

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2018/2



**TÜBİTAK
ULAKBİM**
Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 91
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 70

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU (Başkan)
Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ
Doç. Dr. Tuba AKÇURA KARAMAN
Arş. Gör. Dr. Ali Cenk KESKİN
Arş. Gör. Dilşad KUĞUOĞLU

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üni.)
Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL (İstanbul Bilgi Üni.)
Prof. Osman Korkut KANADOĞLU (Girne Üni.)
Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üni.)
Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK	Doç. Dr. Anlam ALTAY
Prof. Dr. Mouloud BOUMGHAR	Doç. Dr. Serap AMASYA
Prof. Dr. Erdoğan BÜLBÜL	Doç. Dr. Ebru CEYLAN
Prof. Dr. Murat DEVELİOĞLU	Doç. Dr. Zeynel KANGAL
Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU	Doç. Dr. Ecehan YEŞİLOVA ARAS
Prof. Dr. Emre ÖKTEM	Doç. Dr. Didem YILMAZ
Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ	Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU
Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ	Doç. Dr. Saadet YÜKSEL
Prof. Dr. Oktay UYGUN	Dr. Öğr. Üyesi H. Bige AÇIMUZ
Prof. Dr. Samim ÜNAN	Dr. Öğr. Üyesi Özge AKSOYLU
Prof. Dr. Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN	Dr. Öğr. Üyesi Nur BOLAYIR
Doç. Dr. Olgun AKBULUT	Dr. Öğr. Üyesi H. Ali DURAL
Doç. Dr. Tuba AKÇURA KARAMAN	Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İPEK İŞLETEN
Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK	Dr. Öğr. Üyesi Beril ÖZCANLI

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2018 yılının Aralık ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş. / Veysel Coşkun

Baskı-Cilt : Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.

Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza

1. Levent/Beşiktaş/İst. Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No: 20179)

Kapak Tasarımı: Veysel Coşkun

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.

Narlıbahçe Sokak No: 11 (Sertifika No. 16136)

Cağaloğlu - İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: hukukfd@gsu.edu.tr

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Dr. Öğr. Üyesi H. Bige AÇIMUZ3

Doğal Risklerin Değerlendirilmesi Çerçevesinde İdare Hukuku ve Bilim Arasındaki İlişki Üzerine Düşünceler

Reflexions on the Relation Between Administrative Law and Science in the Context of Natural Hazard Assessment

Dr. Öğr. Üyesi Gülşah BOSTANCI BOZBAYINDIR.....51

Avrupa Birliği Ceza Hukuku'nda Polis ve Ceza Adaleti Otoritelerine Yönelik 2018/680 Sayılı Direktif: Kişisel Verilerin Ceza Adalet Mekanizmalarında Korunmasına Getirilen Standartlar ve Direktife Yönelik Eleştiriler

The Police and Criminal Justice Authorities 2018/680 Directive: Data Protection Standarts with regard to the Processing of Personal Data by Component Authorities and Critics Against the Directive

Dr. Öğr. Üyesi Aslan DELİCE.....105

Değerler Hiyerarşisi Olarak Temel Norm: Anayasa

Hierarchy of Values As a Basic Norm: Constitution

Dr. Öğr. Üyesi Berke ÖZENÇ129

The Impact of the European Convention on Human Rights on the Legal Order of Turkey: Achievements and Problems

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi' nin Türkiye' nin Hukuk Düzenine Etkisi: Kazanımlar ve Sorunlar

Dr. Öğr. Üyesi Serkan YOLCU157

Siyasetin Yargılaşmasının Hükümet Sistemine Etkisi Üzerine Bir İnceleme: Moldova'nın Anayasal Zaman Yolculuğu

A Review on the Impact of Judicialization of Politics on Government System: Constitutional Time Travel of Moldova

Dr. Gonca EROL201

Hakimlerin Belirlenmesinde “Merit Selection” Yöntemi

“Merit Selection” of Judges

Arş. Gör. Nuray SÜMER.....	267
-----------------------------------	------------

Şartlı Feragate İlişkin Danıştay Kararının Düşündürdükleri

Considerations of the Council of the State's decision on Retraxit Conditionally

Av. Mehmet Faruk KOÇAK.....	285
------------------------------------	------------

Fikri Mülkiyet Haklarının AİHM Kararlarına Göre Korunması

The Protection for Intellectual Property Rights Before the ECHR

ÖZEL HUKUK

Dr. Öğr. Üyesi Ece BAŞ SÜZEL.....	339
--	------------

Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce

Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü

Pre-Contractual Information Duties in Distance Contracts

Arş. Gör. Mehmet Emin ALPASLAN.....	371
--	------------

Anayasa Mahkemesi'nin Sıra Cetveline İlişkin Bir Kararının

Değerlendirilmesi

Evaluation of a Constitutional Court Decision About the Collocation Plan

Arş. Gör. Doğan KARA.....	401
----------------------------------	------------

İnternette Linkler Yoluyla Umuma İletim Hakkına Müdahale: Avrupa Birliği

Adalet Divanı'nın 13 Şubat 2014 Tarihli Svensson ve Diğerleri, Retriever

Sverige AB'ye Karşı Kararının İncelenmesi

Violations of the Rights of Communication to the Public on the Internet via Linking:

Examination of the Decision dated 13 February 2014 "Nils Svensson, Sten Sjögren,

Madelaine Sahlman and Pia Gadd v. Retriever Sverige AB" of the Court of Justice of the European Union

Arş. Gör. Zeynep Damla TAŞKIN.....	429
---	------------

İfasına Başlanmış Sürekli Edimli Sözleşmelerde Borçlu Temerrüdü ve Sonuçları

Debtor's Default and Its Consequences in Continuous Contracts Where Performance

Has Already Begun

Arş. Gör. Kübra YILDIZ.....	425
------------------------------------	------------

Kambiyo Hukukuna Özgü Bir Kişisel Güvence Türü: Aval

A Type of Personal Guarantee Pertaining to Law of Exchange: Aval

Av. Ali Ergin ÇELEBİ.....	517
----------------------------------	------------

Şirketler Topluluğunda Hâkim Şirket Pay Sahiplerinin Bağlı Şirketler Hakkında

Bilgi Alma Hakkı

Right to Obtain Information of Parent Company's Shareholders Regarding

Subsidiaries in the Group of Companies

**PROF. DR. ERDOĞAN TEZİÇ’İ ANMA GÜNÜ:
TÜRKİYE’NİN GÜNCEL ANAYASA HUKUKU SORUNLARI**

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK	583
Parlamento İşlemleri ve Kanun Kavramı	
Doç.Dr. Didem YILMAZ	603
Olağanüstü Halde Yasamanın Düzenleyici İşlemlerinin Hukuki Rejimi	
Doç. Dr. Özen ÜLGEN.....	620
Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler	
Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu	637
Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	
Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU.....	651
Türkiye’de Yapılan Seçimler (1950-2018) ve Seçim Sonuçlarının Demokrasimize Yansımaları	
Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ.....	671
Başkanlık Sistemlerin Seçim Sistemi Hükümet Sistemi Etkileşimi	
Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK.....	687
Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları	
Prof. Dr. Oktay UYGUN	703
Egemenlik Teorisi ve Anayasayı Değiştirme Sorunu	
Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik	725
Erdoğan Teziç’in Gözünden Kuruluş Dönemi Anayasacılığımız	
Arş. Gör. Burcu Alkış	741
Egemenliği Kullanan Bir Organ Olarak Anayasa Mahkemesi	

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli ulusal bir dergidir; Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazılar, **hukukfd@gsu.edu.tr** e-posta adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
4. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dilleridir. Bu dillerin dışındaki eserlerin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa öz (abstract), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta gösterilmelidir.
5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfler başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır.
6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarı-

na iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca en az iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir.

7. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.
8. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
9. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

A- Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a- Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

aa- Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Kaynakçada gösterim: Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfabetik olarak sıralanır. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlendirilebilir.

a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), Basım sayısı, Yayınevi, Yayın yeri, Yayın yılı. (normal)

Örnek: TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16.bası, Beta, İstanbul, 2013.

Örnek: İNCEOĞLU Sibel (Editör),

Çeviri kitaplar için:

SARTORİ Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu / M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1996.

İki yazarlı kitaplar için:

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. bası, Beta, İstanbul, 2015.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray /BACAŞIZ Pınar, vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

b) Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

c) Makale: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), “Makale başlığı” (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/ Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları. (Makalelerde, makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı belirtilir.)

Örnek: KOÇ Sedef, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu”, **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

d) İnternet kaynakları: Tam adres ve son erişim tarihi belirtilmelidir. Big Data, Crime and Security, Parliamentary Office of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/POST-PN-470/POST-PN-470.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

12. Dipnotlarda: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece kalın harflerle yazarın soyadı; eserin yayın yılı ile sayfa numarası gösterilir. İki yazarın bulunması durumunda her iki yazarın soyadı da kullanılır. İkiyden fazla yazar olması durumunda ilk yazarın soyadını “ve diğ./et al.” ifadesi ta-

kip eder. Eğer aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa basım yıllarının sonuna kaynakçadaki sıraya uygun olarak alfabetik bir karakter ilave edilir (2013a, 2013b...).

Örnek: KOÇ, s. 17.

- b) Karar: Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, karara ulaşılabilecek kaynak.

Y. 13. HD, E. 2016 / 5823, K. 2016 / 13745, 30.05.2016, YKD, c. 42, S. 10, 2016, ss. 2430-2431.

İnternet: Kullanılan içeriğe uygun kısa atıf kuralına uygun hareket edilmelidir.

- 13.** Dergimizin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi **15 Nisan**; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise **15 Ekim**'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

KAMU HUKUKU

Doğal Risklerin Değerlendirilmesi Çerçevesinde İdare Hukuku ve Bilim Arasındaki İlişki Üzerine Düşünceler*

Dr. Öğr. Üyesi H. Bige AÇIMUZ**

Öz: Sürdürülebilir gelişme ve entegrasyon ilkeleri çevresel kaygıların doğal risklerin değerlendirilmesi dahil her türlü faaliyette dikkate alınmasını gerektirir. İdarenin karşı karşıya olduğu sorunların karmaşıklığı ve belirsizlik ortamında karar vermek zorunda oluşu bilimsel bilgiye başvurmasını gerektirmektedir. Bilimsel verilere dayanan doğal risklerin önlenmesine ilişkin idari kararların hukuka uygunlukları ancak özenli, bağımsız ve tarafsız bir uzmanlık faaliyetiyle sağlanabilir.

Anahtar Kelimeler: idari karar, doğal risklerin değerlendirilmesi, çevre koruma, uzmanlık, bilimsel belirsizlik.

Réflexions Sur le Rapport Entre le Droit Administratif et la Science Dans le Cadre du Droit des Risques Naturels

Résumé : Les principes de développement durable et d'intégration nécessitent la prise en compte des préoccupations environnementales dans toute activité, y compris l'évaluation du risque naturel. La complexité des enjeux auxquels l'administration doit faire face et les incertitudes qu'elle doit gérer afin de pouvoir décider, l'oblige à faire appel à la connaissance scientifique. La légalité des décisions administratives qui se

* Bu makale, « Le droit des risques naturels: comparaison franco-turque » başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

** Makale Geliş Tarihi: 15.11.2018, Makale Kabul Tarihi : 29.11.2018

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no : 0000-0002-0904-5489) ; bige.ngl@gmail.com

fondent sur des données scientifiques ne peut être assurée que par une expertise rigoureuse, objective et impartiale.

Mots Clés : décision administrative, évaluation du risque naturel, protection de l'environnement, expertise, incertitude scientifique.

Reflexions on the Relation Between Administrative Law and Science in the Context of Natural Hazard Assessment

Abstract: The principles of sustainable development and integration require that environmental preoccupations are taking into account in all activity, including the natural hazard assessment. The complexity of the issues that administration has to face and the uncertainties that it has to manage force it to address to scientific knowledge. The lawfulness of the administrative decisions regarding natural hazard mitigation that are based on scientific data is conditioned by rigorous, objective and impartial expertise.

Keywords : administrative decision, natural hazard assessment, environmental protection, expertise, scientific uncertainty.

INTRODUCTION

Les phénomènes naturels de grande ampleur font partie de l'essence même de la terre, la catastrophe naturelle correspondant à la perception par l'homme des conséquences de ce qui n'est qu'une forme de l'évolution du globe. Mais depuis la seconde moitié du 20^{ème} siècle, les catastrophes de grande ampleur voient leurs effets aggravés par la croissance démographique, l'urbanisation et la transplantation des activités humaines dans les zones à risque avec des répercussions humaines, économiques et écologiques.

Les phénomènes naturels manifestent la vie de la planète et le droit des risques naturels qui est une construction anthropique, essaie de contribuer à l'harmonisation de la vie de l'homme avec celle du globe¹. L'administration,

¹ Cette approche fragmentaire et la soustraction de l'homme de la nature sont contestées, fortement critiquées et même accusées d'être le noyau des problèmes environnementaux. Mais le droit, tel qu'il est, reste régi par une réflexion fragmentaire de laquelle on ne peut encore échapper. Cf. RÉMOND-GOUILLOU Martine, **Du droit de détruire**, PUF, Coll. Voies du droit, Paris, 1989, p. 87. Voir également OST François, **La nature hors la loi, L'écologie à l'épreuve du droit**, Edition La Découverte, Paris, 2003, pp. 10-12.

chargée d'assurer la sécurité des citoyens, est investie d'une variété de compétences et d'obligations en matière de prévention des risques qui nécessite avant tout leur prévision. Pour savoir en quoi correspond la connaissance du risque, il faut préalablement définir ce qu'est le risque sachant qu'il existe plusieurs approches.

L'approche réaliste et objective définit le risque comme un « événement dommageable futur qui est non seulement réel mais qui peut en outre être découvert objectivement par le mode de connaissance scientifique »². Le risque désigne, pour un enjeu donné, la conjonction d'un aléa extérieur à cet enjeu avec une vulnérabilité propre à l'enjeu³. Il existe donc en soi et c'est la science qui détermine si un phénomène constitue un risque. Les définitions textuelles du droit turc⁴ et du droit français⁵ qui sont du même ordre d'idées, tiennent compte des éléments objectifs comme la notion de probabilité, de menace et de dommage.

Pour certains, cette approche reste insuffisante pour comprendre l'enjeu auquel le droit faire face, car, si les catastrophes naturelles ont changé d'échelle en raison de leur intensité et plus sûrement de leurs effets -et donc de manière objective-, c'est également et surtout la transformation de la « perception » du risque par la société qui explique l'évolution du droit des

² BRUNET Sébastien, **La société du risque: Quelles réponses politiques**, L'Harmattan, Paris, 2007, p. 27.

³ GILLET Marc, « La place de l'adaptation dans la politique climatique », **Annales des Mines - Responsabilité et environnement**, vol. 56, n° 4, 2009, p. 53.

⁴ La définition textuelle du risque apparaît en droit turc pour la première fois dans Art. 2-h la loi n° 5902 du 29 mai 2009 aux termes de laquelle « le risque correspond au degré des valeurs susceptibles d'être perdues en fonction de la probabilité des dangers menaçant un lieu donné », JORT n° 27261 du 29 mai 2009. Cette disposition est aujourd'hui reprise dans l'art. 31/i de l'ordonnance no 3 du Président de la république

⁵ La définition officielle du risque naturel est donnée pour la première fois par la circulaire 88-67 du 20 juin 1988 relative au risque naturel et au droit des sols. C'est la « conjonction d'un phénomène naturel et de l'existence de biens et d'activités pouvant subir des dommages et des personnes pouvant subir des préjudices ». Circulaire n°88-67 du 20 juin 1988 relative aux risques naturels et droit des sols (BO, Ministère de l'Équipement, n°88-6, TO, 1988.) La définition généralisée en droit français est celle d'H. TAZIEFF pour qui le risque majeur est « [...] la menace sur l'homme et son environnement direct, sur ses installations, dont la gravité est telle que la société se trouve absolument dépassée par l'immensité du désastre. » LARROUY-CASTERA Xavier / OURLIAC Jean-Paul, **Risques et urbanisme**, Éditions le Moniteur, Paris, 2004, p. 1.

risques naturels. Cette évolution est fortement liée au discours qui se développe sur les catastrophes et qui en ont accentué les répercussions sociales. S.-E. LARSEN qui s'interroge sur le séisme de Lisbonne de 1755 affirme à cet égard que « *[c]e ne sont pas les faits physiques, bien que dévastateurs, mais surtout leur mise en discours qui, dès le début, a donné à l'évènement ses répercussions globales en Europe. Ces effets discursifs ont, d'une certaine manière, partagé ou intervenu au séisme et l'ont constitué comme phénomène culturel dans un sens large du terme* »⁶. En d'autres termes, même si l'existence des catastrophes est aussi ancienne que l'humanité, comme le témoignent d'ailleurs les textes religieux qui présentent le cataclysme en tant que châtiment annoncé et accompli par Dieu pour punir l'Homme⁷ ou, par exemple, les textes de PLATON qui l'expose en tant qu'évènement mettant fin à une civilisation⁸, leurs répercussions et leur perception diffèrent dans l'espace et le temps.

Pour comprendre en quoi correspond la nouvelle perception du risque, il faudra tout d'abord se référer à son appréhension dans le cadre des assurances et des méthodes qu'elles utilisent pour donner à certains événements

⁶ LARSEN Svend Erik, "Lisbonne- utopie et désastre. Répercussions idéologiques européennes du séisme", in MONTANDON Alain (dir.), **Lisbonne : géocritique d'une ville**, Presses universitaires Blaise Pascal, 2006, p. 102.

⁷ Le récit du Déluge se présente à cet égard comme l'archétype de la catastrophe que l'homme redoute aujourd'hui pour la Terre, et dont le motif oriente la réflexion éthique. Il constitue la représentation d'un châtiment annoncé et accompli par le Dieu pour punir la méconnaissance des signes qui provoque la catastrophe selon le Coran ou le mépris de « la nature » selon une lecture biblique. Cf. DE BAUW Christine, « Droit et nature : l'histoire de Noé, » in (dir.) GERARD Philippe / OST François / VAN DE KERCHOVE Michel, **Images et usages de la nature en droit**, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1993, p. 645. Si la pensée moderne n'appréhende plus la survenance d'un phénomène naturel de grande ampleur comme un châtiment, elle y substitue une autre réflexion fondée sur une causalité différente de façon à exclure la fatalité.

⁸ La catastrophe destructive de grande ampleur qualifiée de cataclysme y constitue l'évènement qui régénère la fin des civilisations autrefois prospères. Platon écrit à ce propos dans *Timée* que « (...) dans cette île, l'Atlantide, s'était constitué un empire vaste et merveilleux, que gouvernaient des rois dont le pouvoir s'étendait non seulement sur cette île tout entière, mais aussi sur beaucoup d'autres îles et sur des parties du continent » Cf. PLATON, **Timée et Critias**, L. BRISSON (trad.), Paris, Flammarion, 1992, p. 112, 25 a. Il se trouve pourtant que « (...) dans un temps qui suivit, se produisirent de violents tremblements de terre et des déluges. En l'espace d'un seul jour et d'une seule nuit funeste, (...) l'île Atlantide s'enfonça pareillement sous la mer » (25 c-d).

familiers une réalité qui change leur nature⁹. F. EWALD affirme à cet égard que le risque en matière d'assurance correspond à « *un mode de traitement spécifique de certains événements qui peuvent advenir à un groupe d'individus, ou plus exactement à des valeurs ou des capitaux possédés ou présentés par la population* »¹⁰ et qu'« *en soi, rien n'est un risque dans la réalité. Inversement, tout peut être un risque ; tout dépend de la façon dont on analyse le danger, considère l'événement* »¹¹.

M. DOUGLAS et A. WILDAVSKI exposent une position intermédiaire en considérant le risque en tant que « stratégie contemporaine des sociétés occidentales dans leur appréhension des dangers » et de « traduction sociale particulière d'un danger ou d'une menace »¹². Cette dernière définition distingue deux aspects du risque, à savoir d'une part, l'existence objective et matérielle d'un danger comme la probabilité de survenance d'un phénomène susceptible d'affecter les personnes et leurs biens et d'autre part, la perception de ce phénomène en tant que risque par la société¹³.

Le mode de perception des risques a des conséquences politiques et juridiques dans la mesure où la norme juridique et son application reflètent l'attitude des pouvoirs publics vis-à-vis des risques et, notamment, la qualification d'un danger en tant que risque par la loi ou les actes administratifs exprime directement ou indirectement la volonté générale et donc la « tra-

⁹ EWALD François, **L'Etat-providence**, Paris, Grasset et Fasquelle, 1986, p. 174.

¹⁰ EWALD, p. 173.

¹¹ EWALD François, **Histoire de l'Etat-providence**, Grasset et Fasquelle, Le livre de Poche, Paris, 1996, p. 135

¹² DOUGLAS Mary- WILDAVSKY Aaron, Risk and Culture, **An essay on the selection of technical and environmental dangers**, University of California Press, 1982, p. 186. « The central thesis that the selection of dangers and the choice of social organization run hand in hand goes against the grain of contemporary thought ».

¹³ Le Conseil d'Etat affirme dans son rapport public de 2005 que la société occidentale refuse la fatalité et se caractérise par une exigence croissante de sécurité ; les risques évoluent, mais surtout leur perception. CONSEIL D'ETAT, **Responsabilité et socialisation du risque**, EDCE n° 56, La documentation française, Paris, 2005, p. 205. S. BRUNET qui reprend les théories de changement social élaborés par U. BECK et A. GIDDENS et analyse « la société du risque » présentée en tant que nouveau paradigme de la société occidentale, postule qu'à certaines périodes de développement des sociétés occidentales correspond un type particulier de rapport aux risques qui prédomine et que ce ne sont pas les risques en tant que réalité qui permettent de porter une analyse pertinente sur les sociétés, mais plutôt la manière dont ceux-ci sont conçus, appréhendés et gérés au sein de la collectivité. BRUNET, p. 37.

duction sociale du danger ». Ainsi, du moment où l'on qualifie un danger comme un risque, on passe d'un concept statique et extérieur vers un concept dynamique qui contient la notion de probabilité et sous-entend la possibilité de prévention par l'action de l'homme et sa responsabilisation¹⁴.

Cette responsabilisation est transposée en droit par l'obligation de prévention des risques naturels qui incombe sur les pouvoirs publics. La protection de l'environnement qui s'ajoute à cette obligation nécessite la prise en compte de la dimension environnementale dans la prévision des risques et l'identification des mesures de prévention à adopter (I). Le risque comporte dans sa nature même une part d'incertitude à laquelle l'administration doit faire face dans le processus de gestion du risque qui débute nécessairement par sa connaissance (II). Le décideur qui se trouve devant l'incertitude et la complexité recourt à l'expertise qui sert à transformer les données scientifiques en outil d'information d'aide à la décision (III).

I. LA NECESSITE DE PRISE EN COMPTE DES EXIGENCES ENVIRONNEMENTALES DANS UN CONTEXTE DE COMPLEXITE

Les pouvoirs publics chargés de la gestion des risques naturels doivent agir dans un contexte de complexité (2) accru en raison de l'ambivalence entre la protection de l'environnement et la prévention des risques naturels (1)

¹⁴ Cette approche apparaît bien avant cette qualification sans pour autant que le terme de « risque » soit prononcé. La mise en discours du tremblement de Lisbonne de 1755 constitue un tournant dans la pensée occidentale non seulement en incitant la fameuse réaction de Voltaire manifestée par son poème intitulé Poème sur le désastre de Lisbonne en 1756 et l'opposant à Rousseau qui croyait en la providence divine, mais aussi en transformant la pensée de Kant en l'invitant à revisiter ses théories de la nature pour accepter que l'ordre de la nature soit étudié exclusivement à partir des observations détaillées. Par la rédaction de trois essais en 1756 dans le contexte de l'établissement des sciences naturelles, Kant essaie lui-même d'expliquer le phénomène naturel à partir des faits scientifiques et les appréhende comme des phénomènes maîtrisables, c'est-à-dire culturels et non pas comme des phénomènes inévitables issus d'une fatalité. La confiance en la providence divine est remplacée dans la pensée de Kant par un souci de recherche des procédures matérielles pour éviter les catastrophes futures et par une obligation éthique de prévention de leurs effets. L'homme acquiert sa liberté en acceptant sa responsabilité pour l'avenir dans le cadre d'une approche séculaire qui a pour corollaire l'approche préventive fondée sur le développement de la connaissance du risque. Voir à ce titre LARSEN Svend Erik, « The Lisbon earthquake and the scientific turn in Kant's philosophy », *European review*, Vol. 14, n° 13, 2006, p. 362.

1. Le rapport ambivalent entre la prévention des risques et la protection des risques naturels

L'octroi d'une attention particulière à l'environnement dans la cadre de la gestion des risques naturels peut sembler futile du fait des aspects convergents entre la protection de l'environnement et la prévention des risques (A). Or, force est de constater que sans l'intégration de la dimension environnementale dès le stade de la connaissance du risque, la prévention des risques naturels est susceptible de porter atteinte à l'environnement en raison des certaines divergences entre les deux domaines (B).

A. Les convergences entre la protection de l'environnement et la prévention des risques naturels

Le rapprochement du droit de l'environnement et du droit des risques naturels est en partie dû à la remise en cause du caractère « naturel » du risque. Il est admis, en principe, que pour qu'un risque soit qualifié de naturel, il faut que la cause déterminante du phénomène susceptible d'entraîner des dommages soit liée à l'action d'un agent naturel¹⁵. Par conséquent, les risques d'origine humaine ne peuvent donner lieu à l'application de la législation sur les risques naturels bien que le législateur les ait parfois assimilées ; ce qui est le cas, en France, pour les risques liés aux cavités souterraines¹⁶. Cependant, la distinction entre le facteur « naturel » et « humain » n'est pas toujours aisée à établir.

L'activité humaine est susceptible de créer ou aggraver un phénomène naturel. L'urbanisation et l'imperméabilisation du sol, la construction de digues qui changent les cours d'eau ou le manque d'entretien des lits fluviaux constituent des facteurs qui affectent le risque d'inondation¹⁷. Les glisse-

¹⁵ CE, 12 mars 1999, Les mutuelles régionales d'assurance, req. n° 17972, publié au recueil Lebon. La haute juridiction décide que l'affaissement de terrain causé par la dégradation des carrières souterraines ne constitue pas une catastrophe naturelle.

¹⁶ L'indemnisation des victimes d'affaissements de terrain dus à des cavités souterraines et à des marnières a été rendue possible pour toutes les cavités souterraines par l'ajout d'un alinéa qui précise que « les cavités souterraines considérées peuvent être naturelles ou d'origine humaine » par la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité modifiant l'art. L. 125-1 du code des assurances.

¹⁷ DAUPHINE André / PROVITOLO Damienne, **Risques et catastrophes. Observer, spatialiser, comprendre, gérer**, 2ème édition, Armand Colin, Paris, 2013, p. 258.

ments de terrain qui sont souvent déclenchés par les pluies intenses peuvent être dus à la déstabilisation du sol en raison de la réduction du couvert végétal ou la construction des autoroutes¹⁸. Les avalanches peuvent être intensifiées ou entraînées par la déforestation, l'ouverture de pistes de ski et les activités de ski en montagne. La suppression de la végétation naturelle pour gagner de l'espace cultivable intensifie l'érosion des sols et les inondations dans les vallées contrebas¹⁹.

L'aléa peut également être affectée de façon indirecte, par les activités qui agissent sur l'atmosphère. L'augmentation de la fréquence et de l'intensité des aléas atmosphériques et hydrauliques tels que la chaleur, les cyclones, les ouragans et les précipitations intenses sont attribués en grande partie au changement climatique imputable à l'émission des gaz à effet de serre²⁰.

Même lorsque la nature du phénomène naturel rend impossible une influence de l'activité humaine comme dans le cas des tremblements de terre²¹, l'urbanisation dans les zones à risque et la mauvaise qualité des constructions constituent des facteurs déterminants dans l'augmentation de la vulnérabilité. L'homme détient donc une part de responsabilité dans la réalisation du phénomène qui conserve son caractère naturel. C'est la raison pour laquelle certains auteurs mettent en question le critère du caractère déterminant du phénomène en affirmant qu'il existe des hypothèses où c'est l'activité humaine qui est génératrice du phénomène naturel et où l'agent naturel devrait être apprécié non pas en tant que cause « déterminante » mais en tant que cause « immédiate » du phénomène générateur de dommages²².

Par ailleurs, la prévention des risques naturels et la protection de l'environnement sont des exigences qui concourent en principe à des buts similaires et nombreux sont les exemples de leur juxtaposition. Ainsi, le risque d'incendie de forêt, traité de risque naturel, constitue l'une des raisons ma-

¹⁸ Op.cit. p. 60.

¹⁹ OST, pp. 340-341.

²⁰ GILLET, p. 53.

²¹ Il existe des hypothèses, quoique limitées où l'action humaine affecte l'aléa sismique comme dans le cas de sismicité introduite par réservoir. Ainsi, le tremblement de terre du Sichuan de 2008 a donné lieu à des recherches sur l'effet potentiel du barrage de Zipingpu dans le déclenchement du séisme. ANDRE/PROVITOLLO, p. 129.

²² SEGUR Philippe, « Catastrophe et risque naturels. Essai de définition juridique », **RDP**, 1997/6, p. 1704.

jeunes de la détérioration du patrimoine forestier et s'intègre dans le cadre de la protection de la forêt, composante de l'environnement. Le risque d'érosion qui a pour résultat la perte de la partie fertile du sol avec des impacts sur le secteur agricole et sur le patrimoine naturel est également considéré comme un risque naturel²³. L'érosion s'intègre également dans un schéma plus global de protection du sol qui relève essentiellement du droit de l'environnement. Dans ces hypothèses, la prévention des risques naturels se présente en tant que composante de la protection de l'environnement. Par conséquent, les deux domaines sont complémentaires en leurs objets malgré des écarts.

B. Les divergences entre les préoccupations environnementales et la prévention des risques naturels

Le terme « naturel » employé dans la législation relative aux risques naturels est beaucoup plus restreint que la signification que lui donne le droit de l'environnement. La nature, telle qu'elle est appréhendée par le droit de l'environnement comprend les espaces, les espèces animales et végétales, la diversité et l'équilibre biologique²⁴. Le droit des risques naturels fait tout d'abord une distinction entre le naturel et l'humain sachant que le risque est surtout appréhendé par rapport à sa source qui est d'origine naturel, tandis que le droit de l'environnement se focalise sur l'action humaine susceptible d'affecter la nature²⁵. L'opposition entre le naturel et l'humain est contestée par certains auteurs qui affirment que cette dualité naît d'une approche erronée qui conçoit l'homme en tant qu'entité non naturelle²⁶.

²³ En droit turc, selon l'art. 3 du Règlement relatif au classement et à la gestion des forêts de protection, le danger de mouvement de terrain et le risque d'érosion font partie des motifs qui justifient le classement d'une forêt en tant que forêt de protection. Dans ces forêts, l'exercice du pâturage est strictement interdit (art.19) et les autorisations de recherche et d'exploitation minière ou d'ouverture de carrières qui seraient susceptibles de nuire au régime forestier sont prohibées en principe (art. 18). JORT n° 18492 du 13 août 1984.

²⁴ PRIEUR Michel, **Droit de l'environnement**, Dalloz, 4ème édition, Paris, 2001, p. 2.

²⁵ JEGOUZO Yves, « Recherche, connaissance et évaluation du risque » in **Risque et droit de l'urbanisme en Europe, Les Cahiers du GRIDAUH**, série Droit comparé, n°20, 2011, p. 40.

²⁶ SEGUR, p. 1704 et s. Pour certains, la nature est le lieu d'interférence entre l'homme et son environnement et elle est dans l'homme, dans sa physiologie, dans sa biologie ; la distinction entre l'homme et la nature est donc une distinction arbitraire qui résulte de la pensée judéo-chrétienne. DELORT Robert, « Avant-propos », in BENNASSAR Bartolomé (éd.), **Les catastrophes naturelles dans l'Europe médiévale et moderne**, Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 1996, p. 12.

Même pour les risques qui sont d'origine naturelle, la différence selon qu'elles concernent l'espèce animale, l'espèce végétale ou les milieux naturels est également déterminante. Ainsi, la grippe aviaire ou les invasions des sauterelles ne sont pas traitées en tant que risques naturels, ni la dissémination des organismes génétiquement modifiés. Or, ce sont des éléments qui font partie de la nature et qui peuvent causer des dommages aux personnes. Ce que l'on entend par phénomène naturel au sens du droit des risques naturels sont ceux qui relèvent des quatre composantes de la nature : la lithosphère, l'atmosphère, l'hydrosphère et la biosphère²⁷.

Une autre distinction, corollaire de la première, se manifeste dans l'analyse de la vulnérabilité à savoir le niveau des conséquences prévisibles d'un phénomène sur les enjeux économiques et sociaux²⁸. Selon l'approche traditionnelle, la vulnérabilité est déterminée par rapport à l'homme et les enjeux pris en compte dans les normes juridiques comprennent en principe la vie humaine, son milieu de vie et ses biens et non pas l'environnement en tant que tel. Les phénomènes naturels ne nuisent pas à l'environnement et peuvent même l'améliorer²⁹ comme le cas des inondations du Nil qui étaient porteuses du limon source de richesse pour les sols³⁰. De ce point de vue, le droit des risques naturels se situe dans un cadre qui lui est propre car, à la différence du droit de l'environnement dont l'objet est de protéger l'environnement contre l'action humaine, son objet est d'assurer la sécurité des personnes et des biens contre les phénomènes naturels.

Cette distinction simpliste doit néanmoins être nuancée : non seulement les effets des catastrophes naturelles sont affectés par l'action humaine, mais il est également impossible de dissocier la protection de l'environnement et la prévention des risques naturels. Car, certaines mesures de prévention sont susceptibles de porter atteinte à l'environnement comme le démontre le recours à des outils structurels dans la lutte contre l'inondation. J. UNTERMAIER affirme à cet égard que la soudaineté des crues qui revêtent des dimensions nouvelles est intrinsèquement liée à l'augmentation des surfaces

²⁷ DAUPHINE / PROVITOLO, p. 56

²⁸ MEDD, Guide général des plans de prévention des risques naturels prévisibles, La documentation française, Paris, 1997, p. 55.

²⁹ CANS Chantal, « Risques environnementaux », VII.1700, **Droit de l'aménagement**, tome 2, éditions Dalloz-Moniteur, Paris, 2005, p. 1.

³⁰ ANDRE/PROVITOLO, p. 226.

imperméables et à la dégradation de l'environnement en donnant l'exemple des grands travaux de protection contre les inondations qui nuisent les plaines alluviales qui tirent leur richesse biologique de leur caractère inondable et le cycle des crues qui est partie intégrante des écosystèmes riverains³¹. De même, les travaux plus localisés comme la suppression de la végétation arbustive constituent les causes discrètes de destruction des milieux et des paysages qui font partie intégrante de l'environnement³².

Il est donc indispensable d'associer la prévention des risques naturels et le droit de l'environnement. Le principe de développement durable et le principe d'intégration qui est essentiel pour la mise en œuvre du premier, nécessitent que les considérations environnementales soient prises en compte dans toute politique publique³³, y compris celle de la gestion des risques naturels. De même, une gestion durable et efficace des risques naturels ne peut s'effectuer sans une approche qui tienne compte de la dimension environnementale des mesures de prévention ; ce qui ajoute un autre élément de complexité au procédé de l'évaluation des risques.

2. La complexité des enjeux à prendre en compte

La complexité à laquelle le droit des risques naturels doit faire face résulte tout d'abord de la multiplicité des enjeux soulevés par la survenance des risques naturels et de leur interaction. La gestion du risque doit donc tenir compte non seulement des risques concernant la vie humaine ou la sécurité des biens mais également des risques sanitaires et environnementaux qui peuvent en résulter comme le démontrent les catastrophes du passé.

Les précipitations intenses qui ont provoqué des inondations au Pakistan en août 2010 ont mis en évidence les conséquences dévastatrices des catastrophes comme la pénurie en eau et en aliments, l'émergence des épidémies et les risques de pollution³⁴. La dimension politique a été également impor-

³¹ UNTERMAIER Jean, « Les crues. Lutte contre les inondations et protection de l'environnement, » *Droit et Ville*, n°21, 1986, p. 36.

³² DAUPHINE/PROVITOLLO, p. 314.

³³ TURGUT Nühket, **Çevre politikası ve hukuku**, 2ème édition, İmaj yayınevi, Ankara, 2009, pp.114-115.

³⁴ https://www.lepoint.fr/monde/inondations-au-pakistan-3-2-millions-de-personnes-touchees-risques-d-epidemies-03-08-2010-1221541_24.php. (Consulté le 12 nov. 2018)

tante dans la mesure où les ONG soupçonnées d'extrémisme ont intervenu sur le terrain, là où l'Etat n'était pas suffisamment actif et l'aide de la part de la communauté internationale était loin d'être suffisant³⁵.

Le tremblement de terre survenu au Japon le 11 mars 2011 a entraîné un immense tsunami qui a provoqué dans la centrale nucléaire de Fukushima la coupure de l'alimentation électrique et l'arrêt des systèmes de refroidissement des réacteurs ; ce qui a induit des fusions partielles du cœur de trois réacteurs et d'importants rejets radioactifs³⁶.

Ces exemples démontrent que les enjeux multiples et complexes auxquels les pouvoirs publics sont confrontés dans le cadre de la gestion des risques naturels nécessitent la mise en place des mesures qui permettent de tenir compte de tous les éléments. L'outil principal qui puisse fournir un cadre pour la réalisation de cet objectif est la gestion intégrée des risques. Celle-ci se caractérise d'une part par une approche globale qui tient compte de la prévention, de la gestion de crise, de la réhabilitation et de l'indemnisation des victimes³⁷ et d'autre part par la prise en compte des considérations environnementales dont l'absence risque de mettre en péril une gestion durable et efficace du risque naturel.

La gestion intégrée nécessite donc le passage des outils de lutte contre le risque à des instruments qui permettent de vivre avec le risque qui sont compatibles avec la protection de l'environnement. La création des zones de rétention des eaux³⁸ dans le cadre de la prévention de l'inondation ou les

³⁵ GARAUDE Pauline, "Au Pakistan, les islamistes redorent leur image", https://www.lexpress.fr/actualite/monde/au-pakistan-les-islamistes-redorent-leur-image_912462.html. (Consulté le 12 nov. 2018)

³⁶ NOMURA Toyohiro, « Le droit japonais de la responsabilité des dommages nucléaires et son évolution après l'accident de Fukushima », *RJE*, 2014/4, vol. 39, p. 629.

³⁷ Le législateur turc, dans l'apparente ambition d'installer une gestion intégrée des risques, a englobé au sein d'une même loi les principes applicables aux risques naturels, aux risques d'origine humaine et au risque technologique et les différentes phases de la gestion comme la prévention et le régime de secours et d'aide par la loi n°5902 du 29 mai 2009. Les dispositions de cette loi dont presque toutes les dispositions sont abrogées sont repris avec certaines modifications dans l'ordonnance n°4 du Président de la République (art. 30 à 56), JORT n°30479 du 15 juillet 2018.

³⁸ Les zones de rétention temporaire des eaux de crue ou de ruissellement sont des zones artificielles d'inondation créées par des aménagements dans l'objectif de réduire les crues et les ruissellements dans les secteurs en aval. Il s'agit des servitudes dont le caractère « écolo-

mesures relatives à la lutte contre l'érosion qui contribuent à la préservation du sol et des forêts constituent des exemples « écologiques » de prévention.

Cependant, le recours à des mesures de prévention des risques compatibles avec l'environnement, supposant qu'une telle volonté existe, ne peut être remplie de façon absolue en raison de l'exigence de protection des zones déjà urbanisées et industrialisées. La prévention des risques naturels est donc subordonnée à des contraintes réelles qui empêchent d'aboutir à une idéale harmonie totale avec la nature.

Le recensement des risques -qui inclut l'évaluation de l'aléa et des vulnérabilités- et la détermination des instruments de prévention relève de la compétence des différentes autorités qui agissent selon les pouvoirs et obligations qui relèvent d'une variété de textes. L'Etat a une obligation générale de prévention des risques qui découle de ses missions de police générale et spéciale mais agit, selon le risque et l'activité en question, par le biais de différents ministères³⁹. Les collectivités territoriales compétentes en matière d'urbanisme doivent prendre en compte les risques naturels dans l'élaboration des documents d'urbanisme et lors de la délivrance des autorisations⁴⁰. Des établissements publics peuvent être investis d'une mission générale de prévention des risques⁴¹ ou d'une compétence ciblée comme le cas de la Di-

gique » provient du fait qu'à la différence des mesures de lutte contre les inondations, elles visent à restaurer un droit naturel des eaux et former ainsi un milieu naturel où l'eau peut se propager. CANS Chantal, « La loi du 30 juillet 2003 et la prévention des risques naturels : réelles avancées et cruels constats d'inefficacité », **Droit de l'environnement**, n° 113, novembre 2003, p. 208.

³⁹ Par exemple, selon l'ordonnance n°1 du Président de la République, le ministère de l'Environnement et de l'urbanisme est compétent dans la protection de l'environnement, l'élaboration des règles nationale relative à l'urbanisme et projet de renouvellement urbain concernant les constructions et les zones à risque (Art. 97). La lutte contre la désertification et l'érosion et la protection des forêts relève de la compétence du ministère de l'Agriculture et de la forêt (Art. 410), JORT n°30474 du 10 juillet 2018.

⁴⁰ Le règlement relatif à l'élaboration des plans territoriaux prévoit l'obligation de prise en compte des données sur les catastrophes lors de la préparation des documents d'urbanisme ainsi que l'intégration des mesures de prévention dans les plans. (Art. 7 et 8). JORT n°29030 du 14 juin 2014.

⁴¹ L'Autorité de catastrophes et de situations d'urgence (AFAD) est chargée de la préparation des plans de gestion des risques et de la détermination des zones soumises aux risques, une attention particulière étant accordée à la gestion du risque sismique. Art. 34 et 40 de l'ordonnance n°4 du Président de la République.

rection générale des travaux hydrauliques de l'Etat (DSI) qui a pour mission la construction des ouvrages publics pour la protection contre les inondations⁴². La complexité du droit s'ajoute donc inévitablement à la complexité intrinsèque aux risques naturels.

Par ailleurs, si la gestion du risque relève en premier lieu de la compétence de l'administration, elle implique l'intervention d'autres acteurs comme les scientifiques, la population et les industriels au stade de l'évaluation du risque et de la mise en place des mesures de prévention. La dévalorisation des terrains soumis aux risques, les déplacements éventuels des populations, les contraintes concernant les décisions d'aménagement du territoire et d'urbanisme sont des illustrations des implications sociales et économiques de ces mesures. Les catastrophes peuvent également gagner une dimension internationale non seulement parce que les phénomènes naturels ne respectent pas les frontières artificielles des pays mais en raison du déplacement des populations qui tend à s'accroître du fait du changement climatique ; ce qui pose un problème en droit international par manque de statut juridique de ces personnes⁴³. Dès lors, une prévention efficace doit passer par une approche réaliste qui tient compte de ces enjeux sachant que les bénéfices des mesures de prévention sont souvent tirés à long terme tandis que leurs effets restrictifs sont ressentis de façon immédiate⁴⁴.

L'administration se trouve donc devant des enjeux complexes d'ordre structurel, politique et surtout technique. L'évaluation du risque constitue une entreprise scientifique et les décisions qu'elle va prendre sont essentiellement conditionnées par les choix qui lui sont offerts par la science. La démarche scientifique repose sur la compréhension de la nature et des mécanismes de ses manifestations et fournit des données de nature forcément extra-juridique que le droit des risques naturels s'efforce d'appréhender. Le droit est par conséquent contraint par les vérités de la nature et des sciences, sources d'incertitude et de complexité qu'il essaie de surmonter.

⁴² Art. 121-1/a de l'ordonnance n°4 du Président de la République.

⁴³ Les déplacés environnementaux ne sont ni réfugiés ni migrants et la catégorie juridique existante ne régit que les déplacements à l'intérieur d'un pays ; ce qui reste insuffisant. DOUMBE-BILLE Stéphane, « Les déplacés environnementaux : la fuite devant l'environnement », *RJE*, 2016/3, vol. 41, pp. 483 et 490.

⁴⁴ C'est la raison pour laquelle le recours à participation du public dans le processus de décision s'avère indispensable. Elle constitue aussi une exigence en matière d'environnement dans le cadre de la Convention d'Aarhus dont la Turquie n'est pas signataire.

II. LA DECISION PUBLIQUE DEVANT L'INCERTITUDE SCIENTIFIQUE

La connaissance du risque par les décideurs publics soulève diverses questions concernant le rapport entre la science et le droit ainsi que l'évolution des instruments juridiques relatifs à l'intégration des données scientifiques dans des normes juridiques.

Tout d'abord, l'approche selon laquelle la science atteint la certitude grâce aux expériences qui servent de preuves est en transformation ; la vérité scientifique indiscutable cède la place aux vérités multiples, sources d'incertitude et de confusion⁴⁵. La problématique principale réside néanmoins dans la différence de nature entre les conclusions scientifiques et les normes juridiques⁴⁶. La recherche d'une meilleure compréhension des phénomènes naturels invite à une révision perpétuelle des données scientifiques tandis que la norme juridique, bien qu'elle soit censée suivre l'évolution sociale, répond essentiellement à la résolution des pratiques de la vie en société et doit avoir une certaine stabilité⁴⁷ qui garantirait la sécurité juridique.

Un autre facteur déstabilisant en matière de risques naturels, c'est l'obligation faire des anticipations sur les phénomènes naturels à venir. Malgré les moyens offerts par le développement scientifique et technologique, il existe toujours une marge d'incertitude dans la démarche de prévision des risques naturels (1).

La nécessité de décider dans l'incertitude, tout en cherchant un équilibre

⁴⁵ PRIEUR Michel, « Introduction », in Incertitude juridique, incertitude scientifique, Actes du Séminaire de l'Institut fédératif "Environnement et eau", Limoges, 5 avril 2000, Cahiers du CRIDEAU, n° 3, PULIM, Limoges, 2001, p. 10.

⁴⁶ De plus, l'expert qui est censé fournir l'information scientifique est tenu de répondre aux problèmes qui lui sont soumis en termes de probabilité et non pas par des conclusions certaines et tranchées. Ce qui est loin de faciliter la tâche du décideur. HIMBERG Kimmo, « Çevre hukuku ve bilirkişi », BADUR Emel (éd.) **Çevre hukuku sempozyumu**, Türkiye Adalet Akademisi yayınları, Ankara, 2006, p. 121. <http://www.taa.gov.tr/indir/cevre-hukuku-sempozyumu-a2l0YXB8Y2V2cmUtaHVrdWt1LnBkZnw5/> (Consulté le 9.11.2018)

⁴⁷ Ainsi que l'expose G. CANIVET, « Les conclusions scientifiques, dans leur quête incessante d'une meilleure compréhension du cosmos, sont par essence sujettes à des révisions perpétuelles, tandis que les normes juridiques, qui sont des outils de résolution des problèmes pratiques de la vie en société, doivent jouir d'une certaine stabilité ». CANIVET Guy, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », **RTD civil**, Janvier/Mars 2005, p. 34, note 1. Voir également OST, 2003, pp. 96 et s.

entre la sécurité et le développement, a donné naissance, à côté du devoir de prévention, au principe de précaution qui crée une obligation d'évaluation du risque afin de surmonter l'incertitude. Son application en matière des risques naturels est néanmoins difficile, quoique l'aggravation d'aléa du fait du changement climatique et les répercussions des activités humaines sur les risques méritent une réflexion en la matière (2).

1. L'incertitude scientifique inhérente aux risques naturels

La démarche de la connaissance des phénomènes naturels s'appuie en grande partie sur le constat selon lequel la nature obéit à des lois et à des modèles répétitifs et que leur observation permet de comprendre l'activité du globe et de les prévoir en faisant des anticipations⁴⁸. Ces lois sont découvertes par les recherches scientifiques et la surveillance des phénomènes est assurée par le développement des nouvelles technologies qui offrent des moyens de traitement des données recueillies par des instruments informatiques pour construire des modèles. Bien que les recherches soient avancées en matière de l'identification du risque, l'incertitude est toujours présente et accrue par l'aspect financier de la mise à jour des techniques qui permettraient d'aboutir à des données plus fiables.

L'appréciation de l'aléa, première étape de l'évaluation du risque comprend la connaissance de la localisation du phénomène naturel, de la date de sa survenance, de son ampleur et de sa durée⁴⁹. Les données diffèrent selon la nature du risque de laquelle dépendent les mesures relatives à la prévision et à la prévention. Ainsi, par exemple, en matière du risque volcanique, le fait que la localisation du phénomène soit facilement identifiable entraîne une conséquence juridique qui consiste à recenser les communes particulièrement exposées à un risque d'éruption volcanique⁵⁰. La localisation et l'identification de l'aléa ne sont cependant pas si évidentes pour d'autres risques naturels.

