallardır.

EYUCM'nin yapısı; 3 yargılama dairesi(ilk derece) ve bir temyiz (*appeal*) dairesi ile savcılık ve sekreterlikten oluşmaktadır. Daireler azami 16 bağımsız ve daimi, en fazla 12 daimi olmayan (*ad litem*) hakimlerden oluşmaktadır. Daimi hakimler, Güvenlik Konseyince sunulan liste üzerinden BM Genel Kurulunca seçilirler. Daimi hakimlerin görev süresi 4 yıl olup yeniden seçilebilir ve Uluslararası Adalet Divanı yargıçlarının tabii oldukları rejime tabiidirler. *Ad litem hakimler* ise EYUCM başkanının önerisi üzerine BM Genel Sekreteri tarafından birkaç duruşmaya katılmak veyahut toplam yargılamalara iştirak etme süresi dikkate alındığından azami 3 yıllık bir süre için atanırlar. Mahkemenin daimi yargıçları kendi aralarından bir başkan seçerler.⁷⁴

EYUCM savcısı ise Genel Sekreterin önerisi üzerine Güvenlik Konseyince seçilir. Görevini yaparken bağımsızdır.⁷⁵

Soruşturmaya başlama, iddianamenin hazırlanması ve kabulü, yargılama-

⁷⁰ O. RAIMONDO, Fabian; **General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals**, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s.94.

⁷¹ Kabul edildiği tarihten bu yana 9 kez değişikliğe gidilmiştir.

⁷² Yürürlüğe girdiği tarihten bu yana en son 22 Mayıs 2013'te olmak üzere toplam 49 kez değişikliğe uğramıştır.

⁷³ *Rules of Procedure and Evidence* ile ilgili ayrıntılı bilgi ve mahkemenin yargılama usulünde günümüze dek yapılan değişiklikler ve sonuçları için bkz. LANGER, Maximo; DOHERTY, Joseph W.; **Managerial Judging Goes International, but Its Promise Remains Unfulfilled: An Empirical Assessment of the ICTY Reforms**, The Yale Journal Of International Law, Vol. 36, 2011, s.241-305.

⁷⁴ Statü m. 11-14

⁷⁵ Statü m. 16

nın işleyişi, şüpheli ve sanığın hakları, kurban ve tanıkların korunması, verilecek cezanın niteliği, temyiz usulü, yeniden yargılama, kararların icrasına ilişkin hususlar Statünün 18 ila 28. maddelerinde yer almıştır.

Mahkemece kabul edilen tüzüğün (Rules of Procedure and Evidence) 39 ila 127. maddelerinde; soruşturma usulü ve şüphelinin hakları (Investigations And Rights Of Suspects); ön duruşma, iddianamenin kabulü ve reddi, arama, yakalama, zorla getirme kararlarının verilmesi usulü, sanığın ilk sorgusu ve savunma hakkı, tutuklama ve serbest bırakılma koşulları, delillerin değerlendirilmesi, duruşmanın açılması (Pre-Trial Proceedings), yargılamanın işleyişi, verilecek kararlar, sanığın karardan sonraki hukuki durumu vs. (Proceedings Before Trial Chambers), temyiz aşaması ve uygulanacak kurallar (Appellate Proceeding), yargılamanın yeniden gözden geçirilmesi, kararın düzeltilmesi, yanlışlıkların giderilmesi ve sürelerle (Review Proceedings) ilişkin hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

E. Yargılama Faaliyetleri

Mahkeme kurulduğundan bu yana; 161 sanık hakkında iddianame düzenlenmiş, bunlardan 141'i hakkında karar verilmiş olup, 20'sinin yargılanmasına halihazırda devam edilmektedir. Yargılaması biten 141 kişiden; 74 kişi hakkında mahkumiyet, 18'i hakkında ise beraat kararı verilmiş, 20 kişiye açılan dava geri çekilmiş, 16 kişinin ise öldüğü tespit edilmiştir.⁷⁶

Güvenlik Konseyinin 827 (1993) sayılı kararıyla ihdas edilen EYUCM'nin 21 yıllık yargılama tarihçesine bakıldığında, kuruluşunun akabinde ilk yıllarda kendisinden beklenen amacı ifa etmediği müşahede edilmiştir. Kuruluşundan sonraki 2 yıl boyunca hiçbir şüpheli EYUCM önüne çıkarılamamıştır.⁷⁷ Hatta bölgede yaşanan en acımasız katliamlar dahi Mahkemenin ihdasından sonraki dönemlere denk gelmektedir.⁷⁸

⁷⁶ <http://www.icty.org/sections/TheCases/KeyFiguresoftheCases> (Erişim Tarihi:15.04.2014)

⁷⁷ MURPHY, Sean D.; **Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, American Journal of International Law, Vol. 93, 1999, s.58,60.

⁷⁸ Sırp ordusu Temmuz 1995'te Krivaya hareketi esnasında 8000'e yakın Boşnak'ı Bosna-Hersek'in Srebrenitsa şehrinde katletmiştir. ICTY, *Prosecutor vs Krstic, Trial Chamber Judgment*, Case No. IT-98-33-T, para 487.

Zira; bütçesi, kolluk kuvveti, personeli, bilgi ve belge temini gibi hususlarda Mahkeme, Güvenlik Konseyine bağımlı olup,⁷⁹ suçluların yakalanması hususunda ülkelerin işbirliğinde bulunmaması en büyük handikapı olmuştur. Bölgedeki ulusal liderlerin işbirliği olmaması sebebiyle, özellikle yasadışı emirleri veren kişilerle ilgili olmak üzere, yargılama için gereken delillerin toplanması oldukça güç olmuştur.⁸⁰

Bu dönemde Mahkeme önüne çıkarılan kişilerin sayısı, suç işleyenlerin toplam sayısı nazara alındığında sembolik bir derecedeydi. Bazı yazarlar bu durumu, suçluların Mahkeme önüne çıkarılması ihtimalinin piyango kazanma ihtimalinden daha düşük olduğu ifadeleriyle açıklamışlardır.⁸¹ Kısaca; ülkelerin EYUCM'ye yardım hususunda politik işbirliğine dek, Mahkemenin suç işlenmesinin önlenmesi açısından hiçbir etkisi olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu açıdan; suçluları caydırıcı bir özelliği haiz olmadığını söylemek güç olmayacaktır.

Mahkeme ancak, siyasi olarak ülkelerin, özellikle de Hırvatistan ve Sırbistan'ın Mahkeme kararlarını uygulayarak suçluları EYUCM'ye teslim etme iradesi ortaya çıktığında işlerlik kazanabilmiştir. Özellikle Sırp Cumhuriyetinde yaşanan iktidar değişiminin ardından, yeni gelen yönetimin Avrupa Birliği ile ilişkilerini sıkı tutma isteği, bu bağlamda, aranan suçluların Mahkemeye iade edilmeleri halinde AB üyeliği hususunda gelişme yaşanacağı inancı sayesinde, birçok suçlunun ele geçirilerek Mahkemeye teslimi mümkün olabilmıştır.⁸² 2001'de Slobodan Milosevic'in yakalanarak Mahkeme önüne çıkarılması büyük bir dönüm noktası olmuş, 2008'de Radovan Karadzic, Mayıs 2011'de Ratko Mladic, Temmuz 2011'de ise Goran Hadzic'in yakalanarak EYUCM'ye nakledilmeleriyle yeni bir sürece girilmiştir.⁸³

⁷⁹ BASSIOUNI, M. Cherif; **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**, Harvard Human Rights Journal, Vol.40, 1997, s.44.

⁸⁰ Siyasi dayanak ve siyasi iradenin eksikliği nedeniyle Mahkemenin zayıf bir şekilde kurulduğu ve yetersizliği yönünde değerlendirmeler için bkz. FORSYTHE, a.g.e.; s.205.

⁸¹ SMIDT, Michael L.; **The International Criminal Court: An Effective Means of Deterrence?**, Military Law Review, Vol. 167, 2001, s.188.

⁸² LAMONT, Christopher K.; **International Criminal Justice and the Politics of Compliance**, Ashgate Publishing Limited, 2010, s.84, 85.

⁸³ Kasım 2007'de Sırbistan ile AB arasında imzalanan İstikrar ve Ortaklık Antlaşması sonucu mah-

Her ne kadar; 1503(2003) ve 1534 (2004) sayılı Güvenlik Konseyi kararlarıyla, Mahkemenin gerekli tüm tedbirler alarak 2004 yılı sonuna kadar tüm takibatları, 2008 yılı sonuna kadar tüm ilk derecedeki işlerini, 2010 yılı sonuna kadar da bütün işlerini bitirmeleri çağrısı yapılmış olsa da; 1966 (2010) sayılı kararıyla halihazırda görülmekte olan dava ve temyiz incelemelerinin bu tarihin ötesine geçebileceği yönündeki endişeler dikkate alınarak bu süre 31 Aralık 2014'e dek uzatılmıştır.⁸⁴ Fakat; özellikle son yıllarda yakalanan kişilere ilişkin devam eden davalar da dikkate alındığında, tüm yargılama faaliyetlerinin 2014'ün sonuna dek bitirilemeyeceği hususu da ortadadır.

f. Uluslararası Yargılama Faaliyetlerine Katkısı

Gerek Mahkemenin kuruluşuna ilişkin usul, gerekse uluslararası ceza hukuku literatürü açısından bir manada kodifikasyonu sağlayan Statüsünde tanımlanan suçlar ile yargılamalar aşamasında verilen kararlar ve geliştirilen içtihatlar bakımından EYUCM'nin uluslararası ceza hukukunun gelişmesine yaptığı katkı yadsınamaz.

EYUCM'nin kuruluşu, kendinden önceki örneklerinde olduğu gibi yenen devletlerin iradesi sonucu olmayıp, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı ile olmuştur. Bu açıdan, *victor's justice* eleştirisine muhatap olmasa da, Birleşmiş Milletlerin bu şekilde bir yargılama mekanizması ihdas etme yetkisinin bulunup bulunmadığı açısından eleştirilere maruz kalmıştır. Öte yandan, Nuremberg ve Tokyo örneğinde olduğu gibi, EYUCM kendinden sonra kurulan ICTR'ye (International Criminal Tribunal for Rwanda - Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi) büyük ölçüde yön göstermiştir.

EYUCM, kendinden önce kurulan *ad hoc* nitelikteki Nuremberg ve Tokyo Mahkemelerine yöneltilen başlıca eleştiriler de dikkate alınarak; uluslararası arenada kabul görmüş silahlı çatışma hukukunun dayanağı 1907 La Haye Sözleşmesi, 1945 Nuremberg Şartı, 1948 Soykırım Sözleşmesi, 1949 Cenevre

keme kararlarının uygulanması hususundaki mutabakatın uluslararası suçluların yakalanması yönünden etkileri hakkında bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Accession_of_Serbia_to_the_European_Union#cite_note-autogenerated1-9 (Erişim Tarihi:20.04.2014)

⁸⁴ BAYILLIOĞLU, Uğur; **Uluslararasılaşmış Kosova Mahkeme Sistemi**, AÜHF Dergisi, C: 62, S.2, 2013, s.432.

Sözleşmeleri gibi belgelerin göz önünde bulundurulması, savaşta uygulanan te-
amüller ile insanlığa karşı suçları Statüsünde ayrıntılı olarak tanımlaması açı-
sından uluslararası insancıl hukukun gelişiminde ve temel kavramların açıklığa
kavuşturularak işlerlik kazanmasında önemli rol oynamıştır.

Eski Yugoslavya'da yaşanan olayların; uluslararası nitelik arz etmemesi ne-
deniyle bir iç çatışma mahiyetinde olduğu, bu sebeple savaş hukukunun tea-
mülleri ile uluslararası çatışmalarda uygulanacak kuralların belirlendiği Sözleş-
melerin göz önünde bulundurulamayacağı hususu ileri sürülerek EYUCM'nin
yargılama yetkisinin bulunmadığı yönündeki itirazlara karşı;⁸⁵ Mahkeme, in-
sanlığa karşı işlenen suçların ağırlığını dikkate alarak, Statüsünün 5. madde-
sinde tanımlanan insanlığa karşı suçların silahlı çatışma esnasında işlenmesi
durumunda 1949 Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. maddesini de değerlen-
direrek çatışmanın ulusal veya uluslararası karakterini gözetmemiş, böylece
uluslararası nitelikte olmasa dahi sivil halka karşı silahlı çatışma esnasında iş-
lenen ağır insan hakkı ihlalleri halinde uluslararası kuralların uygulanabileceği
yönünde içtihat geliştirmiştir.⁸⁶

Mahkeme kararlarıyla, soyut olarak belirlenen kuralların hadiselerle uygu-
lanması bağlamında zamanına göre yeni bakış açıları geliştirilmiştir. İnsanlığa
karşı suç kavramının somut olarak tanımlanması açısından önemli bir fonksi-
yon eda etmiştir. Örneğin; sistematik ve planlı tecavüz, cinsel kölelik, zorla fu-
huş, zorla hamile bırakma ve benzeri cinsel saldırılar ilk kez EYUCM tarafından
insanlığa karşı suç kapsamında ele alınmıştır.⁸⁷

5. Sonuç

İnsanlık tarihi boyunca suç ve ceza kavramları hep sorgulanan ve tartışılan
konuların başında gelmiştir. Suç işleyen faili cezalandırmanın yöntemleri, failin

⁸⁵ Prosecutor v. Tadic, Judgement, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T
<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf> (Erişim Tarihi:
15.04.2014)

⁸⁶ WILLMOTT, Deidre; **Removing the Distinction Between International and Non-Interna-
tional Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court**, Melbourne
Journal of International Law, Vol. 5, 2004, s.204.

