

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: VI

SAYI: 1-2

YIL: 2011

**Haziran – 2011
KAYSERİ**

SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. İsmail KAYAR

SORUMLU MÜDÜR

İzzet DURGUT

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u> ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 38039 / MELİKGAZI- KAYSERİ	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 437 49 01 / 38000 <u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62 <u>E-MAİL</u> : hukukdergisi@erciyes.edu.tr
--	---

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak
yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Yayımlanması istenen makalelerin Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
4. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.
5. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.
6. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
7. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayımlanır.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. Murat DOĞAN
Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ
Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL
Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL
Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN
Yrd. Doç. Dr. Mete ERDEM
Öğr. Gör. Ömer ÇELEN
Arş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER
Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN
Arş. Gör. Musa İYİLER
Arş. Gör. İsmail ATAMULU
Arş. Gör. Harun BODUR

EDİTÖR

Prof. Dr. Murat DOĞAN Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof. Dr. İsmail KAYAR, Prof. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ, Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN, Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL, Yrd. Doç. Dr. Mete ERDEM, Öğr. Gör. Dr. Şükran EKECİK, Öğr. Gör. Dr. Akın ÜNAL, Öğr. Gör. Ömer ÇELEN, Arş. Gör. Aslı NANEÇİ ARICI, Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN, Arş. Gör. İsmail ATAMULU, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER, Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY, Arş. Gör. Musa İYİLER, Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL, Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR, Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN, Arş. Gör. Gülden ŞİŞMAN.

TEŐEKKÜR

**DERGİMİZİN C.V, S.1-2 BASILARINDA HAKEM OLARAK
KATKIDA BULUNAN AŞAĞIDA İSİMLERİ YAZILI SAYIN
ÖĞRETİM ÜYELERİNE TEŐEKKÜR EDİYORUZ*...**

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Prof. Dr. Murat ŐEN

Doç. Dr. Murat ÇAK

Doç. Dr. Ayhan DÖNER

Doç. Dr. Őaban KAYIHAN

Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY

Doç. Dr. Aziz TAŐDELEN

Yrd. Doç. Dr. Burak ADİGÜZEL

Yrd. Doç. Dr. Alpaslan AKARTEPE

Yrd. Doç. Dr. Şafak NARBAY

* DERGİDEKİ İSİM SIRALAMALARI UNVAN VE SOYADI ESAS ALINARAK
YAPILMAKTADIR

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

Yrd. Doç. Dr. Özge KARAEGE

Türk Ticaret Kanuna Göre Ticaret Unvanının Özel Olarak Korunması
(Özellikle yeni TTK m.52; eski TTK m. 54).....01

Yrd. Doç. Dr. Mustafa TÜYSÜZ

Halka Açık Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı.....33

Dr. Cenk AKİL

Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.2009 Gün ve E. 2009/2, K. 2009/3 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi.....57

Dr. Leyla AKYOL ASLAN

İcra İflas Kanunu Madde 89 Hükmüne Göre Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz.....93

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Cemil KAYA

Danıştay Kararları Işığında Kurumlar Arası ve Kurum İçi Geçici Süreli Görevlendirme.....123

Doç. Dr. Cemil KAYA

İdari Vesayet Makamının “Onay” İşleminin Hukuki Niteliği ve Sonuçları.....143

Assc. Prof. Dr. Kasım KARAGÖZ/ Zafer HASANOV

Privatization of Prisons: Pros and Cons.....159

Yrd. Doç. Dr. Mahmut AKPINAR

Türkiye’de Asker-Sivil İlişkilerinin Dengeye Ulaşması İçin Zaman Gereksinimi.....173

Yrd. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI

Türkiye Futbol Federasyonu’nun İdari ve Hukuki Yapısı Açısından Anayasa Mahkemesi Kararı ve Anayasa Değişikliği Işığında Tahkim Kurulu’nun Yapısına İlişkin Öneriler.....189

Dr. Nevzat SÖNMEZ

Önleyici Kolluk Hizmetleri Bağlamında Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’na Göre Polisin Durdurma Yetkisi213

Dr. Mustafa TAŞKIN

Türk ve Fransız Yargı Sisteminde Terör Suçlarının Soruşturulması ve Kovuşturulması.....267

Arş. Gör. M. Kerem OSMANOĞLU

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Yasağı ve Polisin Zor Kullanma Yetkisi.....287

Arş. Gör. Selman OZDAN

Reform of the United Nations Security Council315

Arş. Gör. Mehmet Ali ZENGİN

Çevre Hakkının Korunması ve Kimyasalların Zararlı Etkilerinin Önlenmesi Bakımından AB Kimyasalların Kaydı, Değerlendirilmesi ve Ruhsatlanması Düzenlemesi.....337

Arş. Gör. Mehmet Ali ZENGİN

Türk Anayasa Hukuku Bakımından Toplanma Hürriyeti.....355

CONTENTS

PRIVATE LAW

Assist Prof. Dr. Özge KARAEĞE

Special Protection of Trading Names in the Turkish Commercial Code (Especially Under Turkish Commercial Code Art.52; Previous Code Art.54).....03

Assist Prof. Dr. Mustafa TÜYSÜZ

Payment of Dividends by Public Limited Companies..... 33

Dr. Cenk AKİL

Decision (Number E. 2009/2, K. 2009/3 Dated 18.11.2009) of the Grand Chamber of the Turkish Supreme Court Relating To the Accountability of Judges.....57

Dr. Leyla AKYOL ASLAN

Appeal against the First Notice of Seizure According to Article 89 of the Insolvency Act.....93

PUBLIC LAW

Assc. Prof. Dr. Cemil KAYA

Temporary Appointment Between and Within State Departments in The Light of the Council of State Decisions..... 123

Assc. Prof. Dr. Cemil KAYA

The Legal Nature and Consequences of the Act of Approval by the Office of Administrative Guardian.....143

Assc. Prof. Dr. Kasım KARAGÖZ/ Zafer HASANOV

Privatization of Prisons: Pros and Cons.....159

Assist Prof. Dr. Mahmut AKPINAR

Time Needed to Re-Balance the Relations between the Military and Civilians in Turkey..... 173

Assist Prof. Dr. Serkan ÇINARLI

For The Structure Of The Arbitration Tribunal in The Light of A Decision of The Constitutional Court and Constitutional Amendment Concerning the Legal and Administrative Structure of The Turkish Football Federation.... 189

Dr. Nevzat SÖNMEZ

Power to Stop and Search in the Context of Preventive Security Services in the Police Duties and Authorizations Act.....213

Dr. Mustafa TAŞKIN

Preliminary and Criminal Investigations into Acts of Terror in the Legal Systems of Turkey and France.....267

Res. Asst. M. Kerem OSMANOĞLU

Prohibition of Torture and the Police Power to Use Force in the Jurisprudence of the European Court Of Human Rights.....287

Res. Asst. Selman OZDAN

Reform of the United Nations Security Council Introduction.....315

Res. Asst. Mehmet Ali ZENGİN

Protection of Right to Environment and Prevention of Hazardous Impacts of Chemicals in Terms of EU Registration, Evaluation and Authorization of Chemicals, REACH.....337

Res. Asst. Mehmet Ali ZENGİN

Freedom of Meeting in Turkish Constitution Law.....355

Özel Hukuk

TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE TİCARET UNVANININ ÖZEL OLARAK KORUNMASI (Özellikle yeni TTK m.52; eski TTK m. 54)*

*Yrd. Doç. Dr. Özge KARAEĞE**

Giriş

Her tacirin ticaret hayatında kullanmak zorunda olduğu bir isminin bulunması gerekir. Böylelikle tacirin diğer tacirlerden ayırt edilmesi sağlanmış olur. Yeni TTK'da¹ ticaret unvanının tanımına ilişkin bir düzenleme görmemekteyiz. Bununla birlikte ticaret unvanı yeni TTK m. 39-52 (eski TTK m. 41-54) ile Ticaret Sicili Tüzüğü m. 17-22 arasında düzenlenmiştir. Yeni TTK m.11/III'te (eski TTK m.11/II) ticari işletmeye dâhil malvarlığı unsurları sayılmıştır. Bu unsurlar arasında, ticaret unvanı da yer almaktadır.

Ticaret unvanının iki yönden önemi vardır. Öncelikle ticaret unvanı, tacirin ticari-hukuki kimliğini gösterir². Diğer yandan ticaret unvanı, tacirin ticari-ekonomik kimliği hakkında bilgi verir³. Ticaret unvanının bağlı olduğu işletmenin çevredeki durumu ile orantılı ekonomik değeri vardır. Ticaret unvanının hukuki yönü ise, tacirin korunmasını sağlar.

Çalışmamızda ticaret unvanı üzerindeki hak, üçüncü kişilerce ihlal edildiği takdirde TTK kapsamındaki özel korumadan yararlanabilmek için gerekli olan koşullar incelenecektir. Ayrıca, yeni Ticaret Kanunu'nun unvanın korunması hususunda getirdiği yenilikler eski Ticaret Kanunu ile karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir. Tüm bu incelemeler yapılırken gerekli görülen yerlerde ise, Alman Ticaret Kanunu'nun konuyla ilgili düzenlemeleri göz önünde bulundurulacaktır.

* Bu çalışma 14.2.2011 tarihli mevzuata göre hazırlanmıştır.

* Celal Bayar Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Yüksek Okulu.

¹ RG. T. 14.2.21011, S. 27846, metin için bkz., <http://tbmm.gov.tr/kanunlar/k6102.html> (1.2.2011).

² **Karayalçın, Yaşar:** Ticaret Hukuku I, Giriş-Ticari İşletme, Üçüncü Baskı, Ankara 1968, s.370; **Mimaroğlu, Sait Kemal:** Ticaret Hukuku Birinci Cilt İşletme Hukuku(Birinci Kısım-Ticaret Hukukunun Esasları-İkinci Kısım-Ticari İşletme), Genişletilmiş İkinci Bası, Ankara 1970, s.256.

³ **Karayalçın,** s.370; **Mimaroğlu,** s.256.

I. KAVRAM

Her gerçek kişinin bir ismi (öz ve soyadı) vardır. İsim üzerindeki hak şahsiyet haklarından ve bu hakkın üçüncü kişilere devredilmesi mümkün değildir, satılamaz, miras yoluyla başkasına intikal edemez; başkasına kiralanamaz⁴. Her gerçek kişinin ismi olduğu gibi her tacirin⁵ de ticari işletmesi dolayısıyla bir isme sahip olması gerekir⁶.

Ticaret unvanı Ticaret Kanunumuzda tanımlanmamıştır. Ancak yeni TTK m.39'daki (eski TTK m.41) düzenlemeden yararlanmak suretiyle bir tanım yapılabilmesi mümkündür. Buna göre ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesi ile ilgili işlemleri yaparken ve işletmesiyle ilgili senet ve diğer belgeleri imzalarken kullanmak zorunda olduğu isimdir (TTK m.39/I)⁷. Bu bağlamda ticaret unvanı, taciri tanıtmaya ve onu diğer tacirlerden ayırt etmeye yarar⁸. Böylece tacir ticaret unvanıyla tanınır⁹. Ayrıca, ticaret unvanı tek başına maddi bir değer taşımamakta; ancak bağlı olduğu ticari işletme ile birlikte bir değere kavuşmaktadır¹⁰. Yeni TTK m. 49/I (eski TTK m.51/I)

⁴ **Karayalçın**, s.369; **Mimaroğlu**, s.253-254.

⁵ Gerçek kişilerde tacir kavramı için bkz. TTK. m.14/I; tüzel kişiler için bkz. TTK. m.18; ayrıca TTK m.14/I ile TTK m.18/I arasındaki ilişki için bkz., **Arkan, Sabih**: Ticari İşletme Hukuku, On İkinci Tıpkı Basım, Ankara 2008, s. 117 vd.

⁶ Ticari ad müessesesinin getirilme nedenleri için bkz., **Karayalçın**, s.369-370.

⁷ Eski TTK m.41/I'e denk gelen yeni TTK m.39/I'e göre; "Her tacir ticari işletmesine ilişkin işlemleri ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır". Görüldüğü gibi burada yalnızca dilde sadeleşme yoluna gidilmiştir.

⁸ **İmregün, Oğuz**: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989, s.88; **Arkan**, s.251; **Karayalçın**, s.370; **Mimaroğlu**, s.256.

⁹ **Erem, Turgut S.**: Ticaret Hukuku Prensipleri, C.I, Yedinci Baskı, İstanbul 1977, s.152.

¹⁰ **Yongalık, Aynur**: "Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler-Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme", Batider, 2002, C.XXI, S.3, s.5; **Özdemir, Necdet/Kınacıoğlu, Naci**: Türk Ticaret Hukuku (Başlangıç Hükümleri), Genişletilmiş Beşinci Baskı, Ankara 1984, s.118; eski TTK'da ticaret unvanı ile ticari işletme arasındaki bağ kuvvetlenmiştir (TTK m.51/II); zira bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, unvanın dahi devrini tazammum eder, bu yönde bkz., **Karayalçın**, s. 373; bu doğrultudaki düzenleme için bkz., yeni TTK m. 49/II.

gereği ticaret unvanlarının ticari işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceği hükmü bu durumu ortaya koymaktadır.

HGB § 17/I'e göre ticaret unvanı, bir tacirin ismi olup bu isim altında işlemlerini yürütür ve imzasını kullanır. Böylelikle ticaret unvanı ticari işletmeyi ifade etmemekte, bu işletmeyi işleten taciri belirtmektedir¹¹. Tacir, ticaret unvanı altında dava açabilir ve dava edilebilir (HGB § 17/II). Bu da demek oluyor ki, tacir davanın tarafı olarak ticaret unvanı aracılığı ile gösterilebilir¹². HGB § 17/I'e göre, sadece tacirler ticaret unvanı kullanabilirler.

II. SİSTEMLER

Ticaret unvanı dolayısıyla ortaya çıkan birtakım menfaatlerin dengeli olarak uzlaştırılması bakımından çeşitli sistemler vardır. Ticaret unvanının seçimi, aynen devri, miras yoluyla intikali, yeni ortak alındığında eski unvanın devam edip etmeyeceği gibi durumlarda değişik ülkelerde üç ayrı sistem mevcuttur¹³.

A. SERBESTİ SİSTEMİ

Bu sisteme göre, gerçek ya da tüzel kişi tacirler ticaret unvanlarını diledikleri gibi seçebilirler¹⁴. Herhangi bir kısıtlamaya tabi değildirler. Bu sistem, İngiliz ve Amerikan hukukunda benimsenmiştir.

Alman Ticaret Kanunu'nun ticaret unvanına ilişkin hükümleri 1.7.1998 yılında yürürlüğe giren "Ticaret Hukuku Reform Kanunu"¹⁵ ile

¹¹ **Canaris, Claus-Wilhelm**, Handelsrecht, 24. Auflage, München 2006, s.182; **Hopt, Klaus J/Merkt, Hanno/Baumbach, Adolf**: Handelsgesetzbuch, Band 9, 34. Auflage, München 2010, §17 Rn 4; **Heidinger, Andreas/Huene, Gerrick v. Hoyningen/Krafka, Alexander/Krebs, Peter/Karsten, Schmidt/Thiessen,Jan**: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, 3. Auflage, München 2010, §17 Rn 3- 4.

¹² **Canaris**, s.182; **Heidinger/ Huene/Krafka/ Krebs/ Karsten/Thiessen**, §17 Rn 3- 4.

¹³ **Baştuğ, İrfan/Erdem, Ercüment**: Ticari İşletme Hukuku Ders Notları, Ankara 1993, s.101.

¹⁴ **Baştuğ/Erdem**, s. 101; **Karayalçın**, s. 371; **Özdemir/Kınacıoğlu**, s. 117; **Arkan**, s. 251; **Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi**, Ticari İşletme Hukuku, On İkinci Tıpkı Bası, İstanbul 2007, s. 326; sistem hakkında detaylı bilgi için bkz., **Boyacıoğlu, Cumhur**: Ticaret Unvanı, Birinci Bası, Ankara 2006, s. 32-36.

¹⁵ "Handelsrechtsreformgesetz".

değiştirilmiştir. Bu reformun ağırlık merkezini tacir kavramı ile ticaret unvanı alanındaki değişiklikler oluşturmaktadır¹⁶. Bu reform ile ticaret unvanı hukuku bir taraftan önemli ölçüde liberalleşmekte iken diğer taraftan gerçek kişi tacirlere ve ticaret şirketlerine alenilik yükümlülüğü (*Publizitätspflichten*) getirilmektedir¹⁷.

HGB § 18/I'e göre ticaret unvanı, taciri tanıtmaya uygun olmalı ve ayırt edici niteliğe sahip olmalıdır. İkinci fıkrada ticaret unvanının yanıltıcı nitelikte olmaması gereği hükme bağlanmıştır. Bu koşullar tüm tacirler için getirilmiş olan genel koşullardır. Bu koşulların sağlanmasıyla ticaret unvanlarının oluşumunda serbesti sistemine geçilmiştir. Diğer bir deyişle tacirler, herhangi bir ayırım yapılmaksızın kişi, konu, fantezi veya bunların bir arada bulunduğu karma ticaret unvanlarından birisini genel koşullara uymak kaydıyla seçebilirler¹⁸. Gerçek kişi tacirler açısından HGB § 19/I b. 1'de ticaret unvanlarına "tescil edilmiş tacir"¹⁹ ibaresinin bulunmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca tacirin bütün mektuplarında ticaret unvanının kullanılması zorunludur (§ 37a/I). Bu iki düzenlemenin getiriliş amacı, toplumsal ilişkilerin korunması ile ticaret unvanı hukuku alanındaki liberalleşmenin sonucu olarak doğan aldatma riskinin önlenmesidir²⁰.

Kollektif ve Komandit şirketlerde HGB § 19/I b. 2,3'e göre, şirket türünü belirten ibare veya bunun yerine genel anlaşılabilir bir kısaltmanın ticaret unvanı için yeterli olduğu düzenlenmiştir²¹. Tabii ki böyle bir unvan

¹⁶ **Körber, Torsten**: "Änderungen im Handels-und Gesellschaftsrecht durch das Handelsreformgesetz", Jura 1998, Heft 9, s. 452; **Schmidt, Karsten**: "Das Handelsrechtsreformgesetz", NJW 1998, Heft 30, s. 2161; **Canaris**, s. 18. Yalnız burada şunu da ifade etmek isteriz ki bu kanunla Ticaret Kanunu dışında diğer pek çok kanunda da değişikliklere gidilmiştir. Ayrıca, Ticaret Kanunu'nda ticaret unvanı ve tacir kavramı dışında başka konularda da değişiklikler yapılmıştır (bu konuda bkz., **Yongalık**, s.6 dn. 4).

¹⁷ **Körber**, s. 455; **Canaris**, s. 184; **Schmidt**, Handelsrechtsreformgesetz, s. 2161.

¹⁸ **Yongalık**, s. 7; **Arkan**, s.251 dn. 3; **Canaris**, s. 184; **Körber**, s. 455; **Schmidt**, Handelsrechtsreformgesetz, s. 2167.

¹⁹ "eingetragener Kaufmann", "eingetragene Kauffrau"; veya anlaşılabilir bir kısaltma da kullanılabilir. Kanuna göre özellikle, "e.K", "e.Kfm", "e.Kfr" bu kısaltmalardandır.

²⁰ **Körber**, s. 455.

²¹ Şirket türünü gösteren eklerin kullanılması zorunluluğunun şeffaflık ilkesini kuvvetlendirdiği yönünde bkz., **Yongalık**, s.11; **Koller, Ingo/Roth, Wulf**

genel koşullara uymak zorundadır²². Limited, anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde şirket türüne ilişkin ibarelerin veya bunlar yerine genel anlaşılabilir bir kısaltmanın ticaret unvanı için yeterli olduğu düzenlenmiştir(GmbHG § 4, AktG § 4, AktG § 279/I).

B. GERÇEKLİK SİSTEMİ

Ticaret unvanının, ticari işletmeyi işleten kişiyi tam olarak yansıtmaması gerekir. Bir başka deyişle, unvanın gerçek kişi tacirlerde tacirin adını göstermesi ve ticaret şirketlerinde şirketin hukuki şekline uygun olması zorunludur²³. Bu sistem Fransa'da uygulanmaktadır.

C. KARMA SİSTEM

Bu sistemde kural olarak gerçeklik sistemi kabul edilmiştir. Ancak, ticaret unvanının sürekliliğini sağlamak ve kazanılmış birtakım durumları korumak amacıyla sonradan meydana gelen değişiklikler ticaret unvanında değişiklik yapılmasını gerektirmez²⁴. Türk hukukunda bu sistem geçerlidir.

III. TİCARET UNVANININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Ticaret unvanı, isim üzerindeki hakka benzer yapısından dolayı mutlak haklardandır²⁵. Ticaret unvanının içeriği açısından ise hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu tartışma, kabul edilen sistemlerin değişikliğinden kaynaklanmaktadır²⁶.

Henning/Morck, Winfried: Handelsgesetzbuch Kommentar, 6.Auflage, München 2007, §17 Rn.17.

²² **Koller/Roth/Morck**, §17 Rn.17.

²³ **Baştuğ/Erdem**, s. 101; **Karayalçın**, s. 371; **Özdemir/Kınacıoğlu**, s. 117; **Arkan**, s. 252; **Poroy/Yasaman**, s.327; sistem hakkında detaylı bilgi için bkz., **Boyacıoğlu**, s.36-38.

²⁴ **Baştuğ/Erdem**, s. 101; **Karayalçın**, s. 371; **Özdemir/Kınacıoğlu**, s. 117; **Arkan**, s. 252; **Poroy/Yasaman**, s.327; sistem hakkında detaylı bilgi için bkz., **Boyacıoğlu**, s. 38-39.

²⁵ **Canaris**, s. 183; **Heidinger/Huene/Krafka/Krebs/Schmidt/Thiessen**, §17 Rn 42; **Boyacıoğlu** da ileri sürülebileceği çevre açısından ticaret unvanının mutlak haklardan kabul edildiğini belirtmektedir (nispi hak-mutlak hak tartışması için bkz., **Boyacıoğlu**, s. 13 dn.45).

²⁶ **Özdemir/Kınacıoğlu**, s. 117; **Karayalçın**, s. 372.

Doktrinde bu konuda farklı ayrımların benimsendiği görülmektedir²⁷. Çalışmamızda bu konu üzerinde detaylı olarak durulmayacak, yalnızca bu ayrımlardan ne anlaşılması gerektiği aktararak, Alman hukukundaki yansımaları dikkate alınacaktır.

Alman hukukunda ağırlıklı görüş ticaret unvanı üzerindeki hakkı karma bir hak olarak görmektedir. Bu doğrultuda ticaret unvanı üzerindeki hak, yalnızca şahsiyet hakkı özelliği taşımamakta; malvarlığı hakkı ve rekabet aracı olarak da kendini göstermektedir²⁸.

Karşı görüşe göre ise ticaret unvanı üzerindeki hak gayri maddi malvarlığı hakkıdır²⁹. İlk belirtilmelidir ki ticaret unvanı üzerindeki hak, şahıs varlığına ilişkin bir unsur taşımaktadır. Şöyle ki unvanı, taciri tanıma fonksiyonunu yerine getirmektedir. Yani unvan, medeni adın özel hayattaki görevini ticaret hayatında yerine getirmektedir³⁰. Diğer yandan ticaret unvanının ekonomik değerine, diğer bir ifadeyle mameleki yönüne de değinmek gerekmektedir. Ticaret unvanının bir değer olarak ele alınması prensip olarak işletmenin organizasyonuna, bulunduğu yere, arz ettiği

²⁷ **Karayalçın ve Özdemir/Kınacıoğlu**, ticaret unvanının hukuki mahiyetini, “mülkiyet hakkı görüşü”, “şahsiyet hakkı görüşü” ve “karma görüş” çerçevesinde incelerken (**Karayalçın**, s.372; **Özdemir-Kınacıoğlu**, s.117-118); **Mimaröğlu**, ticaret unvanı üzerindeki hakkı “ akçalı hak” yani paraya çevrilebilen bir hak, “şahsa bağlı hak” ve “karma nitelikte bir hak” şeklinde incelemeye tabi tutmuştur (**Mimaröğlu**, s.255.); **Boyacıoğlu** ise “şahıs varlığı hakkı ağırlıklı görüşler” ve “malvarlığı ağırlıklı görüşler” şeklinde ikili bir ayırım yapmayı yeğleyerek alt başlıklar halinde detaylı inceleme yoluna gitmiştir (**Boyacıoğlu**, s.16-30).

²⁸ **Canaris**, s. 183; **Heidinger/Huene/Krafka/Krebs/Schmidt/Thiessen**, §17 Rn 42; **Schmidt, Karsten: Handelsrecht**, 4.Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1994, s.352.

²⁹ **Fezer, Karl-Heinz: Markenrecht**, 3.Auflage, München 2001, s. 942; ticaret unvanı üzerindeki hakkın fikri hak niteliğinde olup olmadığı tartışmalıdır. Zira fikri ürünler yaratıcı aklın eseridir. Ancak ticaret unvanı, işletme adı, marka, coğrafi işaret fikrin ürünleri kabul edilmemektedir. Bunlar sadece ayırt edici karaktere sahiptirler. Bu nedenle, bu işaretler geniş anlamda fikri mülkiyet hukuku kapsamında yer alır; ancak fikri ürün kabul edilmezler (Bu konuda bkz., **Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4.Bası, İstanbul 2005, s.4) .

³⁰ **Boyacıoğlu**, s. 28.

hizmetin türüne, müşterilerinin kimler olduğuna vb. bağlıdır³¹. Mameleki yönün ön plana çıkmasıyla da ticaret unvanının devri, mirasçılara intikali mümkün ve anlamlı olmaktadır³². Ticaret unvanının Türk hukukundaki devri ve intikaline ilişkin düzenlemeler göz önünde tutulduğunda biz de doktrinde savunulan “şahıs varlığı unsuru içeren malvarlığı hakkı” görüşünü benimsiyoruz³³.

IV. TİCARET UNVANININ KORUNMASI

A. TİCARET UNVANI ÜZERİNDE TEKEL HAKKI

Yeni TTK m.50'ye göre (Eski TTK m.52), “Usulen tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanmak hakkı, sadece sahibine aittir”. Unvan üzerindeki tekel hakkı bu unvanın kanunların ve tüzüklerin öngördüğü kurallara uygun biçimde tescil ve ilan edilmesi şartına bağlıdır³⁴. Tekel hakkından anlaşılması gereken, unvan sahibinin unvandan doğan bütün haklara malik olması ve bu hakların dış ihlallere karşı korunmasıdır³⁵.

Ticaret unvanı üzerindeki tekel hakkı, eski TTK'ya göre coğrafi açıdan gerçek kişi tacirlerde ve tüzel kişi tacirlerde farklıdır. Yeni TTK'da ise farklı bir düzenleme mevcuttur. Dolayısıyla öncelikle her iki tacir türü bakımından bu hak ayrı ayrı incelenecek daha sonra yeni TTK'nın getirmiş olduğu düzenleme üzerinde durulacaktır.

1. Gerçek Kişi Tacirler Bakımından Tekel Hakkı

Gerçek kişi tacirlerde ticaret unvanı üzerindeki tekel hakkı, tescilin yapıldığı sicil dairesinin iş çevresiyle sınırlıdır (Eski TTK m.43/II, c. 1). Dolayısıyla ticaret unvanına aynı sicil dairesinde daha evvel tescil edilmiş olan unvanlardan açıkça ayırt etmeye yarayacak ilavelerin yapılması zorunludur³⁶.

³¹ **Boyacıoğlu**, s. 29; ayrıca ticaret unvanının “good will” ile bağı ve bu doğrultuda ekonomik değerinin ortaya çıkması hakkında bkz., **Canaris**, s. 183.

³² **Canaris**, s.183.

³³ **Boyacıoğlu**, s.30.

³⁴ **Mimaröğlu**, s. 273; **Özdemir/Kınacıoğlu**, s. 129.

³⁵ **Cihangiroğlu, Celal**: Ticari İşletme Hukuku, İzmir 1996, s.157; **Mimaröğlu**, s. 273; **Baştuğ/Erdem**, s.109.

³⁶ Bu hususta bkz., **Y. 11. HD. 14.11.1979-E. 5024/K.5218**: “...Tescil ve ilan edilmiş ticaret unvanını kullanmak hakkı yalnızca bu unvan sahibine aittir. Bu hak, aynı ticaret sicili ile çevrili ise de, aynı ad ve soyadını taşıyan kişilere de

Tescil edilen ticaret unvanının korunması ve bu doğrultuda ayırt edici ilave kullanma zorunluluğu bir bölgede asıl işletmesi tescil edilmiş bir şubenin ve unvanının başka bir bölgede tescili halinde de söz konusu olabilir³⁷ (Eski TTK m. 50/II).

Unvan üzerindeki hak, aynı bölge içinde mutlak bir haktır. Bu bağlamda, ayırt edici ek kullanma zorunluluğu için ilgili tacirin zarar gördüğünü veya zarar tehlikesini ispat etmesine gerek yoktur³⁸.

2. Tüzel Kişi Tacirler Bakımından Tekel Hakkı

Tüzel kişilerin tescil edilmiş unvanları bütün Türkiye’de korunur. Bu nedenle bir tüzel kişinin unvanı Türkiye’de herhangi bir sicil memurluğunda tescil edilmişse, aynı unvan başka bir tacir tarafından kullanılamaz ve tescil edilemez (Eski TTK m. 47/II). Aynı kelimelerin yeni unvanda kullanılması isteniyorsa ayrıca diğer unvandan ayırt edilmesi için gerekli ilavelerin yapılması zorunludur³⁹.

ileri sürülebilir...” (Bu karar için bkz., **Eriş, Gönen: Açıklamalı- İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 973).**

³⁷ **Karayalçın, s. 391.**

³⁸ **Saka, Zafer: Ticaret Hukuku-Ticari İşletme, 1.Bası, İstanbul 1998, s. 184; Karayalçın, s.391; Özdemir/Kınacıoğlu, s. 130; Cihangiroğlu, s. 158; Poroy/Yasaman, s. 335.**

³⁹ Doktrinde bir görüş, bir tüzel kişinin unvanı Türkiye’de herhangi bir sicil memurluğunda tescil edilmişse, aynı unvanın başka bir tüzel kişi tarafından kullanılamayacağını ileri sürmektedir. (bu görüş için bkz., **Karayalçın, s.392; Özdemir/Kınacıoğlu, s. 130).** Ancak kanımızca, gerçek kişi tacir-tüzel kişi tacir ayrımı eski TTK m. 47/II’de yapılmadığından, Türkiye’nin herhangi bir yerinde tescil edilmiş tüzel kişi unvanının başka bir tacir tarafından kullanılması mümkün değildir (bu konuda bkz., **Mimaroglu, s. 273).** Bu hususta bkz., **Y. 11. HD. 20.04.1998, E. 988/K. 2462: “...Davacı “Campen Camlı Pencere Sistemleri Tic. ve San. A.Ş” unvanını 15.7.1987 tarihinde, davalı ise “Campen Doğrama ve Tic. Ltd. Şti.” unvanını 3.3.1993 tarihinde ticaret siciline tescil ettirmişlerdir. TTK’nın 47/son maddesi hükmüne göre, bir tüzel kişinin ticaret unvanı Türkiye’nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmişse, bu unvanın diğer bir unvandan ayırt edilmesi için sonradan tescil edilen tüzel kişi ortaklarının unvanlarına gerekli ekleri yaptırması zorunludur...”(Eriş, s. 975).** Bu hususta bir diğer karar için bkz., **Y. 11. HD. 30.04.1986, E. 2125/K. 2623: “...Davacının İstanbul’da davalının Ankara’da Ticaret Siciline kayıtlı olması, TTK 47/2 maddesi karşısında davacı tüzel kişinin ticaret unvanının ülke çapında mazhar bulunduğu himayeyi etkileyemez...” (Başbuğoğlu, Tarık: Uygulamalı**

Tüzel kişi ticaret unvanında bir gerçek kişinin ad veya soyadı yer alırsa, eski TTK m. 43 uygulama alanı bulacaktır (eski TTK m. 47/I). Bu halde, bir gerçek kişinin ad veya soyadını içeren tüzel kişi ticaret unvanını mutlak şekilde kullanma hakkı sadece unvanın tescil edilmiş olduğu sicil dairesinin iş çevresiyle sınırlıdır⁴⁰.

TTK'da ticaret unvanını tekel olarak kullanma hakkının ne zaman doğacağı hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Yeni TTK m.50'de (Eski TTK m. 52) usulen tescil ve ilan, yeni TTK m. 45'de (Eski TTK m. 43/II ve m. 47/II) sadece tescil kelimeleri kullanılmıştır. Bu durumda aynı sorun hakkında iki ayrı düzenleme bulunmaktadır. Tescil edilmiş husus ilan edilmemişse kural olarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Burada ise ticaret unvanını tescil ettiren tacirin menfaati korunmak istenmektedir. Bu nedenle, tescilden itibaren tacirin unvan üzerinde tekel halinde kullanma hakkına sahip olacağı kabul edilmelidir⁴¹.

Yeni TTK'da tüzel kişi, gerçek kişi ticaret unvanı ayırımına yer verilmeksizin ticaret unvanının Türkiye genelinde korunması yoluna gidilmiştir. Bu doğrultuda kanunun 45.maddesine göre, bir ticaret unvanına Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmesi için gerekli olduğu takdirde, ek yapılır.

HGB § 30/I'e göre; her yeni ticaret unvanı aynı çevredeki (*am selben ort*)veya aynı belediye sınırları (*in derselben Gemeinde*) içindeki mevcut ve ticaret siciline tescil edilmiş diğer ticaret unvanlarından açık bir şekilde ayırt edilmelidir. Bu düzenleme, Alman Ticaret Kanunu'ndaki ticaret unvanının ayırt ediciliği prensibini tespit etmektedir⁴². Bu prensip, her ticaret unvanı için geçerlidir. Bu bağlamda, gerçek kişi tacirlerin, şahıs şirketlerinin ve

Türk Ticaret Kanunu, C. I, Ticari İşletme-Ticaret Şirketleri-Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1988, s.110, No 191).

⁴⁰ **Cihangiroğlu**, s. 158; **Arkan**, s. 262. Bu yazara göre tüzel kişi ticaret unvanında bir gerçek kişinin ad ve soyadının çekirdeğin bir parçası olarak bulunmasının zorunlu olduğu hallerde de aynı sonucu kabul etmek gerekmektedir (bkz., s. 262); keza aynı yönde bkz., **Saka**, s. 185.

⁴¹ **Karayalçın**, s. 392; **Ülgen**, **Hüseyin/Teoman**, **Ömer/Helvacı**, **Mehmet/Kendigelen**, **Abuzer/Kaya**, **Arslan/Nomer Ertan**, **N.Füsün**: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, s. 332.

⁴² **Heymann**, **Ernst/Emmerich**, **Volker**: Handelsgesetzbuch-Kommentar, 2.Auflage, Band 1, Berlin-New York 1995, s. 359.

sermaye şirketlerinin ticaret unvanları arasında herhangi bir ayırım yapılmamaktadır⁴³.

İlgili düzenlemenin amacı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu hüküm önceden tescil edilmiş ticaret unvanı sahibini korumayı amaçlar⁴⁴; hâkim görüşe göre ise, bu hüküm karıştırılma tehlikesinden korunmaya hizmet etmektedir. Korunan ise, toplumsal ilişkiler yani kamudur⁴⁵. Bu görüşler sonucunda HGB § 30'un amir bir hüküm olduğunu söylemek mümkündür⁴⁶. Böylelikle, önceki ticaret unvanı sahibinin karıştırılma tehlikesi olan unvanı tescil ettirmek isteyen sonraki unvan sahibi ile anlaşması sicil mahkemesi hâkimi için bağlayıcılık teşkil etmez⁴⁷.

HGB § 30/I'in yer bakımından uygulama alanı, aynı çevre veya belediye sınırları içinde var olan ve tescil edilmiş ticaret unvanları ile yeni ticaret unvanları arasındaki münasebetlere özgüdür. Bunun nedeni, sicil mahkemelerinin kural olarak kendi yetki alanı içindeki ticaret unvanları ile ilgili davalara bakabilmesidir⁴⁸. Çevre sınırları ticari örf ve adet göz önünde bulundurulmak suretiyle tespit edileceği gibi; belediye, yerel yönetimler hukuku göz önünde bulundurulmak suretiyle tespit edilir⁴⁹. Zorunlu olmamakla birlikte çoğunlukla bu iki kavram aynı alanı kapsamaktadır. Bu doğrultuda belediye pek çok çevreyi kapsayabileceği gibi bir çevrede de birden fazla belediye bulunabilir⁵⁰.

Yeni TTK gereğince, gerçek ve tüzel kişi unvanlarının korunmasında Türkiye sınırları esas alınmaktadır. Oysa Alman sistemine baktığımızda daha sınırlı bir çevrenin esas alındığını görmekteyiz.

⁴³ Heymann/Emmerich, s. 361.

⁴⁴ Heymann/Emmerich, s. 360.

⁴⁵ Canaris, s. 213; Schmidt, Handelsrecht, s.379; hukuki işlemlerin karıştırılma tehlikesi bulunan ticaret unvanlarından korunması amaçlanmaktadır (bu hususta bkz., Hartmut, Oetker/Koch, Jens/Burgard, Ulrich/Gaebel, Ulrike: Staub Handelsgesetzbuch Großkommentar, 5.Auflage, Berlin 2009, s. 903).

⁴⁶ Canaris, s. 213; Heymann/Emmerich, s. 360.

⁴⁷ Canaris, s. 213; Heymann/Emmerich, s. 360.

⁴⁸ Heymann/Emmerich, s. 360; Canaris, s. 214; Schmidt, Handelsrecht, s.379.

⁴⁹ Heymann/Emmerich, s. 360; Oetker/Koch/Burgard/Gaebel, s. 909; HGB § 30/IV'e göre, eyalet hükümeti komşu çevre veya belediyenin bu hüküm anlamında tek bir çevre veya belediye olarak kabul edilmesine karar verebilir.

⁵⁰ Oetker/Koch/Burgard/Gaebel, s. 909.

TTK gerekçesini incelediğimizde haklı olarak gördüğümüz nedenler doğrultusunda gerçek ve tüzel kişi unvanlarının korunmasındaki ayrımın kalktığını görmekteyiz. Madde gerekçesinde, gerçek ve tüzel kişi ticaret unvanlarının korunmasında yaratılan bu tür bir ayrımın bugün anlamını yitirdiği ve haksız bir durum yarattığı belirtilmektedir.⁵¹ Gerçek kişi unvanlarının sadece tescil edildikleri sicil dairesinde bilindikleri anlayışı teknolojik ilerlemeler ve özellikle elektronik ortamın olanakları karşısında terk edilmiştir. Bu nedenle, gerçek kişi unvanlarının da Türkiye çapında korunması gerekliliği ortaya çıkmıştır.

B. TİCARET UNVANININ KORUNMASINDA UYGULANACAK MÜEYYİDELER

Ticaret unvanı üzerindeki hakkın korunması farklı hukuki sebeplere dayanarak mümkün olabilir. Dolayısıyla böyle bir durumda hakların yarışması söz konusu olmaktadır. Biz, çalışmamızda ağırlıklı olarak ticaret unvanı hakkındaki yeni TTK m. 50-52 hükümlerini (eski TTK m. 52-54) inceleme konusu yapıp gerektiğinde diğer hukuki sebeplere de değinerek kısa açıklamalarda bulunacağız.

Ticaret unvanının korunması hususunda uygulanacak müeyyideler TTK'daki düzenlemeye göre, iki kısımda incelenebilir. Ticaret unvanı üzerindeki hakkı, üçüncü kişilerce kusurlu veya kusursuz şekilde tecavüze uğrayan kişinin bu hakkının korunması gerekmektedir. Bu koruma yeni TTK m.52/I (eski TTK m.54/I) gereğince hukuki müeyyidelerin uygulanması suretiyle gerçekleşmektedir. Bunun dışında ticaret unvanı ile ilgili hükümlere aykırılık halinde, uygulanması gereken cezai müeyyideler yeni TTK m. 51/II'de (eski TTK m.53/II) düzenlenmiştir.

1. Hukuki Müeyyideler

Ticaret unvanı üzerindeki hak, çeşitli hukuki sebeplere dayanarak hukuki koruma altındadır. Bu sebepler;

- Ad üzerindeki hakkın korunması⁵² hakkındaki MK. m.26

⁵¹ Yeni TTK gerekçesi için bkz., www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss.96.pdf (1.2.2011).

⁵² İçinde gerçek kişinin ismi bulunan ticaret unvanları ayrıca isim üzerindeki hakkın korunmasını düzenleyen TMK m. 26 gereği korunabilir. Zira bu unvan bir isim olduğu ve işletmeyi şahsileştirdiği için, sahibinin unvan üzerinde mutlak bir hakkı vardır⁵². Bu doğrultuda unvanı adı geçen gerçek kişi, hâkimden çekişme konusu edilen adının tanınmasını ve bu anlamda adı üzerindeki hakkının saptanmasını isteyebilir (TMK m. 26/I). Ayrıca, ada yapılan

- Ticaret unvanı hakkındaki yeni TTK hükümleri m. 50-52 (eski TTK m.52-54)
- Haksız rekabete ilişkin yeni TTK hükümleri m.54 vd. (eski TTK m.56 vd.) ile
- Ticaret unvanı aynı zamanda marka olarak kullanılıyorsa marka hakkındaki hükümler olarak belirtilebilir.

Ticaret unvanının korunmasına ilişkin farklı hukuki sebeplerin bulunması, hakların yarışması (telâhuku) temeline dayanan mütelâhik davalara örnek teşkil eder. Söz konusu davalarda talep, bu talebi haklı kılan iki veya daha fazla hukuki sebebe dayanır⁵³. Davacı bu yolla talebini daha güçlü olarak savunabilmektedir⁵⁴. Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁵⁵ m. 33 gereği, davacı tarafından ileri sürülme veya noksan gösterilse dahi talebi haklı gösteren kanun hükümlerini hâkimin araştırarak bulması ve uygulaması gerekir. Hâkim bu araştırması neticesinde yarışan kanun hükümlerine tesadüf ederse bunlardan davacının talebini karşılamaya en elverişli olanı olaya uygulayacaktır⁵⁶. Hâkim, tarafların gösterdiği hukuki sebeplerle bağlı değildir. Ancak, davacının gösterdiği hukuki sebepler yerinde ise, yarışan hukuk kurallarından en yerinde olanını uygular. Mahkeme, tarafın ortaya koyduğu hukuki sebeple bağlı olmadığı gibi, birden fazla hukuki sebebi göstermesi durumunda bunlarla da bağlı değildir⁵⁷.

Ticaret unvanının tescil edilmiş olup olmaması korunma açısından önem arz eder. Bu doğrultuda ticaret unvanının tescil edilmiş olup olmamasına göre ayırım yapılması uygun olur. Tescil, ticaret unvanının özellikle yeni

ve var olan bir saldırının kaldırılması (TMK m. 25) istenebilir (Tecavüzün kaldırılması davası). Ada yönelik çok yakında bir saldırıda bulunulması ihtimali var ise bu saldırının yapılmaması davayla (TMK m. 25) istenebilir (Tecavüzün önlenmesi davası). Son olarak ada yapılan saldırılar dolayısıyla doğan maddi ve manevi zararlar talep edilebilir (tazminat davaları) (TMK m. 26/II).

⁵³ **Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:** Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2003, s. 340; **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2004, s.233.

⁵⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 233.

⁵⁵ RG. T. 4.2.2011, S. 27836.

⁵⁶ **Kuru/Baki/Yılmaz**, s. 340; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 233.

⁵⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 233.

TTK m. 52 (eski TTK m.54) gereğince özel olarak korunması bakımından önemlidir.

a. Tescil Edilmemiş Ticaret Unvanı

Tescil edilmemiş ticaret unvanı ile gerçek kişi tacirin unvanının tescilin yapıldığı ticaret sicili çevresi dışında korunması, korunmaya değer bir tanınmışlık elde etmiş olmasına bağlı olarak⁵⁸; zarar veya zarar tehlikesi varsa haksız rekabet hükümlerine dayalı olarak sağlanabilir (eski TTK m.43/II, m.57/5, m.58). Bazı hallerde bir ticaret unvanının ad ve soyadı bir başkası tarafından aynen alınmak suretiyle ticaret unvanı veya işletme adı veyahut marka olarak kullanılması mümkündür⁵⁹. Tescil edilmemiş ticaret unvanlarının haksız rekabet hükümleri bakımından korunmasında eski TTK m. 57/5, yani iltibas kuralı uygulanacaktır⁶⁰. Bu maddeye göre, başkasının haklı olarak kullandığı ticaret unvanını kullanmak haksız rekabet teşkil eder. Uygulamada en çok karşılaşılan haksız rekabet hali bu bende giren hallerdir. Bu düzenlemeye göre, başkasının haklı olarak kullandığı ticaret unvanını kullanmak haksız rekabet teşkil eder. Haklı olarak kullanma, ilk defa kullanmayı ifade eder. Böylelikle ticaret unvanını daha önce kullanan fakat tescil ettirmeyen tacir, unvanı ile iltibasa meydan verecek şekilde başkası tarafından kullanılması sonucunda ekonomik çıkarları bakımından zarar

⁵⁸ Korunmaya değer tanınmışlığın kıstasları için bkz.; **Karahan, Sami**: “Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi-Karar Tahlihi”, Batider 2001, C. XXI, S. 1, s. 277.

⁵⁹ Bu hususta bir karar için bkz., **Y. 11. HD. 24.10.1986, E. 5051/K. 5564**: “...Davacılar vekili, vekil edenlerin G. Tescilli markasını davalının soyadı olarak almak ve bu G. Soyadını ticaret unvanına kayıt suretiyle haksız rekabete giriştiğini ileri sürerek, davalının haksız rekabetinin önlenmesini istemiş, davalı da kendi işyerinde mahkeme aracılığı ile değiştirdiği soyadını kullandığını belirterek davanın reddini istemiş ve davanın kabulüne ilişkin karar, Dairemizce onanmıştır.

Davalı vekili süresinde karar düzeltme isteminde bulunmuştur. Dosyadaki yazılara, Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici nedenlere ve alınan bilirkişi raporuna ve TTK'nın 43/2.maddesinin davacıya böyle bir dava açmak hakkını tanımış olmasına göre, davalı tarafın tüm karar düzeltme itirazlarının reddi gerekmiştir...” (bkz., **Eriş**, s. 974).

⁶⁰ **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s.333.

görmüş veya zarar görme tehlikesine maruz kalmışsa haksız rekabete dayalı hükümlere başvurarak dava açabilecektir⁶¹.

Eski TTK m. 57/5'e karşılık gelen hüküm yeni TTK'da m. 55/I,a,4'tür. Bu düzenlemeye göre; "Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak" haksız rekabet hallerinden bir tanesidir. Kanunun gerekçesine baktığımızda, bu düzenlemenin ilkeleri ile amacı eski TTK m. 57/5 ile özdeş olmasına rağmen lafızda farklıdır. Yeni düzenlemede "iltibas" yerine "karıştırılma" kavramı yer almaktadır. Bunun nedeni olarak da bu kavramın öğretisi ve içtihatlarında yerleşmeye başlaması gösterilmektedir.

Eski TTK m. 57/5'te yer alan, "başkasının ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtmaya vasıtaları ile iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtmaya vasıtaları" ifadesine yeni düzenlemede yer verilmemiştir. Gerekçede, ayırt edici işaretlere ilişkin karıştırılma koşul, hüküm ve sonuçlarıyla birlikte kendi özel kanun hükmünde karnamelerinde ve ticaret unvanı ile ilgili TTK'da ayrıntılı olarak düzenlendiği belirtilmektedir. Ayrıca, bu ifadelerin burada yer almaları haksız rekabete ilişkin hükümlerin fikri mülkiyete ilişkin düzenlemelerde birlikte uygulanması yönünden bir değişiklik yaratmayacağı ve gerekli de olmadığı belirtilmektedir.

Yasa koyucunun iltibas haksız rekabet olarak nitelendirmesinin en başta gelen sebebi, iltibasa yol açan kimsenin başkasının emeğini haksız biçimde sömürüyor olmasıdır. İltibas, piyasada tutunan ve tanınan bir işletmenin isminden, unvanından, markasından veya üretilen malın şeklinden, ambalajının renk ve kompozisyonundan yararlanılarak bunun aynısının veya benzerinin kullanılması suretiyle, başkasının emeğinden haksız olarak yararlanmak şeklinde ortaya çıkar⁶².

Tanınmış markaların ya da unvanın aynısını veya fark edilmeyecek değişik şeklini kullanarak tüketicileri yanıltmak mümkündür. Burada kural olarak orta düzeydeki tüketici dikkate alınır⁶³.

⁶¹ Arkan, s. 310; Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s.333.

⁶² Poroy/Yasaman, s. 286; Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 460.

⁶³ Arkan, s. 311; Poroy/Yasaman, s. 287; Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s.461; iltibasın orta düzeydeki alıcılara göre değerlendirilmesine ilişkin karar için bkz.; Y. 11. HD. 16.01.2001, E. 8727/K. 154 (Eriş, s. 1092-1093). İltibasa konu oluşturan tanıtmaya vasıtasını taşıyan mal özel bir alıcı grubuna hitap ediyorsa, iltibasın

b. Tescil Edilmiş Ticaret Unvanı

Tescil edilmiş ticaret unvanlarının korunması için söz konusu olan hukuki müeyyidelere başvurmayı engelleyebilecek bir hususa değinmekte fayda görülmektedir. Buna göre; ticaret sicil memuru önceden tescil edilmiş bir unvan ile karışıklığa sebep verecek daha sonra yapılan unvan tesciline ilişkin taleplerde gerekli dikkat ve özeni göstermelidir⁶⁴. Böylelikle ticaret unvanı üzerindeki hakkın ihlali halinde dava yoluna başvurma engellenmiş olacaktır.

Tescilli unvan sahibi, haksız rekabete ilişkin genel hükümlere dayanarak unvanını koruyabilir. Bunun dışında, unvan gerçek kişi unvanı ise, ismin korunmasına ilişkin hükümlere dayanarak koruma talep etmek mümkündür. Son olarak da unvan sahibinin, gerçek kişilerde aynı sicil çevresi içinde; tüzel kişilerde tüm Türkiye'de TTK'nın unvanın korunmasına ilişkin özel hükümlerden (eski TTK m. 54) yararlanması mümkündür. Bu özel korumadan yararlanmak için haksız rekabete ilişkin hükümlerden farklı olarak zarar veya zarar tehlikesi aranmaz.

Eski TTK m. 54'e göre, ticaret unvanı kanuna aykırı olarak başkası tarafından kullanılan kimse, bunun men'ini ve haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse bunun kanuna uygun şekilde değiştirilmesini veya silinmesini talep edebilir (eski TTK m. 54/I). Ayrıca unvan sahibi bu fiillerden dolayı zarar görmüşse, tecavüzde bulunanın kusuru varsa tazminat da talep edebilir (eski m. 54/I). Çalışmamızda ağırlıklı olarak maddede düzenlenmiş olan "men davası", "kaydın silinmesi davası" ile "kaydın değiştirilmesi davası" üzerinde durulacaktır. Hükümde sözü edilen tazminat davaları ise ayrı bir araştırma gerektirdiğinden ve yine ayrı bir çalışma konusu oluşturduğundan tarafımızca genel olarak incelenecektir. Eski TTK'da yer alan bu haklar, yeni TTK ile genişletilmiştir. Bu çerçevede yeni düzenleme 52. maddede yer almaktadır.

aa. Tecavüzün Men'i Davası

mevcudiyeti bu özel grubun yanılma ihtimali dikkate alınarak belirlenmelidir. Tüketicilerin çocuk olmaları durumunda, haksız rekabette bu halin de göz önünde bulundurulması gereğine ilişkin bkz., **Y. 11. HD. 7.3.1985, E. 887/K. 1265, (Eriş, s. 1080)**; aynı yönde bkz., **Y. 11. HD. 14.3.1979, E. 1047/K. 1227, (Başbuğoğlu, s. 130, No. 190)**.

⁶⁴ **Karahan, s. 274.**

Yeni TTK m. 52/I'e göre, (Eski TTK m. 54/I) ticaret unvanı kanuna aykırı şekilde kullanılan tacir, bu kullanımın önlenmesini dava edebilir⁶⁵. Böylelikle kanun, ilk unvan sahibinin ticaret unvanı üzerindeki hakkının tecavüze uğradığını kabul etmektedir⁶⁶.

Tecavüzün gerçekleşmiş sayılması için eski TTK m. 43/II'e göre, gerçek kişi unvanlarında, sonradan kullanılmaya başlanan unvanın önceki unvanla aynı sicil dairesinin yetki alanında bulunması gerekir. Tüzel kişi ticaret unvanlarında, Türkiye'deki sicil daireleri dikkate alınır (TTK m. 47/II). Yeni TTK m. 45 gereği, gerek gerçek kişi ticaret unvanı gerek tüzel kişi ticaret unvanı açısından Türkiye'deki sicil daireleri dikkate alınacaktır.

Ticaret unvanına tecavüz hali devam ettiği müddetçe hakkı ihlal edilen tacirin dava açma hakkı da devam eder. Ancak, bazı durumlarda tacir, ticaret unvanının başkası tarafından kullanılmasının önleme davası açma hakkını kaybetmektedir⁶⁷. Bu durumu, "sessiz kalma nedeniyle hakkın kaybı ilkesi" doğrultusunda açıklamak mümkündür⁶⁸. Bu ilke çerçevesinde tacir, TMK m.2 uyarınca belli bir davranışta bulunması gerekirken sessiz kalması sonucu, iyiniyetli bir şekilde unvanı daha sonraki bir tarihte kullanan kişiye karşı dava açma hakkını kaybeder⁶⁹. Burada davalının iyiniyeti üzerinde

⁶⁵ Bkz., **Y. 11.HD. 16.5.1978, E. 2141/K. 2562**: "...Ticaret unvanına tecavüz nedeniyle haksız rekabetin varlığından söz edebilmek için biri maddi diğeri de hukuksal olmak üzere iki unsurun birleşmesi gerekir. Maddi unsur, unvanlar arasındaki benzerlik, hukuki unsur ise, ticaret unvanının 54.maddede belirtildiği gibi kanuna aykırı olarak başkası tarafından kullanılmasıdır..." (Bu karar için bkz., **Başbuğoğlu**, s. 116, No: 180).

⁶⁶ **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 333; **Poroy/Yasaman**, s. 336; bu konuda bkz., **Y. 11. HD. 21.04.1983, E. 1448/K. 2050**: "...Davacı ticaret unvanında Batel adının yazılı olduğu halde, davalının Batel sözcüğünü kullandığını ileri sürerek müdahalenin önlenmesini istemiştir. Davalının ticaret unvanında iltibas yarattığı anlaşılacakla, davalının ticaret unvanında bulunan Batel sözcüğünü kullanmaktan men'ine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğundan, davalının tüm temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanması gerekmiştir..." (Bu karar için bkz., **Eriş**, s. 1010).

⁶⁷ **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 334; **Poroy/Yasaman**, s. 338.

⁶⁸ **Karahan**, s.280 vd.

⁶⁹ **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 334; **Poroy/Yasaman**, s. 338; ilkenin uygulama şartları için bkz., **Karahan**, s. 280 vd.

durmak gerekir. Asıl olan iyiniyettir (TMK m.3). Başkasının kötünietli olduğunu iddia eden kişi, bunu ispat etmek zorundadır (TMK m.6). Dolayısıyla bir görüşe göre bu durumda, davalının (unvanı sonradan kullanan kişi) kötünietini davacının iddia etmesi ve bu iddianın somut delillere dayanması gerekir⁷⁰. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, her ne kadar asıl olan iyiniyetse de bu durumda tescilin olumlu fonksiyonu gereği (yeni TTK m. 36/3, eski TTK m. 39/II), unvanı sonradan kullanan kişinin karine olarak iyiniyetli olduğunu ileri sürmesi mümkün değildir⁷¹. Bu bağlamda, iyiniyetin ispatı bunu ileri sürene ait olmalıdır.

bb. Sicildeki Kaydın Değiştirilmesi-Terkini (Silinmesi) Davası

Yeni TTK m. 52/I'e göre (eski TTK m.54/I); haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun olarak değiştirilmesi veya sicilden silinmesi dava yoluyla talep edilebilir. Burada öncelikle doktrinde haklı olarak ifade edilen "tescili önleme yetkisi" üzerinde durulmalıdır⁷². Yeni TTK m.52/I, (eski TTK m. 54/I) bu yetkiyi düzenlememiştir. Tacir, kendisine ait tescilli unvanının aynısının veya benzerinin başkası tarafından da tescil edilmek istendiğini tescil yapılmadan önce öğrendiği takdirde, bunun tescilinin önlenmesini isteme yetkisine sahip olduğunun kabul edilmesi gerekir. Zira haksız kullanımın önlenmesini isteme hakkı, haksız olarak kullanılan ticaret unvanının tescilini önleme yetkisini de evleviyetle içerir⁷³.

Bu hususta eski TTK bakımından gerçek kişi tacir-tüzel kişi tacir ayırımına dikkat etmek gerekir. Tescili önleme yetkisi gerçek kişi tacirlerde aynı sicil çevresi içinde, tüzel kişi tacirlerde tüm Türkiye bakımından söz konusudur. Gerçek kişi tacirin tescili önleme yetkisi, başka bir sicil çevresi için mevcut değildir. Bu durumda ancak haksız rekabete ilişkin hükümler uyarınca önce tescil ettiren tacir, haksız rekabete ilişkin hükümler gereğince unvanda değişiklik yapılmasını talep edebilir. Yeni TTK bakımından ise, gerçek kişi tacirin tüm Türkiye açısından tescili önleme yetkisi söz konusudur.

Tescilli iki unvan söz konusu ise ilk tescili yaptırın sonradan tescil edilen unvan kaydının değiştirilmesini veya sicilden silinmesini isteyebilir.

⁷⁰ Karahan, s. 284.

⁷¹ Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 334.

⁷² Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 334; Eriş, s. 1010.

⁷³ Ülgen-Teoman-Helvacı-Kendigelen-Kaya-Nomer Ertan, s. 334; Eriş, s. 1010.

Buna göre, sicildeki kaydın değiştirilmesi davası aynı sicil çevresi içindeki her iki tacir de aynı ismi taşıması halinde veya tescil edilmiş unvana benzer şekilde tescil edilmesi halinde açılır⁷⁴. Tüzel kişi tacirler bakımından ise bu dava, tescilli bir tüzel kişi ticaret unvanının aynı veya benzerinin bir başka sicil çevresinde tescil ettirilmesi halinde ilk tescili yaptıran tarafından açılır⁷⁵. Bu durumda, ikinci tescilin eski TTK m. 43/II, eski TTK m. 47/I veya eski TTK m. 47/II'ye göre uygun bir ek alınması suretiyle değiştirilmesi mahkemeden talep edilir. Yeni TTK m. 45 gereğince tüzel kişi - gerçek kişi ticaret unvanı koruması arasındaki fark ortadan kalktığından yukarıda tüzel kişi tacirler bakımından eski TTK'ya göre belirttiklerimiz burada da aynen geçerli olacaktır.

Yukarıda belirtilen hallerde tacir, aynı zamanda sonradan tescil edilen unvanın sicilden silinmesi davası da açabilir. Bunun dışında tescil edilmiş unvan, aynı ad ve soyadı taşımayan gerçek kişi tacir tarafından tescil edilmişse tacirin yalnızca tescil edilen unvanın silinmesini talep edeceği ileri sürülmektedir⁷⁶. Kanaatimizce haklı olan diğer görüşe göre ise, bu halde dahi diğer taleplerde bulunmaya herhangi bir engelin söz konusu olmaması gerekmektedir⁷⁷. Bu doğrultuda dava, sicil kaydının değiştirilmesi yoksa silinmesi talebini içeriyorsa, mahkeme davalıya bu konuda uyarılı süre verecek, verilen sürede değiştirme durumunda konusuz kalan davanın esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verecektir. Değiştirilmeme halinde ise, davalı unvanına ilişkin sicil kaydının silinmesine ve davalının bu unvana satışmasının önlenmesine karar verecektir. Bununla birlikte dava, doğrudan doğruya terkin talebini içeriyorsa mahkemenin böyle bir kararı vermeden evvel davalıya değiştirme için uyarılı süre tanınmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır⁷⁸.

Ticaret unvanının sicilden silinmesi talebi için kullanılan unvanın hitap ettiği müşteri çevresi ile işletmelerin faaliyet alanlarının aynı olup olmaması hususu üzerinde durmak gerekir. Doktrinde ve Yargıtay'ın bazı kararlarında sonradan tescil olunan ticaret unvanı aynı müşteri çevresinde ve faaliyet alanında kullanıldığında iltibas olduğu için sicilden silinme davasına konu

⁷⁴ Arkan, s. 263, dn. 2; Karayalçın, s. 395; Ülgen/Teoman-Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s.335.

⁷⁵ Arkan, s. 263, dn. 2; Karayalçın, s. 395; Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s.335.

⁷⁶ Karayalçın, s. 395.

⁷⁷ Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 335.

⁷⁸ Saka, s. 187, dn. 32.

olabilir. Aksi durumda ise, sicilden silinme davası açılmayacaktır⁷⁹. Bununla birlikte kanımızca daha isabetli olan Yargıtay'ın bazı kararlarında ise silinme davası için aynı müşteri çevresine hitap etme ve aynı faaliyet alanı zorunluluğu aranmamaktadır. Sözü edilen kararlara göre, yalnızca tescilli unvanın varlığı ve önceliği bu unvanın korunması bakımından yeterlidir⁸⁰. Kanımızca sicildeki kaydın değiştirilmesi davası da önceden tescil edilmiş ticaret unvanını koruma amacına hizmet ettiği için aynı durum bu dava açısından da geçerli olmalıdır.

Yargıtay'ın haksız rekabetin men'i davalarına ilişkin vermiş olduğu kararlarına baktığımızda, ticaret sicilinde aynı unvanlar tescilli iken bu unvanların ticaret sicilinden silinmesi istenmedikçe, sadece haksız rekabetin

⁷⁹ **Poroy/Yasaman**, s. 336; **Y. 11. HD. 14.12.1990, E. 7430/K. 8092**: "...davalı şirketin pazarlama işi ile uğraştığı ve bu pazarlama işini davacı şirketin imal ettiği mamulleri pazarlayarak devam ettirmesi halinde, davalı şirketin "Barocco" unvanını kullanması olanaklıdır. Yok eğer bu davalı şirket, davacı şirketin mamullerini pazarlamaksızın kendi imal ettiği mamulleri veya başka gerçek veya tüzel kişilere ait aynı cins mamulleri pazarlıyorsa, ticaret unvanında "Barocco" sözcüğünü kullanamaz. Çünkü bu unvan sadece pazarlama bakımından tanınmış ve sadece bu pazarlama işi için tescil ve ilan edilmiştir (bu karar için bkz., **Dönmez, İrfan**: Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, 2. Bası, İstanbul 1992, s. 267); aynı yönde kararlar için bkz., **Y. 11. HD. 11.2.2002, E. 8976/K. 1062**; **Y. 11. HD. 23.6.2005, E. 9598/K. 6674** (bu kararlar için bkz., www.kazanci.com, 1.12.2010).

⁸⁰ **Y. 11. HD. 9.4.2002, E. 342/3318**: "...TTK'nun 52. maddesi uyarınca, usulen tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanmak hakkı, münhasıran sahibine aittir. Tarafların aynı Ticaret Siciline kayıtlı oldukları kuşkusuzdur. Kaldı ki, TTK'nun 47/2. madde ve fıkrasında, Türkiye'nin herhangi bir yerinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmesi için gerekli olduğu takdirde, lüzumlu ilavelerin yapılmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmış olup, burada unvanın korunması yurt geneline yayılmıştır. Aynı yasanın 54. maddesi ise, ticaret unvanı kanuna aykırı olarak başkası tarafından kullanılan kimsenin, bunun menini, tescilli unvanın değiştirilmesi veya silinmesini, varsa zararının tazminini ve hükmün gazetede yayımlanmasını isteyebileceğini öngörmektedir. Açıklanan hükümlerden anlaşılacağı üzere, ticaret unvanının korunmasında, tescilli unvanın varlığı ve önceliği asıl ve yeterli olup, ayrıca işletmelerin faaliyet sahalarının aynı olması zorunluluğu aranmamaktadır"(bu karar için bkz. www.kazanci.com, 1.12.2010); **Y. 11. HD. 11.5.1988, E. 8476/K. 3224** (bu karar için bkz., **Saka**, s. 187, dn. 32).

men'ine ilişkin taleplerin dinlenmeyeceği ifade edilmektedir⁸¹. Zira yeni TTK m. 50'ye göre (eski TTK m.52), tescil ve ilan edilmiş ticaret unvanını tekel olarak kullanma hakkı sahibine aittir.

Bu konuya ilişkin son olarak ifade edilmesi gereken, itibasın yalnızca unvanın aynısının veya benzerinin kullanılması suretiyle değil unvandaki tanıtıcı kelimenin (vurgu sözcüğünün) de kullanılması suretiyle gerçekleştirilebileceğidir⁸².

cc. Tazminat Davası

Yeni TTK m. 52/I'e göre, (eski TTK m. 54/I), ticaret unvanı kanuna aykırı şekilde kullanılan kimse, zarar görmüşse kusur halinde zararının tazminini de talep edebilir. Ticaret unvanına tecavüz nedeniyle açılacak tazminat davası maddi ve manevi tazminat davası olmak üzere ikiye ayrılabilir. Zira ticaret unvanının hukuki niteliği bakımından savunduğumuz "şahıs varlığı unsuru içeren malvarlığı hakkı" görüşü çerçevesinde hem maddi hem de manevi zararın doğumu mümkündür.

Buradaki tazminat davası haksız fiil hakkındaki hükümlere uygun olarak görülür. Bu doğrultuda maddi tazminat davasının açılabilmesi için

⁸¹ **Y. 11.HD. 15.2. 2000, E. 9760/K. 1124:** "...Her iki tarafın da ticari unvanları ticaret sicilinde tescilli olduğundan, her iki taraf da tescilli unvanı terkin edilmediği sürece kendi ticaret unvanını kullanabilecektir. Haksız rekabet davası ile bu hak önlenemeyeceğinden TTK m.54 uyarınca terkin isteminde bulunması gerekir. Bu konuda ise herhangi bir talep bulunmadığından, asıl davanın da reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir..."(Eriş, s. 1011); aynı yönde bir başka karar için bkz., **Y. 11. HD. 15.2.2000, E. 14203/K. 8842** (bu karar için bkz., www. kazanci.com, 1.12.2010).

⁸² **Y. 11. HD. 27.9.1983, E. 3581/K. 3868:** "...her iki şirketin kısaltılmış adını ifade eden (timak) vurgu sözcüğünün itibasa meydan verebilecek şekilde her iki şirketin de ticaret unvanında yer aldığı ilk bakışta anlaşılabilir olup bu husus TTK'nın 57/5. maddesinde açıklanmış bulunan bir haksız rekabet türüdür..." (bu karar için bkz., **Dönmez**, s. 263); aynı yönde bir başka karar için bkz., **Y. 11. HD. 30.9.1985, E. 4406/K. 4914** (bkz., **Dönmez**, s. 264).

malvarlığında⁸³ zararın mevcudiyeti⁸⁴, zarar verenin kusurlu olması, fiille zarar arasında uygun illiyet bağı gerekmektedir⁸⁵.

Manevi tazminat davasının açılabilmesi bakımından yeni BK⁸⁶ m. 58'deki (eski BK m. 49) koşulların gerçekleşmesi gerekir. Böylelikle zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen manevi zararın giderilmesi söz konusu olur⁸⁷. Zira tacir, ticari hayatta ticaret unvanı ile tanınmakta, haksız bir saldırı halinde de tacirin itibarı sarsılmaktadır. Bu bağlamda, şahsiyet haklarına saldırı, bu saldırının haksız olması, manevi zarara uğranılması, kusurlu olunması ve illiyet bağı bulunması zorunludur⁸⁸.

Tüm bu davalarda mahkeme davayı kazanan tarafın talebi üzerine ve masrafları aleyhine hüküm verilen kişiye ait olmak üzere hükmün gazete ile yayımlanmasına karar verebilir (Yeni TTK m. 52/II, eski TTK m. 54/II). Bu talebin dava dilekçesinde (veya karşılık davanın açıldığı cevap dilekçesinde) yazılı olması gerekir. Sonradan yapılan bir talep davanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile karşılaşır⁸⁹. Kabulü ancak karşı tarafın rızasına

⁸³ Ticaret unvanı değerini esas itibariyle, ticari işletmenin ne şekilde organize edildiğinden alır ve önemli bir ekonomik değer oluşturur (**Boyacıoğlu**, s. 29).

⁸⁴ Davacı uğranılan zararın hem varlığını hem de miktarını ispat etmekle yükümlüdür (yeni BK m. 50; eski BK. m.42/I); bu konuda detaylı bilgi için bkz., **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008, s. 692).

⁸⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz., **Reisoğlu, Safa:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul 2010, s. 205vd; **M. Kılıçoğlu, Ahmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2008, s.303 vd; **Eren**, s. 691 vd.

⁸⁶ RG. T. 4.2.2011, S. 27836.

⁸⁷ **Eren**, s. 745.

⁸⁸ Bu konuda detaylı bilgi için bkz., **Reisoğlu**, s. 221vd; **Kılıçoğlu**, s.319 vd, **Eren**, s. 756 vd.; **Y. 11. HD. 7.6.1999, E. 3032/K. 4940:** "...BK'nın değişik 49.maddesinde, kasıt unsuru kaldırılmış ve bu maddeye hukuka aykırılık unsuru eklenmiştir. Bu durumda, davalının hukuka aykırı olarak davacı ticari ortaklığın ticaret unvanına tecavüz halinde, manevi tazminata karar vermek gerekir..." (**Eriş**, s. 1011); aynı yönde bkz., **Y. 11. HD. 7.3.2005, E. 5537/K. 2172**, (bu karar için bkz., www.kazanci.com, 1.12.2010).

⁸⁹ **Karayalçın**, s. 395; bu durumda talep sonucunun genişletilmesi söz konusudur (**Pekcanitez/Atalay/Özeker**, s. 250).

bağlıdır veya ıslah söz konusu olabilir. Hükümün özetinin yayınlanması yeterlidir⁹⁰.

2. Cezai Müeyyideler

Ticaret unvanı ile ilgili cezai müeyyideler yeni TTK m.51/II'de (eski TTK. m.53/II) düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; ticaret unvanını kullanmayanlar yeni TTK m. 39 (eski TTK m. 41), gerekli ve yasak eklere uymayanlar yeni TTK m. 46 (eski TTK m. 48), şubenin ticaret unvanına ilişkin kurallarına uymayanlar yeni TTK m. 48 (eski TTK m. 50) ile ticaret unvanını işletmeden ayrı olarak devredenler yeni TTK m. 49 (eski TTK m. 51), yeni TTK m. 38/I'e göre (eski TTK. 40/I) cezalandırılırlar.

Eski TTK m. 40'a göre; saydığımız hükümlere aykırı davrananlar, ceza mahkemesince yasada öngörülen tutarda ağır para cezasına veya bir aydan altı aya kadar hapis cezasına yahut bu cezaların ikisine birden mahkûm edilirler. Ayrıca, bir yıldan beş yıla kadar ticaret ve sanayi odalarına üye olabilmek ve borsada işlem yapabilmek haklarından yoksun kalırlar veya borsalardan geçici olarak çıkarılırlar. Eski TTK m.53/II'nin 40.maddeye atfı yapması nedeniyle ve bu maddede "suiniyet"ten bahsedilmesi karşısında, m.53/II'ye aykırı davrananların cezalandırılması için kastın varlığı gereklidir⁹¹.

Yeni TTK m.38/I'e göre; "Tescil ve kayıt için bilerek gerçeğe aykırı beyanda bulunanlar, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır. Gerçeğe aykırı tescilden dolayı zarar görenlerin tazminat hakları saklıdır". Madde gerekçesine göre düzenleme, gün esasına dayalı adli para sistemine göre yeniden kaleme alınmıştır.

3. Yeni TTK m. 52'e Göre Unvanına Tecavüz Edilen

Kimseye Tanınmış Ek Haklar

Yeni TTK m. 52'de unvanına tecavüz edilen kimsenin hakları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; "Ticaret unvanının, ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalara aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde hak sahibi, bunun tespitini, men'ini; haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddî durumun ortadan kaldırılmasını, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını ve zarar varsa, kusurun ağırlığına göre maddî ve manevî tazminat isteyebilir. Maddî tazminat olarak

⁹⁰ Eriş, s. 1010.

⁹¹ bu hususta bkz., Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 336; Karayalçın, s. 396; Saka, s. 188.

mahkeme, tecavüz sonucunda mütecevizin elde etmesi mümkün görülen menfaatinin karşılığına da hükmedebilir”.

Bu düzenlemede eski TTK m. 54'te sayılan haklara ek olarak, ticaret unvanına tecavüz edilen kimsenin, bu durumun tespitini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını ve zarar varsa, kusurun ağırlığına göre maddi veya manevi tazminat talebi öngörülmüştür. Maddi durumun ortadan kaldırılması davası, hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılarak bundan önceki maddi durumun geri gelmesini olanaklı kılmayı amaçlar. Bu doğrultuda iltibasa neden olan ticaret unvanının, davalının başlıklı belgelerinden silinmesi sözü edilen dava konusuna örnek olarak gösterilebilir⁹².

Bu düzenlemede sözkonusu olan “araçların ve malların imhası”, maddi durumun ortadan kaldırılması davasının talepleri arasında sayılabilir. Ancak söz konusu talepler ticaret unvanı marka olarak kullanılıyorsa ileri sürülebilir. Dolayısıyla, bu doğrultuda bir düzenlemenin yer almasının isabetli olacağı görüşündeyiz⁹³.

Yeni düzenlemede ticaret unvanının ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalara aykırı biçimde kullanılması halinde “tespit davası”nın açılacağı yer almaktadır. Buna benzer bir düzenlemeyi haksız rekabet halinde açılacak davalar içinde görmekteyiz (Yeni TTK m. 56/I,a; eski TTK m. 58/I,a). Tespit davası, bir hukuki ilişkinin varlığı, yokluğu veya içeriğinin belirlenmesi hakkında tespit hükmü elde etmek için açılır⁹⁴. Davacının bu davayı açabilmesi için hukuki yararının bulunması gerekir. Özellikle eda davasının açılacağı hallerde tespit davası açılmaz. Zira davacının tespit davası açmada herhangi bir hukuki yararı bulunmamaktadır. Yeni düzenlemeye baktığımızda, yasaklama, tescilin silinmesi veya değiştirilmesi, maddi durumun ortadan kaldırılması, maddi-manevi tazminat istemleri eda davasının konusunu oluşturmaktadır. Bu durumda sözü edilen usul kuralının uygulanması durumunda bir tespit davasının açılmayacağı ortadadır. Ancak yasakoyucu tespit davasına yer vererek ticaret unvanının haksız olarak kullanılması halinde bu durumun tespitinin yeterli olabileceğini gözetmiş ve unvanı haksız olarak kullanan kişinin bu tespit

⁹² **Mimaroglu**, s. 320.

⁹³ Bu yönde bkz., **Mineliler, Demirçivi Zeynep**: “Ticaret Unvanı ve Haksız Rekabete İlişkin Bir Karar İncelemesi”, Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.I, İstanbul 2007, s. 18, dn. 4; yazar bu yöndeki düşüncüyü yalnızca malların imhası açısından belirtmiştir.

⁹⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 226.

hükmünden sonra artık aynı fiile devam etmeyeceği varsayımından hareket etmiştir. Bu düşünce tarzı haksız rekabet halinde de benimsenmiştir⁹⁵. Bununla birlikte davacı, ileride açacağı tazminat davasına esas olmak ve zamanasını kesmek için tespit davası açmak yoluna gidebilir⁹⁶.

Yeni düzenlemede, maddi tazminat olarak tecavüz edenin elde etmesi mümkün görülen menfaatinin karşılığına da hükmedilebileceği düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme haksız rekabetle ilgili olarak yeni TTK m. 56/I, e'de (eski TTK m. 58/I, e) düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu düzenleme ve uygulaması yol gösterici nitelik arz edecektir. Eski TTK'da böyle bir düzenlemenin getiriliş amacı Adliye Encümeni Mazbatasında yer almaktadır⁹⁷. Buna göre, tazminat davasında zararı ispat davacıya aittir (yeni BK m. 50/I, eski BK m.42/I). Fakat uygulamada, pek çok durumda bu zararın ispatı mümkün olmamakta⁹⁸, ispatı mümkün olan hallerde dahi miktarının ispatı ya çok zor ya da imkansız olmaktadır. Yeni BK m. 50/II (eski BK m. 42/II) gereği hakim takdir hakkını kullanması da tatmin edici sonuç vermemektedir. Bu yüzden ilgili düzenleme eski TTK m. 58'in son fıkrasına eklenmiştir.

Yukarıdaki düzenleme sonucunda, davacı haksız rekabet yüzünden uğramış olduğu zarar miktarını ispat etmek yükümlülüğünden kurtarılmış ve tazminat olarak davalının haksız rekabet sonucunda elde etmesi mümkün görülen menfaat karşılığına hükmedebilmesine olanak sağlanmıştır⁹⁹. Bunun için zararı kendi ticari defterlerine dayanarak ispatlama olanağı bulunmayan davacının karşı tarafın elde edebileceği menfaatin kendisine tazminat olarak verilmesini talep etmiş olması gerekir¹⁰⁰. Davacının hem var olan ve fiilen

⁹⁵ Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 465.

⁹⁶ Mimaroglu, s. 319; Karayalçın, s. 468.

⁹⁷ Bu konuda bkz., Erem, s. 208, dn. 38; Karayalçın, s. 470-471; Mimaroglu, s. 320-321.

⁹⁸ İmregün, s. 121; bu konuda bkz., Y. 11. HD. 6.3.1987, E. 1095/K. 1277: "...Haksız rekabet tazminatının tayininde, TTK 58/d-e hükmü uyarınca davacının uğradığı zararın göz önüne alınması gerekir. Bu zararın ispat olunamaması veya tam olarak saptanamaması halinde, hâkim TTK 58/d maddesi uyarınca haksız rekabet sonucunda elde etmesi olanaklı görülen zararın karşılığına da karar verebilir...", (Eriş, s. 1103).

⁹⁹ Arkan, s. 316.

¹⁰⁰ Bu konuda bkz., Y. 11. HD. 23.3.1987, E. 8014/K. 1663: "...esasen davacı vekili 21.4.1986 tarihli celsede açıkça bu yönde talepte bulunduğundan, bilirkişi

ispatladığı zararını hem de karşı tarafın elde etme olanağı bulunan menfaati birlikte talep etmesi mümkün değildir. Bunlardan birini davacının seçmesi gerekir¹⁰¹.

Elde edilmesi mümkün olan menfaat davalının defterlerinde inceleme yapmak suretiyle somut hale getirilir. Davalı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa karşı tarafın defterlerine dayanan davacıya eski TTK m. 83/II gereğince iddiasının sıhhati hakkında yemin verdirilmesi gerekir¹⁰². Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 222/V'e göre; "Taraplardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir; ancak, karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır". Dolayısıyla yeni düzenlemeye göre, artık karşı tarafın defterine dayanan davacıya, yemin verdirilmeyecektir.

Cezai müeyyideleri düzenleyen eski TTK m. 53, yeni TTK 51. maddesinde aynen tekrar edilmektedir. Yalnızca 51. maddenin 1. fıkrasına kanuna aykırı bir şekilde ticaret unvanının tescil edildiğini veya kullanıldığını öğrenen ve durumu yetkili sicil müdürüne ve Cumhuriyet savcılığına bildirmek zorunda olan kişiler arasına "Türk Patent Enstitüsü" ilave edilmiştir.

C. ALMAN TİCARET KANUNU'NA GÖRE TİCARET

raporuna göre, davalının uyuşmazlık tarihinde (2.200.000) lira kar ettiği göz önünde tutularak davacının istediği maddi tazminatın hüküm altına alınması gerekirken..." (Eriş, s. 1103).

¹⁰¹ Arkan, s. 316; Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 470.

¹⁰² Arkan, s. 316; Başbuğoğlu, s. 135; bu konuda bir Yargıtay kararı için bkz., Y. 11.HD. 26.09.2002, E. 4946/K. 8176: "...O halde mahkemece, davacı tarafa zararının ne şekilde doğduğunun ve dayandığı delillerin açıklattırılması, gerektiğinde davacı defterleri ve kayıtları zararın ispatına yeterli görülmez ise, tarafların işgal konularında uzman bir bilirkişinin de bulunacağı bilirkişi kurulundan rapor alınması bu surette davacı zararının veya davalının elde edebileceği karın araştırılması, davalının defterlerine dayanılır ve davalı da defterlerini ibrazdan kaçınır ve elde ettiği karın tespitine olanak sağlamazsa, o zaman davalıya uyarılı davetiye çıkarılması veya sorunun TTK 83.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yemin ile halli gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır..." (Eriş, s. 1119).

UNVANININ KORUNMASI

Bu bölümde Alman Ticaret Kanunu'ndaki düzenleme ile Türk hukukundaki düzenleme arasında mukayese yapılacaktır. Bu yapılırken de Alman Ticaret Kanunu'ndaki ilgili hükmün ve Türk hukukundaki ilgili düzenlemenin amacı göz önünde bulundurulacaktır.

HGB § 37/I'e göre, sicil mahkemesine idari para cezasına hükmetmek suretiyle ticaret unvanının caiz olmayan şekilde kullanılmasını engelleme yetkisi verilmiştir. İkinci fıkrada ise, ticaret unvanının haksız olarak kullanılması durumunda kişinin kullanımdan men edilmesine dair talep düzenlenmektedir. Yine bu fıkrada, diğer düzenlemelerden kaynaklanan taleplerin saklı kaldığı açıkça ifade edilmektedir.

HGB § 37/I, disiplin hukukuna ilişkin olup kamu menfaatinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Böylelikle toplumsal ilişkilerin korunması söz konusu olmaktadır¹⁰³. Bu düzenleme üçüncü kişilerin haklarının ihlal edilmesi halinde uygulama alanı bulacak bir düzenleme değildir. Burada amaç ticaret unvanının ticari ilişkilerde usulüne uygun olarak kullanımını sağlamaktır¹⁰⁴. Hâkim görüşüne göre, birinci fıkranın kapsamına ticaret unvanını usulüne uygun olarak kullanmayan herkes girmektedir. Bu doğrultuda düzenlemenin kapsamına yalnızca tacirler değil, esnaf, serbest meslek erbabı da girmektedir¹⁰⁵. Sicile kayıtlı olan ticaret unvanının sahibi tarafından ticari ilişkilerde sicilde gösterilenden farklı şekilde kullanılması usule aykırı bir kullanımdır¹⁰⁶. Yine sicile kayıtlı olmayan unvanın bir kişi tarafından kullanılması da usule aykırıdır¹⁰⁷. Dolayısıyla sicile kayıt, HGB § 37/I'in uygulanması için bir koşul değildir. Alman hukukundaki düzenlemenin amacı kamu menfaatinin korunması olup bu doğrultuda tescil edilmiş veya edilmemiş ticaret unvanının korunması söz

¹⁰³ **Canarais**, s. 217; **Oetker/Koch/Burgard/Gaebel**, s. 972; **Ammon, Ludwig/Ries, Peter in Röchricht/Graf v. Westphalen: Handelsgesetzbuch**, 3. Auflage, Köln 2008, s. 630.

¹⁰⁴ **Oetker/Koch/Burgard/Gaebel**, s. 972; **Hopt/Merkt/Baumbach**; §37 Rn 1; **Heidinger/Huene/Krafka/ Krebs/Karsten/Thiessen**, §17 Rn 1-2

¹⁰⁵ **Heymann/Emmerich**, s. 382; **Oetker/Koch/Burgard/Gaebel**, s. 973; **Bokelmann, Gunther: Das Recht der Firmen und Geschäftsbezeichnungen**, 3. Auflage, Freiburg 1986, s. 358; **Hopt/Merkt/Baumbach**, §37 Rn 2;

¹⁰⁶ **Bokelmann**, s. 356.

¹⁰⁷ Bu konuda verilmiş örnekler için bkz., **Heymann/Emmerich**, s. 385.

konusudur. Dolayısıyla TTK'daki düzenlemeye göre daha geniş kapsamlı ve yalnızca ticaret unvanının usule uygun şekilde kullanılmasını temin etmeye yönelik bir düzenleme olduğunu görmekteyiz.

Kanunun lafzına göre, ticaret unvanının kullanımı üçüncü fasıldaki hükümlere aykırılık halinde usule uygun kullanım olarak görülmez. Bu bağlamda, HGB §§ 17-19, 21-24, 30 göz önüne alınmalıdır. Ancak bu durum doktrinde kabul görmemektedir, zira maddenin içeriğini daraltmaktadır¹⁰⁸. Bu doğrultuda, ticaret unvanının içeriği ile ilgili diğer kanunların da bu kapsamda görülmesi gerekmektedir¹⁰⁹.

HGB § 37/II bireysel bir hak düzenlemektedir¹¹⁰. Buna göre, haksız olarak ticaret unvanını kullanan kişiden bu kullanımın men'i talep edebilir. Doktrinde bu düzenlemenin birincil olarak kamu menfaatine hizmet ettiği savunulmaktadır¹¹¹. Zira burada maddi hukuka ilişkin olarak unvanın korunması söz konusu değildir¹¹². Düzenleme, kamu menfaatinin gerçekleştirilmesine yönelik özel girişimi uyandırmak için kullanılan araç niteliğindedir¹¹³. Özel menfaatin korunması düzenlemenin amacı değildir¹¹⁴. Bu düzenleme, TTK'ya göre farklılık göstermektedir. Zira TTK'ya göre tescil ile tacirin unvanı üzerinde tekel hakkı söz konusudur. Dolayısıyla, yeni TTK m.52/I gereği açılacak davalar tacirin menfaatinin korumaya yöneliktir.

HGB § 37/I anlamında caiz olmayan/haksız kullanım halinde bu kullanımdan hakkı zedelenen herkes HGB § 37/II'ye dayanarak unvanın kullanımının men'ini talep edebilir¹¹⁵. Bununla birlikte somut olayda davacı uzun süredir davalının haksız kullanımına ses çıkarmamışsa, bu durumda ortada korunmaya değer bir menfaat vardır.”demektir¹¹⁶.

Hakkın zedelenmesi koşulundan ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre hakkın zedelenmesi, mutlak hakkın

¹⁰⁸ Oetker/Koch/Burgard/Gaebel, s. 974.

¹⁰⁹ AktG §§ 4, 279, GmbHG § 3, GenG § 18 Abs. 2.

¹¹⁰ Bokelmann, s. 374.

¹¹¹ Ammon/Ries, s. 631; Heymann/Emmerich, s. 382; Oetker/Koch/Burgard/Gaebel, s. 972.

¹¹² Canaris, s. 217; Ammon/Ries, s. 631.

¹¹³ Ammon/Ries, s. 631; Oetker/Koch/Burgard/Gaebel, s. 972.

¹¹⁴ Ammon/Ries, s. 631; Oetker/Koch/Burgard/Gaebel, s. 972.

¹¹⁵ Ammon/Ries, s. 641; Heymann/Emmerich, s. 388.

¹¹⁶ Heymann/Emmerich, s. 389.

zedelenmesi şeklinde anlaşılmaktadır¹¹⁷. Ancak bugün hâkim görüş; davacının, unvanın haksız kullanımı ile hukuki menfaatinin iktisadi olarak doğrudan ihlal edildiğini ispat etmesi gereğini savunmaktadır¹¹⁸. Bu durumda dava hakkı özellikle, ilgili kişilerin birbirlerinin rakipleri olması halinde söz konusu olacaktır.

Ticaret unvanının haksız kullanımı halinde eğer davalının unvanı ticaret siciline kayıtlı ise, kullanımın men talebi unvanın sicilden silinmesini de içerecektir. Ticaret unvanı sicile kayıtlı değilse, bu durumda talebin içeriğini unvanın kullanımının men'i ve bu doğrultuda unvanın ticaret siciline tescilinin önlenmesi oluşturur¹¹⁹. Eğer haksız kullanım "ek" kullanılmak suretiyle gerçekleşmişse, davalı her zaman bu eki kullanmaktan vazgeçerek davacının dava hakkının önüne geçebilir¹²⁰. Türk hukukundaki düzenlemeye baktığımızda ise, tescil edilmiş ticaret unvanları için TTK m. 52/I'de davaların ayrı ayrı düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz. Tescil edilmemiş unvanlar içinse, haksız rekabete ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

HGB § 37'nin uygulanması için kusur şart değildir. Diğer bir deyişle ilgili maddelerin objektif ihlali, düzenlemenin uygulanması için yeterlidir¹²¹.

HGB § 37/II ikinci cümlesinde tazminatla ilgili olarak, diğer düzenlemelerden kaynaklanan tazminat taleplerinin saklı tutulduğu ifade edilmektedir. Bu ifade, men talebiyle ortada kusurlu bir davranış bulunsa bile tazminat talebinin birbiriyle bağlı olmadığını göstermektedir¹²². Bu doğrultuda kanun, BGB § 823 Abs. 1, MarkenG § 15'i işaret etmektedir.

İkinci fıkranın kullanım alanı diğer düzenlemeler karşısında yok denecek kadar azdır. Bu bağlamda, ticaret unvanının maddi anlamda korunması HGB § 37'ye oranla BGB § 12, MarkenG § 15 çerçevesinde söz konusu

¹¹⁷ Heymann/Emmerich, s. 388; Ammon/Ries, s. 642; Oetker/Koch/Burgard/Gaebel, s. 989.

¹¹⁸ Heymann/Emmerich, s. 388; Ammon/Ries, s. 642; Oetker/Koch/Burgard/Gaebel, s. 989; bu konuda doktrinde bir görüş, HGB § 37/II'ye dayanabilecek kişilerin sadece tacirler değil özel kişiler de dahil olmak üzere herkes olduğunu ileri sürmektedir (bkz., Oetker/Koch/Burgard/Gaebel, s. 989).

¹¹⁹ Heymann/Emmerich, s. 389; Ammon/Ries, s. 643.

¹²⁰ Heymann/Emmerich, s. 389; Ammon/Ries, s. 644.

¹²¹ Heymann/Emmerich, s. 385; Bokelmann, s. 368.

¹²² Oetker/Koch/Burgard/Gaebel, s. 994; Ammon/Ries, s. 644.

olmaktadır¹²³. Türk hukukunda ise, ticaret unvanının korunması birden fazla hukuki sebebe dayanabilir. Bu durumda karşımıza hakların yarışması çıkmaktadır. Yeni TTK hakkı ihlal edilen ticaret unvanı sahibinin durumu iyileştirmiş, daha önce kendisine tanınmış olan haklar genişletilmiştir. Ayrıca, zarar varsa ve kusur söz konusu ise maddi ve manevi tazminat davası da açılabilir.

SONUÇ

Her tacirin ticari hayatta kullanmak zorunda olduğu bir ticaret unvanının bulunması gerekir. Bu tacirin ticari hayatta kullandığı isimdir ve aynı zamanda dava ehliyeti açısından da önem arz eder.

Ticaret unvanı üzerindeki hak incelendiğinde bu hakkın şahıs varlığı unsurunu içeren malvarlığı hakkı olduğunu görmekteyiz. Bu tespit ticaret unvanının korunması açısından önemlidir. Usulüne uygun olarak tescil ve ilan edilmiş ticaret unvanını kullanma hakkı tekel olarak sahibine aittir. Burada amaç tacirin menfaatini korumak olduğundan bu ifadeyi tescilden itibaren şeklinden anlamak gerekir.

Ticaret unvanı üzerindeki hakkın farklı hukuki sebeplere dayanarak korunması mümkündür. Bu durumda karşımıza “hakların yarışması” çıkmaktadır. Ayrıca ticaret unvanının tescil edilmiş olup olmaması da koruma kapsamını tespit açısından önemlidir. Şayet ticaret unvanı tescil edilmişse yeni TTK m. 52 (eski TTK m. 54) gereği özel olarak hukuken korunması mümkün olacaktır. Bu hükme göre, ticaret unvanının haksız olarak başkası tarafından kullanılması halinde; tespit, men, kaydın silinmesi-değiştirilmesi, maddi durumun ortadan kaldırılması davaları ile gerektiğinde ilgili malların, araçların imhası ve tazminat davaları düzenlenmiştir. Ticaret unvanı ile ilgili cezai müeyyideler yeni TTK m.51/II’de (eski TTK m. 53/II) yer almaktadır.

Yeni TTK ile kişiye tanınan haklar genişletilmiştir. Yürürlükteki kanuna göre korumadan faydalanmak için gerçek kişi-tüzel kişi ayrımı önemli iken yeni kanunla bu ayrım artık ortadan kaldırılmıştır.

Tüm bu davalarda davayı kazanan tarafın talebi doğrultusunda mahkeme hükmün gazete ile yayınlanmasına karar verebilir. Ancak bu hususun dava dilekçesinde yer alması gerekir.

Alman hukukunda ticaret unvanının korunması çerçevesinde gerek para cezası ile ilgili HGB § 37/I gerek bireysel hak düzenleyen § 37/II hükümleri

¹²³ Heymann/Emmerich, s. 382; Canaris, s. 217; Oetker/Koch/Burgard/Gaebel, s. 973.

tacirin menfaatinden ziyade kamu menfaati doğrultusunda yorumlanmaktadır.

KAYNAKÇA

Ammon, Ludwig/Ries, Peter in Röchricht/Graf v. Westphalen: Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, Köln 2008.

Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, On İkinci Tıpkı Basım, Ankara 2008.

Başbuğoğlu, Tarık: Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, C. I, Ticari İşletme-Ticaret Şirketleri-Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1988.

Baştuğ, İrfan/Erdem, Ercüment: Ticari İşletme Hukuku Ders Notları, Ankara 1993.

Bokelmann, Gunther: Das Recht der Firmen und Geschäftsbezeichnungen, 3. Auflage, Freiburg 1986.

Boyacıoğlu, Cumhur: Ticaret Unvanı, Birinci Bası, Ankara 2006.

Canaris, Claus-Wilhem, Handelsrecht, 24. Auflage, München 2006.

Cihangiroğlu, Celal: Ticari İşletme Hukuku, İzmir 1996.

Dönmez, İrfan: Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, 2. Bası, İstanbul 1992.

Erem, Turgut S.: Ticaret Hukuku Prensipleri, C.I, Yedinci Baskı, İstanbul 1977.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008.

Eriş, Gönen: Açıklamalı- İctihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, 3. Baskı, Ankara 2004.

Fezer, Karl-Heinz: Markenrecht, 3.Auflage, München 2001.

Hartmut, Oetker/Koch, Jens/Burgard, Ulrich/Gaebel, Ulrike: Staub Handelsgesetzbuch Großkommentar, 5.Auflage, Berlin 2009.

Heidinger, Andreas/Huene, Gerrick v. Hoyningen/Krafka, Alexander/Krebs, Peter/Schmidt, Karsten/Thiessen, Jan: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, 3. Auflage, München 2010.

Heymann, Ernst/Emmerich, Volker: Handelsgesetzbuch-Kommentar, 2.Auflage, Band 1, Berlin-New York 1995.

Hopt, Klaus J-Merkt, Hanno/Baumbach, Adolf: Handelsgesetzbuch, Band 9, 34. Auflage, München 2010.

İmregün, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989.

Karahan, Sami: "Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi-Karar Tahlili", Batider 2001, C. XXI, S. 1.

Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku I, Giriş-Ticari İşletme, Üçüncü Baskı, Ankara 1968.

Kılıçoğlu, Ahmet M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2008.

Koller, Ingo/**Roth**, Wulf Henning/**Morck**, Winfried: Handelsgesetzbuch Kommentar, 6.Auflage, München 2007.

Körber, Torsten: "Änderungen im Handels-und Gesellschaftsrecht durch das Handelsreformgesetz", Jura 1998, Heft 9.

Kuru, Baki-**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2003.

Mimaroglu, Sait Kemal: Ticaret Hukuku Birinci Cilt İşletme Hukuku(Birinci Kısım-Ticaret Hukukunun Esasları-İkinci Kısım-Ticari İşletme), Genişletilmiş İkinci Bası, Ankara 1970.

Mineliler, Demirçivi Zeynep: "Ticaret Unvanı ve Haksız Rekabete İlişkin Bir Karar İncelemesi", Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.I, İstanbul 2007.

Özdemir, Necdet/**Kınacıoğlu**, Naci: Türk Ticaret Hukuku (Başlangıç Hükümleri), Genişletilmiş Beşinci Baskı, Ankara 1984.

Pekcanitez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2004.

Poroy, Reha/**Yasaman**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, On İkinci Tıpkı Bası, İstanbul 2007.

Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul 2010.

Saka, Zafer: Ticaret Hukuku-Ticari İşletme, 1.Bası, İstanbul 1998.

Schmidt, Karsten: "Das Handelsrechtsreformgesetz", NJW 1998, Heft 30 (Anılış: Schmidt, Handelsreformgesetz).

Schmidt, Karsten: Handelsrecht, 4.Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1994 (Anılış: Schmidt, Handelsrecht).

Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 4.Bası, İstanbul 2005.

Ülgen, Hüseyin/**Teoman**, Ömer/**Helvacı**, Mehmet/**Kendigelen**, Abuze/-**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N.Fusun: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006.

Yongalık, Aynur: “Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler-Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, *Batider*, 2002, C.XXI, S.3.

HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERDE KÂR PAYI DAĞITIMI

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa TÜYSÜZ **

I. Giriş

Kâr payı, anonim şirket ortaklarına tanınan malî haklar içerisinde yer almaktadır. Bu hak, şirket kârından hissedarlarına ve kâra katılan diğer kimselere verilen payı ifade etmekte olup, müktesep haklar içerisinde yer almaktadır¹.

Kâr payı nisbi müktesep haklar arasında yer aldığından, hak sahibinin rızasına aykırı olarak elinden alınamaz ve özüne dokunulamaz. Bununla birlikte, mutlak müktesep haklar arasında yer almadığından sınırlandırılması mümkündür.

Kâr payı, halka kapalı anonim şirketlerde olduğu gibi halka açık şirketlerde de pay sahiplerine dağıtılmaktadır. Bununla birlikte, pay sahibi dışında bazı kişilere de dağıtım yapılabilmektedir.

II. Kar Payı Dağıtımı

Kar payı, sadece net dönem karından ve bu iş için ayrılmış yedek akçelerden dağıtılabilir (TTK m. 470/2; yeni TTK² m. 509/1). Öte yandan, kanuni ve ihtiyari yedek akçelerle kanun ve esas sözleşme hükmünce ayrılması için gerekli diğer paralar safi kârdan ayrılmadıkça kâr payı dağıtılamaz (TTK m. 469/1). Benzer hüküm yeni TTK (YTTK)'da da yer almıştır. Buna göre, kâr payı dağıtımına ancak, kanunî ve şirket esas sözleşmesi uyarınca ayrılması gereken isteğe bağlı yedek akçeler ayrıldığı takdirde karar verilebilir (YTTK m. 523/1).

Diğer taraftan halka açık şirketler bakımından yapılan düzenleme ile, şirketin dağıtılabilir kâr payı miktarını azaltıcı bazı işlemlerde bulunması yasaklanmıştır. Bu bakımdan SPK m. 15/6'ya göre, halka açık anonim şirketler yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya kişiyle emsallerine göre bariz bir şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak kârını ve/veya malvarlığını azaltamaz. Halka açık anonim şirketler, çeşitli amaçlarla kurulmuş vakıf ve bu gibi kişi ve/veya kuruluşlara, şirket esas sözleşmesinde hüküm bulunmak şartıyla bağışta bulunabilir. Bununla birlikte, bu bağışların SPK m. 15/6 kapsamına

* Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

girebilecek bir sonuç doğurmaması gerekir (Seri: IV, No: 27 m. 7/fıkra 1 ve 2).

Öte yandan halka açık şirketler bakımından aşağıda inceleneceği üzere birinci kâr payının dağıtımını hususunda TTK'nın hükümlerinden farklı düzenleme getirilmiştir.

III. Birinci Kâr Payı Dağıtımı

A. Oranı

SPK m. 15'te, halka açık anonim şirketlerin esas sözleşmelerinde birinci kâr payı (temettü)³ oranının gösterilmesi zorunlu kılınmıştır⁴. Ayrıca bu oran, Sermaye Piyasası Kurulunun (Kurul) belirleyeceği orandan da az olamaz (SPK m. 15/1). Kurulun Seri: IV, 27 No'lu Tebliği⁵ m. 4 ve 5'te⁶, birinci kâr payının tutarının, hesap dönemi kârından kanunlara göre ayrılması gereken yedek akçelerle vergi, fon ve malî ödemeler ve varsa geçmiş yıl zararları düşüldükten sonra kalan dağıtılabilir kârın⁷ % 20'sinden az olamayacağı⁸ belirtilmiştir.

Halka açık anonim şirketlerden yatırım ortaklıkları bakımından getirilen düzenleme ile, bu ortaklıkların dağıtılabilir kâr miktarının hesaplanmasında gerçekleşmemiş sermaye kazançlarının (değer artışlarının) dikkate alınmayacağı kararlaştırılmıştır (Seri: IV, No: 27, m. 5/2).

Diğer taraftan, halka açık anonim şirketlerdeki dağıtılabilir kâr payı ile halka açık olmayan şirketlerdeki dağıtılabilir kâr payı kavramı “matematik değer olarak” aynı miktarı ifade etmemektedir⁹. Halka açık olmayan anonim şirketler dağıtılabilir kârın hesabında TTK m. 469/1 hükmü uygulanacaktır. Bu hükme göre, kâr payı dağıtılmadan önce kanuni ve ihtiyari yedek akçelerle kanun ve esas sözleşme hükmünce ayrılması gerekli diğer paraların safi kârdan düşüleceği belirtilmiştir. Buna karşılık SPK m. 15/2'de, kanun hükmü ile ayrılması gereken yedek akçeler ve esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen birinci kâr payı ayrılmadıkça başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına ve diğer kişilere (yönetim kurulu üyelerine, memur, müstahdem ve işçilere) kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği ve belirlenen birinci kâr payı ödenmedikçe de bu kişilere kârdan pay dağıtılamayacağı yer almıştır. Dolayısıyla, kâr payı, kanuni yedek akçelerden sonra birinci sıraya konularak dağıtılabilir kârın daha büyük bir matematik değer oluşturması sağlanmıştır¹⁰.

B. Dağıtım Şekli

Birinci kâr payı nakit ve/veya hisse senedi verme şeklinde dağıtılabilir. Bu hususta, hisse senetleri borsada işlem gören şirketler ile görmeyen şirketler bakımından ayrı düzenleme yapılmıştır. Hisse senetleri borsada

işlem görmeyen anonim şirketlerde birinci kâr payı dağıtımının nakden yapılması esastır (Seri: IV, No: 27, m. 4/2). Bununla birlikte, bu şirketlerden bağımsız denetim muafiyeti kapsamına girmeyenler¹¹, birinci kâr payını nakden ve/veya hisse senedi biçiminde dağıtabilirler. Ancak bunun için şirket ortaklarından bu yönde talep toplanması gerekir. Talepte bulunmayan veya bulunamayan ortakların iradeleri birinci kâr payının nakden ödenmesi şeklinde değerlendirilir. Eğer birinci kâr payının kısmen veya tamamen hisse senedi şeklinde dağıtılması yönünde talep oluşursa¹², sermaye artırımının karara bağlanacağı genel kurula davete ilişkin süreler çerçevesinde esas sözleşmenin ilgili maddesinde değişiklik tasarısı için Kuruldan uygun görüş alınır (Seri: IV, No: 27, m. 4/2).

Hisse senetleri borsada işlem gören anonim şirketler bakımından ise serbestiyet tanınmıştır. Bu şirketler, genel kurul kararı ile kâr payını, tamamen nakden dağıtma, tamamen hisse senedi şeklinde dağıtma veya belli oranda nakit ile belli oranda hisse senedi olarak dağıtma ve kalanını ortaklık bünyesinde bırakma ya da nakit veya hisse senedi olarak dağıtmadan vazgeçerek tümünü ortaklık bünyesinde bırakma hususunda serbesttir (Seri: IV, No: 27 m. 5/3)¹³. Bununla birlikte, bir önceki döneme ilişkin birinci kâr payı dağıtımını gerçekleştirmeden sermaye artırımını yapan ve artırımını temsil eden hisse senetleri Borsada eski ve yeni olarak iki ayrı sırada işlem gören ortaklıklardan, dönem sonunda elde ettikleri kârdan kâr payı dağıtmak isteyen şirketler, birinci kâr payını nakden dağıtmak zorundadır (Seri: IV, No: 27 m. 5/4).

IV. Kâr Payı Dağıtımı İçin Kâr Elde Etmenin Gerekliliği

Şirketin kâr payı dağıtabilmesi için o hesap döneminde mutlaka kâr elde edilmiş olması gerekli olacaktır? TTK m. 470/2 hükmüne göre, kâr payı dağıtımı yedek akçelerden de yapılabilecektir. Bu yedek akçeler, “bu gaye için ayrılan yedek akçeler” olacaktır¹⁴. Aynı şekilde, yürürlükten kaldırılan Seri: IV, No:1 m. 7’ye göre, hesap dönemi zararlı kapandığı hallerde, TTK 466 ve 468. maddelerde düzenlenenler dışındaki ihtiyatlar kullanılarak, birinci kâr payı dağıtılmasına ve birinci kâr payının Tebliğ’de belirlenen asgari düzeye çıkarılmasına şirket genel kurulu karar verebilir. Tebliğin bu hükmü TTK m. 470’nin aksine, kanuni yedek akçe (TTK m. 466) ve müstahdem ve işçiler lehine ayrılan yardım akçesi (TTK m. 468) dışında kalan bütün yedek akçelerin dağıtılabilmesine izin vermişti. Kurulun bu tebliğini yürürlükten kaldıran yeni tebliğ (Seri: IV, No: 27), şirket zarar etmesi durumunda da kâr payı dağıtabileceği konusunda bir hüküm içermemektedir. Bu durumda, TTK’nın genel hükümlerine başvurulabilir ve yedek akçelerden kâr payının dağıtılabilmesi ifade edilebilir.

V. Kâr Payı Dağıtmama

Şirket kâr elde ettiği halde kâr payı dağıtmayabilir mi? TTK'da, şirketin, elde etmiş olduğu kârı, şirketin gelişmesi veya daha istikrarlı kâr payları dağıtımı için yedek akçe olarak ayırabileceği kabul edilmiştir (TTK m. 469/2). Yeni TTK m. 523/2'de de bu konuda düzenleme yapılmıştır. Buna göre, şirket genel kurulu tarafından, kanun ya da şirket esas sözleşmesinde öngörülmeleyen veya öngörüleni aşan miktarda yedek akçe ayrılması sadece; a) Aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekliyse, b) Bütün pay sahiplerinin menfaati dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kâr payı dağıtımı yönünden haklı görülüyorsa, mümkündür. Yeni TTK, mevcut düzenlemenin kötüye kullanımını engellemeyi amaçlamıştır. Şirket kâr elde ettiği halde sürekli olarak kârın tümünün yedek akçe olarak ayrılmasını engellemek istemiştir¹⁵.

Öte yandan SPK'da birinci kâr payı oranının esas sözleşmede gösterilmesi zorunlu kılınmıştır (SPK m. 15/1). Kanunda (SPK), birinci kâr payı oranının esas sözleşmede gösterilmesinin zorunlu kılınması, bu kâr payının dağıtılmasını da zorunlu kılar¹⁶. Nitekim Kanununun 15. maddesinin gerekçesinde, bu hükmün "kâr tevziinden kaçınmaları engelleyici" bir niteliğe sahip olduğu belirtilmiştir. Diğer taraftan, halka açık şirketlerden borsada hisseleri işlem gören şirketler bakımından getirilen düzenlemede, şirket genel kurullarının birinci kâr payı dağıtılmamasına karar vermeleri durumunda, bu tutarın hesaplanıp ayrıldıktan sonra olağanüstü yedek akçelere ekleneceği belirtilmiştir. Bu ifadeden, bu şirketlerin genel kurullarının birinci kâr payının dağıtılmamasına karar verebileceği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, Kurulun yürürlükten kaldırılmış olan Seri: IV No: 9 Tebliği m. 3 (c)'de, iki halde şirketlerin birinci kâr payı tutarını dağıtmayabileceği ifade edilmişti. Birinci hal, şirket aktifleri toplamının 50 bin TL'yi aşmamasıdır. Buna göre, eğer şirket aktiflerinin toplamı bu miktarı aşmıyor ve hesaplanan dağıtılabilir kârın birinci kâr payı tutarı, ödenmiş sermayenin % 10'undan daha az ise, şirketin başvurusu ve Kurulun uygun bulması durumunda, ilgili hesap dönemi için birinci kâr payı dağıtılmayabilir. İkinci hal, şirket aktiflerinin 50 bin TL veya üzerinde olması ve hesaplanan dağıtılabilir birinci kâr payı miktarının ödenmiş sermayenin % 5'inden daha az olması halidir. Bu halde de kâr payı, şirketin başvurusu ve Kurulun uygun bulması halinde dağıtılmayabilir. Öte yandan, Tebliğde m. 3(c)/ii bent 3'te, şirketin birden fazla yıllarda elde ettiği kârların toplamı yukarıda belirtilen tutarı aşarsa, bu durumda geçen yıllarda elde edilen kârların bu yılın kârı imiş gibi sayılması ve pay sahiplerine kâr dağıtımının yapılması hükme bağlanmıştır. Kâr payı dağıtılmaması yönünde

getirilen bu düzenlemenin amacı, halka açık anonim şirketlerin finansal yapısını güçlendirmeye imkân sağlamaktır¹⁷.

VI. İntifa Senedi Sahiplerine, Yönetim Kurulu Üyeleri ile Memur, Müstahdem ve İşçilere Kârdan Pay Verilmesi

TTK m. 279/2, bent 5’de, şirket kurucularına, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere sağlanacak özel menfaatlerin şirket esas sözleşmesinde gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁸. Bununla birlikte, TTK m. 469/3’te, esas sözleşmede olmasa bile genel kurulun bu kişilere yardım akçesi hükmünde kârdan pay ayırabileceği kabul edilmiştir. Yeni TTK m. 522/1’de, şirket esas sözleşmesinde, şirketin yöneticileri, çalışanları ve işçileri için yardım kuruluşları kurulması veya bunların sürdürülmesi amacıyla bu amacı taşıyan kamu tüzel kişilerine verilmek üzere yedek akçe ayrılabilmesi belirtilmiştir. Yardım amacına tahsis edilen yedek akçelerin ve diğer malların şirketten ayrılması suretiyle bir vakıf veya kooperatif kurulması zorunlu kılınmıştır (YTTK m. 522/2). Öte yandan esas sözleşmede hüküm olmasa da, genel kurul, şirketin işçileri için yardım sandıkları ve diğer yardım örgütlerinin kurulması veya bunların sürdürülmesi amacıyla veya diğer yardım ve hayır amaçlarına hizmet etmek üzere, bilanço kârından yedek akçe ayırabilir (YTTK m. 523/3). Burada, esas sözleşmede hüküm olmadan bilanço kârından yedek akçe ayrılacak kişiler arasında yönetim kurulu üyeleri sayılmamıştır. Bu kişilere bir menfaat verilebilmesi için YTTK m. 339/2 (f) gereği, esas sözleşmede hüküm olması gerekecektir.

Diğer taraftan SPK m. 15/2’de, yönetim kurulu üyeleri ile memur, müstahdem ve işçilere kârdan pay dağıtılabilmesi için esas sözleşmede bu yönde bir hükmün bulunması aranmıştır. Bu nedenle halka açık anonim şirketler bakımından, esas sözleşmede bir hükmün bulunmaması durumunda genel kurul kararı ile kârdan bu kişilere pay verilmesi söz konusu olmayacaktır. Ayrıca SPK, ayrılması gereken yedek akçelerle esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen birinci kâr payının da ayrılmış olmasını aramıştır¹⁹. Görüldüğü üzere, bu kişilere kâr payı dağıtım kararı verebilmek için birinci kâr payının ayrılmış olması yeterli görülmüş, bunun hesaba veya nakden ödenmiş olması aranmamıştır. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyeleri, memur, müstahdem ve işçilere dağıtımına karar verilen kâr payının ödenmesi için, öncelikle birinci kâr payının ödenmiş olması gerekmektedir (SPK m. 15/2)²⁰.

Yukarıda ifade edildiği üzere şirket yönetim kurulu üyeleri dışında, şirketin kurucu intifa senedi sahiplerine esas sözleşme sahiplerine de kârdan pay verilmesi için esas sözleşmede hüküm olmalıdır. Bu kişiler, SPK Tebliği’nin belirlediği birinci kâr payına zarar gelmemek şartıyla, kârdan

pay alabilecektir. Zira, SPK'nın belirlemiş olduğu birinci kâr payı, kurucuların haklarını sınırlamak veya kısıtlamak amacıyla belirlenmemiştir²¹.

VII. Kâr Payının Belirlenmesi ve Hesaplanmasında Ölçüt

Kâr payının dağıtımında ortağın şirketteki payı önem taşır. TTK kâr payının dağıtımında, payı esas almıştır²². TTK m. 455/1 (YTTK m. 507/1) hükmü gereği, her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre dağıtılmaya tahsis olunan safi kazançta payı oranında katılma hakkına sahiptir. Bu hüküm, kâra katılma bakımından oransallık ilkesini kabul etmiştir. Dolayısıyla pay sahibi, şirketteki payı oranında kârdan pay alacaktır.

Öte yandan, kârdan pay almak için paydan başka bir ölçüt kabul edilmez. Kooperatiflerde olduğu gibi, ortakların şirkete yapmış oldukları işlemlere göre veya şirkete vermiş oldukları borca göre kârdan pay alacaklarını içeren esas sözleşme hükmü TTK m. 455/1 karşısında geçersiz olacaktır²³.

TTK m. 455/1 kâr payının belirlenmesindeki ölçütü ifade ederken m. 456 (YTTK m. 508/1) kâr payının hesaplanmasındaki ölçütü belirlemektedir. Bu hükmü göre, esas sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa kazanç ve tasfiye payları, esas sermayeye mahsuben ortağın şirkete yaptığı ödemelere oranla hesap ve tespit olunur. Dolayısıyla kâr payının hesabında, pay sahibinin şirkete taahhüt ettiği sermaye borcu değil de, bu borca oranla ne miktarda ödeme yaptığı dikkate alınır.

Şirket pay sahipleri, taahhüt etmiş oldukları pay bedellerinin tümünü ödemiş olabilir. Pay sahibinin kâr payı hesaplanırken yukarıda ifade edildiği üzere kârın dağıtıldığı tarihteki pay dikkate alınacaktır. Kârdan pay alma, ödenmiş kısma göre belirlenecektir. Bu bakımdan ödeme tarihi önem taşır. Pay sahipleri pay bedellerine mahsuben ödemeleri daha sonra gerçekleştirmiş olabilir. Pay sahiplerine pay bedellerini ödemeleri için bir çağrıda bulunulmuşsa, tüm pay sahiplerine çağrı yapılmalıdır. Aksi durum eşit işlem ilkesine aykırı olacaktır. Zira bu durumda bir kısım pay sahipleri pay bedellerini ödeyerek kârdan daha yüksek bir pay alabilecektir. Bu nedenle, kârdan yararlanma bakımından diğer pay sahiplerine de aynı fırsatın tanınması gerekir²⁴.

Diğer taraftan TTK m. 456'da, şirket esas sözleşmesinde aksine bir düzenlemenin yapılabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, esas sözleşmede kâr payının hesabında ödenen pay oranına göre değil de, payların itibari kıymetine göre dağıtımın yapılacağı da kararlaştırılabilir²⁵. Yeni TTK, mevcut TTK'nın sistemini bu bakımdan değiştirmemiştir (YTTK m. 508/1).

Primli (agiolu) paylarda kâr payının hesabında prim dikkate alınmaz²⁶. Ancak, şirket esas sözleşmesi ile bu durumun aksi kararlaştırılabilir.

VIII. Kâr Payından Yararlanmada Başlangıç Tarihi

Kâr payı hangi paylara dağıtılacaktır? Şirket sermaye artırımına gitmişse, bu paylar da kâr dağıtımında dikkate alınacak mıdır? Belirtelim ki kâr payının hesaplanmasında, kârın tahakkuk ettiği dönem değil de, dağıtımın yapıldığı tarihteki pay dikkate alınır²⁷. SPK m. 15/3 hükmü gereği payın dağıtımı, hesap dönemi sonu itibariyle mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri (kıst el yevm kuralı) dikkate alınmaksızın eşit olarak yapılır. Payların ihraç ve iktisap tarihinin kâr payının hesaplanmasında dikkate alınmamasının nedeni, bunların borsada farklı değerlerinin oluşmasını önlemektir²⁸.

Öte yandan, şirketin sermaye artırımına gitmesi durumunda, yeni taahhüt edilen paylar bakımından kâr payının hesaplanması hususunda, izahname ile veya genel kurul kararı ile ya da esas sözleşme ile bir tarih belirlenebilir (TTK m. 393/11)²⁹. Böyle bir tarih belirlenmemişse, yararlanmanın başlangıç tarihi, esas sermaye artırımının tescili tarihidir (TTK m. 390). Tescil tarihinin başlangıç tarihi olarak kabul edilmesinin nedeni, bu tarihten önce payın henüz teşekkül etmemiş olmasıdır³⁰.

Esas sermaye artırımının tescil edildiği hesap dönemi itibariyle oluşan payların (hisselerin) kâr payına hak kazanması, esas sermayeli şirketler bakımından Kurulun Tebliğinde de ifade edilmiştir (Seri: IV, No: 27, m. 4/4). Kayıtlı sermaye sisteminde ise, ihraç edilen pay senetleri, yeni pay alma hakkına ilişkin sirkülerin yayımlandığı hesap dönemi sonu itibariyle kâr payı almaya hak kazanır (Seri: IV, No: 27, m. 4/5). Bu şirketlerin nakdi sermaye artırımı nedeniyle ihraç edecekleri hisse senetlerin satış süresi içinde hesap dönemi sona ererse, hesap döneminin son gününü takip eden tarihten başlamak üzere, hisse senetleri geçmiş hesap dönemlerine ait kâr payı kuponları iptal edilerek satılır (Seri: IV, No: 27, m. 4/5).

IX. Kâr Payının Alacak Hakkına Dönüşmesi

Kâr payı dağıtımına, genel kurul karar verir³¹. Genel kurulun dağıtımına yönelik kararı ile kâr payı alacak hakkına dönüşür³². Genel kurulun bu kararı yenilik doğuran bir karar olduğundan daha sonra bu karardan dönülemez, dağıtım oranında bir indirimle gidilemez³³.

Öte yandan, hesap dönemlerinin bağımsızlığı nedeniyle, genel kurul ileriki yıllara ilişkin kâr payı hakkında bir karar veremez. Bu bakımdan, ileriki yıllara ilişkin kâr payı oranını belirleyemez ve bu kâr payının dağıtımına ilişkin bir karar alamaz.

Diğer taraftan, genel kurul kararı ile alacak hakkına dönüşen kâr alma hakkı ne zaman muaccel olacaktır? Eğer genel kurul kararında ödeme tarihi de belirlenmişse, alacak hakkı belirlenen bu tarihte muaccel olacaktır. Buna karşılık, kâr dağıtım kararında, ödeme tarihi belirlenmemişse, alacak hakkı genel kurul kararı ile muaccel hale gelir³⁴.

Genel kurulun, dağıtım tarihlerini belirleme yetkisini yönetim kuruluna devredemeyeceği hükmü, Genel Kurul Toplantıları İle Komiser Yönetmeliği m. 15 (g)'de bulunmaktadır. Ancak, belirtelim ki, bu hükmün kanuni dayanağı bulunmamaktadır³⁵. Öte yandan, genel kurul tahakkuk eden kâr payının ödenme suret ve şeklini belirleme yetkisini yönetim kuruluna devredebilir³⁶. Bu bakımdan kâr payının toptan veya birden fazla taksitle ödenmesine karar verilebilir. Taksitle ödeme yapılacaksa, her defasında genel kurulun toplanmasına gerek bulunmamaktadır³⁷. Buna karşılık, yılda birkaç kere kâr dağıtan anonim şirketlerde her dağıtım için genel kurul kararı gerekir (TTK m. 364/2). Yeni TTK'da yılda birkaç kere kâr dağıtan anonim şirketlerde her dağıtım için genel kurul toplantısı yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak, YTTK m. 408'de kâr üzerinde tasarrufta bulunmaya genel kurul yetkili kılındığı ve YTTK m. 409/1'de kârın kullanım şekline, dağıtılacak kâr paylarının oranlarının belirlenmesine ilişkin olarak genel kurul toplantısı yapılacağı belirtildiği için, yılda birden fazla kâr dağıtım bakımından her dağıtım için genel kurul kararı gerekecektir.

Kâr dağıtımının belli sürede bitirilmesine ilişkin bir hüküm Tebliğde bulunmaktadır. Buna göre, kâr payı dağıtım, şirket tarafından hesap dönemini izleyen beşinci ayın sonuna kadar tamamlanmak zorundadır (Seri: IV, No: 27, m. 6/1). Kâr payı ödemesinin tamamlanması için de bazı işlemlerin yapılmış olması gerekir. Eğer kâr payı nakit olarak ödenecekse, ilgili kuponlarla kâr payı dağıtım adreslerine başvuran ortaklara nakden veya hesaben ödemenin yapılması gerekir [Seri: IV, No: 27, m. 6/2 (a)]. Ödeme nakden değil de hisse senedi olarak yapılacaksa, kâr payının sermayeye eklenmesi nedeniyle ihraç edilecek hisse senetlerinin Kurulca kayda alınması ve kayıt sonrası işlemlerin tamamlanarak kâr payı dağıtılacak hisse senetlerinin; 1) kayıtlı sermaye sistemini benimseyen şirketlerde hesap dönemini izleyen beşinci ayın sonuna kadar, ortaklara teslim hazı hale getirilmesi, 2) esas sermaye sistemini benimseyen şirketlerde ise, sermaye artırımının tescilinin hesap dönemini izleyen beşinci ayın sonuna kadar tamamlanarak teslim hazı hale getirilmesi gerekir [Seri: IV, No: 27, m. 6/2 (b)].

Öte yandan dağıtımın nakit ve hisse senedi dağıtım şeklinde benimsenmesi halinde ise, yukarıda ifade edilen işlemlerin ayrı ayrı ancak

hesap dönemini izleyen beşinci ayın sonuna kadar yerine getirilmesi şarttır [Seri: IV, No: 27, m. 6/2 (c)].

Diğer taraftan, hisse senetleri Borsada işlem gören şirketlerin Kurula, kâr payının sermayeye ilave edilmesi nedeniyle ihraç edilecek hisse senetlerinin kayda alınması talebiyle yapacakları başvuruların, hesap dönemini izleyen dördüncü ayın sonuna kadar yapılması gerekir (Seri: IV, No: 27, m. 6/3).