La difficulté d'identification de l'aléa est d'une grande importance en matière de risques souterrains⁵¹. Les causes de l'effondrement et du glisse-

⁴⁸ DAUPHINE / PROVITOLO, pp. 23-24.

⁴⁹ DAGIRNE Andrée / DARS René, **Les risques naturels. La cindynique**, PUF, Paris, 2005, p. 6. DAUPHINE / PROVITOLO, p. 24.

⁵⁰ Art. D. 563-9 du code de l'environnement.

⁵¹ Les mouvements de terrains englobent une série d'aléas très variables comme les effondre-

ment du sol sont difficilement identifiables car ils sont souvent engendrés par l'association d'activités humaines comme l'ouverture des galeries, carrières ou tunnels et de phénomènes naturels⁵². Même si la consultation des archives, les observations sur le terrain, l'interrogation de la population, la recherche des traces d'exploitations anciennes sont les méthodes utilisées pour recueillir l'information, les sites d'exploitation étant souvent abandonnés et leur existence oubliée, les informations statistiques sont très limitées⁵³. Le même problème d'identification touche le risque de sécheresse du fait de sa lenteur et l'absence d'indications précises alors qu'il s'agit d'un phénomène qui cause des dégâts importants et irréversibles aux constructions malgré son apparence en petite échelle⁵⁴.

Le risque sismique auquel est confrontée 98 % du territoire turc constitue un exemple qui démontre la contribution de nouvelles techniques à l'identification du risque et à la réduction de la vulnérabilité par des constructions parasismiques. Pour déterminer la sismicité d'un endroit, on se réfère à l'historique des événements passés et aux séismes survenus dans d'autres points sur la même faille⁵⁵. Cependant, à la différence des risques atmosphériques dont la surveillance par satellite permet de faire des prévisions plus ou moins

ments et les affaissements de terrain, les éboulements et les chutes de blocs de pierres ou ceux consécutifs à la sécheresse et à la réhydratation. Cf. Circulaire interministérielle n° NOR/INT/E/98/00111C du 19 mai 1998 relative à la constitution des dossiers concernant des demandes de reconnaissance de l'état de catastrophe naturelle.

⁵² JORION Benoît, « Les risques souterrains », **Droit administratif**, mai 1997, chron. 9.

⁵³ DE VANSAY Bernadette, « Les leçons tirées de l'expérience des P.E.R. pilotes », in DOURLENS Christine et a., **Conquête de la sécurité, gestion des risques**, L'Harmattan, Paris, 1991, p. 165.

⁵⁴ DURVILLE Jean-Louis, « Note sur les mouvements de terrain », in COMMISSARIAT GENERAL DU PLAN, **La prévention des risques naturels. Rapport d'évaluation**, La documentation française, Paris, 1997, p. 484. Le décalage temporel entre le phénomène et les dommages qu'il cause ainsi que les données incomplètes quant à leur source rendent difficile la prévision du phénomène de sécheresse. DQUPHINE/PROVITOLO, p. 255.

⁵⁵ Ainsi, les séismes survenus montrent que la faille nord anatolienne a suivi un chemin très net commençant par l'est du pays et s'arrêtant près d'Istanbul. Et c'est à la suite du tremblement de terre de Marmara du 17 août 1999 que les recherches sont accélérées en matière de connaissance du risque sismique auquel Istanbul est confronté. Ceci est dû non seulement à ce que ce tremblement de terre ait constitué un début pour une prise de conscience mais aussi parce qu'il a aggravé le risque sismique à Istanbul. GÖRÜR Naci, « 17 Ağustos Ko-caeli depreminde bugüne », Actes du Panel du 15 Août 2007, in TMMOB, **İstanbul Kent Sempozyumuna Doğru**, Istanbul, 2007, p. 334.

exactes, les séismes ne sont prévisibles que quelques secondes à l'avance ; ce qui permet uniquement de prendre des précautions limitées comme la coupure d'énergie dans les réseaux, l'information des autorités publiques et l'alerte des services de secours⁵⁶.

Les risques plus facilement identifiables n'échappent pas à la complexité. Ainsi, l'aléa inondation sur lequel les recherches sont très poussées dépend de l'intensité des pluies, du comportement de l'eau suivant la forme du lit, de la pente, l'état de la végétation autour du lit, des matériaux emportés par les écoulements et du caractère imperméable ou non du sol. De plus, les écoulements fortement chargés en transports solides agissent différemment par rapport aux écoulements classiques et leurs effets ne sont pas facilement identifiables⁵⁷.

L'incertitude est également présente dans l'évaluation de la vulnérabilité. Les catastrophes naturelles peuvent également engendrer d'autres risques, naturels ou industriels. Les tempêtes et les orages peuvent provoquer, par l'intensité des pluies des inondations qui, à leur tour, peuvent engendrer des glissements de terrains. Les effets des catastrophes sont aggravés en chaîne comme les ruptures de barrage à la suite des tremblements de terre qui provoquent des inondations, ainsi que les risques d'incendie, d'explosion d'installations industrielles et d'épidémies. Tous les effets directs et indirects ne sont pas faciles à déterminer car il faut avoir des données exactes quant à l'intensité et la localisation du phénomène naturel ainsi que ses enjeux⁵⁸.

Le droit des risques naturels qui s'alimente d'autres disciplines qui traitent la prévention du risque s'intéresse progressivement à une prise en compte accrue de la vulnérabilité dans l'évaluation du risque même si la

⁵⁶ DAUPHINE / PROVITOLO, p. 318.

⁵⁷ De plus, les valeurs extrêmes de pluie, les précipitations intenses et les données relatives aux petits bassins versants ne sont pas encore déterminées. KERT Christian, **Les techniques de prévision et de prévention des risques naturels en France**, Rapport de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, n°1540, Assemblée Nationale, 1999, pp. 95-96.

⁵⁸ DAUPHINE et PROVITOLO notent que c'est surtout la puissance d'énergie, souvent supérieures à celles des armes nucléaires, plus que le phénomène lui-même qui cause les dégâts, surtout aux bâtiments et une évaluation complète de cette énergie n'est pas évidente. DAUPHINE / PROVITOLO, p. 64.

connaissance du risque demeure régie par une approche centrée sur l'aléa⁵⁹. Cette prise en compte se traduit par une extension des enjeux qui doivent être analysés dans le cadre de l'évaluation comme le démontre l'article L. 566-1 du code de l'environnement français qui définit le risque d'inondation en tant que « (...) *combinaison de la probabilité de survenue d'une inondation et de ses conséquences négatives potentielles pour la santé humaine, l'environnement, les biens, dont le patrimoine culturel, et l'activité économique* »⁶⁰.

On admet aujourd'hui qu'une meilleure protection contre les risques doit passer par une démarche territoriale qui permet de déterminer les vulnérabilités, d'éloigner les populations des zones soumis au risque et de réglementer les ouvrages et activités installés dans ces zones⁶¹. La connaissance du risque qui s'intègre dans la politique de prévention se construit sur ce modèle en essayant de surmonter les incertitudes présentes par des évaluations scientifiques. Ainsi, se pose la question de savoir si le principe de précaution, devenu pilier de l'évaluation scientifique, trouve une application en matière de risques naturels.

2. Le principe de précaution : outil juridique de maîtrise de l'incertitude scientifique

Introduit par l'article 174-2 du traité de Maastrich et repris dans l'art. 193 du TFEU⁶², le principe de précaution est codifié dans l'art. L. 110-1 du code de l'environnement qui cite parmi les principes généraux du droit de l'environnement « (...) *le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et propor-*

⁵⁹ SANSEVERINO-GODFRIN Valérie / RASSE Gabriel- RIGAUD Eric, « Vulnérabilité, résilience et droit », in BECERRA Sylvia / PELTIER Anne (dir.), **Risques et environnement : recherches interdisciplinaires sur la vulnérabilité des sociétés**, L'Harmattan, coll. Sociologies et environnement, Paris, 2009, p. 111.

⁶⁰ Art. L. 566-1, II du code de l'environnement.

⁶¹ Pour les différents types de vulnérabilité cf. DAUPHINE / PROVITOLO, pp. 26-32.

⁶² Art. 193 du TFEU dispose que « La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur ».

tionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable (...) ». Le principe de précaution a une portée constitutionnelle en raison de son intégration dans la Charte de l'environnement qui prévoit dans son article 5 que « [l]orsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». En effet, le principe de précaution invite les autorités publiques non seulement à adopter des mesures nécessaires pour parer à la réalisation du dommage mais aussi à mettre en oeuvre les procédures d'évaluation du risque. Il instaure une obligation de connaissance du risque qui incombe à l'administration.

Le droit turc qui prévoit le principe de prévention⁶³, reste muet sur le principe de précaution⁶⁴; la doctrine interprète néanmoins certaines dispositions réglementaires en tant qu'application parcellaire ou indirecte du principe⁶⁵. Ainsi, le règlement relatif au contrôle des déchets interdit l'importation de tout déchet dangereux sauf exceptions⁶⁶. Quelques dispositions réglementaires dont le nombre décline ordonnent également l'utilisation des

⁶³ Art. 3 de la loi n° 2872 du 9 août 1982 relative à l'environnement JORT n°18132 du 11 août 1982.

⁶⁴ GÜNEŞ Ahmet M., *Çevre hukukunda ihtiyat ilkesi*, Bilge yayınevi, Ankara, 2012, p. 241

⁶⁵ TURGUT, p. 202. Voir dans le même sens GÜNEŞ, pp. 241-244. Cependant, même si certains règlements prévoient les techniques du principe de précaution comme l'interdiction, l'autorisation et le contrôle, ces mesures relèvent également de l'application du principe de prévention. Dès lors, il faut faire une distinction entre les risques avérés et les risques potentiels afin de déterminer le fondement de ces mesures ; les interdictions relatives aux organismes génétiquement modifiés relèveraient du principe de précaution, alors que les mesures relatives à la gestion des déchets hospitaliers constitueraient une application du principe de prévention.

⁶⁶ Art. 22 du règlement relatif à la gestion des déchets, JORT n° 29314 du 2 avril 2015. N. TURGUT note, en ce qui concerne le règlement précédent relatif au contrôle des déchets dangereux (qui constituait la transposition de la Convention de Bâle de 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et leur élimination) et dont l'économie reste la même sur le sujet, que les exceptions à l'interdiction d'importation prévues par le règlement sont illégales compte tenue de l'art. 13 de la loi sur l'environnement qui prévoit une interdiction absolue d'importation des déchets dangereux. Cf. *ibid.*, p. 263.

meilleures technologies disponibles⁶⁷. On peut supposer que lesdites dispositions, sans doute inspirées du droit international et de la législation européenne, montrent surtout l'attitude pragmatique du législateur et de l'administration qui préfèrent régler au cas par cas et qui s'abstiennent d'énoncer des principes généraux. Il ne paraît donc pas possible de conclure de ce qui précède la consécration du principe de précaution en droit turc, surtout en ce que ce principe obligerait à effectuer des évaluations afin de lever l'incertitude scientifique.

Pour se prononcer sur une application éventuelle du principe de précaution en matière de risques naturels, il faut déterminer, dans un premier temps, le champ d'application du principe, à savoir la catégorie de risques qu'il vise (A) et se demander par la suite si le droit offre un terrain qui permette de s'y référer en ce qui concerne les risques naturels (B).

A. Risques naturels, risques avérés

Le principe de précaution a été conçu pour faire face aux risques potentiels engendrés par les nouveaux produits et activités issus d'innovations technologiques et dont les conséquences sur la santé publique et l'environnement sont ignorées. Le recours au principe de précaution a pour objectif d'éliminer l'impact incontrôlable de l'innovation technique et des activités industrielles sur la santé et l'environnement⁶⁸.

Les risques avérés sont exclus du champ d'application du principe de précaution⁶⁹ sachant que la distinction entre risque potentiel et risque avéré fonde de façon parallèle celle entre précaution et prévention⁷⁰. N. DE SA-

⁶⁷ L'art 4 du règlement relatif au contrôle des déchets solides (JORT n° 20814 du 14 mars 1991) faisait partie de ces dispositions. L'exigence de l'utilisation des meilleures technologies et non pas seulement des technologies *appropriées* est désormais cantonnée aux déchets particulièrement dangereux comme l'obligation prévue par l'art. 16 du règlement relatif au contrôle des polychlorobiphényles (PCB) et des polychloroterphényles (PCT), JORT n° 26739 du 27 déc. 2007.

⁶⁸ Cf. en matière des organismes génétiquement modifiés, CE, 1er octobre 2001, *Association Greenpeace France et coordination rurale Union nationale concernant les OGM*, **Rec.** p. 446. Sur l'implantation des stations émettrices d'ondes radioélectriques à proximité d'habitations, TA Marseille, 9 mars 2004, *Sté Orange France*, req. n° 023527.

⁶⁹ JEGOUZO Yves, « De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité », **AJDA**, 2005, p. 1167.

⁷⁰ KOURILSKY Philippe / VINEY Geneviève, **Le principe de précaution**, Rapport au Premier ministre, La documentation française, Paris, 2000, p. 18.

DELEER cite dans sa typologie relative aux risques, ceux dont la causalité entre l'événement et le dommage sont prouvés scientifiquement et les risques « *incertains qui sont ceux dont la science n'a pas établi l'existence mais dont il n'est pas déraisonnable de penser qu'ils existent. Les premiers doivent être appréhendés par le principe de prévention et les seconds par le principe de précaution* »⁷¹.

Les risques naturels ne sont pas en principe des risques nouveaux mais des risques avérés pour lesquels la situation dommageable et ses causes sont identifiées par divers moyens comme l'observation ou la modélisation probabiliste⁷². Il n'y a pas de doute scientifique concernant les effets dommageables d'une inondation ou d'un séisme sur l'environnement et les hommes, même si les incertitudes persistent sur les conditions exactes de la survenance du phénomène et l'étendue des dommages⁷³. Ainsi que l'affirme C. CANS, l'incertitude scientifique requise par l'article L. 110-1 du Code de l'environnement porte sur la nature intrinsèque du risque et non sur son degré d'occurrence⁷⁴.

Cependant, l'impact de l'action humaine sur la génération et la réalisation des risques est confirmé que ce soit sur l'aléa ou les enjeux. Le lien de causalité entre l'action humaine et ses effets sur la réalisation de l'aléa est souvent bien établi malgré sa complexité et la marge d'incertitude qui existe sur les répercussions exactes des actions humaines sur le comportement de la nature. Par conséquent, les risques naturels semblent en principe ne pouvoir être régis que par le principe de prévention.

Pour éviter toute confusion, une réflexion plus approfondie sur la possibilité d'application du principe de précaution dans le domaine des risques naturels doit être menée car la complexité des activités humaines et l'avènement du changement climatique ont des effets considérables sur la survenance et l'ampleur des phénomènes naturels en produisant de nouvelles

⁷¹ DE SADELEER Nicolas, Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution, Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 175.

⁷² CALLON Michel / LASCOUMES Pierre / BARTHE Yannick, **Agir dans un monde incertain, Essai sur la démocratie technique**, Seuil, Paris, 2001, p. 269.

⁷³ C'est effectivement ces incertitudes qui font que ces phénomènes soient considérés en tant que « risques ».

⁷⁴ CANS, 2005, p. 2.

zones d'incertitude. Par ailleurs, le terme « précaution » apparaît dans la législation relative aux risques naturels et la doctrine et la jurisprudence y voient une application du principe de précaution.

B. L'application éventuelle du principe de précaution matière de risques naturels

En France, la législation applicable aux risques naturels fait référence au terme précaution tout d'abord dans le cadre de l'art. L. 2212-2- 5° du code général des collectivités territoriales définissant la police générale du maire qui comprend « *le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toute nature, tels que les incendies, les inondations, les ruptures de digues, les éboulements de terre ou de rochers, les avalanches ou autres accidents naturels (...)* ». F. EWALD interprète cette disposition en tant qu'attribution d'un devoir de précaution⁷⁵.

Le terme a été également employé dans l'article L. 562-1 du code de l'environnement qui, dans sa version avant l'entrée en vigueur de la loi du 12 juillet 2011 distinguait dans les zones des plans de prévention des risques naturels prévisibles les « zones de danger » soumises à un risque naturel et les « zones de précaution » qui ne sont pas directement exposées aux risques mais où les constructions ou les activités humaines *pourraient aggraver des risques et en provoquer des nouveaux*. L. LE CORRE appréhende ladite disposition comme une application du principe de précaution et y voit une confirmation par le législateur, du rôle central du principe de précaution comme source de servitudes à des fins de protection des populations⁷⁶.

On rencontre également la notion de précaution dans la jurisprudence administrative interprétée par la doctrine comme une application du principe

⁷⁵ EWALD François, « L'État de précaution », in CONSEIL D'ETAT, **Responsabilité et socialisation du risque**, *op.cit.*, p. 367.

⁷⁶ LE CORRE Laurent, « La prévention du risque naturel et industriel après la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques naturels et technologiques et à la réparation des dommages », **Construction et urbanisme**, Mars 2005, Etude 3, p. 8. La distinction entre les zones exposées aux risques et celles qui n'y sont pas exposées mais où les constructions et ouvrages sont susceptibles d'aggraver le risque ou en provoquer de nouveaux est maintenue dans la version actuelle de la disposition mais leur dénomination en tant que zone de danger et zone de précaution est supprimée.

de précaution. Ainsi le Conseil d'État se réfère, à propos d'un arrêté préfectoral autorisant des travaux d'aménagements dans un golf-parc situé dans une vallée soumis au risque d'inondation, aux « *précautions qui s'imposent en matière de protection de l'environnement et la sécurité des personnes et des biens* » et juge que les prescriptions sont suffisantes pour remédier aux inconvénients présentés par les travaux⁷⁷.

De même, le juge des référés fait référence aux principes de prévention et de précaution en décidant, « *au regard des exigences de la sécurité publique et de graves incertitudes au regard du risque inondation* », que le préfet doit prendre un arrêté rendant immédiatement opposable le projet de plan de prévention des risques naturels prévisibles⁷⁸.

L'assimilation des principes de prévention et de précaution est sérieusement critiquée par la doctrine qui craint une banalisation de la notion de précaution qui serait vidée de son contenu. D. DEHARBE soulève également le risque que les limites à l'application du principe de précaution telles que l'exigence du coût économiquement acceptable de sa mise en œuvre et l'existence d'un dommage irréversible ne jouent pas de façon systématique en matière d'action préventive⁷⁹. Le glissement vers une application du prin-

⁷⁷ CE, 28 juillet 2000, *Association des victimes des inondations dans la vallée de l'Eure*, req. n°s 198973 et 198989.

⁷⁸ TA référés de Nice, 15 mars 2002, *M. Clerissi*, req. n° 02594. L'emploi simultané du principe de prévention par le juge ne se limite pas à cet arrêt. Ainsi, le Conseil d'Etat affirme que « (...) compte tenu des mesures prises par le décret qui devront être appliquées sans interruption, ce décret n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation ni dans l'application du principe de précaution ni dans l'application du principe de prévention (...) ». CE, 4 août 2006, *Comité de réflexion, d'information et de lutte antinucléaire et association Réseau Sortir du nucléaire*, req. n° 25948. Cette approche du juge invite M. GROS à se poser la question de savoir si cet emploi manifeste le souhait du juge de rapprocher les deux principes d'essence différente dans un même contrôle juridictionnel de légalité environnementale. L'auteur affirme que les deux principes sont différentes dans leur nature mais qu'ils sont très proches dans leur finalité et s'interroge sur la possibilité de fusionner les deux principes et aboutir à un objectif unique de « prudence ». GROS Manuel, « L'appréciation par le juge du principe de précaution et du principe de prévention », *Droit de l'environnement*, n°144, Décembre 2006, pp. 366-367.

⁷⁹ DEHARBE David, « Remise en cause d'un projet d'aménagement pour non-respect du principe de précaution », note sous TA Lille, 18 décembre 1997, *Fédération Nord Nature*, *AJDA*, 2000, p. 751

cipe de précaution là où le principe de prévention doit être retenu risque donc de créer une situation moins protectionniste en raison de ces limites.

En outre, l'emploi du terme « précaution » dans la législation peut ne pas signifier nécessairement une application du principe de précaution *stricto sensu*. Comme le note J.-M. PONTIER en évoquant la formulation de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, « *La prévention implique ou entraîne des « précautions convenables (...), mais elle n'est pas le principe de précaution, avec lequel certaines autorités locales ont tendance à faire des confusions* »⁸⁰. De même, la possibilité offerte au préfet par l'article L. 562-2 du code de l'environnement qui consiste à rendre immédiatement opposables les dispositions projetées constitue une mesure d'urgence à caractère conservatoire⁸¹ et non l'application du principe de précaution. Néanmoins, l'émergence du principe de précaution, accompagnée de la demande de sécurité des populations incite le juge, notamment dans le contentieux de la responsabilité, à imposer à l'administration d'anticiper des évolutions futures et d'agir avec plus de prudence⁸².

Par ailleurs, le changement climatique issu du réchauffement planétaire est susceptible d'être un terrain d'application du principe de précaution. L'augmentation de la température de la planète a des effets notables sur les phénomènes atmosphériques et influe essentiellement les risques météorologiques et les risques hydrologiques. Il a également des répercussions sur le risque d'avalanche car les précipitations ayant changé d'intensité et de localisation, leur prévision exacte devient difficile. Par conséquent, les données existantes et les cartes d'aléas sur lesquelles se fonde l'administration pourraient ne pas être fiables dans certaines régions.

Par conséquent, même si le risque de changement climatique est bien établi, la controverse scientifique relative à ses effets exacts sur les phé-

⁸⁰ PONTIER Jean-Marie, « Prévenir pour se prémunir », *AJDA*, 2006, p. 729.

⁸¹ MOLINER-DUBOST Marianne, « Risques majeurs », *JCl. Administratif*, Fasc. 377, §40. L'application anticipée des plans de prévention des risques naturels prévisibles (PPRNP) ne constitue pas une mesure qui découle du principe de précaution mais plutôt de celui de prévention car il s'agit des risques avérés sur la réalisation desquels toutes les données ne sont pas réunies. Cette procédure a été prévue par le législateur pour parer aux inconvénients engendrés par la longueur de la procédure de préparation des PPRNP.

⁸² MEDD, *Jurisques, Jurisprudence commentée*, 3ème édition, 2002, p. 163.

nomènes naturels n'est pas achevée⁸³. Le principe de précaution est donc susceptible d'être appliqué en matière de protection contre les inondations du fait du changement des précipitations atmosphériques ou dans les zones côtières à cause du risque incertain d'augmentation du niveau des eaux⁸⁴.

S'il demeure qu'il est difficile d'affirmer que le principe de précaution retrouve des applications concrètes dans l'évaluation des risques naturels, l'émergence de la considération du changement climatique est susceptible d'ouvrir une voie d'application de ce principe dans le domaine des risques naturels. Pour le moment, l'évaluation du risque qui s'effectue par le biais de l'expertise scientifique est géré par le principe de prévention.

III.L'EXPERTISE SCIENTIFIQUE : INSTRUMENT D'AIDE A LA DECISION

La connaissance du risque naturel qui incombe essentiellement sur l'administration constitue une entreprise d'évaluation technique et scientifique et c'est à partir des données dont la technicité peut leur échapper que les pouvoirs publics doivent élaborer leurs décisions. Le recours à l'expertise se justifie par cette technicité et les fonctions de plus en plus détaillées et compliquées que l'administration doit remplir⁸⁵. Il constitue une nécessité, voire une obligation juridique ou factuelle pour les décideurs publics qui sont chargés de la mission de prévention des risques naturels⁸⁶.

La multiplication et la technicité des enjeux qui doivent être traités entraînent l'augmentation des mécanismes de recours à l'expertise et l'omniprésence des experts dans la décision publique (1). Le poids accru de l'exper-

⁸³ CANS, p. 2. ARBOUSSET Hervé, « Incertitude, climat et droit public », *Petites affiches*, 13 janv. 2006, n°10, pp. 9 et s.

⁸⁴ Dans l'affaire des *Ruines de Séchillienne*, le Conseil d'Etat, sans appliquer le principe de précaution, a considéré que « *les incertitudes affectant (...) la connaissance du comportement de la partie instable du massif et (...) les conséquences des phénomènes climatiques ou sismiques* » justifient la décision d'expropriation de l'administration. CE, 7 avril 1999, *Association « Vivre et rester au pays »*, req. n°189263. ARBOUSSET, p. 9

⁸⁵ AUBY Jean-Marie, « Le régime juridique des avis dans la procédure administrative », *AJDA*, 1956, p. 65

⁸⁶ NAIM-GESBERT Eric, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement- Contribution à l'étude des rapports entre la science et le droit*, Bruylant, VUB Press, Bruxelles, 1999, p. 585.

tise nécessite en contrepartie un encadrement juridique en mesure d'assurer la garantie de la pertinence des évaluations. (2).

1. L'omniprésence de l'expertise dans la décision publique

Le caractère technique et scientifique de la prévention des risques naturels invite l'administration à faire constamment appel à l'expertise pour assurer le bien fondé de ses décisions (A). Les normes juridiques élaborées suivant les appréciations des experts ouvrent un nouveau champ de discussion relative à la distinction entre le technique et la décision politique (B).

A. L'accroissement du recours à l'expertise

La connaissance du risque dans le cadre du droit s'effectue suivant différentes méthodes. La première consiste en le recensement des territoires à risque par l'identification de ces derniers et de leur interaction sans qu'il existe un objectif immédiat d'élaboration d'un acte administratif. Une autre méthode est celle de l'évaluation du risque qui s'insère dans la procédure administrative que ce soit l'évaluation des plans et programmes pour les actes réglementaires, les documents d'urbanisme et les plans environnementaux ou l'étude d'impact environnemental des projets pour les activités soumises à l'autorisation⁸⁷. Quelle que soit la méthode utilisée, le recours à l'expertise s'avère indispensable dans le cadre de l'évaluation du risque.

L'expertise constitue « l'expression d'une connaissance formulée à la demande de ceux qui ont une décision à prendre et sachant que cette réponse est destinée à être intégrée au processus de décision »⁸⁸. L'administration, au même titre que le juge⁸⁹, est en principe libre de faire appel à un expert en

⁸⁷ JEGOUZO, 2011, pp. 42-44.

⁸⁸ BARTHE Yannick, De la décision à l'exploration. La transformation de l'expertise dans le domaine des déchets nucléaires, in GILBERT Claude (dir.), **Risques collectifs et situations de crise. Apports de la recherche en sciences humaines et sociales**, L'Harmattan, Paris, 2002, p. 129. Cf. également ROQUEPLO Philippe, **Entre savoir et décision, l'expertise scientifique**, INRA Editions, Paris, 1997, p. 15.

⁸⁹ Art. R.621-1 du code de la justice administrative française : « *La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision* ». L'art. 263 du code de la procédure civile lu avec l'art. 256 du même code (applicables dans le contentieux administratif) permet de conclure que le juge peut recourir à l'expertise sur les questions techniques lorsque la consultation reste insuffisante pour l'éclairer. En droit turc, l'art. 266

l'absence de texte qui prévoit une procédure spécifique, pour compléter sa connaissance ou établir sa conviction afin de statuer en parfaite connaissance de cause⁹⁰. Elle peut aussi être tenue par les textes de recourir à un expert à la différence du juge qui n'est pas assujetti à l'ordonner s'il est suffisamment éclairé sur les circonstances ayant donné lieu au litige⁹¹.

Le recours à l'expertise est souvent effectué dans le cadre d'une consultation qui est essentiellement une mesure d'instruction⁹² et dont la réglementation détermine le caractère facultatif ou non de l'expertise. Il fait partie de la procédure de l'élaboration de l'acte administratif ; lorsque l'administration ou les particuliers sont tenus de faire des évaluations en vertu d'une disposition juridique, l'absence du rapport d'expert constitue un vice de procédure de l'acte administratif l'entachant d'illégalité. Les erreurs et omissions dans le rapport peuvent également constituer un vice de motif⁹³ dans la mesure où les données du rapport exposent les faits sur lesquels l'administration se fonde pour prendre une décision.

Les modalités de l'expertise ainsi que les organismes qui remplissent cette fonction sont de nature très variée. L'expertise peut s'insérer dans des recherches globales en vue de l'élaboration d'une politique publique, comme le travail effectué par le Conseil sismique dans le cadre d'un projet mené par l'ancien ministère de l'Équipement et du Logement turc⁹⁴. Il existe

du code de la procédure civile applicable en contentieux administrative en vertu de l'art. 31 de la loi relative à la procédure administrative contentieuse dispose que le tribunal peut recourir à l'expert d'office ou sur la demande des parties pour les cas qui nécessitent une information spéciale et technique.

⁹⁰ ISAAC Guy, **La Procédure administrative non contentieuse**, LGDJ, Paris, Bibliothèque de droit public, n°79, 1968, p. 452.

⁹¹ CE, 26 mai 1965, Cne de Livron, req n° 62634, **Rec., T.**, p. 1019.

⁹² **AUBY**, 1956a, pp. 53-54.

⁹³ SEVER Çiğdem, « Kamu hizmetlerinde biçimsel ölçütte çözülme ve Anayasa'nın 128. maddesinin I. fıkrası », **Ankara Barosu Dergisi**, 2013/3, s. 258.

⁹⁴ Il s'agit d'une série de recherches effectuées par le ministère de l'Équipement et du Logement pour évaluer l'état du droit et des politiques publiques dans le domaine des risques naturels. Elles sont effectuées par des commissions chargées de traiter les différents aspects de la gestion du risque, à savoir l'état de la réglementation d'urbanisme et de la construction, le volet financier de la prévention et de l'indemnisation, ainsi que la dimension technique de la connaissance du risque. Les données des rapports publiés ont été utilisées pour servir de fondement dans les actes administratifs. Cf. Circulaire n° B.09.0.AİŞ.0.00.00.00/ Kriz / 10337 de la Direction des affaires de catastrophes du ministère de l'Équipement et du Logement. (Consulté le 5.3.2009)

également des expertises qui s'insèrent dans la recherche et l'innovation au sein des établissements de recherches et d'universités qui fonctionnent de façon continue et dont l'utilité est capitale en matière de connaissance des risques naturels. Ainsi, l'Observatoire de Kandilli et l'Institut de Recherches Sismiques attaché à l'Université Boğaziçi enregistrent toutes les activités sismiques du territoire et les transmettent aux autorités publiques.

L'expertise peut aussi être effectuée par des instances établies au sein de l'Etat. Ainsi, la Direction générale de la prévention des risques créée au sein du ministère de la Transition écologique et solidaire a pour mission d'identifier et qualifier l'ensemble des risques⁹⁵. Les Directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL) sont chargées d'élaborer et de mettre en œuvre les politiques de l'Etat en matière d'environnement, de développement et d'aménagement durables dans le cadre desquelles figurent l'adaptation aux changements climatiques et la prévention des risques naturels⁹⁶. Elles réalisent ou font réaliser l'évaluation environnementale de ces actions et assistent les autorités administratives compétentes en matière d'environnement sur les plans, programmes et projets⁹⁷. En droit turc, la Direction générale de la planification territoriale créée au sein du ministère de l'Environnement et de l'Urbanisme est responsable de l'élaboration des études géologiques et géotechniques qui seront insérés dans les plans de gestion et de prévention des risques⁹⁸.

Le recours à l'expertise a gagné une dimension considérable avec l'exigence d'élaboration d'études pour la préparation des documents d'urbanisme et l'obtention des autorisations. En France, les services spécialisés de l'Etat fournissent à cet égard un service d'expertise au profit des collectivités territoriales. Les communes bénéficient gratuitement, dans le cadre de l'aide technique à la gestion communale, des services déconcentrés de l'Etat

⁹⁵ <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/direction-generale-prevention-des-risques-dgpr#e1>. (Consulté le 9 novembre 2018)

⁹⁶ Art. 2 1°) du décret n° 2009-235 du 27 février 2009 relatif à l'organisation et aux missions des directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement, JORF n°0050 du 28 février 2009.

⁹⁷ Art. 2 4°) du décret n° 2009-235 du 27 février 2009.

⁹⁸ Art. 102 de l'ordonnance n°1 du Président de la République, JORT n°30474 du 10 juillet 2018.

dans l'élaboration et la modification des documents d'urbanisme⁹⁹ ou dans le cadre des demandes d'autorisations d'occupation du sol ou de déclaration préalable¹⁰⁰.

Les personnes privées interviennent dans de nombreuses procédures comme les études d'impacts, les études de dangers et les études du sol. Les études d'impact qui sont à la charge du maître d'ouvrage sont élaborées par des organismes privés mandatés en droit turc. En droit français, les bureaux d'études mandatés interviennent dans le processus d'élaboration des PPRNP¹⁰¹ ; en droit turc, les études, cartes, projets et plans relatifs à la planification d'urbanisme sont élaborés par des personnes privées dont la qualification requise est déterminée par la loi¹⁰².

L'expertise scientifique qui fournit un fondement scientifiquement rationnel à la décision administrative concourt également à la légitimation de l'action administrative¹⁰³. La prédominance de l'expertise dans la décision publique met paradoxalement en cause la légitimité du seul critère politique du fait de l'atténuation de la frontière entre l'aspect technique et l'aspect public de la décision.

B. La difficulté de discernement entre les analyses techniques et la décision publique

L'expertise qui s'insère dans la décision publique relative à la connaissance du risque constitue en principe une qualification des faits que le décideur ne serait pas en mesure d'effectuer, faute de compétence technique¹⁰⁴. Cette qualification peut porter sur un ensemble varié, à savoir la détermina-

⁹⁹ Art. L. 132-5 du code de l'urbanisme.

¹⁰⁰ En vertu de l'article L. 422-8 du code de l'urbanisme, les services déconcentrés de l'Etat sont gratuitement mis à la disposition de certaines communes en cas de besoin d'une étude technique ou d'une assistance juridique et technique ponctuelle dans le cadre des demandes d'autorisations d'occupation du sol ou de déclaration préalable.

¹⁰¹ CE, 14 février 2007, *Communauté de communes de Blangy Pont-L' évêque Intercom*, req. n° 290327, Inédit au Recueil Lebon.

¹⁰² Art. 28 de la loi sur l'urbanisme.

¹⁰³ COMMISSARIAT GENERAL DU PLAN, **La décision publique face aux risques**, La documentation française, Paris, 2002, p. 5.

¹⁰⁴ MONEDIAIRE Gérard, « Qualification matérielle et qualification juridique », in **Incertitude juridique, incertitude scientifique**, *op.cit.*, p. 113.

tion des zones soumises au risque, l'évaluation de l'ampleur du risque ou l'examen de la qualité d'une construction. Les illustrations en sont multiples.

Le PPRNP qui doit recenser les territoires soumis aux risques et prévoir les mesures de protection se fonde sur des données scientifiques, de même que les documents d'urbanisme qui doivent être élaborés en tenant compte des particularités du territoire y compris leur exposition au risque. C'est à partir des données techniques que les zonages et les règles d'utilisation du sol sont déterminés¹⁰⁵. Ainsi, la conformité des plans d'urbanisme aux cartes qui déterminent les zones qui peuvent être urbanisées à partir des études de microzonage et des études géologiques et géotechniques est recherchée par la réglementation¹⁰⁶.

L'étude d'impact, procédure administrative révolutionnaire¹⁰⁷, doit exposer les particularités géologiques et hydrologiques du site, les risques naturels encourus, les conditions atmosphériques, ainsi que les facteurs climatiques. Elle doit par ailleurs déterminer les effets à court, moyen et long terme du projet sur l'état initial du site, ce qui inclut les impacts sur la survenance des phénomènes naturels¹⁰⁸. Les données et les analyses présentées dans l'étude d'impact fournissent aux administrations compétentes les informations nécessaires pour évaluer les demandes d'autorisation ultérieures.

La détermination des zones à risque et des constructions à risque par l'administration aux termes de la loi relative à la transformation des zones sous risque de catastrophe¹⁰⁹ est conditionnée par les analyses techniques effectués par les experts¹¹⁰.

¹⁰⁵ Le règlement relatif à la planification territoriale interdit l'élaboration des plans d'urbanisme en l'absence de rapport d'études géologique et géotechnique ou d'étude de microzonage (art. 21/6) qui doivent être utilisées lors de la préparation des plans (art. 21/7), JORT n° 29030 du 14 juin 2014.

¹⁰⁶ Art. 21/7 du règlement relatif à la planification territoriale.

¹⁰⁷ PRIEUR Michel, Le respect de l'environnement et les études d'impact, **RJE**, 1981/2, p. 104. Dans l'étude d'impact, il faut aller beaucoup plus loin qu'un simple dossier technique et « d'étudier l'insertion du projet dans l'ensemble de son environnement en examinant les effets directs, indirects, immédiats et lointains, individuels et collectifs. »

¹⁰⁸ Annexe 3 du règlement relatif aux études d'impact environnemental, JORT n° 29186 du 25 novembre 2014.

¹⁰⁹ Loi n°6306, JORT no 28309 du 31 mai 2012.

¹¹⁰ Lors du contrôle de légalité le juge administratif exerce un contrôle normal et censure l'erreur de la qualification juridique des faits en raison du manque d'informations dans les rapports

Dans certains cas, l'expertise peut même s'imbriquer dans la décision publique ; c'est le cas du régime de contrôle des constructions lors de la délivrance des autorisations d'urbanisme en droit turc. La loi attribue aux organismes privés de contrôle la tâche de l'examen des rapports relatifs au sol et les projets de construction ; la conformité de la construction au permis de construire et à la réglementation ; l'inspection de la construction, des matériaux utilisés et des conditions de travail et la notification à l'administration des constats d'irrégularités¹¹¹. L'étendue des compétences conférées à des organismes privés constitués d'architectes et d'ingénieurs soulève la question du transfert des prérogatives de puissance publique aux personnes privées¹¹². Pour la Cour Constitutionnelle, la loi ne prévoit pas une substitution des compétences des collectivités territoriales chargées de la police de l'urbanisme ; les attributions des organismes de contrôle des constructions se limitent à un appui technique au service de l'administration¹¹³. Cette approche est à juste titre critiquée par certains auteurs qui soutiennent qu'il n'est pas possible de dissocier les deux activités sachant que les tâches conférées aux

techniques, de leur antériorité et de l'insuffisance des analyses. Daniştay, 14ème sect., 10 septembre 2013, no req. 2013/1493, no déc. 2013/5670. L'absence d'étude géologique et d'évaluation du risque d'inondation constitue également un motif d'annulation. Daniştay, 14ème sect., 14 octobre 2015, no req. 2014/285. (www.kazanci.com.tr).

¹¹¹ Loi n°4708 du 29 juin 2001, JORT n° 24461 du 13 juillet 2001. Il ne s'agit ici pas à proprement parler d'une évaluation du risque mais le contrôle de la conformité d'un projet à la réglementation en vigueur qui doit également tenir compte des enjeux qu'il peut soulever en matière de risques naturels est un travail d'expert et s'intègre dans la connaissance du risque.

¹¹² La législation en vigueur est le résultat d'une série d'affaires concernant l'externalisation du contrôle des constructions. Une première loi qui a octroyé la compétence relative à la délivrance des permis de construire et au contrôle des constructions aux bureaux d'architectes et d'ingénieurs libéraux assermentés qui sont des personnes privées fut annulée par la Cour Constitutionnelle, AYM, 11 décembre 1986, n° req. 1985/11, n° déc. 1986/29, JORT n° 19435 du 18 avril 1987. A la suite des séismes de 1999, une ordonnance relative au contrôle des construction fut également annulée par la haute juridiction sous motif que les règles relatives au contrôle des constructions sont en rapport direct avec le droit de la propriété qui constitue un droit fondamental auquel les restrictions ne peuvent être apportées que par la loi, AYM, 24 mai 2001, n° req. 2000/35, n° déc. 2001/90, JORT n° 24643 du 17 janvier 2002).

¹¹³ Elle ajoute également que l'octroi des permis de construire, la cession de la construction ou les décisions relatives à la destruction qui relèvent de la police de l'urbanisme sont des compétences des collectivités territoriales et que lesdits organismes ne sont pas dotés d'un pouvoir d'élaboration d'actes administratifs. AYM, 26 juin 2002, n° req. 2001/377, n° déc. 2002/59, JORT n° 24931 du 9 novembre 2002.

personnes privées consistent en la phase préparatoire de l'acte administratif qui s'intègre dans le cadre de la mission de police qui ne peut être effectuée, aux termes de l'art. 128 de la Constitution que par les agents de l'administration¹¹⁴.

Ainsi, dans les domaines où l'administration dispose d'une compétence liée, les données techniques sont susceptibles de déterminer directement le sens de la décision que l'administration va prendre. En d'autres termes, l'autorité administrative ne prend une part active dans la décision quasiment qu'en phase de son achèvement, par sa signature.

Il semble donc difficile, dans le cours de l'élaboration de l'acte administratif, surtout dans un contexte de complexité du droit régi par la prolifération des textes -complexité qui s'ajoute à celle de la science- de tracer la frontière entre l'aspect technique et l'aspect décisionnel. Mais il existe néanmoins une distinction fondamentale entre l'expertise et la décision publique. Ainsi que l'affirme J. MORRAND-DEVILLER, « *le savoir n'est pas le pouvoir et le décideur reste libre par rapport aux conclusions de l'expert, liberté identique à celle du juge* »¹¹⁵. Cette distinction peut être transposée en matière de risques naturels par la qualification de l'expertise en tant qu'évaluation du risque et l'action administrative en tant que gestion du risque.

Ainsi, il incombe à l'administrative de décider du niveau du risque ac-

¹¹⁴ Voir AYAYDIN Cem, « Özel hukuk kişilerinin kamu kudreti kullanması sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı hakkında düşünceler », **Yıldızhan Yayla'ya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, pp. 150 et s. SEVER considère, dans le même ordre de raisonnement que l'examen de ces rapports techniques par l'administration est invraisemblable en pratique car les municipalités se trouvent dans l'impossibilité factuelle d'effectuer de tels contrôles- du moins c'est le constat qui figure dans l'exposé des motifs de la loi-; ce qui constitue la raison d'être de la mise en place du système existant. Elles seront par conséquent contraint d'élaborer leurs décisions à partir des rapports en question. Cf. SEVER, p. 257. On retrouve cette réflexion dans les opinions dissidentes : « *le contrôle des constructions fait partie de l'activité de police exercée par l'administration en moyennant les prérogatives de puissance publique. Le permis consiste en un document d'autorisation qui démontre la conformité du contrôle à la réglementation. Par conséquent, il est impossible de dissocier le permis et le contrôle* », AYM, 26 juin 2002, n° de req. 2001/377, n° de déc. 2002/59.

¹¹⁵ MORRAND-DEVILLER Jacqueline, « Le « système » expert, expertise scientifique et gestion de l'environnement », in **Etudes offertes à Jacques Dupichot**, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 361.

ceptable suivant les évaluations et les scénarios qui lui seront transmises¹¹⁶. Elle tiendra compte, dans cette démarche, non seulement des données scientifiques mais aussi des contraintes sociales, économiques et surtout juridiques qui relèvent de son domaine d'expertise. Les documents d'urbanisme qui déterminent les modalités et les conditions du sol constituent une parfaite illustration de l'assemblage de ces différents aspects. Cependant, l'implication des particuliers dans leur élaboration dépasse le cadre de l'expertise en raison de la possibilité de recours aux marchés publics. Les projets de plan sont soumis à l'approbation de l'administration qui peut toujours faire ou demander des modifications.

Même lorsque c'est l'administration qui est compétente pour prendre la décision finale, la montée en puissance de l'expertise scientifique dans le processus de décision politique et administrative est en train de transformer le droit public¹¹⁷. La prédominance de la technicité qui aboutit à un quasi-gouvernement des technocrates oblige à revisiter les principes relatifs à la pertinence de l'expertise et au statut de l'expert et sur lesquels le droit actuel souffre des insuffisances.

2. Revisiter les principes de pertinence de l'expertise scientifique

L'expertise insérée dans le processus de décision administrative consiste en principe à déterminer les faits, les situations ou les événements sur lesquels l'acte administratif est censé agir et qui conditionnent sa légalité¹¹⁸. L'information fournie par l'expert dans le cadre de la procédure administrative non contentieuse doit répondre à certains critères issus de l'expertise contentieuse¹¹⁹. Pour servir de fondement à la décision publique l'expert doit être rigoureux d'une part (A) et objectif et impartial d'autre part¹²⁰ (B), sachant que les contenus de ces principes doivent être adaptés au domaine des risques qui comporte une part d'incertitude du fait de sa démarche qui consiste à faire des anticipations.

¹¹⁶ JEGOUZO, 2011, p. 39.

¹¹⁷ MORAND-DEVILLER, p. 360.

¹¹⁸ MILHAT Cédric, *L'acte administratif, Entre processus et procédures*, Editions du Papyrus, Montreuil, 2007, p. 71.

¹¹⁹ AUBY Jean-Marie, « La procédure administrative non contentieuse », *D. chron.*, 1956, p. 30, note 28.

¹²⁰ NAIM-GESBERT, 1999, p. 588.

A. Assurer la rigueur de l'expertise

Le caractère déterminant de la capacité et de la compétence de l'expert pour assurer une évaluation rigoureuse du risque est évidente. C'est la raison pour laquelle les dispositions relatives à l'expertise prévoient des critères relatifs à la formation et à l'expérience des experts. Toutefois, la complexité des enjeux et les particularités du domaine exigent des réflexions additionnelles en la matière.

L'approche traditionnelle selon laquelle la tâche de l'expert est de trancher la question au même titre que le décideur public, est aujourd'hui remise en question. Il s'agit du « *déplacement (...) d'une expertise dont la fonction consiste pour l'essentiel à recenser les connaissances disponibles en vue d'une prise de décision vers une expertise qui vise plutôt à organiser, à stimuler et à orienter le processus même de production des connaissances* »¹²¹.

Il est admis que la qualité de l'expertise ne s'apprécie pas suivant le contenu du discours d'un expert mais par la confrontation des différents experts et de la richesse des interrogations¹²². Par conséquent, une expertise fiable doit être le fruit d'un processus de discussions et d'évaluations détaillées auquel il faut consacrer du temps. Comme l'annonce F. STEICHEN, « *l'urgence est l'ennemi de la rigueur et conduit le plus souvent à la précipitation, à la fragilisation des procédures* »¹²³. Ce constat, malgré sa véracité, doit être nuancé par l'exigence d'efficacité et le principe de sécurité juridique qui peuvent être mis en cause par la longueur des procédures.

Une évaluation qui dépasse les frontières de la décision dans laquelle elle s'insère, surtout en présence d'incertitudes nécessite une consécration de temps qui peut devenir un inconvénient pour assurer l'efficacité de la procédure administrative. En effet, l'objectif de l'expertise ne devrait pas être confondu avec celui de la recherche scientifique dans la mesure où l'expertise vise toujours une prise de décision politique et c'est cette finalité qui la distingue de ce dernier¹²⁴. L'étude d'impact ouvre cependant une voie par

¹²¹ BARTHE, p. 129.

¹²² ROQUEPLO Philippe, « Effet de serre : une véritable expertise est-elle possible ? », **La Recherche**, n°259, nov. 1993, vol. 24, p. 1282.

¹²³ STEICHEN Franck, « La prise en compte des risques dans les opérations d'aménagement », **RDI**, 2004, p. 323.

¹²⁴ NAIM-GESBERT Eric, « Droit, expertise et société du risque », **RDP**, 2007, n°1, p. 38.

la nécessité d'utilisation « *des connaissances scientifiques et techniques du moment* »¹²⁵ qui consiste à relever les zones d'incertitude qui constituent des incitations à la recherche et au progrès scientifique¹²⁶ ; c'est cette particularité qui la distingue d'une simple étape de la procédure administrative.

On peut à ce titre citer les travaux d'évaluation concernant le risque sismique encouru à Istanbul. La municipalité métropolitaine d'Istanbul a pris une initiative qui consiste en la préparation du Master Plan sismique en collaboration avec les chercheurs et enseignants de quatre universités renommées. Même si ce document avait à la base vocation à être un plan stratégique, il s'est limité à être une étude qui consiste à identifier l'aléa sismique des différents quartiers de l'agglomération, à relever les enjeux concernant les constructions, les établissements industriels, les réseaux de communication, d'énergie et d'électricité. Il comporte également des volets relatifs à la détermination des principes généraux de la gestion du risque et des catastrophes en y incluant la dimension sociale ainsi que la question du financement de la prévention¹²⁷.

Pour assurer une expertise fiable en aval qui servira de fondement dans sa décision, l'Etat devrait développer la connaissance scientifique en amont, non seulement par la formation de ses agents mais aussi en perfectionnant le service public de la recherche, en apportant son soutien aux travaux effectués dans des établissements de recherche et en garantissant la liberté du chercheur. C'est une tâche de grand intérêt en matière de prévention des risques naturels non seulement pour l'identification du risque mais aussi pour la diminution de la vulnérabilité comme dans l'exemple des constructions parasismiques qui sont le fruit d'utilisation de nouvelles technologies¹²⁸.