⁸⁷ The ICTY was the first international criminal tribunal to enter convictions for rape as a form
of torture and for sexual enslavement as crime against humanity... [http://www.icty.org/
sid/10312](http://www.icty.org/sid/10312) (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

hakları, fail-mağdur arasındaki ilişkiler, ceza ve infaz sistemlerinin amaç ve sonuçları gibi hususlarda birçok görüş serdedilmiştir. Ulus düzeyinde uygulanan hukuk sistemleri mucibince suçluların cezalandırılması çok erken zamanlardan beri uygulanmakla birlikte; uluslararası nitelikte işlenen suçların faillerinin cezalandırılmasına yönelik sistemli ve kurumsal bir yapının ihdası çok uzun zaman almıştır. Çoğu zaman bu suçluların cezasız kaldığı, politik antlaşmalarla yargılamadan bağışık tutulduğu, güç ve iktidar sahiplerinin yargılama mekanizmasını hasımlarına karşı bir araç olarak kullandığı müşahede olunmuştur.

Ancak; özellikle 20. yüzyıldan sonra gerçekleşen iki dünya savaşında yaşanan insan hakları ihlalleri bazı hususların tartışılmasına yol açmış ve insanlara acı çektiren liderlerin ve yöneticilerin yargılanmaları yönünde uluslararası kamuoyu baskısı oluşmuştur. Özellikle sembol haline gelen savaş suçlularının cezasız kalmaması düşüncesi nedeniyle savaşın galipleri tarafından bu suçluların dünya kamuoyu önünde yargılanarak cezalandırılması yöntemine başvurulmuştur. Kuşkusuz bu konuda, günümüzdeki Uluslararası Ceza Mahkemesine giden yolda atılan en somut ilk adım Nuremberg ve Tokyo'da icra edilen yargılamalardır.

Nuremberg'den sonra bu alanda çığır açan yeni bir adım, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulmasıdır. EYUCM; kuruluşu, statüsü, tanımladığı suçlar, uluslararası mevzuatı somut olaylara uygulamada gösterdiği başarı ve geliştirdiği içtihatlar bakımından, Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulmasına öncülük etmiş ve uluslararası insancıl hukukun gelişimine büyük katkılar sağlamıştır. EYUCM'nin kuruluş aşamasında, daha önce buna benzer olarak kurulan mahkemelere yöneltilen eleştiriler de dikkate alınmış olup, bu bakımdan uluslararası nitelikte işlenen suçların faillerinin cezasız kalması ve ileriye yönelik caydırıcılığın sağlanması yönüyle sonuçları bakımından önemli bir yere sahip olduğu ifade edilmektedir.

Öte yandan, EYUCM ve RUCM yargılamalarına bakıldığında; bağımsız bütçesi, personeli, kolluğu ve yönetimi olmayan mekanizmanın büyük ölçüde işlevsiz kalabileceği, yine, politik irade olmaksızın yargı düzeninin mutlak acziyet içinde bırakılabileceği hususları bir kez daha teyit edilmiştir.

Bu itibarla; daimi, bağımsız, hiçbir devlet veya bireyin inisiyatifinde olmayan, kuralları önceden belirli olan bir mekanizmaya ihtiyaç duyulması nedeniyle 1998 yılında imzalanan Roma Sözleşmesi'yle kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesine kadar ki süreçte yaşananlar ve Nuremberg, Tokyo, Eski Yugoslavya, Rwanda gibi örneklerin uluslararası insancıl hukukun ilerlemesine katkısı yadsınamasa da, ne yazık ki bu gelişmelerin günümüzde caydırıcılık konusunda yeterli seviyede olmayışlarıyla etkisizlikleri ortadadır.

Hâlihazırdaki yapısıyla istenen düzeyde olmasa da, Uluslararası Ceza Mahkemesinin varlığı zaruridir. Birçok ülkeyi ilgilendiren alandaki değişikliklerin kolay olmaması ve tepkime süresinin uzunluğu nedeniyle daha çok zamana ihtiyaç olduğu görülmektedir. Ancak; bu yapıların doktrinel anlamda tartışılması bir yana olmakla birlikte, günümüzde olsa dahi asıl mağdur olan ve doğrudan zarar gören; dili, dini, ırkı, cinsiyeti ve rengi fark etmeksizin insandır.



KAYNAKÇA

AKSAR, Yusuf; **Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2003.

ALDRICH, George H.; **Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, American Journal of International Law, Vol. 90, January 1996, s.64-69.

ALİBABA, Arzu; **Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu**, AÜHF Dergisi, C. 49, S.1-4, s.181-207.

ALPKAYA, Gökçen; **Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

ARMAOĞLU, Fahir; **20. Yüzyıl Siyasi Tarihi**, (1914-1915), Alkım Yayınları, 17. Baskı, İstanbul, 2010.

AZARKAN, Ezeli; **Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Karşılaştırmalı Analizi**, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 24, S. 1-2, 2004.

AZARKAN, Ezeli; **Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar**, AÜHF Dergisi, C. 52, S. 3, 275-297.

AZARKAN, Ezeli; **Nuremberg'ten La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri**, Beta Basım Yayım, Ankara, 2003.

BAŞAK, Cengiz; **Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

BAYILLIOĞLU, Uğur; **Uluslararasılaşmış Kosova Mahkeme Sistemi**, AÜHF Dergisi, C: 62, S.2, 2013, s.432.

BASSIOUNI, M. Cherif; **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**, Harvard Human Rights Journal, Vol.40, 1997.

BOZKURT, M. Uğur; **Uluslararası Ceza Hukuku İlkeleri Kapsamında Ad Hoc Uluslararası Ceza Mahkemelerine Yönelik Eleştiriler Ve Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Güvenlik Stratejileri Dergisi, S.11, 2010.

CAVOSKI, Kosta; **Unjust From The Start, Part III: The Illegal Basis of the War Crimes Tribunal**, <http://emperors-clothes.com/articles/cavoski/c-3.htm> (Erişim Tarihi: 21.04.2014)

ÇINAR, M. Fatih; **Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı**, Kazancı Hukuk Yayınevi, Çanakkale, 2004.

ESER, Albin; **Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri**, (Çev. Faruk TURHAN), **Uluslararası Ceza Divanı**, (Ed. Feridun YENİSEY), Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2007.

FORSYTHE, David P.; **Politics and the International Tribunal for the Former Yugoslavia**, Ed. CLARK, Robert S. and SANN, Madeleine, The Prosecution Of International Crimes: A critical study of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 1996, s.185-206.

GÖNLÜBOL, Mehmet, **Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma**, Sevinç Matbaası, 3. Baskı, Ankara, 1975.

GUENAEL, Mettraux; **The Definition of Crimes Against Humanity and the Question of a “Policy” Element**, Forging a Convention for Crimes against Humanity, Ed. Leila Nadya Sadat, Cambridge University Press, 2011, s.142-176.

HALL, Christopher Keith; The First Proposal for a Permanent International Criminal Court, International Review of the Red Cross, No.322, 1998, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57ip4m.htm> (Erişim Tarihi: 22.04.2014)

HIGGINS, Rosalyn; **The New United Nations and Former Yugoslavia**, International Affairs, Vol.69, July- 1993, http://www.mwmt.co.uk/documents/MWML1993_Higgins.pdf (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

LAMONT, Christopher K.; **International Criminal Justice and the Politics of Compliance**, Ashgate Publishing Limited, 2010.

LANGER, Maximo; DOHERTY, Joseph W.; **Managerial Judging Goes International, but Its Promise Remains Unfulfilled: An Empirical Assessment of the ICTY Reforms**, The Yale Journal Of International Law, Vol. 36, 2011, s.241-305.

MAOGOTO, Jackson; **Early Efforts to Establish an International Criminal Court**, In *The Legal Regime of The International Criminal Court: Essays in Memory of Igor Blischenko*, Ed. Jose Doria, Hans-Peter Gasser and M. Cherif Bassiouni, Brill Publishing (Martinus Nijhoff), The Netherlands, 2009.

MCCORMACK, Timothy L.H.; **From Sun Tzu To The Sixth Committee: The Evolution Of An International Criminal Law Regime**, The Law Of War Crimes: National And International Approaches, Timothy L.H. McCormack & Gerry J. Simpson 38, The Hague, Kluwer, 1997, s. 32-43.

MCGOLDRICK, Dominic; **The Origins and Development of the Permanent International Criminal Court**, The Permanent International Criminal Court, Hart Publishing, 2004.

MORRIS, Virginia; SCHARF, Michael P.; **An Insiders Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, Irvington-on-Hudson, New York Transnational Publishers, 1995.

MURPHY, Sean D.; **Progress and Jurisprudence of the International Criminal**

Tribunal for the Former Yugoslavia, American Journal of International Law, Vol. 93, 1999.

NTOUBANDI, Faustin Z.; Amnesty for Crimes Against Humanity Under International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, The Netherlands, 2007.

O. RAIMONDO, Fabian; **General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals**, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

O'BRIEN, James C.; **The International Tribunal For Violations Of International Humanitarian Law In The Former Yugoslavia**, American Journal of International Law, Vol.87, October-1993.

OBOTE-ODORA, Alex; The Judging Of War Criminals: Individual Criminal Responsibility Under International Law, Universitet Stockholms, 1997.

ODMAN, Tevfik; **Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yasal Dayanağı**, AÜHF Dergisi, C. 45, S. 1-4, s.131-151.

ÖZKAN, Ayşe; **Uluslararası Ceza Hukukunda Kritik Süreç: Milosevic Davası**, Stratejik Analiz, S.24, Nisan-2002.

PAZARCI, Hüseyin; **Bosna-Hersek Sorununda Uluslararası Yargının Rolü**, AÜS-BF Dergisi, C.5, No:1-4, 1996, s.381-390.

SANDER, Oral; **Siyasi Tarih (1918-1994)**, İmge Kitabevi, 16. Baskı, Ankara, 2007.

SCHABAS, William; **War Crimes and Human Rights: Essays on the Death Penalty, Justice and Accountability**, Cameron May Ltd., United Kingdom, 2008.

SCHWARZENBERGER, Georg; Breisach Revisited, The Hagenbach Trial of 1474, Ed. CH Alexandrowicz, *Grotian Society Papers*, Studies in the History of the Law of Nations, Martinus Nijhoff, The Hague, 1968, s. 46–51.

SHRAGA, Daphna; ZACKLIN, Ralph; **The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, European Journal Of International Law, Vol. 5, 1994.

SIMONOVIC, Ivan; **The Role of the ICTY in the Development of International Criminal Adjudication**, Fordham International Law Journal, Volume 23, Issue 2, 1999.

SMIDT, Michael L.; **The International Criminal Court: An Effective Means of Deterrence?**, *Military Law Review*, Vol. 167, 2001.

SOMMERVILLE, Donald; **The Complete Illustrated History of World War Two: An Authoritative Account of the Deadliest Conflict in Human History with Analysis of Decisive Encounters and Landmark Engagements**, Lorenz Books, Leicester, 2008.

TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; ÖNOK, R. Murat; **Uluslararası ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

TEZCAN, Durmuş; **Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı**, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2000.

TOSUN, Öztekin; İnsanlık Aleyhine Suçlar, *Adalet Dergisi*, S.4, 1954, s.402-437.

TURHAN, Faruk; **Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletlerarası Ceza Mahkemesi**, Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000.

VAN BOCKEL, Willem Bastiaan; **The Ne Bis In Idem Principle In EU Law: A Conceptual And Jurisprudential Analysis**, E.M. Meijers Institute of Legal Studies, Faculty of Law, Leiden University, 2009.

WILLMOTT, Deidre; **Removing the Distinction Between International and Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court**, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5, 2004, s. 196-219.