Yukarıda ifade edildiği üzere, kâr dağıtımı kararı genel kurul tarafından alınır. Kâr payının tespit edildiği bilanço tarihi ile kâr payının dağıtımına karar verildiği genel kurul karar tarihi arasında kanunda veya esas sözleşmede değişiklikler olmuşsa, kâr payı hangi tarihteki kanun veya esas sözleşme hükmüne göre dağıtılacaktır? Örneğin, daha önce halka açık olmayan bir anonim şirket, daha sonra halka açılabilir. Bu şirketin esas sözleşmesinde değişiklikler yapılmış ve SPK'nın belirlediği birinci kâr payına ilişkin hüküm esas sözleşmeye konulmuş, ancak birinci kâr payı daha önce tahakkuk etmişse, hangi duruma göre hesaplama yapılacaktır? Yargıtay böyle durumlarda, genel kurul kararının alındığı tarihteki esas sözleşme veya kanuna göre dağıtımın yapılacağı görüşündedir³⁸.

Karşı görüşte olan Eriş'e göre³⁹, anonim şirketlerde kar dağıtımı için genel kurulun bu konuda bir karar vermesi gerekmekte birlikte, genel kurul bilançonun düzenlendiği tarihteki şartlar ile o tarihte yürürlükte olan kanun ve esas sözleşme hükümlerini dikkate alarak karar verir. Diğer bir ifadeyle, genel kurul şirket kârı bakımından hangi tarihte karar verirse versin, bu karar aynı zamanda şirket bilançosunun onanması ile de ilgili olmasına göre, bilançonun düzenlendiği yıl sonu kuralları çerçevesinde olmalıdır. Yani, genel kurulun karar tarihi değil, bu karar hangi yıl bilançosu için verilmişse, o bilançonun düzenlendiği tarihteki kanun ve esas sözleşmenin yürürlükteki hükümlerine göre olmalıdır.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın kararı daha isabetlidir. Zira, bizim hukuk sistemimizde genel kurul, ilgili organ tarafından hazırlanan kâr-zarar hesabı ve bilançoyla bağlı değildir. Genel kurul kâr-zarar hesabını veya bilançonun değiştirilmesi konusunda ilgili organı zorlayabilir⁴⁰. Bu husus, TTK m. 369/1, bent 2'de, genel kurulun kâr-zarar hesabı ve bilançoğu hem aynen hem de değiştirilecek şekilde tasdik etme veya reddetme yetkisi vardır şeklinde ifade edilmiştir⁴¹. Dolayısıyla genel kurul, gerçeğe uygun olmayan bilançonun değiştirilmesini isteyebilir. Bu bakımdan genel kurul karar tarihinin dikkate alınması daha isabetli olacaktır.

X. Kâr Payında Zamanaşımı ve Alınmayan Payların Durumu

Kâr payının zamanaşımı ile ilgili olarak Borçlar Kanunu (BK) m. 126/4 gereği, şirketle ortaklar arasında açılacak davalar, beş yıllık zamanaşımına

tabidir. Öte yandan, halka açık şirketler bakımından hükümler getiren Kurulun Seri: IV, No: 27 Tebliğinin 19. maddesinde zamanaşımına ilişkin özel düzenleme yapılmıştır. Belirtelim ki, bu hüküm de BK m. 126/4'le aynı şekilde beş yıllık zamanaşımı öngörmüştür.

Bu sürenin başlangıcı iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan biri, kâr dağıtımına karar veren genel kurul kararında muacceliyet tarihi de belirlenmişse, o tarihten itibaren başlamadır. Diğer ise, genel kurul kararında böyle bir tarih belirlenmemişse, genel kurul karar tarihinden itibaren hesaplanmadır⁴². Öte yandan, Kurulun Seri: IV, No: 27 Tebliği m. 19'da zamanaşımı süresinin dağıtım tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. Ancak bu dağıtım tarihi, yukarıda ifade edildiği üzere dağıtım karar verilen genel kurul karar tarihi ya da o kararda belirtilen tarih olacaktır.

Zamanaşımına uğramış olan kâr payları ve kâr payı avans bedelleri hazineye intikal edecektir. Bu bakımdan, 2308 sayılı Şirketlerin Müruru Zamana Uğrayan Kupon Tahvilat ve Hisse Senedi Bedellerinin Hazineye İntikali Hakkında Kanun⁴³ hükümleri uygulanacaktır (Seri: IV, No: 27, m. 19).

XI. Haksız ve Kötüniyetle Alınan Kâr Payının İadesi

TTK m. 473/1 gereği, pay sahipleri haksız ve kötüniyetle aldıkları kâr paylarını geri vermek zorundadır. Geri verme yükümlülüğü bakımından TTK sadece pay sahipleri ile yönetim kurulu üyelerinden bahsetmekle birlikte, doktrinde haklı olarak bu yükümlülüğün, intifa senedi sahiplerine, kuruculara ve kâra iştirak eden diğer kimselere de uygulanacağı görüşü hakimdir⁴⁴. Yeni Ticaret Kanunu, haksız yere kâr almış pay sahipleri ile yönetim kurulu üyelerinin bunu iade edeceğini ifade etmiştir (YTTK, m. 512/1). Ancak kanaatimizce, iade yükümlülüğü haksız olarak kâr alan herkese yüklenmelidir.

Öte yandan, TTK m. 474/1'de (YTTK m. 513/1'de) yönetim kurulu üyeleri için bir iade yükümlülüğü daha düzenlemiştir. Buna göre, anonim şirket iflas etmişse, iflasın açılmasından önceki son üç yıl içinde elde ettikleri kâr payı veya diğer bir ad altında hizmetlerine karşılık olarak aldıkları ve fakat münasip bir ücreti aşan ve bilanço münasip bir ücret miktarına göre tedbirli bir tarzda tanzim edilmiş olduğu takdirde, ödememeleri gereken paraları iade etmekle yükümlüdürler. Bununla birlikte, bu durumda, sebepsiz zenginleşme hakkında hükümler gereği, geri alınması (istirdadı) mümkün olmayan paraların iade yükümlülüğü yoktur (TTK m. 474/2; YTTK m. 513/2). Bu durumda mahkeme, halin icabını dikkate alarak takdir hakkı kullanacaktır (TTK m. 474/3; YTTK m. 513/3).

İade borcunun doğması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunun için öncelikle kâr payının dağıtılmış olması gerekir⁴⁵. Kâr payı, pay sahibinin hesabına geçirilmişse, hesabın düzeltilmesi yoluna gidilemeyip, iade davası açılması gerekir⁴⁶.

İade borcu için ayrıca, kârın haksız olması da gerekir. TTK hükümlerine ve genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine uyulmadan düzenlenen bilanço'ya göre tahakkuk eden kâr, haksız olacaktır⁴⁷. Öte yandan, bilanço dışında dağıtılan kâr da iade edilmelidir⁴⁸.

Haksız alınan kâr payının iadesi için diğer bir şart da, genel kurul kararının kâr dağıtımının haksız ve kötüniyetle yapılmış olması nedeniyle iptal edilmiş olmasıdır. Bu nedenle, iptal davası mahkemece reddedilmiş ya da iptal davası açma süresi geçirilmişse⁴⁹, artık dağıtılan kâr payının iadesi söz konusu olmayacaktır.

Pay sahibinin kötüniyetli olması haksız alınan kâr payının iadesi için aranan bir diğer şarttır. Kötüniyetli olma, alınan kâr payının haksız olduğunu bilme veya bilebilecek durumda olma ile ilgilidir. İyiniyet asıl olduğundan, kötüniyeti iddia eden ispat etmek zorundadır⁵⁰. Bununla birlikte, genel kurulun kâr payı dağıtımına ilişkin kararı için iptal davası açıldığını öğrenen pay sahiplerinin kâr dağıtımını kabul ederken iyiniyetli olduklarını söylemek mümkün olmayacaktır⁵¹.

Haksız alınan kâr payının iadesine karar verilince, iade kapsamına sadece alınan miktar girmez, ayrıca iade zamanına kadar işleyen faiz de ödenmek zorundadır⁵².

Haksız ve kötüniyetle alınan kâr payının geri verilmesi bakımından genel kurul kararının iptali için dava açma yetkisi, şirket adına yönetim kuruluna aittir. Öte yandan, iptal davasını şirket dışında pay sahipleri de açabilecektir. Şirket tasfiye haline girmişse, tasfiye memurları, iflas etmişse iflas idaresi tarafından dava açılabilir. Öte yandan iflas halinde, iflas idaresi dava açma hakkını alacaklılara da devredebilir (İİK m. 245).

Dava, haksız ve kötüniyetle kâr payını alan kişiye karşı açılır. Kâr payının kuponla tahsil edilmesi söz konusu ise, davalı, kupon hamili olacaktır⁵³.

Haksız ve kötüniyetle alınan kâr payı bakımından zamanaşımı süresi beş yıldır (TTK m. 473/2; YTTK m. 512/2)⁵⁴. Bu süre, kâr payının alındığı tarihten itibaren işlemeye başlar (TTK m. 473/2 ; YTTK m. 512/). Bununla birlikte, genel kurul kararı aleyhine iptal davası açma süresi üç ayla sınırlandırılmış olduğundan, bu beş yıllık süre kullanılamayacaktır⁵⁵.

XII. Kâr Payı Dağıtımında İmtiyaz

Kâr payı dağıtımında imtiyaz tanınabilir. Ancak imtiyaz, dağıtılabılır kârın birinci kâr payı dağıtıldıktan sonra kalan kısım için tanınabilir (Seri: IV, No: 27, m. 8/1). Aynı şekilde, imtiyazlı pay sahiplerine kârdan ikinci dağıtım yapılabilmesi için, kanun hükmü gereği ayrılması gereken yedek akçelerin de ayrılması gerekir (Seri: IV, No: 27, m. 8/2).

Oydan yoksun hisse senedi sahipleri, diğer hissedarlarla birlikte payları oranında birinci kâr payını aldıktan sonra kalan kârdan, pay başına düşen birinci kârın bu senetlerin imtiyazına ilişkin olarak esas sözleşmede belirtilen oranda kâr payı alırlar (Seri: IV, No: 27, m. 8/1). Ayrıca, kârdan ikinci kâr payı dağıtılması halinde, oydan yoksun hisse senetlerinin diğer paylar gibi sermaye payları oranında eşit yararlanma hakları bulunmaktadır (Seri: IV, No: 27, m. 8/2).

XIII. Kâr Payı (Temettü) Avansı

Kâr payı avansı, anonim şirketin kârı henüz belli olmadan, yıllık kâra mahsuben verilen bir paradır. Bu avans, ortaklara ara dönem kârı üzerinden dağıtılmaktadır (Seri: IV, No: 27, m. 3). TTK'da, kârdan avans dağıtılmasına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır⁵⁶. Bununla birlikte, yeni TTK'da, Sermaya Piyasası Kanununa tabi olmayan şirketlerde (yani halka açık olmayan şirketlerde), kâr payı avansına ilişkin düzenlemenin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından bir tebliğ ile düzenleneceği belirtilmiştir (YTTK m. 509/3). Buna karşılık halka açık şirketler bakımından SPK'da kârdan avans verilmesi düzenlenmiştir.

Avans, elde edileceği düşünülen kârdan verilmektedir. Buna karşılık, ilgili hesap dönemi sonunda yeterli kâr elde edilmemişse veya zarar edilmişse, bu durumda bir önceki yıla ait bilançoda yer alan olağanüstü yedek akçelerden mahsup yapılacaktır (Seri: IV, No: 27, m. 9/2).

A. Şartları

Kâr payı avansı verilebilmesi için bazı şartların karşılanması gerekir. Bunlar arasında, a) Bilanço ve gelir tablolarının sermaye piyasası mevzuatına uygun olarak düzenlenmiş olması ve bağımsız denetimden geçmiş olması, b) Üçer aylık ara dönemler itibariyle hazırlanan malî tablolarla bir kârın belirlenmesi, c) Bu kârlardan, kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayrılması gereken yedek akçeler ile vergi karşılıklarının düşülmesi, d) Düşülen bu miktarlardan sonra elde kalan kısmın yarısını geçmemesi, ayrıca her ara dönemde verilecek avansın bir önceki yıla ait bilanço kârının yarısını aşmaması⁵⁷, e) şirket esas sözleşmesinde kâr payı avansı dağıtılabileceğine ilişkin bir hükmün bulunması ve genel kurul

kararıyla ilgili yılla sınırlı olmak üzere yönetim kuruluna yetki verilmesi, yer almaktadır (SPK m. 15/4).

Öte yandan, önceki dönemde ödenen kâr payı avansları mahsup edilmeden ilave kâr payı avansı verilmesi ve kâr payı dağıtılması yasaktır (SPK m. 15/4).

B. Dağıtım Karar Vermeye Yetkili Organ

Kâr payı avansı verilmesine karar verme yetkisi genel kurula mı yoksa yönetim kuruluna mı ait olacaktır? SPK m. 15/4'de genel kurulun yönetim kuruluna ilgili yılla sınırlı olarak yetki verebileceği ifade edilmiştir. Ancak Ünal'a göre, buradaki yetki verme avans verip vermeme konusunda değil de, genel kurul tarafından kârdan avans dağıtımına karar verildikten sonra, bu avansın dağıtılma yöntemi ve zamanına ilişkindir⁵⁸. Dolayısıyla SPK, genel kurulun kâr dağıtımına ilişkin devredilemez nitelikteki yetkisini kaldırmamıştır⁵⁹. Bununla birlikte belirtelim ki, Kurulun Seri: IV, No: 27 Tebliğinde, genel kurulun bu yetkisini yönetim kuruluna devretmiş olduğu kabul edilmiştir. Bu Tebliğin 9. maddesinin değişik ikinci fıkrasına göre (Seri: IV, No: 35 sayılı Tebliğle), yönetim kuruluna genel kurul tarafından avans dağıtımı için yetki verildiği durumda, yönetim kurulu tarafından, ilgili hesap döneminde her üç aylık dönemi izleyen altı hafta içerisinde kâr payı avansı dağıtma veya dağıtmama konusunda bir karar alınması zorunludur. Dolayısıyla, bu hüküm gereği, avans dağıtma veya dağıtmama kararı yönetim kuruluna devredilmiştir.

Genel kurulun yönetim kuruluna yetki verdiği o toplantıda ayrıca bazı hususların da karara bağlanması öngörülmüştür. Bu toplantıda, dağıtılacak kâr payı avansının, ilgili hesap dönemi sonunda yeterli kâr oluşmaması veya zarar oluşması durumlarında, bir önceki yıla ait bilançoda yer alan olağanüstü yedek akçelerden ya da olağanüstü yedek akçe tutarının zararı karşılamaya yeterli olmaması durumunda 10'uncu madde uyarınca kâr payı avansı karşılığında alınan teminatın paraya çevrilip gelir kaydedilerek bu tutardan mahsup edileceği hususunun da karara bağlanması gerekmektedir (Seri: IV, No: 27, m. 9/2).

Öte yandan, kâr payı avansı dağıtımına karar verilmesinde ve avansın ödenmesinde TTK'nın bilanço ve gelir tablosunun kabulüne ve kârın dağıtımına ilişkin hükümlerinden SPK'nın 15. maddesine aykırı olanlar uygulanmayacaktır (SPK m. 15/4; Seri: IV, No: 27, m. 9/3).

C. Kâr Payı Avansı Alabilecek Kişiler

Kâr payından avans alınması sadece pay sahiplerine tanınmıştır. Bu nedenle, esas sözleşme ile kâra katılabilen yönetim kurulu üyeleri, memur ve

müstahdemler ile işçilere, katılma intifa senedi sahiplerine kar payından avans verilemeyecektir.

Aynı şekilde kâr payı avansının, imtiyazlı pay sahiplerine, oydan yoksun hisse senedi sahiplerine ve ortaklar dışında kârdan pay alacak kişi ve/veya kurumlara dağıtılamayacağı Tebliğde bildirilmiştir (Seri: IV, No: 27, m. 11).

Buna karşılık, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın kâr payı avansı dağıtılır (Seri: IV, No: 27, m. 14/1). Esas sermaye sistemindeki şirketlerce ihraç edilen hisse senetleri sermaye artırımının tescil edildiği hesap dönemi, kayıtlı sermaye sistemindeki şirketlerce ihraç edilen hisse senetleri ise yeni pay alma hakkına ilişkin sirkülerin yayımlandığı hesap dönemi itibarıyla kâr payı avansına hak kazanırlar (Seri: IV, No: 27, m. 14/1).

Diğer taraftan, bir hesap dönemi içerisinde kâr payı avansı dağıtmasının ardından sermaye artırımını gerçekleştiren şirket, daha sonra tekrar kâr payı avansı dağıtmak istediğinde, a) Sermaye artırımını nedeniyle ihraç edilen ve yapılacak kâr payı avansı ödemesine hak kazanan yeni tertip hisse senedi sahiplerine öncelik verilir. b) Bu öncelik, eski ve yeni tertip hisse senedi sahiplerinin dönem içinde aldıkları toplam kâr payı avans tutarları eşitleninceye kadar devam eder. c) Bu eşitlik sağlandıktan sonra, kalan kâr payı avans tutarı veya bir sonraki ara hesap döneminde ödenecek kâr payı avansı tutarı mevcut pay sahiplerine eşit olarak dağıtılır (Seri: IV, No: 27, m. 14/3).

D. Kâr Payı Avansı Dağıtımında Sorumluluk

Kâr payı avansı dağıtımını nedeniyle bir zarar ortaya çıkabilir. Bu zararlar, ara dönem bilanço ve gelir tablolarının gerçeği yansıtmamasından veya mevzuat ile muhasebe ilke ve kurallarına uygun olarak düzenlenmemiş olmasından ortaya çıkan zararlardır (SPK m. 15/4)⁶⁰.

Bu zararlar nedeniyle, yönetim kurulu üyeleri ve temsilcisi oldukları tüzel kişiler, şirket denetçileri, bağımsız denetim yapanlar ve bağlı oldukları gerçek ve tüzel kişiler sorumludur (SPK m. 15/4). Bu kişilerin sorumluluğu doğrudan doğruya (birinci derecede) ve müteselsildir (SPK m. 15/4). Öte yandan, sorumluluk kusura dayalı olup, her davacı bakımından sözleşmeden doğmaktadır⁶¹.

Davanın açılmasının zarar şartına bağlanması Ünal tarafından eleştirilmektedir⁶². Ünal'ın belirttiği üzere yönetim kurulu üyelerinin dağıtılan ve ödenen kâr paylarının hakiki olmamasından dolayı sorumluluğunu düzenleyen TTK 336 hükmü zarar şartını aramamıştır⁶³. Öte yandan, SPK m. 15 hükmü gereği, kâr payı avansının iadesi değil de zararın tazmini söz konusudur. Ünal'a göre, zararı tazmin edecek olan kişiler avansı

alan pay sahipleri değil de bunun verilmesine neden olan kişiler olacaktır. Bununla birlikte, pay sahipleri de sebepsiz zenginleşme kuralları (BK m. 60 vd) çerçevesinde alacakları avansı iade etmek zorunda kalabilir⁶⁴. Kanaatimizce, Kanunun zarardan dolayı pay sahiplerini sorumlu tutmaması isabetli olmuştur. Zira, zarar doğuran işlemi pay sahiplerinin gerçekleştirmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla, şirketin avans dağıtımından dolayı bir zararı olursa, bunun pay sahiplerinden talep edilmesi haksızlık olurdu. Bununla birlikte belirtelim ki, Ünal'ın haklı olarak ifade ettiği üzere, pay sahipleri zarardan sorumlu olmamakla birlikte, almış oldukları avansı sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde iade etmelidir.

Kanun, zarar gören kişilerin kimler olacağını da düzenlemiştir. Bu bakımdan zarar görenler arasında, şirket, pay sahipleri, şirket alacaklıları, kâr payı avansının kararlaştırıldığı ve ödendiği bilanço yılı içinde pay senedini iktisap etmiş bulunan kişiler⁶⁵ ve üçüncü kişiler⁶⁶ yer almaktadır (SPK m. 15/4).

Öte yandan, kârdan avans dağıtımına ilişkin yönetim kurulu kararına karşı iptal davası açma imkânı da getirilmiştir. Ancak bu dava, hukukî sorumluluk doğuran hallerin varlığı halinde açılabilir. Bu davayı, pay sahipleri açabileceği gibi, yönetim kurulu üyeleri, denetçiler ve Kurul da açabilir. Tekinalp haklı olarak, aynı imkanın sorumlu tutulan herkese tanınması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁷. Öte yandan, iptal davası açma süresi 30 günle sınırlandırılmıştır (SPK m. 15/4).

Sonuç

Hukukumuzda halka açık anonim şirketlerde kâr payı dağıtımı hususu halka açık olmayan anonim şirketlerden farklı düzenlenmiştir. Öte yandan, halka açık anonim şirketlerden hisse senetleri borsada işlem görenler için de bazı hususlarda farklı düzenleme yapılmıştır.

Halka açık şirketlerde yatırımcılar çok sayıda olup bunlar için esas olan kazançlarını artırmadır. Bunların şirket hisselerine yatırım yapma yoluyla elde edeceği kazanç, hisseleri Borsada işlem gören şirketlerde hisselerin alım satımından sağlanabilir. Aynı şekilde elde edilecek kazanç, hisseleri Borsada işlem görsün veya görmesin şirketlerin kârından elde edilecek paydan oluşur. Dolayısıyla, yatırımcıların bu şirketlere yatırım yapmalarını teşvik bakımından kâr payı ödemelerinin güvenceye kavuşturulması önemlidir. Şirket kâr elde ettiği halde kâr payı dağıtmamasının engellenmesi, bu güveni artırmaya yöneliktir. Bu bakımdan, halka açık şirketlerde birinci kâr payı oranının esas sözleşmede gösterilme zorunluluğu önemlidir.

Öte yandan, yatırımcıların pay sahibi olarak şirkete ortak olmasını teşvik bakımından kardan avans verilmesi de önemlidir. Bununla birlikte, verilen

avansın elde edilecek kârdan mahsup edilmesi veya şirket kâr elde etmemişse, iadesinin sağlanması, pay sahipleri için olduğu kadar şirketin devamlılığının sağlanması açısından da gereklidir.

KAYNAKÇA

Arslanlı, Halil, Anonim Şirketler, C. 1, Umumi Hükümler, İstanbul, 1959.

Çevik, O. Nuri, Anonim Şirketler, 4. Baskı, Ankara, 2002.

Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, 1990.

Domanıç, Hayri, Anonim Şirketler, İstanbul, 1978.

Dündar, Mustafa, 1. Temettünün Ödenmesi Zorunlu mudur?", Yaklaşım Dergisi, Yıl: 3, Sa: 28, Nisan, 1995.

Erimez, Rüştü, Şirketlerde Kâr Dağıtımını Yedek Akçeler ve Vergileme, 3. Baskı, İstanbul, 1985.

Eriş, Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, 2. Baskı, Ankara, 1992.

Erüreten, B., Mazhar, Açıklamalı Uygulamalı İçtihatlı Anonim Şirket ve Davaları, İstanbul, 1988.

İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1968.

Karahan, Sami, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul, 1991.

Kendigelen, Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, 1994.

Kızılot, Şükrü, "Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunları Yönünden Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımını", Yaklaşım Dergisi, Yıl: 1, Sa: 4, Nisan, 1993.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 1997.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2005.

Tekinalp, Ünal, "Sermaye Ortaklıkları Hukuku", İktisat ve Maliye, C. 28, Sa. 5, 1981.

Ünal, O. Kürşat, Sermaye Piyasasında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara, 1999.

Ünal, O. Kürşat, Sermaye, Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara, 2005.

<http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1> [12.8.2011].

SON NOTLAR

1Yargıtay (Y) 11. HD. 22.1.1976, E. 1975/5897, K. 1976/321; Çevik, O. Nuri, Anonim Şirketler, 4. Baskı, Ankara, 2002, s. 1020.

213.1.2011 tarihinde kabul edilen 6102 sayılı Yeni TTK, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir (14.2.2011 tarihli ve 27846 sayılı RG).

3Ortaklık esas sözleşmesiyle muayyen kâr dağıtılması usulüne göre ortaklar lehine birkaç kâr payı dağıtımı kararlaştırılmışsa, ortaklara verilen ilk kâr payına birinci kâr payı denir (Ünal, O. Kürşat, Sermaye, Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara, 2005, s. 288).

4SPK m. 15’de yer alan bu hükümde halka açık anonim şirketler ifadesi kullanılmıştır. 4487 sayılı Kanun’la değiştirilen bu hükümden önce, hisse senetleri halka arz yolu ile satılan anonim ortaklıklar ifadesi bulunmaktaydı. Doktrinde haklı olarak bu hükmüm tüm halka açık anonim şirketleri kapsadığı ifade edilmekteydi, zira amaca uygun yorum bunu gerektirir (Tekinalp, Ünal, “Sermaye Ortaklıkları Hukuku”, İktisat ve Maliye, C. 28, Sa. 5, 1981, s. 230).

5Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Olan Halka Açık Anonim Ortaklıkların Temettü ve Temettü Avansı Dağıtımında Uyacakları Esaslar Hakkında Tebliğ, [Seri: IV, No: 27, 13 Kasım 2011 Tarihli ve 24582 sayılı Resmi Gazete (RG)].

6Tebliğin 5. maddesi, hisse senetleri borsada işlem gören şirketlerde birinci kâr payı oranı ve dağıtımı ile ilgili düzenleme getirmiştir.

7Tebliğ’de dağıtılabilir kârdan hareket edilmesi, TTK m. 466/2 bent 3’ün lafzına da uygundur. Dolayısıyla uygulamada ödenmiş sermaye üzerinden hesaplanan birinci kâr payının sakıncalarını da ortadan kaldırmaktadır (Dündar, Mustafa, “1. Temettünün Ödenmesi Zorunlu mudur?”, Yaklaşım Dergisi, Yıl: 3, Sa: 28, Nisan, 1995, s. 76).

8Seri: IV, No: 27 Tebliği, Sermaye Piyasası Kurulunun Seri IV, No:1 Tebliğinin 7. maddesini yürürlükten kaldırmıştır. Yürürlükten kaldırılan bu maddede, şirketlerin birinci kâr payı tutarı, hesap dönemi net kârından vergi ve benzerleri düşülmek suretiyle bulunan dağıtılabilir kârın yarısından az olamayacağı yer almaktaydı. Bu % 50’den az olamama kuralı, şirketleri finansman bakımından zorda bırakacağı nedeniyle eleştirilmiştir (Erüreten, B., Mazhar, Açıklamalı Uygulamalı İçtihatlı Anonim Şirket ve Davaları, İstanbul, 1988, s. 515).

9Karahan, Sami, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul, 1991, s. 55.

10Karahan, s. 55.

11Bağımsız denetim muafiyeti, Kurulun Seri: IV, 39 No'lu, İhraççıların Muafiyet Şartlarına ve Kurul Kaydından Çıkarılmalarına İlişkin Esaslar Tebliğinin 4. maddesinde yer almaktadır.

12Kurulun yürürlükten kaldırılan Seri: IV, No:1, m. 7'de hisse senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerin genel kurul kararı ile birinci kâr payını hisse senedi şeklinde ödeyebilme yetkisi, hem hukuk ilkelerine hem de TTK m. 405/1'de yer alan pay sahiplerinin pay bedelinden fazla bir şey ödemeye esas sözleşme ile dahi zorunlu tutulamayacağı hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmişti (Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 1997, s. 477). Bir kimseyi iradesine aykırı olarak bir taahhüt altına sokma hiçbir hukukta kabul edilemez (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 1997, s. 477). Birinci kâr payını dağıtmayarak hisse senedi verme bir çeşit sermaye artırımındır. Pay sahipleri iradesine aykırı olarak artan bu sermayeyi taahhüt etmiş sayılacaklar ve kâr payları ile bu taahhütleri mahsup edilecektir (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 1997, s. 477). Bu duruma karşı çözüm olarak, sermaye artırımına katılmak istemeyen pay sahiplerine kâr paylarının nakden ödenmesi önerilmişti (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 1997, s. 478). Hisse senetleri borsada işlem görmeyen anonim şirketler bakımından bu yol Seri: IV, No: 27'de tercih edilmiştir.

13Kurulun, yürürlükten kaldırılan Seri: IV, No:1 m. 7'de Kurula, bu şirketlerden gerekli gördüklerine birinci kâr payının nakden dağıtmayı zorunlu kılabilceği belirtilmişti. Bu hüküm haklı olarak doktrinde eleştirilmişti. Zira Kurul, kanunun kendisine vermediği bir yetkiyi bu şekilde kullanabilecekti. SPK m. 15, Kurula sadece birinci kâr payını tespiti yöneliktir, yoksa birinci kâr payının dağıtılıp dağıtılmaması konusunda düzenleme yetkisine sahip değildir (Ünal, , O. Kürşat, Sermaye Piyasasında Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara, 1999, s. 55-56). Bununla birlikte ifade edelim ki, SPK m. 15'in değişen yeni metninde Kurula, ihraççıların türleri ve dağıtılabılır kâr tutarları itibariyle kâr payı dağıtım zorunluluğunu kaldırabilme veya erteleyebilme yetkisi verilmiştir.

14Halka açık olmayan anonim şirketlerde kâr payı olarak dağıtılabilecek yedek akçeler, kâr payı dağıtımını amacıyla ayrılan yedeklerden veya belli bir amaca tahsis edilmemiş serbest yedeklerden ve kanuni yedek akçenin esas sermayenin belli oranını aşan kısmından oluşur (Karahan, s. 56).

[15](#)Halka kapalı anonim şirketler bakımından da kâr payının TTK m. 469/2 hükmünce gerekli olması halinde dağıtılmayıp yedek akçeye eklenmesi söz konusudur. Ancak, anonim şirket bu hakkı keyfi şekilde kullanamaz, genel kurul takdir hakkını kullanırken dürüstlük kurallarına uygun davranmalıdır (Y. 11. HD. 21.6.2005, E. 2005/6096, K. 2005/6565; Y. 11. HD. 21.5.1981, E. 2804, K. 2507). Öte yandan, kurucu intifa senedi sahiplerinin kâr payı talep edebilmesi için kâr payının şirketçe dağıtılmış olmasına karar verilmiş olması bir ön koşul olarak kabul edilse de, doktrinde de benimsendiği üzere, kurucu intifa senedi sahiplerine sözleşmesel hakların kasıtlı olarak verilmemesi halinde, dava yolu ile kâr paylarını isteyebilecekleri kabul edilmektedir (Y. 11. HD. 6.4.2001, E. 2001/431, K. 2001/2884). Şirket sürekli kâr elde ettiği halde elde edilen kârın sürekli olarak yedek akçe ayrılması yasaya (dürüstlük kuralına) aykırıdır (Y. 11. HD. 21.5.1981, E. 2804, K. 2507).

[16](#)Ünal, 2005, s. 291.

[17](#)Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 1997, s. 476.

[18](#)Bu hüküm, kârdan ödenen ikramiyeleri de kapsayacaktır (Tekinalp, s. 233).

[19](#)SPK'da bu şekilde bir düzenlemenin yapılmasının amacı, genel kurulun karışamayacağı birinci kâr payının miktarını artırmak ve ortakların kâr payı almalarını sağlayarak şirketleşmeyi teşvik etmektir (Kızılot, Şükrü, "Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunları Yönünden Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı", Yaklaşım Dergisi, Yıl: 1, Sa: 4, Nisan, 1993, s. 37).

[20](#)Öte yandan TTK'da yönetim kurulu üyelerine kazanç payı verilebilmesi için, kanunî yedek akçe için muayyen paranın ayrılması ve pay sahiplerine yüzde dört (yeni TTK'da yüzde beş) oranında veya esas sözleşme ile belirlenen daha yüksek bir oranda bir kâr payı dağıtılması gerekir (TTK m. 472; YTTK m. 511). Yönetim kurulu üyeleri bu ödemeler yapıldıktan sonra ancak kazanç payı alabilir.

[21](#)Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2005, s. 523. Kurucuların kâr payı, SPK ile artırılmamıştır [Y. 11. HD. 28.12.1984, E. 3321, K. 6609 (Eriş, Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, 2. Baskı, Ankara, 1992, s. 1425)].

[22](#)Arslanlı, Halil, Anonim Şirketler, C. 1, Umumi Hükümler, İstanbul, 1959, s. 201.

[23](#)Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 526.

[24](#)Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 526.

[25](#)Böyle bir hükmün esas sözleşme de olması durumunda, ortaklardan bir kısmına sermaye borcunu ödettirme, bir kısmına ödettirmemeye karar verme eşit işlem ilkesine aykırı olur. Bu durumda açık veya örtülü imtiyaz söz konusu olur ve örtülü imtiyazın geçerliliği sorunu olayın özelliklerine göre dikkate alınır (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 526).

[26](#)Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 526.

[27](#)11. HD. 2.10.1992, E. 5033, K. 9419 (Eriş, s. 786); Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 526.

[28](#)SPK m. 15 gerekçesi (<http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1>) [12.8.2011].

[29](#)Yeni TTK'da benzer hükme yer verilmemiştir.

[30](#)Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 527.

[31](#)Şirket genel kurulunda kâr payının dağıtılmamasına ilişkin bir karar alınmışsa, pay sahipleri bu karar karşı kâr payını (alacak olarak) dava açma suretiyle isteyemezler [Y. 11. HD. 26.3.1998, E. 1997/9240, K. 1998/2211; Y. 11. HD. 17.5.1994, E. 1994/264, K. 1994/4336; Y. HGK. 6.6.1984, E. 1984/9-220, K. 665 (Eriş, s. 1416)]. “Genel kurul kâr payı hakkında karar alırken bir gerekçe göstermesine gerek yoktur. Ancak iptal davası açıldığı takdirde, davalı ortaklığın hangi gerekçeye dayandığını açıklaması ve ispat etmesi gerekir” [Y. 11. HD. 9.2.1982 E. 487, K. 479 (Eriş, s. 1421-1422)].

[32](#)Arslanlı, s. 202; İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1968, s. 232; Çevik, s. 1018. Alacak hakkının doğum anı bakımından farklı teoriler vardır. Bunlardan biri, pay sahiplerinin şirket kârının doğduğu anda alacaklı olduklarını savunan teoridir. Diğer, dağıtım kararının verildiği anda alacak hakkının doğduğunu savunan, bir diğer ise, ödenmeye başlandığı anda alacak hakkının doğduğunu savunan teoridir. Bu teorilerle ilgili geniş bilgi için bkz. Erimez, Rüştü, Şirketlerde Kâr Dağıtımını Yedek Akçeler ve Vergileme, 3. Baskı, İstanbul, 1985, s. 147-148).

[33](#)Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 528; Çevik, s. 1018.

[34](#)Arslanlı, s. 202-203; Domaniç, Hayri, Anonim Şirketler, İstanbul, 1978, s. 838. Alacağın muaccel olması, şirketi derhal temerrüde düşürmez. Temerrüde düşürmek için, pay sahiplerinin bir ihtarda bulunması gerekir (Domaniç, s. 838).

[35](#)Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 528.

[36](#)İmregün, s. 233.

[37](#)İmregün, s. 233; Kızılot, s. 39.

[38](#)Y. 11. HD. 9.10.1990, E. 7693, K. 6376; 11. HD. 1.3.1991, E. 1252, K. 2044.

[39](#)Eriş, s. 1432.

[40](#)Bkz. Karahan, s. 57.

[41](#)Yeni TTK'da şirket genel kurul toplantılarıyla ilgili m. 409'da ve genel kurul toplantılarında gündeme ilişkin m. 413'de, TTK m. 369/1, bent 2'ye benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, finansal tablolara ilişkin kararların alınması genel kurulun yetkisi dahilinde olduğundan [YTTK m. 408/2 (d)], genel kurul bilançoda gerekli değişikliklerin yapılmasını da talep edebilecektir.

[42](#)11. HD. 10.11.1994, E. 4615, K. 8376; 11. HD. 28.9.1992, E. 2334, K. 9298 (Eriş, s. 752, 786). Öte yandan, pay sahibi genel kurul kararından haberdar olabilecek bir durumda bulunmuyorsa Yargıtay, zamanaşımının başlangıç tarihi olarak, kâr dağıtımı ile ilgili genel kurul kararının o pay sahibi tarafından bilinmesi gerektiği zaman ne ise o tarihi esas almaktadır [Y. 11. HD. 4.3.1982, E. 1982/612, K. 1982/869 (Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, 1990, s. 1209)].

[43](#)26.6.1993 tarihli ve 2437 sayılı RG.

[44](#)Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 530. Ayrıca, pay sahipleri dışında, kâr payları için kupon ihraç edilmiş olunan durumlarda, kâr payını tahsil eden kötüniyetli kupon hamilinin de iade borcu vardır (Kendigelen, Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, 1994, s. 145). Zira, MK m. 3'de iyiniyetle iktisap korunmuş olup, kötüniyetli olan kişi korunmamıştır.

[45](#)Arslanlı, s. 203; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 530.

[46](#)Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 530.

[47](#)Arslanlı, s. 203; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 530.

[48](#)11. HD. 1993, E. 5245, K. 6646 (Eriş, s. 445-446; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 530).

[49](#)Öte yandan, genel kurulun kâr payının dağıtımına ilişkin kararı iptal edilebilirlik dışında, butlan veya yokluk yaptırımına tabi ise, dava için bir zamanaşımı süresi olmayacaktır.

[50](#)İmregün, s. 233-234; Kendigelen, s. 146, dn. 104; Tekinalp ise, ispat yükümlülüğü pay sahibine yüklemektedir (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 531).

[51](#)Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 531.

[52](#)Limited şirketlerde haksız alınan kâr payı bakımından kötüniet aranmamıştır. Dolayısıyla, kâr payını alan iyiniyetli de olsa iade edecektir. Bununla birlikte, iyiniyetle alınan kârın iadesi bakımından YTTK m. 611/2'de üst sınır da belirlenmiştir. Hükümde, iyiniyetli olarak haksız kâr alan kişilerin, geri verme borcu, şirket alacaklılarının haklarını ödemek için gerekli olanla sınırlanmış olup, iade borcunun bu tutarı aşamayacağı belirtilmiştir.

[53](#)Arslanlı, s. 203.

[54](#)YTTK'da limited şirketlerde haksız karın iadesi hususunda zamanasını bakımından iki ve beş yıl olmak üzere iki farklı süre öngörülmüştür. Buna göre, şirketin haksız alınan kârı geri alma hakkı, paranın alındığı tarihten itibaren beş yıl, iyiniyetin varlığı halinde ise iki yıl sonra zamanasına uğrar (YTTK m. 611/3).

[55](#)Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 531. Buna karşılık İmregün, genel kurul kararı aleyhine açılacak iptal davası süresi kaçırılsa bile, şartları varsa haksız ve kötünietle alınan kâr payının iadesi için beş yıllık süre içinde dava açılabilir görüşündedir (İmregün, s. 234, dn. 53).

[56](#)Bununla birlikte uygulamada görülen bir olayda, şirket genel kurulunca yönetim kuruluna verilen yetkiye dayanılarak kâr payına mahsuben ve avans olarak para dağıtılmıştır. Bu olayda şirketin beklenen kadar kâr elde etmemesi üzerine fazla verilen kısmın iadesi istenmiştir. İlk derece mahkemesi, kâr payı dağıtım ve geri alınması konusunda genel kurul kararının gerektiği gerekçesiyle iadeyi kabul etmemiştir. Ancak Yargıtay, davalıya verilen paranın genel kurulun yönetim kuruluna vermiş olduğu yetkiye dayanılarak kar payına mahsuben ve avans olarak verildiğini, bu durumda sene sonundaki duruma göre davalı ortağa düşen kâr payı tutarına göre ya avansın üstü tamamlanacağını ya da ödenen avans fazla ise fazlası geri isteneceğini belirtmiştir. Nitekim TTK m. 473 gereği haksız ödenen kâr payı dahi geri istenebilir (Y. 11. HD. 9.7.1986, E. 4022, K. 4322).

[57](#)Seri IV, No. 27, m. 10/fıkra 2-4'e göre, "Bir hesap döneminde verilecek toplam temettü avansı tutarı bir önceki yıla ait dönem kârının kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayrılması gereken yedek akçeler ile vergi, fon ve malî karşılıklar ve varsa geçmiş yıllar zararları düşüldükten sonra kalan kısmının yarısını ve genel kurulca onaylanan yıl sonu bilançosunda yer alan olağanüstü yedek akçe tutarını aşamaz. Olağanüstü yedek akçe tutarına ilişkin sınır, ortaklığın geçmiş iki yıllık malî tablolarında vergi öncesi dönem kârı elde etmiş olması ve dağıtılacak temettü avansı tutarının tamamının, yıl sonunda zarar oluştuğu veya oluşan kârın dağıtılan temettü avansını karşılamaya yetmediği takdirde, geçmiş yıl olağan üstü yedek akçe

tutarından karşılanamayan kısmın karşılanmasında kullanılmak üzere ortaklık lehine Kurulca belirlenecek esaslar dahilinde teminat altına alınması şartıyla uygulanmayabilir.

Aynı hesap dönemi içinde birden fazla temettü avansı ödemesi yapıldığı takdirde, sonraki ara dönemlerde ödenecek temettü avansları hesaplanırken önceki ara dönemlerde ödenen temettü avansları indirilir.

Önceki hesap döneminde ödenen temettü avansları mahsup edilmeden, sonraki hesap dönemlerinde ilave temettü avansı verilemez ve temettü dağıtılamaz”.

[58](#)Ünal, 2005, s. 300.

[59](#)Ünal, 2005, s. 300.

[60](#)Öte yandan, SPK m. 15/4'ün Kurula, bilanço ve gelir tablolarını denetleme yanında düzeltme hakkını da vermesi Ünal'ın haklı olarak ifade ettiği üzere yanlıştır. Zira, düzeltme yetkisi vermekle Kanun, Kurulu adeta şirketin bir organı konumuna koymaktadır. Üstelik bu düzeltmenin de gerçeğe aykırı olması durumunda ortaya çıkacak zarardan kimin sorumlu olacağı da belirtilmemiştir (Ünal, 2005, s. 303). Bununla birlikte belirtelim ki, ortaya çıkacak bu zarardan Kurulun sorumlu olacağı açıktır. Zira kendi işlemi ile bir zarara sebep olmuştur. Diğer bir ifadeyle, hukuka aykırı işlemi gerçekleştiren bu zarardan BK'nın genel hükümleri gereği sorumlu olacaktır. SPK'da Sermaye Piyasası Kurulu'nun, yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak kullanacağı ifade edilmiştir (SPK m. 17/2). Dolayısıyla yetkilerini kullanmadan dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır.

[61](#)Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 525.

[62](#)Ünal, 2005, s. 307.

[63](#)Ünal, 2005, s. 307.

[64](#)Ünal, 2005, s. 307-308.

[65](#)Bu kişiler, avansın kararlaştırıldığı veya ödendiği yıl içinde pay senedini iktisap edip de daha sonra elden çıkaranlardır. Zira, mevcut pay sahipleri ayrıca davacı olarak ifade edilmiştir (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 525).

[66](#)Üçüncü kişiler, zarar gören diğer gerçek ve tüzel kişilerdir (Ünal, 2005, s. 307).

[67](#)Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 2005, s. 525.

**HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA
İLİŞKİN OLARAK YARGITAY HUKUK GENEL
KURULU'NUN 18.11.2009 GÜN ve E. 2009/2, K. 2009/3
SAYILI KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ***

Dr. Cenk AKİL*

I. OLAY VE KARAR

DAVA: Davacı M.S. vekili tarafından verilen 21.10.2009 havale günlü dava dilekçesinde, Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesi Üyeleri olan davalıların "katıldıkları kararlar zarara uğramasına neden oldukları", isimleri belirtilmeyen iki adet tetkik hâkiminin de dosyadaki bilgileri eksik aktararak bu hatalı karara yol açtıkları belirtilerek hem hâkimin reddi, hem de 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573 ve devamı maddelerine dayanılarak tazminat isteminde bulunulmuştur.

Hukuk Genel Kurulu'nca ilk derece mahkemesi sıfatıyla davacı vekilince ibraz edilen dilekçe, gerek davalıların sıfatlarına, gerekse de iki ayrı talebin niteliğine göre ayrı ayrı incelendi:

1- Tazminat Davası:

1) Yargıtay Üyeleri hakkındaki tazminat davasına ilişkin değerlendirme:

Genel olarak kamu hizmetlerinin ifasından dolayı Kamu Tüzel Kişilerinin sorumlulukları hizmet kusuruna, ajanları ise, onların kişisel kusurlarına tabi tutulmuştur. Hâkimlerin Anayasa teminatı (madde 138/1-2) altında bulunan bağımsızlığı, idare hukukunda Devletin ajanların faaliyetlerinden sorumluluğunu tayin eden hizmet kusuru ölçüsünün hâkimler yönünden uygulanmasına olanak vermez. Türk pozitif hukuku, ilke olarak, yargı fonksiyonunun ifa edilmesi dolayısıyla Devletin sorumlu tutulamayacağı esasını benimsemiştir.

Yargı yetkisinin özellikleri, hâkimlerin kişisel sorumluluğunda özel bir sorumluluk düzeninin uygulanmasını zorunlu kılmıştır. Zira, yargı görevinin bağımsızlık ve tarafsızlık içinde aksatılmadan yerine getirilmesi esastır. Gerçekten, hâkimlerin diğer Devlet Memurlarının tabi oldukları sorumluluk esaslarına bağlanmaları, yaptıkları her işlemin aleyhlerine bir tazminat davasına yol açabileceğini düşünmelerine ve bunun sonucu olarak

* Karar için bkz. <http://www.hukuk.com.tr> (e.t. 9.5.2011)

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

tereddüt içinde kalmalarına yol açabilir. Şu da belirtilmelidir ki, adaletin gerçekleşmesi hâkim hakkında sorumsuzluk müessesesinin kabulünü gerektirmez. Hâkimler, verdikleri kararlardan dolayı ilke olarak sorumlu tutulamaz iseler de, Ceza Hukuku açısından sorumlu olan hâkimlerin hukuki sorumluluklarının benimsenmesi de hukuk mantığının doğal sonucudur. Ancak, hâkimin hukuki sorumluluk halleri benimsenirken, yargısal faaliyetten ibaret olan esas görevinin aksatılmamasına büyük özen gösterilmesi zorunludur. Gelişigüzel bir sorumluluk sisteminin benimsenmesi, hâkimin bağımsızlığını ve tarafsızlığını tehlikeye düşürebilir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz, bu düşüncelerin ışığı altında hâkimin bağımsızlığı kadar, tarafsızlığını da güvence altına almak amacı ile onun hukuki sorumluluğunu sınırlı hallerde kabul etmiş ve aynı zamanda sorumluluğun tespitini özel bir usule tabi tutmuştur.

Hâkimlerin sorumluluğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573 ila 576. maddelerinde düzenlenmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nun 14.11.1970 gün ve 186/623 sayılı kararında da belirtildiği üzere, anılan yasa hükümlerinde, dava sebepleri tahdidi olarak gösterilmiş, görevli merciler özel suretle belirtilmiş, dava sabit olmadığı takdirde davacının para cezası ve tazminat ile sorumlu tutulması emredilmiştir. Bu hükümler, hâkimin vicdani kanaatindeki bağımsızlığını, yargı erkinin herhangi bir etki altında kalmamasını ve adalete güven duygusunun sarsılmamasını temin amacıyla Yasa'ya konulmuştur. Gerçekten, hâkimlerin hukuki sorumlulukları nedenine dayanan davalar özel usul ve müeyyidelere bağlanmadığı takdirde, ilgililerce kötüye kullanılarak hâkim hakkında red sebepleri ihdas edilmesi kolaylaşacak, mahkemelerin gereği gibi çalışmasına ve adaletin selamete dağıtılmasına hanel gelebilecektir. Bu itibarla, söz konusu özel hükümler hem meydana gelecek zararlı durumu düzeltip tamir etmek, hem de haksız davaları önlemek amacıyla kabul edilmiştir.

Yargıtay Üyelerinin de geniş anlamı ile ve genel olarak "Hâkim" kavramının kapsamına girdiğinde tereddüt olunamaz. Yukarıda hâkimlerin hukuki sorumlulukları açısından değinilen genel esasların Yargıtay Üyeleri için de geçerli olduğu ve diğer Devlet Memurlarının tabi oldukları görevden sorumluluk hakkındaki genel kurallara tabi tutulamayacakları tartışmayı gerektirmeyecek kadar açıktır. O halde, Yargıtay Üyelerinin de, Yasalarla belirlenen sınırlı hallerde görevlerinden dolayı hukuken sorumlu olduklarının kabulü gerekir.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 13/2. maddesi özel kanunlarında belirtilen kimseler aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına bakmayı Yargıtay'ın görevleri arasında saymış, aynı Kanun'un 15/3. maddesi de,

yargılama görevi özel kanunlarınca Yargıtay Genel Kurulu'na verilen kişilere ait davalara ilk mahkeme olarak bakılacağını öngörülmüştür. Yargıtay Kanunu, bu hükümlerle, davalara bakacak merciyi göstermiş, ancak onların hangi hallerde sorumlu tutulacaklarını özel olarak tespit etmemiş ve diğer hâkimler hakkındaki kurallara da gönderme yapmamıştır.

Bu konuda, Bidayet Mahkemesi Hâkimleri hakkında düzenlemede bulunan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573 ve müteakip maddelerindeki sorumluluk hallerinin Yargıtay Üyeleri hakkında da uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde durulmalıdır. Bu maddelerde, Yargıtay Üyelerinden söz edilmediğinden, 573. maddedeki "Hâkim" sözcüğünün de sorumluluk nedenleri açısından sadece 575/2. maddede sayılanları hedef tuttuğunun kabulü gerekir. Zira 573. ve bunu izleyen maddelerin tedvini sırasında mahalli mahkeme hâkimlerinin sorumluluk sistemi içerisinde Yargıtay Üyelerine değinilmediği ve onlar hakkında düzenlemede bulunulmadığı halde, 573. maddedeki "Hâkim" sözcüğünün sorumluluk nedenleri bakımından Yargıtay Üyelerini de kapsamına aldığı düşünülmesi, yorum kuralları ile bağdaştırılamaz. Bu açıklamalardan, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki sorumluluk hallerinin Yargıtay Üyelerini kapsamadığı sonucuna varmak gerekir. Aşağıda değinileceği üzere Anayasa'nın Yargıtay Üyelerinin görevden dolayı cezai sorumluluklarının tespitini bir Anayasa müessesesine bağlamış olması da, bu düşüncüyü ayrıca doğrular. Diğer taraftan, usulün 573. ve müteakip maddeleri istisnai ve sınırlı bir alanla düzenlemede bulunduğundan, kıyas yolu ile uygulama alanının genişletilmesi de mümkün değildir. O halde Yargıtay Üyeleri hakkında hangi hallerde görevden dolayı tazminat davası açılabileceğinin Yasa ile belirlendiğinden söz edilemez. Bu durum karşısında, sorun, temel düzeni oluşturan Anayasa ve genel ilkeler esas alınarak çözümlenmelidir.

Yasaların uygulanmasında, T.C. Anayasası'nın 11. maddesinde öngörülen Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin sonucu olarak, onların, Anayasa ilkelerinin ışığı altında değerlendirilmesi, yorumlanmaları zorunludur. T.C. Anayasası'nın 148/3. maddesinde, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve Üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve Üyelerini görevleri ile ilgili suçlarından dolayı yargılama görevi Yüce Divan sıfatı ile Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Bu hükümle güdülen amaç, kuşkusuz yargılanacak kişinin gördüğü işin önem ve özelliği itibariyle özel bir Anayasa güvencesi sağlamak ve kişileri değil, müesseseleri korumak olup, doğrudan doğruya

kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle Yüce Divan'da yargılanması gereken kişinin bundan feragati de hukuki sonuç doğurmaz.

Bu açıklamaların sonucu olarak, usulen görevli merci tarafından görevle ilgili suçtan cezai sorumluluk yönünden bir karar verilmeden, Yargıtay Üyeleri hakkında Hukuk Genel Kurulu'nda açılan tazminat davasının görülmesine olanak bulunmadığının kabulü gerekir. Nasıl ki, az önce de açıklandığı üzere, Yüce Divan'da yargılanması gereken bir kişinin bundan feragati hukuki sonuç doğurmuyorsa, asli görevi yasaların ülkenin her yerinde aynı biçimde ve dolayısıyla eşit olarak uygulanmasını sağlamak olan Yargıtay Üyeleri de, hukuki sorumluluklarının tabi olduğu usulden vazgeçemezler.

Olayda, yukarıda açıklandığı üzere cezai sorumluluğu tespit eden bir karar ibraz edilmemiş bulunduğundan, dava dilekçesi örneklerinin davalılara tebliğ edilmesine, duruşma yapılmasına gerek kalmaksızın ve işin esasına girilmeksizin dilekçenin reddi gerekir (Tebliğata gerek olmadığı hakkında, ayrıca; Hukuk Genel Kurulu Bidayet Esas 1975/1, Karar 1975/1 sayı ve 09.04.1975 günlü kararı).

2) Tetkik hâkimleri hakkındaki tazminat davasına ilişkin değerlendirme:

Öncelikle tetkik hâkimleri hakkında yasal düzenlemelerin irdelenmesi ve sonucuna göre haklarında açılan tazminat davasına bakma görevinin hangi mahkemeye ait olduğunun tespiti gerekir.

26. maddesinde:

"Tetkik hakimleri kurul ve daire başkanlarının kendilerine verecekleri dosya ve evrakı, süresinde inceleyerek bir rapor düzenlerler. Kararlara ve yapılacak işlere ilişkin düşüncelerini rapora yazıp, kurullara açıklamakla yetinirler.

Birinci Başkan, kurul ve daire başkanlarının verecekleri diğer görevleri yerine getirirler."

36. maddesinde:

"Yargıtay'da yeteri kadar tetkik hakimi bulunur. Tetkik hakimleri meslekte en az beş yılını fiilen doldurmuş adli yargı hakim ve Cumhuriyet savcılarını arasından Birinci Başkanlık Kurulu'nun görüşü alınarak yetkili Kurulca atanır.

Atamanın gecikeceği ve tetkik hakimine ihtiyacın zorunlu bulunduğu hallerde boş bulunan tetkik hakimliği kadrolarına, bu kadrolara atanmak niteliğine sahip hakimler ve Cumhuriyet savcılarını ilgili kurulca geçici yetki ile görevlendirilebilirler.

Yukarıdaki fıkralar uyarınca atanan veya görevlendirilenler, kurul veya daire başkanının gösterdiği lüzum ve Birinci Başkanlık Kurulu'nun kararı üzerine yetkili kurulca Yargıtay dışında bir göreve atanabilirler."

57. maddesinde:

"Yargıtay'daki kurulların, üyelerin, tetkik hakimleri ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı yardımcılığı ile diğer personelin görev ve yetkileri, çalışma usulleri, seçimlerin yöntemi, tutulacak defterler, kullanılacak basılı kağıtlar ile bu Kanunun uygulanmasına ilişkin diğer hususlar Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun oy çoğunluğuyla kabul edeceği İç Yönetmelikle düzenlenir."

64. maddesinde:

"Yargıtay Birinci Başkanı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili ile tetkik hakimleri ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıyardımcılarının bu Kanunda belirtilenlerin dışındaki özlük işleri ve hakları Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yerine getirilir."

18. maddesinde:

"Birinci Başkanlık Kurulu'nun görevleri şunlardır:

3- Yargıtay tetkik hakimlerinin çalışacakları daireleri, kurulları ve göreceklere işleri belli etmek ve gerektiğinde yerlerini değiştirmek,.."

15. maddesinde:

"Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevleri şunlardır:

1. Yargıtay dairelerinin bozma kararlarına karşı mahkemelerce verilen direnme kararlarını inceleyerek karar vermek,

*2. a) (Ek fıkra: 26.09.2004-5235 S.K./51. mad) *1* Aynı veya farklı yer bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar bakımından hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında uyumsuzluk bulunursa,*

b) Hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında içtihat uyumsuzlukları bulunursa,

c) Yargıtay dairelerinden biri; yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa,

Bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak,

3. Yargıtay Başkan ve üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili ile yargılama görevi özel kanunlarınca Yargıtay Genel Kurullarına verilen kişilere ait davaları ilk mahkeme olarak

görmek ve hükme bağlamak ve ilk mahkeme olarak özel dairelerce verilen hüküm ve kararların temyiz ve itiraz yoluyla incelenmesini yapmak,

4. Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Hukuk ve Ceza Genel Kurullarına katılmak zorunda olan Başkan ve üyelerin belirlenmesine ilişkin esaslar, görüşmelerin gündemi, yönetimi, çalışma gün ve saatleri, oylama ve karar, ön sorun ve öncelikle karara bağlanacak hususlar, kararın çıkmış sayılması, kanun hükümleri çerçevesinde Yargıtay İç Yönetmeliği ile düzenlenir."

Hükümleri yer almaktadır.

Diğer taraftan, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun

3. maddesinde:

"Bu Kanunun uygulanmasında; a) Hakim: 1. Adli yargıda: Mahkeme başkan ve üyelerini, hakimleri, Yargıtay tetkik hakimleri ile Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında idari görevlerde çalışan hakimleri,... ifade eder."

Denilmektedir.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun;

573. maddesinde:

"Hakim ve icra reisi aleyhine aşağıda yazılan sebeplere binaen tazminat davası ikame olunabilir:

1- İki taraftan birini tesahup ve iltizam veya garez ve nefsanîyet dolayısıyla diğeri aleyhine kanuna ve adalete mugayir bir hüküm ve karar verilmiş olması,

2- Kabilî tevil ve izah olmayacak surette vazih ve sarahati katiyei kanuniyeye mugayir karar verilmiş olması,

3- Muhakeme zabıtnamesinde mevcut olmayın sebebe binayı' hükmedilmiş olması,

4- Muhakeme zabıtnamelerine kararların tağyir ve tahrif edilmiş ve söylenmiyen bir sözün hüküm ve karara müessir olacak surette söylenmiş gibi gösterilmiş olması,

5- İta veya temin veya vadolunan menfaat dolayısıyla mugayiri kanun hüküm verilmiş olması,

6- İhkakı haktan istinkaf olunması,

7- (Ek bent: 14.12.1929-1539/1 md.) Memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi gösterilmesi veya kanuna göre verilen emirlerin makbul bir sebep olmaksızın yapılmaması."

575. maddesinde:

"Mesuliyet ve tazminat davaları arzuhal itasiyle ikame olunur. İşbu arzuhalde iki tarafın isim ve şöhret ve sıfat ve mahalli ikameti ve sebebi şikayet olan davanın hulasasiyle cereyan eden muhakemenin ve verilen hüküm ve kararlarla ifa olunan muamelenin hulasaları ve tazminat davasının müstenidi olan esbap ile bunların delaili sübutiyesinin ve talep ve dava olunan zarar ve ziyanın neden ibaret olduğu yazılmak ve sebebi şikayet olan dava zabıtnamesiyle evrakı sübutiyesi ve şuhut pusulası işbu arzuhale merbuten verilmek lazımdır. Şeraiti mezkureden birini cami olmyan arzuhal müddei isticvap olunmaksızın mahkeme kararıyle reddolunur.

(Değişik fıkra: 26.09.2004-5236 S.K./18. mad) *1* *2* İlk derece mahkemelerinde görev yapan hakimler hakkında tazminat davaları bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, bölge adliye mahkemesi hakimleri hakkında ise Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesi tarafından incelenerek karara bağlanır."

Şeklinde düzenlemeler yer almaktadır

Tüm bu hükümler göstermektedir ki, Yargıtay Tetkik Hâkimleri 2802 sayılı Kanun anlamında "hâkim" sınıfındadır. Yargıtay Kanunu gereğince Yargıtay Birinci Başkanlığı'nın önerisi üzerine yetkili kurullarca atanırlar ve görevlendirildikleri kurul ve daire başkanlarının kendilerine verecekleri dosya ve evrakı, süresinde inceleyerek bir rapor düzenlerler. Kararlara ve yapılacak işlere ilişkin düşüncelerini rapora yazıp, kurullara açıklamakla yetinirler. Birinci Başkan, kurul ve daire başkanlarının verecekleri diğer görevleri yerine getirirler. Yargıtay bünyesinde görev yapmaları ve görevlerinin özelliğine karşın Yargıtay üyeleri ile farklı statüdedirler.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ilk derece mahkemesi sıfatıyla görev yapmasında yasal dayanak Yargıtay Kanunu'nun metni yukarıya aynen alınan 15. maddesidir. Bu maddede Hukuk Genel Kurulu'nun sadece "Yargıtay Başkan ve üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili ile yargılama görevi özel kanunlarınca Yargıtay Genel Kurullarına verilen kişilere ait davaları" ilk mahkeme olarak görüp, hükme bağlayacağı belirtilmiş; tetkik hâkimleri için böyle bir düzenleme getirmemiştir.

Şu durumda tetkik hâkimlerine yönelik tazminat davalarına Hukuk Genel Kurulu'nun ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakma olanağı bulunmamaktadır.

Tetkik Hâkimleri hâkim statüsünde olmaları ve HUMK'nun 573. maddesinde ifade edilen hâkim kavramı içine girmeleri nedeniyle il asliye hukuk mahkemeleri hâkimlerinin tabi olduğu usule tâbidirler.

Asliye Hukuk Hâkimleri hakkında ise, görevlerinden doğan tazminat davalarına bakma görevi Hukuk Genel Kurulu'nun görevleri dışında kalmaktadır. Bu hâkimler aleyhine açılan tazminat davasına bakma görevi, aleyhine dava açılan hâkimin incelemesine konu olan uyuşmazlığın niteliğine göre görevlendirilmiş bulunan ilgili Yargıtay Özel Dairesi'ne aittir.

Bu nedenle tetkik hâkimleri hakkındaki tazminat istemli davanın görev yönünden reddi ile HUMK'nun 575/2. maddesi uyarınca, ilgilinin başvurusu halinde dosyanın görevli Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesi'ne gönderilmesi gerekir.

II- Reddi Hâkim istemine ilişkin değerlendirme:

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 39. maddesinde...

"Yargıtay daireleri ile kurulları oylamaya katılacakların tümünün hazır bulunması veya bu Kanunla belli edilen çoğunluğun meydana gelmesi halinde toplanır.

Görüşmeler gizli olur. Daire ve kurullarda kararlar çoğunlukla verilir. Özel hükümler saklıdır.

Dairelerin veya genel kurulların başkan ve üyeleri reddolunabilirler. Ret hususundaki istemler, reddedilen başkan veya üye katılmaksızın ilgili daire veya genel kurullarca incelenerek kesin karara bağlanır. Daire ve kurulların toplantılarını engelleyen toplu ret istemleri dinlenmez."

Hükmü yer almaktadır.

Bu hükümde dairelerin üyeleri hakkında ret hususundaki istemlerin reddedilen üye katılmaksızın ilgili dairesince incelenerek kesin olarak karara bağlanacağı, belirtilmektedir.

Bu açık hüküm karşısında iki üyesi hakkındaki ret isteminin inceleme görevi Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesi'ne ait olup; bu dairece incelenmesi ve kesin olarak karara bağlanması gerekir.

Şu halde; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu reddi hâkim istemini incelemekle görevli olmadığından, ret istemine ilişkin evrakın tefriki ile dilekçenin görev yönünden reddi ve ilgilinin istemi halinde bir karar verilmek üzere Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesi'ne gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- Yukarıda (1/1.) maddede açıklanan gerekçelerle Yargıtay Üyeleri olan davalılar hakkındaki tazminata ilişkin dava dilekçesinin esasa girilmeden reddine; 91.40 TL nisbi harçtan 23.90 TL red harcının mahsubu ile arta kalan 67.50 TL harcın istek halinde davacıya iadesine,

2- Yukarıda (1/2.) maddede açıklanan gerekçelerle Tetkik Hâkimleri hakkındaki dava dilekçesinin görev yönünden reddi ile ilgilinin başvurusu halinde dosyanın görevli bulunan Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine,

3- Yukarıda (II.) maddede açıklanan nedenlerle, reddi hâkim talebinin tefriki ile dilekçenin görev yönünden reddine, ilgilinin istemi halinde bir karar verilmek üzere görevli bulunan Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine, oybirliğiyle, 18.11.2009 gününde karar verildi.

II. DEĞERLENDİRME

A. GENEL OLARAK HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Hâkimlerin hukuki sorumluluğu konusu 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573 ilâ 576; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ise 46 ilâ 49. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Hâkimlerin hukuki sorumluluğunun düzenlenmesinin ardında hâkimlerin de birer insan olarak bilerek ya da yanılarak haksız bir karar vermiş olmaları ve bundan dolayı kişi veya kurumların zarara uğrayabilme ihtimalleri düşüncesi yatmaktadır¹. İşte bu tip zararlardan dolayı hâkimlerin sorumlu tutulup tutulmayacağı çözüme kavuşturulması gereken bir sorundur.

Hâkimlerin sorumlu tutulup tutulmaması konusunda² bugüne kadar öğretide lehte ve aleyhte pek çok görüş ileri sürülmüştür. Hâkimlerin

¹ Sezai Aydınalp, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1997, s. 7.

² Hâkimlerin sorumluluğu denince kural olarak, sorumluluk hukuku açısından akla üç ihtimal gelmektedir. Bunlar genel olarak şu şekilde sıralanabilir:- Hâkimlik mesleğini ve disiplinini düzenleyen kurallara aykırılığa dayanan ve idare hukuku ilkeleri uyarınca verilecek bir disiplin cezası yaptırımına bağlanan sorumluluk (disiplin sorumluluğu).-Ceza kanununda tanımlanan genel ya da özel nitelikli bir suçun kanuni unsurlarını taşıyan ve bu nedenle bir cezai yaptırıma bağlanan sorumluluk (cezai sorumluluk).-Haksız ve kusurlu bir eylemdeki hukuka aykırılık bağına dayanan ve bu eylem sonucu sebebiyet verilen zararlar karşılığında ödeme yükümlülüğü öngören malvarlıksal (medeni=malî) sorumluluk (hukuki sorumluluk). Bkz. Mehmet Demir, Hâkime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası (AÜEHFD 2003, C. VII, S. 3-4, s. 805-861), s. 807.

hukuken sorumlu olmalarını kabul eden görüşlerin³ gerekçeleri şu şekilde özetlenebilir:

1. Hâkimlerin ceza hukuku hükümlerine göre ceza, idare hukuku hükümlerine göre ise disiplin sorumluluğu bulunduğu halde hukuki sorumluluklarının olmadığı savunulamaz⁴.

2. Adliyenin yardımcıları olan avukat, zabıt kâtabi ve diğer memurlar her türlü kusurdan sorumlu iken hâkimin ağır kusurundan dahi sorumlu tutulmaması adalete uymaz⁵.

3. Hâkimin hukuki sorumluluğunun kesin hüküm esaslarını zedelediği iddiası doğru ise de çoğu hallerde hâkimin hukuken sorumluluğunu gerektiren vakıalar ile kesin hükmün dayanağı olan vakıalar aynı değildir. Hukuki sorumluluk davasında hâkimin haksız olan kararına etki eden fakat karar verilirken dikkate alınmamış olan olaylar incelenir. Bu bakımdan, örneğin, hâkimin davaya bakmaması, haksız ve gereksiz haciz veya tutuklama gibi tedbirleri almasından doğan zararlardan sorumlulukta kesin hüküm ile bir uyumsuzluk doğmaz. Bundan başka ara kararları kesin hüküm teşkil etmediği halde hukuki sorumluluğu gerektirebilir⁶.

4. Hâkimin haksız karar ve tedbirlerden sorumlu tutulmaması kişinin hürriyetini koruyan kuralları uygulamada değersiz hale getirebilir. Bir tutuklu hakkındaki soruşturmayı kusurlu olarak uzatan, dosyayı veya ilgili bir belgeyi kaybeden hâkimi sorumlu tutmak onun bu davranışlarını engelleyen isabetli bir müeyyide olur⁷.

5. Hâkimin, görevini ifa ederken kusurlu bir harekette bulunursa, bunun sonuçlarından sorumlu tutulacağını düşünmesi, onu çok daha dikkatli

³ Hâkimlerin hukuki sorumluluğunu kabul eden yabancı hukuk düzenleri hakkında bkz. Otto K. Kaufmann, Die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen (ZSR, 1953, C. 72, s. 201a-308a), s. 244a vd.

⁴ İlhan Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 69. Aynı yönde bkz. Ahmet Kılıçoğlu, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu (AÜHFD 1973/XXX/1-4, s. 231-267), s. 234.

⁵ Emcet Belgesay, Türk Hukukunda Hâkimin Hukuki Mesuliyeti (AÜHFD 1955/XII/1-2, s. 247-320), s. 250; Ramazan Arslan, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu (Yayımlanmamış Seminer, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi No. S.A.358), s. 6.

⁶ Belgesay, s. 250; Kılıçoğlu-Makale, s. 234.

⁷ Arslan, s. 6.

davranmaya sevk eder ve dış etkilere karşı koymasını sağlar⁸. Hâkim, bir tarafı kayırması için nüfuzunu kullanan kimseye karşı sorumluluğunu ileri sürerek itiraz edebilir⁹.

6. Bir hükmün belirli sebeplerin varlığı halinde yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılması kabul edilirken daha önemli sebeplerin var olması halinde bile hâkimin sorumluluğunu kabul etmemek çelişki teşkil eder¹⁰.

Hâkimin hukuki sorumluluğunu kabul etmeyen görüşlerin gerekçeleri ise şu şekilde sıralanabilir:

1. Hâkim hukuka aykırı bir karar vermiş veya harekette bulunmuşsa nasıl olsa kanun yollarına başvurulmak suretiyle hukuka uygunluk sağlanacaktır. Bunun için zarara uğrayana ayrıca hukuki sorumluluk davası açma imkânı tanımak gereksizdir. Hukuki sorumluluk davası yoluyla kesinleşmiş olan kararları uzun zaman sonra canlandırmak kararlarda istikrara engel olur¹¹.

2. Vereceği karar veya alacağı herhangi bir tedbirin ileride kendisini hukukten sorumlu duruma düşüreceğini düşünen hâkim hâkimlik mesleği için gerekli iç huzur ve güvenden mahrum olur. Bu durum onu adalete yabancı hislerle hüküm vermeye iter¹².

3. Hâkimin verdiği karar nedeniyle doğan zarar için her türlü kusurundan sorumlu tutulması bu mesleği çekilmez hale getirir¹³. Kusur değişken bir kavramdır, sınırlarını çizmek güçtür. Belirli bir olayda failin haksız sonucu tahmin edebilecek durumda olup olmadığını, sonucu tahmin edebileceğine göre önleyebilecek tedbirleri almaya muktedir olup olmadığını tespit şahsi kanaatine göre değişir¹⁴.

⁸ Arslan, s. 7.

⁹ Belgesay, s. 250.

¹⁰ Arslan, s. 7.

¹¹ FMK 22 Aralık 1953 JdT 1954, s. 561 (Kılıçoğlu-Makale, s. 233'den naklen); Arslan, s. 5.

¹² Belgesay, s. 248-249; Kılıçoğlu-Makale, s. 233.

¹³ Arslan, s. 5.

¹⁴ Belgesay, s. 248; Kılıçoğlu-Makale, s. 233.

4. Hukuken sorumlu tutulacağı korkusu, hâkimi gereksiz şekilde ihtiyat ve dikkate sevk eder; bu ise adaletin sürat ve az masrafla yerine getirilmesine engel olur¹⁵.

5. Hâkimlerin hukuken sorumlu tutulması iyi hâkim bulmayı zorlaştırır. İşlerini yaparken hafif kusuru nedeniyle dava tehdidi altında bulunan bir insan hâkimlik mesleğine mesafeli kalacaktır. Bu şartlar göz önünde tutulduğunda hâkim bulunabilirse de bulunacak hâkim nitelik bakımından yeterli olmayacaktır¹⁶.

Kanımızca hâkimlerin hukuki sorumlulukları lehine ileri sürülen görüşlerin gerekçeleri daha makuldür. Zira hâkimlerin görevlerinde bağımsız ve bazı teminatlara sahip olmaları hukuk devletinin varlığı için ne kadar zorunlu ise onların hukuka aykırı fiillerinden dolayı sorumlu tutulmaları da hukuk devleti ilkelerinin yaşama geçirilmesi bakımından o ölçüde gereklidir¹⁷. Hâkimlerin görevlerini ifa ederken baskıdan uzak tutulmaları amacıyla güvence sağlanması onların görevlerini hakkıyla yerine getirebilmeleri için düşünülmüş tedbirlerdir. Ancak bu, onların kasıt ya da ağır ihmalleri sonucu davalının taraflarını ya da devleti zarara uğratmaları halinde sorumlu tutulamayacakları anlamına gelmez. Çünkü bu mekanizmalarla hâkimlere kişisel (şahsi) bir ayrıcalık tanınması amaçlanmamıştır¹⁸. Aksine bir düşüncenin kabulü, hâkimlerin dokunulmazlık zırhına bürünerek keyfi karar vermelerine imkân tanımak olurdu¹⁹.

Kanun koyucu, adalet dağıtmakla görevli hâkimler için diğer devlet memurlarından ayrı olarak özel bir statü tayin etmiş, onlara diğer devlet memurlarının sahip olmadıkları bazı teminatlar tanımış²⁰ ve konunun

¹⁵ Belgesay, s. 249; Arslan, s. 6; Kılıçoğlu-Makale, s. 233.

¹⁶ Belgesay, s. 249; Kılıçoğlu-Makale, s. 233-234.

¹⁷ Kılıçoğlu-Makale, s. 232.

¹⁸ Mustafa Durak Cerit, Hâkimlerin Sorumluluklarını Gerçekleştiren Tazminat Davasının Açılması ve Görülmesi Usulüne Ait Özel Hükümler ve Uygulama (Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, Ankara 1972, s. 3-10), s. 4; İsmail Doğanay, Yargıtay Başkan ve Üyeleri Aleyhine Doğrudan Doğruya (Hukuki Sorumluluk) Davası Açılmaz mı? (Prof. Dr. Ernst Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 661-717), s.672.

¹⁹ Aydınalp, s. 7.

²⁰ Bu teminatlar için özellikle bkz. Baki Kuru, Hakim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966, s. 29 vd.; Doğanay, s. 669.

öneminden dolayı Anayasa'da yargı erkine ve hâkimlik mesleğine ilişkin hükümlere yer vermiştir. Buna göre, hâkimler, görevlerinde bağımsız olup Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir makam veya kişi yargı yetkisinin nasıl kullanılacağı konusunda mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği gibi tavsiye ve telkinde de bulunamaz. Derdest bir dava hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Mahkeme kararları yasama ve yürütme organını bağlar (AY m. 138).

Hâkimler ve savcılar azlolunamayacağı gibi kendileri istemedikçe Anayasa'da gösterilen yaştan önce emekliye edilemezler. Bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamazlar (AY m. 139).

Hâkimler görevlerini mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre yerine getirirler. Hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir (AY m. 140).

Adalet hizmetleri ile savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır. Buna ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir (AY m. 144).

Hâkimlere Anayasada açıkça hükme bağlanmak suretiyle tanınan bu yetkilerin amacı onlara ayrıcalık tanımak değil; onların hukuku uygulayarak adaleti yerine getirebilmelerini ve kişilerin sahip oldukları hak ve özgürlükleri güvence altına almalarını sağlamaktır²¹. Buraya kadar aktarılan Anayasal hükümler hâkimi daha ziyade devletin diğer organlarına (özellikle yasama ve yürütmeye) karşı korurken aşağıda bahsedilecek hükümler ise (HUMK m. 573 vd.)²² hâkimleri öncelikle davanın taraflarının haksız talep

²¹ Sibel İnceoğlu, *Yargıcın Davranış İlkeleri*, İstanbul 2008, s.1.

²² Hâkimin hukuki sorumluluğunu düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu bilindiği üzere Neuchâtel Usul Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Fakat

ve iddialarına karşı korumakta ve kararlarını verirken tereddüde düşmelerini önlemektedir²³.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hâkimlerin hukuki sorumluluğunu kabul eden ve reddeden görüşleri dikkate alarak telifçi bir yol izlemiştir. Buna göre, hâkimler, hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulmuşlar; ancak sorumluluk sebepleri sınırsız biçimde kabul edilmeyip, m. 573’de 7 bent olarak sınırlandırılmış²⁴ ve sorumluluk davası da ayrı bir prosedüre tâbi tutulmuştur. HUMK, hâkimlerin sorumlu tutulacakları sebepleri belirlerken, ağır kusur veya kastı esas almıştır. Yani, 573’üncü maddede sayılan belirli sorumluluk sebepleri, hâkimin kast veya ağır kusurunun bir sonucu olarak ortaya çıkabilecek olan durumlardır²⁵.

Öğretide²⁶ hâkimlerin hukuki sorumluluğunun esası haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğa (BK m. 41 vd.) dayandırılmaktadır. Hâkimin tazminat davasında mahkûm edilebilmesi için HUMK m. 573’te sayılan

hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kaynağı Neuchâtel Usul Kanunu değildir. Bu kurumun esasını, eski Usulü Muhakemeti Hukukiye Kanunu’nun 255-270. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan ve Fransız Usul Kanunu ile hukukumuzda geçmiş bulunan “İştikâi Anilhükkâm” kurumu oluşturmaktadır (İsmail Hakkı Karafakih, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952, s. 36; Kılıçoğlu-Makale, s. 237). Neuchâtel Usul Kanunu alınırken Fransız ve Alman Usul Kanunlarından birçok madde birbirine karıştırılarak iktibas edildiğinden hâkimlerin sorumluluğu konusu da Fransız Usul Kanunu’ndan aynen alınmamış; birtakım ilaveler yapılmıştır. Ancak bu yapılırken izin meselesi düşünülmediği gibi 1933 yılında yapılan değişiklik de yansıtılmamıştır (İsmail Hakkı Karafakih, Hâkimlerin Verdikleri Kararlardan Dolayı Şahsen ve Devletin Dolayısıyla Hukuki Mesuliyetleri, SBF 1956/3, s. 39-47, s. 40).

²³ Necip Bilge / Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 96 dn. 137a; Doğanay, s. 672; Erdal Tercan, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK 573-576), “Hâkim” Kavramı Açısından Uygulama Alanı (AÜHFD 1995/XXXXIV/1-4, s. 233-252), s. 236.

²⁴ Yavuz Alangoya / Nevhis Deren-Yıldırım / Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009, s. 49.

²⁵ Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, İstanbul 2000, s. 114; Postacıoğlu s. 69; Tercan-“Hâkim” Kavramı, s. 234.

²⁶ Doğanay, s. 689; Erdal Tercan, Hâkimlerin Sorumluluğu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1988, s. 39; Aydınalp, s. 93; Kuru-VI s. 5833; Kılıçoğlu-Makale, s. 248.

sebeplerin yanı sıra davalı hâkimin kusurunun, zararın ve illiyet bağının da mevcudiyeti gerekmektedir. Hâkime kusurlu eylem isnadında bulunulurken hâkimin kusurlu davranışı objektif ve somut ölçülerden hareketle belirlenecektir. Bu belirlemede, kusurlu davranışı nedeniyle sorumlu tutulacak haksız fiil faili hâkimin somut davranışı ile mesleki kıdem, sınıf ve derecedeki makul ve normal hâkim tipi objektif ölçüt olarak ele alınır ve objektif tipteki hâkimin somut olayda göstereceği davranış ile zarara yol açan hâkimin davranışı karşılaştırılır. Hâkimin kusurunun derecesi yönünden hâkimin terfileri, mesleki disipline bağlılığı, verdiği kararların isabeti gibi özel mesleki konum ve başarıları da dikkate alınacaktır. Yapılan değerlendirme sonucunda özel ve somut olaydaki zarar veren hâkimin davranışı, soyut ve objektif tip oluşturan hâkimin davranışından sapma göstermekteyse, artık kusurlu eylem koşulu gerçekleşmiş kabul edilir²⁷.

Hâkimin tazminatla sorumlu tutulabilmesi için HUMK m. 576'daki eylemlerden birini kusurlu bir şekilde yapmış olması tek başına yeterli değildir. Hâkimin sorumlu tutulabilmesi için hâkimin bu davranışından dolayı davacının zarara da uğramış olması gerekmektedir. Zararın varlığı ve miktarı zarar gören tarafından kanıtlanmalıdır. Tazminat davasına bakan hâkim, zarar gören tarafından zararın gerçek miktarı kanıtlanmadığı takdirde, bu hüküm çerçevesinde somut zarar verici olaydaki durum ve koşullara bakmak suretiyle tazmini gerekli zararın miktarını takdir yetkisini kullanarak belirleyecektir²⁸. Bahsi geçen zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir²⁹. Örneğin, davacının ödünç sözleşmesine dayanarak davalıdan istediği yüz bin liralık talep, hâkim tarafından haksız olarak reddedilirse, davacının burada uğradığı zarar, maddi zarardır. Teminat alınarak ihtiyati hacze karar verilmemesi gereken yahut da ihtiyati haczin kaldırılması gereken bir halde (İİK m. 266) hâkim, delillerde veya borçlunun şahsında hata ederek tanınmış bir tacirin mallarının ihtiyaten haczine karar vererek ya da mevcut haczi kaldırmayarak onun ticari itibarının sarsılmasına sebep olursa haksız ihtiyati haczin doğurduğu maddi zarardan başka, manevi zarardan da HUMK m. 573/2 hükmü uyarınca sorumlu tutulabilir³⁰.

Hâkimin tazminatla sorumlu tutulabilmesi için aranan sonuncu şart ise uğranılan zarar ile hâkimin kusurlu eylemi arasında neden-sonuç bağlantısının kurulabilmesidir. Hâkimin kendisine isnat edilen hukuka aykırı

²⁷ Demir, s. 839-840.

²⁸ Belgesay, s. 14; Demir, s. 841.

²⁹ Kılıçoğlu-Makale, s. 251; Tercan-Tez, s. 61; Demir, s. 841.

³⁰ Tercan-Tez, s. 61.

kusurlu eylemi, nedensellik ilişkisi çerçevesinde tazmini gerekli zararlı sonucun uygun nedeni olarak görülebiliyor ise neden-sonuç bağlantısı kurulmuş olmaktadır. Bu cümleden olmak üzere, hâkimin somut olaydaki davranışı ya da verdiği kararın yapısı ve niteliği itibarıyla, gerçekleşen sonucu, olayların normal akışına ve yaşam deneyimlerine göre doğurmaya veya bu sonucun gerçekleşebilme olasılığını objektif olarak artırmaya genel ve objektif ölçülerde elverişliyse uygun illiyet bağı var sayılır³¹.

Hâkimin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 573 ve devamına göre sorumlu tutulabilmesi için ortada yargısal (kazai) bir faaliyetin bulunması şart olduğundan hâkimin kişisel bir meselesinden ya da idari nitelikteki bir takım fiillerinden kaynaklanan zararlar nedeniyle hâkim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uyarınca değil, Borçlar Kanunu hükümleri gereğince³² sorumlu tutulacaktır. Bu bakımdan, örneğin, hâkim, tartışmış olduğu komşusunu yaraladığından dolayı Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin hükümlerine göre sorumlu olacaktır³³.

Yerel mahkemenin hâkimi ile bu hâkimin vermiş olduğu kararı temyizden inceleyen Yargıtay üyelerinin birlikte sorumluluğu da gündeme gelebilir. Özellikle, yerel mahkeme hâkiminin, sorumluluğu doğuran bir karar vermesinden sonra, bu kararı inceleyen Yargıtay ilgili dairesinin üyelerinin de aynı hatayı işlemesi durumunda yerel mahkeme hâkimi ile Yargıtay üyeleri eksik teselsül hükümleri uyarınca birlikte sorumlu tutulabilecektir³⁴.

Devletin yargısal faaliyetlerden dolayı sorumluluğunu tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin TMK m. 50'ye dayandırmak mümkündür³⁵. Sözü geçen maddeye yargı organları da sokulabilir. Zira hâkimler yargılama faaliyetinde bulunurken yargı organı olarak hareket etmektedirler. Bu

³¹ Tercan-Tez, s. 62; Demir, s. 842.

³² Necmeddin Berkin, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s. 37; Tercan-“Hakim” Kavramı, s. 237.

³³ Kılıçoğlu-Makale, s. 239. Hâkimlerin idari faaliyetlerinden kaynaklanan zararlar için hizmet kusuruna dayanarak Adalet Bakanlığı aleyhinde idari yargıda bir tam yargı davası mahkeme kalemindeki işlemlerin yürütülmesi ve personelin idaresi gibi idari faaliyetleri sırasında vermiş oldukları zararlar için hizmet kusuruna dayanarak Adalet Bakanlığı'na karşı idari yargıda bir tam yargı davası açılabilir. Tercan-“Hâkim” Kavramı, s. 237.

³⁴ Kılıçoğlu-Makale, s. 258.

³⁵ Mustafa Reşit Belgasay, Devletin Adli Faaliyetinden Hukuki Mesuliyeti (AD 1960/7, s. 343-355), s. 346.

bakımdan organın faaliyetinden dolayı tüzel kişinin sorumluluğunu düzenleyen TMK m. 50 kapsamına bir organ olduğunu kabul ettiğimiz yargı organı da dâhil edilebilir. Böylece devlet hâkimin haksız ve sorumluluğunu gerektiren kararından dolayı vatandaşın uğradığı zarardan birinci derecede sorumlu tutulmalı; devlet bu zararı tazmin ettikten sonra kusurlu olan hâkime rücu edebilmelidir³⁶.

Heyet halinde çalışan mahkemeler ile Yüksek Mahkeme daireleri tarafından verilen heyet veya daire kararlarından dolayı karara katılan heyet veya daire üyeleri, birer hâkim konumu ve sıfatında davranıp yargılama yetkisini kullandıklarından, aleyhlerine HUMK m. 573 hükmü uyarınca hukuksal sorumlulukları nedeniyle açılacak tazminat davalarında, bunlar maddi hukuk anlamında müteselsil sorumlu; usul hukuk anlamında ise pasif mecburi dava arkadaşıdır³⁷. Bununla birlikte, toplu mahkeme tarafından verilmiş bir karara karşı muhalefet şerhi (azınlık oyu) koymuş olan bir üye o karardan zarar görüldüğü iddiasıyla açılan bir tazminat davasında davalılar arasında yer almayacaktır. Çünkü bu şekilde bir sorumluluk sebebi oluşturan haksız fiil niteliğindeki mahkeme faaliyetinde zarara yol açan hukuka aykırı bir davranışta bulunmadığı ve bu nedenle bir haksız fiil faili olmadığı için o üyeyi hukuken sorumlu tutma ve tazmin yükümlüsü kılma olanağı yoktur³⁸.

İlk derece mahkemesi hâkimi tarafından verilmiş ve Yüksek Mahkeme tarafından da onanmış olan; ancak, hukuka aykırılığı nedeniyle HUMK m. 573 hükmü anlamında bir hukuksal sorumluluk nedeni oluşturduğu gerekçesiyle zincirleme sorumlu tutulabilecek hüküm ve denetim mahkemesi hâkimlerine karşı tazminat davası açılması olanağı bulunmaktadır. Bu durumda yerel mahkeme hâkimi ile kararı onayan ilgili Yüksek Mahkeme dairesinin başkan ve üyeleri, zarara birlikte teselsül halinde sebebiyet verdiklerinden yine ihtiyari pasif dava arkadaşı sıfatıyla davalı hâkimler konumunda yer alacaklardır³⁹.

³⁶ Kılıçoğlu-Makale, s. 266.

³⁷ Kılıçoğlu-Makale, s. 258; Tercan-Tez, s. 72; Demir, s. 845.

³⁸ Demir, s. 845. Ancak bunun için öğretilde haklı olarak belirtildiği gibi “esastan karşı oy” değil de “ayrışık oy” yahut “gerekçede karşı oy” kullanan hâkimin sorumluluğunun devam ettiğini kabul etmek doğru olur. (Aydınalp, s. 172).

³⁹ Kılıçoğlu-Makale, s. 258; Tercan-Tez, s. 73; Demir, s. 845.

B.TEORİK AÇIKLAMALAR ÇERÇEVESİNDE KARARIN 1086 SAYILI HUKUK USULÜ MUHALEMELERİ KANUNU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilmiş bulunan ve incelememize konu teşkil eden karar pek çok açıdan eleştirilebilir:

1. Kararda HUMK m. 573 ve devamı maddelerindeki sorumluluk hallerinin Yargıtay üyelerinden söz edilmediği, 573. maddedeki “hâkim” sözcüğünün de sorumluluk nedenleri açısından sadece 575/2. maddede sayılanları hedef tuttuğunun kabulünün gerektiği, çünkü 573. ve bunu izleyen maddelerin tedvini sırasında mahalli mahkeme hâkimlerinin sorumluluk sistemi içerisinde “Yargıtay üyelerine” değinilmediği ve onlar hakkında düzenleme bulunmadığı halde, 573. maddedeki “hâkim” sözcüğünün sorumluluk nedenleri bakımından Yargıtay üyelerini de kapsamına aldığı kabul edilmesinin yorum kurallarıyla bağdaşmayacağı ifade edilmiştir⁴⁰. Öncelikle belirtmek gerekir ki, HUMK m. 573’de geçen “hâkim” kavramına genel ve özel bütün hukuk mahkemeleri hâkimleri, icra hâkimleri ve idari yargı hâkimleri girer^{41,42}. Zira AY m. 9’de yargı yetkisi

⁴⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından daha önce verilmiş bu tarzdaki bir kararı destekleyen Özdeş’in görüşleri şu şekilde özetlenebilir: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda hâkimlerin sorumluluğunu düzenleyen m. 573’de yüksek hâkimler hakkında hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucu, hâkimlerle icra başkanlarının, kanunda yazılı hallerde, tazminat davasıyla muhatap olacaklarını belirtmiştir. Buradaki hâkim tabirine yüksek hâkimleri, Yargıtay başkan ve üyeleriyle, Danıştay başkan ve üyelerini dâhil etmeye imkân yoktur. Yazara göre, yüksek hâkimlerin hukuki sorumlulukları bakımından açılacak bağımsız bir hukuk davasının çözüm yeri belli değildir. Burada kanuni bir boşluk vardır. Yeni bir kanunla bu boşluk dolduruluncaya kadar Yargıtay başkan ve üyeleriyle Danıştay başkan ve üyelerinin hukuki sorumluluğunu Yüce Divanda açılacak kamu davasına müdahale etmek suretiyle temin etmek mümkündür. Aksi takdirde yüksek hâkimler hakkında hâkimlerin sorumluluğunu tayin eden HUMK m. 573’e dayanılarak doğrudan doğruya tazminat davası açılması kanunen mümkün değildir (Orhan Özdeş, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet, DD 1971/2, s. 9-17, s.17).

⁴¹ Hakemlerin verdikleri kararlardan dolayı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 573 ve devamına göre sorumlu tutulup tutulamayacakları konusu öğretilerde tartışmalıdır. *Kuru*’ya göre hakemler de verdikleri kararlar bakımından hâkimler gibi (HUMK m. 573 vd.) sorumlu tutulabilir. Buna karşılık öğretilerdeki baskın görüşe göre hakemlerin de hâkimler gibi özel sorumluluk rejimine tâbi tutulmaları istenseydi bu konuda da hâkimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin

hükümlere atıf yapılırdı (Hikmet Belbez, Hakemlerin Mesuliyeti, AÜHFD 1959/3-4, s. 353-358, s.358; Tercan-Tez, s. 17; Aydınalp, s. 209). Bunun yanı sıra hakem sözleşmesi, hakeme başvuran taraflar ile hakem veya hakemler arasında kurulan ve belli bir hukuki uyumsuzluğa ilişkin olup tamamen borçlar hukukuna tâbi bir sözleşmedir. Hâkimlerin hukuki sorumluluklarının özel bir düzenlemeye tâbi tutulmasının sebebi, her gün kendilerine arz edilen çok sayıda davada hatasız iş görmelerinin zorluğu ve değerli hukukçuların, sorumluluk korkusu ile bu görevi kabulden kaçınmalarını önlemektir. Hakemler için bu sakıncalar söz konusu olmayacağından onların sorumluluklarını Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 573-576 hükümlerine değil, genel hükümlere tâbi tutmak gerekir (Kılıçoğlu-Makale, s. 241; Tercan-Tez, s. 17; Ali Hallaç, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu (AD 1990/2, s. 35-47), s. 40; Aydınalp, s. 209-210). Hakemlerin hukuki sorumluluğu bakımından kanımızca azınlıkta kalan görüş daha isabetlidir. Her şeyden önce hakemler de işlevsel açıdan bir hukuk kuralını somut bir olay veya ilişkiye yargısal usullere riayet etmek suretiyle uygulayan tarafsız ve bağımsız bir karar mercii konumunda bulunup, yargılama süreci içerisinde görmüş oldukları iş itibarıyla aralarında bu bakımdan devlet mahkemeleri ile herhangi bir farklılık yaratılmadığına göre, onların bu işlevleri sebebiyle bir yargı organı niteliği taşıdıkları açıktır. Çünkü hakemlerin görevi de taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisinden kaynaklanan uyumsuzluğu, devlet hâkimi gibi bir yargılama yapıp çözüme kavuşturmaktır. Diğer deyişle, hakemlerin görevi de tıpkı devlet mahkemelerinin faaliyeti gibi maddi vakıaları bir hukuki kalıba göre nitelendirerek hüküm vermek şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hakem mahkemesi hükmü, devlet mahkemesi hükmünün bir sürrogatıdır (Ramazan Arslan / Süha Tanrıver, Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001, s. 218).

⁴² Savcılarının faaliyetleri yargısal değil daha çok idari bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle savcılara karşı görevlerini yerine getirirken vermiş oldukları zararlardan dolayı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 573-576 hükümlerine göre dava açılmaz. Buna karşılık söz konusu faaliyetler nedeniyle hizmet kusuruna dayanarak, Adalet Bakanlığı'na karşı idare mahkemesinde tam yargı davası açılabileceği gibi şahsi kusurun varlığı halinde haksız fiillere ilişkin hükümlere göre hukuk mahkemelerinde tazminat davası da açılabilir (Kılıçoğlu-Makale, s. 241; Tercan-Tez, s. 19). Savcılarının yargılamaya ilişkin görevleri de vardır. Bu görevlere “adli görev” denmesi mümkündür (Nurullah Kunter / Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008, s. 433). Öğretide bir görüşe göre savcılarının bu görevlerinden dolayı hâkimler gibi özel sorumluluk rejimine tâbi tutulmaları isabetli olurdu. Çünkü hâkimlik ve savcılık mesleğini düzenleyen kurallar farklı olmadığı gibi, iki meslekten birinden diğerine geçiş

bir bütün olarak kabul edilmiş ve bu yetkinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ifade edilmiştir. Yargı yetkisini kullanan bağımsız mahkemeler ile ilk derece mahkemelerinin yanı sıra yüksek yargı organlarının da kastedildiği aşikârdır⁴³. İkinci olarak üzerinde durulması gereken husus ise bahsi geçen hâkimlerden birinin Yargıtay üyesi seçilmesi durumunda “hâkimlik” statüsünden çıkıp çıkmadığıdır. Bu soruya cevap vermek için Yargıtay üyelerinin hukuki durumlarına kısaca göz atmak yararlı olacaktır.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 29. maddesinin birinci fıkrasına göre Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl süre ile başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile bu meslekten sayılanlardan seçilir. Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 1. maddesinin b fıkrasına göre, bu

de kabul edilmiştir. Hâkimlerin cezai ve disiplin sorumluluğu da aynı şekilde düzenlenmiştir (HSK m. 62, 82). (Tercan-Tez, s. 19-20). Aynı yönde: Şerafettin Elmacı, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu Rejiminin Cumhuriyet Savcıları Bakımından Uygulanması (AD Yıl: 2010, S. : 37, s. 198-225), s. 213 vd. Kanımızca bu görüşte haklılık payı vardır. Zira Cumhuriyet savcılarının idari görevlerinin yanı sıra yargılamaya ilişkin olarak adli görevleri de vardır (Ejder Yılmaz, Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri: AÜHFD 1972/XXIX/1-2 s. 255-287, özellikle s. 259 vd). Onları yargılama faaliyetinin tümüyle dışında veya uzağında görmek olanaksızdır. O bakımdan Cumhuriyet savcılarının da hâkimler gibi özel sorumluluk rejimine tâbi tutulmaları isabeti olabilir. Nitekim Fransız içtihatları “hâkim” kavramına yargısal görevi olan herkesi dâhil etmiştir. Fransa’da idare memuru oldukları halde, yargısal alana ilişkin bazı faaliyetlerde bulunan polis komiserleri, kır bekçileri vs. de özel sorumluluk rejiminden yararlanabilmektedir (Belgesay, s. 54). Keza Alman hukukunda meslekten hâkimler gibi meslekten olmayan hâkimler de (örneğin fahri mahkeme üyeleri, jüri üyeleri ve mahkemenin diğer adli olmayan görevlileri de) özel sorumluluk rejiminden yararlanmaktadır (Tercan-Tez, s. 16). Kanımızca burada yargılamaya iradesiyle etki edebilen kamu görevlileri özel sorumluluk rejiminden yararlanabilmelidir. Ancak özellikle HUMK m. 573/2 hükmünün gerek hâkim gerekse savcı bakımından hassasiyetle uygulanması gerekir. Aksi takdirde kişi hak ve hürriyetleri tehlikeye düşebilir. Bu bakımdan, suçun diğer unsurları da mevcutsa, hâkimin veya savcının yorumlanmayacak ve açıklanmayacak şekilde belli ve yasanın açık kesinliğine aykırı karar vermiş olmaları kamu görevlisinin keyfî davranışı olarak kabul edilip TCK m. 257 uyarınca hâkimin ya da savcının cezalandırılması yoluna da gidilebilmelidir.

⁴³ Tercan-“Hâkim” Kavramı, s. 247.

Kanun'un amacı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Başkan ve üyelerinin aylık ve ödenekleri ile diğer mali, sosyal hak ve yardımlarını düzenlemektir. Aynı Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Başkan ve üyeleri de 1. maddenin (b) bendinde sayılan özlük hakları bakımından bu Kanun hükümlerine tâbidirler. Bütün bu hükümler dikkate alındığında hâkimler Yargıtay üyesi seçilmekle "hâkimlik statüsünden" çıkmış olmamaktadırlar⁴⁴. Nitekim Yargıtay Kanunu'nun 46. maddesinde "kişisel ve görevle ilgili suçlara"; 47. maddesinde disiplin işlemlerinin uygulanmasına yer verilmişken Yargıtay Başkan ve üyelerinin hukuki sorumluluklarının düzenlenmemiş olması tesadüf eseri değildir. Bunun sebebi Yargıtay Başkan ve üyelerinin hukuki sorumluluğunun hâlihazırda HUMK m. 573 ve devamında düzenlenmiş olmasıdır⁴⁵.

Yargıtay üyelerinin "hâkimlik" sıfatını kaybetmemiş olduklarına başka dayanaklar bulmak da mümkündür. Her şeyden önce Yargıtay, Anayasa'da

⁴⁴ Bülent Acar, Yargıtay'ın Başkan ve Üyelerinin Hukuksal Sorumsuzluğa Yaklaşan Sorumluluklarına İlişkin Görüşün Eleştirisi (TBBB 1990/4, s. 491-505), s. 495.

⁴⁵ Kanımızca Danıştay başkan ve üyelerinin hukuki sorumluluğu da buraya dâhildir. Aksi görüşte olan Özdeş'e göre Danıştay üyelerinin hukuki sorumluluğunu HUMK m. 573 vd.'na göre belirlemeye imkân yoktur. İleri sürdüğü gerekçeler şunlardır: Danıştay, (61 Anayasası'nın) 140. maddesine göre kurulmuş bağımsız yüksek idare mahkemesidir. Başkan ve üyeleri de 521 sayılı Danıştay Kanunu'na tâbidir. 2656 sayılı Hâkimler ve 44 sayılı Yüksek Hâkimler Kurulu Kanunu'nun kapsamı dışındadırlar. Bu sebeple HUMK'un kastettiği anlamda hâkim kapsamı içerisine girmemektedirler. HUMK m. 573'de sadece hâkimlerden ve icra reislerinden bahsedilmiş; buna karşın Yargıtay ve Danıştay başkan ve üyelerinden bahsedilmemiştir. Hüküm emredici nitelikte olduğundan Danıştay başkan ve üyelerine de uygulanamaz. HUMK'un hangi maddelerinin Danıştay'da ve Danıştay mensupları hakkında uygulanacağı 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 88. maddesinde tadadi ve tahdidi olarak gösterilmiştir. Bu maddede hâkimin reddi zikredildiği halde HUMK m. 573 belirtilmemiştir. İkinci olarak, Danıştay başkan ve üyeleri Anayasa'nın 140. maddesine göre yüksek idare hâkimi olmakla beraber aynı zamanda 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 3. maddesine göre Danıştay meslek mensubudurlar. Bu iki tanımda HUMK'nun 573. maddesindeki hâkim tanımının dışında kalmaktadır. Bu sebeple hâkimlerin tâbi olduğu usulü kendilerine uygulamaya imkân yoktur (Özdeş, s. 16).

zikredilen (m. 154) yüksek mahkemelerden biridir. Bu mahkemenin üyelerinin görevlerinin ne olduğu 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 25. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre; “1. Kendilerine verilecek dosyaları gerekli şekilde ve zamanında inceleyip kurula taktir etmek ve kararları yazmak, 2. Üyesi buldukları kurullarda görüşmelere katılmak ve oylarını vermek, 3. Dairenin ahenkli, verimli ve düzenli çalışmasının sağlanmasında ve işlerin çabuklukla incelenip karara bağlanmasında başkana yardım etmek”. Görüldüğü gibi Yargıtay üyeleri önlerine gelen dava dosyasıyla ilgili olarak karar yazmakta ve oy vermektedirler. Yargısal faaliyet “mahkemelerin, bir tarafın talebi üzerine objektif hukuk kurallarını somut olaylara uygulamaları” olarak tarif edilebileceğine⁴⁶ ve bu işi yapanlar da hâkim olarak nitelendirildiklerine göre Yargıtay'ın kanun yolu başvurusu üzerine yaptığı inceleme ve verdiği karar yargısal bir faaliyet; üyeler de hâkimdir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında Yargıtay üyelerinin HUMK m. 573'te geçen “hâkim” kavramına dâhil olup olmadıkları irdelenirken öğretilerdeki görüşlere yer verilmediği görülmektedir. Hâlbuki konu, bugüne kadar medeni yargılama hukuku alanında yazılmış eserlerde (ders kitapları, tez, makale) pek çok kez ele alınmıştır. O nedenle kararda bu görüşlere neden itibar edilmediğinin tartışılmaması ve bu görüşleri çürütecek hukuki argümanların ortaya konmaması ciddi bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

2. Eleştirilecek bir başka husus ise kararda usulen görevli merci tarafından görevle ilgili suçtan cezai sorumluluk yönünden bir karar verilmeden Yargıtay üyeleri hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda açılan tazminat davasının görülmesine olanak bulunmadığının ifade edilmiş olmasıdır. Bu görüşe katılmak olanaksızdır. Zira Yargıtay başkan ve üyeleri hakkında açılacak davaya Yargıtay Kanunu m. 13/2 ve 15/3 hükümleri dikkate alınarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından bakılacağı açıkça hükme bağlanmıştır. “Yargıtay'ın Görevleri” başlığını taşıyan 13. maddenin 2. bendine göre Yargıtay, *Yargıtay Başkan ve üyeleri* ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili ve özel kanunlarında belirtilen kimseler aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına ve bunların kişisel suçlarına ait ceza davalarına ve kanunlarda gösterilen diğer davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmakla görevlidir. Yargıtay Kanunu'nun Hukuk ve Ceza Genel Kurulları'nın görevlerini düzenleyen 15. maddesinin 3. bendine göre ise Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurulları, Yargıtay Başkan ve üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet

⁴⁶ Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 10; Süha Tanrıver, Konkordato Komiseri, Ankara 1993, s. 101-102; Üstündağ, s. 46.

Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili ile yargılama görevi özel kanunlarınca Yargıtay Genel Kurullarına verilen kişilere ait *davaları ilk mahkeme olarak görmek ve hükme bağlamak* ve ilk mahkeme olarak özel dairelerce verilen hüküm ve kararların temyiz ve itiraz yoluyla incelemesini yapmakla görevli kılınmıştır. Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere Yargıtay başkan ve üyeleri hakkında açılan tazminat davalarına bakma görevi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na aittir⁴⁷.

3. Kararda tetkik hâkimlerinin Asliye Hukuk Hâkimi gibi değerlendirildiği ve sorumluluklarının da buna göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Tetkik hâkimlerinin HUMK m. 573 vd. uyarınca sorumlu tutulup tutulmayacakları konusunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre⁴⁸, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 26. maddesinde tetkik hâkimlerinin kurul ve daire başkanlarının kendilerine verecekleri dosya ve evrakı, süresinde inceleyerek bir rapor düzenleyecekleri; kararlara ve yapılacak işlere ilişkin düşüncelerini rapora yazıp kurullara açıklamakla yetinecekleri ve birinci başkan, kurul ve daire başkanlarının verecekleri diğer görevleri yerine getirecekleri ifade edilmiştir. Şu halde, tetkik hâkimleri, daire ve kurulların karar verebilmeleri için yapılması gerekli olan ön çalışmaları yapmak, daire ve kurulların ne yapması gerektiği konusunda görüş ve düşüncelerini bildirmekle görevli olup; ilk derece hâkimleri gibi bir uyuşmazlığı çözümleyen ve kesinlik niteliğini haiz karar vermemektedirler. Diğer deyişle sadece, neler yapıldığı ve neler yapılması gerektiği konusunda daire ve kurullara görüş ve düşüncelerini bir raporla bildirmektedirler. Bu rapor ise tek başına tetkik hâkimini hukuken sorumlu tutmak için yeterli değildir. Çünkü raporu alan daire veya kurul, raporda ileri sürülen görüşleri benimseyerek kararını buna göre verirse artık sorumluluk tetkik hâkiminin değil, kararı veren daire veya kurulundur. Tetkik hâkimi, düşüncelerini rapora dökerek daireye sunmakla yargısal bir faaliyette bulunmuş olmamaktadır. Bu bağlamda, tetkik hâkiminin sorumluluğundan bahsedebilmek için haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından olan zarar ve nedensellik bağının da mevcudiyeti gerekir. Burada ise zarar ortaya çıkarsa bu tetkik hâkiminin raporuyla değil, rapor doğrultusunda karar veren daire veya kurulun kararıyla ortaya çıkmaktadır.

⁴⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın "Davaların açılacağı mahkeme" başlıklı 53. maddesinde Yargıtay başkan ve üyelerine karşı açılacak tazminat davalarının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda açılacağı hükme bağlanarak bu konudaki tartışmalara son verilmek istenmiştir.

⁴⁸ Tercan-"Hâkim" Kavramı, s. 239.

Bu gerekçelerle, tetkik hâkimlerinin, daire veya kurullara verdikleri raporlardan dolayı HUMK m. 573-576 hükümlerine göre sorumluluğu gündeme gelmeyecektir⁴⁹.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁵⁰ ise, tetkik hâkimleri de hâkim olduklarından, kararda imzaları bulunmamakla birlikte yargısal faaliyete, karar veren hâkim gibi katkıda bulunmaktadır. Bu nedenle onlar da HUMK m. 573 kapsamında “davalı hâkim” sıfatını alabilirler. Özellikle yüksek yargı organlarında görevlendirilmiş bulunan tetkik hâkimleri dava dosyası hakkında rapor yazarken kurula kasten ya da ağır ihmal ile yanlış ve gerçek dışı bilgiler sunmaları nedeniyle kurulun yanlış kararına etkili oldukları saptanırsa haklarında karara imza atan hâkimlerle birlikte hukuki sorumluluk davası açılabilir⁵¹. Bununla birlikte tetkik hâkimlerinin HUMK m. 573 kapsamında hâkim olarak hukuki sorumluluğunun olup olmayacağı her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin, tetkik hâkimi, bir dosyanın görüşülmesi sırasında kararı verecek kurula dosya içeriğine tamamen ters yönde bilgiler vermiş ve kurulun da dosyayı, dosya sayısının fazlalığı nedeniyle inceleyemeden, sırf tetkik hâkiminin anlatımını esas alarak, kanunun açık hükmüne aykırı surette karar verilmesine neden olmuşsa, artık burada tetkik hâkiminin herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı söylenemez. Keza, tetkik hâkiminin, dosyadaki bazı bilgi ve belgeleri kasten ya da ağır ihmalle kurula açıklamaması sonucu kanuna ve adalete aykırı karar verilmesine yol açmış ve bundan bir zarar doğmuşsa, raportör üyenin sorumluluğunun karara imza atan diğer üyelerle birlikte mevcut olduğu; aksi takdirde tetkik hâkiminin kastı ya da ağır ihmali illiyet bağıını kesecek düzeyde ise kararda imzası bulunan üyelerin sorumlu olmayacakları sonucuna varılabilir⁵².

4. Kararın eleştirilecek bir başka yönü ise Yargıtay Başkan ve üyeleri hakkında tazminat davası açmak isteyen bireylerin Anayasa Mahkemesi’nden ceza ilâmı getirmeye zorlanmak suretiyle Yargıtay üyeleri hakkında açılacak tazminat davaları bakımından **özel bir dava şartının** kabul edilmiş olmasıdır⁵³. AY m. 148/3 uyarınca Anayasa Mahkemesi,

⁴⁹ Tercan-“Hâkim” Kavramı, s. 239.

⁵⁰ Aydınalp, s. 208.

⁵¹ Belgesay, s. 54; Aydınalp, s. 207.

⁵² Aydınalp, s. 208.

⁵³ Çetin Aşçıoğlu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.1.1987 gün, E. 1986/1, K. 1987/1 sayılı kararına karşı yazılan muhalefet şerhi. Karar için bkz. YKD 1987/6, s. 829; Tercan-“Hâkim” Kavramı, s. 245.

Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, *Yargıtay*, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar. Ancak bunun için usulüne uygun bir davanın açılması gerekir. Yargıtay Başkan ve üyeleri hakkında Anayasa Mahkemesi'nde ceza davasının nasıl açılacağı Yargıtay Kanunu'nun "Kişisel ve Görevle İlgili Suçlar" başlıklı 46. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin görevleriyle ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Birinci Başkanlık Kurulunun kararına bağlıdır. Ancak, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinin hazırlık ve ilk soruşturması genel hükümlere tabidir. Birinci Başkanlık Kurulu kendisine intikal eden veya ettirilen ihbar ve şikâyetleri inceleyerek soruşturma açılmasını gerektirir nitelikte gördüğü takdirde, ilk soruşturma yapılması için ceza dairesi başkanlarından birini görevlendirir. Aksi takdirde dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verir. Bu karar kesindir. Soruşturma ile görevlendirilen başkan, soruşturmayı ikmal ettikten sonra evrakı Birinci Başkanlık Kuruluna gönderir. Soruşturmayı yapan ceza dairesi başkanı sorgu hâkiminin yetkisini haiz olup Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (*şimdi CMK'nın*) ilk soruşturmaya ait hükümlerini uygular. Vereceği tutuklama ve tutuklamanın kaldırılması veya kefaletle salıvermeye ait kararları Birinci Başkanlık Kurulunun onaması ile tekemmül eder. Birinci Başkanlık Kurulu, incelediği evrakı eksik bulursa soruşturmayı yapan başkana tamamlattırır. Son soruşturmanın açılmasına gerek görmediği takdirde evrakın işlemde kaldırılmasına, aksi halde son soruşturmanın açılmasına karar verir ve görevle ilgili suçlarda Anayasa Mahkemesine, kişisel suçlarda Yargıtay Ceza Genel Kuruluna tevdi olunmak üzere dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir".

Söz konusu maddeden de anlaşılacağı üzere davacının Yargıtay daire başkan ya da üyeleri hakkında dava açılabilmesi için Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'na başvurması gerekmektedir. Diğer deyişle davacının, davalılar hakkında doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi'nde dava açma hakkı bulunmamaktadır. Birinci Başkanlık Kurulu son soruşturmanın açılmasına gerek görmezse, davacı, maddi ve manevi zarara uğramış olsa bile, bunu adli yoldan tazmin ettiremeyecektir. Sonuç olarak böyle bir

uygulama, AİHS m. 6 ve AY m. 36'da güvence altına alınmış bulunan hak arama özgürlüğünü ciddi biçimde kısıtlayacaktır⁵⁴.

5. Anayasa'nın 36. maddesinin 2. fıkrasına göre ise hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu kararlarla Yargıtay Kanunu m. 15/3 uyarınca kendisine verilen yargılama yetkisi kanımızca dolaylı olarak Anayasa Mahkemesi'ne aktarılmış olmaktadır⁵⁵. Bu ise Anayasa'nın az önce anılan hükmünü ihlal eder niteliktedir.

6. Öğretide⁵⁶ ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla vermiş olduğu hükmü havi ilâmın HUMK m. 575'de sayılan belgelerden biri olmadığı belirtilerek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun daha önce vermiş olduğu benzer nitelikteki kararlar eleştirilmiştir. Bu maddede tazminat davasını haklı gösteren belgelerin de dava dilekçesine eklenmesi hükme bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek ceza mahkûmiyetini gösterir ilâm kanımızca tazminat davasını haklı kılan bir belge olarak değerlendirilebilir. Ancak bu ilâm, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında savunulan düşüncenin aksine, tazminat davası açılması için getirilmesi gereken ne tek ne de zorunlu bir belgedir.

7. Yargıtay başkan ve üyeleri için öncelikle Anayasa Mahkemesi'nden ceza kararı alınması HUMK m. 573'de belirtilen tüm sebepler açısından uygun da değildir. Zira bazı eylemler tazminat sorumluluğunu gerektirmesine rağmen suç olmayabilir⁵⁷. Örneğin HUMK m. 573/2'ye girecek tüm haller doğrudan suç teşkil etmeyebilir. Suç için aranan manevi unsur ile haksız fiil için aranan kusur her zaman örtüşmeyebilir. Hukuka aykırı bir eylem haksız fiil teşkil ederken suç teşkil etmeyebilir. Ya da suç

⁵⁴ Aynı yönde: Osman Kuntman, Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu (GYD 1976/1, s. 20-25), s. 25.

⁵⁵ Tercan-“Hâkim” Kavramı, s. 247.

⁵⁶ Doğanay, s. 700; Tercan-Tez, s. 29-30; Tercan-“Hâkim” Kavramı, s. 246-247.

⁵⁷ Suç ile haksız fiil arasındaki en önemli ya da tek fark yaptırımlarında görülmektedir. Eğer hukuka aykırı fiile uygulanan yaptırım ceza ise artık o fiil bir suçtur. Buna karşılık zararın ödenmesi, eski hale getirme gibi hukuki yaptırımlar söz konusu ise artık ortada haksız fiil vardır. (Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 57). Ayrıca bkz. Nurullah Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 124; Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları, Ankara 1975, s. 12 vd.

teşkil etmesine karşın haksız fiil sayılmayabilir⁵⁸. Bu bakımdan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Yargıtay Başkan ve üyeleri bakımından önce Anayasa Mahkemesi'nden ceza kararı getirilmesini istemesi hatalı olmuştur. Zira Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla yapacağı yargılamada Yargıtay Başkan veya üyelerinin eylemlerinin haksız fiil teşkil edip etmediğini değil; suç teşkil edip etmediğini tespit edecektir. Böyle bir durumda ise Yargıtay Başkan veya üyelerinin fiili HUMK m. 573'de sayılan ve sorumluluğu gerektiren sebeplerden birine girdiği halde suç olarak nitelenmeyebilir. Zira suç için aranan unsurlar ile haksız fiil için aranan unsurlar her zaman tamamıyla örtüşmeyebilir ve Yargıtay Başkan veya üyesinin beraatına karar verilebilir. Bu ise bireylerin adalet duygusunun ciddi biçimde zedelenmesine yol açabilir.

8. Yargıtay Başkan ve üyeleri için özel sorumluluk nedenlerinin (HUMK m. 573 vd.) uygulanmayacağı kabul edilecek olursa onlar açısından genel kusura dayalı haksız fiil sorumluluğunun (BK m. 41 vd.) uygulanması gerekecektir. Diğer bir deyişle, Yargıtay üyeleri için özel bir sorumluluk rejiminin mevcut olmadığı kabul edilmesi durumunda dahi haksız eylem sorumluluğunun genel kaynağı olan ve kusura dayalı haksız eylem sorumluluğunu düzenleyen BK m. 41'in varlığı göz ardı edilemez ve Yargıtay üyelerinin genel kural olan BK m. 41'in düzenleme alanı dışında kaldığı söylenemez. Bu durumda ise yüksek yargı organlarında görev yapan hâkimler bakımından daha ağır bir sorumluluk rejiminin varlığı kabul edilmiş olacaktır. Hâlbuki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, hâkimin

⁵⁸ Örnekler için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 194. Bu ayrıma dolaylı olarak değinen Özgenç de şunları söylemiştir: *"Aynen ifanın mümkün olmadığı durumlarda mesela haksız fiil karşılığında tazminat ödenmesi de bu tür bir yaptırımdır. Bu tür bir yaptırımla güdülen asıl amaç; haksızlığa uğrayan kişinin mağduriyetini gidermektir; bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkilerini mümkün olduğunca telafi etmektedir. Bu tür müeyyidenin haksızlığı gerçekleştiren üzerinde bir etki icra etmesi, talî bir husustur. İkinci kısımda mütalaa edeceğimiz yaptırımlar ise bir haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde doğrudan etki icra ederler. Yani, bu tür yaptırımla güdülen asıl amaç, haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde belli hukuki sonuçlar doğurması, bu kişiye belli etkilerde bulunmasıdır. Bu yaptırımlar iki grupta mütalaa edebiliriz. Birinci grupta mütalaa edeceğimiz yaptırım ile güdülen asıl amaç suç teşkil eden bir haksızlığı gerçekleştiren kişinin, bu suçu işlemek dolayısıyla içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olmasını sağlamaktır. Biz buna teknik anlamda ceza demekteyiz."* (İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 28).

bağımsızlığı kadar tarafsızlığını da güvence altına almak amacıyla hukuki sorumluluğunu sınırlı hallerde kabul etmiş ve sorumluluğun tespitini de özel bir usule tâbi tutmuştur⁵⁹.

9. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bu kararlar, tıpkı milletvekilleri için Anayasa'nın 83. maddesinde öngörülen yasama dokunulmazlığına benzer şekilde -ancak kanunî bir dayanağı olmaksızın- Yargıtay Başkan ve üyeleri bakımından geçerli olacak bir yargısal dokunulmazlık kurumu ihdas etmiştir. Hâlbuki böyle bir yetki sadece yasama meclisine aittir⁶⁰.

10. HUMK m. 7, I uyarınca diğer bir mahkeme yahut idari makam veya yargı merciin görevine giren bir dava veya iş kendisine arz olunan mahkeme, duruşma yapmadan görevsizlik kararı verebileceği gibi davanın her aşamasında kendiliğinden görevli olmadığına da karar verebilir. Bu maddeyle görevsiz mahkemeye işi uzatmadan evrak üzerinden görevsizlik kararı verebilme imkânı tanınmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise vermiş olduğu kararda tazminat davasına bakma görevinin kendisine ait olduğunu kabul etmiş; bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin görevli olduğunu ileri sürmemiştir. O nedenle bu aşamadan sonra açılmış bulunan tazminat davası bakımından kendisi görevli değilmişçesine işin esasına girmeden evrak üzerinden karar vermesi HUMK m. 7'yi ihlal etmiştir⁶¹.

11. Kararda aynen "...Bu açıklamalardan, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki sorumluluk hallerinin Yargıtay Üyelerini kapsamadığı sonucuna varmak gerekir. Aşağıda değinileceği üzere Anayasa'nın Yargıtay Üyelerinin görevden dolayı **cezai** sorumluluklarının tespitini bir Anayasa müessesesine bağlamış olması da, bu düşüncüyü ayrıca doğrular. Diğer taraftan, usulün 573. ve müteakip maddeleri istisnai ve sınırlı bir alanla düzenlemede bulunduğundan, kıyas yolu ile uygulama alanının genişletilmesi de mümkün değildir. O halde Yargıtay Üyeleri hakkında hangi hallerde görevden dolayı tazminat davası açılabileceğinin Yasa ile belirlendiğinden söz edilemez. Bu durum karşısında, sorun, temel düzeni oluşturan Anayasa ve genel ilkeler esas alınarak çözümlenmelidir..." ifadelerine yer verilmiştir. Bu görüşe katılmak da mümkün değildir. Zira tam da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun isabetli bir şekilde bahsettiği gibi Anayasada bahsedilen Yargıtay üyelerinin **cezai** sorumluluğudur, hukuki değil. Bu ise zaten tartışma konusu değildir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel

⁵⁹ Tercan-"Hâkim" Kavramı, s. 249; Aşçıoğlu, s. 833; Acar, s. 505.

⁶⁰ Doğanay, s. 711.

⁶¹ Doğanay, s. 700-701.

Kurulu'nun kararına konu olan olay bir ceza davası olmayıp; Yargıtay üyeleri aleyhine açılmış bulunan bir tazminat (hukuk) davasıdır. Dolayısıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu kararın gerekçesinde Anayasa'nın -önündeki davayla ilgisi olmayan- bir maddesini esas almak suretiyle hatalı bir çıkış noktasından hareket etmiştir.

C.TEORİK AÇIKLAMALAR ÇERÇEVESİNDE KARARIN 12.1.2011 TARİH ve 6100 SAYILI HUKUK MUHALEMELERİ KANUNU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

12.1.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 4.2.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Adı geçen Kanun'un 451. maddesine göre Kanun 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bu Kanunda hâkimlerin hukuki sorumluluğu konusunda bir takım yeni düzenlemelere gidilmiştir. O nedenle 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek bu Kanun bakımından kısa bir değerlendirme yapmanın da yararlı olacağı kanısındayız. Hâkimin hukuki sorumluluğu konusu HMK m. 46 ve devamında düzenlenmiştir. "Devletin sorumluluğu ve rücu" başlıklı madde aynen şöyledir: "(1) Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir: a) Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması. b) Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması. c) Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması. ç) Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması. d) Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması. e) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması. (2) Tazminat davasının açılması, hâkime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkûmiyet şartına bağlanamaz.(3) Devlet, ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder".