¹²⁵ Art. L. 110-1 1° du code de l'environnement.

¹²⁶ **PRIEUR**, 1981, p. 103.

¹²⁷ **IBB, İstanbul için Deprem Master Planı**, 7 Temmuz 2003. Disponible sur <http://www.ibb.gov.tr/trTR/SubSites/IstanbulVeDeprem/Calismalarimiz/Pages/DepremMasterPlani.aspx>. > . (Consulté le 25 avril 2009).

¹²⁸ L'art. 9 de la Charte de l'environnement qui dispose que « *la recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement* » pourrait servir de fondement à cette entreprise. Sur l'interprétation de l'art. 9 de la Charte de l'environnement, voir L. FONBAUSTIER, Recherche, innovation et environnement : la difficulté d'un ménage à trois, **Environnement**, n°4, avril 2005, comm. n° 37.

C'est également à ce niveau-là que la démarche de connaissance globale des risques naturels par l'administration trouve son intérêt car il faut une base solide de données sur les risques naturels pour pouvoir les insérer par la suite dans l'évaluation environnementale. Il ne faut donc pas laisser la démarche de l'évaluation du risque aux seules mains des maîtres d'ouvrage, publics ou privés qui ne pourraient être tenus de faire des études approfondies dont le coût ne serait pas « économiquement acceptable ».

B. Assurer l'objectivité et l'impartialité de l'information

La décision administrative dont le but est de servir l'intérêt général doit se fonder sur une information objective (a) et impartiale (b) qui conditionne sa légalité.

a. Garantir l'objectivité de l'expertise

L'objectivité désigne la qualité de ce qui existe en soi, indépendamment du sujet pensant¹²⁹. Or, les recherches et découvertes récentes mettent en question la possibilité d'atteindre cette « qualité d'existence en soi » dans la mesure où l'appréciation de la chose observée effectuée par un sujet est difficilement dissociable de ce sujet qui est un être humain¹³⁰. La question de l'accès à cette objectivité par l'expert relèverait du domaine de la psychologie et de la philosophie et non pas du domaine juridique. Il n'en demeure pas moins que le droit doit en tenir compte afin de déterminer les modalités d'expertise qui serviraient de fondement aux règles juridiques.

L'émergence des *vérités* scientifiques qui se substituent à la *vérité* scientifique rejoint la contestation de l'objectivité en impliquant une réflexion relative à la connaissance, surtout dans les domaines comme les risques naturels où il faut faire des anticipations. Concernant le risque sismique de la ville d'Istanbul sur lequel on ne peut faire que des anticipations à partir des recherches qui sont d'ailleurs très avancées, il existe une multitude de scénarios et les experts ne privilégient pas les mêmes¹³¹. L'incertitude se

¹²⁹ <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/objectivité>.

¹³⁰ NAIM-GESBERT, 1999, p. 635.

¹³¹ Les recherches effectuées dans le cadre du projet JICA (Agence Japonaise de Coopération Internationale) et de travaux de l'Observatoire de Kandilli rattaché à l'Université Boğaziçi utilisent à ce titre l'approche probabiliste qui signifie la prise en compte de multiples

manifeste également devant les dangers plus imminents comme ce fut le cas à propos des rapports d'expertise émis lors de l'éruption du volcan Soufrière en 1976 : un expert faisant preuve d'un optimisme modéré tandis que les conclusions ultérieures d'autres spécialistes étaient alarmantes ; l'administration ayant en tout état de cause la responsabilité d'assurer la sécurité des populations et donc de prendre des mesures d'évacuation et une série d'interdictions visant à protéger la population du risque¹³².

La détermination de la frontière entre le pouvoir public et la compétence technique serait aisée si l'expert était un technicien qui utilise uniquement ses capacités cognitives. Or, en réalité, il a, au même titre que le décideur public, « *ses croyances, son idéal, ses ambitions* »¹³³. L'expert s'appuie effectivement non seulement sur sa connaissance mais aussi sur ses propres convictions subjectives influencées aussi bien par ses solidarités que par les valeurs qu'il adhère, consciemment ou non¹³⁴. P. ROQUEPLO défend à partir de ce constat « *la thèse selon laquelle si scientifiques que soient des experts, ils ne sont pas des juges mais des avocats, et la science elle-même ne saurait trancher dès lors que les réponses à fournir transcendent ses limites* »¹³⁵.

Le droit s'est essentiellement construit sur la base de la conviction en l'objectivité et la vérité tout en prenant sa distance grâce au débat scientifique qui intervient aussi bien en cas d'insuffisance du rapport d'expertise que dans l'hypothèse de sa subjectivité. Ainsi, en matière d'étude d'impact, l'administration peut demander un supplément d'étude pour s'assurer de la pertinence et de l'objectivité de l'expertise¹³⁶.

Pour garantir une expertise objective, une solution est celle de la généralisation de l'expertise collégiale qui permettrait de rassembler différents avis et de mobiliser un débat pour recueillir le maximum d'approches et d'informations. En matière d'identification des risques naturels qui est un processus

scénarios quant aux modes de survenance de l'aléa (qui comprend son intensité, sa localisation ainsi que le comportement de la faille) et à ses effets. Cf. İBB, **İstanbul için Deprem Master Planı**, *op. cit.*, p. 916. Voir également

¹³² MOREAU Jacques, CE, 18 mai 1983, Rodes, req. n° 25308, **AJDA**, 1984, p. 144.

¹³³ VEDEL George, « Pouvoir politique et planification », **Ankara Hukuk Fakültesi 40. yıl armağanı**, 1966, p. 394.

¹³⁴ **ROQUOPLO** (Entretien avec), 1993, p. 1282.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Art. 12 du règlement relatif aux études d'impact environnemental.

complexe dans lequel interfèrent plusieurs disciplines qui raisonnent selon différentes échelles de temps et d'espace¹³⁷, l'expertise collégiale devient une véritable nécessité¹³⁸.

La constitution d'un comité d'experts soulève cependant des difficultés dans le choix des experts. La division de la communauté scientifique en écoles souvent irréconciliables met le décideur en présence du problème que représente le choix de prendre un représentant de chaque école avec le risque d'absence de conclusion ou de prendre des experts au sein d'une école donnée pour obtenir des conclusions tranchées avec un risque quant à l'appréciation des connaissances¹³⁹.

b. Assurer l'impartialité de l'expert

L'évaluation du risque ne constitue donc pas une démarche neutre car il existe toujours des intérêts en conflit qui peuvent, même inconsciemment, affecter la démarche scientifique et l'évaluation. Quoi que le principe soit d'assurer une expertise indépendante, celle-ci souffre, dans le droit actuel, des imprécisions. La question de l'indépendance touche dans un premier temps le domaine de la recherche. Le progrès scientifique permet d'élargir le domaine de la connaissance mais le coût de la recherche augmente significativement lorsqu'on veut repousser la zone d'incertitude¹⁴⁰ et les expertises pointues sont souvent payés par des groupes internationaux¹⁴¹.

Les formes de dépendance varient suivant les types de rapports établis entre les experts et les différentes parties qui ont des intérêts divergents, de même que la typologie des expertises et des organismes d'expertise auxquels l'administration et les particuliers recourent.

L'indépendance de l'expert peut dans un premier temps être appréhendée à l'égard de l'administration qui sollicite un appui technique. Le pro-

¹³⁷ DE VANSSAY, p. 165.

¹³⁸ WEILL Claire, L'expertise dans les champs du principe de précaution : propositions, recommandations et commentaires, Les notes de l'IDDRI, Paris, 2003, n° 3, p. 26.

¹³⁹ RÉMOND-GOUILLOUD Martine / SOYEUX Yves / WOLFER Bernard (éd.), **Évaluation et gestion des risques : expertise scientifique et décision publique**, ENGREF, Paris, 1998, p. 25.

¹⁴⁰ COMMISSARIAT GENERAL DU PLAN, 1997, pp. 461-462.

¹⁴¹ RÉMOND-GOUILLOUD / SOYEUX / WOLFER, p. 26.

blème se pose de diverses manières suivant le statut de l'expert et son lien avec l'administration. Un expert qui exerce sa fonction au sein d'un ministère qui sollicite son avis sur un projet entrepris par son supérieur hiérarchique dont les convictions lui sont connues peut-il être considéré comme indépendant ? Il faudrait en effet déterminer un statut et des garanties pour l'expert afin de lui permettre d'exercer librement sa mission.

La question se pose également vis-à-vis de l'expertise fournie à l'administration par des organismes privés dans le cadre de la préparation des plans environnementaux et les documents d'urbanisme ou aux utilisateurs du sol dans le cadre de l'évaluation environnementale ou les études du sol. C'est en principe sur le maître d'ouvrage du projet qu'incombe la charge de l'expertise dont le coût est élevé. En effet, malgré le fait que l'expertise contribue à assurer la sécurité des populations dont la responsabilité relève de l'administration, il est financièrement impossible de faire supporter totalement la charge de l'expertise à la société, d'autant plus que c'est le demandeur de l'autorisation qui bénéficie de ses avantages¹⁴². C'est la raison pour laquelle, aussi bien en turc qu'en droit français, les évaluations comme l'étude d'impact sont inévitablement effectuées sous la responsabilité du demandeur de l'autorisation. Par conséquent, l'impartialité ne peut pas être apprécié suivant le statut de l'expert qui peut être mis en question du fait de sa rémunération par le maître d'ouvrage mais par rapport à la qualité de l'évaluation et de l'information fournie par l'expert.

L'instauration de l'obligation les déclarations d'intérêt qui seront renouvelées et étendues aux projets en cours envisagés pour tous les experts et l'instauration d'une autorité administrative indépendante chargée de l'élaboration d'un code de déontologie de l'expertise et du contrôle du respect des modalités d'expertise constituent des mesures avancées en vue d'assurer la pertinence et l'impartialité de l'expertise¹⁴³.

La Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de

¹⁴² En ce qui concerne le constat de la construction à risque en vertu de la loi n°6306 le juge constitutionnel considère que l'intérêt personnel des propriétaires pour dans le recours à ce constat justifie que les frais d'expertise soient laissés à leur charge CC, 27 février 2014, no req. 2012/87, no déc. 2014/41, JORT no 29072 du 26 juillet 2014.

¹⁴³ MISSION LEPAGE, **Rapport final**, pp. 38-43. <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000490.pdf>

santé publique et d'environnement -sans être investi du statut d'autorité administrative indépendante- fut créée en 2013¹⁴⁴ pour répondre à ces attentes malgré le champ limité de son intervention. La commission est chargée de veiller aux règles déontologiques s'appliquant à l'expertise scientifique et technique et aux procédures d'enregistrement des alertes en matière de santé publique et d'environnement. Outre ses compétences relatives aux alertes, elle émet des recommandations générales sur les principes déontologiques propres à l'expertise scientifique et technique. Elle est aussi consultée sur les codes de déontologie mis en place dans les établissements et organismes publics ayant une activité d'expertise ou de recherche dans le domaine de la santé ou de l'environnement¹⁴⁵.

CONCLUSION

L'omniprésence de l'expertise scientifique dans le processus de la décision administrative est inévitable en matière de gestion des risques naturels. La qualité de cette expertise dépend de l'étendue des enjeux qui doivent être pris en compte, à savoir l'interaction entre les risques et les enjeux environnementaux malgré l'existence des incertitudes qui sont inhérentes en la matière. La remise en cause de la vérité scientifique s'ajoute à la méfiance vis-à-vis des experts. L'aptitude, l'objectivité et l'impartialité de l'expert affectent directement la qualité de l'information sur laquelle l'administration fonde son action. Les réglementations démontrent que les rapports entre l'expert et la personne publique et privée à laquelle il fournit son service peuvent être étroits. Il est donc plus réaliste de centrer l'effort de l'amélioration de l'expertise non pas uniquement sur le statut de l'expert mais sur ses activités en prévoyant des mesures qui assurent la transparence.

¹⁴⁴ Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, JORF n°0090 du 17 avril 2013.

¹⁴⁵ Art. 2 de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013. Le système mis en place étant jugée insuffisant surtout en matière de la cession des conflits d'intérêts (MOLINER-DUBOST Marianne, « La loi sur l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et la protection des lanceurs d'alerte : un titre prometteur mais un contenu décevant », *RJE*, 2013/3, Vol. 38, p. 424), la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires fut promulguée. JORF n°0094 du 21 avril 2016.

ABREVIATIONS

AJDA	: Actualité juridique. Droit administratif
art.	: article
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BO	: Bulletin officiel
CE	: Conseil d'État
coll.	: collection
D.	: Recueil Dalloz
déc.	: décision
dir.	: (sous la) direction
éd.	: éditeur
EDCE	: Etudes et documents du Conseil d'Etat
ibid.	: ibidem (à l'endroit indiqué dans la précédente citation)
J.Cl.	: Jurisclasseur
JCP A	: La Semaine juridique édition « administration et collectivités territoriales »
JORF	: Journal officiel de la République française
JORT	: Journal officiel de la République turque
MEDD,	: ministère de l'Ecologie et de développement durable
n°	: numéro
op.cit.	: opus citato, ouvrage (ou article précité)
p.	: page
pp.	: pages
Rec.	: Recueil Lebon
RDI	: Revue du droit immobilier
RDP	: Revue du droit public
RJE	: Revue juridique de l'environnement
RTD civil	: Revue trimestrielle du droit civil
req.	: requête
s.	: suivants/suivantes
Sect.	: Section du contentieux du Conseil d'État
t.	: tome
T.	: précédé de "rec.", tables du recueil Lebon
TFEU	: Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
vol.	: volume

BIBLIOGRAPHIE

- ARBOUSSET Hervé, « Incertitude, climat et droit public », **Petites affiches**, 13 janv. 2006, n°10, pp. 8-15.
- AUBY Jean-Marie, « Le régime juridique des avis dans la procédure administrative », **AJDA**, 1956, pp. 53-65.
- AUBY Jean-Marie, « La procédure administrative non contentieuse », **D.**, 1956, chron. p. 27.
- AYAYDIN Cem, « Özel hukuk kişilerinin kamu kudreti kullanması sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı hakkında düşünceler », **Yıldızhan Yayla’ya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, pp. 125-158.
- BARTHE Yannick, « De la décision à l’exploration. La transformation de l’expertise dans le domaine des déchets nucléaires », in GILBERT Claude (dir.), **Risques collectifs et situations de crise. Apports de la recherche en sciences humaines et sociales**, L’Harmattan, Paris, 2002, pp. 129-143.
- BRUNET Sébastien, *La société du risque : Quelles réponses politiques*, L’Harmattan, Paris, 2007.
- CALLON Michel / LASCOUMES Pierre / BARTHE Yannick, **Agir dans un monde incertain, Essai sur la démocratie technique**, Paris, Seuil, 2001.
- CANIVET Guy, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », **RTD civil**, Janvier/Mars 2005, pp. 33-46.
- CANS Chantal, « La loi du 30 juillet 2003 et la prévention des risques naturels : réelles avancées et cruels constats d’inefficacité », **Droit de l’environnement**, n° 113, novembre 2003, pp. 204-209.
- CANS Chantal, « Risques environnementaux », VII.1700, **Droit de l’aménagement**, tome 2, éditions Dalloz-Moniteur, Paris, 2005, pp. 1-16.
- COMMISSARIAT GENERAL DU PLAN, **La prévention des risques naturels. Rapport d’évaluation**, La documentation française, Paris, 1997.
- COMMISSARIAT GENERAL DU PLAN, **La décision publique face aux risques**, La documentation française, Paris, 2002.
- CONSEIL D’ETAT, **Responsabilité et socialisation du risque**, EDCE n° 56, La documentation française, Paris, 2005.

- DAGIRNE Andrée / DARS René, **Les risques naturels. La cindynique**, PUF, Paris, 2005.
- DAUPHINE André / PROVITOLLO Damienne, **Risques et catastrophes. Observer, spatialiser, comprendre, gérer**, 2^{ème} édition, Armand Colin, Paris, 2013.
- DE BAUW Christine, « Droit et nature : l'histoire de Noé, » in (dir.) GERARD Philippe / OST François / VAN DE KERCHOVE Michel, **Images et usages de la nature en droit**, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1993, pp. 607-646.
- DEHARBE David, « Remise en cause d'un projet d'aménagement pour non-respect du principe de précaution », note sous TA Lille, 18 décembre 1997, *Fédération Nord Nature*, **AJDA**, 2000, pp. 751-755.
- DELORT Robert, « Avant-propos », in BENNASSAR Bartolomé (éd.), **Les catastrophes naturelles dans l'Europe médiévale et moderne**, Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 1996, pp. 7-25.
- DE SADELEER Nicolas, Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution, Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement, Bruylant, Bruxelles, 1999.
- DE VANSSAY Bénédicte, « Les leçons tirées de l'expérience des P.E.R. pilotes », in DOURLENS Christine et a., **Conquête de la sécurité, gestion des risques**, L'Harmattan, Paris, 1991.
- DOUGLAS Mary / WILDAVSKY Aaron, Risk and Culture, **An essay on the selection of technical and environmental dangers**, University of California Press, 1982.
- DOUMBE-BILLE Stéphane. « Les déplacés environnementaux : la fuite devant l'environnement », **RJE**, 2016/3, vol. 41, 2016, pp. 476-492.
- EWALD François, **L'Etat-providence**, Grasset et Fasquelle, Paris, 1986.
- EWALD François, **Histoire de l'Etat-providence**, Grasset et Fasquelle, Paris, Le livre de Poche, 1996.
- FONBAUSTIER Laurent, « Recherche, innovation et environnement : la difficulté d'un ménage à trois », **Environnement**, n°4, avril 2005, comm. n° 37.
- GILLET Marc, « La place de l'adaptation dans la politique climatique », **Annales des Mines - Responsabilité et environnement**, vol. 56, n° 4, 2009, pp. 53-58.

GROS Manuel, « L'appréciation par le juge du principe de précaution et du principe de prévention », **Droit de l'environnement**, n°144, Décembre 2006, pp. 365-367.

GÜNEŞ Ahmet M., **Çevre hukukunda ihtiyat ilkesi**, Bilge yayınevi, Ankara, 2012

HIMBERG Kimmo, « Çevre hukuku ve bilirkişi », BADUR Emel (éd.) **Çevre hukuku sempozyumu**, Türkiye Adalet Akademisi yayınları, Ankara, 2006, p. 117-121. <http://www.taa.gov.tr/indir/cevre-hukuku-sempozyumu-a2l0YXb8Y2V2cmUtaHVrdWt-1LnBkZnw5/>.

İBB, **İstanbul için Deprem Master Planı**, 7 Temmuz 2003. Disponible sur <http://www.ibb.gov.tr/trTR/SubSites/IstanbulVeDeprem/Calismalari-miz/Pages/DepremMasterPlani.aspx>.

MOREAU Jacques, « note sous CE, 18 mai 1983, *Rodes*, req. n° 25308 », **AJDA**, 1984, p. 144.

JEGOUZO Yves, « De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité », **AJDA**, 2005, pp. 1164-1169.

JEGOUZO Yves, « Recherche, connaissance et évaluation du risque » in **Risque et droit de l'urbanisme en Europe**, Les Cahiers du GRIDAUH, série Droit comparé, n°20, 2011, pp. 37-50.

JORION Benoît, Les risques souterrains, **Droit administratif**, mai 1997, chron. 9.

KERT Christian, **Les techniques de prévision et de prévention des risques naturels en France**, Rapport de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, n°1540, Assemblée Nationale, 1999.

KOURLISKY Philippe/VINEY Geneviève **Le principe de précaution**, Rapport au Premier ministre, La documentation française, Paris, 2000.

LARROUY-CASTERA Xavier / OURLIAC Jean-Paul, **Risques et urbanisme**, Editions le Moniteur, Paris, 2004.

LARSEN Svend Erik, « Lisbonne- utopie et désastre. Répercussions idéologiques européennes du séisme », in MONTANDON Alain (dir.), **Lisbonne : géocritique d'une ville**, Presses universitaires Blaise Pascal, 2006, p. 97-114.

LARSEN Svend Erik, « The Lisbon earthquake and the scientific turn in Kant's philosophy », **European review**, 14(3), 2006, p. 359-367.

LE CORRE Laurent, « La prévention du risque naturel et industriel après la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques naturels et

- technologiques et à la réparation des dommages », **Construction et urbanisme**, Mars 2005, Etude 3.
- MEDD, Guide général des plans de prévention des risques naturels prévisibles, La documentation française, Paris, 1997.
- MEDD, **Jurisques, Jurisprudence commentée**, 3^{ème} édition, La documentation française, Paris, 2002.
- MILHAT Cédric, L'acte administratif, Entre processus et procédures, Ed. du Papyrus, Montreuil, 2007.
- MISSION LEPAGE, Rapport final, <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000490.pdf>
- MOLINER-DUBOST Marianne, « La loi sur l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et la protection des lanceurs d'alerte : un titre prometteur mais un contenu décevant », **RJE**, 2013/3, vol. 38, pp. 415-424.
- MOLINER-DUBOST Marianne, « Risques majeurs », **JCl. Administratif**, Fasc. 377.
- MONEDIAIRE G., « Qualification matérielle et qualification juridique », in **Incertitude juridique, incertitude scientifique**, Actes du Séminaire de l'Institut fédératif «Environnement et eau», Limoges, 5 avril 2000, Cahiers du CRIDEAU, n° 3, Limoges, PULIM, 2001, pp. 107-144.
- MORRAND-DEVILLER Jacqueline, « Le « système » expert, expertise scientifique et gestion de l'environnement », in **Etudes offertes à Jacques Dupichot**, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 359-375.
- NAIM-GESBERT Eric, Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement- Contribution à l'étude des rapports entre la science et le droit, Bruylant, VUB Press, Bruxelles, 1999.
- NAIM-GESBERT Eric, « Droit, expertise et société du risque », **RDP**, 2007, n°1, pp. 33-50.
- NOMURA Toyohiro, « Le droit japonais de la responsabilité des dommages nucléaires et son évolution après l'accident de Fukushima », **RJE**, 2014/4, vol. 39, pp. 629-639.
- OST François, La nature hors la loi, L'écologie à l'épreuve du droit, Paris, Ed. La Découverte, 2003.
- PLATON, **Timée et Critias** (trad. L. BRISSON), Flammarion, Paris, 1992.
- PONTIER Jean-Marie, « Prévenir pour se prémunir », **AJDA**, 2006, pp. 729-731.

- PRIEUR Michel, « Le respect de l'environnement et les études d'impact », **RJE**, 1981/2, pp. 103-128.
- PRIEUR Michel, « Introduction », in **Incertitude juridique, incertitude scientifique**, Actes du Séminaire de l'Institut fédératif "Environnement et eau", Limoges, 5 avril 2000, Cahiers du CRIDEAU, n° 3, Limoges, PULIM, 2001, pp. 9-16.
- PRIEUR Michel, **Droit de l'environnement**, Dalloz, 4^{ème} édition, Paris, 2001.
- RÉMOND-GOUILLOUD Martine, **Du droit de détruire**, PUF, Coll. Voies du droit, Paris, 1989.
- RÉMOND-GOUILLOUD Martine / SOYEUX Yves / WOLFER Bernard (éd.), **Evaluation et gestion des risques : expertise scientifique et décision publique**, ENGREF, Paris, 1998.
- ROQUEPLO Philipe, « Effet de serre : une véritable expertise est-elle possible ? », **La Recherche**, n°259, nov. 1993, vol. 24, pp. 1280-1283.
- ROQUEPLO Philippe, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, INRA Editions, Paris, 1997.
- SANSEVERINO-GODFRIN Valérie / RASSE Gabriel / RIGAUD Eric, « Vulnérabilité, résilience et droit », in S. BECERRA – A. PELTIER (dir.), **Risques et environnement : recherches interdisciplinaires sur la vulnérabilité des sociétés**, L'Harmattan, coll. Sociologies et environnement, Paris, 2009, pp. 103-116.
- SEGUR Philippe, « Catastrophe et risque naturels. Essai de définition juridique », **RDP**, 6-1997, pp. 1693-1716.
- SEVER Çiğdem, « Kamu hizmetlerinde biçimsel ölçütte çözülme ve Anayasa'nın 128. maddesinin I. fıkrası », **Ankara Barosu Dergisi**, 2013/3, pp. 246-268.
- STEICHEN Franck, « La prise en compte des risques dans les opérations d'aménagement », **RDI**, 2004, pp. 323-334.
- TURGUT Nükhet, **Çevre politikası ve hukuku**, 2^{ème} édition, İmaj yayınevi, Ankara, 2009.
- VEDEL George, *Pouvoir politique et planification*, **Ankara Hukuk Fakültesi 40. yıl armağanı**, 1966, pp. 383-399.
- WEILL Claire, *L'expertise dans les champs du principe de précaution: propositions, recommandations et commentaires*, Les notes de l'IDDRI, Paris, 2003.

Avrupa Birliğı Ceza Hukuku’nda Polis ve Ceza Adaleti Otoritelerine Yönelik 2018/680 Sayılı Direktif: Kişisel Verilerin Ceza Adalet Mekanizmalarında Korunmasına Getirilen Standartlar ve Direktife Yönelik Eleştiriler

Dr. Öğr. Üyesi Gülşah BOSTANCI BOZBAYINDIR*

Öz: 2016 tarihinde 2016/679 sayılı Genel Kişisel Verilerin Korunması Tüzüğü’ne (General Data Protection Regulation-GDPR) ek olarak, 2016/680 sayılı Kişisel Verilerin Ceza Adaleti ve Polis İşbirliği Alanında Kullanılmasına Yönelik Gerçek Kişilere Ait Kişisel Verilerin Yetkili Otoriteler Tarafından Suçların Önlenmesi, Soruşturulması ve Tespit Edilmesi veya Cezaların İnfazı Amacıyla İşlenmesi ve Bu Nevi Kişisel Verilerin Serbest Dolaşımı Hakkında Direktif, 27 Nisan 2016 tarihinde kabul edilmiş ve kendisinden önceki 2008/977/JHA sayılı Kararı ilga etmiştir. Bu yeni Direktifin esas amacı (2016/680), gerçek kişilerin kişisel verilerine tutarlı ve yüksek seviyede koruma sağlamanın yanı sıra üye devletlerde yetkili otoriteler arasında kişisel verilerin mübadelesini kolaylaştırmaktır. Kişisel verilerin üye devletler arasında mübadelesi, cezai işlerde adli ve polis işbirliği bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle, gerçek kişilerin kişisel verileri konusunda hak ve özgürlüklerinin korunması ve yetkili otoriteler tarafından, suçların önlenmesi, soruşturulması ve tespit edilmesi veya cezaların infazı amacıyla kişisel verilerin işlenmesine ve değerlendirilmesine ilişkin kuralların yeknesaklaştırılması gerekmektedir. Bu nedenle, Direktif bir yandan önceki direktifin eksikliklerini tadil etmeyi diğer taraftan da bu sahada ortaya çıkan yeni sorunları çözmeyi amaçlamaktadır. Bununla birlikte, 2016/680 sayılı Direktif çok sayıda eleştiriye uğramıştır. Bu çalışmada, 2008 tarihli eski çerçeve karar ve 2016 tarihli yeni Direktifi tahlil edeceğiz ve yeni Direktifle alakalı potansiyel sorunları ve eleştirileri değerlendireceğiz.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliğı Ceza Hukuku, Kişisel Verilerin Korunması, Polis ve Ceza Adaleti

* Makale Gönderim Tarihi: 09.10.2018, Makale Kabul Tarihi: 08.11.2018

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-0602-2713); gulsah_bostanci@yahoo.com.

The Police and Criminal Justice Authorities 2018/680 Directive: Data Protection Standards with regard to the Processing of Personal Data by Component Authorities and Critics Against the Directive

Abstract: In addition to the General Data Protection Regulation (GDPR), Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council on ‘*the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data*’ substantively enacted on 27 April 2016 and repealed the former the Council Framework Decision 2008/977/JHA. The main objective of the new Directive (2016/680) is to ensure a consistent and high level of protection of the personal data of natural persons and facilitating the exchange of personal data between competent authorities of Member States. The exchange of personal data among Member States is crucial in order to ensure effective judicial cooperation in criminal matters and police cooperation. To that end, the level of protection of the rights and freedoms of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, including the safeguarding against and the prevention of threats to public security, should be equivalent in all Member States. On the one hand directive aims to amend the former directive’s deficiencies and on the other hand to solve novel issues that has emerged in the field. Thus being so, the 2016 directive has been subject to many critics. In this study, we shall analyse the former 2008 directive and the new 2016 directive, and evaluate the potential issues and critics against the new directive.

Keywords: European Criminal Law, Data Protection, Police and Criminal Justice Authorities

I. GİRİŞ

Kişisel verilerin korunması ya da bireylerin kişisel verilerinin işlenmesinin güvence altına alınması uzunca bir süredir Avrupa Birliği hukukunun en önemli meselelerinden birini teşkil etmektedir. Yeni teknolojilerin özel ve kamu sektöründe kullanılması, verilerin hukuka uygun toplanması, işlenmesi ve depolanmasını kolaylaştırmışsa da bu teknolojilerin kötüye kullanımının önüne geçilememiştir¹. İnternetin yeni gelişmeye başladığı, adeta

¹ Franziska Boehm, Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice, Towards Harmonized Data Protection Principles for Information Exchange at EU Level, Springer, Heidelberg, 2012, s.19.

dijital devrimin gerçekleştiği dönemlerde, internetin bir yandan kötüye kullanımının engellenmesi, bir yandan da suçların önlenmesi, soruşturulması, kovuşturulması ve ayrıca verilerin paylaşımının belli bir standart dâhilinde sağlanması amacıyla 1995 tarihinde 95/46/EC sayılı Direktif kabul edilmiştir². 95 sayılı Direktif, kişisel verilerin korunması için atılan çok önemli bir adım olmuştur zira 2000’li yıllardan önce kişisel verilerin korunması genellikle özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi hakkı çerçevesinde ve onun bir alt unsuru olarak görülmekteydi³. Direktiften önce kabul edilen gerek İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bilgisayar ve internetin etkin ve yaygın kullanımından çok daha önce kabul edilmiş metinlerdi ve bu metinlerde kişisel verilerin korunmasına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktaydı.

Bilişim teknolojilerinin kullanımındaki hızlı artış, uluslararası metinlerde kabul edilen özel hayatın gizliliği hakkına yönelik olarak ciddi bir tehdit unsuru haline gelmeye başlamıştı. Bu tehdide karşılık, 95 sayılı Direktif ile kişisel bilgilerin kullanılması, toplanması, elde edilen kişisel verilerin gizliliği ve bu bilgilere ilişkin olarak veri sahibine bir takım haklar tesis edilmesi neticesinde yeni bir özel hayatın gizliliği alanı ortaya çıkmış oldu⁴. Böylelikle, kişisel verilerin korunmasını özel hayatın gizliliği hakkının alt unsuru olarak gören anlayış yerini zamanla her iki hakkın -her ne kadar birbirleriyle yakın ilişki içerisinde de olsa- farklı haklar olduğu anlayışına bırakmıştır⁵. Böylelikle, kişisel verilerin güvenliğinin sağlanması hususunda yeni yasal düzenlemelerin önü açılmıştır⁶.

² Art.1, Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, O.J. L281/31; European Parliament, “MEPs tighten up rules to protect personal data in the digital era” Press release, 12.03.2014. Available at www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20140307IPR38204/MEPs-tighten-up-rules-to-protect-personal-data-in-the-digital-era; Google Spain C-131/12 EU C 2013, 424, prg.13.

³ Lauri J. Pajunoja, The Data Protection Directive on Police Matters 2016/680, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uni. Helsinki, Faculty of Law, 2017, s.65.

⁴ ECtHR, Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland, No. 931/13, 27 June 2017, prg. 137. Handbook on European Data Protection Law, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Luxembourg, 2018, s. 18.

⁵ Handbook on European Data Protection Law, s.18. Tam tersine kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği hakkını da kapsadığı ve ondan daha geniş bir kapsama sahip olduğu da ifade edilmektedir. Juliane Kokott&Christoph Sobotta, The Distinction between Privacy and Data Protection, International Data Privacy Law, Vol.3, No.4, 2013, s.225.

⁶ ABAD’ın bazı kararlarında özel hayatın gizliliği klasik bir hak, kişisel verilerin gizliliği ise

Avrupa ülkelerinde kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenlemeler, 1970’lerde ortaya çıkmaya başlamıştır⁷. Birlik düzeyinde ise özellikle Avrupa Konseyi 108 numaralı Sözleşme ve 95 tarihli Direktif, kişisel verilerin korunması ve serbest dolaşımının güvenliğinin sağlanması konusundaki öncü metinler olmuştur. 2009’da Lizbon Antlaşması’nın kabul edilmesi, kişisel veriler açısından çok daha önemli bir adımdır. Lizbon Antlaşması ile düzenlenen Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) ile Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİA) kişisel verilerin korunmasına yönelik gerçekleştirilecek olan mevzuata aşikâr bir biçimde yasal zemin hazırlamak suretiyle AB hukuku çerçevesinde kişisel veri kavramının statüsünü güçlendirmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) da kişisel verileri temel insan haklarından biri olarak kabul ederek, bu hakkın etkin uygulanmasını destekleyici kararlar vermiştir⁸.

Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma’nın (ABİA) 16. maddesine dayanarak çıkartılan, 6 Nisan 2016 tarihinde kabul edilen ve 25 Mayıs 2018’de yürürlüğe giren 2016/679 sayılı genel ve ticari amaçlarla kişisel verilerin işlenmesini kapsayan Genel Kişisel Veri Koruma Tüzüğü’ne (GDPR)

modern bir hak olarak nitelendirildiği de görülmektedir. CJEU, Joined Cases C-92/09 and C-93/02, Volker und Markus Schecke GbR v. Land Hessen, Opinion of Advocate General Sharpston, 17 June 2010, prg. 71.

⁷ Bu husustaki ilk düzenleme 1970’de Almanya’nın Hessen eyaletine aittir. Sırasıyla 1973’de İsveç ve 1980’lerde Fransa, Almanya, Hollanda ve İngiltere’de de kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

⁸ CJEU, Joined Cases Markus und Volker Schecke and Helmut Eifert, C-92/09 C-93/09 2010-662; Digital Rights Ireland Ltd vs. Minister For Communications, Marine and Natural Resources and Others, C-293/12; C-594/12; 2014, 238. Mahkeme, terör, organize suçlar gibi ciddi nitelikte suçlarla mücadele edilmesi, bu suçların işlenmesinin önlenmesi ve soruşturulması amacıyla kişilerin kimliğinin, internete nereden, ne zaman ve ne sıklıkla girdiklerinin tespit edilmesini ve bu bilgilerin altı aydan iki yıla kadar internet sağlayıcıları tarafından saklanabilmesini olanaklı hale getiren 2006’da kabul edilen Veri Koruma Direktifini (Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC (OJ 2006 L 105, p. 54) geçersiz saymıştır. Mahkeme, direktifte internet kullanıcılarının bütün verilerinin hiçbir ayrıma, kısıtlamaya ya da istisnaya tabii tutulmadan, objektif bir kriter belirlenmeden toplanması ve her ülke hukukunda ayrıca düzenlenmiş “ciddi suçlar” gerekçe gösterilerek en az altı ay en çok iki yıl süre ile saklanmasına izin verilmesinin orantılılık ilkesini aştığı, bunların kötüye kullanılabilmesine karşı herhangi bir güvence de sağlanmadığı gerekçesi ile direktifi geçersiz saymıştır.

ek olarak, polis ve ceza adalet otoriteleri tarafından işlenen kişisel verilerin korunmasına yönelik 2016/680 sayılı yetkili makamlar tarafından suçun önlenmesi, soruşturulması, tespiti veya kovuşturulması veya cezai süreçlerin yürütülmesi amacıyla işlenen kişisel verilere ilişkin gerçek kişilerin korunmasına ve bu tür verilerin serbest dolaşımına dair direktif kabul edilmiştir. Bu direktif, her ne kadar Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün önemi ve haşmeti karşısında daha dar ve özellikli bir uygulama alanı bulmuş olsa da bu durum direktifin önemsiz ya da ikincil nitelikte olduğu anlamına gelmemektedir.

Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği'nin değişen yapısı göz önünde bulundurularak, 2008 tarihli Veri Koruma Çerçeve Kararı⁹'nın yürürlükte olduğu dönemlerde (2008-2018 arası) ortaya çıkan sorunların gözden geçirilmesi ve yeni bir polis ve ceza adalet alanında kişisel verilerin daha etkin korunması ihtiyacına bir cevap olarak 2018 tarihli Direktif kabul edilmiştir¹⁰.

Çalışmamızda, 'AB Kişisel Verilerin Korunması Hukuku'nda 2016/680 Sayılı Yetkili Makamlar Tarafından Suçun Önlenmesi, Soruşturulması, Tespiti Veya Kovuşturulması Veya Cezai Süreçlerin Yürütülmesi Amacıyla İşlenen Kişisel Verilere İlişkin Gerçek Kişilerin Korunmasına Ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Direktif'in üye ülkeler düzeyinde uyumlaştırılması, kapsamı, ilkeleri ve uygulanmasına ilişkin hususlara odaklanılmıştır. Neticede ise direktife yönelik eleştiriler üzerinde değerlendirmede bulunmak suretiyle, direktif uygulamasının tutarlılığı ve etkinliği açısından ipuçları ortaya konmuş, Direktifin iç hukuka aktarımında yaşanabilecek sorunlar ve ulusal düzeyde nihai uygulamaları hakkındaki tartışmalar ele alınmıştır.

II. AVRUPA'DA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN GENEL HUKUKİ DÜZENLEMELER

Avrupa düzeyinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler temel olarak iki alanda gerçekleştirilmiştir. Bunlardan biri Avrupa Konseyi'nin üye ülkelerin yanı sıra üye olmayan ülkelerin imzasına da açılan sözleşme-

⁹ Council Framework Decision 2008/977/JHA of 27 November 2008 on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008F0977>.

¹⁰ 2016/680 sayılı Direktif Gerekçe madde 1, 8, 10 ve 11.

leri; bir diğeri de Avrupa Birliği düzeyinde gerçekleştirilen ve üye ülkelerin uyguladığı metinlerdir. Her iki alanda da kişisel verilerin korunması ana hedeftir ancak Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen düzenlemelerin AB hukuku düzenlemelerinden temel farkı, bunların sadece Birlik hukuku ve güvenliği alanında değil ulusal güvenlik alanında da uygulanabilir olmalarıdır. Bunun en önemli sonucu, Avrupa Konseyi metinlerine taraf olan devletlerin, kendi ulusal güvenlikleriyle ilgili bir faaliyette bulunuyor olsalar da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. madde çerçevesinde hareket etmeleri gerektirir¹¹.

A. Avrupa Konseyi Bünyesinde Kabul Edilen Hukuki Düzenlemeler

Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen ve kişisel verilerin korunması hakkını içeren düzenlemelerin başında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gelmektedir. Sözleşme, 8. maddede yer alan özel hayatın gizliliği hakkı çerçevesinde kişisel verilerin korunması hakkını da ele almaktadır. Maddede herkesin aile ve özel hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkı olduğu ifade edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin kararlarını da 8. madde çerçevesinde vermektedir. Mahkemenin kişisel verilere ilişkin yorumu ileride değineceğimiz gerek 95 tarihli Direktif gerekse 108 numaralı Sözleşme'den çok daha geniştir¹². Bununla birlikte AİHM'in özel hayat kapsamına dahil edilebilecek kişisel bilgiler için gizliliğe ek unsurlar aradığı söylenebilir¹³.

¹¹ Handbook on European Data Protection Law, s.273.

¹² Kokott&Sobotta, s.223.

¹³ “Mahkeme, söz konusu kişisel verinin çok uzun bir zamanda sistematik olarak toplandığı ve depolandığını, bunun da özel hayat kapsamına girebileceğini ifade etmiştir. Bu tür bilgiler, bir kişinin sadece yakın değil aynı zamanda uzak geçmişini ilgilendirmesi halinde de bu durumun özel hayat kapsamına girmektedir. Mahkeme ayrıca, iç hukukta hangi bilgilerin kaydedilebileceğini, hakkında bilgi toplama ve saklama gibi izleme tedbirleri uygulanabilecek kategorideki kişilerin kimler olduğunu, bu tür tedbirlere başvurulabilecek koşulların neler olduğunu ya da izlenecek usulü açıklayan hiçbir hüküm bulunmadığını kaydetmiştir. İç hukukta tutulan bilgilerin ne kadar bir süreyi kapsayacağına ya da ne kadar uzun süreyle bilgi tutulabileceğine dair sınırlar konmamıştır. Ayrıca, iç hukukta dosyalara erişim yetkisi olan kişilere, dosyaların niteliğine, izlenecek usule ya da bu yolla elde edilen bilgilerin ne şekilde kullanılabileceğine ilişkin açık ya da ayrıntılı hiçbir hüküm mevcut değildir. Bu nedenlerle Mahkeme, Romanya hukukunun kamu makamlarına tanıdığı ilgili takdir yetkisinin kapsamını ve kullanılma biçimini makul bir açıklıkla belirtmediğine kanaat getirmiştir”.

Mahkeme'nin, iletişime müdahale¹⁴, kamu ya da özel sektör tarafından gözetleme¹⁵, kamu otoriteleri tarafından kişisel verilerin depolanmasına karşı koruma¹⁶ kararları 8. maddede yer alan gizlilik teriminin geniş yorumlandığı

ECtHR, Rotaru v Romania Başvuru no 28341/95, ECHR 2000-V, prg. 44. Mahkeme daha sonra verdiği bir kararda ceza mahkumiyetine ilişkin kararların başvuranın geçmişine ait özel yaşamının bir parçası olduğunu, başvuranın kendisine verilen uyarı cezasına ilişkin kişisel verilerin süre sınırı olmaksızın tutulmasından ve ifşa edilmesinden dolayı kendisine iş bulma konusunda neden olduğu olumsuz etkisinden şikâyetçi olması karşısında, adli sicil kaydındaki verilerin bir anlamda kamu bilgileri olduğu kabul edilse de, bu verilerin merkezi kayıtlarda sistematik bir şekilde saklanması, bunların ilgili kişi dışındaki herkesin söz konusu olayı unutmamasının uzun süre sonrasında bile ifşa edilebilecek durumda olduğu anlamına geldiğini ve dolayısıyla 8. maddenin ihlal edildiğini ifade etmiştir. ECtHR, M.M. v UK Başvuru no. 24029/07 (13 Kasım 2012), prg. 188. Handbook on European Data Protection Law, s.44 vd.

¹⁴ ECtHR, Malone v. the United Kingdom, Başvuru No. 8691/79, 2 Ağustos 1984; ECtHR, Copland v. the United Kingdom, Başvuru No. 62617/00, 3 Nisan 2007, ECtHR, Mustafa Sezgin Tanrıkulu v. Turkey, Başvuru No. 27473/06, 18 Temmuz 2017., Handbook on European Data Protection Law, s.23.

¹⁵ ECtHR, Klass and Others v. Germany, Başvuru No. 5029/71, 6 Eylül 1978; ECtHR, Uzun v. Germany, Başvuru No. 35623/05, 2 Eylül 2010, Handbook on European Data Protection Law, s.23. “Davada, başvuran yetkili mercilere, yazışmalarını ve telefon görüşmelerini sonradan kendilerine haklarında alınan bu tedbirlere ilişkin bilgi vermeksizin takip etme yetkisi tanıyan Alman mevzuatıyla ilgili şikâyetinde bulunmuştur. Mahkeme, Alman yasama meclisinin Sözleşme'nin 8/1 maddesinde güvence altına alınan hakkın kullanılmasına ilişkin bahse konu mevzuattan kaynaklanan müdahalenin 2. fıkra uyarınca demokratik bir toplumda gerekli olduğunu, ulusal güvenliğin çıkarlarını, düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarını gözettiğini değerlendirmek için haklı gerekçelerinin söz konusu olduğunu ifade etmiş, Sözleşme'nin özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme özellikle, vatandaşların gizli şekilde izlenmesine dair yetkilerin, hukuk devleti olmanın bir göstergesi olarak, yalnızca demokratik kurumların korunması için ve kesin bir biçimde gerekli olması halinde, Sözleşme kapsamında imkan sağlanabileceğini tespit etmiştir. Ancak, Mahkeme, günümüzde demokratik toplumların son derece gelişmiş casusluk biçimleri ve terör örgütleri tarafından tehdit edildiğini ve bunun sonucunda Devletin bu gibi tehditlerle mücadele edebilecek için kendi yetki sınırları içerisinde faaliyet gösteren bölücü unsurları gizli bir şekilde izleme görevini üstlenebilmesi gerektiğini kaydederek, mailler, postalar ve iletişim araçları üzerinde gizli teknik takibin yapılmasına imkân veren mevzuatın, istisnai koşullarda, ulusal güvenlik gerekçesiyle ve/veya kargaşa ya da suçun önlenmesi açısından demokratik bir toplumda gereklilik arz ettiğini değerlendirmiştir”.

¹⁶ ECtHR, Roman Zakharov v. Russia, Başvuru No. 47143/06, 4 Aralık 2015; ECtHR, Szabó and Vissy v. Hungary, Başvuru No. 37138/14, 12 Ocak 2016, Handbook on European Data Protection Law, s. 24. Söz konusu dava, “Rusya'daki cep telefonu görüşmelerinin gizlice dinlenmesine dair bir sistemle ilgilidir. Bir yayınevi şirketinin genel yayın yönetmeni olan başvuran, özellikle Rusya'daki mobil şebeke operatörlerinin kanunen kolluk makamlarının

kararlara örnek olarak gösterilebilir. Mahkeme, özel hayata ilişkin bilgilerin toplanması, depolanması ya da ifşa edilmesini özel hayatın gizliliği hakkının ihlali olduğuna işaret etmektedir¹⁷.

Kişisel verilerin korunması hakkı 8. madde kapsamında değerlendirilmiş olduğundan, bu hak 2. fıkrada yer alan sınırlamalara da tabidir. AİHS 8/2. madde, sınırlandırmanın şartlarını belirtmiştir. Bu müdahale ancak yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

Avrupa Konseyi düzeyinde kişisel verilerin korunmasına yönelik gerçekleştirilen ve kişisel verilerin işlendiği polis ve ceza adalet alanı da dâhil olmak üzere bütün alanlara uygulanabilir olan sözleşme Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'dir (108 Sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi)¹⁸. Sözleşme, temel olarak kişisel verilerin korunmasını ele alan alanında yegâne çok taraflı antlaşmadır. Sözleşme kişisel verilerin sınır ötesi akışı da dâhil verilerin

operasyonel-arama faaliyetlerini gerçekleştirmelerine olanak tanıyan bir donanım kurulumu yapmaları gerektiği ve bu durumun da Rusya kanunları kapsamında yeterli güvence sağlanmaksızın, tüm görüşmeleri kapsayan bir dinleme işlemine izin verdiği hususlarda şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, Rusya'da haberleşmenin dinlenmesi konusunu düzenleyen kanuni hükümlerin, denetleme yetkisinin keyfi şekilde ve kötüye kullanıma riskine karşı yeterli ve etkili güvenceler sağlamadığını kaydederek, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir. Denetleme yetkisi, bütün gizli izleme sistemlerinde söz konusu olabilen bir durumdur ve keyfi uygulama ve kötüye kullanma ile Rusya'daki gibi gizli servislerin ve polisin tüm cep telefonu görüşmelerine teknik araçlar vasıtasıyla doğrudan erişiminin olduğu bir sistemde fazlasıyla karşılaşılmaktadır. Mahkeme'nin tespitine göre belli başlı alanlarda, kanuni düzenlemelerde eksiklikler olduğunu tespit etmiştir: Rusya'daki kamu makamlarının gizli izleme tedbirlerine başvurmakla yetkili kılındığı durumlar; bu tür tedbirlerin süresi, özellikle de bu tedbirlerin uygulanmasına son verilmesi gereken durumlar; dinleme işlemi için yetki verilmesinin yanı sıra dinleme yoluyla elde edilmiş verilerin saklanması ve imha edilmesine dair usuller; dinlemenin denetlenmesi. Dahası, haberleşmenin dinlenmesine karşı başvurulabilecek mevcut hukuk yollarının etkililiği, bu hukuk yollarının sadece dinlenildiğine ilişkin kanıt sunan kişilere açık olduğunu ve herhangi bir bildirim sisteminin ya da dinlenme hakkındaki bilgilere erişim imkanının yokluğunda, bu tür bir kanıtı elde edebilmenin mümkün olmadığı gerçeği karşısında sekteye uğramıştır.

¹⁷ EctHR, Amann v Switzerland Başvuru no 27798/95, ECHR 2000-II, prg. 69 vd. - 80; Rotaru v Romania Başvuru No 28341/95, ECHR 2000-V, prg. 46.