ZACKLIN, Ralph; **Bosnia and Beyond**, *Virginia Journal Of International Law*, Vol.34, Num.2, Winter-1994, 277-281.

http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/lawwar.asp (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

http://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf (Erişim Tarihi 01.04.2014)

<http://emperors-clothes.com/articles/cavoski/c-3.htm> (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

http://en.wikipedia.org/wiki/Accession_of_Serbia_to_the_European_Union#cite_note-autogenerated1-9 (Erişim Tarihi:20.04.2014)

<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/NurembergIndictments.html> (Erişim Tarihi 01.04.2014)

<http://www.fransamaltिंगvongeusau.com/documents/dl1/h1/1.1.15.pdf>
(Erişim Tarihi: 15.04.2014)

<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57ip4m.htm> (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

<http://www.icty.org/sections/TheCases/KeyFiguresoftheCases> (Erişim Tarihi:15.04.2014)

<http://www.icty.org/sid/321> (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_808_1993_en.pdf (Erişim Tarihi: 20.04.2014)

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf (Erişim Tarihi: 20.04.2014)

<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-tsj70507JT2-e.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

<http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml> (Erişim Tarihi:01.04.2014)

<http://www.stephen-stratford.co.uk/imtfe.htm> (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

[https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/771\(1992\)](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/771(1992))
(Erişim Tarihi: 20.04.2014)

http://www.worldcourts.com/imtfe/eng/decisions/1948.11.04_IMTFE_Judgment.htm (Erişim Tarihi: 15.04.2014)

İNSAN HAKLARI HUKUKU VE İNSANCIL HUKUK ÇERÇEVESİNDE TERÖRLE MÜCADELEDE İŞKENCE YASAĞI

*The Prohibition of Torture in Fight Against Terrorism Within the Scope of
Human Rights and Humanitarian Law*

Oğuz Gökhan AYDIN*

ÖZET

Demokrasi ve insan haklarının en büyük düşmanlarından biri kuşkusuz terörizmdir. Vatandaşlarının huzur ve güvenliğini tesis etmek mecburiyetinde olan devlet, terörizmle mücadele etmek zorundadır. Çağımızın cevap arayan sorularının başında da bu mücadelenin yöntem ve şeklinin nasıl olacağı gelmektedir. Hiç kuşkusuz modern demokrasiye sahip devletlerin tümünde örgütlü bir asayiş organı ve suçlularla mücadele etmeye imkân veren mevzuatı vardır. Lakin bunlar çoğu zaman terörle mücadele konusunda yetersiz kalmaktadırlar. Dolayısıyla da devletler ek önlemler almak zorunda kalmakta ve mücadele gücünü sertleştirmektedirler. Bu sertlik de ister istemez bazı insan haklarının sınırlandırılacağı anlamına gelmektedir. Bu çalışmada da bu problem esas alınmıştır. Öncelik terör ve terörizm olguları değerlendirilmiş; ardından insan hakları, insancıl hukuk ve terörizm ilişkisine kısaca değinilmiştir. Esas konu olarak da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında *İşkence, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muameleden Korunma Hakkı* özelinde terörle mücadele-insan hakları dengesi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Terör, Terörizm, İnsan Hakları, İnsancıl Hukuk, İşkence Yasağı

ABSTRACT

One of the greatest enemies of democracy and human rights is undoubtedly terrorism. The state which has to maintain peace and order of its citizens is obligated to fight against the terrorism. One of the top questions of today that awaits its answer is what is the method of this war against terrorism and the conditions of it. There is no doubt that every state ruled in terms of modern democracy has its own organized public order units and regulations to fight against criminals. But these two elements

* Hâkim Adayı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Anayasa Hukuku Bölümü Yüksek Lisans Öğrencisi, oguzgokhanaydin@gmail.com

are mostly insufficient to war against the terrorism. Because of this, states take collateral measures and raise the intensity of this war. This intensity necessarily means that the human rights would be restricted. In this study, this problem is taken based on. At first, the notions of terror and terrorism are examined; and the connection of terrorism to human rights and humanitarian law is briefly mentioned afterwards. As the main subject, the balance between fight against terror and human rights in regards of *the right of protection from torture, and inhuman or degrading treatment or punishment* in accordance with the jurisprudences of European Court of Human Rights is studied.

Key Words: Terror, Terrorism, Human Rights, Humanitarian Law, Prohibition of Torture



I. GİRİŞ

21. yüzyılın, demokrasiler ve demokratik toplumlar için en büyük tehlikesi kuşkusuz terörizmdir. Modern devletin en büyük görevlerinden biri olan ülkesinin ve vatandaşlarının güvenliğini ve huzurunu sağlamak olgusu karşısında, terörle mücadele kaçınılmazdır. Her türlü etik, ahlaki ve insani kuralı tanımayan hareket eden terör örgütlerine karşı mücadele etmek bir hayli zordur. Bu zorluk karşısında da devletler, zaman zaman sert önlemler almak zorunda kalmış, bazen de tabir caizse terörün silahıyla karşılık vermeye çalışmıştır. Bu durumun sorun teşkil ettiği muhakkaktır. Bu sebeple uzun süreden beri terörle mücadelenin nasıl olması gerektiği sorusu kamuoyunu meşgul etmiştir.

Türkiye, terörizmden en çok başı ağrıyan ülkelerin başında gelmektedir. Diyebiliriz ki, son 30 yılda Türkiye enerjisinin büyük bir kısmını başta PKK olmak üzere terör örgütleriyle mücadeleye harcamıştır. Bu yolda on binlerce insan yaşamını yitirmiş, milyarlarca dolar para harcanmıştır. Lakin günümüzde dahi halen net bir sonuca ulaşılamamıştır. Kuşkusuz bunun en büyük nedeni, salt askeri müdahalelerle çözüme ulaşılabileceği algısıdır. Bu sebeple uzun yıllar problemin sosyolojik, tarihi yönleri incelenmeden sert askeri tedbirler alınmış, nihayetinde de bir başarıya ulaşılamamıştır¹. İzlenen bu sert yöntemler, zaman

¹ İhsan BAL, Süleyman ÖZEREN; Dünyadan Örneklerle Terörle Mücadele, USAK Yayınları, Ankara, Üçüncü Baskı, 2012, s.40

zaman evrensel insan hakları kurallarını ihlal edecek noktaya ulaşmıştır. Nitekim de sonraki yıllarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde defalarca Türkiye'nin mahkûm edilmesine neden olmuştur.

Terörizme salt askeri problem olarak bakmak, sadece Türkiye'nin düştüğü bir hata değildir. Uzun yıllar birçok ülke, terörizmi sadece kendine tehdit olarak görmüş ve askeri müdahaleler ile sorunu çözebileceğini düşünmüştür. Deneyimler de göstermiştir ki, sert askeri müdahaleler sorunu çözmekten ziyade, daha da içinden çıkılmaz hale sokmuştur. 11 Eylül 2001 tarihi, terörizm algısı konusunda tüm dünya çapında bir uyanışa yol açmıştır. Terör probleminin bölgesel olmaktan çıkıp, artık evrensel bir tehdit haline geldiğini anlaşılmıştır². Bu tarihten sonra ülkeler panik içinde, uluslararası mücadele teknikleri aramaya yönelmiştir³. Günümüze gelindiğinde dünya ülkelerinin halen ortak mücadele kabiliyetine tamamen sahip olduğunu söylemek zordur. Terörle mücadele edebilmek için terör ve terörizm kavramlarını çok iyi bilmek, terörü doğuran ve tetikleyen sebepleri iyi etüt etmek gerekir. Öte yandan, terörle mücadele tekniklerinden ziyade mücadelenin boyutuna ve evrensel hukuk kurallarına riayet edilmesi meselesine yoğunlaşılmalıdır.

II. TERÖR VE TERÖRİZM

A. Tanım Sorunu

Terör ve terörizm, sıklıkla karıştırılan ve hatalı olarak birbirinin yerine kullanılan kavramlardır. Latince "terrere"⁴ isminden doğan terör kavramı terimsel anlamında ilk olarak Fransızcada "terreur"⁵ olarak kullanılmıştır. Türkçe karşılı-

² Fatih ŞENEL; Avrupa Birliği Güvenlik Politikaları Kapsamında Terör İle Mücadele Yöntemleri, Ankara, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2012, s. 37

³ Umut KEDİKLİ; "Avrupa Birliği'nin Terörizmle Mücadele Politikaları ve Hukuki Boyutu", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt 2, No: 7, 2006, s. 63; Burak TANGÖR, Sevinç SAYIN; "Avrupa Birliği'nin Terörizmle Mücadele Stratejisi: Yeni Bir Bütünleşme Alanı Mı?", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt: 11, No:1, 2012, s.86; İhsan BAL, Süleyman ÖZEREN; a.g.e, s.1; Fatma TAŞDEMİR; Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, USAK Yayınları, Ankara, 1. Baskı, 2006, s.43

⁴ H. Mehmet GÜDÜL; Anayasa Mahkemesi Kararları Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Doğrultusunda Terörle Mücadele, Adana, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Yüksek Lisans Tezi, 2007, s, 3

⁵ Meydan Larousse, C.12, s.83

ği: yıldırma, korkutma, sindirme, bulunduğu ortamda korku yaratmadır⁶. Araçları genellikle şiddet olan terör örgütlerinin amaçları ise farklılık göstermektedir. Birçok terör örgütünün ortak amacı toplumun politik, sosyal ve ekonomik yapısının destabilize edilerek değişmesini sağlamak ve hükümetin karar verme sürecinde daha fazla etkili olabilmek olduğu görülmektedir⁷. Diğer başlıca hedefler ise şu şekildedir⁸:

- Dikkat çekmek
- Kargaşa yaratmak
- Kendi ideolojileri çerçevesinde devleti yönlendirmek
- Kişileri taraf olmaya zorlamak
- Toplum direncini zayıflatmak, baş eğdirmek

Terörizm ise, örgütlü bir grubun ya da tarafın istediği sonucu, sistemli şiddet kullanımı suretiyle sağlamak için başvurduğu yöntem ya da kuramdır. Bir diğer ifadeyle terörizm, hükümetin bir konudaki politikasını değiştirmeye zorlamak için yasadışı şiddet kullanılmasıdır. Bu tür şiddet eylemlerini gerçekleştiren kişi ise terörist olarak adlandırılır.⁹ Uluslararası arenada henüz ortak bir terörizm tanımı oluşturulamamıştır¹⁰. Terörle mücadelede işbirliği hususunda ortaya çıkan en büyük engellerden biri de bu tanımlama sorunudur. Aynı fiili işleyen kişilerin, bazı ülkelerde terörist bazılarında ise özgürlük savaşçısı olarak nitelendirilmesi ortak bir tanımın oluşturulamamasına en büyük engeldir.¹¹

Terörizm bir ideoloji değil, metotlar bütünüdür. Kimi zaman siyasi, kimi zaman dini veya mezhepsel, kimi zaman ise ırksal saiklerle bir araya gelmiş insanların şiddet dilini kullanmaları ve hiçbir ahlaki kural tanımamaları bu metodun esas unsurlarıdır. Kendilerince; davaları uğruna ölümü göze alıp, ne pa-

⁶ Mustafa Murat SÜMERCAN; Uluslararası Terörizm Ve PKK Terör Örgütü (1980'den Günümüze), Kırıkkale, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 5

⁷ Ahmet Hamdi TOPAL; Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı, Beta Yayınları, İstanbul, Birinci Baskı, 2005, s.44

⁸ Nurullah AYDIN; Küresel Terör ve Terörizm, Kumsaati Yayınları, İstanbul, Dördüncü Basım, 2009, s. 41-43

⁹ Pulat Y. TACAR; Terör ve Demokrasi, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1. Basım, 1999, s. 44

¹⁰ Ünal ACAR; A'dan Z'ye Terörizm, Kripto Yayınları, Ankara, Birinci Baskı, 2012, s.97

¹¹ Mustafa Murat SÜMERCAN, a.g.e., s. 5-6

hasına olursa olsun mücadele eden üyelerden oluşan ve hiçbir insani değeri göz önünde bulundurmayan terörizm, bu yönüyle mücadele edilmesi çok güç bir oluşumdur. Ülkeden ülkeye, bölgeden bölgeye farklı isimler olsa da, tüm terör örgütleri şiddetten beslenmektedirler. 11 Eylül saldırılarından sonra, bölgesel tehdit olmaktan çıkıp uluslararası bir sorun haline gelen terörizme karşı yoğun bir devletlerarası işbirliği süreci başlamıştır. Henüz ortak bir tanım oluşturulamamasına karşın, bu yönde önemli adımlar atılmıştır. Önemli uluslararası belgelerdeki terörizm tanımlarına kısaca bakmak gerekirse:

Terörizme Karşı Savunmaya Dair NATO Askeri Konsepti'nde terörizm; *“devlet veya toplumlari; dini, ideolojik veya siyasi hedefler doğrultusunda baskı altına almak veya zorlamak maksadıyla, yasa dışı yollarla kuvvet kullanmak ya da kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak”* olarak tanımlanmıştır¹².

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1994 tarihli 49/60 sayılı karar ile ekindeki Uluslararası Terörizmin Bertaraf Edilmesine İlişkin Önlemler Bildirisinde terörizmin; *“siyasi amaçlarla halkta, bir insan grubunda ya da belirli insanlarda bir terör durumunu kışkırtmayı planlamış ya da hesaplamış suç eylemlerini”* içerdiği ifade edilmiştir. Ayrıca bu gibi eylemleri *“haklı göstermek için başvuru olan siyasi, felsefi, ideolojik, ırksal, etnik, dini ya da diğer bir düşünce türü ne olursa olsun, bu eylemlerin her koşulda haksız olduğu”* kabul edilmiştir¹³.

Avrupa Konseyi'nin 16 Mayıs 2005 tarihli Terörün Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi'nin giriş bölümünde, terörist eylemlerin; *“halkı sindirmek veya bir hükümeti veya uluslararası örgütü bir eylemi yerine getirmeye veya yerine getirmekten kaçınmaya haksız olarak zorlamak veya bir ülkeyi veya uluslararası bir örgütü ciddi biçimde istikrarsız hale getirmek veya temel siyasal, anayasal, ekonomik ve toplumsal yapılarını yıkmak amacını güttükleri”* ifade edilerek, terörizm tanımına yönelik temel unsurlar belirtilmiştir.¹⁴

¹² Concept Militaire de LOTAN Relatif à la Défence Contre le Terrorisme, http://www.nato.int/docu/review/2008/04/AP_CTRT/FR/index.htm, erişim tarihi: 30.04.2014

¹³ Droits de l'homme, terrorisme et lutte antiterroriste-fiche information No 32, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32FR.pdf>, erişim tarihi: 30.04.2014

¹⁴ Convention du Conseil de L'Europe Pour La Prévention du Terrorisme, <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/196.htm> erişim tarihi: 30.04.2014

Bu tanımlar neticesinde, terörizmin özelliklerini şu şekilde sıralayabiliriz:¹⁵

- Terörün genellikle siyasi bir amacı vardır. Terör örgütlerini organize suç örgütlerinden ayıran en önemli özelliği de budur.
- Devlet otoritesini reddederler ve yerine kendi kurallarını ve otoritesini yerleştireceği bir sistemi savunurlar.
- Terör örgütlü bir harekettir aniden kendi kendine gelişmez.
- Her terör hareketi uluslararası alanda ilişki ve destek arar ve bu sebeple çirkin ve kirli yüzünü dışarıya karşı gizleyerek savunduğu davada haklılığını göstermeye çalışır.
- Hiçbir terör hareketi büyük ya da küçük bir dış destek olmadan yasatılamaz.
- Her terör hareketi bu hareketi finanse edebilmek amacıyla mali kaynaklara ihtiyaç duyar. Bunu da soygun, silah ve uyuşturucu kaçaklığı v.s. yaparak sağlarlar.
- Terörün tanımında da belirtildiği gibi, her terör hareketi içerisinde şiddet, baskı ve korku içerir, bunu da tahrip, adam kaçırma, öldürme, işkence, tehdit, şantaj gibi yöntemler kullanarak gerçekleştirir.
- Terör hareketleri kural tanımazlar kendi kuralları haricinde uymak zorunda olduğu hiçbir yaptırım yoktur, acımasızdır, zorbadır.
- Çoğu zaman başka güçlerin taşeronluğunu yaparlar.
- Kurbanlarının çoğu masumdur.
- Acımasızdırlar, yöntemleri vahşidir.
- Teröristler kendilerini, savundukları davanın askeri ve duyarlılık sahibi olarak görürler.
- Terör örgütleri sembolik hedefleri yani düşmanı temsil eden her şeyi hedef alabilirler. Kural tanımazlar. Onlara göre tarafsızlık yoktur dost ya da düşmansınızdır.
- Terörizmde, bireysellik değil kolektif örgüt kimliği vardır ve örgüte katılanların tümü, tıpkı bir dinin mensupları gibi liderden gelen buyrukları

¹⁵ Mustafa Murat SÜMERCAN, a.g.e, s. 10-11

sorgulamadan mutlak bir disiplin ve itaat içinde yerine getirmek durumundadırlar.