Bu madde Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 51. maddesine denk gelmekteydi ve söz konusu maddeye ilişkin hükümet gerekçesinde yapılan yeni düzenleme ile 1086 sayılı Kanunun 573-576. maddelerinde düzenlenen hâkimin kusurlu davranışlarından ilk etapta devletin sorumlu tutulamayacağı, hâkimin şahsen sorumlu tutulması gerektiği yönündeki esastan ayrıldığı ve hâkimin yargılama faaliyeti esnasında vermiş olduğu zararlardan ilk planda devlete karşı tazminat davası açılması esasının kabul edildiği; devletin, daha sonra kusurlu hâkime rücu edebileceği, böyle bir

düzenleme ile hâkimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin durumun, idarenin memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri eylem ve yaptıkları işlemlerden birinci derecede devleti sorumlu tutan ve daha sonra da devletin sorumlu kişiye rücu etmesini kabul eden, Anayasanın 129. maddesinin beşinci fıkrası hükmüne de uygun davranıldığı; hükümde geçen “hâkim” kavramının, genel anlamda kullanıldığı; buna ilk derece mahkemesi hâkimleri, bölge adliye mahkemesi hâkimleri, Yargıtay, Danıştay başkan ve üyeleri, keza ceza mahkemesi hâkimlerinin, kısacası yargı yetkisini kullanan tüm hâkimlerin dâhil olduğu; hâkimlerin sorumluluğunu gerektiren sebeplerin genel olarak belirtilmediği, 1086 sayılı Kanunun 573. maddesinde olduğu gibi tahdidi olarak sayma yoluna gidildiği, böylelikle, hâkimlerin daha ağır bir sorumluluk rejimiyle karşılaşmalarının engellenmek istendiği, yeni Kanun ile kabul edilen sorumluluk hallerinin esas itibarıyla 1086 sayılı Kanunun 573. maddesiyle aynı olduğu; ancak 573. maddenin 7 numaralı bendinde gösterilen nedene yer verilmediği; çünkü hâkime emir ve talimat verilmesinin zaten yasak olduğu; görevini yapmakta ihmal ve terahi göstermesinin de hâkimin görevini yapmaktan kaçınması kapsamında değerlendirilebileceği, hâkimin davranışından zarar gören kişinin, hukuki yollara başvurarak zararı engelleme imkânının olmasına rağmen bunu yapmamış olmasının tazminat istemesine engel olacağı ifade edilmişti⁶². Adalet Komisyonu ise şu gerekçelerle 51. maddenin ikinci fıkrası maddede belirtildiği şekilde hukuki yollara başvurmak suretiyle zararın doğmasını önleme imkânı bulunan tarafın bu yola başvurmaksızın devlet aleyhine tazminat davası açamayacağı yönündeki düzenlemenin bu davaların açılabilme imkânını çok sınırlandıracağı; ayrıca hukuki yola başvurmanın tartışmalı ve değerlendirmeye açık bir konu olması sebebiyle bu fıkranın metinden çıkarılmasının uygun olacağı; ayrıca kanun yollarına başvurulmamış olmasına rağmen sorumluluk davasının koşullarının gerçekleşmiş olmasına rağmen davanın açılmamasının hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı; hâkimlere karşı yargılama faaliyetlerinden dolayı sorumluluk davasının açılmasının aynen diğer sorumluluk davalarında olduğu gibi o konuda ceza davasının açılması yahut mahkûmiyet koşuluna bağlanamayacağı ve bu konuda Borçlar Kanunu’nun 53. maddesindeki düzenlemenin geçerli olacağı; bunun hukuk önünde eşitlik ilkesine uygun olduğu gibi sorumluluk hukuku bakımından da bir fiilin suç oluşturmasının gerekmediği, haksız eylem kategorisine girmesinin gerekli ve yeterli olduğu dile getirilmiştir.

⁶² Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, TC. Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2008, s. 169.

Adalet Komisyonu'nun bu gerekçesinde de açıkça anlaşılacağı üzere bundan böyle hâkimler hakkında sorumluluk davası açılabilmesi için inceleme konumuzu oluşturan kararda kabul edildiği gibi Yargıtay üyeleri bakımından görevleri ile ilgili suçlardan dolayı Anayasa Mahkemesi nezdinde ceza davası açılması koşulu aranmayacaktır.

HMK m. 47'de ise hâkimlerin hukuki sorumluluktan kaynaklanan davaların hangi mahkemelerde açılacağı düzenlenmiştir. Bahsi geçen madenin birinci fıkrası aynen şu şekildedir: "Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; **Yargıtay Başkan ve üyeleri** ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda açılır ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür. Yargıtay ilgili hukuk dairesinin tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca; bu Kurulun ilk derece mahkemesi sıfatıyla tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunca yapılır". Görüldüğü gibi maddede Yargıtay başkan ve üyelerine karşı dava açılabilmesi ve bu davaya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda bakılacağı açıkça ifade edilerek Yargıtay üyelerinin de hâkimlere karşı açılacak sorumluluk davası bakımından "hâkim" kavramına dâhil olduğu hiçbir tartışmaya meydan vermeyecek biçimde dile getirilmiştir⁶³.

SONUÇ

Yukarıda ifade edilen eleştiriler saklı kalmak üzere, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.2009 gün ve E. 2009/2, K. 2009/3 sayılı kararında varılan sonucun gerek 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu gerekse 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından hatalı olduğu ve Yargıtay üyelerinin de HUMK m. 573. maddede geçen "hâkim" kavramına dâhil olduğu ve onlar aleyhine de HUMK m. 573 vd. maddeleri uyarınca sorumluluk davası açılabilmesinde tereddüt edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁶³ Erdal Tercan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na göre; Hâkimin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi (HPD 2006/8, s. 79-86), s. 82.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Anayasa
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
DD	: Danıştay Dergisi
Dn.	: dipnot
E.	: Esas
e.t.	: erişim tarihi
FMK	: Federal Mahkeme Kararı
GYD	: Günümüzde Yargı Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHMD	: İnsan Hakları Merkezi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
m.	: madde
No.	: Numara
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SBFD	: (Ankara Üniversitesi) Siyasal Bilgiler Fakültesi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Vd .	: ve devamı
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

BİBLİYOGRAFYA

- Acar, Bülent :Yargıtay'ın Başkan ve Üyelerinin Hukuksal Sorumsuzluğa Yaklaşan Sorumluluklarına İlişkin Görüşün Eleştirisi (TBBD 1990/4, s. 491-505)
- Alacakaptan, Uğur :Suçun Unsurları, Ankara 1975
- Alangoya, Yavuz / Deren- Yıldıırım, Nevhis / Yıldıırım, Kamil : Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. B., İstanbul 2009
- Arslan, Ramazan :Hâkimlerin Hukuki Sorumlulukları (Yayımlanmamış Seminer, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi No. S.A.358)
- Aydınalp, Sezai :Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1997
- Belbez, Hikmet :Hakemlerin Mes'uliyeti (AÜHFD 1950/III/3-4, s. 353-358)
- Belgesay, Mustafa Reşit :Devletin Adli Faaliyetinden Hukuki Mesuliyeti (AD 1960/7, s. 343-355)
- Belgesay, Emcet :Türk Hukukunda Hâkimin Hukuki Mesuliyeti (AÜHFD 1955/XII/1-2, s. 247-320)
- Berkin, Necmeddin :Mahkeme Kararlarından ve Yargısal Tasarruflardan Devletin Sorumluluğu

- (İÜHFM 1977/XLII/1-4, s. 181-189)
- Berkin, Necmeddin : Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969
- Bilge, Necip / Önen, Ergun :Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978
- Cerit, Mustafa Durak :Hâkimlerin Sorumluluklarını Gerçekleştiren Tazminat Davasının Açılması ve Görülmesi Usulüne Ait Özel Hükümler ve Uygulama (I. Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, TBB Yayınları No. 2, Ankara 1972, Tebliğ Sıra No. 4, s. 3-10)
- Demir, Mehmet :Hâkime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası (AÜHFD 2003, C. VII, S. 3-4, s. 805-861)
- Demirbaş, Timur :Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007
- Doğanay, İsmail :Yargıtay Başkan ve Üyeleri Aleyhine Doğrudan Doğruya Hukuki Sorumluluk Davası Açılmaz mı? (Prof. Dr. Ernst Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 661-717)
- Elmacı, Şerafettin :Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu Rejiminin Cumhuriyet Savcıları Bakımından Uygulanması (AD Yıl: 2010, S. : 37, s. 198-225)
- Hallaç, Ali :Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu (AD 1990/2, s. 35-47)

- İnceoğlu, Sibel :Yargıcın Davranış İlkeleri, İstanbul 2008
- Kaufmann, Otto Konstantin :Die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen (ZSR, 1953, B. 72, s. 201a-308a)
- Keyman, Selahattin :Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara 1970
- Kılıçoğlu, Ahmet :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007
- Kılıçoğlu, Ahmet :Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu (AÜHFD 1973/XXX/1-4, s. 231-267), (Kılıçoğlu-Makale)
- Kunter, Nurullah :Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/ Nuhooğlu, Ayşe :Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008
- Kuntman, Osman :Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu (GYD 1976/1, s. 20-25)
- Kuru, Baki :Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, İstanbul 2001
- Kuru, Baki : Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966
- Kuru, Baki :Nizasız Kaza, Ankara 1961.
- Kuru, Baki
- Özdeş, Orhan :Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet (DD 1971/2, s. 9-17)
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet :Medeni Usul Hukuku, Ankara 2008
- Postacıoğlu, İlhan :Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975

- Tanrıver, Süha :Konkordato Komiseri, Ankara 1993
- Tercan, Erdal :Hâkimlerin Sorumluluğu, Yayınlanma mış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1988, (Tercan-Tez)
- Tercan, Erdal :Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK 573-576), “Hâkim” Kavramı Açısından Uygulama Alanı (AÜHFD 1995/XXXXIV/1-4, s. 233-252), (Tercan-“Hâkim” Kavramı)
- Tercan, Erdal :Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’na göre; Hâkimin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi (HPD 2006/8, s. 79-86)
- Üstündağ, Saim :Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000
- Yılmaz, Ejder :Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri (AÜHFD 1972/XXIX/1-2 s. 255-287)

İCRA VE İFLAS KANUNU

MADDE 89 HÜKMÜNE GÖRE BİRİNCİ HACİZ

İHBARNAMESİNE İTİRAZ

*Dr. Leyla AKYOL ASLAN**

GİRİŞ

İcra ve İflas Kanunu m.89,I hükmüne göre¹, hamiline ait olmayan veya cirosu kabil bir senede müstenit bulunmayan alacak veya sair bir talep hakkı veya borçlunun üçüncü şahıs elindeki bir taşınır malı haczedilirse, icra dairesi, haczi, bir haciz ihbarnamesi ile üçüncü kişiye bildirir. Hemen belirtmek gerekir ki, adı geçen hüküm, ancak hamiline ait veya cirosu kabil bir senede bağlı bulunmayan alacaklar ile borçlunun maaş ve ücreti dışında

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz.: KURU, B: Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, Genişletilmiş İkinci Baskı, İstanbul 2002; ÜSTÜNDAĞ, S: İcra ve İflas Kanununun 89. Maddesi Üzerine (İBD, 1991/1-2-3, s. 5-17); YAVAŞ, M: Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, İstanbul 2005; ARSLAN, R: Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi (A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974 s. 81-114); UYAR, T: Borçlunun Üçüncü Şahıslarda Bulunan Alacakları ve Menkul Mallarının Haczi (İBD 1976/6, s. 1008-1020); UYAR, T: Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Kıymetli Evraka Bağlı Olmayan Hak ve Alacaklarının Haczi - I (LEGAL Hukuk Dergisi, 2005/35, s. 3999-4022); UYAR, T: Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Kıymetli Evraka Bağlı Olmayan Hak ve Alacaklarının Haczi - II (LEGAL Hukuk Dergisi, 2005/36, s. 4251-4271); UYAR, T: Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (DEÜHFD, Prof. Dr. Muhittin Alam Armağanı, Yıl:2, Sayı:2, s. 205-227); POSTACIOĞLU, İ. E: Borçlunun Üçüncü Şahsa Karşı Alacaklarının Haczi İle İlgili Bazı Problemler (BATİDER 1979/X, s. 353-368); TUNÇOMAĞ, K: Üçüncü Kişilerdeki Alacakların Haczinin (İİK 89'un) Doğurduğu Sorunlar (İBD 1993/7-9, s. 450-460); AKYAZAN, S: İcra ve İflas Kanununun 89. Maddesi Üzerine Bir İnceleme (AD 1957/4, s. 343-356); KARSLI, A: İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/II, s. 411-417).

kalan alacaklar bakımından uygulanma olanağına sahiptir². Zira Kanun, maaş ve ücret hacizlerinde başka bir yöntem benimsemiş bulunmaktadır (İİK m.355).

İİK m. 89 hükmü ile getirilmiş olan bu usulde, üçüncü kişi elinde bulunan, daha doğrusu bulunduğu iddia edilen alacak ya da taşınır mal, icra dairesinin, bunların haczine karar vermesi ve bunu haciz ya da icra tutanağına yazması ile haczedilmiş sayılır³. Yani haciz işlemi tekemmül etmiş olur. İİK m. 89 hükmü gereğince yapılacak haciz ihbarnameleri, haczin tekemmül etmesinin bir şartı değildir. Aksine, bu maddeye göre yapılan bildirimler, sadece bir muhafaza tedbiridir. Yapılacak olan haciz ihbarnamelerinin amacı, üçüncü kişi elinde gerçekte borçluya ait bir alacak veya taşınır mal olup olmadığının tespit edilmesi⁴ ve eğer mevcut ise bunun üçüncü kişi elinden çıkmasının önlenmesidir⁵. Aksi takdirde, takip borçlusunun üçüncü kişi elinde bir hak veya malı olsa bile, bunun elden

² Bu bağlamda örneğin, kiralayanın borcu için kiracıya, ödünç alıp da bunu henüz ödememiş olan üçüncü kişiye, bankadaki mevduat için bankaya ve satıcının borcu için satılan malın bedelini henüz ödememiş olan alıcıya m.89 hükmüne göre haciz ihbarnamesi gönderilebilir. Bu konuda ayrıntı için bkz. UYAR-Haciz I, s. 3999 vd.

³ Esasen kural olarak, bir mal ya da hakkın haczedilmiş sayılabilmesi için, mutlaka bu mal veya hakka fiilen el konulması ve onun muhafaza altına alınması şart değildir. Bu nedenledir ki, doktrinde haciz, “borçlunun borcuna yetecek miktarda mal veya haklarına icra dairesi tarafından hukuken el konulması” olarak tanımlanmıştır. Örneğin, KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E.: İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 23. Baskı, Ankara 2009, s. 253. Ancak, üçüncü kişideki mal veya hakkın haczinin üçüncü kişi bakımından etkileri, ancak haciz ihbarnamesinin tebliği ile meydana gelecektir. Zira üçüncü kişi, borçlunun kendisinde olan mal veya hakkının haczedilmiş olduğunu ancak bu sayede öğrenmiş olacaktır (AÇIKGÖZ, A.N.: Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Menkul ve Alacaklarının Haczi, Ankara 1989, s. 19).

⁴ Üçüncü kişi banka, banka sırrı bulunduğu gerekçesiyle haciz ihbarnamesine cevap vermekten kaçınmaz. Zira İİK m.367 hükmüne göre, icra ve iflas dairelerinin borçlunun mevcuduna dair isteyeceği bütün bilgiyi ilgili gerçek ve tüzel her kişi derhal vermeye ve talep halinde mevcudu bu dairelere teslim mecburdur.

⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 253; ÜSTÜNDAĞ, S: İcra Hukukunun Esasları, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2000, s. 238, s. 240; UYAR-Haciz I, s. 4004.

çıkması tehlikesi bertaraf edilmiş olmayacaktır. Kaldı ki haczin, üçüncü kişideki hak veya malın haczedildiğinin haciz tutanağına (ya da icra tutanağına) yazıldığı esnada gerçekleşmiş olduğu kabul edilmiş olmasaydı, haczin hangi tarihte gerçekleşmiş sayılacağı hususunda bazı tereddüt ve sorunlar ortaya çıkabilirdi.

Uygulamada m.89 hükmü daha çok, borçlunun bir bankadaki mevduatının haczinde uygulanmaktadır. Bu nedenle, bu çalışmanın konusunu teşkil eden birinci haciz ihbarnamesine itiraz hususu, sadece kendisine birinci haciz ihbarnamesi gönderilen bir banka açısından incelenecektir.

A) BİRİNCİ HACİZ İHBARNAMESİNE İTİRAZ EDİLMEMESİ

Yukarıda da belirtildiği üzere, özellikle alacaklının iddiası üzerine, borçlunun bir bankada mevduatı bulunduğunu öğrenen icra dairesi, bu paranın haczine karar verir⁶ ve üçüncü kişiye (yani bankaya) birinci haciz ihbarnamesi gönderilir⁷. Kısaca belirtmek gerekirse, bu ihbarname ile borçlunun bankada bulunan parasına haciz konulduğu, bundan sonra bu paranın⁸ borçluya ödenmeyip icra dairesine ödenmesi gerektiği, eğer borçlunun bankada iddia edildiği gibi mevduatı yoksa bankanın, haciz

⁶ İİK m. 89 hükmü ile getirilen düzenlemenin, genel haciz teorisiyle de bağdaşmadığı söylenebilir. Çünkü genel haciz teorisine göre, haczin konusunun belirli olması ve haczedilen şeye icra dairesi tarafından el konulma olanağının mevcut olması gerekir. Hâlbuki İİK m.89 hükmüne göre bankada borçluya ait olduğu iddia edilen bir mevduat haczedilmektedir. Yani haciz, alacaklının çoğunlukla soyut bir iddiası üzerine yapılmaktadır. Bu nedenle de, borçlunun üçüncü kişilerde bulunan mal ve alacaklarının haczinde, hiç değilse, haciz kararının verildiği anda bir belirlilikten ve fiilen el koyma olanağından söz edilemez (ARSLAN, s. 83).

⁷ Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, kanımızca da, birinci haciz ihbarnamesinde, üçüncü kişiye, takip konusu alacağın anapara, faiz ve masrafları ile toplam tutarının belirtilmesi yeterlidir. Ayrıca üçüncü kişiye karşı iddia edilen alacağın miktarının da gösterilmesi şart değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. YAVAŞ, s. 24 vd.

⁸ İİK m.58 hükmüne göre, alacak yabancı para olsa bile, alacaklının, takip talebinde alacağının miktarını Türk Lirası ile gösterme zorunluluğu bulunduğundan, üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamesinde de alacağın Türk Lirası olarak gösterilmesi gerekecektir.

ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren 7 gün içinde itiraz edebileceği, aksi halde borcun zimmetinde sayılacağı hususu bildirilir (m. 89,I)⁹.

Kendisine haciz ihbarnamesi tebliğ edilen banka, buna iki şekilde cevap verebilir: Birinci olarak, banka birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmeyebilir. İkinci olarak, banka, bu haciz ihbarnamesine itiraz ederek, iddia edildiği gibi borçlunun, kendisinde bir mevduatı bulunmadığını ileri sürebilir.

Kendisine tebliğ edilen birinci haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz etmeyen bankaya, icra dairesi tarafından ikinci bir haciz ihbarnamesi gönderilir¹⁰. Bu ikinci haciz ihbarnamesinin içeriği de esas olarak birinci haciz ihbarnamesi gibidir. Eğer banka ikinci haciz ihbarnamesine de süresinde itiraz etmezse, borcun zimmetinde sayılması hususu kesinleşir¹¹. Bundan sonra da bankaya son uyarı olarak üçüncü bir haciz ihbarnamesi tebliğ edilecektir¹². Banka bu üçüncü ihbarnameye artık itiraz edemeyecek,

⁹ Bu bildirim ile üçüncü kişinin savunma hakkını kullanabilmesine olanak sağlanmış olmaktadır. Bu bakımdan, Kanun'da belirtilmiş unsurları içermeyen bir haciz ihbarnamesi kendisine bağlanmış olan sonuçları meydana getiremez. Ancak buna rağmen, üçüncü kişide bulunduğu iddia edilen alacak haczedilmiş sayılır. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere, m.89 hükmüne göre yapılan bu ihbarnameler haczin geçerliliği için şart olmayıp, sadece bir muhafaza tedbiridir. Haciz, ihbarnamenin tebliği tarihinde değil, alacağın haczine karar verilip bunun haciz (ya da icra) tutanağına yazılması ile haczedilmiş sayılır. Ancak, üçüncü kişiden istenilen alacağın zimmetinde sayıldığı kabul edilemez. Örneğin bkz. (HGK 1.12.1999, 12/1003-1017: KURU-Mevduat Haczi s. 17). Öte yandan, kanunun aradığı unsurları içermeyen haciz ihbarnamelerine dayanılarak yapılan işlemlere karşı şikâyet yoluna başvurulması mümkündür (YAVAŞ, s. 38). Öte yandan, haciz ihbarnamesinin İİK m.89 hükmünde belirtilen unsurları içermemesi halinde, üçüncü kişinin tazminat sorumluluğu söz konusu olmaz (UYAR-Haciz I, s. 4005).

¹⁰ Ayrıntı için bkz. YAVAŞ, s. 68 vd.; KURU-Mevduat Haczi s. 42 vd.

¹¹ İkinci haciz ihbarnamesi hakkında ayrıntı için bkz. YAVAŞ, s. 69 vd.

¹² İİK m.89 hükmü çerçevesinde üçüncü kişiye, özellikle bir bankaya, üç kez haciz ihbarnamesi tebliğ edilmesinin, Kanunun alacaklı ile borçlu arasında kurnaya çalıştığı menfaat dengesini alacaklı lehine bozduğu ve dolayısıyla bu düzenlemenin doğru olmadığı hakkında bkz. KARSLI, s. 413. Gerçekten de, İİK m.89 hükmüne göre, üçüncü kişiye üç kez haciz ihbarnamesi tebliğ edilmesi, özellikle uygulamada bankalar açısından bazı sorunlar söz konusu olduğu için kabul edilmiştir. Yalnız bir haciz ihbarnamesi ya da iki kez haciz

aksine, ya 15 gün içinde borçlunun bankada mevcut olduğu iddia edilen mevduatını icra dairesine yatırmak ya da aynı süre içinde menfi tespit davası açmak yoluna gidecektir (m.89, III, IV)¹³. O halde, bankaya ikinci haciz ihbarnamesi gönderilebilmesi için, bankanın birinci haciz ihbarnamesine *itiraz etmemiş* olması gerekir. Aşağıda da belirtileceği üzere, birinci haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı olarak itiraz etmiş olsa bile, artık üçüncü kişiye, ikinci haciz ihbarnamesi gönderilemez. Ayrıca, süresinden sonra yapılan itiraz da, ikinci haciz ihbarnamesi gönderilmesine engel olmayacaktır.

B) BİRİNCİ HACİZ İHBARNAMESİNE İTİRAZ EDİLMESİ

I- Genel Olarak Birinci Haciz İhbarnamesine İtiraz

Banka, birinci haciz ihbarnamesine, bu ihbarnamenin kendisine tebliği¹⁴ tarihinden tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz edebilir¹⁵. Banka bu

ihbarnamesi gönderilmesi halinde, bankalar, mağdur olduklarını, yüklü miktarda tazminat ödemek zorunda kaldıklarını ileri sürmekteydi. Ancak bu kez de üç kez haciz ihbarnamesi gönderilmesi hatta üçüncü kişi bankaya dördüncü bir olanak olarak menfi tespit davası açma hakkının tanınmış olması, bu kez menfaat dengesini alacaklı aleyhine bozmuştur. Bir borçluya bile bir kez ödeme emri tebliği ile yetinildiği ve bu ödeme emrine itiraz edilmediği takdirde icra takibi kesinleştiği halde, tacir olması nedeniyle basiretli bir işadamı gibi davranmak zorunda olan bir bankaya, üç kez haciz ihbarnamesi tebliğ edilmesini, eşitlik ilkesiyle bağdaştırmak da güçtür.

¹³ İİK m.89 hükmünün İsviçre ve Alman hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. ÜSTÜNDAĞ-Madde 89 Üzerine s. 5 vd.

¹⁴ Bu tebligatın usulsüz olması halinde sonuçlarına ilişkin açıklamalar için bkz. KURU-Mevduat Haczi s. 33 vd. Öte yandan haciz ihbarnamesini tebliğ etme yetkisi, takibin yapıldığı icra dairesine aittir. Hatta takibin yapıldığı icra dairesinin, kendi yetki çevresi dışında bulunan bir üçüncü kişiye dahi haciz ihbarnamesi tebliğ etme yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Diğer bir deyişle, bu durumda özellikle zaman kaybının önlenmesi ve dolayısıyla takip ekonomisi açısından istinabe yoluna başvurulması zorunlu olmamalıdır. Bkz. KURU, B: İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler (Bankacılar Dergisi, 2003/47, s. 59-82), s. 62. Nitekim İsviçre hukukunda da, takibi yürüten icra dairesinin, kendi yetki çevresi dışında bulunan üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi tebliğ etme yetkisi bulunmaktadır. Bkz. YAVAŞ, s. 35-36.

itirazını yazılı veya sözlü olarak yapabilir (m.89, II)¹⁶. İtirazın, takibin yapıldığı icra dairesine¹⁷ yapılması gerekir. Ancak banka, takibin yapıldığı yerden başka bir yerde bulunmakta ise, bulunduğu yer icra dairesi aracılığıyla itirazın yapılması da mümkündür¹⁸. Her banka şubesine ayrı ayrı haciz ihbarnamesi gönderilmesi gerektiğinden¹⁹, haciz ihbarnamesi bankanın merkez ve şubelerinden hangisine tebliğ edilmiş ise, beyanda bulunma yükümlülüğü de, yalnız kendisine haciz ihbarnamesi tebliğ edilmiş olan merkez veya şubeye ait olacaktır (İİK m.89,VII)²⁰.

Banka, birinci haciz ihbarnamesine usulüne uygun²¹ olarak itiraz ettikten sonra, acaba kendisine yeniden birinci haciz ihbarnamesi veya ikinci haciz

¹⁵ Kusuru olmaksızın bir engel sebebiyle birinci haciz ihbarnamesine itiraz edememiş olan üçüncü kişiye (bankaya), gecikmiş itiraz (m.65) yoluna başvurma hakkı da tanınmıştır (İİK m.89, V). Bu konuda ayrıntı için bkz. YAVAŞ, s. 89 vd. Birinci haciz ihbarnamesine itiraz edilmiş olması, daha önce tamamlanmış olan haczin geçerliliğini etkilemez. Bu itiraz, özellikle gerçeğe aykırı beyanda bulunması durumunda üçüncü kişinin sorumluluğu bakımından önem taşır. İİK m.89 hükmü çerçevesinde gecikmiş itiraz, ancak birinci ve ikinci haciz ihbarnameleri bakımından söz konusu olabilir. Kanuna göre üçüncü haciz ihbarnamesine itiraz söz konusu olmadığı için, bu aşamada, gecikmiş itiraz hakkı kullanılamaz.

¹⁶ Üçüncü kişinin telefonla yapacağı itiraz geçerli bir itiraz olarak kabul edilmemiştir. Bkz. 12. HD 30.9.1993, 10020/14420: UYAR-Haciz I, s. 4018).

¹⁷ İcra dairesi yerine başka bir mercie, örneğin icra mahkemesine yapılan itirazı Yargıtay geçerli bir itiraz olarak kabul etmemektedir. Kanımızca da, Kanunun açık hükmü karşısında, icra dairesi yerine icra mahkemesine yapılan itirazın geçerli olmaması gerekir (YAVAŞ s. 78). Bu konuda ve icra mahkemesine yapılan itirazın da menfaatler dengesi bakımından geçerli sayılması gerektiği hakkında bkz. KURU-Mevduat haczi, s. 39.

¹⁸ KURU-Mevduat Haczi s. 37. Üçüncü kişinin itirazını, yazılı veya sözlü olarak yapması mümkündür. İtirazın sözlü olarak yapıldığı hallerde, bunun tutanağa geçirilmesi gerekir (İİK m.8).

¹⁹ Bu konuda bkz. KURU-Mevduat Haczi s. 19.

²⁰ KURU-Mevduat Haczi s. 40; PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./SUNGURTEKİN ÖZKAN, M./ÖZEKES, M.: İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, Ankara 2009 s. 266.

²¹ Her ne kadar İİK m.89 hükmünde yer verilmemiş ise de, üçüncü kişi banka, kendisine bildirilen haciz ihbarnamesine kısmen de itiraz edebilmelidir (YAVAŞ, 72 dn. 318). Ancak kısmi itirazın geçerli olabilmesi için de itiraz

ihbarnamesi ya da uygulamada olduğu gibi “haciz müzekkeresi” gönderilebilecek midir?

Yargıtay’ın aksine kararlarına rağmen²², kanaatimizce de, birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmiş olan bankaya, aynı alacak için²³ ve aynı alacaklı tarafından yeni bir haciz ihbarnamesi ya da haciz müzekkeresi tebliğ edilemez; edilse bile bu haciz ihbarnamesi herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz²⁴.

Ancak uygulamada, birinci haciz ihbarnamesine itiraz edilmesine rağmen, alacaklının talebi üzerine, icra dairesi tarafından bankaya birden fazla haciz müzekkeresi tebliğ edildiği görülmektedir. Oysa bu durum m.89 hükmüne aykırıdır. Çünkü bankaya ikinci haciz ihbarnamesi tebliğ edilebilmesinin şartı, onun birinci haciz ihbarnamesine *itiraz etmemiş* olmasıdır. Bu durum m.89, III hükmünde açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, yukarıda da belirtildiği üzere, m.89 hükmüne göre bankaya gönderilen haciz

edilen kısmın açıkça belirtilmiş olması gerekir (İİK m.62,IV). Haciz ihbarnamesine kısmen itiraz edilmiş olması halinde de, artık üçüncü kişiye ikinci bir haciz ihbarnamesi gönderilemez.

²² “...Şikayetçi ... Başkanlığına gönderilen 89/1 ihbarnamesi, 9.9.1993 tarihinde tebliğ edilmiş, üçüncü kişi icra müdürlüğüne verdiği 13.9.1993 tarihli yazıda borçlunun kendilerinden alacağı olmadığını bildirmiştir. Alacaklı vekilinin talebi üzerine adı geçene ikinci kez 89/1 ihbarnamesi çıkarılmış ve 26.10.1993 tarihinde 89/2 ihbarnamesi tebliğ edilmiştir. Birinci haciz ihbarnamesine itiraz edildikten sonra borçlunun üçüncü alacağının doğması mümkündür. Bu itibarla ikinci kez 89/1 ihbarnamesi gönderilmesinde bir usulsüzlük yoktur” (12 HD 3.10.1994, 10549/11539: UYAR, T: Gerekçeli-Notlu-İçtihatlı İcra İflas Kanunu Şerhi, C.II, İzmir 1996, s. 2467).

²³ “...Aynı alacak için...tarihinde üçüncü şahsa tekrar 89. maddeye göre haciz ihbarnamesi tebliğ ettirmenin kanuni dayanağı yoktur” (İİD 22.11.1968, 10303/10788: RKD 1969/4, s. 44); “...Şikayetçinin 89/1 ihbarına yasal sürede itiraz etmiş olması karşısında çıkarılan 89/2 ihbarnamesinin ‘yok’ hükmünde olmasına” (12 HD 5.4.2002, 5499/7143: YKD 2002/8, s. 1207-1208); “İİK’nun 89. maddesine göre gönderilen haciz ihbarnamesine karşı şikayetçi tarafından geçerli ve süresinde icra dairesinde itirazda bulunulduğuna göre şikayetçiye 2. haciz ihbarnamesi ve muhtıra gönderilmesi yasaya aykırı ve yok hükmündedir” (12. HD 14.12.2004, 21493/25918: YAVAŞ s. 60 dn. 264).

²⁴ KURU- Mevduat Haczi s. 41; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGUTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 267; YAVAŞ, s. 60, 69, s. 93-94; UYAR-Alam Armağanı, s. 215.

ihbarnameleri yalnız bir muhafaza tedbiridir. Haciz, icra dairesinin, bankada mevcut olduğu bildirilen mevduatın haczine karar vermesi ve bunu haciz ya da icra tutanağına yazması ile zaten tekemmül etmiş olduğuna göre, yeniden haciz müzekkeresi tebliğ edilmesinin söz konusu olmaması gerekir²⁵. Esasen kanımızca, birinci haciz ihbarnamesi tebliğ edildikten sonra, bankaya haciz müzekkeresi gönderilmesinin kanunî bir dayanağı da bulunmamaktadır. Ayrıca, kendisine haciz ihbarnamesi tebliğ edilen üçüncü kişinin sorumluluğunun belirli bir zaman dilimiyle sınırlandırılması gerekir²⁶. Bu nedenle, birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmesine rağmen²⁷, haciz müzekkeresine itiraz etmeyen ya da gerçeğe aykırı olarak itiraz eden banka görevlilerinin m.338 hükmüne göre cezalandırılması mümkün olmamalıdır²⁸. Birinci haciz ihbarnamesine itiraz edilmesi halinde, alacaklı, ancak bunun gerçeğe aykırı olduğunu ileri sürerek m.89,IV hükmü gereğince banka görevlilerinin cezalandırılmasını ve kendisinde mevcut olduğu ileri sürülen mevduatı ödemeye mahkûm edilmesini talep edebilir.

II) Birinci Haciz İhbarnamesine İtirazın İçeriği

Üçüncü kişi olarak kendisine birinci haciz ihbarnamesi gönderilen bankanın, birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmesi halinde, bu itirazın içeriğinin ne şekilde olabileceğinin, yani kapsamının da irdelenmesi gerekir. Zira bankanın gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu gerekçesiyle, icra mahkemesi tarafından m.89,IV hükmüne göre cezalandırılıp cezalandırılmayacağını belirlebilmesi açısından, buradaki “itiraz” kavramının açıklığa kavuşturulması gerekir²⁹.

²⁵ Birinci haciz ihbarnamesine geçerli olarak itiraz edildiği halde ikinci haciz ihbarnamesinin ya da ikinci haciz ihbarnamesine itiraz edildiği halde üçüncü haciz ihbarnamesinin tebliğ edilmesi ya da bu gibi durumlarda haciz müzekkeresi gönderilmesi halinde, üçüncü kişinin şikâyet yoluna başvurarak, bunların iptalini sağlaması da mümkündür.

²⁶ YAVAŞ, s. 95, s. 170.

²⁷ Birinci haciz ihbarnamesine geçerli olarak itiraz edilmiş olmasına rağmen, üçüncü kişiye, ikinci ya da üçüncü haciz ihbarnamesi tebliğ edilirse, şikâyet yoluna başvurularak, bunun iptalinin istenmesi mümkündür. YAVAŞ, s. 94. Ayrıca bkz. (19. HD 6.7.1995, 9934/6235: UYAR, s. 2448-2449).

²⁸ KURU-Mevduat Haczi s. 41; YAVAŞ, s. 94.

²⁹ Belirtmek gerekir ki, her ne kadar kendisine haciz ihbarnamesi tebliği edilen üçüncü kişinin durumu, kendisine ödeme emri tebliğ edilmiş bir borçlunun durumu ile paralellik göstermekte ise de, buradaki “itiraz” kavramı İİK m. 62

İcra ve İflas Kanunu m.89, II hükmünde üçüncü kişinin (yani bankanın), birinci haciz ihbarnamesine itiraz bağlamında, aşağıdaki iddiaları ileri sürebileceği hükme bağlamıştır. Belirtilen hükme göre, üçüncü kişi banka, itirazını aşağıdaki iddialardan birine dayandırılabilir:

- takip borçlusuna borçlu olmadığını,
- malın yedinde bulunmadığını,
- haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce borcun ödenmiş olduğunu,
- haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce malın istihlâk edilmiş olduğunu,
- haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce kusuru olmaksızın malın telef olduğunu,
- malın borçluya ait olmadığını,
- malın kendisine rehnedilmiş olduğunu,
- alacağın borçluya veya emrettiği yere verilmiş olduğunu

Öte yandan belirtmek gerekir ki, üçüncü kişinin yukarıda belirtilen itirazları *tahdidi nitelik taşımamaktadır*. Yani üçüncü kişi, m.89,II hükmünde belirtilmiş olan bu itirazlardan başka itiraz sebepleri de ileri sürebilir. Zira adı geçen hükümde açıkça “gibi” ibaresine yer verilmiştir. Dolayısıyla, madde metninde geçen “gibi” ibaresi, bu saymanın tahdidi değil, aksine tadadî olduğunu ortaya koymaktadır³⁰. Ancak, bankadaki bir mevduatın haczi söz konusu olduğunda, bankanın itirazının içeriğini, takip borçlusuna borcu olmadığı, borcun haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce ödenmiş veya alacağın borçlunun emretmiş olduğu yere verilmiş olduğu gibi iddiaları oluşturacaktır.

hükmündeki, borçlunun ödeme emrine yaptığı itiraz ile aynı anlama gelmemektedir.

³⁰ KURU-Mevduat Haczi s. 80; ÜSTÜNDAĞ, s. 241; YAVAŞ, s. 79 vd.; UYAR-Alam Armağanı, s. 215; KARSLI, s. 415. Ancak Yargıtay bir kararında, üçüncü kişi bankanın, takip borçlusuna ait mevcut paranın haczinin mümkün olmadığına yönelik olarak yapmış olduğu hacedilmezlik bildirimiminin, Kanunda belirtilen itiraz kavramlarına dâhil olmadığına hükmetmiştir. (12. HD 10.6.2004, 10752/14712: KURU B.: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 419). Yargıtay'ın bu kararı, Kanunda belirtilen itirazların tahdidi olmaması karşısında isabetli değildir.

Üçüncü kişi bankanın ileri sürebileceği itiraz nedenleri tahdidi olmadığına göre, yukarıda m.89, II hükmünde belirtilenlere ek olarak, bankanın, takip borçlusuna karşı ileri sürebileceği bütün itiraz ve def'ileri alacaklıya karşı da ileri sürebileceği belirtilmektedir. Bu anlamda olmak üzere, örneğin, bankanın takip borçlusuna olan borcu ile ondan olan alacağını takas edebileceği, zamanaşımı def'ini ileri sürebileceği kabul edilmektedir³¹.

Kanaatimizce de, üçüncü kişi (banka) aynı zamanda takip borçlusundan (örneğin kredi sözleşmesinden doğan bir alacak nedeniyle) alacaklı ise, bu alacağın takasa konu olabilmesi için, her iki alacağın da üçüncü kişiye haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce *muaccel olması* gerekir³². Hatta doktrinde her iki alacağın da haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce muaccel olmasının takas için yeterli olacağı kabul edilmektedir³³. Eğer alacaklardan birisi muaccel değilse, takas da mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda, takip borçlusunun üçüncü kişideki (bankadaki) alacağı muaccel olmasına karşın, üçüncü kişinin (bankanın) takip borçlusundan olan alacağı müaccel ise, üçüncü kişi (banka) kendisine gönderilen haciz ihbarnamesine karşı, takas dermeyan ederek itiraz hakkına sahip olmayacaktır. Bunun sonucu olarak, haciz ihbarnamesini alan üçüncü kişi banka, sadece ileride muaccel olma olasılığı bulunan bir alacağının varlığını ileri sürerek ya da gerçekte mevcut olmayan bir takas hakkı olduğunu ileri sürerek, haciz ihbarnamesine itiraz edemeyecektir. Eğer, üçüncü kişi banka bu nitelikte bir takas dermeyan ederse, takip alacaklısı, üçüncü kişi bankanın beyanının gerçeğe aykırı olduğunu ileri sürerek ve icra mahkemesinde tazminat davası açıp aynı zamanda üçüncü kişinin cezalandırılmasını talep edebilecektir.

Buna karşılık, bankanın, takip borçlusu ile kendisi arasındaki alacakla ilgili olmayan iddiaları, takip alacaklısına karşı ileri süremeyeceği belirtilmektedir. Bu bağlamda, üçüncü kişi banka, takip borçlusunun aslında takip alacaklısına borçlu olmadığını, takip borçlusunun bankadaki mevduatı üzerine birden fazla alacaklı tarafından haciz konulamayacağını, zaten takip borçlusunun yeteri kadar malı haczedilmiş olduğundan bankadaki mevduatın haczine gerek olmadığını ileri süremeyecektir³⁴.

³¹ KURU-Mevduat Hacı s. 80; POSTACIOĞLU-Alacakların Hacı, s. 354; KARSLI, s. 415; YAVAŞ, s. 80.

³² KARSLI, s. 415.

³³ YAVAŞ, s. 42; KURU, B: İcra ve İflas Hukuku, C.I, 3. Bası, İstanbul 1988, s. 723.

³⁴ KURU-Mevduat Hacı s. 84; YAVAŞ, s. 80-81.

Sonuç olarak, üçüncü kişi bankanın, birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmiş sayılabilmesi için ya İİK m.89, II hükmünde belirtilen iddiaları ya da takip borçlusu ile kendisi arasındaki alacakla ilgili olan bir iddiayı ileri sürmesi gerekir. Bu nedenle biraz önce belirtilen hükümde yer alan iddiaların kapsamına girmeyen ya da alacakla ilgili olmayan ilgisiz iddialarla birinci haciz ihbarnamesine cevap veren ya da bu ihbarnameye süresinde cevap vermeyen banka, birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmemiş sayılarak, kendisine ikinci haciz ihbarnamesi gönderilmelidir.

Öte yandan, üçüncü kişi banka, takip alacaklısına karşı, üstün bir hakkı, özellikle rehin hakkı olduğu iddiasında ise³⁵, bu durumda, İİK m.89 hükmünün mü yoksa İİK m.99 hükmünün mü uygulanacağı doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, bu durumda üçüncü kişinin İİK m.89 ya da İİK m.99 hükmüne başvuru hususunda bir seçim hakkı bulunmaktadır. Şöyle ki, alacaklı İİK m.89,IV hükmüne göre icra mahkemesine başvurup, gerçeğe aykırı beyanda bulunan üçüncü kişinin cezalandırılmasını ve tazminata mahkûm edilmesini isteyebileceği gibi, İİK m.99 hükmüne göre, icra mahkemesinde istihkak davası da açabilir. Zira İİK m.89,II hükmünde belirtilen itiraz sebebi (rehin hakkı iddiası), İİK m.99'u da kapsamaktadır³⁶.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, kendisine haciz ihbarnamesi tebliğ edilen üçüncü kişi, takip borçlusuna borçlu olduğu ileri sürülen mal, alacak ya da hak üzerinde rehin hakkı olduğunu ileri sürecek olursa, bu durumda sadece İİK m.89,IV hükmü uygulanabilir. Zira üçüncü kişinin rehin iddiasında bulunması, İİK m.89,II hükmünde yer alan, haciz ihbarnamesine itiraz sebeplerinden birisini teşkil etmektedir ve fer'i takibi durdurucu bir etkiye sahiptir. İİK m.89,IV hükmünde ise, iddianın aksini ispata olanak tanınmıştır. Bu nedenle burada uygulanacak hüküm doğal olarak İİK m.89 hükmüdür. Üçüncü kişinin rehin iddiası karşısında İİK m.99 hükmünün burada uygulanması söz konusu olamaz. Kaldı ki, üçüncü kişinin rehin hakkı iddiası, malın fiilî haczi esnasında ortaya çıkmış değildir. Eğer

³⁵ Üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmeyip, borçlunun kendisinde bir alacağının varlığını kabul edip icra dairesine ödeme yaptıktan sonra, aslında takip borçlusunun kendisinde bir alacağı bulunmadığını, hatalı olarak ödemede bulunduğunu ileri sürecek olursa, kanımızca da, bu sorun artık istihkak prosedürü çerçevesinde çözülmelidir. Bu konuda bkz. YAVAŞ, s. 63 vd.; KURU-Mevduat Haczi s. 112.

³⁶ ARSLAN, s. 109-110; Üçüncü kişi elinde bulunan taşınır mallar bakımından, KURU-Mevduat Haczi s. 143 dn. 373; ÜSTÜNDAĞ, s. 227-228.

fiili haciz söz konusu olsaydı, ancak o zaman İİK m.99 hükmü uygulanabilirdi. İİK m.89 hükmünün uygulanması nedeniyle ortaya çıkan bir hak iddiasının yine bu hükmün tanıdığı olanak çerçevesinde bertaraf edilmesi gerekir. Zira İİK m.89 hükmü, İİK m.99'a göre özel bir düzenleme niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle de özel hükmün uygulanması gerekir³⁷.

Nihayet doktrinde hâkim olan görüşe göre ise, üçüncü kişinin, kendisine gönderilen haciz ihbarnamesine karşı yapması gereken şey, İİK m.96 vd. hükümleri çerçevesinde istihkak iddiasında bulunmak olmalıdır³⁸. Çünkü borçluya ait olduğu iddia edilen bir mal veya hak üzerinde, kendisine ait bir hakkın bulunduğunu ileri süren üçüncü kişilerin, bunu ileri sürmesinin yolu, İcra ve İflas Kanunu'na göre istihkak iddiasında bulunmaktır. Üçüncü kişinin rehin hakkı iddiası sadece haciz ihbarnamesine itirazın bir nedenidir. Bir başka deyişle, haciz ihbarnamesini cevapsız bırakmamanın bir gerekçesidir. Eğer yapılan itiraz, bir istihkak iddiası mahiyetini taşımakta ise, bu kez, istihkak prosedürünün işletilmesinin zorunlu olması gerekir. İİK m.89 hükmüne göre, fiili haciz yapılmamış olması, istihkak prosedürünün işletilmesine engel değildir. Zira istihkak iddiasında bulunulabilmesi için mutlaka fiili haciz yapılmış olması gibi kanuni bir zorunluluk söz konusu değildir³⁹. Haczin yapılış biçiminin, istihkak iddiası için bir ön koşul gibi kabul edilmesi doğru değildir. Dolayısıyla, kendisine birinci haciz ihbarnamesi gönderilen banka, borçlunun haczedilmiş olan mevduatı üzerinde, takas, mahsup ya da rehin hakkı gibi bir hakkı⁴⁰ bulunduğu

³⁷ YAVAŞ, s.83.

³⁸ Belirtmek gerekir ki, İİK m.89 ile İİK m.99 arasındaki ilişki doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, alacaklının bu durumda seçim hakkı bulunmaktadır. (ARSLAN, s. 109-110). Doktrinde hâkim olan görüşe göre ise, kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişi, haczedilen mal ya da hak üzerinde bir hak iddiasında bulunduğuna göre, bu durumda ancak İİK m.96 vd. hükümlerine göre, istihkak davası açabilir. Burada alacaklının seçim hakkı söz konusu değildir. Bu görüş hakkında bkz. ASLAN, K: Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005, s. 546 vd.; POSTACIOĞLU, İ. E: İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 1982, s. 423; BERKİN, N: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 250; ANSAY, S. Ş: Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1960, s. 80; GÜNEREN, A: İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2004, s. 809.

³⁹ ASLAN, s. 549.

⁴⁰ ÜSTÜNDAĞ'a göre (s. 241), haciz ihbarnamesi ile üçüncü kişiden istenilen şey bir menkul mal ise, ancak o zaman istihkak davası açılabilir. Gerçekten, üçüncü

iddiasında ise, istihkak davası açmalıdır. Zira banka, icra müdürünün yerine geçerek, alacaklar ve konulan hacizler arasında bir sıra belirleme yetkisine sahip değildir.

Kanaatimizce, kendisine haciz ihbarnamesi tebliğ edilen üçüncü kişi, borçluya ait olduğu ileri sürülen mal, hak veya alacak üzerinde rehin hakkı bulunduğunu iddia edecek olursa, bu iddiasını mutlaka istihkak iddiasında bulunarak iddia etmek zorunda olmamalıdır. Üçüncü kişinin rehin hakkı iddiasının, bir istihkak iddiası teşkil edeceğinde kuşku yoktur. Zira İİK m.96 hükmünde, rehin hakkının istihkak iddiasına konu olabileceği açıkça belirtilmiştir. Öte yandan, İİK m.89,II hükmünde, üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine itiraz nedenleri arasında, açıkça rehin iddiasına da yer verilmiştir. Üçüncü kişinin rehin iddiasına karşı, takip alacaklısının İİK m.89, IV hükmüne göre, gerçekte bir rehin hakkı bulunmadığını ispat ederek, üçüncü kişinin tazminata mahkûm edilmesini ve cezalandırılmasını talep etmesi mümkündür. Alacaklı tarafından icra mahkemesinde açılacak davada, üçüncü kişinin rehin hakkını zaten ispat etmesi gerekecektir. Yani, üçüncü kişinin rehin hakkına sahip olduğunu, mutlaka bir istihkak davası çerçevesinde ispat etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, üçüncü kişinin rehin iddiası üzerine, istihkak prosedürünün işletilmesine de bir engel olmamak gerekir. Bu durumda ise, icra müdürü tarafından, takip alacaklısına, istihkak davası açması için yedi günlük bir süre verilmesi gerekecektir (İİK m.99). Sonuç olarak, burada, İİK m.89,IV hükmü uygulanabileceği gibi, İİK m.99 hükmü de uygulanabilir. Bu nedenle, kanaatimizce, İİK m.89,IV hükmünün, İİK m.99 hükmüne göre, özel bir hüküm niteliği taşıdığı ve bu nedenle sadece m.89 hükmünün uygulanması gerekeceği görüşü⁴¹ isabetli değildir.

III) Birinci Haciz İhbarnamesine İtirazın Geçeğe Aykırı Olduğu İddiası

kişiden menkul bir mal isteniyorsa ve burada üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunabileceği şüphesizdir. Ancak, ÜSTÜNDAĞ'ın istihkak davasının konusunu yalnız taşınır bir malın istenmesi hususuna hasretmesi kanımızca isabetli değildir. Zira, hacizde istihkak davasının konusu, yalnız menkul bir mal üzerinde hak iddia etmek değildir. Aksine, üçüncü kişi, takip alacaklısına nazaran üstün olan ve korunması gereken her hakkını (salt kişisel haklar dışında) istihkak davası yoluyla ileri sürebilir. İstihkak davasına hangi hakların konu olabileceği ve bunların nitelikleri hakkında geniş bilgi için bkz. ASLAN, s. 109 vd.

⁴¹ YAVAŞ, s. 83.

İcra ve İflas Kanunu m.89, IV hükmüne göre, üçüncü kişi, haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz ederse, alacaklı, üçüncü kişinin verdiği cevabın aksini icra mahkemesinde ispat ederek, üçüncü kişinin 338 inci maddenin birinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılmasını ve ayrıca tazminata mahkûm edilmesini isteyebilir. İcra mahkemesi, tazminat hakkındaki davayı genel hükümlere göre halleder.

Yukarıda da belirtildiği üzere, üçüncü kişi bankanın⁴² haciz ihbarnamesine itiraz etmiş olması halinde, artık kendisine ikinci bir haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceği gibi, uygulamada olduğu gibi haciz müzekkeresi de gönderilemez. Aksine, bu durumda takip alacaklısı tarafından yapılacak şey⁴³, yapılan itirazın gerçeğe aykırı olma ihtimali her zaman söz konusu olabileceğine göre, bankanın itirazının gerçeğe aykırı olduğunu ispat ederek, onun cezalandırılması ve tazminata mahkûm edilmesini istemekten ibarettir. Bunun dışında yapılacak işlemlerin kanımızca kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır.

Takip alacaklısının icra mahkemesinde açacağı ceza ve tazminat davasında ispatın konusunu, bankanın verdiği cevabın gerçeğe aykırı olduğu hususu teşkil edecektir⁴⁴. Yani burada, bankanın verdiği cevabın aksini ispat yükü, davacı alacaklıda olacaktır⁴⁵. Eğer banka, birinci haciz ihbarnamesine vermiş olduğu cevapta, sadece, “takip borçlusunun kendisinde herhangi bir alacağı (mevduatı) bulunmadığı” şeklinde bir cevap vermiş ise, bu durumda, takip alacaklısının ispat etmesi gereken husus, bankanın beyanının aksine, borçlusunun, bankada mevduatı bulunduğunu ispat etmek olacaktır. Takip

⁴² Kuşkusuz, burada hakkında dava açılacak ve cezalandırılacak olan, tüzel kişilik olarak bankanın kendisi değil, haciz ihbarnamesine cevap veren ya da imzası ile bu konumda bulunan yetkili kimsedir. Zira İİK m.335 hükmü de buna işaret etmektedir. Haciz ihbarnamesi, banka genel müdürlüğüne değil, borçlusunun alacağının bulunduğu banka şubesine gönderileceğine göre, davalı olarak da, banka şube müdürünün gösterilmesi gerekir. YAVAŞ, s. 98.

⁴³ Birinci haciz ihbarnamesine itiraz edilmiş olması halinde, alacaklı, mutlaka İİK m.89,IV hükmüne başvurmak zorunda değildir. Alacaklı, bu yolu kullanmak istemezse, İİK m.120,II hükmüne göre, icra dairesinden, takip borçlusunun üçüncü kişideki alacağının dava edilmesi yetkisinin devredilmesini talep edip, alacağı bir yetki belgesi ile genel mahkemede üçüncü kişiye karşı alacak davası da açabilir. Bu konuda ve İİK M.89,IV hükmü ile İİK m.120 hükmü arasındaki ilişki hakkında bkz. YAVAŞ, s. 96-97, s. 199 vd.

⁴⁴ KURU-Mevduat Haczi s. 98.

⁴⁵ ARSLAN, s. 99; KURU-Mevduat Haczi s. 93; YAVAŞ, s. 102.

alacaklısı bu iddiasını, banka kayıtlarına ve borçlu tacir ise onun ticari defterlerine dayanarak ve bilirkişi incelemesi sonucunda ispat edebilecektir⁴⁶.

Üçüncü kişi banka, takip borçlusunun kendisinde hiçbir alacağı bulunmadığı şeklinde değil de, “takip borçlusunun kendisinde alacağı bulunduğu, ancak takip borçlusu ile aralarında bulunan genel kredi sözleşmesi nedeniyle, takip borçlusuna karşı, takas, mahsup ve rehin hakları bulunduğu” şeklinde itiraz ederse, takip alacaklısının, bu beyanın aksini de ispat etmesi mümkündür.

Gerçekten de *uygulamada*, bu son belirtilen duruma sıkça rastlanmaktadır. Kendisine birinci haciz ihbarnamesi gönderilen bankalar, takip borçlusunun bankada mevduatı bulunduğunu kabul etmekle birlikte, “aralarındaki kredi ya da cari hesap sözleşmesi nedeniyle, borçluya karşı takas, mahsup ve rehin hakları bulunduğunu, bu nedenle, borçlunun bankada olan mevduatını icra dairesine ödeyemeyeceklerini, takip alacaklısının haczini kayıtlarına aldıklarını, takip alacaklısının alacağını kendi alacaklarından sonraki sıraya yazdıklarını” beyan etmektedirler.

Kanaatimizce, üçüncü kişi banka ile takip borçlusu arasında kredi sözleşmesi nedeniyle, bankanın kendisine gönderilen haciz ihbarnamesine karşı biraz önce belirtilen şekilde iddialarda bulunması halinde, takip alacaklısının, bunun aksini ispat ederek, bankanın cezalandırılmasını ve tazminata mahkûm edilmesini ispat etmesi de mümkündür. Bir başka deyişle, banka ile takip borçlusu arasında, bir kredi sözleşmesi nedeniyle, bankanın, takip borçlusuna karşı, takas, mahsup veya rehin hakkı bulunduğunu ileri sürmesi halinde, takip alacaklısının bunun aksini ispat etmesi gerekecektir. Zira bankanın biraz önce belirtilen iddialarda bulunması da, İİK m.89,II anlamında haciz ihbarnamesine itiraz ettiği anlamına gelecektir. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere, adı geçen hükümde, haciz ihbarnamesine itirazın içeriği tahdidi olarak düzenlenmemiştir. O halde, İİK m.89,II anlamında, bankanın, haciz ihbarnamesine itiraz etmiş sayılması için mutlaka olumsuz bir beyanda bulunması şart değildir. Aksine, borçlunun bankada mevduatı bulunduğunu kabul ettikten sonra, bu mevduatın kendi alacakları için bloke edildiğini ileri sürmesi de itiraz olarak değerlendirilmeli ve alacaklının bu durumda da bankanın verdiği cevabın gerçeğe aykırı olduğunu ispat ederek onun cezalandırılmasını isteyebileceği kabul

⁴⁶ KURU-Mevduat Haczi s . 93; UYAR-Haciz II, s. 4252.

edilmelidir⁴⁷. Bir başka deyişle, bankada hiçbir mevduatın bulunmadığını bildirmekle, “bankada mevduat bulunmaktadır, ancak benim de borçludan kredi ilişkisinden doğan alacaklarım var, bu nedenle bu parayı icra dairesine ödeyemem” demek aynı kapıya çıkmaktadır. Zira bankanın iddiası da gerçeğe aykırı olabilir. Yani, arada bir kredi açma sözleşmesi bulunsa bile, bankanın buna ilişkin olarak muaccel olan bir takas veya mahsup hakkı bulunmayabilir. O halde üçüncü kişi bankanın yalnızca sözleşmeden doğan ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir takım talep haklarını gerekçe göstermiş olması, onun, birinci haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı olarak cevap verdiği anlamına gelir⁴⁸.

Dolayısıyla, bu son belirtilen durumda, takip alacaklısının açacağı ceza davasında, bankanın gerçekten takip borçlusundan doğmuş bir alacağının mevcut olup olmadığını ispat etmesi gerekecektir. Bu husus ise, banka kayıtları üzerinde yapılacak bilirkişi incelemesi ile ispat edilebilecektir.

O halde, burada önemli olan nokta, üçüncü kişi bankanın, borçlunun kendileri nezdinde mevduatı olduğunu beyan ettikten sonra, artık bankaya düşen yükümlülük, bu mevduatı icra dairesine ödemek olmalıdır. Eğer bankanın iddia ettiği gibi rehin, takas ve mahsup hakkı varsa, bunun gerçekten muaccel olup olmadığını tespiti gerekir. Üçüncü kişi banka görevlisinin cezalandırılabilmesi bakımından önemli olan nokta, genel kredi sözleşmesi bağlamında mevcut olduğu iddia edilen bir rehin, takas ve mahsup hakkının doğmuş, talep edilebilir halde olup olmadığıdır⁴⁹. Zira

⁴⁷ Nitekim Yargıtay’ın bir kararına göre de “...nolu hesaptaki borçlu kooperatifin mevduatı nedeniyle 3. şahıs...Bankasına çıkartılan 89/1 ihbarnamesine 3. şahıs yasal süresinde itirazda bulunup ‘kredi alacakları için bloke ettiklerini’ bildirmiştir. Bu durum karşısında, alacaklının, 89/4. maddesi gereğince üçüncü şahsın cezalandırılması ve ayrıca tazminata mahkûm edilmesini merciden istemesi gerekirken, 89/1. haciz ihbarnamesi kesinleşmediği gözetilmeden, ‘hesaptaki paranın icra dairesine gönderilmesi’ hususunda bankaya müzekkere yazılması yasaya aykırıdır. Yasanın bu emredici nitelikteki kuralının ihlal edilmiş olması nedeniyle şikâyet süreye tabi değildir” (12. HD 20.05.1993, 51/36: KURU-Mevduat Hacı s. 84 dn. 210).

⁴⁸ Üçüncü kişinin takip borçlusuna olan ancak miktarı henüz belli olmayan borcunu “hiç borcum yoktur” şeklinde inkâr etmesi haklı görülemez (YAVAŞ, s. 106).

⁴⁹ İcra mahkemesi, İİK m.89,IV hükmüne göre açılacak tazminat davasını genel hükümlere göre inceleyeceğine göre, bu amaçla her türlü delili toplayıp, üçüncü kişi bankanın beyan tarihinde, takip borçlusuna gerçekten tahakkuk etmiş bir

burada tazminat ve ceza yaptırımlarının uygulanabilmesi için, aksi ispat edilecek husus, bankanın bu beyanının gerçeğe aykırı olup olmadığı hususudur. Bunun tespiti ise banka kayıtları ile mümkün olabilecektir. Yapılacak bilirkişi incelemesi sonucunda, bankanın iddia ettiği gibi, doğmuş (muaccel) bir talep hakkının bulunmadığı tespit edildiği takdirde, banka görevlisinin gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu kabul edilerek, onun cezalandırılması ve kendisinden haciz ihbarnamesi ile talep edilen parayı icra dairesine ödemeye mahkûm edilmesi gerekecektir.

Tekrar önemle belirtmek gerekir ki, *uygulamada* bankalar çoğunlukla “takas, mahsup ve rehin hakkı bulunduğu” gerekçesiyle, haciz ihbarnamesi ile talep edilen parayı ödeme yoluna gitmemektedir. Hâlbuki borçlunun bankada mevduatı bulunduğunu kabul eden üçüncü kişi banka, bu parayı icra dairesine ödemek zorundadır. Zira İİK m.89 hükmünde özellikle öngörülmüş olan itiraz nedenleri de bu düşüncüyü haklı kılmaktadır. Çünkü adı geçen hükümde özellikle belirtilmiş olan itiraz nedenleri, “takip borçlusuna borçlu olmadığı, haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce borcun ödenmiş olduğu veya alacağın borçluya veya emretmiş olduğu yere verilmiş olduğu” şeklindedir. Bu düzenlemeye bakılacak olursa, hepsinin de ortak özelliğinin, takip borçlusunun üçüncü kişi bankada haciz ihbarnamesinin tebliği anında bir mevduatının *bulunmadığı* anlamına geldiğidir. Hâlbuki yukarıda belirtilen takas, mahsup ve rehin hakkı iddialarında, üçüncü kişi banka, borçlunun kendi nezdinde bir mevduatı bulunduğunu kabul etmekte, ancak kendisinin borçludan olan talep hakları nedeniyle, bu mevduatı icra dairesine vermekten kaçınmaktadır. Kanımızca, İİK 89, II hükmünün üçüncü kişiye bu nitelikte bir hak verdiği iddia edilemez. Kendi nezdinde takip borçlusunun mevduatı bulunduğunu kabul eden banka, artık bu parayı icra dairesine ödemek zorundadır. İİK m.89,II hükmü aksine bir yoruma elverişli değildir.

Diğer taraftan, üçüncü kişi bankanın gerçekten takip borçlusuna karşı muaccel olmuş bir talep hakkı mevcut olduğu takdirde, uygulamada sıkça karşılaşıldığı gibi, kendisinin, icra dairesi yerine geçerek, alacaklar arasında bir sıra belirleme yetkisi de söz konusu olamaz. Aksine, takip borçlusunun kendisine ödemediği bir alacağı varsa, onun da diğer bütün alacaklılar gibi, icra takibi yapması gerekir. Zira icra iflas hukukunun temel ilkelerinden birisi de, hakları ihlal edilen kimselerin, bu haklarını ancak Devletin cebri icra organları aracılığı ile tahsil edebileceğidir. Dolayısıyla, üçüncü kişi bankanın uygulamada yapıldığı gibi “borçlunun bizim nezdimizde mevduatı

borcunun bulunup bulunmadığının tespiti gerekir (UYAR-Alam Armağanı, s. 216).

vardır, ancak bizim de kredi sözleşmesi nedeniyle takas ve mahsup alacağımız vardır, takip alacaklısının alacağını, bizden sonra gelmek üzere ikinci sıraya yazdık” şeklindeki beyanlarının kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Zira Kanun, kendilerine haciz ihbarnamesi tebliğ edilen diğer bütün üçüncü kişiler gibi, üçüncü kişi konumunda bulunan bir bankaya da, hacizde ya da alacakların ödenmesi hususunda bir sıra belirleme hak ve yetkisi vermemiştir. Aksine bir düşünce, İİK m.89 hükmünün fonksiyonunu kaybetmesine (işlevsiz kalmasına) neden olabileceği gibi kötü niyetli kullanımlara da sebep olabilecektir.

Şöyle ki, kendisine karşı alacaklıları tarafından takip başlatılan ya da takip başlatılacağını bilen bir borçlu, abartı sayılmazsa, haczedilebilecek malvarlığı değerlerini satıp parasını bankaya yatıracak, bir de banka ile genel bir kredi sözleşmesi düzenleme yoluna gidecektir. Daha sonra, borçluya karşı takip başlatılıp, bankaya haciz ihbarnamesi gönderildiğinden ise banka, müşterisini de korumak adına, kredi sözleşmesi nedeniyle takas ve mahsup hakları bulunduğunu ileri sürecektir. Böylece, borçlu ile banka arasında yapılan bir genel kredi sözleşmesi ve bu sözleşmeye konulan bir hüküm ile alacaklının bankada bulunan ve borçluya ait olan para üzerine haciz konulmasının bir anlamı olmayacaktır. Çünkü banka bu genel kredi sözleşmesine konulan hüküm nedeniyle, kendi alacağına karşılık olarak borçlunun parası üzerinde rehin, takas, mahsup gibi öncelik hakkı olduğunu ileri sürerek parayı icra dairesine yatırmayacaktır. Böylece borçluya ait olan bankalardaki paranın haczi ve bu paranın alacağını icra takibi yoluyla almak isteyen alacaklılara verilmesi mümkün olmayacaktır. Zira biraz önce de belirtildiği gibi, borçlu bütün parasını bankaya yatırıp, bir de banka ile kredi sözleşmesi yaptığında, alacaklıların, bankanın takas, mahsup hakkı nedeniyle, bankadan para talep etmeleri olanaksız hale gelebilecektir. Bankadaki para ise, sadece bankanın kendi alacaklarından dolayı haczedilebilecektir.

IV) İcra Mahkemesinde Ceza ve Tazminat Davası Açılması

1) Genel Olarak

Takip alacaklısı, üçüncü kişinin birinci haciz ihbarnamesine verdiği cevabın gerçeğe aykırı olduğu düşüncesinde ise, İİK m.89,IV hükmüne göre dava açarak onun cezalandırılmasını ve tazminata mahkûm edilmesini talep etmesi gerekir. Dolayısıyla, takibin yapıldığı yer icra mahkemesinde açılacak olan bu davada⁵⁰, davacı, takip alacaklısı, davalı ise, gerçeğe aykırı

⁵⁰ Alacaklı tarafından açılacak olan davanın nispi harca, buna karşılık İİK m.89, III hükmüne göre üçüncü kişi tarafından açılacak olan menfi tespit davasının ise

beyanda bulunan üçüncü kişi olacaktır. Üçüncü kişinin bir tüzel kişi olması durumunda, cezalandırılacak olan, tüzel kişiliğin kendisi değil, haciz ihbarnamesine cevap veren ya da imzası ile bu konumda bulunan yetkili kimse olacaktır⁵¹.

Dava açma süresi ise, üçüncü kişinin birinci (veya ikinci) haciz ihbarnamesine itirazının öğrenildiği tarihten itibaren üç ay, her halde haciz ihbarnamesine itiraz tarihinden itibaren bir yıldır (İİK m.347)⁵². Ceza davasının tazminat davası ile birlikte açılması halinde, süre yönünden ceza davasının düşmesine karar verilmiş olsa bile, kanımızca da icra mahkemesi tazminat davasını incelemeye devam etmelidir⁵³. Zira alacaklının üçüncü kişiye karşı açacağı tazminat davası, haksız fiilden kaynaklanan bir dava olduğundan; tazminat talebi zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her halde zarara neden olan fiilin (yani itirazın) gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır (BK m.60)⁵⁴. Ayrıca, alacaklının icra mahkemesinde, ceza davası açmadan sadece tazminat davası açmasına da bir engel bulunmamaktadır⁵⁵. Bir başka deyişle, takip alacaklısı, üçüncü kişinin sadece cezalandırılmasını isteyebileceği gibi onun sadece tazminata mahkûm edilmesini de talep edebilir⁵⁶. Ceza ve tazminat talebinin

maktu harca tabi olmasının, eşitlik ilkesine aykırı olduğu şeklindeki görüşlere biz de katılmaktayız. Bu konuda bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 272-273. Geniş bilgi için bkz. YAVAŞ, s. 99.

⁵¹ YAVAŞ, s. 97.

⁵² Bu konuda bkz. YAVAŞ, s. 100.

⁵³ ARSLAN, s. 100; POSTACIOĞLU, s. 460; KURU-Mevduat Haczi s. 90; YAVAŞ, s. 100.

⁵⁴ KURU-Mevduat Haczi s. 90; POSTACIOĞLU-İcra s. 460; PEKCANITEZ/ATALEY/SUNGURTEKİN- ÖZKAN/ÖZEKES, s. 269; UYAR-Haciz II, s. 4253. Aynı yönde (CGK 18.10.1972, 326/853: İKİD 1973/147, s. 1876-1878).

⁵⁵ "...haciznameye karşı verilen cevabın gerçeğe aykırı bulunmasından dolayı üçüncü kişinin cezalandırılması isteğine, bu isteğin tabi tutulduğu şartlara bağlı tutulmaksızın alacaklının ayrıca tazminat talebini katabileceği, bu tazminat isteğinin ceza davasından ayrı olarak müstakil bir dava konusu da yapılabileceğinin kabulü gerekir" (HGK 24.6.1998, 8-537/540: YKD 1998/8, s. 1037-1039).

⁵⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 268; UYAR-Haciz II, s. 4254. İcra mahkemesinin tazminat davası sonunda vermiş

birlikte dava edilmesi halinde, icra mahkemesinin ceza mahkemesi sıfatıyla hareket edeceği kabul edilmektedir⁵⁷. Alacaklının ceza şikâyetinden vazgeçmesi de, icra mahkemesinin yalnız tazminat talebini inceleyerek karar vermesine engel teşkil etmez⁵⁸.

Davaya ceza mahkemesi sıfatıyla bakacak olan icra mahkemesi, davanın tazminata ilişkin bölümünü genel hükümlere göre inceleyecektir (İİK m.89,IV). Esasen davanın tazminata ilişkin yönü, yani üçüncü kişinin takip borçlusuna borçlu olup olmadığı hususu halledilmeden, cezaya ilişkin bir karar verilmesine olanak yoktur⁵⁹. Zira burada cezalandırılmanın nedeni, haciz ihbarnamesine gerçeğe aykırı beyanda bulunmaktır. Bu beyanın gerçeğe aykırı olmasından maksat ise, üçüncü kişinin beyanının aksine, borçlunun üçüncü kişide alacağının mevcut olduğunun tespit edilmesi olacaktır.

Özetleyecek olursak, icra mahkemesinin öncelikle, üçüncü kişi bankada takip borçlusunun alacağının mevcut olup olmadığını tespit etmesi gerekir. Zira üçüncü kişinin cezalandırılabilmesinin ön koşulu, kendi beyanının aksine, takip borçlusunun bankada mevduatı bulunduğunun tespit edilmiş olmasıdır. Bu nedenle icra mahkemesinin cezaya hükmedebilmesi için, tazminatla ilgili talebin ispat edilmiş olması gerekir⁶⁰.

Alacaklı tarafından açılacak davada ispat yükü ise, davacı alacaklıda olacaktır⁶¹. Davacı alacaklının, üçüncü kişi konumunda olan bankanın beyanının aksini, banka kayıtları ve borçlu tacir ise onun ticari defterleri ile ispat edebileceği kabul edilmektedir⁶². Zira burada, icra mahkemesine açılan

olduğu kararın, taraflar arasında maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği kabul edilmektedir. Bkz. 11. HD 24.5.1993, 3175/3812: UYAR-Haciz II, s. 4254).

⁵⁷ YAVAŞ, s. 101; KURU-Mevduat Haczi s. 91, 93; (HGK 11.3.1972, 970-496/162; İBD 1972/7-8, s. 750-751).

⁵⁸ POSTACIOĞLU-İcra s. 460; KURU-Mevduat Haczi s. 92; YAVAŞ, 100. Aynı yönde (12. HD 2.3.1998, 1666/2349; İKİD 1998/454, s. 13689).

⁵⁹ KURU-Mevduat Haczi s. 93.

⁶⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES s. 269.

⁶¹ KURU-Mevduat Haczi s. 93; YAVAŞ, s. 102.

⁶² KURU-Mevduat Haczi s. 93; YAVAŞ, s. 102. POSTACIOĞLU'na göre ise, İİK m.89,IV hükmünde yer alan "tazminat" ibaresi, üçüncü kişinin takip borçlusuna borçlu olduğu miktarı ifade etmez. Aksine, bunun anlamı, üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunması nedeniyle alacaklının uğradığı zararın

dava teknik anlamda bir dava olup, itirazın kaldırılması olarak nitelendirilemez⁶³. Bu nedenle Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, alacaklının, iddiasını, sadece İİK m.68 hükmünde sayılan belgelerle ispatlayabileceğine ilişkin içtihadı⁶⁴, kanımızca da isabetli değildir. Zira buradaki üçüncü kişinin itirazının aksinin ispat edilmesi bağlamında açılan dava ile itirazın kaldırılması kurumu arasında bir paralellik kurulması doğru olmayacaktır. Gerçek dışı beyanda bulunduğu, bu nedenle alacaklıya zarar verdiği ispatlanan üçüncü kişinin sorumluluğu haksız fiilden⁶⁵ kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, alacaklı, üçüncü kişinin itirazının aksini tanık ile de ispat edebilir. Ayrıca, eğer İİK m.89,IV hükmüne göre açılan davada, icra mahkemesinin inceleme yetkisinin kapsamının, itirazın kaldırılmasında olduğu gibi sınırlı olacağı kabul edildiği takdirde, üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunma olasılığı arttırılmış olacak, bu da alacaklının alacağını elde etmesini güçleştirecektir.

Alacaklı, icra mahkemesinde üçüncü kişinin (bankanın) haciz ihbarnamesinde vermiş olduğu cevabın (itirazın) aksini ispat edemezse, icra

karşılığdır. Bu nedenle, icra mahkemesi, sadece tazminatın tespit ve takdiri yönünden genel hükümlere göre hareket edebilir. Yoksa üçüncü kişinin takip borçlusuna borçlu olmadığı tespitini icra mahkemesinin yetkisini aşacaktır (POSTACIOĞLU-Alacakların Haczi, s. 363).

⁶³ KURU-Mevduat Haczi s. 87. Nitekim Yargıtay'a göre de "...Üçüncü şahıs haciz ihbarnamesine itiraz ettiğine göre, alacaklı 89. maddeye istinaden üçüncü şahıs aleyhine İİK'nın 338. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre cezalandırılmasını ve ayrıca tazminata hükmedilmesini tetkik merciinden (şimdi icra mahkemesinden) istemek zorunluluğundadır. Tetkik mercii tazminatı genel hükümlere göre halleder. Bu itibarla alacaklının tetkik merciinden üçüncü şahsın itirazının kaldırılmasını ve takibin devamını istemeye yetkisi olmadığı düşünülmeksizin talebin kabulü yasaya aykırıdır" (12. HD 7.7.1980, 4234/5919: YKD 1980/11, s. 1522-1523).

⁶⁴ "...İİK'nın 89 uncu maddesi uyarınca haciz ihbarnamesi çıkaran davacının, borçlusu İsmail'in üçüncü şahıs şirketteki alacağının varlığını aynı yasanın 68. maddesindeki belgelerle ispat etmesi zorunluluğu vardır. Bu olayda takip hukuku bakımından ceza davası belgelere bağlıdır. Sınırlı yetkili mercide, genel mahkemeler gibi duruşma yapıp her türlü delil toplanarak ihtilaflı olan bu alacağın varlığının tespitine yasal olanak yoktur. Alacağın varlığı ispatlanamamış bulunmasına göre, ona bağlı olan yalan beyan suçu oluşmamıştır" (CGK 28.5.1979, 221/264: YKD 1980/1, s. 103-105).

⁶⁵ KURU-Mevduat Haczi s. 93; YAVAŞ, s. 102; UYAR-Alam Armağanı, s. 216.

mahkemesi tazminat ve ceza davasının reddine karar verecektir. Buna karşılık, üçüncü kişinin verdiği cevabın aksi ispat edilebilirse, yani takip borçlusu üçüncü kişiden alacaklı olduğu halde, üçüncü kişi birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmiş ise, haciz ihbarnamesine itiraz eden üçüncü kişi (banka şube müdürü veya yetkilisi), bir aydan bir yıla kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılacaktır (İİK m.338,I). Ayrıca üçüncü kişi, davacı alacaklıya, birinci haciz ihbarnamesi ile kendisinden istenilen miktar (ya da takip borçlusuna borçlu olduğu miktar) kadar tazminat ödemeye de mahkûm edilecektir⁶⁶. Ayrıca, alacaklının, alacağını geç elde etmesinden doğan faiz kaybının da tazminata eklenebileceği belirtilmektedir⁶⁷. Hatta bu arada, alacaklı, borçlunun diğer mallarının haczi yoluyla alacağını elde etmiş ise, bu durumda üçüncü kişinin mahkûm edileceği tazminatın, sadece gecikmeden doğan faiz kaybına ilişkin olacağı kabul edilmektedir⁶⁸.

2) Tazminat Talebin Artırılmasının

İslahla Mümkün Olup Olamayacağı

Burada incelenmesi gereken diğer bir sorun da, İİK m.89,IV hükmüne göre açılan tazminat davasında ıslahın mümkün olup olmadığıdır. Zira uygulamada bu konuda tereddütler olduğu ve icra mahkemelerince farklı kararlar verildiği görülmektedir.

İcra ve İflas Kanunu m.89,IV hükmünün son cümlesinde, “İcra mahkemesi, tazminat hakkındaki davayı genel hükümlere göre halleder” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Bu düzenleme soruna çözüm arayışında bir çıkış noktası teşkil edebilir. Bu bağlamda, cevaplandırılması gereken soru ise, buradaki “genel hükümler” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğidir.

⁶⁶ İcra mahkemesi kararının hem cezaya (İİK m.353) hem de tazminata ilişkin bölümünün (İİK m. 363,VI) temyiz edilmesi mümkündür. Bu konuda ayrıntı için bkz. KURU-Mevduat Haczi s. 100-101; YAVAŞ, s. 107. İİK m.89 hükmünde ifade edilen “tazminat” kavramından, üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla alacaklının uğradığı zararın anlaşılması gerektiği şeklindeki görüşe katılamamaktayız (POSTACIOĞLU-Alacakların Haczi s. 363). Zira İİK m.89 hükmünde öngörülen prosedürün amacı, borçlunun üçüncü kişide olan alacağının tespiti ve ondan tahsilidir. Zira üçüncü kişi gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu, bu beyanın konusunu, takip borçlusunun kendisinde herhangi bir alacağının bulunmadığı teşkil etmektedir. Dolayısıyla onun beyanının gerçeğe aykırılığı tespit edildiğinde, ödemeye mahkûm edileceği şey de üçüncü kişinin kendisinde olan alacağı olacaktır.

⁶⁷ KURU-Mevduat Haczi s. 99-100; YAVAŞ, s. 107.

⁶⁸ POSTACIOĞLU-İcra s. 465.

Öncelikle, icra ve iflas hukukunda ıslah kurumunun uygulanıp uygulanamayacağına kısaca değinmek gerekir. YILMAZ'a göre, "İcra mahkemelerinde basit yargılama usulünün uygulanıyor olması, bu mahkemelerde görülecek bütün işlerde genel hükümlerin, bu arada ıslaha ilişkin hükümlerin uygulanması anlamına gelmez. Çünkü icra ve iflas hukuku kuralları kendi kendine yeten hükümlerdir ve İcra ve İflas Kanununda hüküm bulunmayan durumlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinden yararlanma, kural olarak mümkün değildir"⁶⁹. Ancak bu, İcra ve İflas Kanununun tek tek usul kurumlarına yollama yapması gerektiği anlamına da gelmez. Örneğin, icra mahkemelerinin görev alanına giren istihkak davalarında ve ihalenin feshi davalarında olduğu gibi "genel hükümlere" yollama yapılmış olması durumunda, ıslah hükümlerinin de "genel hükümler" kapsamında uygulanabilmesi gerekir"⁷⁰.

Öte yandan, adı geçen hükümde yapılan atfın, HUMK'un sadece "ispata ilişkin kurallarına" yapılmış olduğu da ileri sürülebilir. Zira bilindiği üzere, icra mahkemeleri kural olarak dar (sınırlı) yetkili mahkemeler olup, itirazın kaldırılmasında olduğu gibi kural olarak⁷¹ ancak belgeler üzerinde inceleme yapabilmektedir. İİK m. 89,IV hükmüne göre açılan tazminat davaları, itirazın kaldırılması olarak nitelendirilemez. Aksine buradaki tazminat davası teknik anlamda bir dava olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla da, bu davadaki iddia HUMK'a göre bir davada ileri sürülmesi mümkün olan ispat araçlarıyla ispat edilebilir. Diğer bir deyişle burada, her iki taraf da iddiasını HUMK'a göre caiz olan delillerle ispat edebilir.

Kanaatimizce, buradaki genel hükümler ibaresinden maksat, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleridir⁷². Zira bir davanın nasıl görüleceğine ilişkin bir atıf, ancak HUMK hükümlerine yapılabilir. Ancak buradaki atfın herhangi bir sınırlamaya tabi olmayacağı, yani HUMK hükümlerinin bu dava bakımından da aynen geçerli olacağı kabul edilirse, bu

⁶⁹ Aynı şekilde POSTACIOĞLU-İcra s. 150-151.

⁷⁰ YILMAZ s. 89.

⁷¹ Ancak hacizde istihkak davaları ve ihalenin feshi taleplerinde, bu taleplerin niteliğinden dolayı, icra mahkemesinin her türlü delili serbestçe değerlendirme yetkisi bulunmaktadır.

⁷² Örneğin ASLAN da hacizde istihkak davalarına ilişkin İİK m. 97, XI hükmünde yer alan "İstihkak davalarına umumi hükümler dairesinde ve basit yargılama usulüne göre bakılır" hükmünde yer alan "umumi hükümler" ibaresinden maksadın, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri olduğunu belirtmektedir. Bkz. ASLAN, s. 382.

tazminat davasında ıslah kurumunun uygulanmasına da bir engel olmayacağı söylenebilecektir. Eğer atfin sadece ispata ilişkin hükümlere yapılmış olduğu kabul edilirse, ıslah kurumunun bu davada uygulanması mümkün olmayacaktır.

Soruna sağlıklı bir çözüm bulabilmek için İİK m.89,IV hükmünde yer alan “tazminat davasının” hukuki niteliği ve konusunun ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere, buradaki tazminat, üçüncü kişinin gerçeğe aykırı olarak inkâr ettiği ve borçluya ait olan parayı icra dairesine ödemesi anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, davanın kabul edilmesi halinde, sonuçta, üçüncü kişide mevcut olduğu iddia edilen alacak tahsil edilecektir⁷³. Bu nedenle, zaten üçüncü kişi banka kendisinden istenilen alacağı ödeyeceğine göre, takip alacaklısının, ıslah yoluna başvurmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak, takip alacaklısının, borçlunun üçüncü kişide (bankada) ne kadar alacağı olduğunu bilmesi çoğu kez mümkün olmayabilir. Bu bakımdan, onun ıslah kurumuna başvurma hakkının bulunmadığını kabul etmek doğru olmayacaktır. Diyelim ki, takip alacaklısının borçludan olan alacağı 50.000 TL olsun. Ancak alacaklı, borçlunun bankada 30.000 Lira alacağı olduğunu iddia etmiş bulunsun. Bankaya gönderilen haciz ihbarnamesinde de, bankaya, “borçlunun, nezdimizde bulunan 30.000 Liralık mevduatına haciz konulmuştur” denilsin. Bu durumda banka ise, “borçlunun nezdimizde herhangi bir mevduatı bulunmamaktadır” demiş olsun. Alacaklı da üçüncü kişinin cezalandırılması ve 30.000 Lira ödemeye mahkûmiyeti amacıyla İİK, m.89,IV hükmüne göre ceza davası açmış olsun. Ancak daha sonra yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda borçlunun bankada 50.000 Lira alacağı olduğu tespit edilmiş bulunsun. İşte bu durumda, alacaklının, dava dilekçesini ıslah ederek, talebini 30.000 liradan 50.000 liraya çıkarmasına bir engel olmamak gerekir. Zira bu örnekte olduğu gibi, alacaklının, borçlunun bankada bulunan mevduatının miktarını tam olarak bilmesi mümkün olmayabilir.

C) SONUÇ

Borçlunun bir bankada bulunan mevduatı (parası) haczedildiği takdirde, üçüncü kişi konumunda bulunan bankanın, kendisine gönderilen haciz ihbarnamesine itiraz hakkı bulunmaktadır. Bankanın, itirazına konu teşkil edebilecek iddialar İİK m.89 hükmünde tahdidi olarak değil, tadadi olarak düzenlenmiştir. Bankanın, haciz ihbarnamesine itiraz etmiş sayılabilmesi için mutlaka olumsuz bir beyanda bulunması gerekmez. Kuşkusuz, bankanın, “borçlunun nezdimizde herhangi bir alacağı bulunmamaktadır”

⁷³ ANSAY, s.79.

şeklindeki beyanı, haciz ihbarnamesine itiraz ettiği anlamına gelecektir. Ancak alacaklı da, üçüncü kişi bankanın bu beyanının aksini, İİK m.89, IV hükmüne göre açacağı tazminat ve ceza davasında ispat edebilecektir.

Aynı şekilde bankanın olumlu bir beyanda bulunması halinde de, alacaklının, bu beyanın aksini ispat etme hakkı bulunacaktır. Bu bağlamda uygulamada genellikle karşılaşıldığı üzere, örneğin, bankanın “borçlunun, nezdimizde alacağı olmakla birlikte, bizim de takip borçlusundan genel kredi sözleşmesi çerçevesinde, takas, mahsup ve rehin hakkımız bulunmaktadır” şeklinde bir beyanda bulunması halinde, alacaklının icra mahkemesinde ceza davası açarak bunun aksini ispat hakkı yine mevcut olacaktır. Açılan davada, bankanın, haciz ihbarnamesinin tebliği tarihinde, borçludan muaccel bir alacağının bulunmadığının tespit edilmesi halinde, onun yine gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu kabul edilecek ve dolayısıyla banka görevlilerinin cezalandırılması söz konusu olacaktır. Bu bağlamda, bankaların, kendilerine gönderilen haciz ihbarnamesine soyut içerikli iddialarda bulunarak ya da gerçekte muaccel olmamış bir alacağın muaccel olduğunu beyan ederek itiraz etmeleri mümkün değildir. Aksi takdirde, borçluya ait olan paranın, bankalar tarafından icra dairesine ödenmesinin sağlanması oldukça güç olmaktadır.

Öte yandan, haciz ihbarnamesine gerçeğe uygun ya da aykırı olarak itiraz eden bir bankaya, uygulamada olduğu gibi, ikinci haciz ihbarnamesi ya da haciz müzekkeresi gönderilmesi mümkün değildir. Çünkü İİK m.89'un açık hükmü gereği, ikinci bir haciz ihbarnamesi gönderilmesinin şartı, bankanın birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmemiş olmasıdır. Özellikle bankaya birinci haciz ihbarnamesi gönderildikten ve bu haciz ihbarnamesine itiraz edildikten sonra *haciz müzekkeresi* gönderilmesinin kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu durumda alacaklı, ancak, İİK, m.89,IV hükmü çerçevesinde ceza davası açarak, üçüncü kişi bankanın beyanının aksini ispat edecek, banka görevlisinin cezalandırılmasını ve borçluya ait olan paranın icra dairesine ödenmesini sağlayabilecektir.

Nihayet, kendisine İİK m.89 hükmü çerçevesinde, haciz ihbarnamesi tebliğ edilen bir banka, borçlunun kendisinden olan alacağını icra dairesine ödemek zorundadır. Bir bankanın, icra dairesi yerine geçerek, hacizde sıra belirlemek gibi bir yetkisi söz konusu olamaz. Eğer kendisinin de borçludan bir alacağı varsa, diğer bütün alacaklılar gibi kanuni olanakları kullanarak bu hakkını ileri sürmesi gerekir. Özellikle bir bankanın, haciz ihbarnamesinin tebliği tarihinde takip borçlusuna karşı muaccel bir alacağı bulunmadığı takdirde, soyut takas ve mahsup iddiaları ile parayı icra dairesine ödemekten kaçınması olanaklı değildir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AÇIKGÖZ, A.N.: Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Menkul ve Alacaklarının Haczi, Ankara 1989.

AKYAZAN, S.: İcra ve İflas Kanununun 89. Maddesi Üzerine Bir İnceleme (AD 1957/4, s. 343-356).

ANSAY, S. Ş.: Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1960.

ARSLAN, R.: Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi (A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974 s. 81-114).

ASLAN, K.: Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005.

BERKİN, N.: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.

GÜNEREN, A.: İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2004.

KARSLI, A.: İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/II, s. 411-417).

KURU B.: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004.

KURU, B.: İcra ve İflas Hukuku, C.I, 3. Bası, İstanbul 1988.

KURU, B.: Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, Genişletilmiş İkinci Baskı, İstanbul 2002 (KURU-Mevduat Haczi).

KURU, B.: İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler (Bankacılar Dergisi, 2003/47, s. 59-82).

KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E.: İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 23. Baskı, Ankara 2009.

PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./SUNGURTEKİN ÖZKAN, M./ÖZEKES, M.: İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, Ankara 2009.

POSTACIOĞLU, İ. E.: İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 1982 (POSTACIOĞLU-İcra).

POSTACIOĞLU, İ. E.: Borçlunun Üçüncü Şahsa Karşı Alacaklarının Haczi İle İlgili Bazı Problemler (BATİDER 1979/X, s. 353-368) (POSTACIOĞLU-Alacakların Haczi).

TUNÇOMAĞ, K.: Üçüncü Kişilerdeki Alacakların Haczinin (İİK 89'un) Doğurduğu Sorunlar (İBD 1993/7-9, s. 450-460).

UYAR, T.: Gerekçeli-Notlu-İçtihatlı İcra İflas Kanunu Şerhi, C.II, İzmir 1996.

UYAR, T.: Borçlunun Üçüncü Şahıslarda Bulunan Alacakları ve Menkul Mallarının Haczi (İBD 1976/6, s. 1008-1020).

UYAR, T.: Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Kıymetli Evraka Bağlı Olmayan Hak ve Alacaklarının Haczi - I (LEGAL Hukuk Dergisi, 2005/35, s. 3999-4022) (UYAR-Haciz I).

UYAR, T.: Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Kıymetli Evraka Bağlı Olmayan Hak ve Alacaklarının Haczi - II (LEGAL Hukuk Dergisi, 2005/36, s. 4251-4271)

UYAR, T.: Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (DEÜHFD, Prof. Dr. Muhittin Alam Armağanı, Yıl:2, Sayı:2, s. 205-227) (UYAR-Alam Armağanı).

ÜSTÜNDAĞ, S.: İcra Hukukunun Esasları, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2000.

ÜSTÜNDAĞ, S.: İcra ve İflas Kanununun 89. Maddesi Üzerine (İBD, 1991/1-2-3, s. 5-17) (ÜSTÜNDAĞ-Madde 89 Üzerine).

YAVAŞ, M.: Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, İstanbul 2005.

Kamu Hukuku

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA KURUMLAR ARASI VE KURUM İÇİ GEÇİCİ SÜRELİ GÖREVLENDİRME

*Doç. Dr. Cemil KAYA **

GİRİŞ

Kamu personel hukukunda, kamu görevlilerinin kadrolarının bağlı bulunduğu kurumda çalışmaları esastır. Bununla birlikte, kurum tarafından resen veya kamu görevlisinin talebi üzerine ve belirli şart ve usullerle kamu görevlileri, kurumları tarafından geçici süreli görevlendirme işlemlerine tabi tutulabilmektedir. Bu durumda kamu görevlisinin, *kural olarak*, asıl kadrosu görevlendirme işlemini tesis eden kurumda kalmaktadır. Geçici süreli görevlendirme aynı kurumun farklı birim ve/veya görev yerlerine olabileceği gibi farklı kurumlara da yapılabilmektedir. Dolayısıyla, geçici süreli görevlendirme bazen görev yapılan kurum ve görev yeri sınırları içinde kalmakta, bazen de bu sınırların dışına taşabilmektedir. Yani kurum içi geçici süreli görevlendirme ve kurumlar arası geçici süreli görevlendirme olabilmektedir. Bu konudaki mevzuat hükümleri ise hem dağınık hem de yeterince açık değildir.

Mevzuatta, diğerleriyle birlikte, geçici süreli görevlendirilen personele ilişkin özel hükümler de bulunmaktadır. Örneğin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinde, idare ve vergi mahkemelerinin, geçici görevlendirme işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verdikleri nihai kararlara karşı bu mahkemelerin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemelerine itiraz edilebileceği; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 9. maddesinde, diğerleriyle birlikte, geçici görevle yurt dışında bulunan devlet memurlarının da devletin itibarını veya görev haysiyetini zedeleyici fiil ve davranışlarda bulunamayacakları; 177. maddesinde, devlet memurlarının geçici olarak görev yerlerinden ayrılmaları halinde yol giderleri ve gündeliklerinin yolluklar hakkındaki özel kanun hükümlerine göre ödeneceği belirtilmiştir.

İşte bu makalede, çeşitli mevzuat hükümleri örnek verilmek ve Danıştay içtihatlarıyla bunları zenginleştirmek suretiyle, kurum içi ve kurumlar arası

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

geçici süreli görevlendirme kurumu ele alınmaya ve değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. Kurumlar Arası Geçici Süreli Görevlendirme

A. Devlet Memurları Kanunu Uygulamasında

1. Genel Olarak

a. Uygulamada çok önemli olmasına rağmen kurumlar arası geçici süreli görevlendirme, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun yasama organı tarafından kabul edilen ilk halinde yer almamıştır. Bu uygulama Kanuna, 1970 yılında 1327 sayılı Kanun¹ ile eklenen iki ek madde ile girmiştir. Kanuna 1970 yılında eklenen “Ek Madde 8”², “geçici süreli görevlendirme”; “Ek Madde 9” ise “geçici süreli görevlendirme şartları”³ başlığını taşımıştır. Ek Madde 8’de 2011 yılına kadar hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Ancak madde, 2011 yılının Şubat ayında 6111 sayılı Kanun⁴ ile başlığı dahil değiştirilmiştir. Ek Madde 9 ise önce 1975 yılında 1897 sayılı Kanunla⁵ bir bütün olarak değiştirilmiş⁶; 1983 yılında ise 2902 sayılı⁷ Kanunla maddenin c bendi değiştirilmiştir⁸. Nihayet madde 2011 yılının Şubat ayında 6111 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

b. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra Ek Madde 8’in başlığı, *isabetli olarak*, “kurumlar arası geçici süreli görevlendirme” şeklinde değiştirilmiş ve geçici süreli görevlendirmeye ilişkin temel esaslar getirilmiştir. Yeni Ek Madde 8’in, önemli birtakım değişikliklerle, önceki Ek Madde 8’i ve Ek Madde 9’u tek bir madde altında topladığı söylenebilir.

2. Şartları

a. Ek Madde 8 uyarınca memurlar, geçici görevlendirme yapmak isteyen kurumun talebi ve çalıştıkları kurumun izni ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarında geçici süreli olarak görevlendirilebilir. Ancak bu şekilde bir görevlendirilme yapılabilmesi için şu şartlar aranır:

aa. Yurtdışında görevlendirilen güvenlik görevlileri hariç olmak üzere, memurun görevlendirileceği kurumda göreve ilişkin 4 üncü ve daha yukarı bir dereceden boş bir kadronun bulunması şarttır.

bb. Geçici süreli görevlendirilen memurlar, geçici süreli olarak görevlendirildikleri kurumların mevzuatına uymakla yükümlüdür.

cc. Geçici süreli olarak görevlendirilen memurlar, yurtdışında görevlendirilen güvenlik görevlileri hariç olmak üzere, aylıkları ile diğer mali ve sosyal haklarını kurumlarından alır. Bu memurların kadroları ile ilişkileri, kendi sınıf ve derecelerindeki terfi ve emeklilik hakları devam eder.

dd. Geçici süreli görevlendirme süresi bir yılda altı ayı geçemez. Yurtdışında görevlendirilen güvenlik görevlileri için geçici görevlendirme süresi en çok iki yıldır; gerekli görülmesi halinde bu süre bir katına kadar uzatılabilir.

ee. Geçici süreli görevlendirmenin, memurların göreviyle ilgili olması şarttır.

ff. Geçici süreli görevlendirmede memurun muvafakatı aranır.

Bu haller dışında ayrıca, *kamu yararı ve hizmet gerekleri* sebebiyle ihtiyaç duyulması halinde kurumlarınca, Devlet Personel Başkanlığı'nın uygun görüşü alınarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarında altı aya kadar geçici süreli olarak görevlendirilebilir.

b. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra kurumlar arası geçici süreli görevlendirmenin yeni bir boyut kazandığı ortadadır. Buna göre,

aa. Her şeyden önce, 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra memurun görevlendirileceği kurumda göreve ilişkin 4 üncü ve daha yukarı bir dereceden boş bir kadronun bulunması şarttır.

bb. Daha önce kurumlar arası geçici süreli görevlendirme şartı olarak aranan, memurun "hem kendi sınıf ve meslekinin ve hem de geçici süreli olarak görevlendirildiği işin mevzuatına uymakla yükümlü" olması şartı, kurumlar arası geçici süreli olarak görevlendirilen kurumun mevzuatına uymakla yükümlü olmakla sınırlandırılmıştır. Bu isabetli bir değişikliktir.

cc. Daha önce kurumlar arası geçici süreli görevlendirme şartı olarak aranan, memurların aylıklarını görevlendirildikleri kadrodan alma şartı, *kural olarak*, asıl kurumlarından almak şeklinde değiştirilmiştir. Görevlendirmenin kısa süreli olması nedeniyle, bu da isabetli olmuştur.

dd. 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra kurumlar arası geçici süreli görevlendirmenin, *kural olarak*, bir yılda altı ayı geçemeyeceği şartı getirilmiştir. Oysa daha önce bu süre iki yıl olarak kabul edilmişti. Bu yeni hüküm, kurumlar arası uzun süreli geçici görevlendirmelerin önüne geçmek amacıyla getirilmiştir. *Kanaatimizce* kurumlar arası geçici süreli görevlendirmenin bir yılda altı ayı geçememesi yönünde yapılan değişiklik isabetli değildir. Memurların iş verimi açısından, *bir tercih meselesi olmakla birlikte*, bu sürenin daha önce olduğu gibi, tek bir görevlendirme işlemi ile tekrar iki yıl olması ve gerekli görülmesi halinde de bir yıl daha uzatılabilmesi yönünde değişiklik isabetli olacaktır.

ee. Geçici süreli görevlendirmenin, memurların göreviyle ilgili olması şartı, daha önce de var olan bir şarttır.

ff. Kurumlar arası geçici süreli görevlendirmenin memurun muvafakati ile olması zaten daha önce de var olan bir şarttır. Bu şartın muhafazası isabetli olmuştur. Zira bu şart kurumlar arası geçici süreli görevlendirmeyi, kurum içi geçici süreli görevlendirmeden ayıran en önemli özelliktir.

gg. Memurun çalıştığı kurumdaki kadrosunun 7 ve daha yukarı derecelerde olması halinde geçici süreli olarak görevlendirilebilmesi şartının, yeni değişiklikle kaldırılması da isabetli olmuştur.

3. Danıştay Uygulaması

a. Geçici süreli görevlendirmeye ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Ek Madde 8, 6111 sayılı Kanunla 2011 yılında değiştirildiği için bu tarihten sonrasına ilişkin *Danıştay* kararları bulunmamakla birlikte, bu değişiklikten önceki *Danıştay* kararlarından hareketle konuya bakmak önem taşımaktadır.

b. Geçici süreli görevlendirmede “memurun muvafakatının aranması” değişiklikten önce de sonra da varlığı gereken bir şarttır. Bu konuda Başbakanlık Özürülüler İdaresi Başkanlığı Personel Daire Başkanlığı’nda şef kadrosunda olup Eğitim Daire Başkanlığında geçici olarak görev yapan kamu görevlisinin, altı ay süreyle Başbakanlığa bağlı Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü’nde görevlendirilmesine ilişkin 19.01.2004 tarihli işlemin iptali istemiyle açtığı davayı ilk derece mahkemesi, “dava konusu işlemin hizmet ihtiyacına dayanarak kurulduğundan hukuka uygun olduğu” gerekçesiyle reddetmiştir. Kararın temyizi üzerine *Danıştay*, “kurumlararası geçici süreli görevlendirme yapıldığı halde davacının muvafakatının alınmadığı” gerekçesiyle, *isabetli olarak*, kararı bozmuştur⁹.

B. Belediye Kanunu ve İl Özel İdaresi Kanunu Uygulamasında

1. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu yanında mevzuatta diğer kanunlarda da kurumlar arası geçici süreli görevlendirmeye ilişkin hükümler mevcuttur. 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 49. maddesi¹⁰ ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun¹¹ 36. maddesi bunlara en yeni örnekler olarak verilebilir.

2. Her iki hüküm de *hemen hemen* aynı olduğundan, 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 49. maddesinin 6. fıkrasını ele almak gerekirse, fıkra şu hükmü taşımaktadır: “*Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, belediye başkanının talebi, kendilerinin ve kurumlarının muvafakatiyle, belediyelerin birim müdürü ve üstü yönetici kadrolarında geçici olarak görevlendirilebilirler. Bu şekilde görevlendirmelerde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 68 inci maddesinin (B) fıkrasında öngörülen şartlar dikkate alınır. Belediyelerde bu şekilde istihdam edilen personel kurumlarından izinli sayılırlar. Bu personelin görevlendirildikleri*

süre zarfındaki, görevlendirildikleri kadroya ait her türlü malî hakları ile kurumları tarafından karşılanması gereken sosyal güvenlik ve benzeri diğer hakları belediye tarafından ödenir. İzinli oldukları müddet, terfi ve emekliliklerinde hesaba katılır ve terfi haklarını kazananlar başkaca bir işleme lüzum kalmaksızın terfi ettirilirlir. Bu şekilde görevlendirilenler, görevlendirme süresinin sona ermesinden itibaren onbeş gün içerisinde yazılı olarak kurumlarına başvurmaları hâlinde en geç bir ay içerisinde kadrolarına veya müktesebine uygun başka bir kadroya atanırlar”.

3. Görüldüğü gibi bu hüküm, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili hükmü karşısında daha özel bir hükümdür. Burada da kurumlar arası geçici süreli görevlendirme için memurun muvafakatı şartı aranmış ancak farklı olarak herhangi bir süre şartı aranmamıştır. Bu şekilde yapılacak bir görevlendirmede gelinecek kadro da “birim müdürü ve üstü yönetici kadrolar” şeklinde gösterilmiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndan farklı olarak, görevlendirilen personelin, görevlendirildiği kadroya ait her türlü malî hakları ile kurumları tarafından karşılanması gereken sosyal güvenlik ve benzeri diğer haklarının “görevlendirilen idare” (İl Özel İdaresi veya Belediye) tarafından ödeneceği belirtilmiştir. Ayrıca görevlendirilenlerin, görevlendirme süresinin sona ermesinden itibaren onbeş gün içerisinde yazılı olarak kurumlarına başvurmaları halinde en geç bir ay içerisinde kadrolarına veya müktesebine uygun başka bir kadroya atanacaklarının belirtilmesi ile de memurlar “güvenceli” kılınmıştır. Şüphesiz bu hüküm 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili hükmüne kıyasla daha esnek bir kurumlar arası geçici süreli görevlendirme usulü getirmiştir.

C. Yükseköğretim Kanunu Uygulamasında

1. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun¹² çeşitli maddelerinde, örneğin, madde 7, 35, 38, 39, 40 ve 41, kurumlar arası geçici süreli görevlendirmeye imkan tanıyan hükümler mevcuttur. Bunların bazılarında muvafakat aranmakta, bazılarında ise muvafakat dahi aranmamaktadır.

2. Bunlar arasından bir örnek olarak Kanunun 7. maddesini ele almak istiyoruz. Yükseköğretim Kurulunun görevlerini düzenleyen 7. maddenin L bendinde “..., öğretim elemanlarından bu Kanunda öngörülen görevleri yerine getirmekte yetersizliği görülenler ile bu Kanunla belirlenen yükseköğretimin amaç, ana ilkeleri ve öngördüğü düzene aykırı harekette bulunanları rektörün önerisi üzerine veya doğrudan, normal usulüne göre, yükseköğretim kurumları ile ilişkilerini kesmek veya denemek üzere başka bir yükseköğretim kurumuna atamak” hükmü yer almaktadır. Kanaatimizce, madde ile Yükseköğretim Kuruluna verilen, öğretim elemanlarını,

“denenmek üzere başka bir yükseköğretim kurumuna atama” yetkisi de kurumlar arası geçici süreli görevlendirmedir. Ancak bu yetkinin kullanılması, öğretim elemanının talepte bulunması şartına bağlanmamıştır. Bir anlamda bendde yer alan şartların gerçekleşmesi halinde resen bu yetkinin kullanılması söz konusu olmaktadır.

3. Bir kararında *Danıştay* da bu yetkiyi geçici süreli görevlendirme olarak görmüştür. Şöyle ki Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde yardımcı doçent iken 2547 sayılı Kanunun 7/L maddesi uyarınca İnönü Üniversitesi’nde görevlendirilen öğretim elemanının, bu görevlendirmenin kaldırılması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada Yüksek Mahkeme, “2547 sayılı Yasanın 7. maddesinin sözü geçen (L) fıkrasının, görevine son verilmesi gerekenler dışında kalan öğretim elemanları yönünden, fıkroda öngörülen nedenlerin varlığına bağlı olarak, yükseköğretim kuruluna verdiği yetkinin ‘süreli’ olarak kullanılabilir bir yetki olduğu açıktır. / Bir başka anlatımla fıkroda ‘atamak’ sözcüğünün kullanılmış olmasına karşın düzenlenen ve kastedilen hususun ‘geçici görevlendirme’ olduğu fıkranın tümünün incelenmesinden açıkça belli olmaktadır. Fıkra hükmü ile, doğrudan doğruya ilişkilerinin kesilmesini gerektirecek derecede olmamakla birlikte, görevlerini yerine getirmekte yetersizliği saptanan ya da 2547 sayılı Yasa ile belirtilen yükseköğretimin amacı, ana ilkeleri ve öngördüğü düzene aykırı harekette bulunan öğretim elemanlarına bu yetersizlik ve aykırılık hallerini düzeltmeleri için kendilerine yeni bir olanak tanındığında ve böylece onları yükseköğretim kurumlarına kazandırmak ereği güdüldüğünde kuşkuya yer yoktur. Yasanın bu ereğine göre, hakkında sözü geçen fıkra hükmü uygulanarak ‘denenmek üzere’ başka bir yükseköğretim kurumuna atanan öğretim elemanlarının, denenmelerini zorunlu kılan neden yada nedenlerin gerekli kıldığı ‘makul bir süre’ sonunda durumlarının yeniden gözden geçirilmesi ve yetersizlik veya aykırılık hallerinin ortadan kalktığı saptanan öğretim elemanları hakkında yeni bir işlem yapılması ve böylece (L) fıkrası ile tanınan süreli yetkinin sürekli bir niteliğe dönüştürülmemesi idare yönünden yasal zorunluluk olmaktadır. Fıkroda, öğretim elemanlarının denenmek üzere başka bir yükseköğretim kurumunda görevlendirilmeleri halinde bu görevlendirmenin süresi, bu süre içinde ilgili hakkında uygulanacak işlemler, ilgilinin çalışmalarının ve hareketlerinin izlenmesi yöntem ve esasları ve kadro durumunun ne olacağı konularında açık bir düzenlemeye yer verilmemekte oluşu da tesis edilen işlemin ‘atama’ işlemi olmayıp "geçici görevlendirme" işlemi olduğunu ve ilgilinin asıl görev yerindeki kadrosuyla hukuki bağlılığının devam ettiğini kanıtlamaktadır. 2547 sayılı Yasanın kimi maddelerinde daha, 7/L maddesindeki benzer

biçimde geçici görevlendirme yetkisinin kimi makamlara tanınmış olduğunu belirtmek gerekir. Yasanın 13. maddesinin (b) fıkrasının 4. bendi bunun açık örneğini oluşturmakta ve ‘gerekli gördüğü hallerde Üniversiteyi oluşturan kuruluş ve birimlerde görevli öğretim elemanlarının ve diğer personelin görev yerlerini değiştirmek veya bunlara yeni görev vermek’ Rektörlerin yetkileri arasında sayılmış bulunmaktadır. Geçici görevlendirilmelerin sürekliliğe dönüştürülemeyeceği yolunda Dairemizce verilen ... sayılı kararda da vurgulandığı üzere ‘belli usullerle bir kadroya atanmış öğretim elemanının yasada gösterilen usule ve yetki kurallarına uyulmadan kadrosu ile hukuki ve fiili irtibatının kesilmesi, yine ancak belli usul ve yetki kurallarına uyularak atanabilecek bir kadroya, bunlara uyulmadan atanması sonucunu doğurur. O halde adı geçen maddede (13/b-4) öngörülen yetkinin yukarıda belirtilen amaçlarla ve hizmetin gerektirdiği süre ile sınırlı olduğunu, bu nedenle de sürekli olarak görev yerini değiştirme veya yeni görevler verme şeklinde kullanılamayacağını kabul etmek gerekir’¹³.

4. Buna karşılık bir diğer kararında *Danıştay*, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 7/L maddesi uyarınca kullanılan yetkiyi geçici görevlendirme olarak görmemiştir. Bu nedenle de görevlendirmenin belli bir süre ile yapılmasının gerekmediğine, yetkinin, sadece bu kişilerin denenmek üzere bir başka üniversiteye atanmalarına ilişkin olduğuna karar vermiştir¹⁴.

II. Kurum İçi Geçici Süreli Görevlendirme

A. Devlet Memurları Kanunu Uygulamasında

1. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda kurum içi geçici süreli görevlendirme düzenlenmemiştir. Bu tür görevlendirmeler, *Danıştay* içtihatlarıyla gelişmiştir. Nitekim *Danıştay*, “657 sayılı Devlet Memurları Kanununda aynı kurum içinde geçici görevlendirme konusu düzenlenmemiş olmakla birlikte, bir kamu kurumunun mevzuatla belirlenmiş olan görev alanı içinde yer alan ‘geçici’ nitelikteki bir hizmeti ya da değişen ve gelişen sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sonucu olarak ortaya çıkan, henüz örgütsel altyapısı oluşturulmamış ve bir kadro ile ilgilendirilmemiş olan ‘yeni bir kamu hizmeti’ni yürütmek amacı ile, durumu uygun olan kamu görevlilerinin, ‘kadroları ile hukuki bağlarını sürdürmek ve belli bir süre ile sınırlı olmak üzere’ atamaya yetkili amir tarafından geçici olarak görevlendirilmeleri olanaklıdır. Bu işlemin kurulmasında, yukarıda nitelendirilen kamu hizmetlerinin yürütülmesi amaç edinilmeli, kamu yararı ile bağdaşmayan, örneğin kamu görevlisini görevinden fiilen uzaklaştırmak veya onu cezalandırmak gibi hizmet gereklerine ters düşen bir sonuç amaçlanmamalıdır” gerekçesiyle kurum içi geçici süreli görevlendirme yapılabilmesini ve şartlarını belirlemiştir¹⁵.

2. Daha eski tarihli kararlarında ise kurum içi geçici süreli görevlendirme uygulamasını şu gerekçelerle açıklamaktadır: “Devlet Memurları Yasasında düzenlenmemiş olmakla birlikte hizmetin gerekli kıldığı durumlarda kamu görevlilerinin kadroları üzerinde bırakılmak kaydıyla kendi uzmanlık alanına giren işler için ve belli süre ile sınırlı olarak görevlendirilmeleri mümkündür. İdarenin bu konuda sahip olduğu takdir yetkisini hizmetin gerekli kıldığı durumlarda kullanması ve hizmetin ifası için öngörülen sürenin sonunda ilgilinin kadro görevine döndürülmesi gerekmektedir. İdarenin süreklilik gösteren hizmetlerinin yerine getirilmesindeki kamu görevlisi ihtiyacının ise naklen atama yolu ile gerçekleştirileceği açıktır”¹⁶. “657 sayılı Yasada aynı örgüt içinde geçici görevlendirme kurumu düzenlenmemiş olmakla birlikte, bir kamu kurumunun görev alanı içinde yer alan bir hizmeti yürütmek amacı ile, o hizmetle ilgili konuda uzmanlaşmış kamu görevlilerini kadroları üzerinde kalmak üzere belli bir süre ile görevlendirmeleri mümkün bulunmaktadır”¹⁷.

3. O halde, durumu uygun olan memurlar, kadroları buldukları yerde kalmak şartıyla, kurum içinde geçici süreli olarak görevlendirilebilir. Ancak bunun belirli bir süre ve belirli bir görevin ifasına ilişkin olması lazımdır. Yani memurlar belirsiz bir süre için kurum içi geçici görevlendirilemez. İhtiyaç halinde tabiki bu sürenin tekrar uzatılması mümkündür. Bununla birlikte, birbirini takip eden geçici süreli görevlendirme işlemleri ile devlet memurunun kendi kurumunda görev yapması da engellenmemelidir.

4. Kurum içi geçici süreli görevlendirmede “süre” şartı ön plana çıkmaktadır. Yani kurum içi geçici süreli görevlendirme, ancak belirli bir süre için yapılmalıdır. *Danıştay*, bir süre belirlenmeden yapılan geçici süreli görevlendirme işlemlerini hukuka aykırı bulmaktadır¹⁸. “Dava konusu işlemde davacının şark kromları-Ferrokrom İşletmesi Müessesesi Müdürlüğü Laboratuar Başmühendisliği emrinde hangi iş için görevlendirildiği belirli bir süre ile kayıtlanmamış ve böylece idareye geçici görevlendirme adı altında, davacının görevlendirildiği yerde sürekli olarak kalmasını sağlayacak bir uygulama olanağı tanınmış olmasında hukuka ve geçici görevlendirme müessesesinin amacına uyarlık bulunmamaktadır”.

5. Geçici süreli görevlendirmede “süre” şartına vurgu yapan *Danıştay*, Trabzon Vakıflar Bölge Müdürü olan devlet memurunun, Vakıflar Genel Müdürlüğü emrinde geçici olarak görevlendirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, “657 sayılı Kanunun 71 ve 76. maddelerinde, memurların kazanılmış hak aylıkları ile görev ve görev yerlerinin değiştirilebileceği kabul edilmiş bulunmaktadır. / Ancak bir memurun görev yerinin değiştirilmesi için mezkur maddelerde açıklanan usule göre görevlendirileceği yere kurumunca naklen atanması gereklidir. Kadro unvanı

çalıştığı yerde kalmak suretiyle memurun kurum içinde geçici olarak görevlendirilebilmesi ancak belli bir görevin ifasına münhasır olmak şartı ile mümkündür. ... Davacı hakkında alınan 7/6/1978 tarihli onayda geçici görevlendirmenin ne kadarlık süre için olduğu belirtilmediği gibi, Genel Müdürlük emrinde ne gibi bir hizmet için görevlendirildiği de açıklanmış değildir. / Bu durumda davacının belirsiz bir süre için geçici olarak görevlendirilmesindeki kamu yararı ve hizmet gereği idarece kanıtlanamamıştır” gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir¹⁹.

6. Hatta bir kararında *Danıştay*, bir süre öngörülmeden yapılan görevlendirmeyi geçici süreli görevlendirme dahi kabul etmemiştir²⁰: “Dava, Büyükşehir Belediye Başkanlığı Özel Kalem ve Protokol Müdürlüğünde Müdür yardımcısı olarak görev yapan davacının kadrosu üzerinde kalmak üzere Hesap İşleri Daire Başkanlığı Mezat Müdürlüğü emrinde görevlendirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. ... Ancak, 657 sayılı Kanunda aynı kurum içinde geçici görevlendirme müessesesi düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, bir kamu kurumunun görev alanı içinde yer alan bir hizmeti yürütmek amacıyla o hizmetle ilgili konuda uzmanlaşmış kamu görevlilerini, kadroları üzerinde kalmak üzere, belli bir süre ile görevlendirmeleri mümkün bulunmaktadır. Dava konusu işlemde ise bu koşulların bulunmadığı, davacının müdür yardımcısı kadrosu üzerinde kalmak üzere herhangi bir süre öngörülmezsizin mezat müdürlüğü emrinde görevlendirildiği, bu haliyle tesis edilen işlemin geçici görevlendirme olarak nitelendirilemeyeceği anlaşıldığından, dava konusu işlemde bu yönden hukuka uyarlık bulunmadığı açıktır”.

7. Geçici görevlendirme belirli bir süre için yapılırsa bile kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacı ile somut ve hukuken geçerli sebeplere bağlı olarak yapılmalıdır. Bu sebeplere bağlı olarak yapılan görevlendirmeler hukuka uygun olacaktır²¹. Aksi takdirde hukuka aykırı olacaktır. Nitekim örnek bir uyuşmazlıkta, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Bağ-Kur Genel Müdürünü, 27.11.1995 tarihinden itibaren altı ilde Bağ-Kur sigortalılarının sorunlarını yerinde incelemek üzere 40 gün süre ile görevlendirilmiştir. Genel Müdürün bu işleme karşı açtığı davayı ilk derece mahkemesinin reddetmesi üzerine kararı temyiz etmiştir. *Danıştay*, “mali ve idari bakımdan özerk bir kamu kurumu olan Bağ-Kur Genel Müdürlüğü’nün kuruluş amaçları doğrultusunda işleyişinden öncelikle yönetim kurulunun, yönetim kuruluna karşı da icra organı olarak genel müdürün sorumlu olacağı tabidir. Kurumun bütün işlerini yönetim kurulunun gözetimi altında ilgili kanunlar hükümlerine göre yürütmekle yükümlü bulunan genel müdürün, kurumun bağlı olduğu bakan tarafından, kurumun amaçları ve faaliyet konusu içinde olan hususlarla ilgili yerinde inceleme yapmak üzere geçici

görevlendirilmesi mevcut vesayet denetiminin sınırları içinde mümkün ise de, böyle bir görevlendirme ile kamu hizmetinin etkin ve verimli kılınması, üstün bir hizmet anlayışı ile ilgililere sunulması amaç edinilmeli, kamu yararı ile bağdaşmayan, kurumun en üst amiri ve icra organı olan genel müdürü görevinden fiilen uzaklaştırmak veya onu cezalandırmak gibi hizmet gereklerine ters düşen bir sonuç amaçlanmamalıdır. Aksi takdirde özerk bir kurumun genel müdürünün görev, yetki ve sorumluluklarının kurumun güncel, planlı ve programlı ihtiyaçlarına göre kullanamaması ve yerine getirememesi söz konusu olacaktır ki böyle bir durumun yasanın tanıdığı vesayet denetiminin amaç ve kapsamı ile bağdaştığını söylemek güçleşecektir. ... ilgili bakan'ın göreve başladıktan kısa bir süre sonra davacıdan veya kurumdan Bağkur sigortalılarının sorunları konusunda sözlü ya da yazılı herhangi bir bilgi belge talebinde bulunmaksızın, mali ve idari bakımdan özerk bir kamu kurumunun genel müdürü olan davacıyı, her zaman ve her türlü bilgiyi alabileceği kendisine bağlı kurum il müdürlüklerinde, sigortalıların sorunlarını yerinde incelemek gibi afaki ve soyut bir sebeple geçici görevlendirmesinin kamu yararı ve hizmetin gerekleriyle bağdaşır bir yönünün olmadığı ve bu nedenle dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmış(tır)" gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin davanın reddi yönündeki kararını bozmuştur²².

Danıştay bu kararında 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanunun 2. maddesinde, Bakanlığın görevlerinin sayıldığını ve bu görevler arasında bağlı kuruluşların amaçları ve özel kanunları gereğince idare edilmesini sağlama ve denetlemenin de yer aldığını, ayrıca aynı Kanunun "yöneticilerin sorumlulukları" başlıklı 31. maddesinde "*Bakanlık merkez, taşra, yurtdışı teşkilatı ile bağlı kuruluşların her kademe yöneticileri yapmakla yükümlü buldukları hizmet veya görevleri, bakanlık emir ve direktifleri yönünde mevzuata, plan ve programlara uygun olarak düzenlemek ve yürütmekten bir üst yönetici kademeye karşı sorumludur*" hükmünün yer aldığını belirtmiştir²³. İşte *Danıştay*, Genel Müdürün geçici görevlendirilmesini "mevcut vesayet denetiminin sınırları içinde mümkün ise de" demek suretiyle, bu maddelerde geçici görevlendirme yetkisinin idari vesayet makamına tanındığı açıkça yazmasa da mümkün olacağına karar vermiştir.

Bir diğer kararında *Danıştay*, Gaziantep İli Radyo Müdürlüğü emrinde üç ay geçici süre ile görevlendirme işlemi, *isabetli olarak*, "... davacının yerinde TV programları ile ilgili araştırmalar ve çalışmalarda bulunmak, bu konuda görgü, bilgi ve tecrübesini geliştirmek üzere görevlendirildiği iddia edilmekte ise de, bu iddia müzik ve eğlence şubesi müdürlüğü yapan adı

geçenin, televizyon çalışmaları bulunmayan Gaziantep radyosunda geçici süre ile görevlendirilmesine dayanak olama(z)” gerekçesiyle iptal etmiştir²⁴.

8. Geçici görevlendirme belirli bir süre için ve somut ve hukuken geçerli sebeplere bağlı olarak tesis edilse bile, memurun görev alanı dışında bir konuda yapılmışsa yine hukuka aykırı olacaktır. Nitekim örnek bir uyuşmazlıkta, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulunda, başmüfettiş olarak görev yapmakta iken Çaykur Diyarbakır Bölge Müdürlüğüne bağlı illerde belirlenen çalışma programı doğrultusunda gerekli incelemelerin yapılması amacıyla görevlendirilen devlet memurunun bu işlemin iptali istemiyle açtığı davada, “... teftiş ve denetim hizmetlerine uygunluk göstermeyen uzmanlık alanı dışındaki bir konu ile görevlendirilmesi işleminde kamu yararı ve hizmet gereği yönünden hukuka uyarlık görülme(miştir)”²⁵.

9. Geçici süreli görevlendirmenin gelecekteki belirsiz bir çalışma için olamayacağı yönünde de bir *Danıştay* kararı bulunmaktadır: “... ne zaman ve nasıl başlatılacağı henüz belli olmayan ileriye dönük Erzurum TV İşletme Bölüm Müdürlüğü’nün prodüksiyon merkezi haline getirilmesi ve paket yayından canlı yayına geçirilmesi planı için müdürlükte denetici personele ihtiyaç duyulacağı gerekçesiyle, ilgilinin geçici görevle görevlendirilmesi işleminde sebep yönünden hukuka uyarlık görülme(miştir)”²⁶.

10. Yine *Danıştay* içtihatlarıyla sabit olduğu üzere, bir kamu kurum veya kuruluşuna tahsis edilmiş olan ancak hukuken açık (boş) bulunan kadrolar, kural olarak görevlendirme yoluyla doldurulamaz. Bu kadrolar öncelikle asaleten atama yoluyla veya gerekli ve zorunlu hallerde vekaleten atama yoluyla doldurulabilir²⁷. Ayrıca, kurum içi geçici süreli görevlendirilen kamu görevlisinin bu görevde sürekli olarak kalması sonucunu doğuracak yargı kararı da verilemez. Yani geçici süreli görevlendirme yapan idare bu konuda yargı kararı ile zorlanamaz²⁸.

B. İl İdaresi Kanunu Uygulamasında

1. 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun “kaymakamların hukuki durumları, görev ve yetkileri” başlıklı 31. maddesinin G fıkrasında “*kaymakam, ilçede idare, daire ve müesseselerde çalışan uzman veya fen kollarına dahil memur ve müstahdemlerden ilçenin genel ve mahalli hizmetlerine ilişkin işlerin görüşülmesini asli vazifelerine hâlel getirmemek şartıyla valiliğe teklif suretiyle isteyebilir. Valilikten alınacak emir üzerine bu memurlar verilen işleri yapmakla ödevlidirler*” hükmü yer almaktadır. Madde ile kaymakamlara ilçede görevli bazı memurlar için belirli şart ve usulde görevlendirme yetkisi verilmektedir. Ancak madde kaymakamlara, ilçedeki kamu görevlilerinden sadece uzman veya fen kollarına dahil

memurların görevlendirilebilmesi konusunda yetki tanımıştır. Bu yetkinin kullanılması 1) Valiliğe teklifte bulunulmasına, 2) Görevlendirilen memurun asli görevlerine hanel getirilmemesi şartlarına bağlanmıştır. Bir kararında *Danıştay*, kaymakamlık makamı tarafından ilçedeki bir ilkolukulda anasınıfı öğretmenin aynı yerde bir diğer ilkolukulda sınıf öğretmeni olarak geçici görevlendirilmesini, öğretmenlerin 31. maddenin G fıkrasında yer almadıkları gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur²⁹.