¹⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>.

işlenmesi sürecinin beraberinde getirebileceği suiistimallere karşı bireylerin haklarının korunmasını öngörmektedir¹⁹. Sözleşme ile taraf devletler, kamu ve özel sektör ayrımı yapmaksızın otomatik kişisel veri dosyalarının ve kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulması konusundaki uygulamaları kabul eder²⁰. Taraflar, kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili olarak, tüm bireylerin insan haklarına saygı gösterilmesini sağlamak için gerekli olan şartları ulusal kanunlarına dâhil etmeleri gerekmektedir²¹. Sözleşmede yer alan adil ve hukuka uygun veri toplama ve işleme ilkeleri ile verilerin gerektiğinden daha uzun süre saklanmaması ilkesine aykırı işlemler sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Sözleşme, özel veri kategorileri de denilen ve kişilerin ırksal köken, dini veya diğer inançlarına ilişkin veriler ile sağlık veya cinsel hayata ilişkin verilerin ya da ceza mahkûmiyetine ilişkin verilerin iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça otomatik işleme tabi tutulamayacağını ifade etmektedir²². Sözleşme bu kapsamda, verilerin niteliği (madde 5)²³, özel veri kategorileri (madde 6)²⁴ ve ilgili kişi hakkındaki ek güvenceler (madde 8)²⁵'e 9. maddede belirtilen istisnalar ve kısıtlamalar dışında istisna

¹⁹ Türkiye bu sözleşmeyi 1981'de imzalamış olsa da iç hukukta ancak 2016'da onaylanmıştır. 17.03.2016 tarih ve 29565 sayılı Resmi Gazete.

²⁰ 108 no'lu Sözleşme Madde 3.

²¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/>. Sözleşme gerçek kişileri kapsamaktadır ancak taraf devletlerin Sözleşmenin kapsamını tüzel kişilere de genişletebilmesine cevaz vermektedir. European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2014, s.38.

²² 108 no'lu sözleşme Madde 6.

²³ Otomatik işleme konu olan kişisel veriler:

- a. Adil bir biçimde ve yasa yoldan elde edilir ve işlenir;
- b. Belli ve meşru amaçlar için kaydedilir ve bu amaçlara aykırı şekilde kullanılmaz;
- c. Kaydedilme amaçlarına göre uygun ve yerinde olur ve aşırı olmaz;
- d. Doğru bilgileri yansıtır ve gerektiğinde güncellenir;
- e. Kaydedilme amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan süreyi aşmayacak şekilde ilgili kişilerin kimliklerini belirlemeye imkan veren bir biçimde saklanır.

²⁴ İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırksal kökeni, siyasi düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel veriler ile sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel veriler, otomatik işleme tabi tutulmaz. Aynı şey ceza mahkumiyeti ile ilgili kişisel veriler için de geçerlidir.

²⁵ Herkes:

- a. Otomatik kişisel veri dosyasının mevcudiyetini, temel amaçlarını, dosya yöneticisinin kimliğini ve mutakat ikamet yerini veya başlıca işyerini öğrenmek;
- b. Makul aralıklarla ve aşırı gecikmeye veya masrafa maruz kalmadan kendisi ile ilgili kişisel

getirilemeyeceğini kabul etmiştir. Bu sınırlama ancak taraf devlet kanunlarında öngörülmüş olması ve demokratik bir toplumda belli hususların sağlanması için gerekli bir önlem oluşturması halinde mümkün olabilecektir. Bu hususlar, devletin güvenliğinin korunması, kamu güvenliği, devletin mali menfaatleri veya suçların önlenmesi; ilgili kişinin veya başkasının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır.

Sözleşme, polis ve ceza adaleti alanındaki kişisel verilerin korunmasına da uygulanabilir niteliktedir. Avrupa Konseyi, bu alana ilişkin daha ayrıntılı bir metin olarak 1987’de 108 numaralı sözleşmeye ek Polis Veri Tavsiye Kararı’nı kabul etmiştir. Karar hukuken taraflar bakımından bağlayıcı değildir ancak polisin veri toplama, işleme, veri girişi, yabancı otoritelerle veri paylaşımı, veri sahibinin haklarının kullandırılması gibi işlemlere yön göstermesi bakımından önem arz etmektedir²⁶. Bir başka deyişle, Polis sektöründe kişisel verilerin kullanılmasıyla ilgili R 87 (5) tavsiye karar, ulusal otoriteler tarafından kişisel verilerin işlenmesine yönelik yön gösterici bir özelliğe sahiptir²⁷. Gerek 108 numaralı Sözleşme gerekse Tavsiye Karar, AB mevzuatından farklı olarak ulusal güvenlik alanına da uygulanmaktadır²⁸. Karar, kural olarak polisin kişisel veriyi gerçek bir tehlike, kamu düzeninin korunması veya belli bir suçun kovuşturulması nedeniyle toplanmasını uygun bulurken, bunun istisnasının kural haline getirilmemesini tavsiye etmektedir. Tavsiye karar, 108 numaralı Sözleşme ile paralel olarak polisin kişisel verileri sınırsız, herhangi bir ayrıma tabi tutulmadan toplanmamasını içermektedir. Kişisel veriler ancak gerçek bir tehlike halinin önlenmesi ya da ceza soruşturması halinde toplanabilecektir. Karara göre, idari nitelikli

verilerin otomatik dosyada bulunup bulunmadığının teyidini almak ve bu bilgilerin kendisine anlaşılır bir biçim altında iletilmesini sağlamak;

- c. Gerekli olan durumlarda, bu verileri düzeltmek veya bunların işbu sözleşmenin 5.ve 6. maddelerinde belirtilen temel ilkelere işlerlik sağlayan iç hukuk hükümlerinin ihlali suretiyle işlenmiş olması halinde, söz konusu verileri sildirmek;
- d. İşbu maddenin b ve c fıkralarında öngörülen teyit talebinin veya duruma göre bildirim, düzeltme veya silme talebinin yerine getirilmemesi halinde bir başvuru yolundan yararlanmak hakkına sahiptir.

²⁶ Lauri J. Pajunoja, s.15.

²⁷ Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation Rec 87 15 to member states regulating the use of personal data in the police sector, 17/07/1987.

²⁸ Handbook on European Data Protection Law, s.275. 87 (5) sayılı tavsiye karar sırasıyla 1993, 1998 ve 2002 tarihlerinde bir dizi değişiklik geçirmiştir.

tutulan kişisel veriler adli niteliktekilerden ayrı tutulacaktır ve veri sahipleri de farklı kategorilerde ele alınacaktır. Veri paylaşımı ancak meşru bir amaç var ise hukuka uygundur. Uluslararası transferler, güncel bir tehlikenin önlenmesi için gerekli olması haricinde ancak yasal düzenlemeler ve uluslararası sözleşmeler var ise meşrudur²⁹. Toplanma da ulusal hukuk mevzuatı ile temellendirilmelidir. Hassas kişisel veriler de ancak toplanması hususunda mutlak bir gereklilik olması durumunda toplanmalıdır. Kişisel verilerinin toplandığını bilmeyen bireye, soruşturmanın bitiminde bilgi verilecektir. Tavsiye karar, suçun önlenmesi, soruşturulması ve kovuşturulması ile cezanın yerine getirilmesi gibi amaçlar doğrultusunda yapılan veri işlemlerde ve polis tarafından kamu güvenliğinin tesisi için gerçekleştirilecek uygulamalarda kullanılacaktır. Tavsiye karar 5. madde çerçevesinde polis verilerinin aktarımı sıkı kurallara tabi kılınmıştır. Ulusal ve uluslararası hukuk çerçevesinde sarıh yasal düzenlemelerin mevcudiyeti, eğer yoksa ciddi ve olması yakın ve muhakkak bir tehlikenin önlenmesi veya ciddi bir suçun işlenmesinin engellenmesi için gerekli olması halinde veri aktarımı gerçekleştirilebilecektir. Uluslararası hukuka yapılan atıf, yalnızca cezai konularda karşılıklı yardımla ilgili uluslararası anlaşmalara değil, aynı zamanda Interpol çerçevesinde iş birliğinedir. Ayrıca, bu ilke aynı zamanda, polis organları arasında sınır ötesi veri iletişimini iyileştirmek için tasarlanan komşu devletler arasındaki anlaşmaların varlığını da dikkate almaktadır³⁰. Tavsiye karar elbette ki sadece polisin gerçekleştireceği eylemlerde değil aynı zamanda uygulamacı otoriteler ki bunlar yerel kanunlarla kişisel veri işlemeye yetkilendirilmiş özel ve kamu kuruluşları ile savcılık gibi kamu kurumlarının gerçekleştireceği eylemlere de uygulanacaktır³¹. Bu kişiler veri kontrolörü olarak verilerin işlenmesinin her sürecinden sorumludurlar. Toplanacak olan veriler bakımından en önemli husus bunların gereklilik, orantılılık ve belli başlı amaçlar dahilinde toplanmasıdır. Tavsiye karar, yukarıda ifade edildiği

²⁹ 87 (5) Tavsiye Karar 1-8. maddeler. Polis ve cezai konularda verilerin işlenmesinin kişiler üzerindeki önemli etkileri nedeniyle tavsiye kararın uygulamada polis işlerinde kişisel verilerin kullanılmasına yönelik kullanma kılavuzu yayınlanmıştır.<https://rm.coe.int/t-pd-201-01-practical-guide-on-the-use-of-personal-data-in-the-police-/16807927d5>, s.2.

³⁰ Mireille M.Caruaana, 'The Reform of the EU Data Protection Framework in the Context of the Police and Criminal Justice Sector: Harmonisation, Scope, Oversight and Enforcement', *International Review of Law, Computers & Technology*, 2017, s.(1-22), s.15.

³¹ <https://rm.coe.int/t-pd-201-01-practical-guide-on-the-use-of-personal-data-in-the-police-/16807927d5>, s.3.

gibi, adli ve idari veriler arasında bir ayırımı öngörmektedir. Ayrıca, verinin hangi amaçla toplandığını, örneğin veri sahibinin şüpheli ya da fail mi yoksa tanık ya da mağdur mu olduğu belirtilmelidir. Polis sektöründe verilerin bildirimi ya da transferinin gerçekleştirilmesi gereken hallerde bilginin paylaşılması hususunda meşru bir menfaatin olup olmadığı da araştırılmalıdır.

Suçların siber alanda daha sık ve kolay işlenebilir hale gelmesi, yeni suç tiplerinin de oluşmasına yol açmıştır. Sanal dünyada işlenen fiillerin bütün veri işleme sistemlerini de etkiler nitelikte oluşu Avrupa Konseyi’ni Siber Suç Sözleşmesi³²ni düzenlemeye sevk etmiştir. Avrupa Konseyi üyesi olmayan ülkelerin de imzasına açılan sözleşme, en önemli ve geniş katılımlı uluslararası sözleşme özelliği sergilemektedir. Bilgi ağı ve internet üzerinde işlenen hukuk ihlallerinin cezalandırılmasını öngören sözleşme, siber suçlarla mücadele yönünde iletişimin ve bilgisayar ağının denetlenmesine de cevaz vermektedir. Sözleşme her ne kadar verilerin korunmasını doğrudan desteklemeyi amaçlamamaktaysa da taraf devletlerden veri sahibinin haklarının korunmasını ihlal edebilecek fiillerin cezalandırılmasını talep etmektedir³³.

B. Avrupa Birliği Bünyesinde Kabul Edilen Hukuki Düzenlemeler

Avrupa Birliği düzeyinde kişisel verilerin korunmasına yönelik mevzuat çalışmaları Lizbon Antlaşması öncesinde başlamış ve gerek birincil gerekse ikincil hukuk çerçevesinde birtakım düzenlemeler kabul edilmiştir. Bunların en başında gelen düzenleme, 2000 yılında kabul edilen Avrupa Temel Haklar Şartıdır³⁴. Şart, 7. maddede özel hayatın gizliliği hakkını, 8. maddede ise kişisel verilerin korunması hakkını ayrı ayrı düzenlemiştir, 8. maddenin 2. fıkrasında kilit veri koruma ilkelerine de atıfta bulunmuştur. Son olarak, 8. maddenin 3. fıkrasında bu ilkelerin uygulanmasını kontrol etmek için bağımsız bir otoriteye atıf yapılmıştır³⁵.

³² Convention on Cybercrime CETS no.185, Budapeşte, 23.11.2001.

³³ Handbook on European Data Protection Law, s.280.

³⁴ 18.12.2000/c 364/01, Charter of Fundamental Rights of the European Union, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.

³⁵ EU (2012), Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ 2012 C 326. Madde 8 Kişisel bilgilerin korunması:

1. Herkes, kendisine ilişkin kişisel bilgilerinin korunmasını isteme hakkına sahiptir.
2. Bu tür bilgiler, belirtilen amaçlar için ve ilgili kişinin muvafakatine veya yasa da öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil şekilde kullanılmalıdır. Herkes, kendisi hakkında top-

2009 tarihinde Lizbon Antlaşması³⁶'nın kabul edilmesi ile kişisel verilerin korunması Avrupa Birliği antlaşma metnine dâhil edilmiştir. Bu kapsamda en önemli yenilik Antlaşma ile Avrupa İnsan Hakları Temel Şartı'nın Birliğin birincil hukuk kapsamına dahil edilmesidir³⁷. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİA) madde 16³⁸ ile AB kurumlarına kişisel verilerin korunması hususunda mevzuat düzenleme yetkisini tanımaktadır. ABİA 16/2. fıkrası Parlamento ve Konsey'e AB hukuku kapsamında kişisel verilerin işlenmesi alanına uygulanacak olan kuralları belirleyebilmek için yeni bir hukuki temel sunmaktadır. Madde, 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'ne ve 2016/680 sayılı Direktif'e yasal zemin teşkil etmiştir.

Lizbon Antlaşması öncesi AB ikincil hukukta verilerin korunmasına yönelik temel yasal düzenlemeyi Mayıs 2018'e kadar yürürlükte olan 95 tarihli Direktif oluşturmuştur³⁹. AB üye ülkeler arasında kişisel verilerin korunması

lanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkına sahiptir.

3. Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenecektir.
- 36 Treaty Of Lisbon Amending The Treaty On European Union And The Treaty Establishing The European Community (2007/C 306/01), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12007L%2FTXT>
- 37 Lizbon Antlaşması 6. madde: Birlik, 12 Aralık 2007 tarihinde Strazburg'da uyarlandığı haliyle, Antlaşmalar'la aynı hukuki değere sahip olan 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanıır. Şart'ta yer alan hükümler, Birliğin Antlaşmalar'da belirlenen yetkilerini hiçbir şekilde genişletmez. Şart'ta yer alan haklar, özgürlükler ve ilkeler; Şart'ın yorumlanması ve uygulanmasının düzenlendiği VII. Başlığı altındaki genel hükümlere uygun olarak ve Şart'ta bu hükümlerin kaynaklarını ortaya koyan açıklamalar gerektiği şekilde göz önünde bulundurularak yorumlanır.
2. Birlik, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne katılır. Bu katılım, Birliğin Antlaşmalar'da belirlenen yetkilerinde değişikliğe yol açmaz.
3. İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklar, Birlik hukukunun genel ilkelerinin parçasıdır.
- 38 AB'nin işleyişine dair genel ilkelerinin düzenlendiği ABİA 16. maddesine göre; Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir. Avrupa Parlamentosu ve Konsey, Birlik hukuku kapsamına giren faaliyetlerin yürütülmesinde, Birlik kurum, organ, ofis veya ajansları ile üye devletler tarafından kişisel verilerin işlenmesi sırasında bireylerin korunmasına ve bu bilgilerin serbest dolaşımına ilişkin kuralları olağan yasama usulü uyarınca belirler. Bu kurallara uyulması, bağımsız otoritelerin denetimine tabidir.
- 39 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ 1995 L 281

mevzuatlarını uyumlaştırmayı hedefleyen 95 tarihli Direktif, AB üye ülkeler arasında verilerin etkin paylaşımlarının sağlanması ihtiyacına binaen kabul edilmiştir⁴⁰. 95 tarihli Direktif, 108 numaralı Sözleşmede yer alan hakları güçlendirmeyi de amaçlamıştır⁴¹. Ancak 95 tarihli Direktif, polis ve cezai konularda adli işbirliği alanına uygulanmamış⁴², bu nedenle 2008 tarihinde Kişisel Verilerin Cezai Konularda İşlenmesine İlişkin Çerçeve Karar ile 108 numaralı Sözleşme ve 95 tarihli Direktifin ilkeleri polis ve cezai konular için de kabul edilmiştir. Çerçeve Karar sınır ötesi iş birliğini düzenlemiş, uygulaması iç güvenliğe sirayet etmemiştir. Bir sonraki başlığımızda 2008 tarihli Çerçeve Kararın hükümleri, 2016/680 sayılı Direktif’e kadar olan süreç içerisinde ele alınacaktır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları değerlendirildiğinde, Divan’ın AİHM’e paralel olarak özel hayat kavramını dar yorumlamadığı görülmektedir. ABAD’a göre özel hayat tanımlanmış ya da tanımlanabilir bir bilgiye ilişkin her türlü kişisel verilerin korunmasını içermektedir⁴³. ABAD, ilk defa 2008’de Şart’a atıf yaparak verilerin korunması hakkına değinmiştir⁴⁴. Mahkeme, Şart’ı daha önceki dönemlerde yasal olarak bağlayıcı olmasa bile, AB hukukunun genel ilkeleriyle bütünleşik olarak kabul edilmemiş olan temel bir hakkı tanımlamak için kullanmıştır⁴⁵. 2008’de Şart Lizbon Antlaşması ile birincil hukuka ait olduğu kabul edilmiş olsa da Birlik mahkemeleri hala temel haklarla ilgili konularda öncelikle AİHM içtihat hukukunu dikkate almaya ve Şart’ın 8. maddesine atıfta bulunmaya devam etmiştir. Örneğin ABAD’ın Promusicae davası, üye devletlerin, hukuk davaları bağlamında telif hakkının etkin bir şekilde korunmasını sağlamak için kişisel verileri iletme yükümlülüğü getirmelerini talep edip etmedikleri konusunda çeşitli AB hükümleri hakkındaydı. Mahkeme kararında, Şart’ın 7. maddesinin AİHS 8. maddesini önemli ölçüde yeniden ürettiğini, Madde 8’in ise kişisel verilerin korunması hakkını açık bir şekilde düzenlediğini

40 Handbook on European Data Protection Law, s.29.

41 EU Data Protection Directive 95/46/EC, Gerekçe 11.

42 Direktif 3. madde.

43 CJEU, Joined Cases C-92/09 and C-93/09 Volker und Markus Schecke and Eifert [2010] ECR I-11063, prg.52.

44 CJEU, C-275/06, Promusicae, 29.1.2008, prg.64.

45 G.G.Fuster, The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, Switzerland, Springer International Publishing. 2014.

belirtmiştir⁴⁶. 2008’de Mahkeme Satamedia davası ile 95 tarihli Direktif’i ele almıştır. Mahkeme’ye göre 95 tarihli Direktifin amacı bireylerin temel haklarını ve gizlilik hakkını korumaktır ki bu hak ifade özgürlüğü ile de örtüşmektedir⁴⁷. 2009 tarihinde Mahkeme, Rijkeboer isimli davada bireylerin kişisel bilgilerine erişme hakkını tartışmıştır⁴⁸. Bu davada, Rijkeboer, Rotterdam’daki bir Kolej’e, son iki yıl içindeki kendi kişisel verilerin üçüncü taraflara ifşa edilip edilmediği hakkında bilgi verilmesini talep etmiş ancak kendisine sadece bir yıllık bilgi verilmiştir. Mahkeme, gerek Şart’a gerekse kişisel verilerin korunması hakkına değinmemiş, 95 tarihli Direktif’te yer alan gizlilik hakkına atıfta bulunmuştur.

2009 yılından sonraki kararlarında ise ABAD, Şart’ın yasal olarak uygulanmasının zorunlu olduğu kabulü ile hareket etmiş, AİHS 8. madde yerine Şart’ın 8. maddesine atıflarda bulunmuştur. Özellikle Schecke ve Eifert davasında⁴⁹ Mahkeme, AİHS’i ve AİHM’in içtihadını kullanarak ve aynı zamanda Şart’a da dayanarak karar vermeye başladığını göstermiştir. Bunun en temel nedeni Lizbon Antlaşması’nın 6. maddesi’nin Şart’ın birincil hukuka dahil olduğu yönündeki açık ifadesidir. Mahkeme, Şart’ın 7.ve 8. maddesini birlikte değerlendirerek özel hayatın gizliliği hakkını verilerin işlenmesi sırasında korunması hakkıyla bir arada ele almıştır⁵⁰. Mahkeme’nin 8. maddesi doğrudan referans aldığı en önemli dava Scarlet davasıdır. Davada, Bir İnternet Servis Sağlayıcısı (ISP) şirketi olan Scarlet Extended SA, elektronik haberleşmeyi filtrelemek ve engellemek için bir sistem uygulamak zorunda bırakılmıştır. Mahkemeden bunun AİHS 8. madde ve 10. maddeye ve Şart’ın 11. maddesine dayanarak AB hukuku çerçevesinde yorumlanması istenmiş, Mahkeme de sorunun fikri mülkiyet haklarının korunması ile ilgili olduğu gerçeğine odaklanmış ve bu hakların korunmasının diğer temel haklara karşı dengelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre, elektronik haberleşmeyi filtrelemek ve engellemek için kullanılan sistem, müşterinin kişisel bilgilerinin korunmasına ilişkin haklarını ve Şart tarafından korunan bilgileri

⁴⁶ CJEU, C-275/06, Promusicae, 29.1.2008, prg.64.

⁴⁷ CJEU, C-73/07, Satamedia, 16.12.2008, prg. 52-56.

⁴⁸ CJEU, C-553/07, Rijkeboer, 7.5.2009.

⁴⁹ CJEU, Joined Cases C-92/09 and C-93/09 Volker und Markus Schecke and Eifert [2010] ECR I-11063, prg.52.

⁵⁰ Fuster, 2014, s. 235.

alma veya verme özgürlüğünü ihlal edebilir⁵¹. Mahkeme'nin ilerleyen yıllarda verdiği kararlar ile kişisel verilerin korunması hakkına doğrudan yapılan atıflar içtihat niteliğini kazanmıştır. 2011 yılında Deutsche Telekom davası⁵² ile Mahkeme 95 tarihli Direktifin kişisel verileri koruma amacını taşıdığını vurgulamış, Şart'ın ve Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın maddelerine doğrudan atıflarda bulunmaya devam etmiştir⁵³.

III. AVRUPA BİRLİĞİ BÜNYESİNDE KABUL EDİLEN CEZAİ KONULARDA POLİS VE ADLİ İŞ BİRLİĞİ'NDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI MEVZUATINDAKİ GELİŞMELER

A. 2016/680 Sayılı Direktif Öncesi Düzenlemeler

2016/680 sayılı Polis Ve Adli İşlerde Veri Koruma Direktifi'ne kadar olan süreçte verilerin korunması hakkı özellikle 95 tarihli veri koruma direktifinin kabul edilmesiyle beraber yoğun bir biçimde ele alınmaya başlanmıştır. Polis ve adli konuların da dahil olduğu Lizbon Antlaşması öncesi sütunlu yapıda üçüncü sütunda kalan adalet, özgürlük ve güvenlik alanı, yasal karar alma bakımından birinci sütundan farklılık arz etmekte, çerçeve kararlar ile yürütülmekte idi. Çerçeve kararlarda da üye devletlerden, hükümlerinin kısa bir süre içerisinde uygulanması talep edilmekteydi. AB Antlaşması'na göre, çerçeve kararlar üye devletlerin hukuklarının uyumlaştırılmalarını sağlamak için düzenlenmişti. Bunlar direktiflerden farklı olarak üye devletlerin onaylaması şartına bağlı değillerdi. Tabi, bu neviden bir fark olmakla birlikte, çerçeve kararlar doğrudan etki göstermediklerinden üye devlet vatandaşlarına, çerçeve kararlardan doğan haklar ve yükümlülüklerle ilgili bir durumu mahkeme önüne getirme gücünü vermemekteydi. Bu ve benzeri nedenlerle üye devletler arasında farklı ve birbirinden bağımsız uygulamalar ortaya çıkmaktaydı. Her ne kadar 108 numaralı Sözleşme'ye ilave edilen Polis sektöründe kişisel verilerin kullanılmasıyla ilgili R 87 (5) tavsiye karar ile ulusal otoritelere kişisel verilerin işlenmesine yönelik tavsiyelerde bulunulmuşsa da bunun bağlayıcı bir metin olmaması bu alanda veri korumayı daha da güçleştirmektedir.

⁵¹ CJEU, C-70/10, Scarlet, 24.11.2011, prg.30-51

⁵² CJEU, C-543/09, Deutsche Telekom, 5.5.2011

⁵³ CJEU, C-614/10, Commission v Austria, 16.10.2012.

2016/680 sayılı Direktif'e kadar polis ve cezai konulara ilişkin mevzuat farklı konularda ve ayrı ayrı düzenlenmişti. Bunlarda kişisel verilerin korunması, ilgili politika alanının Topluluk'un yetkisi dahilinde olup olmadığına bağlı olarak farklı şekillerde ele alınmaktaydı. Polis ve adli makamlar tarafından kişisel verilerin korunmasına ilişkin cezai konularda adli ve polis iş birliği çerçevesinde işlenen kişisel verilerin korunmasına yönelik en temel karar olan 2008/977/JHA Çerçeve Karar⁵⁴ bu alanda ortak veri koruma standardının getirilmesi hususunda genel bir mevzuat olarak kabul edilmişti. Ancak buna ilave olarak örneğin Ceza hukuku kapsamındaki veri korunması 2006/616/JHA sayılı Çerçeve Karar ile özellikle terörizm ve sınır ötesi suç ile mücadelede sınır ötesi iş birliğinin derinleştirilmesi düzenlenmişti. 2006/960 /JHA sayılı Çerçeve Karar da üye devletlerin önleyici hizmetlerinde bilgi alışverişini basitleştirmeyi amaçlamaktaydı. Bunların yanı sıra Avrupa ceza sektöründe veri koruma ve bilgi alışverişiyle ilgili çok sayıda başka metin yayımlanmıştı. Özellikle 2005/876 / JHA sayılı Sabıka Kayıtlarından çıkartılan bilgi alışverişine ilişkin Çerçeve Karar; 2007/413 / JHA sayılı Schengen Bilgi Sistemi veya Vizeye ilişkin farklı Çerçeve Kararlar çıkartılmıştı. İlâveten Avrupa ceza hukuku alanında AB ajansları, bireysel veri işleme uygulamalarına dair kendi faaliyet alanlarını da belirleme yetkisine sahiptiler.

2008/977/JHA sayılı ceza adaleti ve bunun icrası hususunda kabul edilen veri koruma çerçeve kararı bu nedenlerle tatmin edici düzeyde bir genel çerçeve olarak kabul edilmemekteydi hatta çerçeve karar birçok eksiklik içermesi nedeniyle de sıklıkla eleştirilmişti ve dolayısıyla fiili olarak mevcut üye ülkeler arasındaki mevzuat farklılıklarını da giderememişti⁵⁵. Çerçeve Karara yönelik en önemli eleştiri konusu kararın kapsamıdır. Kararın sadece üye devletlerin soruşturma makamları arasındaki veri alışverişine uygulanması ve üye devletlerin ulusal topraklarında meydana gelen verilerin işlenmesine uygulanmaması bunlardan biridir⁵⁶. Zira, çerçeve karar sadece

⁵⁴ 2018 tarihli Direktif'e kadar yürürlükte kalmıştır. Council Framework Decision 2008/977/JHA of 27 November 2008 on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters.

⁵⁵ Franziska Boehm, s.171.

⁵⁶ Balance between Security and Fundamental Rights Protection: An Analysis of the Directive 2016/680 for data protection in the police and justice sectors and the Directive 2016/681 on the use of passenger name record (PNR), <http://rivista.eurojus.it/balance-between->

sınır ötesi transfer ve bilgi alışverişine ilişkin olup, polis ve adli otoriteler tarafından ülke içi kişisel verilerin işlenmesi kapsam dışında kalmaktaydı, sınır ötesi transfer durumunda da kişisel verilerin korunması düzeyi oldukça yetersiz addedilmekteydi⁵⁷. Komisyon da 2008 Veri Koruma Çerçeve Kararı'nın sınırlı kapsamının, AB düzeyinde kişisel verilerin korunmasında yasal ve pratik eksikliklere ve aynı zamanda farklı üye devletlerde farklı veri koruma düzeylerine yol açtığını ve yasal belirsizlik yaratacağını açıkça kabul etmiştir⁵⁸. Çerçeve kararlardan doğan yükümlülük ve sorumlulukların ulusal hukuka uygun olacak şekilde belirlenmesi, ülkeler arası farklı uygulamalar ve standartların getirilmesine yol açmıştır. Ayrıca her ne kadar yeknesaklık konusunda birkaç düzenleme içermişse de bunların uyumlaştırılması çerçeve kararların niteliği gereği çok mümkün olamamıştır⁵⁹.

Çerçeve kararda ilkeler genellikle gönüllülük esasına dayalı uygulamayı vurgulamakta, bireylerin hakları ile güvenlikle ilgili veri işleme ihtiyacı arasında ilki aleyhine dengesizlik gözetilmekteydi⁶⁰. Örneğin, Çerçeve Kararın 16. Maddesinde, veri sahibinin bilgi edinme hakkı yer almaktaydı. Madde, üye devletlere kişisel bilgilerinin yetkili makamlarca toplandığını veya işlendiğini bireye ancak “ulusal yasalara uygun” olarak bilgilendirilmesini sağlama yükümlülüğü getirmişti ve bu durum nedeniyle üye devletlerin sayısı kadar farklı uygulama kanununun kabul edilmesinin önu açılmıştı⁶¹. Karar,

security-and-fundamental-rights-protection-an-analysis-of-the-directive-2016680-for-data-protection-in-the-police-and-justice-sectors-and-the-directive-2016681-on-the-use-of-passen/

⁵⁷ Thomas Marquenie, The Police And Criminal Justice Authorities Directive: Data Protection Standarts and Impact on the Legal Framework, Computer Law and Security Review, 33, 2017, 325.

⁵⁸ <http://rivista.eurojus.it/balance-between-security-and-fundamental-rights-protection-an-analysis-of-the-directive-2016680-for-data-protection-in-the-police-and-justice-sectors-and-the-directive-2016681>

⁵⁹ Paul De Hert, Vagelis Papakonstantinou, ‘European Parliament Directorate General for Internal Policies: Policy Department Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area’, Brussel, 2014, s.5.

⁶⁰ Paul De Hert, Vagelis Papakonstantinou, ‘The New Police and Criminal Justice Data Protection Directive, A First Analysis’, New Journal of European Criminal Law, Vol.7, Issue 1, 2016, s.8.

⁶¹ Viviane Reding, ‘The European data protection framework for the twenty-first century’, International Data Privacy Law, Volume 2, Issue 3, 1 August 2012, (119–129), s.122.

ulusal düzeyde daha yüksek güvencelere izin vermekte ve polis ve adli iş birliğindeki etkili ve akıcı bilgi alışverişine zarar verebilecek üçüncü ülkelerle daha önce gerçekleştirilen iki taraflı anlaşmaları geçersiz kılmaktaydı. Ancak diğer olumsuz durumlar sebebiyle çerçeve karar, ulusal düzeyde etkin uygulanabilirlik, ülkeler arasında yeknesaklık sağlayamaması gibi nedenler ile uygulanabilirliğini sağlayamamıştır⁶².

Bütün bu sorunları gidermeye yönelik olarak düzenlenen 2016/680 sayılı Direktifin amacı, 2008/977 sayılı Çerçeve Karar'dan farklı olarak sadece asgari uyum standartlarını ortaya koymak değil aynı zamanda bu sektörde 'Birlik genelinde bireyler için aynı düzeyde koruma' sağlayarak 'kapsamlı bir uyumlaştırmayı' gerçekleştirmek olmuştur⁶³.

B. 2016/680 Sayılı Direktif

1. Genel Olarak

2016/680 sayılı Polis ve adalet sektöründe veri koruma direktifi, öncelikle bir yandan terörizm ve diğer ciddi suçlarla mücadelede iş birliğini geliştirirken bir yandan da yüksek düzeyde veri koruması sağlamak ve daha önceki çerçeve kararda işaret edilen eksiklikleri gidermek amacıyla kabul edilmiştir. Lizbon Antlaşması yürürlüğe girdikten sonra, kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili olarak, gerçek kişilerin verilerinin korunmasının açık temel bir hak olarak kabul edildiğine daha önce değinmiştik. Avrupa kurumlarının yaklaşımına göre, polis ve ceza adalet bağlamında kişisel verilerin işlenmesi ise diğer bütün kişisel verilerin işlenmesinden farklılaştırılmalıdır. Genel Veri Koruma Tüzüğü'nden farklı olarak bu alanın bir direktifle düzenlenmesi, üye devletlerin kendi ulusal yasalarına göre kişisel verilerin işlenmesine yönelik düzenlemelerde belirli bir esneklik seviyesine izin verilmesi bakımından önem arz etmektedir⁶⁴.

ABİA 16. maddesi, daha önce de belirttiğimiz gibi beraberinde kişisel verilerin nitelikleri gereği ve bunların polis işbirliği çerçevesinde serbest dolaşımının korunması hususunda özel kuralların alınmasına yasal zemin

⁶² Lauri J. Pajunoja, s.124.

⁶³ Direktif, Gerekçe 12.

⁶⁴ <http://rivista.eurojus.it/balance-between-security-and-fundamental-rights-protection-an-analysis-of-the-directive-2016680-for-data-protection-in-the-police-and-justice-sectors-and-the-directive-2016681-on-the-use-of-passen/>

sunmuştur⁶⁵. ABİA 16/2. maddesinde Parlamento ve Konsey'e AB politikalarına uygulanabilecek AB hukuku kapsamında verilerin korunmasına ilişkin mevzuat gerçekleştirebilme imkanı tanınmıştır. Bu sayede Konsey, üye devletlerdeki kişilerin verilerinin işlenmesi halinde, ortak yabancı ve güvenlik politikalarının gereklilikleri kapsamında hareket ettikleri durumlarda ve bunların serbest dolaşımı hallerinde uygulanmak üzere belli başlı kuralları koymuştur⁶⁶.

Direktif, Genel Veri Koruma Tüzüğü⁶⁷ (GDPR)'ne ek düzenleme şeklinde ortaya çıkmış, böylelikle, GDPR'de yer alan ilkelerin çoğunu aynı şekilde yansıtarak ve bireyler için yüksek koruma sağlayarak gerekli bilgilerin alışverişini engellemek için yasal temelleri belirleme ve üye devletlerin yetkili makamları arasında etkin iş birliğini sağlama amacını da gözetmiştir⁶⁸. GDPR verilerin işlenmesine uygulanabilecek genel kuralları içerirken, Direktif adli uygulamalarda verilerin işlenmesine uygulanacak spesifik kuralları içermektedir. Dolayısıyla bütün AB hukukuna uygulanabilecek tek tip veri koruma kuralları bulunmamaktadır. Dahası GDPR, tüzük olduğundan Direktife göre uyumlaştırmayı sağlayabilmesi daha kolaydır. Ancak Direktif ile Tüzük arasında belli başlı farklılıklar da bulunmaktadır. Öncelikle, alanın kendine has özellikleri nedeniyle, temel veri koruma ilkeleri Direktifte yer alırken, Tüzükte belirtilen ilkelerin bir kısmı Direktife dahil edilmemiştir. Bunlardan ilki bilgi ve kişisel verilere erişim haklarıdır. Bu haklar, en geniş ölçüde kullanıldıklarında, polisin ve yetkili makamların ceza adalet sistemi içindeki çalışmalarının çoğunu zayıflatacaklardır. Örneğin veri sahibinin rızası, suçların önlenmesi, soruşturulması, tespit edilmesi veya yargılanması görevlerini yerine getirmek için yapılan taleplere uymak için yetkili otorite tarafından emredildiğinde kişisel verilerin işlenmesi için gerekli bir koşul değildir. Buna benzer örneklerde bireyin veri koruma hakkı ile polis ve ceza

⁶⁵ EU Declaration No 21 concerning the Charter of Fundamental Rights of the European Union, annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference adopted the Treaty of Lisbon, 2007.

⁶⁶ Verilerin sınır ötesi boyutta işlenmesine dair Konsey Çerçeve Kararı 2008/977/JHA 27.11.2008.

⁶⁷ Regulation (EU) 2016/679 of The European Parliament and of The Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119 4.5.2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT>.

⁶⁸ Viviane Reding, s.122.

adaleti sürecindeki menfaatler arasında doğru dengeye uyulup uyulmadığı, her zaman üye devletlerin Direktifte yer alan muafiyetleri nasıl uyguladıklarına bağlı olmuştur. Polis ve ceza adalet sürecindeki menfaatler, bilgi, erişim ve düzeltme haklarına ilişkin sınırlamaları da içermekte olup, bu sayede üye devletler bireyin veri koruma hakkı ile polisin ve diğer ceza adalet sistemi otoritelerinin veri işleme çıkarları ve endişeleri arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır.

Direktif 10 bölümden oluşmaktadır. İlk beş bölüm Direktifin kapsamı, veri işlenmesine ilişkin genel ilkeler, kontrolör ve işleyicinin sorumlulukları, kişisel verinin güvenliğini teminini sağlamak için teknik ve organizasyonel düzenlemeler, verilerin üçüncü kişiler ve uluslararası organizasyonlarla paylaşımını oluşturmaktadır. Direktifin ikinci kısmı bağımsız denetim otoritelerinin statülerini, görevlerini ve yetkileri ile denetleyici makamlara şikâyetle bulunma hakkı, bir kontrolöre veya işleyiciye karşı etkili bir adli çözüm hakkı ve kişisel verileri yasal olmayan bir şekilde işlenmesi sonucunda maddi veya manevi zarar görmüş herhangi bir kişiye tanınan tazminat hakkıdır. Direktif görünürde geniş bir yaklaşım sergilemektedir ancak gerçek kapsamı daha dardır. Direktifin kapsamı suçların önlenmesi, soruşturulması, tespiti veya kovuşturulması veya cezai yaptırımların uygulanması amacıyla yetkili makamlar tarafından kişisel verilerin işlenmesi ile sınırlıdır. Kişisel verilerin ceza soruşturması ve kovuşturması esnasında işlenmesi söz konusu olduğu durumlarda üye devletler, kişisel verileri silme ya da bilgi edinme, giriş ve düzeltme haklarını ulusal hukuklarına uygun olan şekilde yerine getirirler. Bu nedenle, Direktifin polis ve adalet alanındaki veri korumaya getireceği gerçek değeri onun ulusal hukuktaki uygulamasına, aynı şekilde Birlik satındaki ulusal mahkemelerde uygulanmasının sağlanması ise ulusal mahkemelerin Direktifi uygulamaya istekli olmasına bağlıdır.

2. Direktifin Amaçları ve Kapsamı

6 Mayıs 2018’de yürürlüğe giren Direktifin en temel amacı, bireylerin kişisel verilerinin polis ve ceza adaleti yetkilileri tarafından işlenmeleri durumunda, daha iyi nasıl korunabileceğidir. Direktifin kapsamı, suçun önlenmesi, soruşturulması, tespiti veya kovuşturulması veya cezai süreçlerin yürütülmesi amacıyla işlenen kişisel verilere ilişkin gerçek kişilerin korunması ve bu tür verilerin serbest dolaşımıdır. Bir başka ifadeyle Direktif, Birlik hukuku kapsamındaki (Birlik hukuku dışındaki işleme faaliyetleri ya da Bir-

lik kurumları, ajansları, ofisleri ve organları hariç) 1. ve 2. maddelerde belirtilen yetkili otoriteler tarafından yürütülen kişisel veri işleme faaliyetlerini kapsamaktadır. Bu faaliyetler, kolluk ve ceza adaleti amaçları kapsamında suçun önlenmesi, soruşturulması, tespiti veya kovuşturulması veya cezaların yerine getirilmesi ile kamu güvenliğine karşı tehditlerin önlenmesi ve kamu güvenliğinin bu tehditlerden korunmasıdır. Ulusal güvenlik alanının üye devletlerin bizzat sorumlu oldukları alan olarak kaldığı düşünülebilir. Ancak ABAD'ın kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bireylerin korunmasına ve bu verilerin serbest dolaşımına dair kuralların, sınır ötesi boyutu olsun ya da olmasın güvenliğe ilişkin olması halinde, uygulanması gerektiği yönünde birçok kararı bulunmaktadır. Bu temelde, Mahkeme, ulusal hukuk kapsamında faaliyetlerinin ulusal bir kontrolör ve ulusal bir mahkeme tarafından işlenmesinin 'Topluluk hukuku kapsamı dışına' düşmediğine ve bu nedenle de Direktifin 3/2. madde istisnası kapsamına girmediğine karar vermiştir⁶⁹. Bu karar, Direktifin taslak metninde yer alan 'ulusal güvenlik konularının da Direktif'in kapsamı dışında kaldığı' ifadesinin ana metinden çıkartılmasına neden olmuştur⁷⁰. Ayrıca direktif ile terörizm ve AB'deki sınır ötesi suçlar gibi suçlara karşı mücadelede iş birliği kapsamında soruşturmaların daha etkin ve verimli olması bakımından Birlik ülkelerinin adli ve polis mercileri arasında bilgi alışverişinin sağlanması amaçlanmaktadır. Direktifin, iç hukuk verilerini de kapsaması bu alandaki kapsamlı Avrupa veri koruma rejiminin oluşturulması bakımından önemli bir adım olarak görülmektedir⁷¹. Zira Direktif, AB üye ülkelerin polis ve ceza adaleti alanındaki veri koruma kurallarının daha fazla uyumlaştırılmasını amaçladığı için, 95/46 / EC sayılı Direktif ve GDPR'nin yaklaşımını takip ederek, yerel işleme sürecine de

⁶⁹ CJEU Joined Cases C-465/00, C-138/01, and C-139/01 Rechnungshof [2003] ECR I-04989, prg. 41–43; Case C-376/98 Germany v Parliament and Council [2000] ECR I-08419, prg. 85; Case C-491/01 British American Tobacco and Imperial Tobacco [2002] I-11453, prg. 60.

⁷⁰ Ancak, ulusal güvenlik konularının kapsam dışı olduğu ifadesi Gerekçe14'te varlığını sürdürmektedir. 'Since this Directive should not apply to the processing of personal data in the course of an activity which falls outside the scope of Union law, activities concerning national security, activities of agencies or units dealing with national security issues and the processing of personal data by the Member States when carrying out activities which fall within the scope of Chapter 2 of Title V of the Treaty on European Union (TEU) should not be considered to be activities falling within the scope of this Directive.' <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680>.

⁷¹ Thomas Marquenie, s. 330.

başvurmaktadır. Bu, ne Şart'ın 8. Maddesi ne de ABİA 16. maddeden kaynaklanan, yerel ve sınır ötesi işlem süreci arasında bir ayırım yapılmamasına değil ancak AB hukuku kapsamında yer alan işleme faaliyetlerine ve kişisel verilerin serbest dolaşımına atıfta bulunulduğu için gereklidir⁷². Böylelikle, 2008 tarihli çerçeve kararın en çok üzerinde durulan eksikliği de giderilmiş, AB bünyesindeki bütün güvenlikle ilgili otoritelerin kendi rutin kişisel veri işleme faaliyetlerine Direktifte yer alan hükümleri uygulama imkanı ortaya çıkmıştır⁷³.

Direktifin kapsamı dışındaki bir başka alan olan ortak dış ve güvenlik politikasına ait hususlar Lizbon Antlaşması'nın 39. maddesi ile belirlenmiştir. Maddeye göre *'Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma'nın 16. maddesine uygun şekilde ve aynı maddenin 2. paragrafına istisna olarak, Konsey, bu Bölüm kapsamındaki faaliyetlerin yürütülmesinde, üye devletler tarafından kişisel verilerin işlenmesi sırasında bireylerin korunmasına ve bu verilerin serbest dolaşımına ilişkin kuralları belirleyen bir karar kabul eder. Bu kurallara uyulması, bağımsız otoritelerin denetimine tabidir.'*

Direktifin 2. maddesi ile kapsam 'kişisel verilerin tamamen ya da kısmen otomatik araçlarla işlenmesine ve kişisel verilerin otomatik araçlar haricinde bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturan veya bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturması amaçlanan araçlarla işlenmesine uygulanır' şeklinde belirlenmiştir. Şayet kişisel verilerin bir dosyalama sisteminde yer alması ya da bulundurulması amaçlanmışsa, verilerin manuel işlenmesi de madde kapsamında değerlendirilecektir⁷⁴. Dosyalama işlemi için elektronik ortam gerekmemektedir. Otomatik araçlarla veri toplanmasının en tipik örneği iletişimin denetlenmesi, verilerin belli şekillerde zorunlu toplanması, teknik araçla izlemedir⁷⁵. Otomatik araçlarla işlenmesi belli kriterleri taşımalıdır. Dosyalama işlemi belli amaçlarla manuel de gerçekleştirilebilmektedir ancak bunun için belli kriterler olmalıdır. Bu kriterlerin tanımına bağlı olarak, bir dosyaya bir belge numarası verilmesi ve bir şekilde suçun türüne veya

⁷² Vivien Reding, s.123.

⁷³ Paul De Hert & Vagelis Papakonstantinou, 'The New Police and Criminal Justice Data Protection Directive, A First Analysis', s. 10.

⁷⁴ Direktif Gerekçe 18.

⁷⁵ Matthias Baecker, 'Gerrit Hornung, Data Processing by Police and Criminal Justice Authorities in Europe-The Influence of the Commission's Draft on the National Police Laws of Criminal Procedure', Computer Law & Security Review, 28, 2012, s.630.

bireyin niteliklerine göre sınıflandırılması yeterli olacaktır. Ancak elektronik işlem sistemlerinin yaygın dağılımı büyük olasılıkla yakın gelecekte Direktifin kapsamına giren ceza adaleti makamları tarafından yürütülen neredeyse tüm veri işlemlerine sirayet edecektir. Ancak o zamana kadar örneğin, bir şüphe üzerine polisin kişiyi durdurup üst aramasında bulunması gibi durumlar Direktifin kapsamı dışındadır⁷⁶.

Direktifi uygulayacak olan makamlar 3. madde uyarınca suçun önlenmesi, soruşturulması, tespiti veya kovuşturulması veya cezai süreçlerin yürütülmesi ile kamu güvenliğinin sağlanması ve kamu güvenliğine karşı tehditlerin önlenmesi hususunda yetkili olan makamlardır. Bununla birlikte, üye devlet hukuku tarafından suçları önleme, soruşturma, tespit etme veya kovuşturma veya kamu güvenliğine yönelik tehditlerin önlenmesi ve bunlara karşı korunmanın dahil olmak üzere cezai yaptırımların uygulanması amacıyla kamu otoritesini ve kamu yetkilerini kullanma yetkisi verilen herhangi bir organ veya tüzel kişilik de yetkili makam olarak kabul edilecektir. Bu çok geniş tanım içerisinde polis ve adli makamlar gibi klasik hukuk uygulayıcı makamların yanı sıra sınır görevlileri, özel güvenlik görevlileri gibi özel girişimler ve organizasyonlar da dahil olabilecektir ki bu durum Direktif ile GDPR'nin uygulama alanlarını belirlemeyi bulanıklaştırmaktadır⁷⁷. Ayrıca, üye devletler hukuk uygulamaları ya da idari amaçlarla yetkili otoritelerin faaliyetlerini kendi iç hukuklarına göre belirleyebileceklerdir. Böylelikle aynı neviden veri işleme faaliyetleri, bu faaliyeti idari ceza kapsamında ele almış olan bir üye ülkede GDPR hükümlerine tabi olacak iken adli ceza kapsamında ele almış olan bir başka ülkede Direktifin kapsamında değerlendirilecektir⁷⁸.

Direktif, suçların kovuşturulması amacıyla yetkili makamlar tarafından kişisel verilerin işlenmesini düzenlemekle birlikte, kişisel verilerin bir mahkeme kararında, ceza soruşturması veya yargılama sürecinde işlenen kayıt veya dava dosyasında yer alması durumunda, üye devletler AB düzenlemele-
rinin yerine kendi yasalarında yer alan düzenlemeleri uygulayabileceklerdir⁷⁹.

Direktif ilk bakışta geniş bir uygulama alanına sahip olduğu kanısını

⁷⁶ Baecker&Hornung, s.630.

⁷⁷ Caruana, s.5.

⁷⁸ Caruana, s.5.