B. Terörle Mücadele Kavramı

Terör eylemleri, ceza hukuku bakımından, temelde suç teşkil eden eylemlerden oluşmaktadır ve bu eylemler, neredeyse tüm devletlerin iç hukuklarında suç olarak tanımlanmış ve yaptırıma bağlanmıştır. Terör örgütleri mensuplarınınca gerçekleştirilen bu eylemler; görünüşte herhangi bir kişi tarafından işlenen eylemle aynı olmakla birlikte, sebep, yöntem ve sonuçları bakımından söz konusu sıradan eylemlerden ayrılmaktadırlar¹⁶.

Teröre karşı ceza hukuku alanında geliştirilen özel sistemler, devletten devlete farklılık göstermektedir. Bazı devletler güvenliklerini ön planda tutmakta ve bunu sağlamak için hak ve özgürlüklerden taviz verilmesinden sakınmakta iken, diğer bazı devletler teröre karşı aldıkları özel önlemleri asgari düzeyde tutmaya, hak ve özgürlüklere olağan durumdan daha geniş sınırlamalar getirmemeye çalışmaktadırlar. Bu tercihlerde, devletlerin maruz kaldıkları terör tehdidinin nitelikleri ile boyutu rol oynadığı gibi, devletlerin rejimi, demokrasi kültürü, milli güvenlik algılamaları gibi kendine has özellikleri de belirleyici olmaktadır¹⁷. Günümüzde devletlerin terörizmle mücadele politikalarını karakterize eden iki model bulunmaktadır.¹⁸

1. Ceza Adalet Modeli

Terörizmle mücadele için liberal demokrasilerde genellikle benimsenen ceza adaleti modelidir. Bu modelde terörizm herhangi bir suç olarak kabul edilir ve terörizmle mücadele hukukun üstünlüğü çerçevesinde adli prosedüre uygun olarak yapılır. Ceza adaleti modelini benimseyen demokratik devletlerin terörizme karşı uygulayacakları politika seçenekleri belirli prensiplere dayanır.

¹⁶ İnanç İŞTEN; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Sınırlandırılması, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, 2010, s. 64

¹⁷ İnanç İŞTEN, a.g.e. s. 65

¹⁸ Ethem İLBİZ; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türkiye'nin Terörle Mücadelede İnsan Hakları Sorunu, Ankara, Polis Akademisi Güvenlik Bilimler Enstitüsü Uluslararası Güvenlik Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 24-27

2. Çatışma Modeli

İkinci model olan çatışma modeli daha katı bir biçimde askeri yöntemlerle terörizmin bastırılmaya çalışılmasıdır. Yapılan mücadelede terörizm sadece silahla çözülebilecek bir olgu olarak değerlendirilmektedir. Terörizmin oluşmasına neden olan diğer sebepler göz ardı edilerek buna yönelik politikalar geliştirmek yerine, dağda ve şehirlerde terörist avlayarak terörün çözümlenebileceği düşünülür.

III. İNSAN HAKLARI HUKUKU, İNSANCIL HUKUK VE TERÖRİZM İLİŞKİSİ

A. İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukukun Farkı

20. yüzyılın ikinci yarısının, “İnsan Hakları Çağı” olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bu dönemde, hak ve özgürlükler kuramsal alandan çıkarak uygulama alanına girmiş, insan haklarının güvence altına alınması, başta batıda olmak üzere tüm dünyada demokrasinin ve gelişmişliğin önde gelen ölçütlerinden birisi halinde gelmiştir.¹⁹

İnsan hakları ve insancıl hukukun geniş ölçüde kesiştiği gözlenmektedir. Aynı ahlaki temelleri paylaşan her iki hukuk dalının da ortak hedefi, insan varlığının, onurunun ve insani değerlerin korunmasıdır.²⁰ Bu amaç ortaklığının yanında insan hakları hukuku ve insancıl hukuk ayrı tarihsel ve teorik hukuk rejimleridir²¹ ve önemli farklılıklara sahiptirler. Bu farklılıkların başlıcalarına değinmek gerekirse²²:

- İnsan hakları daha genel ilkeler içerirken, insancıl hukuk daha özel ve istisnai bir uygulama alanını içerir. Şöyle ki, insan hakları her durum ve şartta uygulanırken, insancıl hukuk sadece savaş durumunda uygulanır²³. Yani İnsancıl Hukukun uygulanması için “silahlı çatışmanın” olması, *sine*

¹⁹ İnanç İŞTEN, a.g.e. s. 1

²⁰ A. Emre ÖKTEM; Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, İstanbul, Derin Yayınları, İkinci Baskı, 20114, s. 14

²¹ TAŞDEMİR, Fatma; Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 1. Baskı, 2009, s.244

²² A. Emre ÖKTEM, a.g.e. s. 415-427, Anıl ÇEÇEN, “İnsan Hakları Ve İnsancıl Hukuk”, Prof. Dr.Aydın Zevkliler’e Armağan, Journal of Yasar University, 2013, Cilt I 809-830

²³ Murat BAŞER; Günümüzde İnsancıl Hukuk Ve İnsan Haklarının Korunması Sorunu, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2012, s. 25

qua non koşuldur²⁴.

- İnsan hakları genellikle devlet ve vatandaşı arasındaki ilişkileri düzenlerken, insancıl hukuk devlet ile düşman vatandaşları arasındaki ilişkileri düzenler.
- İnsan hakları ihlalinin sorumlusu devlettir, insancıl hukukta ise devletin yanında bireysel cezai sorumluluk da doğabilir.
- İnsancıl hukuk sadece silahlı çatışma hallerinde uygulanır, iç gerilim ve karışıklık durumlarını kapsamaz. İnsan haklarında ise iç-dış çatışma ayrımı benzeri bir kavram yoktur.
- İnsan haklarında ayırık hükümler konulabilirken, insancıl hukuk katıdır ve ayırık hallere izin vermez.
- İnsancıl hukuk öldürmeyi yasaklamaz, insan haklarında ise yaşam hakkı her durumda vardır.
- Orantılılık ilkesinin uygulanışı bakımından insan hakları ile insancıl hukuk arasında fark vardır. İnsan hakları hukukunda kuvvet kullanımı ile ulaşıl-mak istenen amaç arasında tam bir orantılılık olmalıdır. İnsancıl hukukta ise bu orantılık daha esnektir ve gereksiz acı çektirmedikten sonra meşru hedeflere karşı doğrudan orantılılık ilkesi yoktur.
- Uygulanma bakımında insancıl hukuk, insan haklarına göre *lex specialis* olarak kabul edilmektedir²⁵.

B. İnsan Hakları Çerçevesinde Terörle Mücadele

Terörün insan haklarını ciddi bir şekilde tehlikeye attığını, demokrasiyi tehdit ettiğini ve özellikle meşru bir şekilde kurulmuş hükümetleri istikrarsızlığa uğratmayı ve çoğulcu sivil toplumu yıkmayı amaçladığını belirtmiştik. Her nerede ve her kim tarafından gerçekleştirilmiş olursa olsun, teröre ait her tür eylem, yöntem ve faaliyet suçtur ve haklı görülmez. Dolayısıyla devletin en asli vazifelerinden biri de vatandaşlarını terörizme karşı korumak ve terör ör-

²⁴ Fatma TAŞDEMİR ; “İnsan Hakları Hukuku Ve İnsancıl Hukuk Açısından Türkiye’nin Ayrılcı Terör Örgütü PKK İle Mücadelesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1, 2012, s. 108

²⁵ İbrahim KAYA, Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, USAK Yayınları, Ankara, Birinci Baskı, 2005, s.200

gütleriyle mücadele etmektir.

Terörle mücadelede insan haklarına, hukukun üstünlüğüne ve gerektiğinde uluslararası insani hukuka saygının yalnızca mümkün değil, aynı zamanda mutlak surette gerekli olduğu hep hatırdta tutulmalıdır²⁶. Terörle mücadelede, Devletlerin, insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası belgelere saygı gösterme yükümlülüğü, özellikle de üye devletlerin İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına uyma yükümlülüğü vardır²⁷. Devletlerin terörle mücadele amacıyla aldıkları tüm tedbirlerin hukuki bir dayanağı olmalıdır. Bir tedbir insan haklarını sınırladığı takdirde, sınırlamalar mümkün olduğunca kesin bir şekilde tanımlanmalı, gerekli ve güdülen amaçla orantılı olmalıdır²⁸.

C. Terörle Mücadelede İnsancıl Hukuk Uygulanması Sorunu

Son yıllarda terörle mücadele alanında cevap arayan sorulardan biri de, yakalanan terör üyelerine insancıl hukukun uygulanıp uygulanmayacağı konusudur. Özellikle Afganistan harekâtı sonucu yakalanan militanların durumu, bu soru çerçevesinde kamuoyunu uzun süre işgal etmişti.

Bilindiği üzere, uluslararası insancıl hukuk kurallarında temel ayırım uluslararası çatışma ve uluslararası olmayan çatışma arasında yapılmakta ve belli bir çatışmaya uluslararası insancıl hukukun uygulanabilmesi için onun bu kategorilerden birine girmesi gerekmektedir.²⁹ 11 Eylül saldırılarının hemen ardından El Kaide'ye karşı başlatılan geniş çaptaki operasyon, bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Çünkü El Kaide uluslararası hukuk boyutunda devlet statüsünde tanınan bir süje değildir. Haliyle de ortaya çıkan çatışmalar insancıl hukukun uygulanma alanı dışında kalacaktır. Burada esas sorun, operasyon

²⁶ Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı, İnsan Hakları Ve Terörle Mücadele, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayınları, 2011, www.kdgm.gov.tr/snetix/solutions/kdgm/resources/uploads/turkce.pdf, s.4 erişim tarihi: 03.05.2014

²⁷ Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=830461&Site=COE>, erişim tarihi: 02.05.2014

²⁸ İnsan Hakları Ve Terörle Mücadele, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayınları, 2011, www.kdgm.gov.tr/snetix/solutions/kdgm/resources/uploads/turkce.pdf, s.5 erişim tarihi: 03.05.2014

²⁹ A. Emre ÖKTEM, a.g.e. s.112

esnasında yakalanan militanların sevk edildiği Guantanamo Amerikan askeri üssündeki uygulamalarda kendini göstermiştir. Amerika Birleşik Devletleri Savunma Bakanı Rumsfeld yakalanan militanların savaş esiri olmadığını, “*kanun-dışı muharip*” (unlawful combatant) statüsünde olduğunu, haliyle de insancıl hukukun koruma mekanizmalarından yararlanamayacağını belirtmiştir³⁰. Aynı şekilde Başkan Bush da insancıl hukukun savaş esirlerine ilişkin en önemli anlaşması olan III. Cenevre Sözleşmesinin El Kaide mensuplarına kesinlikle uygulanmayacağını deklare etmiştir³¹. Görüldüğü gibi Amerika Birleşik Devletleri yakalanan militanları ne sivil ne de muharip kategorisine sokmuştur. Haliyle de bu kişiler denetimli bir uluslararası koruma mekanizmasından yararlanamamışlar ve işkence başta olmak üzere birçok gayri insani muamele tehdidine açık hale gelmişlerdir. Nitekim de yıllar sonra ortaya çıkmıştır ki Guantanamo işkence başta olmak üzere birçok insan hakkının ihlal edildiği bir merkez haline gelmiştir³².

Sorunun tekrar hukuki boyutuna dönersek; terör örgütü mensuplarına muharip statüsü tanımanın ve onları insancıl hukukun nimetlerinden yararlandırmanın hakkaniyetle bağdaşmayacağı açıktır. En başta mücadele esnasında hiçbir kuralı tanımayan terör örgütlerine uluslararası hukukun izin verdiği bir savaşın tarafı muamelesi yapmak çok da imkân dâhilinde değildir. Kaldı ki insancıl hukuka göre, savaş bittikten sonra esir tutulan muharipleri iade etme yükümlülüğü vardır. Terör eylemine karışmış bir militanı bu kadar kolay salıvermek elbette ki düşünülemez. Öte yandan yakalanan bir terör örgütü üyesine adi bir suçluymuş gibi sivil muamelesi yapmak da terörle mücadelenin etkisini azaltacaktır. Buradan çıkan sonuç, terör örgütü üyelerine ne muharip ne de sivil statüsünün tanınamayacağı gibi görünse de bu demek değildir ki, bu durumda bu kişiler hiçbir hukuki korumadan yararlanamamış olacaklardır.