2. *Danıştay*, İl İdaresi Kanunu'nun 31. maddesinin G fıkrası dışında kalan devlet memurlarının ise 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 8. maddesinin b fıkrasında yer alan “[A bendi] bunun dışında kalan bütün memurlar Bakanlıklar veya tüzelkişiliği haiz genel müdürlükler tarafından valilik emrine tayin edilerek il idare şube başkanının inhası üzerine valiler tarafından istihdam yerleri tesbit olunur” hükmü uyarınca kendisini o görev yerine atayan Valilikçe geçici olarak görevlendirilebileceklerine karar vermiştir³⁰.

3. Kurum içi geçici görevlendirme konusunda kaymakamlara verilen yetkiye benzer bir hüküm İl İdaresi Kanunu'nun 9. maddesinin G bendi valilere de verilmiştir: “Vali, il içindeki idare ve müesseselerde çalışan uzman veya fen kollarına dahil memur ve müstahdemlerden asli vazifelerine hanel getirmemek şartıyla ilin genel ve mahalli hizmetlerine müteallik işlerin görülmesini isteyebilir. Bu memurlar verilen işleri yapmakla ödevlidirler. Vali, keyfiyetten ilgili Bakanlığa ve tüzelkişiliği haiz genel müdürlüğe bilgi verir”.

4. Uygulamada “yetki devri” suretiyle valilere verilen kurum içi geçici süreli görevlendirme yetkisi de söz konusu olabilmektedir. Nitekim *Danıştay*, daha önceki kararlarıyla çelişerek, valilerin geçici görevlendirme yapmalarına ilişkin 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'ndan kaynaklanan bir yetkileri bulunmamakla birlikte, kendilerine Bakanlar tarafından, örneğin bir genelge ile yetki devri yapılabileceğini belirtmiştir³¹. Bu durumda valilerin, yetki devrine dayanarak kurum içi geçici süreli görevlendirme yapmaları kanuna uygun sayılmıştır. 04.08.2006 günlü 2006/92 sayılı Sağlık Bakanlığı Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğü Genelgesi'nde “Bakanlık Eğitim ve Araştırma Hastanelerinin etkin ve verimli çalışması, sunulan sağlık hizmetlerinin kalitesinin artırılması, eğitim hizmetlerinin aksamaması, dengeli dağılımın yaygınlaştırılması ve eğitim personelinin hizmetlerinden en iyi şekilde yararlanılması amacıyla klinik veya laboratuvar şef ve şef yardımcısı ile başasistanların 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, asistan rotasyonlarının ise Tüzük hükümleri çerçevesinde il içinde geçici görevlendirilebilmeleri”nin uygun görüldüğü, bu hususta yapılacak

işlemlerde kamu menfaati ön planda tutularak gerekli hassasiyetin gösterilmesi istenmiştir³².

C. Yükseköğretim Kanunu Uygulamasında

1. Yükseköğretim Kanunu uygulamasında, madde metninde açıkça adı yazmasa da kurum içi geçici süreli görevlendirmeye ilişkin önemli bir hüküm m. 13/b-4'tür. Fıkra, “*gerekli gördüğü hallerde üniversiteyi oluşturan kuruluş ve birimlerde görevli öğretim elemanlarının ve diğer personelin görev yerlerini değiştirmek veya bunlara yeni görevler vermek*” yetkisini Rektörlere vermektedir. Bu hüküm ile Rektörlere tanınan yetkinin, kurum içi geçici süreli görevlendirmeyi içeren bir yetki olduğu açıktır. Bu görevlendirme ancak belirli bir süre için söz konusu olabilir³³. Aksi takdirde belli bir süreyle sınırlı olmaksızın, naklen atama işlemi etkisi doğuracak şekilde yapılan kurum içi geçici görevlendirme işlemleri hukuka aykırı olacaktır. Bu fıkrayı *Danıştay* içtihatlarından örneklerle açmak gerekirse,

2. Bir Üniversitenin Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Tıp Fakültesi Hastanesi'nde Başhemşire olarak görev yapan davacının, hizmet içinde birtakım aksamalara sebebiyet verdiği ve yeterli denetimin yapılmadığı nedenleriyle, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 13/b-4 maddesi uyarınca Sağlık Kültür ve Spor Daire Başkanlığı Mediko Sosyal Biriminde görevlendirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, *Danıştay* şu önemli tespitleri yapmıştır³⁴: “2547 sayılı Yükseköğretim Yasasının 13/b-4 maddesiyle Rektöre tanınan yetkinin; öğretim elemanlarının veya diğer personelin zorunlu ihtiyaç hallerinde ve belli sürelerle geçici olarak görevlendirilmelerini içeren yetki olarak düzenlendiği bir nakil maddesi olarak kullanılamayacağı açıktır. / Bu durumda, davacının görevlendirildiği birimde hizmetine duyulan ihtiyacın somut ve nesnel gerekçeleri ortaya konulmaksızın ve belli bir süre belirtilmeksizin tesis edilen dava konusu görevlendirme işleminde hukuka uyarlık bulunmamaktadır”.

3. Bir Üniversitenin Hukuk Fakültesi'nde doçent olan davacının, Eğitim Fakültesinde görevlendirilmesi işlemine karşı açtığı davada da *Danıştay* tarafından ortaya konan argümanlar önem arz etmektedir³⁵: “Uyuşmazlık, ... Üniversitesi Hukuk Fakültesinde doçent olan davacının, ... Eğitim Fakültesinde görevlendirilmesine ilişkin davalı Rektörlük işleminden kaynaklanmış; anılan işlemin iptali istemiyle açılan dava, temyize konu İdare Mahkemesi kararıyla ve işlemin hizmet gereklerine uygun olduğu vurgulanarak reddedilmiştir. / 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun Rektörün görevlerini belirleyen 13. maddesinin (b) bendinin 4. fıkrasında, ‘Gerekli gördüğü hallerde üniversiteyi oluşturan kuruluş ve birimlerde

görevli öğretim elemanlarının ve diğer personelin görev yerlerin değiştirmek veya bunlara yeni görevler vermek' kuralına yer verilmiştir. / Öğretim elemanları, 2547 sayılı Yasanın öngördüğü yöntem içinde bir üniversite birimi için atanırlar. Atama yöntemindeki özellik ve amaçlar karşısında, temel olarak atandıkları yerde görev yürütecekleri kuşkusuzdur. Sözü edilen 2547 sayılı Yasanın 'Kurumlararası yardımlaşma' başlıklı 40. maddesi ile 'Öğretim üyesi ihtiyacının karşılanması' başlığını taşıyan 41. maddesi 'görevlendirme' kavramına yer vermiş ve bu kurumun süreli niteliğini vurgulamıştır. Ayrıca ders yükünün azlığı ile ilgili 40. maddenin (a) bendinde, yükseköğretim kurumlarıyla ilgili olarak 'o şehirdeki' kaydı konarak, kendi üniversite birimlerinin de aynı şehirde olmasını amaçlamış ya da 'aynı şehir' ilkesine özen gösterilmesini işaret etmiş olmaktadır. / Öte yandan anılan yasanın 52/f maddesinde de memurların naklen atanmaları düzenlenmiştir. Memurlar için 657 sayılı Yasanın 76. maddesinin de değerlendirilebileceği kuşkusuzdur. / Gerek bu kurallar ve gerekse 13/b-4. maddede öngörülen 'gerekli görülme hali'; anılan kuralla gerçekleştirilen, öğretim elemanının ve özellikle öğretim üyesinin belirli bir kadroya veya göreve atanması olgusu, 'gerekli durum' giderilinceye kadar süren bir geçicilik içerdiğinde kuşkuya yer bırakmamaktadır. / Bu hukuksal sonuç karşısında, belirli bir süre içermeyen, eski ve yeni görev yerlerinin başlama tarihlerinin bildirilmesini isteyen dava konusu işlemin sürekli atama özelliği içerdiği; bunun da belirli bir kadroda ve görevde öğretim üyesi olma niteliği ile bağdaşmadığı açıktır".

4. Karadeniz Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesinde öğretim üyesi iken Gümüşhane Meslek Yüksek Okulunda görevlendirilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada *Danıştay* şu kararı vermiştir³⁶: "Rektöre bu fıkra ile verilen yetkinin kapsamı, başka bir deyimle bu yetkiye dayanılarak yapılacak idari işlemin konu unsurunun ortaya konulması, davanın sonucunu belirleyecektir. Davalı idare bu yetkiye dayanarak rektörün, Üniversitede görevli öğretim görevlilerinin ve diğer personelin görev yerlerini sürekli olarak değiştirebileceğini savunmuş; davacı ise bu yetkinin görev yerinin geçici olarak değiştirilmesi veya geçici nitelikte yeni görevler verilmesi şeklinde kullanılabileceğini ileri sürmüştür. / Fıkranın düzenleniş amacı, üniversiteyi oluşturan kuruluş ve birimlerin herhangi birinde hizmetle ilgili olarak ortaya çıkacak bir ihtiyacın, Üniversitenin kendi elemanları ile ve süratli bir biçimde karşılanması, böylece kamu hizmetinin aksamadan ve sürekli olarak yürütülmesini sağlamaktır. / Genel olarak İdari teşkilatımızda belli bir kadro, belli bir hizmeti ifade eder ve bu hizmetin ilgili kadroya atanacak kişiler eliyle yürütülmesi esastır. Bu idari teşkilat olarak Üniversitede de durum bundan farklı değildir. / Bu husus,

2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu, 2709 sayılı Yüksek Öğretim Kurumları Teşkilatı Hakkında Kanun ve 2608 sayılı kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan 78 sayılı kanun hükmünde kararnamenin çeşitli hükümlerinden ve özellikle sonuncusuna ekli kadro cetvellerinden açıkça anlaşılmaktadır. / Açık kadrolara atama usulü ve atamaya yetkili makam genellikle kanunlarla belirlenir. Kanunda aksine bir açıklık bulunmadıkça atanmış kişinin, atandığı usulde ve atamaya yetkili makam tarafından görevinden alınması gerektiği idare hukukunun bu güne kadar uygulanagelmiş ilkelerinden biridir. Yüksek Öğretim Kurumunda öğretim elemanlarından herbirinin atanmalarında önemli atama usulleri getirilmiş ve atamaya yetkili makamlar belirtilmiştir. Gerek atamada gerekse atanan kadrodan alınmada kanunda belirtilen usullere uyulmaması veya bu işlemin yetkisiz makam tarafından yapılması işlemi ağır derecede sakatlar. Bu nokta da açıklamak gerekir ki; belli bir göreve atanmış olan kamu görevlisinin bu kadrodan alınarak başka bir kadroda görevlendirilebilmesi de kanunda bu konuda açık bir yetkinin varlığına ve yine kanunda gösterilen sebeplerin oluşmasına bağlıdır. / 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 13/b-4. maddesi ile rektöre verilen yetkiyi 'sürekli olarak görev yerini değiştirme' veya 'sürekli olarak yeni görevler verme' kapsamında kabul etmek, belli usullerle bir kadroya atanmış öğretim elemanının yasada gösterilen usule ve yetki kurallarına uyulmadan kadrosu ile hukuki ve fiili irtibatının kesilmesi, yine ancak belli usul ve yetki kurallarına uyularak atanılabilecek bir kadroya, bunlara uyulmadan atanması sonucunu doğurur. O halde adı geçen maddede öngörülen yetkinin yukarıda belirtilen amaçlarla ve hizmetin gerektirdiği süre ile sınırlı olduğunu, bu nedenle de sürekli olarak görev yerini değiştirme veya yeni görevler verme şeklinde kullanılamayacağını kabul etmek gerekir. / Dava konusu olayda, Karadeniz Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi'nde öğretim üyesi (doçent) olan ve bu sıfatla belli bir kadroya 2547 sayılı kanunun 25. maddesinde öngörülen kurallar içinde atanmış olan davacının Gümüşhane Meslek Yüksek Okulu'nda Ticaret Hukuku, Medeni Hukuk, Personel Yönetimi ve Beşeri ilişkiler derslerini vermek için sürekli olarak görev yeri değiştirilmiş, davalı idarenin 29.3.1983 günlü ve 121 sayılı yazısında kullanılan ifade ile 'Gümüşhane Meslek Yüksek Okulu asıl görev yeri olmuştur'. Bir Üniversite öğretim görevlisi için belirtilen yetkinin bu kapsamda kullanılmasının yukarıda açıklanan hukuk kurallarına aykırılığı bir yana, 2547 sayılı kanunun 4/c maddesinde ifadesini bulan 'Yüksek düzeyde bilimsel çalışma ve araştırma yapmak bilgi ve teknoloji üretmek, bilim dünyasının seçkin bir üyesi haline gelmek' gibi yüksek öğretimin amaçları ile de bağdaşmadığı açıktır. / Davalı idare, 28.5.1984 günlü temyiz dilekçesinde geçici nitelikteki görevlendirmelerin 2547 sayılı kanunun 38,

SONUÇ

Geçici süreli görevlendirme, hizmet gereklerinden kaynaklanan bir gerekliliktir. Bu kurumun, hukuka ve mevzuata uygun olarak işlemesi yanında usul ve şartlarının da açık bir şekilde mevzuatta düzenlenmiş olması memur güvenliği açısından önem arz etmektedir. Bu kadar önemli olmasına ve uygulamada sıkça başvurulmasına rağmen, Devlet Memurları Kanunu'nda sadece kurumlar arası geçici süreli görevlendirme düzenlenmiş; kurum içi geçici süreli görevlendirme düzenlenmemiştir. Bu, ciddi ve önemli bir eksiklik olup Devlet Memurları Kanunu bağlamında kurum içi geçici süreli görevlendirme işlemlerinin kanuna uygunluğu tartışmalarını da beraberinde getirmektedir. Ayrıca kanunkoyucunun kurumlar arası geçici süreli görevlendirmeye de yeterince önem vermediği söylenebilir. Zira bu kurumu Kanunun ek maddelerinde düzenlemiştir. *Kanaatimizce*, kurum içi ve kurumlar arası geçici süreli görevlendirmenin, Devlet Memurları Kanunu'nun ana maddelerinde ve mutlaka ayrı birer madde olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu düzenleme yapılırken, her iki görevlendirme kurumunun kendine has özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu noktada en önemli husus şüphesiz "süre" konusudur. Hem kurum içi geçici süreli görevlendirme hem de kurumlar arası geçici süreli görevlendirme makul bir süre için yapılabilmelidir. Sürekli nitelik taşıyan görevlendirme işlemleri yapılamamalıdır. Ayrıca her iki görevlendirme, belli bir hizmetin geçici olarak yürütülmesi amacıyla yönelik olmalıdır. Diğer bir ifadeyle geçici süreli görevlendirmenin belli süreli ve bir

hizmetin geçici olarak yürütülmesi amacına yönelik olması gerekir. Aksi takdirde, geçici süreli görevlendirme ile amaçlanan hedefin dışına çıkmış olur.

SON NOTLAR

1 RG. 14.08.1970, sy. 13579.

2 Madde ile şu hüküm getirilmiştir: “Bu kanuna tabi memurlara, 13/12/1960 tarih ve 160 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi kapsamına giren kurumlarda geçici süreli olarak görev verilebilir. / Yukarıdaki fıkra göre geçici süreli olarak görevlendirilen memurların kadroları ile ilişkileri, kendi sınıf ve derecelerindeki terfi ve emeklilik hakları devam eder”.

3 Madde ile şu hüküm getirilmiştir: “Geçici süreli görevlendirme yolu ile başka bir görevde çalışan memurlar hakkında aşağıdaki esaslar uygulanır: a) Ek madde 1’e [8] göre görevlendirilen memur, hem kendi sınıf ve meslekinin ve hem de geçici süreli olarak görevlendirildiği işin mevzuatına uymakla yükümlüdür. b) Genel ve katma bütçeli kurumlar dışında, bir kurumda geçici süreli olarak görevlendirilen memurlar aylıklarını gittikleri yerlerin bütçelerinden alırlar ve geçici süreli görevlendirildikleri kadronun aylık ve diğer haklarından yararlanırlar. c) Geçici görevlendirme memurun muvafakati ile olur ve 2 yılı geçmez. d) Geçici süreli görevlendirme, yalnız 7 nci ve daha yukarı derecelere tahsis edilmiş görevler hakkında uygulanır. Geçici süreli görevlendirmenin memurun mesleki ile ilgili olması şarttır. e) Geçici süreli görevlendirme, Devlet Personel Dairesinin uygun görüşü üzerine ilgili Bakanlıklar ve Maliye Bakanlığının müşterek kararı ile yapılabilir. Geçici süreli görevlendirmenin uygulanabileceği haller, şartlar, süresi, sicil ve sair hususlar tüzükle belirtilir”.

4 RG. 25.02.2011, sy. 27857. (Mükerrer)

5 RG. 26.05.1975, sy. 15247.

6 Değişikle madde şu hali almıştır: “Geçici süreli görevlendirme yoluyla başka bir görevde çalışan memurlar hakkında aşağıdaki esaslar uygulanır. a) Ek madde 1’e [8] göre görevlendirilen memur, hem kendi sınıf ve meslekinin hem de geçici süreli olarak görevlendirildiği işin mevzuatına uymakla yükümlüdür. b) Geçici süreli olarak görevlendirilen memurlar aylıklarını görevlendirildikleri kadrodan alırlar ve bu kadronun diğer haklarından yararlanırlar. c) Geçici görevlendirilme memurun muvafakati ile olur ve iki yılı geçmez. d) Geçici süreli görevlendirme yalnız 7 nci ve daha yukarı derecelere tahsis edilmiş görevler hakkında uygulanır. Geçici süreli görevlendirmenin memurun mesleği ile ilgili olması şarttır. e) Geçici süreli görevlendirme, Devlet Personel Dairesi’nin uygun görüşü üzerine ilgili

Bakanlıkların müşterek kararı ile yapılır. Geçici süreli görevlendirmenin uygulanabileceği haller, şartlar, süresi, sicil ve sair hususlar yönetmelikle belirtilir”.

Bu maddede bahsedilen Yönetmelik, “Devlet Memurları Geçici Süreli Görevlendirme Yönetmeliği” adıyla, 31.01.1974 tarih ve 14785 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Uzun yıllar uygulanan bu Yönetmelik, 15.06.2011 tarih ve 27965 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan bir Yönetmelikle yürürlükten kaldırılmıştır.

[7](#) RG. 29.09.1983, sy. 18176.

[8](#) “Geçici görevlendirilme memurun muvafakati ile olur ve 2 yılı geçemez. Ancak, yurt dışına atanan koruma görevlileri için bu süre bir katına kadar uzatılabilir”.

[9](#) D5D, E. 2006/636, K. 2008/3726, KT. 16.06.2008, DD, 2009, sy. 120, s. 164-165.

[10](#) RG. 13.07.2005, sy. 25874.

[11](#) RG. 04.03.2005, sy. 25745.

[12](#) RG. 06.11.1981, sy. 17506.

[13](#) D5D, E. 1987/2378, K. 1989/2045, KT. 27.11.1989, DD, 1990, sy. 78-79, s. 282-283.

[14](#) D8D, E. 2004/3828, K. 2005/1093, KT. 09.03.2005, DBB.

[15](#) D5D, E. 1997/2711, K. 1998/270, KT. 09.02.1998, DD, 1999, sy. 97, s. 327-328. **Aynı yönde bkz.** D5D, E. 1996/2070, K. 1997/419, KT. 26.02.1997, DD, 1998, sy. 94, s. 325; D2D, E. 2007/1275, K. 2007/4535, KT. 23.11.2007, DD, 2008, sy. 118, s. 126; D5D, E. 2007/168, K. 2009/2800, KT. 20.05.2009, DD, 2009, sy. 122, s. 281-282; D5D, E. 1996/19, K. 1998/1631, KT. 28.05.1998, DBB; D5D, E. 1995/3956, K. 1998/1460, KT. 14.05.1998.

[16](#) D5D, E. 1990/3054, K. 1991/753, KT. 24.04.1991, DBB. **Aynı yönde bkz.** D5D, E. 1980/6944, K. 1982/2464, KT. 17.03.1982, DBB.

[17](#) D5D, E. 1991/2055, K. 1992/833, KT. 08.04.1992, DBB. **Aynı yönde bkz.** D5D, E. 1989/2595, K. 1992/2375, KT. 29.09.1992, DBB.

[18](#) D5D, E. 1990/3054, K. 1991/753, KT. 24.04.1991, DBB. **Aynı yönde bkz.** D2D, E. 2004/1631, K. 2005/2474, KT. 11.07.2005, DD, 2006, sy. 111, s. 108; D5D, E. 1980/6944, K. 1982/2464, KT. 17.03.1982, DBB.

[19](#) D5D, E. 1979/5756, K. 1982/9728, KT. 01.11.1982, DD, 1983, sy. 50-51, s. 219. **Aynı yönde bkz.** D5D, E. 1978/4052, K. 1981/5, KT.

14.01.1981, DD, 1982, sy. 44-45, s. 217; D5D, E. 1980/6944, K. 1982/2464, KT. 17.03.1982, DBB.

[20](#) D5D, E. 1989/2595, K. 1992/2375, KT. 29.09.1992, DBB.

[21](#) **Örnek olarak bkz.** D5D, E. 1969/903, K. 1970/501, KT. 12.02.1970, Danıştay Beşinci Daire Kararları (1970-1981), Birinci Kitap, c. I, Ankara 1983, s. 345-346; D5D, E. 1971/18516, K. 1972/4108, KT. 29.05.1972, Danıştay Beşinci Daire Kararları, s. 346; D5D, E. 1978/5771, K. 1980/94, KT. 21.01.1980, Danıştay Beşinci Daire Kararları, s. 347; D5D, E. 1976/7207, K. 1979/5052, KT. 11.12.1979, Danıştay Beşinci Daire Kararları, s. 347.

[22](#) D5D, E. 1996/2997, K. 1999/3204, KT. 27.10.1999, DD, 2001, sy. 103, s. 448-449.

[23](#) D5D, E. 1996/2997, K. 1999/3204, KT. 27.10.1999, DD, 2001, sy. 103, s. 448.

[24](#) D5D, E. 1976/1843, K. 1977/1112, KT. 10.03.1977, Danıştay Beşinci Daire Kararları, s. 346.

[25](#) D2D, E. 2004/1631, K. 2005/2474, KT. 11.07.2005, DD, 2006, sy. 111, s. 108.

[26](#) D5D, E. 1976/5413, K. 1979/755, KT. 26.03.1979, Danıştay Beşinci Daire Kararları, s. 347.

[27](#) D5D, E. 1997/2711, K. 1998/270, KT. 09.02.1998, DD, 1999, sy. 97, s. 328.

[28](#) D5D, E. 1997/2711, K. 1998/270, KT. 09.02.1998, DD, 1999, sy. 97, s. 328.

[29](#) D5D, E. 1991/3136, K. 1995/454, KT. 26.01.1995, DD, 1996, sy. 90, s. 529-532.

[30](#) D5D, E. 1991/3136, K. 1995/454, KT. 26.01.1995, DD, 1996, sy. 90, s. 531-532.

[31](#) D5D, E. 2007/168, K. 2009/2800, KT. 20.05.2009, DD, 2009, sy. 122, s. 281.

[32](#) D5D, E. 2007/168, K. 2009/2800, KT. 20.05.2009, DD, 2009, sy. 122, s. 281.

[33](#) “Yukarıda belirtilen Yasayla Rektöre tanınan yetkinin, geçici görevlendirmeyi içeren bir yetki olduğu açıktır. Dava dosyasının incelenmesinden, ... Üniversitesi ... Tıp Fakültesi Genel Cerrahi Ana Bilim Dalında öğretim üyesi olarak görev yapan davacının, üniversiteye bağlı ... Mediko Sosyal Merkezi Başkanlığı'nda sürekli olarak görevlendirildiği

anlaşılmaktadır. / Bu durumda, davacının Mediko Sosyal Merkezi Başhekimliği'nde yapılan görevlendirmede herhangi bir süre belirtilmediğinden, yapılan görevlendirme geçici görevlendirme olmayıp atama niteliğinde olduğundan İdare Mahkemesince davanın reddedilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır". D8D, E. 2002/3345, K. 2003/2225, KT. 14.05.2003, DBB. **Aynı yönde bkz.** D8D, E. 2004/708, K. 2004/4157, KT. 02.11.2004, DBB.

[34](#) D8D, E. 2003/2047, K. 2004/352, KT. 26.01.2004, DKD, 2004, sy. 4, s. 231.

[35](#) D8D, E. 2002/523, K. 2002/3022, KT. 23.05.2002, DBB.

[36](#) D5D, E. 1985/729, K. 1986/1234, KT. 05.11.1986, DBB.

İDARİ VESAYET MAKAMININ “ONAY” İŞLEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SONUÇLARI

*Doç. Dr. Cemil KAYA **

GİRİŞ

Mahalli idareler, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişileridir. Yürüttükleri kamu hizmeti ile ilgili olarak icrai karar alma ve uygulama yetkisine sahiptirler. Bununla birlikte mahalli idareler, çeşitli sebeplerle, kendi tüzel kişilikleri dışında yer alan idari makamların denetimine tabidir. Ülkemizde bu denetim merkezi idare tarafından yapılır ve “idari vesayet” adını alır. İdari vesayet, merkezi idarenin mahalli idarelerin işlemlerini, organlarını ve personelini kanunla¹ öngörülen sınırlar içinde denetlemesini ifade eder². İdari vesayet³, kanunda yer alan düzenlemenin izin verdiği ölçüde gerçekleşir.

Anar idari vesayeti şu şekilde tanımlamaktadır⁴: “İdari vesayet merkezin ademimerkeziyet idarelerinin icrai kararlarını ve idari fiil ve hareketlerini murakabe etmek ve bu kararları bozabilmek salahiyetidir. / İdari vesayet merkezle ademimerkeziyet idareleri arasında bir rabita tesis etmek ve ademimerkeziyet idarelerinin karar ve fiilleriyle devletin birliğini ve amme hizmetlerinin insicamını ihlal etmelerine mani olmak için kabul edilmiş bir hukuki müessesedir”. *Danıştay*’a göre ise idari vesayet, “Kamu düzenini ve idarede bütünlüğü sağlamak için kamu yararı amacıyla kanunların verdiği yetkiye dayanarak, merkezi idarenin, yerel yönetimin organları ve bunların bazı işlemleri ile harcamaları üzerinde, kamu hizmetinin gereklerine uygun olarak kullanılan bir denetim şeklidir.”⁵ ve “Merkezi idareye, yerinden yönetim idarelerinin icraya ilişkin bazı kararlarını, idari işlem ve eylemlerini kamunun ve o yörede yaşayan halkın çıkarları açısından denetlemek amacıyla tanınmış sınırlı bir yetkidir”⁶.

Anayasanın 127. maddesinin 5. fıkrasına göre “Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

yetkisine sahiptir”. İdari vesayet yetkisinin amacı, idarenin diğer faaliyetlerinde olduğu gibi, kamu yararadır. Bu yetkinin özel amaçları ise mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanmasıdır.

Mahalli idarelerin işlemleri üzerinde gerçekleştirilen “onay” işlemi önem arz etmektedir. Zira onay işlemi, hukuki niteliği ve hukuk düzeninde meydana getirdiği sonuçlar açısından doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine ve farklı yargı kararlarının ortaya çıkmasına yol açmıştır. İşte bu makalede, esas itibarıyla, idari vesayet makamının “onay” işleminin hukuki niteliği ve sonuçları ele alınacaktır.

I. İşlemler Üzerinde İdari Vesayet Denetimi

A. İdari vesayet yetkisi daha çok mahalli idarelerin işlemleri üzerinde kullanılır. Mahalli idareler tarafından tesis edilen idari işlemler kanunlar tarafından merkezi idarenin denetimine tabi tutulur. Bu denetim, işlemin tesis edilmesinden önceki bir aşamada yahutta genellikle işlemin tesis edilmesinden sonraki bir aşamada gerçekleşir. İşlemin tesis edilmesinden önceki aşamada gerçekleşen idari vesayet yetkisi, mahalli idarelerin işlemlerini yapmalarına “yardımcı olma” işlevi görür⁷. Merkezi idare, işlemin tesisinden önce daha ziyade “izin verir”, “uygun bulur” ya da “görüş bildirir”. İşlemin tesisinden sonra ise çoğunlukla “onar”⁸, “iptal eder”, “erteler” ve “yürütmesini durdurur”.

B. Bununla birlikte merkezi idarenin *kural olarak* mahalli idarelerin “yerine geçerek işlem tesis etme” / “işlemi değiştirme/tadil” yetkisi bulunmamaktadır⁹. Diğer bir ifadeyle merkezi idare, *kural olarak*, mahalli idarenin işlemini değiştirme ve bu yolla iradesini mahalli idarenin iradesi yerine ikame etme yetkisine sahip değildir. Çünkü “kararın tadili demek mevzuun yani tasarruftan doğması beklenen ve istenen neticenin, durumun değiştirilmesi demektir. Halbuki kararın mevzuunu tayin etmek doğrudan doğruya ademimerkeziyet idaresinin salahiyeti dahilindedir. ... Merkezin ... ademimerkeziyet idaresinin salahiyet sahasına giren bir hususta onun yerine kaim olarak irade izhar etmeye ve hukuki tasarrufu kendisinin yapmaya salahiyeti yoktur”¹⁰.

C. *Danıştay*, diğerleriyle birlikte, işlemler üzerinde idari vesayet denetimi yetkisinin de sınırını çizmiştir¹¹: “Vesayet makamlarına tanınan takdir yetkisinin kullanılması keyfi ve mutlak olmayıp kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır. İdari işlemlerin amacı kamu yararı olduğuna göre, bu amaca yönelik olmayan işlemlerin maksat yönünden yasaya aykırı olacağı kuşkusuzdur”.

II. İşlemler Üzerinde İdari Vesayet Denetimi Usullerinden Biri Olarak “Onay” İşlemi

Onay işlemi işlemler üzerinde uygulanan bir idari vesayet usulüdür. Onay, “Mahalli idareler tarafından yapılan ve merkezi idare tarafından denetleneceği kanunla belirlenen işlemlerin, yetkili makam ya da kişi tarafından mevzuata, durumun gereklerine ve ihtiyaca uygun bulunarak kabul edilmesi iradesini ifade eder”¹².

Merkezi idare kanun ile kendisine onay yetkisi verilen durumlarda, idari vesayet yetkisinin kanuna dayanması zorunluluğu gereği, onay dışında bir yetkiye sahip değildir. Yani bu halde merkezi idare, örneğin işlemi iptal edemez ya da yürütmesini durduramaz. Aynı şekilde idari vesayet yetkisi, ancak kanunla bu yetki verilen makam veya personel tarafından kullanılacağından, onay işleminin de ancak bu makam veya personel tarafından yapılması gerekir.

Nihayet onay işlemi, mahalli idareye bir zorunluluk yüklemeyiz. Yani, onaya rağmen mahalli idare işlemini uygulamayabilir¹³.

A. Onaya Tabi Tutulan İşlem ve Onay İşleminin Hukuki Niteliği: Ayrılık mı? Birliktelik mi?

1. Doktrinin Konuya Yaklaşımı

İdari işlemlerde gerçek irade sahibinin belirlenmesi açısından, onaya tabi tutulan işlem ile onay işleminin hukuki niteliklerinin ayrı ayrı belirlenmesi gereklidir¹⁴. Örneğin bu belirleme iptal davasının konusunu oluşturma ve işlemlerdeki hukuka aykırılıkların birbirine etkisi açısından önem arz etmektedir. Onay işlemi, onaya tabi tutulan işlemin tamamlanması şartı mıdır? Yoksa ayrı bir işlem midir? Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. *Hauriou* ve *Bezin*, onay işleminin bir formalite ve gerçek irade dışı unsur sayılması gerektiğini, dolayısıyla da işlemin bütünüleyici bir parçası olmadığını, onaya tabi tutulan işlemin işlemdeki tek ve gerçek irade olduğunu, onay işleminin ise sadece işlemin üçüncü kişiler üzerinde etkili hale gelmeyi sağladığını ifade etmektedir¹⁵. Türk doktrininde *Onar*, konuya ilişkin olarak şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “Tasdik, ademimerkeziyet idaresinin kararının bir unsuru, mütemmim cüz’ü değildir. Çünkü karar muhtariyeti ve hükmi şahsiyeti haiz ve kendi namına irade izharına kadir olan ademimerkeziyet idaresinin iradesinden doğmuş bir hukuki tasarruftur. Bu tasarrufun unsurlarını ademimerkeziyet idaresinin iradesinde yani tasarrufun kendisinde aramak lazım gelir. / Şu halde asıl tasarrufla yani ademimerkeziyet idaresinin kararı ile merkezin tasdik kararı birbirinden ayrı birer tasarruftur. ... Şu halde idari vesayetin istimali olan tasdik iradesi tasarrufa dahil ve yapıcı bir irade değildir. ... Asıl tasarrufun dışında kalır. /

Diğer tabirle idari vesayette ademimerkeziyet idaresi namına izhar edilmiş olan irade ayrı hükmi şahsiyetin, merkez namına izhar edilen tasdik iradesi ise diğer bir hükmi şahsiyetin iradesidir ve iki irade tamamen müstakil ve tabiatıyla biri diğerinden ayrı, gerek haksahipleri, gerek mevzuları ve gerekse hükümleri tamamen farklı ayrı ayrı hukuki tasarruflardır ve ortada biri yerinden yönetim idaresinin yapmış olduğu asıl hukuki tasarruf, diğeri ise tasdik hukuki tasarrufu olmak üzere iki hukuki tasarruf vardır¹⁶ ve devamla “tasdik ... asıl tasarrufun dışında kalan ve onun bünyesine değil akıbetine tesir eden birer şarttan başka bir şey değildir. Yani idari vesayet makamı tasdikiyle ademimerkeziyet idaresinin tasarrufunun oluşuna, tekevvününe iştirak etmediği gibi bu tasarrufa yeni bir şey de katmaz, ... [tasdik] ademimerkeziyet idaresinin tasarrufunun akıbetini tayin etmektedir. Bu tasarrufun doğuş ve oluşu ile alakaları yoktur”¹⁷. *Onar* ile aynı görüşü savunan *Günday*, mahalli idarelerin devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu ve bu yolla idari işlemler tesis etme haklarının bulunduğu gerçeğinden hareketle, “... yerinden yönetim kuruluşunun işlemi, asli işlem olarak o kuruluşun tüzel kişiliğe ve iradeye sahip olması nedeniyle doğmuş, tamamlanmış bir işlemdir. Hal böyle olunca, yerinden yönetim kuruluşunun işlemi ile merkezi idarenin işlemini birbirinden ayrı işlemler olarak görmek gerekir. Şu halde, merkezi idarenin onama işlemini, yerinden yönetim kuruluşunun işlemi tamamlayan bir unsur, onun bir parçası olarak görmek mümkün değildir. İşlem, yerinden yönetim kuruluşunun iradesi ile doğmuş ve tamamlanmıştır” açıklamalarını yapmıştır¹⁸. *Erkut* da onay işleminin yeni bir işlem olduğu, idari işlemin bütün unsurlarını taşıdığı ve dolayısıyla da her iki işlemin birbirinden bağımsız işlemler olduğu görüşündedir¹⁹. Buna karşılık, onay ile onaya tabi tutulan işlemi tek bir işlem olarak gören *Coşkun*, “bu işlemler onay anından sonra tam bir işlem niteliği kazanır. Onaylanmadığı sürece ortada kesin bir işlemden söz etmek olanağı yoktur. ... Vesayet yönetiminin onayı da bu tip işlemlerde kendi başına hukuk alanında bir işlem niteliği kazanmaktan yoksundur. Kamu tüzel kişisinin işlemi olmadan bu onay iradesi de hukuk alanında bir varlık olamamaktadır. / Bu durumda, gerek vesayet yönetiminin iradesine, gerekse kamu tüzel kişisinin iradesine işlemin tamamlanması için gerekli iki unsur olarak bakmak en uygun yoldur. İşlemin hazırlık süreci kamu tüzel kişisi tarafından, kesinlik kazandırma süreci de vesayet yönetimi tarafından tamamlanmaktadır. Kanımızca sonuçta, biri vesayet yönetiminin diğeri vesayet denetimine uyruk kamu tüzelkişisinin olmak üzere iki işlem değil bu iki iradenin birlikte oluşturduğu bir tek işlem (birleşme tasarruf) vardır” görüşündedir²⁰. Biz, onaya tabi tutulan işlemin ve onay işleminin birbirinden bağımsız ve ayrı bir işlem olduğu kanaatindeyiz. Bunun sonucu olarak onay

işlemindeki hukuka aykırılık onaya tabi tutulan işlemi etkilemeyeceği gibi onaya tabi tutulan işlemdeki hukuka aykırılık onay işlemi ile hukuka uygun hale gelmez²¹. Yani bu durumda işlemlerin birbirlerinden bağımsızlığı ve birbirlerini etkilememesi ilkesi esastır.

2. Danıştay'ın Konuya Yaklaşımı

Bu konuda *Danıştay* kararlarında bir birliktelik bulunmamaktadır. *Danıştay* bir kararında onay işleminin onaya tabi tutulan işlemden ayrı olduğuna dikkat çekmiştir²²: "... vesayet makamının onama işlemi, yerinden yönetim idaresinin kararının bir unsuru değildir. Çünkü karar, özerkliği bulunan ve kendi adına irade beyanına yetkili bulunan yerinden yönetim idaresinin iradesinden doğmuş bir hukuki tasarruf olup, idari vesayetin uygulanması olan onama iradesi, tasarrufun dışında kalmaktadır". Buna karşılık Yüksek Mahkeme bir diğer kararında onay işleminin onaya tabi tutulan işlemi tamamladığına vurgu yapmıştır²³: "Onay ile tekemmül edip icrai nitelik kazanmış bir işlem, ya da bu işleme karşı açılan dava sonucunda yargı mercii tarafından iptal edilmek suretiyle ortadan kaldırılabilir veya işlemi tesis eden idare tarafından işlemin uygulanmasından vazgeçilebilir. / Kaymakamın, onayı ile tamamlanıp tekemmül etmiş bir işlemi, onayı geri almak suretiyle ortadan kaldırma yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü onay hukuk alanında başlı başına bir işlem olmayıp, tamamlayan bir unsurdur".

3. Anayasa Mahkemesi'nin Konuya Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi de bir kararında, *öğretiye yollama yapmak suretiyle*, onay işleminin onaya tabi tutulan işlemden ayrı olduğunu belirtmiştir²⁴: "Belirtmek gerekir ki, öğretilerde de değinildiği gibi, onay, yerel yönetimlerin kararlarının bir ögesi ya da tamamlayıcı parçası değildir. Bu kararlar, kamu tüzelkişiliğine sahip ve kendi adlarına irade izharına yeterli olan yerel yönetimlerin iradesinden doğmuş hukuksal bir tasarruftur. Son aşamada onay biçiminde beliren, dayanağını Anayasa ve yasalardan alan merkezden yönetimin idarî vesayet yetkisi ise, yerel iradenin dışında ve karşısında, onların eylem ve işlemlerini denetlemek, kararlarını onaylamak, değiştirerek onaylamak ya da bozmak biçiminde kendini gösteren ikinci bir güç ve iradedir. Şu halde, yerel yönetimlerin kararı ile merkezden yönetimin kararını ayrı birer tasarruf olarak kabul etmek gerekir".

4. Sonuç

Sonuç olarak, onay işleminin onaya tabi tutulan işlem üzerindeki etkisi nedir? Bu konuda doktrindeki görüşler, yukarıda ileri sürülen görüşlere de paralel olarak, onay işleminin onaya tabi tutulan işleme hukuki varlık kazandıracığı ve kazandırmayacağı yönünde farklılaşmaktadır. Onaya tabi tutulan işlemin ve onay işleminin birbirinden bağımsız işlemler olduğu ve

dolayısıyla ayrı birer hukuki varlığa sahip oldukları görüşünden hareketle, onay işleminin sadece onaya tabi tutulan işlemin yürürlüğe girmesi bakımından etkisi olduğu görüşüne²⁵ katılmaktayız. O halde onay işlemi, daha önce tamamlanmış bir [onaya tabi] işlemin yürürlüğe girmesi ile ilgili bir sorundur. *Kanaatimizce* onaya tabi tutulan işlemler “yürürlüğü geçici olarak ertelenmiş/askıya alınmış” işlemlerdir. Onaya tabi tutulan işlem, onay işlemi olmadan, *kural olarak*, yürürlüğe giremez. Gerçekten de “bu tür işlemler, onay öncesinde tüm unsurları ile oluşmuş ve hukuken varlık kazanmıştır; sadece yasal bir zorunluluğun yerine getirilmesi gerekmektedir ki, bu da işlemin hukuki geçerliliği ile değil, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ile ilgili bir zorunluluktur”²⁶.

B. Onaya Tabi Tutulan İşlem ve Onay İşlemine Karşı Dava Açılması Durumu

Onay işleminin onaya tabi tutulan işlemde ayrı olup olmadığı konusu, bu işlemlere karşı dava açılması durumunda önem arz etmektedir. Konuyu onaydan önce ve onaydan sonraki durum halinde ikiye ayırarak incelemekte fayda bulunmaktadır.

Bu arada şu hususu da belirtmekte yarar vardır ki, onaya tabi tutulan bir işlemi merkezi idarenin onamaması halinde mahalli idarenin bu işleme karşı dava açma hak ve yetkisi bulunmaktadır. Nitekim *Onar*'a göre de “Ademimerkeziyet idarelerine, idari vesayet tasarruflarına karşı iptal davası açmak salahiyetinin tanınması en ufak bir şüphe ve tereddüde meydan bırakmayacak derecede tabii ve zaruridir”²⁷. *Gözler*, onamama kararına karşı, menfaat ilişkisi bulunmak kaydıyla, idari yargıda dava açılabileceğini ve bu davada husumetin merkezi idareye yöneltileceğini belirtmiştir²⁸.

1. Onaydan Önceki Durum

Onaya tabi tutulan işleme karşı, onaydan önce dava açılıp açılmayacağı önemlidir. Konu, onaya tabi tutulan işlemin icrailiği ve kesinliği ile yakından ilgilidir. *Kanaatimizce*, onaya tabi tutulan işlem icrailik niteliğine haiz²⁹ ve kesin işlemdir³⁰. *Danıştay* ise, onaya tabi tutulan işlemleri kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem olarak görmediği için iptal davasına konu yapılamayacağına karar vermiştir³¹. *Conseil d'Etat* ise 1898 tarihli bir kararında onaylanmak üzere bekleyen işleme karşı açılan iptal davasına bakmıştır³². Diğer taraftan onay işlemleri ise hem icrai hem de kesin işlemlerdir. Bununla birlikte doktrinde onay işleminin hukuk düzenine bir yenilik getirmiyorsa, varolan hukuki durumu teyid ediyorsa iptal davasına konu yapılamayacağı; buna karşılık hukuk düzenine bir yenilik getiriyorsa iptal davasına konu yapılabileceği yönünde görüşler de mevcuttur³³. Ancak bu ayrımın, her zaman rahatlıkla yapılması mümkün olmadığı gerekçesiyle

eleştirilmiştir³⁴. Kısacası hem onaya tabi tutulan işlem hem de onay işlemi ayrı ayrı iptal davasına konu olabilir.

2. Onaydan Sonraki Durum

Onaya tabi tutulan işleme karşı onaydan sonra dava açılabilceği konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak bu durumda sadece onaya tabi tutulan işleme karşı mı dava açılması gerektiği, onay işlemine karşı tek başına dava açılıp açılmayacağı, onaya tabi tutulan işlem ile onay işlemine karşı birlikte dava açılıp açılmayacağı gibi sorular karşımıza çıkmaktadır. Genel olarak kabul edilen anlayışa göre, “onaydan sonra vesayet makamı sorumlu değildir”. Bu kabule göre, onay işleminin onaya tabi tutulan işlemde tamamen ayrı bir işlem olmasının en önemli sonucu, onaydan dolayı merkezi idarenin sorumlu olmamasıdır. Yani onaydan doğan sorumluluk merkezi idareye değil, işlemi tesis eden mahalli idareye aittir.

a. Doktrinin Konuya Yaklaşımı

Onar'a göre “tasdikten dolayı merkez idaresine, idari vesayet makamına mesuliyet tevccüh etmez. Tasdik edilen karar tasdik kararından ayrı ve müstakil bir tasarruf olduğu için bundan doğacak mesuliyet te kararı almış olan ademimerkeziyet idaresine aittir. ... Bu karardan dolayı açılacak iptal davasında da tam kaza davasında da husumet ve asıl tasarruftan doğacak mesuliyet, kararı vermiş olan ademimerkeziyet idaresine tevccüh eder. / Kararın tasdik edilmemesinde de ademimerkeziyet idaresi mesul değildir; ancak merkezin tasdik etmemesi ademimerkeziyet idaresinin kendi fiil ve hareketinden ileri gelmişse bu idare bu hareketlerinin neticesi olan tasdik edilmemekten mesul olur”³⁵. Aynı yönde *Günday*, “Onanan işlem hakkında açılacak bir idari davada, husumetin vesayet makamına değil, yerinden yönetim kuruluşuna yöneltilmesi gerekmektedir. Buna karşılık vesayet makamı onamama veya değiştirerek onama işlemleri nedeniyle sorumlu olup, bu işlemler nedeniyle açılacak davalarda husumet vesayet makamına yöneltilir.”, görüşündedir³⁶. *Kanaatimizce* onaya tabi tutulan işlem ile onay işlemi birbirinden bağımsız ve ayrı bir işlem olduğundan her birine karşı ayrı ayrı iptal davası açılabilir. Ancak bu, her iki işleme karşı birlikte iptal davası açılmasına engel değildir. Zira aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık bulunan birden fazla işleme karşı iptal davası açılması mümkündür.

b. Danıştay'ın Konuya Yaklaşımı

Danıştay, Haruniye Sulama Birliği Meclisi encümen üyeleri seçimine ilişkin işlemin Adana Valiliği'nce onanmasına dair işlemin iptali istemiyle açılan davada, *onaya tabi tutulan işleme karşı iptal davası açılabilceği* gerekçesiyle davayı reddetmiştir³⁷: “... Haruniye Sulama Birliği Meclisinin, Encümen üyelerinin seçimine dair kararı 1580 sayılı Belediye Kanununun

152. maddesi yardımı ile uygulanan 73. maddesi uyarınca kesin bir karar olmakla beraber dosyada bulunan Bahçe-Haruniye Sulama Birliği Ananizamnamesinin incelenmesinden anlaşılacağı üzere anılan nizamnamenin 17. maddesiyle valinin tasvibine tabi tutulmuştur. / Bu tasdik tasarrufunun, vilayetçe vesayet organı sıfatıyla tesis edilmiş bulunması sebebiyle, tasdik olunan tasarrufa yürütülmesi zorunlu nitelik kazandıracığı ve müstakilen yapıcı bir irade niteliğinde bulunmadığı hususu idare hukukunun genel ilkelerindedir. / Bu sebeple tasdik tasarrufundan dolayı tasdik makamına mesuliyet teveccih edemeyeceği ve bu tasarrufun müstakil olarak idari dava konusu edilemeyeceğinden cihetle, mahalli idarenin tasarrufundan dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak iptal davalarının tasdik tasarrufuna karşı değil tasdik olunan mahalli idarenin tasarrufuna karşı açılması gerekeceği açıktır. / Olayda *yalnızca* tasdik tasarrufunun dava konusu edilmiş bulunması sebebiyle konusu bulunmayan davanın reddine ... karar veril(miştir)”. Ancak *Danıştay*’ın bu kararın son cümlesinde kullandığı “yalnızca” ibaresi, sanki hem onaya tabi tutulan hem de onay işlemine karşı birlikte dava açılabilceği izlenimini vermiyor değildir.

Yine *Danıştay*, Üsküdar Köyleri Elektrik ve Telefon Birliği başkan ve başkan vekili seçimine ilişkin işlemin İstanbul Valiliği’nce onanmasına dair işlemin iptali istemiyle açılan davada, *onaya tabi tutulan işleme karşı iptal davası açılabilceği* gerekçesiyle davayı reddetmiştir³⁸. “1580 sayılı Belediye Kanununun 133 ve müteakip maddeleri hükümlerine dayanılarak kurulan Birlik, anılan Kanunun 138. maddesi hükmü uyarınca tüzel kişiliği haiz bir kamu kuruluşu olup, Birliğin olağanüstü toplantısında yapılan Başkan ve Başkanvekili seçimleri asıl idari işlemi teşkil etmektedir. / Bu seçimlerin vesayet makamı sıfatıyla Valilikçe onanması tasarrufu ise, idari davaya konu teşkil edebilecek müstakil bir idari işlem teşkil etmektedir. / Bu itibarla tüzel kişiliği haiz bir kamu kuruluşu olması sebebiyle karar verme özerkliği bulunan Birliğin iradesinden doğmuş olan tasarruf asıl işlem olduğundan ve bu işlemin onanmasına dair Valilik işlemi ise anılan işlemin tamamlayıcı bir unsuru niteliğini taşıdığından iptal davasının ancak birlik işleminin iptal isteğiyle açılması ve Birliğin husumetiyle görülmesi mümkündür. / Bu nedenle Üsküdar Köyleri Elektrik ve Telefon Birliğinin olağanüstü toplantısında yapılan seçimin onanmasına dair İstanbul Valiliği işleminin iptali dileğiyle açılan davanın incelenme kabiliyeti bulunmaması sebebiyle reddine ... karar veril(miştir)”.

Bu yaklaşımını destekler şekilde *Danıştay*, belediyeler tarafından hazırlanan imar planları üzerinde Bayındırlık ve İskan Bakanlığının sahip olduğu onay işleminin idari vesayet denetimi olduğu ve bu işlemin imar

planlarını belediye işlemi olmaktan çıkarmayacağı gerekçesiyle imar planlarının Bayındırlık ve İskan Bakanlığının düzenleyici işlemi sayılmayacağına ve dolayısıyla bunlara karşı açılacak davaların taşınmazın bulunduğu yer idare mahkemelerinde görüleceğine karar vermiştir. Yani imar planlarını Bayındırlık ve İskan Bakanlığının onaylaması, bu işlemleri ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlem yapmaz³⁹. "... [6785 sayılı İmar Kanunu'nun] 29 uncu maddesine göre vesayet makamı olan Bakanlığın tastikine tabi olması, idare hukuku esaslarına göre, bu planlara tastik makamının tasarrufu olmak niteliğini veremez. Bu planlar tastike rağmen Belediyenin tasarrufudur. Çünkü plan Belediyenin iradesinden doğmuştur. Bu itibarla imar planlarının iptali davalarının tasdik makamına karşı değil Belediyelere karşı açılması gerekir"⁴⁰.

C. Onayın Süreye Tabi Olup Olmaması Durumu

1. Onaya tabi tutulan işlemler için kanunda bir onay süresi *öngörölmüş* olabilir. Bu takdirde merkezi idarenin bu süre içinde onama ya da onamama iradesini ortaya koyması gerekir. Aksi takdirde onaya tabi tutulan işlem sürenin dolması ile kendiliğinden yürürlüğe girer. Fransa'da merkezi idarenin onayına sunulan işlemlerin belli bir süre içinde onaylanmaması halinde, aksine bir hüküm yoksa, "zımnen kabul" edilmiş sayılacakları kabul edilmiştir⁴¹. Nitekim *Arslan*'a göre onay, açık veya zımni olabilir. Açık onayda, merkezi idarenin onaya tabi tutulan işlemi onayladığını açıkça bildirmesi söz konusudur. Zımni onayda ise merkezi idarenin onaya tabi tutulan işlemi belli bir süre içinde onaylamaması yani sükut etmesi halinde işlem onaylanmış kabul edilmektedir⁴². Aynı görüşte olan *Özay*'a göre de, "yasal düzenlemelerde bu yetkinin kullanılması için bir süre öngörölmüş ise, yetkinin bu zaman içinde onaylama ya da onaylamama şeklinde kullanılmaması halinde düşmesi başka bir deyimle söz konusu kararın kendiliğinden kesinlik kazanması ve yürürlüğe girmesidir"⁴³. Böyle bir durumda merkezi idare, yürürlüğe giren işleme karşı tabiki iptal davası açabilir⁴⁴.

Danıştay, merkezi idare tarafından bu sürenin uzatılmasını da kabul etmemektedir⁴⁵. "İdare hukuku ilkelerine göre kamu hizmeti tüzel kişilerinin organlarınca oluşturulan ve hukuk alanında varlık kazanmış olan ancak kamu yararı amacı ile yürürlüğe konmadan önce vesayet makamının onayından ve sonuç olarak denetiminden geçmesi kanun koyucu tarafından uygun görölen işlemler onay için belirli süre ile sınırlandırılmışsa vesayet makamınca bu süreye uyulması zorunludur. Davaya konu işlem ise kanun koyucunun kamu yararını gözeterek onay için koyduğu sürenin uzatılması ve kamu yararının gerçekleştirilmesinin engellenmesi sonucunu doğurmuştur.

Bu haliyle dava konusu işlemin yasaya ve kamu yararına aykırılığı da açıktır”.

2. Onaya tabi tutulan işlemler için kanunda bir onay süresi *öngörülmemiş* de olabilir. Bu takdirde zımni red süresi esas alınarak, altmış günlük sürenin sona ermesi ile birlikte onaya tabi tutulan işlemin “zımnen reddedilmiş” sayılacağı kabul edilmelidir.

D. Onayın Hüküm ve Sonuçlarını Doğuracağı Tarih

1. Onay, hangi tarihten itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır? Onay tarihinden itibaren mi yoksa geriye yürür şekilde, onaya tabi tutulan işlemin tesis edildiği tarihten itibaren mi? Doktrinde, bizim de katıldığımız şekilde *Erkut*, onay ile onaya tabi tutulan işlemin geriye yürür şekilde hukuki etkilerini doğuracağını kabul etmektedir⁴⁶.

2. *Danıştay* da vermiş olduğu bir kararında onay işleminin geriye yürür şekilde hüküm ve sonuç doğuracağına hükmetmiştir. İzmir Belediye Meclisinin 28.06.1976 tarihli kararı ile tespit edilen elektrik tarifesi, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından 08.07.1977 tarihinde “01.03.1977 gününden geçerli olmak üzere” kaydı ile onanmıştır. Ancak onay işleminin geriye yürür şekilde (makabline şamil) olamayacağı ileri sürülerek iptali istenmiştir. *Danıştay*, vesayet makamının onay işleminin vesayete tabi tutulan makamın işlemini tesis ettiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere hüküm ifade edeceğini belirtmiştir⁴⁷: “Anlaşmazlık konusu olayda, tasarrufun asıl unsuru olan iradeyi, yerinden yönetim idaresinin karar organı olan belediye meclisince 28.6.1976 gününde kabul edilen zamlı elektrik tarifesi oluşturmakta olup bu tarifede Elektrik Tarifeleri Talimatnamesi gereğince vesayet makamı olan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca herhangi bir değişiklik yapılması olanağı bulunmadığından, tarifenin yürürlük tarihinin, belediye meclisi karar tarihi olan 28.6.1976 tarihi olarak saptanması gerekirdi. Bu tarihten daha sonraki tarih olan 1.3.1977 günü olarak saptanması yasal olarak mümkün değildir. Bu nedenle adı geçen kararın geriden geçerli olarak uygulandığından ve kazanılmış haklarının ihlalinin söz edilemez. / Diğer taraftan, İzmir Belediyesi Eshot Genel Müdürlüğü Elektrik 1.6.1976 tarihinden itibaren zamlı olarak almakta olup, bu zamlı tarifeyi abonelerine yansıtmak için yaptığı zamlı tarife, tasdik prosedürünün uzun zaman alması nedeniyle Bakanlıkça ancak 8.7.1977 gününde onanabilmiş ve davalı belediye tarifenin yürürlük tarihinin 1.3.1977 olarak saptanması halinde dahi, daha önce kendisine TEK tarafından yapılan zamdan doğan 9 aylık zararı da yüklenmiş bulunmaktadır. / Açıklanan nedenlerle 28.6.1976 günlü tarife kararının 8.7.1977 gününde onaylanırken yürürlük tarihinin 1.3.1977 gününe götürülmesine karşı, yükümlü şirket

tarafından açılan davanın yasal dayanağı bulunmadığından reddine ... karar veril(miştir)”.
E. **Onaya Tabi Tutulan İşlemin Geri Alınıp Alınamayacağı Meselesi**

1. Onaya tabi tutulan işlem onaydan önce her zaman geri alınabilir⁴⁸. “Burada iki ayrı makam tarafından verilmiş iki ayrı işlem söz konusu olduğu için bu makamlardan her biri işlemini geri alabilir. / Ancak, işlemi geri alabilme yetkisi açısından yerinden yönetim idaresi ile vesayet makamı arasında bazı farklar mevcuttur: Şöyle ki, yerinden yönetim idaresi için işlemi geri alabilme yetkisi mutlak ve sınırsız olduğu halde, vesayet makamı için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Tasdik için kanunen bir süre konulan hallerde, vesayet makamı tasdik kararını ancak bu süre içinde geri alabilir; bu süre geçtikten sonra geri alamaması gerekir. Keza, vesayet makamının tasdikinden sonra, yerinden yönetim idaresi kendi almış olduğu kararı uygulamaya koymuşsa, yine vesayet makamının tasdik kararını geri alamaması gerekir”⁴⁹.

2. *Danıştay*’ın yaklaşımı, vesayet makamının, onaya tabi tutulan işlemi onayı geri almak suretiyle ortadan kaldıramayacağı yönündedir⁵⁰: “Onay ile tekemmül edip icrai nitelik kazanmış bir işlem, ya bu işleme karşı açılan dava sonucunda yargı mercii tarafından iptal edilmek suretiyle ortadan kaldırılabilir ya da işlemi tesis eden idare tarafından işlemin uygulanmasından vazgeçilebilir. / Kaymakamın, onayı ile tamamlanıp tekemmül etmiş bir işlemi, onayı geri almak suretiyle ortadan kaldırma yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü onay hukuk aleminde başlı başına bir işlem olmayıp, tamamlayan bir unsurdur”.

SONUÇ

İdari vesayet makamının onay işleminin hukuki niteliği ve sonuçları konusunda hala doktrin ve yargı kararlarında bir birliktelik bulunmamaktadır. En başta onaya tabi tutulan işlem ile onay işleminin ayrı ayrı birer işlem mi olduğu yoksa birlikte tek bir işlem mi olduğu tartışmalıdır. Onaya tabi tutulan işlem ile onay işleminin ayrı ayrı birer işlem oldukları kanaatini taşımaktayız. Dolayısıyla her bir işlem ayrı birer hukuki varlığa sahiptir. Onay işlemi sadece onaya tabi tutulan işlemin yürürlüğe girmesi bakımından bir etkiye sahiptir. Bu noktada onayın fonksiyonu ise inşai (yapıcı) olmayıp izhari (gösterici)dir. Onaya tabi tutulan işlemler “yürürlüğü geçici olarak ertelenmiş/askıya alınmış” işlemlerdir. Bu işlemler, onay işlemi olmadan, *kural olarak*, yürürlüğe giremez.

Onaya tabi tutulan işlemlerin icrai ve kesin olup olmadıkları da tartışmanın bir diğer boyutudur. *Kanaatimizce* onaya tabi tutulan işlemlerin,

ayrı birer hukuki varlığa sahip oldukları ve onay işleminin de sadece bu işlemlerin yürürlüğe girmesini sağlayan bir işlev gördüğü kabulünden hareketle, bu işlemler icrai ve kesin işlemlerdir. Onay işlemleri ise herhangi bir tartışma bulunmaksızın hem icrai hem de kesin işlemlerdir. Sonuç olarak hem onaya tabi tutulan işlem hem de onay işlemi ayrı ayrı iptal davasına konu olabilir. Onaya tabi tutulan işlemler, her zaman “ayrılabilir” özelliğe de sahiptir. Onaya tabi tutulan işlem ile onay işlemi birbirinden bağımsız ve ayrı bir işlem olduğundan, onaydan sonra her birine karşı ayrı ayrı iptal davası açılabilir. Ancak bu, her iki işleme karşı birlikte iptal davası açılmasına engel değildir. Zira aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık bulunan birden fazla işleme karşı iptal davası açılması mümkündür.

Onayın bir süreye bağlanmış olup olmamasının da hukuki sonuçları bulunmaktadır. Buna göre, kanunda onay için bir süre öngörülmüşse merkezi idarenin bu süre içinde onama ya da onamama iradesini ortaya koyması gerekir. Aksi takdirde onaya tabi tutulan işlem bu belirli sürenin dolması ile kendiliğinden yürürlüğe girer. Yani ortada “zımni kabul” varsayılır. Buna karşılık kanunda onay için bir süre öngörülmemişse, zımni redde ilişkin genel kural esas alınmalıdır. Yani merkezi idarenin altmış gün içinde onaya tabi tutulan işlemi onamaması halinde işlem zımnen reddedilmiş sayılmalıdır.

Onay, onaya tabi tutulan işlemin tesis edildiği tarihten itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmasını sağlar. Kısacası onay ile onaya tabi tutulan işlem geriye yürür şekilde hukuki etkilerini doğurur.

Onaya tabi tutulan işlem onaydan önce her zaman geri alınabilir. Onaydan sonra vesayet makamı, onaya tabi tutulan işlemi, onayı geri almak suretiyle ortadan kaldıramaz.

SON NOTLAR

1 “İdare hukukunun genel esasları muvacehesinde, vesayet organlarının, özerk kuruluşlar üzerindeki denetleme ve onların mameleklerine ve tasarruflarına müdahale yetkisi ancak kanunlarla belirtilen hususlara inhisar edebil(ir)”. D3D, E. 1965/418, K. 1965/466, KT. 23.12.1965, DKD, 1966, sy. 97-98-99, s. 41.

2 Arslan, Süleyman, Türkiye ve İngiltere’de Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki Denetimi, Ankara 1978, s. 61-71.

3 Bu konuda, belediye bağlamında, Alman hukukuna ilişkin bir çalışma için bkz. Kent, Bülent, Almanya’da Belediyeler Üzerindeki İdari Vesayet Denetimi, Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 8, 2006, sy. 1, s. 123-142.

[4](#) **Onar**, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, c. II, s. 622.

[5](#) D8D, E. 1995/860, K. 1996/3398, KT. 25.11.1996, DD, 1997, sy. 93, s. 409.

[6](#) D9D, E. 1977/4474, K. 1978/3022, KT. 09.11.1978, DD, 1979, sy. 34-35, s. 419-420. **Aynı yönde bkz.** D9D, E. 1980/4070, K. 1981/4814, KT. 27.10.1981, DD, 1982, sy. 46-47, s. 315-316.

[7](#) **Günday**, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2004, s. 78.

[8](#) Bu konuda bir çalışma için bkz. **Sezginer**, Murat, *Belediye Meclisinin Onaya Tabi İşlemleri*, Selçuk Ü. Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, 1998, sy. 1, s. 69-81.

[9](#) İstisnai bir örnek olarak bkz. “Bakanlık gerekli görülen hallerde, kamu yapıları ve enerji tesisleriyle ilgili alt yapı, üst yapı ve iletim hatlarına ilişkin imar planı ve değişikliklerinin, umumi hayata müessir afetler dolayısıyla veya toplu konut uygulaması veya Gecekondu Kanunu’nun uygulanması amacıyla yapılması gereken planların ve plan değişikliklerinin, birden fazla belediyeyi ilgilendiren metropoliten imar planlarının veya içerisinde veya civarından demiryolu veya karayolu geçen, hava meydanı bulunan veya havayolu veya denizyolu bağlantısı bulunan yerlerdeki imar ve yerleşme planlarının tamamını veya bir kısmını, ilgili belediyelere veya diğer idarelere bu yolda bilgi vererek ve gerektiğinde işbirliği sağlayarak yapmaya, yaptırmaya, değiştirmeye ve re’sen onaylamaya yetkilidir”. 3194 sayılı İmar Kanunu m. 9/1.

[10](#) **Onar**, s. 628.

[11](#) D5D, E. 1976/8085, K. 1979/3431, KT. 25.10.1979, DD, 1980, sy. 38-39, s. 193.

[12](#) **Akyılmaz**, Bahtiyar – **Sezginer**, Murat – **Kaya**, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 211.

[13](#) **Onar**, s. 629; **Coşkun**, Sabri, *İdarenin İdari Denetiminde İdari (Yönetmel) Vesayet*, Ankara 1976, s. 31.

[14](#) **Erkut**, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara 1990, s. 124.

[15](#) Nakleden **Erkut**, s. 124.

[16](#) **Onar**, s. 626-627 ve ayrıca bkz. 633-634.

[17](#) **Onar**, s. 629-630.

[18](#) **Günday**, s. 79. **Aynı yönde bkz.** **Arslan**, Türkiye ve İngiltere’de, s. 63; **Sezginer**, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 80, 82; **Giritli**, İsmet – **Bilgen**, Pertev – **Akgüner**, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2008, s. 201; **Gözler**, Kemal, İdare Hukuku, Ekin, İkinci Baskı, c. I, Bursa 2009, s. 230.

[19](#) **Erkut**, s. 125.

[20](#) **Coşkun**, s. 30-31.

[21](#) Aynı yönde **Erkut**, s. 125.

[22](#) D9D, E. 1977/4474, K. 1978/3022, KT. 09.11.1978, DD, 1979, sy. 34-35, s. 419-420. **Aynı yönde bkz.** D9D, E. 1980/4070, K. 1981/4814, KT. 27.10.1981, DD, 1982, sy. 46-47, s. 315-316.

[23](#) D6D, E. 1982/11, K. 1982/4377, KT. 27.12.1982, DD, 1983, sy. 50-51, s. 275. **Aynı yönde bkz.** D11D, E. 1971/3449, K. 1973/1166, KT. 14.05.1973, DD, 1974, sy. 12-13, s. 482-483; D11D, E. 1979/665, K. 1979/3992, KT. 08.11.1979, DD, 1980, sy. 38-39, s. 368-369.

[24](#) AyM, E. 1987/18, K. 1988/23, KT. 22.06.1988, AyMKD, Ankara 1989, sy. 24, s. 340.

[25](#) **Günday**, s. 79; **Erkut**, s. 125; **Arslan**, Türkiye ve İngiltere’de, s. 62-63; **Sezginer**, s. 80; **Duran**, Lûtfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 60, 61.

[26](#) Nakleden **Erkut**, s. 126.

[27](#) **Onar**, s. 638.

[28](#) **Gözler**, s. 231.

[29](#) **Erkut**, s. 126. **Aynı yönde bkz.** “... onaya tabi olan işlem icrai niteliğe sahiptir ve onay işlemi bu icrailik üzerinde etkili değildir”. **Sezginer**, s. 80-81; “Ademimerkeziyet idaresinin bir tasarrufunun tasdika bağlı olması kararın icrai mahiyetini kaldırmaz”. **Onar**, s. 629. “... kararın icrai mahiyeti idari vesayet makamının tasdikından değil, kendi bünye ve mahiyetinden çıkmaktadır”. **Onar**, s. 630. İcrailik konusunda ayrıntılı olarak bkz. **Kaya**, Cemil, Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler, Gazi, Ü. Hukuk Fakültesi D, c. IX, 2005, sy. 1-2, s. 253-284. Aksi yönde bkz. “onama var olan işleme icrailik kazandıran bir işlemdir” ve “ancak bu işlem onanmadan önce, icrai nitelikte değildir. Yani hukuki sonuçlarını bu haliyle doğuramaz”. Nakleden **Gözler**, s. 220, 230.

[30](#) “İlgili idare tarafından yapılmış bulunan işlem kendi alanında ‘kesin’ olmakla beraber uygulanabilir hale gelmesi için, yasanın öngördüğü diğer idarenin yetkilisi tarafından yine ‘kesin’ başka bir işleme gerek

bulunmamaktadır. Sonuç ve hüküm, ancak bu iki işlemin birleşmesi ile ortaya çıktığından, iki işlemden oluşan kararı bir bütün olarak değerlendirdiğimizde buna ‘birleşme-işlem’ demek doğru ve yerindedir”. **Özay**, s. 168. **Aynı yönde bkz. Sezginer**, s. 46. **Aksi yönde bkz.** “... onaya tabi işlemlerin *kesin nitelikteki işlemlerden olmadığı* konusunda içtihatlarda görüşbirliğinin bulunduğu söylenebilir ...” ve “... onaya tabi işlemlerin, onay öncesinde geri alınabileceği ya da onaylanmayabileceği olasılıklarının varlığı, bunların *kesin işlemler olarak nitelendirilemeyecekleri* sonucunu doğurmaktadır” ve yine “... onaya sunulan işlemlerin *kesin işlemler olmamalarına* karşılık ...”. **Erkut**, s. 126.

[31](#) D5D, E. 1975/9373, K. 1979/1043, KT. 25.04.1979, in Danıştay Beşinci Daire Kararları (1970-1981), Birinci Kitap, c. II, Ankara 1983, s. 594; DDDK, E. 1969/205, K. 1970/429, KT. 27.06.1970, in Danıştay Dava Daireleri Kutulu Kararları, Birinci Kitap (1965-1978), Ankara 1981, s. 718. Nakleden **Erkut**, s. 125.

[32](#) CE. 30 Avr. 1898, Dieuleveult et le Borgne, Rec. s. 342. Nakleden **Sezginer**, s. 82; **Erkut**, s. 126.

[33](#) Nakleden **Erkut**, s. 126-127.

[34](#) **Sezginer**, s. 81.

[35](#) **Onar**, s. 631.

[36](#) **Günday**, s. 80. **Aynı yönde bkz. Gözler**, s. 230.

[37](#) D11D, E. 1971/3449, K. 1973/1166, KT. 14.05.1973, DD, 1974, sy. 12-13, s. 482-483.

[38](#) D11D, E. 1979/665, K. 1979/3992, KT. 08.11.1979, DD, 1980, sy. 38-39, s. 369.

[39](#) D6D, E. 1983/242, K. 1983/945, KT. 03.03.1983, DD, 1984, sy. 52-53, s. 299-300; D6D, E. 1984/637, K. 1984/2385, KT. 11.06.1984, DD, 1985, sy. 56-57, s. 244.

[40](#) D6D, E. 1966/4040, K. 1967/3674, KT. 20.12.1967, DKD, 1968, sy. 119-122, s. 253.

[41](#) **Erkut**, s. 126; **Gözler**, s. 220; **Coşkun**, s. 29.

[42](#) **Arslan**, Türkiye ve İngiltere’de, s. 64.

[43](#) **Özay**, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 167.

[44](#) **Özay**, s. 167.

[45](#) D12D, E. 1976/1542, K. 1977/213, KT. 25.01.1977, DD, 1978, sy. 28-29, s. 688.

[46](#) Nakleden **Erkut**, s. 126. **Aynı yönde bkz. Coşkun**, s. 29.

[47](#) D9D, E. 1977/4474, K. 1978/3022, KT. 09.11.1978, DD, 1979, sy. 34-35, s. 419-420. **Aynı yönde bkz. D9D**, E. 1980/4070, K. 1981/4814, KT. 27.10.1981, DD, 1982, sy. 46-47, s. 315-316.

[48](#) Nakleden **Erkut**, s. 126.

[49](#) **Arslan**, Süleyman, İdari Vesayet Denetimi ve Türkiye Uygulamasında Ortaya Çıkan Sorunlar, in I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (1-4 Mayıs 1990), İkinci Kitap: Kamu Yönetimi, Ankara 1990, s. 513-514.

[50](#) D6D, E. 1982/11, K. 1982/4377, KT. 27.12.1982, DD, 1983, sy. 50-51, s. 275. **Aynı yönde bkz. D11D**, E. 1971/3449, K. 1973/1166, KT. 14.05.1973, DD, 1974, sy. 12-13, s. 482-483; D11D, E. 1979/665, K. 1979/3992, KT. 08.11.1979, DD, 1980, sy. 38-39, s. 368-369.

PRIVATIZATION OF PRISONS: PROS AND CONS

*Assc. Prof. Dr. Kasım KARAGÖZ**

*Zafer HASANOV**

I. Introduction

The tendency of the growing number of inmates and prisons required to maintain these criminals has increased the concern on behalf of the government and gained attention of the public, over the last decades, regarding the issue of financing prisons and prison operation services for lower cost and better quality (Lukemeyer & McCorkle, 2006). The census data designates that, currently, there are more than 2.3 million inmates in the US prisons (Bureau of Justice Statistics, 2008) which is considered to be respectively more than in other developed world countries (Campo & McFerson, 2008; Bowman, Hakim, & Seidenstat, 1996). As the number of the inmates continues to grow the cost of the maintaining correctional facilities and service provision also increases. Hence, the money of the taxpayers spent for prison provision becomes more politically visible (Johnston, 1990). Public is more interested in demanding punitive punishments but less willing to finance prisons and prison services which require big amount taxpayers' money (Lukemeyer & McCorkle, 2006; Jewkes & Johnston, 2006). Therefore, public executives face the challenge of doing more for less and being more efficient and effective while building, maintaining, operating, and financing prisons (Shichor, 1998).

The overcrowd problem of prison population, economical and financial burden of prison maintenance, political environment of the free-market solutions, arguments regarding establishing effective and efficient provision of public services via market competition are some of the crucial factors which enhance the tendency toward outsourcing of prison system and services either partially or completely, and to rely more on private contractors (Johnston, 1990; Moore, 1998). Government has been actively seeking alternatives for a growing incarceration problem, which has yet to be resolved. Some states have been implementing different strategies such as community based institutions, home confinement, etc. to alleviate the issue of overpopulation but these alternatives are successful in short-term period

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı.

* Research Assistant at University of Central Florida.

and can cope with only small proportion of convicted criminals. Government still experiences the need for additional jails and correctional facilities (Moore, 1998).

Privatization is considered as one of the choices for coping with continuously growing challenge of prison management and improvement of government operations (Johnston, 1990). In general, outsourcing of prison system refers to transferring governments' functions of owning, maintaining, building, and operating public prisons to private institutions and relying on private sector, which operate for profit, in delivering public services and satisfying public need (Jewkes & Johnston, 2006; Ogle, 1999). Literature and previously done researches draw attention on different reasons and outlines significant rationales which act as the main basis for advocacy and argument of prison privatization. Proponents of privatization emphasize a variety of causes for favoring outsourcing due to: ideology that government cannot effectively deliver required services; that privatization brings relatively more flexibility and innovation in the management of prison system and service provision; affirmative perspectives regarding free-market competition which may spur the cost effectiveness and quality boost of service delivery; psychological dislike of the government, etc. (Freiberg, 1999). However, the focal general premise behind the privatization of the correctional institutions and consideration for policymakers, administrators, and citizens for outsourcing prison system and services to private entities is the argument that private contractors can deliver services for better quality, lower operational costs, and more flexibly than that of government agencies (Shichor, 1998; Lukemeyer & McCorkle, 2006; Perrone & Pratt, 2003; Pratt & Maahs, 1999; Bowman, Hakim, & Seidenstat, 1996; Mays & Gray, 1996).

While demonstrating many positive contributions there are also significant number of risk factors which urges attention. Opponents of privatization argue that outsourcing of specific government functions as prison regulation does not only lead to cost saving policy choices but, at the same time, turns privatization of the correctional facilities to be a profit-making business and leads to mechanical preference for the growth of prison industry every year. In other words, private organizations which manages correctional facilities contract their funds based on the number of inmates which gives them incentive to increase the population of the prisons due to profit maximization (Johnston, 1990). Privatization may also reduce accountability to citizens; affect prison conditions (quality of inmate's life, health care, work-programs, recreational services, etc.) by cutting the costs of living conditions and standards; hamper the ethical concern of the traditional government's fundamental obligation of delivering certain

services as safety, national security, environmental protection, etc. which does not need to be contracted out and carried out by private parties (Johnston, 1990; Dunham, 1986; Price & Riccucci, 2005); lead to lower security of institutions and facilities (number of escapes, deaths, etc.); cause unfair mistreatment and ineffective rehabilitation of inmates (drug rehabilitation, education, etc.); create control and monitoring problems for government and be less transparent to public in decisions, actions and policy choices (Campo & McFerson, 2008); etc.

This paper discusses the growing concern of prison overpopulation, and analyzes the historical background of the privatization of correctional facilities, and explores pros and cons of outsourcing traditional government function as prison management. The discussion of the paper is based on the literature review of the conducted researches of top scholars. Conducted preliminary analysis brings to sight the notion that privatization of prison system may not always be good for government. At the same time with many positive determinants outsourcing of prisons also carries some potential risks. Even though privatization is not a new concept it has been significantly favored over the last decades. Therefore, conducted empirical and theoretical studies catch only partial aspects of privatization, hence do not clearly describe the complete benefits and outcome of prison privatization.

II. Background Information and Policy Decisions of Privatization

Every year the United States (US) spends more than 60 billion dollars to house the inmates (Warren, 2006). Statistics exhibit shows that the overall crime rate has increased up to 600% since 1970s. More than 200 jail cells are being constructed in US every day to sustain growing number of prisoners. The average cost spent for the housing expenses of one inmate, in a year, ranges between \$22,000 and \$25,000. More than 6 million people are under supervision, either in the form of parole or probation (Hearts & Minds, 2007). Currently, the construction cost of the prison facilities is extremely huge. The numbers indicate that the construction price for one maximum-security prison bed costs \$54,000, while it is \$46,000 for medium-security bed and \$26,000 for minimum-security facility (Bowman, Hakim, & Seidenstat, 1996; Logan, 1990). The total capacity of the inmates in prisons has increased 832% only in the last decades (Pratt & Maahs, 1999). The advocates of privatization claim that private sector can be more effective in building, operating and financing prisons and lessen the burden of the government entities in implementing these functions (Shichor, 1998).

The involvement of the private sector in the prison industry and outsourcing of government's correctional facilities is not a new phenomenon or concept in the US history. Even though privatization has gained excessive respect since 1980s traditionally private organizations have been providing range of services to many US prisons as: food provision, health care, laundry, etc. since the beginning of 20th century. Government has also been engaging in agreements, in 19th century, with private contractors where the prisoners were being used as labor by private sector, and private contractors were responsible for housing inmates, paying labor fee, etc. (Shichor, 1998; Bowman, Hakim, & Seidenstat, 1996; Camp & Gaes, 2002; Price & Riccucci, 2005; Dunham, 1986). The Changing socio-political environment, new policy choices and climate, late in 1970s and 1980s, led to increase in prison population. The War on Drugs policy decision of the US government caused incredible growth of determinants and skyrocketed correctional costs. While previously having enough capacity and resources to cope with the challenge of imprisonment U.S. is now facing certain obstacles (Pratt & Maahs, 1999; Logan, 1990). The major two forces which stimulated the movement toward privatization and made policymakers to consider this option, since 1980s, is the growing concern of deteriorating conditions of public prisons and extraordinary growth of prison population (Pratt & Maahs, 1999). Texas became the first state which privatized prison facilities, in 1983, after U.S. Congress enacted the Percy Amendment in 1972. Today there are more than 151 private correctional facilities which operate in 30 states. The capacity of privately owned prison facilities has grown from 20,000 to 143,000 in a short period of time. Florida is considered to be among the first five states in terms of number of privately owned correctional facilities (Price & Riccucci, 2005).

Literature identifies different perspectives and various types of partial or complete privatization of public prisons. According to Lukemeyer & McCorkle (2006) privatization of the prisons consists of four types:

- 1) Contracting out for government services as medical care, food services, staffing;
- 2) Contracting for the employment of prison inmates and using them as employees;
- 3) Privatizing construction and financing of public prisons; and lastly,
- 4) Privatizing the management of prison facility.

Jewkes & Johnston (2006) also enumerates activities of the prison services to four different set of functions which can be privatized by private contractors. These are: 1) ancillary service functions which include different

activities as “catering, education, health care, prison workshops and farms, prison escort services” (p: 60), 2) design and construction functions which refer to building of new prisons and facilities, 3) financing functions which refer to raising alternative funding sources as investments, private loans, etc. to taxpayers’ money, and 4) management and operation functions.

1. Arguments for Privatizing Prisons

The advocates of the private sector claims that private companies experience little legal, political and social constraints; are not subject to political mandates and bureaucratic restrictions; have relatively more freedom and flexibility in adjusting their management functions, goals and technologies; are more innovative and not limited with strict standardized procedures; focus more on revenue gains; are more motivated than public sector, and are more successful in competitive market than that of public organizations. Proponents argue that private sector is lenient toward innovation and can provide better value for money in their actions and operations. The structure, framework and system of private organizations are more centralized on profitability, effectiveness, and efficiency (Ogle, 1999; Lukemeyer & McCorkle, 2006; Price & Riccucci, 2005; Pratt & Maahs, 1999; Moore, 1998; Shichor, 1998; Roth, 2004; GAO, 1996).

Cost effectiveness, efficiency and flexibility: In general, there are three key reasons which support the idea of cost effectiveness, efficiency and flexibility which are emphasized as: Competition that creates incentives to provide more for less, being free of red tape which enhances managerial flexibility, and innovation which leads to significant savings of operational cost and manpower (Roth, 2004). The primary argument for the outsourcing of correctional facilities is the putative notion of market driven competition which creates incentives and efficiency. When competing for government contracts private organizations, either directly or indirectly, are being forced to provide better services for the possible lowest prices, be more innovative, provide more choices, be more goal oriented, etc. While contracting out generic/traditional government service as prison provision it is of crucial importance to focus on long-term goals rather than short term objectives. The contract puts certain requirements for competitors and defines punishments, most time, if these requirements are not being followed. The competition among public agencies is relatively more absent than it is in the private sector because they are more environmentally constrained. Since the primary focus of private sector is financial gain they are more concerned with providing better quality services for possible lower cost (Ogle, 1999; Mays & Gray, 1996; Logan, 1990).

Private organizations also exercise freedom in managing their staff and are not limited with civil-service rules. They have more flexibility in using positive and negative incentives to motivate employees (Moore, 1998; Mays & Gray, 1996). The new management approaches and techniques, the way of doing things different from the government, and the innovative designs allow the private institutions to plan and remodel correctional facilities in a more innovative and effective way and achieve long-term cost savings. For instance, advocates of privatization claim that private organizations are more successful in the speed of prison facility constructions and are more efficient in saving building, operation and maintenance costs since they are not subject to various costly rules and limitations such as purchasing restrictions, law barriers, etc. imposed by government (Moore, 1998; Mays & Gray, 1996). Literature also demonstrates that two third of the whole operating budget of the correctional facilities is spent for the personnel/staff expenses. Therefore, the private sector tends to reduce the cost spent for the personnel provided that they do not create any staff deficiency. Private companies, use the new innovative designs of the correctional facilities which operate on a fewer number of staff and dramatically reduce the labor costs. They use different technology and techniques to monitor prisoners with few staff members (Moore, 1998; Mays & Gray, 1996).

Opposite from private sector, public agencies are more concerned with spending the money allocated by the government, sustaining positive yearly balance and increasing their budget rather than delivering services more cost effectively. In other words private sector is not constrained with red tape and enjoys relatively more management flexibility. They are more flexible in initiating and expanding new management techniques and approaches, adopting new technologies, fostering innovation to reduce the operation and service delivery costs, improving efficiency and deploying workforce more productively (Logan, 1990). Privatization gives managerial flexibility in regulating purchasing and maintenance costs and expenditures. Private companies are free of complex bureaucratic purchasing rules which give them opportunity to accept effective decisions letting them to save money and time. For instance, if the correctional facility requires any technology or equipment then private company can simply purchase it from the most appropriate supplier rather than requesting it from complex purchasing process. Private organizations are also flexible in accepting decisions that will save the organization future maintenance cost. Whereas, public companies face challenges in getting approval to the decisions related with the maintenance. Private organizations are more flexible in sustaining such

investments and establish long-term goals which could lead to reduced future expenditures (Moore, 1998).

An example which explores the cost effectiveness of privately owned prison facilities can be the area of incidents and assaults. Literature defines that most of the incidents occurring between prisoners or prisoners and officers cost a lot of money for the government and public prisons. Due to increase in personnel cost and staff requirements, emerging from the incident related lawsuits, staff and money become one of the central focuses for private sector. Different from public organizations, privately owned correctional facilities tend to show greater interest to these incidents and maintain tight control of the prison environment in order to prevent assaults and establish the legitimacy of the correctional officers' power and authority in the prisoners' eyes. The empirical study of different public and private correctional facilities demonstrate that facilities operated by the private organizations tend to have few incidents than government organizations (Logan, 1990).

Proponents of private prisons also claim that quality of living conditions and services that the inmates receive are higher in private correction facilities than that of publicly owned (Lukemeyer & McCorkle, 2006). Moore (1998) notes that the private organizations tend to provide high quality services because they know that failure to do so may result in the termination of the contract or the replacement of the contractor. Also, the future probability of private organizations to win new contracts depends on their performance in the current agreement. Thomas & Logan (1993) summarize the studies conducted on quality and service provision on correctional facilities which were previously owned by public organizations and later became privatized. The study comprise conducted surveys which were distributed to the inmates to assess their perception on quality factors and service provisions after privatization. They conclude that in a variety of quality indicators private prisons are much ahead than public institutions. The similar research was conducted by Logan (1992) in New Mexico women's prison who compared the results to federal women's prison. She comprised the quality of confinement of the prisons based on eight dimensions and came to the conclusion that inmates favor private prisons and consider them relatively high quality service providers than publicly owned prisons.

2.Arguments against Privatization

Ethical issues and profit as a motivation indicator for private sector: Opponents of privatization argue that even if it contributes to positive social

benefits, traditionally prison operation and management has been regarded as a constitutional prerogative of the state which cannot to be delegated to private parties (Dunham, 1986). Correction is the part of justice system and need to be carried by the government. Only government should be legitimate and exercise such power (Roth, 2004). Shichor (1998) notes that there are no significant constitutional barrier which would prevent private sector from implementing punishment of criminals. However, if described from ethical perspective punishment is considered to be moral issue which has traditionally been the core responsibility of the government and it is still questionable to transfer this government function to any private entity (Shichor, 1998). Johnston (1990) also notes ethical concerns of privatization and emphasize that how ethical it would be to gain profit from one's punishment. Critics of privatization argue that private organizations are primarily motivated by profit maximization which would eventually conflict with implementing justice. The assumption of opponents suggest that the profit motives of the private organizations is core issue for their existence which will be more crucial for them than "welfare of inmates, the needs of the state, or the interests of justice" (Roth, 2004:62). Opponents argue that private contractors will not follow the standards, cut the costs, and pursue the monetary profit. The power of decision over inmate's length of imprisonment would also be influenced by monetary factors. Because private sector receive funds based on the number of inmates it will affect their actions and lead to acceptance of the unfair discipline or parole decisions that would increase the length of inmate's time in prison and give the organization more profit (Johnston, 1990; Logan, *Private Prisons: Cons and Pros*, 1990).

Opponents also argue that the incentive of maximization of profits would affect the quality of services and standards and have the negative impact on inmate's life and welfare. Critics suggest that private organizations use the utmost possible options to save from all possible expenditures. Therefore, they will tend to cut costs from daily necessities and expenditures of inmates as cutting from heating, food, medical care, etc. which will affect their life in prison. Opponents also suggest that profit oriented incentives will lead to unfair decisions as locking prisoners in their cells for longer time which would prevent them using different services and reduce the cost of utilities, monitoring, staff time used to provide security, etc. Monetary incentives may also lead to cut the quality of work programs and influence the quality of rehabilitation activities. Which all means "any cost savings will come at the expense of the quality" (Roth, 2004:48).

Accountability, Legitimacy and Monitoring: Opponents of privatization argues that delegating power to private organizations have negative effects on public accountability. Even though the government can delegate authority and power to private corporations to implement certain punishment functions the government is still liable for the negative outcomes and circumstances which could emerge (Shichor, 1998). The core purposes, responsibilities and functions of public and private organizations are more different. Public sector decisions are influenced by legal boundaries, mandates, rules, etc. The structure of publicly owned prisons is based on a chain of command ranging from correctional officer to elected public representative. Publicly owned prisons operate on the money of taxpayers. Therefore, they hold the burden of legitimizing their decisions and are accountable to public for their actions. On the other hand, private organizations are not restricted with bureaucratic rules, procedures, strict legislation and constraints. They are not subject to the same mandates as public organizations and experience comparatively more flexibility in their decisions and actions (Roth, 2004).

Strict monitoring process is necessary to sustain the accountability of privately owned prison decisions and actions. However, there can be certain challenges in sustaining successful monitoring process. One issue can be the cost of monitoring process. If the monitoring process is too costly and time consuming then it could create less willingness to implement it. Another argument is that it is hardly possible that government monitoring would cover all “activities in the prison all the time” (Shichor, 1998:91). Shichor (1998) and Roth (2004) emphasize that there are always situations when private organizations exercise power and opportunity to affect inmates’ conditions of confinement. Government cannot always be watchdog of privately owned prisons. Therefore, the lack of monitoring may create situations where private organizations simply decide to increase the number of disciplinary cases, increase inmates’ stay length and keep the occupation of prisons to high degree.

III. Comparison issues of publicly and privately owned prisons

Lukemeyer & McCorkle (2006) draws attention on a number of research and emphasize that the comparison of the cost effectiveness and quality of publicly and privately owned prisons is a complex process. It is difficult to implement because public and private prison facilities may significantly be different from each other in a variety of reasons. For example, they may exist in the boundaries of different jurisdictions. They can be different in their functions, purposes, types of inmates, age of facilities, design, security needs, philosophy, etc. The difference in the purpose of the accounting of the

public and private facilities also makes the comparison problematic. Publicly owned prisons are not primarily designed for cost-saving accounting functions and do not centralize their focus on cost-effectiveness data. Because public sector does not take into consideration some of the cost-saving related information and expenditures it creates the lack of the data to implement the comparison process. Perrone & Pratt (2003) also conducts similar research and emphasize the importance of similarity while implementing comparison of public and private prisons. In other words it is important to implement comparison with similar custody levels and properties. For example, to compare the public and private prisons with different minimum security needs, in terms of disciplinary reports and inmate assaults, there is a need to be more accurate and take into consideration the indicator of the type and level of danger of inmates who are being housed at those prisons. In other words, in order to compare the public prison with medium security level because the inmates are more dangerous and private prison with minimum level security because the inmates are less dangerous there it is significant to focus on custody level and be as much objective as possible. Perrone & Pratt (2003) emphasize the importance of the age of prison facilities. They analyze previously conducted empirical studies and conclude that often times conducted comparison researches did not properly match important prison characteristics. For instance, some of the correctional institutions experienced less riots and escapes, operated more successfully and provided high quality services because the age of the facilities was relatively less than others and because inmates in those prisons were lower danger level.

Pratt & Maahs (1999) conducts an empirical research and reviews the previous literature about prison privatization. They argue that, that while some studies advocates the operational cost-effectiveness and efficiency of privately owned prisons, than its public counterparts, others suggest that privatization of prison facilities fails to meet the achievement of its premise. They stress that there is lack of empirical studies proving either success or failure of privately owned organizations in terms of two factors. Firstly, most empirical studies concentrate on a relatively few number of facilities and generalize the results to other institutions. The second factor is that lack of analytical and methodological measurement, and the ideological belief on behalf of some researchers about the positiveness of prison privatization leads to simple cost comparisons rather than exploring the real outcome of privatization.

IV. Summary and Discussion

Outsourcing generic government function as prison operation and management has been considered as an alternative for current rising issue of prison overpopulation. However, literature describes that privatization is not a panacea for the prison overcrowding and success is not always guaranteed. Proponents and opponents of privatization brings to notion many positive and negative arguments which cause favorism and conflict. While some argue that it could be more cost effective and efficient in service delivery and save government's money others oppose that it will be successful only in short-term and will not succeed in the implementation of its premise. Also, it is not ethical to outsource traditional responsibility of the government function, empower private sector and give vast authority and control over citizen's life. Literature argue that many empirical studies do not reflect the true outcome of privatization. Some of the empirical studies lack methodological issues and some are basically conducted on the positive belief of the researchers and do not take into consideration deep issues. GAO (1996) discusses five most recognized studies which were conducted in Texas, New Mexico, California, Tennessee, and Washington to compare operational cost and quality of correctional facilities after being privatized in order to determine the success of the basic premise behind the privatization. The correctional facilities which were analyzed varied on different characteristics as geographic location, types of inmates with different levels of security, etc. Methodology and measurement of the comparisons also were different which allowed different perspectives and view points. The results of the conducted study concludes that there is little generalizable evidence which could give the clear idea about positiveness and negativeness if to move toward privatization. The conducted studies are not generic and have methodological weaknesses. While some studies focus on specific inmate population it is not appropriate to generalize the results. Variety of state and regional differences – as cost of living, correctional philosophy, etc. – age of private organizations, and methodological weaknesses of conducted research provide little guidance about the true nature and outcome of prison privatization.

In his response to Oklahoma Senator Don Nickles, Thomas Kane – Assistant Director for Information, Policy and Public Affairs for the U.S. Department of Justice Federal Bureau of Prisons (FBOP) – stressed that private organizations failed to meet their promise regarding cost effectiveness, and had significant problems in managing inmates. The comparison of the public and private prison facilities demonstrated that in fact many BOP facilities are much cost effective than private corrections.

Mr. Thomas notes that in general public facilities are 11% more cost effective than privately owned prisons (New Jersey State Policemen's Benevolent Association, n.a.). Both proponents and opponents provide rational explanations for favoring or opposing prison privatization. More structured and strong methodological framework, data and case examples needed to compare the real premise of prison privatization.

References

Bowman, G. W., Hakim, S., & Seidenstat, P. (1996). *Privatizing Correctional Institutions*. Transaction Publishers.

Bureau of Justice Statistics. (2008, June 30). *Prison Statistics*. Retrieved July 18, 2009, from U.S. Department of Justice: <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/prisons.htm>

Camp, S. D., & Gaes, G. G. (2002). Growth and Quality of U.S. Private Prisons: Evidence From a National Survey. *Criminology & Public Policy*, 1 (3), 427-450.

Campo, S. S., & McFerson, H. M. (2008). *Public Management in Global Perspective*. New York: M.E. Sharpe, Inc.

Dunham, D. W. (1986). Inmates' Rights and the Privatization of Prisons. *JSTOR*, 86 (7), 1475-1504.

Freiberg, A. (1999). Commercial Confidentiality and Public Accountability for the Provision of Correctional Services. *Current Issues in Criminal Justice*, 11 (2), 119-134.

GAO. (1996). *Private and Public Prisons: Studies Comparing Operational Costs and/or Quality of Service*. Washington D.C.: U.S. General Accounting Office.

Hearts & Minds. (2007). *Prison Facts*. Retrieved July 10, 2009, from Welcome to Hearts & Minds - Information for Change: <http://www.heartsandminds.org/prisons/facts.htm>

Jewkes, Y., & Johnston, H. (2006). *Prison Readings: A Critical Introduction To Prisons and Imprisonment*. Willan Publishing.

Johnston, V. R. (1990). Privatization of Prisons: Management, Productivity, and Governance Concerns. *Public Productivity & Management Review*, 14 (2), 189-201.

Logan, C. H. (1990). *Private Prisons: Cons and Pros*. Oxford University Press.

Logan, C. H. (1992). Well Kept: Comparing Quality of Confinement in Private and Public Prisons. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 83 (3), 577-613.

Lukemeyer, A., & McCorkle, R. C. (2006). Privatization of Prisons Impact on Prison Conditions. *American Review of Public Administration*, 36 (2), 189-206.

Mays, L. G., & Gray, T. (1996). *Organization and the Provision of Correctional Services: Context and Consequences*. Anderson Publishing Co.

Moore, A. T. (1998). *Private Prisons: Quality Corrections at a Lower Cost*. Los Angeles, CA, United States: Reason Public Policy Institute.

New Jersey State Policemen's Benevolent Association. (n.a.). *The Myth of Prison Privatization Cost Savings*. Retrieved July 18, 2009, from New Jersey State Policemen's Benevolent Association: <http://74.125.47.132/search?q=cache:G82QeuBwpyoJ:www.njspba.com/Documents/The%2520Myth%2520of%2520Prison%2520Privatization%2520Cost%2520Savings.doc+The+Myth+of+Prison+Privatization+Cost+Saving&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=us>

Ogle, R. S. (1999). Prison Privatization: An Environmental Catch-22. *Justice Quarterly*, 16 (3), 579-600.

Perrone, D., & Pratt, T. C. (2003). Comparing the Quality of Confinement and Cost-Effectiveness of Public Versus Private Prisons: What We Know, Why We Do Not Know More, And Where To Go From Here. *The Prison Journal*, 83 (3), 301-322.

Pratt, T. C., & Maahs, J. (1999). Are Private Prisons More Cost-Effective Than Public Prisons? A Meta-Analysis of Evaluation Research Studies. *Crime & Delinquency*, 45, 358-371.

Price, B. E., & Riccucci, N. M. (2005). Exploring the Determinants of Decisions to Privatize State Prisons. *American Review of Public Administration*, 35 (3), 223-235.

Roth, L. (2004). *Privatisation of Prisons*. South Wales: NSW Parliament Library.

Shichor, D. (1998). Private Prisons in Perspective: Some Conceptual Issues. *The Howard Journal*, 37 (1), 82-100.

Thomas, C. W., & Logan, C. H. (1993). The Development, Present Status, and Future Potential of Correctional Privatization in America. In G. W. Bowman, S. Hakim, & P. Seidenstat, *Privatizing Correctional Institutions* (pp. 213-230). Transaction Publishers.

Warren, J. (2006, June 8). *High Cost of Prisons Not Paying Off, Report Finds The U.S. spends more than any other nation -- \$60 billion a year -- to house inmates, but sees little good as a result, a bipartisan panel says.* Retrieved July 5, 2009, from Los Angeles Times: <http://www.commondreams.org/headlines06/0608-05.htm>

TÜRKİYE’DE ASKER-SİVİL İLİŞKİLERİNİN DENGEYE ULAŞMASI İÇİN ZAMAN GEREKSİNİMİ

*Yrd. Doç. Dr. Mahmut AKPINAR **

Özet

Türkiye’de sivil yönetimin asker üzerindeki kontrolü için 2000’li yıllarda önemli yasal düzenlemeler yapılmıştır. Özellikle Milli Güvenlik Kurulu üzerinde yapılan değişiklikler bu kurulun etkisini azaltarak sivilleşmesi yönünde değişmesine katkıda bulunmuştur. Ancak bu düzenlemelere rağmen askerlerin siyasete müdahaleleri devam etmektedir. Özellikle 2007 Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde etkisini gösteren bu hareketlilik, sonrasında da güncel konularda görüş bildirme suretinde siyasete dâhil olma şeklinde devam etmiştir. Bu çalışma askerler üzerinde sivil kontrolünün sağlanması için kültürel değişimin gerektiği, bu değişiminse zamanla gerçekleşeceği üzerinde durmaktadır. Kültürel değişimin sağlanması ve sivil kontrolünün yerleşmesi ise şimdiye kadar sivilleşme adına atılan yasal adımlardan geri dönülmemesi, bunların uygulanmasında titizlik gösterilmesi ve caydırıcılık sağlayacak yeni düzenlemelere gidilmesi ile mümkün olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ordu, Sivil, Milli Güvenlik Kurulu, Demokrasi, Sivilleşme

NEED TO TIME TO REACH BALANCE ABOUT RELATIONSHIPS OF MILITARY AND CIVIL SIDES IN TURKEY

Abstract

In Turkey there have been vital regulations in order to secure the civilian control over the military since 2000s. Especially the reforms about the National Security Council, decreased its influence over the elected bodies and converted it to a more civilian institution. Nonetheless, military influence on the politics continues. The military influence was revealed more clearly in 2007 Presidential Elections and signaled itself through the statements from the military about political matters. This study mentions necessity of a cultural change in the military for an effective civilian control over military and its time consuming nature. In order to achieve such cultural change it is necessary not to retreat from the reforms and ensure their

* Turgut Özal Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü.

implementation and increase dissuasiveness those not abide by the law consistently.

Key Words: Military, Civil, National Security Council, Democracy, Civilizasyon

1.Giriş

Türkiye’de askeri bürokrasinin yönetimdeki konumu kendine özgü bir yapıya sahiptir. Bu yapı Batılı demokrasilerde olduğu gibi askerin mutlak bir şekilde sivil otoritenin kontrolünde olduğu bir yapıyı yansıtmaz. Ancak aynı yapı Latin Amerika’da olduğu gibi askerlerin yönetime geldiği ve yerleşerek ayrılmadığı bir özellik de göstermemektedir.¹ Türkiye’de asker-sivil ilişkileri demokratik devletlerin standartlarına uymamakla birlikte yapılan müdahaleler sonrasında parlamenter seçimlerin yapılarak askerlerin “hızlıca barakalarına geri döndüğü” görülmektedir.² Bu açıdan fiziki olarak yönetimde kalarak kalıcı askeri diktatörlüklerin kurulduğu söylenemez.

Ancak bu durum askeri bürokrasinin müdahalesinden arı sivil bir yönetimin söz konusu olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira Türkiye’de askeri müdahaleler sonrasında yapılan düzenlemeler ve anayasal değişiklikler yoluyla askeri bürokrasinin müdahalesine ve siyasete yön vermelerine dair açık kapılar bırakılmıştır.³ Buna göre 1960, 1971 ve 1980 müdahaleleri sonrasında yapılan değişiklikler ile bu müdahalelerin cereyan edilebileceği “siyaset dışında bir alan” oluşturulmuştur.⁴ Örneğin 28 Şubat post-modern darbesi sonrasında hazırlanan bazı düzenlemeler⁵ anayasaya aykırı olmalarına rağmen uygulamaya konulmuş ve askeri vesayetın dayanak noktalarından birisi olarak kullanılmıştır. Bu durumda askeri vesayetın siyasete erişim kanallarının darbe sonrasında oluşturulan başta anayasalar olmak üzere diğer yasal düzenlemeler sayesinde ortaya çıktığı ifade edilebilir.

Öte yandan siyaset üzerinde askeri etkinin artmasıyla birlikte askeri kurumların üzerindeki hesap verilebilirlik ve sivil kontrol olanakları da sınırlanmıştır. Bu durumda da askeri uygulamalar ve faaliyetlerin büyük bir kısmı sadece askerin yönetiminde ve kontrolünde herhangi bir denetim ve hesap verebilirlik mekanizması olmadan yerine getirilmekteydi. Buna göre savunma bütçelerinin asker tarafından belirlendiği, askeri terfi ve atamaların yine askeri bürokrasi tarafından gerçekleştirildiği, yargılamanın askeri yargı organları ile ayrı bir şekilde gerçekleştiği bir yapı oluşmuştur.⁶ Yine askeri kurumlar kendi ticari şirketlerini kurmak suretiyle bütçe dışında da kaynaklara sahip olmuş ve bu yapılanma sayesinde ekonomi üzerinde de etkili olma fırsatını yakalamışlardır.⁷

Bu noktada yakın zamana kadar Türkiye’de siyaset üzerinde askeri vesayetın varlığı ve etkilerinin ağırlık kazanmış olması bir yana günümüzde asker-sivil ilişkilerinin şekillenmesinde AB uyum sürecinin yoğun bir şekilde hissedildiği görülmektedir. Buna rağmen Türkiye’nin yaşanan süreçte asker-sivil ilişkileri konusunda Türkiye’nin Batılı standartların gerisinde kaldığı açık bir şekilde gözlemlenmektedir. Ancak son dönemde atılan adımlarla bir mesafe kat edildiği gerçeği de yadsınamaz bir gerçekliktir. Özellikle Avrupa Birliği müzakere tarihi alınmasıyla birlikte asker sivil dengesinin oluşması bakımından yapılan düzenlemeler hız kazanmıştır. Bu düzenlemelerin en önemlilerinden birisi Milli Güvenlik Kurulu’nun (MGK) konumu ve yapısı ile ilgili değişiklikler ve hesap verilebilirlik üzerinde ortaya konulan düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler askeri müdahaleler sonrasında yapılan değişiklikleri yasal olarak geri döndürme yolundadır.⁸ Devlet bütçesi hakkında halkın bilgiye, güvenilir ve zamanında erişiminin bulunmayışı ciddi yönetim sorunlarına neden olmaktadır. Buna göre gizli hesaplar, bütçe dışı faaliyetler ve etkin bir dış denetimin olmaması yolsuzluğu kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle, toplumun çoğu kesimi bütçeler üzerinde etkili denetimlerin yapılması, saydamlığın ve güvenilirliğin sağlanması ve tüm bütçe süreçlerinin toplumun talepleri doğrultusunda gerçekleşmesini talep etmektedirler.⁹ Bu noktada askeri bürokrasinin ve bunun ortaya çıkardığı dokunulmazlık alanlarının demokratik bir rehabilitasyona tabi tutularak demokratik sistem bakımından normalleştirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte hem 7. Uyum Paketi ile hem de sonrasında yapılan düzenlemeler Türkiye’de asker-sivil ilişkilerini olması gereken noktaya getirebilmiş değildir. Askerin hala siyaset üzerinde etkili olduğu ve yapılan düzenlemeler öncesindeki faaliyetlerini büyük oranda sürdürdüğü görülmüştür. Bu çalışmada Türkiye’de sivil-asker ilişkileri konusunda yapılan düzenlemelere rağmen askerin siyaset üzerindeki etkinliğinin hala devam edip etmediği tartışılacaktır. Bu noktada yapılan düzenlemelere uyulmasını denetleme ve bu konuda yaptırımların yer almaması baskın kurumsal kültürün devamını sağlamaktadır. Başarılı sivil yönetimlerin iş başına gelmesi ve hesap verilebilirlik fikrini destekleyen Ergenekon davası, sürece pozitif etkide bulunmuştur. Ancak Türkiye’de sivil-asker ilişkilerinin tam demokratik ülkelerin seviyesine ulaşması zaman alacaktır.

2. Anayasal Düzenlemelerle Genişleyen ve Daralan Askeri Etki Alanı

Tarihte çoğu Türk devleti askeri başarıları ile yükselmiş ve askeri yenilgiler ile de yok olmuşlardır.¹⁰ Bu nedenle ülkemizde askeri bürokrasi uzun ve köklü bir geçmişe sahip olup¹¹ orduya verilen önem her zaman üst seviyelerde olmuştur. Bununla birlikte bu önemin istismlara neden

olmayarak demokrasiyi ve halkın iradesini zedeler özellikle olmaması gerekmektedir. Buna göre askeri vesayet kaldırılması ve usulüne uygun şekilde gerekli şeffaflık ve hesap verebilirlik mekanizmalarının oluşturulması orduya verilen önemi azaltmayacağı gibi halkın orduya olan güvenini daha da arttıracak ve demokrasi hızla gelişimine devam edecektir. Oysa geçmişte askeri müdahaleler sonrasında yapılan düzenlemeler askerin yetki alanlarını genişleten ve etki mekanizmalarını yerleşik hale getirerek, askeri vesayet kurumsal bir işleve kavuşturulmuştur. Türk siyasi yaşamında askeri bürokrasinin siyasetten ayrı olarak ortaya çıkışı Atatürk dönemine dayanmaktadır. Buna göre Atatürk'ün 1923 yılında askerlik yapanların siyasete karışmamaları gerektiğine dair talimatından sonra Mareşal Fevzi Çakmak dışında İsmet İnönü, Kazım Karabekir, Rauf Orbay ve Ali Fuat Cebesoy gibi tüm komutanlar askerlik görevlerinden istifa edip siyasete girmişlerdir.¹² Atatürk'ün bu talimatı daha sonra kendisini 22.05.1930 tarih ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 148'inci maddesinde göstermektedir. Atatürk döneminde demokrasi lehine kat edilen bu aşama daha sonralarda ihtilallerle büyük sekteye uğramış ve askeri vesayet daha da etkin hale gelmiştir. Örneğin 1960 darbesi sonrasında kaleme alınan 1961 Anayasası ile ilk defa askerlerin görüşlerini ifade edebilecekleri bir platform yani Milli Güvenlik Kurulu oluşturuldu. Milli Güvenlik Kurulu üst düzey askerler ile bakanlardan oluşmaktadır. İlk kurulduğu zaman kurulun sivil üyelerinin sayısı askerlerden fazlayken 1973'te yapılan değişiklikler ile birlikte bu durum askerler lehine değiştirilerek kurulun yetkileri genişletildi. Yine bu düzenlemeler çerçevesinde MGK artık hükümete tavsiyede bulunabilen bir kuruluş haline geldi.¹³

Diğer yandan 1980 darbesinden sonra düzenlenen 1982 Anayasası'nda etkinliği daha fazla arttırılan bir MGK söz konusudur. Bu çerçevede kuruldaki asker sayısı sivillerin sayısını geçmiş ve kurulun önerileri Bakanlar Kurulu tarafından öncelik verilecek tavsiye kararlara dönüşmüştür. Bu noktada her ne kadar bu kararlar tavsiye niteliğinde gibi görünse de pratikte bağlayıcı bir nitelik taşımaktaydı.¹⁴ Bunun yanı sıra yine bu dönemde siyasetçilerin hareket alanını daraltacak nitelikte bir Cumhurbaşkanlığı makamı oluşturulmuş ve bu makamın yüksek mahkeme üyelerinin tümünü atama hakkına sahip olmasıyla yargı bağımsızlığı tarafsızlığı konusunda tartışmalar yaşanmaya başlamıştır. Öte yandan askeri harcamalar Sayıştay ve Yüksek Denetleme Kurulu'nun denetiminden muaf tutulmaktaydı. Yüksek Askeri Şura kararları da yargı denetimine kapalıydı. Ayrıca MGK sekreterinin askerlerden seçilmesi kararlaştırılmış ve yürütme konusunda büyük yetkilerle donatılmıştı.¹⁵ Bu durumda seçilmişler üzerinde ciddi bir vesayete neden olmaktadır. Yine yapılan düzenlemeler anayasal

değişikliklerle sınırlı olmayıp daha alt seviyedeki yasal düzenlemelerde askeri vesayeti teşvik edici bir özellikteydi. Bu noktada 28 Şubat döneminde de askere asayişe yardım etme çerçevesinde sivil bürokrasinin üzerinde ve istediği zaman müdahale edebileceği bir düzenlemeyi oluşturan EMASYA protokolü imzalanmıştır.¹⁶ Zira bu sayede taşrada da sivil yönetim kontrol altına alınmaktaydı. Taşradaki EMASYA komutanına geniş yetkiler veren bu protokol askerlerin etki alanını genişleterek uygulamalara yasal dayanak oluşturmaktaydı.

Ancak 1990’lı yılların sonundan itibaren yetki alanı bakımından askeri bürokrasi lehine olan bu genişleme gerilemeye başlamıştır. Bunda Avrupa Birliği’ne uyum çerçevesinde sivil-asker ilişkilerini etkileyecek önemli değişiklikler yapılmış olmasının önemi büyüktür. Buna göre 2001 yılında yapılan değişiklikler çerçevesinde, MGK’nın tavsiyelerine Bakanlar Kurulu tarafından öncelik verilmesi uygulamasına son verilmiştir. Ayrıca MGK’daki sivillerin sayısı da arttırılmıştır. Temmuz 2003’te TBMM tarafından kabul edilen 7. Uyum Paketi daha büyük değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede MGK tekrar danışma kurulu haline dönüştürülmüş ve ayda bir yapılan toplantılar iki ayda bir yapılmak suretiyle seyrekleştirilmiştir. MGK Genel Sekreterliğine sivil bürokratların seçilmesinin önü açılmış ve yetkilerinde sınırlamaya gidilmiştir.

MGK’nın Yüksek Öğrenim Kurumu (YÖK) ve Radyo Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) gibi kritik kuruluşlarla olan bağlantısı da kesilmiştir. Ayrıca askeri bütçe, Sayıştay tarafından denetime açılmıştır. Sonra Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun’da yapılan bir değişiklik ile barış zamanlarında sivillerin askeri mahkemelerde yargılanması engellenmiştir.

Bu düzenlemeler yasal çerçeve bakımından ciddi bir etki daralması anlamına gelmektedir. Bu noktada askerin bu düzenlemeleri bloke edecek bir adımda bulunmayı kurumsal yaklaşım çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre Batılılaşma ve Batı’ya entegre olmayı destekleyen askerler AB ‘ye uyum çalışmaları karşısında sessiz kalmıştır.¹⁷ Bu noktada bütün askerler Avrupa Birliği konusunda aynı düşünmemekle birlikte¹⁸ Avrupa Birliği’ne karşı çıkanlar kendi başına hareket etmemiş ve dolayısıyla değişikliklere karşı ciddi bir direnç göstermemişlerdir.

3.Yasal Düzenlemelerin Etkisinin Sınırlılığı

Yapılan son yasal düzenlemeler çerçevesinde askerin yasal yetki alanı resmi olarak daralmıştır. Ancak bu düzenlemeler henüz askerin siyaset üzerindeki etkisini ortadan kaldırmadığı gibi hesap verilebilirliğini de sağlayacak seviyede değildir. Üstelik düzenlemelerin bazılarında geri adım

atılmıştır. Örneğin; yukarıda da bahsi geçtiği üzere 2003 yılında Sayıştay denetimi öngörülürken bu düzenlemenin devamı gelmemiştir. Hatta Nisan 2010'da Sayıştay Kanunu ile ilgili düzenlemelerde asker Sayıştay denetimi dışında kalmıştır.¹⁹Bu noktada siyasi irade askerlere yönelik düzenlemeler konusunda net ve kesin bir yaklaşım içerisinde olamamıştır. Reformların devamı gelmemiş geri dönüşlere açık kapı bırakılmıştır.

Bununla birlikte bugüne kadar yapılan düzenlemelerin mevcut denklemi ne kadar değiştirebildiği tartışmalıdır. MGK'nın yapısında yapılan değişikliklere rağmen askerinin Kurul'da hala etkili olabildiği söylenebilir. MGK'da asker sayısının azalmasının çok önemli bir değişikliği beraberinde getirmediği ve askerlerin söylemek istediklerini yine güçlü bir şekilde söyleyerek bu konularda etkili oldukları vurgulanmaktadır.²⁰Zaten MGK'da oy çokluğuna göre karar alınmamaktadır. Buna göre Kurul'da görüşülen konu hakkında yaklaşımlar ifade edilmekte ve sonrasında ortak bir yaklaşım belirlenmektedir. Bu noktada asker üyelerin baskın bir şekilde etkin olabilmeleri ve askeri vesayetinin bir örneğini daha gösterebilmeleri mümkündür.

Benzeri bir durum EMASYA konusunda da yaşanmıştır. Şubat 2010'da bu protokolün kaldırılmasına rağmen askerlerin hala sivil mülki amirlerin üzerinde hareket ettikleri ve bu protokol çerçevesinde faaliyetlerini sürdürdükleri ileri sürülmektedir.²¹ Dolayısıyla genel olarak yapısal değişikliklere rağmen pratikte büyük bir değişiklik gözlenmemektedir.

Örneğin yapılan değişiklikler 2007 yılında yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerine askerlerin dâhil olmasını engelleyememiştir. Seçimlerde yaşanan "367 Krizi" askeri bir müdahaleye sahne olmuş ve bilindiği üzere "e-muhtıra" yayınlanmasına neden olmuştur. "e-muhtıra" krizinin siviller lehine sonuçlanması bu olayın asker-sivil ilişkilerinde askeri vesayetinin gerilemeye başladığı şeklinde yorumlanmaktadır.²²

Ancak bu geri çekilme gerekli gördüğü zaman askerinin açıklama yapmasına engel olmamıştır. Buna göre o günlerde yaşanan iki dillilik tartışmalarına asker de katılmış ve 17 Aralık 2010 tarihinde yapılan basın açıklamasında tartışmaların "'Dilimiz" üzerinde kamuoyunun gündeminde yer alan birtakım tartışmaların, cumhuriyetimizin temel kuruluş felsefesini kökten değiştirecek bir noktaya doğru hızla götürülmeye çalışıldığı endişeyle izlenmektedir" şeklinde bir görüş belirtilmiştir.²³Ancak sivil siyaset askerinin konuşması hakkında sessiz kalmamış Genelkurmay'ın siyaseti denetlemek gibi bir görevinin bulunmadığı şeklinde açıklamalar yapılmıştır.²⁴Bu noktada Askeri bürokrasideki bu gerileme ve sessizlik "geri çekilme" değil alışageldiğimiz siyasal faaliyetlerini "askıya alma" taktiği şeklinde

yorumlanmıştır.²⁵ Dolayısıyla askerin siyasete müdahale etme yaklaşımı hala devam etmektedir. Bu noktada askeri bürokrasinin etkisini demokratik standartlara çekecek etkin bir mekanizmanın oluşturulması mevcut anayasa çerçevesinde mümkün gözükmemektedir. Buna göre “Bu durumun değişmesi için uzun vadede kültürel bir değişimin yaşanması ve yeni, sivil bir bürokrasi kadrosunun güvenlik konularında yetkinlik sahibi olmaları gerekmektedir.”²⁶ Askeri vesayet ve etki alanı 1924, 1961 ve 1982 tarihli Anayasalarımızda çeşitli düzenlemelere konu olmuş ve bu düzenlemelerin çeşitli yasa ve yönetmeliklere farklı görünüşleri olmuştur. Bu noktada her ne kadar son yıllarda askeri vesayetin demokratik standartlara yani olması gereken noktaya çekilmesinde önemli adımlar atılmış olduğu görülse de uygulamada genellikle bu düzenlemelerin gerisinde kaldığına şahit olunmaktadır.

4.Askerin Kurumsal Kültürü

Askerlik kurumunun Türkiye’deki konumu çok güçlü temellere dayanmaktadır. Buna göre hukuk sistemimizdeki askeri iş ve işlemler ile askeri bürokrasiye tanınan istisna ve muafiyetleri tam olarak kavrayabilmek Türk devlet geleneğinde ve Türk bürokrasisinde askeri bürokrasinin yerinin iyi anlaşılabilmesine bağlıdır.²⁷ Bu noktada askeri bürokratlar savaş meydanlarından meclis kürsülerine kadar devletin çoğu kademesinde önemli görevler yerine getirmişler.²⁸ Gerçekten de Cumhuriyetimizi kuran kadro Osmanlı’nın son döneminde Harbiye Mektebinde yetişen genç subaylardır.²⁹ Bu nedenle askerin kurumsal kültürünün köklü ve etkin olduğu bir geçektir. Bununla birlikte kurumsal kültür yazılı metinlerin ötesinde o kurumun olaylara ve dış dünyaya bakış açısını belirler. Kurum içi eğitim mekanizmaları sayesinde sonraki üyelere aktarılan bu kültürün değiştirilmesi oldukça güçtür. Dolayısıyla yapılan değişiklikler kurumsal kültüre mal edildikçe yerleşecek ve genel uygulamalara dönüşecektir. Bu nedenle de değişim ani değişikliklerle değil zamanla gerçekleşecektir.

Öte yandan Türkiye’deki askeri kurumsal kültürün pratik uygulamalara büyük bir etkisi bulunmaktadır. Buna göre askeri bürokratlar, kendilerini Batılı meslektaşlarına göre farklı konumlandırmakta ve ülkenin çıkarlarının temel koruyucusu olarak görmektedir.³⁰ Burada dikkat edilmesi gereken nokta askerin koruyuculuk rolü altında laikliğe öncelik verirken demokrasiyi ikincil bir konuma düşürmesidir.³¹ Bu noktada şüphesiz ki laiklik korunması gereken temel bir anayasal ilkedir. Ancak demokrasi de en az laiklik kadar önemli bir değer olup bunlar arasında bir derecelendirme yapmak mümkün değildir. Yine laikliğin savunuculuğunun yapılması adına müdahaleci ve baskıcı bir yaklaşım izlenmesi demokrasiyle bağdaşmamaktadır. Bugün

gelenen noktada halkın genelinde hâkim olan kanaat zaten laikliğin temel bir anayasal değer olarak görüldüğüdür. Bu noktada ülkenin temel değerlerine yönelen her türlü yasa dışı eylemlerle yasal olarak mücadele edilmekte ve gereken cezalar öngörülmektedir. Bu şekilde askeri bürokrasinin laikliğin korunması adına siyasi alana yönelik müdahaleci girişimleri gerçekçi bulunmayacaktır. Bu konuda değinilmesi gereken bir diğer nokta askeri kurumların sivil siyasetçilere karşı duyduğu güvensizliktir. Bu çerçevede ülkedeki sivil siyaset yozlaşmış ve tamamen kendi çıkarlarını takip eden bir konuma yerleştirilmiştir. Bu durum ülkenin kuruluşu esnasında siyasilerin ülkeyi parçalamaya götüren başarısızlığına karşın askerin ülkeyi düşman işgalinden kurtarma başarısını göstermesi şeklinde tarihsel nedenlere dayandırılmaktadır.³²

Bu yaklaşım kurumsal kültür ve eğitimle sonraki nesil askerlere iletilmektedir. Nitekim askeri bürokratlar kendi konumlarını “Biz rejim ordusuyuz. Bu vatani korumak ve kollamakla görevliyiz” şeklinde belirtirken; siyasetçilerle ilgili olarak “Çıkarları için aldatılabilirler. Yalan söyleyebilirler” şeklinde bir kanaate sahiptirler.³³ Bu nedenle de Türkiye’de asker ülkenin tek güvenilir koruyucusu olma gibi kritik bir rolden yola çıkarak kendisini kanunların ve yasaların üzerinde konumlandırma eğilimindedir.³⁴ Türkiye’nin güvenlik açısından kritik bir coğrafyada olması ise bu söylemi güçlendirmektedir. Bu açıdan Siyasal İslam ve Kürt ayrılıkçı terörü de güvenlik endişeleri kaynağı olarak askerin siyasete müdahale etmesine gerekçe oluşturmaktadır.

Aslında Türkiye’deki siyasetçilerin pek başarılı bir profile sahip olmamaları ise bu yaklaşımları pekiştirmiştir. Bu durum askerin Batılı demokrasilerde olduğu gibi siyaset dışı bir yapıda olmaları yerine siyaset üstü bir yaklaşım içerisinde olmalarını beraberinde getirmektedir.³⁵ Bu durumda askerler gerekli gördükleri zaman kendi yaklaşımlarına yakın partilerin desteğini alarak siyasete müdahale edebilmişlerdir. Siyasi parti liderleri ise partilerinin çıkarları ve hatta kişisel çıkarları için askerin siyasete müdahalesine göz yummuş ve dışlamak yerine genellikle çağırma konumunda olmuşlardır.³⁶

Askerin bu kurumsal dünya görüşü (Weltanschauung) değişmediği sürece yasal düzenlemeler yetersiz kalacaktır. Dolayısıyla yapılan düzenlemeler kurumsal kültüre mal edilecek bir süreyi gerektirmektedir. Ancak bu süre esnasında yapılan reformların devam etmesi ve geriye dönmemesi gerekmektedir. Bu konuda sivil yönetimlerin ülkeyi başarılı bir şekilde yönetmeleri bakış açısının değişmesinde etkili olabilir. Ayrıca hükümetlerin konu ile ilgili ilkeli tutum göstermeleri uzun vadede olsa bile karşılığını bulma potansiyeli taşımaktadır. Çünkü Türkiye’de siyasi

otoritenin ekonomiyi başarılı bir şekilde yönettiği dönemlerde askerin etkisi azalmakta ve hatta kamuoyunda askerin rolünün eleştirilmeye başladığı görülmektedir.³⁷ Son dönemde bu konuda başarılı olan sivil siyasetin de bu potansiyele sahip olduğu söylenebilir. Üstelik Ergenekon davası da sivil yönetimi askere karşı cesaretlendirmiştir.³⁸

5.Sonuç

Türkiye’de asker sivil ilişkilerinde askerlerin ağır basmasının uzun bir yapısal ve kültürel geçmişi vardır. Sivil yönetimlerin askeri müdahalelerle kesilmesi sonrasında yapılan yasal düzenlemeler ise askerlerin etkinliklerini artırdığı çerçeveyi genişleterek etkin mekanizmaları uygulamaya koymalarına fırsat tanımıştır. Özellikle 1980 darbesi sonrasında düzenlenen anayasa güçlü vesayet ekseninin oluşmasının alt yapısını oluşturmuştur.