⁷⁹ Direktif madde 18.

uyandırır da birçok açıdan sınırlandırılmıştır. Direktifin kapsamı dışında olan ‘ulusal güvenlik’ ve direktif kapsamında olan ‘kamu güvenliğine karşı tehditlere yönelik korunma’ kavramları arasında net bir ayırım ya da kavramlara ait belli başlı tanımların olmaması birer sorun olarak nitelendirilmekte ve bu muğlak istisna üye devletler arasında yeterli veri koruma tedbirleri olmadan gereğinden fazla işleme faaliyetlerini meşrulaştırmak için kullanılmasına neden olmaktadır⁸⁰. Bir diğer sınırlama vesilesi olan üye devletlerin muhakeme işlemleri ve bunların belirli veri koruma gereklilikleri için hareket eden organlar ile Birlik kurum ve kuruluşlarının Direktif kapsamında bulunmaması (Madde 3/3), direktifin kapsamında önemli bir sınırlama teşkil etmektedir. Direktifin uygulanmasına ilişkin somut kuralların eksikliği ve 3. maddedeki istisnalar, Direktifin kapsamını zayıflatacak hususlardır. Bütün bu hususlara rağmen tamamen iç hukuktaki uygulamaların ve yargısal faaliyetlerin veri işleme kapsamına dahil edilmesi, temel veri işleme ilkeleri üzerine inşa edilmiş yeni güvencelerin kabul edilmesi ve teknolojiyle veri işleme yöntemlerinde en güncel değişiklikleri bilerek, önceki Çerçeve Kararda yer alan durumları geliştirmesi, Direktifin en önemli başarılarındanır.

3. Direktifin İlkeleri

Kişisel verilerin korunmasının temel bir insan hakkı olarak öngörülmesi, bunların işlenmesi halinde birtakım ilkelere uygun hareket edilmesini de beraberinde getirmektedir. Polis ve ceza adaleti sektöründe, yerleşik Avrupa veri koruma ilkelerine giriş ve bu ilkelerdeki gelişme önemli bir adım olarak görülmektedir. Direktif bir yandan bu sektördeki veri işlemenin benzersiz niteliğini göz önünde bulundurarak genel ilkeleri desteklemekte bir yandan da kişisel veri sahibinin haklarını korumayı ve veri kontrolörlerine veri işleme esnasında rehberlik etme görevini yükleyerek temel güvenlik önlemlerini belirlemeyi hedeflemektedir⁸¹.

Direktifin ikinci bölümünde buna ilişkin ilkeler yer almaktadır. Bu ilkeler GDPR ile neredeyse aynı niteliktedir. Direktif’in 4. maddesi veri işleme faaliyetlerinin, amaç sınırlaması, veri azaltması, doğruluk, yasallık, adalet,

⁸⁰ European Data Protection Supervisor (EDPS), ‘Opinion 6/2015 – a further step towards comprehensive EU data protection: EDPS recommendations on the Directive for data protection in the police and justice sectors’, 28 October 2015, s. 6.

⁸¹ Thomas Marquenie, s.331.

şeffaflık ile hem dürüstlük hem de gizlilik gereksinimlerini karşılaması gerektiğini belirtmektedir. 8 ve 9. maddeler, işlenecek olan verileri ve aynı zamanda işlemin amaçlarını ve bunların bir yasa tarafından belirlenen yetkili makamların görevlerini yerine getirmesi için gerekli olan işlem faaliyetlerini düzenlemektedir. 5. madde, kişisel verilerin saklanması ile ilgili zaman sınırlaması öngörmemekte ise de üye devletlere, kişisel verilerin silinmesi veya kişisel verilerin depolanması ihtiyacının periyodik olarak gözden geçirilmesi için uygun zaman sınırlamaları getirmeleri hususunda açık bir çağrıda bulunmaktadır. Bu durum saklama süresine ilişkin uyumlaştırmayı oldukça güçleştirmekte ve Direktifin etkin uyumlaştırmasının önündeki en önemli engellerden biri olarak kabul edilmektedir⁸².

Direktifin en önemli maddelerinden biri olan 6. madde, veri sahipleri arasında kategori oluşturan maddedir. Bu doğrultuda Direktif, veri sahibinin suça ilgisine ve derecesine bağlı olarak verilerin sınıflandırılması ve ele alınmasının önemini kabul etmektedir. Direktif, kanunu uygulayan otoritelere farklı kategorideki insanların verileri arasında net bir ayırım yapılmasını öngörmektedir. Bu kategori şu şekildedir; Ciddi bir suç işleyen ya da işleme şüphesi altında olanlar; Bir ceza mahkûmiyetine uğrayan kişiler; Bir suç mağduru olanlar ya da suç mağduru olduğuna inanlar; Tanıklar. 7. madde gerçeklere dayanan ve kişisel değerlendirmelere dayanan kişisel veriler arasında bir ayırımın korunması gerektiği ve aynı zamanda verilerin ilgili kurumlara iletilmeden veya sunulmadan önce gerçekliğini, güvenilirliğini ve eksiksizliğini doğrulama gerekliliğini belirtmektedir. Bilginin güvenilirliği ve doğruluğu üye devletlere bırakılmıştır. Verilerin doğru olmaması, uyumsuz ya da artık güncel olmaması durumlarında, veriler yetkili üye devletler tarafından iletilmez ya da kullanılmaz. AB Ajansları da üye devletler tarafından sağlanan bilgi kaynağının doğruluğu ve güvenilirliğinden şüphe duyduğunda, yetkili ulusal makamlarca sağlanan bilgileri iletmez ve kullanmaz⁸³. Kişisel verilerin yanlış veya yasalara aykırı şekilde aktarıldığına karar verilirse, alıcı gecikmeden bilgilendirilir. Böyle bir durumda, kişisel veriler düzeltilecek, silinecek veya Madde 16'ya göre işlem kısıtlanacaktır.

Direktif 10. madde ile özel kategori verilerin işlenmesi düzenlenmekte-

⁸² Celine C.Cocq, 'EU Data Protection Rules Applying to Law Enforcement Activities, New Journal of European Criminal Law', Vol.7, Issue 3, 2016, s.270.

⁸³ Cocq, s.272.

dir. Direktif'e genetik ve biyometrik verilerin dâhil edilmesiyle dini inançlar, cinsel yaşam, siyasi görüş ve ırksal köken gibi geleneksel hassas kategorilerin kapsamı genişletilmiş, son teknolojik gelişmelere dikkat çekilmiş ve veri sahibinin hayatı üzerinde daha büyük bir etki yaratabilecek hassas verilerin işlenmesine ilişkin özel bir koruma sağlayan uygun bir rejim oluşturulmuştur. 11. madde ile profillemeye ve otomatik karar alma hakkında belli başlı kurallara ortaya konmuştur. Bu türden profillemeye ve otomatik kararlar genellikle, yalnızca otomatik işlemeye dayalı olduğunda ve veri sahibi için olumsuz yasal etkiler oluşturduğunda veya bunları önemli ölçüde etkilediğinde yasaktır. Profil oluşturma, bir kolluk kuvveti faaliyeti bağlamında veri sahibini olumsuz yönde etkilerken, Direktif, söz konusu kişilerin özel hayatlarına gereksiz müdahaleleri azaltmaya yönelik önlemler sağlamaktadır. Sadece kanun tarafından yetkilendirildiği ve veri sahibinin hak ve özgürlükleri için uygun güvencelerle karşılandığı zaman, veriyi etkileyecek kararlar verilebilir. Bu kararlar özel kategorilerden biri hakkında olduğunda, Direktif veri sahibinin hak ve özgürlükleri ile meşru çıkarlarını korumak için daha fazla uygun önlem alınmasını talep etmektedir. Buna rağmen, bu neviden kararlar kişinin ayrımcılığa uğramasına neden olursa yasaklanacaktır. Özel hassas veriler kategorisinin özellikli durumu nedeniyle, depolama için saklama sürelerinin açık bir şekilde tanınması ile veri türleri ve sahiplerine ilişkin kategoriler oluşturulması, veri sahiplerini korumak ve kolluk kuvvetlerinin etkinlik ve doğruluğunu artırmak için getirilen önemli yeniliklerdir⁸⁴. Direktif kamu otoritelerine verilerin işlenmesi hususunda birtakım ana noktaları hatırlatmaktadır. Bunlar verilerin işlenme sürecinin adil ve hukuka uygun; belli ve meşru bir amaç doğrultusunda; işlendiği amaçla bağlantılı olarak birbirleriyle bağlantılı, ölçülü ve yeterli olacak şekilde; gerekli olduğu durumlarda güncellenmiş ve doğru bir biçimde; işlenme amacı için gerekli olduğu süre içinde bireylerin kimliklerinin tutulması; hukuka aykırı ve yetkisi dâhilinde olmayan kişiler tarafından bilgilerin işlenmesine karşı korunmasıdır.

Daha önce belirtildiği gibi, Direktif AB hukuku dışındaki veri işleme sürecine uygulanmaz. Bu hüküm, ulusal güvenlikle ilgili faaliyetlerle, ulusal güvenlik meseleleriyle ilgilenen kurumların veya ulusal güvenliğe dair konularla ilgilenen birimlerin faaliyetleri ve Lizbon Antlaşması 2. Bölüm

⁸⁴ Colonna, Liane, "The new EU proposal to regulate data protection in the law enforcement sector: raises the bar but not high enough", IRI Promemoria 2012, Issue 2, s. 5. <https://docplayer.net/31141949-Iri-pm-iri-promemoria-2-2012-liane-colonna.html>

V Başlık altındaki aktiviteleri gerçekleştiren üye devletlerin kişisel veri işlemleri ile ilgili olarak yorumlanmıştır⁸⁵. Ancak bu yorum 1. maddede yer alan kapsamda belirtilen kamu güvenliğine yönelik tehditlerin önlenmesi için öngörülen amaçlarla kısmen çelişki yaratmaktadır. Zira maddede tanımlanmamış olsa bile, kamu güvenliğine yönelik faaliyetler kavramı, kamu güvenliğine yönelik tehditlerin önlenmesi faaliyetlerini de kapsamaktadır.

4. Veri Sahibinin Hakları

Direktifin üçüncü bölümü veri sahibinin hakları ve bunların kullanılmasına ayrılmıştır. Bu bölümde veri sahibine birtakım hakların tanınması, bunlara ilişkin kısıtlamalar, bunların tatbiki ve uygulanma şekilleri ile bir dizi kural ve prosedür yer almıştır. 12. madde bu hakların kullanılmasına yönelik genel usulleri belirtir. 13. madde ve devamında veri sahibine; denetleyicinin kimliğini ve veri işleme görevlisini, işlemin amaçlarını ve denetleyici makamla ilgili bir şikâyetle bulunma veya kişisel verilerin düzeltilmesini veya silinmesini isteme hakkı düzenlenmiştir. 14. madde ile veri sahibine, kendileriyle ilgili kişisel verilere erişme ve kişisel verilerini içeren mevcut işleme faaliyetleri hakkında bilgi edinme hakkı verilmektedir. Veri sahibinin talebi üzerine kendisine işlemin amaçları ve hukuki temeli ile ilgili bilgiler verilecektir. Ayrıca verilerin ve veri depolama dönemlerinin kaynağı ve alıcıları hakkında daha fazla bilgi de veri sahibine sağlanacaktır. 16. madde veri sahibine kişisel verilerin düzeltilmesi veya silinmesi ya da bazı hallerde işlenmesini temin etme fırsatı da sunmaktadır. Kişisel verilerin, yasal zorunluluk ya da belli başlı veri koruma standardının ihlali gibi nedenler neticesinde silinmesi veya hatalı olması durumunda düzeltilmesi mümkündür.

Belirtmek gerekir ki GDPR'den farklı olarak, Direktifte yer alan bütün haklar mutlak değildir ve bunlara cezai soruşturma ve kovuşturmaların gizliliği ve bütünlüğünün korunması ve de sınırsız kullanılmalarının polis ve ceza adalet sistemini işlemez hale getirmesi ihtimaline binaen belli başlı sınırlamalar getirilmiştir. Bunlardan biri, kanuni ve cezai usulleri engellemekten, başkalarının hak ve özgürlüklerini korumaktan veya ulusal ya da kamu güvenliğini sağlamak amacıyla, kontrolörün veri sahibine bilgi sunma yükümlülüğü, bu yükümlülüğün ilgili kişilerin temel hak ve meşru çıkarlarına gereken özeni gösterecek şekilde demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı

⁸⁵ Direktif Gerekçe 14.

kanunlarla kısıtlanabilmesi, ertelenebilmesi veya ihmal edilebilmesidir. Bu durumda veri sahibi haklarını kullanmaktan mahrum kalabilecektir. Ancak kısıtlanan bu hak, veri sahibinin ceza adaleti makamlarının eylemleriyle karşı karşıya kaldığında özellikle önemlidir. Bu tür makamlar genellikle veri sahibinin katılımı veya bilgisi olmaksızın büyük miktarlarda kişisel verileri toplama yetkisine sahiptir⁸⁶. Bu nedenle özellikle yerel kanunlarda veri sahibine, gizli soruşturma tedbirlerinin bitiminden sonra bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. 15. madde veri sahiplerine veriye girme taleplerinin ya da sınırlama ve silme taleplerinin reddedilmesi halinde bu karara karşı şikâyetle bulunma haklarının hatırlatılarak ve reddedilme gerekçesi bildirilerek haberdar edilmesini düzenler. Amaçlardan birine halel gelmediği sürece reddin sebepleri de açıklanır. Bununla birlikte, 17. madde veri sahibinin bilgi edinme, kişisel verilere erişme ve düzeltme ya da silme haklarının yukarıda belirtilen istisnalar ile sınırlandırılması ya da reddedilmesi durumunda, veri sahibine denetim otoritesinin bu hakları kendi yararına kullanılmasını talep etmek hakkını da bahşetmektedir. Direktifin veri sahibinin haklarına ilişkin hükümleri GDPR'ye benzer şekilde kapsamlıdır ve Direktif bu hakların korunmasına ilişkin bir dizi yeterli önlemi sağlamaktadır. Bu hakların kullanılmasında idari ve usuli sınırlamalar da ele alınmaktadır. Veri sahibi kendisine ilişkin veri işleme faaliyetleri hakkında, bu haklarını kullanabilmesi amacıyla, şikâyetlerinin dosyalanması, daha fazla bilgiye erişilmesi, verilerin düzeltilmesi veya silinmesi taleplerinde bulunabilmesi ve gerektiğinde denetim otoritesine de güvenebilmesi konusunda yeterli düzeyde bilgilendirilir. Kamu yararı, başkalarının özgürlükleri ve cezai soruşturmaların bütünlüğü için belirli kısıtlamaların varlığı, bu hakların sağladığı korumayı tamamen geçersiz kılmak adına kullanılamayacaklardır⁸⁷.

Yukarıda belirtilen ve kişisel verileri işlenen bireylere, verilerini hangi amaçla ve ne şekilde işlendiğine karar veren yetkili otoritenin adı ve iletişim bilgilerini, verilerinin işleniş amacını, denetleyici kuruma şikâyetle bulunma hakkını ve bu otoriteye ait iletişim bilgilerini, kişisel verilerin işlenmesinin sınırlandırılmasını ve ayrıca tamamen silinmesini ya da düzeltilmesini veya bunlara erişim hakkını talep edebilmeleri kamu otoriteleri tarafından sağlanmalıdır.

⁸⁶ Baecker&Hornung, s.631.

⁸⁷ Thomas Marquenie, s.332.

Risk altında bulunan verilerin güvenliğini sağlanması için teknik ve örgütsel tedbirlerin de alınması gerekmektedir. Bu kapsamda yetkisiz otoritelerin kişisel verilere müdahale, bunları elde etme ve bunlara giriş yapma teşebbüslerinin reddedilmesine; bunların okunması, kopyalanması, veri ortamının değiştirilmesi ya da silinmesinin önlenmesine; kişisel veri girişinin yetkili olmayan kişilerce yapılmasının önlenmesine; kayıt altına alınmış kişisel verilerin silinmesi ya da okunması ve değiştirilmesinin önlenmesine yönelik tedbirler de alınmalıdır⁸⁸.

Daha önce de belirtildiği üzere veri sahibinin rızası, GDPR 7. maddeden farklı olarak, Direktifte yer almamaktadır. Bu nedenle rıza, suçların önlenmesi, soruşturulması, tespit edilmesi veya yargılanması görevlerini yerine getiren yetkili makamlar tarafından kişisel verilerin işlenmesi için gerekli ya da tek başına geçerli bir koşul değildir⁸⁹. Rıza verilerin işlenmesi için yasal bir zemin olarak düzenlenmemiştir ve bu nedenle ceza adalet makamlarının veri işlemleri için yasal bir gerekçe oluşturamaz⁹⁰. Verilerin işlenmesi için rıza aranmamakta ise de veri sahibi, üye devletlerin kanunlarına göre, Direktifin amaçları doğrultusunda diğer faaliyetlerde kişisel bilgilerinin işlenmesine onay gösterebilecektir. Örneğin soruşturmalarda DNA testleri ya da cezaların infazında elektronik etiketlerle yerini bildirmeye rıza gösterme bunlardan birkaçıdır⁹¹.

5. Veri Denetleyicisinin (Veri Kontrolünün) Yükümlülükleri

a) Genel Yükümlülükler

Direktifin 4. bölümünde veri kontrolörü ve işleyicisinin yükümlülükleri düzenlenmiştir. 19. maddeye göre, işleme faaliyetinin hem doğası hem de amaçlarının yanı sıra veri sahibinin özgürlüklerine karşı potansiyel riskleri göz önüne alarak Direktif ile uyumlu bir biçimde uygun teknik ve organizasyonel tedbirleri sağlamak veri kontrolörünün görevidir. Kontrolör, veri işleme faaliyetlerinin doğasıyla orantılı olduğunda uygun veri koruma politikalarının uygulanması ile görevlendirilecektir. Direktif, üye devletlere özel ve olağan veri korumasını sağlamak için teknik ve organizasyonel ted-

⁸⁸ Viviane Reding, s.126.

⁸⁹ Direktif Gerekçe 37.

⁹⁰ Baecker&Hornung, s.630.

⁹¹ Direktif Gerekçe 35.

birlerin ve prosedürlerin uygulanmasını yükümlü kılmıştır. 20'nci maddeye göre, kontrolör, son teknolojilerin uygulama maliyeti ve işleme faaliyetinin mahiyeti, kapsamı, bağlamı ve amaçlarını değerlendirir. Bunların yanı sıra işleme faaliyetinin kişilerin hakları ve özgürlükleri açısından teşkil ettiği çeşitli riskleri de dikkate alır. Bu sayede hem işleme yönteminin belirlenmesi esnasında hem de işleme faaliyeti esnasında, veri koruma ilkelerinin etkili bir şekilde uygulanması ve Direktifin gerekliliklerinin yerine getirilmesine yönelik olarak gerekli güvencelerin entegre edilmesi amacı ile tasarlanan takma ad kullanımı gibi uygun teknik tedbirleri uygular. Böylelikle veri sahiplerinin haklarını korur.

Bu koruma yöntemlerinden biri olan olağan veri koruması, verilerin korunmasına izin veren tekniklerin geliştirilmesinde veri koruma değerlendirmesini içeren herhangi bir hizmet veya işletme tarafından kullanılan yöntemi ifade eder. Kontrolör veri korumasını başlangıçtan itibaren destekler. Olağan veri koruması, örneğin bir müşteri yeni bir teknolojik ürün veya hizmet aldığı anda en katı ayarların otomatik olarak uygulanacağı anlamına gelir. Bir yandan diğer koruma türü olan özel veri koruma kullanılan metotları oluştururken, olağan veri koruması, bu yöntemler yoluyla sağlanan minimum koruma seviyesini oluşturmaktadır⁹². Özel veri koruması bakımından, işleme fiillerine ilişkin gerekli önlemleri uygulamak için teknik ve organizasyonel tedbirler alınmalıdır⁹³.

Direktif 21 ila 23. maddeler arasındaki düzenlemeler kontrolörler ve veri işlemcileri için ortak özel maddelerdir. Veri işlemcileri kişisel verileri sadece kontrolörün talimatları altında işleyebilir ve veri sahibinin haklarını ve işlem faaliyetinin amaçlarını, niteliğini ve süresini belirleyen bağlayıcı sözleşme ile bu faaliyetleri yürütür. 24 ve 25'inci maddeler, işleme faaliyetlerinin kayıtları ve bunların nasıl tutulması gerektiğini düzenlemektedir. Veri kontrolörü, veri işleyicilerin kayıtların girilmesi ve kayıtların tutulmasını gerektiren ve veri koruma kurallarına uygunluğun gösterilmesini destekleyecek olan, şeffaflık, hesap verebilirlik ve işleme faaliyetlerinin etkin denetimini geliştirecek şekilde ayarlanan kayıt tutma gereksinimlerini belirler. Bu ge-

⁹² Cocq, s.274.

⁹³ Le Métayer, Daniel, 'Privacy by design: a matter of choice' in: Gutwirth, Serge, Yves Poulet and Paul De Hert, Data Protection in a Profiled World, Dordrecht, Springer, 2010, s. 323-326.

reklilikler işleme faaliyetlerinin gerekçelendirilmesi ve eylemin meşruiyetinin uygunluğunun tesis edilmesine yardımcı olacak, aynı zamanda verilerin sorgulanması, ifşa edilmesi ve alınması ile kişinin kimliğinin belirlenmesine yardımcı olacaktır. Ayrıca, Direktifin amacıyla uygunluğun sağlanabilmesi için kayıtlar ve giriş talepleri denetleyici makamlara sunulacaktır.

İşleme faaliyetlerinin kayıt altına alınması halinde bu işlem belli başlı bilgileri de içermelidir. Bunlar, kontrolörün adı ve iletişim bilgileri ile uygulanabilmesi halinde veri koruma memurunun bilgileri; işlemenin amacı; üçüncü ülkeler veya uluslararası kuruluşlardaki alıcılar da dahil olmak üzere, kişisel verilerin açıklandığı veya açıklanacağı alıcı kategorileri; veri sahibi kategorileri ve kişisel veri kategorileriyle ilgili bir açıklama; mümkün ise profillemenin kullanımı; transfer edilen veri kategorileriyle ilgili bir açıklama; kişisel verilerin amaçlandığı transferler de dahil olmak üzere işleme faaliyetinin yasal temeli; mümkün olduğunda, farklı kişisel veri kategorilerinin silinmesi için öngörülen zaman sınırları; mümkün ise Madde 29 (1) 'de belirtilen teknik ve organizasyonel güvenlik önlemlerinin genel bir tanımıdır.

Bir işlem yönteminin bireylerin hak ve özgürlükleri için yüksek bir risk oluşturmasının muhtemel olması halinde 27. madde kontrolörden kişisel verinin korunmasına yönelik işlemin etkisinin önceki değerlendirmesini yönetmesi talep edilir. Bu hal Direktifte 'Veri koruma etki değerlendirmesi (Etki Değerlendirmesi)' olarak nitelendirilmiştir. Bu etki değerlendirmeleri, veri sahipleri ve ilgili kişilerin haklarını ve meşru çıkarlarını göz önünde bulundurmalı, öngörülen işlemleri, geçerli veri koruma önlemlerini ve özgürlüklere yönelik potansiyel riskleri ve bunları yönetmek için kullanılan önlemleri içermelidir. Etki değerlendirmeleri, veri sahiplerinin özgürlük ve hakları için geniş neticeler içermektedir. Ayrıca, kontrolörlerin hesap verilebilirliği ve Direktifte yer alan veri korumayla uygun yükümlülüklerle katkıda bulunacaktır. 26 ve 28. maddeler veri kontrolörü ve işlemcilerin denetleyici makamlarla işbirliği yapma ve taleplerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli bilgilerin sağlanması yükümlülüğünü getirmektedir.

AB veri koruma modelinin önemli unsurlarından biri, ilgili üye devlette veri koruma yasasının uygulanmasını izleme görevi ile görevlendirilmiş bağımsız bir denetleyici makamın kurulmasıdır. Böylelikle, özel ve olağan veri koruması yoluyla veri koruma ilkelerinin uygulanması ile bir yandan kayıt tutma ve kayıt işlemlerinin gereksinimlerini güçlendirirken bir yandan da

şeffaflığı, hesap verebilirliği ve yasal çerçeveye uyumu teşvik etme amaçlamaktadır⁹⁴.

b) Kişisel Verilerin Güvenliği

Bir diğer önemli husus da verilerin güvenliğine ilişkin kurallardır. Gittikçe artan büyük miktardaki verilerin kullanılması ve işlenmesi için kolluk kuvvetleri yetkililerinin modern teknolojileri uygulaması esnasında polis soruşturmalarının bütünlüğünün ve kolluk görevlilerinin kullandıkları kişisel verilerin güvenliğinin sağlanması son derece önemlidir. 29. madde ile 32. madde arasında düzenlenen kişisel veri güvenliği hükümleri ile kontrolörlerden, maliyetler, işleme faaliyetinin doğası ve veri sahibinin hakları üzerinde doğabilecek riskler gibi pratik kaygıları dikkate almak suretiyle riske uygun güvenlik seviyesi sağlamak için teknik ve organizasyonel önlemleri almaları istenmektedir. Bu genel yükümlülüğün yanı sıra veri bütünlüğü için güvenlik önlemleri, veri kurtarma ve ekipman, erişim, iletişim ve depolama kontrolü gibi alınması gereken özel önlemlerin kapsamlı bir listesi de belirtilmiştir. 30. maddeye göre, kişisel veri ihlali halinde, bu ihlalin bireylerin hakları ve özgürlükleri açısından bir riske sebebiyet vermemesi durumu hariç olmak üzere kontrolör, gereksiz gecikmeye mahal vermeden ve uygun olması halinde, ihlalden haberdar olduktan itibaren en geç 72 saat içerisinde yetkili denetim makamına ihlali bildirmekle yükümlüdür. İhlalin, bireylerin hak ve özgürlükleri açısından yüksek risk oluşturmasının muhtemel olduğu durumlarda 31. Madde'ye göre, veri kontrolörü ihlalin niteliğini tanımlayarak ve ilgili bazı bilgileri açıklayarak veri sahibini de bilgilendirmelidir.

Veri güvenliğine ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin direktifte yer alması, çerçeve karara nazaran büyük bir iyileştirme adımı olarak görülmektedir. Veri kontrolörleri, veri güvenliğini sağlamak ve denetleyici makamlara ve belli durumlarda veri sahibine de veri ihlallerini bildirmek hususunda katı yükümlülükler altındadırlar. Kontrolör böylelikle şeffaflık, güvenlik ve cezai soruşturmaların bütünlüğüne katkıda bulunmuş olur⁹⁵. Risk altında bulunan verilerin güvenliğinin sağlanması için teknik ve organizasyonel tedbirlerin de alınması gerektiğini ifade etmiştik. Bu tedbirler kapsamına yetkisiz otoritelerin kişisel verilere müdahale, verileri elde etme ve verilere giriş teşeb-

⁹⁴ Thomas Marquenie, s.333.

⁹⁵ Thomas Marquenie, s.334.

büslerinin reddedilmesi; bunların okunması, kopyalanması, veri ortamının değiştirilmesi ya da silinmesinin önlenmesi; kişisel veri girişinin yetkili olmayan kişilerce yapılmasının önlenmesi, kayıt altına alınmış kişisel verilerin silinmesi ya da okunması ve değiştirilmesinin önlenmesine yönelik eylemler girmektedir.

6.Yönetim Mekanizması

a) Veri Koruma Görevlisi

Veri kontrolörleri, veri koruma görevlisi olarak nitelendirilen ve kontrolörlere yardımcı olacak kimseleri atamakla görevlidir. 32 ila 34 maddede düzenlenen hükümlere göre bu kimseler veri koruma görevlisidir ve verilerin korunmasıyla ilgili tüm meselelere doğru ve zamanında müdahale etmeleri ve görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmeleri için gerekli kaynaklara sahip olmaları gerekmektedir. Veri koruma görevlileri, denetleyicileri bilgilendirecek, tavsiyelerde bulunacak, veri koruma mevzuatına uyulmasını izleyecek, veri sahibi ve veri korumayla ilgili kaygıları olan diğer kişiler için bir iletişim noktası olarak hareket edecektir.

b) Bağımsız Denetim Makamı

Bağımsız denetim makamı, direktifin uygulanmasının izlenmesi ile sorumlu olan ve bu sayede kişilerin Birlik içerisinde kişisel verilerinin akışını kolaylaştırmak ve işleme faaliyetlerine ilişkin temel hak ve özgürlüklerini korumak için üye devletler tarafından belirlenen bir ya da daha fazla kişilerden oluşmaktadır. Denetim makamı, ulusal düzeyde kurulmuştur ve dış etkilerden tamamen bağımsızdır. Direktifte, makamın kuruluşu ve işleyişine dair kurallar ve güvenlik önlemleri de bulunmaktadır. Bağımsız denetim mekanizmalarına görevlerini yerine getirebilmesi için, bu mekanizmaya, kurumlara ve kontrolörlere danışmanlık yapmak, gerekli tüm bilgileri almak ve Direktifin hükümlerine aykırı veri kontrolör faaliyetlerini düzeltmek için yetkili mercilere etkili danışmanlık, soruşturma ve düzeltme yetkileri tanınmıştır. Direktifin 45. maddesinde belirtilen ve denetim makamlarının yetkilerini düzenleyen maddede, her üye devlete, her bir denetim otoritesine, kendi üye devlet topraklarında Direktife uygun olarak verilen görevlerin ve yetkilerin yerine getirilmesi için denetim makamına yetkiler sağlama yükümlülüğü yüklenmektedir.

Direktifteki denetim makamı ile GDPR’de yer alan denetim makamının yetkileri birbiri ile tam olarak örtüşmemektedir. GDPR’de yetkiler uzun bir liste halinde yer almaktayken Direktifte bu liste daha dardır. GDPR’de idari para cezasının kesilmesi yetkisi varken Direktifte böyle bir yetki bahşedilmemiştir. Direktifte, kontrolör ve işleyiciye, Direktife uygun olarak ve uygun bulunması halinde belli bir şekilde ve belirli bir süre içinde, 16. maddeye uyan kişisel verilerin düzeltilmesi veya silinmesi veya işlemin kısıtlanması talimatını vermesi düzenlenmiştir⁹⁶. Her denetim otoritesi, faaliyetlerine ilişkin olarak bildirilen ihlal türlerinin bir listesi ve uygulanan ceza türlerini içeren yıllık bir rapor hazırlayacaktır. Bu raporlar, üye devletlerin ulusal parlamentosuna, hükümetlerine ve diğer makamlara iletilecektir. Bunlar ayrıca kamuya, Komisyona ve Kurul’a da sunulacaktır.

c) Avrupa Veri Koruma Kurulu

Avrupa Veri Koruma Kurulu, bütün üye devletlerin bağımsız denetim makamları ve Avrupa Veri Koruma denetleyicisinden oluşmaktadır. Kurulun, denetleyici makamlar arasında iş birliğini teşvik etmek, Komisyona tavsiyelerde bulunmak ve kuralları yayınlamak gibi Direktifin üye ülkeler tarafından tutarlı bir şekilde uygulanmasına katkıda bulunmak amacıyla bir dizi görevi bulunmaktadır. Kurul, birtakım hükümlerin açıklığa kavuşturulmasına önemli katkılarda bulunur ve Direktifin üye devletler tarafından tekdüze ve kapsamlı bir biçimde uygulanmasını destekleyebilir. Ancak GDPR’de kurulan Kuruldan farklı olarak Direktif’in 51. maddesinde Kurula kolluk kuvvetleri alanında merkezi bir rol biçilmemektedir. Direktif, her üye devletten bir ya da birden fazla kamu yetkilisinin Direktifin uygulanmasını izlemek için görevlendirilmesini talep etmektedir. Bu gözetim, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve Birlik içinde verilerin güvenli bir biçimde serbest akışının sağlanmasını amaçlamaktadır.

7. Üçüncü Ülkelerle Bilgi Paylaşımı

Kişisel verilerin üçüncü ülkelere veya uluslararası kuruluşlara aktarılmasıyla ilgili olarak, Direktif, bunların serbestçe Birlik dışına çıkışında belli başlı şartların varlığını aramaktadır. Direktif 35. madde ile bir grup genel ilke belirlenmiştir. Transfer, Direktifin işleme amaçları için gerekli olması

⁹⁶ Caruana, s.11.

ve sadece Direktifte yer alan şartların yerine getirilmesi halinde mümkündür. İletici ve alıcı kontrolörlerin mutlaka yetkili makamlar olması ve transferi gerçekleştiren üye devletlerin diğer üçüncü ülkeler veya kuruluşlara daha ileri transferler için yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Farklı bir üye devletten gelen verilerin iletilmesi durumunda, verilerin kaynaklandığı üye devlet bu transferi, kamu güvenliğine yönelik acil veya ciddi bir tehdidin önlenmesi için gerekli olması hali hariç, onaylamak zorundadır. Direktifin diğer hükümlerine uygun olarak kabul edilmiş olan ulusal hükümlere uygun olarak ve Direktifin 35. maddesinde yer alan şartlar altında gerçekleştirilen transfer Direktife uygun olacaktır. 36. madde, Avrupa Komisyonu'nun, verilerin transfer edileceği ülkenin Avrupa kişisel verilerin korunması için yeterli koruma sağladığını belirten bir 'yeterlilik kararı' yayınlaması halinde verilerin üçüncü ülkeye transfer edilebileceğini düzenlemiştir⁹⁷. Direktif 36. madde uyarınca, Komisyon'un, alıcı tarafından 'yeterli' seviyede koruma sağladığı yönünde karar vermesi halinde kişisel bilgilerin bir üye devlet tarafından üçüncü bir ülkeye aktarılmasına izin verilir. Yeterli seviyede koruma, üçüncü ülke tarafında iç hukuk ya da uluslararası taahhütleri nedeniyle, esas olarak Avrupa Birliği içinde garanti edilen temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlaması için gerekli olan yeterli koruma düzeyine eşdeğer

⁹⁷ Direktif 36/2'ye göre Komisyon, koruma düzeyinin yeterliliğini değerlendirirken, özellikle aşağıdaki hususları dikkate alır:

- (a) hukukun üstünlüğü, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı, kamu güvenliği, savunma, milli güvenlik ve ceza hukuku ile kamu kuruluşlarının kişisel verilere erişimi de dahil olmak üzere hem genel hem de sektörel mevzuatın yanı sıra söz konusu mevzuatın uygulanması, bir ülke veya uluslararası kuruluşta toplanan kişisel verilerin başka bir üçüncü ülke veya uluslararası kuruluşla transit aktarımına yönelik kurallar da dahil olmak üzere veri koruma kuralları, mesleki kurallar ve güvenlik tedbirleri, içtihadın yanı sıra etkili ve uygulanabilir veri sahibi hakları ile kişisel verileri aktarılmakta olan veri sahiplerine yönelik etkili idari ve adli tazmin;
- (b) üçüncü ülkede bulunan veya bir uluslararası kuruluşun tabi olduğu ve yeterli uygulamaya yetkileri dahil olmak üzere veri koruma kurallarına uyumluluk sağlanması ve sağlatılması, haklarının kullanımı hususunda veri sahiplerine destek olunması ve tavsiyede bulunulması ve üye devletlerin denetim makamları ile işbirliği yapılmasından sorumlu olan bir veya daha fazla sayıda bağımsız denetim makamının varlığı ve etkili bir şekilde işlev göstermesi ve
- (c) ilgili üçüncü ülke veya uluslararası kuruluşun altına girdiği uluslararası taahhütler veya yasal bağlayıcılığı olan sözleşmeler veya belgelerin yanı sıra kişisel verilerin korunması ile ilgili olanlar başta olmak üzere çok taraflı veya bölgesel sistemlere katılımından kaynaklanan diğer yükümlülükler.

koruma anlamına gelmektedir⁹⁸. Komisyon tarafından böyle bir yeterlilik kararının alınmamış olması durumunda, 37. maddeye göre veriyi alan ülkede gerek yeterli ve eşit güvenlik önlemi aldığını teyit etmek gerekse transferi kapsayan tüm ilgili koşulları değerlendirerek, bu tür güvencelerin etkin bir şekilde sağlandığı sonucuna varılması halinde yeterli bir koruma standartlarının bulunmasını sağlamak transfer eden ülkeye düşmektedir. Transfer eden ülkenin veri kontrolörü bu değerlendirmeyi yapacaktır ve bağımsız denetim makamına bildirecektir. Yeterlilik kararı ya da uygun güvenlik önlemlerinin bulunmaması durumunda, 38. maddeye göre veriler sadece bir kimsenin hayatı çıkarını korumak, veri sahibinin meşru çıkarlarını korumak ya da kamu güvenliğine yönelik acil ve ciddi tehditleri önlemek için gerekli olması halinde üçüncü ülkeyle paylaşılabilir.

Üçüncü ülkelerdeki verilerin doğrudan özel alıcılara ('alıcı', üçüncü bir kişi olsun veya olmasın, kişisel verilerin açıklandığı bir gerçek ya da tüzel kişi, kamu kuruluşu, kurumu veya diğer herhangi bir organdır) aktarılmasıyla ilgili sadece belli koşulların yerine getirildiği bireysel ve özel durumlarda izin verilecektir. 39. madde, 35 (1) (b) maddede yer alan genel kuraldan saparak⁹⁹, üçüncü bir ülkedeki ya da Direktifin amaçları için yetkin olan uluslararası bir organizasyondaki bir otoriteye ("kontrolör") transfer yapılabilirliğini kabul etmiştir. Münferit ve özel durumlarda, Madde 3 (7) (a) 'da atıfta bulunulan yetkili makamlar tarafından¹⁰⁰, özel taraflara transfer yapılabilir. Bu durum, üye devletler için yükümlülük oluşturmeyen bir seçenek olarak sunulmaktadır. Madde, mevcut uluslararası antlaşmalardan ayrılmamaktadır ve bu aktarımın hukuka uygun olması için Direktifte yer alan diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekmektedir¹⁰¹. Madde 40 ile uluslararası iş

⁹⁸ CECJ Schrems case ECLI:EU:C:2015:650, prg 73. Adalet Divanı ayrıca, üçüncü bir ülke tarafından sağlanan koruma seviyesinin yeterliliğine ilişkin takdir yetkisinin, öncelikle temel hakların ışığında kişisel verilerin korunmasının oynadığı önemli rol dikkate alınarak sınırlandırılması gerektiğini belirtmiştir.

⁹⁹ 35/1-b: Kişisel veriler, Madde 1 (1) 'de belirtilen amaçlar için yetkili bir makam olan üçüncü bir ülke veya uluslararası kuruluştaki bir denetleyiciye aktarılır

¹⁰⁰ 3/7-a: suçların önlenmesi, soruşturulması, tespiti veya kovuşturulması veya kamu güvenliğine yönelik tehditlerin önlenmesi ve bunlara karşı korunmanın önlenmesi de dahil olmak üzere cezaların infazı için yetkili herhangi bir kamu makamı.

¹⁰¹ Komisyon uzman grubu, bu Madde'nin bir istisna olarak kalması gerektiğini ancak buna rağmen, veri korumaya ihtiyaç duyulduğunda veya kredi kartı sahtekarlığıyla mücadelede ya da siber suçla mücadele gibi acil durumlarda bir kural haline geldiğini belirtmiştir. Caruana, s.18.

birliğini teşvik etmek ve uluslararası mübadele için daha kapsamlı bir veri koruma çerçevesine uygun adımları belirleyerek bilgi alışverişini kolaylaştırmak için bir dizi temel kural ortaya konulmuştur.

8. Çözüm Yolları, Sorumluluk ve Yaptırımlar

Direktifin 8. bölümünde Direktifte yer alan düzenlemelerin uygulanması ve veri sahibinin başvurabileceği yargı yolları için belli mekanizmalar belirlenmiştir. Direktif kapsamında veri sahibi verilerinin korunmasını sağlamak için belli başlı imkanlara sahip olmuştur. 52. madde uyarınca veri sahibinin, verilerinin işlenmesi esnasında işlenen Direktif ihlallerinin bağımsız denetim makamına şikayet etme hakkı doğmaktadır. Bağımsız denetim makamı, veri sahibini bilgilendirmeden önce mevcut şikayeti değerlendirir, soruşturur ve neticede süreç ve sonuçları kendisine bildirir. 52. maddeye göre diğer herhangi bir idari veya yargı yoluna halel getirmeksizin, üye devletler, veri sahibine, verilerinin işlenmesi esnasında Direktifin hükümlerine aykırı hareket edildiği kanaatinde ise bunu bağımsız denetim makamına şikayette bulunma hakkını sağlayacaktır. 53 ve 54. maddelerde hem denetleyici otoriteye hem de veri kontrolör ve işlemcilerine karşı etkili bir yargı yoluna başvurma hakkı da sağlanmıştır. Bu sayede, denetleyici otoritenin bütün bağlayıcı kararlarının yargısal olarak gözden geçirilmesi sağlanacaktır ve yapılan veri işleme faaliyetlerinin meşruluğunun ayrıntılı bir değerlendirmesinin yapılması imkanı hale gelecektir. 55. madde ile veri sahibine, diğer başvuru yollarına gitme ve bunun getireceği idari ve pratik yükü azaltmak adına kamu yararına yasal amaçlara sahip olan ve kar amacı gütmeyen bir kuruluş tarafından kendi adlarına haklarını kullandırma fırsatı tanınmaktadır. Hukuka aykırı işleme faaliyetinin gerçekleşmesi halinde, 57 ve devamı maddeler uyarınca üye devletler, veri sahibinin maddi ve manevi zararlarından dolayı tazminat talep etme haklarını tanımalı ve ihlali gerçekleştiren tüzel ya da gerçek kişilere karşı etkili, orantılı ve caydırıcı cezaları uygulamalıdır.

Bu bölüm altında düzenlenen çözüm yolları, yaptırımlar ve sorumluluklar, veri sahibinin haklarının korunması ve uygulanmasını desteklemek amacıyla getirilmiştir. Bağımsız bir kurumu içeren şikayet mekanizmasının olması ve denetim makamı, veri kontrolörleri ve işlemcilerin yargısal denetime tabi olması, veri sahibinin haklarını güçlendirdiği gibi verileri üzerinde

daha fazla kontrol sağlaması bakımından önemlidir¹⁰². İhlallerin ceza hukuku yoluyla yaptırıma tabi tutulması ve etkin, caydırıcı ve orantılı nitelikte olması da Direktifin hükümlerinin üye devletler tarafından uygulanması amacına hizmet etmektedir. Direktifin 60. maddesi mevcut yürürlükte olan Birlik hukukunun uygulanabilirliğine ilişkindir. Maddeye göre, Direktiften önce yürürlüğe giren, adli iş birliği alanında üye devletlerin Antlaşmalara göre kurulan bilgi sistemlerine girişlerine ilişkin işleme faaliyetlerine dair Birlik mevzuatı ve de uygulamaya yönelik olası farklılıklar da gündemde kalmaya devam edecektir.

IV. DİREKTİFE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Direktif henüz çok yakın bir zamanda yürürlüğe girmiş olsa da -yaklaşık iki yıl önce kabul edildiği 2016 yılından bu yana- birtakım soru işaretlerini beraberinde getirmiştir. Her şeyden önce yukarıda da kısaca bahsettiğimiz gibi, direktifte geniş istisnaların yer alması ve bunların uygulanmasına ilişkin genel ve muğlak terimlerin kullanılmasının, üye ülkelerde farklı uygulamalara neden olması ve direktiften beklenen etkilerin aşınabileceği riskini taşımaktadır. Bir diğer endişe Direktifin 2008 tarihli Çerçeve kararın meydana getirdiği sorunları ortadan kaldırıp kaldıramayacağı ve farklı hukuk sistemleri arasında uyumlaştırmayı sağlayabilecek etkinlikte bir mevzuat meydana getirip getiremeyeceğidir¹⁰³. Zira ancak bu yolla adalet ve polis alanında güçlü veri koruması sağlanacaktır. Çerçeve karar, daha önce de belirtildiği üzere üye devletler arasında bağdaşmayan uygulamalara yol açmıştı ve sınır ötesi bilgi alışverişine uygulanır niteliğe sahipti. Bu itibarla denilebilir ki, Direktifin getirdiği en önemli yenilik yerel sürecin de Direktif kapsamına dâhil edilecek biçimde genişletilmiş olmasıdır¹⁰⁴. Dolayısıyla yerel süreçteki işlemler de AB hukuku ve dolayısıyla genel veri koruma kurallarına tabi hale gelmiştir.

Direktif, ulusal hukuk sistemlerinde doğrudan etkili olmakla ve üye devletlerin mahkemelerinde uygulanabilir olmakla kalmayıp aynı zamanda veri koruma hakkı ihlallerine karşı güçlü bir koruma sağlamakta ve genel

¹⁰² Thomas Marquenie, s.337.

¹⁰³ Thomas Marquenie, s.328.

¹⁰⁴ Direktif 1.ve 2. maddeler

veri koruma standartları da ortaya koymaktadır¹⁰⁵. Bu kapsamda veri sahibi haklarına ilişkin daha iyi bilgi sahibi olacak, daha etkin bir gözlem mekanizması kurulacaktır. Genel ilkelere getirilen istisna ya da sınırlamalar gereklilik ve orantılılık ilkelerine daha sıkıya bağlanmıştır. Direktif geniş bir biçimde çerçeve karardan daha iyi düzenlenmiş, tutarlılık, uyumlaştırma ve veri koruma standartlarındaki düzeyi daha da arttırmıştır. Ancak bütün bu olumlu yönlerine rağmen temel olarak belli başlı hususlarda da eleştirilmekten kurtulamamıştır.

Bunlardan ilki, çerçeve kararda olduğu gibi alanın düzenlenmesi için seçilen enstrümanın niteliğidir. Direktif ile bu alanın düzenlenmesi neticesinde ilk kez Avrupa Parlamentosu'nun sürece katılmasını sağlamıştır. Direktifler de bağlayıcı olmakla birlikte, uygulamaları üye devletlere bırakılan ve iç hukukta hangi alanda düzenleneceği devletlerin geniş takdir yetkisine bağlı olan bir AB hukuku enstrümanıdır. Özellikle Direktif'te, öncelikle üye devletlere ve onların yetkili ulusal makamlarına, kişisel verilerin işlenmesi ve aktarılmasının gerekli ve orantılı olup olmadığına karar vermesi hususunda geniş bir takdir hakkı verilmiştir. Bu yetki, üye devletlere bağlı olan veri işleme ve aktarma kategorileri arasında tutarsızlıklara yol açabilir¹⁰⁶. Ayrıca direktifin uygulama alanı olan üye devletlerin adli mekanizmaları kendi tarih ve kültürlerine göre farklılıklar arz etmektedir. Buna ilaveten teknolojik yeterlilikleri ve polis ve adalet sistemlerinde yeni teknolojileri kullanma yaklaşımları Birlik üye ülkeleri arasında farklı uygulamaların da doğmasına neden olabilecektir¹⁰⁷. Adli ve polis konularının bir tüzük ya da GDPR içinde bir bölüm olarak kabul etmek yerine direktif olarak düzenlenmesi, ulusal düzeydeki farklı mevzuat uygulamalarını önlemenin önündeki en büyük engel olmuştur¹⁰⁸. Zira Direktif'in iç hukuka uygulanması, üye ülkelerin farklı hukuk geleneklerinin de uygulamaya dahil edilmesi anlamına gelecek, bu durum da potansiyel uyuşmazlığa neden olabilecektir¹⁰⁹. Komisyon'un, polis ve ceza adalet alanında verilerin işlenmesinin diğer bütün alanlardan farklılık arz etmesi gerektiği yönündeki kararı, ayrı bir mevzuat ile bu alanın düzenlenmesi yaklaşımı ile hayat bulmuş ve bir yandan genel bir yandan

¹⁰⁵ Thomas Marquenie, s.328.

¹⁰⁶ Cocq, s.275.

¹⁰⁷ Paul De Hert & Vagelis Papakonstantinou, 'The New Police and Criminal Justice Data Protection Directive, A First Analysis', s.10.

¹⁰⁸ Thomas Marquenie, s.329.

¹⁰⁹ Cocq, s.264.

da özel veri koruma mevzuatının oluşumu ile neticelenmiştir¹¹⁰. Direktifle bir taraftan yüksek minimum standartlar kurulmaya ve mümkün olduğunca ilkelerin ve kişisel veri sahibinin güvencelerine yönelik potansiyel istisnalar daraltılmaya çalışılırken bir taraftan da direktiflerin uygulamasını üye devletlere bırakarak, çerçeve karar düzeyinde olmasa da ülkeler arası veri koruma rejimleri arasında önemli derecede farklılıklara neden olunması eleştiri konusudur¹¹¹.