³⁰ Katharine Q. SEELYE; “A NATION CHALLENGED: THE PRISONERS; First ‘Unlawful Combatants’ Seized in Afghanistan Arrive at U.S. Base in Cuba” <http://www.nytimes.com/2002/01/12/world/nation-challenged-prisoners-first-unlawful-combatants-seized-afghanistan-arrive.html> erişim tarihi:14.05.2014

³¹ Jim GARAMONE; “Geneva Convention Applies to Taliban, not Al Qaeda” <http://www.defense.gov/news/newsarticle.aspx?id=43960> erişim tarihi:14.05.2014

³² Leila Zerrougui et al.; Situation of the Detainees at Guantánamo, U.N. Doc. E/CN.4/2006/120 (2006) <http://www1.umn.edu/humanrts/guantanamo2006.html> erişim tarihi:14.05.2014

İnsan hakları sivil-asker ve adi suçlu-terör suçlusu ayrımı yapmadan herkese uygulanmalıdır. Dolayısıyla terör suçlusu da olsa, bir kimseye işkence yapılması kabul edilemez. Lakin şu da bir gerçektir ki, üzerinde uzlaşılmış uluslararası terörle mücadele hukukunun henüz olmaması çok büyük eksikliklerdir. Hassasiyet taşıyan ve özel nitelikte bir konu olan terörle mücadele olgusu için insan hakları hukuku, etkili olan ama yeterli olmayan bir koruma mekanizması niteliğindedir. Dolayısıyla tıpkı insancıl hukuk benzeri bir uluslararası hukuk mekanizmasının terörle mücadele için de oluşturulması elzemdir.

IV. TERÖRLE MÜCADELEDE İŞKENCE, İNSANLIK DIŞI VE ONUR KIRICI MUAMELEDEN KORUNMA HAKKI

A. Türk Hukukunda Terörle Mücadelede İşkence, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muameleden Korunma Hakkı

Anadolu toprakları jeopolitik ve jeostratejik konumu hasebiyle tarihin ilk çağlarından beri hep bir çatışmalar sahası olmuştur. Günümüzde de bu çatışmalar ülkelerarası savaşlardan, iç ve dış odaklı terörizme evrilmiştir. Yaklaşık yarım asırdır Türkiye PKK ve DHKP-C başta olmak üzere irili ufaklı birçok terör örgütüyle uğraşmak zorunda kalmıştır, halen de uğraşmaktadır. Terörle mücadele en şiddetli haliyle Türkiye topraklarında vuku bulmuş, bu mücadele sonucu sivil ve askeri on binlerce insan yaşamını yitirmiştir. Terörizmle ilk karşılaştığında çok sert tedbirler alan ve zaman zaman insan haklarını hiçe sayan metotlara başvuran Türkiye, yukarıda da belirttiğimiz gibi uzun vadede ters etki yapacak bazı uygulamalara imza atmıştır. Bu olumsuz uygulamaların başında da işkence ve gayri insani muameleler gelmiştir. Nitekim de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde defalarca aleyhine hüküm verilmiştir, belki de 3. Maddenin en çok ihlal edildiği ülke olmuştur. Bu sonuca gidilmesinde sosyolojik ve tarihi birçok etken vardır, lakin konumuz gereği biz olaya sadece hukuk perspektifinden bakmak mecburiyetindeyiz.

a. Mevzuat

Terörle mücadelenin belki de en zor ayağı istihbarat faaliyetleridir. Kişilerin korku ve baskı yüzünden tanıklık yapmaktan çekinmeleri, terör üyelerinin kendi aralarında şifreli iletişim kurmaları ve terör örgütlerine ajan sokmanın zor-

luğu karşısında delil elde etmek oldukça zorlaşmaktadır. Bu sebeple bir terör vakasında normal bir ceza tahkikatı çoğu zaman yetersiz kalmaktadır. Bu yetersizliğin bir sonucu olarak da işkenceyle sorgulama başta olmak üzere birçok gayri insani muamele uygulama alanı bulmaktadır. Türkiye’de de bir dönem bu tarz uygulamalar görölmüştür, bunların bedeli de gerek uluslararası çapta imaj kaybetme gerekse teröristleri mağdur durumuna düşürüp sempati kazanmalarına neden olma şeklinde ödenilmiştir. Türkiye de aslında her uygar ülke gibi işkence ve insanlık dışı muameleyi mevzuatında yıllar önce yasaklamıştır, lakin teorik yasaklamalar pratiğe dökülemeyince bu vahim sonuç ortaya çıkmıştır.

Türk Hukuk Sisteminde işkence ve kötü muameleden korunma hakkı Anayasanın 17. maddesinde koruma altına alınmıştır. 17. maddenin üçüncü fıkrasında;

“Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

denilerek terörle mücadele sırasında şüpheli ve suçlulara işkence ve eziyet yapılması yasaklanmıştır. Yine aynı şekilde işkence yasağı 15. Maddede sayılan çekirdek haklar kapsamında da yer alır;

“Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

Anayasal düzenlemenin yanı sıra Türk Ceza Kanununda işkence ayrıca suç olarak kabul edilmiştir. TCK’nin 94. maddesinde;

“Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”

denilmiştir. Göröldüğü gibi işkence suçu faili sadece kamu görevlerinin ola-

bildiği hususi bir suçtur. Öte yandan yine Türk Ceza Kanununun 95. Maddesi işkence suçunun ağırlaştırılmış hallerini düzenlemiştir:

“(1) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) Yüzünde sabit ize,

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, yarı oranında artırılır.

(2) İşkence fiilleri, mağdurun;

a) iyileşmesi 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 kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(3) İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması hâlinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

Terörle mücadele sırasında en çok karşılaşılan ihlallerden biri olan sorgulama ve gözaltı sırasındaki işkence durumları, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 148. Maddesinde açıkça yasaklanmıştır:

“(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu en-

gelleyci nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.”

İşkence ve kötü muamele ile ilgili diğer önemli düzenlemeler ise 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanunun 2. Maddesi:

“765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz.”

ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. Maddesidir:

“Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.

İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlarından dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.”

İç hukuktaki bu doğrudan düzenlemelerin yanı sıra, Türkiye işkence ve insanlık dışı muamele yasağıyla alakalı birçok uluslararası sözleşmeye tarafıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. maddesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5. maddesi, BM Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 7. maddesi, İşkence ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışın Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmeleri Türkiye tarafından imzalanıp onaylanmıştır. Haliyle de Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının 90. Maddesi gereği bu sözleşmeler de

iç hukukun bir parçası olmuşlardır.³³

b. Yargı Kararları

Türkiye mahkemelerinde hususi olarak terörle mücadele neticesinde ortaya çıkmış bir işkence vakasıyla alakalı bir karar mevcut değildir. Lakin işkence suçuyla alakalı birçok karar ve yerleşmiş içtihatlar vardır. Bu içtihatların belki de en bilineni 1999 tarihli Yargıtay 8. Dairesinin Manisalı Gençler Davası olarak bilinen kararıdır³⁴. Yargıtay bu davanın karar metninde işkenceyle alakalı uluslararası sözleşmelere atf yapmış ve bu sözleşmelerdeki kavramları ve kıstasları kullanmıştır. Gerekçeli kararında Yargıtay işkenceyi; “*bir kimseye, maddi ve manevi mahiyette eza verici hareketler*” olarak tarif etmiştir. Mahkemeye göre işkence suçunun oluşması için dört önemli şart gerekmektedir. Buna göre işkence;

- Suç failinin yetkili memur olması,
- Mağdurun, “sanık durumunda bulunan” kimse olması,
- Sanığın; mağdura suçunu söyletmek “saiki” ile hareket etmesi,
- Sanığın işkence etmesi yahut zalimane veya insanlı dışı veya onur kırıcı muamelelerde bulunması halinde gerçekleşmektedir.³⁵

B. Uluslararası Boyutta İşkence, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muameleden Korunma Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi terörizm konusunda taraf devletleri, egemenlik alanlarında yaşayan kişileri, muhtemel terör saldırılarına karşı korumak şeklinde pozitif bir yükümlülüğe tabi tutmuştur. Bu pozitif yükümlülükle terörizmi engellemek ve suçlularını cezalandırmak yönünde ülkelere özel bir görev verilmiş değildir.³⁶ Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; devletlerin teröre karşı Sözleşme’deki hak ve özgürlükleri nasıl koruyacaklarının büyük ölçüde kendilerine kalmış bir mesele olduğunu ve bu bağlamda devletlerin takdir yetkisi (marge d’appréciation) sahibi oldukla-

³³ Ethem İLBİZ, a.g.e. s. 92

³⁴ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E.1999/8-109, K.1999/164, 15.06.1999 tarihli kararı.

³⁵ Ethem İLBİZ, a.g.e. s. 92-93

³⁶ A. Emre ÖKTEM, a.g.e. s. 385

rını ifade etmektedir. Buna göre, terörle mücadele amacıyla etkin önlemler alınması, doğrudan devletlerin takdirinde ve sorumluluğundadır. Yoksa Mahkeme devletlerin yerine geçerek, hangi tedbirlerin alınmasının olayın mahiyetine daha uygun düşeceği konusunda karar veremez.³⁷ Ancak devletler de terörle mücadele ederken, demokratik devlet anlayışına uygun olarak bireylerin haklarına saygı göstermek ve bu ikisini dengelemek zorundadırlar. Bu nedenle, devletlerin alacakları tedbirleri belirlerken sahip oldukları takdir hakkı, sınırsız değildir. Demokratik bir toplumu, dayandığı değerler ve ilkelere yönelen tehditlere karşı korumak amacıyla birtakım önleyici ya da bastırıcı tedbirler alınması gerektiğinde, üye devletler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer uluslararası belgelerde belirlenmiş olan insan haklarını gözetmek konusunda yükümlülük altındadırlar.

Devletler terörizmle mücadele için gerekli tedbirleri almak mecburiyetindedirler. Lakin bu tedbirler asla sınırsız bir hareket alanı oluşturmamalıdır. Durumun gerektirdiği ölçüde asgari ölçekte tedbirler alınmalı ve insan haklarının özü asla zedelenmemelidir.

İşkence, insanlık dışı davranış ve onur kırıcı muamelenin yasaklandığı tek uluslararası metin elbette ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi değildir. 10 Aralık 1948 tarihli *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*'nin 5. Maddesinde de açıkça bu yasak belirtilmiştir. Aynı şekilde 23 Mart 1976 tarihli *Birleşmiş Milletler Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi*'nin 7. Maddesi de bu yasağa ayrılmıştır. 1989 tarihli *Avrupa Parlamentosu Temel Hak ve Hürriyetler Bildirgesi*, 1969 tarihli *Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi* ve 1986 tarihli *Afrika İnsan ve Halkları Hakları Şartı* bu yasağa açıkça yer veren diğer önemli metinlerdir. Hususi olarak işkence, insanlık dışı davranış ve onur kırıcı muamelenin yasağıyla alakalı yapılmış birçok uluslararası sözleşme de mevcuttur. Bunların önemlilerini şu şekilde sıralayabiliriz³⁸:

- 26 Haziran 1987 tarihli, Türkiye'nin de taraf olduğu işkence, *İnsanlık Dışı*

³⁷ İnanç İŞTEN, a.g.e. s. 218, *Affaire Irlande c. Royaume-Uni*, Requête no 5310/71, 18 Janvier 1978, p.38

³⁸ Ertan BEŞE; *Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları*, Ankara, Seçkin Yayınları, Birinci Baskı, 2002 s.163-164

*ve Onur Kırıcı Ceza ve Muamelelerin Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi*³⁹

- 1984 tarihli, Türkiye'nin de taraf olduğu *İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*⁴⁰
- 9 Aralık 1985 tarihli *İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Amerikan Sözleşmesi*⁴¹
- 1987'de revize edilmiş haliyle 1973 tarihli *Avrupa Cezaevi Kuralları*⁴²

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3. Maddesinde işkence, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muameleden Korunma Hakkı düzenlenmiştir.

“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.”