Türkiye’nin Avrupa Birliği yolunda yaptığı reformlar ise bu yapısal dönüşümü geri çevirme yolunda önemli bir mesafe kat edilmesini sağlamıştır. 1999 Helsinki Zirvesi’nde Türkiye’nin aday ülke olarak ilan edilmesi bu tarihten sonra yapılan demokratik reformları hızlandırmıştır. Bu reformların asker-sivil ilişkileri ile ilgili kısmı ise önemli değişiklikler getirmesine rağmen askerlerin büyük bir direnci ile karşılaşmamıştır.

Askeri bürokratik uygulamalar ve güvenlik konularına ilişkin ayrıcalıklar, özellikle son dönemde güvenlik algılamalarındaki değişim, demokrasi ve parlamenter sistemin ülkemizde gelişmesi gibi iç faktörler ile Soğuk Savaş’ın sona ermesi, Avrupa Birliği süreci ve küreselleşme gibi dış faktörler nedeniyle daha farklı ele alınmaya başlanmıştır.³⁹

Ancak bu düzenlemeler askerin tamamen siyaset dışına çıkarılmasını beraberinde getirmemiştir. Askerler kendi kurumsal kültürleri çerçevesinde hâlihazırdaki faaliyetlerini ve etkilerini sürdürme eğilimi içerisinde olmuşlardır. Bu çerçevede 2007’de e-muhtıra vermekten, sonrasında ise politik tartışmalara dâhil olmaktan geri durmamışlardır. Bu nokta da kültürel değişimin henüz gerçekleşmemesinden kaynaklanmaktadır.

Bu kültürel dönüşümün yaşanması için ise şimdiye kadar yapılan düzenlemelerde geriye dönme yaşanmaması ve sivillerin kontrolü ile ilgili adımların istikrarlı bir şekilde atılmaya devam edilmesi gerekmektedir. Askerlerin hesap verebilirliğiyle ilgili yasal düzenlemeler ile birlikte bu yasaların uygulamaya yansması da kontrol edilmek durumundadır. Bu noktada caydırıcılığın olmaması askerlerin şimdiye kadar oluşturdukları miras üzerinden yasal çerçeveye ihtiyaç duymaksızın etkilerini sürdürmelerini beraberinde getirebilir. Askeri vesayetın kırılmasında en önemli adım usulü dairesince askeri kurumların denetimi ve hesap verebilirliğinden geçmektedir. Buna göre günümüzde hesap verebilirlik

ilkesinin etkin bir şekilde yürütülmesinin sağlanmasının ardından, bağımsız incelemeyi ve takibatı mümkün kılacak bir hukuki çerçeve ve etkili hesap verebilirlik düzenlemelerine ihtiyaç vardır.⁴⁰ Sonuç itibari ile tüm bu olumlu gelişmelere rağmen dönüşüm zaman alacaktır.

KAYNAKÇA

Arslan, Ali, Türkiye'nin Modernleşme Sürecinde Atatürk, Türk Ordusu ve Türk Askeri Elitleri, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, Yıl:1, S.1. 2004.

Altındal, Hasan, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Türkiye Büyük Millet Meclisi Adına Sayıştay Tarafından Denetimi: Değişen Anayasa ve Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Bir Değerlendirme, Sayıştay Dergisi, S. 79, 2010.

Çevik, Hüseyin, Göksu, Turgut (Ed.) *Türkiye'de Devlet Toplum ve Polis*, Seçkin, Ankara, 2002.

Özbudun, Ergun, "Turkey: How Far from Consolidation", *Journal of Democracy*, Volume 7, Number 3, July 1997.

Diamond, Larry, Plattner, Marc F. (ed.) *Civil-Military Relations and Democracy*, London, 1996.

Özbudun, Ergun ve Gençkaya, Ömer Faruk, *Democratization and The Politics of Constitution-Making in Turkey*, (Central European University Press: Budapeşte, 2010).

Aydın, Ersel, "A Paradigmatic Shift for the Turkish Generals and an End to the Coup Era in Turkey", *The Middle East Journal*, Volume 63, Number 4, Sonbahar 2009.

Demir, Fırat, "Militarization of the Market and Rent-Seeking Coalitions in Turkey", *Development and Change* 36(4): 667-690 (2005).

Friedman, Joel Budget Transparency: Assessments By Civil Society in Africa, Global Corruption Report 2004-Transparency International, Pluto Press, London, 2004.

Gareth Jenkins, "Continuity and Change: Prospects for Civil-Military Relations in Turkey", *International Affairs*, 83:2,2007.

Özdal, Habibe, Osman Bahadır Dinçer, Mehmet Yeğin, (ed.) Erhan, Çağrı Mülakatlarla Türk Dış Politikası, USAK Yayınları, Ankara, 2009.

Linda Michaud Emin, "The Restructuring of the Military High Command in the Seventh Harmonizing Package and Its Ramifications for Civil Military Relations in Turkey", *Turkish Studies*, Vol. 8, No. 1, Mart 2007.

Birand, Mehmet Ali, *Emret Komutanım*, (Milliyet Yayınları: İstanbul, 1986).

Heper, Metin, “Consolidating Turkish Democracy”, *Journal of Democracy*, Volume 3, Number 2, April 1992.

Heper, Metin, “The European Union, the Turkish Military and Democracy”, *South European Society & Politics*, Vol. 10, No. 1, April 2005.

Palmer, Alan, *Bir Çöküşün Yeni Tarihi: Osmanlı İmparatorluğunun Son 300 Yılı*, İstanbul, 2008.

Selochan, Viberto, Lawson, Stephanie, *The Military and Democracy in Asia and the Pacific*, Canberra, 2004.

Demirel, Tanel, “Soldiers and Civilians: The Dilemma of Turkish Democracy”, *Middle Eastern Studies*, Vol. 4, No.1, Ocak 2004.

Cizre, Ümit, “Disentangling the Threads of Civil- Military Relations in Turkey: Promises and Perils”, *Mediterranean Quarterly*, Vol. 22, No. 2, Spring 2011.

Ümit Cizre, “The Anatomy of the Turkish Military Autonomy”, *Comparative Politics*, Vol.29, No.2 (Jan., 1997)

Hale, William ve Özbudun, Ergun, *Islamism, Democracy and Liberalism in Turkey*, (Routledge Taylor & Francis Group: New York, 2010)

Sarıgil, Zeki, “Europeanization as Institutional Change: The Case of the Turkish Military”, *Mediterranean Politics*, Vol. 12, No. 1, Mart 2007, ss.50-51

SON NOTLAR

¹Aynı şekilde Güney Asya’daki pek çok ülkede askeri rejimlerin iktidara el koyduğu ve ülkeyi uzun yıllar yönetimleri altında tuttıkları görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. May, R.J., Selochan Viberto, Lawson, Stephanie, *The Military and Democracy in Asia and the Pacific*, Canberra, 2004.

²Heper, Metin, “Consolidating Turkish Democracy”, *Journal of Democracy*, Volume 3, Number 2, April 1992, s.106

³Özbudun, Ergun, “Turkey: How Far from Consolidation”, *Journal of Democracy*, Volume 7, Number 3, July 1997, s. 130.

⁴Heper, “Consolidating Turkish Democracy”, s. 108

⁵Bunlardan birisi kamoyunda tartışmalara neden olan EMASYA Protokolüdür.

⁶Cizre, Ümit, “The Anatomy of the Turkish Military Autonomy”, *Comparative Politics*, Vol.29, No.2 (Jan., 1997), ss. 157-162.

⁷Demir, Fırat, “Militarization of the Market and Rent-Seeking Coalitions in Turkey“, *Development and Change* 36(4): 667–690 (2005). s.677.

⁸07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 160 ıncı maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte TSK harcamalarının Sayıştay tarafından denetiminin önü açılmış olmaktadır. Ancak Sayıştay'ın böyle bir denetim yapmasının önündeki yasal engeller ortadan kaldırılmalıdır. Bu engeller dört farklı yasada görülmektedir. Silahlı Kuvvetler'in Sayıştay tarafından denetimine ilişkin muafiyet veya istisna içeren dört önemli kanun vardır. Bunlar; 1050 sayılı Kanun'un 99 uncu maddesi, 832 sayılı Kanun'un 38 ve Ek-12 inci maddeleri, 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun 104 üncü maddesi ve 3238 sayılı Savunma Sanayii Müsteşarlığı Kurulması Hakkında Kanun'un 11 inci maddesidir. Sayıştay Kanunu'nda değişikliğe gidilmiş ancak askeri harcamaların denetimi konusunda beklenen düzenleme henüz yapılamamıştır.

⁹Friedman, Joel (2004), *Budget Transparency: Assessments By Civil Society in Africa*, *Global Corruption Report 2004-Transparency International*, Pluto Press, London, s.330.

¹⁰Palmer, Alan (2008), *Bir Çöküşün Yeni Tarihi: Osmanlı İmparatorluğunun Son 300 Yılı*, İstanbul, s.12-13.

¹¹Arslan, Ali (2004), *Türkiye'nin Modernleşme Sürecinde Atatürk, Türk Ordusu ve Türk Askeri Elitleri*, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, Yıl:1, S.1, s.13.

¹²Diamond, Larry, Plattner, Marc F. (ed.) (1996), *Civil-Military Relations and Democracy*, London, s.12.

¹³Cizre, “The Anatomy of the Turkish Military Autonomy”, s.157.

¹⁴Özbudun, Ergun ve Gençkaya, Ömer Faruk, *Democratization and The Politics of Constitution-Making in Turkey*, (Central European University Press: Budapeşte, 2010), s.22.

¹⁵Ibid.

¹⁶"Emniyet-Asayiş-Yardımlaşma" ifadelerinin kısaltılmışı olan EMASYA Protokolü İçişleri Bakanlığı ile Genelkurmay Başkanlığı arasında 7 Temmuz 1997'de imzalanmıştır. Buna göre İl İdaresi Kanunu'nda yapılan değişiklik askerin, polisin yeterli olmadığı durumlarda toplumsal olaylara müdahalesine dönük böyle bir düzenlemeyi gerektirmekteydi. Ancak şimdiye kadar içeriği resmi olarak hiç açıklanmayan Protokolün 9'uncu maddesiyle İl İdaresi Kanunu'ndan farklı olarak Valilik talep etmese de askere, kendisi gerekli gördüğü durumlarda toplumsal olaylara el koyma yetkisi verilmekteydi. Yine Protokol şehir merkezleriyle ilgili istihbaratı

askerle paylaşma imkânı da getirmekteydi. Bu noktada Protokol’ün 9. maddesi EMASYA komutanlıklarının, mülki amirlerin yardım talebi olmaksızın olaylara müdahale edebilmesine imkân vermesi 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’na "şekil, yetki, konu ve maksat" yönlerinden aykırı düşmektedir. Öte yandan Protokolde özel olarak tahsis edilmiş EMASYA birlikleri oluşturulmayıp Türk Silahlı Kuvvetlerinin EMASYA birlikleri olarak ikiz görevli olarak kullanılması öngörülmekteydi. Buna göre 20 Kasım 2003’te İstanbul’da Beyoğlu’ndaki İngiliz Konsolosluğu ve Levent’teki HSBC Bankası bombalamalarının ardından EMASYA Protokolü’nün devreye sokulmak istendiği ifade edilmektedir. Zira patlamalardan sonra sivil otoritelerden herhangi bir talep olmamasına rağmen Taksim ve Levent’e askeri birlikler sevk edildiği ileri sürülmektedir. EMASYA Protokolü 2010 yılında Genelkurmay Harekât Başkanı ve İçişleri Bakanı Müsteşarı’nca atılan imzalarla ortadan kaldırılmıştır. EMASYA Nedir? www.ntvmsnbc.com/id/25053516/ ; EMASYA Protokolü Nedir? www.trtdari.com/Haber/HaberDetay.aspx?HaberKodu=4429361b-1a17-48c5-9f0d-9e74b5f6e69f Erişim Tarihi 22.07.2011.

[17](#)Sarıgil, Zeki, “Europeanization as Institutional Change: The Case of the Turkish Military”, *Mediterranean Politics*, Vol. 12, No. 1, Mart 2007, ss. 50-51.

[18](#)Heper, Metin, “The European Union, the Turkish Military and Democracy”, *South European Society & Politics*, Vol. 10, No. 1, April 2005, ss. 38-42.

[19](#)“TSK, Sayıştay Denetimi Dışında Kaldı”, *Sabah Gazetesi*, 9 Nisan 2010.

[20](#)Jenkin, Gareth s, “Continuity and Change: Prospects for Civil-Military Relations in Turkey”, *International Affairs*, 83:2,2007; Linda Michaud Emin, “The Restructuring of the Military High Command in the Seventh Harmonizing Package and Its Ramifications for Civil Military Relations in Turkey”, *Turkish Studies*, Vol. 8, No. 1, Mart 2007, s.34.

[21](#)Arslan, Adem Yavuz, “EMASYA Gerçekten Kalktı mı?”, *Bugün Gazetesi*, 13 Nisan 2010.

[22](#)Hale, William ve Özbudun, Ergun, *Islamism, Democracy and Liberalism in Turkey*, (Routledge Taylor & Francis Group: New York, 2010), s. 92.

[23](#)www.tsk.tr/10_ARSIV/10_1_Basin_Yayin_Faaliyetleri/10_1_Basin_Aciklamalari/2010/BA_03.htm Erişim Tarihi: 2 Temmuz 2011

24“Çelik: Asker Görevini Yapsın”, *Ntvmsnbc*, 18 Aralık 2010, www.ntvmsnbc.com/id/25161929/> (Erişim Tarihi: 2 Temmuz 2011)

25“Ayar Verme Çabaları Komik Görülüyor”, *Habertürk Gazetesi*, 18 Aralık 2010.

26Hale ve Özbudun, *Islamism, Democracy and Liberalism in Turkey*, s.97.

27Altında, I Hasan, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Türkiye Büyük Millet Meclisi Adına Sayıştay Tarafından Denetimi: Değişen Anayasa ve Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Bir Değerlendirme, *Sayıştay Dergisi*, S. 79, 2010, s.10.

28Özdal, Habibe, Osman Bahadır Dinçer, Mehmet Yeğin, (ed.) Erhan, Çağrı (2009), Mülakatlarla Türk Dış Politikası, USAK Yayınları, Ankara, s. 49.

29Çevik, Hüseyin, Göksu, Turgut (Ed.) (2002) *Türkiye'de Devlet Toplum ve Polis*, Seçkin, Ankara, s. 41.

30Sakallıoğlu, “The Anatomy of the Turkish Military Autonomy”, *Comparative Politics*, Vol. 29, No. 2 (Jan., 1997), ss. 154.

31Cizre, Ümit and Walker. Joshua, “Conceiving the New Turkey After Ergenekon” *The International Spectator*, 45: 1, 2010, s. 93.

32Aydınlı, Ersel, “A Paradigmatic Shift for the Turkish Generals and an End to the Coup Era in Turkey”, *The Middle East Journal*, Volume 63, Number 4, Sonbahar 2009, ss.584-585.

33Birand, Mehmet Ali, *Emret Komutanım*, (Milliyet Yayınları: İstanbul, 1986), s. 51.

34Demirel, Tanel, “Soldiers and Civilians: The Dilemma of Turkish Democracy”, *Middle Eastern Studies*, Vol. 4, No.1, Ocak 2004, s.131.

35Sakallıoğlu, “The Anatomy of the Turkish Military Autonomy”, *Comparative Politics*, Vol. 29, No. 2 (Jan., 1997), s. 156.

36Demirel, “Soldiers and Civilians: The Dilemma of Turkish Democracy” s. 135

37Jenkins, Gareth, “Continuity and Change: Prospects for Civil-Military Relations in Turkey” *International Affairs*, 83:2,2007, s.339.

38Cizre and Walker, “Conceiving the New Turkey After Ergenekon”, *The International Spectator*, 45: 1, 2010, s.95.

39Altındal, Hasan, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Türkiye Büyük Millet Meclisi Adına Sayıştay Tarafından Denetimi: Değişen Anayasa ve Yasal

Düzenlemeler Çerçevesinde Bir Değerlendirme, Sayıştay Dergisi, S. 79, 2010, s.10.

[40](#)Altındal, Hasan, Türk Silahlı Kuvvetleri’nin Türkiye Büyük Millet Meclisi Adına Sayıştay Tarafından Denetimi: Değişen Anayasa ve Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Bir Değerlendirme, Sayıştay Dergisi, S. 79, 2010, s.6.

TÜRKİYE FUTBOL FEDERASYONU'NUN İDARİ VE HUKUKİ YAPISI AÇISINDAN ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ve ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ İŞİĞİNDA TAHKİM KURULU'NUN YAPISINA İLİŞKİN ÖNERİLER

*Yrd. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI **

ÖZET

Spor organizasyonları özellikle futbol bugün çok geniş kitlelere hitap eden büyük ekonomik etkinliklerdir. Federasyonlarca verilen kararların yargı sürecinde uzun süre belirsiz kalması, bu dinamik yapıyla bağdaşmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, Tahkim Kurulu kararlarını yargı denetimine açmıştır. Sporun dinamik yapısı nedeniyle yasama organı tarafından Anayasa çok hızlı şekilde değiştirilmiştir. Tahkim Kurulu kararları yeniden yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Ancak mevcut yapı, kamuoyunda birtakım kaygıları gidermekten uzak olduğundan bu çalışmada kararların tarafsızlığını sağlayıcı bazı öneriler getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim Kurulu, Futbol Federasyonu, Anayasa Mahkemesi

CONSTITUTIONAL COURT DECISION IN TERMS OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL STRUCTURE OF TURKISH FOOTBALL FEDERATION AND SUGGESTIONS RELATED TO THE STRUCTURE OF ARBITRATION COMMISSION IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTION AMENDMENT

ABSTRACT

Sports organizations, especially football are major economic activities that are widely acclaimed. The decisions given by the sports federations are generally undetermined in the [judicial process](#) and this situation does not comply with this dynamic structure. The Arbitration Commission decisions were included to the scope of [judicial review](#) by the Constitutional Court. However, the Constitution has been quickly amended by the Parliament due to dynamic structure of football. Therefore, the decisions of the Arbitration Commission are again excluded from [judicial review](#). Current structure

* İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

reveals various concerns in public opinion. In this study, we aim to bring forward some suggestions that will enable objectiveness of the decisions.

Key Words: Arbitration Commission, Football Federation, Constitutional Court

GİRİŞ

Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) yönetim kurulu ve disiplin kurulu kararlarına karşı TFF Tahkim Kuruluna itiraz etme hakkı dışında bu kararlara karşı yargı yolunu kapayan yasa hükmü uzun zaman yürürlükte kalmıştır. Profesyonel futbolun dinamiklerinin farklı oluşu, çok hızlı karar alma zorunluluğu karşısında, kararlarının tamamen yargı denetimi dışında tutulmasının hukuksal olarak kabulünün zorluğu arasındaki çelişki tartışılmakla beraber, TFF Tahkim Kurulunun seçim yöntemi ve bağımsızlığı ayrı bir tartışma yaratmaktaydı.

Ankara Spor Kulübü'nün, Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu kararını yargıya taşıması ve Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (1), (2), (3) ve (4) numaralı fıkralarının, Anayasa'nın 7., 9., 10., 36., 38., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali başvurusu ve nihayetinde TFF kararlarına karşı TFF Tahkim Kurulu dışında başka bir yargı merciine başvurulamamasına ilişkin yasa hükmünün Anayasanın 36. maddesine aykırı bulunarak iptali, çok önemli yeni bir süreci başlatmıştır.

Bu çalışmada, TFF yönetim ve disiplin kurulu kararlarına karşı TFF Tahkim Kurulu dışında yargı yolunun kapatılmasına ilişkin yasa hükmünün, Anayasanın 36. maddesine aykırılığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nce iptali sonrasında, Anayasa m. 59'da yapılan değişiklik¹ ile TFF Tahkim Kurulu'nun mevcut yapısında ki eksikliklere profesyonel futbolun dinamiğine uyum sağlayacak çözüm önerileri getirmek ve güncel soruna dikkat çekmek amaçlanmıştır.

1. TÜRKİYE FUTBOL FEDERASYONU

Spor federasyonlarının önemi; özellikle spor hayatında, kuralların tespiti, karşılaşmaların düzenlenmesi, sporcuların yetişmesi ve uluslararası müsabakalarda yarışmaları, uluslararası federasyonlara üyelikleri itibariyle

¹ 6214 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, **RG T:**29.03.2011, **RG S. :** 27889

daha da bir anlam ifade etmektedir². Hem dünyada hem de Türkiye'de futbolun yükselen değer olduğu göz önüne alındığında, bu alanda yetkin bir kurumun olması kaçınılmaz bir hal almıştır.

Türk sporunun geldiği son merhale, yapılan son değişiklikler çerçevesinde 5894 sayılı Kanun'un son halini alması ile Futbol Federasyonu'nun kuruluşunun yeniden düzenlenmesi olmuştur. Bu Kanunla, Futbol Federasyonuna, diğer federasyonlardan farklı bir hukuki kimlik verilmiştir³. Nitekim özel hukuk hükümlerine tabi olma ayrıcalığı, Türk hukukunda olmayan bir örnekle bu Kurumun düzenleme şekli olmuştur. Futbol, ilk profesyonel spor dalı ve Futbol Federasyonu ilk özerk federasyon olmuştur. Ancak diğer spor dallarına oranladığında, futbol dışındaki spor dallarının aynı gelişimi göstermediği görülür. Zira halen ülkemizde en profesyonel spor dalı futbol olarak kabul edilmekte, diğer spor dallarının tamamı amatör olarak nitelenmektedir. Futboldan federasyonu ile başlayan ve daha sonra bütün spor federasyonlarına da Kanun ile özerklik getirilmişse de, pratikte hiçbir federasyon, Futbol Federasyonu kadar özerk olamamıştır⁴.

Futbol Federasyonu'nun özerk olduğunu tanımlayan çerçeve statüde; Özerk Federasyon, 3289 sayılı Kanunun Ek 9. maddesi hükümlerine göre oluşturularak tüzel kişilik kazanan, organları genel kurul tarafından seçimle göreve gelen, her türlü kararlarını kendi organları içerisinde alan, bütçesi genel kurul tarafından onaylanan ve ibra edilen, özel hukuk hükümlerine tabi federasyon olarak tanımlanmıştır (Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsü, m.4). Bu yönü ile özerkliğin amacının, hizmetlerde etkinliği ve verimliliği gerçekleştirme olduğu söylenebilir⁵.

² Rifat **ERTEN**, *Türk Sporunun yapısal düzeni*, s.128, <http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/118-137.pdf> (Erişim:05.05.2011)

³ 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun m.1 "Bu Kanunun amacı; her türlü futbol faaliyetlerini milli ve milletlerarası kurallara göre yürütmek, teşkilatlandırmak, geliştirmek ve Türkiye'yi futbol konusunda yurt içinde ve yurt dışında temsil etmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip, özerk Türkiye Futbol Federasyonunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ait esas ve usulleri düzenlemektir.

⁴ Hüseyin Alpay **KÖSE**, *Avrupa Birliği Hukuk Sisteminin Spor Hukukuna Etkileri*, s. 29, http://sites.khas.edu.tr/tez/HuseyinAlpayKose_izinli.pdf (Erişim:05.05.2011)

⁵ Tekin **ÇOLAKOĞLU**, Spor Federasyonlarının Özerkleşmeleri ve Hukuksal Boyutunda Spor Hukuku Gereksinimleri, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_700.htm (Erişim:05.05.2011)

Şüphesiz ki; özerklik hem idari hem de mali anlamda olmalı ki; bu amaca ulaşılabilir. TFF'nin mevcut özerk idari yapısı korunarak; çağdaş yönetim anlayışı çerçevesinde, liberal piyasa mekanizmalarına uyum sağlayacak mali özelliklere sahip “*konfederasyon*” tipi bir yapılanmaya dönüştürülmesi bir alternatif olarak sunulmaktadır⁶.

TFF, özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzel kişi olarak farklı bir statüye sahiptir. Bu statüyü bildiğimiz bir yapılanma ile nitelendirmek güçtür. Zira TFF, ne dernektir ne vakıftır. Şirket ise hiç değildir. TFF, özerkliğe sahip olmakla birlikte kamu kurumu niteliğinde olmadığından yetki ve görevleri nevi şahsına münhasır atipik bir yapılanmadır⁷.

Ülkemiz ile dünyadaki spor yapılanması karşılaştırıldığında, TFF'nin kuruluşunu ve özerkliğini kanunla sağlayan başka bir ülke bulunmamaktadır⁸. Avrupa'ya baktığımızda; spor örgütleri bir sivil toplum örgütü olarak ortaya çıkmış ve kendi kurallarını uluslararası örgütleri de dikkate alarak kendileri koymakta, ayrıca bu kuralların denetimini kendi yargılama sistemleriyle takip etmektedir. Ülkemizdeki durum daha çok bu alanın devlet eli ile geliştirilmeye çalışıldığı ve sivil toplumun bu şekilde oluşturulduğu söylenebilir.

İdare hukuku açısından; Türkiye Futbol Federasyonu Başkanlığının, Başbakanlığın “İlgili Kurulu” olarak görünmesi ve Devlet Bakanları arasında görev paylaşımına ilişkin Başbakanlık Genelgelerinde Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile beraber bir Devlet Bakanının sorumluluğuna verilmesi 3046 sayılı Yasanın⁹ “*ilgili kuruluş*” tanımına göre bir hukuki, idari ve mali statüye sahip hizmet yerinden yönetim kuruluşu kabul edildiğinin bir göstergesidir¹⁰. Hizmet yerinden yönetim spesifik bir

⁶ Sebahattin **DEVECİOĞLU**, *Türkiye Futbol Federasyonu'nun Özerkliği*, s.9, http://perweb.firat.edu.tr/personel/yayinlar/fua_9/9_31134.pdf (Erişim:05.05.2011)

⁷ A.Ş **GÖZÜBÜYÜK**, T. **TAN**, *İdare hukuku*, C.1 İst, 1998, s.301

⁸ **KÖSE**, s.29-30

⁹ 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hk. 174 S. KHK İle 13.12.1983 Gün ve 174 S. Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları H. KHK'nin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi H. 202 S. KHK'nin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun m.11

¹⁰ Sebahattin **DEVECİOĞLU**, *Türkiye'de Futbolun Kurumsallaşması*, s.12, http://perweb.firat.edu.tr/personel/yayinlar/fua_9/9_34134.pdf (Erişim:05.05.2011)

hizmetin, merkez teşkilatından ayrı bir hukuki varlığa sahip kuruluşlar tarafından verilmesi ve yönetilmesi anlamına gelir ki; burada özerklik hizmetin kendisine tanınmaktadır¹¹. Klasik kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla geleneksel olarak devletin üstlendiği kamu hizmetlerinin ayrı bir kişilik olarak teşkilatlandırılması neticesinde ortaya çıkmışlardır. Ülkemizde, hizmet yerinden yönetim birimlerinin sayısı az olmadığı gibi, belirli bir kamu hizmetini gördüklerinden bu kurumlarda ihtisas (uzmanlık) ilkesi hâkimdir¹².

1.1. Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu

Tahkim müessesesi, hukuk sistemimizde 1086 sayılı HUMK'un 516 ile 536 maddeleri arasında düzenlenmiştir¹³. Tahkim; “bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına” denir¹⁴. Bir hak üzerinde, uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümlenmesini, özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın bu özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması, tahkim müessesesi ile sağlanmaktadır¹⁵. Bu niteliği ile devletin genel yargı yetkisinin yanında istisnai bir nitelik taşımaktadır¹⁶.

Tahkim ile aslında özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların, devletin yargı organlarına gitmeden daha kısa süre içerisinde yine

¹¹ Serkan AĞAR, *Kamu Kurumları(Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi*, TBB Dergisi, S.65,2006, s.280

¹² Bahtiyar AKYILMAZ - Murat SEZGİNER - Cemil KAYA, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin, Ankara 2009, S.177

¹³ 6100 sayılı HMK 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe gireceğinden bu çalışmanın kaleme alındığı mayıs 2011 itibariyle mevcut hükümler esas alınmıştır. 6100 sayılı HMK'da tahkim müessesesi m. 407 vd. düzenlenmiştir.

¹⁴ Baki KURU; Ramazan ARSLAN;Ejder YILMAZ; *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 21. b.,s.847

¹⁵ Tamer SOYSAL, *Kulüp İle Profesyonel Futbolcu Arasındaki Sözleşmeler Ve Sözleşmelerden Doğan İhtilaflarda Yargı Yeri*, www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/36.sayi/tamersoyosal.pdf (Erişim:05.05.2011)

¹⁶ Erkan KÜÇÜKGÖNGÜR, *Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği*, s.141, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2001-50-02/AUHF-2001-50-02-Kucukgungor.pdf> (Erişim:05.05.2011)

alanlarında ve uyuşmazlık konularında uzman hakemler vasıtası ile çözümlenmesi amaçlanmıştır¹⁷. Tarafların iradi olarak başvurabilecekleri uyuşmazlık çözüm yolu ihtiyari tahkim, uyuşmazlığın çözümü ile ilgili zorunlu yol olarak tahkim yolu öngörülmüşse mevcuri (zorunlu) tahkim olarak adlandırılır. Mevcuri tahkimde, tahkim yolu özel kanunlarda düzenlenmiş ve bu düzenlemelerle tahkim üyelerinin seçimleri ve çalışma usulleri belirlenmiştir¹⁸. Mevcuri tahkimin öngörüldüğü davaları taraflar mahkemeye götüremeyeceklerinden, kanunla gösterilen Tahkim Kurulu'na başvurmak zorundadırlar¹⁹. TFF tahkim usulü de zorunlu tahkim olarak nitelendirilmiştir²⁰. Mevcuri tahkim müessesesi HUMK m. 516 ve devamında özel olarak düzenlenmemiştir; ancak HUMK'a göre; tahkim usulünde dahi olağan kanun yollarına başvuru mümkün iken, TFF Tahkim Kurulu kararlarına karşı başka bir yargı yoluna başvurulamayacağına ilişkin düzenleme hem Anayasa'da yapılan değişiklikle²¹ hem de Kanunda (5894 sayılı Kanun m. 6/4) mevcuttur.

Hukuki açıdan bakıldığında, Tahkim Kurulu'nun futbol maçlarında oyun kurallarının uygulanması açısından vermiş olduğu kararlar, hukuk âleminde doğurduğu sonuçlar bakımından kesin olması kaçınılmazken; tahkim kurulunun, futbolcu ile kulübü arasında yapmış olduğu sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflarda kesin kararlar vermesi, bu kararların yüksek

¹⁷ Bayram Ali **HACIMUSTAFAOĞLU**, *Anayasa Mahkemesi TFF Tahkim Kurulu Kararının Değerlendirmesi*

<http://www.bayramalihacimustafaoglu.av.tr/?p=142> (Erişim:05.05.2011)

¹⁸ Kemal **DAYINLARLI**, *HUMK' da düzenlenen ihtiyari İÇ TAHKİM*, 2. Baskı, Ankara 2004, s.10.

¹⁹ **KURU-ARSLAN-YILMAZ**, s.848

²⁰ 5894 sayılı Kanun m. 6 “*Tahkim Kurulu, bu Kanun uyarınca bağımsız ve tarafsız bir zorunlu tahkim mercii olup TFF' nin en üst hukuk kuruluudur..*”

²¹ 6214 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun m.1 “7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 59 uncu maddesinin kenar başlığı“B. Sporun geliştirilmesi ve tahkim” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir. “Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciiine başvurulamaz.”

yargının denetiminden geçmemesi Anayasa'nın m. 17 ve m. 36 kapsamında hak arama hürriyetine aykırılık teşkil edeceği tartışma konusu yapılmıştı²².

Futbol faaliyetlerinden doğan ihtilafların çözümünde tahkim esası getirilmiş ve TFF bünyesinde yer alan Tahkim Kurulu oluşturulmuştur. Dolayısıyla, TFF yapısında yer alan her türlü futbol faaliyetinden doğan uyuşmazlıkların karara bağlanması kanunla özerk ve bağımsız çalışan Tahkim Kurulu'na bırakılmıştır. Burada öngörülmuş mecburi tahkim ve yargılama neticesinde verilecek kararların yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi'nin kararına kadar yargısal denetimin dışında olmasa idi, tahkim devletin yargı egemenliğinin ihlali sayılmayacaktı. Nitekim ihtiyari tahkimde, özel hukukun özelliğinden olan tarafların iradesinin üstünlüğüne dayanarak, tarafların aralarındaki anlaşmazlığı çözecek kişilerin (hakemlerin) varlığı pekâlâ mümkündür²³. Bu durumun neticesinde yasamanın çıkardığı bir yasa işlemi ile belli bir konu "tabi hâkim" ilkesinden kaçırılarak "yargısal denetim bağımsızlığı benzeri" bir durum yaratılmıştır²⁴. İhtiyari tahkimde dahi, taraflar iradeleri ile gittikleri hakemin kararlarını yargıya taşıma imkânına sahipken mecburi tahkimde verilen kararların yargısal denetimin dışında tutulması izahtan uzaktır.

TFF Tahkim Kurulu, 1988 yılında kabul edilen 3461 sayılı Kanun ile oluşturulmuş, daha sonra 3813 ve son olarak 5894 sayılı Kanunlar ile varlığını devam ettirmiştir. 5894 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesine göre Tahkim Kurulu, TFF'nin en üst hukuk kurulusudur ve TFF Statüsü ve ilgili talimatlarında belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklar ile ilgili nihai karar mercidir. Tahkim Kurulu, bağımsız ve tarafsız bir zorunlu tahkim mercii olarak nitelendirilmiştir. Tahkim Kurulu için, "*futbolun Anayasa Mahkemesidir*"²⁵ anlayışı, Anayasa Mahkemesi'nin çalışma konumuz kararıyla köklü bir değişikliğe uğrayacağı düşünülürken yapılan son Anayasa değişikliği ile aynı konumunu sürdürmektedir.

1.2. TFF Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Görevleri

²² Ferdi ÖZER, Futbolun Yüksek Mahkemesi, Hukuk Gündemi, S.7, Bahar 2007, s. 93.

²³ Hakan PEKCANITEZ - Oğuz ATALAY - Mustafa ÖZEKES, *Medeni Usul Hukuku*, 9. B, Ankara, 2010, s.693

²⁴ Serkan AĞAR, *Türk Futbol İdaresinde Türk Futbol Federasyonunun Yeri ve İşlevi*, TBB Dergisi, S.63, Mart Nisan, 2006, s.312-313

²⁵ Erdener YURTCAN, *Ulusal ve Uluslararası Boyutta Futbol Hukuku*, s. 283, www.sporbilim.com/dosyalar/Paneller-A.pdf (Erişim:05.05.2011)

TFF'nin taraf olduğu hukuki uyuşmazlıkların çözümü; yasa ile yargının görevi dışına çıkarılmıştı. Yargılamanın daha seri olarak çözümleneceği, teknik kişilerden oluşan Tahkim Kurulu'nda çözülmesi her ne kadar yerinde bir uygulama olsa da tahkim kararlarının yargı denetimi dışında tutulmasının hukuk devleti ilkesi ile pek de bağdaştığı söylenemez.

Uyuşmazlıkları ilgililerinin başvurusu üzerine inceleyerek kesin olarak karara bağlamak görevi, TFF içinde yer alan hatta Federasyon yönetimi tarafından belirlenen (Bu durum bağımsız olarak çalışması gereken bir kurumun bağımsızlığına gölge düşürdüğü için eleştirilmektedir.) beş hukukçu üyeden oluşan Tahkim Kurulu'na verilmiştir

5894 sayılı Kanun uyarınca Tahkim Kurulu, bağımsız ve tarafsız bir zorunlu tahkim merciidir. Yasada Tahkim Kurulu; TFF'nin en üst hukuk kurulu ve TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklar ile ilgili nihai karar merci olarak tanımlanmıştı. Bu durum, 6214 sayılı Kanunla Anayasa m.59 da yapılan değişiklik ile de "Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz" hükmüyle pekiştirilmiştir.

Tahkim Kurulu'nun kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlayacağı ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağı Anayasa Mahkemesi iptal kararına ve hemen sonrasında 6214 sayılı Kanun ile Anayasa m. 59 da yapılan değişikliğe kadar Yasada (5894 sayılı Kanun) düzenlemişti.

Buna göre Tahkim Kurulu;

a) Federasyon ile kulüpler, hakemler, futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, oyuncu temsilcileri, sağlık personelleri ve diğer yetkililer hakkında Yönetim Kurulu tarafından verilen kararları,

b) Amatör ve Profesyonel Disiplin Kurullarının kararları,

c) Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararları,

e) Etik Kurulu kararları,

f) Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü ve talimatları uyarınca nihai karar verme yetkisine sahip diğer kurulların verdikleri hukuki sonuç doğuran kararlar,

g) Yönetim Kurulu tarafından çıkarılan talimatlar ile ilgili uyuşmazlıkları ilgililerinin başvurusu üzerine inceleyerek kesin olarak karara bağlamaktadır

Tahkim Kurulu, Federasyon Başkanı'nın teklifi ve Yönetim Kurulu'nun kararı ile en az beş yıllık mesleki tecrübeye sahip hukuk fakültesi mezunları arasından seçilecek bir Başkan ile altı asıl, altı yedek üyeden oluşur (Tahkim

Kurulu Talimatı madde 3) . Kurul en az beş asıl üye ile toplanır ve hazır bulunan üyelerin oy çokluğu ile karar alır. Oy kullanmak zorunlu olup, çekimser oy kullanılamaz (Tahkim Kurulu Talimatı madde 12).

Tahkim Kurulu'nun kuruluş ve görevlerine baktığımızda, özel kanunla oluşturulmuş mecburi tahkim olduğunu görürüz. Üyelerin seçimi ve teşekkülü, bağımsızlıkları teminat altındadır. Üyeler, görevleri yerine getirirken bağımsız olup, verdikleri kararları kesindir. Buradaki kesinlikten "*Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu kararlarının, ilgili Kanundan ve taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan kesinliği, sadece, bu kararların, başka hiçbir merci nezdinde tartışma ve uyuşmazlık konusu yapılamayacağı anlamının*"²⁶ çıkarılması gerekir. Yargıtay ve Danıştay gibi yüksek yargı organları, Tahkim Kurulu'nun verdiği örnek kararlar ile 3813 sayılı Kanunun anılan hükümlerine uyduklarını göstermişlerdir²⁷. Tahkim Kurulu, görevlerinde bağımsızdır. Buradaki bağımsızlık, Tahkim Kurulu üyelerinin bağımsızlığı anlamındadır. Bu da; üyelerin hiçbir kurum ve kişiden emir alamayacağı, çalışmalarını hukukun evrensel prensipleri doğrultusunda vicdani kanaatlerine göre yürüteceği anlamına gelir. Tahkim Kurulu üyeleri, önlerine gelen uyuşmazlığı belli bir zaman diliminde ve önceden belirlenmiş usul hukuku prensiplerine göre çözümler.

Bu arada neden Tahkim Kurulu'na ihtiyaç duyulduğunun üzerinde durmakta yarar vardır. Gerçekten Mahkemelerin mevcut durumda karar alma

²⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Esas: 2004/13-722, Karar: 2004/707, Tarih: 15.12.2004, http://www.demirbas.av.tr/tr/icerik.goster_120_tff-tahkim-kurulu-kararlarinin-ilam-niteliğinde-olmaması.html (Erişim:05.05.2011)

²⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 15.10.1990 tarih, 1990/13894 Esas Sayılı kararında "Anılan yasada öngörülen tahkim usulünün mecburi tahkim niteliğinde olduğu, kararların kesin olduğunun 3813 sayılı yasanın 13 ve 14. maddelerinde ayrı ayrı belirtildiği, bu durumda HUMK'un 432. maddesi gereğince Tahkim Kurulu Kararları'nın kesin olduğu karara bağlanmıştır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 24.12.1991 tarih, 1991/622-616 sayılı kararı ile "mahkemenin görevsizlik kararı ile dosyanın HMUK'un 438 maddesi gereğince Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'na gönderilmesini emretmiştir. Ankara 6. İdare Mahkemesi, 1992/1657 Esas 1993/7 sayılı kararı ile "Olayda, dava konusu yapılan işlem, hakem ile Türkiye Futbol Federasyonu arasındaki ihtilafın çözümüne ilişkin olduğuna göre, uyuşmazlığın sonuçlandırılmasında anılan bu yeni düzenlemeye göre, HUMK'a göre çalışan ve verdiği kararlara karşı başvuru yolunda aynı kanunun Tahkim başlıklı 516-536. maddelerine tabi olan Tahkim Kurulu yetkilidir" şeklinde hüküm vermiştir

hızları düşünüldüğünde, bunun hiçbir şekilde Futbolun dinamiği ile karşılaşması mümkün değildir. Bir örnekle konuyu açıklamaya çalışalım. Disiplin kurulu kararıyla ceza alan bir yıldız futbolcunun maçta oynamaması nedeniyle o kulübün maçı kazanamaması ve aylar sonra “*bu cezanın mahkemeye iptali durumunda o futbolcu oynasa idi maçı kazanabilirdik ve bu nedenle şampiyonlar liginde oynamayı kaçırdık*” iddiasıyla tazminat talep etmesi gibi birçok sıkıntı yaşanabilirdi. O nedenle, Futbol içerisinde mutlaka ihtisas mahkemesi ya da iki dereceli bir tahkim sistemi bulunmalıdır²⁸. Spor hukukunda uzman hâkimlerin yetişmesi bir an önce sağlanarak asıl adaletsiz sonuçların oluşması engellenebilir. Ayrıca, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde, yargı denetiminden tedirgin olmamak gerekir.

1.3. Tahkim Üyeleri ve Yargı Bağımsızlığı

Yukarıda Tahkim Kurulu'nun bağımsızlığı ile tartışmadan kısaca söz etmiştik. Şu an yürürlükte olan 5894 sayılı Kanun'dan önceki uygulamalarda durum, her ne kadar vahim olsa da günümüz uygulamasında bağımsızlık konusundaki tereddütlerin giderildiği pek söylenemez. 2007 yılında yapılan değişiklikten önce 17.6.1992 tarihli 3813 sayılı Kanuna göre Tahkim Kurulu, Futbol Federasyonu Genel Kurulu tarafından seçilirdi. Fakat uygulamada, Genel Kurula sunulacak Tahkim Kurulu listesi Futbol Federasyonu başkan adayı tarafından oluşturulmaktaydı. Futbol Federasyonu Genel Kurulu'nun kulüp temsilcileri ağırlıklı olmasından dolayı TFF Tahkim Kurulu'nun oluşumunda tarafsızlığın zedelendiği yolunda görüşler mevcuttu²⁹. Futbol Federasyonu Genel Kurulu tarafından oluşturulan Tahkim Kurulu'nun kararlarının, objektif hukuk kurallarından uzak ve yanlı olabileceği endişesi haklı olarak sürekli mevcudiyetini korumaktadır.

5894 Sayılı Kanunda ise; Federasyon Başkanı'nın teklifi ve Yönetim Kurulu'nun kararı ile en az beş yıllık meslekî tecrübeye sahip hukukçular

²⁸ “Özgün Spor Mahkemesi veya sistem içinde sportif ihtilaflara bakacak bir mahkeme kurduğunuzda, bu yargının uzman hakimlerinin nereden bulunacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Bu alanda uzman yargıçlar yetiştirinceye kadar, zaten zor ayakta duran sporumuzu tamamen yok etme riskiyle karşı karşıya kalırız “ gerekçesi ile TBMM raporunda karşı çıkmaktadır. **Spor Hukuku Enstitüsü Derneği**, *Türkiye’de Spor’un Sorunları Hakkında İrdeleme Ve Çözüm Önerileri Raporu*, s. 76, www.sporhukuku.org/dosyalar/tbmm-rapor.pdf (Erişim:05.05.2011)

²⁹ 2007 yılında yapılan kanun değişikliği ile TFF Genel Kurulu'nun üye sayısı 223'ten 267'ye yükseltildi. Yeni düzenlemeyle 267 üyenin 236'sı futbol kulüplerinin temsilcilerinden oluştu.

arasından seçilecek bir Başkan ve altı asıl ve altı yedek üyeden oluşan ve görev süresi, Federasyon Yönetim Kurulu'nun görev süresi kadar olan bir kuruldan söz edilmektedir ki; bu kurulun yargı bağımsızlığı ile ciddi kaygılar olması izahtan varestedir. Tahkim Kurulu, yargı görevini yerine getiren bir kurul olduğuna göre üyelerinin yargı bağımsızlığına sahip kişilerden olması gerekir. Yargı bağımsızlığı, dar anlamıyla, aslında Yargıçların bağımsızlığı anlamına gelir. Yargı, işlevini yargılama ile yerine getirir, bu da yargıçlar eliyle olur. Yargıçların bağımsızlığı, kararlarını verirken özgür olmaları, hiç bir dış baskı altında olmamaları, yasama ve yürütme organlarından emir, tavsiye ve talimat almamaları anlamına gelir³⁰. Anayasalarda ve yasalarda her ne kadar yargı bağımsızlığından ve hâkim güvencesinden bahsedilse de; bugün itibariyle bunun tam anlamıyla gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir³¹. Bu anlamıyla, Tahkim Kurulu üyelerinin tam anlamıyla bağımsız olmadıklarını ve bu anlamda verilen kararların kamuoyu vicdanında sorgulanacağını gözden uzak tutmamak gerekir.

Tahkim Kurulu Talimatı madde 5. *”Tahkim Kurulu, Federasyon Başkanının teklifi ve Yönetim Kurulunun kararı ile en az beş yıllık meslekî tecrübeye sahip Hukuk Fakültesi mezunları arasından seçilecek bir Başkan ile altı asıl, altı yedek üyeden oluşur. Kurul, ilk toplantısında asıl üyeler arasından bir Başkan Vekili ve bir Raportör seçer. Başkan ve Başkan vekilinin yokluğu halinde, kurula en yaşlı üye Başkanlık eder.*

Tahkim Kurulunun görev süresi, Federasyon Başkanının görev süresi ile sınırlıdır.

Üyelerin belirlenmesinde FIFA ve UEFA kriterleri esas alınır. Özerk federasyonların veya spor kulüplerinin kurullarında görev alanlar ile ceza veya disiplin kurullarınca altı aydan fazla cezaya çarptırılmış olanlar Tahkim Kurulu üyesi olamazlar.

Üyeler, istifa etmedikçe veya çekilmiş sayılmadıkça, yerlerine yeni üye seçilemez. Herhangi bir nedenle boşalan asıl üyeliğe, yedek üyeler sırasıyla ve kendiliğinden gelirler. Eksik kalan yedek üye sayısı, seçilecek yeni üyelerle tamamlanır.” demektedir.

Bu maddede amaçlanan, Tahkim Kurulu'nun görevinde bağımsızlığıdır. Üyeler istifa etmedikçe ve çekilmiş sayılmadıkça yerlerine yenisi seçilemez. Böylece; kurul üyelerine, bir tür hâkim teminatı tanınmıştır. Bu teminat,

³⁰ Hasan CİLAN, *Yargı Bağımsızlığı*, <http://www.hcilan.av.tr/makale/34-makale/48-yargi.html> (Erişim:05.05.2011)

³¹ Özdemir ÖZOK, *Neden Bağımsız Yargı*, TBB Dergisi, S.60, 2005, s.29

bağımsızlığın da güvencesi olmaktadır. Gerçekten kurul üyelerinin atama değil seçimle gelmesi, kurulun tarafsızlığına gölge düşürebilecek kişilerin üye seçilememesi, görev sürelerinin dört yıl olarak belirlenmesi, istifa etmedikçe veya çekilmiş sayılmadıkça görevlerinin anılan süre boyunca devam etmesi, kurulun faaliyetlerinde hiçbir baskı hissetmeksizin bağımsız olmasını sağlayacağını düşünüyoruz.

Tahkim Kurulu, Futbol Federasyonu'nun taraf olduğu uyuşmazlıkları çözüme yetkisi ve sorumluluğu ayrı bir çelişki konusudur. TFF Yönetim Kurulu'nun aldığı bir kararı inceleyen TFF Tahkim Kurulu'nun, kendisini atayan bir makama karşı alacağı kararların ne derece tarafsızlık sınırları içinde olacağı tartışmalıdır. Bu durumda, her ne kadar üyeler, kararlarını bağımsız hukukçu kimlikleri ile alacak olsalar da, üyelerin üzerinde her zaman için psikolojik bir baskı oluşturacaktır.

Tahkim üyelerinin bağımsız olmaları, Tahkim Kurulu üyelerinin görevlerindeki bağımsızlığı anlamındadır ki; bu da hâkimlerin özellikleri olan yani hiçbir kurum ve kişiden emir alamaması, çalışmalarını hukukun evrensel prensipleri doğrultusunda vicdani kanaatlerine göre karar vermesi gibi özellikleri içinde barındırır. Tahkim üyeleri önlerine gelen ihtilafı belli zaman içinde önceden tayin edilmiş usul hukuku prensiplerine göre çözümler³².

Üyelerinin bağımsızlığı kurulun bağımsız olmasının önemli göstergelerinden biridir. Bu nedenle; Tahkim Kurulunun, Futbol Federasyonu Genel Kurulu tarafından oluşturulmasından dolayı kararlarının objektif hukuk kuralları içinde verilmediği, bağımsız bir kurul görünümünden uzak olduğu sıklıkla ileri sürülmektedir.³³.

³² Selami **ÖZSOY**, Spor Hukukunda Tahkim, www.sporyonetimi.com/Resimler/cilt3sayi1/15-29.pdf (Erişim:05.05.2011)

³³ Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu, 1999 yılında Fenerbahçe'nin naklen yayınlar için "havuz" adı verilen oluşuma katılmama iddiasını haklı buldu ve Fenerbahçe'nin yine yayın sözleşmesinin geçerli olduğuna karar verdi. Federasyon bu karar sonrasında uygulamada değişiklik yapmadı. Fenerbahçe'nin sözleşme yaptığı yayın kuruluşu bir maçı naklen yayınlamaya başladı, maçın sonlarına doğru yayın engellendi. Yayın kuruluşu ve Fenerbahçe Federasyonca cezalandırıldı. Federasyon, Tahkim Kurulu'nun kararına uymamakla suçlandı. Olağanüstü kongrede Tahkim Kurulu üyelerinden bir kısmı değiştirildi **ÜÇİŞİK F.** "Sporda Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Ötügen Yayınları, 1999, İstanbul, s.230

Tabidir ki; her üye seçiminde, bir iradenin etkisi ve baskınlığı söz konusu olacaktır. Önemli ve asıl olan seçim esasları kadar hatta daha da çok yargıç bağımsızlığına sahip olmaları ve görevlerini icra ederken kendilerini tarafsız kararlar verebilecek güvenli ortamda hissetmeleridir. Gerek siyasi ve gerekse ideolojik birçok etkinin aday seçimine yansımaları, bağımsızlığı zedeleyici asıl neden olacaktır. Bir kurulun kendisini atayan bir başka kurulun kararlarına karşı bağımsızlığının tartışılması kadar bu kurulun kararlarının bir üst makamca incelenmesi için bir düzenlemeye gidilmesi son derece önemlidir.

1.4. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu

5894 sayılı Kanun ile Hukuk Kurulu TFF Merkez Teşkilatı içinde kabul edilmiş, Kanunun 5'inci maddesiyle de Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (UÇK), Disiplin Kurulları, Kulüp Lisans Kurulu ve Etik Kurulu ilk derece hukuk kurulları olarak düzenlenmiştir. İlk derece hukuk kurullarının görevleri, yetkileri, hakları ve üyelerinin sahip olmaları gereken nitelikler ile her bir Kurulun usul kurallarının TFF Statüsü ve ilgili talimatlarla düzenleneceği belirtilmiştir.

UÇK, 5894 sayılı Kanunun 5. maddesi hükmü gereği oluşmuş;

a) Kulüpler ile kulüpler,

b) Kulüpler ile futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, oyuncu temsilcileri, masörler ve müsabaka organizatörleri,

c) Futbolcu temsilcileri ile futbolcular, teknik direktörler, antrenörler

arasında her türlü sözleşmeden doğan ve futbolla ilgili olan uyuşmazlıkları, taraflarının başvurusu üzerine münhasıran yetkili olarak incelemek ve karara bağlamakla görevlendirilmiş bir kuruldur.

UÇK; Federasyon Yönetim Kurulunun belirlediği Kurul Başkanı ile Kulüpler Birliği Vakfının, Profesyonel Futbolcular Derneğinin ve Türkiye Futbol Antrenörleri Derneğinin her birinin belirleyeceği beşer üye olmak üzere onbeş üyeden oluşmaktadır. Kurulun başkanı ve üyelerinin en az beş yıllık meslekî tecrübeye sahip hukukçu olması şarttır.

UÇK Talimatı'nın 2'nci maddesinde UÇK' nin kulüpler ile kulüpler, kulüpler ile futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, oyuncu temsilcileri, masörler ve oyuncu temsilcileri ile futbolcular, teknik direktörler, antrenörler arasındaki sözleşmeden doğan futbolla ilgili tüm uyuşmazlıkları tarafların başvurusu üzerine münhasıran görevli ve yetkili olarak inceleyeceği ve karara bağlayacağı belirtilmiştir. UÇK, Federasyon Yönetim Kurulu'nun belirlediği Kurul Başkanı ile Kulüpler Birliği Vakfı'nın, Profesyonel Futbolcular Derneği'nin ve Türkiye Futbol Antrenörleri Derneği'nin her

birinin belirleyeceği beşer üye olmak üzere toplam 15 üyeden oluşur. Kurulun Başkanı ve üyelerinin en az beş yıllık mesleki tecrübeye sahip hukukçu olmaları şarttır. Uyuşmazlıklar, 5 kişilik heyetler tarafından karara bağlanır. (UÇK Talimatı madde 3) kararlar eşit oy ve oy çokluğu ile alınır. Bu kararlar ile ilgili olarak kararın tebliğinden itibaren 7 gün içinde Tahkim Kurulu'na itiraz olanağı getirilmiştir. (5894 sayılı Kanun'un 5/3 ve Tahkim Kurulu Talimatı'nın 7'nci maddesi)

UÇK, görevinde bağımsızdır. Dolayısıyla Tahkim Kurulu üyelerine sağlanan güvenceler bu Kurul için de geçerlidir. Kurulun hiçbir üyesi UÇK ve Tahkim Kurulu önünde herhangi bir tarafın vekili sıfatıyla görev yapamaz ve TFF'nin diğer hiçbir kurul ve organında görev alamaz. UÇK'nin varlığı, hukuki süreci daha sağlıklı bir hale getirmiştir.

1.5. Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu

Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü (GSGM) bünyesinde kalan ve 1992 yılında futbol branşının özerkliğe kavuşmasından sonra ve bugün sayıları 60'a yaklaşan özerk spor federasyonlarıyla ilgili hukuki uyuşmazlıklarda itirazlara çözüm bulması için Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsüne göre Genel Müdürlük bünyesinde bir tahkim kurulu kurulmuştur.

Tahkim Kurulu; özerk federasyon ile kulüpler, federasyon ile sporcu, hakem, teknik direktör, antrenör, idareci ve benzeri spor elemanları, kulüpler ile sporcu, antrenör, idareci ve benzeri spor elemanları, kulüpler ile kulüpler arasında çıkacak ihtilaflarla federasyon yönetim kurulunca verilecek kararlar ile disiplin veya ceza kurulu kararlarına karşı ilgililerin itirazı üzerine inceleyerek kesin karara bağlar (Gençlik Ve Spor Genel Müdürlüğü Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsü m.11).

Tahkim Kurulu, 3289 sayılı Kanun, Genel Müdürlüğün ilgili mevzuatı, federasyonların ve uluslararası federasyonların kurallarını dikkate alarak hüküm tesis eder (Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsü m. 11).

GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği'ne göre³⁴; kurulun kararları kesin olup Uluslararası Tahkim Mahkemesi'ne (CAS) başvurma hakkı saklı tutulmak kaydıyla, bunlara karşı idari mercilere veya yargı yoluna başvurulamaz. Buna göre, federasyon başkanı ile yönetim, disiplin ve

³⁴ **GSGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği**, Madde 12–(R.G.14 Nisan 2007-26493) “18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun kararların açıklanması, maddî hataların düzeltilmesi veya yargılamanın yenilenmesi hakkındaki hükümleri dışında kurul kararları kesindir.

denetleme kurulu üyeleri hakkında verilen kararlara karşı ulusal federasyonun üyesi olduğu uluslararası federasyonun mevzuatında yer alması halinde taraflar CAS'a başvurabilecektir.

Özerkliğe kavuşan spor federasyonlarının, ceza veya disiplin kurullarınca verdiği kararlara karşı diğer hukuk yollarının kapatılması ve yalnız Genel Müdürlük bünyesindeki Tahkim Kuruluna itiraz yolu açılması, sportif anlamda olumlu bir yaklaşım olduğu görüşünde olanlar vardır³⁵. Şüphesiz ki; bu yaklaşımın nispeten iyi olduğunu söyleyebilirsek de yetersiz olduğu aşikardır. Demokratik hukuk devletinde alınan kararların denetlenebilirliği, ciddi bir önem arz etmektedir. Denetimi sadece itirazla sınırlı tutmak yetersiz bir girişimdir.

Tahkim Kurulu Yönetmeliğine göre, kurula beşi hukukçu, ikisi de spor alanında bilimsel çalışmalar yapmış veya sporda idareci, teknik adam ve benzeri görevlerde bulunmuş, kariyer sahibi kişiler arasından Genel Müdürün teklifi ve Bakanın onayı ile dört yıl süre için yedi asıl ve yedi yedek üye görevlendirilir³⁶. Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nde oluşturulan Tahkim Kurulu, sportif uyuşmazlıkların genel yargı alanından uzak tutması açısından olumlu olduğu görüşü ile birlikte bazı zorlukları beraberinde getirebilecektir. 60 civarında federasyon için yedi kişilik kurulun görev yapması zamanla kurulun, iş yükünün fazlalaşmasına sebebiyet verecektir³⁷.

GSGM'nin yayınladığı çerçeve statüye uygun olarak Federasyonların ana statülerini hazırlamak zorunda olmaları, bununla birlikte yine aynı Yönetmelikte yer alan "*Özerk federasyonlar, uluslararası federasyonların öngördüğü kurulları oluşturmak zorundadır*"³⁸ hükmü ileride çelişkili sonuçlara neden olabilecek niteliktedir³⁹. Nitekim Uluslararası federasyonların bir bölümü, kendilerine üye yerel federasyonların kendi tahkim kurullarını oluşturması zorunluluğu, bunun örneklerinden biridir. Son

³⁵ ÖZSOY, s.21

³⁶ **Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliği**, 26669 sayılı Resmi Gazete, Yayın Tarihi: 10 Ekim 2007,

³⁷ ÖZSOY, 22

³⁸ **Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliği**, m. 5.

³⁹ T. ÇOLAKOĞLU, "*Spor Federasyonlarının Özerkleşmeleri Ve Hukuksal Boyutunda Spor Hukuku Gereksinimleri*" Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Spor Hukuku Sertifika Programı Bitirme Tezi, http://www.turkhukusitesi.com/makale_700.htm (Erişim:05.05.2011)

yıllarda, birçok uluslararası federasyonun ana statüsünde yapılmış olan değişiklikler ile federasyon bünyesindeki hukuk yollarının tüketilmesinin ardından CAS'a başvuru imkânı tanınmıştır.

2. TFF TAHKİM KURULUNA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Ankara spor A.Ş. Kulübü tarafından TFF Yönetim Kurulu'nun 06.09.2009 tarih ve 57 sayılı kararı ile Ankara spor'un bir alt kümeye düşürülmesi ve üç yıl müsabakalardan men'ine karar verilmesi, bu karar üzerine davacı kulübün yasal süresi içerisinde Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'na müracaatı üzerine TFF, Tahkim Kurulunun 06.10.2009 tarih ve 531/533 sayılı karar ile Ankara spor A.Ş. adına vekili tarafından yapılan itirazın reddi ile Ankara spor A.Ş.'nin bir alt lige düşürülmesine dair PFDK'nın 15.09.2009 tarih ve T2009-2010/121, K2009-2010/147 kararının onanmasına kesin olarak karar verilmesi üzerine Ankara Spor açmış olduğu davada Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi 5894 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1), (2), (3) ve (4) numaralı fıkralarının, Anayasa'nın 7, 9, 10, 36, 38, 125 ve 138 maddelerine aykırılığı savıyla iptali başvurusunda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin Resmi Gazetede 26.02.2011 tarihinde 27858 sayı ile yayınlanan kararı ile 5894 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 4. fıkrasının "...ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz" bölümü Anayasa'ya aykırı olması nedeni ile iptal edilmiştir

Mahkemeler önünü gelen uyuşmazlıkların Anayasa Mahkemesine götürülebilmesi için, mahkemenin ihtilafa bakmakta görevli olması gerekmektedir. Ayrıca yine sadece ihtilafa uygulanacak hüküm Anayasa Mahkemesine götürülebilecektir. Nitekim 1982 Anayasasının 152. maddesinde, "*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerinin Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır*" demektedir.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen davada, davanın esasına girmeden öncelikle usule yönelik inceleme yapacağından Ankara 4.Asliye Hukuk Mahkemesi uyuşmazlığa bakıp bakmamakta görevli olup olmadığına bakarsak;

5894 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile TFF, "...*özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip, ...*" şeklinde tanımlanmıştır. Yani Kanun ile TFF kamu tüzel kişisi değil, özel hukuk tüzel kişisi olarak tanımlanmıştır. Bu durumda TFF ile ilgili ihtilaf idari yargıda değil, adli yargıda görülecektir.

Kanunda, TFF'nin özel hukuk tüzel kişisi olarak tanımlanmış olması, TFF'yi özel hukuk tüzel kişisi yapmaz. Bu değerlendirmeyi yaparken, TFF'nin diğer görev ve işlevlerine de ayrıca bakmak gerekir. Ancak bundan sonra bir kurumun kamu tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi olduğuna karar verilebilir. Fakat bu açıdan değerlendirilse bile, yine de TFF'nin özel hukuk tüzel kişisi olduğu fikrine ulaşılabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin de Ankara 4.Asliye Hukuk Mahkemesinin itirazını inceleyerek esastan karar vermiş olması, TFF'nin Anayasa Mahkemesi'nce de özel hukuk tüzel kişisi olduğunun kabul edildiği anlamına gelmektedir. Aksi olsa idi, bu durumda Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan tazminat davası, görevsiz bir mahkemede açılmış olacağı için ve görevsiz mahkemede açılan dava nedeni ile Anayasa Mahkemesi'ne başvuramayacağı için Anayasa Mahkemesi'nce başvuru esasa girmeden ret edilecek idi.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen davada 5894 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 1, 2, 3 numaralı fıkraları Tahkim Kurulunun oluşumu, yapısı, niteliği, görev, yetki, işleyiş, usul ve esasları ile ilgili olduğundan ve Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi önündeki ihtilafa uygulanmayacağından, bu fıkralara ilişkin iptal istemi esasa girmeden, bu fıkraların Anayasa'ya aykırı olup-olmadığı incelenmeden usulden reddedilmiştir.

Tahkim Kurulu kararlarının iptaline ilişkin olan 5894 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 4. fıkrası Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin ihtilafa uygulayacağı hüküm olduğu için, sadece bu fıkranın Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiştir. Kanunun bu fıkrası ile Tahkim Kurulu'nun kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlayacağı ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağı belirtilmektedir.

TFF, futbol alanındaki uyuşmazlıkları çözmek için birtakım hukuk kurulları, usul ve prosedürler belirlemiş ve hatta çıkacak uyuşmazlıklarda bu prosedürlere müracaat etmek zorunluluğu getirmiş olabilir. Bu hususlar Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. Fakat bu aşamalardan sonra kararı kabul etmeyen taraf için, yargı yolunun kapatılması ve yargı yoluna müracaat edemeyecek olması Anayasa'ya aykırı bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, TFF içerisindeki birtakım usul ve prosedürler bakımından anlam ifade eden Tahkim Kurulu kararlarının kesin ve nihai

olarak belirtilmiş olmasının savunma ve hak arama özgürlüğü ile adli mercilere müracaat etme hakkını engellemediğine karar vermiştir. Bu nedenle 5894 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 4. fıkrasının tamamını iptal etmemiştir. Sadece 5894 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 4. fıkrasının içeriğinde yer alan "...ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz" hükmünü Anayasanın 9. ve 36. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında karşı oy gerekçesini de tahlil edecek olursak, "*TFF'nin kamu gücünü ve kamu ayrıcalığını kullandığı için idari bir kurul olduğunu belirtmiştir. Buna göre idari bir kurul olan TFF kaynaklı ihtilafların da idare mahkemesinde görülmesi gerekmektedir. Oysaki davaya konu ihtilaf adli mahkemede yani Asliye Hukuk Mahkemelerinde açılmıştır. Bu nedenle adli mahkeme olan Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi'nin itiraz konusu kuralı davaya uygulama görev ve yetkisi olmadığından Anayasa Mahkemesinin de işin esasına girmeden görev yönünden ret edilmesi gerektiğini*" belirtmiştir.

TFF almış olduğu kararlar ile kamuyu etkilese de bu durum TFF'nin kamu tüzel kişisi olduğu anlamına gelmez. Kamu gücünü kullanıyor olmak ile kamuyu etkiliyor olmak birbirinden farklıdır. Kanunun amacına ve kanun ile getirilmek istendiğine de baktığımızda ulusal ve uluslararası alanda sporla ilgili yapılan mevzuat düzenlemelerinde, artık sporun devletin dışında tamamen bağımsız bir yapıya kavuşturulması amacı da göz ardı edilmemelidir⁴⁰. Dolayısıyla karşı oy yazısının makul gerekçeler içermediğini söylemek pek de yanlış olmaz.

Diğer karşı oy gerekçesine göre; "*FİFA ve UEFA milliler arası teşekküllerdir. TFF de bu uluslar arası kuruluşların bir üyesidir. Dolayısı ile TFF, FİFA ve UEFA'nın almış olduğu kararlara uymakla yükümlüdür. FİFA ve UEFA düzenlemelerinin temel hukuk ilkelerine uygun olarak bütün ülkelerin iç hukuklarına etki edecek şekilde uluslar arası niteliktedir. Türkiye'de uluslararası teşekküllere (FİFA ve UEFA) üye olmakla bu küresel (uluslararası) kurallara uymayı taahhüt ettiğine göre, artık spor ihtilaflarının yargıya taşınması gerektiği gibi yorum yapılmaması gereklidir. Futbol dahil, uluslar arası spor dallarındaki ihtilaflarda "tahkim" usulü benimsenip kabul gördüğüne göre, tahkim kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağı ilkesinin getirilmesi Anayasa'ya aykırı ve yargı yetkisinin devri olarak kabul edilemez. Dava konusu kural, Türkiye'nin*

⁴⁰ Bayram Ali HACIMUSTAFAOĞLU, Anayasa Mahkemesi TFF Tahkim Kurulu Kararının Değerlendirmesi <http://www.bayramalihacimustafaoglu.av.tr/?p=142> (Erişim:05.05.2011)

uluslar arası yükümlülüğünün tabii bir sonucu olup, uluslar arası kuralların dışına çıkılarak bu konuda kendimizi has bir yargı düzeni getirmek de mümkün bulunmamaktadır.”

Uluslararası teşekküller, devletlerin, devlet organlarının veya temsilcilerinin ortak fikir ve iradeleri ile meydana gelir ki; FİFA ve UEFA, uluslararası teşekküller değildir, buldukları ülkelerde dernek vasfında kurulmuş özel hukuk tüzel kişilikleridir. Bu da demek oluyor ki; herhangi bir dernekten hiçbir farkları yoktur. Dolayısı ile FİFA ve UEFA'nın almış oldukları kararlar ve getirmiş oldukları düzenlemeler de uluslararası kabul edilemez. Bu nedenle FİFA ve UEFA'nın kararları, Türkiye'yi bağlayan veya Türkiye'nin uymak zorunda olduğu kararlar ve düzenlemeler değildirler. Dolayısıyla bu karşı oy gerekçesinin isabetsiz olduğu kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi , “Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi öngörülebilir. Bu durumda yasa koyucu, futbol sporu alanındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere, görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce tahkim kuruluna başvurma yükümlülüğü getirebilir. Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa yargı yolunun açık tutulması gerekir” görüşündedir. Bu görüş yukarıda bahsettiğimiz örnek olayda olduğu gibi futbolun dinamikleri ile yargı sürecinin uzunluğunu bir ihtisas yargı organını şart kılmaktadır.

Mahkemenin haklı olarak belirttiği gibi tahkim genel olarak öğretide, hukuki uyuşmazlıkların, söz konusu uyuşmazlığa taraf olmayan bağımsız kişi veya kişiler tarafından çözümlenerek karara bağlanması olarak tanımlanmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi tahkim üyelerinin Federasyon Yönetim Kurulu tarafından seçiliyor olması bağımsızlık ilkesini zedelemektedir.

Anayasa Mahkemesi gene anılan kararında; 5894 sayılı Kanunun 6. maddesinin incelenmesinden TFF Tahkim Kurulu'nun, hukuki uyuşmazlıkların, bağımsız kişiler tarafından çözümlenerek karara bağlandığının, yargı işlevi yerine getiren bir kurul olarak düzenlendiğinin anlaşıldığını belirtmiştir. Tahkim kararlarının TFF içinde kesin ve nihai olmasının, savunma ve hak arama özgürlüklerini sınırlandırmayacağı gibi, yargı yoluna başvurulmasını da engellemediğini ancak Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamayacağı

hükümünün, tarafların yargı mercileri önünde dava haklarını kullanmalarını engellediği görüşündedir.

Anayasa Mahkemesi, “yasa koyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere tahkim kuruluna başvurma yükümlülüğü getirebilir ise de, bu kurulun kesin ve nihai kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaması Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğinde olup, hak arama özgürlüğü ile bağdaşmaz” görüşü ile tahkim kararlarına karşı yargı yolunun kapatılması hükmünü iptal etmiştir.

Buna karşılık yasa koyucu, 6214 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun m.1 ile “Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz” ibaresini Anayasa’nın 59. maddesine ekleyerek, 5894 sayılı Kanunun iptal edilen hükmünü Anayasal bir norm statüsüne kavuşturmuştur. Ancak bu durumda da iptal edilen yasa hükmünün Anayasa’da düzenleme bulmasının, Anayasa Mahkemesi’nin tespitiyle hala Anayasa’nın 9. ve 36. maddelerine aykırı olup olmadığı tartışmaları gündeme gelecektir. Kanaatimizce, iptal edilmiş olsa bile, Anayasa’ya eklenen bu hükmün, Anayasa’nın diğer maddeleri ile bir hiyerarşi içinde olmadığından Anayasa’nın diğer maddelerine aykırılığının devam ettiğini söylemek doğru olmayacaktır. Anayasa’daki bu düzenleme ile yasa koyucu, Anayasa’da Tahkim Kurulu kararları için bir istisna düzenleme yapmış olmaktadır. Böylece, Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacak olmasının, Anayasa’da yapılan değişiklikle yasal bir zemine kavuştuğunu görmekteyiz.

Anayasa Mahkemesi kararı üzerine adeta jet hızıyla hem de muhalefetin bile desteği ile yapılan değişiklik, yukarıda izah ettiğimiz gibi sporun özellikle futbolun dinamiklerinin çok hızlı karar alınmasını gerektirmesi, yargı süreciyle bunun sağlanabilmesinin imkânsız olduğunun yasama organınca da kabulünün göstergesidir.

3. SONUÇ YERİNE: TAHKİM KURULUNA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Çalışmamızda belirttiğimiz hususlar kapsamında, geliştirilmesi halinde işleyişe katkı sağlayacak çözüm önerilerimiz şunlardır:

Tahkim Kurulu’nun oluşturulmasında, Federasyon Genel Kurulu tarafından seçilme veya Yönetim Kurulu tarafından atanma yerine farklı bir yöntemle göreve gelme sağlanabilir. Nitekim Tahkim Kurulları yargılama

görevi gördüklerinden yargı bağımsızlığını bu kurul üyeleri için de sağlamak hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Yargı bağımsızlığına en iyi hizmet edecek yöntem benimsenerek tarafsızlığı en tatmin edici kişilerden yetkin hukukçular seçilebilir. Federasyon dışında bir kurumdan, Spor hukuku konusunda yetkin akademisyenlerden, avukatlardan, ya da hâkimlerden Yargıtay ya da Danıştay'a yapılan atamaya benzer bir usulle ya da kurulacak Spor Bakanlığı tarafından yapılacak seçimle seçilebilirler. Zira Anayasa'da (m.59) Tahkim Kurulu kararına karşı yargı yoluna gidilemeyeceği ve 5894 sayılı Kanunda (m.6/4) bu kararların nihai olduğu düzenlendiğine göre, bu durumda Tahkim Kurulu'nun yapısının tarafsız ve nitelikli üyelere seçilmesi, ayrıca önem kazanmaktadır.

Federasyonların disiplin organları iki dereceli olması halinde denetlenebilirlik artırılmış ve organların çalışması iş yükü anlamında rahatlatılmış olacaktır.

Spor ile alakalı uyuşmazlıkların, farklı farklı yollardan çözülmesi, spor hukuku alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek amacıyla 1984 yılında İsviçre'nin Lausanne kentinde kurulan Spor Tahkim Mahkemesi'nin bu yöndeki uygulamalarından işlerlik kazanmış, tahkim yanında arabuluculuk yöntemi de sık uygulama alanı bulan bir yöntem olarak belirmiştir⁴¹. Ekonomik bir değer olmasından dolayı spor alanındaki hem farklı hem çeşitli uyuşmazlıkların çözümü konusunda, mevcut bu yöntemin (arabulucuk) hukuk sistemimizde düzenlenmesi hızlı ucuz ve etkili bir şekilde sporun doğasına uygun çözümler olacaktır. Ayrıca arabulucuk gibi bir yöntemin varlığı, spor hukuku gibi spesifik bir alana özgü kuralların oluşmasına katkı sağlayacaktır.

Yukarıda izah ettiğimiz gibi spor organizasyonları, özellikle futbol, bugün çok geniş kitlelere hitap eden büyük ekonomik etkinliklerdir. Federasyonlarca verilen kararların yargı sürecinde uzun süre belirsiz kalması bu dinamik yapıyla bağdaşamayacaktır. Bu durum yasama organınca da kabul edildiğinden, Anayasa Mahkemesi kararından kısa bir süre sonra Anayasa değişikliğine gidilerek Spor Federasyonları Tahkim Kurulu kararları yargı denetiminin dışında bırakılmıştır. Ancak bu Kurulun kararlarının bazılarının özellikle büyük ekonomik yük getiren kararların küme düşme kararı verilmesi, ağır para cezaları gibi bağımsız bir başka otorite tarafından temyiz incelemesine tabi tutulması son derece önemli ve gereklidir. Böylece kamuoyunun verilen kararların yukarıda izah ettiğimiz

⁴¹ Cem ÖZCAN, *Spor Tahkim Mahkemesi ve Arabulucuk*, İzmir Barosu Dergisi, Y.76, S.1, Ocak 2011, s.105

kaygılardan (tekrar seçilme) arınmış olduğuna inancı artacak, hem de yasada temyiz aşaması Anayasa'ya uygun bir şekilde ve hızlı bir sürece uygun olarak düzenleneceğinden sporun dinamiklerine zarar vermeyecektir.

KAYNAKÇA

AĞAR Serkan, Türk Futbol İdaresinde Türk Futbol Federasyonunun Yeri ve İşlevi, TBB Dergisi, S.63, Mart-Nisan 2006.

AĞAR Serkan, Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi, TBB Dergisi, S.65,2006 .

AKYILMAZ Bahtiyar- **SEZGİNER** Murat-**KAYA** Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin, Ankara 2009.

CİLAN Hasan, Yargı Bağımsızlığı, <http://www.hcilan.av.tr/makale/34-makale/48-yargi.html> (E.T:05.05.2011).

ÇOLAKOĞLU T. “Spor Federasyonlarının Özerkleşmeleri Ve Hukuksal Boyutunda Spor Hukuku Gereksinimleri” Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Spor Hukuku Sertifika Programı Bitirme Tezi, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_700.htm (E.T:05.05.2011).

DAYINLARLI Kemal, HUMK'da düzenlenen ihtiyari İÇ TAHKİM, 2. Baskı, Ankara 2004.

DEVECİOĞLU Sebahattin, Türkiye Futbol Federasyonu'nun Özerkliği, http://perweb.firat.edu.tr/personel/yayinlar/fua_9/9_31134.pdf (E.T:05.05.2011).

DEVECİOĞLU Sebahattin, Türkiye'de futbolun kurumsallaşması, s. 12, http://perweb.firat.edu.tr/personel/yayinlar/fua_9/9_34134.pdf (E.T:05.05.2011).

ERTEN Rıfat, Türk Sporunun yapısal düzeni, <http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/118-137.pdf> (E.T:05.05.2011).

GÖZÜBÜYÜK A.Ş., **TAN** T. İdare hukuku,C.1, Ankara 1998.

HACIMUSTAFAOĞLU Bayram Ali, Anayasa Mahkemesi TFF Tahkim Kurulu Kararının Değerlendirmesi

<http://www.bayramalihacimustafaoglu.av.tr/?p=142> (E.T:05.05.2011)

KÖSE Hüseyin Alpay, Avrupa Birliği Hukuk Sisteminin Spor Hukukuna Etkileri,

http://sites.khas.edu.tr/tez/HuseyinAlpayKose_izinli.pdf (E.T:05.05.2011).

KURU, Baki; **ARSLAN**, Ramazan; **YILMAZ**,Ejder; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 21. b; Ankara 2010.

KÜÇÜKGÖNGÜR Erkan, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2001-50-02/AUHF-2001-50-02-Kucukgungor.pdf> (E.T:05.05.2011).

ÖZCAN Cem, spor tahkim mahkemesi ve arabulucuk, İzmir barosu dergisi, Y.76, S.1, ocak 2011.

ÖZER Ferdi, Futbolun Yüksek Mahkemesi, Hukuk Gündemi, S.7, Bahar 2007.

ÖZOK Özdemir, Neden Bağımsız Yargı, TBB Dergisi, S.60,2005.

ÖZSOY Selami, Spor Hukukunda Tahkim, www.sporyonetimi.com/Resimler/cilt3sayi1/15-29.pdf (E.T:05.05.2011)

PEKCANITEZ Hakan- **ATALAY** Oğuz- **ÖZEKES** Mustafa, Medeni Usul Hukuku, 9. B, Ankara, 2010.

SOYSAL Tamer, Kulüp İle Profesyonel Futbolcu Arasındaki Sözleşmeler Ve Sözleşmelerden Doğan İhtilaflarda Yargı Yeri, www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/36.sayı/tamersoysal.pdf (E.T:05.05.2011).

Spor Hukuku Enstitüsü Derneği, Türkiye’de Spor’un Sorunları Hakkında İrdeleme Ve Çözüm Önerileri Raporu, www.sporhukuku.org/dosyalar/tbmm-rapor.pdf.

ÜÇİŞİK F. “Sporda Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Ötüken Yayınları, İstanbul, 1999.

YURTCAN Erdener, Ulusal ve Uluslararası Boyutta Futbol Hukuku, www.sporbilim.com/dosyalar/Paneller-A.pdf (E.T:05.05.2011).

ÖNLEYİCİ KOLLUK HİZMETLERİ BAĞLAMINDA POLİS VAZİFE VE SELAHİYET KANUNU'NA GÖRE POLİSİN DURDURMA YETKİSİ

*Dr. Nevzat SÖNMEZ**

ÖZET

Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (PVSK) çerçevesinde polisin yetkilerinden olan ‘durdurma yetkisi’ konusunda yapmış olduğum bu araştırmada öncelikli olarak konuyla ilgili olarak kaynak taraması yapılmış, ilgili mevzuat hükümleri incelenmiş ve mesleki tecrübe de eklenerek uygulama kısmıyla birlikte bir çalışma yapılmıştır.

Polisin temel görev ve yetki kanunu kabul edilen 4 Temmuz 1934 tarih ve 2559 sayılı PVSK'nın 1 inci maddesi; *“Polis; asayiş, amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder. Yardım isteyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun ve nizamnamelerin kendisine verdiği vazifeleri yapar”* hükmü ile polislik mesleğini kapsamlı ve güzel bir şekilde tanımlarken, aynı zamanda temel görevlerini ve toplumsal rolünü de belirtmiştir. Çağın değişen ve gelişen şartlarına göre bütün kanunlarda değişiklikler olduğu gibi PVSK’da da 2007 yılında yapılan genel seçimlerden önce 5681 sayılı kanunla değişiklikler yapılmış ve aynı zamanda ilave hükümler de eklenmiş olup bunlardan birisi de 4/A maddesidir.

Bu çalışmadaki temel dayanak noktamız 02/06/2007 tarih ve 5681 sayılı kanunun 1. maddesi ile PVSK’ya eklenen *“Durdurma ve Kimlik Sorma”* kenar başlıklı 4/A maddesinin durdurma ile ilgili hükümleri olmuştur. Bu çerçevede önce polisin genel olarak görevlerine değinilecek ve bu bağlamda polisin durdurma yetkisi incelenecektir.

Daha önce polisin üstü kapalı olarak varmış gibi kullandığı durdurma ile ilgili olarak 2007 yılından önce açıkça herhangi bir kanuni düzenleme olmadığından, ilk yasal düzenleme olması açısından PVSK 4/A maddesi yerinde ve Anayasa hükümlerine uygun bir düzenleme olmuştur. Böyle bir düzenleme durdurma ile ilgili eksikliği tamamladığı gibi yapılan bir takım eleştirileri de bir bakıma en aza indirmiştir.

* Polis Akademisi-Kayseri PMYO.

Polisiye hizmetlerin çoğunda olduğu gibi durdurma konusu da, insanların temel hak ve özgürlük alanlarıyla doğrudan ilgilidir. Suçla mücadelede polise verilen her bir yetki durumunda hak ve özgürlüklere de müdahale söz konusu olabilmektedir. Devamlı vatandaşla iç içe olan polisler açısından, yapılan diğer hukuki düzenlemelerin yanında durdurma hususundaki düzenlemelerin de kanun seviyesinde yapılması, temel hak ve hürriyetlerin kullanılması ve sınırlandırılması çerçevesinde polis-vatandaş ilişkilerinde kanunî kolaylıklar sağlarken aynı zamanda, durdurma yetkisinin kanuni bir düzenleme ile hukuki alt yapıya kavuşması bu konudaki büyük bir kanuni boşluğu doldurmuş ve bu konudaki karışıklıkları da en aza indirme çabasını göstermiştir.

Hukuk devletinin evrensel temel niteliklerinden olan temel hak ve özgürlüklerin Anayasal güvence altına alınmasından ve Anayasada geçen bu hakların sadece kanunla sınırlanabileceği yine Anayasa hükmü ile sabitlendiğinden, polisin durdurma yetkisinin kanunla düzenlenmesi Anayasaya uyum açısından da hukuk devleti ilkelerine uygun, yerinde bir düzenleme olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kolluk, PVSK, Durdurma, Polisin Görev ve Yetkileri.

GİRİŞ

Bu çalışmanın temel amacı, 02.06.2007 tarihinde 5681 Sayılı Kanun'un birinci maddesi olarak TBMM'de kabul edilen ve polise durdurma ve kimlik sorma yetkisi veren Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun (PVSK) 'Durdurma ve kimlik sorma' kenar başlıklı 4/A maddesinde hüküm altına alınan hususlardan durdurma yetkisi ile ilgili ne gibi yenilikler getirildiğini ortaya koymaktır.

2007 PVSK değişiklikleri ile polise, bir kısmı yeni, bir kısmı ise yenilemiş olan bir takım yetki ve görevler verilmiştir. Bunlar; "Durdurma ve Kimlik Sorma" kenar başlıklı 4/A maddesi (Değişik Madde: 02/06/2007-5681 S.K./1.Mad), "Parmak İzi ve Fotoğrafların Kayda Alınması" kenar başlıklı 5 inci maddesi (Değişik Madde: 02/06/2007-5681 S.K./2.Mad), "Önleme Araması" kenar başlıklı 9 uncu maddesi (Değişik Madde: 02/06/2007-5681 S.K./3.Mad), "Zor ve Silah Kullanma" kenar başlıklı 16 ncı maddesi (Değişik Madde: 02/06/2007-5681 S.K./4.Mad), "Adli Görev ve Yetkiler" kenar başlıklı Ek Madde 6 ncı maddesi (Değişik madde: 02/06/2007-5681 S.K./5.mad) olarak düzenlenmiştir. Bu makalede, 2007 PVSK değişikliklerinden olan 'Durdurma ve kimlik sorma' kenar başlıklı PVSK'nın 4/A maddesinin durdurma ile ilgili hükümlerinin polise ne gibi yenilikler getirdiği ortaya konulmaya çalışılmıştır. PVSK'ya göre polisin

görev açısından adli ve önleme görevleri olmak üzere iki ana başlıkta toplanan görevleri vardır. Genel olarak adli görevler CMK'da, önleyici görevler de PVSK'da düzenlenmiştir.

Bütün ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de her zaman polislerin yapmış olduğu görev ve kullandığı/kullanmadığı yetkiler tartışma konusu olmuştur. 2004 yılında kabul edilip 2005 yılında yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile polisin görev ve yetkileri tekrar ülke gündemine taşınmıştır. Ancak bu konuyu gündeme getiren, kamuoyuyla birlikte daha çok polislerin kendileri ve teşkilatı olmuştur. Emniyet teşkilatı ve polisler yeni CMK'da, polisin daha önce kullanmış olduğu bazı yetkilerde kısıtlama olduğundan bahisle suçları önleyici görev ve yetkileri ile suçla mücadelede kullandıkları yöntem ve kuralların ellerinden alındığını çeşitli ortamlarda dile getirmişlerdir. Ayrıca yeni CMK suç soruşturma ve kovuşturmalarında polisin daha önce kendiliğinden yaptığı bir takım uygulamaları net ve kesin olarak savcının veya hâkimin iznine bağlamıştır. Bunun üzerine yapılan çalışmalar 2007 yılında genel seçimlerden önce polis açısından bir bakıma meyvesini vermiş ve PVSK'da görev ve yetki kullanımı açısından polisi bir bakıma rahatlatacak bazı düzenlemeler yapılmıştır.

Polis yetkilerinin genişletilmesinin temel sebeplerinden birisi etkinlik-haklar çatışmasıdır. Eğer daha iyi bir korunma isteniyorsa, bazı özgürlüklerden feragat edilmesi gerekir. Benzer bir şekilde özgürlüklerin müdafaası için etkili bir koruma gereklidir ve bunu sağlamak için de korumayla görevlendirilen kişiler, yeterli (etkili) yetkilerle donatılmalıdır.¹

Bu çerçevede 2 Haziran 2007 yılında 5681 sayılı kanunla PVSK'nın 3, 4, 5, 9, 16, 17 ve ek 6. maddelerinde yeniden düzenlemeler yapılmıştır. Bir bakıma 2007 yılında yapılan genel seçimlerden önce yasama organının o yasama dönemine ait çıkarmış olduğu son kanunlardan birisi PVSK'daki değişiklikler olmuştur.

Polisin temel görev ve yetki kanunu kabul edilen 4 Temmuz 1934 tarih ve 2559 sayılı PVSK'nın 1. maddesi; *“Polis; asayiş, amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder. Yardım isteyenlerle yardıma muhtaç*

¹ **RECASENS I BRUNET**, Amedeu, “Polis Güçlerinin Kontrolü”, Demokratik Toplumda Polis Yetki ve Sorumlulukları (Orijinal Adı: Police Powers and Accountability in a Democratic Society. Avrupa Konseyi Suç Sorunları Komitesi. İngilizce 1. Baskı:2000) Çeviri: Zeliha YILDIZ, Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM) Yayın No: 424, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı Yayın No: 255, Ankara 2007, s.16-17.

olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun ve nizamnamelerin kendisine verdiği vazifeleri yapar” hükmü ile polislik mesleğini çok kapsamlı ve güzel bir şekilde tanımlarken, aynı zamanda polisin temel görevlerini ve toplumsal rolünü de belirtmiştir.

PVSK, yürürlük maddeleriyle birlikte 28 madde ile daha sonra 1985, 1999 ve 2005 tarihlerinde ilave edilen 10 ek maddeden ibarettir. 1934 yılında yürürlüğe giren PVSK'nın maddelerinde günümüze kadar 17 maddesinde ve ek maddelerinde birçok değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır.

Bilindiği gibi güvenlik ihtiyacı, insanlığın bilinen tarihinden bugüne kadar daima önemini korumuş bir konudur. Güvenliğin sağlanması toplumsal bir ihtiyaç olup, toplumda huzurun ve asayişin sürekli sağlanması anlamına gelir. Genel olarak toplumun ve dolayısıyla bireylerin her türlü suça karşı korunması, temel hak ve özgürlüklerin kullanılabilceği bir ortamın sağlanması, devlet adına, devletin otorite yetkisini kullanan kamu kolluk güçleri (polis, jandarma, sahil güvenlik vb.) tarafından yerine getirilmektedir.

Toplumun güvenlik ihtiyacını karşılarken kolluk teşkilatları ve çalışanlarının sahip çıkması gereken ve dışına çıkmamayı taahhüt etmesi gerektiği temel değerler şunlardır:²

- a) Hukuk devleti ve insan hakları normlarına uygun hareket etmek.
- b) Demokratik prensiplere uygun hareket etmek.
- c) İyi yönetim prensiplerine uygun hareket etmek.

Bu çalışmada 2007 yılında PVSK'nın ‘Durdurma ve kimlik sorma’ kenar başlıklı 4/A maddesiyle polise verilen durdurma ve kimlik sorma yetkisinin durdurma kısmı incelenecektir. Daha önce polisin bazı görev ve yetkileri kullanabilmek için zımnem varmış gibi kullandığı durdurma ile ilgili olarak 2007 yılından önce açıkça ve net bir şekilde herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Kamu düzeni açısından suç ve suçluyla mücadeleyi etkin kılmak amacıyla, ‘kişilerin kolluk tarafından üzerinin, eşyalarının, özel kâğıtlarının ve aracının aranabilmesi için, öncelikle kişinin

² EGM, (2006a) Demokratik Toplumda Polis (Orijinal adı: La Police Dans Une Societe Democratique. Fransızca 1. Baskı:2000. Avrupa Konseyi Polis ve İnsan Hakları Çalışma Grubu) Çeviri: Mustafa ULUSU ve Tarık GÜLCÜ, EGM Yayın No:405, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı yayın No: 251, Ankara 2006, s.10-15.

durdurulmasını sağlayan bir yetkiye ihtiyaç olduğu³ gerçeğinden hareketle 2007 yılında durdurma ve kimlik sorma ile ilgili PVSK'ya eklenen 4/A maddesi daha önce bu konuyla ilgili yapılan eleştirileri de bir bakıma bertaraf etmiştir. Her ne kadar 1 Haziran 2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 'Durdurma ve kontrol işlemleri' kenar başlıklı 27 nci maddesi polisin durdurma yetkisi ile ilgili konularda düzenleme yapmış olsa da buna dayanak oluşturacak net ve açık bir yasal düzenleme mevcut değildi. Bir bakıma bu konu, kendisine hukukî alt yapı ve dayanak oluşturacak kanundan daha önce çıkmış bir yönetmelik hükmüyle düzenlenmiş gibi bir durum var idi.

Polisiye hizmetler çoğu zaman insanların temel hak ve özgürlük alanlarıyla ilgili oldukları için, 1982 Anayasası'nın 'Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması' kenar başlıklı 13. maddesindeki; 'Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.' Hükmüne istinaden yapılacak hukukî düzenlemelerin kanun seviyesinde yapılması konunun ruhuna ve Anayasa hükümlerine de daha uygun olacaktır. Bundan dolayı kişilerin temel hak ve özgürlük alanlarını kısıtlayıcı bir durum oluşturan durdurma yetkisinin de yasal bir düzenleme ile hukukî alt yapıya kavuşması, öncelikli olarak bu konudaki büyük bir kanuni boşluğu doldurması açısından önemli bir gelişme olmuştur. Bu açıdan bu çalışmadaki esin kaynağımız ve temel dayanak noktamız 02/06/2007 tarih ve 5681 sayılı kanunun 1. maddesi ile PVSK'ya eklenen "Durdurma ve Kimlik Sorma" kenar başlıklı 4/A maddesi olacaktır.

Kolluk olarak polisin "kimlik sorma" yetkisi de PVSK'nın 02.06.2007 tarihli ve 5681 sayılı Kanun'un birinci maddesiyle değiştirilmiş bulunan 4/A maddesi hükmüyle düzenlenmiştir. Kanun'un 4/A maddesi hükmünde birden fazla yetkinin birlikte veya ardı ardına düzenlemiş olmasından, polis uygulamalarında her durdurulanın aynı zamanda aranmasının veya kendisine başkaca tedbirlerin de uygulanmasının zorunlu olduğu veya yine her durdurulanın kimlik sorma işlemine tabi tutulmasının zorunlu olduğu gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. Düzenlemenin bu şekilde yapılmış olması takip edilen kanun yapma tekniği gereğidir. Gayet doğaldır ki hal böyle olmakla birlikte ihtiyaç varsa ve şartları oluşmuşsa durdurulan bir kişi veya aracı

³ ERYILMAZ, Mesut Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.139

aranabilir veya kendisi hakkında yine ihtiyaç varsa ve şartları oluşmuşsa başkaca tedbirlere başvurulabilir veya nihayet ama yine mevzuatımızda öngörülmüş bulunan şartlar dahilinde kimliği de sorulabilir. Bu çalışmanın konusuna dahil olmadığı için 4/A maddesinin “kimlik sorma”ya ilişkin sekizinci ve devamı fıkraları hükümleri burada incelenmemiştir.

Bu çerçevede önce polisin genel olarak görevlerine değinilecek ve bu bağlamda durdurma yetkisi incelenecektir.

1. Polisin Genel Olarak Görevleri⁴

Polisin görevleri konusunda çeşitli yönlerden tasnifler yapılmıştır. PYSK'nın 2 nci maddesindeki ayrıma göre polisin suç öncesi ve suç sonrası olmak üzere iki çeşit görevi vardır. Suç öncesi görevleri, suç işlenmeden önce suça engel olmak bakımından alınan tüm tedbirleri kapsar. Suç sonrası görevleri ise, suç işlendikten sonra suçun tespiti, şüphelilerin ele geçirilmesi ve o suçla ilgili maddi delillerin araştırılıp adli makamlara gönderilmesi safhasıdır.

Kolluğun asli görevleri olarak kavramlaştırılabilecek görevleri çok genel bir ayırım ile önleme ve yakalama olarak belirtilebilir. Bunlar idari ve adli veya suç öncesi ve suç sonrası görevler olarak da kavramlaştırılabilmektedir. Ancak yasal olarak genel kolluğa yardım veya sosyal yardım görevinin de verildiği görülmektedir⁵.

ETK'nın 8 ve 9 uncu maddeleri polisi görevleri bakımından, adli, idari ve siyasi olmak üzere üç kısma ayırmıştır. Bu ayırmadan da anlaşılacağı üzere toplumun genel intizamını sağlayan ve suç öncesi alınacak tüm önlemler polisin idari görevlerini; suç işlendikten sonraki yaptığı çalışmalar ise adli görevleri ve devletin genel emniyetine yönelik olarak alınacak tüm önlemler ise siyasi görevlerini içerir.

Genel idari kolluk, kamu düzen ve güvenliğinin sağlanması ve korunması amacıyla hareket eden ve sivil otoriteye bağlı bir kolluktur. Ülkemizde de kamu düzeninin sağlanması ve korunmasından İçişleri Bakanlığı sorumlu ve yetkilidir.

ETK'nın 1 inci maddesi çerçevesinde İçişleri Bakanlığı, ülke genelinde emniyet ve asayiş hizmetlerini kendisine bağlı Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı aracılığıyla

⁴ SÖNMEZ, Nevzat, Polisin Görev ve Yetkileri, Polis Akademisi Başkanlığı yayınları, Cem Web-Ofset, Ankara 2009, s.12-17

⁵ AYDIN, Ahmet Hamdi, Türk Kamu Yönetimi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s.38

yerine getirir. İl ve ilçe seviyesindeki emniyet ve asayiş hizmetleri, İçişleri Bakanlığı adına, vali ve kaymakamların yetki ve sorumluluğunda yürütülmektedir.

Kural olarak bütün genel idari kolluk teşkilatları, mülki idare amirlerinin emri altındadır ve önleyici kolluk görevlerinin yerine getirilmesinden mülki idare amirlerine karşı sorumludurlar.

İl İdaresi Kanununa göre vali ve kaymakamlar, il ve ilçe sınırları içerisinde kamu düzen ve güvenliğinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ve bozulan kamu düzeninin yeniden kurulması konusunda birinci derecede sorumlu kılınmıştır.

Bu nedenle il ve ilçe sınırları içerisinde görev yapan bütün genel ve özel kolluk kuvvetleri, vali ve kaymakamların emri altındadır. Vali ve kaymakamlar, mülki sınırları içerisindeki kamu düzen ve güvenliğini sağlamak için gerekli karar ve tedbirleri almak ve bunları uygulamak konusunda tam yetkilidirler.

Kamu düzeni, toplumun dirlik ve düzeninin sağlanmasını, devletin ve devlet kuruluşlarının korunmasını hedef tutan her şeyi ifade eden, bir başka deyimle toplumun her sahadaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsayan bir kavramdır⁶. Kamu düzenini sağlama idare için bir zorunluluktur.

Bu bağlamda önleyici kolluk, kamu düzeninin sağlanması, korunması ve bozulduğunda tekrar eski haline getirilmesi amacıyla bireylerin toplum içindeki tutum ve davranışlarının düzenlenmesi, gözetilip izlenmesi ve aykırı eylem ve durumların gerektiğinde kuvvet de kullanılarak önlenmesi, engellenmesi ve kaldırılmasıdır. Önleyici kolluk hizmetlerinin önleyicilik ve koruyuculuk, tek taraflılık, devredilemezlik, zorunluluk, kısıtlayıcı ve yasaklayıcı olma gibi özellikleri vardır.⁷

Önleyici kolluk hizmetlerinin en önemli özelliği önleyici ve koruyucu olmasıdır. Burada esas amaç, kamu düzenini korumak, suç işlenmesini ve toplumu tehdit eden tehlikeleri meydana gelmeden önlemektir. Önleyici kolluk hizmetleri adına yapılacak düzenleme ve alınacak tedbirler tek taraflı olup, idari makamlarca doğrudan doğruya belirlenir. Suç işlenmiş veya tehlike gerçekleşmişse, artık kamu düzeni kısmen bozulmuş demektir.

⁶ AYM. E:1963/128, K:1964/8, AYMKD sy.2, s.38.

⁷ **KIRATLI**, Metin, Koruyucu İdari Hizmetler, TODAİE Yayını:135 Ankara 1973, s.34-35.

Bundan sonra yapılan hizmet ve faaliyetler, adli kolluğun kapsamı alanına girer.

Kolluk hizmetleri devletin en temel ve asli görevlerinden biridir. Devleti küçültüp klasik görevlerine döndürsek bile iç güvenlik hizmetleri devletten soyutlanamaz. Bu durum önleyici kolluk hizmetlerinin devredilmezlik özelliğini oluşturmaktadır. Önleyici kolluk hizmetleri sınır koyma, yasak getirme gibi devlet müdahalesi niteliği taşıdığından kısıtlayıcı ve yasaklayıcı özelliklere sahiptir⁸.

Polise görev veren yasaların başında PVSK gelmektedir. Genel kolluk olan polisin genel olarak görevleri PVSK'nın 1 ve 2 nci maddelerinde düzenlenmiştir. PVSK'nın 1. maddesinde '*Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder.*

Yardım isteyenlerle, yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun ve nizamnamelerinin kendisine verdiği vazifeleri yapar' hükmü bulunmaktadır.

PVSK'nın 2. maddesine göre, polisin genel emniyetle ilgili görevleri ikiye ayrılır. Bunlar:

A) Kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce **bu kanun** hükümleri dairesinde önünü almak, (Burada geçen **bu kanun** hükümlerinden kasıt PVSK'dır.)

B) İşlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Yeni adıyla Ceza Muhakemesi Kanunu) ile diğer kanunlarda yazılı görevleri yapmak.

PVSK'nın 1. maddesi ile 2. maddesinin (A) bendi polisin önleyici görevlerini düzenlemiştir. Suç önleme ise, şiddet ve madde kullanımına zemin hazırlayan şartları yok etmek, güvenlik bilincini geliştirmek ve toplumdaki hayat kalitesini olumlu yönde etkilemek amacıyla gösterilen tavır ve davranışlarda bir artış sağlamaktır.⁹

⁸ GÜNDOĞAN Kadir / KOÇ Cihan / ÖZBUDAK Coşkun, Kolluk Hukuku, Ankara 2007, s.62-63.

⁹ EGM, (2006b), Suçun Önlenmesinde Polisin Rolü (Orijinal adı: The Role of the Police in Crime Prevention. İngilizce 1. Baskı:2002) Çeviri: Tarık Ziyad GÜLCÜ, EGM Yayın No:412, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı yayın No: 253, Ankara 2006, s.21.

PVSK, genel kolluğun görev ve yetkileri bakımından ortak bir kanundur. PVSK'da hüküm altına alınan önleyici görevlerin konularını temel başlıklar altında belirlemek, önleyici polislik görevinin de esaslarını ortaya koyacaktır. PVSK'ya göre polisin önleyici kolluk hizmetleri çerçevesinde görevleri şunlardır: Genel güvenlik ve asayiş sağlaması, konut dokunulmazlığını koruması, halkın ırz, can ve malını koruması, toplumun istirahatını sağlaması ve yardıma ihtiyacı olanlara yardım etmesi.

Bu bağlamda ağırlıklı olarak polisin, idari (önleyici) polislik faaliyetleri PVSK kapsamında değerlendirilmektedir. Polisin adli görevleri ise CMK kapsamındadır. İdari (önleyici) kolluk faaliyetleri, suçun meydana gelmesini önlemek, önceden haber alarak etkin müdahaleyi sağlamak, mevcut kamu düzenini korumak amacıyla kolluk kuvvetleri tarafından alınan önleyici, caydırıcı, koruyucu güvenlik tedbirleridir. İdari kolluk faaliyetlerinin en belirgin özelliği önleyici nitelikte olmasıdır.¹⁰ Suç önleme her zaman polislik görevinin temel parçası olmuştur fakat önlemeye öncelik tanınmadığı zaman polis, hizmet ettiği toplumdaki gittikçe uzaklaşır.¹¹

Gerek PVSK gerekse diğer hukuki mevzuat bağlamında polisin önleyici nitelikteki görevlerini altı ana başlık altında toplamak mümkündür.

1.1. Genel Emniyet ve Asayiş Görevleri

Toplumun güvenliğinin sağlanmasında polise büyük sorumluluklar düşmektedir. Devlet olarak örgütlenmiş toplumlarda, halkın dirlik, düzen, huzur ve güvenliğini sağlama görevi polise verilmiştir.

PVSK'nın 1. maddesinde bu husus; "Polis, asayiş, âmme, şahıs tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur, halkın ırz, can ve malını muhafaza, ammenin istirahatını temin eder." ifadesiyle ilk fıkrada asayiş başta olmak üzere toplumun ve kişilerin güvenliği, ana ilke olarak belirtilmiştir.

Polis Vazife ve Selahiyeti Tüzüğü'nün (PVST) 1. maddesinde de "Asayiş, amme, şahıs tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korumak, halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatını temin etmekle mükellef olan polis bunlara karşı herhangi bir şekilde vuku bulacak tecavüz ve sarkıntılığı men etmeye ve şüphelileri yakalamaya ve haklarında kanunen yapılması gereken işlemleri yapmaya mecburdur" hükmüyle aynı konu dile getirilmiştir.

¹⁰ KARAGÖZ, Ahmet, Özel Güvenlik Hukuku, Ulus Basım Yayın, İstanbul 2006, s.23.

¹¹ EGM (2006b), s.29.

PVSK'nın ikinci maddesinde polise; kanunlara, tüzüklere, hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak, mani olmak görevi verilmiştir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere polisin asli görevi suçun oluşumuna engel olmak ve bu amaçla gerekli önleyici tedbirleri almaktır. Polis tarafından yürütülen genel güvenlik ve önleyici hizmetler bütün devletler için vazgeçilmezdir.

Emniyet, devlete, topluma, kişilere, mal ve eşyalara yönelik sabotaj, tehlike ve kazaları önlemek için alınan hukuka uygun önlemlerin tümünü ve bu önlemlerin alınmış bulunduğu hali belirtir. Asayiş ise, hukuka uygun ve gerekli önlemlerin alınması sonucu; Devlete, topluma, kişilere, mal ve eşyalara yönelik tehlike, kaza ve sabotajların söz konusu olmadığı bir ortamı; düzensizlik ve karışıklıkların önlendiği, hayatın normal akışının sağlandığı hali; dirlik ve düzenin varlığı konusunda kamuda yaratılan yerleşik ve yaygın inancı ifade eder.¹²

PVSK'nın hükümleri birlikte değerlendirildiğinde polisin temel ve esas önleyici görevinin kamu düzenini sağlamak ve korumak olduğu anlaşılacaktır. Daha önleyici bir modele yönelmek asla kolay olmamıştır. Önleyici polisliği eleştiren reaktif, hiyerarşik polisliğin temelinde önleyici polisliğe karşı eleştiri yatmaktadır.¹³

1.2. Adli Görevler

Suç işlendikten sonra polisin adli görevi başlar. Aynı polis memuru suç işlenmeden önce önleme göreviyle hareket ettiği halde, suç işlendikten sonra yaptığı işlemlerde adli polis sıfatıyla hareket eder. Adli polis, işin aydınlatılması, suçluların aranması ile görevli olup, acele hallerde kendiliğinden, yani savcı tarafından görevlendirilmeden harekete geçebilir. Suç ile ilgili araştırmalar savcı adına yapılır. Polisin adli görevini yerine getirebilmesi için, suç kavramını ve ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş bulunan tipleri suçun unsurlarını çok iyi bilmesi şarttır. Adli görev ve yetkilerin bir kısmı 2007 yılı değişikliği ile PVSK'nın ek 6. maddesinde de düzenlenmiştir.

Adli kolluk; 3201 sayılı ETK'nın 8, 9 ve 12. maddeleri, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun (JTGYK) 7 nci maddesi, 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesi ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik

¹² Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 3/a(1) ve (2).

¹³ EGM (2006b), s.33.

Komutanlığı Kanununun 4. maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.

Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılır. Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir.

Adli görevleri yerine getirmek ve bu konularda soruşturma yapmak üzere;

a. Emniyet Genel Müdürlüğünce, asgarî tam teşekküllü bir polis karakolu bulunan yerlerde,

b. Jandarma Genel Komutanlığınca, asgarî tam teşekküllü bir jandarma karakolu bulunan yerlerde,

c. Sahil Güvenlik Komutanlığınca, asgarî sahil güvenlik bot komutanlıklarının bulunduğu yerlerde,

d. Gümrük Muhafaza Genel Müdürlüğünce, gümrük muhafaza müdürlüğü ile müstakil bölge ve kısım âmirlikleri bulunan yerlerde,

mevcut imkanlar ölçüsünde yeterince adli kolluk personeli görevlendirilir.¹⁴

Adli kollukla ilgili düzenleme ve uygulamalarda aşağıdaki genel esaslara uyulur:¹⁵

a. Cumhuriyet savcıları, adli görevlere ilişkin emir ve talimatlarını öncelikle adli kolluk sorumlularına veya adli kolluk görevi ifa eden diğer birim âmirlerine verir.

b. Adli kolluk, bağlı bulunduğu kolluk teşkilâtının bir parçası olup, öncelikli görevi, karşılaştığı suçun işlenmesini önlemektir.

c. Cumhuriyet savcılarınca, adli görevler ile ilgili emir ve talimatlar zorunluluk bulunmadıkça, kolluk birimlerinin aralarındaki işbölümü ile kolluk teşkilâtlarının görev ve yetki alanları gözetilerek verilir.

d. Adli kolluk, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde üstlerinin emrindedir.

e. Adli kolluk görevlilerine, adli görevi bulunmayan üstleri tarafından, yürütülen soruşturma ile ilgili emir ve talimat verilemez. Gerektiğinde veya Cumhuriyet savcısının talebi hâlinde, diğer kolluk birimleri de adli kolluk görevini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu durumda, kolluk görevlileri

¹⁴ Adli Kolluk Yönetmeliği, m. 4.

¹⁵ Adli Kolluk Yönetmeliği, m. 5.

hakkında, adlî görevleri dolayısıyla Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

f. Adlî kolluk görevlileri, kadrolarında yer aldıkları birimlere mevzuatla verilmiş ve adlî görev kapsamı dışında kalan diğer görev ve hizmetleri de yerine getirirler.

g. Adlî kolluk görevlilerinin özlük hakları, bağlı oldukları teşkilât tarafından yürütülür.

1.3. Devletin Yürütme Gücüne Yardım Görevleri

Polis doğrudan doğruya yürütme organı kapsamında hükümetin bir bakanlığı olan İçişleri Bakanlığı'na bağlıdır. Ülkenin genel olarak emniyet ve asayiş hizmetlerinden İçişleri Bakanı sorumlu olup, İçişleri Bakanı bu görevini kendisine bağlı genel kolluk kuvvetleri vasıtasıyla yerine getirir. Doğrudan doğruya kuvvet kullanılması gereken hallerde, devletin diğer makamları yeterli güce sahip değılseler, bir kararın yerine getirilmesi için polis onlara yardım eder. Bu şekilde bir yardım gerekirse ilgili makam polisten yazılı olarak istekte bulunmalıdır. İstekte uygulanması istenilen tedbirin sebebi ve hukuki dayanağı da belirtilmelidir. Kolluğun böyle bir yardımda bulunması kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir işlem yapılmasını gerektirirse, özgürlük kısıtlamasının hukuka uygun olduğuna dair bir hakim kararı da alınmalıdır.

1.4. Önleme Görevi

Önleyici veya idari ya da suç öncesi kolluk, suç ve suçlunun ortaya çıkmaması ve kamu düzeninin bozulmaması için gereken önlemleri alır ve önleyici görevler yapar.¹⁶

Kolluğun önleme yetkisinin amacı ileriye yöneliktir. Herhangi bir tehlike olmadan önce önlenecektir. İnfaza yardım ile bastırma görevi bir tarafa bırakılacak olursa, kolluğun "suç öncesi görev" ve "suç sonrası görev" olmak üzere iki büyük görevi vardır. Polisin önleme görevi; hükümet emirlerine, hukuk normlarına ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce önünü almak şeklinde tanımlanmıştır.¹⁷ Önleme görevi suç işleninceye kadar olan safhalardan oluşur. Polisin önleme görevlerinin bir kısmı doğrudan doğruya konusu suç teşkil eden fiil ve hareketlere karşı tedbirlerden oluşurken, diğer bir kısmı ise, konusu suç teşkil etmediği halde, kamu düzenini ve asayişini temine yönelik tedbirlerdir. Bu görevler sürekli olabildikleri gibi, belli zamanlarda ifa edilen görevler de olabilir.

¹⁶ AYDIN, 2009, s.38

¹⁷ PVSK / m. 2, PVST / m. 1.

Polisler giderek suçu önlemeye yatırım yapmaktadırlar. Suç önleme üzerinde yapılan tartışmalar kuvvetli olsa da, bunun hayata geçirilmesi o kadar da kolay olmamıştır. 1998 yılında yapılan ve suç önlemede polisin oynadığı role değinen Montreal Konferansı'nda suç önlemeyi kurumsallaştırma konusunda çaba harcansa da, polisin önleyici rolünün sorun çıkarmakta olduğu ve bir çok yönden polis teşkilatlarını zora soktuğu dile getirilmiştir.¹⁸

1.5. Olayları Bastırma Görevi

Suçun önlenmesi ve bastırılması kolluğun en temel görevlerindedir¹⁹. Önleme görevi çerçevesinde yürütülen çabalara rağmen suç işlenebilir veya olaylar meydana gelebilir. Olayın boyutlarının büyümemesi veya failerin suçüstü yakalanması için polisin bastırıcı görevi vardır. Kavga çıkması, kanunsuz toplantı yapılması ve benzeri hallerde polis müdahale ederek olayları bastırır. Toplumsal olaylar ve spor karşılaşmalarında taşkınlık yapanlar ve olay çıkaranları etkisiz hale getirme örnek olarak verilebilir.

1.6. Sosyal Yardım Görevleri

Polisin kişilere yardım görevleri, toplum hayatımızda polisten beklenen ve büyük önemi olan bir husustur. Bu hususu PVSK'nın 1.maddesini çerçevesinde ele almak gerekir. Zira polisin yardım görevi bu maddenin ikinci fıkrasında "Yardım isteyenlere, yardıma muhtaç olan çocuk, hasta ve acizlere yardım eder." hükmüyle düzenlenmiştir. Kolluk, yasal görevi gereği, yardıma muhtaç olan ve yardım isteyen çocuk, yaşlı, hasta vs. gibi kişilere yardım eder²⁰.

PVSK, klasik kolluk faaliyetleri olan suç önleme ve aydınlatma yanında, yardım isteyenler ile yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere yardım görevlerine de yer vermiştir. Polisin yardım görevi, çağdaş demokratik devletlerin temel özelliklerinden olan ve Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan 'sosyal devlet' ilkesinin bir gereğidir. 1934 tarihli PVSK, sosyal devlet ilkesinin henüz anayasalara girmediği ve henüz İHEB ile AİHS'nin gündemde olmadığı dönemlerde bu ilkeyi uygulamaya geçiren bir yasa özelliği taşımaktadır. PVSK'nın bir çok maddesi değişikliğe uğramasına

¹⁸ EGM, 2006b, s.51.

¹⁹ **YENİSEY**, Feridun, "Arama ve El Koyma: Önleme Aramaları ve Uygulamadaki Sorunlar", TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri, EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Yayın No:33, Ankara 2006, s.109

²⁰ **AYDIN**, 2009, s.39

rağmen polisin sosyal yardım görevini ifade eden 1. maddesi çıkarıldığı 1934 yılından bu tarafa hiçbir değişikliğe uğramamıştır.

Yine PVST'nin 1 inci maddesinde bu husus daha ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu maddeye göre;

- “Yolda hastalanarak veya bir kaza vesair bir arızaya duçar olarak (başka bir nedenle) düşüp kalan veya yerine gitmeye kuvveti olmayan kimseleri uygun taşıtlarla oturdukları yere göndermeye ve acele tedaviye muhtaç olanları ilk tıbbi yardım ve imdat merkezlerine veya en yakın eczaneye, doktor muayenehanelerine veya işin göstereceği ihtiyaca göre kabile (ebe) muayenehanelerine ve emsali müesseselere götürerek tedavi ettirmeye ve bu gibi hallerde acele olarak en yakın ailelerine haber vermeye ve görülecek lüzum üzerine beraberinde gitmeye veyahut yanlarına birer memur vermeye çalışır. Bunlardan başka, çocuk doğurmak gibi acil haller nedeniyle gelebilecek istekleri ve ihtiyaçlar dikkate alınarak en yakın yerlerde bulunan doktor, kabile (ebe) ve diğer gerek görülen vasıtaları temin eder.”

- Polis vapur, tren gibi nakil vasıtalarına yetişemeyen veya bu araçların hareket edememesi nedeniyle gidecekleri yerlere gidemeyen ve kalacak yeri olmayan ve buna maddi güçleri olmayan kimseleri barındırma çareleri arar.

- Sokaklarda dolaşan ve oturduğu yeri tarif edemeyen kimse ve çocukları ailelerine veya yakınlarına teslim eder. Yakınları bulunamayanları bakımevlerine veya belediyelere teslim eder.

- Yukarıdaki fıkrada belirtilen kişi veya çocukları almayan, kanuni sahipleri hakkında adli işlem yaparak bu acizleri mahkeme sonuçlanıncaya kadar bakımevlerine teslim eder.

- Serseri gibi dolaşan ve kimsesiz oldukları anlaşılan çocukları ve çalışmaya vücutları yeterli olmayanları bakımevlerine teslim eder.

- Polis yer ve yol sormak isteyenlere gerekli bilgileri vermek suretiyle yardımcı olur.

Ayrıca PVST'nin 24. maddesi polisin yardım görevlerinden bahsetmektedir.

Kolluğun görevlerini yerine getirmesinin sonuçları veya yararlarının başlıcaları şöyle sayılabilir²¹:

Devlete, topluma ve kişilere yönelik tehlikeler ortadan kalkar, toplumda düzensizlikler ve karışıklıklar önlenerek hayatın normal akışı sağlanır,

²¹ AYDIN, 2009, s.40

insanlarda dirlik ve düzenin varlığı düşüncesi egemen olur, şahısların temel hak ve hürriyetlerini kullanabilmesi mümkün olur, yardıma ihtiyacı olanlara yardım ederek kişilerin memnun kalması sağlanır.

2. Önleyici Polislik Görev ve Yetkilerinin Yasal Dayanakları²²

2.1. Anayasa

Anayasamızın 'Egemenlik' kenar başlıklı 6. maddesinde ifade edilen 'Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz' hükmü çerçevesinde polisiye hizmetler ile polisin görev ve yetkilerinin de esas dayanak noktası Anayasadır. Önleyici polislik hizmetlerinin de Anayasal dayanağı Anayasamızın 'Devletin Temel Amaç ve Görevleri' kenar başlıklı 5. maddesidir. Bu maddeye göre: '*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*'

Bir bakıma Anayasa polise, toplumu tehlikelerden koruma görevi vermiştir. Çünkü devlet, vatandaşlarının temel haklarını korumakla görevlendirilmiştir. Polis burada demokratik hakların belirli çerçevede kullanılmasına imkân sağlamalıdır. Anayasa ve yürürlükteki mevzuata göre temel hak ve özgürlükleri kullanmak isteyen kişi ve grupların amaçlarına uygun ortamı hazırlamak polisin görevidir.

2.2. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

PVSK, önleyici polislik yetkilerinin temel yasal dayanağıdır. PVSK incelendiğinde adındaki vazife (görev) ve salahiyet (yetki) kavramlarında da anlaşılacağı üzere polisin, hatta bütün genel kolluk kuvvetlerinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği genel bir kolluk kanunudur. Ayrıca PVSK'nın 2/A maddesindeki 'Kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce **bu kanun** hükümleri dairesinde önünü almak' hükmü de, polisin önleyici görev ve yetkilerinin yasal dayanağını ifade etmektedir.

2.3. 3201 Sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu

²² SÖNMEZ, Nevzat, Polisin Görev ve Yetkileri, Polis Akademisi Başkanlığı yayınları, Cem Web-Ofset, Ankara 2009, s.19

Bu kanuna göre genel emniyet ve asayiş hizmetlerinden İçişleri Bakanı sorumludur. Bu görevini kendine bağlı genel kolluk kuvvetleri ile yerine getirir. Bu kanuna göre kolluk teşkilatı genel kolluk ve özel kolluk olarak düzenlenmiştir. Aynı kanun polise silah bulundurma ve taşıma yetkisi vermektedir. Emniyet Genel Müdürlüğünün teşkilat ve yönetim yapısı ile işleyişini gösteren temel bir kanundur.

2.4. 3152 Sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

Bu kanunun 2. maddesine göre İçişleri Bakanlığının görevleri şunlardır:

a. Bakanlığa bağlı iç güvenlik kuruluşlarını idare etmek suretiyle ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini ve genel ahlakı, Anayasada yazılı hak ve hürriyetleri korumak,

b. Sınır, kıyı ve karasularımızın muhafaza ve emniyetini sağlamak,

c. Karayollarında trafik düzenini sağlamak ve denetlemek,

d. Suç işlenmesini önlemek, suçluları takip etmek ve yakalamak,

e. Her türlü kaçakçılığı men ve takip etmek,

f. Yurdun iç politikasına, il ve ilçelerin genel ve özel durumları ile ilgili değerlendirmeler yapmak ve Bakanlar Kuruluna tekliflerde bulunmak.

2.5. 5442 Sayılı İl İdaresi kanunu

Bu kanunun 11. maddesine göre:

A. Vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir. Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenliğini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla Devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam eder, bu teşkilat amir ve memurları vali tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle yükümlüdür.

B. Memleketin sınır ve kıyı emniyetini ve sınır ve kıyı emniyetiyle ilgili bütün işleri, yürürlükte bulunan hükümlere göre sağlar ve yürütür.

C. İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir.

Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır. Bu hususta alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66 ncı madde hükmü uygulanır.

Ç. Jandarma, polis, gümrük muhafaza ve diğer özel kolluk kuvvetlerinin bütün ast ve üstlerinin il içine münhasır olmak üzere geçici veya sürekli

olarak vali tarafından yerleri değiştirilebilir ve bundan hemen İçişleri, Gümrük ve Tekel Bakanlıklarına bilgi verir.

D. Valiler, ilde çıkabilecek veya çıkan olayların, emrindeki kuvvetlerle önlenmesini mümkün görmedikleri veya önleyemedikleri; aldıkları tedbirlerin bu kuvvetlerle uygulanmasını mümkün görmedikleri veya uygulayamadıkları takdirde, diğer illerin kolluk kuvvetleriyle bu iş için tahsis edilen diğer kuvvetlerden yararlanmak amacıyla, İçişleri Bakanlığından ve gerekirse Jandarma Genel Komutanlığının veya Kara Kuvvetleri Komutanlığının sınır birlikleri dahil olmak üzere en yakın kara, deniz ve hava birlik komutanlığından mümkün olan en hızlı vasıtalar ile müracaat ederek yardım isterler. Bu durumlarda ihtiyaç duyulan kuvvetlerin İçişleri Bakanlığından veya askeri birliklerden veya her iki makamdan talep edilmesi hususu, yardım talebinde bulunan vali tarafından takdir edilir.