Bir diğer mesele ise GDPR ve direktif arasında ortaya çıkan farklılıklardır. Direktifte yer alan amaçlar dışındaki yetkili otoritelerin işlediği veriler hakkında GDPR uygulanacaktır¹¹². Bu tür bir ayırım, gerek veri sahibi gerekse veri kontrolörünün durumundaki yasal belirsizlik polis ve adli otoriteleri arasında iki farklı ve bağımsız kurallar manzumesine neden olmakta, bunların uygulanmasında zorluklara da yol açmaktadır¹¹³. Bu farklılığın nedeni, polis ve ceza adalet alanında veri işlemenin farklı karakteristik özellik sergilemesine bağlanabilir. Genel veri işlemeden farklı olarak güvenlikle ilişkili süreç belli bir esnekliği gerektirmektedir. Örneğin, verinin niteliğine ilişkin kurallar, söz konusu tanık verilerine dayandığında sıkı bir biçimde uygulanamayabilir ya da bilgi verme ve giriş hakkı, en geniş biçimiyle kullanılması durumunda şüphelinin gözetlenmesi faaliyetlerini kullanılamaz hale getirebilecektir¹¹⁴. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki GDPR’de öngörülen hak-

¹¹⁰ Paul De Hert&Vagelis Papakonstantinou, ‘The New Police and Criminal Justice Data Protection Directive, A First Analysis’, s.8.

¹¹¹ Thomas Marquenie, s.329.

¹¹² Direktifle, sorumluluklarının daha düşük seviyede kalmasının veri ihlalleri ve veri sahibinin haklarının zedelenmesi hem GDPR hem de Direktife göre işlem yapan veri kontrolörü için birtakım zorluklara neden olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, hukuki metnin şekline bakılmaksızın tutarlı ve tek bir mevzuat olarak değerlendirilmelidir. WP29 opinion relating to the core topics in the view of trilogue, 17 June 2015, s.3. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other/document/files/2015/20150617_appendix_core-issues_plenary_en.pdf Böylelikle karışıklık ve özellikle bireylerin haklarının korunma düzeyi eşit derecede sağlanmış olacaktır. Özellikle tanımlar, ilkeler, yükümlülükler, bireylerin hakları ve denetim otoritesi tutarlı olmalı ve direktifteki istisnalar sıkı gereklilik koşuluna bağlanmalıdır.http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2015/wp233_en.pdf

¹¹³ http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2015/wp233_en.pdf, s.5.

¹¹⁴ Paul De Hert&Vagelis Papakonstantinou, ‘The New Police and Criminal Justice Data Protection Directive, A First Analysis’, s.9.

lar, Direktif'te öngörülen haklardan fazladır ancak eğer GDPR'de yer alan haklar ceza hukuku kapsamında mümkün olan en fazla ölçüde hatta aynen uygulanırsa cezai soruşturmaları fiilen olanaksız hale gelebilecektir¹¹⁵.

Direktifte verilerin hukuka uygun ve adil bir biçimde işleneceği ifade edilmektedir. Ancak GDPR'de olduğu gibi bunların hangi yasal zeminde gerçekleşeceği düzenlenmemiştir¹¹⁶. Direktif bunun yerine sadece 8. mad-

¹¹⁵ <http://rivista.eurojus.it/balance-between-security-and-fundamental-rights-protection-an-analysis-of-the-directive-2016680-for-data-protection-in-the-police-and-justice-sectors-and-the-directive-2016681-on-the-use-of-passen/>

¹¹⁶ GDPR 6. maddesine göre veri işleme şu hallerde hukuka uygundur:

1. İşleme faaliyeti, ancak aşağıdaki hususlardan en az biri geçerli olduğunda ve olduğu ölçüde, hukuka uygundur:
 - (a) veri sahibinin bir ya da daha fazla sayıda spesifik amaca yönelik olarak kişisel verilerinin işlenmesine onay vermesi;
 - (b) veri sahibinin taraf olduğu bir sözleşmenin uygulanması veya bir sözleşme yapılmadan önce veri sahibinin talebiyle adımlar atılması için, işleme faaliyetinin gerekli olması;
 - (c) kontrolörün tabi olduğu bir yasal yükümlülüğe uygunluk sağlanması amacı ile işleme faaliyetinin gerekli olması;
 - (d) veri sahibinin veya başka bir gerçek kişinin hayati menfaatlerinin korunması amacı ile işleme faaliyetinin gerekli olması;
 - (e) kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi veya kontrolöre verilen resmi bir yetkinin uygulanması hususunda işleme faaliyetinin gerekli olması;
 - (f) özellikle veri sahibinin çocuk olması halinde veri sahibinin kişisel verilerin korunmasını gerektiren menfaatleri veya temel hakları ve özgürlüklerinin bir kontrolör veya üçüncü bir kişi tarafından gözetilen meşru menfaatlara ağır basması haricinde, söz konusu menfaatler doğrultusunda işleme faaliyetinin gerekli olması.

İlk alt paragrafın (f) bendi kamu kuruluşları tarafından görevlerinin yerine getirilmesi hususunda gerçekleştirilen işleme faaliyetine uygulanmaz.

2. Üye devletler, Bölüm IX'te belirtilen diğer spesifik işleme durumları da dahil olmak üzere işleme faaliyetine ilişkin daha katı gereklilikler ve hukuka uygun ve adil işlemenin sağlanmasına yönelik diğer tedbirler belirlenmesi suretiyle, bu Tüzük'ün işleme faaliyetine ilişkin kurallarının uygulamasını 1. paragrafın (c) ve (e) bentlerine uygun olacak şekilde uyarlamak üzere daha spesifik hükümler uygulamaya devam edebilir veya uygulamaya koyabilir.

3. 1. paragrafın (c) ve (e) bentlerinde belirtilen işleme dayanağı (a) Birlik hukuku veya (b) kontrolörün tabi olduğu üye devlet hukuku ile ortaya konur.

İşleme amacı söz konusu yasal dayanakta belirlenir veya, 1. paragrafın (e) bendinde atıfta bulunulan işleme faaliyeti ile ilgili olarak, kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi veya kontrolöre verilen resmi bir yetkinin uygulanması hususunda gereklidir. Söz konusu yasal dayanak bu Tüzük kurallarının uygulamasının uyarlanmasına yönelik spesifik hükümler ihtiva edebilir: bunun yanı sıra, kontrolör tarafından gerçekleştirilen işleme faali-

dede işlemenin üye devletler tarafından meşru ve 1. maddede belirtilen üye devlet ve Birlik hukukuna dayanan amaçlar doğrultusunda yetkili otoritelerin görevlerini yerine getirmesi için gerekli olması halinde işlem hukuka uygun kabul edilmektedir. Hukuka uygunluk sadece bu kritere bağlanmış görünmektedir¹¹⁷. Ayrıca Direktif, GDPR'nin sağladığı belli başlı hakları, örneğin unutulma hakkı, veri taşınabilirliği hakkı gibi, veri sahibine sağlamaktadır.

Direktif, yetkili mercilerce kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak, veri konusunun haklarının ve özgürlüklerinin korunması için üye devletlerin direktifle belirlenen asgari seviyedeki güvencelerden daha yüksek güvenceler sağlamasını engellemektedir¹¹⁸. Direktife göre, daha yüksek standartlar getirmek engellenmemekteyse de bu durum bir yanda daha yüksek standartlara sahip ülkeler bir yanda da buna gönüllü olmayan ülkeler kategorisi oluşmasına neden olacak, üye ülkeler arasında etkin iş birliği ve bilgi alış

yetinin hukuka uygunluğunu düzenleyen genel koşullar; işleme faaliyetine tabi veri türleri; ilgili veri sahipleri; kişisel verilerin açıklanabileceği kuruluşlar ve açıklanma amaçları; amacın sınırlandırılması; saklama süreleri ve Bölüm IX'te belirtilen diğer spesifik işleme durumlarına yönelik tedbirler gibi hukuka uygun ve adil işlemenin sağlanmasına yönelik tedbirler de dahil olmak üzere işleme faaliyetleri ve işleme usulleri Birlik veya üye devlet hukuku kamu yararı hedefini karşılar ve gözetilen meşru amaçla orantılıdır.

4. Kişisel verilerin toplanma amacı dışında bir amaca yönelik olarak yapılan işleme faaliyetinin veri sahibinin rızasına veya 23(1) maddesinde atıfta bulunulan hedeflerin güvence altına alınmasına yönelik olarak demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü bir tedbir teşkil eden bir Birlik veya üye devlet kanununa dayanmaması durumunda, kontrolör, başka bir amaca yönelik işleme faaliyetinin kişisel verilerin asıl toplanma amacına uygun olup olmadığını değerlendirmek üzere, bunun yanı sıra aşağıdaki hususları dikkate alır:
 - (a) kişisel verilerin toplanma amaçları ile planlanan diğer işleme amaçları arasındaki herhangi bir bağlantı;
 - (b) veri sahipleri ve kontrolör arasındaki ilişki başta olmak üzere kişisel verilerin toplandığı bağlam;
 - (c) 9. madde uyarınca özel kategorilerdeki kişisel verilerin işlenip işlenmediği veya 10. madde uyarınca mahkumiyet kararları ve ceza gerektiren suçlara ilişkin kişisel verilerin işlenip işlenmediği başta olmak üzere kişisel verilerin mahiyeti;
 - (d) planlanan diğer işleme faaliyetlerinin veri sahiplerine olası yansımaları;
 - (e) şifreleme veya takma ad kullanımı da dahil olmak üzere uygun güvencelerin bulunması.

¹¹⁷ Paul De Hert & Vagelis Papakonstantinou, 'The New Police and Criminal Justice Data Protection Directive, A First Analysis', s.11.

¹¹⁸ Direktif madde 1.

verişini engelleyecek duruma gelme riski taşınacaktır¹¹⁹. Komisyon, Direktif yoluyla bu alanı düzenlemek suretiyle, üye devletlerin polis ve yargı makamları için daha fazla esnekliğe ihtiyaç duyulduğunu ve böylece bu alanların spesifik doğasını ele aldığını ifade etmiştir. Ancak Direktif veri koruma hedeflerini güvenlik politikası hedefleriyle dengelemeyi ve daha az parçalanmış bir genel çerçevenin oluşturulmasına katkıda bulunmayı amaçlarken, daha önce ortaya çıkan tüm eksiklikleri çözemez hale gelebilecektir¹²⁰. Direktifin Birlik hukuku dışındaki faaliyetlerin yanı sıra Birlik kurumları, organları, ofisleri ve ajanslarının (Europol, OLAF, Schengen ya da Customs Information System gibi) gerçekleştirdiği faaliyetlere uygulanmaması, bunların her birinin kendi veri koruma rejimlerini uygulamaya devam edecekleri anlamına gelmektedir¹²¹.

Direktifin 2008 Çerçeve Kararından farklı olarak sadece üye ülkeler arasında veri alışverişi değil aynı zamanda üye devletlerde kişisel verilerin işlenmesini düzenleyecektir ancak 1. maddenin 3. fıkrası nedeniyle Direktif, ceza alanında veri işlemenin maksimum uyumunun sağlanmasından hala uzaktır.

Direktifte yer alan genel ilkelerin, polis ve ceza adalet alanına uygulanması, daha önce yürürlükte olan çerçeve karardaki aksaklıklar dikkate alındığında önemli bir adım olarak görülmesine rağmen, Direktif'te verilerin toplandıkları amaçlardan farklı amaçlar için ileriki dönemlerde gerçekleştirilecek veri işlemelerine yönelik ilave korumanın az olması; denetleyici ulusal yasalar tarafından yeterli bir şekilde yetkilendirildiği sürece ve işlemin diğer amaçlar için gerekli ve orantılı olduğu sürece, kişisel verilerin başka amaçlar için işlenebilmesi; somut kuralların eksikliği veya ek gerekliliklerin olmayışı, orantılılık ve zorunluluk kavramlarına ilişkin farklı ulusal yorumlar ne yazık ki verilerin farklı amaçlarla kullanılması hususunda gereklilik ve orantılılık ilkelerine ulusal otoriteler tarafından farklı yaklaşımların benimsenmesini ve verilerin yeterli önlemler alınmadan farklı amaçlar için iş-

¹¹⁹ Thomas Marquenie, s.329.

¹²⁰ Declaration No 21 on the protection of personal data in the fields of judicial cooperation in criminal matters and police cooperation, as annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Lisbon Treaty.

¹²¹ Paul De Hert & Vagelis Papakonstantinou, 'The New Police and Criminal Justice Data Protection Directive, A First Analysis', s.11.

lenmesini engelleyememektedir¹²². Kişisel verilerin saklanması ihtiyacının periyodik olarak gözden geçirilmesi için somut kriterlerin olmaması ve açık bir zaman çizelgelemesinden ziyade ‘uygun’ zaman sınırlarının gerekliliği, ABAD kararları karşısında uyumsuz bir ifade olarak görülmektedir. ABAD, verilerin tutulması konusunda açık bir karar vermiştir. Zira Veri Saklama Direktifi’ni iptal ettiği kararında, kısmen, veri kategorileri ile kişiler arasında bir ayrımın olmayışı, aynı zamanda, verileri saklama sürelerini belirleyen nesnel ölçütlerin olmaması nedeniyle, Direktifi feshetmiştir¹²³.

Direktifle ilgili getirilen bir diğer eleştiri konusu da 10. maddede özel veri koruma kategorilerine ilişkin olarak çocuk haklarına özel önem verilmemesi ve özel veri kategorisinin sadece ‘Birlik veya Üye Devlet hukuku tarafından yetkilendirildiği durumlarda’; veri konusu veya başka bir gerçek kişinin hayati çıkarlarını korumak veya bu tür işlemlerin, veri konusu tarafından açıkça kamuya açıklanmış verilerle ilgili olması durumunda ‘uygun güvencelere’ tabi olarak kişisel verilerin işlenmesi şeklinde, geniş kapsamlı ve muğlak ifadelerle düzenlenmiş olmasının hassas verilerin işlenmesi için ‘torba’ bir zemin oluşturduğudur. Dolayısıyla direktif, insan haklarının korunması için daha güçlü koruma mekanizması olmaksızın profil oluşturma faaliyetleri için hassas kişisel verilerin kullanılmasına izin vermektedir¹²⁴. Bu müdahaleye karşı tek ilave şart 11. maddede hassas kişisel verilerin profillemesi için bunların sadece uygun olması yeterli olmamakta, ayrıca belli bir kullanım ya da amaç için uygun olması ve meşru çıkarların da korunması gerekmektedir¹²⁵.

Direktifte, üçüncü ülkelerle veri alışverişi için basamaklı kurallar ve prosedürlerin kurulması, kolluk kuvvetlerinin ve adli makamların uluslararası işbirliğinde önemli bir adım olarak kabul edilmektedir¹²⁶. Ancak aktarım

¹²² Article 29 Data Protection Working Party (Working Party 29), “Opinion 03/2013 on Purpose Limitation”, 2 April 2013.

¹²³ CJEU, Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others, Joined Cases C-293/12 and C-594/12, O.J. C258, 8 April 2014.

¹²⁴ Thomas Marquenie, s.332.

¹²⁵ 11/2: ‘Decisions referred to in paragraph 1 of this Article shall not be based on special categories of personal data referred to in Article 10, unless suitable measures to safeguard the data subject’s rights and freedoms and legitimate interests are in place’.

¹²⁶ CJEU, Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner, Case C-362/14, O.J. C351, 6

yapan ülkeler tarafından uygun güvencelerin oluşturulmasına ilişkin ifadelerin muğlak olması, üye devletlerin farklı yeterlilik standartlarını uygulamalarının ve kullanılmalarının önünü açmaktadır¹²⁷. Örneğin, kamu güvenliğine yönelik acil bir tehdit, veri sahibinin hayati çıkarlarını koruma ihtiyacının varlığı, üye ülkelerin üçüncü ülkelerdeki veri koruma standartlarını değerlendirmesinin talep edilmesi herhangi bir kritere dayanmamaktadır. Ancak GDPR, 46. maddesinde bu kriterler belirtilmiştir¹²⁸.

Direktifin son bölümlerinde mevcut mevzuat ile ilişkisine değinilmektedir. 61. maddeye göre daha önce gerçekleştirilmiş olan bu alandaki Birlik düzeyindeki mevzuat değiştirilmeyecek, üye devletler arasında ya da üçüncü ülkeler veya organizasyonlarla gerçekleştirilmiş olan ikili antlaşmalar da değiştirilmedikçe, ilga edilmedikçe ya da mülga edilmedikçe yürürlükte kalacaktır. Direktifin taslak metinlerinde her ne kadar Direktif'in yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıl içinde bu anlaşmaların tadil edilmesi ve yeni

October 2014; European Commission, "Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Safeguarding Privacy in a Connected World. A European Data Protection Framework for the 21st Century", Brussels, 25 January 2012, 11.

¹²⁷ Cocq, s.271.

¹²⁸ Madde 46:

1. 45(3) maddesi uyarınca alınan bir karar olmaması halinde, ancak bir kontrolör veya işleyicinin uygun güvenceler sağlamış olması halinde ve uygulanabilir veri sahibi hakları ve veri sahiplerine yönelik etkili kanun yollarının mevcut olması koşuluyla, söz konusu kontrolör veya işleyici bir üçüncü ülke veya uluslararası bir kuruluşa kişisel veri aktarabilir.
2. 1. paragrafta atıfta bulunulan uygun güvenceler, bir denetim makamından spesifik bir onay alınmasına gerek olmaksızın, aşağıdakilerle sağlanabilir:
 - (a) kamu kuruluşları veya organları arasında yasal bağlayıcılığı bulunan ve uygulanabilir bir belge;
 - (b) 47. madde uyarınca bağlayıcı kurumsal kurallar;
 - (c) 93(2) maddesinde atıfta bulunulan inceleme usulü uyarınca Komisyon tarafından kabul edilen standart veri koruma şartları;
 - (d) 93(2) maddesinde atıfta bulunulan inceleme usulü uyarınca bir denetim makamı tarafından kabul edilen ve Komisyon tarafından onaylanan standart veri koruma şartları;
 - (e) 40. madde uyarınca onaylı davranış kuralları ile birlikte üçüncü ülkedeki kontrolör veya işleyicinin veri sahibinin hakları ile ilgili de olmak üzere uygun güvenceler uygulamaya ilişkin bağlayıcı ve uygulanabilir taahhütleri veya
 - (f) 42. madde uyarınca onaylı bir belgelendirme mekanizması ile birlikte üçüncü ülkedeki kontrolör veya işleyicinin veri sahibinin hakları ile ilgili de olmak üzere uygun güvenceler uygulamaya ilişkin bağlayıcı ve uygulanabilir taahhütleri.

veri koruma kurallarına uygun hale getirilmesi zorunlu kılınmışken, mevcut metin böyle bir yükümlülük içermemektedir. Dolayısıyla Direktif ve GDPR'den önceki dönemde imzalanmış ve Direktif ve GDPR'den daha az koruma sağlayan anlaşmaların varlığını sürdürüyor olması yeni mevzuat ile planlanan daha güçlü veri koruma standartlarının göz ardı edilmesine ve aşılmasına neden olma ihtimalini doğurmaktadır¹²⁹. Bu antlaşmalar aynı zamanda Direktifte yer alan üçüncü ülkelere veri transferi için gerekli olan yeterli korumanın da sağlanamama ihtimalini kuvvetlendirmektedir¹³⁰.

Netice olarak denilebilir ki Direktif, GDPR ile birlikte AB kişisel verilerin korunması bakımından önemli bir adım olmuştur. Lizbon Antlaşması'nın kabul edilmesiyle birlikte sütunlu yapının da kalkması sayesinde hükümetler arası iş birliği alanına dahil olan adli ve polis konularındaki iş birliği Birlik hukuku kapsamına alınmış, böylelikle Direktif üye ülke ulusal hukuklarında doğrudan uygulama alanı bulmuştur. Direktif, hukukun uygulanmasına ilişkin verilerin işlenmesi sürecinin özel ihtiyaçları ve özellikli karakterinin farkında olarak veri koruma ilkelerini ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş, bireylerin hakları ile adli ve polis adalet sürecinin gereklilikleri arasında bir denge bulmaya çalışmıştır. Örneğin, 7. maddede üye devletler gerçeklere dayanan kişisel verilerle kişisel değerlendirmelere dayanan kişisel verilerin birbirinden mümkün olduğunca ayırt edilmesini sağlamakla yükümlüdür. 6. madde de üye devletlere, kontrolörlere mümkün olduğu hallerde farklı kategorilerdeki veri sahiplerinin kişisel verileri arasında net bir ayırım yapmalarını isteme yükümlülüğü getirmiştir. Bu ve yukarıda genel hatları ile izah etmeye çalıştığımız Direktifin ilkeleri, tanımları, veriler arasındaki farklılıklar, uyumsuzluklarda çözüm yolları, yargısal mekanizmalar, veri işleyicilerinin sorumlulukları gibi kimi daha önceki çerçeve kararda olan ve geliştirilen kimi de ilk kez Direktifle düzenlenen hükümler önemli birer unsur olarak Direktifin öne çıkan olumlu özellikleri şeklinde kabul edilmektedir. Ancak yine yukarıda izah etmeye çalıştığımız, yeni yürürlüğe giren ve hakkında

¹²⁹ 'Opinion 03/2015 on the draft directive on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data', Data Protection Working Party, art.29, 1 December 2015, s.16.

¹³⁰ Paul De Hert&Vagelis Papakonstantinou, 'The New Police and Criminal Justice Data Protection Directive, A First Analysis', s.15.

ABAD kararlarının henüz oluşmadığı Direktife yönelik çekinceler de mevcuttur. Daha önce de belirttiğimiz üzere bu çekincelerin ortadan kalkması ya da sorunların aşılması ulusal düzeydeki uygulamalar ve mevzuatlar arasındaki uyumla mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

- Article 29 Data Protection Working Party (Working Party 29), “Opinion 03/2013 on Purpose Limitation”, 2 April 2013.
- Baecker, M. Hornung, G., Data Processing by Police and Criminal Justice Authorities in Europe-The Influence of the Commission’s Draft on the National Police Laws of Criminal Procedure, *Computer Law&Security Review*, 28, 2012.
- Balance between Security and Fundamental Rights Protection: An Analysis of the Directive 2016/680 for data protection in the police and justice sectors and the Directive 2016/681 on the use of passenger name record (PNR), <http://rivista.eurojus.it/balance-between-security-and-fundamental-rights-protection-an-analysis-of-the-directive-2016680-for-data-protection-in-the-police-and-justice-sectors-and-the-directive-2016681-on-the-use-of-passen/>
- Boehm, F., *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice, Towards Harmonized Data Protection Principles for Information Exchange at EU Level*, Springer, Heidelberg, 2012.
- Caruana, M. M., ‘The Reform of the EU Data Protection Framework in the Context of the Police and Criminal Justice Sector: Harmonisation, Scope, Oversight and Enforcement’, *International Review of Law, Computers & Technology*, 2017, s.(1-22).
- Case C-376/98 Germany v Parliament and Council [2000] ECR I-08419.
- Case C-491/01 British American Tobacco and Imperial Tobacco [2002] I-11453.
- CJEU Joined Cases C-465/00, C-138/01, and C-139/01 Rechnungshof [2003] ECR I-04989.
- CJEU, C-275/06, Promusicae, 29.1.2008.
- CJEU, C-73/07, Satamedia, 16.12.2008.
- CJEU, C-553/07, Rijkeboer, 7.5.2009.
- CJEU, Joined Cases C-92/09 and C-93/09 Volker und Markus Schecke and Eifert [2010] ECR I-11063.
- CJEU, Joined Cases C-92/09 and C-93/02, Volker und Markus Schecke GbR v. Land Hessen, Opinion of Advocate General Sharpston, 17 June 2010.

CJEU, C-70/10, Scarlet, 24.11.2011.

CJEU, C-543/09, Deutsche Telekom, 5.5.2011.

CJEU, C-614/10, Commission v Austria, 16.10.2012.

CJEU, Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others, Joined Cases C-293/12 and C-594/12, O.J. C258, 8.4.2014.

CJEU, Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner, Case C-362/14, O.J. C351, 6.10.2014.

Cocq, C. C., EU Data Protection Rules Applying to Law Enforcement Activities, *New Journal of European Criminal Law*, Vol.7, Issue 3, 2016.

Colonna, Liane, “The new EU proposal to regulate data protection in the law enforcement sector: raises the bar but not high enough”, *IRI Promemoria* 2012, Issue 2, s. 5. <https://docplayer.net/31141949-Irim-iri-promemoria-2-2012-liane-colonna.html>

Convention on Cybercrime CETS no.185, Budapeşte, 23.11.2001.

Council Framework Decision 2008/977/JHA of 27 November 2008 on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008F0977>.

Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation Rec 87 15 to member states regulating the use of personal data in the police sector, 17/07/1987.

Declaration No 21 on the protection of personal data in the fields of judicial cooperation in criminal matters and police cooperation, as annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Lisbon Treaty.

De Hert, P.&Papakonstantinou, V., ‘European Parliament Directorate General for Internal Policies: Policy Department Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area’, Brussel, 2014.

De Hert, P.&Papakonstantinou, V., The New Police and Criminal Justice Data Protection Directive, A First Analysis, *New Journal of European Criminal Law*, Vol.7, Issue 1, 2016.

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the proces-

sing of personal data and on the free movement of such data,
OJ 1995 L 281.

ECtHR, *Klass and Others v. Germany*, No. 5029/71, 6.9.1978.

ECtHR, *Malone v. the United Kingdom*, No. 8691/79, 2.8.1984.

ECtHR, *Rotaru v Romania* App no 28341/95, ECHR 2000-V.

ECtHR, *Amann v Switzerland* App no 27798/95, ECHR 2000-II.

ECtHR, *Copland v. the United Kingdom*, No. 62617/00, 3.4. 2007.

ECtHR, *Uzun v. Germany*, No. 35623/05, 2.9. 2010.

ECtHR, *M.M. v UK* App no. 24029/07 13.10.2012.

ECtHR, *Roman Zakharov v. Russia*, No. 47143/06, 4.12. 2015.

ECtHR, *Szabó and Vissy v. Hungary*, No. 37138/14, 12.1. 2016.

ECtHR, *Mustafa Sezgin Tanrikulu v. Turkey*, No. 27473/06, 18.7. 2017.

ECtHR, *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland*, No. 931/13,
27.6. 2017.

European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2014,
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/>.

European Data Protection Supervisor (EDPS), “Opinion 6/2015 – a further step
towards comprehensive EU data protection: EDPS recommen-
dations on the Directive for data protection in the police and
justice sectors”, 28.10. 2015.

European Commission, “Communication from the Commission to the European
Parliament, The Council, The European Economic and Social
Committee and the Committee of the Regions: Safeguarding
Privacy in a Connected World. A European Data Protection
Framework for the 21st Century”, Brussels, 25.1. 2012

EU Council Framework Decision 2008/977/JHA, of 27.11.2008 on the protection of
personal data processed in the framework of police and judicial
cooperation in criminal matters. OJ 2008 L 350, 30.12.2008.

EU Declaration No 21 concerning the Charter of Fundamental Rights of the Euro-
pean Union, annexed to the Final Act of the Intergovernmental
Conference adopted the Treaty of Lisbon, 2007.

European Parliament, “MEPs tighten up rules to protect personal data in the digi-
tal era” Press release, 12.03.2014. Available at www.europarl.europa.eu.

- europa.eu/news/en/news-room/20140307IPR38204/MEPs-tighten-up-rules-to-protect-personal-data-in-the-digital-era
- Fuster, G.G., *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Switzerland, Springer International Publishing. 2014.
- Google Spain C-131/12 EU C 2013, 424.
- Handbook on European Data Protection Law, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Luxemburg, 2018.
- Kokott, J.& Sobotta, C., *The Distinction between Privacy and Data Protection*, International Data Privacy Law, Vol.3, No.4, 2013.
- Le Métayer, Daniel, “Privacy by design: a matter of choice” in Gutwirth, Serge, Yves Poullet and Paul De Hert, *Data Protection in a Profiled World*, Dordrecht, Springer, 2010.
- Marquenie, Thomas, *The Police And Criminal Justice Authorities Directive: Data Protection Standarts and Impact on the Legal Framework*, Computer Law and Security Review, 33, 2017.
- “Opinion 03/2015 on the draft directive on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data”, Data Protection Working Party, art.29, 1 December 2015,
- Pajunoja, L. J., *The Data Protection Directive on Police Matters 2016/680*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uni. Helsinki, Faculty of Law, 2017.
- Reding, V., ‘The European data protection framework for the twenty-first century’, International Data Privacy Law, Volume 2, Issue 3, 1 August 2012.
- Regulation (Eu) 2016/679 Of The European Parliament And Of The Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119 4.5.2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT>.
- Treaty Of Lisbon Amending The Treaty On European Union And The Treaty Establishing The European Community (2007/C 306/01) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12007L%2FTXT>

WP29 opinion relating to the core topics in the view of trilogue, 17.6. 2015.

18.12.2000/c 364/01, Charter of Fundamental Rights of the European Union, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf

[http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other document/files/2015/20150617_appendix_coreissues_plenary_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other_document/files/2015/20150617_appendix_coreissues_plenary_en.pdf))

<http://rivista.eurojus.it/balance-between-security-and-fundamental-rights-protection-an-analysis-of-the-directive-2016680-for-data-protection-in-the-police-and-justice-sectors-and-the-directive-2016681>

<https://rm.coe.int/t-pd-201-01-practical-guide-on-the-use-of-personal-data-in-the-police-/16807927d5>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680>.

http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2015/wp233_en.pdf

Değerler Hiyerarşisi Olarak Temel Norm: Anayasa

Dr. Öğr. Üyesi Aslan DELİCE*

Öz: Değerler birey ve toplumlara istikamet tayin eder. Hayatın amacı ve anlamı kadar dayanılan temeller de içselleştirilen değerlerle ilişkilidir. Kişiler kadar toplumlar da zaman (tarih) ve mekân (ülke) içindeki varlıklarını anlamlandırırken değerlere atıf yapmak zorunda kalır. Anayasalar yalnızca toplumun her kesimi için bağlayıcı hükümler içermekle kalmaz aynı zamanda birbiriyle çatışan ve birbirlerini dışlayan değerlerin sıralamasını da yaparak önemli olanı önemsiz olandan ayırır. Önem sıralamasının kalıcılığı ve sağlamlığı ise toplumsal değerlerin anayasalarda güçlü bir şekilde temsil ve ifade edilmesine bağlıdır. Orta ve uzun vadede bu gayeye sadece uyulması zorunlu kuralların, toplumun çoğunluğunca benimsenip tercih edilen değer yargılarını kapsaması hiç değilse saygı duymasıyla ulaşılabilir.

Özgürlük, mülkiyet, eşitlik, adalet arasından tercih sıralamasında hangisinin ilk sıraya yerleştirildiğini öğrenmek için anayasal belgelere baktığımızda “çoğunlukla” ilk ikisinin üstün değer olarak kabul ve tercih edildiği görülür. Makale, yalnızca bilim yoluyla elde edilemeyen değerlerin zorunluluk içermediğini göstermekle kalmaz aynı zamanda liberal anayasaların değer tercihlerinin burjuva sınıfı çıkarlarıyla uyumlu olduğunu da işaret eder.

Anahtar Kelimeler: Değerler, özgürlük, eşitlik, iyi, tercih, burjuva sınıfı, Magna Carta.

Hierarchy of Values As a Basic Norm: Constitution

Abstract: Values determine a direction for individuals and societies. The foundations relied on, as well as the purpose and meaning of life, are related to the internalized

* Makale Gönderim Tarihi: 22.06.2018. Makale Kabul Tarihi: 30.11.2018.

Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-3596-8420); adelice@fsm.edu.tr

values. Societies, as well as individuals, need to refer to values while making sense of their existence in time (history) and space (country). Constitutions not only comprise binding provisions for all segments of the society but at the same time distinguish the significant from the insignificant by prioritizing conflicting and exclusionary values. The persistence and robustness of the order of importance depend on the strong representation and expression of social values in the constitutions. In the medium and long-term, this objective can be achieved solely through the inclusion of value judgments, which the majority of the society preferred and adopted, into the compulsory rules, or at least by being respected by such rules.

When we look at the ranking of liberty, property, equality, and justice to inquire which is given the first place in constitutional documents, we see that the first two are always preferred and accepted as higher values. This article not only demonstrates that the values cannot be achieved by science does not include imperativeness but also indicates that value preferences of liberal constitutions are compatible with interests of the bourgeois.

Keywords: Values, freedom, equality, good, preference, bourgeois class, Magna Carta.

I. Giriş

Makalede ilk olarak anayasanın temel işlevi açıklanmış, daha sonra değerlerin tanımı ve tasnifine geçilmiştir. Ayrıca ahlak, hukuk ve özellikle anayasalar için merkezi öneme sahip iyilik, adalet, özgürlük gibi temel değerlerin iz bırakan düşünürler tarafından nasıl bir içeriğe kavuşturulduğu açıklanmıştır. Nihayet Magna Carta'dan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne (İHAS) kadar temel hukuki belgelerin hangi değerleri koruma altına aldığı, bir başka deyişle hangi değer diğerini tercih edildiği gösterilmeye çalışılmıştır. Sonuç kısmında tercih edilen değerlerle, burjuva sınıfı çıkarlarının işlevsel bütünlüğü olanca çıplaklığıyla ortaya konulurken makalenin ana fikri de bir kez daha ifade edilmiştir.

II. Anayasanın İşlevi

Anayasanın üstün hukuk kuralı oluşu¹ sosyal bilimcilerin fikir birliğine ulaştıkları nadir noktalardan biridir. Gerçekten de devletin egemenlik sınırları içerisinde yer alan gerçek ve tüzel kişiler dışında başta hükümetler

¹ Friedrich A. Hayek, *Hukuk, Yasama ve Özgürlük* (Çev. Atilla Yayla-Mustafa Erdoğan), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012, s. 174; Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The MIT Press, Cambridge and Massachusetts, 1996, s. 129; Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Translated and edited by Jeffrey Seitzer), Duke University Press, Durham and London, 2008, s. 62-73.

olmak üzere idari makamlar ve mahkemeler anayasa kurallarıyla bağlıdır. Anayasal hükümler yalnızca kişi ve kurumlar için bağlayıcı olmakla kalmaz, aynı zamanda kanun gibi alt düzey kuralların muhteva ve biçimlerini belirleyerek herkes için bağlayıcı meşru kuralların nasıl oluşturulacağı sorusunun cevabını da verir.

Normatif bir düzen olarak anayasa, yasama, yürütme ve yargı organlarının yetkilerini düzenlemek dışında hak ve özgürlükleri tanıyarak sınırlarını çizer. Bunu değerleri somutlaştıran, maddileştirerek görünür kılan normlar aracılığıyla gerçekleştirir. Toplumsal düzenlerin aynı zamanda bir değerler sistemi olması,² hem birden fazla değere sahip olan³ hem de bu değer ve çıkarların toplum içindeki dağılımını gösteren⁴ anayasaların asıl işlevini örter. Norm değer zinciri, değerlerin norma dönüşmesinin tabii sonucu⁵ olduğuna göre bu işlev, değerlerin ideal varlığa kavuşturularak temsil ve ifade edilmesi, bir başka ifadeyle, normatif düzene dâhil edilmesiyle yerine getirilir. Temel sorun değerler arasındaki hiyerarşinin belirlenmesi⁶ olduğuna göre “çatışan değerlerden hangisinin en üstte yer aldığı”⁷ göstermek de hukukun en önemli ödevi haline dönüşür. Ahlaki ya da hukuکی bir eylemin niçin yapılması gerektiği sorusu “değerli” olduğu şeklinde cevaplandırılıyorsa,⁸ anayasa hükümlerine bir de değerler penceresinden bakılmalı, “değer”in ne olduğu, değerler arasındaki ilişkilerin nasıl belirlendiği, daha da önemlisi değerler hiyerarşisinin hangi ölçüte göre tesis edildiği açıklığa kavuşturulmalıdır.

III. Değerlerin Tanımı ve Tasnifi

Nietzsche’ye göre fiyatların ve değerlerin belirlenmesi, eski çağlardan beri insanları o kadar meşgul etmiştir ki kesin bir şekilde bizatihi düşüncenin

² Hilmi Ziya Ülken, *Bilgi ve Değer*, Doğu Batı Yayınları, İstanbul, 2016, s. 341.

³ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, (Translated by Klaus A. Ziegert), Oxford University Press, New York, 2004, s. 121.

⁴ Habermas, s. 156.

⁵ Ülken, s. 197, 295.

⁶ Friedrich Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, (Çev. Ahmet İnam), Gündoğan, Ankara, 1998, s. 56.

⁷ Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, (Translated by Peter Heath, D. Reidel), Publishing Company, Dordrecht- Holland, 1973, s. 4.

⁸ Vecdi Aral, *İnsan ve Mutlu Yaşam/Yaşamın Anlamı*, Der Yayınları, İstanbul, 1992, s. 52.

kendisi olmuştur⁹. İktisat tarihi de büyük oranda değer sorunu mücadelesi olarak görülebilir¹⁰. “Değer” kelimesi farklı yazarlarca farklı şekillerde kullanılsa da¹¹ kıymetli olmak, arzu edilirlilik ve önem taşımakla bağlantılıdır¹². Ülken için kendisine ihtiyaç duyduğumuz, aranan ve bizi tamamlayan şey “değer”dir. Nasıl ki suya duyulan ihtiyaç suyu bir değere dönüştürüyorsa¹³; ihtiyaçları gideren nesneler de bu işlevleri dolayısıyla değer kazanır.¹⁴ Aral’a göre gerçeklikten farklı, zaman ve mekândan bağımsız soyut nitelikte ideal varlığa sahip değerler, olması gerekeni ifade ettikleri için birer ölçüdürler¹⁵. Bu tanıma yaklaşan Mengüşoğlu insanın hareket ve faaliyetlerinin yönünü tayin eden, davranışların dayandığı temeli “kıymet” olarak adlandırır¹⁶. Habermas ise hayat tarzı ve kültür tarafından inşa edilen değerlerin bir toplumun tercihlerini, uğrunda uğraş verilecek şeyleri ortaya koyduğunu,¹⁷ orta ve uzun vadede neyin iyi olduğunu söylemeleri nedeniyle de kurallarla çelişik değil uyumlu bir bütünün parçaları olmaları gerektiğini ifade eder¹⁸. Nietzsche, bize sağladığı maddi, duyuşsal ve ruhsal tatmini değil, nelerden feragat edildiği ölçütünü kullanır: “Bazen bir şeyin değeri onunla neye ulaşıldığına değil onun için ne ödendiğine, bize neye mal olduğuna dayanır.”¹⁹ Değerin değerine odaklanan bu yaklaşımın değerlerin mertebe ve sıralamasını yapabilmek için vazgeçilmez bir bakış açısı sunduğu açıktır.

⁹ Nietzsche, s. 69.

¹⁰ Nicholas Georgescu-Roegen, “Utility”, David L. Sills (Edt.), International Encyclopedia of the Social Sciences, Volume 16, The Macmillan Company & The Free Press, USA, 1968, s. 236.

¹¹ Donald F. Gordon, “Value, Labor Theory Of”, David L. Sills (Edt.), International Encyclopedia of the Social Sciences, Volume 16, The Macmillan Company & The Free Press, USA, 1968, s. 279.

¹² Joycelyn M. Pollock, Ethical Dilemmas and Decisions in Criminal Justice, Wadsworth Cengage Learning, Belmont, 2010, s. 10.

¹³ Ülken, s. 205.

¹⁴ Immanuel Kant, Ahlak (Töreler) Metafiziğini Temellendirme, (Çev. Nejat Bozkurt), Say Yayınları, İstanbul, 2010, s. 218.

¹⁵ Aral, s. 75: Vecdi Aral, Toplum ve Adaletli Yaşam, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s. 50-51.

¹⁶ Takıyettin Mengüşoğlu, Değişmeyen Değerler, Değişen Davranışlar/ Felsefi Etik İçin Kritik Bir Hazırlık, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1965, s. 15.

¹⁷ Habermas, s. 255.

¹⁸ Habermas, s. 255.

¹⁹ Friedrich Nietzsche, Putların Alacakaranlığı, (Çev. Mustafa Tüzel), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s. 87.

Daha az önemli olan ve eşyanın fiyatını belirlemekte kullanılan “değerin emek kuramı”na göre, değer tümüyle emekten kaynaklanır²⁰. Bir malın fiyatını da üretilmesi için gerekli izafi emek miktarı belirler²¹. Mübadele değerinin tek başına emek tarafından değil ücretler, kâr, kira, sermaye, emek gibi toplam üretim maliyeti oranlarınca belirlendiğini²² haklı olarak ileri sürenler de vardır. Piyasaya arz edilen talebe göre fiyatı belirlenen emeğin, bir değer olduğu kabul edilse bile tüm değerlerin emek tarafından oluşturulduğu düşüncesi hatalıdır. Nihai olarak çalışkanlık, verimlilik ve üretkenliğe piyasa bir fiyat biçer²³. Halbuki “değer”in piyasada fiyatlanamayan, fiyatla ölçülemeyen olması gerekir. Aynı nedenle değerlerin kökenine teknik uygulamayı yerleştiren ve değerlerin praksisten doğduğunu ileri süren pragmatizm de hatalıdır.²⁴ Kant’ın yol gösterici ayrımına göre dünyada şeylerin ya bir fiyatı ya da bir değeri (onur) vardır. Fiyatı olan şeylerin yerine onunla eşdeğer başka bir şey konulabilirken, her fiyatın üstünde olan ve bu nedenle denk bir karşılığı bulunmayan şeyler değerlidir. Akıl sahibi ahlaklı insan değerli olan biricik şeydir.²⁵

Yukarda belirtildiği gibi değer kelimesi yalnızca şeylerin fiyatına işaret etmez. İyi-kötü, güzel-çirkin, doğru-yanlış ayrımı yapılan²⁶ tüm toplumlarda iktisadi değerler dışında ahlaki, estetik ve dini alana ilişkin çok sayıda değer bulunur. İlk akla gelenler hayat, özgürlük, adalet, eşitlik, hakikat, birey, ulus,²⁷ saygı ve yargılayıcı olmama şeklinde sıralanabilir.²⁸ Tüm değerleri üçlü bir tasnife tabi tutan Aral, yeme-içme, güç ve sağlık gibi değerleri “vital değerler”, haz ve yarara ilişkin olanları “duyusal değerler”, hakikat, etik, estetik ve dini ise “yüksek tinsel değerler” olarak sınıflandırır²⁹. Din kural-

²⁰ David Ricardo, Siyasal İktisadın ve Vergilendirmenin İlkeleri, (Çev. Barış Zeren), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008, s. 16.

²¹ Gordon, s. 280; Ricardo, s. 7-63.

²² Gordon, s. 280

²³ Kant, s. 225.

²⁴ Ülken, s. 272.

²⁵ Kant, s. 225.

²⁶ Aral, Toplum ve Adaletli Yaşam, s. 65.

²⁷ Kelsen, s. 4

²⁸ Colin Whittington- Margaret Whittington, “Partnership working, ethics and social work practice”, Linda Bell & Trish Hafford-Letchfield (Edt.), Ethics, Values and Social Practise, Open University Press, Berkshire, England, 2015, s. 82.

²⁹ Aral, İnsan ve Mutlu Yaşam/ Yaşamın Anlamı, s. 19.

ları kutsal, ahlak kuralları iyi-kötü, sanat kuralları güzel-çirkin, teknik fayda değerinin temelinde yer alır³⁰.

Değerler hem bir mertebe/hiyerarşiye hem de özerkliğe sahiptirler. İnsan iradesi tarafından yürürlüğe konulmuş yasalarca oluşturulan değerlerden farklı olarak Tanrısal iradeyi yansıtanlar “mutlak değer” adını alır³¹ ve tüm değerlerin zirvesini oluşturur³². Diğerleri ise “nispi değerler” olarak “mutlak değerlerin” altında yer alır. İster genel ister özel nitelikli olsun “mutlak değerler” insan aklının ötesinde yer alır ve sınırsız meşruiyet talep ederler. “Nesnel değer yargıları” geçerli ve objektif bir kurala dayanılarak yapılan değerlendirmelerden oluşurken³³ karşı kutbunda “öznel değer yargıları” bulunur. Özerklikten anlaşılması gerekense değerlerin mukayese edilemez ve fiyat biçilemez (ölçülemez) oluşu,³⁴ bir başka deyişle bir değer bir başka değere irca edilemez/indirgenemez olmasıdır³⁵.

IV. Temel Değerler

A. İyi

Yukarıda ahlâk kurallarının iyi ve kötü değer yargısının kökeninde yer aldığı belirtildi. Hem hukukun gelişiminin ahlaktan etkilenmesi³⁶ hem de ahlaki gelişimin belirleyicilerinden birinin hukuk olması nedeniyle ahlaken “iyi” kavramı hukuk açısından önem taşır. Hukukun temel gayesinin adaleti gerçekleştirmek olduğu düşünüldüğünde ahlaki değer yargılarına hukukçuların ilgisiz kalması düşünülemez. Netice ahlakına (consequentialism) göre iyi, mümkün olan en iyi sonucu üreten eylemdir. Bir başka deyişle doğru davranış, en iyi neticeyi veren ya da asgari olumsuzluk üreten davranıştır.³⁷ İngiliz faydacı kurama göre ahlaken iyi, eylemden doğrudan ya da dolaylı etkilenen kişiler üzerinde en fazla mutluluk ya da asgari mutsuzluk doğu-

³⁰ Ülken, s. 297-364.

³¹ Kelsen, s. 277.

³² Ülken, s. 342-345.

³³ Kelsen, s. 278.

³⁴ Ülken, s. 276.

³⁵ Ülken, s. 311.

³⁶ H.L.A Hart, Hukuk, Özgürlük ve Ahlak (Çev. Erol Öz), Dost Kitabevi, Ankara, 2000, s. 13.

³⁷ Souzy Dracopoulou, “Major trends in applied ethics, including the ethics of social work”, Linda Bell & Trish Hafford-Letchfield (Edt.), Ethics, Values and Social Practise, Open University Press, Berkshire, England, 2015, s. 13.

ran davranıştır³⁸. Bu yaklaşım, eylemlerin ürettiği sonuçlara odaklanır ve bizi sonuçlar üzerinden bir dengeye götürerek en az zararın doğduğu seçeneğe götürür.³⁹ Faydalı olanın iyi olması,⁴⁰ “faydayı azamileştirecek tüm ahlaki yargılara meşruiyet temin eder.”⁴¹ İyi olanı bireysel ya da toplumsal hazdan çıkarsayan kurucu faydacılık teorilerinin hatalı olduğunu göstermek kolaydır⁴². İlk olarak aşkın alana ait değerler için haz ve elemin temel alınması yanlıştır.⁴³ Keza, toplumun çoğunluğu için büyük fayda sağlayacak durumun azınlığa,⁴⁴ sömürülen Afrikalı ya da Asyalı bir topluma maliyeti dayanılmaz boyutlarda olabilir. İyinin yararlı, hoş olanla özdeşleştirilmesini, ayaktakımına özgü bir alışkanlık olarak gören Nietzsche,⁴⁵ azınlık yerine çoğunluğun iyi durumda olmasına daha yüksek bir değer biçen bu tutumu çocuksu bularak aşağılar⁴⁶. Haz ve acı gibi ikincil ve yan şeylerle ölçülmüş değerler ancak naif ve yüzeysel bir düşünüş biçimi,⁴⁷ ya da yalnızca İngiliz mutluluğuna, İngiliz konforuna en iyi hizmeti sunan bir ahlak türü olabilir⁴⁸. Karşı kutupta Alman filozof Kant tarafından ortaya konulan deontolojik yaklaşım yer alır. Kant’a göre iyi iradede başka kayıtsız şartsız iyi sayılabilecek hiçbir şey yoktur⁴⁹; bir eylem sonuçlarından bağımsız şekilde, içsel olarak iyi ya da kötüdür⁵⁰. Birçok düşünür “iyi” kavramını farklı şekillerde tanımlar.

³⁸ Dracopoulou, s. 14.

³⁹ Trish Hafford-Letchfield and Jean Dillon, “The contribution of education and learning for ethical practice: situating ethics and values within the social work continuum”, Linda Bell & Trish Hafford-Letchfield (Edt.), *Ethics, Values and Social Practise*, Open University Press, Berkshire, England, 2015, s. 24 vd.

⁴⁰ Aral, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, s. 102.

⁴¹ Dracopoulou, s. 14.

⁴² Hayek, s. 635.

⁴³ Ülken, s. 230.

⁴⁴ Cüneyt Yüksel, *Devlette Etik/ Dünyada ve Türkiye’de Kamu Yönetiminde Etik Yasal Alt Yapı ve Uluslararası Uygulamalar*, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 31.

⁴⁵ Friedrich Nietzsche, *İyinin ve Kötünün Ötesinde*, (Çev. Mustafa Tüzel), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s. 103.

⁴⁶ Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, s. 56.

⁴⁷ Nietzsche, *İyinin ve Kötünün Ötesinde*, s. 156-157.

⁴⁸ Nietzsche, *İyinin ve Kötünün Ötesinde*, s. 103.

⁴⁹ Kant, s. 179.