İşkence, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muameleden Korunma Hakkı çekirdek haklardandır ve non-derogable statüsündedir.⁴³ Yani hiçbir şart altında hiçbir şekilde sınırlandırılmayacak haklardandır. Bu bağlamda Sözleşme'nin ve 1 ve 4 No.lu Protokollerin ağırlıklı maddelerinin çoğunun aksine, 3. maddede istisnalara yer verilmediği gibi, 15. madde 2. fıkra hükmü uyarınca, toplum yaşamını tehdit eden genel bir acil durum halinde bile, bu yasaktan vazgeçilmesinin söz konusu olmadığını belirtmiştir.⁴⁴

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Yukarıda da belirttiğimiz gibi işkence, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muameleden Korunma Hakkı hiçbir şart altında sınırlandırılmayacak haklardandır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında “*Mağdurun olaydaki tutumu ne olursa olsun, Sözleşme işkenceyi ve insanlık dışı veya aşağılayıcı*

³⁹ <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19840309/index.html>

⁴⁰ <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>

⁴¹ <http://www.refworld.org/pdfid/3ae6b3620.pdf>

⁴² http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RPE2.pdf

⁴³ A. Emre ÖKTEM, a.g.e. s. 288

⁴⁴ Affaire Irlande c. Royaume-Uni, Requête no 5310/71, 18 Janvier 1978, p.163,

cı muamele veya cezayı mutlak terimlerle yasaklamaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesinde hiçbir istisna hükmü yoktur. Bir devlet, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile, 3. maddeye ilişkin yükümlülüklerinde azaltma yapamaz.” tespitiinde bulunarak, bu hususu özellikle vurgulamıştır.⁴⁵

İşkence, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muameleden Korunma Hakkını düzenleyen 3. madde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özel olarak önem verdiği maddelerden biridir. Özellikle terörle mücadelede esnasında, ihlale açık olan bu madde hakkında mahkemenin hassas olması gayet normaldir. Verilen kararlar incelendiğinde mahkemenin 3. madde ile ilgili kesin tanımlar yapmadığı ve özellikle hangi eylemlerin işkence hangi eylemlerin ise gayri insani muamele olduğu hususunda tahdidi bir sayım yapmadığı görülmektedir. Çünkü Mahkeme geçmişte “işkence” yerine “insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele” olarak tanımlanmış olan bazı davranışların gelecekte farklı şekilde tanımlanabileceğini düşünmektedir. Mahkeme'nin görüşüne göre, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması alanında giderek daha yüksek standartların gerekli hale gelmesi, demokratik toplumların temel değerlerini ihlâl eden eylemlerin değerlendirilmesinde kaçınılmaz olarak daha kesin bir kararlılığı gerekli kılmaktadır.⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 3. maddede geçen bu iki olgu arasında bir ayırım yapabilmek için davanın tüm koşullarına, özellikle de nitelik ve içeriğine, muamelenin süresine, fiziksel veya ruhsal etkilerine ve bazen de mağdurun cinsiyet, yaş ve genel sağlık durumuna bakmak gerektiğini belirtmiştir.⁴⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 3. maddenin terörle mücadele karşısında ihlalleriyle alakalı kararlarını dört başlık altında toplayabiliriz. Bunlar:

1. Gözaltında ve cezaevindeki ihlaller,
2. Yeterli ve etkili soruşturma yapılmaması sebebiyle gerçekleştirilen ihlaller,
3. Sınır dışı edilme ve bazı suçluların iadesi durumunda oluşan ihlaller,

⁴⁵ Affaire Mccann ve Diğerleri c. Royaume-Uni, Requête no 18984/91, 27 Septembre 1995, p.47

⁴⁶ Ethem İLBİZ, a.g.e. s. 42

⁴⁷ Affaire Irlande c. Royaume-Uni Requête no 5310/71, 18 Janvier 1978, p.162.

4. Spesifik nitelikte değerlendirip ilk üç başlığa sokamayacağımız diğer ihlallerdir.

i. Gözaltında ve Cezaevinde İşkence ve Kötü Muamele

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 90'lı yıllardan beri gözaltı ve cezaevinde işkence iddialarıyla yoğun olarak karşılaşmaktadır. Bu iddiaların birçoğu terörle mücadele uygulamaları neticesinde ortaya çıkmıştır. Mahkeme, devlet tarafından özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerle ilgili olarak, 3. maddede yasaklanmış olan davranışların mevcut olup olmadığını özel olarak önem vererek incelemektedir. Özgürlüklerinden yoksun tutulan ve bu nedenle tamamen yetkililerin denetiminde olan kişiler, devlet gücünün kendileri aleyhine istismar edilme riskine karşı en hassas konumda olan bireylerdir.⁴⁸ Dolayısıyla, sözleşme standartlarına uygunluk açısından bu gücün kullanımı, sıkı bir denetime tabi olmalıdır. Bu kişilerle ilgili olarak, herhangi bir kötü muamele yapıp yapılmadığının değerlendirilmesinde hareket noktası, kaba kuvvet uygulanıp uygulanmadığının saptanmasıdır. Bu konuda Mahkemenin kabul ettiği temel kıstas; kendi davranışları mutlaka kuvvet kullanılmasını gerektirmedikçe, zora başvurmanın insan onurunu zedelediği ve ilke olarak 3. maddedeki hakkın ihlal edilmesi anlamına geleceği şeklindedir.⁴⁹

Öte yandan, sağlıklı olarak gözaltına alınan bir kişinin, serbest bırakıldığında vücudunda şiddet gördüğü izlenimi uyandıran izler bulunması halinde, yetkili makamların bu izlerin neden kaynaklandığını inandırıcı bir şekilde açıklamaları gerekir. Aksi halde, 3. maddenin ihlali gündeme gelebilir⁵⁰. Nitekim Mahkeme, Tomasi kararında; ispat yükünü iddia sahibinden alarak, şikâyet edilen devlete taşımıştır. Bu kapsamda, gözaltında kötü muamele iddiası varsa ve buna ilişkin somut bulgular mevcutsa, artık iddia sahibinin bunun yapıldığını ispatlaması gerekmez; aksine yetkililerin bunun yapılmadığını ispatlamaları gerekmektedir.⁵¹

Mahkemenin 2008 tarihli Türkiye ile ilgili bir kararında tam da bu nokta

⁴⁸ İnanç İŞTEN, a.g.e. s. 247

⁴⁹ Affaire Tekin c. Turquie , Requête no: 52/1997/836/1042, 9 Juin 1998, p.52-53,

⁵⁰ A. Emre ÖKTEM, a.g.e. s. 290

⁵¹ Affaire Tomasi c. France Requête no: 12850/87, 27 Août 1992, p. 109–111,

üzerine durulmuş ve gözaltına girmeden önce sapsağlam olan lakin sonrasında vücudunda çeşitli yaralar oluşan başvuru hakkında hükümet söz konusu yaralar hususunda inandırıcı ve ikna edici deliller öne sürememiştir. Dolayısıyla Mahkeme, bu yaraların oluşmasından devleti sorumlu tutmuş ve 3. maddenin ihlal edildiğini belirtmiştir.⁵²

Mahkemenin işkence, insanlık dışı muamele ve onur kırıcı davranış hususlarında net bir ayırım yapmadığını ve bunları yapılan uygulamaların ağırlık ve yoğunluğuna göre değerlendirdiğini belirtmiştik. Nitekim bu husus birçok karara da açık olarak yansımıştır. Mahkeme eski tarihli bir kararında, ayakta bekletme, başa torba geçirme, gürültü verme, uyutmama, yiyecek ve içecek vermeme olarak uygulanan ve "beş teknik" adı verilen bu uygulamaları *işkence* olarak değerlendirmemiş, ancak bu teknikleri *insanlık dışı ve onur kırıcı muamele* olarak kabul etmiştir⁵³. Aradan geçen yıllar Mahkemenin görüşünü kısmen değiştirmiş ve işkence çitasını aşağılara çekmiştir. Beş teknik adı verilen uygulamalardan daha hafif nitelikteki sorgulama tekniklerini dahi Mahkeme artık *işkence* olarak nitelemektedir.⁵⁴ Bu bağlamda Mahkemenin bazı kararlarına kısaca bakmak gerekirse:

- Mağdurun çırıl çıplak soyularak, elleri arkadan bağlı bir biçimde kollarından asıldığı "Filistin askısı" olarak adlandırılan yöntemin "işkence" olarak nitelenebilecek ağır ve zalimce bir muamele olduğu belirtilmiştir.⁵⁵
- Mağdurun gözaltında tutulduğu sırada gözlerinin bağlandığını, dövüldüğünü, soyulduğunu, bir tekerlek içine oturtularak üzerine tazyikli su sıkıldığını ve tecavüze uğradığını belirleyerek maruz kalınan fiziksel ve psikolojik şiddet fiillerinin ve özellikle de tecavüzün "işkence" olduğu belirtilmiştir.⁵⁶
- Mağdurun soruşturma aşamasında soğuk ve karanlık bir hücreye konul-

⁵² Affaire Saya ve Diğerleri c. Turquie, Requête no: 4327/02, 7 Octobre 2008

⁵³ Affaire Irlande c. Royaume-Uni Requête no: 5310/71, 18 Janvier 1978,

⁵⁴ Affaire Akkoç c. Turquie, Requête no: 22947/93 et 22948/93, 10 Octobre 2000 ;Affaire Selmouni c. France Requête no: 25803/94, 28 Juillet 1999 ;Affaire İlhan c. Turquie, Requête no: 22277/93, 27 Juin 2000; Affaire Dikme c. Turquie, Requête no: 20869/92, 11 Juillet 2000 ; Affaire Mahmut Kaya c. Turquie, Requête no: 22535/93, 28 Mars 2000

⁵⁵ Affaire Aksoy c. Turquie, Requête no: 21987/93, 18 Décembre 1996, p. 60

⁵⁶ Affaire Aydın c. Turquie, Requête no: 57/1996/676/866, 25 Septembre 1997, p.75

duğu, gözlerinin bağlandığı ve sorgulanması sırasında meydana gelen yaralarının tedavi edilmeksizin hücrede tutulduğu uygulamanın “insanlık dışı ve onur kırıcı” olduğu belirtilmiştir.⁵⁷

Mağdura gözaltında elektrik şoku verildiği, sıcak ve soğuk su tazyiki uygulandığı, kafasına darbe aldığı, psikolojik baskı uygulandığı, çocuklarına kötü muamelede bulunduğu, “travma sonrası stres bozukluğu” teşhisi ile tıbbi tedaviye gereksinimi bulunacak şekilde uzun süreli yoğun korku ve endişeye maruz bırakıldığı ağır acı veren zalimane uygulamanın “işkence” olduğu belirtilmiştir.⁵⁸

- Mağdurların gözaltında soyuldukları ve çıplak olarak kendilerine hortumla soğuk su tazyiki uygulandığı fiziksel ve manevi şiddetin “işkence” olduğu belirtilmiştir.⁵⁹
- Mağdurun beyin fonksiyonlarında uzun süreli bozulmaya, yürüme ve konuşmasında bozukluklar oluşmasına yol açacak şekilde gözaltında tekmelendiği, dövüldüğü, kafasına G3 tüfeğinin namlusu ile vurulduğu, uygulamanın “işkence” olduğu belirtilmiştir.⁶⁰
- Mağdurun Terörle Mücadele Şubesinde 12 gün boyunca gözaltında tutulduğunu ve avukatıyla görüştürülmediğini, başvuru sahibinin vücudunda tespit edilen yaralanmaların gözaltına alınma tarihinden önceki bir döneme uzandığını hiç kimsenin iddia etmediğini, yaralanmanın nedenine ilişkin olarak Hükümetin hiçbir açıklama yapmadığını belirten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, polis memurları kişilerin durumuyla ilgili hesap verebilirlik yükümlülüğünden kurtarmadığını ve dolayısıyla Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edildiğini kararında açıklamıştır. Başvurucunun ceza davasında beraat etmiş olmasının davalı devleti kontrolü altındaki kişilerin durumuyla ilgili hesap verebilirlik yükümlülüğünden kurtarmadığını ve dolayısıyla Sözleşme’nin 3. mad-

⁵⁷ Affaire Tekin c. Turquie , Requête no: 52/1997/836/1042, 9 Juin 1998, p. 53

⁵⁸ Affaire Akkoç c. Turquie, Requête no: 22947/93 et 22948/93, 10 Octobre 2000, p. 116

⁵⁹ Affaire Elci Et Outres c. Turquie, Requête no: 23145/93 et 25091/94, 13 Novembre 2013, p. 47

⁶⁰ Affaire İlhan c. Turquie, Requête no: 22277/93, 27 Juin 2000, p. 86

desinin ihlal edildiğini kararında açıklamıştır.⁶¹

Gözaltı ve cezaevi ile ilgili ihlal kararları sadece doğrudan fiziki müdahaleler ile ilgili değildir. Tedavi görmek mecburiyetinde olan her şüpheli veya hükümlünün terör örgütü üyesi olsa dahi bu ihtiyacı devlet tarafından giderilmek zorundadır. Demir parmaklıklar ardındaki bir kişinin kendi imkânlarıyla tedavi görmesi elbette ki mümkün değildir, dolayısıyla devletin burada bir yükümlülüğü doğmaktadır. Yakın tarihli bir kararda böbrek rahatsızlığı bulunan bir hükümlünün isteğine rağmen yıllar boyunca devlet tarafından tedavi ettirilmemesi ve acı içinde yaşamaya mecbur bırakılmasını Mahkeme, insanlık dışı muamele olarak değerlendirmiş ve 3. maddenin ihlal edildiğini saptamıştır.