3. PVSK Kapsamında Polisin Durdurma Yetkisi

3.1. Durdurmanın Tanımı ve Hukuki Niteliği

Durdurma, bir yerden başka bir yere gitmekte olan kişinin veya kişiyle birlikte aracının geçici bir süre için bekletilmesi yani 1982 Anayasası'nın 23. maddesinde güvence altına alınan seyahat hürriyetinin Anayasa'da belirtilen sebeplere uygun şekilde düzenlenmiş olan kanun (PVSK/4A) uyarınca sınırlandırılması demektir.²³ Durdurma; bir kolluk görevlisi tarafından, hareket halinde olan veya duran bir kişinin, kamuya açık bir alanda, üzerinde veya yanında suç unsuru bulunup bulunmadığını öğrenmek üzere hareket etme kabiliyetinin sınırlandırılarak geçici olarak özgürlüğünün kısıtlanması olarak da tanımlanabilir.²⁴

Durdurma, seyahat özgürlüğünü kısıtlayan bir işlem olduğu için kanunla düzenlenmelidir.²⁵ Durdurma, kişinin Anayasada sağlanan seyahat özgürlüğüne dokunma ile ilgilidir. Durdurma, durdurulan şahsın bir yandan

²³ YENİSEY, Feridun, "Faili tekrar tanımaya yarayan önleme ve koruma tedbirleri: Durdurma, Kimlik Sorma, Kimlik Tespiti, Parmak İzi Alma, Fotoğraf Çekme ve Fizik Kimliğin Tespiti", MUYEP Tebliğleri-II, EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, yayın No:43, Ankara 2008(a), s.6

²⁴ ERYILMAZ, Mesut Bedri, "Önleme Araması ve Uygulamada Karşılaşılan Problemler", TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri, EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Yayın No:33, Ankara 2006, s.212

²⁵ YENİSEY vd., Suça Sürüklenen Çocuklara Hukuki Yardım Eğitici El Kitabı, Ankara 2010, s.26

kendisini serbest hissedebilmesi fakat diğer yandan polisin izni olmadan oradan ayrılamayacağı düşüncesi içerisinde olmasıdır. Durdurma, fiilen denetim altına alma işlemi olmadığından, yakalama değildir. Durdurma, arama ve el koyma da değildir. Çünkü arama hakim kararı ya da yetkili merciin yazılı emrine bağlıdır.²⁶

İngiliz hukukunda da arama için durdurma, kişinin veya aracının özgürlüğünün belli süreyle kısıtlanmasını beraberinde getirir. Araç veya kişinin aramanın icrası için durdurulduğu yerden veya yakınından başka yerlere götürülmemesi esas olup, kanun koyucunun bu hususta, kişi ve araçların olay yerinden karakola götürülmeleri sonucunu doğuran yakalama işlemini değil, sadece arama işlemini murat ettiği anlaşılmaktadır.²⁷

Polis, yetkileri kapsamındaki tedbirleri uygularken kişilerin hak ve özgürlükleri ile karşı karşıya kalmaktadır. Ancak bu tedbirler, kamu yararının bunu zorunlu kıldığı hallerde uygulanabilir. Kanunun açıkça düzenlemediği ve müsaade etmediği hallerde polis, kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayamaz. İşte polis bu çerçevede kanunun kendisine vermiş olduğu yetkiler doğrultusunda işlem yapabilmektedir. Bu yetkilerden biri de durdurma yetkisidir.

Anayasanın 23/3. maddesinde: “*Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlandırılabilir.*” Hükmü yer almaktadır. Bu maddede bahsedilen kanun maddesi genel olarak polise görev ve yetki veren PVSK’dır. Bir bakıma bu düzenleme Anayasa’nın 23’üncü maddesinin de bir gereği olarak yapılmıştır. Kişilerin ve araçların durdurulması için gerektiğinde zor kullanılması kamu güvenliği ve düzeni açısından bir zorunluluktur. Bu bakımdan durdurulması gereken aracın yapılan uyarıya rağmen durmayarak kaçması hâlinde, toplumun veya kişilerin tehlikeye düşmesini ya da suç işlenmesini önlemek amacıyla durdurulması için, tehlikeyi bertaraf edecek nitelikte zor kullanma yetkisi kullanılabilir. Genel kolluk görevlisi olarak polisin, yerine getirdiği görevler çerçevesinde; başta suç ve tehlikenin önlenmesi olmak üzere, kimlik sorma, arama, trafik kontrolleri, trafik cezası uygulaması ve kabahatler kanununa göre idari yaptırım uygulaması ve benzeri birçok yetkisinin kullanımının önceliğini bu yetki oluşturmaktadır.²⁸

²⁶ **SEVİNDİK**, Mürsel, Polis Savunma Taktikleri Teori ve Pratik, Detamat Tanıtım Tasarım Matbaacılık, 4. Baskı, Ankara 2009, s.79.

²⁷ **ERYILMAZ**, 2003, s.177.

²⁸ **ZEYBEK**, Cengiz, “PVSK Değişiklikleri ve Önleyici Polislik”, Türk İdare Dergisi, Haziran 2007, s.30-31.

Önleme araması öncesi durdurmanın usûl ve esasları ile ilgili bir düzenleme 2007 öncesi yoktu. Bunun anlamı, kanun koyucu önleme amaçlı aramanın şartlarını önleme amaçlı durdurma için de geçerli olduğunu varsaymakta idi.²⁹ Durdurma yetkisi PVSK'nın 'Durdurma ve kimlik sorma' kenar başlıklı 4/A maddesine göre kolluğa açıkça verilen yeni bir yetkidir. Durdurma yetkisi evvelce, zımnen varmış gibi hareket ediliyordu. PVSK'nın 2007 değişikliğinden önceki 17. maddesinde kolluğa kimlik sorma yetkisi verilmişti. Kimliği sorulacak olan kişinin, aranan kişilerden olup olmadığını belirlemek yetkisi de vardı. Kimliğini sormak için bir kişinin durdurulması zorunlu olduğu için, kimlik sormanın durdurma yetkisini de kapsadığı kabul edilmekteydi. Şimdi ise, eski 17. maddedeki kimlik sorma yetkisi PVSK 4/A maddesinin 8-12. fıkralar arasında düzenlenmiş, durdurma yetkisi de ayrıca ve açıkça yine PVSK 4/A maddesinin 1-7. fıkraları arasında hüküm altına alınmıştır.

Kişilerin ve araçların aranabilmesi için öncelikle durdurulması gerekir. Ancak hukukumuzda 2007 yılındaki PVSK'nın 4/A maddesine kadar arama öncesi durdurma ayrı bir müessese olarak düzenlenmemiştir.³⁰ Polisin durdurma yetkisi her ne kadar 2005 yılındaki Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 27. maddesinde düzenlenmiş olsa da kanuni olarak 2007 yılındaki PVSK değişikliği ile kanuni alt yapıya kavuşmuştur.

PVSK Madde 4/A- (Değişik madde: 02/06/2007-5681 S.K./1.madde).

“Polis, kişileri ve araçları;

a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,

ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek,

amacıyla durdurabilir.

²⁹ **ERYILMAZ**, Mesut Bedri, “Önleme Araması ve Uygulamada Karşılaşılan Problemler”, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri, EGM- Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Yayın No:33, Ankara 2006, s.212.

³⁰ **ERYILMAZ**, 2006, s.211

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Süreklilik arz edecek, fiilî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz.

Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir.

Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz.

Durdurma sebebini ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmalarına izin verilir.

Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez.

Bu Kanun ve diğer kanunların verdiği görevlerin yerine getirilmesi sırasında, polis tarafından gerekli işlemler için durdurulan kişiler ve araçlarla ilgili hükümler saklıdır.

Polis, görevini yerine getirirken, kendisinin polis olduğunu belirleyen belgeyi gösterdikten sonra, kişilere kimliğini sorabilir. Bu kişilere kimliğini ispatlamaları hususunda gerekli kolaylık gösterilir.

Belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılınca kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usûlü bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

Kimliğinin tespiti amacıyla tutulan kişiye, kimliği tespit edildikten sonra ve talepte bulunması halinde, bu amaçla tutulduğuna ve tutulma süresine dair bir belge verilir. Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir.

Nüfusa kayıtlı olmadığı için kimliği tespit edilemeyen kişilerin nüfusa kayıtlarının temini için gerekli işlemler yapıldıktan sonra, 5 inci maddeye göre fotoğraf ve parmak izi tespit edilerek kayda alınır.

Kimliği tespit edilemeyen kişinin yabancı olduğunun anlaşılması halinde, 5682 sayılı Pasaport Kanunu ve 5683 sayılı Yabancıların

Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.”

PVSK'ya eklenen uzun bir düzenleme olan 4/A maddesi ile kolluğa, ilk defa durdurma yetkisi kanunla verilmiş ve var olan kimlik sorma yetkisi ise yeniden formüle edilmiştir³¹.

5681 sayılı kanunla eklenen PVSK'nın 4/A maddesinin durdurma ile ilgili bölümünün gerekçesi şöyledir:

Durdurma yetkisi, polisin görevlerinin yerine getirilmesi bakımından en başta gelen, temel hak ve özgürlükleri en az etkileyen yetkilerindedir. Halen kanunlarımızda düzenlenmemiş olan bu yetki, maddede düzenlenmiş bulunmaktadır.

Birinci olarak, bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek, kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek amacıyla polisin kişileri ve araçları durdurması bir zorunluluktur.

İkinci olarak, kişiler ve araçlar bilgi almak amacıyla da durdurulabilir. Burada bilgisine müracaat edilen kişi, kural olarak, suç şüphesi altında olan bir kişi değildir. Polisin yürüttüğü bir araştırma veya soruşturmayla alakalı polise yardım edeceği umulan kişidir. Kişiler polise yardım etme noktasında ahlaki bir yükümlülük altındadır.

Üçüncü olarak, kişi ve araçların aranabilmesi ve gerektiği takdirde şüphelenilen kişilerin yakalanabilmesi için öncelikle durdurulması gerekir. Zira arama ve yakalama işlemleri kişiler veya araçlar hareket halinde iken gerçekleştirilemez. Bu yetkinin keyfi kullanılmasının önlenmesi için, kişilerin suç işlediğine veya işlemekte olduğuna, araçlarda da suç unsuru bulunduğu dair makul sebeplerin bulunması gerekir.

Dördüncü olarak ise, kişilerin ve araçların durdurulması için gerektiğinde zor kullanılması kamu güvenliği ve düzeni açısından bir zorunluluktur. Bu bakımdan durdurulması gereken aracın yapılan uyarıya rağmen durmayarak kaçması hâlinde, toplumun veya kişilerin tehlikeye

³¹ **ERYILMAZ**, Mesut Bedri, “5681 Sayılı Kanun ile PVSK'daki Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum; Bir Adım İleri, İki Adım Geri”, MUYEP Tebliği, EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, yayın No:43, Ankara 2008, s.18

düşmesinin ya da suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla durdurulması için, tehlikeyi bertaraf edecek nitelikte ve artan nispette fiziki engeller, zor ve zor kullanmanın son aşaması olan silah kullanılabilir.

Mukayeseli hukukta yer alan düzenlemeler gereği olarak da; polis, gerektiğinde makul şüpheye dayanarak denetlediği yerdeki bir kişiyi kamusal alanda durdurarak kendisine sorular sormalı, bu kişinin kimliği, bu yerde bu saatte ne yaptığı vb. konularda ikna edici bilgiler almalıdır. Sorulara muhatap olan kişinin tavır ve hareketlerinden ve verdiği cevaplardan muhtemel bir tehlikeye neden olabileceği anlaşılıyor veya kişinin toplum için tehlike teşkil eden ve şüphe oluşturan silah vb. araçlar taşıdığı belirlenmişse ilgili yasal hükümler doğrultusunda gerekli arama ve gözaltı işlemleri derhâl yerine getirilebilmelidir.

Bu düşüncelerden hareketle, durdurma yetkisinin kullanılabilir olduğu durumlar maddenin birinci fıkrasında sayılmıştır. Sayılan sebeplerin varlığı halinde, durdurma yetkisinin kullanılması sırasında polis kişi ve araçları durdururken, durdurmayı sağlamak üzere uygun yerlerde geçici kontrol noktaları da oluşturabilecektir. Bu kontrol noktaları, havaalanı girişleri gibi giriş çıkışların kontrollü olduğu yerlerde sürekli olarak da oluşturulabilir.

İkinci fıkrada, durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için, polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunmasının gerektiği ve süreklilik arz edecek, fiili durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işleminin yapılamayacağı hüküm altına alınmaktadır.

Üçüncü fıkra gereğince polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilecektir. Ancak kişiler sorulan sorulara cevap verme konusunda hukuki bir yükümlülük altında değildir. Ayrıca polis durdurduğu kişiden kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir. Ancak, durdurulan kişinin sorulan sorulara tatmin edici ya da hiç cevap vermemesi ve altıncı fıkrada belirtilen hususların varlığı halinde gerekli tedbirler alınabilecektir.

Dördüncü fıkrada, durdurma süresinin durdurmanın sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamayacağı; beşinci fıkrada ise, durdurma sebebinin ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmasına izin verileceği hüküm altına alınmaktadır. Makul şüphenin varlığı; bu şüpheye konu kişiyi, bu kişiyle kurulacak iletişim süresince durdurmayı ve bekletmeyi gerektirir. Bu süre ve kurulan iletişim sonucunda makul şüphe daha da kuvvetlenerek, yakalama veya arama yetkisinin kullanımını gerektiren bir sonuca ulaşılmasına neden olabilecektir.

Altıncı fıkra ile polisin, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silâh veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik olarak gerekli tedbirleri alabileceği düzenlenmektedir. Bu kapsamda, durdurulan kişi üzerinde, giysilerinden herhangi birisi çıkarılmaksızın, elle, yüzeysel olarak, yoklama biçiminde bir kontrol yapılabilir. Yoklama ve sıvazlama, durdurma sırasında, polisin kontrol amaçlı yapabileceği işlemlerdendir. Bu işlem, makul şüphenin kuvvetlendiği durumlarda yerine getirilecek bir tedbirdir. Yoklama, görevli polis tarafından el ile şüphelenilen kişinin üstünün, mahremiyetine ve elbisesinin detaylarına vakıf olunmayacak ve elbisesi çıkartılmayacak şekilde farklı noktalarına dokunulmak suretiyle kontrol edilmesini ve suç unsuru eşyaların bulunup bulunmadığının belirlenmesini ifade etmektedir. Sıvazlama ise yoklama işleminin, elin kişinin üstünden kaldırılmaksızın sürekli bir şekilde gezdirilmesi suretiyle yerine getirilmesidir. Bu işlem sonucunda, kişide silâh veya tehlike oluşturan diğer bir alet veya eşya bulunduğu sonucuna ulaşırsa, kontrol işlemi kişinin eşyasının ve aracının görünen alanlarının aranması gerekebilir. Bu durumda, aramaya ilişkin genel hükümler uygulanmadan ve herhangi bir merciden arama izni almadan; durdurma yetkisinin kullanılması sırasında oluşan izlenim neticesinde ortaya çıkan tehlikenin bertaraf edilmesi amacıyla arama yapılacaktır. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemeyecektir. Kişi kendi rızasıyla bunları açarak göstermesi halinde gerekli kontrolün yapılması da, hukuka aykırılık oluşturmaz.

Yedinci fıkroda, bu Kanun ve diğer kanunların verdiği görevlerin yerine getirilmesi sırasında, polis tarafından gerekli işlemler için durdurulan kişiler ve araçlarla ilgili hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. Örneğin Karayolları Trafik Kanunu gereğince, sürücü belgesi ve araç ruhsatının sorulması veya araçta bulundurulması zorunlu eşyanın tespiti için yapılacak işlemler, ilgili mevzuat hükümlerine tabi olarak gerçekleştirilecektir.

Polis, görevi sırasında şüphencilik özelliğinden yararlanarak, şüpheli gördüğü kişileri görevi sırasında durdurarak soruşturabilir. Polisin, bu uygulamasında kimlik kontrolünü yapması suçu önlemede etkili bir yöntemdir. Her ne kadar, bu kimlik kontrolleri sırasında polisin suçluları

yakalaması ancak şans eseri olabiliyorsa da, polisin sık sık kontrol yaptığı bölgelerden, suçluların büyük bir hızla uzaklaştığı da bir gerçektir.³²

Durdurma teknik anlamda yakalama kabul edilmemekle birlikte, kolluk aramayı gerçekleştirebilmek amacı ile kişiyi durdurarak belirli bir süre kişinin özgürlüğünü kısıtlayacaktır.³³ Hatta sadece arama anlamında değil, kolluğun muhatabı şahıslar olan bütün işlemleri için bir bakıma durdurma ön şarttır. Durdurma olmadan diğer faaliyetler yapılmayacaktır. Polisin kişileri durdurarak onlara kimliği ile birlikte çeşitli sorular sormasının yasal dayanağı PVSK'nın 4/A maddesindeki hükümdür. Durdurma, "yakalama" değildir. Yakalama sayılması için, fiilen denetim altına alınması gereklidir. Durdurma, "arama" da değildir. Önleme amaçlı durdurma ve aramada, durdurulan ve aranan kişi 'suç işleme şüphesi' altında değildir ve uzak bir tehlikenin (henüz işlenmemiş bir suçun işlenme olasılığının) ortadan kaldırılmaya çalışılması söz konusudur.³⁴

Durdurmanın hukuki niteliğini belirlerken durumu ikiye ayırmak mümkün olabilir: Bir suç işlenmesinden önce kullanılan bir yetki olduğundan önleme amaçlı durdurmayı bir önleme tedbiri, buna karşılık bir suçun işlenmiş olabileceği şüphesi üzerine bu suçun aydınlatılabilmesi ve failinin yakalanabilmesi amacıyla, yani adli bir amaçla yapılan durdurma ise koruma amaçlı olarak nitelendirilebilir.³⁵

Şahsın yolda durdurularak kendisine sorular sorulması, yakalama değildir. Teknik anlamda arama ve el koyma da değildir. Bu nedenle yakalama, arama ve el koyma için kanunlarda öngörülen koşullar burada aranmaz. Polisin durdurduğu kişiden yola çıkılarak bir kriter geliştirilmiştir. 'Polisin sorduğu soru üzerine, makul bir vatandaş oradan ayrılmaması gerektiğine inanabilecek idi ise', polisin başvurduğu tedbir yolda durdurma ve kimlik sorma tedbiridir. Kişilerin durdurularak, kendilerine sorular sorulmasının yakalama olmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle kimlik sorma için durdurma yetkisinin kullanılmasında kanunda yazılı olan yakalama şartlarının oluşması şartı aranmaz. Bir başka ifade ile, sadece polisin subjektif olarak durdurma sırasında sahip olduğu maksat ve düşünce geçerli

³² **SOKULLU-AKINCI**, Füsün, "Polis-Halk İlişkileri" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1991 Cilt: LIII, Sayı: 1-4, İstanbul 1991, s.94.

³³ **ERYILMAZ**, 2006, s.212.

³⁴ **ERYILMAZ**, 2003, s.38

³⁵ **ERDAĞ**, Ali İhsan, 'Kolluğun Durdurma Yetkisi ve Durdurma Üzerine Yapılabilecek İşlemler', MUYEP Tebliği, EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, yayın No:43, Ankara 2008, s.39

olmayıp, olayın dışı yansıması ve kişi üzerinde bıraktığı izlenim de önemlidir.³⁶

Durdurmanın süresi amacın gerçekleşmesine bağlıdır. Yani durdurma yetkisi hangi amaçla kullanılıyorsa amaca ulaşıldığında durdurma yetkisi sona erer. Eğer kimlik sorgulaması yapılacaksa neticenin alınmasından sonra olumsuz bir netice olmaması durumunda kişi serbest bırakılmalıdır.

Yakalama ile durdurma arasındaki fark şöyle belirtilebilir. Eğer makul ve orta zekalı bir kişi, serbest olmadığını hissedebiliyorsa, yani, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde (YGAIAY) belirtildiği gibi fiilen denetim altına alınmış ise, “yakalanmış kişi” statüsüne girdiğinden Anayasa 19 ve İHAS 5'teki haklardan yararlanan bir kişi durumundadır. Buna karşılık, durdurma, geçicidir ve kişi bu geçiciliğin farkındadır. Eğer makul ve orta zekalı bir insan durdurulduktan sonra artık kendi isteği ile oradan ayrılamayacağını anlayabilecek idiyse, durdurma bitmiş, yakalama başlamıştır.³⁷

PVSK 4/A maddesi ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin “durdurma ve kontrol işlemlerini” düzenleyen 27. maddesinde polisin durdurma ve yapacağı kontrol işlemlerinden bahsedilmiştir. Buna göre:

Bir kişiyi geçici olarak durdurmak, yakalama sayılmaz; yakalama sayılması için kişinin fiilen denetim altına alınması gerekir. Denetim için araçların durdurulması da mümkündür.

Sebebin oluşmasına veya şüpheye yol açan davranışları hakkında, durdurulan kişiye sorular yöneltilebilir. Kişi bu sorulara cevap vermekle yükümlü değildir. Durdurma yetkisinin kullanılmasına neden olan şüphe, yapılan açıklama ile ortadan kalkarsa, kişinin gitmesine engel olunmaz.

Durdurma üzerine aşağıdaki işlemler yapılır:

a) Durdurulan kişi üzerinde giysilerinden herhangi birisi çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde bir kontrol yapılır. Bu işlem sonucunda, kişide silâh bulunduğu sonucunu çıkarmaya yeterli şüphe meydana gelirse, memur kendiliğinden silâh ve diğer suç eşyası araması yapabilir.

b) Yoklama suretiyle kontrol, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.

c) Yapılan kontrolün konusu ve sebepleri ilgiliye açıklanır.

³⁶ KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun, Arama, Elkoyma ve İletişimin dinlenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s.54

³⁷ YENİSEY, 2008(a), s.7

d) Bir kişinin veya aracın durdurulma süresinin, şartlara göre makul olması ve kontrol için ayrılan süreyi aşmaması gerekir.

e) Yoklama suretiyle kontrol, kişiye en az sıkıntı verici şekilde yapılır.

f) Yapılan kontrolün neticesinde suça ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır.

g) Uyuşturucu gibi belirli bir şeyin, kişinin herhangi bir yerinde gizlendiği düşünülüyorsa, daha geniş çaplı kontrol yapılabilir.

h) Yoklama suretiyle kontrol, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek kontrol yapılamaz.

i) Makul sebebi olduğu takdirde, daha geniş kapsamlı kontrol yapılması için, kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir.

j) Kontrolten sonra talep üzerine olay yerinde derhâl bir tutanak düzenlenir.

Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir.

PVSK ve Arama yönetmeliğinde bahsi geçen “makul bir sebebin bulunması” hususu CMK madde 116 da şu şekilde düzenlenmiştir:

(1) Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.

Polis yukarıda bahsi geçen yetkilerini kullanırken:

• Kabaca yoklama esnasında veya gözle görmesi üzerine bir suç unsuru ortaya çıkabilir,

• Durdurma ve kimlik sorma işlemine direnebilir

• Polisi yanıltıcı beyanda bulunabilir,

• Kimlik ibraz edemeyebilir. Üzerinden herhangi bir suç unsuru çıktığı takdirde, durdurma işlemi sona ermiş, yakalama ve gözaltına alma süreci başlamış demektir. CMK madde 90’da yakalama işleminden bahsedilmektedir. Buna göre:

[1] Aşağıda belirtilen hâllerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir:

a) Kişiye suçu işlerken rastlanması.

b) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması.

[2] Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler.

[3] Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malûllük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikâyete bağlı değildir.

[4](5353 sk. değ.) Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.

[5](5353 sk. değ.) Birinci fıkraya göre yakalanıp kolluğa teslim edilen veya ikinci fıkra uyarınca görevlilerce yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılır.

[6] Yakalama emrine konu işlemin yerine getirilmesi nedeniyle yakalama emrinin çıkarılma amacının ortadan kalkması durumunda mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından yakalama emrinin derhâl iadesi istenir.

3.2. Durdurmanın Kapsamı, Amacı ve Sebepleri

Polisin (genel anlamda kolluğun) durdurma yetkisini kullanabilmesi (yani bir kişiyi veya aracı durdurabilmesi) için öncelikle “*makul bir sebebin bulunması*” şarttır. *Keyfilik oluşturacak bir şekilde durdurma yapılamaz.*” Makul bir sebep olmadan durdurma yetkisi kullanılamaz. Bu bağlamda kolluğun bir kişiyi ve aracı durdurabilmesinin ön şartı ve en önemli koşulu “*makul bir sebebin bulunmasıdır*”³⁸.

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için her hangi bir karara veya yazılı emre ihtiyaç bulunmamaktadır. Polisin kendisine tanınan bu yetkiyi 4/A maddesinin ikinci fıkrası hükmünde öngörölmüş bulunan “makul bir sebebin bulunması” ön şartının ve yine 4/A maddesinin birinci fıkrası hükmünde belirlenen;

- 1) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,
- 2) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

³⁸ CMK 116, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.6, PVSK m.4/A.

3) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,

4) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek

Nedenlerinden birisini varlığı durumunda polis, kişileri ve araçları durdurabilir. Buna göre polis, maddede sayılan şartlar oluştuğunda bu yetkisini kendiliğinden kullanabilecek ve böylece de görevini yapabilecektir.³⁹

Kolluk durdurmayı, muhtemel bir suçu önlemede etkili bir metot olarak kullanmak amacındadır. Gerçekte, suç işlemede kullanılan ve kişinin üzerinde, çantasında veya arabasında kolayca saklanan bir çok araç ve gereç vardır ki, ancak durdurma yetkilerinin kullanılması ile başlayacak olan arama ile ortaya çıkarılabilir.⁴⁰

PVSK'nın 'Durdurma ve kimlik sorma' kenar başlıklı 4/A maddesi polisin, kişileri ve araçları hangi amaçla durdurabileceğini dört başlıkta ve sınırlayıcı bir şekilde belirtmiştir. (PVSK 4A/1). Buna göre:⁴¹

a) Polis, bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek amacıyla kişileri ve araçları durdurabilir Durdurma sebeplerinden birincisi, bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemektir. Ancak polisin tecrübesine göre ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan somut bazı olgulara dayanarak takdir yetkisini kullanması ve kişinin bir suç veya kabahat işleyebileceğini öngörmesi söz konusudur. Bir kişinin suç işleyeceğini öngörmek, somut olguya dayanarak şöyle örneklendirilebilir: Gece eğlendiği diskotekten korumalar tarafından zorla çıkartılan bir kişi arkadaşlarını toplayıp aynı yere geri dönüyorsa, bir suç işlemek üzere olduğu, makul ve orta zekalı bireyler tarafından öngörülebileceği gibi, bu tür olaylarla sürekli karşılaşan polisin tecrübesi ve içinde bulunulan durum suç veya kabahat işlenmek üzere olduğunu ona gösterebilir. Böyle bir durdurma, durdurulan kişiye sebep de bildirilerek yapılırsa, kanuna ve hukuka uygun olur.

ÖRNEK: Terör olaylarının yoğun yaşandığı bir şehrin girişinde, her gece teröristlerin şehre gizlice girdiğinin bilindiği bir durumda, muhtemel bir teröristin eylem için şehre girmesi bir tehlike oluşturur ve bu tehlikeyi

³⁹ ERDAĞ, 2008, s.39

⁴⁰ ERYILMAZ, 2006, s.213

⁴¹ YENİSEY, 2008(a), s.8

önlemek için, günün belirli bir saatinde, araçların tamamının durdurulup aranması halinde durdurmayı haklı kılan bir makul sebep vardır.⁴²

b) *Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek amacıyla kişileri ve araçları durdurabilir.* İkinci durdurma sebebi, suç işledikten sonra kaçan failin yakalanması için durdurmadır. Burada da, durdurma yetkisinin kullanılması için, 2. fıkrada gösterilen makul sebebin bulunması önkoşuldur. Suç işleyip kaçan failin siyah balıkçı kazak giydiği görülmüşse, polis, bu eşkale uyan kişileri durdurduğunda, bu durdurma kanuna ve hukuka uygun bir durdurma olur.

c) *Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek amacıyla kişileri ve araçları durdurabilir.* Tehlike varsa, polis yetki kazanır. Polisin görevi uzak ve yakın tehlikeyi önlemektir. Kanun *tehlikeyi önlemek ve bertaraf etmek amacı* ile polise durdurma yetkisi tanımıştır. Tehlikenin, kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik bir tehlike olması gerektiği belirtilmiş (PVSK 4A/1-c) ve tehlikenin halen mevcut ve “muhtemel” bir tehlike olması gerekliliği dile getirilmiştir.

Somut tehlike, “*araya engel bir sebep girmediği takdirde, istenmeyen ve hakkı ortadan kaldıracabilecek nitelikte olan bir neticenin gerçekleşeceğinin, makul ve orta zekalı insanlar tarafından kabul edilebileceği hallerde*”, var sayılır.

Durdurma sebebi ile ilgili makul sebebin yerinde çıkması durumunda polis, hakkında yakalama emri çıkartılmış kişiyi tespit etmek gayesiyle kişiyi ve aracı durdurabilir. Şayet durdurulan bu kişinin yakalama emrine konu edilen kişi olduğu anlaşılırsa, durdurulan bu kişinin oradan ayrılmasına izin verilmeyecek, kişi yakalanacak ve üzerinde kendisine, uygulayıcı kolluk görevlilerine ve diğer kişilere zarar verebilecek bir şey bulunabileceği şüphesiyle kontrol edilebilecektir.⁴³

d) *Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek amacıyla kişileri ve araçları durdurabilir.* “*Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek*” de “durdurma sebebi” olarak tanımlanmış ise de, bu sebebin “bir sonuç olduğu”, durdurma için tek başına yetmeyeceği bilinmelidir. Diğer sebeplere dayanarak durdurduktan

⁴² ERYILMAZ, 2006, s.215

⁴³ ERDAĞ, s.42-43,

sonra, aranan kişilerden olup olmadığını belirlemek üzere işlem yapılabilirse de, gelişi güzel, her istediğini “acaba aranıyor mu?” diye durdurmak, *keyfiliğe* (PVSK 4A/2) yol açar. Bu nedenle, kişinin hakkında bir ihbar varsa, veya başka bir somut olguya dayanarak, aranan kişi olduğundan şüphelenmek için “makul sebep” oluşmuş ise, o zaman “aranan kişi” olduğu için durdurma sebebi doğabilir.

Kolluk hukuku açısından tehlike; ‘engellenmeden tamamlandığı takdirde, orta zekalı ve objektif bir kişi tarafından zararın doğması ile bitebileceği öngörülen her durumu’ ifade eder. Tehlike değişik kademelerde sınıflandırılmaktadır. En düşük derecede olan soyut tehlikedir. Orta kademedeki olan somut tehlikedir, bu müşahhas olan somut (ortaya çıkmış) tehlikedir. Kanun tehlikeden bahsediyorsa bunu açıkça belirtir. Somut tehlikenin üzerinde de iki aşama vardır: Birincisi anında ortaya çıkan tehlikelerdir, bunun üzerinde acil tehlike vardır.⁴⁴

Şüpheli kişi ve araçların makul bir sebebe bağlı olarak durdurulması, kimlik kontrolünün yapılması ve aranması önemli bir polislik uygulamasıdır. Önleyici amaçlı durdurma ve kimlik sormanın en önemli amaçları şunlardır:⁴⁵

a. Suç işleme eğiliminde olan kişilerin caydırılması: Polisin yapmış olduğu durdurma ve kimlik sorma yetkisi, özellikle hırsızlığın çok işlendiği bölgelerde uygulanmalıdır. Yapılan uygulamalarda belli kriterler göz önünde bulundurulmalıdır. Aranması gereken kriterler, arama konusu içinde ayrıntılı ele alınacaktır.

b. Aranan kişilerin yakalanması: Kolluk birimlerince, suç işlediği tespit edilen ama yakalanamayan kişilerin, çalınan veya gasp edilen kara ve deniz motorlu taşıtların ve ateşli silahların ve her türlü kimlik belgelerinin kayıtlarını tutarak ele geçirilmesini sağlamak amacıyla "Genel bilgi toplama" (GBT) faaliyeti yürütülmektedir. Kişilerin kimlik sorgulaması bu birimlerden yapılmakta, kişiler hakkında bilgiye ihtiyaç duyan güvenlik kuvvetlerine anında bilgi verilmesi sağlanmaktadır. Aranan kişilerin hangi suçtan ve hangi birimce arandığının tespiti mümkün olan bu sistemde bilgi verilerinin titizlikle girilmemesi veya verilerin güncelleştirilmemesi kişilerin mağdur edilmesine de sebebiyet vermektedir.

⁴⁴ **WÜRTEMBERGER** Thomas, Tehlike Kavramı ve Alman Uygulaması Ekseninde Kolluk Hukuku, (Tercüme eden ve Yorumlayan YENİSEY, Feridun), EGM Asayiş Dairesi Başkanlığı Yayını, 2008, s.12

⁴⁵ **ÇOR**, Yaşar, “Polisin Durdurma ve Arama Yetkilerinin Sınırı”, Polis Dergisi, Sayı 34, EGM Yayını, Ankara 2003, s.350

c. Toplumun diğer bireyelerine güven duygusunun verilmesi: Polisin yapmış olduğu durdurma ve kimlik sorgulama işlemi; topluma, polisin çalışıyor izlenimini vermesi ve kendilerinin güven içinde olduğu izlenimi verilmesi açısından önemlidir. Ancak bu işlemin uygulandığı kişilerinde toplumun bireyleri olması açısından yapılan uygulamanın çok hassas bir şekilde yapılması gerekir.

d. Kişilerin kimliği ile ilgili verecekleri bilgilerin doğruluğunun ortaya çıkarılmasıdır.

Polis, PVSK'nın 'Durdurma ve kimlik sorma' kenar başlıklı 4/A maddesinin birinci fıkrası hükmüyle birlikte Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 'durdurma ve kontrol işlemleri'ni düzenleyen 27. maddesinin ikinci fıkrası hükmünden de hareketle;

Somut olayda tecrübesine dayanarak, içinde bulunduğu durumdan ve izlediği davranışlardan,

Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

Suç işlendikten sonra kaçan failerin yakalanmasını sağlamak,

İşlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek

veya

Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek hususlarında kanaat elde ederse kişileri ve araçları durdurabilir⁴⁶.

Prencip olarak, tehlikenin önlenmesi bakımından genel anlamda hakim kararı olmaksızın, polisin harekete geçmesi ve tedbir alma yönünde yetkisi vardır.⁴⁷

Önleyici polislik faaliyetlerinden olan durdurma "suç işlemeyen veya işleme tehlikesi bulunmayan insanlara kolluğun –suçun işlenmesi bahanesiyle de olsa- yerli yersiz müdahale etmesi, bu insanların özgürlüklerini kısıtladığı için onların hayattan aldıkları zevki de azaltır. Bu sebeple önleme faaliyetleri, kişilerin özel hayatlarına müdahale niteliğinde veya onur kırıcı olmamalıdır".⁴⁸

⁴⁶ ERDAĞ, 2008, s.40

⁴⁷ WÜRTEMBERGER (YENİSEY), 2008, s.15

⁴⁸ AVCI, Mustafa, "Önleme Amaçlı Özgürlük Kısıtlamaları", MUYEP Tebliği, EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Yayın No:43, Ankara 2008, s.164.

Ayrıca yapılacak durdurma işleminin kişilerin başka bir temel hakkını ihlal edebileceği de unutulmamalıdır. Durdurma ve kimlik sorma, önleyici bir tedbir olarak olayın özelliğine göre birçok hakkı etkileyebilir. Örneğin bir toplantıya katılmayı engellemek için kasıtlı olarak durdurma önlemine başvurulması ve durdurulan kişinin toplantı süresi boyunca serbest bırakılmaması toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına müdahale olarak değerlendirilebilir.⁴⁹

Uygulamada karşılaşılan ve genel olarak durdurulan araçlarla ilgili makul sebeplere örnekler:⁵⁰

- Aracın uygulama noktasına doğru gelirken düz bir doğrultuda hareket etmemesi(aracın S çizerek gelmesi): Araç sürücüsünün alkollü olabileceği şüphesini oluşturmaktadır
- Aracın uygulama noktasına gelmeden önce çok yavaşlaması ve sürücünün sağa-sola bakınması (Sürücünün kaçacak istikamet araması şüphesi)
 - Aracın içindekilerin eğilerek aracın altına bir şeyler yerleştirmesi
 - Araçtan uygulama noktasına gelmeden önce bir şeyler atılması
 - Aracın durdurulduğunda içindekilerin aşırı tedirgin olması
 - Aracın görünen bir yerinde silah-bıçak vb. suç unsurlarının olması
 - Genel olarak suç işleyen sabıkalıların araçta bulunması ve bu şahısların polisler tarafından tanınması sebebiyle durdurulması
 - Aracın görünen yüzeyinde kaza emarelerinin olması (Bir yere çarpmış ve kaçmış olduğu şüphesi)
 - Aracın görünen yüzeyinde kan izlerinin olması
 - Aracın plakalarının olmaması
 - Aracın plakalarının çamur vb maddelerle kamufle edilmiş olması.
 - Araç plakasının standart tescil plakalarda mevcut harf ve rakam grubunu taşıyamaması

⁴⁹ ALTIPARMAK, Kerem vd., "Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda Değişiklik: Durdurma-Kimlik Sorma- Arama, Parmak İzi Alınması, Silah Kullanma", Hukuk ve Adalet, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi, Sayı 11, Ankara 2007. (<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/pvsk.htm>; Erişim tarihi:21.05.2011)

⁵⁰ EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Kurs Notları

- Telsiz kanalından belli bir marka aracın veya belli bir renk aracın ya da belli bir tip aracın herhangi bir suça karışmış olduğunun anons edilmiş olması.
- Aracın camlarına film çekilmesi suretiyle içindekilerin görünmemesi
- Aracın değeri-lüks oluşu ile içinde bulunan şahısların kılık-kıyafet ve ekonomik seviyelerinin uyuşmaması.
- Aracın kontağının düz-kontak olmuş olması.
- Bazı araç çeşitlerinin spesifik özellikleri dolayısıyla makul şüphe oluşması (Örneğin doğan-şahin gibi araçları bagaj anahtarlarının aynı zamanda kontak ve kapıları da açtığı göz önünde bulundurularak, hırsızların özellikle araç bagajının kilit sistemini çıkartıp, anahtar kopyaladığı bu suretle seyir halindeki bir aracın bagaj kilidi bölümünün çıkarılmış olması şüphe oluşturabilmektedir.)
- Durdurulan araçtan gelen alkol-esrar vb kokular.

Uygulamada karşılaşılan genel olarak durdurulan şahıslar ile ilgili makul sebeplere örnekler:⁵¹

- Şahsın kimlik sorma uygulaması yapan polisleri uzaktan görerek yol değiştirdiğinin anlaşılması
- Şahsın polislerce tanınan eski sabıkalılardan olması
- Telsiz anonsu ile verilen eşkal doğrultusunda yapılan durdurmalar
- Kıyafeti ve genel görünümü itibari ile bulunduğu ortama uymadığı düşünülenler
- Takım elbise veya kumaş pantolon altına spor ayakkabı giyinenler
- Kıyafeti ile iklim şartları arasında uyumsuzluk olanlar (yaz günü pardösü giymiş vatandaş vb..)
- Kalabalık arasında vatandaşların çantalarını-cüzdan ve ceplerini gözetleyenler
- Park etmiş araçların içlerini gözetleyenler
- Sokak aralarında ev-işyeri ve apartman dairelerini gözetleyenler

3.3. Durdurmanın Ön Şartı Olan Makul Sebep ve Keyfilik Yasağı

PVSK'nın 4/A maddesinin ikinci fıkrasına göre; 'Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Süreklilik

⁵¹ EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Kurs Notları

arz edecek, fiili durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz.'

Durdurma herkesin kimliklerini toplayarak arananlardan olup olmadığını sorgulamayı kapsamaz; şüphe duyulan kişi bu sebeple durdurulmuş olmalıdır. Şüphe somutlaşmış olmalıdır. Bu olmadan yapılan durdurma görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.⁵²

Durdurma, kolluk kuvvetlerinin (idarenin) kamu düzeninin sağlanması amacıyla yerine getirecekleri faaliyette (kollukta) kullanabilecekleri, kişiyi özgürlüğünden (AY. m.19) mahrum bırakan yeni bir araçtır. Durdurma yetkisi ile kolluk amirleri değil, kolluk görevlileri, yani herhangi bir polis, kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakma yetkisi kazanmaktadır.⁵³

Kanun metninden anlaşılacağı üzere polisin durdurma yetkisini kullanabilmesi için her hangi bir karara veya yazılı emre ihtiyaç bulunmamaktadır. Polis kendisine tanınan bu yetkiyi PVSK'nın 4/A maddesinin ikinci fıkrası hükmünde öngörülmüş bulunan "makul bir sebebin bulunması" ön şartına bağlı olarak ve yine 4/A maddesinin birinci fıkrası hükmünde belirlenen 4 durdurma nedeninden birinin varlığı halinde kullanabilecektir. Önleyici durdurma ve aramada "makul şüphe"den söz edilemeyeceğine göre en azından belli bir "somut tehlike"nin varlığını gösteren makul nedenlerin bulunması gerekir.⁵⁴ Kanunkoyucu makul sebebin varlığını, kolluğun polisiye tecrübesi ile karşı karşıya kaldığı o andaki somut olaydan edindiği izlenime bağlamıştır. Ancak bu durumda da durdurmanın söz konusu olabilmesi için kişinin durdurulup aranmadan önce suç işlemiş olduğuna veya suç işlemeye teşebbüs ettiğine dair şüphenin belli bir düzeye ulaşmış olması gerekir.⁵⁵ Burada önemli nokta makul sebebin belirlenebilmesidir. Polis kanunda yazılı şartlar oluştuğunda bu yetkisini kendiliğinden kullanabilecektir. PVSK'nın 4/A maddesi hükmüyle polise tanınmış bulunan durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin aynı maddenin ikinci fıkrası hükmü gereği *tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan* makul bir sebebinin bulunması gerekir. Durdurma, kolluğun takdir yetkisinin maksimum hissedildiği alanlardır.

⁵² **YENİSEY** vd., Suça Sürüklenen Çocuklara Hukuki Yardım Eğitici El Kitabı, Ankara 2010, s.26

⁵³ **ALTIPARMAK**, Kerem vd., 2007.

⁵⁴ **ERYILMAZ**, 2003, s.39

⁵⁵ **ERYILMAZ**, 2003, s.46

Kolluk nazarında bir suçun önlenmesi, o suçun failinin yakalanmasından daha önemlidir.⁵⁶

Burada kolluğun tecrübesinden kast edilen, her kolluk görevlisinin kendi tecrübesi değil, polisliğin oluşturduğu ortak standart tecrübedir. Dolayısıyla, makul sebebin varlığının değerlendirilmesinde, meslekte yeterli tecrübeye ulaşmış orta zekâlı bir kolluk görevlisinin kanaati dikkate alınacaktır; Bu durumdaki bir kolluk görevlisinin bakış açısına göre durdurmayı haklı kılan makul sebebin varlığının şüphe götürmüyor olması gerekir. Bu makul sebep, önleme amaçlı bir durdurmada, bir suçun önlenmesine yönelik bir tehlikenin varlığını gösteren somut bazı emarelerin varlığına yönelik olması gerekirken, adli amaçlı bir durdurmada, durdurulmak istenen kişinin aranan kişi olduğunu gösterir nitelikte olmalıdır.⁵⁷

Uygulamada karşılaşılan en önemli sorun, polisin keyfi durdurma ve kimlik kontrolü yapmasıdır. Okul önlerinde, okuldan çıkan çocukların durdurulması ve kimlik sorulması da buna örnektir. Bir kişinin önleme ya da adli amaçlı makul sebep dışında hakkında yakalama ya da zorla getirme kararının varlığını tespit amacıyla durdurma yapılması hukuka aykırıdır.⁵⁸

⁵⁶ **ERYILMAZ**, 2003, s.239

⁵⁷ **ERYILMAZ**, 2008, s.24

⁵⁸ **YENİSEY** vd., Suça Sürüklenen Çocuklara Hukuki Yardım Eğitici El Kitabı, Ankara 2010, s.27

Belki de polisin durdurma yetkisiyle ilgili olarak en çok eleştirilen husus bunun keyfi olarak kullanılması endişesi olsa gerek.⁵⁹

Hukuk devletinde devletin tüm görev ve yetkileri gibi, idarenin yürüttüğü kolluk hizmetlerinin de neler ve nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenmekte ve idare kanunla belirtilen sınırları aştığı zaman sorumlu

⁵⁹ *İnsan Hakları Derneği'nin Web sayfasında yer alan 'Polis Vazife ve Salahiyeti Yasası'nda değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısı inceleme raporu'na göre 4/A maddesine yapılan eleştiriler şu şekildedir (<http://www.ihd.org.tr/index.php> Erişim Tarihi: 17.04.2011):*

- 1-Tasarının 1. maddesinde polisin durdurma ve kimlik sorma yetkisi düzenlenmiştir. Mevcut kanunlarımızda düzenlenmemiş olan bir yetki olan durdurma yetkisi ilk kez bu tasarıda gündeme getirilmiştir.
- 2-Durdurma yetkisinin kullanılmasında ve sınırının belirlenmesinde inisiyatif tamamıyla polise bırakılmakta bu durum keyfiyete kaçabilecektir.
- 3-Durdurma için makul sebebin olması gereklidir denilmiştir ancak makul sebebin ülkemiz koşullarında ne kadar geniş değerlendirilebileceği unutulmaması gereken bir noktadır. Kaldı ki her polis memurunun “makul sebep-yeterli şüphe-gerekli tedbir” anlayışının farklı olduğunu düşünmekteyiz.
- 4-Maddenin gerekçesine bakıldığında kişilerin ve araçların bilgi amaçlı olarak durdurulabileceği ancak kişilerin burada bilgi vermede hukuksal sorumluluğu olmadığı fakat ahlaki yükümlülükten bahsedildiği görülmektedir, kişilerin önceden ahlaki bir yükümlük altına sokulması suiistimale açık bir alan yaratmaktadır.
- 5-Yine madde gerekçesinde durdurulan kişinin sorulara tatmin edici cevap vermemesi veya hiç cevap vermemesi durumunda gerekli tedbirlerin alınabileceği belirtilmiştir. Ancak mevzuatta kişinin kimlik bilgileri dışında herhangi bir beyanda bulunmak zorunluluğu olmadığı açıktır. Kanuni susma hakkının olduğu unutulmamalıdır. Tasarı bizce bununla çelişmektedir.
- 6-Tasarıda ayrıca durdurma işlemi yapan polisin aynı zamanda yeterli şüphe durumunda kişi üzerinde yoklama ve sıvazlama yöntemiyle arama yapabileceği belirtilmiştir. Buradan hareketle aslında her durdurma işlemi sonucunda yeterli şüphe vardır denildiğinde arama işlemi yapılacağı ortaya çıkmaktadır. Ayrıca durdurma işleminde aracın görünmeyen kısımlarının kişinin rızası ile aranabileceği ve bu rızanın hukuka aykırı olmayacağı dile getirilmiştir. Ancak ev aramalarındaki rızanın hukuka aykırılığı kaldırmadığı gibi buradaki rızanın da hukuka aykırılığı kaldırmayacağı görüşündeyiz.

olmaktadır.⁶⁰ Hukuk devletinin genel geçer temel ilkelerinden olan keyfilik yasağı, insan hakları bağlamında kolluk hukuku açısından da önem arz etmektedir. Hukuk devleti anlayışının hakim olması, gerçekten de ‘devletin keyfi işlemlerine karşı bir güvence’ olarak görülmektedir. Hukuk devleti, devletin hukuksal kurallara uyması ve bu kurallarca yönetilmesini ifade etmektedir.⁶¹

Kolluğun başka bir makamdan, hakimden veya savcıdan emir veya izin almadan kullanabileceği ender yetkilerden olan *durdurmada* kolluğun bir kişiyi ve aracı durdurabilmesinin ön şartı ve en önemli koşulu “*makul bir sebebin bulunmasıdır*”. Aramada olduğu gibi (makul şüphe: CMK md 116), makul sebep olmadan durdurma yetkisi kullanılamaz. Makul sebep, eğitim görmüş bir kolluk mensubuna; “*maddede gösterilen durdurma sebeplerinden birinin gerçekleşmiş olduğunu*” göstermelidir. Tecrübeli polis, durdurma yetkisini kullanmadan önce, makul bir sebebin bulunup bulunmadığını “kendisi” takdir edecektir.⁶²

Örneğin kolluk, kendi görev bölgesinde elinde büyük bir çuvala gece saat 21.30’da yanından geçen o bölgede yaşayan bir kişiyi durdurmak için makul şüphe olmadığı düşünürken aynı kişiyi gece 01.30’da durdurmasını gerektiren makul şüphenin olduğunu düşünebilir. Eğer söz konusu kişi ile karşılaşılan yer hırsızlık suçunun çok işlendiği bir bölge ise kolluk saat 21.30’da da o kişiyi durdurup çuvalın içindeki eşyanın cinsini öğrenmek için gerekli şüphenin varlığı kanaatine ulaşabilir. Kişilerin belirli zamanlarda belirli yerlerde bulunulmasının anormal ve normal kabul edilmesinin yanı sıra kişilerin, yaşı, kılık ve kıyafeti, herhangi bir soru sorulduğunda veya durdurulduğunda gösterecekleri tepkinin boyutu da kolluktaki şüphenin algılanmasında ve yorumlanmasında kullanılan olgulardır.⁶³

Suç, teorik olarak yasalarda tarif edilmiş olsa da, belirli bir olayın müdahale ve yakalamayı gerektirecek ölçülerde bir yasa ihlali oluşturup oluşturmadığına uygulamada karar verecek olan polisin kendisidir. İlgili yasa ve düzenlemelere ek olarak polisin sokaklarda, vatandaşlarla iç içeyken kazandığı deneyim ve inisiyatif kullanma yeteneği polisin en önemli başvuru

⁶⁰ **KARATEPE**, Şükrü, İdare Hukuku, Anadolu Matbaacılık, İzmir 1988, s.206

⁶¹ **ARSLAN**, Zühtü, Anayasa Teorisi, Seçkin yayınevi, Ankara 2005, s.67.

⁶² **YENİSEY**, 2008(a), s.7

⁶³ **ERYILMAZ**, Mesut Bedri, "Kolluğun yetkileri açısından CMUK ile Yeni CMUK Tasarısının Düşündükleri" Ankara Barosu Dergisi, 2000-1, s.75

ve referans kaynağıdır. Görevli polisin, polis müdahalesini gerektiren durumları anlama ve yorumlama yeteneği "sokak hissi" olarak tarif edilir.⁶⁴

Kolluk hangi tip olayların anormal ve kabul edilemez olarak yorumlanması ve dolayısıyla şüphe uyandırması gerektiği ve hangi tip ve görünüşteki insanların, hangi durumlarda nerelerde bulunmasının anormal ve kabul edilemez olarak algılanması ve dolayısı ile şüpheli olarak yorumlanması gerektiği konusunda tecrübelerine müracaat eder.⁶⁵

Amerika Birleşik Devletleri'nde verilen önemli ceza hukuku mahkeme kararları arasındaki Terry davasında mahkeme, polis memuru makul ölçüler çerçevesinde kendi tecrübeleri ışığı altında, suç fiilinin yapıla geldiğini ve bu fiile ilişkin kişilerin de silahlı ve tehlikeli olacağına dair çıkarımda bulunursa, bu kişileri durdurabilir ve kendini tanıttıktan ve makul sorgulama yaptıktan sonra şüpheleri hala geçmemişse bu kişilerin giysilerini silah bulma amacıyla dikkatli ve belirli sınırlar içinde arayabileceğini kabul etmiştir⁶⁶.

Polis, PYSK'nın 4/A maddesinin 2 nci fıkraya hükmüyle ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin "durdurma ve kontrol işlemleri" kenar başlıklı 27 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünden de hareketle, karşı karşıya kaldığı somut olayda tecrübesine dayanarak, içinde bulunduğu durumdan edindiği izlenime göre, bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek veya kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek hususlarında kanaat elde ederse kişileri ve araçları durdurabilir. Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi herhangi bir kararın veya yazılı emrin alınması şartına bağlanmadığına göre polis, içinde bulunduğu somut olayda durumu kendiliğinden değerlendirerek takdir edecek ve aklına ve mantığına göre sayılan bu sebeplerden birinin varlığı hususunda makul bir sebep olduğu kanısına varırsa bu yetkisini kullanabilecektir.

PYSK'nın 4/A maddesinde ifade bulan makul sebep bir bakıma önleyici polis hizmetlerinde durdurma için özel olarak seçilmiş bir kavramdır. Önleme amaçlı durdurma ve aramada, makul şüphenin yerini tehlikenin varlığını ve somutluğunu gösteren makul sebepler almıştır. Bu nedenle

⁶⁴ **GELERİ**, Aytekin, Önleyici Polislik, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.110

⁶⁵ **ERYILMAZ**, 2000, s.75

⁶⁶ **KUNTER / YENİSEY**, 2000, s.51 ve **YENİSEY**, 2008(a), s.6

kolluğun durdurduğu ve aradığı kişinin araştırılan bir suçu işlediği veya suç işlemeye teşebbüs ettiği yönünde faile yöneltilebilecek makul şüphesi var ve olması gerekirken, önleme amaçlı durdurma ve aramada, henüz suç işlenmemiş veya işlenmeye teşebbüs edilmediğinden kolluğun belirli bir kişiye yönelteceği bir şüphe yoktur. Bu nedenle kolluk, suçun işlenmesi tehlikesinin muhtemel bulunduğu bölgede veya yerde herkesi sistematik olarak durdurma ve aramaya tabi tutmaktadır.⁶⁷

Durdurma yetkisi ancak makul bir sebebin varlığı halinde kullanılabilir. PVSK'nın 4/A maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmü gereği "süreklilik arz edecek, fiili durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz." Dolayısıyla polisin durdurma yetkisini kullanırken ve makul sebebin varlığını takdir ederken kanunda sayılan sınırlar çerçevesinde hareket etmesi ve keyfiyet oluşturacak davranış içerisine girmemesi gerekecektir.

Ceza muhakemesi tedbiri uygulandığında belli bir kişiye belli bir suç nedeniyle yöneltilen bir şüphe söz konusuysa, önleyici tedbirin uygulandığı hallerde belirli bir kişiye yöneltilen bir şüphe söz konusu değildir.⁶⁸ Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için, "umma" derecesinde makul şüphe bulunmalıdır. Kolluk görevlisi, tecrübesine dayanarak, izlediği davranışlarından, o kişinin bir suç işleyeceği veya işlediği hususunda kanaat elde eder veya kişinin silâhlı olduğu ve hâlen tehlike yarattığı kanaatine varırsa kişi durdurulabilir. Makul sebep olmadan yapılacak bir durdurma, fiili durum ve keyfilik oluşturur ki, kanun, açıkça fiili durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamayacağını belirtmektedir.⁶⁹

Somut emarelerle desteklenen şüphe bulunmadan, süreklilik arzedecek, fiili durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma ve kontrol işlemi yapılamaz.

3.4. Durdurmanın Süresi

Durdurma işleminin ne kadar sürebileceği, yani makul bir sebeple durdurulan kişinin veya aracın ne kadar süreyle durdurulabileceği PVSK'nın 4/A maddesinin dördüncü fıkrasında, 'Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz' şeklinde hüküm altına alınmıştır.

⁶⁷ ERYILMAZ, 2006, 211

⁶⁸ ERYILMAZ, 2003, s.39

⁶⁹ ERYILMAZ, 2008, s.24

Durdurmanın süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz. Sürenin gerekenden fazla tutulması veya süreklilik arz edecek bir niteliğe bürünmesi halinde durdurmanın yakalamaya dönüşme ihtimali ve TCK m.109 anlamında kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun işlenmiş olma hali gündeme gelecektir.⁷⁰

Durdurma işleminde süre, kolluğun müdahale ettiği somut olaylara göre değişiklik gösterebileceğinden, genel ve tüm olaylar anlamında net bir zaman dilimlemesi söylemek mümkün değildir. Durdurma, durdurma işleminin yapılaş amacına göre bazen, örneğin hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek amacıyla yapılmış olan bir durdurmada birkaç dakika bazen de, örneğin bir suçun iştirak halinde işlenmesini önlemek veya iştirak halinde bir suç işlendikten sonra kaçan faillerinin yakalanmasını sağlamak amacıyla yapılmış olan bir durdurmada durdurulan ve “öncü” tabir edilen bir aracın arkasından geldiği düşünülen bir başka aracın beklenmesi amacıyla birkaç saat devam edebilecektir.⁷¹

3.5. Durdurma Sonrası Yapılacak İşlemler

PVSK'nın 4/A maddesinin üçüncü fıkrasına göre; '*Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir*'.

Kolluk, durdurduğu kişiye öncelikle durdurma sebebini bildirir. Bu tip bir bildirim, durdurulan kişide oluşacak muhtemel bir direnç veya kızgınlığın ortadan kaldırılması ve ortamın yumuşatılması için önemlidir. Kolluk, daha sonra, durdurma sebebine ilişkin sorular sormalıdır. Kolluğun, herhangi bir soru soracak konumda olmaması ve soru sormadan başka bir işleme geçmesi, durdurmaya keyfi kılacaktır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde de belirtildiği gibi, durdurulan kişi kolluğun sorduğu sorulara cevap vermek zorunda değildir. Ancak, durdurulan kişinin cevabı verilmesi gereken net durumlar ve aleyhine maddi deliller varken, kolluk, kişinin susmasından aleyhe sonuçlar çıkararak kimlik sorma ve [yetkili merciden yazılı emir almak şartı ile(o anda nasıl alınacaksa)] arama tedbirine başvurabilir. Aynı şekilde, durdurulan kişinin, durdurmaya esas teşkil eden sorulara tatmin edici cevaplar vermemesi halinde, kolluk, arama yapar veya

⁷⁰ ERYILMAZ, 2008, s.25

⁷¹ ERDAĞ, 2008, s.41

durdurduğu kişinin kimliğini veya kanunen bulundurulması gerekli diğer belgeleri ibraz etmesini isteyebilir.⁷²

PVSK'nın 4/A maddesinin altıncı fıkrasına göre; '*Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez.*'

Kolluk, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silâh veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu tedbirler daha çok, kolluğun kendisini ve çevreyi bu kişiden kaynaklanacak tehlikelere karşı korumaya ilişkindir. Her ne kadar, adli ve önleme aramaları yönetmeliğine göre durdurulan kişinin üzeri sıvazlama veya yoklama sureti ile aranabilirse de, burada kast edilen bu tedbirler bağlamında kişinin, üzeri ve eşyası aranmaz, üzerindeki elbisesini çıkarması istenemez veya aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez.⁷³

Durdurma sebebi ile ilgili makul sebebin yerinde çıkması durumunda polis, hakkında yakalama emri çıkartılmış kişiyi tespit etmek gayesiyle kişiyi ve aracı durdurabilir. Şayet durdurulan bu kişinin yakalama emrine konu edilen kişi olduğu anlaşılırsa, durdurulan bu kişinin oradan ayrılmasına izin verilmeyecek, kişi yakalanacak ve üzerinde kendisine, uygulayıcı kolluk görevlilerine ve diğer kişilere zarar verebilecek bir şey bulunabileceği şüphesiyle kontrol edilebilecektir.⁷⁴

Buradaki sorun kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir ibaresine ne anlam verileceğidir. Bu çerçevede polis acaba kendisine ve başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik olarak arama yapabilir mi? Bu soruyu söz konusu düzenlemenin ikinci cümlesiyle birlikte değerlendirmek gerekir. Bu düzenlemeye göre yapılamayan, kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılmasının istenmesidir. O halde bunun dışında kalan aramalar yapılabilir

⁷² ERYILMAZ, 2008, s.25

⁷³ ERYILMAZ, 2008, s.25

⁷⁴ ERDAĞ, s.42-43,

denebilir. Ancak kanımızca söz konusu eylem araştırma faaliyeti niteliğini aşmamalı, arama boyutuna ulaşmamalıdır. Aksi halde arama tedbirinin ayrıca düzenlenmesinin ve bunun için ayrı bir hüküm getirilmesinin anlamı kalmamaktadır.⁷⁵

Önleme aramasında, arama yapılabilirken; durdurma sonrasında kontrol yapılabilir, ancak arama yapılamaz.⁷⁶

Yine aynı maddenin 6. fıkrası kapsamında ve hem meşru müdafaa hem de görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebepleri dairesinde kolluk, kişilerin üstlerini kontrol ederek silah vb. tehlikeli malzemelerden arındırmaktadır. "... Sıvazlayarak silah kontrolü yapma arama sayılmadığından, bu işlem yapılabilir. Sadece kişinin üzerinde silah bulunup bulunmadığı ile sınırlıdır"⁷⁷.

Durdurulan kişiye, durdurma sebebinin oluşmasına veya şüpheye yol açan davranışları hakkında sorular sorulabilir. Durdurulan kişi üzerinde giysilerinden herhangi biri çıkarılmadan "yoklama biçiminde bir kontrol" yapılır. Yoklama suretiyle silah denetimi; yakalama yetkisinin doğduğu durumlarda öncelikle kolluğun kendi güvenliği için, durdurma yetkisinin doğduğu durumlarda ise, yeterli şüphenin varlığı üzerine yapılabilir.⁷⁸

Kolluk, kişi ve araçları keyfiliğe varmadan, durdurma için zorunlu olan süreden fazla olmaksızın ve başlangıçta durdurma sebebinin bildirmeye işe başlayacak, üniformalı bile olsa kimliği ile beraber kendisini tanıtır, durdurulan kişilere sorular sorabilecektir. Ayrıca Kolluk, kimliğini sorduğu her kişiye değil, yalnızca bu amaçla beklettiği, tuttuğu kişilere talebi olması halinde bir belge tanzim edecektir.⁷⁹

⁷⁵ **ÖZBEK**, Veli Özer, "Önleme Araması", MUYEP Tebliğleri, EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Yayın No: 43, Ankara, 2008, s.69

⁷⁶ **YENİSEY** vd., Suça Sürüklenen Çocuklara Hukuki Yardım Eğitici El Kitabı, Ankara 2010, s.26

⁷⁷ **YENİSEY**, Feridun, "Yakalama, Muhafaza Altına Alma ve Gözaltına Alma", MUYEP Tebliğleri, EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Yayın No: 43, Ankara, 2008(b), s. 134.

⁷⁸ **YENİSEY**, 2008(b), s.134.

⁷⁹ **ERDAĞ**, 2008, s.41-42, **ERYILMAZ**, 2003, s.174

SONUÇ

İnsanların hak ve özgürlüklerini korumakla görevli olmakla birlikte, bazen insan haklarını çiğnemekle de itham edilen polislerin görev ve yetkilerinin geniş kapsamlı, çok boyutlu ve bir o kadar da zor ve çetrefilli olduğunu yapmış olduğumuz bu çalışma bizlere göstermiştir.

Kolluk olarak polisin “durdurma” yetkisinin 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun 02.06.2007 tarihli ve 5681 sayılı Kanunun birinci maddesiyle değiştirilmiş bulunan 4/A maddesi hükmüyle düzenlendiği ve bu konudaki tek kanuni düzenleme olduğu görülmüştür. Buna göre; polisin durdurma yetkisini kullanabilmesi için her hangi bir karara veya yazılı emre ihtiyacı bulunmamaktadır. Polis kendisine tanınan bu yetkiyi 4/A maddesinin ikinci fıkrası hükmünde öngörülmüş bulunan “makul bir sebebin bulunması” ön şartıyla 4/A maddesinin birinci fıkrası hükmünde belirlenen dört durdurma nedeninden birinin varlığı halinde herhangi bir karar veya yazılı emrin alınmasına gerek olmadan kullanabilecektir. Yani polis PVSK 4/A maddesi çerçevesinde şartlar oluştuğunda bu yetkisini kendiliğinden kullanabilecek ve böylece de görevini yapabilecektir.

İçerisinde yer aldığı PVSK’dan da anlaşılacağı gibi durdurma, bir ceza muhakemesi tedbiri olmayıp, bir önleyici kolluk tedbiri olarak düzenlenmiştir ki, bu yetki kullanılırken arada herhangi bir adli makam sayılmamıştır.

Polisin durdurma yetkisini kullanabilmesinin ön şartı makul sebeptir. Bu çerçevede PVSK’nın 4/A maddesi hükmüyle polise tanınmış bulunan durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin aynı maddenin ikinci fıkrası hükmü gereği tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebinin bulunması gerekir. Makul sebep ise akla ve mantığa uygun sebep demektir. Polis, PVSK’nın 4/A maddesinin birinci fıkra hükmüyle birlikte Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin “Durdurma ve kontrol işlemleri” kenar başlıklı 27 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünden de hareketle, somut olayda tecrübesine dayanarak, içinde bulunduğu durumdan ve somut olayda edindiği izlenimden, bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek veya kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek hususlarında kanaat elde ederse kişileri ve araçları durdurabilir. Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi herhangi bir kararın veya yazılı emrin alınması şartına bağlanmadığına göre polis, içinde bulunduğu

somut olayda durumu kendiliğinden değerlendirerek takdir edecek, makul sebep çerçevesinde aklına ve mantığına göre sayılan bu sebeplerden birinin varlığı hususunda makul bir şüpheye ulaşırsa bu yetkisini kullanabilecektir.

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi ancak ve sadece makul bir sebebin varlığına bağlı olduğundan Kanun'un 4/A maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmü gereği "süreklilik arz edecek, fiilî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz".

PVSK, kişileri ve araçları durdurma hususunda makul bir kuşkuyla ulaşmış polisin hangi nedenlere dayanarak bu yetkisini kullanabileceği hususunu 4/A maddesinin birinci fıkrası hükmünde dört grup halinde düzenleyerek sınırlandırmıştır.

Buna göre polis, kişileri ve araçları;

- a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,
- b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,
- c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek ve
- ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek amacıyla durdurabilir.

Herhangi bir somut olayda kanunda sayılan bu dört sebebin bir arada bulunması gerekmemektedir. Bu sebeplerden sadece birinin varlığı halinde polis durdurma yetkisini kullanabilecektir. Durdurma işleminin süresi, yani makul bir sebeple durdurulan kişi veya aracın ne kadar süreyle durdurulabileceği 4/A maddesinin dördüncü fıkrasında hüküm altına alınmıştır.

Buna göre durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz. Bu sürenin ne kadar olabileceği uygulamada somut olaylara göre değişiklik gösterebileceğinden, genel ve tüm olaylar anlamında genel geçer bir standart süre şeklinde bir sınırlamaya tabi tutulması mümkün değildir. Durdurmanın süresi de somut olay bağlamında durdurma sebebine esas teşkil eden sebebin ve olayın durumuna göre olayla karşı karşıya kalan polisçe keyfiliğe kaçmayacak şekilde belirlenecek ve durdurmaya esas teşkil eden sebebin ortadan kalkmasıyla da durdurma işlemi sona erecektir.

Durdurma aynı zamanda doğal olarak kişilerin seyahat özgürlüğüne de sınırlama getirmektedir. Bu nedenle polisin yaptığı durdurma işleminde kişilerin özgürlüğü e belli bir süre kısıtlanmış olmaktadır. Durdurma ve

devamındaki süre kolluğun durdurma nedenine göre değişebilecektir. Durdurma, durdurma işleminin yapılış amacına göre bazen birkaç dakika bazen de, birkaç saat devam edebilecektir. Normal şartlarda birkaç dakikada bitirilebilecek bir işlem için yapılmış olan bir durdurma, birkaç saat devam ettirilemeyecektir. Bütün polisiye işlemlerde olduğu gibi kanunda belirtilen şartlar dahilinde amaca uygun durdurma işlemi yapılırken durdurma süresi de amacın gerçekleşmesine paralel bir süre olmalıdır. Burada polise verilen takdir yetkisi sınırsız ve keyfi bir takdir yetkisi olmayıp kanunlar çerçevesinde kullanılabilir bir yetkidir.

Kanunun 4/A maddesinin üçüncü fıkrası hükmü gereği polis, durdurduğu kişiye öncelikle durdurma sebebini bildirir. Bu bildirim zorunludur. Polis, üniformalı değilse mutlaka kimliğini göstermelidir. Kimlik gösterme konusunda Kanun, üniformalı veya sivil diye bir ayırım yapmamıştır. Hatta madde hükmünde açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen üniformalı bile olsa, polis olduğunu söyleyerek kendini tanıtmayı ve polis kimliğini göstermesi daha uygun olacaktır. Bunun üzerine polis, gerekli görürse durdurduğu kişiye durdurma sebebine ilişkin sorular sorup, durdurduğu kişiden kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini de isteyebilir.

Makul bir sebebe dayanarak yapılan durdurma işleminin sona ermesi konusu her bir somut olay çerçevesinde değişik ihtimallere göre değerlendirilmelidir. Durdurmaya esas teşkil eden makul sebebin yersiz çıkması durumunda, durdurma sebebi ortadan kalktığı için PVSK'nın 4/A maddesinin beşinci fıkrası hükmü gereği durdurulan kişilerin veya araçların ayrılmasına izin verilir.

Durdurmaya esas teşkil eden makul sebebin yerinde çıkması durumunda, örneğin hakkında yakalama emri olan bir kişinin tespiti amacıyla yapılan durdurma işleminde durdurulan kişinin aranan kişi olduğu anlaşıldığında, durdurulan kişinin ayrılmasına izin verilmeyecek ve bu kişi hakkında, durdurmanın yapılış amacına uygun işlem yapılacaktır.

Durdurmaya esas teşkil eden makul sebebin dışında başlangıçta öngörülmeleyen bir durumun varlığı halinde ise, örneğin durdurulan kişinin üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan başka bir eşyanın bulunduğu hususunda makul ve yeterli şüphe bulunmasında makul sebep yerinde çıkmış ve gerekli tedbirlerin alınması zorunluluğu oluşmuş demektir.

Buna göre PVSK'nın 4/A maddesinin altıncı fıkrası gereği polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda makul ve yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik

gerekli bütün tedbirleri almakla yetkili ve görevlidir. Yine aynı madde hükmü gereğince bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. Yasama organının PVSK'nın 4/A maddesinin altıncı fıkrasını düzenlerken güttüğü amaç yukarıda sayılan bir durumla karşılaşan polisin kendisine veya başkalarına zarar verilmesi ihtimalini önleyecek tedbirleri almasına imkan sağlamak içindir. Böyle bir durumla karşılaşan polis suç ve suçluyla mücadele çerçevesinde ancak mevzuata uygun tüm tedbirleri almakla yetkili ve görevlidir.

PVSK'da 2007 değişikliği ile 'Durdurma ve kimlik sorma' kenar başlığı altında düzenlenen 4/A maddesindeki hükümler, aslında bu konuda uygulamada ciddi değişikliklere sebebiyet verecek yetkiler değildir. PVSK'daki diğer 2007 değişiklikleri ile birlikte 4/A maddesindeki düzenlemelerin asıl amacı, CMK'daki değişiklikler ile birlikte polisin, kendi gözüyle emniyet ve asayiş sağlamada ve suçu önlemede elinden alındığını düşündüğü bazı yetkiler konusunda kamuoyunu, yetkilileri ve basını etkilemesi sonucu oluşturduğu baskı neticesinde özellikle önleyici görevler alanı olmak üzere bazı konularda biraz olsun rahatlatılarak yetkilerinin açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu değişiklikler ile birlikte polis nazarında suçu önleme ve suçluyla mücadele gibi güvenlik konularında meydana geldiği düşünülen bazı yetki karmaşasına açıklık getirilmesi ve tereddütlerin giderilmesi de amaçlanmıştır. Polis camiasında değişiklikler sonrasında günümüze kadar oluşan fikir ve görüşler çerçevesinde değişikliklerin olumlu karşılanmasına bakılırsa amacına ulaştığı söylenebilir. Bununla birlikte kolluk mevzuatı ve buna paralel yapılacak uygulamalar, insan hakları mevzuatının temel prensipleriyle uyum içinde ve polisiye hizmetlerin hedeflerinin gerçekleştirilmesine katkı sağlarken, kanunlar çerçevesinde yapılan polis uygulamalarının da polisi toplumun, devletin ve adli sistemin bir parçası olarak bütünleştirmeye katkı sağlamalıdır.

2007 değişikliğinden önce polisin kimlik sorma yetkisi, mevcut PVSK'nın 17. maddesinde bulunmasına rağmen durdurma konusundaki yetki düzenlemesi sadece Adli ve Önleme Aramaları yönetmeliğinde bulunuyordu. Polisin kimlik sorma yetkisi açısından bu düzenleme yeni olmamasına karşın, durdurma yetkisi ilk defa gerçek manada yasal alt yapıya kavuşmuştur.

Hukuk devletinin evrensel temel niteliklerinden olan temel hak ve özgürlüklerin Anayasal güvence altına alınmasından ve Anayasada geçen bu hakların sadece kanunla sınırlanabileceği yine Anayasa hükmü ile belirtildiğinden polisin durdurma yetkisinin kanunla düzenlenmesi

Anayasaya uyum açısından da hukuk devleti ilkelerine uygun, yerinde bir düzenleme olmuştur.

Kanun metninden de anlaşılacağı üzere polisin durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah vb. tehlike oluşturan bir suç eşyası bulunduğu hususunda yeterli şüphesi olsa bile kendisine ve başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla gerekli tedbirlerin alınabileceği de söylenmesine rağmen durdurduğu kişiyi doğrudan arayacağı konusunda açıkça “arama” kelimesi kullanılmadığından net bir düzenleme yoktur. Bunun nedeni de Anayasa hükmü gereği, kanunla yetkili kılınmış mercii yazılı emri olmadan, aramanın yasaklanmasıdır.

Yasa koyucu tarafından polis, durdurma yetkisini kullanırken tecrübesi ve içinde bulunduğu durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin varlığının tespiti ve devamında gerekli tedbirlerin alınması konusunda yetkili kılınmıştır.

Polis tecrübesine ve polisin olaydan edindiği izlenimine güvenen yasa koyucu, durdurma yetkisinin hangi durumlarda kullanılacağını sayma yolu ile belirtmiştir. Bunun devamı olarak nasıl ki, ‘Önleme araması’ kenar başlıklı PVSK’nın 9. maddesinde önleme aramasını kolaylaştırmak için ‘spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan hal var sayıldığı’ hüküm altına alınmış, aynı şekilde ayrıntılı ve net bir düzenleme ile durdurma sonrası oluşacak tehlikeli durumu çözmek açısından da diğer demokratik ülkelerde olduğu gibi polisin görev yapmasını ve kaçamak oluşturmasını önlemek bakımından yasal düzenleme yapılmalıdır. Böyle bir düzenleme polisin durdurma sonrası oluşacak tehlikeli durumlarda konuyu çözerken olmayan bir yetkiyi kullanmasını ve buna hukuki kılıf bulmasını önleyecektir. Net ve açık olmayan hukuki düzenlemeler polisin kullanmadığı ve/veya kullanamadığı yetkiler olarak yazılı metinlerde kalmaktadır. Bu gibi durumlar polisi olduğu kadar vatandaş da zor durumda bırakmaktadır. Geçmişteki bazı uygulamalarından dolayı sabıkalı olan ve yapmış olduğu faaliyet alanı itibarıyla vatandaşların temel hak ve özgürlükleriyle ilgili görev yapan polisin görev ve yetkilerinin herhangi bir şüpheye mahal vermeyecek şekilde düzenlenmesi yasal metinlerin uygulanabilir olmasını da beraberinde getirecektir.

PVSK’nın 4/A maddesinin birinci fıkraya hükmüne göre, kabahatin işlenmesini önlemek için durdurma ve kimlik sorma yetkisi yeni bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda kabahatleri önlemek için polisin kişileri durdurup önleme amaçlı kimlik sorabilmesi yerinde bir düzenleme olmuştur. Ancak kanunla polise verilen durdurma ve kimlik sorma yetkisi,

beraberinde kimlik bilgilerini kaydetme yetkisini vermemektedir. Kanunla verilen yetki sadece kimlik sorma ile sınırlıdır. Kullanılan kimlik sorma yetkisinin devamında kimlik bilgilerinin kaydedilmesi suç işleme niyetinde olanları caydırma açısından etkili olacak bir düzenleme olurdu.

Kanun metnine göre kısaca polis, bir suçu veya kabahati önlemek, işlenmiş bir suçun failine bulmak yada hakkında zorla getirme kararı verilmiş kişilere ulaşmak için kişileri ve araçları durdurabilir ve kimlik sorabilir. Polisin bu yetkisini kullanılabilmesi için kanuna göre polis tecrübesine ve içinde bulunduğu durumdan edindiği izlenime göre makul bir sebebinin olması ön şarttır. Kanunda bahsi geçen tecrübe, her polise göre değişen bir durum olmayıp polislik standartları çerçevesinde geçmişten günümüze oluşmuş olan ortak tecrübedir. Tecrübe zamanla kazanılan bir yaşantı ürünüdür. Polis ne kadar çok olayla karşılaşır ve bunları en kısa sürede mevzuata uygun olarak çözerse o kadar çok tecrübe kazanır. Yeni mezun polislerin veya herhangi bir birime yeni atanmış polislerin tecrübe kazanmaları zamanla olacaktır. Dolayısıyla kanun metninde yer alan polis tecrübesi ve edinilecek izlenim polisten polise değişecektir. Burada yer alan tecrübe kriteri subjektif bir kriter olarak görülmektedir. Bunun yerine daha objektif ve yoruma açık olmayan ölçütler getirilebilir. Şu da unutulmamalıdır ki polis, yaptığı iş itibarıyla toplumun her kesimi tarafında mutlak memnuniyetle karşılanmaz. Buna rağmen suçla mücadele için polise verilen yetkilerde mutlaka denge ve ölçülülük ilkeleri göz önünde bulundurulmalıdır. Durdurmanın temel amacı, önleyici polis hizmetleri kapsamında bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek veya bir suç işlenmişse şüphelileri ve suç delillerini bulmaktır. Özgürlük-güvenlik dengesi çerçevesinde bir hukuk devletinde, temel hak ve hürriyetler suç ve suçluya mücadelede bir engel olarak görülemeyeceği gibi kişilere de istediği gibi kamu düzenini bozma ve suç işleme özgürlüğü verdiği manasına gelmemektedir.

'Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz' hükmü gereğince sürenin gerekenden fazla tutulması veya süreklilik arz edecek şekilde keyfi olarak kullanılması durdurmanın yakalamaya dönüşme ihtimali sonucunu doğuracaktır. Polisin makul bir sebebe dayanarak yapması gereken durdurma işlemi, potansiyel suçluluk yaklaşımıyla herhangi bir suç şüphesi söz konusu değilken yapılan rutin bir uygulamaya dönüşmemelidir. Böyle bir durumda durdurma, arama ve yakalama gibi, polisin kişi özgürlüğüne ve seyahat hürriyetine müdahalenin bir aracı olarak kullanılabilen argüman haline gelir ki, bu da yasanın ve temel hak ve hürriyetlerin ruhuna tamamen aykırı bir durum oluşturur.

Kimlik sorma ve kimlik tespit etme ve bunları yapabilmek için de durdurma işlemleri, polis hizmetlerinin esasını teşkil ettiğinden, suç ve suçlularla mücadelede önemli bir uygulama olarak görülmektedir.

Polisin, “suç işlenmesini önlemek” veya “işlenmiş suçların faillerini bulmak” amacıyla kişileri ve araçları durdurması ile kişilere kimlik ve çeşitli sorular sormasının yasal dayanağı PVSK’nın 4/A maddesidir. Bununla birlikte kimlik sorma konusunda polisin rastgele değil, tecrübelerine dayanarak, araştırma veya ihbar neticesinde belli yer ve kişiler üzerinde makul bir sebebin oluşması halinde keyfiliğe kaçmadan bu yetkisini kullanması gerekir. Ayrıca, kimlik sormadan önce polisin kimliğini ilgili kişiye göstermesi de gereklidir. Her ne kadar uygulamada polisin kendi kimliğini göstermeden işlem yaptığı vaki olsa da özellikle sivil olarak görev yapan polislerin kesinlikle kimliklerini göstermeleri gerekmektedir. Kanunda resmi ve sivil ayrımı yapılmamıştır. Dolayısıyla kanunda geçen hüküm görev yapan bütün polislerin öncelikle kendi kimliklerini göstermeyi zorunlu kılmaktadır. Ancak yine de uygulamada tereddütler yaşandığı da bir gerçektir. Bazı hususları açıkça düzenleyen kanun koyucu bu ve benzeri oluşabilecek tereddütleri de göz önünde bulundurmalıdır. Suç ve suçluya mücadelede polise değişik görev ve yetkiler verilmesi zorunlu ve bir o kadar da gayet doğaldır. Ancak görevi gereği polise verilen yetkiler orantılı olması gerekirken aynı zamanda kullanması zorunlu, kullanılabilmeye müsait ve kağıt üzerinde kalmayan yetkiler olmalıdır. Bu bağlamda kanun hükümleri polise verilen yetkileri düzenlerken açık, net ve anlaşılabilir olmalıdır.

İnsanların, kamu hizmeti sunan görevlilerden özellikle de halkla her zaman iç içe olan polislerden beklentisi nezaket ve saygı kuralları çerçevesinde kendilerine davranılmasıdır. Sorunları yasal çerçevede çözüme kavuşmasa bile ‘tatlı dil yılanı deliğinden çıkarır’ atasözünde olduğu gibi polisin kendisine başvuran insanlara konuyu açıklaması ve yol göstermesi her zaman için en doğru yoldur ve insanlar sorunlarına çözüm bulamaları dahi bu durumdan hoşnut olarak ayrılabilirler. Dolayısıyla polis durdurma yetkisini kullanırken de dilini her zaman doğru ve güzel kullanmalı ve nezaket kurallarından ödün vermemelidir. Çünkü polisin görevini yaparken olumsuz manada en çok eleştiri aldığı veya en çok takdir topladığı hususlardan birisi ve belki de en önemlisi sözlerinde saklıdır.

Yunus Emre’nin

“Sözü bilen kişinin, yüzünü ak ede bir söz

Sözü pişirip diyenin işini sağ ede bir söz

Söz ola kese savaşı, söz ola kestire başı

Söz ola ağulu aşu, yağ ile bal ede bir söz

Dizelerinde de ifade edildiği gibi bir olayın anlatılışı ve bunun sözlere dökülmesinin yol ve yöntemi farklı sonuçlar doğurabilmektedir.

Söz, ölçülü, yumuşak ve nezaket kuralları ile adaba uygun bir üslupla söylendiği zaman anlam kazanır. Söz, ölçsüz, manasız ve muhatabı kırıcı olduğunda ise, faydadan çok zarar getirir. Kırıcı, kaba ve amacını aşan sözler Devlete ve polise karşı kin, nefret ve düşmanlığa sebebiyet verir.

Sesi yükseltmeden, muhatabı incitmeden, en uygun bir şekilde söylendiğinde, söz fayda verir. Muhatabı etkilemenin, ikna etmenin en güzel biçimi, hitap ederken, sözü mantıklı ve edep kuralları çerçevesinde söylemektir.

Anlatılacak ve sorulacak bir konuyu adabına uygun bir tarzda anlatmak, mesajı iletmenin ve başarmanın önemli bir unsurudur. Öfkeli ve sinirli bir halde söz söylemek, muhatabın uzaklaşmasına ve düşmanlığının artmasına neden olur.

Polisin vatandaşla karşılaştığı ilk an durdurma esnasında gerçekleşmektedir. Onun için de ilk imaj çok önemlidir. Eğer bu durumda polis uzlaşma ile olayı tatlıya bağlayamazsa kriz ortamına davetiye çıkarmış olur. Daha da ileri gidilirse saldırı başlar. Tüm bunları önlemenin yolu polisin her davranışında olduğu gibi durdurma yetkisini kullanırken de saygı kuralları içerisinde hareket etmesidir. Polis her türlü yetkisini kullanırken üslubuna, jest ve mimiklerine dikkat ederken aynı zamanda kanunların kendisine vermiş olduğu yetkiler çerçevesinde, yetkilerini tam manasıyla kullanabilmeli ve mesleğin gerektirdiği saygınlığı zedeleyici acziyet içinde de olmamalıdır. Kanunların kendisine verdiği yetkileri kamu vicdanını rahatlatacak mahiyette kullanırken polislik mesleğini de sakil duruma düşürmemelidir.

Bu çalışmanın konusu polisin durdurma yetkisinin hukukî boyutuyla sınırlı olduğu için durdurma yapılırken uyulacak hususlara değinilmemiştir. Polisin durdurma yetkisini kullanırken uyması gereken fiziksel şartlar ve alması gereken polisiye tedbirler ayrı bir çalışmanın konusudur. Ancak şu husus belirtilmelidir ki, polis diğer yetkilerini kullanırken olduğu gibi durdurma yetkisini kullanırken de öncelikle kendi güvenliğini güvenceye almalı ve alınması gereken tedbirler konusunda azami dikkatli olmalıdır. Gerek araç, gerekse kişi durdurmalarında, tehlikenin nereden geleceği belli olmadığından polis her türlü ihtimali göz önünde bulundurmalı ve ona göre gerekli önlemleri almalıdır. Ayrıca durdurma yetkisini kullanan bir polisin veya polis ekibinin hangi durumlarda ne gibi önlemler alacağı alternatifli

olarak ve uygulamalı bir eğitimle meleke haline gelecek şekilde öğretilmelidir.

KAYNAKÇA

ALTIPARMAK, Kerem; **AYTAÇ**, Ahmet Murat; **KARAHANOĞULLARI**, Onur; **HANÇER**, Türkan ve **AYDIN**, Devrim, , “Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda Değişiklik: Durdurma-Kimlik Sorma-Arama, Parmak İzi Alınması, Silah Kullanma”, Hukuk ve Adalet, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi, Sayı 11, Ankara 2007.

(<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/pvsk.htm>;
Erişim Tarihi: 21.05.2011)

ARSLAN, Zühtü, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

AVCI, Mustafa, “Önleme Amaçlı Özgürlük Kısıtlamaları”, MUYEP Tebliğleri, EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, yayın No:43, Ankara 2008

AYDIN, Ahmet Hamdi, Türk Kamu Yönetimi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009

ÇOR, Yaşar, “Polisin Durdurma ve Arama Yetkilerinin Sınırı”, Polis Dergisi, Sayı 34, EGM Yayını, Ankara, 2003.

EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Kurs Notları

EGM, (2006a) Demokratik Toplumda Polis (Orijinal adı: La Police Dans Une Societe Democratique. Fransızca 1. Baskı:2000. Avrupa Konseyi Polis ve İnsan Hakları Çalışma Grubu) Çeviri: Mustafa ULUSU ve Tarık GÜLCÜ, EGM Yayın No:405, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı yayın No: 251, Ankara 2006, s.10-15.

EGM, (2006b), Suçun Önlenmesinde Polisin Rolü Polis (Orijinal adı: The Role of the Police in Crime Prevention. İngilizce 1. Baskı:2002) Çeviri: Tarık Ziyad GÜLCÜ, EGM Yayın No:412, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı yayın No: 253, Ankara 2006, s.21.

ERDAĞ, Ali İhsan, ‘Kolluğun Durdurma Yetkisi ve Durdurma Üzerine Yapılabilecek İşlemler’ , MUYEP Tebliğleri, EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, yayın No:43, Ankara 2008

ERYILMAZ, Mesut Bedri, "Kolluğun yetkileri açısından CMUK ile Yeni CMUK Tasarısının Düşündürdükleri" Ankara Barosu Dergisi, 2000-1

ERYILMAZ, Mesut Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003

ERYILMAZ, Mesut Bedri, “Önleme Araması ve Uygulamada Karşılaşılan Problemler”,TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliği, EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Yayın No:33, Ankara 2006

ERYILMAZ, Mesut Bedri, ‘5681 Sayılı Kanun ile PVSK’daki Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum; Bir Adım İleri, İki Adım Geri’, MUYEP Tebliği, EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, yayın No:43, Ankara 2008

GELERİ, Aytekin, Önleyici Polislik, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

GÜNDOĞAN Kadir / **KOÇ** Cihan / **ÖZBUDAK** Coşkun, Kolluk Hukuku, Ankara 2007

KARAGÖZ, Ahmet, Özel Güvenlik Hukuku, Ulus Basım Yayın, İstanbul 2006

KARATEPE, Şükrü, İdare Hukuku, Anadolu Matbaacılık, İzmir 1988

KIRATLI, Metin, Koruyucu İdari Hizmetler, TODAİE Yayını:135 Ankara 1973

KUNTER, Nurullah / **YENİSEY**, Feridun, Arama, Elkoyma ve İletişimin dinlenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2000

ÖZBEK, Veli Özer, “Önleme Araması”, MUYEP Tebliği, EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, yayın No:43, Ankara 2008

RECASENS I BRUNET, Amedeu, “Polis Güçlerinin Kontrolü”, Demokratik Toplumda Polis Yetki ve Sorumlulukları (Orijinal Adı: Police Powers and Accountability in a Democratic Society. Avrupa Konseyi Suç Sorunları Komitesi. İngilizce 1. Baskı:2000) Çeviri: Zeliha YILDIZ, , EGM Yayın No: 424, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı yayın No: 255, Ankara 2007, s.16-17.

SEVİNDİK, Mürsel, Polis Savunma Taktikleri Teori ve Pratik, Detamat Tanıtım Tasarım Matbaacılık, 4. Baskı, Ankara 2009, s.79.

SOKULU-AKINCI, Füsün, "Polis-Halk İlişkiler" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1991 Cilt: LIII, Sayı: 1-4, s.91-100, İstanbul 1991

SÖNMEZ, Nevzat, Polisin Görev ve Yetkileri, Polis Akademisi Başkanlığı yayınları, Cem Web-Ofset, Ankara 2009

WÜRTENBERGER Thomas, Tehlike Kavramı ve Alman Uygulaması Ekseninde Kolluk Hukuku, (Tercüme eden ve Yorumlayan YENİSEY, Feridun), EGM Asayiş Dairesi Başkanlığı Yayını, 2008

YENİSEY, Feridun, “Arama ve El Koyma: Önleme Aramaları ve Uygulamadaki Sorunlar”, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliği, EGM- Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Yayın No:33, Ankara 2006

YENİSEY, Feridun, “Faili tekrar tanımaya yarayan önleme ve koruma tedbirleri: Durdurma, Kimlik Sorma, Kimlik Tespiti, Parmak İzi Alma, Fotoğraf Çekme ve Fizik Kimliğin Tespiti”, MUYEP Tebliği, EGM-Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, yayın No:43, Ankara 2008(a)

YENİSEY, Feridun, “Yakalama, Muhafaza Altına Alma ve Gözaltına Alma”, MUYEP Tebliği, EGM Yayını, Ankara, 2008(b)

YENİSEY, Feridun; TÜYSÜZ, Ahmet; KOÇYILDIRIM, Gökten; GÜVEN, İrfan; FIRAT, Melek Salih; KARAKAYA, Naim; ACAR, Necla; ZİYALAR Neylan; EJDEROĞLU, Özlem ve AKÇO BİLEN, Seda, Suça Sürüklenen Çocuklara Hukuki Yardım Eğitici El Kitabı, Ankara 2010.

ZEYBEK, Cengiz, “PVSK Değişiklikleri ve Önleyici Polislik”, Türk İdare Dergisi, Haziran 2007.

TÜRK VE FRANSIZ YARGI SİSTEMİNDE TERÖR SUÇLARININ SORUŞTURULMASI VE KOVUŞTURULMASI

*Dr. Mustafa TAŞKIN**

GİRİŞ

Çağdaş toplumlarda özgürlükler ile güvenlik olgusu arasında kritik bir dengenin kurulduğu ve bu dengenin korunduğu görülmektedir¹. Ülkemizde imparatorluktan ulus devlete geçiş, demokratik siyasi hayata geçişte yaşanan sorunlar, askeri müdahaleler, muhtıralar ve son olarak çeyrek asırdan beri mücadele edilen terör, özgürlük güvenlik dengesinin iyi şekilde kurulmasına olanak tanımamıştır. Her zaman güvenliğin sağlanması ön planda tutulmuştur.

Bu yaklaşımın önemli yansımalarından birisi de Devlet Güvenlik Mahkemeleri'dir. Bu mahkemeler kuruldukları günden itibaren gerek oluşumu ve gerekse uyguladığı yargılama usulü bakımından ciddi şekilde eleştirilmiştir. Nihayet 2004 yılında 5170 sayılı Kanunla Anayasanın 143 üncü maddesi yürürlükten kaldırılmış ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri ilga edilmiştir.

Bu mahkemelerin kapatılmasından doğabilecek olası boşluğun doldurulması amacıyla önce 5190 sayılı Kanunla, daha sonrada 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250 ve devamı maddeleri ile özel yetkili ağır ceza mahkemeleri kurulmuştur. Günümüzde bu mahkemeler de tartışılmakta ve kapatılmaları gerektiği dile getirilmektedir.

Biz bu çalışmamızda aynı konuda çağdaş ülkelerdeki durumun ne olduğuna bakmak istedik. Gerek nüfus sayısı gerek demografik yapısı itibariyle Ülkemizle büyük benzerlikler taşıyan Fransız yargı sisteminin karşılaştırma yapmak için iyi bir örnek olacağını düşünerek Fransız ve Türk yargı sisteminde görev yapan özel yetkili mahkemeleri karşılaştırmak istedik.

* Hakim - Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı.

1 Bazen bu dengenin bozulduğunu ve güvenlik algısının daha ön plana alındığını görmek de mümkündür. 11 Eylül 2001 saldırıları sonrası ABD'nde bu dengenin güvenlik yönünde ciddi şekilde bozulduğu dile getirilebilir.

Bu makalede önce Fransa'daki özel yetkili mahkemelerin oluşumu, görevi ve yargılama usulünü ele alacağız, ardından da aynı konular bakımından Ülkemizde faaliyet gösteren özel yetkili mahkemeleri inceleyeceğiz. Sonuç kısmında ise iki ülkedeki terör yargılaması sistemini karşılaştırmaya çalışacağız.

I- Fransız Yargı Sisteminde Özel Yetkili Mahkemeler

A- Genel Açıklama

Fransız yargı sisteminde özel yetkili mahkemeler iki alanda kendini göstermektedir. Birisi terör suçları diğeri ise askerlerin işlediği bazı önemli suçlardır.

Aşağıda ayrıntılarıyla anlatılacağı gibi, terör suçlarını yargılamak amacıyla Paris'te özel yetkili bir ağır ceza mahkemesi oluşturulmuştur.

Yine her istinaf bölgesinde bazı askeri suçları yargılamakla görevli ağır ceza ve asliye ceza mahkemeleri kurulmuştur.

Aslında Fransız yargı sisteminde, barış zamanında, ülke sınırları içinde işlenen ağır suçlar bakımından askeri mahkemeler tamamen ilga edilmiştir. Kural olarak askerler de herkes gibi genel yetkili mahkemelerde yargılanırlar². Ancak değişik gerekçelerle, askeri alandaki bazı ağır suçların genel yetkili mahkemelerde yargılanmasında milli güvenlik ve askeri sırlarla ilgili bazı sakıncalar görülerek, her istinaf mahkemesi yargı çevresinde bu ağır suçları yargılamakla görevli özel yetkili bir ağır ceza mahkemesi oluşturulmuştur³.

Yine bazı askeri suçları yargılamakla görevli özel yetkili asliye ceza mahkemeleri bulunmaktadır⁴. Fransız Meclisi, askeri alandaki uyuşmazlıkların görüleceği mahkemeleri merkezileştirmiş⁵ ve bazı nitelikteki suçların yargılanmasının az sayıdaki uzman mahkeme tarafından yapılmasını uygun görmüştür. Bu amaçla her istinaf mahkemesinin yargı çevresinde, o bölgede işlenen bazı suçları (delit) yargılamakla görevli, özel

2 Regoli, s. 120.

3 Heraud-Maurin, s. 62.

4 Özel yetkili asliye ceza mahkemeleri, bir başkan ve iki hakim üyeden oluşur (CPP, 398). Bu mahkemede görev yapacak başkan ve üyeler, askeri alanda uzman sivil hakimlerdir. Başkanın ve hakimlerin atanmasında genel mahkemelerde hakimlerin atanmasına ilişkin usul ve koşullar uygulanır. Debeurain, 112.

5 Perrot, s. 169.

yetkili asliye ceza mahkemeleri kurulmuştur (CPP 697)⁶. Başka bir ifadeyle, yeni mahkeme kurulmaksızın, zaten kurulu bulunan bir asliye ceza mahkemesi, bu davaların yargılmasını yapmakla görevlendirilmiştir⁷.

Yetkileri askeri suçları yargılamak üzere her istinaf mahkemesi yargı alanında kurulan asliye ve ağır ceza mahkemeleri makalemizin kapsamı dışında tutulmuştur. Biz bu makalede esas itibariyle terör suçlarını yargılamakla görevli Paris Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesinin oluşumunu, görevini ve yargılama usulünü incelemeye çalışacağız.

B- Paris Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi

1- Oluşum

Kural olarak Fransa'da her bölgede (departman) o bölgenin adıyla anılan ve o bölge sınırlarında yetkili bir ağır ceza mahkemesi bulunmaktadır⁸.

Ağır ceza mahkemelerinde bir başkan ile iki hakim üye bulunmaktadır⁹. Ağır ceza mahkemesi başkanları, istinaf mahkemesi birinci başkanı tarafından, istinaf mahkemesi üyeleri arasından üç aylık sürelerle seçilir (CPP-245). Diğer iki üye ise istinaf mahkemesi üyeleri, istinaf mahkemesi başkanları, başkan yardımcıları, ya da asliye mahkemesi hakimleri arasından (CPP-249) atanır. Bundan başka ağır ceza mahkemelerinde seçmen listesinden kura ile belirlenen dokuz jüri üyesi görev yapmaktadır¹⁰.

Buna karşılık her istinaf bölgesinde bazı askeri suçlarla uyuşturucu madde suçlarını yargılamakla görevli özel yetkili bir ağır ceza mahkemesi kurulmuştur. Paris'te de bu kapsamda bir mahkeme bulunmaktadır. Paris'teki özel yetkili mahkemenin oluşumu, diğer istinaf bölgelerindeki özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin oluşumu ile aynıdır.

6 Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 474; Debeurain, 112.

7 Pradel, s. 77.

8 Angevin, s. 12; Bugün Fransa'da 35 istinaf bölgesi bulunmaktadır. [http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_d%27appel_\(France\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_d%27appel_(France)), ET: 20.12.2008.

9 Fayolle, s. 65; Jüri sistemi ilk oluşturulduğunda 3 hakimin yanında 12 jüri üyesi yer almaktaydı. Bu sistem yaklaşık 150 yıl devam etti. Konuyla ilgili yapılan ilk değişiklik 25 Kasım 1941 tarihinde yapıldı. Bu değişiklikte jüri üyelerinin sayısı 6 ya düşürüldü. İkinci dünya savaşından sonra 20 Nisan 1945 tarihinde sayı yediye çıkartıldı. Son olarak 1959 yılında jüri üyesi sayısı dokuza çıkartıldı ve halen aynı sayı devam etmektedir. Vernier-Peyrot, s. 26.

10 Lombart, s. 36; Jüri sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Taşkın, s. 21-54.

Diğerlerinden farklı olarak Paris Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi ülkedeki terör suçlarını yargılamakla görevli tek mahkemedir (CPP-706-17)¹¹.

Paris Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi, normal ağır ceza mahkemelerinden iki yönden farklı bir yapıda oluşturulmuştur. Birinci farklılık, normal ağır ceza mahkemelerinde jüri de görev yaparken, Paris Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesinin yapısında jüri yer almamaktadır¹². İkinci farklılık ise hakim üyelerin sayısı ile ilgilidir. Normal ağır ceza mahkemelerinde bir başkan ve iki üye görev yaparken Paris Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesinde başkanın yanında altı üye hakim (toplam yedi hakim) görev yapmaktadır (CPP-698-6)¹³.

Başkan ve altı üye hakim, Paris istinaf mahkemesinin birinci başkanı tarafından diğer hakimlerin atanmasındaki usule göre belirlenir¹⁴. Başkan ve üyelerin hepsi profesyonel ve sivil adli yargı hakimlerinden oluşur¹⁵.

2- Görev

Fransız yargı sisteminde ağır ceza mahkemeleri, ağır suçların (crime) yargılama görevli mahkemelerdir¹⁶. Fransa'da kanuna aykırı eylemler, hafiften ağıra doğru, kabahatler (contravention), suçlar (delit) ve ağır suçlar (crime) olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bu suç sınıflandırması aynı zamanda bu suçların yargılama yapacak olan mahkemeyi de belirlemektedir¹⁷. Crime adı verilen ve Türkçeye ağır suç ya da cürüm olarak çevrilebilecek olan¹⁸ suçlar, ağır ceza mahkemelerinde yargılanmaktadır.

Fransız Ceza Usul Kanunu'na göre Fransız Ceza Kanunu'nun 421-1 ile 421-6 maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan terör suçları sadece Paris'te kurulu bulunan Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargılanmaktadır (CPP-706-17)¹⁹. Başka bir ifadeyle Paris Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi

11 Boulac, s. 473.

12 Guinchard ve diğerleri, s. 634; Perrot, s. 169;

13 Heraud-Maurin, s. 62; Angevin, 463;

14 Guinchard ve diğerleri, s. 634.

15 Pradel, s. 77.

16 Kernaleguen, s. 156.

17 Martinage, s. 26.

18 Ergül, s. 76.

19 Guinchard-Buisson, s. 206; Heraud-Maurin, s. 62.

ülkedeki terör suçlarını yargılamakla görevli tek mahkemedir (CPP-706-17)²⁰.

Yurt dışında işlenen suçların Fransa'da yargılanmasına ilişkin Ceza Kanunu'nda yer alan koşulları taşımak kaydıyla, yabancı ülkelerde işlenen terör suçları da Paris Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanır (CPP, 706-16).

Paris Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesinin kişisel yetkisi, sadece büyükleri içermektedir²¹. Terör suçunun bir çocuk tarafından işlenmesi halinde bu mahkeme değil, Paris'te bulunan çocuk ağır ceza mahkemesi görevli olacaktır²².

3- Usul

Kural olarak Paris Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına giren suçlar için ayrı bir yargılama usulü öngörülmemiştir. Buna göre tüm suçlar Fransız Ceza Usul Kanunu hükümlerine göre soruşturulur ve kovuşturulur²³. Bu bağlamda bu mahkemelerin verdiği kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvuru mümkündür. Mağdur kamu davasına katılabilir²⁴, savunma hakkı serbestçe kullanılabilir ve bir avukatın hukuki yardımından yararlanılabilir²⁵.

Terör suçlarının soruşturma ve kovuşturmasında genel yetkili soruşturma ve kovuşturma organları görev yapar. Bununla birlikte bazı istisnaların yer aldığı da görülmektedir²⁶. Bu bağlamda, özel yetkili ACM'lerde müzakere ve oylamaya sadece başkan ve üye hakimler iştirak ederler. Jüriyle ilgili hükümler uygulanmaz. Oylamada basit çoğunlukla karar alınır²⁷. Özel yetkili ACM'nin duruşmaları kural olarak kamuya açıktır. Ancak milli savunma sırlarının ifşa olması riski varsa duruşmanın kamuya kapatılması mümkündür²⁸.

20 Pradel, s. 77; Stefani-Levasseur-Bouloc, s. 474.

21 Corrine, s. 249.

22 Angevin, 56.

23 Saas, s. 335; Heraud-Maurin, s. 62.

24 Guinchard ve diğerleri, s. 636.

25 Saas, s. 335.

26 Heraud-Maurin, s. 62.

27 Angevin, 56.

28 Saas, s. 334.

Terör suçlarının araştırılmasında ve soruşturulmasında görev alacak polisler, Paris İstinaf Mahkemesi Başsavcısı tarafından, terörle mücadele konusunda özel olarak görevlendirilmiş polisler arasından seçilir. Bunlara bir numara verilir ve görevlendirilmeleri ve görevden azledilmeleri bu numara üzerinden yapılır. Yine tanık olarak dinlenmeleri gerektiğinde bu numara üzerinden dinlenirler (CPP-706-24). Terör suçlarının soruşturmasında görev alan adli kolluk görevlileri bu konuda açıklama yapamazlar (CPP-706-24).

Gözaltı süreleriyle ilgili de genel usul kurallarından ayrılan hususlar bulunmaktadır. Terör suçlarında bir kişinin tutuklanmak ya da serbest bırakılmak üzere hakim önüne çıkartıldığı zamana kadar geçen gözaltı süresi, Kıta Avrupası'ndaki en uzun süre Fransa'dadır²⁹.

Fransa'da normal soruşturmalarda gözaltı süresi 24 saat olup bu sürenin 48 saate kadar uzatılabilmesi mümkündür. Ancak suçun terör suçu olması durumunda, terör şüphelileri hakim önüne çıkartılmadan önce 6 güne kadar gözaltında tutulabilmektedir³⁰. Gözaltı süresinin uzatılması önce 96 saate (4 güne) kadar, ardından da 144 saate (6 güne) kadar şeklinde iki ayrı kararla uzatılabilir. Uygulamada, terör suçlarında gözaltı süresi çok defa 4 güne kadar uzatılmaktadır. Terör şüphelilerinin 6 güne kadar göz altında tutulmaları 2006 yılında mevzuata dahil edilmiştir. Bu yetki ancak dosyanın çok karışık olması, uluslararası işbirliğinin zorunlu olması ya da ciddi bir terörist saldırı riskinin olması hallerinde kullanılabilir³¹.

Bundan başka polis, gözaltının sonlandırılması ve gözaltındaki kişinin hakim önüne çıkartılması amacıyla yapılacak işlemler için 20 saatlik bir ek süreye sahiptir. Ancak bu 20 saatlik süre içinde polis şüpheliyi sorgulayamaz. Bu sadece şüphelinin hakim önüne götürülmesi için kullanılabilir bir süredir. Fransız Ceza Usul Kanunu'na göre gözaltı süresinin uzatılmasına izin vermeden önce adli otoriteler (uygulamada soruşturma hakimi ya da özgürlükler ve tutuklama hakimi) şüpheliyi görmek zorundadır. Ancak yetkili makamlar gözaltı süresinin uzatılmasından önce şüpheliyi bulunduğu yere giderek görmeyi tercih etmektedir³².

Fransız Ceza Usul Kanunu'na göre terör şüphelileri de diğer şüpheliler gibi, gözaltına alınmalarının sebebi konusunda bilgilendirilme, sağlık

29 İspanya 5 gün, İtalya 5 gün, Danimarka 3 gün, Norveç 3 gün, Almanya 48 saat. Human Rights Watch, s. 61.

30 Human Rights Watch, s. 61.

31 CPP-706-88.

32 Human Rights Watch, s. 61.

kontrolünden geçme ve gözaltına alındığının birilerine haber verilmesi hakkına sahiptir (CPP-63). Ancak terör şüphelileri istedikleri doktor tarafından muayene edilme hakkına sahip değildir. Yine savcı, iletişim kurulmasının yürütülen soruşturmaya zarar vermesi söz konusu ise, soruşturmayı yürütmekle görevli adli polisin talebi üzerine şüphelinin bir yakınına bilgi verilmesi hakkını reddedebilir³³.

Avukata erişim konusunda da terör şüphelileri için bazı sınırlamalar öngörülmüştür. Diğer şüpheliler gözaltının başında istedikleri ya da görevlendirilecek bir avukatla görüşme hakkına sahipken, terör şüphelileri ancak 72 saat (3 gün) sonra bir avukatla görüşme hakkına sahiptir³⁴. Şayet hakim, 72 nci saatin bitimine yakın bir zamanda gözaltı süresini uzatmışsa, bu halde avukatla görüşme hakkı 96 ncı saatin bitimine ertelenebilir. Yine avukatın her ziyareti 30 dakika ile sınırlıdır. Avukat müvekkiline karşı yürütülen soruşturmaya zarar verecek detay açıklayamaz. Avukat dosyaya ancak soruşturma hakimi önündeki birinci duruşmadan 3 ya da 4 saat önce erişebilir. Gözaltına alınan terör şüphelileri avukatın yokluğunda sorgulanırlar. Ayrıca bunlar sessiz kalma haklarının olduğu konusunda bilgilendirilmezler³⁵.

Tüm soruşturmalarda polis sorgusunun belirli bir süresi varken, terör suçlarında - iki sorgu arasındaki dinlenme süresi de dahil olmak üzere - sorguyla ilgili hiç bir sınırlama bulunmamaktadır³⁶.

05.03.2007 tarihli ve 153 (2007-291) numaralı Kanununun 14. maddesiyle Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 64-1 maddesinde yapılan değişiklikle, kolluk tarafından gerçekleştirilen tüm sorgu işlemlerinin sesli ve görüntülü olarak kayıt altına alınması hükme bağlanmıştır. Ancak terör suçlarının soruşturması bundan istisna tutulmuştur (CPP-64-1). Yine aynı Kanununun 15 inci maddesiyle Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 116-1 inci maddesi değiştirilmiş ve sorgu hakimi önündeki işlemlerin sesli ve görüntülü olarak kaydı zorunlu hale getirilmiştir. Aynı şekilde terör şüphelilerinin sorgu hakimi önündeki işlemleri bundan müstesna tutulmuştur³⁷.

Fransa'da terör suçlarından gözaltında bulunan şüphelilerin haklarıyla ilgili sınırlamaları özetlemek gerekirse,

33 CPP-63-2.

34 CPP-63-4.

35 Human Rights Watch, s. 63.

36 Human Rights Watch, s. 63.

37 CPP-116-1.

- 1-Avukata oldukça geç ve sınırlı bir erişim hakkı,
- 2- Sessiz kalma hakkıyla ilgili bilgilendirilme yok,
- 3- Güçlü olasılıkla yakınına haber verme yok,
- 4- Sorgu süresi sınırsızdır³⁸.

Fransa'da terör suçlarından yargılanan şüphelilerin tutukluluk süreleri de normal suçlara göre daha uzundur. Ağır cezalı diğer suçlar için tutuklama süresi kural olarak en fazla 1 yıldır. Ancak 6 ay süreyle tutukluluğun uzatılmasına karar verebilir. Aynı şekilde bir kez daha 6 ay uzatma kararı verilebilir. Şu halde ağır cezalı normal bir suç için tutukluluk süresi uzatmalarla birlikte en fazla 2 yıl olabilir. Ancak bu süre işlendiği iddia edilen suç için öngörülen hapis cezasının 20 yıldan az olması hali için geçerlidir. Eğer işlendiği iddia edilen suç için öngörülen hapis cezası 20 yıldan fazla ise bu halde tutukluluk süresi 3 yıla kadar uzatılabilir. Şayet işlendiği iddia edilen suç bir terör suçu ise, yukarıda belirtilen 2 yıllık süre 3 yıla, 3 yıllık süre de 4 yıla kadar uzatılabilir. Bundan başka bazı koşulların varlığı halinde terör suçlarında tutuklama 4 er aylık süreyle iki defa daha uzatılabilir. Bu durumda terör suçlarında tutuklama süresi en fazla 56 aya kadar uzatılabilmektedir³⁹.

Paris Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararların kanun yolu denetimine de değinmek gerekir. Fransa'da istinaf mahkemelerinin kurulması 1804 yılına kadar uzanmaktadır. Birçok reform geçiren istinaf mahkemeleri, 1958 reformları ile bugünkü yapısını almıştır. Bu sisteme göre Fransa'da 35 adet (5'i deniz aşırı bölgelerde) istinaf mahkemesi bulunmaktadır⁴⁰.

Fransa'da 16 Haziran 2000 tarihine kadar, ağır ceza mahkemelerinin verdiği kararlara karşı istinaf kanun yoluna gidilemiyor ve sadece Yargıtay'a temyiz yoluna başvurulabiliyordu. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. protokolünün 2. maddesinde düzenlenen cezalandırılmaya ve suçlanmaya karşı iki dereceli yargılanma hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde Fransa, yargı sistemini bu ilkeye uyarlamak amacıyla ağır ceza istinaf mahkemelerini kurmuştur⁴¹.

38 Human Rights Watch, s. 64.

39 http://fr.wikipedia.org/wiki/D%C3%A9tention_provisoire_en_France.
ET:07.03.2011.

40 [http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_d%27appel_\(France\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_d%27appel_(France)), ET: 03.03.2011.

41 Guinchard ve diğerleri, s. 593.

Aslında ağır ceza istinaf mahkemeleri, hiyerarşik olarak bir yüksek mahkeme değildir⁴². Bir bölgedeki ilk derece ağır ceza mahkemesi tarafından verilen karar, bir başka bölgedeki yine ilk derece ağır ceza mahkemesi tarafından, ancak istinaf ağır ceza mahkemesi sıfatıyla yeniden incelenmektedir⁴³. İstinaf ağır ceza mahkemesi başkanı ve üyeleri normal ilk derece ağır ceza mahkemesi başkan ve üyeleridir⁴⁴. İstinaf ağır ceza mahkemesi, bir başka ilk derece ağır ceza mahkemesi tarafından sonuçlandırılan davayı, sanki hiç incelenmemiş gibi, tüm yönleriyle yeniden inceler ve yeniden yargılar⁴⁵.

Bir ağır ceza mahkemesi kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulması halinde, istinaf yargılaması için, hangi bölgenin ağır ceza mahkemesine gönderileceğine Yargıtay Ceza Dairesi karar verir⁴⁶. Yargıtay Ceza Dairesi, davanın ilgililerinin görüşünü aldıktan sonra bir ağır ceza mahkemesini belirlemekte ve bu mahkeme istinaf mahkemesi sıfatıyla ikinci derece yargılaması yapmaktadır.

Normal ağır ceza istinaf mahkemesinde birisi başkan olmak üzere 3 profesyonel hakim ve 12 jüri üyesi bulunmaktadır. İlk derece ağır ceza mahkemesinden farklı olarak jüri üyesi sayısı 12 ye yükseltilmiştir⁴⁷. Bunun dışında jüri üyelerinin koşulları, seçilmeleri, hak ve yükümlülükleri bakımından bir fark bulunmamaktadır. Sadece nitelikli oy çokluğu ağır ceza istinaf mahkemesinde (10/15) olarak belirlenmiştir⁴⁸.

Terör suçlarını yargılamakla görevli Paris Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesinin yapısı nasıl farklı ise, bu mahkemelerce verilen kararların istinaf denetimini yapacak olan istinaf ağır ceza mahkemesinin yapısı da farklıdır. Buna göre öncelikle özel yetkili istinaf ACM'lerde jüri bulunmaz, mahkeme bir başkan ve 8 üye hakimden oluşur. Başkan ve üyelerin hepsi profesyonel hakimdir⁴⁹. Başkan ve üye hakimler, alışlagelmiş usullere

42 Scarano, s. 111.

43 Perrot, s. 159.

44 Angevin, s. 464.

45 Chassaing, s. 137.

46 Guinchard ve diğerleri, s. 593;

47 Chassaing, s. 138.

48 Scarano, s. 111; Angevin, s. 470.

49 Heraud-Maurin, s. 62.

göre⁵⁰ profesyonel adli yargı sivil hakimleri arasından belirlenir⁵¹. Paris Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararın istinaf yargılamasının, hangi özel yetkili istinaf ACM'de yapılacağına Yargıtay Ceza Dairesi karar verir⁵².

II- Türk Yargı Sisteminde Özel Yetkili Mahkemeler

A. Genel Olarak

Günümüzde karmaşık nitelikteki uyuşmazlıkların daha etkin ve hızlı soruşturulması ve kovuşturulması için uzmanlaşmış hâkim ve savcılarının görev yaptığı ihtisas mahkemelerinin kurulması genel kabul gören bir yaklaşım olmuştur. Bu amaçla Ülkemizde çok sayıda ihtisas mahkemesi ya da mahkemelerin ihtisas daireleri görev yapmaktadır.

Terör suçları da gerçekleştirilen eylemler, finans kaynakları, örgüt içi iletişimi, uluslararası ilişkileri ve personel yönetimi bakımından oldukça karmaşık bir yapının varlığını ortaya koymaktadır. Ülkemiz, uzun yıllar boyunca terörle mücadele etmek durumunda kalmıştır. Diğer mücadele yöntemlerinin yanında, terör suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması için özel mahkemeler kurulmuştur.

15.03.1973 tarih ve 1699 sayılı Kanunla Anayasanın 136 ncı maddesinde yapılan değişiklikle terör suçlarının yargılanması amacıyla Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemelerle ilgili diğer hususlar 1773 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemesi Kanunu ile düzenlenmiştir. Ancak bu Kanun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve 11.10.1976 tarihinde bu mahkemeler ilga olmuştur. 1982 Anayasasının 143 üncü maddesi ile Devlet Güvenlik Mahkemeleri yeniden kurulmuş ve 01.04.1984 tarihinden itibaren faaliyete başlamıştır⁵³.

2004 yılına kadar Devlet Güvenlik Mahkemeleri olarak adlandırılan mahkemeler, terör suçlarının soruşturulmasında ve kovuşturulmasına görev almıştır. Ancak Devlet Güvenlik Mahkemeleri 07.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile ilga edilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250 ve devamı maddeleriyle, kamuoyunda özel yetkili mahkemeler olarak adlandırılan ağır ceza mahkemeleri terör suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasıyla görevlendirilmiştir.

50 Guinchard ve diğerleri, s. 634.

51 Pradel, s. 77.

52 Angevin, s. 460.

53 Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, s. 197.

Bu mahkemelerin oluşumu, görev ve yetkileri, yargılama usulü ve kanun yolu incelemesine ilişkin aşağıda daha detaylı inceleme yapılacaktır.

B. Oluşum

Türk yargı sisteminde ağır ceza mahkemelerinin oluşumu 5235 sayılı Kanunla düzenlenmiştir. Buna göre ağır ceza mahkemeleri bir başkan ile yeteri kadar üyeden oluşur, bir başkan ve iki üye ile toplanır(5235-9).

Terör suçlarının yargılanmasıyla görevli ağır ceza mahkemeleri de normal ağır ceza mahkemeleri ile aynı olup bir başkan ile yeteri kadar üye hakimden oluşur. Mahkeme bir başkan ve iki üyenin katılımıyla toplanır.

Bu mahkemelerin kurulması Adalet Bakanlığının teklifi üzerine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenir⁵⁴. Burada özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin kuruluşu bakımından diğer mahkemelerden bir farkı olmamakla beraber, yargı çevresi bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri daha geniş yargı çevresine sahip mahkemelerdir. Gelen iş durumuna göre, aynı yerde birden çok ağır ceza mahkemesi, HSYK'ya kurulabilir. Bu durumda mahkemeler numaralandırılır.

C. Görev ve Yetki

Ağır ceza mahkemeleri genel olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla görevlidir - (5235-12).

Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri ise, örgütlü uyuşturucu suçları, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ile devletin güvenliğine, anayasal düzenine, milli savunmaya ve devlet sırlarına karşı casusluk suçlarını yargılamakla görevlidir.

Buna ilave olarak 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 9 uncu maddesi ile terör suçlarının yargılanması da özel yetkili ağır ceza mahkemelerine verilmektedir⁵⁵.

54 Halen Adana, Ankara, Diyarbakır, Erzurum, İstanbul, İzmir, Malatya ve Van illerinde özel yetkili ağır ceza mahkemesi kurulmuş bulunmaktadır.

55 Söz konusu madde hükmü "Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili davalara, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerinde bakılır." şeklindedir.

Sayılan bu suçları işleyenlerin sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde yargılanırlar. Normalde memur ve kamu görevlilerin yargılanmalarında, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerin Yargılama Usulü Hakkında Kanunda belirtilen idarî prosedürler uygulanırken, yukarıda sayılan suçların işlenmesi halinde 4483 sayılı Kanun uygulanmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır. Bu suçları işleyenlerin sayılan mahkemelerde yargılanmaları öngörülmüş ise, özel yetkili mahkeme değil, belirtilen mahkeme tarafından yargılanırlar. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla yapacağı yargılamaların konusunu oluşturan fiiller madde bakımından CMK'nin 250 ve devamı maddelerine göre görevlendirilmiş olan özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına girse dahi, özel kanun hükmü gereği bu yargılama Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır⁵⁶.

Bir diğer istisna da çocuklarla ilgilidir. Buna göre çocuklar, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde yargılanamazlar ve bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri çocuklar bakımından uygulanmaz. Özel yetkili mahkemelerin görev alanıyla ilgili bu düzenleme, Yargıtay tarafından da titizlikle gözetilmektedir⁵⁷.

CMK'ya göre her mahkemenin bir yargı çevresi bulunmaktadır. Genellikle mahkemelerin yargı çevresi bulunduğu il ya da ilçenin mülki sınırlarının içinde kalan bölgedir. Buna karşın özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde öngörülmüştür⁵⁸.

56 Özbek, s. 802.

57 Delilleri tartışıp eylemi niteleme görevinin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250'inci maddesi uyarınca 'Bazı Suçlara ilişkin Muhakemeye Yetkili Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesine' ait olması karşısında, görevsizlik kararı verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması, ... bozulmasına, (10. Ceza Dairesi E:2004/7454 K:2005/14913 T:09.11.2005).

58 Kurulan bu ağır ceza mahkemelerinin yargı çevreleri;

Adana: Adana, Aksaray, Gaziantep, Hatay, Mersin, Karaman, Kilis, Konya, Niğde, Osmaniye,

Ankara: Ankara, Afyon, Amasya, Bartın, Bolu, Çankırı, Çorum, Eskişehir, Karabük, Kayseri, Kastamonu, Kırıkkale, Kırşehir, Kütahya, Nevşehir, Samsun, Sinop, Tokat, Yozgat, Zonguldak, Düzce,

D. Usul**1- Soruşturma Usulü**

Terör suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasında kural olarak normal suçlarla ilgili hükümler uygulanır. Ancak bunun bazı istisnaları öngörülmüştür. Burada usulle ilgili bu istisnalara değinilecektir.

Öncelikle normal suçların soruşturulması savcı ya da onun talimatıyla adli kolluk tarafından yapılırken, terör suçlarının soruşturması Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca özel olarak bu suçları soruşturmak ve kovuşturmakla görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca “bizzat” yapılır. Özel yetkili savcılar, cumhuriyet başsavcılığınca, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinden başka mahkemelerde görevlendirilemezler.

Terör suçlarının, memur ve kamu görevlileri tarafından işlenmesi halinde doğrudan soruşturma başlatılabilir⁵⁹.

Soruşturma sırasında hakim tarafından karar verilmesi gereken hallerde bu kararlar, özel yetkili ağır ceza mahkemesinin üye hakimi tarafından, aksi halde adli yargı hakimlerince verilir.

Özel yetkili savcı, soruşturmanın gerekli kıldığı hallerde, suç mahalline ya da delillerin bulunduğu yerlere giderek soruşturma yapabilir. Suçun ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerin dışında işlenmesi halinde, suçun işlendiği yer cumhuriyet savcısından da soruşturma yapılmasını isteyebilir. Bu durumda ilgili savcılar bu soruşturmaları ivedilikle yapmak zorundadırlar.

Normal suçların soruşturulmasında gözaltı süresi 24 saattir. Ancak toplu olarak işlenen suçlarda delillerin toplanmasında güçlük olması ve şüpheli

Diyarbakır: Diyarbakır, Batman, Bingöl, Mardin, Siirt, Şırnak, Şanlıurfa,

Erzurum: Erzurum, Ağrı, Ardahan, Artvin, Bayburt, Erzincan, Giresun, Gümüşhane, Iğdır, Kars, Ordu, Rize, Sivas, Trabzon, Tunceli ilinin Pülümür ilçesi,

İstanbul: İstanbul, Balıkesir, Bilecik, Bursa, Çanakkale, Edirne, Kırklareli, Kocaeli, Sakarya, Tekirdağ, Yalova,

İzmir: İzmir, Antalya, Aydın, Burdur, Denizli, Isparta, Manisa, Muğla, Uşak,

Malatya: Malatya, Adıyaman, Elazığ, Kahramanmaraş, Tunceli (Pülümür İlçesi hariç)

Van: Van, Bitlis, Hakkari, Muş illerini kapsamaktadır.