⁵⁰ Dracopoulou, s. 14

Spinoza için iyi, insan doğasını yetkinliğe götürecek her türlü araç,⁵¹ “... bize faydalı olduğunu bildiğimiz şeydir.”⁵² Varlığımızın korunması için faydalı, yani işleme ve etki gücümüzü artıran ya da tamamlayan şeyler iyiyken, bir iyiliğe sahip olmamıza engel olduğunu kesinlikle bildiğimiz şey, bir başka deyişle varlığımızın korunması için zararlı olan, yani etki gücümüzü eksiltten veya azaltan şeyler de kötüdür⁵³. Varlığımızı korumak için göstereceğimiz her çaba bizi güç sahibi kılarak erdeme ulaştırırken, faydalı olandan, kendi varlığını korumaktan uzaklaşılması da bizi güçsüz kılar⁵⁴. Spinoza, liberalizmi ve faydacılığı birleştirecek biçimde her bireyin, kendisine en faydalı olanı aradığında, diğerlerine de azami fayda temin edeceğine inanır. İnsanların diğerleriyle uyuşmasının veya uzlaşmasının temelindeyse akıl ilkelerine göre yaşamak bulunur⁵⁵.

Nietzsche için insanda güç duygusunu, güç istemini, gücün kendisini yükselten her şey iyi, zayıflıktan doğan her şey ise kötüdür⁵⁶. İyi: soylu, güçlü, yüksek ruhlu kişileri ve bu kişilere ait eylemleri ifade ederken, karşı kutupta alçak ruhluluk, bayağılık ve köylülük vardır.⁵⁷ Fin-Gal dillerinde sarı saçlı anlamındaki kelime aynı zamanda iyi, soylu, saf anlamına gelir ve kara saçlı yerli ahalinin tam zıddını ifade eder⁵⁸. Tıpkı Latince *malus* kavramının kara, karanlık, kara derili sıradan insan anlamlarına gelmesi gibi. *Köle ahlakını*⁵⁹, zayıfın güçlüden korunma güdüsü sonucu oluşan sahte ve yoz bir kurum olarak gören Nietzsche için sömürü, organik bir fonksiyon olarak canlılığın özüne aittir ve tam da yaşam arzusunun, güç istencinin sonucudur. Sömürü ve baskı yapılmak zorundadır çünkü yaşamın bizzat kendisi

⁵¹ Benedictus Spinoza-Wilhelm Leibniz, *Monadoloji/Kavrayış Gücünün Gelişimi* (Çev. Can Şahan), Kuram Yayınları, İstanbul, s. 24.

⁵² Benedictus Spinoza, *Etika* (Çev. Hilmi Ziya Ülken), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009, s. 200.

⁵³ Spinoza, *Etika*, s. 200-206.

⁵⁴ Spinoza, *Etika*, s. 214.

⁵⁵ Benedictus Spinoza, *Teolojik Politik İnceleme*, (Çev. Cemal Bali Akâl-Reyda Ergün), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010, s. 233, 235, 285; Spinoza, *Etika*, s. 222-223.

⁵⁶ Friedrich Nietzsche, *Deccal/Hristiyanlığa Lanet*, (Çev. Oruç Aruoba), Hill Yayın, İstanbul, 1995, s. 14.

⁵⁷ Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, s. 30-31.

⁵⁸ Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, s. 34.

⁵⁹ Nietzsche, *İyinin ve Kötünün Ötesinde*, s. 203-226.

güç istemidir. O halde bu eylemler ahlak karşısı [kötü] değildir⁶⁰. Kötülük, içgüdünün yozlaşması, bastırılması, güç istencinin dağılması⁶¹ sonucu oluşan zayıflık, hastalık ve güçsüzlüktür; hayatın olumsuzlanarak reddedilmesi anlamına gelen ahlak ve din anlayışıdır.

Hayek, tabii olanın iyi olduğuna ilişkin geleneksel eğilimi reddeder⁶². Aksine kuralların tabii güdülerini sınırlandırarak toplumsal düzenin tesisi için gerekli olduğuna vurgu yapar. Bir adım daha atarak iynin akli oluşuna ilişkin köklü görüşe de karşı çıkar: “İnsanı iyi yapan tabii [olan] ya da akıl değil, gelenektir.”⁶³

Sırada hem toplumlar hem de hukukçular için hayati önem taşıyan bir başka değer var. Hukuk düzeninin adalete yönelik normatif bir düzen olduğu,⁶⁴ o olmadan hukukun olamayacağı⁶⁵, “hukuk ve adaletin eşanlamlı olduğu”⁶⁶ kabul edildiğine göre adaletin ne olduğu sorusu nasıl cevaplandırılabilir?

B. Adalet

Yalnızca insan davranışları adil ya da gayrı adil şeklinde nitelendirilebilir, doğa ise ne adil ne de gayrı adildir⁶⁷. Toplumsal ilişkilerde bu tür bir yargıya ulaşabilmesi de hukuk düzeninin bir takım değerler üzerine inşa edilmiş olma şartına bağlıdır. Kadim Yunan bilgeleri adaleti, herkese sahip olduğu hakkı vermek⁶⁸ olarak tanımlamış ama kişilerin hakkının ne olduğu sorusu cevapsız bırakılmıştır. Dolayısıyla sorun yalnızca ötelenmiştir. Diğer yandan adalet talebinin insanın sonsuz mutluluk özleminin bir yansıması⁶⁹

⁶⁰ Nietzsche, İyinin ve Kötünün Ötesinde, s. 260.

⁶¹ Nietzsche, Putların Alacakaranlığı, s. 35.

⁶² Hayek, s. 631.

⁶³ Hayek, s. 631-632.

⁶⁴ Ülken, s. 288; Yüksel, Devlette Etik, s. 36; Aral, Toplum ve Adaletli Yaşam, s. 45.

⁶⁵ Immanuel Kant, Kamu Hukuku Transandantal (Deneyüstü/Aşkın) Kavramlarına Göre Politika ile Ahlak Arasındaki Uyum Üstüne, (Çev. Nejat Bozkurt), Say Yayınları, İstanbul, 2010, s. 321. (Fikir Mimarları Dizisi- 2 KANT içinde)

⁶⁶ Hans Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, (Çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, İstanbul, 2016, s. 14.

⁶⁷ Hayek, s. 256; Luhmann, s. 215.

⁶⁸ Kelsen, Essays in Legal and Moral Philosophy, s. 13.

⁶⁹ Kelsen, Essays in Legal and Moral Philosophy, s. 1: Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, s. 13.

olduğu ileri sürülmüşse de insanı neyin mutlu edeceği açık değildir⁷⁰. Açık olan yalnızca adaletin, dürüstlük, eşitlik ve tarafsızlıkla koparılamaz şekilde bağlı olduğudur.⁷¹ Keza hem gelenek hem modern düşünce adaleti eşitlikle özdeşleştirme eğilimindedir⁷².

Spinoza, adaleti yalnızca üstün gücü [egemenlik] kullananların kararına bağlar. Adalet eşitlikle, adaletsizlik de eşitsizlikle özdeştir. Uyuşmazlıkları çözmek için görevlendirilenler, insanlar arasında ayrım gözetmemek, herkesi eşit saymak, zengini kıskanmadan yoksulu hor görmeden herkesin hakkını aynı biçimde savunmak zorundadır⁷³.

Nietzsche'ye göre doğal hiçbir saldırı, sömürü, yok etme, adil değildir denemez, çünkü adil-adil olmayan ayrımı ancak yasanın kurumsallaşmasından sonra var olabilir⁷⁴. Kavram, her şeyin bir fiyatı vardır, her şeyin fiyatı ödenmelidir vecizesiyle ifade edilen mübadele uzlaşısıyla başlayıp, borcunu ödemeyenlerin serbest bırakıldığı, suç işleyenlerin cezalandırılmadığı bir güç bilincine ulaşmakla son bulur. Adaletin kendisini de yendiği bu aşama “merhamet” adını alır ve yalnızca en güçlü insanların, hukukun ötesinde yer alanların imtiyazı olarak kalır⁷⁵.

Kelsen'e göre adalet, yasaya uygunluk, özellikle de pozitif hukuka uygunluk anlamına gelir ve mutlak bir değeri ifade eder⁷⁶. Yalnızca adil bir toplum, üyelerini tatmin ederek onları mutluluğa ulaştırabilir⁷⁷. Buradaki mutluluk öznel/bireysel değil, nesnel/toplumsal ölçütlere göre belirlenmeli ve toplumsal otoritenin kabul ettiği temel ihtiyaçların karşılanması şeklinde

⁷⁰ Nietzsche'nin “Başkalarının acı çekişini görmek mutlu kılar insanı, başkalarına acı vermek daha da mutlu” cümlesi bu farklılığa işaret eden bir örnektir. Bkz. Friedrich Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, s. 65.

⁷¹ Pollock, s. 52.

⁷² Luhmann, s. 218.

⁷³ Spinoza, *Teolojik Politik İnceleme*, s. 237-286.

⁷⁴ Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, s. 74.

⁷⁵ Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, s. 69, 71.

⁷⁶ Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 14. Kelsen'in 30 yıl sonra yayınlanan bir başka eserinde “adaleti”, toplumsal düzenin zorunlu olmayan, ikincil değerde bir niteliği olarak tanımlaması bir yandan adaleti değersizleştirme anlamına gelirken diğer taraftan sadece güç ilişkilerine yaslanan hukuk tanımına kapı aralar. Bkz. Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, s. 1.

⁷⁷ Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, s. 1.

anlaşılmalıdır⁷⁸. Daha da önemlisi bir düzen yalnızca bireysel özgürlüğü teminat altına alıyorsa adil sıfatını alabilecektir⁷⁹. Kelsen'e göre içi boş adalet vecizeleri bir kenara bırakılıp, rasyonel bakış açısıyla toplumsal ilişkilere bakıldığında, yalnızca çıkarlar ve onlara dayalı çatışmalar görülür. Yazara göre adaletin tanımlanamaz oluşu onun akıl dışı (irrational) niteliğinin sonucudur⁸⁰.

Neo-Liberal Hayek'e göre hiçbir pozitif adalet ölçütü yoktur, yalnızca neyin adaletsiz olduğunu gösteren negatif ölçütler vardır⁸¹. Yanlış ve adaletsiz olanı saf dışı ederek doğruya ve adalete yaklaşılmaya çalışabiliriz, ama nihai adalete ulaştığımızdan emin olamayız⁸². Üzerinde konuşulabilecek tek anlamıyla “adalet”, sadece serbest piyasada hilesiz, aldatmasız veya şiddet kullanılmadan belirlenmiş ücretler veya fiyatlar anlamına gelir⁸³. Bu nedenle “sosyal adalet” tamamen içi boş ve anlamsız bir terim olup, onu kullanmak ya düşüncesizlik ya da sahtekârlıktır⁸⁴.

Habermas'a göre, adil toplum fikri, insan onuru ve eşit haklarla -toplumsal yararların adil dağıtımıyla- bağlantılıdır. Kanun önünde eşitlik ve eşit muamele görme hakkı esasen insan onuru ve özerkliğini teminat altına almaya yönelik hukukun evrensel karakterinin sonucudur. Burada normatif anahtar refah değil, özerkliktir⁸⁵. Adaletsizlik, kendisini öncelikle özgürlüğün kısıtlanması ve insan onurunun çiğnenmesi şeklinde daha sonra da keyfilik ve ayrımcılıkla ifade eder⁸⁶.

C. Özgürlük

Hukukçular arasında sonu gelmez tartışmaların kaynağı haline gelen ve en önemli değer olan özgürlük de kolayca üzerinde fikir birliğine ulaşılabilecek bir içerik taşımaz. Hayek için “özgürlük, herkesin kendi bilgisini kendi

⁷⁸ Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, s. 3.

⁷⁹ Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, s. 3.

⁸⁰ Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 16.

⁸¹ Hayek, s. 269-284.

⁸² Hayek, s. 271.

⁸³ Hayek, s. 182-309.

⁸⁴ Hayek, s. 216.

⁸⁵ Habermas, s. 418.

⁸⁶ Habermas, s. 419.

amaçları için kullanabilmesi iken”⁸⁷ Kelsen’e göre gerçek özgürlük yalnızca her türlü cebir ve tahakkümden azade olmak anlamına gelmez, aynı zamanda o, azınlık yerine çoğunluk iradesine yaslanan yönetim tarzını da ifade eder⁸⁸. Habermas için yasal özgürlük, kişinin kendi tanımladığı şekliyle iynin takip edilmesini mümkün kılan özerk bir alanın oluşturulması, bir başka ifadeyle kişisel menfaatler peşinde koşulabilmesine imkân tanıyan alanın olumsuz şekilde tanımlanmasıdır⁸⁹. Luhman, harici sınırlamaların kaldırılması olarak tanımladığı özgürlüğün, aynı zamanda yasal sınırlamaların kabulü anlamına gelmesi nedeniyle kadim bir çelişki taşıdığını ifade eder⁹⁰. Aral, kavramı kişinin kendisine uyması, kendi efendisi olması, başkaca bir şeyle belirlenmemesi anlamında kullanır⁹¹. Nietzsche için kavram, kendinden sorumlu olma istencine sahip olmaktır⁹². Kant ise kavramı “kendini istegimle kabul ettiğim yasalardan başka, dışımdan gelen hiçbir yasaya uymama olanağı”⁹³ şeklinde tanımlar. Spinoza’ya göre, emri verenin değil de tüm halkın esenliğinin üstün yasa olduğu bir devlette her konuda üstün güce itaat eden uyruk özgürdür. Yasaların sağlıklı akla dayandırıldığı özgür devletin vatandaşları dilediği an özgür olurlar⁹⁴.

D. Hakikat

Değerler, bilhassa hakikat değeri üzerinde uzlaşmak neredeyse imkânsızdır. Varlığını kabul edenler kadar onları bütünüyle reddeden yazarlar da vardır. Wittgenstein, olayların tesadüfi yaşandığı dünyada değerlin olamayacağı iddiasını benimserken⁹⁵, Hayek, ortak bir amaçtan yoksun top-

⁸⁷ Hayek, s. 74-75-324.

⁸⁸ Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, s. 3.

⁸⁹ Habermas, s. 396. Habermas’ın birkaç sayfa sonra “kişinin izin verilenler arasında dilediğini yapabilmesi bir başka ifadeyle yasal özgürlüğün, izin verilenler arasında gerçek bir seçim imkanı tanıyan fiili bir özgürlük olmadıkça değersiz olduğunu yazması, yasal özgürlüğün içeriğinin tatmin edici olmaktan ne denli uzak olduğuna işaret eder. Bkz. Habermas, s. 403.

⁹⁰ Luhmann, s. 227

⁹¹ Aral, *İnsan ve Mutlu Yaşam/Yaşamın Anlamı*, s. 35, 69.

⁹² Nietzsche, *Putların Alacakaranlığı*, s. 87.

⁹³ Immanuel Kant, *Sürekli Barış*, (Çev. Nejat Bozkurt), Say Yayınları, İstanbul, 2010, s. 288. (Fikir Mimarları Dizisi- 2 KANT içinde)

⁹⁴ Spinoza, *Teolojik Politik İnceleme*, s. 236.

⁹⁵ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, (Çev. Oruç Aruoba), Metis, İstanbul, 2006, s. 167.

lumlar için hiçbir değer yargısı⁹⁶ -bu arada hakikatin de- söz konusu olmayacağı düşüncesindedir. Akal, adalet, hakikat gibi değerlerin sadece bir kelimeden ibaret olduğunu, bu kavramların güce dayalı ilişkilerin üzerini örtmek için ya da gerçeği gizleyen bir perde olarak kullanıldığını ileri sürer⁹⁷. Nietzsche'ye göre özgür ruhlar için hiçbir şey hakikat olamaz,⁹⁸ bu tanımın içine dâhil edilenler kuruntu veya içi boş laflardan öteye gitmez.⁹⁹

Aksi görüşte çok sayıda yazar vardır: Kimi yazarlara göre “hakikat” tarihin sınıf mücadelelerinden oluşmasıdır¹⁰⁰. Kapitalistler içinse yaşamın tek amacı kazanmaktır.¹⁰¹ Biricik amaç veya anlam, *auri sacra fames*den* doğar. Fukuyama için evrensel homojen devletin içeriğini oluşturan ve Fransız ve Amerikan Devrimleriyle tarihi sona erdiren liberal demokrasilerdir¹⁰². Kierkegaard için kişinin içinde sükûn bulduğu, keşfedilmesi gereken yoksunluktur; Tanrının insanlığın kurtuluşu için en aşağılık insan seviyesine inerek acı çekmesi, ona sonsuz sevgisini sunmasıdır¹⁰³. Yahudiler için kendi kavimlerinin diğerleri arasında seçilmiş olmasıdır¹⁰⁴. Foucault için hakikat diye ileri sürülenlerin çoğu simetrik olmayan bir durumun sürdürülmesi ya da yeniden kurulmasına yönelik bir hak ortaya konulması veya bir silah gibi işleyen hakikati geçerli kılmaktır¹⁰⁵.

Hakikatin ne olduğu ve değeri hakkında bir kanaate ulaşabilmek için kavramın açıklığa kavuşturulması gerekir. Heidegger'e göre, klasik görüşte “hakikat” kavramı üç niteliğe sahiptir. İlk olarak hakikat, hükümlerimiz

⁹⁶ Hayek, s. 310-311.

⁹⁷ Cemal Bâli Akal, *Hukuk Nedir?*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2017, s. 57.

⁹⁸ Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, s. 141.

⁹⁹ Nietzsche, *Putların Alacakaranlığı*, s. 35.

¹⁰⁰ Karl Marx –Frederick Engels, *Manifesto of The Communist Party*, Foreign Languages Press, Peking, 1970, s. 31.

¹⁰¹ Max Weber, *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu*, (Çev. Zeynep Aruoba), Hil Yayın, İstanbul, 1997, s. 64.

* Kazanç için kutsal arzu

¹⁰² Francis Fukuyama, *Tarihin Sonu mu?* (Çev. Yusuf Kaplan), Rey Yayıncılık, Kayseri, (t.y.), s. 14, 24, 26.

¹⁰³ Soren Kierkegaard, *Felsefe Parçaları ya da Bir Parça Felsefe*, (Çev. Doğan Şahiner), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2005, s. 16, 18, 38.

¹⁰⁴ Nietzsche, *İyinin ve Kötünün Ötesinde*, s. 109.

¹⁰⁵ Michel Foucault, *Ders Özetleri 1970-1982*, (Çev. Selahattin Hilav), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1993, s. 95.

ve yargılarımıza kök salıp yerleşir. İkinci olarak, hüküm ve yargılarımızın nesnesiyle tam uyumlu olmasına işaret eder. Üçüncü ve son olarak hakikat yalnızca hükümlerimize kök salmakla kalmaz, onun tanımını, bir uzlaşma ve anlaşmaya da işaret eder¹⁰⁶.

Hukukçular özellikle anayasa hukukçuları için hakikatten adalete, bireyden ulusa, iyi ve kötünden özgürlüğe kadar tüm değerlerin açık bir şekilde bilinmesi ve bir sıralamaya tabi tutulması ötelenemez bir zaruret teşkil eder. Bu hususta ilk söylenecek şey hiçbir değer bir zorunluluk içermemesi, bir başka deyişle tercihe bağlı olarak içselleştirilmeleridir. Keza değerler mantıksal açıdan tutarlı bir şekilde meşruiyete kavuşturulamazlar da.

[Mutlak] değerler için aklımızın yeteri kadar tatmin edici temeller üretememesinin¹⁰⁷ çok sayıda sebebi vardır: Bilgi alanını aşır inançla tamamlanan değerler, gerçeği aşan ideal bir yöne sahiptir¹⁰⁸. Dolayısıyla daima bir tercih ve yargı içerirler¹⁰⁹. Bilim, olanı, realiteyi inceleme konusu yaparken, “değerler olması gerekene, ideale ilişkindir.”¹¹⁰ Olan ve olması gerekenin, değer ve bilgi farklılığına¹¹¹ tekabül etmesi, ahlaki değerleri bilimsel alanın dışına çıkarır. Böylece ahlaki sorunların özellikle adalet gibi taleplerin bilimsel tekniklerle cevaplandırılma ihtimali ortadan kalkar¹¹². Keza değer yargılarının a priori oluşu, ampirik bilgiler yoluyla kutsal, güzel gibi değerlere ulaşamayacağımız¹¹³, değerleri akılla kavrayamayacağımız,¹¹⁴ iyi ve kötünün kaynağının muhakeme ya da akıl olmadığı anlamına gelir¹¹⁵. Değerlerin mantıksal niteliklerinin diğer kurallardan farklı oluşu¹¹⁶ yalnızca bir iş aleti

¹⁰⁶ Martin Heidegger, *Being and Time*, (Translated by John Macquarrie & Edward Robinson), Basil Blackwell Publisher, Oxford, 1985, s. 257.

¹⁰⁷ Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, s. 10.

¹⁰⁸ Ülken, s. 216.

¹⁰⁹ Pollock, s. 10; Aral, *İnsan ve Mutlu Yaşam/Yaşamın Anlamı*, s. 105.

¹¹⁰ Aral, *İnsan ve Mutlu Yaşam/Yaşamın Anlamı*, s. 27. Karş. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 13.

¹¹¹ Ülken, s. 292.

¹¹² Richard P. Feynman, *Her Şeyin Anlamı*, (Çev. Osman Çeviktay), Alfa Yayınları, İstanbul, 2016, s. 32-34.

¹¹³ Ülken, s. 302.

¹¹⁴ Aral, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, s. 53.

¹¹⁵ Pollock, s. 80.

¹¹⁶ Habermas, s. 255.

olan aklın¹¹⁷, bilimsel faaliyet yoluyla insanlara iyi veya kötüyü öğretebilmesinin imkânsızlığını gösterir.¹¹⁸ Kaldı ki, modern zamanlarda neredeyse biricik gerekçelendirme/meşruiyet dayanağı olarak kullanılan “rasyonalitenin, iktisadi düzenin koşulları tarafından belirlenmek”¹¹⁹ dışında bir anlama sahip olmaması, çatışan değerler arasında rasyonel bir tutum benimsenmesini ya imkânsız hale getirir ya da kaba bir çıkar hesabına indirger.

“Değer yargılarının öznel olması”¹²⁰, mantıktan çok duygulara yaslanması¹²¹, farklı ve çelişik değer yargılarının ortaya çıkmasının başlıca nedenidir¹²². Bütün bunlar değer çatışmalarının rasyonel akıl yürütme ile çözüme kavuşturulamayacağını¹²³, çözüm için temel bir kuralın elde edilemeyeceğini¹²⁴, bir başka ifadeyle bir değer yargısının geçerli oluşuna ilişkin mantıki bir kanıt sunmanın imkânsızlığını gösterir¹²⁵.

V. Anayasal Belgelerde Değerler

Yukarıda özgürlükten eşitliğe, ulustan bireysel özerkliğe kadar çok sayıda değerın olduğu ifade edilmişti. Bunların bir kısmı olması gereken (değerler) şeklinde anayasal belgelere derc edilerek siyasal örgütlenme tarafından koruma altına alınır. Literatüre göz atıldığında ilk anayasal belge olarak feodal beylerle kral arasında akdedilen ve diğer adı *Carta Baronum* olan 1215 tarihli Magna Carta göze çarpar¹²⁶. Feodal beylerin bir başka deyişle

¹¹⁷ Nietzsche, İyinin ve Kötünün Ötesinde, s. 105.

¹¹⁸ Feynman, s. 25.

¹¹⁹ Luhmann, s. 415. Akıl (Reason) kavramının bireyler karşısında tarafsızlık, maddi çıkarlar karşısında tarafsızlık ve sağlam temellere sahip inançlar olmak üzere üç unsurdan oluştuğunu, bunlara iyi niyetin de eklenmesi gerektiğini söyleyen görüş için Bkz. Jon Elster, Reason and Rationality, (Translated by Steven Rendall), Princeton University Press, New Jersey, 2009, s. 13.

¹²⁰ Pollock, s. 42.

¹²¹ Aral, Toplum ve Adaletli Yaşam, s. 57.

¹²² Kelsen, Essays in Legal and Moral Philosophy, s. 7. Karşıt görüşü savunan Aral’a göre değerler izafi değildir. Neyin değerli neyin değersiz olduğu kişiden kişiye değişmez. Bkz. Aral, İnsan ve Mutlu Yaşam/ Yaşamın Anlamı, s. 63.

¹²³ Kelsen, Essays in Legal and Moral Philosophy, s. 4-8.

¹²⁴ Luhmann, s. 121.

¹²⁵ Aral, Toplum ve Adaletli Yaşam, s. 57.

¹²⁶ Georg Jellinek, The Declaration of the Rights of Man and of Citizens/ A Contribution to Modern Constitutional History, (Translated by Max Farrand), Henry Holt and Company

özgür insanların ya da kısaca *insanların* imtiyazlarını/özgürlüklerini teminat altına alan ama sıradan insanlar ya da halka ilişkin herhangi bir hüküm içermeyen¹²⁷ belgenin en önemli hükümlerinden biri soyluların, soylulardan teşekkül etmiş bir mahkeme kararı olmaksızın tutuklanması ya da hapsedilmesinin yasaklanmasıdır¹²⁸. Kralın yargı erkini sınırlayarak, baronların/soyluların özgürlük ve mülklerini koruma altına alan belgenin yalnızca bu amaç için akdedildiğini söylemek abartılı bir yaklaşım olmayacaktır.

1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi de, *özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme haklarını* teminat altına alarak¹²⁹ devrim sonrası inşa edilecek Burjuva Devletinin hukuki temelini oluşturur.

Tipik bir liberal-burjuva anayasası olarak 1919 tarihli Weimar Anayasası da *kanun önünde eşitlik, kişi özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, haberleşmenin gizliliği, ifade özgürlüğü, toplantı özgürlüğü ve özel mülkiyet haklarını* teminat altına almakla yetinir¹³⁰.

Türkiye'nin de taraf olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi de *hayat hakkı, işkence yasağı, kölelik ve angarya yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma hakkı, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, evlenme hakkı, hak arama özgürlüğü, ayrımcılık yasağı* (Madde 2-14), *mülkiyet, eğitim, serbest seçim hakkı* (1 No'lu Ek Protokol Madde 1, 2 ve 3)¹³¹ özgürlüklerini koruma altına alır.

Tarihi sürece bakıldığında anayasal nitelikli belgelerin önce soyluların akabinde de burjuva sınıfının çıkarları doğrultusunda şekillendiği, "günü-

New York, 1901, s. 45: Hilaire Barnett, Constitutional and Administrative Law, Cavendish Publishing, London, 2002, s. 19.

¹²⁷ Schmitt, s. 169.

Schmitt, s. 98.

¹²⁸ Schmitt, s. 169.

Barnett, s. 19; Carl Schmitt, s. 99.

¹²⁹ İlhan Akın, Kamu Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1993, s. 295; Schmitt, s. 169.

Schmitt, s. 198.

¹³⁰ Schmitt, s. 169.

Schmitt, s. 199.

¹³¹ European Court of Human Rights, s. 6 v.d., Council of Europe F-67075 Strasbourg cedex

müz anayasa kavramının da burjuva hukuk devleti idealini yansıttığı”¹³² görülür. Kişisel onur, hayat, özgürlük, vücut bütünlüğü, seyahat, meslek seçme, mülkiyet ve konut dokunulmazlığı gibi klasik liberal hakların¹³³ anayasaların yanı sıra İHAS gibi sözleşmelerin içeriğini oluşturmaları bu gerçeğin sonucudur ve şaşırtıcı değildir. Liberal demokrasilerin, burjuva sınıfının ihtiyaçlarına uygun olarak sosyal ve ekonomik haklar listesinden yalnızca mülkiyet hakkını teminat altına almakla yetinmeleri¹³⁴ de burjuva şekli hukukunun piyasa katılımcılarının özel hakları etrafında billurlaşmasının sonucudur¹³⁵. Hukuki belgelere özgürlük, eşitlik ve adalet değerleri penceresinden bakıldığında, her seferinde yalnızca özgürlük ve mülkiyetin koruma altına alındığı, adaletin göz ardı edilebilir olduğu kabul edilerek ötelendiği, eşitlik değerinin ise şekli/usuli eşitliğe indirgenerek içinin boşaltıldığı gerçeğiyle karşılaşırız.

VI. Sonuç

Şirket yöneticilerinden Avrupa Birliği yetkililerine kadar çok sayıda kişi sık sık “batılı değerler”den söz açar. Batı, bir yandan siyasi, iktisadi, askeri üstünlüğünü pekiştirmek için bu değerleri referans olarak kullanırken diğer yandan da Fukuyama örneğinde olduğu gibi Batı dışı toplumları *öğrenilmiş çaresizliğe* mahkûm etmek adına liberal-demokrasiler dışında başka bir seçeneğin kalmadığını ilan eder. Zirveye Batılı değerlerin, Avrupa genleriyle içsel ve koparılamaz bağlarla bağlı olduğunun ifade edilmesiyle ulaşılır. Nietzsche’nin *mesafe ethosuyla* kast ettiği mekânsal farklılık, Batı ile diğerleri arasında bu şekilde aşılabilir duvarların inşa edilmesiyle tamamlanır.

Yukarıda açıkça gösterildiği gibi değerler, toplumların yaşam tarzları, tarih, gelenek ve inançlarıyla yakından bağlantılıdır. Onlar, nelerden vazgeçilirken nelerin de insan hayatı pahasına korunacağını gösterir. Zorunlu olmadıkları gibi bilimsel bilginin objesi de değildirler. Özgürlük, eşitlik, mülkiyet dahi sonuna kadar mantıksal tutarlılığa sahip bir muhakemeye gerçekleştirilemezler. Keza bu değerlerin bilimsel olarak ispat edilmeleri de söz konusu değildir. Magna Carta’dan İHAS’a kadar hukuki belgeler ince-

¹³² Luhmann, s. 483; Schmitt, s. 93.

¹³³ Habermas, s. 125.

¹³⁴ Oya Boyar, “Mülkiyet Hakkı”, Sibel Inceoğlu (Edt.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa/Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2013, s. 495.

¹³⁵ Habermas, s. 221

lendiğinde Batı'nın özgürlük ve mülkiyeti en üstün değer olarak kabul ettiği, her ikisinin de önce aristokrat sonra da burjuva sınıfının çıkarlarına hizmet ettiği görülür. Burjuva sınıfını var eden klasik liberal hakların bir başka deyişle sermaye birikimi için şart olan hareket serbestisi ve güvenliğin, anayasalardan İHAS'a kadar temel hukuk metinlerine derc edilmesi, toplumsal değerlerin sıralamasını yapan normların hangi değeri ayrıcalıklı ve üstün kıldığını gösterir. İzleyen aşamalarda şirket kârlarının mı yoksa sıradan insanların sağlık güvencesinin mi önceleneceği bu ilk tercihe bağlı olarak şekillenecektir. Liberal-burjuva toplumların, eşitlik ya da adaleti ikincil ve zorunlu olmayan değerler olarak gözden çıkarmak üzere kenara almalarının zorunlu sonucu, varlık ve hizmetlerin paylaşımıyla ilgili sağlık, eğitim, konut, sosyal güvenlik gibi asgari ihtiyaçların giderilmesiyle ilgilenilmemesi ya da yalnızca ilgileniliyormuş gibi yapılmasıdır.

Özgürlük ve eşitlik toplumun temelini oluşturan iki asli değer olup sınılanın aksine birbirlerini tamamlamak yerine dışlarlar. Hukuk ilkin tercih edip koruma altına alırken ikincisini tali ve önemsiz kabul edip geri plana atar. Bir başka deyişle yalnızca şekli eşitlik ve usuli adaletle yetinilmesi modern toplumlarda sıradan bireylerin konumlarıyla ilgilidir. Kanun önünde eşitlik veya ayrımcılık yasağının insanların eşitliğine hizmet eden değerler olarak hem İHAS hem de anayasalarda yer aldığı itirazına karşı her iki ilkenin de yalnızca anayasada sınırlı olarak sayılmış alanlarda şekli eşitliği içerdiğini, hiçbir şekilde fiili eşitliğin tesisiyle alakalı olmadığını söylemek yeterlidir. Keza bu düzenlemelerin yalnızca özgürlüğün bir uzantısı ya da devamı olduğunu ileri sürmek de hatalı bir yaklaşım olmaz. Her yurttaşın mahkeme önünde dava açma hakkına [eşitliğine] sahip olması, en iyi argümanları hâkimin huzuruna getirecek pahalı hukukçular tarafından temsil edilebilecekleri anlamına gelmeyecektir.

1982 Anayasasının giriş kısmında her Türk vatandaşının anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet ilkelerince yararlanarak onurlu bir hayat sürdürmeye hakkı olduğu belirtilmiştir. Buradan tüm vatandaşların “onurca” eşitliği sonucuna ulaşırsa, suç teşkil eden aynı fiile maruz kalan kişilerin manevi tazminat miktarlarının niçin farklılaştığı iza- ha muhtaç hale gelir. İnsanların onur açısından bile eşit kabul edilmemele- ri farklılığın izahı için ileri sürülebilecek yegâne gerekçedir. Keza yağma suçunun cezasının yaralama suçundan daha ağır belirlenmesi de korunan hukuksal değerler arasında inşa edilen hiyerarşiyi göstermek için yeterlidir.

Makalenin başında değerler konusunda anayasaların örtülü bir işlevi olduğu belirtilmişti. Karşıt konumda yer alan ve biri diğerini dışlayan özgürlük ve eşitlikten, ilkinin ikincisi pahasına tercih edilmesi anayasaların açıkça ifade edilmeyen örtülü işlevidir. Ulusların iradesi olduğu varsayılan anayasaların bu düzenlemeyi halka rağmen yapmış olmaları da tartışılmayı bekleyen bir başka tercihtir.

Sonuç olarak, bu çalışma hiçbir değer bilimsel olarak ispat edilemeyeceğini, değerler hiyerarşisinin anayasalarla kurulduğunu, Magna Carta'dan İHAS'a kadar temel belgelerin özgürlük değerini korumak için düzenlendiğini, temel normların bu tercihinin liberal-kapitalist çıkarları öncelediğini gösterme yolunda küçük bir adım atmıştır.

KAYNAKÇA

- AKAL, Cemal Bâli; **Hukuk Nedir?**, Dost Kitabevi, Ankara, 2017.
- AKIN, İlhan; **Kamu Hukuku**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1993.
- ARAL, Vecdi; **Toplum ve Adaletli Yaşam**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.
- ARAL, Vecdi; **İnsan ve Mutlu Yaşam/ Yaşamın Anlamı**, Der Yayınları, İstanbul, 1992.
- BARNETT, Hilaire; **Constitutional and Administrative Law**, Cavendish Publishing, London, 2002.
- BOYAR, Oya; “Mülkiyet Hakkı”, Sibel İnceoğlu (Edt.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa/Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2013.
- CONCIL OF EUROPE, **European Court of Human Rights**, F-67075 Strasbourg cedex.
- DRACOPOULOU, Souzy, “Major trends in applied ethics, including the ethics of social work”, Linda Bell/Trish Hafford-Letchfield (Edt.), **Ethics, Values and Social Practise**, Open University Press, Berkshire, England, 2015
- ELSTER, Jon; **Reason and Rationality**, (Translated by Steven Rendall), Princeton University Press, New Jersey, 2009.
- FEYNMAN, Richard P; **Her Şeyin Anlamı** (Çev. Osman Çeviktay), Alfa Yayınları, İstanbul, 2016.
- FOUCAULT, Michel; **Ders Özetleri 1970-1982**, (Çev. Selahattin Hilav), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1993.
- FUKUYAMA, Francis; **Tarihin Sonu mu?** (Çev. Yusuf Kaplan), Rey Yayıncılık, Kayseri. (Tarih Yok)
- GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas; “Utility”, David L. Sills (Edt.), **International Encyclopedia of the Social Sciences**, Volume 16, The Macmillan Company & The Free Press, USA, 1968.
- GORDON, Donald F; “Value, Labor Theory Of”, David L. Sills (Edt.), **International Encyclopedia of the Social Sciences**, Volume 16, The Macmillan Company & The Free Press, USA, 1968.
- HEIDEGGER, Martin; **Being and Time**, (Translated by John Macquarrie & Edward Robinson), Basil Blackwell Publisher, Oxford, 1985.
- HABERMAS, Jürgen; **Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse**

Theory of Law and Democracy, The MIT Press, Cambridge and Massachussets, 1996.

HAFFORD, Trish Letchfield-

DILLON, Jean; “The contribution of education and learning for ethical practice: situating ethics and values within the social work continuum”, Linda Bell/Trish Hafford-Letchfield (Edt.), **Ethics, Values and Social Practise**, Open University Press, Berkshire, England, 2015

HART, H. L. A.; **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak** (Çev. Erol Öz), Dost Kitabevi, Ankara, 2000.

HAYEK, Friedrich A.; **Hukuk, Yasama ve Özgürlük** (Çev. Atilla Yayla), Mustafa Erdoğan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012.

JELLINEK, Georg; **The Declaration of the Rights of Man and of Citizens/ A Contribution to Modern Constitutional History** (Translated by Max Farrand), Henry Holt and Company New York, 1901.

KANT, Immanuel; Sürekli Barış, (Çev. Nejat Bozkurt), Say Yayınları, İstanbul, 2010. (**Fikir Mimarları Dizisi- 2 KANT** içinde)

KANT, Immanuel; **Ahlak (Töreler) Metafiziğini Temellendirme**, (Çev. Nejat Bozkurt), Say Yayınları, İstanbul, 2010. (**Fikir Mimarları Dizisi- 2 KANT** içinde)

KANT, Immanuel; **Kamu Hukuku Transandantal (Deneyüstü/Aşkın) Kavramlarına Göre Politika ile Ahlak Arasındaki Uyum Üstüne**, (Çev. Nejat Bozkurt), Say Yayınları, İstanbul, 2010. (**Fikir Mimarları Dizisi- 2 KANT** içinde)

KELSEN, Hans; **Essays in Legal and Moral Philosophy** (Translated by Peter Heath, D. Reidel), Publishing Company, Dordrecht- Holland, 1973.

KELSEN, Hans; **Saf Hukuk Kuramı**, (Çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, İstanbul, 2016.

KIERKEGAARD, Soren; **Felsefe Parçaları ya da Bir Parça Felsefe**, (Çev. Doğan Şahiner), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2005.

LUHMANN, Niklas; **Law as a Social System**, (Translated by Klaus A. Ziegert), Oxford University Press, New York, 2004.

MARX, Karl - ENGELS, Frederick; **Manifesto of The Communist Party**, Foreign Languages Press, Peking, 1970.

- MENGÜŞOĞLU, Takıyettin; **Değişmeyen Değerler, Değişen Davranışlar/ Felsefi Etik İçin Kritik Bir Hazırlık**, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1965.
- NIETZSCHE, Friedrich; **Deccal/Hristiyanlığa Lanet**, (Çev. Oruç Aruoba), Hill Yayın, İstanbul, 1995.
- NIETZSCHE, Friedrich; **Ahlakın Soykütüğü Üstüne**, (Çev. Ahmet İnam), Gündoğan, Ankara, 1998.
- NIETZSCHE, Friedrich; **Putların Alacakaranlığı**, (Çev. Mustafa Tüzel), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.
- NIETZSCHE, Friedrich; **İyinin ve Kötünün Ötesinde**, (Çev. Mustafa Tüzel), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.
- POLLOCK, Joycelyn M.; **Ethical Dilemmas and Decisions in Criminal Justice**, Wadsworth Cengage Learning, Belmont, 2010.
- RICARDO, David; **Siyasal İktisadın ve Vergilendirmenin İlkeleri**, (Çev. Barış Zeren), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008.
- SCHMITT, Carl; **Constitutional Theory**, (Translated and edited by Jeffrey Seitzer), Duke University Press Durham and London, 2008.
- SPINOZA, Benedictus - LEIBNIZ Wilhelm; **Monadoloji/Kavrayış Gücünün Gelişimi** (Çev. Can Şahan), Kuram Yayınları, İstanbul. (Tarih Yok)
- SPINOZA, Benedictus; **Etika**, (Çev. Hilmi Ziya Ülken), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009.
- SPINOZA, Benedictus; **Teolojik Politik İnceleme**, (Çev. Cemal Bali Akâl-Reyda Ergün), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010.
- ÜLKEN, Hilmi Ziya; **Bilgi ve Değer**, Doğu Batı Yayınları, İstanbul, 2016.
- WEBER, Max; **Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu**, (Çev. Zeynep Aruoba), Hil Yayın, İstanbul, 1997.
- WHITTINGTON, Colin - WHITTINGTON, Margaret; "Partnership working, ethics and social work practice", Linda Bell/Trish Hafford-Letchfield (Edt.), **Ethics Values and Social Practise**, Open University Press, Berkshire, England, 2015.
- WITTGENSTEIN, Ludwig; **Tractatus Logico-Philosophicus**, (Çev. Oruç Aruoba), Metis, İstanbul, 2006.

YÜKSEL, Cüneyt; Devlette Etik/ Dünyada ve Türkiye’de Kamu Yönetiminde Etik Yasal Alt Yapı ve Uluslararası Uygulamalar, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2010.

The Impact of the European Convention on Human Rights on the Legal Order of Turkey: Achievements and Problems*

Dr. Öğr. Üyesi Berke ÖZENÇ**

The European Convention on Human Rights (ECHR/the Convention) is an effective legal supervision system that has made significant contributions to the improvement of human rights in the Member States of the Council of Europe. Turkey became party to the ECHR back in 1954, although it can be said that the effects of the Convention on the legal order in Turkey were seen only after the recognition of the jurisdiction of the European Court of Human Rights (ECtHR) in 1990. In this study, the effect of the Convention and the ECtHR case law that birthed the Convention on the judicial decisions and legislation in Turkey is examined. In this review, the transformative effect of ECtHR case law on the judicial decisions in Turkey is assessed, along with the constitutional and legal reforms carried to bring the country in line with the ECtHR. It is stressed that two constitutional amendments were of particular importance in this interaction process, the first of which prioritized the ECHR before the laws in 2004, and the second that gave individuals the right to submit individual applications to the Constitutional Court in 2012. That the reforms carried out on the legal platform and the action plan adopted in 2014 failed to establish full compliance with the ECtHR case law is one of the main conclusions reached in this study.

Keywords: ECHR, ECtHR Case Law, Constitution, Individual Application, Reforms

* I am grateful to Eyüp Kaan Demirkıran and Esra Yılmaz Eren for their comments.

** Makale Gönderim Tarihi: 09.10.2018. Makale Kabul Tarihi: 22.11.2018

Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-4149-5567); ozenc@tau.edu.tr

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Türkiye'nin Hukuk Düzenine Etkisi: Kazanımlar ve Sorunlar

Öz: Etkili bir hukuki denetim sistemine sahip olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS/Sözleşme), Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde insan hakları standartlarının gelişimine önemli katkılar sunmuştur. Türkiye İHAS'a 1954 yılı gibi çok erken bir tarihte taraf olmuştur. Fakat Sözleşme'nin Türkiye'nin hukuk düzeni üzerindeki etkisinin, 1990 yılında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) yargı yetkisinin tanınması ile belirgin bir hal aldığı söylenebilir. Bu çalışmada, Sözleşme'nin ve Sözleşme'yi somutlaştıran İHAM içtihadının, Türkiye'deki yargı kararları ve mevzuat üzerindeki etkisi incelenmiştir. Bu incelemede bir yandan İHAM içtihadının Türkiye'deki yargı kararları üzerindeki dönüştürücü işlevi, diğer yandan İHAM içtihadı doğrultusunda gerçekleştirilen anayasal ve yasal reformlar değerlendirilmiştir. Bu etkileşim sürecinde iki anayasa değişikliğinin özel önemi olduğu vurgulanmıştır. Bu anayasa değişikliklerinden ilki, 2004 yılında İHAS'a kanunlar karşısında öncelik tanınması; ikincisi ise 2012 yılında bireylere, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma imkânı getirilmesidir. Hukuki düzlemde gerçekleştirilen reformların ve 2014 yılında kabul edilen eylem planının, uygulamada İHAM içtihadı ile tam anlamıyla bir uyumu sağlamakta yeterli olmadığı, bu çalışma kapsamında ulaşılan temel sonuçlardan biri olmuştur.

Anahtar Kelimeler: İHAS, İHAM İçtihadı, Anayasa, Bireysel Başvuru, Reformlar

INTRODUCTION

The European Convention on Human Rights (ECHR/the Convention), defined as the constitutional basis of European public order, takes a wide catalogue of fundamental rights under protection through additional protocols. The European Court of Human Rights (ECtHR) is an effective legal supervision mechanism within the Convention, acting as a guarantor of the rights. With these qualifications, the ECHR and ECtHR confirm that human rights are not a matter that individual states can regulate without limit within the scope of their sovereign power, and so take human rights under protection on the basis of a supranational platform. State Parties undertake to ensure that every person on their sovereign territory is able to benefit from the fundamental rights provided for by the Convention, and agree to abide by the decisions of the ECtHR. For all Member States of the Council of Eu-

rope, becoming party to the Convention is important for the development of common standards for the protection of human rights at a European level.

Turkey became a member of the European Council in 1950, and became party to the ECHR in 1954. Turkey acknowledged the authority of the European Commission on Human Rights (Commission) in cases of individual applications in 1987, and recognized the jurisdiction of the ECtHR in 1990. Since that date, the ECtHR has issued important decisions related to human rights violations in Turkey. In this study, the impact of the ECHR and the ECtHR case law on the 1982 Constitution and the decisions of the Constitutional Court (CC) will first be examined. The interactions of the CC related to the case-law of the ECtHR will be analyzed, particularly with regards to the decisions of the CC on the closure of political parties, individual applications and the review of norms, considering the constitutional amendments realized during the process. Then, the approach of the Turkish appellate courts to the case-law of the ECtHR will be evaluated. Finally, the effects of the legal reforms made within the framework of the alignment with the case-law of the ECtHR will be opened up for discussion.

I. THE 1982 CONSTITUTION AND THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

The effect of the ECHR on Turkey's legal order can be examined in four periods. The first period covers the years between Turkey becoming party to the Convention and Turkey recognizing the jurisdiction of the Commission to review individual applications in 1987. The second period covers the period that starts in 1987 and concludes with the constitutional amendment made in 2004. As a result of the amendments to the Constitution of 1982, came into force in 2004, the obligation to implement the human rights conventions was introduced in case of any conflict between the international human rights conventions and the laws. The period between the constitutional amendment in 2004 and 2012 can be referred to as the third period, while the granting of authority to the CC to review individual applications in 2012 can be accepted as the start of the fourth period.¹

¹ NALBANT Atilla, "İnsan Hakları Avrupa Hukuku İlkeleri Işığında Yüksek Mahkemelerin Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 4, S. 7, 2015, p. 229.

The impact of the ECHR on the Turkish legal system was restricted until the 1990s, as the jurisdiction of the ECtHR, which gave power to the Convention with its binding decisions, had at the time not been recognized by Turkey. The limited ECtHR case law accumulation in this period can also be described as an effect, and even in 1985, the number of decisions issued by the ECtHR within a year was only 11.² That said, academic interest in the ECHR goes back to its early days,³ although the reflection of this interest on practice is quiet limited. In the era of the Constitution of 1961, which remained in force until the 1980 coup d'état, the CC referred to the ECHR for 13 decisions, although the reasoning was not based solely on the provisions of the Convention. The CC was content with referring to the relevant articles of the Convention to support the conclusion that was based on the norms of the Constitution.⁴

The effect of the ECHR in the preparatory works for the 1982 Constitution can be seen particularly in Article 13, regulating the regime for restricting fundamental rights. In contrast to the Constitution of 1961, “the requirements of the democratic order of the society” was stipulated in Article 13 of the Constitution of 1982 as the relevant criteria related to the restriction of fundamental rights. Countering the criticism that there was no need to add such a criteria to the Constitution during its preparatory works, the Vice-President of the Constitutional Committee emphasized that this was not a new criteria, but had been applied by the ECtHR for years. In line with the views of the vice-president, who stated that Turkey’s democratic society was no different to those in the Western world, the criteria of “the requirements of the democratic order of the society” appeared the Constitution of 1982.⁵ However, it was expressed that in view of the fact that the original version of the Constitution of 1982 had a very restrictive approach to fundamental rights, the said criteria could not be considered as a step

² LAWSON Rick, “The Achievements of the Strasbourg Court”, **The conscience of Europe: 50 years of the European Court of Human Rights**, Edited by Egbert Myjer et al., Third Millennium Publishing, 2010, p. 165.

³ ARIK K. Fikret, “İnsan Haklarının Milletlerarası Korunması, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde)”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 15, S. 4, 1960, pp. 113-150.

⁴ BAŞLAR Kemal, **Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Şen Matbaa, 2007, p. 19.