Mahkemenin önüne sıkça gelen bir diğer durum da, mahkûmun tek başına hücrede tecrit edilmesidir. Bu durumda mahkeme devletlere biraz daha takdir yetkisi tanımış ve tecrit durumlarını genellikle ihlal olarak değerlendirmemiştir.⁶²

Soyunarak üst araması yapılması da bazı durumlarda onur kırıcı olabilir⁶³. Mahkemeye göre; soyunarak üst araması yapılması, cezaevi güvenliğinin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi bakımından zaman zaman gerekli olabilir, ancak uygulama doğru şekilde yapılmalıdır. Bir erkek mahkûmu, bir kadının önünde çıırılçıplak soyunmaya zorlamak, ayrıca cinsel organını elleme, bu kişiye karşı yapılmış saygısızlıktır ve haysiyetini zedeler. Mahkeme; bu uygulamanın, mağdurda acı ve aşağılık duyguları uyandırdığını ve küçük düşürerek alçalttığını belirterek, 3. madde kapsamında onur kırıcı muamele olduğunu kabul etmiştir.⁶⁴

Bu konudaki ilginç bir örnek de, açlık grevi yapan mahkûmlarla alakalıdır. Cezaevinde açlık grevi yapan bir hükümlünün zayıf düşmesi nedeniyle cezaevi yönetimince zorla beslenerek tedavi edilmesi, kendisine zarar vermemesi

⁶¹ Affaire Esen c. Turquie, Requête no: 29484/95, 22 Juillet 2003

⁶² Affaire Kröcher et Möller c. Suisse, Requête no: 8463/78, 9 Juillet 1981; Affaire G . Ensslin, A . Baader et J . Raspe c. République Fédérale D'Allemagne, Requêtes no: 7572/76, 7586/76 et 7587/76, 8 Juillet 1978; Affaire Ramirez Sanchez c. France, Requête no 59450/00, 27 Janvier 2005

⁶³ İnanç İŞTEN, a.g.e. s. 249

⁶⁴ Affaire Valasinas c. Lituanie, Requête no 44558/98, 24 Juillet 2001, p. 114

için ellerine kelepçe takılıp güvenlik yatağına bağlanması, 3. madde kapsamında başvuru konusu olmuştur. Mahkeme bu gibi koşullarda özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere yönelik uygulamalarda daha özenli bir denetim gerektiğini belirtmekle birlikte, kararında, tıp biliminin gereklerine ve yerleşik kurallarına öncelik vermiştir. “Kendileri hakkında karar vermekten yoksun olan hastaların bedensel ve ruhsal sağlığının korunması için tıp biliminin kurallarına göre zorla uygulanması gereken önlemlerin, bu gereklilik sınırları içinde kalmaları koşuluyla uygulanmalarının, 3. madde bağlamında insanlık dışı ve onur kırıcı davranışlar sayılmayacağını” kararlaştırmıştır.⁶⁵

ii. Yeterli ve Etkili Soruşturma

Tüm modern devletler, iç hukuklarında işkence, insanlık dışı muamele ve onur kırıcı davranışları kesin olarak yasaklamışlardır. Lakin özellikle terörle mücadele konusunda alınan sert önlemler, devletleri kendi yasaklarını çiğnemeğe itmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. maddesi, devlete Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlükleri yargı yetkisi içinde bulunan herkes için güvenceye alma yükümlülüğünü yüklemiştir. Bu madde; 3. madde ile birlikte okunduğunda, haksız bir kötü muamelenin sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılması için etkili bir resmi soruşturma yapılması gerekliliğini de zımnen içermektedir.⁶⁶ Nitekim Mahkeme; bu tür bir soruşturmanın yapılmaması veya soruşturma sonucunda sorumluların cezalandırılmamasının, işkence ve aşağılayıcı muamelenin yasaklanması gibi uygulamaları etkisiz hale getireceğini ifade etmektedir.⁶⁷

1994 tarihli bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında, doktor raporlarını ileterek savcıya işkence gördüğünü bildiren başvurucunun iddiası ile ilgili olarak, savcının başvurucudan başka bir bilgi istemediği ve polislerin ifadelerini almadığı ve şikâyetin özü hakkında tıbbi delili soruşturma ihtiyacı duyması için yeterli bulmadığı uygulamada, işkence iddiasında “yetersiz soruşturma” gerekçesiyle sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁶⁸

⁶⁵ Affaire Herczegfalvy c. Autriche, Requête no: 10533/83, 24 Septembre 1992

⁶⁶ H. Mehmet GÜDÜL, a.g.e. s. 157

⁶⁷ Affaire Labita c. Italie, Requête no: 26772/95, 6 Avril 2000, p. 131

⁶⁸ Affaire Sevtap Veznedaroğlu c. Turquie, Requête no: 32357/96, 11 Avril 2000,

Yine benzer şekilde 2003 ve 2004 tarihli iki kararda da Türkiye aleyhine sonuç çıkmış ve Mahkeme, kamu organları tarafından yeterli soruşturma yapılmadığından bahisle başvuru sahibinin insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye tabi tutulduğuna ve 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁹

iii. Sınır dışı Edilme ve Suçluların İadesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, sınır dışı edilen ya da geri verilen bir kişinin gönderildiği ülkede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesine aykırı bir muameleyle karşılaşma riski varsa, terör zanlısının adalete teslim edilmesi gereği olsa bile sözleşmeye taraf bir devletin bu kişiyi sınır dışı etmekten ya da geri göndermekten kaçınması zorunluluk arz etmektedir. Aksi durum, sınır dışı etme ya da geri verme kararını alan devletin sözleşmeye göre sorumluluğuna yol açmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişinin gönderildiği ülkede kötü muameleye uğrayacağı yönünde "*gerçek bir tehlike*" ile karşılaşacağına dair önemli sebeplerin var olduğuna ikna olması halinde, devletin 3. maddeye göre sorumlu olacağı ilkesini benimsemiştir.

Mahkeme, ilk kez Soering kararında; sınır dışı eden devletin Sözleşme çerçevesinde sorumluluk taşıyacağı yönünde karar vermiştir. Mahkeme'ye göre; söz konusu kişinin iade edilmesi halinde, iade talep eden ülkede gerçekten işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulma riskiyle karşılaşacağına inanmak için önemli sebepler mevcut ise, o devletin sorumluluğu doğabilir. Soering davasında; cinayet suçu zanlısı olan başvuru-cunun, İngiltere'den ABD'ye iade edilmesi halinde, ölüm cezasına mahkûm edilmesi ihtimalinin çok yüksek olması, suçu işlediğinde 18 yaşın altında olması, o andaki ruhsal durumu ve özellikle davanın görüleceği Virginia eyaletinde idamdan önceki 6-8 sene süren "ölüm koridoru" bekleyişi⁷⁰, Mahkeme'yi olaydaki koşulları insanlık dışı ve küçültücü muamele olarak değerlendirmeye sevk etmiştir. Mahkeme, bu koşullardaki iadenin, 3. maddeyi ihlal edeceğine hükmetmiştir.⁷¹

⁶⁹ Affaire Hulki Güneş c. Turquie, Requête no: 28490/95, 19 Juin 2003 ; Affaire Sadık Öner c. Turquie, Requête no: 28520/95, 8 Janvier 2004

⁷⁰ A. Emre ÖKTEM, a.g.e. s. 298

⁷¹ Affaire Soering c. Royaume-Uni, Requête no: 14038/88, 7 Juillet 1989

Mahkeme'ye göre; geçmişte imzalanmış suçluların iadesi antlaşmaları veya ulusal güvenlik güçlerinden kaçan terör zanlılarının adalete teslim edilmesinin gerekliliği gibi faktörler bulunsa bile, bir devletin bir kişiyi, kötü muameleye tabi tutulacağı konusunda gerçek bir riskin bulunduğu başka bir ülkeye göndermeme sorumluluğu bulunmaktadır⁷².

iv. Diğer

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, terörle mücadele kapsamında dahi olsa evlerin yakılarak tahrip edilmesinin, barınaksız kalan ve bu nedenle sıkıntı ve eziyet içine düşen başvuruçuların, güvenlik ve refahını tamamen göz ardı eden kasıtlı bir tahrip ve şiddet eylemi olduğu sonucuna varmış ve bu muameleleri, 3. madde kapsamında insanlık dışı muamele olarak kabul etmiştir.⁷³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, 3. madde kapsamında Türkiye ile ilgili vermiş olduğu kararlardan özellik arz eden önemli bir örnek de, PKK terör örgütünün lideri Öcalan hakkındadır. Mahkeme bu davada, adil olmayan yargılama sonucunda ölüm cezasına karar verilmesini, 3. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre; *"Sözleşme'nin 2. maddesinde ölüm cezası yer almasına karşın, keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakma yasaklanmıştır. Ölüm cezasına hükmetmeye yetkili mahkemenin, bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Adil olmayan bir yargılama, adil olmayan ölüm cezasının infaz edileceği kaygısı uyandıracığından, ölüm cezasının verilmesi, insanlık dışı muamele olarak görülebilir."* Bu genel değerlendirmeler ışığında Mahkeme, başvurunun somut koşullarını incelemesi sonucunda; Öcalan'a verilen ölüm cezasının infaz edilme gerçek tehlikesinin bulunduğunu ve Öcalan'ın üç yıl boyunca bu cezanın infaz edilme tehlikesinden dolayı sıkıntı duymak zorunda kaldığını belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, aynı kararında Öcalan'ın adil biçimde yargılanmadığına ve 6. maddenin ihlal edildiğine ilişkin tespitine dayanarak, adil olmayan bir yargılama sonucunda verilen ölüm cezasının, *"insanlık dışı mua-*

⁷² Affaire Chalal c. Royaume-Uni, Requête no: 22414/93, 15 Novembre 1996; Affaire Jabari c. Turquie, Requête no: 40035/98, 11 Juillet 2000; Affaire Mamatkulov et Askarov c. Turquie, Requêtes no: 46827/99 et 46951/99, 4 Février 2005

⁷³ Affaire Selçuk et Asker c. Turquie, Requête no: 12/1997/796/998-999, 24 Avril 1998; Affaire Yöyler c. Turquie, Requête no: 26973/95, 24 Juillet 2003

mele” oluşturduğu görüşüne varmıştır⁷⁴.

V. SONUÇ

Terörizm, insanlığın yüzyıllardan beri en büyük düşmanlarından biridir. Terörizmin tarihi çok eski devirlere dayanmasına rağmen, uluslararası tehdit edici kimliğini yakın zamanda kazanmıştır. Özellikle 11 Eylül 2001 tarihi bir dönüşümün miladı olmuştur ve terörizm uluslararası boyuta taşınmıştır. Bu boyut değiştirme sonucu, terörizmin önemi bir hayli artmış ve dünya üzerinde bir mücadele uyanışı gerçekleşmiştir. Sistematik ve organize bir şekilde hareket eden terör örgütlerine karşı mücadele etmek elbette ki çok güçtür. Bunun bilincinde olan devletler de işbirliği yapma yoluna gitmeye başlamıştır.

Tüm bu olayların neticesinde terörle mücadelenin şekli ve dozajı nasıl olmalıdır sorusu, yoğun bir şekilde tartışılmaya başlanmıştır. Terörizmin salt bir güvenlik sorunu olmadığı açıktır. Dolayısıyla terörizmi doğuran sosyolojik ve kültürel dinamikler mutlaka irdelenmeli, mevzuya sadece askeri mücadele açısından bakılmamalıdır. Nitekim ülkemizde de uzun yıllar boyunca terörle mücadele edilmiş, lakin kesin bir çözüme varılamamıştır. Bunun en büyük sebebi de sadece askeri müdahalelerle sorunun çözülebileceği kanısındır. Elbette ki mücadelenin en önemli kısmı askeri müdahale boyutudur, ancak bunun yanında başta eğitim ve kültürel etkileşimin artırılması olmak üzere diğer yöntemler de denenmelidir. Terör örgütlerinin en büyük sermayesi, davasına kendilerini adanmış üyeleridir. Dolayısıyla üye kazanımını durduramadıktan sonra, mücadele çoğu zaman beyhude olacaktır. Sahada silahlarla mücadele edildiği kadar terör sorununu doğuran ideolojiyle de düşünsel bazda mücadele edilmelidir ve sorunu kökten çözmeye odaklanılmalıdır.

Mücadelenin dozajı meselesine gelince, hayatın her alanında uygulanması elzem olan insan hakları ve hukukun evrensel ilkeleri terörle mücadele mevzusunda da uygulanmalıdır. Elbette ki adi suçlularla mücadele edildiği gibi terörle mücadele edilemez. Haliyle daha sert tedbirler alınması zorunludur. Lakin bu sert tedbirler de belli bir ölçülülük içinde olmalıdır ve sınırları belirlenmelidir. Burada önemli olan güvenliğin sağlanması ve insan haklarının korunması

⁷⁴ Affaire Öcalan c. Turquie, Requête no: 46221/99, 12 Mars 2003

dengesinin kurulabilmesidir. Güvenlik adına her türlü hak ve özgürlüğün feda edilmesi kabul edilemeyeceği gibi, terörden kaynaklanan güvenlik sorunlarını göz ardı edilmesi de kabul edilemez. Bu dengenin sağlanabilmesi, kabul edilmelidir ki, hiç de kolay bir mesele değildir. Güvenliğin sağlanması devletin asli vazifelerinden biridir. Ayrıca temel hak ve özgürlüklerin korunması da ancak barış içinde huzurla yaşayan toplumlarda mümkündür. Haliyle devletin, terörle mücadele konusunda bazı hak ve özgürlükleri kısıtlaması mecburiyeti doğmaktadır. Bu yapılırken en başta dikkat edilmesi gereken nokta ise, terörü önlemek ve terörle mücadele etmek uğruna, hukuk devleti ilkelerinin ve demokrasinin kazanımlarının feda edilmemesidir.

Terörle mücadele ederken, sınır tanımamak terör örgütlerine yarar sağlamaktadır. Bu durum onların meşruiyet kazanmalarına zemin hazırlarken, aynı zamanda mağdur duruma düşürüp kamuoyunda destek bulmasına ve tabanını güçlendirmesine neden olmaktadır. Öte yandan bu durum ülkenin uluslararası saygınlığını zedelemekte, zaman zaman da yaptırımlarla karşı karşıya kalması tehlikesini doğurmaktadır.

Terörle mücadelenin en zor yanlarından biri istihbarat toplama faaliyetleridir. Dolayısıyla yakalanmış terör örgütü üyelerini konuşurabilmek için bazı gayri insani muamelelerin yapılması sorunu ortaya çıkabilir. Nitekim de Türkiye bir zamanlar işkence yöntemine başvurmuş, sonucunda da defalarca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce mahkûm edilmiştir. Son zamanlarda tüm dünyada terörle mücadele konusunda gelişme olarak adlandırılabilir bazı değişimler yaşanmıştır. Bu gelişme, ülkemizde de açıkça gözlenmektedir. Özellikle 2000'li yılların başından itibaren, bazı uluslararası sözleşme hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları doğrultusunda, Anayasa başta olmak üzere birçok mevzuatta önemli değişiklikler yapılmış, aynı doğrultuda, uygulamada yaşanan aksaklıkların giderilmesi için çeşitli tedbirler geliştirilmiş, güvenlik güçleri ile yargı mensuplarının eğitiminde insan hakları konusuna daha fazla önem verilmeye başlanmıştır. Ancak ülkemizde halen insan hakları ihlalleri yaşanmakta olduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Türkiye aleyhine ihlal kararları vermeye devam etmektedir. Bu durum, daha çok devlet ajanlarının keyfi uygulamalara devam etmelerinden kaynaklanmaktadır.