59 Özbek, s. 803.

sayısının fazla olması hallerinde her seferinde bir günü geçmemek kaydıyla gözaltı süresi toplam 4 güne kadar uzatılabilir.

Terör suçlarının soruşturulmasında ise gözaltı süresi 48 saattir. Olağanüstü hallerde gözaltına alınan kişiler için gözaltı süresi 7 güne kadar uzatılabilmektedir. Ancak gözaltı süresinin 7 güne kadar uzatılabilmesi için cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararı gerekmektedir. Yine bu uzatma kararının verilebilmesi için hakimin şüpheliyi dinlemesi şarttır. Burada belirtilen sürelerin en fazla verilebilecek süreler olduğu göz önünde bulundurulduğunda, her durumda mutlaka en fazla sürenin verilmesi gerekliliği yoktur. Sürelerin ihtiyaca hizmet edebilecek kadar uzatılması yeterlidir; mutlaka maksimum sürelerin kullanılmasına gerek bulunmaz⁶⁰.

CMK'nın 95 inci maddesine göre normal suçlarla ilgili olarak yakalanan ya da göz altına alınan şüphelilerin durumu, bir yakınına ya da belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir. Buna karşın Terörle Mücadele Kanunu uyarınca, terör suçlarından dolayı yakalanan ya da gözaltına alınanların durumu savcının emriyle sadece bir yakınına haber verilir. Yakalanan veya gözaltına alınanın belirlediği bir kişiye haber verilmesi terör suçları bakımından sınırlandırılmaktadır. Böyle bir durumda terör şüphelilerinin belirlediği bir kişiye haber verilmesi, yapılmakta olan soruşturmanın amacını tehlikeye sokabilir. Bunun önlenmesi amacıyla sadece bir yakınına haber verilmesi hükme bağlanmıştır (3713-10-1-a).

Kural olarak şüpheli veya sanık soruşturma veya kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir. Yine soruşturma evresinde ifade alınması sırasında en fazla üç avukat hazır bulunabilir. Soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında avukatın şüpheli veya sanıkla görüşme hakkı, ifade ve sorgu sırasında yanında bulunma ve hukuki yardımda bulunma hakkı vardır (5271-149).

Buna karşın terör suçlarının soruşturulmasında şüpheli, gözaltı süresince yalnızca bir avukatın hukuki yardımından yararlanabilir. Gözaltındaki terör şüphelisinin müdafii ile görüşme hakkı savcının istemi üzerine hakim kararıyla 24 saat süre ile kısıtlanabilir, ancak bu süre içinde ifade alınamaz (3713-10-1-b). Yine terör şüphelisinin ifadesi alınırken en fazla bir müdafii hazır bulunabilir (3713-10-1-c). Müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma hakkı, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise cumhuriyet savcısının istemi üzerine hakim kararıyla sınırlandırılabilir (3713-10-1-d).

60 Özbek, s. 805.

Terör suçlarının soruşturulmasında, kural olarak müdafinin savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve şüpheliyle yaptığı konuşmaların kayıtları incelemeye tabi tutulamaz. Ancak müdafinin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi ve hâkim kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin müdafine verdiği veya müdafince bu kişiye verilen belgeler hâkim tarafından incelenebilir. Hâkim, belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir(3713-10-1-e).

2- Kovuşturma Usulü

Terör suçlarının kovuşturulması aşamasında da bazı istisnalar söz konusudur.

Öncelikle diğer suçlarla ilgili olarak adli tatilde yargılama yapılmazken, başta terör suçları olmak üzere, özel yetkili ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar acele işlerden sayılır ve bunlarla ilgili davalara adli tatilde de bakılır(5271-252/1-a).

Duruşmanın yapılabilmesi için kural olarak sanık hazır bulunmalıdır. Kanunun ayırık tuttuğu haller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz (5271-193/1). Buna karşın terör suçlarının yargılanmasında, bazı koşulların⁶¹ varlığı halinde, sanığın yokluğunda da yargılamaya devam edilebilmektedir.

Kural olarak mahkemeler duruşmalarını buldukları yerde yaparlar. Bazı istisnai hallerde davanın nakline ilişkin hükümler uygulanabilir. Ancak terör suçlarının kovuşturulmasında duruşmalar, güvenliğin sağlanması bakımından başka bir yerde yapılabilir.

Duruşma düzeninin sağlanmasına yönelik de özel yetkili mahkemelerin ek bazı kararlar alabilmesi mümkündür. Buna göre mahkeme başkanı, duruşmanın düzenini bozan sanığı veya müdafii duruşma salonundan çıkartabilir. Dikkat edilirse düzenlemenin uygulama alanı sanıkla sınırlı

61 a. Sanık sayısının çok fazla olması.

b. Sanıkların bir kısmının duruşmanın bazı oturumları ile ilgilerinin bulunmaması.

c. Oturumların sanığın yokluklarında yapılmasına mahkemece karar verilmiş olması

d. Sanıkların yokluklarında yapılan oturumlarda kendilerini etkileyen bir hâl ortaya çıktığı takdirde buna ilişkin söz ve işlerin esaslı noktalarının sonraki oturumlarda kendilerine bildirilmesi.

olmayıp müdafii de kapsamaktadır⁶². Yine mahkeme sanık ve / veya müdafinin diğer oturumların bir kısmından veya tamamından uzaklaştırılmalarına karar verebilir.

Terör suçlarında tutukluluk süreleri daha uzun olabilmektedir. CMK'nın 252 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre "250'nci maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen suçlar bakımından, Kanunda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır."

Tutukluluk süresi CMK'nın 102 nci maddesinde düzenlenmektedir. İkinci fıkraya göre "ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez." Şu halde normal ağır cezalı suçlarda asıl tutukluluk süresi iki yıl ve uzatma süresi de üç yılda olmak üzere toplam tutukluluk süresi en fazla beş yıl olabilir.

Buna karşın terör suçlarında tutukluluk süreleri iki kat olarak uygulanacağından, normal tutukluluk süresi 4 yıl, uzatma süresi ise 6 yıl olmak üzere toplam 10 yıl olacaktır. Nitekim Yargıtay 9.Ceza Dairesi terör suçlarında tutuklama süresinin azami 10 yıl olabileceğine karar vermiştir.

SONUÇ

Ülkemizde 2004 yılına kadar, Devlet Güvenlik Mahkemeleri olarak adlandırılan mahkemeler terör suçlarının soruşturulmasında ve kovuşturulmasında görev almıştır.

2004 yılında Devlet Güvenlik Mahkemeleri kaldırılmış ve yerine 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250 ve devamı maddeleriyle, kamuoyunda özel yetkili mahkeme olarak adlandırılan ağır ceza mahkemeleri, terör suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasıyla görevlendirilmiştir.

Halen Ülkemizde sekiz ilde kurulu bulunan bu mahkemeler, özellikle son yıllarda gerçekleştirilen bazı operasyonlardan sonra daha fazla gündemi meşgul etmeye başlamıştır. Tartışmalarda olayın hukuki boyutunun yanında, yapılan operasyonların içeriği, niteliği ve yöneldiği kesim göz önüne alınmak suretiyle değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir. Bu çalışmada konu, Fransa ve Türkiye yargı sistemi karşılaştırılmak suretiyle, tamamen hukuki yönleriyle ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hukuken yapılabilecek hiçbir hata kabul edilemez. Temel hak ve özgürlüklere orantısız biçimde müdahale edilmesi asla kabul görmez. Savunma ve avukata erişim hakkının zedelenmesi

62 Özbek, s. 813; Centel-Zafer, s. 755.

benimsenemez. Hukuk sistemlerinde tutukluluğun ceza değil bir tedbir olduğunun açıklığı karşısında kişilerin uzun süre tutuklu kalmaları tasvip edilemez. Ceza muhakemesi tedbirlerinde istisnalar ne kadar az ise, o sistem o kadar temel haklara saygılıdır.

Tüm bunların yanında, Fransa ve Türkiye sistemi açısından, somut ve güncel olaylardan sıyrılarak konuya bakıldığında, terör suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması için, normal suçlara oranla bazı istisnai tedbirlere yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda,

- özel mahkemelerin oluşturulması,
- gözaltı ve tutukluluk sürelerinin uzatılması,
- soruşturma ve kovuşturmaların olabildiğince az ya da tek merkezden yürütülmeye çalışılması,
- gözaltındaki terör şüphelinin haklarının bazılarının sınırlandırılması,
- avukata erişim, avukat sayısı, avukatla görüşme süresi ve belgelere ulaşma hakkının sınırlandırılması,

gibi istisnalara yer verildiği görülmektedir. Bu sayılanlar, terör suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması sırasında uygulanan istisnaların hepsi olmayıp, sadece örnekleridir.

Konunun bir de Fransa'nın ve Türkiye'nin muhatap olduğu terör riski bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de Fransa, Avrupa kıtasının ortasında, çevresi Avrupa Birliğine üye ülkelerle kaplı, sınır sorunu olmayan, etnik, bölücü, ayrılıkçı ya da ideolojik çatışmaların bulunmadığı bir ülkedir. Buna rağmen, yukarıda anlatıldığı şekilde, terör suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasında Fransa, önemli ceza muhakemesi istisnalarını kabul etmiş ve uygulamaktadır.

Aynı kriterler çerçevesinde Ülkemize bakıldığında, başta ayrılıkçı ve bölücü terör olmak üzere çok sayıda terör örgütünün aktif olduğu görülmektedir. Son otuz yıl PKK terör örgütüyle mücadeleyle geçmiştir. Yakın zamana kadar sıkıyönetim ve olağanüstü hal tedbirleri uygulanmıştır. Askeri darbeler yapılmış ve muhtıralar verilmiştir. Faili meçhul sayısı onbinlerle ifade edilmektedir.

Tüm bu veriler birlikte değerlendirildiğinde, terör suçlarının kendine özgü ağır koşulları ve bu suçların etkin şekilde soruşturulması ve kovuşturulmasındaki zorluklar göz önüne alınmak suretiyle, bazı ceza muhakemesi tedbirlerinde istisnalara yer verilmesinin makul olduğu düşünülebilir. Ancak yasalardaki verilen istisnai yetkilerin, sadece gerekli ve

zorunlu hallerde ve orantılı kullanılmasında azami hassasiyet gösterilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

ANGEVİN Henri, La Pratique De La Cour D'assises, 4. Edition, Paris, 2005.

BOULAC Bernard, Procédure Pénale, 20. Edition, Paris 2006

CENTEL Nur- ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2008.

CHASSAİNG Jean-François, L'appel Des Arrêts Des Cours D'assises: Le Poids De L'histoire, La Cour D'assises, Paris 2001, p. 135-144.

CORRİNE Renault-Brahinsky, Procédure Pénale, 8. Edition, Paris 2007.

DEBEAURAIN Jean, Les Institutions Juridictionnelles, 5. Edition, Aix-En-Provence, 2006.

ERGÜL Ergin, Fransızca-Türkçe Modern Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002.

FAYOLLE Bernard, La Procédure Criminelle Entre Permanence Et Reforme, La Cour D'assises, Paris 2001, p. 65-91.

GUİNCHARD Serge – BUISSON Jacques, Procédure Pénale, 2. Edition, Paris, 2002.

GUİNCHARD Serge - MONTAGNIER Gabriele - VARİNARD André, Institutions Judiciaires, 9. Edition, Paris, 2007.(Guinchard ve diğerleri,)

HERAUD Alain - MAURIN Andre, Institutions Juridictionnelles, 7. Edition, Paris, 2008.

Human Rights Watch, La France La Justice Court-Circuitée, juillet, 2008.

KERNALEGUEN Francis, Institutions Judiciaires, 4. Edition, Paris, 2008.

Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul. 2008

LOMBART Françoise, Les Jures, Justice Représentative Et Représentations De La Justice, Paris, 1993.

MARTİNAGE Renée, Du Tribunal Criminel A La Cour D'assises, La Cour D'assises, Paris 2001, p. 25-39.

ÖZBEK Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

PERROT Roger, Institutions Judiciaires, 12. Edition, Paris 2006.

PRADEL Jean, Procédure Pénale, 14. Edition, Paris 2008.

REGOLI Herve, Institutions Judiciaires, 4. Edition, Paris, 2003.

SAAS Claire, Les Tribunaux Militaires En France, Juridiction Militaire Et Tribunaux D'exception En Mutation, Sous La Direction De Elisabeth Lambetr Abdelgawad, Paris 2007. s. 313-354.

SCARANO Jean-Pierre, Institutions Juridictionnelles, 9. Edition, Paris, 2008.

STEFANI Gaston - LEVASSEUR Georges - BOULOC Bernard, Procédure Penale, 19. Edition, paris 2004.(Stefani ve diğerleri...)

TAŞKIN Mustafa, Fransız Yargı Sisteminde Jüri, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 4, Sayı 37, Eylül 2009, s. 21-54.

VERNİER Dominique – PEYROT Maurice, La Cour D'assises, Paris 1989.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA İŞKENCE YASAĞI VE POLİSİN ZOR KULLANMA YETKİSİ

*M. Kerem OSMANOĞLU**

I. Giriş

Yetkilerini çok değişik durumlarda kullanmak zorunda olan polisin görevlerini yerine getirirken iç hukuk düzenlerinde belirlenen sınırlara riayet etmesi gerekmektedir. Bunun yanısıra Avrupa Konseyi'ne("AK") üye devletlerden hangisinde bulunursa bulunsun, polis Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde("AİHS") belirlenen, ve onun organlarının içtihatlarıyla açıklanan, temel özgürlüklere ilişkin bir görevi yerine getirirken, insan hakları hükümlerini de çok iyi bilmesi gerekmektedir.

AK'nin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi("AİHM") polis ile ilgili adli prosedürün önemli ölçüde oluşturulduğu mahkeme olarak kabul edilmektedir. Bu açıdan polisin zor kullanırken, AİHM'nin tanımladığı sınırlar içinde hareket etmesi gerekmektedir.

AİHS'nin 3. maddesi işkence yasağını düzenlemektedir. Mahkeme polisin kullanmış olduğu zor kullanma yetkisi kapsamındaki bazı faaliyetlerini ilgili maddeye aykırı bulduğu kararları mevcuttur.

Polisin insan haklarını koruması bakımından Sözleşmede yer alan kararlar çerçevesinde hareket etmesi gerekir. Bunun içinde polisin öncelikle zor kullanma yetkisiyle ilgili kararları ve bu kararlarda getirilen sınırlamaları çok iyi bilmesi gerekmektedir. Bu amaç çerçevesinde yapılan çalışmada mümkün mertebe Mahkeme'nin içtihatlarına yer verilerek polis açısından hukuki bir standar oluşturulmaya çalışılacaktır.

Mahkeme içtihatlarında zor kullanmanın nasıl ele alındığına geçmeden önce, polisin söz konusu yetkisinin kapsamı ve çeşitlerinin neler olduğunu konusunda bilgi verilecektir. Daha sonra Mahkemenin konu kapsamında yer alan içtihatları ışığında polisin zor kullanma durumu ele alınacaktır. Zor kullanma kavramı ve çeşitleri

* Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

II. Kavram ve sınıflandırma

A. Zor kullanma kavramı

Polis kendisine verilen görevleri yerine getirirken bazı durumlarda zor kullanma durumunda kalabilir. Bu durum daha çok mesleğin niteliğinden kaynaklanmaktadır¹. Bu yüzden polis, zaman zaman zor kullanabilmektedir. Kamu düzenini sağlamaya çalışırken, toplumsal olaylara müdahale ederken, arama, ifade alma, meslek ve sanat icrasından men etme gibi durumlar polisin zor kullandığı durumlara örnek gösterilebilir.

Zor kullanma kavramı, kuvvet kullanma, güç kullanma manalarında da kullanılmaktadır. Benzer şekilde, zor kullanma fiziki kuvvetle zorlama anlamını ifade eden cebir anlamını içermektedir².

Zor kullanma kavramına getirilen farklı tanımlamalarda kavramsal çeşitlilik söz konusudur. Ulusal mevzuatta kavramlar arasından zor kullanma tabiri tercih edilmiştir. Bu yüzden yapılan çalışmada zor kullanma kavramı kullanılacaktır.

Zor kullanma, kanuna göre yapılması zorunlu bir işlemin yerine getirilmesi sırasında devlet güçlerinin eşya ve kişiler üzerinde kullanılan maddi ve manevi güçtür³.

Zor kullanma, polisin görevini yerine getirirken karşılaştığı olaylarda kişilerin polise karşı koymalarını, direnmelerini ya da saldırılarını etkisiz hale getirmesi amacıyla kullanılmasıdır⁴. Benzer şekilde, suçluların yakalanmalarını sağlamak amacıyla polisin kullandığı taktikler olarak da tanımlanabilir.

Zor kullanmanın sözlükte yer alan tanımlamaya göre; genel kamu düzenini ve güvenliğini temin etmek ve korumakla görevli kolluğun vermiş olduğu emirlere karşı gelenlere başvuru yöntemidir⁵. Bu bağlamda, polisin

¹ Remzi Fındıklı, Polislik Mesleğinin Özellikleri ve Mesleki Kimlik Olgusu, Polis Bilimleri Dergisi, Yıl: 2000, Sayı 5-6, s. 6

² Onursal Cin, Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Dergisi, Cilt 8, Yıl: 2000, Sayı 1-2, s. 676

³ Cihan Koç, Kolluğun(Jandarma ve Polisin) Adli Görevleri, Ankara 2002, s. 420.

⁴ Serdar Kurban Dursun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Polisin Zor Kullanma Yetkisi ve Türkiye Uygulamaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006, s. 65.

⁵ Ali Şafak, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, s. 665.

kanundan kaynaklanan işlerini yaparken sözlü ya da yazılı emirlerini yerine getirmeyenlere karşı güç ve silah kullanması durumu zor kullanma olarak kabul edilecektir.

Zor kullanma, polis tarafından, yakalanması gerekli kişi veya dağıtılması gereken topluluğun direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması halinde, bu fiilleri etkisiz hale getirmek için kullanılan gücü ifade etmektedir⁶.

Polis Çevik Kuvvet Yönetmelik ("PÇKY")⁷ m. 4 f. 3'e göre zor kullanma, kanunsuz toplu hareket haline gelen bir toplumsal olayın etkisiz hale getirilmesi, önlenmesi veya dağıtılması için kullanılan güç olarak tanımlanmıştır.

Polis mesleğinin niteliği gereği bazı durumlarda zor kullanma yetkisi daha fazla kullanılmaktadır Bunlara örnek olarak, yakalama, elkoyma, arama gibi polisin görev ve yetkileri verilebilir. Polis bu tür uygulamalarda engel ve direnme ile karşılaşması halinde, zor kullandığı görülmektedir⁸.

Polisliğin kendisi genelde güç kullanmaya dayanır. Yani güç kullanmaya dayanan bir iş veya meslektir. Polisin kullandığı güç, meşru olduğu sürece temel hak ve hürriyetlerin teminat altına alınması bakımından sorun teşkil etmeyecektir⁹.

B- Zor kullanma çeşitleri

Teknolojik gelişmelerle birlikte polis öldürücü olmayan silahları daha fazla kullanmaya başlamıştır. Polisin önceleri silah dışında kullandığı araçlar cop, yumruk atma ve bedensel güçle sınırlıyken teknolojiyle birlikte bunların dışında da araçların kullanılmasına olanak sağlanmıştır¹⁰. Bunun sonucunda polisin zor kullanma teknikleri farklılaştığından kullanılan gücün sınıflanması gerekmektedir.

⁶ Ramazan Cengiz Derdiman, Polis Yönetimi ve Hukuku : Görev ve Yetkiler, Tokat 1997, s. 207.

⁷ RG 30.12.1982/ 17914.

⁸ Derdiman, s. 24

⁹ Ahmet Hamdi Aydın, İnsan Hakları Açısından Polisin Güç Kullanma Yetkisinin Meşruiyeti, 21. Yüzyılda Polis(Editör: İbrahim Cerrah/Emin Semiz), 2. Baskı , Ankara 1999, s. 104

¹⁰ David A. May/James E. Headley, Reasonable Use of Force by Police, New York 2008, s. 54

Zor kullanma Polis Vazife Salahiyet Kanunu m. 16 f. 2'de üç kısma ayrılmaktadır. Bunlar bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartlar oluşması durumunda silah kullanmadır¹¹. PÇKY m. 4 f. 3'te de zor kullanmanın çeşitlerini sıralanmaktadır. İlgili hükme göre, toplu hareketin niteliğine veya dağıtma sırasında meydana gelen cebir ve şiddet veya saldırı karşısında direnişin derecesine göre kademeli şekilde artan ölçüde bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanmaktır.

Polis zor kullanırken ulaşmak istediği bir takım amaçları vardır. Bu amaçlara polisin sadece bedeni, maddi ve silah gücüne dayalı zor kullanma yöntemleri dışında başka bir güçle de ulaşabilir. Kişilerin hareketlerini engelleyecek konuşma yoluyla iletişim, görsel öğelerden faydalanma, manevi baskıyla da istenilen amaca ulaşılması mümkündür. Bu yüzden, manevi zorlamanın da PVSK ve PÇKY'de yer alan zor kullanma yöntemleri arasında sayılması yerinde olurdu.

Polislik mesleği toplumsal huzuru ve güveni sağlarken çok çeşitli zor kullanma araçlarından faydalanmaktadır¹². Bu yüzden, polis meydana gelen olayın ve olay çıkaranların başvurduğu şiddetin boyutları dikkate alınarak bir güç kullanma yolunu seçmektedir¹³. Çünkü bedeni güçten silah kullanmaya kadar varan şiddetlerde zor kullanma söz konusu olabilmektedir

Polis, kanunların verdiği görevleri yerine getirirken değişik derecelerde, zor kullanmak durumunda kalabilir¹⁴. Zor kullanma aynı şekil ve derecede olmayacaktır. Karşılaşılan engel veya karşı koymanın derecesiyle yapılmak istenen görevin niteliğine göre zor ve silah kullanmanın da mahiyeti ve derecesi değişmektedir¹⁵. Zor kullanmanın çeşitleri belirlenirken kullanılan güç arasında kademelik önem taşımaktadır.¹⁶ Başka bir ifadeyle güç basit olandan zor olana doğru sıralanacaktır. Zor kullanma çeşitleri bu bağlamda,

¹¹ Bedri Eryılmaz, Toplumsal Olaylarda Orantısız Güç Kullanımı, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü(Editör: İlyas Doğan), Ankara 2009, s. 396

¹² İhsan Bal/ Fatih Beren, Polis Etiği, Ankara 2003, s. 59

¹³ Aydın, s. 108

¹⁴ J. Alderson, İnsan Hakları ve Polis (Çeviren :İhsan Kuntbay) , Ankara 1984, s. 66

¹⁵ Koç, s. 420

¹⁶ Sulhi Dönmezer, Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları, 5 Nisan 2002 tarihinde Yeditepe Üniversitesi'nde yapılan toplantıda sunulan bildiri, Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No: 6, İstanbul 2005, s. 21

manevi güç, yeterli biçimde ve nitelikte bedeni kuvvet, maddi güç ve koşulları gerçekleştiğinde her çeşit silah kullanma olarak sıralamak mümkündür.

1. Manevi zorlama

Polis tarafından kullanılan güç bir takım yaptırımların dışında zaman zaman caydırıcı olmak maksadıyla da kullanılabilir. Zor kullanma fiziki bir güç dışında manevi bir baskıyla da olabilmektedir¹⁷. Polis, zor kullanmadan önce duruma göre, zor kullanmaya maruz kalacak kişiyle iletişim kurabilir. Zora maruz kalma ihtimali olan kişinin tavırları polisin istekleriyle uyumlu ise polis sözlü iletişim kurarak emirler vermesi, bir tür manevi zorlamadır¹⁸.

Silah kullanma, doğrudan doğruya silah kullanmak olarak anlaşılabilir. Ancak, silahı kullanmadan evvel direnmeyi giderecek bir çözüm ise, silahı havaya ateşlemek veya silahı göstermekte bir zor kullanma şekli olarak kabul edilmelidir¹⁹.

Manevi zorlama daha çok güç gösterisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, toplantı ve gösteri kapsamında toplanan kişilerin toplandığı alanlarda ciddi bir polis sayısının varlığı ya da olayları bastırmak maksadıyla polis köpeklerinin halkın göreceği yerde bekletilmesi.

Polis, karşılaştığı durumun şartlarına göre, kişileri yazılı veya sözlü bir yolla uyarıp taraflara süre verebilir. Uyarıya uyulmadığı takdirde alınacak tedbirlerin sıralanması da manevi zorlama kapsamında değerlendirilebilir²⁰.

PVSK'nın m. 16 f. 4 zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtar yapılacağını düzenlemiştir. Ancak, direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir. Benzer şekilde, PVSK'nın m. 16. f. 7 b. (c)'e göre polisin silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde "dur" çağrısında bulunması gerekliliğini ifade etmiştir. Yapılması gereken ihtarlar kişilerin hareket yetenekleri üzerinde etki edeceğinden manevi zorlama olarak kabul edilir.

¹⁷ Koç, s. 421

¹⁸ May/Headley, s. 45

¹⁹ Derdiman, s. 213

²⁰ Ali Şafak / Vahit Bıçak, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Ankara 1999, s. 196

Yapılması gereken hizmetlerin söz ya da yazılı ifadesi olarak emir, aslında tüm eylem ve işlemlerin varlık nedenidir. Keza ihtar da, daha çok, yapılan görev sırasında görülen eksikliklerin veya kanuna aykırılıkların giderilmesi için yapılır. Aslında, ihtar tüm polis tedbirleri için bir başlangıç, yapılacak ilk hareket niteliğindedir. Bu manada, bir bakıma zor kullanmanın ilk aşaması olarak kabul edilebilir²¹.

Manevi zorlama yukarıda belirtilenler kapsamında şu şekilde tanımlanabilir. Manevi güç: ihtar, uyarı, telkin, teskin, kuvvet gösterisi olarak kabul edilir.

Özellikle ateşli silah kullanmadan evvel ikaz ve ihtarların yapılması gereklidir. Hangi hallerde silah kullanmak gerekirse gereksin, öncelikle sözlü ikaz ve sonra ise havaya ateş etme sureti ile ihtar yapılmalıdır. Ancak, bazı durumlarda ihtar yapılmadan da müdahale yapılabilir. Söz konusu durumlara meşru müdafaa (yasal savunma) hakkı örnek verilebilir.

2. Bedeni güç

Bedeni güç, kişi veya eşya üzerinde vücut kuvvetinin doğrudan doğruya kullanılarak zor kullanılmasıdır²². Polisin beden gücüyle suçluyu tutma veya yakalaması bedensel güç kapsamında değerlendirilir²³. Başka bir ifadeyle, bedeni güç polisin kullanacağı fiziksel kuvvettir. Polisin kişileri kolundan çekerek müdahale etmesi bedeni kuvvet niteliğinde kabul edilebilir.

PVSK' da bedeni gücün ne anlama geldiği düzenlenmiştir. İlgili kanunun m. 16 f. 3 b. (a)' a göre bedeni güç, polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedeni kuvvet olarak tanımlanmıştır.

3. Maddi güç

Maddi güç oldukça çeşitlilik gösterir. aşırı durumlarda ilerideki zararı engellemek için veya daha önceki yöntemler etkisiz kaldığında, kanuna uygun olarak kullanılan araçlar maddi güç kapsamındadır²⁴.

Kişinin ellerine bacaklarına takılan kelepçe, giydirilen gömlek, kollarına girilerek hareket yeteneğinin kısıtlanmasını temin eden aletlerin kullanılması

²¹ Derdiman, s. 23

²² Cin, s. 676

²³ Koç, s. 421

²⁴ Denis Bergmans, Community Policing as a Central Factor for a Modern Police Service, (Ed: İhsan Bal- M.Bedri Eryılmaz), Police Professional Ethics, Ankara 2002, s. 223

gibi araçlar veya hareketler de zor kullanılmayı ifade eden alet veya eylemlerdir²⁵. Söz konusu durumlar polisin kullandığı maddi güç kapsamında değerlendirilir.

Polis öldürücü olmayan bir takım silahlar kullanmaktadır. Bunlar arasında kimyasal gazlar sayılabilir. Göz yaşartıcı gaz, duman bombası, bayıltıcı bomba vs. gibi alternatifler başlangıç seçenekleri olarak polis tarafından tercih edilmektedir²⁶. Söz konusu bu gazlar, polisin kullandığı maddi güç araçlarındandır²⁷. Toplumsal olayların kontrol edilmesi amacıyla kullanılan tazyikli su da maddi güç kapsamında değerlendirilebilir.

Polisin zor kullanma kapsamında kimi zaman maddi araçlar dışında hayvanlardan da yararlanmaktadır. Polisin suçluları yakalamak veya korkutmak amacıyla polis köpeğinden yararlanması, polisin zor kullanma kapsamında kullandığı maddi güçtür.

Kelepçe ve sevk zinciri de maddi güç arasında sayılabilir²⁸. Kelepçe, kaçma tehlikesi olan kendine zarar verme ihtimali olan zanlılara polis tarafından uygulanan bir zor kullanma çeşididir²⁹.

PVSK'nın m. 16 f. 3 b. (b)'e göre maddi güçten neyin kastedildiği belirtilmiştir. İlgili hükme göre, polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedeni kuvvetin dışında; kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları maddi güç kavramını oluşturmaktadır. Bu güçler arasında hangisinin öncelikli olduğu noktasında bir düzenleme mevcut değildir.

4. Silah kullanma

Zor kullanmanın en son aşaması silah kullanma olarak kabul edilmektedir. Silah, bir saldırıya karşı veya saldırıyı gerçekleştirmek üzere kurulan delici, kesici veya patlayıcı türden aletlerdir³⁰. Silah öldürücü etkisi olan bir alettir³¹.

²⁵ Dönmezer, s. 9

²⁶ Bergmans, s. 223

²⁷ May/Headley, s. 45

²⁸ Koç, s. 421

²⁹ Şafak / Bıçak, s. 196

³⁰ Şafak, s. 512

³¹ Esat Şener, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s. 704

Silah sadece tabanca olarak değerlendirilmemelidir. Her türlü patlayıcı ve ateşli aletler de bu kapsamda değerlendirilecektir³². Silah kullanmanın şartları kanuni olarak düzenlenmiştir. Silahın polis açısından kullanılması "tek çare" olmalıdır³³.

Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmeliğinin³⁴ m. 2 f. 1 b. (b)'de silah kavramı tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre silah, uzaktan veya yakından canlıları öldürebilen, yaralayan, etkisiz bırakan, canlı organizmaları hasta eden, cansızları parçalayan veya yok eden araç ve aletlerin tümünü oluşturur.

III. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları

Polisin en temel ilkelerinden biri insan haklarına saygılı davranmak ve işkence yapmamaktır³⁵. Polisin orantısız güç kullanımı sonucu ölümün gerçekleşmemiş olduğu durumlarda AIHM, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirme yapmaktadır.

Mahkeme'ye göre, özgürlüğünden mahrum edilen bir kişiye karşı, kişinin kendi davranışından kaynaklanacak bir zorunluluk dışında her türlü fiziksel güç kullanımı insan onurunu zedeler ve kural olarak AIHS m. 3'te korunan hakkın ihlaline sebep olacaktır³⁶. Söz konusu madde şu şekilde düzenlenmiştir: "Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz"

Sözleşme, işkencenin bir tanımını vermemiştir. Ancak, burada üç kategoride ihlale yer vermiştir: işkence, insanlık dışı muamele ve küçültücü muamele (ya da ceza) olarak sıralanabilir. Mahkeme içtihatlarında, uygulanan yöntemler ve suçu işleyen failden hareket edilerek işkence suçu

³² Nevzat Sönmez, Emniyet Teşkilatı ve Polis Meslek Hukuku ile Polisin Görev ve Yetkileri, Ankara 2003, s. 304

³³ Derdiman, s. 207

³⁴ RG 01.06.1991/20888

³⁵ İşkence bir kimseye fiziki güç kullanarak kendi iradesi dışında belli bir şekilde davranmaya veya ifade vermeye zorlamaktır. İşkence fiziki olabileceği gibi, manevi de olabilir. İşkencenin her türlü yasaklanmış olup bu faaliyetler suç kapsamına alınmıştır.

³⁶ Bu yönde kararlar için bkz. Satık ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 31866/96, 10.10.2000, para. 54; Soner ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 40986/98, 27.4.2006, para. 40; Güler/Türkiye, Başvuru No: 49391/99, 10.01.2006, para. 41; Güzel Şahin ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 68263/01, 21.12.2006, para. 46.

her olay açısından varlığı değerlendirilmiştir. Başka bir ifadeyle, her ne kadar Sözleşme’de bir tanımlamadan söz edilmese de söz konusu durumların içeriğinin tespiti AİHM’nin içtihatlarına bırakılmıştır.

Mahkeme, işkence kavramı ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele kavramları arasında yapılmış olan ayrımı içtihatlarında dikkate almaktadır. Bu ayrımında genellikle duyulan acının yoğunluğu, Mahkeme tarafından esas alınmaktadır.

Sözleşme'nin işkence ile insanlık dışı muamele kavramları arasında ayırım yapmaktaki amacının, çok ağır ve zalimane acılara sebep olan kasıtlı insanlık dışı muameleler için işkence terimini kullanmak suretiyle özel bir nitelendirme kastı olduğunu belirtmiştir³⁷.

Sözleşme'nin 3. maddesinin her hangi bir olayda uygulanabilir olması için bu maddenin koruduğu hakka yönelik eylem veya ihmal suretiyle yapılmış bir müdahalenin bulunması gerekmektedir. Ancak her muamele veya ceza, söz konusu maddenin yasakladığı alana girmeyebilir. Mahkeme, bir muamele veya cezanın maddede yer alan yasak kapsamına girdiğini tespit ederken bunun "asgari ağırlık düzeyine ulaşması" gerektiğini belirtmektedir.

Mahkeme, asgari ağırlık düzeyine ulaşma kriterini uygularken, hangi noktalara dikkat edeceğini İrlanda – Birleşik Krallık kararında belirtmiştir. Söz konusu kararda yapılan muamelenin süresi, muamelenin mağdur üzerindeki fiziksel ve psikolojik etkileri, hatta bazı durumlarda mağdurun yaşı, cinsiyeti ve sağlık durumu da göz önüne alınması gerektiği vurgulanmaktadır³⁸.

Bu maddeyle ilgili verilen ihlal kararlarında ağır nitelikte acı veren uygulamalar ve faili kamu yetkilisi olması suçun oluşumu açısından yeterli görülmüştür³⁹. Mahkeme verdiği kararlarda aşağılayıcı muamele tanımında,

³⁷ Osman Doğru, AİHS Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İstanbul 2006, s. 17

³⁸ İrlanda - Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 5310/71 ,18.01. 1978, para. 162.; Benzer yönde bir diğer karar için bkz. Selmouni-Fransa kararı, Başvuru No: 25803/94, 28.07.1999

³⁹ Mahkeme içtihatlarında bu terimlerden ne anlaşılması gerektiği konusunda ve farkları hakkında yorumlar mevcuttur. Komisyon’a göre insanlık dışı muameleden kasıt, belirli bir durumda, kişiyi fiziksel ya da zihinsel bir şiddet uygulamasına kasıtlı olarak maruz bırakan gayri meşru eylemdir. Bu eylemi meşrulaştırmanın olanağı yoktur. Aşağılayıcı(onur kırıcı) muamele ise bireyi

uygulanan yöntemlerin mağduru utandırmasına ve mağduru küçültme amacı taşımaya bakmaktadır. İnsanlık dışı muamele ile aşağılayıcı muamele arasındaki fark Mahkeme içtihatlarında uygulanan yöntemin yoğunluğuna bağlı olarak değişmektedir.

Sonuç olarak, bu üç kavram arasındaki ayrım büyük ölçüde derece ve ağırlık farkına dayanmaktadır. Bunlar arasında nitelik değil, yoğunluk farkından söz edilebilir. Zira bu üç kavram, en hafifi olan küçük düşürücü muameleden, en ağırı olan işkenceye varacak şekilde, kademeli olarak ele alınmıştır. Bu bakımdan olaya göre hakim yapacağı değerlendirme ön plana çıkmaktadır⁴⁰. Kuşkusuz, değerlendirme sonucunda varılacak sonuç ülkeler açısından önem arz etmektedir. Söz gelimi, yapılan müdahalenin işkence yoğunluğunda olması durumunda ülkelerin itibarı zedeleneyecektir. Bu yüzden Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmemesi için devletler çaba sarf etmelidirler. Söz konusu durum aynı zaman da devletler açısından bir yükümlülüktür⁴¹.

Öte yandan, birçok kez Mahkeme insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele gibi kavramlar arasında ayrıma gitmeyi gerekli görmeyip maddenin ihlaline hükmetmiştir. Kararlarında, her iki kavramı beraber kullanmıştır. Elbette, inceleme konusu ceza veya muamelenin bu üç nitelendirilmeden hangisine uygun düşerse düşsün, sonuçta üçüncü madde ihlal edilmiş olacaktır. Fakat bu ayrım, daha çok mağdur lehine hükmedilecek tazminatın tayini ve ihlalcı devletin saygınlığı bakımından

diğer kişiler önünde büyük ölçüde utanca boğan ya da kendi arzu veya isteğine aykırı biçimde davranmaya yönlendiren muameledir. Komisyon yorumlarında muamelenin aşağılayıcı olabilmesini uygulanan şiddetin belli bir düzeye ulaşması koşuluna bağladığı görülmüştür. Aktaran: Neval, s. 104

⁴⁰ R. Murat Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006, s. 172

⁴¹ AİHS'nin 3. maddesinin öncelikle Taraf Devletlere, kendi egemenlik alanında bulunan kişilere zarar vermektan kaçınma anlamında "negatif yükümlülük" yüklediği açıktır. Ayrıca, Mahkeme'ye göre söz konusu madde Sözleşme'nin 1. maddesi kapsamında Devletlere yüklediği genel yükümlülükle birlikte yorumlanmalıdır. Bunun sonucunda, özel kişilerin kötü muameleleri dahil, her hangi bir şekilde işkenceye veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulmalarını önleyecek tedbirler almalarını gerektirmektedir. Bu yüzden, Mahkeme birçok olayda, Devletin bireyi insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyle karşı koruma şeklinde bir "pozitif yükümlülüğü" bulunduğunu belirlemiştir. Aktaran: Doğru, İşkence, s. 21- 22

önem arz etmektedir⁴². Nitekim AIHS md. 41'de tazminatın adil olması bakımından⁴³, hükmedilecek miktarın da işlenen ihlalin ağırlığı ile orantılı olması gerektiği belirtilmiştir.

Bununla birlikte, mahkeme içtihatlarından anlaşılacağı kadarıyla, özgürlüğünden yoksun tutulan kimse üzerinde durumun mutlak surette gerekli kılmadığı şekilde kuvvet kullanılması, onur kırıcı muamele sayılmaktadır. Dolayısıyla, gereksiz kullanılan güç üçüncü maddeye aykırı olacaktır⁴⁴. Fakat kısa süreli gerginlikler vesilesiyle polisin mağdura dayak attığı durumlarda, itiraf elde etme gibi durumu ağırlaştırıcı faktörler yoksa, madde ihlal edilmiş olmakla birlikte, kural olarak işkencenin varlığından bahsedilemeyecektir.

Öte yandan Selmouni-Fransa kararı, ortaya konulduğu üzere, bir davranışın ne şekilde nitelendirileceği zaman içinde de, insan hakları standartlarında meydana gelen değişikliğe bağlı olarak farklılık gösterebilmektedir. Nitekim insanlık dışı sayılan bir eylemin daha sonraki Mahkeme kararlarında işkence olarak ele alınması mümkündür⁴⁵.

Kolluk güçlerinin gözaltına alma (yakalama) sırasında uyguladıkları şiddet nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiaları Mahkeme'nin önüne sıklıkla gelmektedir. Bu tür olaylardaki birinci sorun, yaralanmaya sebebiyet vermiş olan gücün kullanılma zamanını tespit edilmesidir. Kullanılan gücün kişinin güvenlik güçleri tarafından kontrol altına alınmaya çalışılması sırasında kullanılmış olması gerekir. İkinci olarak, kullanılan gücün orantılı olup olmadığı önem kazanacaktır. Mahkeme yaptığı tespitlerde kullanılan güç açısından olayın şartlarını göz önünde tutmaktadır⁴⁶.

Güvenlik güçlerinin orantısız güç kullandığı iddiası ise sıklıkla, yakalama ile toplantı ve gösterilerin dağıtılması sırasında gündeme

⁴² Önok, s. 174

⁴³ AIHS 41. madde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollarının ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.”

⁴⁴ Önok, s. 214

⁴⁵ Önok, s. 172

⁴⁶ Doğru, İşkence, s. 51

gelmektedir. Bu tür müdahalelerin insan hakları hukukunda, işkence dışındaki kötü muameleler kapsamında ele alınmaktadır.

Gözaltına alınan bir kimseye kolluk tarafından şiddet uygulanması darp edilmesi, yumruk vurulması durumunda kötü muamele yapılmış sayılır ve bunlar da sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir.

Mahkeme, Sözleşme'ye Taraf Devletlerin kendi toplumlarını terör faaliyetlerinden korumak için karşılaştıkları büyük güçlüklerin farkında olduğunu içtihatlarında yansıtmaktadır. Ancak, bu koşullarda bile Sözleşme, mağdurun eylemi ne olursa olsun, işkenceyi ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyi haklı göstermeyeceğini ifade etmektedir. Söz konusu durumları mutlak bir ifadeyle yasaklamaktadır⁴⁷. Bu bağlamda, işkencenin bir insanlık suçu olduğu ve hangi gerekçeyle olursa olsun hiçbir şekilde makul görülemeyeceği açıktır.

Kolluk tarafından işlenen fiillere ilişkin önemli bir örnek Tomasi-Fransa davasıdır. Olayda Bay Tomasi iki gün süren gözaltı süresinde fena muameleyle tabi tutulmuştur. Kişi tokatlanmış, tekmelenmiş, yumruklanmış, saatlerce ayakta tutulmuş, açık pencere önünde çıplak olarak ayakta tutulmuş, yemekten mahrum bırakılmış ve ateşli silahla tehdit edilmiştir. Hükümet, mağdurda meydana gelen yaralanmalar için bir açıklamada bulunamamış; fakat yakalanan kişinin bir terörist olduğunu ve ciddi terör faaliyetlerinde bulunduğunu öne sürmüştür⁴⁸. Söz konusu olayda hükümetin mağdur olan kişinin terörist olduğuna vurgu yaparak yapılan işkence ve benzeri davranışları hoş görme çabası uluslararası hukuk normlarında işkencenin mutlak yasak olduğu ilkesi açısından kabul edilmesi mümkün değildir.

Tomasi kararında belirtilen önemli bir tutum da ispat yükü açısından dır. Şüphelilerin ifade verme veya gözaltı süreci sırasında maruz kaldıkları yaralanmaların gerekçesi, ilgili resmi makamlar tarafından makul ve ikna edici bir şekilde açıklanamaması durumunda, bu yaralanmaların devlet adına görev yapan kimselerin davranışlarından kaynaklanmadığı ispat edilemezse, üçüncü maddenin ihlal edildiğine hükmedilebilmesidir⁴⁹. Tomasi davasındaki bu anlayış, genel bir ispat karinesi kuralı haline dönüşmüştür

⁴⁷ Chahal - Birleşik Krallık , Başvuru No: 22414/93, 5.11.1996, para. 79

⁴⁸ Önok, s. 215

⁴⁹ Önok, s. 217

Mahkeme, Turan Çakır- Belçika kararında polise yönelik herhangi bir saldırıda bulunmaksızın polislerin güç kullanımı sonucu maruz kalınan yara bereler Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali içerisinde değerlendirmiştir⁵⁰.

Güvenlik güçlerinin kişiye karşı kuvvet kullanması halinde yapılan müdahale "orantılı/ölçülü" ve kesin biçimde gerekli olma ölçütüne uygun olması zorunludur. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye kendi davranışının gerektirdiği kesin ölçünün ötesinde fiziksel zora maruz bırakılması insan haysiyetiyle bağdaşmaz. Bu tür durumlarda ilkesel olarak AİHS m. 3'e aykırılık teşkil edecektir⁵¹. Mahkemeye göre, özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişinin kendi davranışının gerektirdiği kesin ölçünün ötesinde fiziksel zora maruz bırakılması insan haysiyetini zedeler ve kural olarak AİHS m. 3'ün ihlali söz konusu olacaktır⁵².

Mahkeme küçümsenmeyecek sayıdaki davada, gözaltına alırken şiddet nedeniyle işkence, insanlık dışı muamele veya aşağılayıcı muamele yapıldığı sonucuna varmıştır⁵³.

Davalı Devletin, başvuruçunun vücudundaki yaraların gözaltında değil ama "gözaltına alırken" direnmesi nedeniyle meşru zor kullanma sonucu meydana geldiği savunmasının ikna edici olması gerekir. Mahkeme'nin Dalan kararında belirttiği gibi, böyle bir savunmanın inandırıcı olabilmesi için yetkililerin gözaltına alma işleminden hemen sonra bir doktor raporu almaları gerekir⁵⁴. Karakas- Yeşilirmak kararında Hükümet, başvuruçuların ellerindeki yara izlerinin gözaltına alma sırasında meydana geldiğini ileri sürmüş, ancak Mahkeme bu savunmayı ikna edici bulmamıştır⁵⁵.

⁵⁰ Turan Çakır-Belçika kararı, 10.03.2009, para.61

⁵¹ M. Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (madde 3/ İşkence Yasağı) Analizi, Ankara 2006, s. 311

⁵² Altay-Türkiye kararı, 22.08.2001, para. 54

⁵³ Gözaltına alırken işkence: 27 Haziran 2000 tarihli İlhan - Türkiye kararı; gözaltına alırken insanlıkdışı muamele: 28 Kasım 2000 tarihli Rehbock - Slovenya kararı; 21 Aralık 2000 tarihli Eğmez - Kıbrıs kararı; 19 Mayıs 2004 tarihli R.L. ve M.-/D. - Fransa kararı; 30 Eylül 2004 tarihli Krastanov - Bulgaristan kararı; gözaltına alırken aşağılayıcı muamele: 5 ekim 2004 tarihli Barbu Anghelescu - Bulgaristan kararı.

⁵⁴ Dalan - Türkiye kararı, 7.05. 2000, para. 22-27.

⁵⁵ Karakas ve Yeşilirmak kararı, 28. 05. 2005, para. 35-41.

Mahkeme'nin gözaltına alma sırasında kullanılan şiddetin ağırlığı nedeniyle işkence sonucuna vardığı kararlardan birisi İlhan kararıdır⁵⁶. Bu karara konu olan olayda, 26 Aralık 1992'de Mardin Aytepe köyüne yaklaşmakta olan güvenlik güçlerinden saklanmaya çalışan Abdüllatif İlhan'ın jandarmalar tarafından yakalanmaya çalışılırken tüfek dipçığı ile kafasına vurulması sonucu beyin hasar görmüştür. Mahkeme, hükümetin gözaltına alma sırasında başvuruçunun kaçarken düşmek suretiyle yaralandığı şeklindeki açıklamasını, Komisyon'un yaptığı soruşturma sonucu elde ettiği delillere dayanarak ikna edici bulmamıştır. Mahkeme bu kararında, şiddetin ağırlığını dikkate alarak ve uygulanan fiilin kast unsuru üzerinde durmaksızın, başvuruçuya uygulanan muameleyi "işkence" kapsamına sokmuştur.

Mahkeme, Abdüllatif İlhan'da meydana getirilen yaraların, yani tekmelenmesi, dövülmesi ve en az bir kez G3 tüfeğiyle başına vurulmasıyla ilgili Komisyon'un tespitlerini kabul etmiştir. İlhan'ın başından iki ağır yara almasıyla sonuçlanan bu muamele, kendisinin beyninde hasara ve uzun süreli işlev bozukluğuna sebep olmuştur. Buna rağmen kişi üç günden sonra hastaneye götürülmüştür⁵⁷.

Mahkeme, davacının gördüğü kötü muamelenin ağırlığını ve gerekli tıbbi özen gösterilmeden önce uzun bir zaman geçmesi gibi olayı çevreleyen koşullar açısından, kendisinin işkence olarak nitelendirilebilecek kadar çok ağır ve zalimane bir ıstırapın mağduru olduğunu tespit etmiştir⁵⁸.

Karabulut-Türkiye kararı, Mahkeme kolluk güçlerinin belirli durumlarda güç kullanmalarının doğal olduğunu ortaya koymuştur. Yapılan bu tespitin ardından, güç kullanımının AIHS m. 3 bağlamında ihlal sayılmaması için gereksiz, ölçsüz bir nitelik taşımaması gerekmektedir. Mahkeme, bir gösteride yakalanıp etkisiz kılınmasına ve kendilerine karşı direnme durumu olmamasına karşın, polislin başvuruçunun kafasını yaralayacak şekilde güç kullanmasını Sözleşme m. 3'ün ihlaline yol açacağına hükmetmiştir⁵⁹.

Gözaltına alırken şiddet uygulanmasıyla ilgili Mahkeme'nin bir diğer kararı Klaas kararıdır⁶⁰. Bu davaya konu olan olayda bayan başvuruçuyu yanındaki 8 yaşındaki kızıyla birlikte arabasında giderken kırmızı ışıkta

⁵⁶ İlhan - Türkiye kararı, 27. 05.2000, para. 86-88.

⁵⁷ İlhan kararı, para.86

⁵⁸ İlhan kararı, para 87

⁵⁹ Karaduman-Türkiye kararı, 27.01. 2009, para 40-44

⁶⁰ Klaas - Almanya kararı, 23.09.1993, para. 24-31

geçtiği için polisler tarafından takip edilmiştir. Başvurucu evinin önünden polisler tarafından alkol testi için hastaneye götürülmek istenmiştir. Kızını komşuya teslim etmek isteyen başvurucunun kaçacağından şüphelenen polisler tarafından zor kullanılarak gözaltına alınmıştır.

Başvurucunun bu süreçte bileği, omzu ve başı yaralanmıştır. Davalı hükümet, bu yaraların başvurucunun yakalanmaya direnirken meydana gelmiş olabileceğini ve yakalamaya çalışan görevlilerin aşırı güç kullanmadıkları gerekçesiyle iç hukukta açılan davada reddetmiştir. AİHM 'nin görüşüne göre, hukuka uygun bir gözaltına alma sırasında başvurucu yakalamaya direnmiş ve kaçmaya teşebbüs etmiş olsa dahi, ciddi yaralamaya sebebiyet veren polisler tarafından kullanılan gücün gerekli olduğu Hükümet tarafından gösterilemediği kanısına varmıştır. Bu yüzden, kullanılan gücün insanlık dışı muamele olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme Rehbock kararında gözaltına alma sırasında güç kullanılması ile gözaltında tutma sırasında güç kullanılması arasındaki ayrımı daha açık bir şekilde vurgulamıştır. Bu davaya konu olan olayda, başvurucunun uyuşturucu kaçakçılığı yaptığından kuşkulandığı için, Avusturya'dan Slovenya sınırından içeriye girdikten 70 kilometre sonra bir operasyonla yakalanmıştır. Başvurucu gözaltına alınmaya diremediği halde, çok sert bir şekilde gözaltına alınmış ve çenesi iki yerden kırılmıştır⁶¹.

Mahkeme'nin Rehbock kararında gözaltına alma süreci üzerinde durmuştur. Mevcut davada başvurucu, polisin önceden hazırlanmadan tepki gösterebileceği beklenmeyen olayların meydana gelebileceği tesadüfi bir operasyon sırasında gözaltına alınmış değildir. Mahkeme'nin önündeki belgeler, polisin gözaltına alma operasyonunu önceden planladığı, muhtemel riskleri değerlendirmek ve gözaltı işlemini gerçekleştirmek üzere gerekli tüm tedbirleri almak için yeterli zamana sahip olduğunu göstermektedir. Olayda on üç polis bulunmakta olup, bunların sayıları gözaltına alınacak üç şüphelinin sayısından fazladır. Dahası başvurucu, kendisini gözaltına alan polisleri, örneğin açıkça silah taşımak veya kendilerine saldırmak suretiyle tehdit etmemiştir. Başvurucunun yarasının özel bir ağırlığa sahip olduğu ve uyuşmazlığın bir ulusal mahkeme kararına konu olmadığından, kullanılan gücün aşırı olmadığına dair ikna edici argümanlar gösterme külfeti, Hükümete düşeceğini belirtmiştir⁶².

Mahkeme, Rehbock kararında başvurucunun yaraların ciddiliğini dikkat çekmiştir. Ayrıca, Hükümetin gözaltına alma operasyonu sırasında

⁶¹ Doğru, İşkence, s. 54

⁶² Rehbock – Slovenya kararı, 28.11.2000, para 72.

kullanılan gücün temelini açıklayabilecek veya bu gücün derecesini haklı kılabilecek ikna edici veya güvenilir argümanlar getirmediğini düşünmektedir. Buna göre bu olayın şartları içinde kullanılan gücün aşırı olduğunu tespit etmiştir. Bu yüzden, başvuruçunun ciddi ıstırap çekmesine ve yaralanmalara sebep olan, bu tür bir güç kullanımı, insanlık dışı muamele niteliğinde değerlendirilmiştir. Mahkeme, başvuruçunun gözaltına alınması sırasında tabii tutulduğu muamele nedeniyle Sözleşme'nin 3 . maddesinin ihlal edilmiş olduğunu tespit etmiştir⁶³.

Mahkeme, Eğmez-Kıbrıs kararında gözaltına alma sırasında uygulanan şiddeti insanlık dışı muamele olarak kabul etmiştir. Bu davaya konu olan olayda, 7 Ekim 1995 gecesi kuzey ve güney Kıbrıs'ı ayıran tampon bölgeye yakın bir yerde, uyuşturucu teslimi sırasında operasyonda bulunan Kıbrıs polisi, gözaltına alma işlemine direnen başvuruçuyu Erken Eğmez'i gözaltına alırken başına iki kez tabancayla vurmak ve yere fırlatılmak suretiyle ve kelepçelemesi sırasında başvuruçuyu yaralamıştır⁶⁴.

Eğmez kararında, Komisyon, başvuruçunun gözaltına alınmasına karşın görevli memurların, haklı bir sebep yokken kasıtlı olarak başvuruçunun yaralanmasına sebebiyet verdiklerini kabul etmiştir. Söz konusu yaralar, gözaltına alma sırasında ve hemen ardından başvuruçuya kelepçe takılırken meydana gelmiştir. Başvuruçunun sunduğu veriler doğrultusunda Komisyon, başvuruçuya yapılan muameleyi işkence olarak kabul edilmese bile, insanlık dışı muamele olarak kabul etmiştir⁶⁵.

Mahkeme Kmetty kararında başvuruçular açısından işkence veya kötü muamele iddiaları bakımından getirilen kanıtlama yükümlülüğünden bahsetmektedir. Kararda, gözaltına alınırken başvuruçuda meydana gelen yara berelerin, polisin gerekli olandan fazla güç kullanılması sonucu meydana geldiğinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle polisler tarafından kötü muamele yapılmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak, devlet tarafından etkili bir soruşturma yapılmadığı için Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır⁶⁶.

Mahkeme, gözaltına alma sırasında güç kullanılmasıyla ilgili R.L. ve M.-J.D. - Fransa kararında⁶⁷ polisler tarafından kötü muamele yapıldığı

⁶³ Rehbock kararı, para 76-78

⁶⁴ Doğru, İşkence, s. 56

⁶⁵ Eğmez - Kıbrıs kararı, 21.11.2000 para. 76

⁶⁶ Kmetty - Macaristan kararı, 16.11.2003, para. 33-36.

⁶⁷ R.L. ve M.-J.D. - Fransa karar, 19.05. 2004 para. 44-73.

gereğesiyle Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Başvuruya konu olan olayda, Paris'te restoran işleten başvurucular, komşu restoran sahiplerinin şikayeti üzerine polisler tarafından karakola davet edilmişlerdir. Başvurucular karakola gitmemeleri üzerine, restorana gelen polislerin gözaltına alma işlemine de karşı çıkmışlardır. Bunun üzerine, polisin müdahalesiyle karşılaşmışlardır. Mahkeme, başvurucuların kötü muamele şikayetini Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından incelerken, olaydan iki gün sonra alınan sağlık raporları ile soruşturma sırasında sunulan sağlık raporlarından başvurucuların yaralandıkları tespit etmiştir.

Söz konusu kararda, doktorlar tarafından tespit edilen durum başvurucuların acılarına ve vücutları üzerindeki izlere, polislerin bu müdahale sırasında zor kullandıkları tespitine ulaşılmıştır. Fakat yine de, dosyada polislerin kasten başvuruculara vurduklarını gösteren delil bulunmadığını söylemiştir. Mahkeme, polis memurları tarafından kullanılan gücün orantılı olup olmadığını değerlendirirken, başvurucuların saldırgan, tehlikeli veya silahlı olduklarına inanmak için sebep bulunmadığı tespitinde bulunmuştur. Başvurucuların küçük çapta direndiklerini kabul etmelerine rağmen, başvurucularda çok sayıda yaralar tespit edilmiştir. Bu yüzden, başvuruculara uzun süre iş göremezlik raporları verilmiştir. Belirtilen gözlemler doğrultusunda başvurucuların tutumunun mutlaka gerekli kıldığından, fazla güç kullanıldığını gösterdiği mahkeme tarafından tespit edilmiştir. Mahkeme'ye göre başvuruculara yapılan muamele, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı düşmüştür⁶⁸.

Mahkeme, özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimseye, kesinlikle kendi davranışının gerekli kılmadığı bir fiziksel güç kullanılmasının insan onurunu zedelediğini ve kural olarak Sözleşme'nin 3. maddesindeki hakkı ihlal ettiğini vurgulamaktadır. Mahkeme, soruşturmanın ve suça karşı mücadelenin doğasında bulunan inkar edilmeyecek güçlüklerin, bireylerin maddi bütünlüklerinin korumasına sınır getirilmesi sonucunu doğuramayacağını hatırlatır⁶⁹.

Devletin kendi egemenlik alanı içindeki bireylere cebir ve şiddet muamelelerinde bulunması, Sözleşme'nin 3. maddesinden doğan negatif yükümlülüğünün ihlaliyle sonuçlanabilir. Ancak Mahkeme, şiddetin ve zorun kullanıldığı bağlamı gözden uzak tutmamaktadır⁷⁰.

⁶⁸ Doğru, İşkence, s. 61

⁶⁹ Tomasi - Fransa kararı, 27.08.1992, para. 115

⁷⁰ Doğru, İşkence, s. 21

Mahkeme'nin gözaltında işkence sonucunu vardığı karar Selmouni kararıdır. İlgili kararda başvurucuya çok sayıda darbe vurulduğuna kanaat getirmiştir. Kişinin sağlık durumu ne olursa olsun, bu yoğunlukta darbelerin büyük acılara sebep olacağı Mahkeme tarafından kabul edilmektedir. Ayrıca, bir darbe vücut üzerinde mutlaka iz bırakmaz. Ancak, Selmouni'ye uygulanan şiddetin yarattığı izlerin bütün vücudunu kapladığı, Dr. Garnier'in 7 Aralık 1991 tarihli raporundan anlaşılabilir⁷¹.

Mahkeme ayrıca, başvurucunun saçlarından tutulup sürüklendiğini; kendisine çelme takmak üzere polislerden oluşan bir koridorda koşmaya zorlandığını, metal bir tüp ve daha sonra şırınga ile tehdit edildiğini kaydetmiştir. Mahkeme, bu fiillerin kesinlikle kabul edilemeyeceğini, kişinin durumu ne olursa olsun, herkes için iğrenç ve utandırıcı olduğunu belirtmiştir⁷².

Devlet işkence ve kötü muamele yasağı karşısında aktif bir tutum sergilemelidir. Bunun için devletin işkenceye karşı önleme ve etkin soruşturma yapması gerekmektedir. Devlet işkence ve kötü muamele yapmamalıdır. Bunun dışında devlet bireylerin böyle bir muameleye maruz kalmamaları için gerekli tüm tedbirleri etkin bir biçimde almalıdır. AİHM birçok kararında etkin soruşturma yapılmamasını ihlal olarak kabul etmiştir. Yapılan soruşturma sorumluların bulunması ve cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte olmalıdır.

Polis faaliyetleri sonucunda ölümün mevcut olduğu durumlarda devletin ölüme dair etkili soruşturma yoluna başvurması gerekmektedir. Etkili soruşturma yapmamak devletin sorumluluğuna neden olur. AİHM'e göre bir kimsenin sağlıklı olarak gözaltına alındıktan sonraki durumda kişide birtakım darp izlerinin olması durumunda devletlerin bu izler hakkında açıklama yükümlülüğü vardır. Aksi takdirde AİHS m. 3'e göre ihlal edilmiş olacaktır⁷³.

AİHM m. 3 bağlamında verdiği kararlarda devletlere bir takım yükümlülükler yüklemektedir. Bunlardan biri de meydana gelmiş ihlalleri ortaya çıkarmaya yönelik tarafsız ve etkili bir soruşturma yürütme sorumluluğudur. Aksi takdirde, yükümlülüğe aykırı davranan Devlet

⁷¹ Selmouni kararı, 28.07.1999, para 102.

⁷² Selmouni kararı, para 103.

⁷³ Ecevit Söyler, Bursa Barosu Dergisi, Yaşama Hakkı, İşkence ve İnsanlık dışı Muamele, Yıl : 2003, Sayı: 72, s.15.

Sözleşme'nin 3. ya da etkili başvuru hakkını tanıyan 13. maddelerinden⁷⁴ (bazen de her ikisinin) ihlalden ötürü mahkum edildiği Mahkeme içtihatlarından anlaşılmaktadır.

Yapılacak olan soruşturmanın, sorumlularının teşhis ve cezalandırmasını sağlamaya elverişli olması gerekmektedir. Şayet böyle tamamlayıcı bir yükümlülüğün varlığı kabul edilmezse, üçüncü maddedeki yasak uygulama açısından yetkisiz kalacaktır⁷⁵.

Mahkeme, tıbbi raporlar arasında çelişki mevcutsa, gözaltında başvuruçunun vücudunda meydana gelen yara bere izlerine başvuruçunun kendisinin sebebiyet verdiği dair kendisinden bir beyan alınmış olması, davalı Devleti sorumluluktan kurtarmayacaktır⁷⁶.

Sözleşme'nin 3. maddesinde güvence altına alınan hakkın özelliği, madde bakımından sonuçlar doğurmaktadır. İşkence yasağının büyük önemi ve özellikle işkence mağdurlarının korunmasız durumu düşünüldüğünde devletlere işkence olayları hakkında tam ve etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü yüklemektedir.

Buna göre, bir kimsenin Devlet görevlileri tarafından kendisine işkence yapıldığına dair savunulabilir bir iddiası bulunması halinde Sözleşme'nin 13. maddesine göre "etkili hukuk yolu" kavramı, uygun bir tazminatın denmesinin yanı sıra, işkenceden sorumlu olanların belirlenmelerini ve cezalandırılmaları amaçlayan ve şikayetçinin etkili bir biçimde katılmasını içeren bir usulle, tam ve etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir⁷⁷.

Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediği kanısına varmak için soruşturmanın niteliği hakkında bilgi vermektedir. Assenov ve Diğerleri kararında bir kimsenin polis veya devletin başka bir görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve 3. maddeyi ihlal edecek şekilde ciddi bir kötü muameleye tabi tutulduğuna dair savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde etkili bir soruşturma yapılmasını isteme hakkı doğacaktır⁷⁸. Bu

⁷⁴ AİHS'nin etkili başvuru hakkı başlığı altında düzenlenen 13. Maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir. "

⁷⁵ Önok, s. 183.

⁷⁶ Doğru, İşkence, s. 43.

⁷⁷ Doğru, İşkence, s. 167.

⁷⁸ Assenov ve Diğerleri - Bulgaristan kararı, 28 Ekim 1998, para. 102.

soruşturmanın, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte bir soruşturma olması gerekmektedir.

Mahkeme'ye göre soruşturmanın amacı, işkence veya kötü muameleden sorumlu olanların belirlenmelerine yönelik olmalıdır. Ayrıca, bu kişilerin cezalandırılmalarına yol açmak ve gerektiği takdirde mağdura tazminat ödenmesine imkan sağlayacak nitelikte olmalıdır. Sadece mağdura tazminat ödenmesini sağlayan, sorumluların ortaya çıkarılmalarını ve cezalandırılmalarını hedeflemeyen bir soruşturma yeterli görülmemektedir⁷⁹. Bu bağlamda, Mahkeme tam ve etkili bir soruşturmanın var olmadığı kanaatine varacaktır.

Mahkeme devletlerin, bireylerin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal iddialarını etkili bir şekilde "soruşturma yükümlülüğü" altında olduklarına dair yerleşik bir içtihadı sahiptir.

Komisyon ayrıca, AİHS m. 2 f. 2 bir ayaklanmayı bastırmak için "mutlak zorunluluk" halinde kuvvetin meşru olarak kullanılmasının Sözleşmeye aykırı olmadığını gösterdiğini belirtmiştir. Eğer bir ayaklanmada güvenlik kuvvetleri tekrar düzeni sağlamak için zorunlu olan asgari ölçüde kuvvet kullanmışlarsa, bu eylem Sözleşme'nin m. 3'e aykırılık şeklinde değerlendirilemeyecektir⁸⁰.

Mahkeme başvuru açısından AİHS m. 3 bağlamında kanıt getirme yükümlülüğü getirmektedir. Başvuru devlet kontrolünde (gözetim veya cezaevinde, vs.) aldığı yara izlerini bir doktor raporu veya benzeri dayanaklarla ortaya koymalıdır. Dayanakların başvuru tarafından sunulmaması halinde Mahkeme, iddianın kanıtlanmadığı sonucuna varabilmektedir. Mahkeme bazı davalarda, gözetim kötü muamele iddiasının kanıtlanmadığı sonucuna varmıştır⁸¹.

Devletin yara bereleri açıklamak için ileri sürebileceği argümanlardan biri, yara berelere bizzat mağdurun sebebiyet vermesinden kaynaklanmış olduğudur. Benzer şekilde devlet, eğer güç kullanmış ise, yaralanmaya sebebiyet veren güç kullanımının, yine mağdurun davranışının gerektirdiği şeklindeki bir argüman ileri sürecektir (şüphelinin kaçması veya suçun önlenmesi gibi). Çünkü Mahkeme'ye göre, özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimseye, bizzat kendi davranışının kesinlikle gerektirmediği bir güç kullanımı, insan onurunu zedeler ve kural olarak Sözleşme'nin 3.

⁷⁹ Doğru, İşkence, s. 170.

⁸⁰ Alderson, s. 68.

⁸¹ Doğru, İşkence, s. 8.

maddesinde yer alan hakkı ihlal eder⁸². Başka bir ifadeyle, ilgili devletin sorumluluğunu kanıtlayamaması durumunda, Mahkeme önündeki delillerden, başvurunun gözaltında veya cezaevinde açıklanamayan yaralar aldığı şeklinde bir sonuca varacaktır.

İlhan kararına konu olan olayda, yakalanma sırasında işkence olarak nitelendirilebilecek kadar ağır bir şekilde yaralanan başvurunun kötü muamele şikayeti bakımından savunulabilir bir iddianın varlığı Mahkeme tarafından kabul edilmektedir. Söz konusu davada, savcının, başvurunun ağır yaralandığını bilmesine rağmen, başvurunun düşmek suretiyle yaralandığını belirten güvenlik güçlerinin tuttuğu tutanağa dayanarak konuyla ilgili ayrı bir soruşturma yapmamıştır. Bu yüzden, Mahkeme, Sözleşme'nin 13. maddesine aykırılık tespit etmiştir. Benzer bir başka davada aynı maddenin ihlal edildiği kanısına varmıştır. Eğmez kararında, ağır şiddet kullanılarak gözaltına alınan başvurunun gözaltına alınırken gördüğü kötü muameleden savcılığın haberdar olmasına rağmen sorumlular hakkında cezai soruşturma açmaması durumunda maddenin ihlaline karar vermiştir⁸³.

Devlet görevlileri tarafından işkence veya kötü muamele yapıldığı iddiasının bulunması halinde, soruşturmayı hangi niteliklere sahip kişi veya organların yapması gerektiği önemli bir sorundur. Mahkeme, soruşturmanın bağımsız organlar tarafından yapılması gerektiğini aramıştır⁸⁴. Bu yönde vermiş olduğu kararlar mevcuttur. Mahkeme devlet görevlileri tarafından yapılan bir işkence veya kötü muamelenin soruşturmasının etkili sayılabilmesi için bazı kriterler belirlemiştir. Buna göre, araştırma yapmakla ve soruşturmayı yürütmekle görevli kişilerin olaya karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olmaları gerektiği belirtilmiştir⁸⁵.

Etkili ve bağımsız bir soruşturmanın varlığından bahsedebilmek için soruşturmacı ile soruşturulan kişi arasında hiyerarşik ve kurumsal bir bağ bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca, soruşturmacıların pratikte de bağımsız olmaları gerekir.

Mahkeme, Türkiye ile ilgili verdiği birçok kararında olduğu gibi, Mehmet Emin Yüksel kararında da, devlet memuru olan güvenlik görevlileri

⁸² Balogh-Macaristan kararı, 20.07.2004, para. 45.

⁸³ Doğru, İşkence, s. 172.

⁸⁴ Doğru, İşkence, s. 172.

⁸⁵ Bu yönde kararlar için bkz. Güleç ve Türkiye kararı, 27.07.1998, para. 81 -82; Oğur - Türkiye kararı, para 91-92.

tarafından yapıldığı iddia edilen kötü muameleler hakkında İdare Kurulları tarafından soruşturma yapılmasını ve soruşturmacı olarak güvenlik güçlerinin amirlerinin atanmasının bu organların bağımsızlığı yönünden Sözleşme'nin 13. maddesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir⁸⁶.

Soruşturmanın etkili olması kötü muameleden sorumlu olanların bulunmasına ve cezalandırılmalarına götüreceği nitelikteki bütün delillerin süratle toplanmasını ve korunmasını da içermektedir. Benzer şekilde soruşturma, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte olması gerekmektedir⁸⁷.

Mahkeme'nin önüne gelen davalarda tespit ettiği soruşturma eksiklikleri veya kusurları çok çeşitlilik arz etmektedir. Bunların çoğu, savcılık aşamasında meydana gelen eksiklik veya kusurlar olmakla birlikte, Mahkeme, yargılama aşamasında ulusal mahkemeler tarafından yapılan kusurlara da dikkat çekmektedir.

Dikme - Türkiye kararı konu olan olayda, Mahkeme'nin gözaltında işkence gördüğünü kabul ettiği başvuru, ulusal mahkemede çıkarıldığı ilk duruşmada yargıca işkence gördüğünü söylemiştir. Ayrıca, sorumlular hakkında şikayetçi olduğunu belirten dilekçe vermiş ve yara bere izlerini gösteren sağlık raporunu mahkemeye sunmuştur. Buna karşın, savcılık birkaç gün sonra görevsizlik kararı vermiştir. Benzer şekilde, sekiz ay kadar sonra da İl İdare Kurulu'nun kovuşturmaya yer bulunmadığına karar vermesi dışında bir soruşturma işlemi yapılmamıştır. Olayın üzerinden sekiz yıl geçmesine rağmen başvurucuya kötü muamele yapan görevlilerin hala belirlenememiş olmasını Mahkeme usul yönünden 3. maddeye aykırı olduğunu belirtmektedir⁸⁸.

Dalan kararına konu olan olayda ise, başvurunun gözaltında kötü muamele yapıldığına dair şikayeti üzerine savcı soruşturma başlatmıştır. Ancak gözaltı tutanağını imzalayanlardan sadece polis amirini dinlemiştir. Bunun sonucunda da başvurudaki yara bere izlerinin gözaltına direnme sırasında uygulanan meşru şiddet nedeniyle meydana geldiğine ikna olmuştur. Savcı söz konusu olayda takipsizlik kararı vermiştir. Mahkeme, başvurunun gözaltında kendisine kötü muamele yapan polisleri tanıyabileceğini söylemiştir. Buna rağmen, savcının diğer polislerin

⁸⁶ Ayrıca bkz. Talat Tepe - Türkiye kararı, 21 .11. 2004, para. 84; Sunal - Türkiye kararı, 25.01.2005, para. 60-63; Zülcihan Şahin ve Diğerleri - Türkiye kararı, 03.02.2005 ,para. 60-63.

⁸⁷ Doğru, İşkence, s. 174.

⁸⁸ Dikme - Türkiye kararı, 11. 07. 2000, para. 98-104.

bulunması, ifadelerinin alınması ve gözaltına alma işlemi gören tanıkların dinlenmesi için bir çaba göstermemiştir. Mahkeme bu açıdan yapılan soruşturmayı etkisiz bir soruşturma olarak gördüğünü belirtmiştir⁸⁹.

Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddeyle ilgili şikayetler açısından yapılan soruşturmanın özenle ve hızla yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Kötü muamele iddialarını soruşturan yetkililer tarafından bu iddialara hızla bir cevap verilmesi, halkın hukukun üstünlüğüne olan inancını pekiştirecektir. Bu açıdan hukuka aykırı eylemlere karşı hoşgörü ve işbirliği görüntüsünün engellenmesinde yapılan soruşturmanın en kısa zamanda sonuca ulaştırması gerekmektedir.

Toteva kararında, Mahkeme 67 yaşındaki bayan başvuruçunun, komşusunun şikayeti üzerine getirildiği karakolda kötü muamele gördüğüne dair kızının yaptığı şikayetin hızlı, yeterli ve etkili bir şekilde soruşturulmamış olmasını AİHS 3. maddesine aykırı olduğunu tespit etmiştir. Başvuruçuyu aleyhindeki şikayetin soruşturması, kovuşturması ve mahkumiyet 1 yıl içinde sonuçlandığı halde, başvuruçuya kötü muamele yapıldığı konusundaki şikayetin doğrulanmasının üzerinden 8 yıl geçmesine rağmen bir soruşturma yapılmamıştır. Ayrıca savcılık, hazır olduğu halde başvuruçunun yaralarına ilişkin tıbbi raporları toplamamıştır⁹⁰.

AİHM'ye göre bu durum, ulusal yargılama organlarının özensizliğinden kaynaklanmakta olup ve sanık polisler, aleyhlerine inkarı mümkün olmayan kanıtlar bulunmasına rağmen, dokunulmazlık zırhı tanımaktadır. Bu nedenle ceza hukuku yolu etkisiz duruma gelmiş ve sonuç olarak Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmiştir⁹¹.

Mahkeme, Rehbock- Slovenya kararında başvuruçuya aşırı güç kullanıldığını tespit etmiştir. Bu vakada başvuruçunun çene kemiği kırılmasına yol açtığı ileri sürülen kötü muamele, başvuruçunun gözaltına alma sırasında meydana gelmiştir. Mahkeme'ye göre bu olayda polisin gözaltına almayı önceden planladığını ve çıkması olası riskleri öngörebilmek bakımından yeterli zaman bulunduğunu söz konusu durumlardan anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, gözaltına alma operasyonunun polisin reaksiyon göstermesini gerektiren beklenmeyen gelişmelerin ortaya çıkmış olduğu bir raslantısal operasyon olmadığını göstermektedir. Söz konusu olayda 13 polisin 3 kişiyi gözaltına alması söz konusudur. Kaldı ki

⁸⁹ Dalan - Türkiye kararı, 07.07. 2005, para. 31-34.

⁹⁰ Toteva - Bulgaristan kararı, 19.05.2004, para. 61-66.

⁹¹ Doğru, İşkence, s. 183.

başvurucu açık şekilde silah taşımak yahut onlara saldırmak suretiyle polisleri de tehdit etmemiştir⁹².

Mahkeme, polis raporunda varılan sonuçlara karşın başvurucudaki yaraberenin ağırlığını dikkate almaktadır. Hükümetin, gözaltına alma sırasında kullanılan kuvvetin derecesini haklı gösterir ikna edici/makul veya güvenilir argümanlar süremediği görüşündedir. Dolayısıyla kullanılmış olan kuvvet bu vakanın şartları içinde aşırıdır ve haksızdır⁹³.

Söz konusu verilerden hareketle Mahkeme, kuvvetin bu biçimde kullanılmasının başvurucunun ağır ıstırap duymasına neden olduğundan var olan yaralardan hareketle bunun "insanlık dışı muamele" oluşturduğu görüşündedir. Bu nedenle, başvurucunun gözaltına alınması sırasında maruz bırakıldığı muamele bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği ortaya çıkmaktadır⁹⁴.

Mahkeme'nin görüşüne göre kişilerde olan yaraların ağırlığı ve uyuşmazlık konusu olgular ulusal bir mahkemede karara bağlanmamış olabilir. Ancak, bu durum devletlere, kullanılan kuvvetin aşırı olmadığına dair ikna edici gerekçeleri gösterme külfetinden mahrum bırakmayacaktır⁹⁵.

Berlinski-Polonya davasında⁹⁶ yer alan olayda, başvurucular gözaltına alınmaları sırasında, yaralanmalarına yol açacak şekilde polis tarafından dövüldüklerini ve bu yüzden, kötü muameleden şikayet etmektedirler. Mahkeme, başvurucularda ortaya çıkan yaraların, Sözleşme (md.3) kapsamında kötü muamele oluşturacak derecede yeterli ciddilikte ve ağırlıkta olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme, başvuruculardaki söz konusu durumun cop ile vurma ve göz yaşartıcı gazı sıkma suretiyle polislerin eylemi sonucu olduğu hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmadığını da tespit etmiştir. Keza, polislerin olay günü jimnastik salonunda başvurucuları gözaltına alırken ve gözaltına almaya karşı direnen başvurucuları polis aracına götürmek üzere kuvvet kullandığı hususu da ihtilaf konusu değildir.

Buna karşılık, başvurucuların polis aracına konulduktan sonra da dövüldükleri hususunda taraflar arasında uyuşmazlık vardır. Mahkeme, başvurucuların polis aracının içinde kelepçelenmiş olarak yere uzanmış

⁹² Gemalmaz, s.313.

⁹³ Rehbock- Slovenia , 28.11.2000, para. 76.

⁹⁴ Rehbock, para 77-78.

⁹⁵ Gemalmaz, s.313.

⁹⁶ Berlinski- Polonya, 20.06.2002, para. 60-65.

şekilde tutulurken dövüldükleri iddiasının ulusal düzlemde iki ayrı aşamada yürütülen soruşturma sonucuyla doğrulanmadığını not etmektedir. Mahkeme, her ne kadar ulusal makamların olguları tespit şekliyle bağlı değilse de, ilgili olayda, tarafların sundukları materyal temelinde, başvurucular tarafından ileri sürüldüğü şekilde polis aracı içinde kötü muamele yapılıp yapılmadığını belirlemenin oldukça güç olduğunu ifade etmektedir⁹⁷.

Uygulama da ciddi bir sorun olan gözaltına alınmadaki nakil araçlarındaki polisin tutumu, işkence boyutuna ulaşabilmektedir. Ancak yukarıda yer alan karardan da anlaşıldığı gibi söz konusu tutumların varlığının ispatlanması oldukça güçtür. Bu tür araçlarda tutanak tutma, video görüntüsü kaydı gibi önleyici sayılacak durumlar olmadığından polisin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında yargılanması da söz konusu olamayacaktır.

Mahkeme, başvurucuların 04 Ekim 1993 tarihinde, polisin reaksiyon göstermesini gerektiren, beklenmeyen gelişmelerin ortaya çıktığı bir operasyonla gözaltına alındıklarını tespit etmektedir. Ayrıca Mahkeme, altı polis memurunun iki başvurucuyu tesirsiz hale getirmeye çalışırken, başvurucuların vücut geliştirme çalışması yapan kişiler olduklarını, polisin jimnastik salonundan çıkmaları yönündeki sözlü talimatını reddetmek suretiyle polisin meşru eylemine etkili biçimde direnç gösterdiklerini ve iki polisi de tekmelediklerini dikkate almaktır. Ayrıca, başvurucular ancak polis tarafından silahla tehdit edilmeleri üzerine direnmekten vazgeçmişlerdir. Mahkeme, başvurucuların kolluk güçlerince yürütülen meşru bir talebe uyma şeklindeki basit ve demokratik toplumda genel yurttaşlık görevi olan yükümlülüklerle aykırı davrandıklarını tespit eden ulusal mahkeme kararına katılmaktadır. Dolayısıyla, anılan tarihte polis tarafından yapıldığı ileri sürülen kötü muamele iddiası bağlamında Sözleşme'nin ilgili maddesinin ihlal edilmediğine kanaat getirmiştir⁹⁸.

IV. Sonuç

Polisin mahkeme içtihatlarından anlaşılacağı üzere yapacağı tüm faaliyetlerde insan haklarını esas alarak bu haklara saygı göstermeli ve korumalıdır. Polisin zor kullanma yetkisi kapsamında ele alınan bu çalışmada AİHM bir takım kriterleri öne çıkmaktadır.

⁹⁷ Berlinski, para 60-61.

⁹⁸ Berlinski, para 63-65

Polisin zor kullanabilmesi için “gereklilik” ilkesine uygun davranması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle kullanılacak olan bu yetki kural olarak zorunlu olmalıdır. Bir diğer kriter “orantılık” ilkesidir. Bu ilke kapsamında polis yaptığı müdahalelerde aşırı güç kullanamayaktır. Bu ilkeler dışında “kanunilik” ilkesi de polisin müdahaleleri açısından önemlidir. Bu ilke kapsamında polis hangi şartlar altında zor kullanabileceği ve bu zorun hangi yoğunlukta olacağı belirtilecektir.

Söz konusu bu ilkelerin her hangi birinin yapılacak müdahalelerde olmaması durumunda Mahkeme tarafından Sözleşme’nin 3. Maddesinin ihlali olarak kabul edilmektedir. Bunun sonucunda müdahalenin kişi üzerinde yarattığı yoğun acı dikkate alınarak, işkence, kötü muamele ve insanlık dışı kategorilerinden biri sayılacağından madde ihlal edilmiş olacaktır

Polisin öncelikle temel hak ve hürriyetlere yapmış olduğu müdahalelerin hukuk zemininde kalması için polis yetkilerinin sınırını bilmelidir. Bu yönden AIHM içtihatlarında belirlenen kriterler oldukça önemlidir.

Ayrıca, işkence ve benzeri davranışlarla mücadelede Sözleşme devletlere bir takım yükümlülükleri sözleşme içtihatlarında vermiştir. Bunlar arasında bağımsız ve etkili soruşturma yöntem birçok kararında ele alınmıştır. Bu durum, söz konusu mücadele açısından elzemdir.

Sonuç olarak, polisin sergilemiş olduğu tüm insan hakları ihlallerinden devletler de sorumludur. Bu yüzden, işkenceyle etkin mücadele etmek devletin insan haklarına saygı gösterme ve koruma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir. Sözleşme’ye Taraf Devletlerin söz konusu yükümlülüklerinin bilincinde olarak Mahkeme’nin içtihatlarını dikkate almalıdır.

KAYNAKÇA

Aydın

Ahmet Hamdi Aydın, İnsan Hakları Açısından Polisin Güç Kullanma Yetkisinin Meşruiyeti, 21. Yüzyılda Polis(Editör: İbrahim Cerrah/Emin Semiz), 2. Baskı , Ankara 1999 , s. 105- 129

Alderson

J. Alderson, İnsan Hakları ve Polis (Çeviren :İhsan Kuntbay) , Ankara 1984

Bal/Beren

İhsan Bal/ Fatih Beren, Polis Etiği, Ankara 2003

Bergmans

Denis Bergmans, Community Policing as a Central Factor for a Modern Police Service,

- (Ed: İhsan Bal- M.Bedri Eryılmaz), Police Professional Ethics, Ankara 2002
- Cin* Onursal Cin, Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Dergisi, Cilt 8, Yıl: 2000, S. 1-2 , s. 665-686
- Doğru, İşkence* Osman Doğru, AIHS Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İstanbul 2006
- Dönmezer,* Sulhi Dönmezer, Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları, 5 Nisan 2002 tarihinde Yeditepe Üniversitesi'nde yapılan toplantıda sunulan bildiri, Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No: 6, İstanbul 2005
- Dursun* Serdar Kurban Dursun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Polisin Zor Kullanma Yetkisi ve Türkiye Uygulamaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü , Ankara 2006
- Eryılmaz* Bedri Eryılmaz, Toplumsal Olaylarda Orantısız Güç Kullanımı, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü(Editör: İlyas Doğan), Ankara 2009
- Fındıklı,* Remzi Fındıklı, Polislik Mesleğinin Özellikleri ve Mesleki Kimlik Olgusu, Polis Bilimleri Dergisi, Yıl: 2000, Sayı 5-6, s. 1-16.
- Gemalmaz* M. Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (madde 3/ İşkence Yasağı) Analizi, Ankara 2006
- Koç* Cihan Koç, Kolluğun(Jandarma ve Polisin) Adli Görevleri, Ankara 2002
- May/Headley* David A. May/James E. Headley, Reasonable Use of Force by Police, New York 2008
- Sönmez,* Nevzat Sönmez, Emniyet Teşkilatı ve Polis Meslek Hukuku ile Polisin Görev ve Yetkileri, Ankara 2003

- Söyler* Ecevit Söyler, Bursa Barosu Dergisi, Yaşama Hakkı, İşkence ve İnsanlık dışı Muamele, Yıl : 2003, Sayı: 72, s. 12-25
- Şafak* Ali Şafak, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002
- Şafak / Vahit Bıçak* Ali Şafak / Vahit Bıçak, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Ankara 1999
- Önok* R. Murat Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006

REFORM OF THE UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL

*Arş. Gör. Selman OZDAN**

INTRODUCTION

The UN Security Council is the crucial institution in the United Nations, because it has responsibility to provide international security and peace. Moreover, the Security Council has a power to enforce armed forces in order to prevent international conflicts. Recently, the Security Council has faced serious problems and it has been forced to make reform in the structure of Security Council. This paper analyzes the reform proposals for UN Security Council.

The first part of this paper gives a background of the United Nations Security Council. In the part II, this paper shows the UN Security Council's functions and powers in the international arena. In the third part, this paper examines the efficiency of Security Council by giving recent examples. In part IV, it is explained why there must be a reform in the Security Council. In the fifth section, the Security Council's reform plans are discussed. Section six propounds some perspectives of current and potential permanent members about the Security Council reforms. Finally, section seven concludes this paper by analyzing the current and proposed situation of Security Council.

I- THE BACKGROUND & STRUCTURE OF UN SECURITY COUNCIL

UN Security Council was established in 1946. During the Cold War, the world was separated into two polar opposites: The United States and Soviet Union. It was inevitable that many of the permanent Security Council member states were polarized. This situation disrupted the functions of UN Security Council. But, the intervention of UN members to South Korea in 1950 is an important fact to understand UN Security Council's power and in this case the Soviet Union was not presented at the vote.¹

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ Teng, M., Lusignan, B., (2003), *United Nations Security Council Reform*, EDGE Autumn

The Security Council consists of 15 UN member states and five of them were designated as permanent members in the Charter. The Permanent members are the United States, United Kingdom, France, Russia, and China. They have veto power which is the most important discussion for reforms in the UN Security Council. Ten non-permanent members are elected with two year terms that cannot be renewed. Non permanent members are regionally arranged.²

II- THE STATUS OF UN SECURITY COUNCIL IN THE INTERNATIONAL POLITIC ARENA

The United Nations Security Council has the primary responsibility under the UN Charter in order to maintain international peace and security.³ “The United Nations Security Council (UNSC) is at the heart of the world's collective security system.”⁴ The Security Council is one of the six main bodies of the United Nations. “It is organized to be able to function continuously, and a representative of each member states must be present at United Nations Headquarters at all times.”⁵ All member states have to agree with UN Security Council decisions. Therefore, it takes crucial place in the world stage.

The Security Council has extreme sanction power over the member states of UN. They have to abide by the Security Council decisions. In this context, the main purpose or function of the Security Council is a desired function (by all member states) which is to maintain international peace and security. The Council investigates every situation which might cause an

² *Id.*

³ UN Security Council, Background, Retrieved April 1, 2011, from http://www.un.org/Docs/sc/unsc_background.html

⁴ Morris, J., Wheeler, N. J., (2007), “*The Security Council's Crisis of Legitimacy and The Use of Force*”, Palgrave Macmillan, International Politics 44, Retrieved April3,2011,from<http://www.palgravejournals.com/ip/journal/v44/n2/full/8800185a.html>

⁵ Montessori Model United Nations Secretariat, (2010), *Security Council Background Guide*, Retrieved April 1, 2011, from http://www.montessori-mun.org/files/FileUpload/files/Background%20Guides%202010/MMUN_2010_SC_Background_Guide.pdf

international conflict. If the international conflict occurs, the Security Council primarily suggests reaching peaceful settlement between countries.⁶

Furthermore, the Security Council produces strategies to establish a regulated armaments system. The Security Council also decides whether a threat exists to the peace, if so the Council suggests what precautions should be taken. UN Security Council generally does not apply the force to prevent aggression, it applies non-force methods such as economic sanctions and the Council calls on the members to apply the non-force methods over a country which has an aggressive situation. Also it takes military precautions in order to prevent aggressions.⁷

Moreover, the Security Council can recommend a new member for the council to the United Nations member states and institutions. The Council also performs the United Nations' trusteeship roles in strategic areas.⁸

The United Nations Security Council's decisions are binding not only for UN member-states, but also for all states under the Chapter V Article 24 of UN Charter: That provision states, "In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf."⁹ Namely, The Security Council's decisions are universally binding, because of this reason it is very important to be a member of the Council for all countries.

Any movement or militate is illegal if UN Security Council does not approve and decide it. In other words', international movements become legitimate thanks to UN Security Council decisions.

THE RECENT EXAMPLE OF LIBYA

In the last decade, decisions of the Security Council have taken an important place in the international system. The recent case is the military intervention in Libya which is authorized by UN Security Council. NATO hadn't intervened in Libya until the Security Council made a decision to

⁶ UN Security Council, Functions and Powers, Retrieved April 2, 2011, from http://www.un.org/Docs/sc/unsc_functions.html

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

⁹ Charter of The United Nations, Chapter V: The Security Council, Article 24 §1, Retrieved April 2, 2011, from <http://www.un.org/en/documents/charter/chapter5.shtml>

intervene. The Security Council allowed the military intervention in Libya to prevent Gaddafi riblence.¹⁰

The UN Security Council resolution authorizing military force in Libya passed. Ten countries in the UN voted in favor of this intervention, however there were five abstentions which were China, Russia, Germany, India, and Brazil.¹¹ Therefore Resolution 1973 was adopted for Libya's plight. The Resolution demands "...an immediate ceasefire in Libya, including an end to the current attacks against civilians, which it said might constitute crimes against humanity."¹²

This Resolution 'was' imposed 'on a' no-fly-zone over Libya to apply force to block the Gaddafi's forces from attacking civilians.¹³ "The Council authorized Member States, acting nationally or through regional organizations or arrangements, to take all necessary measures to protect civilians under threat of attack in the country, including Benghazi, while excluding a foreign occupation force of any form on any part of Libyan territory - requesting them to immediately inform the Secretary-General of such measures."¹⁴

¹⁰ Cagiran, M. E., (2011), "Güvenlik Konseyi'nin Libya'ya Askeri Müdahale Kararı" (Military Intervention Which Is Authorized by UN Security Council in Libya), Center for Middle Eastern Strategic Studies, ORSAM, Retrieved April 2, 2011, from <http://www.orsam.org.tr/tr/yazigoster.aspx?ID=1597>

¹¹ Lynch, C., (2011), *Security Council Passes Resolution Authorizing Military Intervention in Libya*, Foreign Policy, Retrieved April 2, 2011, from http://turtlebay.foreignpolicy.com/posts/2011/03/17/security_council_to_pass_resolution_authorizing_military_intervention_in_libya

¹² *UN Security Council, 6498th Meeting (2011)*, "Security Council Approves 'No-Fly Zone' Over Libya, Authorizing 'All Necessary Measures' To Protect Civilians, By Vote Of 10 In Favour With 5 Abstentions", Department of Public Information, New York, Retrieved April 2, 2011, from <http://www.un.org/News/Press/docs/2011/sc10200.doc.htm>

¹³ Lynch, C., (2011), *Security Council Passes Resolution Authorizing Military Intervention in Libya*, Foreign Policy, Retrieved April 2, 2011, from http://turtlebay.foreignpolicy.com/posts/2011/03/17/security_council_to_pass_resolution_authorizing_military_intervention_in_libya

¹⁴ *Id.* UN Security Council, 6498th Meeting (2011)

III- QUESTIONING THE EFFICIENCY OF UN SECURITY COUNCIL

When it comes to the maintenance of international peace and security generally, and peace enforcement in particular, the United Nations has unrivalled legitimacy.¹⁵ During the recent years, the UN Security Council's functions, duties, and efficiency have been questioned. The UN Security Council is the only organ which decides to apply force for the sake of protecting security and peace in the world. However, some military interventions such as Kosovo intervention by NATO, have caused some doubts regarding legitimacy of the Security Council.¹⁶

This section deals with two military interventions which caused a legitimacy crisis in the UN Security Council: Iraq and Kosovo Interventions.

A. NATO INTERVENTION IN KOSOVO

In 1999, the Kosovo War caused an important legal discussion regarding the UN Security Council, because NATO intervention in Kosovo happened without authorization of the UN Security Council. Under the Charter of the UN Article 52¹⁷, NATO as a regional arrangement or agency may intervene for the sake of protecting international peace and security, however under the Article 53 of the UN Charter¹⁸, regional arrangements or agencies cannot

¹⁵ Evans, G., (2009), "*Comments by Gareth Evans to the Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP) Seminar on the Security Council and the G8, Berlin*", Retrieved April 3, 2011, from <http://www.gevans.org/speeches/speech316.html>

¹⁶ Akgun, B., (2009), "*Türkiye'nin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Üyeliği: Amac, Surec ve Beklentiler*", (The UN Security Council Membership of Turkey: The Aim, Process, and Expectations), Selçuk University The Center of Strategic Researches, Research Paper Series No: 1

¹⁷ "Nothing in the present Charter precludes the existence of regional arrangements or agencies for dealing with such matters relating to the maintenance of international peace and security as are appropriate for regional action provided that such arrangements or agencies and their activities are consistent with the Purposes and Principles of the United Nations."

¹⁸ "...no enforcement action shall be taken under regional arrangements or by regional agencies without the authorization of the Security Council, with the exception of measures against any enemy state..."

take any enforcement action unless the UN Security Council authorizes this decision.¹⁹

While some legal experts classify that NATO intervention in Kosovo is illegal, because the Security Council did not authorize this intervention, some legal experts highlight international humanitarian law or law of the collective emergency to defend NATO intervention in Kosovo.²⁰ The legal experts, who defend the NATO's intervention, also "take the authorization of the international security presence in Kosovo to exercise 'all necessary means' to fulfill its responsibilities as post facto approval of the military campaign."²¹ Kofi Annan, who was the UN Secretary General, emphasized that the NATO's intervention has legitimacy and the new norm of intervention emerged. In this sense, some experts underline that if the Security Council is insufficient taking measures, a coalition of states should entirely justify the new norm of intervention where large scale atrocities happen.²²

Ultimately, this intervention has caused a legitimacy crisis in the UN Security Council because while the UN Charter legalizes the NATO intervention, the Charter states that no intervention shall be taken without the Security Council authorization.

B. IRAQ INTERVENTION

In 2003, the United States intervention in Iraq also created a legitimacy crisis in the Security Council because the UN Security Council did not authorize this military intervention. Kofi Annan declared that the US-led invasion of Iraq was illegal and he emphasized that this war was not ratified by UN Security Council.²³

¹⁹ Legault, A., (2000), "NATO Intervention in Kosovo: The Legal Context", Canadian Military Journal, Spring 2000, Retrieved April 3, 2011, from <http://www.journal.dnd.ca/vol1/no1/doc/63-66-eng.pdf>

²⁰ *Id.*

²¹ Krieger, H., (2001), *The Kosovo Conflict and International Law: An Analytical Documentation 1974-1999*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, taken from its Introduction.

²² Legault, *Id.*

²³ Macaskill, E., Borger, J., (2004), "Iraq War Was Illegal and Breached", Guardian, cited by Global Policy Form, Retrieved April 3, 2011, from <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/167/35794.html>

There are three legal defensive claims in favor of US-led invasion in Iraq. First, this intervention was the legitimate counter to the significant threat of Weapons of Mass Destruction which were seized by terrorist organizations. Second, possession of WMD by Iraq could constitute a potential threat in the world. Last, this intervention was necessary, because international humanitarian law violated during the Saddam term in Iraq and Iraq needed to humanitarian intervention.²⁴

In the Bangkok meeting, some authors suggested the Iraq invasion was an archetypal case of humanitarian doctrine providing a fig leaf for aggression; others suggested that the invasion was properly justified on humanitarian grounds; and others still suggest that if it was not so justified, it should have been – an example of legitimacy outpacing legality.²⁵

While U.S. and UK asserted that this invasion relied on the Security Council Resolution 667²⁶ and 678²⁷ on Iraq, the Security Council did not

²⁴ Cockayne, J., Samii, C., (2004), *The Iraq Crisis and World Order: Structural and Normative Challenges*, International Peace Academy, United Nations University, and The King Prajadhipok's Institute, Retrieved April 3, 2011, from <http://unu.edu/p&g/iraqcrisis2/IraqCrisisREPORT.pdf>

²⁵ Wheeler, N., *The Norm of Humanitarian Intervention after Iraq*, paper presented at IPA-UNU-KPI Bangkok workshop, cited by Cockayne, J. *Id.*

²⁶ “Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, 1. Strongly condemns aggressive acts perpetrated by Iraq against diplomatic premises and personnel in Kuwait, including the abduction of foreign nationals who were present in those premises; 2. Demands the immediate release of those foreign nationals as well as all nationals mentioned in resolution 664 (1990); 3. Further demands that Iraq immediately and fully comply with its international obligations under resolutions 660 (1990), 662 (1990) and 664 (1990) of the Security Council, the Vienna Conventions on diplomatic and consular relations and international law. 4. Further demands that Iraq immediately protect the safety and well-being of diplomatic and consular personnel and premises in Kuwait and in Iraq and take no action to hinder the diplomatic and consular missions in the performance of their functions, including access to their nationals and the protection of their person and interests; 5. Reminds all States that they are obliged to observe strictly resolutions 661 (1990), 662 (1990), 664 (1990), 665 (1990) and 666 (1990); 6. Decides to consult urgently to take further concrete measures as soon as possible, under Chapter VII of the Charter, in response to Iraq's continued violation of the Charter, of resolutions of the Council and of international law.”

authorize this military intervention. This situation has created a legitimate problem in UN Security Council and also Security Council was deactivated in this operation.

IV- WHY THE SECURITY COUNCIL SHOULD REFORM?

There are several reasons that may force the UN Security Council to reform on its system. While international relations change and transform to more complex system, the Security Council continuously needs some reforms. In this section, five major reasons are demonstrated for reform in the UN Security Council.

First, the number of UN members has increased since it was established.²⁸ “In 1945, representatives of 50 countries met in San Francisco at the United Nations Conference on International Organization to draw up the United Nations Charter.”²⁹ International organizations have changed and also UN has many member states not only from Western Europe and Latin America, but also from Asia and Africa.³⁰ The non- permanent members of Security Council are regionally arranged. Increasing number of UN member states incorporate’s new regions to the United Nations. Now, the UN has 192 member states, it means almost quadruple of the total member number in 1945.

²⁷ “Acting under Chapter VII of the Charter, 1. Demands that Iraq comply fully with resolution 660 (1990) and all subsequent relevant resolutions, and decides, while maintaining all its decisions, to allow Iraq one final opportunity, as a pause of goodwill, to do so; 2. Authorizes Member States co-operating with the Government of Kuwait, unless Iraq on or before 15 January 1991 fully implements, as set forth in paragraph 1 above, the above-mentioned resolutions, to use all necessary means to uphold and implement resolution 660 (1990) and all subsequent relevant resolutions and to restore international peace and security in the area; 3. Requests all States to provide appropriate support for the actions undertaken in pursuance of paragraph 2 of the present resolution; 4. Requests the States concerned to keep the Security Council regularly informed on the progress of actions undertaken pursuant to paragraphs 2 and 3 of the present resolution; 5. Decides to remain seized of the matter.”

²⁸ Ronzitti, N., (2010), *The Reform of The UN Security Council*, Istituto Affari Internazionali, Documenti IAI 10, p. 6, Retrieved April 3, 2011, from <http://www.iai.it/pdf/DocIAI/iai1013.pdf>

²⁹ History of The United Nations, Retrieved April 3, 2011, from <http://www.un.org/aboutun/unhistory/>

³⁰ Ronzitti, *Id.*

Second, after the end of Cold War, UN Security Council's role has become more important crucial significant.³¹ "The Council initially viewed its role as preventing a third world war. As the Cold War came to define global politics, the Council moved to tackle prevention of regional conflicts (often between client states or proxies of the superpowers) from spilling into a global conflagration. In this, the Council made a helpful contribution on several occasions."³² The end of the Cold War has brought up more obligations for the UN Security Council. The Council has become effective and problem solver in the international arena. For example, the Security Council had taken over the administration of Kosovo before gaining independence.³³ Also the Council takes a crucial role for peacekeeping cases. Therefore, increasing responsibility of UN Security Council compels it to reform in the Council's system and structure.

Third, "the Security Council has entered its legislative phase."³⁴ The UN Charter Article 24 endows the Security Council to take primary responsibility for the maintenance international peace and security³⁵, and also this Article provides that the UN Security Council can act on behalf of all UN member states.³⁶ Also UN Charter Article 25 provides a power to take decisions on measures to be carried out by member states. Compulsory sanctions take place in this framework.³⁷ The World legislature role of the Security Council has started with adoption of Resolution 1373³⁸, (this resolution was adopted after the September 11th event) and in this resolution, Security Council unanimously adopts wide-ranging anti-terrorism resolution; calls for suppressing financing, improving international cooperation.³⁹ The most recent example is Resolution 1973, in this resolution, Security Council

³¹ *Id.*

³² Malone, D. M., (2008), *The UN Security Council: From The Cold War to The 21st Century*, International Development Research Center, p. 4

³³ Ronzitti, *Id.*

³⁴ Talmon, S., (2005), "The Security Council As World Legislature", *The American Journal of International Law*, Vol. 99:175, p. 175

³⁵ Rosand, E., (2004), "The Security Council As Global Legislator: Ultra Vires or Ultra Innovative", *Fordham International Law Journal*, Vol. 28 Issue: 3, p. 552

³⁶ United Nations Charter, Article 24(1)

³⁷ Ronzitti, *Id.*

³⁸ Talmon, *Id.*

³⁹ See <http://www.un.org/News/Press/docs/2001/sc7158.doc.htm>

approves ‘no-fly zone’ over Libya, authorizing ‘all necessary measures’ to protect civilians.⁴⁰ Furthermore, the UN Security Council created two ad hoc criminal tribunals which are the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY – Resolution 827 in 1993) and the International Criminal Tribunal for Rwanda⁴¹ (Resolution 955 in 1994). The enlargement and transformation of the Security Council’s power as a legislator require reforms in order to place this role in the system.

Fourth, new security threats occur in the world. “The international community is facing new and dangerous threats, stemming from international terrorism, WMD proliferation and failed States.”⁴² Kofi Annan, highlighted these threats to foster reform in the UN system and he presented⁴³ two choices to show that reforms are vital for UN; he said in General Assembly “the UN must either change its understanding of preemption to meet new threats like nuclear terrorism, or clearly assert the continuing validity of the principles on use of force adopted in 1945.”⁴⁴ The UN Security Council is compelled to reform in order to respond the new and more dangerous global threats in the international arena.

The final reason, for reform in the Security Council, is the use of armed forces by states. Chapter VII Article 43 Paragraph 1⁴⁵ of the UN Charter allows the States the use of armed force, furthermore the principle of using armed force is enshrined in Chapter VII Article 51 of the UN Charter which states “Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective *self-defence* if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken

⁴⁰ See <http://www.un.org/News/Press/docs/2011/sc10200.doc.htm>

⁴¹ Ranzotti, *Id.* p. 7

⁴² *Id.*

⁴³ Kofi Annan made this speech to the General Assembly on September 23, 2003

⁴⁴ Srulevitch, A., (2005), “*In Larger Freedom: Kofi Annan’s Reform Proposal*”, Committee on UN and Related Matters, Conference of Presidents of Major American Jewish Organizations, Retrieved April 4, 2011, from <http://www.conferenceofpresidents.org/media/user/images/unreform.pdf>

⁴⁵ “All Members of the United Nations, in order to contribute to the maintenance of international peace and security, undertake to make available to the Security Council, on its call and in accordance with a special agreement or agreements, armed forces, assistance, and facilities, including rights of passage, necessary for the purpose of maintaining international peace and security.”

measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of *self-defence* shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.”⁴⁶ The main purpose of Chapter VII is that in case of threatening peace in international arena, this Chapter gives the Security Council the power to authorize States to intervene by using armed forces.⁴⁷

UN Security Council consists of fifteen members and five members of them are permanent members which are the United States, China, United Kingdom, Russia, and France.⁴⁸ “The non-permanent members of the Security Council shall be elected for a term of two years.”⁴⁹ According to the UN Charter Article 27(3)⁵⁰, at least nine Security Council members⁵¹ “including the concurring votes of the permanent members”⁵² should vote to support the UN Security Council’s authorization for using of force.⁵³ “This requirement arms each Permanent member with a veto that allows it to single-handedly block the Security Council from *collectively authorizing* other states to use force.”⁵⁴

Professor Allen S. Weiner emphasizes the difference between using of force under the collective security regime and having the self defense right in emergency situation, because the collective authorization essentially

⁴⁶ UN Charter, Article 51

⁴⁷ Ranzotti, *Id.*

⁴⁸ UN Charter Article 23(1)

⁴⁹ UN Charter Article 23(2)

⁵⁰ “Decisions of the Security Council on all other matters shall be made by an affirmative vote of nine members including the concurring votes of the permanent members; provided that, in decisions under Chapter VI, and under paragraph 3 of Article 52, a party to a dispute shall abstain from voting.”

⁵¹ Benard, A., Leaf, P. J., (2010), “*Modern Threats and The United Nations Security Council: No Time for Complacency (A Response to Professor Allen Weiner)*”, Stanford Law Review, Vol. 62, Issue 5, California, p. 1399

⁵² UN Charter Article 27(3)

⁵³ Benard, *Id.*

⁵⁴ Benard, *Id.*

is not unilateral right.⁵⁵ “In view of the capacity of any of the five Permanent Members of the Security Council to veto a proposed resolution authorizing the use of force, this means that collective security measures are available only when there is unanimity among the Permanent Members in favor of such measures.”⁵⁶ In this sense, the UN Charter Article 2 Paragraph 1 highlights by stating “The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members”⁵⁷, however the veto right of permanent members creates a reservation in this article. Furthermore, since 1945, the UN member numbers have significantly increased and the size of Security Council were scaled up from 11 to 15 in 1965.⁵⁸ However, the UN has 192 members and 15 members for the Security Council remains incapable in terms of representation of regions.⁵⁹

V- REFORM OF THE UN SECURITY COUNCIL

“While the Security Council is potentially the most powerful body within the U.N. system, its effectiveness is often undermined by the threat or use of the veto by the Permanent Members.”⁶⁰

The Security Council is a predominant organ beyond any doubt in the United Nations. The UN Charter builds the powerful structure of Security Council by providing a power to take decision for using armed forces of the UN member states. The Security Council carries a responsibility to maintain and keep global peace and security. And in this sense all of the Security Council decisions bind all UN member states and also all non-member

⁵⁵ Weiner, A. S., (2006), “*The Use of Force and Contemporary Security Threats: Old Medicine for New Ills*”, Stanford Law Review, Vol. 59, Issue 2, California, p. 425

⁵⁶ Weiner, *Id.*

⁵⁷ UN Charter, Article 2(1)

⁵⁸ Weiss, T. G., (2003), “*The Illusion of UN Security Council Reform*”, The Washington Quarterly, Autumn 2003, The Center for Strategic and International Studies and the Massachusetts Institute of Technology, p. 147

⁵⁹ Akgun, B., (2009), “*Türkiye’nin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Üyeliği: Amac, Surec ve Beklentiler*”, (The UN Security Council Membership of Turkey: The Aim, Process, and Expectations), Selcuk University The Center of Strategic Researches, Research Paper Series No: 1, p. 4

⁶⁰ Scharf, M. P., (2007), *The Law of International Organizations: Problems and Materials*, Carolina Academic Press, Second Edition, Durham, North Carolina, p. 429

states. Therefore, its decisions become world-wide binding decision. It is very important to get a place in the Security Council for countries because of the Security Council's power.⁶¹

However, as previously stated there are reasons those force the UN Security Council to reform. International system and global world order have been dramatically changing since the end of Cold War. The UN Security Council has to adopt this new system as an only UN organ which maintains the global peace and security.

The UN and especially Security Council need to make reform which helps to the UN to adopt the new global order. In this context, the reform discussions have been come up about the *veto right* and the *Security Council members number* since 1960.⁶²

The Security Council has been become “non-representative of the membership of the United Nations as a whole,”⁶³ and the United Nations member states, who do not exist in the Security Council, do not exactly obey the decisions of UN Security Council. Because of this reason, the United Nations Security Council takes into consideration some reform proposals.⁶⁴

A. THE MOST IMPORTANT REFORM: “A MORE SECURE WORLD”

Kofi Annan, who was the Secretary General of the United Nations, suggested two models (*Model A & Model B*) for the Security Council reform⁶⁵. “Model A and Model B do not use the present groupings, but divide the world by different categories: Africa, Asia Pacific, Europe, and the Americas.”⁶⁶ The new recommended members who represent different regions would increase the UN Security Council's efficiency and functionality in the international system.

⁶¹ Akgun, *Id.*

⁶² Akgun, *Id.*

⁶³ Scharf, *Id.*

⁶⁴ Scharf, *Id.*

⁶⁵ London, J., (2007), “*INCIPE-KAS International Conference: The Reform of the United Nations Security Council: What Role for the European Union?; United Nations and Security Council Reform: Proposals for the Future*”, INCIPE, Retrieved April 9, 2011, from <http://www.incipe.org/UNSCreform.html>

⁶⁶ Zorn, M., (2007), “*The United Nations Security Council: Reforms Concerning Its Membership – An Overview*”, Center for UN Reform Education, p. 2, Retrieved April 9, 2011, from www.centerforunreform.org

According to *Model A*, six new permanent members seat in the Security Council without using the veto power.⁶⁷ These additional six new permanent members would be G4 nations (Brazil, Germany, India, and Japan), one representative state from Arab League, and one representative from African nation.⁶⁸ Moreover, the *Model A* provides three new non-permanent members for the Security Council.⁶⁹

Table I⁷⁰: According to Model A, the Structure of UNSC and Its Member Number

Regional area	No. of States	Permanent seats (continuing)	Proposed new permanent seats	Proposed two-year seats (non-renewable)	Total
Africa	53	0	2	4	6
Asia and Pacific	56	1	2	3	6
Europe	47	3	1	2	6
Americas	35	1	1	4	6
Totals model A	191	5	6	13	24

According to *Model B*, there is no new additional permanent member in the Security Council.⁷¹ However, this Model “creates a new category of eight four-year renewable-term seats and one new two-year

⁶⁷ “A More Secure World: Our Shared Responsibility”, (2004) Report of the Secretary General’s High Level Panel on Threats, Challenges, and Change, United Nations, Graphic Design Unit, United Nations Department of Public Information, Retrieved April 9, 2011, from <http://www.un.org/secureworld/report2.pdf>

⁶⁸ London, *Id.*

⁶⁹ “A More Secure World: Our Shared Responsibility”, *Id.*

⁷⁰ Annan, K., “In Larger Freedom: Towards Development, Security, and Human Rights for All”, United Nations Report, Retrieved April 9, 2011, from <http://www.un.org/largerfreedom/chap5.htm>

⁷¹ London, *Id.*

nonpermanent (and non-renewable) seat, divided among the major regional areas”⁷² as demonstrated below.

Table II⁷³: According to Model B, the Structure of UNSC and Its Member Number

Regional area	No. of States	Permanent seats (continuing)	Proposed four-year renewable seats	Proposed two-year seats (non-renewable)	Total
Africa	53	0	2	4	6
Asia and Pacific	56	1	2	3	6
Europe	47	3	2	1	6
Americas	35	1	2	3	6
Totals model B	191	5	8	11	24

These two models show that the new proposals are arranged in order to keep and maintain international peace and security. In this context, the recommended new members (permanent or non-permanent) are elected by taking into consideration the most appropriate regional representatives in the Security Council. The financial state of the proposed countries becomes the most important norm in these two models.⁷⁴

Both models do not propose to abolish the status of permanent members; these models only propose to change the number of permanent member's'. While the Model A abolished the veto power of permanent members, the Model B does not require any change about veto right. The Model B determines two different statuses for non-permanent members. Therefore, the reaction of five permanent members would be reduced against the reform. Furthermore, this reform provides that the non-permanent

⁷² “A More Secure World: Our Shared Responsibility”, *Id.*

⁷³ Annan, *Id.*

⁷⁴ “A More Secure World: Our Shared Responsibility”, *Id.*

members would have a quasi status of the Permanent Members in the Security Council.⁷⁵

B. THE VETO POWER

Each of the five permanent members has the right to veto any proposed resolution.⁷⁶ By reason of the veto right “the permanent members of the UN Security Council are guaranteed the ability to defeat any unwanted resolution.”⁷⁷ The limiting or abolishing permanent members’ veto right appears as very highly controversial issue⁷⁸, because permanent members do not give up their veto power voluntarily.⁷⁹

Actually, the permanent members’ veto power impeded the Security Council during the Cold War. For example, the Soviet Union (USSR) used its veto right 81 times to block new countries from becoming the U.N. member. The confliction between the West (led-by US) and East (led-by USSR) made the Security Council inactive in terms of making decision. Security Council decisions could never be exercised unless the most powerful countries (permanent members) approve this decision.⁸⁰

The Permanent Members abused the veto right to protect their interests, because of this reason the Security Council could not do many things to maintain international security and peace.⁸¹ Essentially, the solution of this veto problem is up to “whether the major powers can

⁷⁵ Akgun, *Id.* p. 6

⁷⁶ Chan, S., (2003), “*Power, Satisfaction, and Popularity: A Passion Analysis of UN Security Council Vetoes*”, SAGE, Retrieved April 9, 2011, from <http://cac.sagepub.com/content/38/4/339>

⁷⁷ Chan, *Id.*

⁷⁸ Amb. Benze, G., (1999), “*Creating a New UN Security Council*”, Yale Daily News, cited by Scharf, M. P., (2007), *The Law of International Organizations: Problems and Materials*, p. 435

⁷⁹ Butler, R., (1999), “*United Nations: The Security Council Isn’t Performing*”, International Herald Tribune, cited by Scharf, *Id.* p. 432

⁸⁰ Benze, *Id.*

⁸¹ Butler, *Id.*

voluntarily agree to a more constructive interpretation of the nature of the veto and of the uses to which it may legitimately be put.”⁸² It is possible that when the United States voluntarily disciplines its veto power, in that case other permanent members could act as US.⁸³

The permanent members naturally do not want to make concession by transferring the veto right onto the new permanent members. In this context, “the German proposal envisages to extend a limited right of veto to the new members until a yet to be formed working group will agree on a final modus. Such a ‘probation phase’ would help overcome the reservations of the permanent members.”⁸⁴

Guido de Marco⁸⁵ suggested changing the veto power of permanent members. In this sense, he recommended that “a veto could only be tabled if at least two countries voted against a decision, a change which would limit the possibilities of blocking a vote.”⁸⁶

Eduardo Vargas Toro proposed three ways limiting the veto power of Permanent Members by emphasizing that the averting of the veto is not an applicable solution. First, using limitations for veto “would be a renewed call to adopt the failed 1945 Australian amendment. This amendment would restrict the use of the veto to decisions taken under Chapter VII of the Charter, thereby permitting the *whole* Security Council to act with more authority and unity in the many cases falling under Chapters VI and VIII.”⁸⁷ The second recommendation is pretty similar with Guido de Marco’s suggestion which is that any decision could not be vetoed by only one Permanent Member. Toro highlights that in the case of having two Permanent Members’ veto would create more legitimacy situation than

⁸² Butler, *Id.*

⁸³ Butler, *Id.*

⁸⁴ Benze, *Id.*

⁸⁵ Guido de Marco was the sixth President of Malta.

⁸⁶ “*U.N. Reforms Could Limit Security Council’s Power of Veto*”, (1999), Agence France Presse, July 8, 1999, cited by Scharf, M. P., (2007), *The Law of International Organizations: Problems and Materials*, p. 437

⁸⁷ Toro, C. E. V., (2008), “*UN Security Council Reform: Unrealistic Proposals and Viable Reform Options*”, American Diplomacy Publishers, Chapel Hill, NC, Retrieved April 10, 2011, from http://www.unc.edu/depts/diplomat/item/2008/1012/comm/vargas_un.html

having only one member's veto of permanent members.⁸⁸ Third way is that "countries invoking the veto should be required to state and defend their reasons."⁸⁹ Therefore, a divide between permanent members and non-permanent members would be slightly combined.⁹⁰

Ultimately, the veto right should be abolished or restricted in order to make decision consistently and practice these decisions immediately.

VI- THE PERSPECTIVE OF POTENTIAL AND CURRENT PERMANENT MEMBERS REGARDING SECURITY COUNCIL REFORM ISSUES

The potential members (India, Japan, Brazil, and Germany) are very important part for the Security Council reform, because some reforms such as abolishing or sharing veto power and increasing member number of Security Council up to these potential members. If these members become the permanent members, the Security Council would affect more in the global world, because the new regional representatives will join the Security Council. Therefore, the Security Council would make decisions by taking into consideration all regions in the world.

A. CURRENT PERMANENT MEMBERS

China: It does not obviously support the radical changes in the Security Council, because it has already veto power. Ambassador Shen Goufang argued what reforms would be more effective for UN Security Council. Goufang prefers more transparent, democratic, and comprehensive working methods instead of big radical expansion in the UN Security Council.⁹¹ Goufang also emphasized that "instead of losing veto power, Permanent Members of the Security Council should exercise caution when thinking of using the veto."⁹²

France: It would not voluntarily give up its veto right. However, it is ambiguous whether France wants to give a veto power to the new permanent

⁸⁸ Toro, *Id.*

⁸⁹ Rottschedt, I., (2004), "German Hopes for UN Security Council Seat Dampened", Deutsche Welle, Retrieved April 10, 2011, from <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,1302199,00.html>.

⁹⁰ Toro, *Id.*

⁹¹ Teng, M., Lusignan, B., (2003), *United Nations Security Council Reform*, EDGE Autumn, pp. 13 - 14

⁹² Statement on the Veto by Ambassador Shen Guofang in Apr 23, 1998 to the Working Group on Reform, cited by Teng, *Id.* p. 14

members, because the old President of France Jacques Chirac supported the expansion of Security Council to form more international legitimacy.⁹³

United Kingdom: Robin Cook, who was the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, supported expansion in the Security Council by stating “the Security Council must move on if it is not to lose its legitimacy. Japan and Germany should be included in an expanded permanent membership, and there should be a new balance between developed and developing countries in a modernized Security Council. We are all agreed on the need for change; we have been discussing it for four years. It is time that we agreed that a proposal for change which has the backing of the vast majority of Members is better than a status quo which has the backing of none.”⁹⁴

USA: The US supports the limited expansion for both permanent and non-permanent members. The US also says that the new permanent members should have a specific name. It holds no brief for giving a veto power for the new permanent members. According to the USA, none but permanent members (current) can have the veto right in the Security Council.⁹⁵

Rusia: Russia emphasized that “so far none of the existing models of reforming the Council enjoys prevailing support in the UN”⁹⁶, so this statement challenges with the idea which supports overwhelmingly the new four permanent members (India, Germany, Japan, and Brazil).⁹⁷

B. POTENTIAL PERMANENT MEMBERS

India: It has the most second crowded population in the world. Its economic power is growing. “Indian permanent membership is opposed by Pakistan, a long-time foe in several wars. Even today they still have trouble relations over arms racing, the disputed Kashmir region, and Pakistan-based terrorist attacks. China also has territorial disputes with India. Initially, China was opposed to India. However, due to stronger economic ties in

⁹³ Teng, *Id.*

⁹⁴ Cook, R., (1997), “*Selected Quotations on the Subject of UN Reform*”, 52nd UN General Assembly, cited by Teng, *Id.* p. 15

⁹⁵ Ronzitti, N., (2010), *The Reform of The UN Security Council*, Istituto Affari Internazionali, Documenti IAI 10, p. 12, Retrieved April 3, 2011, from <http://www.iai.it/pdf/DocIAI/iai1013.pdf>

⁹⁶ Ronzitti, *Id.*

⁹⁷ Ronzitti, *Id.*

recent years, China probably would support India's bid for a permanent seat, but without a veto.”⁹⁸

Germany: It has the fourth largest economy in the world and it is the economic engine of the European Union.⁹⁹ Germany’s armed forces have a crucial role for the UN. It has really important difficulty for being permanent member in the Security Council. “Italy and Spain resent being passed over for consideration themselves. There also are serious misgivings from other regions, since there are already two European countries (France and United Kingdom) in permanent seats. African and Muslim countries are advocating that the Security Council should balance the number of permanent membership in terms of different regions.”¹⁰⁰

Japan: It has the third biggest economy in the world.¹⁰¹ The USA supports Japan to become one of the permanent members in the Security Council; however North Korea, South Korea, and China are not favor of Japan for being permanent member. Even though the US’s stand-by, the US does not want to give a veto right to Japan.¹⁰²

Brazil: It is getting involved the global issues more than before. Argentina, Colombia, and Mexico are not comfortable with the permanent membership of Brazil, because they apprehend “that Brazil’s permanent membership will enhance the country's competitiveness in South America and are especially suspicious of a Brazilian veto.”¹⁰³

VII- CONCLUSION

The UN Security Council has the most powerful position among all UN institutions. It has responsibility to keep international peace and security in the international arena. The Security Council has faced some global

⁹⁸ Jiang, S., (2011), “*Issue Brief for the GA Sixth Committee: Legal; UN Security Council Reform*”, ODU Model United Nations Society, p. 3, Retrieved April 10, 2011, from <http://al.odu.edu/mun/docs/Issue%20brief%202011%20-%20UN%20Security%20Council%20Reform.pdf>

⁹⁹ “*An Overview of Germany’s Economy*”, (2011), Euro Challenge, Retrieved April 10, 2011, from <http://www.euro-challenge.org/doc/Germany.pdf>

¹⁰⁰ Jiang, *Id.*

¹⁰¹ Lah, K., (2011), “*Japan: Economy Slips to Third in World*”, CNN, Retrieved April 10, 2011, from <http://edition.cnn.com/2011/BUSINESS/02/13/japan.economy.third/index.html>

¹⁰² Jiang, *Id.*

¹⁰³ Jiang, *Id.* p. 2

problems. Some military interventions such as NATO intervention in Kosovo were carried out without approval of UN Security Council. Moreover, the Security Council needs to have more regional representatives, because the number of UN members is significantly increasing and this situation demonstrates that the UN has not enough regional representatives in the global world.