Bilinçlenmenin ve devlet personelinin eğitimlerinin artırılmasından sonra bu sorunun da çözülebileceği muhakkaktır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

ACAR, Ünal; **A'dan Z'ye Terörizm**, Kripto Yayınları, Ankara, Birinci Baskı, 2012

AYDIN, Nurullah; **Küresel Terör ve Terörizm**, Kumsaati Yayınları, İstanbul, Dördüncü Basım, 2009

BAL, İhsan; ÖZEREN, Süleyman; **Dünyadan Örneklerle Terörle Mücadele**, USAK Yayınları, Ankara, Üçüncü Baskı, 2012

BAŞER, Murat; **Günümüzde İnsancıl Hukuk Ve İnsan Haklarının Korunması Sorunu**, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2012

BEŞE, Ertan; **Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları**, Ankara, Seçkin Yayınları, Birinci Baskı, 2002

ÇEÇEN, Anıl; "İnsan Hakları Ve İnsancıl Hukuk", **Prof.Dr.Aydın Zevkliler'e Armağan**, Journal of Yasar University, 2013, Cilt I 809-830

GARAMONE, Jim; "Geneva Convention Applies to Taliban, not Al Qaeda" <http://www.defense.gov/news/newsarticle.aspx?id=43960> erişim tarihi:14.05.2014

GÜDÜL, H. Mehmet; **Anayasa Mahkemesi Kararları Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Doğrultusunda Terörle Mücadele**, Adana, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Yüksek Lisans Tezi, 2007

İLBİZ, Ethem; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türkiye'nin Terörle Mücadelede İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Polis Akademisi Güvenlik Bilimler Enstitüsü Uluslararası Güvenlik Anabilim Dalı Yüksek Lisan Tezi, 2009

İnsan Hakları Ve Terörle Mücadele, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayınları, 2011, www.kdgm.gov.tr/snetix/solutions/kdgm/resources/uploads/turkce.pdf, erişim tarihi: 03.05.2014

İŞTEN, İnanç; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Sınırlandırılması**, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Tezi, 2010

KAYA, İbrahim; **Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk**, USAK Yayınları, Ankara, Birinci Baskı, 2005

KEDİKLİ, Umut; “Avrupa Birliği’nin Terörizmle Mücadele Politikaları ve Hukuki Boyutu”, **Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi**, Cilt 2, No: 7, 2006

KURANOĞLU, Oğuzhan; **Haziran 2005 Sonrası Hayata Geçirilen Yasal Düzenlemelerin Terörle Mücadeleye Etkisi Terörle Hukuksal Alanda Mücadelede Geline Son Durum Soruşturma Hukukunda Hatay Örneği**, İstanbul, Yıldız Teknik Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2010

ÖKTEM, A. Emre; **Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, İstanbul, Derin Yayınları, İkinci Basım, 2011

Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l’Europe sur les droits de l’homme et la lutte contre le terrorisme, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=830461&Site=COE>, erişim tarihi: 02.05.2014

SEELYE, Katharine Q.; “A NATION CHALLENGED: THE PRISONERS; First ‘Unlawful Combatants’ Seized in Afghanistan Arrive at U.S. Base in Cuba” <http://www.nytimes.com/2002/01/12/world/nation-challenged-prisoners-first-unlawful-combatants-seized-afghanistan-arrive.html> erişim tarihi:14.05.2014

SÜMERCAN, Mustafa Murat; **Uluslararası Terörizm Ve PKK Terör Örgütü (1980’den Günümüze)**, Kırıkkale, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2010

ŞENEL, Fatih; **Avrupa Birliği Güvenlik Politikaları Kapsamında Terör İle Mücadele Yöntemleri**, Ankara, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2012

TANGÖR, Burak; SAYIN, Sevinç; “Avrupa Birliği’nin Terörizmle Mücadele Stratejisi: Yeni Bir Bütünleşme Alanı Mı?”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 11, No:1, 2012

TAŞDEMİR, Fatma; “İnsan Hakları Hukuku Ve İnsancıl Hukuk Açısından Türkiye’nin Ayrılmış Terör Örgütü PKK İle Mücadelesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 1, 2012

TAŞDEMİR, Fatma; **Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 1. Baskı, 2009

TAŞDEMİR, Fatma; **Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi**, USAK Yayınları, Ankara, 1. Baskı, 2006

TACAR Pulat Y.; **Terör ve Demokrasi**, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1. Basım, 1999

TOPAL, Ahmet Hamdi; **Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı**, Beta Yayınları, İstanbul, Birinci Baskı, 2005

ZERROUGUİ, Leila et al.; Situation of the Detainees at Guantánamo, U.N. Doc. E/CN.4/2006/120 (2006) <http://www1.umn.edu/humanrts/guantanamo2006.html> erişim tarihi:14.05.2014

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Affaire Akkoç c. Turquie, Requête no: 22947/93 et 22948/93, 10 Octobre 2000

Affaire Aksoy c. Turquie, Requête no: 21987/93, 18 Décembre 1996

Affaire Aydın c. Turquie, Requête no: 57/1996/676/866, 25 Septembre 1997

Affaire Chalal c. Royaume-Uni, Requête no: 22414/93, 15 Novembre 1996

Affaire Dikme c. Turquie, Requête no: 20869/92, 11 Juillet 2000

Affaire Elci Et Outres c. Turquie, Requête no: 23145/93 et 25091/94, 13 Novembre 2013

Affaire Esen c. Turquie, Requête no: 29484/95, 22 Juillet 1003

G. Ensslin, A. Baader et J. Raspe c. République Fédérale D’Allemagne, Requêtes no: 7572/76, 7586/76 et 7587/76, 8 Juillet 1978

Affaire Herczegfalvy c. Autriche, Requête no: 10533/83, 24 Septembre 1992

Affaire Hulki Güneş c. Turquie, Requête no: 28490/95, 19 Juin 2003

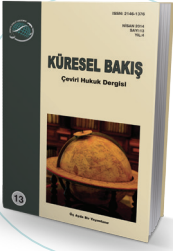
Affaire Jabari c. Turquie, Requête no: 40035/98, 11 Juillet 2000

- Affaire Irlande c. Royaume-Uni, Requête no: 5310/71, 18 Janvier 1978
- Affaire İlhan c. Turquie, Requête no: 22277/93, 27 Juin 2000
- Kröcher et Möller c. Suisse, Requête no: 8463/78, 9 Juillet 1981
- Affaire Labita c. Italie, Requête no: 26772/95, 6 Avril 2000
- Affaire Mahmut Kaya c. Turquie, Requête no: 22535/93, 28 Mars 2000
- Affaire Mamatkulov et Askarov c. Turquie, Requêtes no: 46827/99 and 46951/99, 4 Février 2005
- Affaire Mccann ve Diğerleri c. Royaume-Uni, Requête no: 18984/91, 27 Septembre 1995
- Affaire Öcalan c. Turquie, Requête no: 46221/99, 12 Mars 2003
- Affaire Ramirez Sanchez c. France, Requête no 59450/00, 27 Janvier 2005
- Affaire Sadık Öner c. Turquie, Requête no: 28520 / 95, 8 Janvier 2004
- Affaire Saya ve Diğerleri c. Turquie, Requête no: 4327/02, 7 Octobre 2008
- Affaire Selçuk et Asker c. Turquie, Requête no: 12/1997/796/998-999, 24 Avril 1998
- Affaire Selmouni c. France Requête no: 25803/94, 28 Juillet 1999
- Affaire Sevtap Veznedaroğlu c. Turquie, Requête no: 32357/96, 11 Avril 2000
- Affaire Soering c. Royaume-Uni, Requête no: 14038/88, 7 juillet 1989
- Affaire Tekin c. Turquie , Requête no: 52/1997/836/1042, 9 Juin 1998_
- Affaire Tomasi c. France Requête no: 12850/87, 27 août 1992
- Affaire Valasinas c. Lituanie, Requête no: 44558/98, 24 Juillet 2001
- Affaire Yöyler c. Turquie, Requête no: 26973/95, 24 Juillet 2003

AKADEMİ YAYINLARI

TAAD Dergisi

Türkiye Adalet Akademisi tarafından çıkarılan TAAD Dergisi TUBİTAK Ulakbim, Ebsco/Host ve Asos veri tabanlarında taranmakta olup 2014 yılında 16-17-18 -19 nci sayıları çıkarılmıştır.

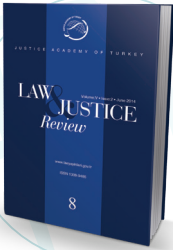
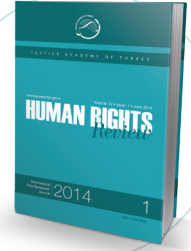


Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi

Türkiye Adalet Akademisi tarafından çıkarılan Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi Asos veri tabanında taranmakta olup 2014 yılında 12-13 - 14 -15 nci sayıları çıkarılmıştır.

Human Rights Review

Türkiye Adalet Akademisi tarafından çıkarılan Human Rights Review Dergisi Ebsco/Host veri tabanında taranmakta olup, 2014 yılında 7 nci sayısı çıkarılmıştır.

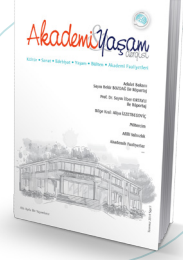


Law and Justice Review

Türkiye Adalet Akademisi tarafından çıkarılan Law and Justice Review Dergisi TUBİTAK Ulakbim, Ebsco/Host ve Cabell's Directories veri tabanlarında taranmakta olup, 2014 yılında 7 - 8 nci sayısı çıkarılmıştır.

Akademi & Yaşam Dergisi

Türkiye Adalet Akademisi tarafından çıkarılan kültür edebiyat yaşam dergisi olan Akademi & Yaşam Dergisinin 1. sayısı çıkarılmıştır.



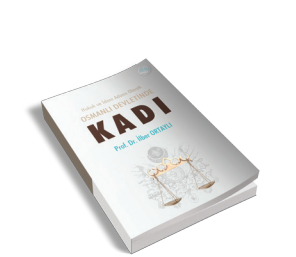
Akademi & Kürsü Dergisi

Türkiye Adalet Akademisi Tarafından Kürsüdeki Hâkim ve Savcılara Yönelik Çıkarılan Kültür Edebiyat Dergisinin 1. sayısı yayına hazırlanmaktadır.

Akademi 2014 Bülteni

2014 faaliyet bülteni yayına hıızrlanmaktadır.





1. **YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA ÇALIŞAN KAMU GÖREVLİLERİNİN DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA HUKUK BİRİMLERİNİN OLMASI GEREKEN GÖREV VE YETKİLERİ**
Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM – Arş. Gör. Gonca KOZANOĞLU
2. **FİYATLARI ETKİLEME SUÇU (TCK m. 237)**
Doç. Dr. Berrin AKBULUT
3. **AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ UYGULAMASINDA 15 VE 16 NOLU EK PROTOKOLLERLE ÖNGÖRÜLEN REFORM**
Doç. Dr. Said Vakkas GÖZLÜGÖL – Yrd. Doç. Dr. Yasin POYRAZ
4. **KARŞILAŞTIRMALI OLARAK TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU HAKKI (ANAYASA ŞİKÂYETİ)**
Doç. Dr. Tahsin ERDİNÇ
5. **VERGİ HUKUKU VE YARGILAMASINA AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA BİR ANALİZ**
Yrd. Doç. Dr. Gülay ARSLAN ÖNCÜ
6. **KOLLUĞUN SİVİL GÖZETİMİ**
Yrd. Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN – Havva ŞİMŞEK AKIN
7. **İMAR PARA CEZALARINA KARŞI AÇILAN DAVALARDA GÖREV SORUNU VE GÖREVE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN ÖLÇÜLÜLÜĞÜ**
Yrd. Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU
8. **AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA EĞİTİM HAKKI**
Dr. Abdullah ÇELİK
9. **BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BELGELERİNDE EĞİTİM HAKKI**
Dr. Recep KAPLAN
10. **FABRİKA AYARLARINA GERİ DÖNÜŞ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA EĞİTİM İDEOLOJİSİ**
Dr. Yunus HEPER
11. **TÂBİİYET HUKUKU KAPSAMINDA TEK ORTAKLI TÜRK VE YABANCI BANKALARIN DURUMU**
Arş. Gör. Ali ÖNAL
12. **ULUSLARARASI VERGİ HUKUKUNDA GERÇEK LEHDAR KAVRAMI**
Ahmet Emrah GEÇER
13. **SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE ZAPTIN HUKUKİ SONUÇLARI**
Cüneyt PEKMEZ
14. **ULUSLARARASI YARGILAMA FAALİYETLERİ BAĞLAMINDA ESKİ YUGOSLAVYA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**
Abdi SAĞLAM
15. **İNSAN HAKLARI HUKUKU VE İNSANCIL HUKUK ÇERÇEVESİNDE TERÖRLE MÜCADELEDE İŞKENCE YASAĞI**
Oğuz Gökhan AYDIN

Ahlathbel Kampüsü İncek Bulvarı 06095 Çankaya Ankara - TÜRKİYE
T. +90.312 489 81 80 F. +90.312 489 81 01
www.taa.gov.tr