These changes and development force 'the UN' to reform in the Security Council. In this sense, the UN Security Council should expand its permanent and non-permanent members to provide the representative for new regions. Also, veto power should be restricted or abolished, because the veto right is a very important obstacle to decision-making in the Security Council. In the case of expanding the permanent members, the veto power should provide for new permanent members in order to increase the international legitimacy of Security Council. However, this recommendation is not obviously accepted by the current permanent members, because this situation would diminish their sovereignty in the Security Council.

ÇEVRE HAKKININ KORUNMASI VE KİMYASALLARIN ZARARLI ETKİLERİNİN ÖNLENMESİ BAKIMINDAN AB KİMYASALLARIN KAYDI, DEĞERLENDİRİLMESİ VE RUHSATLANMASI DÜZENLEMESİ

*Mehmet Ali ZENGİN **

Özet

Günümüz dünyasında her şey büyük bir hızla değişmekte olup bu değişimi takip edememekteyiz. Teknolojik gelişmelerin hayallerimizi zorlamasına rağmen bu durum pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Bu noktada kirlilik ve bunun canlıların sağlığı üzerindeki etkilerinin en önemli sorunlardan biri olduğu söylenebilir. Diğer yandan, kimya endüstrisi tüm diğer endüstriler ve ekonomi üzerinde baskın bir etkiye sahiptir. Bu nedenle kimya endüstrisiyle ilgili düzenlemeler taraflar arasında dengenin sağlanması için konuyu geniş bir perspektiften ele almak zorundadır. Ancak tüm bunların ötesinde, canlıların sağlığını listemizin ilk sırasına koymak zorundayız. Bununla birlikte yeşil alternatifleri olmayan zararlı kimyasalların risklerini sıfır noktasına getiremesek de zararlı kimyasalların alternatifi yeşil kimyasalları üretecek yeni teknolojilerin teşvik edilmesi gerekmektedir. Bu noktada tüm bu yeniliklerin uygun düzenlemelere ihtiyaç duyacağı söylenebilir. Bu çalışmada çağdaş bir düzenleme olarak Avrupa Birliği'nin temel düzenlemesi REACH inceleme altına alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yeşil Kimya, Çevrenin Korunması, İnsan Hakları, REACH. .

1.Giriş

Çevrenin korunması bakımından günümüzde karşılaşılan en önemli sorunların başında kimyasal atıkların çevreye ve insan sağlığına verdiği zararlar gelmektedir. Buna göre kimyasal ürünlerin hayatımızın her alanında var olduğu kaçınılmaz bir gerçekliktir. Bununla birlikte bu kimyasalların içeriklerine ve meydana getirdikleri zararlı etkilere dair detaylı bir veri tabanı oluşturulmuş değildir. Bu noktada konunun ele alınışı ve kimyasalların kullanımlarına dair sınırlayıcı yasal düzenlemelerin ortaya konulması konusunda pek çok engelin bulunduğu belirtilebilir. Özellikle

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

kimyasal ürünlerin ekonomi içerisindeki ağırlığı ve firmaların rekabet güçleri dikkate alındığında konunun karmaşıklığı daha da iyi anlaşılacaktır. Bugün gelinen noktada artık yasal düzenlemelerin müdahale alanı aktüel sorunlarla sınırlı değildir. Buna göre artık yasal düzenlemeler insanı ve çevreyi kimyasallara bağlı risklere karşı da korumaya yönelmektedirler.¹ Bu nedenle bugün REACH, AB endüstriyel ekonomisi, halk ve çevre sağlığının korunması bakımlarından uzlaşa sağlanmasına yönelik tartışmaların merkezinde bulunmaktadır.² Bu noktada REACH³ konu bakımından ele alınabilecek temel bir düzenleme niteliğindedir. Ancak REACH'in hazırlanış sürecinde de AB bünyesindeki kimya şirketlerinin rekabet güçlerine dair ekonomik kaygılar, düzenlemelerin uygulanması maliyetleri gibi konular AB kurumlarının REACH konusundaki hareket alanını sınırlamıştır. Buna göre belirlenen standartlara uyma mecburiyeti bulunmayan AB dışındaki firmalar kendilerine yeni pazarlar bulma konusunda avantajlı konuma geçebileceklerdir. Bu gibi kaygılar nedeniyle kimya endüstrisi lobisi ve AB dışındaki önemli ülkelerin baskıları sonucunda minimum veri sağlanması, alternatiflerin düşünülmesi ve gözetim görevi gibi konularda REACH'in kapsamı konusunda tavizler verilmek zorunda kalındığı ifade edilmektedir.⁴ Buna rağmen REACH halen kimyasalların kullanılması konusunda bazı önemli ilkelere sahiptir. Örneğin, REACH kimyasal ürün üreticileri veya ithalatçılarına ürünlerinin güvenli olduklarına dair bir ispat yükü getirmektedir. Bu noktada REACH kimyasal ürünlerin global alanda temini ve uluslar arası standartların değerlendirilmesi konusunda bir dalga etkisi meydana getirecektir.⁵ Yine REACH sayesinde kimyasalların ticaretiyle ilgili birlik içerisinde ortak bir piyasa oluşturularak tüm üretici ve tüccarlar için aynı gereklilikler ortaya konulacaktır.⁶ Öte yandan devletler temel insan haklarına özellikle de sağlık hakkına tam ve özgür bir şekilde ulaşılması konusunda yasal yapıları oluşturmakla yükümlü kılınmışlardır. Bu noktada özellikle uluslararası insan hakları hukukunun fiziksel ve mental sağlık hakkının gerçekleştirilmesi konusunda en üst standartlara erişilmesi empoze edilmektedir.⁷

2.REACH Öncesi AB Hukukundaki Durum

2.1.Genel Olarak

REACH öncesi dönemde kimyasallarla ilgili AB yasal müktesebatının çoğu kimyasalın insan sağlığı ve çevre üzerindeki etkileri hakkında bilgi edinme bakımından yetersiz kaldığı ifade edilmektedir.⁸ Buna göre REACH bu alanda yeni düzenlemeler öngörmekle birlikte kendisinden önceki direktiflerde de değişikliğe gidilmesini öngörmektedir.⁹ Aslında hem AB hukukunda hem de ulusal hukuklarda kimya hukukunun 1970'li yıllarda ortaya çıkmaya başladığı ancak etkin olmadığı ifade edilmektedir. Bununla

birlikte bu tarihten itibaren 30 yıllık bir süre içerisinde kimyasalların etiketlenmesi, nakli ve sınırlandırılmasına yönelik çıkartılan direktifler sayesinde ancak 140 civarında kimyasala ilişkin bilgilere tam olarak erişilebildiği belirtilmektedir. Burada AB'nin kimya hukukuna ilişkin son düzenlemeleri gereğince kimyasal maddelerin sınıflandırıldığını görmekteyiz. Buna göre 1981 yılının eylül ayından önce piyasada bulunan kimyasallar "mevcut" kimyasallar olarak, bu tarihten sonraki kimyasallarsa "yeni" kimyasallar olarak adlandırılmaktadır.¹⁰ Bu durumda da mevcut AB direktiflerine göre test ve risk analizleri "yeni" kimyasallar için gerekli olup "mevcut" kimyasallar için test ve risk analizlerinin yapılması gerekmemektedir. Bu nedenle de AB içerisinde çoğu kimyasalın özellikleri ve etkileri konusunda temel veriler oluşturulmuş değildir.¹¹ REACH'in yürürlüğe girmesinden önce konuya dair beklentiler White Paper çalışmasında çeşitli başlıklar halinde şu şekilde sıralanmaktadır.¹² Buna göre "mevcut" kimyasalların güvenilirliği garanti altına alınmalıdır. Kimyasallar önceliklerine göre sıralanabilmeleri amacıyla muhtemel zararlarına, kullanımlarına, üretim miktarlarına göre sınıflandırılmalıdırlar. Bu noktada kimyasalların zararları ve kullanımları arasındaki bilgi kopukluğunun giderilmesi için sağlam politikalar izlenmelidir. Bununla birlikte sağlığın ve çevrenin korunması kimya ve buna bağlı endüstrilerle uyum içerisinde gerçekleşmelidir. Bu konuda yenilikler ve güvenli kimyasalların geliştirilmesi teşvik edilmektedir. Yine kimyasalların test sonuçlarının global sisteme uyarlanması suretiyle maliyetlerin ve hayvanlar üzerindeki deneylerin azaltılması gerekmektedir. Öte yandan kimyasalların hayvanlar üzerinde test edilmeleri minimum seviyeye indirilerek hayvansız testlerin geliştirilerek bunların maksimum seviyeye ulaştırılması hedeflenmelidir. Yine konunun ekonomik boyutu göz ardı edilemeyecek bir öneme sahiptir. Buna göre hazırlanacak düzenlemede ithal kimyasallar arasında bir ayrımcılığa gidilmemelidir. Burada sadece kimyasalların potansiyel zararları hakkında elde edilen bilimsel değerlendirmelere ilişkin tedbirler alınmalıdır. Bunun haricinde teknik düzenlemeler uluslararası ticaret konusunda gereksiz engellemeler doğurmamalıdır.

2.2.Kimyasallara İlişkin Diğer Bazı Yasal Düzenlemeler

2.2.1. Konuya Dair Avrupa'daki Bazı Yasal Düzenlemeler

1960'lı yılların sonlarına doğru çevre bilincinin artmasıyla birlikte kimyasallarla ilgili düzenlemelerin ortaya çıkmasının ilk sinyalleri kendini göstermeye başlamıştır. Buna göre , AB hukukunda kimyasallara yönelik ilk direktif 1967 tarihli Kimyasalların Sınıflandırılması ve Etiketlenmesi Direktifi (Classification and Labelling of Chemicals) dir.¹³ Bu direktif genel

olarak kimyasalların ticaretinde uyumu sağlamayı ve işçilerin maruz kalacakları tehlikelerin önlenmesini amaç edinmektedir. Bu direktifi 1976 tarihli Belirli Maddelerin Sınırlandırılması Direktifi¹⁴ izlemektedir. Bu direktif esas olarak üye devletler arasında kimyasalların ticaretinde belirli maddelerin kullanımının yasaklanması veya sınırlandırılmasına yönelik olarak karşılaşılan engellerin aşılmasına yönelmiştir. Bununla birlikte 1979 yılında 1967 tarihli direktifte değişikliğe gidilerek yukarıda da bahsedildiği gibi kimyasallar arasında “mevcut” ve “yeni” kimyasallar ayırımına gidilmiştir. Öte yandan 1993 tarihli Avrupa Konseyi’nin Mevcut Maddelerin Değerlendirilmesine Dair Düzenlemesiyle belli kategorilere ilişkin verilerin yetkililere sunulması gerekliliği getirilmiştir. Buna göre yetkililerin kuvvetli deliller ileri sürebilmesi halinde kimyasallara dair yasaklamalar ve sınırlamalar getirilebilecektir. Öte yandan kuzey Avrupa ülkelerinin katılımı ve özellikle Almanya’nın çabaları sonucunda düzenlenen Kuzey Denizi Konferanslarında alınan kararlar gerek ulusal düzeyde gerekse uluslararası sistemin bir parçası olarak uluslararası düzeyde çevre yönetimine yönelik bağlayıcı bir yasal çerçevenin oluşturulmasında önemli etkiler meydana getirmiştir. Buna göre 1995 yılında yayınlanan Bakanlar Deklarasyonu ile insan yapımı veya doğal zararlı maddelerin deniz kıyılarına salınımının durdurulmasına karar verilmiştir.¹⁵ Aslında AB’nin endüstriyel kontrol ve güvenliği sağlama girişimi 10 Haziran 1976 tarihinde İtalya’da meydana gelen Seveso sızıntısı sonrasına dayanmaktadır.¹⁶ Bu sızıntının ardından on yıl boyunca çeşitli direktiflerle, ki bunların bazıları Seveso direktifleri şeklinde adlandırılmaktadır,¹⁷ bazı uygulamalar yürütülmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte REACH’in hükümlerinin yeni bir sistem oluşturduğu ve diğer düzenlemeler karşısında daha etkin olduğu görülmektedir. Buna göre REACH sadece kimyasalların güvenilirlik kayıtlarının ve zararlı kimyasalların yerine güvenli olanların üretilmesini sağlamakla kalmayıp kendi düzenlemelerine uygun düşmeyen tüm diğer düzenlemeleri de yürürlükten kaldırmaktadır.¹⁸ Öte yandan REACH’in AB ekonomisine doğrudan ve dolaylı maliyetinin 5 milyar euro olacağı tahmin edilmektedir. Bu rakamın 2009 yılında yaşanan mali krizde otomotiv sektörüne yapılan mali yardımla eş değer olduğu belirtilmektedir.¹⁹ Bu nedenle konunun çevrenin korunmasından ekonominin kurtarılması mecrasına kayabileceği endişesinin gündeme geldiği belirtilmektedir.²⁰ Buna göre özellikle Asya ülkelerinde kimya sektörünün hızlı bir büyüme kaydetmesi nedeniyle REACH’in AB firmalarının rekabet gücünü kırıcı bir etkiye yol açması söz konusu olmaktadır. Ancak ekonomik krize rağmen sadece Avrupa’da değil Kuzey Amerika ve Asya’da da temiz kimya teknolojilerine yapılan yatırımların tüm zamanların en üst seviyesine ulaştığı ileri sürülmektedir.²¹

2.2.2 ABD Zehirli Maddeler Kontrol Yasası (Toxic Substances Control Act, 1976)

Zehirli Maddeler Kontrol Yasası (Toxic Substances Control Act) ilk olarak 1976 yılında bu alanda yaşanan boşluğu doldurmak için hazırlanmıştır. Bununla birlikte yasanın hazırlanışında başarısız olduğu ve konunun katastrofik bir hal aldığı belirtilmektedir.²² Buna göre düzenlemenin en büyük eksikliği zararlı kimyasallar hakkında yeni bir veri tabanı oluşturamamış olmasıdır.²³ Zira 1976 yılında ortaya çıkan bu düzenleme 35 yıldır yürürlükte olmasına karşın kimyasalların zararlı etkileri karşısında çok fazla bir koruma sağlayamamıştır. Buna göre Zehirli Maddeler Kontrol Yasası (Toxic Substances Control Act, TSCA) Çevre Koruma Ajansı'nın (Environmental Protection Agency, EPA) uygulama alanına girmektedir. Ancak TSCA'ya göre kimyasalların sınırlandırılması veya yasaklanmasının zor olduğu belirtilmektedir. Zira 62.000 kimyasal madde için TSCA'daki düzenlemelerin bir hayli eski olduğu ve atadan kalma oldukları düşünülmektedir. Buna göre yasa kapsamında kimyasallar güvenlik testine tabi tutulmamakta sadece firmalardan belirli raporlar istenmekte ve ilave olarak bazı kimyasalların teste tabi tutulması istenebilmektedir. Ancak hali hazırda 80.000 kimyasalın bulunduğu bir piyasada 1976 yılından bu yana sadece 200 kimyasal için test talebinde bulunulmuştur. Yine 1976 yılından bu yana EPA sadece 5 kimyasalın kullanımını yasaklamıştır. Buna göre EPA'nın firmaların gönüllü olarak zararlı kimyasalları kullanmaktan vazgeçmelerini beklediği belirtilmektedir.²⁴ Öte yandan TSCA'nın zararlı kimyasalların (ZK'ların) düzenlenmesinde etkin olamamış olması ADB ekonomisinin 1970'li yıllarda önemli ölçüde kimya endüstrisine dayanıyor olmasına bağlanmaktadır. Bununla birlikte bu durumun etkileri yargı kararlarında da kendisini hissettirmektedir. Buna göre Çevre Koruma Ajansı (Environmental Protection Agency, EPA) mahkemelerin TSCA'yı ve EPA'nın standartlarını yorumlarken ürkek davranmaları neticesinde güç kaybına uğratılmıştır. Bu nedenle de TSCA'nın politikasını takip eden yargısal kararlar kimya endüstrisi lehine inkâr edilemez bir yarar sağlamıştır.²⁵

2.2.3. REACH ile ABD Zehirli Maddeler Kontrol Yasası (Toxic Substances Control Act) Arasındaki Farklılıklar

ABD'deki bu düzenlemenin REACH'in gerisinde kaldığı belirtilmektedir. REACH'in ABD endüstrisini de etkileyecek olması nedeniyle gerek endüstri gerekse yönetim tarafından düzenlemenin karşısında durulduğu ancak Avrupalı politikacıların seslerinin daha yüksek çıktığı ifade edilmektedir.²⁶ Buna göre kimya devi olan ABD bu

düzenlemeyi çok maliyetli ve bürokratik bulmaktadır. Ayrıca bu düzenleme sadece kimyasalların ticaretini değil pek çok ürünün ticaretine de gerek Avrupa’da gerekse Avrupa dışında sınırlamalar getirmektedir.²⁷ Bununla birlikte REACH’in hazırlanılmasında Zehirli Maddeler Kontrol Yasası (Toxic Substances Control Act, TSCA) dolayısıyla sahip olunan tecrübelerden de yararlandığı belirtilmektedir. Ancak bu deneyimlerin çoğunun olumsuz deneyimler olduğu ve bir düzenleme hazırlanırken nelerin yapılmaması gerektiği konusunda ders verdiği ifade edilmektedir.²⁸ Öte yandan REACH ile TSCA arasında büyük bir fark olduğu da ortadadır. Buna göre REACH, TSCA’nın ihtiyat ilkesini (precautionary principle) esas alan modelini reddederek, kimyasalların güvenliklerinin ispatını firmaların üzerine yükleyerek bunların zararlarına işaret eden kanıtları tehlike öncesinde ortaya koymaktadır. Yani burada kimyasallara güvenli oldukları ispat edilip kendilerini aklayana kadar problem olabilecekleri gözüyle bakılmaktadır.²⁹ Bu iki düzenleme arasındaki bir diğer farklılık kimyasalların sınıflandırılması esnasında görülmektedir. Buna göre REACH, TSCA’nın aksine, kimyasalları ortaya çıkış tarihlerine göre keyfi olarak sınıflandırmak yerine onları kullanım miktarları (en az bir ton gibi) ve ortaya çıkarttıkları risklere göre sınıflandırmaktadır.³⁰ Diğer yandan söz konusu düzenlemeler arasındaki temel farklılıklardan birisi de REACH’in kimyasalların zararları konusunda “eski” ve “yeni” kimyasallar şeklinde bir ayırım yapmadan hepsinin incelenmesini öngörmesi ve bu inceleme neticesinde güvenilirlikleri konusundaki ispat yükünü firmalara yüklemiş olmasıdır.³¹ (REACH m.5) Bu noktada REACH getirdiği düzenlemelerle merkezi bir kayıt sistemi oluşturmuş, risk yönetiminde sistematik bir yöntem getirmiş, tüketici güvenini sağlamış, yeniliklere ve bilgiye erişim teşvik edilerek ileriye yönelik olarak maliyetlerde azalma sağlanmasına olanak sağlamıştır.³²

3.REACH’in Kapsamı; Kayıt, Değerlendirme ve Ruhsatlandırma

3.1. Kayıt

REACH’in amacı öncelikle AB içerisindeki kimyasalların belli bir düzen içerisinde üretilmesi ve satılmasıdır. (REACH m.6) Bu noktada AB içerisinde kimyasal madde üretimi yapmak veya bunları kullanmak isteyen tüm firmaların REACH’e uyumlu hareket etmeleri gerekmektedir.³³ Buna göre kayıt, değerlendirme ve ruhsatlandırma konuları REACH’in ana ayakları olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte REACH’in getirdiği bu düzenlemelerin hangi kapsamda olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu noktada REACH sadece kimyasalları kapsamına almakta ve bu maddelere yönelik hazırlık aşamasını kapsamına almamaktadır. Yine bu düzenleme zaten üye devletlerin kendi yararları doğrultusunda göz önünde

bulundurmaları gereken radyoaktif maddeler ve atıklarla ilgilenmemektedir. Aynı şekilde düzenleme kural olarak üretilen ürünler bakımından kapsam dışıdır. Ancak bu kural kesin olmayıp ürünler içerisindeki kimyasalların tehlike oluşturması ve makul şartlar altında düzenlemeye başvurulmasının gerekli olması gibi durumlarda ürünler içinde düzenlemeye başvurulabilecektir. Bu noktada REACH'in kimyasalları ve kimyasal içeren ürünleri kapsadığı ifade edilebilir. (REACH m.3) Diğer yandan REACH'ın üç ayağından ilki kimyasalların kaydını öngörmektedir. Buna göre kayıt üretici veya ithalatçı firmanın kayıt için gerekli olan kimyasalla ilgili bilgilere ilişkin dosyayı yetkili makama sunmasıdır. Kayıt üretilen veya yıllık bir tonun üzerinde ithal edilen tüm kimyasallar için zorunlu olup kayıt yaptırılmaması halinde mamullerin piyasaya girişine izin verilmeyecektir. Ürünlerin insan sağlığı ve çevre bakımından taşıdığı riskler bakımından değerlendirilmelerinde miktarlarının doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte bir tonun üzerindeki maddeler için güvenli kullanıma, bileşenlere ve sınıflandırmaya dair bilgilerin bulunduğu teknik dosya hazırlanması ve sunulması gerekir. Yine miktarı on tondan fazla olan maddeler için kimya güvenlik raporu (chemical safety report, CSR) hazırlanması gerekmektedir. Bununla birlikte REACH'e kayıt yaptıran firmaların kayıta sundukları bilgileri kendi istekleriyle paylaşmalarına izin verilmektedir.³⁴ Yine düzenlemede kayıt masraflarının firmalar arasında paylaşılması ve firmaların veriler üzerindeki mülkiyet haklarına saygı duyulmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Öte yandan kural olarak doğrudan kimyasal madde olmayan ürünler REACH'in kapsamına girmemektedir. Ancak üretilen bu ürünlerin içerisindeki kimyasalların tehlikeli olması durumunda belli şartlar altında REACH'e başvurulabilecektir. Bu noktada kimyasalların kaydıyla ilgili olarak kademeli bir yaklaşım sergilenerek tüm kimyasalların kayıt altına alınması için 11 yıllık bir süre öngörülmüştür. Bununla birlikte kayıt esnasında maddelerin türleri ve miktarları da göz önüne alınmaktadır.³⁵

3.2.Değerlendirme

Öte yandan düzenlemenin değerlendirme kısmı iki aşamalı bir inceleme sürecini içermektedir. Birinci aşama dosyanın değerlendirilmesi, ikinci aşama maddenin değerlendirilmesidir. Dosyanın değerlendirilmesinde yetkili makam dosyanın REACH tarafından istenenleri içerip içermediğini kontrol eder ve yapılan testlerin sonuçlarını değerlendirir. İkinci aşama yani maddelerin değerlendirilmesindeyse yetkili makam doğrudan maddelerin sağlık ve çevre bakımından taşıdıkları risklere yönelmektedir. Buna göre yetkili makam gerekli hallerde daha fazla bilgi talep edebilecektir. Bu noktada REACH çevreyle ilgili diğer düzenlemelerden farklı görülmektedir.

REACH bu alandaki öncü düzenlemelerden biri olarak düşünülmektedir.³⁶ Buna göre çevreyle ilgili geleneksel düzenlemeler çevreye zararlı madde salınımları, kirlilik, atık yönetimi, sağlık ve güvenlik raporları gibi konularda düzenlemeleri ihlal edici bir durumun varlığı halinde cezalar öngörmekte ve işleyişi emir-kontrol sistemi içerisinde yürütmekteydi. Buna karşın REACH ortaya çıkanların ne olduğu veya nasıl olduğu yerine kimyasalların üretimi konusunda çevreye ve insan sağlığına en az zararın verileceği yolların bulunmasına yönelmektedir. Bu nedenle öngörülen cezalar düzenlemelere karşı gelinmesinin bir yaptırımını olarak ortaya konulmakla birlikte esas olarak bu maddelerin üretimi ve kullanılmasına yönelik bir yaptırımın bulunması gerektiği belirtilmektedir.³⁷ Bu noktada REACH zehirli kimyasallar hakkında dünyadaki en sıkı yasal düzenleme olarak ifade edilmektedir. Buna göre düzenleme uzun dönemde ABD'nin de içinde yer aldığı dünya genelinde endüstri ve üretimi etkisi altına alacaktır.

3.3. Ruhsatlama

Kimyasalların kaydı esnasında ECHA gerekli hususlarda uyumun sağlanabilmesi için daha ileri düzeyde bir testin ya da kontrolün yapılıp yapılmayacağına karar verir.³⁸ Bu noktada sadece yüksek riskli kimyasallar (substances of very high concern, SVHC) ya da ürünler ECHA kapsamında ruhsatlandırılma işlemine tabi tutulacaklardır. Yani bunların piyasaya girişi için bir ruhsatlandırma değerlendirmesinde bulunulacaktır. Bunun dışındaki tüm kimyasallar ve kimyasal ürünlerin piyasaya girişine izin verilecektir. (REACH m.56) Bu noktada ruhsatlama sürecinin amacı iyi işleyen bir piyasa süreci yanında SVCH'lerin kontrol altına alınmaları, ekonomik ve teknik olarak bunların yerlerini alabilecek maddelerin ortaya konulması şeklinde ifade edilmektedir.³⁹ Bu noktada ruhsatlandırmaya ilişkin düzenlemelere göre SVCH'lerin kullanımı ve pazarlanması için ruhsat gerekmektedir. Yine REACH'e göre bu maddelerin üretimi ya da kullanımı yasaklanabilmektedir. Öte yandan ruhsat incelemesi kısmı da değerlendirme kısmı gibi iki aşamadan oluşmaktadır. Birinci aşamada maddelerin kimlikleri, kullanımları ve kullanım süreleri üzerinde durulmaktadır. Bu noktada Avrupa Kimya Kurumu (European Chemicals Agency, ECA) maddeleri taşıdıkları riske, büyüklüğe ve yapılarına göre öncelik sırasına göre sıralayabilmektedir. İkinci aşamada maddelerin ayrı ayrı kullanımları için firmalar ECA'ya müracaatta bulunmaktadır. Bu müracaatta firmalar herhangi bir risk durumunda maddelerin yeterli bir şekilde kontrol altına alınabilecekleri, maddelerin kullanımlarına ilişkin sosyo-ekonomik yararlarının risklerine göre daha ağır bastığı ve maddenin yeşil alternatifleri üzerinde çalışıldığına dair beyanda bulunmaktadır.⁴⁰

4.REACH'in Çevrenin ve Sağlıkın Korunmasına Etkileri

Yapılan araştırmalar zehirli kimyasalların (ZK) çocuk kanserlerinde, astım, algi ve sinir sistemi bozuklukları hastalıklarının artmasında önemli bir rol oynadığını göstermektedir. Örneğın ABD’de ölüm nedenleri sıralamasında kanser nedeniyle ölümlerin ikinci sırada olduğu belirtilmektedir. Buna göre her dört ölümden birisi kanser nedeniyle gerçekleşmektedir. Buna göre ZK’lerin dolaylı olarak kansere neden olma etkileri %75-80 aralığında iken ZK’lerin doğrudan kansere neden olma etkileri %6 olarak kendisini göstermektedir.⁴¹ Öte yandan kimyasalların çevreye verdiği zararların yanı sıra insan sağlığını da ciddi tehlikelere sokmakla birlikte özellikle kanser hastaları için yapılan harcamalarda toplumu ciddi bir ekonomik yük altına sokmaktadır. Buna durumda 2010 yılı itibarıyla ABD Ulusal Sağlık Kurumu (National Institute of Health) verilerine göre kanser nedeniyle yapılan tıbbi harcama 102.8 milyar dolar, hastalık yüzünden yaşanan verimlilik kaybından doğan zarar 20.9 milyar dolar, erken ölüm yüzünden yaşanan verimlilik kaybından doğan zarar ise 140.1 milyar dolar olmak üzere toplamda 263.8 milyar dolar şeklinde ifade edilmektedir.⁴² Bu noktada devletlerin bireylerin sağlık ve tedavi haklarını gerçekleştirmeleri bir yükümlülük altında olmakla birlikte çevreye verilen zarar ve bunu insan sağlığı üzerindeki olumsuz, hatta insan varlığını tehdit edici etkilerinin ortadan kaldırılması konusunda da yükümlülük altına girmektedirler.⁴³ Yukarıda da bahsi geçtiğı üzere REACH’in getirdiğı sistemin AB kimya endüstrisine ve dolayısıyla AB ekonomisine önemli bir yük getireceğı ortadadır. Ancak REACH sayesinde hem temel insan haklarının korunması sağlanacak hem de uzun vadede düşünöldüğünde başta kanser olmak üzere diğeri hastalıkların oranı düşürölerek tedavi hakkı gereğince devletlerin yapmak zorunda oldukları harcamalar azaltılacaktır.

5. Kimyasallara İlişkin Bilgilerin Açıklanması ve Ulusal Güvenlik Kaygısının REACH’e Etkileri

REACH’in getirdiğı sistemde kimyasallara ilişkin bilgilerden bir veri tabanı oluşturulması söz konusu olmaktadır. Ancak kimyasal maddelere ilişkin bilgilerin kamuyla paylaşılıp paylaşılmaması konusu ulusal güvenlik konusunda tartışmalar yaşanmasına neden olmaktadır. Kimyasallara ilişkin bilgi sahibi olunmasının iki yönünden bahsedilmektedir. Bunlardan ilki kamunun bilgilenmesidir. Bu durumda bireyler kullandıkları kimyasallar hakkında bilgi sahibi olabilecek ve bunların zararlarından kaçabilme şansına sahip olabileceklerdir. Bilgi sahibi olmanın ikinci yönü kurumsal olup kimyasallara ilişkin bilgilerin tek bir sistem içerisinde kayıt altına alınması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu noktada özellikle terör eylemleri bakımından kimyasallara ilişkin bilgilere erişimin tehlikeli olabileceğı endişesi gündeme gelmektedir. Bu konuda dengeli bir politika izlenmesi

gerekmektedir. Çünkü özellikle kamu güvenliği nedeniyle bu maddelere dair bilgilere erişimin engellenmesi halinde toplumun elinden bunların zararlarının azaltılmasına yönelik pazarlık gücünün alınmış olacağı ileri sürülmektedir. Zira bunlara ilişkin bilgilerin kamuyla paylaşılması zararlı kimyasalların kullanımının azaltılması konusunda bir kamuoyu baskısı oluşturacaktır.⁴⁴ Öte yandan kimyasal afet ve kaza risklerine karşı en azından ilgili görevlilerin bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. ABD’de verilen bir mahkeme kararına konu olan olayda⁴⁵ zararlı kimyasallara ilişkin afet ve kazalarda kullanılmak üzere bunların yerlerini gösteren bir plan ya da haritanın itfaiye görevlilerine verilmesi talep edilmiştir. Ancak bu konuda sağlanan çözümün yeterli olmadığı ve konuya dair sağlam bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir. Bu noktada kimyasal maddelerin terörist saldırılarda kullanılma ihtimali ve ulusal güvenlik tehdidi gibi gerekçeler üzerinde durularak kimyasal maddelere ilişkin bilgiler koruma altına alınmak istenmektedir. Ancak bu konuda kimyasal tesislerin ya da depoların etkilerinin kaçınılmaz olarak görüleceği bölgelerde yaşayan insanların bu kimyasal maddelerin sağlık durumları üzerindeki etkileri hakkında bilgilendirilmeleri gerekmektedir.⁴⁶ Bu durumda ulusal güvenlik tehdidi bulursa dahi belli kişiler ve belli konular hakkında bu koruma kalkanının kaldırılması yine kamu yararı adına gerekli olacaktır.

6.Sonuç

REACH, AB içerisinde tüm kimyasalların belli standartlarda üretimi ve ticaretini gerçekleştirme amacına yönelmektedir. Ancak bu düzenlemenin gereklerinin yerine getirilmesi yani kimyasalların test edilmesi ve risk analizlerinin yapılması zaman almakta ve maliyetli olmaktadır. Bunun en önemli yansımaları tazminat hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Buna göre sebep sonuç ilişkisinin kurulamadığı ya da kimyasalların etkilerine ilişkin yeterli verilerin bulunmadığı bir durumda sorumluluk hukuku yetersiz kalacaktır.⁴⁷ Bu durum şüphesiz cezai sorumluluğun tespiti bakımından da sıkıntılara neden olacaktır. Bu durum aslında adil yargılanma hakkı ve hak arayabilme yollarının açık olması bakımlarından insan hakları alanında olumsuz bir etki doğurmaktadır. Ancak ZK’ların etkileri bakımından öncelikle ele alınması gereken bunların zararlı etkilerini doğurmadan önce üretimlerinin ve kullanımlarının engellenebilmesidir. Bu nedenle yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız REACH’in özellikle sağlık hakkı ve çevre hakkı bakımından önemli gelişmelere öncülük ettiği ifade edilebilir.

KAYNAKÇA

APPLEGATE, John S. Synthesizing TSCA and REACH: Practical Principles for Chemical Regulation Reform, *Ecology Law Quarterly*. Vol.35, 2008.

Ass'n of Chartered Certified Accountants, How Should the EU Respond to the Current Financial Crisis www.accaglobal.com/pubs/publicinterest/pressandpolicy/unit/european-briefings/financialcrisis.pdf E.t.19.07.2011

Authorisation Under REACH www.echa.europa.eu/reach/authorisation_under_reach_en.asp E.t.30.07.2011.

Büyük Endüstriyel Kaza Tehlikelerinin Kontrolü Yönetmelik Taslağı, Çevre ve Orman Bakanlığı Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü, Haziran 2005.

BOWMAN, Diana, CALSTER, Geert van, Reflecting on REACH: Global Implications of the European Union's Chemical Regulation, *Nanotechnology Law & Business Journal*. Vol.4, 2007.

Cancer and Toxic Chemicals, www.psr.org/environment-and-health/confronting-toxics/cancer-and-toxic-chemicals.html E.t.30.07.2011.

CHEKOURAS, Katherine, Balancing National Security with a Community's Right-to-Know: Maintaining Public Access to Environmental Information Through EPCRA's Non-Preemption Clause *Boston Collage Environmental Affairs Law Review*. Vol.34, 2007.

Commission of the European Communities, White Paper; Strategy for a Future Chemicals Policy, 2001.

CONSONNI Dario, PESATORI Angela C., ZOCCHETTI Carlo, SINDACO Raffaella, D'ORO, Luca Cavalieri, RUBAGOTTI Maurizia, BERTAZZI Pier Alberto, Mortality in a Population Exposed to Dioxin after the Seveso, Italy, Accident in 1976: 25 Years of Follow-Up, *American Journal of Epidemiology*. Vol.167. 2008.

CONE, Marla, European Parliament OKs world's toughest law on toxic chemicals / 30,000 substances to be regulated -- U.S. will be affected, www.articles.sfgate.com/2006-12-14/news/17325078_1_chemical-industry-thousands-of-toxic-chemicals-european-parliament E.t.29.06.2011.

Consumer Product Safety www.nam.org/Issues/Legal-and-Regulatory/Consumer-Product-Safety.aspx E.t.28.07.2011.

DANIEL, Farber, Five Regulatory Lessons from REACH, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1301306## E.t.29.06.2011.

Directorate General Environment, European Commission, REACH in Brief 5-9, 2007, www.ec.europa.eu/environment/chemicals/reach/pdf/2007_02_reach-in-brief.pdf E.t. 24.07.2011.

European Chemicals Agency ECHA www.echa.europa.eu/home_en.asp E.t.30.07.2011.

European Commission, Environment Directorate General, REACH in Brief, 2007.

GRAAF Kars J. De, JANS Jan H. Environmental Law And Ccs In The EU and The Impact OnTheNetherlands,www.rechten.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/2010/enviancci/Kars_de_Graaf__Jan_Jans_over_m_1.pdf E.t. 30.07.2011.

HANSEN, Steffen Foss, CARLSEN Lars, TICKNER Joel, Chemicals Regulation and Precaution: Does REACH Really Incorporate The Precautionary Principle, [Environmental Science & Policy](#). Vol.10, 2007, s.395.

LAYTON, Lyndsey, Chemical Law Has Global Impact, www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/06/11/AR2008061103569.html E.t.29.07.2011.

MICKLITZ, Hans Wolfgang, International Regulation and Control of the Production and Use of Chemicals and Pesticides: Perspectives for a Convention, Michigan Journal of International Law. Vol. 13, 1991, s.656.

NAM Update on EU REACH Chemicals Management Program, National Association of Manufacturers (2009), www.nam.org/PolicyIssueInformation/InternationalEconomicAffairsPolicy/EUREACHChemicalsManagementProgram.aspx 20.07.2011.

Regulation of The European Parliament and of The Council No 1907/2006.

RIVLIN, Kenneth, COOPER, Felise, TOWNSEND, Matthew, LAWSON, Rebecca, The REACH Of Europe's Regulatory System, New York Law Journal, www.law.com/jsp/nylj/PubArticleFriendlyNY.jsp?id=1202422925275&slreturn=1&hblogin=1 E.t. 26.07.2011.

ROBERTS, Jody, Collision Course? Science, Law and Regulation in the Emerging Science of Low Toxicity, Villanova Environmental Law Journal. Vol. 20, 2009.

SIRULL, Beth, Prepare Now for REACH Compliance, www.erm.com/erm/Website.nsf/GFN/ERMREACH-

March%202005.pdf/\$file/ERM-REACH-March%202005.pdf
E.t.23.07.2011.

SHÖRLING, Inger, REACH – The Only Planet Guide to the Secrets of Chemicals Policy in the EU. What Happend and Why? (Greens / European Free Allience in the European Parliament, Brussels) April, 2004.

Tanzco Management. Consulting, LLC, Green Chemistry 2009,
www.tanzco.net/html/green-chemistry_2009.html E.t. 22.07.2011.

SON NOTLAR

1MICKLITZ, Hans Wolfgang, International Regulation and Control of the Production and Use of Chemicals and Pesticides: Perspectives for a Convention, Michigan Journal of International Law. Vol. 13, 1991, s.656.

2Bugün kimya sanayinde 500 milyar Euro'nun üzerinde bir ticaret hacmine sahip olan AB bu alanda dünyanın en büyüklerinden birisidir. ORELLANA, Marcos, Europe's REACH, A New Chapter in International Chemicals Law, Sustainable Development Law & Policy. Vol.6, 2005, s.21. Ayrıca uluslararası ticaret ve çevrenin korunması konusunda ilk düzenlemenin yine AB tarafından gerçekleştirildiği belirtilmektedir. Buna göre Avrupa Ticaret Planında CO₂ salınımına ve çevrenin korunmasına yönelik düzenlemeler bulunmakta olduğu belirtilmektedir. GRAAF Kars J. De, JANS Jan H. Environmental Law And Ccs In The Eu And The Impact On

TheNetherlands, www.rechten.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/2010/enviancci/Kars_de_Graaf_Jan_Jans_over_m_1.pdf E.t. 30.07.2011.

3Regulation of The European Parliament and Council of Europe, No 1907/2006.

4SHÖRLING, Inger, REACH – The Only Planet Guide to the Secrets of Chemicals Policy in the EU. What Happend and Why? (Greens / European Free Allience in the European Parliament, Brussels) April, 2004. Nakl. ORELLANA, (2005); s.21.

5ORELLANA, (2005); s.21.

6ORELLANA, (2005); s.25.

7ORELLANA, (2005); s.26.

8Commission of the European Communities, White Paper; Strategy for a Future Chemicals Policy, 2001.

[9](http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1301306)DANIEL, Farber, Five Regulatory Lessons from REACH, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1301306## E.t.29.06.2011.

[10](#)Commission of the European Communities, White Paper; Strategy for a Future Chemicals Policy, 2001.

[11](#)ORELLANA, (2005); s.21.

[12](#)Commission of the European Communities, White Paper; Strategy for a Future Chemicals Policy, 2001.

[13](#)Council of Europe, 67/548/EEC Nolu Direktif.

[14](#)Council of Europe, 76/769/ECC Nolu Direktif.

[15](#)ORELLANA, (2005); s.22.

[16](#)Bu olaya göre Milan'ın kuzeyinde bulunan Seveso bölgesinde bir kimya fabrikasında patlama meydana gelmiş olup çevreye zararlı TCDD maddesi yayılmıştır. Çevreye yayılmış olan bu kimyasal maddenin zararlı etkileri hala devam etmekte olup kanser hastalarının oranında artış meydana gelmiştir. Ayrıntılı bilgi ve istatistikler için bkz. CONSONNI Dario, PESATORI Angela C., ZOCCHETTI Carlo, SINDACO Raffaella, D'ORO Luca Cavalieri, RUBAGOTTI Maurizia, BERTAZZI Pier Alberto, Mortality in a Population Exposed to Dioxin after the Seveso, Italy, Accident in 1976: 25 Years of Follow-Up, American Journal of Epidemiology. Vol.167. 2008.

[17](#)Seveso direktifi ülkemize de uyarlanmaya çalışılmış ve bu konuda bir yönetmelik taslağı oluşturulmuştur. Taslakta yönetmeliğin amacı "tehlikeli maddelerin bulunduğu tesislerde büyük endüstriyel kazaların önlenmesi ve olası kazaların, insanlara ve çevreye dair sonuçlarının en aza indirilmesi için yüksek seviyede bir koruma temin etmektir" şeklinde ifade edilmektedir. Büyük Endüstriyel Kaza Tehlikelerinin Kontrolü Yönetmelik Taslağı, Çevre ve Orman Bakanlığı Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü, Haziran 2005.

[18](#)CONE, Marla, European Parliament OKs world's toughest law on toxic chemicals / 30,000 substances to be regulated -- U.S. will be affected, www.articles.sfgate.com/2006-12-14/news/17325078_1_chemical-industry-thousands-of-toxic-chemicals-european-parliament E.t.29.06.2011. Ayrıca üye ülkeler ulusal düzenlemelerini REACH hükümlerine uygun şekilde uyarlamak durumundadır. (REACH m.125-126)

[19](#)Directorate General Environment, European Commission, REACH in Brief 5-9, 2007, www.ec.europa.eu/environment/chemicals/reach/pdf/2007_02_reach-in-brief.pdf E.t. 24.07.2011.

[20](#)The Association of Chartered Certified Accountants, How Should the EU Respond to the Current Financial Crisis www.accaglobal.com/pubs/publicinterest/pressandpolicy/unit/european-briefings/financialcrisis.pdf E.t.19.07.2011.

[21](#)Tanzco Management. Consulting, LLC, Green Chemistry 2009, www.tanzco.net/html/green-chemistry_2009.html E.t. 22.07.2011.

[22](#)DANIEL, Farber, Five Regulatory Lessons from REACH, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1301306## E.t.29.06.2011.

[23](#)APPLEGATE, John S. Synthesizing TSCA and REACH: Practical Principles for Chemical Regulation Reform, *Ecology Law Quarterly*. Vol.35, 2008, s. 734.

[24](#)LAYTON, Lyndsey, Chemical Law Has Global Impact, www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/06/11/AR2008061103569.html E.t.29.07.2011.

[25](#)DANIEL, Farber, Five Regulatory Lessons from REACH, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1301306## E.t.29.06.2011.

[26](#)Aslında ABD'nin halk sağlığı konusunda izlediği politikalarla kimyasal maddelere ilişkin izlediği bu politika bir biriyle çelişki halindedir. Buna göre Amerikan Tüketim Mallarının Güvenliğini Geliştirme Yasası'nda (Consumer Product Safety Commission, CPSC) tüketicilerin güvenliklerine yönelik düzenlemeler bulunmasına karşın aynı tutum kimyasal maddelerde sergilenememektedir. *Consumer Product Safety*, www.nam.org/Issues/Legal-and-Regulatory/Consumer-Product-Safety.aspx E.t.28.07.2011.

[27](#)CONE, Marla, European Parliament OKs world's toughest law on toxic chemicals / 30,000 substances to be regulated -- U.S. will be affected, www.articles.sfgate.com/2006-12-14/news/17325078_1_chemical-industry-thousands-of-toxic-chemicals-european-parliament E.t.29.06.2011.

[28](#)DANIEL, Farber, Five Regulatory Lessons from REACH, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1301306## E.t.29.06.2011.

[29](#)ROBERTS, Jody, Collision Course? Science, Law and Regulation in the Emerging Science of Low Toxicity, *Villanova Environmental Law Journal*. Vol. 20, 2009, s.13. Aslında bu durum Avrupadaki temel yaklaşım farklılığının bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre bilgisayar alanındaki tekelleşme uygulamalarından tüketicinin mahremiyeti konusunda alınan sıkı tedbirler Avrupa'da tüketici merkezli bir anlayışın hâkim olmaya

başladığını göstermektedir. İşte bu yaklaşım kimyasal tehlike risklerine karşı da kendisini hissettirmektedir. LAYTON, Lyndsey, Chemical Law Has Global Impact, www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/06/11/AR2008061103569.html E.t.29.07.2011.

[30](#)SIRULL, Beth, Prepare Now for REACH Compliance, [www.erm.com/erm/Website.nsf/GFN/ERMREACH-March%202005.pdf/\\$file/ERM-REACH-March%202005.pdf](http://www.erm.com/erm/Website.nsf/GFN/ERMREACH-March%202005.pdf/$file/ERM-REACH-March%202005.pdf) E.t.23.07.2011.

[31](#)REACH'den önce "yeni" kimyasallar güvenlik testine tabi tutulurken, "mevcut" kimyasallar için böyle bir şart söz konusu değildi. European Commission, Environment Directorate General, REACH in Brief, 2007.

[32](#)BOWMAN, Diana, CALSTER, Geert van, Reflecting on REACH: Global Implications of the European Union's Chemical Regulation, *Nanotechnology Law & Business Journal*. Vol.4, 2007, s.382.

[33](#)Bununla birlikte 01.11.2008 tarihine kadar ön kayıt yaptırmış olan firmalar tam kayıt yaptırana kadar ürünlerini pazarlamaya devam edebileceklerdir. RIVLIN, Kenneth, COOPER, Felise, TOWNSEND, Matthew, LAWSON, Rebecca, The REACH Of Europe's Regulatory System, *New York Law Journal*, www.law.com/jsp/nylj/PubArticleFriendlyNY.jsp?id=1202422925275&slret urn=1&hbxlogin=1 E.t. 26.07.2011.

[34](#)Kayıt konusunda gerek özel şirketler gerekse resmi kurumlar REACH'e uyumunun sağlanmasıyla ilgili olarak zaman çizelgesi, sınırlamalar ve ön kayıt işlemine dair bilgiler hakkında firmalara yardımcı olmaktadır. NAM Update on EU REACH Chemicals Management Program, National Association of Manufacturers (2009), www.nam.org/PolicyIssueInformation/InternationalEconomicAffairsPolicy/EUREACHChemicalsManagementProgram.aspx 20.07.2011.

[35](#)2006 yılının sonundan itibaren öngörülen bu 11 yıllık süre içerisinde firmalar Avrupa'daki tüm kimyasalların ve kimyasal ürünlerin REACH'e uygun olarak kayıt altına alınacağı ve zararlı kimyasalların yerine güvenli kimyasalların kullanılacağı konularında yükümlülük altına girmektedirler. CONE, Marla, European Parliament OKs world's toughest law on toxic chemicals / 30,000 substances to be regulated -- U.S. will be affected, www.articles.sfgate.com/2006-12-14/news/17325078_1_chemical-industry-thousands-of-toxic-chemicals-european-parliament E.t.29.06.2011; ORELLANA, (2005); s.26. Öte yandan REACH'in firmalara yüklediği bu yükün belirsizliklerle dolu olduğu ve daha güvenli kimyasallara ulaşılması için gelişmelerin nasıl destekleneceğinin belli olmadığı belirtilmektedir.

HANSEN, Steffen Foss, CARLSEN Lars, TICKNER Joel, Chemicals Regulation and Precaution: Does REACH Really Incorporate The Precautionary Principle, [Environmental Science & Policy](#). Vol.10, 2007, s.395.

[36](#)Örneğin REACH göre ABD'deki düzenlemenin aksine firmalardan kimyasal madde ya da ürünlerin piyasaya girişlerinden önce bunların güvenli olduklarını kanıtlamaları istenmektedir. Bununla birlikte ABD'de bu madde ya da ürünlerin sınırlanması veya toplatılmaları için yetkililerin bunların zararlı olduğuna karar vermeleri gerekmektedir. LAYTON, Lyndsey, Chemical Law Has Global Impact, www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/06/11/AR2008061103569.html E.t.29.07.2011.

[37](#)RIVLIN, Kenneth, COOPER, Felise, TOWNSEND, Matthew, LAWSON, Rebecca, The REACH Of Europe's Regulatory System, New York Law Journal, www.law.com/jsp/nylj/PubArticleFriendlyNY.jsp?id=1202422925275&slret urn=1&hbxlogin=1 E.t. 26.07.2011.

[38](#)Ayrıntılı bilgi için bkz. European Chemicals Agency ECHA www.echa.europa.eu/home_en.asp E.t.30.07.2011.

[39](#)Authorisation Under REACH, www.echa.europa.eu/reach/authorisation_under_reach_en.asp E.t.30.07.2011.

[40](#)ORELLANA, (2005); s.25.

[41](#)Cancer and Toxic Chemicals, www.psr.org/environment-and-health/confronting-toxics/cancer-and-toxic-chemicals.html E.t.30.07.2011.

[42](#)Cancer and Toxic Chemicals, www.psr.org/environment-and-health/confronting-toxics/cancer-and-toxic-chemicals.html E.t.30.07.2011.

[43](#)Örneğin Öneriyıldız v. Turkey (Başvuru No. 48939/99, Karar Tarihi 30.11.2004) davasında AİHM vermiş olduğu kararında Ümraniye çöplüğü civarında oturan ve 1993 yılında metan gazı patlamasıyla ev yıkılan başvuruçuyu haklı bularak devletin çevre ve sağlık konularında yükümlülüklerini yerine getirmediğine karar vermiştir. Devletin çevrenin korunması konusundaki yükümlülüğü için aynı doğrultudaki bir diğer karar için bkz. Fadeyeva v.Russia, Başvuru No. 55723/00, Karar Tarihi 30.11.2005.

[44](#)CHEKOURAS, Katherine, Balancing National Security with a Community's Right-to-Know: Maintaining Public Access to Environmental Information Through EPCRA's Non-Preemption Clause *Boston Collage Environmental Affairs Law Review*. Vol.34, 2007, s. 136-137.

[45](#)Ohio Chamber of Commerce v. State Emergency Response Commission, Ohio, 597 N.E.2d. No.91-1507, 1992.

[46](#)CHEKOURAS, (2007); s.139.

[47](#)ORELLANA, (2005); s.21.

TÜRK ANAYASA HUKUKU BAKIMINDAN TOPLANMA HÜRRİYETİ

*Arş. Gör. Mehmet Ali ZENGİN**

Özet

Toplanma hürriyeti (TH) demokrasi bakımından önemli bir anlam taşımaktadır. Buna göre bazı temel hak ve hürriyetler TH ile birlikte bir anlam ifade etmektedir. Örneğin, ifade özgürlüğünün kullanılması genellikle TH'nin kullanımıyla gerçekleşmektedir. Bu nedenle TH diğer temel hak ve hürriyetlerle yakın ilişki içerisinde. Diğer yandan TH yasal sınırlar için gerekli olan bazı unsurlardan oluşmaktadır. Bu unsurların ele alınması konuya yeni boyutlar açacaktır. Bununla birlikte TH'nin demokratik katılım kanallarının önemlilerinden biri olduğu da belirtilebilir. Böylece, TH'nin durumu siyasi rejimlerin rengini belirlemektedir.

Anahtar Kelimeler: Toplanma Hürriyeti, Demokrasi, İfade Hürriyeti, Anayasa.

1. Toplanma Kavramı

Türkçede toplanma kavramı “toplantı” olarak da kullanılmakla birlikte, eylemi vurgulama gereği, toplanma teriminin tercih edilmesine neden olmaktadır.¹ Bu nedenle her iki kavramla ilgili tanımlamaların da aynı olduğu görülmektedir.² Bu anlamda toplanma ve toplantı kavramları arasında anlam bakımından herhangi bir farklılık yoktur. Toplanma kavramı birden çok kimsenin türlü amaçlarla bir araya gelmesi, içtima ya da bir gündem üzerinde görüşmek amacıyla ilgililerin katılımıyla yapılan birleşim şeklinde ifade edilebilir.³ Öte yandan toplanma birçok kişinin ortak menfaatlerini korumak veya belli görüş ve düşüncelerini yaymak amacıyla geçici bir süre için, genel yollar, parklar dışında bir araya gelmeleri şeklinde

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı.

¹ ALPKAYA, Gökçen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak, C.56, S.3, AÜSBFD, 2001, s. 1-18.

² Bu konuda yapılan tanımlar için bkz. www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx? (11.05.2011)

³ www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA (06.05.2011)

de açıklanabilmektedir.⁴ OZANALP ise toplantıyı “hakiki veya hükmi şahısların muhtelif maksat ve gayelerle geçici olarak toplanmaları” şeklinde ifade etmektedir.⁵ Tanımlamalar bu şekilde olmakla birlikte toplanma isteğinin insanlık tarihi kadar eski ve insan doğasının mirası olduğu dile getirilmektedir.⁶ Aslında günlük hayatta toplanma eylemi veya bir toplulukla karşılaşma ihtimalimiz hayli yüksektir. Bu anlamda insanlar pek çok neden ve amaçla bir araya gelip bir topluluk oluşturabilirler. Örneğin bir kazada merak duygusunu gidermek veya yardım etmek, bir futbol maçını, bir filmi yahut gösteriyi izlemek, ders dinlemek, havai fişek gösterisini izlemek gibi pek çok gruplaşmalar aslında topluluk olgusunun varlığını sergilemektedir.⁷ Ancak burada konu itibarıyla bu toplanmaların toplanma hürriyetine esas oluşturacak toplanmalardan ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle bir konser için bir araya gelen toplulukla terör olaylarının sonuçlarını değerlendirmek veya seçim baraj hakkında değerlendirmeler yapmak üzere bir araya gelen topluluklar arasında fark olacaktır. Buna göre AİHM vermiş olduğu bir kararında aynı cezaevinde kalan mahkumların bir arada kalma isteğinin toplanma hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.⁸ Yani burada hukuken değer atfedilen ve korunması gereken gruplaşma yahut toplanmalar hangi tür toplanmalardır bunların belirlenmesi gerekmektedir. Bu anlamda toplanma hürriyetine esas teşkil eden manada toplanma “düşünce değişiminde bulunmak veya belli ortak çıkarları savunmak amacıyla bir araya gelerek belli fikir ve kanaatler çerçevesinde kamuoyu oluşturma ya da siyasal karar organlarını etkileme ereği” olarak ifade edilebilir.⁹ Yine toplanma kavramı, düşünceyi açıklama veya başkalarına yayma ortak amacı doğrultusunda birden fazla kişinin bir araya

⁴ YARSUVAT, Duygun, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, Sermet Matbaası, İstanbul, 1968, s.34-35.

⁵ OZANALP, Şevket, İdare Hukukunda Toplanma Hürriyeti: Toplantılar ve Gösteri Yürüyüşleri, 1957, s.10.

⁶ ALKEMA, Evert, Freedom of Association and Civil Society, Freedom of Association, "Seminar organised by the Secretariat General of the Council of Europe in co-operation with the Ministry of Justice of Iceland, Reykjavik (Islande), 26-28 August 1993." [Martinus Nijhoff Publishers](#), 1994, s.53.

⁷ ANAYURT, Ömer, Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998, s.7

⁸ McFeeley / Birleşik Krallık davası, 1980. Bkz. www.serkanengiz.av.tr. (05.052011)

⁹ KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Yayınevi, 2002, s.405.

gelmesi şeklinde de ifade edilebilmektedir.¹⁰ Aslında halkın gözünde toplanma denilince daha çok günlük dilde kullanılan anlamının akla geldiği, hak ve hürriyet anlamındaki toplanmalar için ise daha ziyade miting teriminin kullanıldığı belirtilmektedir.¹¹ Öte yandan toplanma kavramının tanımı konusunda genel olarak ülkelerin yasal düzenlemelerinde herhangi bir belirlemenin yapılmadığı görülmektedir. Örneğin, başta Fransa, İsviçre, Amerika olmak üzere çoğu ülkenin hukuk sistemlerinde toplantı veya toplanmanın tanımı yapılmamıştır. Bu nedenle iş doktrin ve mahkeme içtihatlarına bırakılmıştır.¹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre toplanma, bireylerin bir fikir ya da amacı açıklamak için kapalı veya halka açık yerlerde toplantı gösteri ve yürüyüş vb. gibi hangi şekil altında olursa olsun, bir araya gelmeleri anlamına gelmektedir.¹³ Özetle toplanma kavramını bireylerin ortak çıkarlarını korumak ve savunmak ya da fikir alışverişinde bulunmak amacıyla önceden belli bir organizasyon dâhilinde geçici olarak bir araya gelmelerinden oluşan bir grup olgusu olarak ifade edebiliriz.¹⁴ Diğer yandan mevzuatımızda 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasasına¹⁵ kadar toplantı kavramının tanımına yer verilmemekteydi.¹⁶ Yasaya göre toplantı kavramı “Toplantı; belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzelkişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen açık ve kapalı yer toplantıları” şeklinde ifade edilmektedir.

2. Toplanma Hürriyeti Kavramı

Temel hürriyetlerden birisi olarak görülen toplanma hürriyeti gerçek özgür toplumun temelidir. Bununla birlikte bu hürriyet toplanmama hürriyeti

¹⁰ TEZCAN, Durmuş, ERDEM, M. Ruhan, SANCAKTAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.473.

¹¹ ANAYURT, Toplanma Hürriyeti, s.9.

¹² ANAYURT, Toplanma Hürriyeti, s.7.

¹³ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.367.

¹⁴ ANAYURT, Toplanma Hürriyeti, s.16.

¹⁵ R.G.Tarih: 8/10/1983, Sayı: 18185.

¹⁶ İŞGÖREN, Ali, Avrupa Birliği Sürecinde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.54.

anlamını da bünyesinde barındırmaktadır.¹⁷ Toplanma hürriyeti kolektif özgürlükler içerisinde yer alan, birden çok kişinin birlikte kullanabildiği, bireylerin yalnız başlarına gerçekleştiremedikleri amaçları hedefleyen bir yapıdadır. Buna göre toplanma hürriyeti kolektif özgürlüklerin örgütlü olmayan bölümünü oluşturmaktadır. Kolektif özgürlüklerin örgütlü olan kısmını ise dernek kurma özgürlüğü oluşturmaktadır.¹⁸ Öte yandan toplanma hürriyeti toplum içerisinde bireylerin belli ihtiyaçlarını karşılamaktadır. Buna göre toplum içerisinde bireyler, zaman zaman kendi güçlerini iktidarlara karşı hissettirmek, zaman zaman rakip gruplarla mücadele etmek, zaman zaman da ahlaki, bilimsel, dini açılardan tam bir kaynaşma ihtiyacı içerisinde olmak için toplanma hürriyetinden istifade ederler.¹⁹ Bununla birlikte toplanma özgürlüğü hakkı kapsamına, gerçekleştirilme biçimine bakılmaksızın her türlü toplantının girdiği söylenebilir. Buna göre hakkın konusunu oluşturan “toplantı” olgusu çok çeşitli biçimlerde gerçekleşebilir. Örneğin toplantılar kapalı mekânlarda ya da açık havada; özel mekânlarda ya da kamusal yerlerde (bina, alan, sokak, vb.); tek bir yerde ya da yürüyüşlerde olduğu gibi hareket halinde; karada ya da Greenpeace'in eylemlerinde olduğu gibi denizde; yaya olarak ya da araçlarla (bisiklet, traktör, paten, vb veya taksi şoförlerinin eylemlerinde olduğu gibi araç konvoyu halinde), ayakta ya da oturma eylemlerinde olduğu gibi oturarak, sınırlı sayıda katılımcıya ya da herkese açık biçimde yapılabilir.²⁰ Yine toplanma dini, ticari veya sportif amaçlar taşıyabilir.²¹ Bu anlamda toplantının gerçekleştiriliş biçimi bakımından bireylerin bu haktan yararlanmaları konusunda herhangi bir ayrıma gidilemeyeceğini ifade edebiliriz. Bunun yanı sıra askeriye, okul gibi ortak alanlarda meydana gelen toplanmalar yasal ve günlük hayat açısından kaçınılmaz olarak nitelendirilmektedirler.²² Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu vermiş olduğu bir kararında barışçı toplanma hakkının demokratik toplumda temel bir hak olduğuna ve ifade özgürlüğü gibi bu hakkın da demokratik

¹⁷ WHITE, Stuart, Freedom of association and the Right to Exclude, The Journal of Political Philosophy: Volume 5, Number, 4, 1997, s.373.

¹⁸ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.383.

¹⁹ ANAYURT, Toplanma Hürriyeti, s.15.

²⁰ ALPKAYA, s. 1–18.

²¹ WHITE, s.373.

²² ROSENBLUM, Nancy, Comprlled Association Public Standing, Self Respect and the Dynamic of Exclusion, Freedom of Association, Prinveton University Press, 1998, s.75.

toplumun temellerinden biri olduğuna vurgu yaparak,²³ toplanma özgürlüğünü demokratik bir toplumdaki vazgeçilmez yapı taşlarından biri olarak nitelendirmiştir.²⁴ Bununla birlikte toplanma, dernek ve sendika özgürlükleri olarak isimlendirilen ve kolektif eylem özgürlükleri grubu içerisinde yer verilen bu hak ve özgürlükler²⁵ özellikle de demokrasinin sürdürülebilirliği bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Bu noktada toplanma hürriyetinin eylem ve kişi bakımından kapsamının belirlenmesi de ayrı bir önem taşımaktadır. AİHK'nin bir kararına göre barışçı toplanma hakkı sadece belirli bir noktada bir araya gelerek yapılan toplantıları değil, aynı zamanda yürüyüşleri de kapsamaktadır. Buna göre sadece bu tür gösterilere katılan katılımcılar değil aynı zamanda komisyona başvuruda bulunan söz konusu dernek gibi bir bu tür bir toplantıyı düzenleyenlerin de bu haktan yararlanacağı belirtilmektedir.²⁶ Yine toplantıyı düzenleme, katılım ve serbest ifade gibi konularda toplanma hürriyeti kapsamında yer almaktadır. Ayrıca toplanma hürriyeti bireylerin doğrudan girişimleriyle kullanılabilirliği gibi dernek, sendika ve partilerin örgütlü toplu hürriyet özneleri vasıtasıyla da kullanılabilirler. Özetle her gerçek veya tüzel kişi toplantı düzenleme, bu toplanmaya katılma ve toplu eylem çerçevesinde serbestçe ifade hakkına sahiptir.²⁷ Toplanma özgürlüğü demokratik bir hukuk devletinde siyasal-toplumsal yaşamın vazgeçilmez bir koşulu ve unsurudur. Çünkü bu hak hukuksal güvenceye alınmadan demokrasiden söz edilemez ve bu hak kullanılmıyorsa demokratik yaşam kuşkuludur. Bu noktada toplantı ve gösteriler düşünceleri ifade etmenin tek biçimi olmamakla birlikte bunlar, kolektif bir ifadenin en dolaysız görünümü olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Kolektif olanın giderek silindiği bir ortamda, toplanma özgürlüğü daha da önem kazanmaktadır.²⁸ Yine bireylerin tek tek kullanmaları sonucu ortaya çıkan toplu eylem özgürlükleri aynı zamanda

²³ Rassemblementjurassien- İsviçre davası 10.10.1979 tarihli karar. Bkz. Türkiye'de İnsan Hakları Reformlarının Uygulanmasına Destek Projesi, 2007

²⁴ Rassemblement Jurassien-İsviçre davası, 1979 Bkz. www.serkancengiz.av.tr.

²⁵ J. Rivero, Les libertés publiques, T.II, Les régimes des principales libéertes, PUF, 3.éd., Paris 1983, s.374, Nak. ANAYURT, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Toplanma, Dernek Ve Sendika Özgürlüğü, KhukA, Mart 2003, s.1

²⁶ Christians against racism- Birleşik Krallık davası, 16.07.1980. Bkz. Türkiye'de İnsan Hakları Reformlarının Uygulanmasına Destek Projesi, 2007

²⁷ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.405-406.

²⁸ ALPKAYA, s.1.

bireysel hakların ilettilmesi, geliştirilmesi ve derinleştirilmesi amacına da yönelmektedirler.²⁹

Diğer yandan toplanma özgürlüğü kapsamına giren toplantıların taşınması gereken unsurlar farklı şekillerde ifade edilmektedir. Örneğin bir görüşe göre toplantıların kamusalılık, demokratik fonksiyon, düşünce ve ifade özgürlüğüyle bağlantı gibi unsurları taşınması gerekirken,³⁰ diğer bir görüşe göre toplantılar teşkilatlı bir topluluk, geçicilik ve amaç gibi unsurları içermelidir.³¹ Bu noktada unsur olarak belirtilen başlıkların bir arada ele alınması daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Zira bunların hepsi hakkın kullanımını bakından ayrı ayrı anlamalar ifade etmekte ve buna katkı sağlamaktadır. Bu noktada aslında sayılan tüm bu unsurlar toplanma hakkını kuşatıcı ve bu hakkın hedeflerine ulaşmasında ona destek olan ve bu yönüyle de hakkın gerçekleşmesini sağlayıcı özelliktedir. Bununla birlikte toplanma hürriyetinin gerçekleştirilmesi devlete bazı yükümlülükler yüklemektedir. Buna göre devletler barışçı toplanma özgürlüğü hakkının kullanılmasına müdahale etmemekle yükümlüdürler. Bu noktada devletin haksız yere müdahale etmeme ve müdahale eden kamu görevlileri hakkında işlem yapma yükümlülüğünün yanı sıra barışçıl bir toplanmanın zor kullanılarak dağıtılmaması ve devlet görevlileri tarafından manipülasyonu ile provokasyon edilmemesi gibi yükümlülükleri de bulunmaktadır. Yine devletler toplanma özgürlüğünün kullanılması konusunda ayrımcılık yapmama yükümlülüğü altındadırlar. Bu durumda insan hakları sözleşmelerinde genel olarak yasaklanan ayrımcılık türleri, toplanma özgürlüğü bakımından da geçerlidir.³² Öte yandan toplanmanın gerçekleştirilebilmesi bakımından uygun fiziki şartların temini de devlet açısından bir yükümlülüktür. Özetle devletin toplanma hürriyetine müdahale etmeme yönünde negatif bir yükümlülüğü söz konusu ise de; bu hürriyet aynı zamanda devlet için pozitif bir yükümlülük de getirmekte olup, devlet bu hürriyetin uygulamada kullanılabilmesi için gerekli tedbirleri³³ almak

²⁹ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.383.

³⁰ ALPKAYA, s.3.

³¹ ANAYURT, Toplanma Hürriyeti, s.10–14.

³² ALPKAYA, s.8.

³³ Bu noktada toplantının ertelenmesi bir tedbir olarak görülemez. Bu konuda Anayasa Mahkememizin şu kararı da erteleme tedbir olamayacağını belirtmektedir. “Anayasal bir hakkın kullanılmasının 30 gün ertelenmesi toplantı ve gösteri yürüyüşünü fiilen olanaksız kılar. Anayasanın 28. maddesindeki "önceden izin almaksızın" kesin buyruğuna rağmen erteleme

zorundadır. Örneğin bireyler karşıt görüştekilerin saldırısına uğrama korkusu olmadan toplantılara katılabilmelidirler.³⁴ Devlete yükümlülük yükleyen hakların çoğunluğunun bir kamu hizmetini, bir örgütün kurulmasını ve buna bağlı olarak mali kaynak kullanımını gerektirdiği buna karşın bazı hakların gerçekleşmesi için yalnızca yasal bir düzenlemenin yapılması yeterlidir.³⁵ İşte toplanma hürriyeti de bir kurumun kurulmasını ve buna bağlı olarak mali kaynak kullanımını gerektirmemektedir. Bu konuda yalnızca yasal düzenleme yapılması yeterlidir. Zaten Anayasamızın 34/2. maddesinde “Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.” demek suretiyle yasama organına gerekli düzenlemeleri yapması hususunda görev yüklenmektedir.

3.Toplanma Hürriyetinin Unsurları

Yukarıda toplanma hürriyeti bakımından sayılan bazı unsurlara kısaca değinmek yerinde olacaktır. Zira söz konusu bu unsurlar toplanma hürriyetini diğer kolektif hürriyetlerden ayıran unsurlardır. Hatta bu unsurların bazılarının ayırt edici olmaktan çok yön gösterici, belirleyici unsurlar olduğu düşünülmektedir.³⁶

3.1.Kamusal Olma Unsuru

yoluyla iş önceden izin alma biçimine dönüştürülmüş olur. Toplantının kamu düzenini bozucu sonuçlar doğuracağına anlaşılması onun ertelenmesini değil zabitanın tedbir almasını gerektirir. Kanunlar hakların kullanılmasını ertelemek veya önlemek için değil bunların kullanılmasını mutlaka sağlamak için çıkarılır. Hele ertelemenin toplantı saatinden oniki saat önce, söz gelimi Ankara’da yapılacak bir toplantıya çeşitli il ve ilçelerden çağırılan toplulukların gelmeye başladığı bir anda tebliğ edilmesi huzur-bozucu, yasa dışı toplantıya dönüşecek bir duruma yol açacağı için burada kamu düzenini koruyucu bir tedbirden söz etmeğe de olanak yoktur. Kuralın Anayasanın 28. maddesinin ikinci fıkrasında anlatımını bulan ereğe ters düştüğü ortadadır.” AYM’nin 14.3.1974 tarihli, 1973–33 E, 1974–9 K Sayılı Kararı. Bkz. www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1974/K1974-009.htm (28.05.2011)

³⁴ TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKTAR, Oğuz, ÖNOK, Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin, Ankara 2006, s. 239.

³⁵ UYGUN, Oktay, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s.36–37.

³⁶ ANAYURT, Toplanma Hürriyeti, s.15.

Herhangi bir toplantının toplanma özgürlüğü kapsamına girebilmesi için, özel alanın ötesine geçmesi ve kamusal bir alana yönelmesi gerekir. Bu nedenle özel bir amaç taşıyan özel nitelikli toplantıların, toplanma özgürlüğü hakkının korumasından yararlanması söz konusu olamaz. Çünkü bu nitelikteki toplantılar, zaten özel yaşama saygı hakkı kapsamında koruma altındadır ve kolektif bir hak olarak düzenlenmeleri mümkün ve anlamlı bulunmamaktadır.³⁷ Ayrıca kişisel davete dayalı olarak gerçekleşen, kamuya açık niteliği bulunmayan, özel amaçlara özgü ve özel yer ve mekânlarda yapılan toplanmalar konut dokunulmazlığı ve kişi güvenliği ile ilişkili olup bu durumlara özgü koruyucu hükümlerden yararlanmaktadır. Dolayısıyla toplanma hürriyeti kapsamında kastedilen toplanmalar, entelektüel kamusal amaçlarla, kamuya veya özele ait alanlarda gerçekleşen, kamuya açıklıkla karakterize olunan toplanmalardır. Nitekim Anderson ve Diğerleri/İngiltere davasında toplanmaların dar biçimde yorumlanmaması gereğinin altı çizilerek, tamamen sosyal amaçlı toplanmalar ile entelektüel amaç dışındaki toplanmalarla organizasyondan yoksun toplanmaların bu kapsamda ele alınamayacağına karar verilmiştir³⁸

3.2. Demokratik Fonksiyon Unsuru

Toplanma hürriyetinin demokratik işlevi özellikle de diğer hak ve hürriyetlerin kullanılması bakımından kendini göstermektedir. Toplanma hürriyeti özellikle çoğulculuk ve katılım öğeleri yönünden demokratik düzenin gereği olarak ele alınmaktadır. Toplanma hürriyetinin olmaması demokrasilerin işleyişinde sorunların yaşanmasına neden olacaktır. Zira siyasetten uzaklaşmış bir toplum meydana getirme³⁹ konusunda demokratik olmayan yönetimlerin öncelikle yönelecekleri hak ve hürriyetlerden birisi toplanma hürriyeti olacaktır. Özellikle de otoriter ve totaliter yönetimlerin tepkisiz ve suskun kitleler oluşturma amacıyla oldukları düşünülürse toplanma hürriyetinin önemi daha da artmaktadır. Buna göre bu amacın gerçekleştiği siyasetten arındırılmış, suskunlaştırılmış toplumlar kendilerine verilenlerle yetinirler ve bir hak arayışı içerisinde olmazlar.⁴⁰ Bu noktada toplanma hürriyetinin demokratik katılım vasıtasıyla toplumun söz hakkına sahip olması ve yönetimi keyfilikten uzaklaştırması bakımlarından demokrasiyi karakterize eden temel hürriyetlerden birisi olduğunu ifade edebiliriz. Bu konuda yapılan açıklamalar ileride toplanma hürriyetinin

³⁷ ALPKAYA, s.4.

³⁸ ANAYURT, AİHS Toplanma Hürriyeti, s.2.

³⁹ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.416.

⁴⁰ ÇEÇEN, Anıl, İnsan Hakları, Selvi Yayınları, 1990, s.247.

demokrasi açısından önemi başlığı altında daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

3.3. Amaç Unsuru

Toplanmadaki amacın entelektüel bir amaca yönelmiş olması konusunda doktrinde bir uzlaşma söz konusudur. Buna göre entelektüel ortak amaç müşterek çıkarların korunması bağlamında fikir alışverişi anlamına gelip, toplanmanın fikri boyutu şeklinde ifade edilmektedir.⁴¹ Buna göre toplanma hürriyetinin ifade hürriyetinin bir çeşidi olarak yorumlanmasındaki sebep de toplanmaların karakteristik unsuru olarak değerlendirilen entelektüel amaç olgusuna dayanmaktadır. Bu nedenle toplanma hürriyetinin ortak çıkarlar etrafında fikir alışverişine dayalı bir birliktelik oluşturmayan toplanmaları himaye etmeyeceğini söyleyebiliriz.⁴² Bu noktada toplanmaların entelektüel amacı AİHM'nin bir kararında "ortak toplumsal çıkarların korunması amacına yönelik fikir açıklamaları veya fikir alışverişine dayanmak" şeklinde ifadesini bulmaktadır.⁴³ Yine entelektüel toplanmanın diğer toplanmalardan farkını ortaya koyan temel ögenin amaç unsuru olduğu belirtilmektedir.⁴⁴ Buna göre amaç unsuru toplanmanın mahiyetini belirleyen asli bir unsurdur. Örneğin bir tiyatro oyunu bile entelektüel bir amaç taşımaya halinde toplanma hürriyeti kapsamında değerlendirilebilecektir. Zira 1830 yılında Brüksel'de oynanan "Muette de Portici" adlı bir piyes ele aldığı sosyal ve politik meseller sonucunda halkı harekete geçirmiş ve Belçikalıların özgürlüklerini kazanmalarını sağlamıştır.⁴⁵

3.4. Süre ve Yer Unsurları

Toplantı; geçici, kısa vadeli olarak bir araya gelme durumudur. Buna göre toplantıda bulunanların bu birliktelikleri belirli bir süreyle sınırlıdır. Bu nedenle de katılanlar arasındaki ortaya çıkan bu bağ kısa sürelidir.⁴⁶ Toplantıların süresi bakımından yaşanan bu durum bir yandan onu derneklerden ayırırken bir yandan da grevlere yaklaştırmaktadır.⁴⁷ AİHM

⁴¹ AKIN, İlhan, Toplanma Özgürlüğü, İHFM, C.30, S.1-2, 1964, s.546.

⁴² ANAYURT, Toplanma Hürriyeti, s.14.

⁴³ Christians Against Racism and Fascism/İngiltere davası, 1980. Bkz. ANAYURT, AİHS Toplanma Hürriyeti, s.3.

⁴⁴ ANAYURT, Toplanma Hürriyeti, s.14.

⁴⁵ YARSUVAT, s.32.

⁴⁶ ANAYURT, Toplanma Hürriyeti, s.13.

⁴⁷ YARSUVAT, s.30.

yukarıda bahsi geçen kararında toplantıların geçici olması gerektiğini vurgularken “ortak toplumsal çıkarların korunması amacına yönelik fikir açıklamaları veya fikir alışverişine dayanmak, iradi ve geçici olmak kaydıyla...” gerçekleştirilen toplantılar ifadelerini kullanmaktadır.⁴⁸ Buna göre işgal ettiği süre açısından toplanmalar belli bir süre içerisinde gerçekleşen ve sürenin bitimiyle son bulan, devamı olmayan bir araya gelişlerdir.⁴⁹ Bu noktada özetle toplanma hürriyeti kapsamındaki toplanmaların süreyle sınırlı dönemsel karşılaşmalar olduğu ve katılanlar arasındaki bağın da toplanmadan sonra sona erdiği ifade edilebilir.⁵⁰ Öte yandan yer unsuru ise toplanmanın ancak belirli yerlerde yapılabileceğini ifade eder.⁵¹ Bu anlamda toplanmanın varlığı toplanmanın ortak bir yerde gerçekleşmesini gerekli kılmaktadır.⁵² Bu anlamda son dönemde hayli popüler olan facebook ya da tiwitter gibi sanal ortamlarda meydana gelen toplanmalar toplanma hürriyetinin yer unsuru bakımından eksik kalacağı için toplanma hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyecektir.

3.5. Barışçıl Yaklaşım Unsuru

İnsan hakları anlamında toplanma hürriyetine getirilen korumayla esasında barışçıl toplanma hürriyetinin korunması kastedilmektedir. Başka bir ifadeyle toplantının “barışçıl” nitelik taşıması, bu haktan yararlanabilmenin ön koşuludur. Bununla birlikte, “barışçıl” niteliğinin, toplantının ya da toplantıyı düzenleyenlerin amacına veya toplantıda ifade edilen görüş ve düşüncelere mi, yoksa toplantının yürütülmesine mi ilişkin olduğu konusunda tartışmalar yaşanmaktadır. Bir görüşe göre, “barışçıl” niteliğiyle kastedilen, toplantının amacı ya da toplantıda ifade edilen düşüncelerin barışçıl niteliği değil, toplantının barışçıl biçimde yürütülmesi, yani herhangi bir saldırı ya da şiddet eylemi içermemesidir. Buna göre, toplantının amacı ya da burada ifade edilen görüşler, zaten düşünce ve ifade özgürlüklerinin kapsamına girmektedir, dolayısıyla, bir sınırlama getirilmesi gerekiyorsa, bu açıdan bir sınırlama getirilmesi gerekmektedir.⁵³ Bu

⁴⁸ Christians Against Racism and Fascism/İngiltere davası, 1980. Bkz. ANAYURT, AİHS Toplanma Hürriyeti, s.3.

⁴⁹ ATALAY, Esra, Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü, Ankara, 1993, s.5.

⁵⁰ KABOĞLU, İbrahim, Kolektif Özgürlükler, DÜHFD, 1989, Diyarbakır, s.62.

⁵¹ KABOĞLU, Kolektif Özgürlükler, s.62.

⁵² ATALAY, s.5.

⁵³ NOWAK, Manfred, CCPR Commentary, 1993. Nak. ALPKAYA, s.4.

bağlamda, toplantının yürütülmesine ilişkin “barışçı” nitelik, genel anlamıyla şiddete, özellikle de silahlı şiddete başvurulmaması olarak tanımlanmaktadır. Katılanların silahlı olduğu bir toplantı, bu silahlar taş ve sopadan ibaret olsa ve kullanılsa bile, barışçı bir toplantı sayılamaz. Herhangi bir toplantının bu özgürlük kapsamında kalabilmesi için toplantının barışçı niteliğinin toplantı boyunca devam etmesi gerekir.⁵⁴ Öte yandan toplanma hürriyetinin denetimsiz bırakıldığı veya kötüye kullanıldığı takdirde, kendisine bu olanağı sağlayan demokratik rejimin düzenini bozabilen, ortadan kalkmasına neden olabilen bir hale gelebileceği endişesi dile getirilmektedir.⁵⁵ Bununla birlikte, amacı barışçı olmayan ya da barışçı olmayan görüşlerin ifade edildiği bir toplantının, toplanma hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği ileri sürülmektedir. Buna göre bir toplantının “barışçı” bir toplantı sayılabilmesi ve toplanma özgürlüğüne kapsamına girebilmesi için, toplantıyı düzenleyenlerin ve toplantının amacının barışçı olması yanı sıra toplantıda ifade edilen görüş ve düşüncelerin de barışçı bir nitelik taşımasını gerektirmektedir. Yine AİHK, çeşitli kabul edilebilirlik kararlarında bu yaklaşımını net bir biçimde ortaya koymuştur. Komisyon’un yerleşik içtihadına göre, barışçı toplanma özgürlüğünden yararlanma barışçı bir gösteriyi düzenleyen ya da buna katılan herkes için teminat altına alınmıştır. Bununla birlikte, “barışçı toplanma” kavramı, düzenleyici ya da katılımcıların kamusal bir karışıklığa yol açacak şiddet niyetlerinin bulunduğu bir toplantıyı kapsamaz.⁵⁶ Bu durumda toplanma hürriyeti kapsamında görüş ve düşüncelerin serbestçe ifadesi, toplanmanın kamu düzenini bozması ve barışçıl olması koşullarına bağlanmıştır.⁵⁷ Yine yıkıcı veya şiddete yönelik, ayrımcı ve ırk karşıtlığı ifadeler, sloganlar, döviz ve pankartların varlığı da toplantının barışçıl özelliğiyle bağdaşmamaktadır. Başka bir deyişle amacı yönünden barışçıl olmayan fikir ve görüşlerin ileri sürüldüğü bir toplanma, toplanma hürriyeti kapsamında değerlendirilmez.⁵⁸ Aksi durum hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir ki Anayasamızın 14. Maddesinde “Anayasa hükümlerinden hiçbirini, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok

⁵⁴ NOWAK, Manfred, CCPR Commentary, 1993. Nak. ALPKAYA, s.4.

⁵⁵ GÜNGÖR, Şener-KAVALLI, Mümin, Uygulamada Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri, Yetkin Yayınları, 1990, s.113

⁵⁶ W.M. and H.O. v. -Federal Republic of Germany davası 1989. Bkz. ALPKAYA, s.4.

⁵⁷ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.405.

⁵⁸ ANAYURT, AİHS Toplanma Hürriyeti, s.5.

edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.”⁵⁹ denilmek suretiyle temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmayacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce de toplantının organize edilmesi ve eylemsel olarak şiddete başvurulmamasının yanı sıra bir araya gelme bakımından da amacın barışçıl olması gereklidir.⁶⁰ Çünkü şiddeti desteklemek adına bireylerin bir araya gelmesi şiddete başvurulmasa dahi başlı başına Anayasa’nın 14. maddesine aykırılık oluşturacaktır.

3.6. Silahsız ve Saldırısız Toplanma Unsuru

Toplanma hürriyetini düzenleyen yasal metinlere baktığımızda hemen hemen bu metinlerin tamamında toplanma hürriyetinin silahsız ve saldırısız kullanılacağı ifade edilmektedir. Buna göre 1961 Anayasasının 28.maddesinde ve 1982 Anayasası’nın 34.maddesinde toplanmaların silahsız ve saldırısız olacağı vurgulanmaktadır. Bununla birlikte 1909 yılında Kanun-u Esasi’de yapılan değişiklik neticesinde toplanma hürriyeti 120. maddede “Kanunu mahsusuna tebaiyet şartı ile Osmanlılar hakkı içtima maliktir.” şeklinde düzenlenmiştir. Burada maddede adı geçen “kanunu mahsusa” İçtimaatı Umumiye Kanunudur. Bu Kanunun 1. maddesi “Osmanlılar gayri müsellaah (silahsız) olarak umumi içtimalar akdine hürdür. Mevaddı atiyede münderiç ahkama riayet edilmek şartıyla ruhsat istihsaline hacet yoktur.”⁶¹ Görüldüğü üzere toplanmaların silahsız yapılacağı Kanun-u Esasi’de belirtilerek İçtimaatı Umumiye Kanunu ile de ayrıca düzenleme altına alınmıştır. Öte yandan silahsız ve saldırısız olarak bir araya gelmenin toplanma hürriyetinin bir unsuru olarak ortaya çıkmasının nedeni toplanma hürriyetine ilk olarak değinen metinlerin ortaya çıktığı dönemlerde bireylerin yönetime yönelik talep ve şikâyetlerini çoğu zaman silahlı isyan ve ayaklanmalar şeklinde ortaya koymaları şeklinde belirtilmektedir. Bu nedenle de toplanma hürriyetine ilişkin ilk düzenlemelerde toplanmanın silahsız ve saldırısız olması kaydı özel olarak vurgulanma ihtiyacı

⁵⁹ Ayrıca diğer 1961 Anayasasında temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını düzenleyen 11.madde için bkz. ATAR, Yavuz, Karşılaştırmalı, Notlu, Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Mimoza, 2004, s.109.

⁶⁰ ALPKAYA’ya göre toplanma özgürlüğü hakkından yararlanma, ilke olarak, "barışçı" olma koşulu dışında,

Toplantıda ifade edilen ya da toplantının kendisinin ifade ettiği görüşlerin içeriğine bağlanamaz.

ALPKAYA, s.5.

⁶¹ GÜNGÖR-KAVALLI, s.110.

hissedilmiştir. Ancak bugün için bu tür kayıtların nostaljik bir anlam taşımaktan öte bir kıymeti olmadığı düşünülmektedir.⁶² Zira toplantının silahlı veya saldırılı olamayacağı bizatihi hakkın özünde bulunan bir gerekliliktir. Bu anlamda her hak ve hürriyetin, Anayasada belirtilmiş olmasa bile, o hürriyetin niteliğinden doğan, başka bir ifadeyle eşyanın tabiatında yer alan sınırları (objektif sınırları) vardır.⁶³

3.7. Kişi Sayısı Unsuru

Toplanma bakımından bu sayının ne olacağının, daha doğrusu kaç kişiden oluşan toplanmaların toplanma hürriyeti kapsamında olacağının belirlenmesi konusunda kesin bir sayı telaffuz edilememektedir. Ancak bu toplanmaların birden çok kişi tarafından gerçekleştirileceği açıktır.⁶⁴ Common Law açısından üç veya daha fazla kimsenin bir araya gelmesi toplanma olarak kabul edilmektedir. Yine yasa dışı toplanmalar bakımından Fransız Ceza Yasası bakımından yirmi, İtalyan Ceza Yasası bakımından da on ve yukarı sayıda kişinin bir araya gelmesi gerektiği belirtilmektedir.⁶⁵ Ülkemizdeyse konu 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası'nın 11. maddesinde "Düzenleme kurulu, kendi üyelerinden başkan dâhil en az yedi kişiyi toplantının yapıldığı yerde bulundurmakla yükümlüdür." şeklinde düzenlenmektedir. Bu madde gereğince Türk pozitif hukuku bakımından bir toplanmanın gerçekleşebilmesi bakımından en az yedi kişinin bir araya gelmesinin gerektiği düşünülebilir. Ancak Anayasamızda böyle bir sayı koşulu öngörülmediğine göre yediden daha az kişinin toplanması durumunda da anayasal anlamda bir toplantının varlığından söz edilebilecektir.⁶⁶ Sonuç olarak sayı bakımından bir sınırlama yapmanın mümkün olmayacağı söylenebilir. Bu noktada birden fazla kişinin bir araya gelmesi durumu toplanma hürriyeti açısından yeterli olmalıdır. Bu nedenle de 2911 Sayılı Yasanın 11.maddesinin buna uygun olarak değiştirilmesinin toplanma hürriyetinin gerçekleştirilmesi bakımından daha yararlı olacağı düşünülebilir.

4. Türk Anayasaları Bakımından Toplanma Hürriyeti

⁶² ANAYURT, Toplanma Hürriyeti, s.114

⁶³ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 2000, Ankara, s.103.

⁶⁴ YARSUVAT, s.29.

⁶⁵ YARSUVAT, s.30.

⁶⁶ İŞGÖREN, s.55.

Osmanlı hukuk sisteminde pozitif hukuk anlamında ilk anayasal metin olarak adlandırabileceğimiz Kanun-u Esasiye kadarki döneme kadar toplanma hürriyeti konusunda İslam Hukukunun düzenlemelerine bakmamız gerekecektir. Buna göre İslam hukukundaki hürriyet ve insan hakları kavramlarının batıdaki anlamlarından tamamen farklı olduğu belirtilmektedir.⁶⁷ İslam hukukunda bugünkü anlamda bir toplanma hürriyetine rastlamak mümkün olmamakla birlikte İslam hukukunda yasaklanmamış her şeyin serbest olduğu ve dolayısıyla barışçıl amaçlı, silahsız, saldırsız, toplantı düzenleme hakkını yasaklayan bir kuralın mevcut olmadığı ve bu nedenle bu tür toplanmaların gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir.⁶⁸ Öte yandan toplanma hürriyeti hukukumuzda ilk kez 1909'da Kanun-u Esasi'de yapılan değişiklikle yerini almıştır. Kanun-u Esasinin toplanma hürriyetini düzenleyen 120. maddesi aynen şöyledir: "Kanunu mahsusuna tebaiyet şartı ile Osmanlılar hakkı içtimaa maliktir. Devleti Osmaniyenin temamiyeti mülkiyesini ihlal ve şekli meşrutiyet ve hükümeti tagyir ve Kanunu Esasi ahkamı hilafına hareket ve anasırı Osmaniyeyi siyaseten tefrik etmek maksatlarından birine hadim veya ahlak ve adabı umumiyyeye mugayir cemiyetler teşkili memnu olduğu gibi hafi cemiyetler teşkili de memnudur."⁶⁹ Görüldüğü üzere bu düzenlemeyle toplanma hakkı Osmanlı tebasına tanınmakta ve hangi hususların bu hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği de ayrıca belirtilmektedir. Yine 1909'da toplanma hürriyetini düzenlemek üzere çıkarılan İçtimaatı Umumiye Kanunu⁷⁰, o dönem için liberal bir anlayışı yansıtmaktadır. Buna göre düzenleme toplantıların izne değil, sadece beyana ya da bildirim tabi tutmaktadır. Dönemin şartları göz önünde tutulacak olursa, düzenlemenin özgürlükler açısından ileri bir düzenleme olduğu açıktır. Bununla birlikte ne yazık ki bu düzenlemede üç yıl sonra yapılan değişiklikle idareye açık yerlerde yapılacak toplantıları yasaklama yetkisi verilmiştir. Yine de bu değişiklikle her ne kadar toplantılar izne tabi tutulmamışsa da izne yaklaşan bir durum ortaya çıkmıştır.⁷¹ Diğer yandan 1921 Anayasası toplanma hürriyeti bakımından hiçbir hüküm içermemesine karşın Kanun-u Esasi'nin

⁶⁷ KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s.85.

⁶⁸ ARMAĞAN, Servet, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1992, s.101.

⁶⁹ ATAR, Gerekçeli Anayasa, s.214.

⁷⁰ Kanun-u Esasinin 120. maddesinde belirtilen "Kanunu mahsus" İçtimaat-ı Umumiye Kanunudur.

⁷¹ AZRAK, Kolektif Özgürlükler, s.

toplama ve dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen 120.maddesinin Teşkilat-ı Esasiye Kanununa yani 1921 Anayasasına aykırı olmadığından bu dönemde de geçerliliğini koruduğu ifade edilmiştir.⁷² 1924 Anayasası ise toplama ve dernek hürriyetini diğer bireysel ve toplu hürriyetlerle birlikte tek bir maddede düzenlemekteydi.⁷³ 1924 Anayasasını 70.maddesine göre; “Şahsi masuniyet, vicdan, tefekkür, kelam, neşir, seyahat, akit, sayüamel, temellük ve tasarruf, içtima, cemiyet, şirket hak ve hürriyetleri Türklerin tabii hukukundandır.”⁷⁴ 1924 Anayasası’nın özellikle tek parti devrinde uygulandığı dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin Anayasa ve mevzuatta ifade edildiği halden farklı olarak ele alındığı ve baskıcı bir ortam meydana getirildiği ifade edilmektedir. Özellikle de kolektif hürriyetler üzerinde yoğun baskılar meydana geldiği, toplama hürriyetinin kâğıt üzerinde kalarak tek parti rejiminin ortam ve şartlarında uygulama imkânı bulamadığı dile getirilmektedir.⁷⁵ 1924 Anayasası’nın 70. Maddesi, dernek ve toplama özgürlüklerini tanıdığı, ama düzenlememişti. Bu dönemde yürürlüğe konulan 27 Haziran 1956 tarihli ve 6761 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Yasa, daha önce özgür biçimde düzenlenen toplantı yapma olanaklarını önemli ölçüde sınırlandırarak toplantılar izne tabi kılınmıştır. Böylece 1909 yılındaki düzenlemenin de gerisinde kalmıştır.⁷⁶ Bu noktada dönemin kendine özgü koşulları bulunduğu bu nedenle de haklar ve hürriyetler açısından Anayasanın öngördüğünden farklı, otoriter bir tablonun ortaya çıktığı ifade edilmektedir.⁷⁷ Dolayısıyla da toplama hürriyetinin bu şartlar altında askıya alındığı belirtilmektedir.⁷⁸ Öte yandan 1961

⁷² İŞGÖREN, s.36.

⁷³ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.383.

⁷⁴ 20.04.1924 tarihli ve 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, 10.01.1945 tarihli ve 4695 sayılı Kanunla, esasta bir değişiklik yapılmaksızın sadeleştirilmiş ve bu haliyle 24.12.1952 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Bu sadeleştirme neticesinde 70. maddenin daha kolaylıkla anlayabileceğimiz hali şu şekildedir.”Kişi dokunulmazlığı vicdan, düşünme, söz, yayım, yolculuk, bağıt, çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma, toplama, dernek kurma, ortaklık kurma hakları ve hürriyetleri Türklerin tabii haklarındandır.” Bkz. ATAR, Gereçeli Anayasa, s.175–187.

⁷⁵ TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s.265.

⁷⁶ AZRAK, s.

⁷⁷ TANÖR, Anayasal Gelişmeler, s.317.

⁷⁸ İŞGÖREN, s.38.

Anayasasının 28. maddesine göre “Herkes, önceden izin almaksızın silahlı ve silahlı olmayan toplanma veya gösteri yürüyüşü yapma hakkına sahiptir. Bu hak, ancak kamu düzenini korumak için kanunla sınırlanabilir.”⁷⁹ Buna göre düzenleme toplanma ve dernek hürriyetleri bakımından özlü ve güvencelidir.⁸⁰ 1961 Anayasasının toplanma hürriyetini çağdaş bir yaklaşım içerisinde ele aldığı ve her şeyden önce bu hakkın kullanımı için önceden izin alma şartını ortadan kaldırdığı düşünülmektedir.⁸¹ Bununla birlikte 1982 Anayasasının 34. maddesine göre “Herkes, önceden izin almadan, silahlı ve silahlı olmayan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir. Şehir düzenini bozulmasını önlemek amacıyla yetkili idari merci, gösteri yürüyüşünün yapılacağı yer ve güzergâhı tespit edebilir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir. Kanunun gösterdiği yetkili merci, kamu düzenini ciddi şekilde bozacak olayların çıkması veya milli güvenlik gereklerinin ihlal edilmesi veya Cumhuriyetin ana niteliklerini yok etme amacı güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunması halinde belirli bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklayabilir veya iki ayı aşmamak üzere erteleyebilir. Kanunun aynı sebeplere dayalı olarak bir il’e bağlı ilçelerde bütün toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanmasını öngördüğü hallerde bu süre üç ayı geçemez. Dernekler vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler.” 1982 Anayasası’nın hürriyeti konusundaki bu düzenlemesinin 1961 Anayasasının tam aksine, Anayasa hukuku tarihimizin en ayrıntılı ve sınırlayıcı, yasaklayıcı ve hatta değişik kolektif hürriyet kategorileri arasında dayanışma yasakları öngören bir yapısı bulunmaktadır.⁸² Zira 12 Eylül askeri yönetimi temel hak ve özgürlüklere karşı otoriteden yana bir bakışın ürünü olarak yürürlüğe sokulmuş 1982 Anayasası ile özgürlükleri sınırlamayı amaçlamış, örgütle örgütlülüğü devlet için potansiyel bir suçla tehlike saymıştır. Bu noktadan hareketle toplantıların da suç odağı olabileceği mantığı ile hak ve özgürlükler kullanılamaz hale getirildiğine inanılmaktadır.⁸³ Ancak 2001 yılında gerçekleştirilen değişiklik neticesinde maddenin 1961 Anayasasındaki eski

⁷⁹ ATAR, Gerekçeli Anayasa, s.114.

⁸⁰ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.383.

⁸¹ ANAYURT, Toplanma Hürriyeti, s.113.

⁸² KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.383.

⁸³ UYSAL, Tamer, Siyasal Sistemlerde Temsiliyet Sorunsalı – 4, www.sirince.net/modules.php?name=News&file=article&sid=609 (04.05.2011)

hale yaklaştığını ifade edebiliriz. Buna göre maddenin son hali “Herkes, önceden izin almadan, silahlı ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.” şeklindedir. Bu değişiklik hakla ilişkin sınırlama nedenleri maddeye eklenmiş, buna karşılık dernek, vakıf, sendika ve mesleki kuruluşların konu ve amaç dışı toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme yasağı ile yetkili merciin erteleme, yasaklama ve güzergâh belirleme yetkisi ortadan kaldırılmıştır.⁸⁴

5. Toplanma Hürriyeti Demokrasi İlişkisi

Bir ülkenin demokratik statüsünde belirleyici olan ölçülerden birisi de toplanma hürriyetidir. Buna göre toplanma hürriyeti otoriter rejimlerin söz konusu olmadığı delilidir.⁸⁵ Yine toplanma hürriyetinin hem bireysel kişiliğin hem de toplumun kişiliğinin gelişmesinin temeli olduğu ifade edilmektedir.⁸⁶ Demokratik bir toplumun temel taşlarından birisi olan toplanma hürriyeti⁸⁷ liberal toplum ve demokrasi açısından da temel bir değerdir.⁸⁸ Bir ideal ve bir süreç olan demokrasinin sürdürülebilirliği; mevcut demokratik yapı ve işleyişlerden yeniden demokrasi üretmekle mümkün olabilmektedir. İşte bu noktada sürdürülebilir bir demokrasi açısından sivil toplum kuruluşları çok önemli bir paya sahiptir. Bu nedenle de artık demokrasilerde yer alan ve katkı sağlayan birey ve kurumlara, demokrasinin aktörleri değil, demokrasinin paydaşları gözüyle bakılmaktadır.⁸⁹ Bilindiği gibi demokrasi, sadece bir seçimden ibaret değildir, zira seçimler demokrasinin sadece bir unsurudur. Bununla birlikte burada seçime katılacak olan bireylerin o seçimde iradelerini doğru kullanabilmeleri, düşüncelerini doğru oluşturabilmelerini sağlayacak olan unsurlara dikkat çekilmektedir. Buna göre bir demokrasinin içinde iyi

⁸⁴ ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 2005, s.39.

⁸⁵ DAVID, Anne, Freedom of Association and the Freedoms of Associations, Freedom of Association, Seminar, s.87.

⁸⁶ ALKEMA, Freedom of Association, Seminar, s.53.

⁸⁷ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.367.

⁸⁸ WALZER, Michael, On Involuntary Association, Freedom of Association, Prinveton University Press, 1998, s.64.

⁸⁹ YILDIRIM, İbrahim, Demokrasi Sivil Toplum Kuruluşları ve Yönetişim, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2004 Ankara, s.93.

işlemediği, iyi işletilemediği, işletilmesinin önüne engeller konulduğu takdirde, demokrasi de gerçekleşemez, seçimler de sağlıklı sonuç vermez.⁹⁰ Bu nedenle demokratik seçimlerin sağlıklı işleyebilmesi açısından kolektif hürriyetler özellikle de toplanma hürriyetinin üstlendiği fonksiyon son derece önemlidir. Çeçen'e göre "demokrasi tepeden tabana ve alt kademedan üst kademeye kadar toplum içinde örgütlenme ağının kurulduğu bir siyasal sistemdir. Demokratik yapılar büyük ölçülerde örgütler ve birliklerden oluşan toplumsal ilişkiler ağına dayanmaktadır. Demokrasiler için örgütsüz ve dağınık bir alt yapı düşünülemez. Alt yapının demokratik çizgide oluşabilmesi için örgütlenme aşamasına gelmeli ve ortaya somut birlikler çıkmalıdır."⁹¹ İşte bu örgütlü yapının temelinde ise toplanma hürriyeti yer almaktadır. Zira toplanma hürriyetinin olmadığı bir ortamda Çeçen'in ifade ettiği örgütsel yapıların ortaya çıkması düşünülemez. Diğer yandan siyasal katılım AİHM tarafından demokratik toplum ve çoğulculuk ölçütlerinden birisi olarak ele alınmaktadır.⁹² Bu anlamda güçlü bir sivil toplum kamusal bir ahlak anlayışı geliştirerek siyasetçilerin ve yöneticilerin eylem ve işlemlerinden dolayı hesap verebilmeleri sürecinin önünü açarak demokratikleşme sürecinde en önemli katkılardan birini sağlamaktadır.⁹³ Yine toplanma hürriyeti sürekli katılım kültürünün oluşması ve gelişmesi, halkın siyasal iktidarı etkileme gücünün büyümesi⁹⁴ bakımından da ayrı bir öneme sahiptir. Zira bu önem bu hakkın her zaman ve her yerde ekonomik açıdan zor durumda bulunan kitlelerin haklarını aramak için başvurdukları ve faydalandıkları ucuz, kolay, pratik, elverişli ve etkili bir baskı aracı olarak kullanılmasından kaynaklanmaktadır.⁹⁵ Bu nedenle de güçlü bir sivil

⁹⁰ AZRAK, Ülkü, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu Açısından Kolektif Özgürlükler, www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/ulkuazrak.doc (25.05.2011)

⁹¹ ÇEÇEN, Anıl, Demokrasi ve İnsan Hakları, İnsan Hakları Yıllığı Cilt 5-6, 1983-1984, s.49.

⁹² GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, s.380.

⁹³ GENÇKAYA, Ömer Faruk, Demokratikleşme ve Sivil Toplum İlişkisi Üzerine Bir Not, Yeni Türkiye Dergisi Kasım-Aralık 1997, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997.

⁹⁴ DAĞI İhsan - POLAT Necati, Herkes için Demokrasi ve İnsan Hakları, Liberte Yayınları, 2004 Ankara s.16.

⁹⁵ GÜRAN, Sait, "Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu", Anaysa Yargısı, S.9, 1993, s. 29.

toplumun ve demokrasinin varlığı kolektif özgürlüklere özellikle toplanma hürriyetinin varlığına ve güvence altına alınmasına bağlıdır.

6. Toplanma Hürriyeti İfade Hürriyeti İlişkisi

Toplanma hürriyeti toplanmayı düzenleme, katılım ve serbest ifade öğelerini kapsamaktadır.⁹⁶ Bu yüzden toplanma hürriyeti ile ifade hürriyeti arasında çok yakın bir ilişki mevcuttur. Zira insan yalnızca düşünme ile yetinemeyeceği ve tek başına değil, fakat belli bir sosyal çevrede yaşayacağı için zorunlu olarak düşüncelerini başkalarına iletme yollarını arayacaktır. Bu anlamda her düşünce kendine taraftar kazanmak isteyecektir.⁹⁷ Bu nedenle de yayın, öğretim⁹⁸, toplanmalar, dernekleşmeler bunun doğal uzantısı olarak değerlendirilmektedir. Çünkü toplantılar düşünce ve görüşlerin dolaysız ifade yollarını oluştururlar.⁹⁹ Bu noktada ifade hürriyetinin mahiyetine kısaca değinmekte fayda vardır. Teziç'e göre ifade hürriyeti "insanın karşılaştığı bütün sorunlara vermek istediği yanıtları kendi kendine seçebilmesi ya da şahsen hazırlayabilmesi bireysel ve sosyal davranışlarını da bu yanıtlara uydurabilmesi olanağıdır." Buna göre ifade hürriyeti ulaşılan fikirler arasında tercih yapma, bunları dışa vurma ya da vurmama serbestisini de içermektedir.¹⁰⁰ Öte yandan ifade hürriyetini, bireylerin diledikleri gibi bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla dilediğince açıklayabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi şeklinde ifade edebiliriz.¹⁰¹ İşte toplanma düşüncelerin aktarılıp yayılabilmesinin gereklerinden birisi olarak ele alınmaktadır. Buna göre toplanma hürriyeti ifade ve kanaatlerin yayılmasına hizmet etmektedir.¹⁰² Bu noktada kişinin edindiği bilgiler arasından yapmış olduğu tercihleri dış dünyaya yansıtabilmesi hürriyeti ifade hürriyetinin bir boyutu olarak ele alınmaktadır.¹⁰³ Toplantı, "bir konuyu tartışmak", "düşünce değişiminde

⁹⁶ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.405.

⁹⁷ TEZİÇ, Erdoğan, Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü, Anayasa Yargısı, C.7, 1990, s.32.

⁹⁸ TEZİÇ, s.32.

⁹⁹ ALPKAYA, s.5.

¹⁰⁰ SUNAY, Reyhan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Korunması, SÜHFD, C.8, S.1-2, 2000, s.527.

¹⁰¹ TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, 1991, s.89.

¹⁰² KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.335.

¹⁰³ SUNAY, s.532.

bulunmak", "bir fikir ya da amacı açıklamak" için yapıldığına göre, katılanlarda bir düşüncenin belirmesi ya da gelişmesi toplantının başlıca işlevlerinden biridir.¹⁰⁴ Öte yandan çağdaş demokrasiler hürriyetçi rejimlerdir. Her ne kadar hürriyetler arasında hiyerarşik bir ilişkiden ya da önemleri bakımından bir sıralama yapılabileceğinden söz edilemese de ifade hürriyeti konumu ve önemi itibarıyla diğerlerine nazaran eksen bir hürriyet olup¹⁰⁵, diğer hürriyetler açısından etkileyici bir özelliğe sahiptir. Buna göre toplanma hürriyeti de ifade hürriyeti gibi özgürlükçü demokratik düzenin temeli sayılmaktadır. Bu anlamda ifade hürriyeti toplanma hürriyetinin amaçlarından biri olarak düşünülmektedir.¹⁰⁶ Bu noktada yukarıda ifade edilen kişisel özerklik, ifade hürriyeti ve toplanma hürriyeti arasındaki yakın ilişkiyi sadece liberal bir toplumun gösterebileceği ifade edilmektedir.¹⁰⁷ Buna göre bireylerin ortaya attığı düşüncelerin, doğru bildiği çözümlerin herkese duyurularak toplum önünde açıkça görüşülmesi, tartışılması ve toplumsal uzlaşmaya varılabilmesi bireylerin bir araya gelmesini gerektirmektedir.¹⁰⁸ Diğer yandan bireyler düşüncelerini tek başlarına ifade edebilecekleri gibi diğer bireylerle bir araya gelerek bu birliktelik esnasında da ifade edebilirler. Bu durumda dernek, sendika ve siyasi parti gibi oluşumlar düşüncenin toplu ifade edilmesini sağlayan oluşumlardır.¹⁰⁹ Toplanma ve ifade hürriyeti arasındaki bu bağ öyle kuvvetlidir ki birine yapılan müdahale diğerini de doğrudan etkilemektedir. Bu noktada kolluk güçlerinin toplanma hürriyetini denetim altına almak bahanesiyle çoğu zaman ifade hürriyetini kısıtladığı belirtilmektedir.¹¹⁰ Toplanma hürriyeti aslında ifade hürriyetinin toplanma hürriyetinin muhtevasını oluşturduğunu söyleyebiliriz. Zira toplanma özgürlüğünün bir yandan topluluğa yapılacak konuşmalar, diğer yandan topluluğun bizzat kendisi tarafından toplu olarak yapılacak ifade hareketlerini (toplucu bağırma, slogan atma, pankart ve döviz taşıma, marşlar ve şarkılar söyleme gibi) kapsadığının belirtilmesi bu

¹⁰⁴ ALPKAYA, s.4.

¹⁰⁵ ANAYURT, Toplanma Hürriyeti, s.82.

¹⁰⁶ TEZCAN, ERDEM, SANCAKTAR, ÖNOK, İnsan Hakları El Kitabı, s. 239.

¹⁰⁷ TAMİR, Yael,, Revisiting the Civic Sphere, Freedom of Association, s.215

¹⁰⁸ AZRAK, s.

¹⁰⁹ KÜÇÜK, Adnan, İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s.11.

¹¹⁰ KABOĞLU, İbrahim, AKKURT, Kemal, İnsan Hakları Danışma Kurulu Raporları, İmge Yayınevi, 2006, s.219.

düşünceyi desteklemektedir.¹¹¹ Hatta AİHS kapsamında bazı durumlarda toplanmalar düşüncelerin topluca ifadesi bağlamında değerlendirilerek doğrudan 10'uncu maddeyle irtibatlandırılarak bu hükümden yararlandırılmaktadır.¹¹²

7. Toplanma Hürriyeti Dernekleşme Hürriyeti İlişkisi

AİHK, derneği “çeşitli ortak amaçları gerçekleştirmek için birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir periyoda bağlı olarak oluşturdukları iradi kurumsal bir yapıyı ifade eder” diye tanımlarken¹¹³, AİHM Sigurdur A.Sigurjonsson/İzlanda davasında, benzer bir tanımla “ortak amaç doğrultusunda, belirli koşullar altında kurulan ve az-çok devamlılık gösteren organize topluluk” olarak tarif etmektedir.¹¹⁴ Tarihi açıdan ülkemizde siyasal ve kültürel modernleşme çabalarıyla birlikte, sanayileşme çabalarının da hız kazandığı meşrutiyet döneminde, örgütlenme girişimleri gözle görülür bir şekilde artmaya başlamıştır.¹¹⁵ Dernekleşme özgürlüğünün tanınması ise ancak 1876 Kanuni Esasisi'nde 1908'de yapılan değişikliklerle mümkün olabilmıştır. (m. 120) Bunu daha sonra, 14 Haziran 1909 tarihli “İçtimaat-ı Umumiye Kanunu” ve 3 Ağustos 1909 tarihli “Cemiyetler Kanunu” izlemiştir.¹¹⁶ Görüldüğü üzere toplanma ve dernekleşme hürriyetleri anayasa tarihimiz bakımından belli bir noktaya kadar paralellik arz etmektedir. Bununla birlikte bu paralelliğin başlangıcını Gülhane Hattı Hümayununa kadar götürülenlerde vardır. Kapani'ye göre bu belgeyle sadece en ilkel bazı temel haklar garanti altına alınmak istenmiştir.¹¹⁷ Oysa Abadan “söz, basın, toplanma, çalışma vs. gibi klasik özgürlüklerin de (Kanunu Esasi'de) sayılan esas haklar içerisinde mündemiç bulduklarını”¹¹⁸ ifade etmek suretiyle

¹¹¹ TANÖR, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969, s.197.

¹¹² ANAYURT, AİHS Toplanma Hürriyeti, s.6.

¹¹³ Agee/İngiltere, AİHK'nın 7729/76 Sayılı kararı. Bkz. ANAYURT, AİHS Toplanma Hürriyeti, s.6.

¹¹⁴ Sigurdur A.Sigurjonsson/İzlanda davasında AİHM, 30.06.1993 tarihli kararı. Bkz. ANAYURT, AİHS Toplanma Hürriyeti, s.6.

¹¹⁵ ASLAN, Seyfettin, GÜL, Cengiz, Geçmişten Günümüze Türkiye'de Baskı Grupları, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2004, s.87.

¹¹⁶ ASLAN-GÜL, s.88.

¹¹⁷ KAPANİ, s.96.

¹¹⁸ ABADAN, Yavuz, Tanzimat Fermanının Tahlili, İstanbul, 1940, s.53. Nak. KAPANİ, s.96.

toplanma ve dernekleşme hürriyetlerini daha eskiye götürmektedir. 1909 tarihli Cemiyetler Kanunu'nda 1923 yılında yapılan bir değişiklikle, dernek kurma hakkının sınırlandırıldığı ve derneklerin gözetim ve denetiminin hükümete bırakılmaktadır. Bununla birlikte "Takrir-i Sükun Kanunu", 1925 yılından itibaren derneklerin faaliyetlerini zorlaştıran ve hatta imkansız kılan bir atmosfer oluşturmuştur.¹¹⁹ Yine toplanma hakkının uzun süre dernekler için bir araya gelmeler olduğu düşünülmüştür. Bu düşüncenin sebebi olarak ise toplanma ve dernek için bir araya gelmelerin insanların fikir birleşmelerinin iki ana biçimi olması gösterilmiştir.¹²⁰ Toplanma ve dernekleşme hakları arasında tarihi ve sosyolojik bağların yanı sıra ortak bir amaca yönelmiş olma ve birden fazla kişinin bulunması gibi unsurların her iki hürriyet açısından ortak oluşu belirtilmektedir.¹²¹ Bununla birlikte süre ve teşkilatlı bir yapının bulunması bakımlarından bu iki hak birbirinden ayrılmaktadır. Toplanmalar geçici ve kısa sürelidir. Toplanan bireyler bir daha muhtemelen bir araya gelmezler. Oysa dernekte bireyler arasında daimi bir bağ kurulur.¹²² Derneğin bir tüzel kişiliği bulunmasına karşın toplanmalarda kısa süreli bir birliktelik olarak böyle bir tüzel kişilik söz konusu değildir.¹²³ Öte yandan toplanma hürriyetinin kamuya ait yollarda halkın yararlandığı sokak, cadde ve meydanlarda cereyan etme özelliği nedeniyle öteki toplu hürriyetlere göre kurallara bağlanmış olduğu belirtilmektedir.¹²⁴ AİHM bir kararında dernekleşme hürriyeti ve bu hürriyetin başta toplanma hürriyeti olmak üzere kolektif hürriyetler bakımından taşıdığı önemi şu şekilde belirtmiştir. "AİHS'in sırasıyla 9.ve 10. maddesinde güvence altına alınmış olan düşünce ve kanaat özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün kapsamı, insanın inançlarını ve fikirlerini toplu halde özellikle de aynı inanç, fikir veya çıkarlara sahip kişilerin örgütlenmesi yoluyla başkalarıyla paylaşabilme güvencesiyle destekleniyor olmasaydı, çok kısıtlı olurdu. Dolayısıyla dernek teriminin özerk bir anlamı vardır."¹²⁵ Yine Anayasa Mahkememiz derneklerin toplanma hürriyeti bakımından

¹¹⁹ ASLAN-GÜL, s.90.

¹²⁰ YARSUVAT, s.30.

¹²¹ İŞGÖREN, s.60.

¹²² İŞGÖREN, s.60.

¹²³ OZANALP, s.19.

¹²⁴ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.406.

¹²⁵ Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri- Türkiye Davası Kararı, AİHM'nin tarihli kararı, 30 Ocak 1998. Bkz. Türkiye'de İnsan Hakları Reformlarının Uygulanmasına Destek Projesi, 2007.

önemini şu şekilde ifade etmiştir. “Dernekler, toplantı hürriyetlerinin uygulama alanı bulduğu ve fikir ve kanaatlerin belli amaçlar için bir araya gelmesi ile fikir hürriyetinin olumlu sonuçlar sağladığı topluluklardır. Bu özellikleri dolayısıyla, dernekler, toplum hayatında büyük önem taşımaktadırlar. Anayasa koyucusu da bu Önemi göz önünde tutmuş, dernek kurmak hakkını korumuş ve Anayasa’da, temel hak ve hürriyetler arasında toplanma hürriyeti başlıklı kısımda bu hakkı düzenlemiştir.”¹²⁶ Buna göre toplanma hürriyeti dernekleşme hürriyetinin içeriğini oluşturmaktadır. Zira dernekler daha düzenli ve sistemli toplanmaların gerçekleştirilmesi suretiyle faaliyette bulunurlar. Yine belirli büyüklükteki toplanmaların da ancak bu tür örgütlü gruplarca gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir.¹²⁷ Bu anlamda bireyler toplanma hürriyetlerini doğrudan kendi girişimleriyle kullanabilecekleri gibi örgütlü dernekler aracılığıyla kullanabilirler.¹²⁸ Düşünce ve örgütlenme özgürlükleri toplum yapısındaki köklü değişikliklerle, insanın açılması, gelişmesi, özgürleştirilmesi, insanca ve çok renkli yaşama ortamının meydana getirilebilmesi ile doğrudan bağlantılı olarak görülmektedir.¹²⁹ İşte toplumun ve bireyin bahsedilen gelişmeleri gerçekleştirebilmesi bireylerin entelektüel amaçlarla toplanabilmelerini gerektirir. Öte yandan devlet toplanma hürriyetinde olduğu gibi dernekleşme hürriyeti açısından da bazı yükümlülükler altındadır. Buna göre devlet birden fazla bireyin bir araya gelmesine olanak sağlayıcı düzenlemelere yer verme yükümlülüğü altındadır.¹³⁰

8. Sonuç

Toplanma hürriyeti demokratik bir toplum yapısı içerisinde yer alması gereken asli unsurlardan birisi olarak ifade edilebilir. Aslında toplanma hürriyetinin bu önemi demokrasinin diğer unsurlarıyla özellikle de

¹²⁶ AYM’nin 16.3.1965 tarihli, 1963/199 E, 1965/16 K Sayılı Kararı.

Bkz. www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1965/K1965-16.htm. (22.05.2011)

¹²⁷ KABOĞLU, Kolektif Özgürlükler, s.186.

¹²⁸ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.405-406.

¹²⁹ TEZİÇ, s.32.

¹³⁰ TEZCAN, ERDEM, SANCAKTAR, ÖNOK, İnsan Hakları El Kitabı, s. 237.

demokratik katılımın sağlanması bakımından taşıdığı önemden kaynaklanmaktadır. Buna göre toplanma hürriyeti toplumdaki farklılıkların veya farklı menfaatlerin bir araya gelmesi ve bunların organize bir şekilde talep edilmesi fonksiyonunu yerine getirmektedir. Bu sayede toplumsal talepler bir uzlaşma zemini bulmakta ve toplum bir kargaşadan uzak tutulmaktadır. Öte yandan toplanma hürriyeti bugün demokrasilerde özellikle muhalefetin kullanabileceği en önemli araçlardan birisi haline gelmiştir. Yine toplanma hürriyeti icra ettiği fonksiyon itibarıyla sivil toplum kuruluşlarının ortaya çıkmasını teşvik etmekte bu sayede demokrasinin aktörleri bakımından toplumda demokrasi lehine çeşitlilikler meydana getirilmektedir.

Kaynakça

ABADAN, Yavuz, Tanzimat Fermanının Tahlili, İstanbul, 1940.

AKIN, İlhan, Toplanma Özgürlüğü, İHFM, C.30, S.1-2, 1964.

ALKEMA, Evert, Freedom of Association and Civil Society, Freedom of Association, Seminar organised by the Secretariat General of the Council of Europe in co-operation with the Ministry of Justice of Iceland, Reykjavik (Islande), 26-28 August 1993. [Martinus Nijhoff Publishers](#), 1994.

ALPKAYA, Gökçen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak, C.56, S.3, AÜSBFD, 2001.

ANAYURT, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Toplanma, Dernek ve Sendika Özgürlüğü, Khuka Mart 2003.

ANAYURT, Ömer, Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998.

ARMAĞAN, Servet, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1992.

ASLAN, Seyfettin, GÜL, Cengiz, Geçmişten Günümüze Türkiye'de Baskı Grupları, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 5, Sayı 1.

ATALAY, Esra, Türkiye'de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü, Ankara, 1993.

ATAR, Yavuz, Karşılaştırmalı, Notlu, Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Mimoza, 2004.

ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 2005.

AZRAK, Ülkü, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu Açısından Kolektif Özgürlükler, www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/ulkuazrak.doc (11.06.2011)

ÇEÇEN, Anıl, İnsan Hakları, Selvi Yayınları, 1990.

ÇEÇEN, Anıl, Demokrasi ve İnsan Hakları, İnsan Hakları Yıllığı Cilt 5-6, 1983-1984.

DAĞI İhsan - POLAT Necati, Herkes için Demokrasi ve İnsan Hakları, Liberte Yayınları, 2004 Ankara.

DAVID, Anne, Freedom of Association and the Freedoms of Associations, Freedom of Association, "Seminar organised by the Secretariat General of the Council of Europe in co-operation with the Ministry of Justice of Iceland, Reykjavik (Islande), 26-28 August 1993." [Martinus Nijhoff Publishers](#), 1994.

GENÇKAYA, Ömer Faruk, Demokratikleşme ve Sivil Toplum İlişkisi Üzerine Bir Not, Yeni Türkiye Dergisi Kasım-Aralık 1997, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997.

GÜNGÖR, Şener-KAVALALI, Mümin, Uygulamada Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri, Yetkin Yayınları, 1990.

GÜRAN, Sait, "Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu", Anayasa Yargısı, S.9, 1993.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

İŞGÖREN, Ali, Avrupa Birliği Sürecinde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Yayınevi, 2002.

KABOĞLU, İbrahim, Kolektif Özgürlükler, DÜHFD, 1989, Diyarbakır.

KABOĞLU, İbrahim, AKKURT, Kemal, İnsan Hakları Danışma Kurulu Raporları, İmge Yayınevi, 2006.

KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

KÜÇÜK, Adnan, İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

NOWAK, Manfred, CCPR Commentary, 1993.

OZANALP, Şevket, İdare Hukukunda Toplanma Hürriyeti: Toplantılar Ve Gösteri Yürüyüşleri, 1957.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 2000, Ankara.

ROSENBLUM, Nancy, Comprlled Association Public Standing, Self Respect and the Dynamic of Exclusion, Freedom of Association, Prinveton University Press, 1998.

SUNAY, Reyhan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Korunması, SÜHFD, C.8, S.1–2, 2000.

TAMİR, Yael, Revisiting the Civic Sphere, Freedom of Association, Prinveton University Press, 1998.

TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri,

TANÖR, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969.

TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, 1991.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, M. Ruhan, SANCAKTAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKTAR, Oğuz, ÖNOK, Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin, Ankara 2006.

TEZİÇ, Erdoğan, Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü, Anayasa Yargısı, C.7, 1990.

Türkiye'de İnsan Hakları Reformlarının Uygulanmasına Destek Projesi, 2007.

UYGUN, Oktay, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.

UYSAL, Tamer Siyasal Sistemlerde Temsiliyet Sorunsalı – 4, www.sirince.net/modules.php?name=News&file=article&sid=609

YARSUVAT, Duygun, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri,: Sermet Matbaası, İstanbul, 1968.

YILDIRIM İbrahim, Demokrasi Sivil Toplum Kuruluşları ve Yönetişim, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2004 Ankara.

WALZER, Michael, On Involuntary Association, Freedom of Association, Prinveton University Press, 1998.

WHITE, Stuart, Freedom of association and the Right to Exclude, The Journal of Political Philosophy: Volume 5, Number, 4, 1997.

www.serkancengiz.av.tr.