⁵ MEMİŞ Emin, “İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 17, 2000, p. 153.

towards the effective protection of the human rights. It was stressed that the main purpose in introducing these criteria was to give a wider margin of appreciation to the restriction of fundamental rights. In fact, the state of Turkey, during the process of recognizing the jurisdiction of the Commission of Human Rights to review individual applications, made a reservation on “the requirements of the democratic order of society” criteria to be understood within the framework of the restrictions established in the Constitution of 1982, however this reservation was not accepted by the Commission.⁶ Another similarity between the Constitution of 1982 and the ECHR in terms of the regime on the restriction of fundamental rights could be observed in the articles regulating the restriction of fundamental rights during states of emergency. In this sense, the contents of Article 15 of both the Constitution of 1982 and the ECHR are identical, with only the scope of the core rights being different.⁷

Another constitutional norm that is important in the relationship of the ECHR with the Turkish legal order is Article 90 of the Constitution, which regulates the effect of international conventions on domestic law. In the original version of the article, it is stipulated that international conventions have the force of law, and that applications cannot be made to the CC claiming that these conventions are unconstitutional. This norm raised significant arguments in the doctrine in terms of the effect of the ECHR on domestic law. While one view emphasizes, adhering to the text of Article 90, that the ECHR has statutory power, another view attributes special meaning to the fact that actions cannot be brought before the CC with the claim that an article of the ECHR is in violation with the Constitution. According to the latter

⁶ TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. bs, 2018, pp. 16, 158-161.

⁷ **The 1982 Constitution**, Article 15: In times of war, mobilization, martial law, or a state of emergency, the exercise of fundamental rights and freedoms may be partially or entirely suspended, or measures derogating the guarantees embodied in the Constitution may be taken to the extent required by the exigencies of the situation, as long as obligations under international law are not violated, <https://global.tbmm.gov.tr>, accessed 11.06.2018.

European Convention on Human Rights, Article 15: In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law, <https://www.echr.coe.int>, accessed 11.06.2018.

view, in the event of a conflict between the ECHR and the Constitution or laws, the ECHR must be applied, and the ECHR should be prioritized during constitutional review.⁸

II. DIFFERENCES BETWEEN THE CASE LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE ECtHR IN THE ISSUE OF PARTY CLOSURES

The CC, in its constitutional review decisions in the 1980s, did not use the ECHR as the sole basis, in other words, it did not annul the reviewed laws solely on the grounds of being in violation of the ECHR. However, it uses the notion of the universal principles of law in the assessments made regarding the compliance with the principle of rule of law under Article 2 of the Constitution defining the characteristics of the Republic. The CC refers to international conventions within the scope of these universal principles. Article 2 of the Constitution of 1982 also states that the Republic of Turkey is a state that respects human rights, and the CC also refers to the international conventions in its assessments of compliance with this criteria.⁹ It has been observed that the CC refers to international conventions in the reviews it carries out, mostly in the private law field, during this period. For example, the CC refers to international conventions in its assessments when it annuls provisions that discriminate against woman or against children born out of wedlock in the civil code.¹⁰

Following the recognition of the jurisdiction of the ECtHR by Turkey in 1990, many individual applications were made to the ECtHR, and as a result of those applications, the ECtHR decided several times that the Convention had been infringed. CC decisions to close political parties have an important

⁸ YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1993, pp. 54-58; FENDOĞLU H. Tahsin, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında Bağımsız Ölçü Norm veya Destek Ölçü Norm Sorunu”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 17, 2000, pp. 372-377.

⁹ ŞAHBAZ İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 54, 2004, pp. 194-196.

¹⁰ E: 1987/1, K: 1987/18, 11.9.1987, **Official Gazette**, Issue No. 19769, 29.3.1988; E: 1990/30, K: 1990/31, 29.11.1990, **Official Gazette**, Issue No. 21272, 2.7.1992; E: 1990/15, K: 1991/5, 28.2.1991, **Official Gazette**, Issue No. 21184, 27.3.1992; ARSLAN Zühtü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 17, 2000, pp. 280-281.

place among the infringement decisions issued by the ECtHR under the Convention. Together with the 1961 Constitution, ensuring the conformity of the program and activities of political parties to the Constitution and making decisions to close political parties were duties that were assigned to the CC. To date, the CC has closed a total of 25 political parties, the last one being in 2009,¹¹ and a significant number of these closed parties have applied to the ECtHR, and apart from a single exception, the ECtHR determined that the Convention had been infringed in all of them.

According to the 1982 Constitution¹² and the Law on Political Parties,¹³ “the statutes, programs and activities of political parties shall not be contrary to the independence of the State, its indivisible integrity with its territory and nation, human rights, the principles of equality and the rule of law, the sovereignty of the nation, or the principles of the democratic and secular republic; they shall not aim to promote or establish class or group dictatorships or dictatorships of any kind, nor shall they incite citizens to crime”. Parties violating these prohibitions shall be closed by the CC. In practice, many of the closure decisions passed by the CC were based on the violation of the principle concerning “the indivisible integrity of the State with its territory and nation”, and in those decisions, the CC interpreted the “indivisible integrity” principle in a quite strict manner.¹⁴ According to the CC, the “indivisible integrity” principle prohibits a political party to defend the federalism, and even the regional form of the state having autonomous administrative units, even through peaceful methods. This approach of the CC has been found contradictory and overly restrictive, and has been criticized, for good reason, since it prohibits even a regional form of state that is, in fact, a unitary state system.¹⁵

All the closure decisions passed by the CC on the grounds that the “indivisible integrity” principle had been violated have been considered by the

¹¹ E: 2007/1, 2009/4, 11.12.2009, **Official Gazette**, Issue No. 27449, 31.12.2009.

¹² **The 1982 Constitution**, Article 68 and 69, <https://global.tbmm.gov.tr>, accessed 11.06.2018.

¹³ Law on Political Parties, **Official Gazette**, Issue No. 18027, 24.4.1983, Article 101.

¹⁴ ESEN Selin, “How Influential Are the Standards of the European Court of Human Rights on The Turkish Constitutional System in Banning Political Parties?”, **Ankara Law Review**, C. 9, N. 2, 2012, p. 143.

¹⁵ ÖZBUDUN Ergun/TÜRKMEN Fusun, “Impact of the ECtHR Rulings on Turkey’s Democratization: An Evaluation”, **Human Rights Quarterly**, C. 35, 2013, p. 996.

ECtHR to be a violation of the freedom of association. According to the established case law of the ECtHR, the closing of a political party can only be accepted as being in compliance with the Convention if the said party uses illegal and non-democratic methods, and if the views it defends are in violation of democratic principles. From this point of view, the ECtHR concludes that closing parties that defend the cultural rights of minorities, the federal state system or autonomous governments, only because of these approaches are in violation of the Convention. According to the ECtHR, requests to change the state system do not constitute a violation of the ECHR, so long as they use peaceful methods and do not go against fundamental democratic values. If it is accepted that a party is supporting terrorism just because it defends the fundamental democratic requests related to the rights of the minority, such social requests will be forced to be expressed outside the democratic discussion environment, leaving the said social requests to end up in the hands of armed terrorist organizations.¹⁶ According to the ECtHR, in accordance with freedom of expression, as one of the main elements in a democracy, a political party cannot be punished based on its will to discuss the problems of a certain section of the population and to seek solutions to these problems within the framework of democratic principles.¹⁷

The second most significant group of parties in terms of numbers that have been closed by the CC are those accused of violating of the principle of secularism. In the application to the ECtHR made by the Welfare Party, which has been closed on account of its violation of the secularity principle, the ECtHR concluded that the Convention had not been infringed. The ECtHR stated firstly that the threat of the foundation of a religion-based state in Turkey was conceivable, considering the country's historical background and social structure.¹⁸ Then, the ECtHR ascertained that the multi-law system project based on faiths that was defended by the Welfare Party was not in line with the impartiality of the state and prohibitions on discrimination. Stating that the sharia system defended by the Welfare Party was contrary to the pluralism principle, the ECtHR concluded that the opinions defended by

¹⁶ Yazar And Others v. Turkey, 22723/93 22724/93 22725/93, 09.04.2002, § 49, 56-58; Socialist Party And Others v. Turkey, 21237/93, 25.05.1998, § 47.

¹⁷ Freedom and Democracy Party v. Turkey, 23885/94, 08.12.1999, § 44.

¹⁸ The Welfare Party And Others v. Turkey, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 31.07.2001, § 65.

the Welfare Party were incompatible with the main democratic principles.¹⁹ Furthermore, the ECtHR emphasized that the Party members supported the notion of *jihad*, meaning a war that would continue until Islamic supremacy was ensured. Considering the power held in Parliament by the Welfare Party, which had made statements defending violence, the ECtHR pointed out that there was a risk that the related party would establish a system that did not comply with democratic principles, and the Court thus concluded that there has been no violation of the Convention.²⁰

The decision on the Welfare Party is also important in terms of the assessments made by the ECtHR in the framework of the doctrine on the margin of appreciation. Although the ECtHR reiterated its case law stating that governments shall have a narrow margin of appreciation in issues related to party closures, due to the importance of the pluralism of political opinions and parties in terms of a democratic society, it indicated that the party closure sanction may be accepted as reasonable when a party defends policies that constitute a threat to the democratic regime.²¹

It could be argued that the point of view of the ECtHR on the principle of secularism played an important role in this conclusion being reached. According to the ECtHR: “the principle of secularism in Turkey is undoubtedly one of the fundamental principles of the State, which are in harmony with the rule of law and respect for human rights. Any conduct which fails to respect that principle cannot be accepted as being part of freedom to manifest one’s religion and is not protected by Article 9 of the Convention.”²² In this respect, the ECtHR attributed special importance to the protection of the principle of secularism not only in the decision concerning the Welfare Party, but also in applications made against the headscarf ban in universities²³ and against the discharge decisions given by the army due to the assertion of connection with religious organizations,²⁴ and did not consider the related measures to be a violation of the freedom of belief.

¹⁹ Ibid, § 70-73.

²⁰ Ibid, § 74-84.

²¹ Ibid, § 81.

²² Ibid, § 52.

²³ Leyla Şahin v. Turkey, 44774/98, 29.06.2004, § 99.

²⁴ Kalaç v. Turkey, 20704/92, 01.07.1997, § 30.

Different constitutional amendments have been made as a result of the evaluation of the party closure decisions of the CC by the ECtHR as an infringement of the Convention. These changes can be said to be based on the principle of proportionality of the main axis. In the original version of the Constitution, the parliamentary status of any members of the parliament who was ascertained to have caused the closing of a party by the CC through his/her acts and words was terminated. This sanction was considered by the ECtHR to be in violation of the right to free election on the grounds that it was not proportionate,²⁵ and the sanction in question was abolished in 2010.²⁶ Another change made within the scope of the principle of proportionality was the transition to a gradual sanction system towards political parties. According to an amendment made in 2001, the closure of political parties was no longer the only applicable sanction, in that it became possible to deprive a party, either partially or totally, of state aid, depending on the significance of the actions deemed to be unconstitutional.²⁷ With regards to the impact of the ECHR on domestic law, probably the most important amendment was realized in 2004. Together with a provision included in Article 90 of the Constitution, it was made compulsory to consider and implement the articles of an international human rights convention in the event of conflict between a law and a human rights convention.²⁸

The ECtHR case-law and the constitutional amendments made in line with this case-law took effect in the case of Rights and Freedoms Party (HAKPAR). The CC implemented the party closure criteria meticulously, and in particular, the principle of proportionality. The CC emphasized that if the statements made by a party do not represent an explicit and direct threat to democratic life, they should be regarded as freedom of expression. The CC stated initially that the fact that the defendant party offers its own solutions for a problem, which they define as the Kurdish problem, cannot be de-

²⁵ Sadak and Others v. Turkey (No. 2), 25144/94, 26149/95 to 26154/95, 27100/95 and 27101/95, 11.06.2002, § 40.

²⁶ Law No 5982, **Official Gazette**, Issue No. 27580, 7.5.2010, Article 9.

²⁷ **The 1982 Constitution**, Article 69/7, <https://global.tbmm.gov.tr>, accessed 11.06.2018.

²⁸ **The 1982 Constitution**, Article 90/5: In the case of a conflict between international agreements, duly put into effect, concerning fundamental rights and freedoms and the laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail. <https://global.tbmm.gov.tr>, accessed 11.06.2018.

scribed as denial of nationalism based on citizenship. The CC also remarked that the closure case had been opened shortly after the establishment of the party, and emphasized that no evidence had been provided, either in the indictment or in the following stages, indicating that the party would pursue extra-constitutional methods to accomplish its goals. In conclusion, the CC concluded that the statements relating to the presence of a certain problem and to the solutions for this problem should be assessed within the scope of freedom of thought and expression that are inherent in a democratic regime, and rejected the demand to close HAKPAR.²⁹

Following this decision, the CC examined the case filed against the Justice and Development Party (AKP) based on an allegation that it had become a focus of anti-secular activity. In its decision, the CC highlighted the importance of the constitutional amendment made in 2004, stating that human right conventions had to be implemented as a priority, and emphasized that this rule required the consideration of the freedom standards established in the ECHR. In this context, the CC reminded that the party closure sanction would be accepted only as a last resort in the case-law of the ECtHR. Following its evaluation, the CC determined that the AKP was a focus of anti-secular activity, but underlined the many examples in which the power held by the party had been used to reach the standard of modern Western democracies in the country. Furthermore, the CC decided to apply a sanction temporarily depriving the party of state aid rather than closing the party, considering that the party had made no concrete efforts to abolish democracy and the secular state order.³⁰ Concerning the decision given by the CC on the AKP, which still holds the political power in Turkey, it may be argued that the CC acted in accordance with the case-law of the ECtHR on proportionality in regards to the applied sanctions.

The CC did not maintain this liberal approach when interpreting the principle concerning “the indivisible integrity of the State with its territory and nation”. Around one year after its decision related to the AKP, the CC closed the Democratic Society Party (DTP) on the grounds that it had become a focus of action against the principle of indivisible integrity. The CC concluded that the defendant party had become a focus of actions against the

²⁹ E: 2002/1, K: 2008/1, 29.01.2008, **Official Gazette**, Issue No. 26923, 1.7.2008.

³⁰ E: 2008/1, K: 2008/2, 30.07.2008, **Official Gazette**, Issue No. 27034, 24.10.2008.

integrity of the territory and nation, stating that DTP members shared the same ideology and objective as the Kurdistan Workers' Party (PKK); that it was taking action to support the leaders and members of this terrorist organization; that they supported the involvement of the PKK as an addressee in the resolution of the Kurdish problem; and that they showed tolerance to the actions of the terrorist organization. Furthermore, the CC emphasized that there were many examples of the DTP being connected to the PKK terrorist organization, and working in solidarity with it. Considering the intensity of such actions, the CC stated that the closure of the party was a reasonable sanction.³¹

In its DTP decision, the CC made references to the decision given by the ECtHR in *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, implementing the justifications made by the ECtHR in this case in its justification that the closure of the DTP was conformity with the Convention. The CC also draw attention to the similarities between the ideologies and actions of the two parties.³² However, following an application from the DTP, the ECtHR concluded that the closure decision of the CC on the DTP had violated its freedom of organization.³³ In the examination it made with regards to necessity in a democratic society, the ECtHR first questioned whether or not the political opinions defended by the DTP were in harmony with democratic principles, and found that the DTP case and the Batasuna case were different in this regard. Stating that the DTP was the most important political party in the country in search for a peaceful solution to the Kurdish problem, the ECtHR pointed out that many separatist parties were continuing their existence in the different autonomous administrative regions of Spain.³⁴ Then, the ECtHR established that the DTP program neither promoted anti-democratic principles nor defended violence.³⁵ In its evaluations on the activities of the DTP, the ECtHR examined the discourse of the party's co-presidents and members, and point-

³¹ E: 2007/1, K: 2009/4, 11.12.2009, **Official Gazette**, Issue No. 27432, 14.12.2009.

³² Ibid.

³³ For a detailed review and comparison of the DTP decisions of the CC and ECtHR see ÇELİK Demirhan Burak, "İHAM'ın DTP ve Diğerleri/Türkiye Kararı Üzerine", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, 2015, pp. 23-66.

³⁴ *Party for a Democratic Society (DTP) and Others v. Turkey*, 3840/10, 3870/10, 3878/10, 15616/10, 21919/10, ³⁹118/10 and 37272/10, 12.01.2016, § 74.

³⁵ Ibid, § 77.

ed out that although some discourse that could be associated with violence existed, they had a final objective of peacebuilding when considered in their context, and so the Court concluded that the Convention had been infringed, considering the severity of the closure sanction that had been applied.³⁶

When the closure decisions of the CC are examined as a whole, it may be argued that the impact of the case-law of the ECtHR increased especially following the constitutional amendment of 2004 giving a priority to the ECHR over national laws, although it can be accepted that a full alignment does not exist at the current time. An important development in ensuring this alignment was the entry into force in 2011 of a new law regulating the adjudication procedure of the CC. According to Article 67 of the Law, if the ECtHR finds that the party closing decision passed by the CC was in violation of the ECHR, an application may be made to the CC for a retrial. That said, according to Article 67, a violation decision of the ECtHR will not automatically result in a retrial. The Law, at this point, leaves it to the discretion of the CC, but if, however, the CC concludes that the violation decision of the ECtHR has a significant effect on a previous party closure decision, it will retry the case.³⁷ Whereas, in the case where the ECtHR has determined that a party closure decision is in violation of the ECHR, it is inevitable that this violation decision will have an important impact on the case. Accordingly, it is not possible to associate the entitlement of such broad authority to the CC with the obligation of Turkey to apply the decisions of the ECtHR. Since there yet to be any application made to the CC for a retrial since this law entered into force, how the CC will use this discretion is something that will be observed in the future.

III. ECtHR CASE LAW, AS THE MAIN ELEMENT IN THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISIONS ON INDIVIDUAL APPLICATIONS

The development, which led to the fact that the case-law of the ECtHR created a much more significant effect on the decisions of the CC, was in the year 2012. As a result of the constitutional amendment, those who have had

³⁶ Ibid, § 87-109.

³⁷ Code on Establishment and Rules of Procedures of the Constitutional Court, Law no 6216, **Official Gazette**, Issue No. 67894, 3.4.2011.

their fundamental rights violated were given the right to make an individual application before the CC. The increase in the effect of the ECtHR case law in this period is related mostly to the scope of the individual application procedure and the justification of the acceptance of this procedure. In accordance with the 2010 amendments to the Constitution, individuals cannot make individual applications solely based on a claim that any of their rights under the Constitution of 1982 were violated, as the right that is alleged to have been violated must be protected in both the Constitution and the ECHR.³⁸ The reasoning behind this interesting criteria can be found in the justification of the constitutional amendment:

“Every year, a number of actions are brought before the European Court of Human Rights against Turkey, and Turkey is directed to provide compensation in many actions ... It is considered that an important proportion of those who allege that have been subjected to a violation of rights since the introduction of the individual application institution can be satisfied at the individual application stage, that is, before taking the issue up with the European Court of Human Rights. In this way, actions against Turkey and decisions issued related to violations will decrease. In this respect, the establishment of a well-functioning individual application system also in Turkey will increase the standards based on rights and the rule of law.”³⁹

It is apparent that the main purpose in bringing into force the individual application procedure is to create a mechanism that will decrease the number of applications to the ECtHR, rather than increasing the standards of human rights in Turkey. For this very reason, individual applications to the CC related to the rights stipulated in the Constitution but not included in the ECHR are not granted.

An analysis of the decisions given by the CC following individual applications reveals that it frequently refers to the case-law of the ECtHR. The CC, in its decisions, reiterates specifically the fundamental principles determined by the ECtHR on the freedom of belief, the freedom of expression, and the freedom of assembly in the framework of its pluralistic and liberal

³⁸ **The 1982 Constitution**, Article 148/3, <https://global.tbmm.gov.tr>, accessed 11.06.2018.

³⁹ Report of the Constitutional Commission, E: 2/656, 29.04.2010, p. 18, <https://www.tbmm.gov.tr>, accessed 11.06.2018.

democracy approach.⁴⁰ Furthermore, in the decisions on individual applications it has given, the CC established a case-law on how to implement Article 90 of the Constitution that regulates the conflict between the ECHR and the laws. According to the CC, in the event of conflict between the ECHR and a law, the ECHR must be applied within the framework of the ECtHR case law. The subject of the law that forms basis to the CC's case law is Article 187 of the Civil Code that obliges married women to use the surname of their husband, and the request of a woman who wanted to use only her maiden name was rejected by the inferior court on the basis of this article. As a result of this decision, an individual application was made to the CC, which first found the law in question to be in conflict with the ECHR and the decision of the ECtHR that embodied this Convention with its decisions:

“In many of its decisions, the ECtHR has considered the surname of a person within the scope of private life, and finds that forcing a woman to use her husband's surname is an interference into private life. According to the ECtHR, the decision of national authorities to not allow a woman to use her maiden name after marriage is in breach of Article 14 of the Convention that prohibits discrimination, in connection with Article 8 that stipulates privacy of life.”⁴¹

Subsequently, the CC emphasized the obligation to comply with the Convention, in accordance with the Constitution, in the event of a conflict between the provisions of law and the international conventions on human rights, as follows:

“In accordance with paragraph five of Article 90 of the Constitution, conventions are a part of our legal system and have the feature of being applied as laws. In the same paragraph, it states in the event of a conflict between a law provision and a convention provision regarding fundamental rights and freedoms in practice, the convention provisions shall prevail. This rule is an implicit abolition rule, and overrules the applicability of the law provisions that are in conflict with the convention provisions with regards to fundamental rights and freedoms. First instance courts that resolve such

⁴⁰ Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25.06.2014, § 51, 56, 60; Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25.06.2014, § 95, 99-101; Ali Rıza Özer ve diğerleri [GK], B. No: 2013/3924, 06.01.2015, § 115-119.

⁴¹ Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19.12.2013, § 42.

conflicts should take into consideration the provisions of the international convention that must be applied in accordance with Article 90 of the Constitution in terms of the conflict subject to the application by disregarding article of the Law that is in conflict with the ECHR and other international human rights conventions, in their decisions.”⁴²

The CC, in the same decision, underlined that the first instance court, when evaluating the state of conflict between the law and the ECHR, should take ECtHR case law into consideration. From this point forward, the CC stated that a court cannot make a decision based on Article 187 of the Civil Code, which has lost its applicability. According to the CC, since Article 187 of the Civil Code has lost its applicability, actions taken based on this article lack any legal basis, while according to the Constitution of 1982, any action restricting fundamental rights must absolutely have a legal basis. Accordingly, refusing to allow a woman to use her maiden name violates the Constitution.⁴³ The CC confirmed this case law in 2014 and 2015.⁴⁴

IV. ECTHR CASE LAW AND CONSTITUTIONAL REVIEW

Although the CC gives clear priority to the ECHR and to the case-law of the ECtHR in its decisions on individual applications, it takes a different approach in decisions in which it reviews the constitutionality of laws. Until today, implementations of laws considered by the ECtHR to be inconsistent with the Convention have been brought to the attention of the CC on many occasions, although in such applications, the CC has ignored the case-law of the ECtHR on the subject, and reviewed the constitutionality of the law considering only the text of the 1982 Constitution. An important example of this was experienced when the Court examined the constitutionality of the law prohibiting the opening of a case before the administrative courts with regards to the warning and reprimanding of civil servants. Previously, the ECtHR considered this to be a violation of the right to an effective remedy, established in Article 13 of the ECHR when an applicant was deprived of

⁴² Ibid, § 44-45.

⁴³ Ibid, § 46-47.

⁴⁴ Gülsim Genç, B. No: 2013/4439, 06.03.2014, § 39; Adalet Mehtap Buluryer, B. No: 2013/5447, 16.10.2014, § 47; Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No: 2014/5836, 16.04.2015, § 44.

the right to open a case after receiving a warning.⁴⁵ However, the CC did not take this case-law into consideration, and decided that the related law was in conformity with the Constitution.⁴⁶ Another example was faced in an action brought to abolish the provision of law that obliges a woman to use her husband's surname. Despite the fact that the ECtHR considered this application as a breach of the prohibition of discrimination in connection with the right to private life,⁴⁷ the CC concluded that the law was constitutional.⁴⁸ More recently, the CC dismissed a case calling for the annulment of a law regulating the offense of insulting the president. What is interesting about this case is that although the case-law of the ECtHR has been mentioned extensively in the arguments put forward for the annulment of the law;⁴⁹ the CC dismissed the request without making any reference to the case-law of the ECtHR.⁵⁰ According to the case-law of the ECtHR, provisions in law protecting a president more than any other citizen are considered to be a violation of the freedom of expression.⁵¹ In an action brought for the annulment of some of the articles of the Law on Meetings and Demonstrations, the CC did not consider the provision that entitled governors with unlimited discretion on determining the places at which meetings and demonstrations can be organized, unconstitutional. In this decision the CC held also that the provision that deems spontaneous demonstrations to be illegal does not violate the constitution.⁵² Whereas, according to the ECtHR case law, measures that place extreme restrictions on the places where meetings and demonstrations are to be organized, and hence, prevent meetings and demonstrations from reaching the targeted mass,⁵³ and regulations that deem spontaneous meet-

⁴⁵ Karaçay v. Turkey, 6615/03, 27.03.2007, § 45.

⁴⁶ E: 2002/169, K: 2007/88, 27.11.2007, **Official Gazette**, Issue No. 26792, 19.2.2008.

⁴⁷ Ünal Tekeli v. Turkey, 29865/96, 16.11.2014, § 68.

⁴⁸ E: 2009/85, K: 2011/49, 10.03.2011, **Official Gazette**, Issue No. 28091, 21.10.2011.

⁴⁹ Otegi Mondragon v. Spain, 2034/07, 15.03.2011; Colomboni v. France, 51279/99, 25.06.2002; Pakdemirli v. Turkey, 35839/97, 22.2.2005; Artun and Güvener v. Turkey, 75510/01, 26.06.2007.

⁵⁰ E: 2016/25, K: 2016/186, 14.12.2016, § 21, **Official Gazette**, Issue No. 29937, 3.1.2017.

⁵¹ ALTIPARMAK Kerem/AKDENİZ Yaman, "TCK 299: Olmayan Hükümün Gazabı mı?", **Bianet**, 03.10.2015, www.bianet.org, accessed 11.06.2018.

⁵² E: 2014/101, K: 2017/142, 28.09.2017, § 38, 90-93, **Official Gazette**, Issue No. 30283, 27.12.2017.

⁵³ Lashmankin and Others v. Russia, 57818/09, 07.02.2017, § 426.

ings and demonstrations to be illegal that do not comply with the notification condition,⁵⁴ constitute violations of the Convention.

It is interesting that the CC gives priority to the case-law of the ECtHR in individual applications, but disregards the case-law of the ECtHR when reviewing the constitutionality of laws. The different conclusions of the CC in its constitutional review and individual application decisions regarding the regulation that obliges a woman to use her husband's surname is, in this sense, an interesting example. As expressed above, the CC concluded in its decision on the norm review that the relevant law did not breach the prohibition of discrimination, despite ECtHR case law saying otherwise, although later, in a review within the scope of the individual application, it determined that the law was in conflict with ECtHR case law, and found that it violated the Constitution. It may be argued that the different applications are based on the fact that the CC does not consider the Constitution and the ECHR to be at the same level, and that it attaches a greater importance to the Constitution in the last instance. In this respect, when reviewing the constitutionality of a law, the CC considers only the text of the Constitution, but accepts that it shall implement the ECHR in the event of a contradiction between the national laws and the ECHR when examining individual applications. Thus, the CC positions the ECHR in the hierarchy of norms above the law, but under the Constitution, and this approach leads to significant contradictions. First of all, the ECHR and the case-laws of the ECtHR are binding for all judicial bodies in Turkey, including the CC. That said, the fact that the case-law of the ECtHR is considered only in individual applications does not eliminate human rights violations, but rather only mitigates their consequences. This situation turns human rights violations into a structural problem, since the noncancellation of the law related to the violation of rights leads to new human rights violations. In this framework, for the realization of the aim to protect human rights in line with universal standards, and ensuring Turkey acts in line with its obligations arising from international law, the ECHR should be prioritized in any constitutional reviews carried out related to the compatibility of laws with fundamental rights.

⁵⁴ Bukta And Others v. Hungary, 25691/04, 17.7.2007, § 36-37; Sergey Kuznetsov v. Russia, 10877/04, 23.10.2008, § 43; Oya Ataman v. Turkey, 74552/01, 05.12.2006, § 38.

V. THE IMPACT OF THE ECTHR CASE LAW ON THE DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION AND COUNCIL OF STATE

Along with the case law of the CC; the case law of the Court of Cassation (*Yargıtay*), which is the highest court of appeal in civil and criminal cases, as well as the case law of the Council of State (*Danıştay*), which is the highest court of appeal for administrative cases, are also important in ensuring the alignment of the legal system of Turkey with the ECHR. The decisions of the CC have increased its capacity to effect the first instance courts decisions, especially after the acceptance of individual applications, although appeal reviews carried out by the Court of Cassation and the Council of State have a more direct effect on the first instance courts, involving a much more extensive legal review.

When the decisions of the Court of Cassation and Council of State are examined, an approach that observes the ECHR can be identified. Since its earliest decisions, the Council of State has accepted the ECHR above the laws and the Constitution.⁵⁵ It is observed in many different decisions of the Council of State, direct references have been made to many different articles of the Convention.⁵⁶ The Court of Cassation, however, takes a different attitude in this regard, and accepts the ECHR as equal to the law.⁵⁷ In the early 2000s, two important developments aimed at increasing the impact of the ECHR on the decisions of the appeal courts, as well as those of the courts of first instance. The first of those developments related to the amendments to the law made within the framework of the European Union harmonization efforts. Together with the law amendments made in 2003, the infringement decisions given by the ECtHR were accepted as grounds for the direct and unconditional retrial of civil litigations, criminal proceedings and administrative suits.⁵⁸ The second development was the constitutional amendment made in 2004, setting out the need to implement the ECHR in the event of a conflict between the ECHR and the national laws. Following this amend-

⁵⁵ Danıştay 5. Dairesi, E: 1986/1723, K: 1991/1993, 22.05.1991.

⁵⁶ BAŞLAR, 2007, pp. 141-173.

⁵⁷ ŞAHBAZ, 2004, pp 200-201.

⁵⁸ Law no 4793, **Official Gazette**, Issue No: : 25014, 04.03.2013; Law no 4928, **Official Gazette**, Issue No: 25173, 19.07.2013.

ment, 9,000 judges and public prosecutors received vocational training on the ECHR.⁵⁹

At this point, it is possible to give some positive examples. For example, the Council of State examined the forfeiture of allowances paid to a teacher who stopped working upon a call of the labor union to join a protest. The Council of State cancelled the penalty against the teacher, making reference to the infringement decisions given by the ECtHR on this subject.⁶⁰ Similarly, administrative courts also cancel disciplinary punishments given to labor union members for stoppages of work by making reference to the decisions the ECtHR.⁶¹ When examining penalties given by the courts of first instance on the praising of crime and criminals, the Court of Cassation made a reference to the case-law of the ECtHR, and stated that the fact that a person, who is referred in an opinion, had committed an offense was not sufficient to penalize the person expressing that opinion. The Court of Cassation pointed out that in a criminal act, the expressions shall involve violence, armed resistance, rebellion or detestation.⁶²

VI. LEGAL REFORMS AND PROBLEMS IN IMPLEMENTATION

In parallel to the evolution in the decisions of the Court of Cassation and those of the Council of State in the framework of the alignment with the case-law of the ECtHR, it may be argued that a transformation occurred also in legal arrangements. For example, in the 1990s, a number of amendments were made to the expropriation law related to problems with delays and deficiencies in payments, as violations of property rights, considering the violation decisions of the ECtHR. Furthermore, the membership of the judge advocate members in the State Security Courts, who led to the violation of the right to fair trial, has been cancelled.⁶³ Moreover, alongside the

⁵⁹ NALBANT, 2015, p. 230.

⁶⁰ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, E: 2009/1063, K: 2013/1998, 22.05.2013.

⁶¹ Ankara 17. İdare Mahkemesi, E: 2016/4141, K: 2017/1025, 12.04.2017; Malatya İdare Mahkemesi, E: 2017/472, K: 2017/919, 31.05.2017.

⁶² Yargıtay 8. Ceza Dairesi: E: 2013/1567, K: 2013/5627, 15.02.2013.

⁶³ CENGİZ Serkan, "AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 79, 2008, p. 342; Law no 4650, *Official Gazette*, Issue No. 24393, 05.05.2001; Law no 4390, *Official Gazette*, Issue No. 23733, 22.06.1999.

intensification of efforts towards EU membership that started in the 2000s, some important amendments have been realized especially in the field of freedom of expression by considering the case-laws of the ECtHR. For example, with regards to crime of praising of crime and criminals mentioned above, it was stipulated that the given expression would be subject to penalty only in the event of a clear and imminent danger to public order.⁶⁴ Another important amendment with regards to the freedom of expression has been the concretization of the scope of crimes related the dissemination of terrorist organization propaganda, which was previously undetermined.⁶⁵ The removal of the statute of limitations in 2013 for offences involving torture is another important amendment realized within the content of these reforms.⁶⁶

In order to reflect the decisions of the courts of first instance regarding the amendments made at a legal level, in 2014 the Council of Ministers adopted an action plan related to the prevention of ECHR violations.⁶⁷ It was mentioned in the action plan that a considerable number of pending adjudications and infringement decisions were existing against Turkey, and in this context, the main objectives were determined as being to improve this image which called into question the ideal of protecting fundamental rights, solving structural and practical problems, and to this end, continuing legal reform efforts resolutely and systematically.⁶⁸

As emphasized in the action plan, when statistics from the 1959–2017 period are examined, it can be observed that Turkey is in the first rank of countries in terms of ECHR infringements among the countries that are party to the ECHR, with 2,988 infringement decisions given against Turkey during this period.⁶⁹ With regards to the statistics for 2017, Turkey ranks second after the Russian Federation with 99 violation decisions.⁷⁰ Analyzing the

⁶⁴ Law no 6459, **Official Gazette**, Issue No. 28633, 30.04.2013.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ DEMİRKOL Selami/AKBULUT Emre, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Dayanılarak Türkiye’de Yapılan Anayasa ve Yasa Değişiklikleri”, **Türkiye Adalet Akademisi**, 2015, pp. 45–46; Law no 6459, **Official Gazette**, Issue No. 28633, 30.04.2013.

⁶⁷ Decision no 2014/5984, **Official Gazette**, Issue No. 28928, 01.03.2014.

⁶⁸ The Action Plan on Prevention of ECHR Violations, 2014, p. 2, <http://www.humanrights.justice.gov.tr>, accessed 11.06.2018.

⁶⁹ ECHR, Overview: 1959–2017, p. 9, <https://www.echr.coe.int>, accessed 11.06.2018.

⁷⁰ The ECHR in Facts & Figures, 2017, p. 11, <https://www.echr.coe.int>, accessed 11.06.2018.

implementation processes behind these decisions, it can be observed that 61 percent of the decisions given against Turkey which are in the supervision process have been closed with a final decision, and that Turkey had fulfilled its responsibilities in this regard.⁷¹ This may be considered a success when compared to the Russian Federation, which only fulfilled 25 percent of the decisions given against it,⁷² which may be regarded as insufficient, considering the constitutional and legal reforms realized in Turkey that are explained above.

At this point, some major issues can be raised with regards to the alignment with the ECHR and the case-law of the ECtHR, especially in some critical fields. In the field of freedom of belief, the ECtHR concluded that Turkey had infringed the Convention in cases opened related to the compulsory religious instruction given in primary and secondary schools,⁷³ the religion box on identity cards,⁷⁴ and the lack of the right to conscientious objection.⁷⁵ Even though a significant period of time has elapsed since the related decisions were issued, Turkey has made no efforts to abolish such practices, in which represents a problem in regards to freedom of belief. The use of violence by the police against individuals exercising their right to freedom of assembly is also still present as a structural problem. The decisions given against Turkey related to such violations are being examined by the Committee of Ministers of the European Council within the framework of the advanced supervision procedure.⁷⁶

Another field in which a lack of harmony can be observed with the case-law of the ECtHR is freedom of expression. In this respect, it can be argued that the manner of application is inconsistent with the case-law of the EC-

⁷¹ Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, Turkey - Country Factsheet, 12.04.2018, p. 1, <https://www.echr.coe.int>, accessed 11.06.2018.

⁷² Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, Russian Federation - Country Factsheet, 12.04.2018, p. 1, <https://www.echr.coe.int>, accessed 11.06.2018.

⁷³ Hasan Eylem Zengin and Others v. Turkey, 1448/04, 09.10.2007, § 75-76; Mansur Yalçın and Others v. Turkey, 21163/11, 16.09.2014, § 76.

⁷⁴ Sinan Işık v. Turkey, 21924/05, 02.02.2010, § 40-44.

⁷⁵ Ülke v. Turkey, 39437/98, 04.01.2006; Erçep v. Turkey, 43964/04, 22.11.2011; Savda v. Turkey, 42730/05, 12.06.2012.

⁷⁶ Ministers' Deputies, 1310th meeting, 15 March 2018 (DH), H46-21 Oya Ataman Group v. Turkey, <https://www.echr.coe.int>, accessed 11.06.2018.

tHR in especially two types of crime. The first of these is the offense of insulting the president. The penalties given for such crimes have increased considerably in recent years. While 133 cases were opened and 28 sentences of condemnation were handed down for this crime in 2010, 4,187 such cases were opened in 2016 and 2,285 sentences of condemnations were made, with an announcement of the verdict being deferred in 890 of those cases.⁷⁷ In a recent example, a member of parliament was sentenced to 14 months in prison for using the expression “that would-be sultan in the palace” and his deputyship was terminated since his sentence exceeded 1 year.⁷⁸ The fact that the offense of insulting the president is used in this manner, and the frequency is against the case-law of the ECtHR mentioned above, it is apparent that the regulation providing special protection to presidents is incompatible with freedom of expression. The ECtHR confirmed this case-law once again in a very recent decision. When a photo of the king of Spain was burned during a demonstration, the ECtHR considered this to be a symbolic action in the context of political criticism, and concluded that freedom of expression had been violated, taking into consideration the severity of the prison sentence of 15 months that was handed down.⁷⁹

Another problem faced in the field of the freedom of expression relates to the way the crime of disseminating terrorist organization propaganda is enforced by the courts of first instance. As mentioned above, together with the amendment made in 2013 as part of the efforts to align with the case-laws of the ECtHR, the scope of the crime of disseminating terrorist organization propaganda was clarified. The amendment sought to penalize statements that are deemed to legitimize, praise or encourage the acts of terrorist organizations involving compulsion, violence or threats.⁸⁰ Thus, praising violence has become the basic element of the crime in accordance with the case-laws of the ECtHR. That said, despite this amendment, it has been observed that criticisms of military operations realized aimed at suppress-

⁷⁷ AKDENİZ Yaman/ALTIPARMAK **Kerem**, **Turkey: freedom of expression in jeopardy**, 2018, p. 7, www.englishpen.org, accessed 11.06.2018.

⁷⁸ “HDP’li Ahmet Yıldırım ve İbrahim Ayhan’ın Vekillikleri Düşürüldü”, **Bianet**, 27.02.2018, www.bianet.org, accessed 11.06.2018.

⁷⁹ Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain, 51168/15, 13.03.2018, § 36-42.

⁸⁰ Law on Fight against Terrorism, Law no 3713, Article 7/2, Official Gazette, Issue No. 20843, 12/4/1991.

ing the violence in the South Eastern region of Turkey have been deemed to be in contravention of the laws against the dissemination of terrorist organization propaganda. In the related decisions, statements that contained no expressions praising, or deemed to legitimize, the violent actions of the terrorist organization have been indirectly qualified as terrorist organization propaganda, on the account of the fact that they contained serious criticisms of security forces⁸¹ and did not include criticisms of the terrorist organization against which the security forces were struggling.⁸² However, as mentioned in the recent *Dmitriyevsky v. Russia* decision of the ECtHR, “it is in the nature of political speech to be controversial and often virulent, and the fact that statements contain hard-hitting criticisms of official policy and communicate a one-sided view of the origin of, and responsibility for, the situation addressed by them is insufficient, in itself, to justify an interference with freedom of expression.”⁸³

CONCLUSION

The effect of the ECHR on the legal order of Turkey has a long historical background, and the breaking point in terms of this effect can be said to be the recognition of the jurisdiction of the ECtHR. The violations noted by the ECtHR since the 1990s have played an important role in the evolution of the legal order of Turkey in a more liberal direction. The second breaking point was the constitutional amendment of 2004 and that stipulated that the ECHR would prevail in the event of conflict between the ECHR and the national laws. Furthermore, in the second half of the 1990s, important constitutional and legal amendments were made related to some fundamental issues that caused the ECtHR to render violation decisions against Turkey.

The third development, related to the incremental alignment of ECtHR case law and Turkish law, was the entry into force of procedures of individual application to the CC in 2012. The CC, in decisions rendered within the scope of individual application procedures, refers to the ECtHR case law intensely and deterministically. The CC also has formed an established case law on the direct application of ECtHR case law in the event of conflict be-

⁸¹ Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi, K: 2017/150, 26.04.2017.

⁸² İstanbul 32. Ağır Ceza Mahkemesi, K: 2018/50, 23.02.2018.

⁸³ *Dmitriyevsky v. Russia*, 42168/06, 03.10.2017, § 106.

tween ECtHR case law and the national laws. Taking into consideration the article of the Constitution that states clearly that the decisions of the CC are binding on the legislative, executive, judicial organs, administrative authorities, individuals and legal persons, it can be said that this established case law of the CC is of great importance. That said, despite the entry into force of the individual application procedure in 2012 and the adoption of the action plan on the prevention of ECHR violations by the Council of Ministers in 2014, it cannot be said that complete harmony with the ECtHR case laws has yet been achieved in practice.

In order to strengthen the alignment with the case-law of the ECtHR, it may be useful for the CC not only to consider the text of the Constitution, but also to directly and comprehensively act in line with the case-law of the ECtHR, as it does in decisions given in individual applications, especially in the examinations made in the context of abstract and concrete norm reviews. Thus, it would be possible to eliminate the reasons for the human rights violations rather than compensating for the consequences of human rights violations. On the other hand, putting into practice the measures and reforms indicated in the action plan accepted in 2014 is crucial in alignment of the decisions of the appellate courts and those of the courts of first instance with the case-law of the ECtHR. The reforms to be realized by the political power could certainly play a determining role in ensuring that the administration and judicial institutions accept the ECHR and the case-law of the ECtHR as the principal elements of the Turkish legal order.

BIBLIOGRAPHY

- AKDENİZ Yaman/ALTIPARMAK Kerem, **Turkey: freedom of expression in jeopardy**, 2018, www.englishpen.org, accessed 11.06.2018.
- ALTIPARMAK Kerem/AKDENİZ Yaman, “TCK 299: Olmayan Hükümün Gazabı mı?”, **Bianet**, 03.10.2015, www.bianet.org, accessed 11.06.2018.
- ARIK K. Fikret, “İnsan Haklarının Milletlerarası Korunması, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde)”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 15, S. 4, 1960, pp. 113-150.
- ARSLAN Zühtü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 17, 2000, p. 274-293.
- BAŞLAR Kemal, **Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Şen Matbaa, 2007.
- CENGİZ Serkan, “AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 79, 2008, pp. 334-350.
- ÇELİK Demirhan Burak, “İHAM’ın DTP ve Diğerleri/Türkiye Kararı Üzerine”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 2, 2015, pp. 23-66.
- DEMİRKOL Selami/AKBULUT Emre, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Dayanılarak Türkiye’de Yapılan Anayasa ve Yasa Değişiklikleri”, **Türkiye Adalet Akademisi**, 2015.
- ESEN Selin, “How Influential Are the Standards of the European Court of Human Rights on The Turkish Constitutional System in Banning Political Parties?”, **Ankara Law Review**, C. 9, N. 2, 2012, pp. 35-156.
- FENDOĞLU H. Tahsin, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında Bağımsız Ölçü Norm veya Destek Ölçü Norm Sorunu”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 17, 2000, pp. 363-384.
- LAWSON Rick, “The Achievements of the Strasbourg Court”, **The conscience of Europe: 50 years of the European Court of Human Rights**, Edited by Egbert Myjer *et al.*, Third Millennium Publishing, 2010, pp. 162-172.
- MEMİŞ Emin, “İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 17, 2000, pp. 130-172.

NALBANT Atilla, “İnsan Hakları Avrupa Hukuku İlkeleri Işığında Yüksek Mahkemelerin Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 4, S. 7, 2015, pp. 227-244.

ÖZBUDUN Ergun/TÜRKMEN Füsun, “Impact of the ECtHR Rulings on Turkey’s Democratization: An Evaluation”, **Human Rights Quarterly**, C. 35, 2013, pp. 985-1008.

ŞAHBAZ İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 54, 2004, pp. 178-216.

TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. bs, 2018.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1993.

Siyasetin Yargısallaşmasının Hükümet Sistemine Etkisi Üzerine Bir İnceleme: Moldova'nın Anayasal Zaman Yolculuğu

Dr. Öğr. Üyesi Serkan YOLCU*

Öz: Karşılaştırmalı hukuk birçok anayasal meselede her geçen gün farklı bir bakış açısı elde edebilmeyi mümkün kılmakta, dünyada yaşanan güncel anayasal gelişmeler daha önce üzerinde pek durulmayan analizlere kapı aralamaktadır. Bunlardan biri de siyasetin yargısallaşması olgusu ile hükümet sistemleri arasındaki ilişkide görülebilir. Anayasa hukuku doktrininde genellikle siyasetin yargısallaşmasının anayasal haklar rejimi üzerindeki sonuçları üzerine yoğun bir birikim görülmektedir. Oysa yargısal bir uyumsuzluğun konusu haline gelen siyasi sorunlar, kurumsal anayasa hukuku alanında da sonuç yaratmaktadır. Bu bakımdan Moldova deyim yerindeyse bir anayasa hukuku laboratuvarı sunmaktadır. Bağımsızlığını ilan ettiği ilk günden beri Moldova, esasen siyasal elitlerin iktidar yarışının yön verdiği bir hükümet sistemi kriziyle mücadele etmektedir. Ancak bu kriz, Moldova Anayasa Mahkemesinin 2016'da verdiği beklenmeyen bir kararla bir kez daha ama bu sefer farklı bir boyutla pekişmiştir. Moldova Anayasa Mahkemesi ülkenin bağımsızlık sonrası benimsediği yarı-başkanlık hükümet sistemini saf parlamenter sistem ile değiştiren 2000 tarihli anayasa değişikliğini iptal etmiş, bununla da kalmayıp adeta zamanda yolculuk yaparak anayasanın iptal edilen değişiklik öncesi hükümlerini tekrar yürürlüğe koymuştur. Böylece ülkenin hükümet sistemi bir kez daha yarı-başkanlığa doğru yön değiştirmiştir. Bu yönüyle Moldova'nın anayasal zaman yolculuğu, yargısal denetimin hükümet sistemini nasıl etkileyebileceği sorununu ortaya çıkarmıştır. Bu çalışma Moldova örneğinden hareketle bu soruna ne tür cevaplar verilebileceğini ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Siyasetin yargısallaşması, anayasa değişiklikleri, yargısal denetim, hükümet sistemleri, Moldova Anayasa Mahkemesi.

* Makale Gönderim Tarihi: 01.08.2018. Makale Kabul Tarihi: 26.11.2018

İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-2951-4406); serkan.yolcu@ieu.edu.tr.

A Review on the Impact of Judicialization of Politics on Government System: Constitutional Time Travel of Moldova

Abstract: Comparative law makes it possible to acquire a different perspective from day to day on many constitutional issues, and the current world-wide constitutional developments are opening doors to analyzes that have not been emphasized before. One of these can be seen in the relation between judicialization of politics and government systems. In the constitutional law doctrine, there is usually a great accumulation of conclusions with regard to the effects of judicialization of politics in terms of constitutional rights. However, the political problems that have become the subject of a judicial dispute are also creating results in the field of institutional constitutional law. In this regard, Moldova offers, so to speak, a constitutional law laboratory. Since the first day of declaring independence, Moldova has been struggling with a crisis of the government system, which is mainly directed by the political elite's power struggle. This crisis has been reinforced once again due to an unexpected decision of the Moldovan Constitutional Court in 2016, but this time with a different dimension. The Moldovan Constitutional Court annulled the 2000 constitutional amendments, which had replaced the semi-presidential government system adopted after the independence with a pure parliamentary system, but also ordered that pre-amendment provisions of the Constitution shall be in force again through kind of a time travel. Thus the government system of the country once again changed its direction towards the semi-presidency. In this regard, Moldova's constitutional time travel has raised the question of how judicial review can affect the government systems. This study addresses what kind of answers can be given to this problem by focusing on Moldova.

Keywords: Judicialization of politics, constitutional amendments, judicial review, government systems, Constitutional Court of Moldova.

GİRİŞ

Anayasa değişikliklerinin en önemli sebeplerinden biri hükümet sistemi değişiklikleridir. Dünyanın pek çok yerinde yeni ülkeler kurulup diğerleri tarih sahnesinden silinirken veya bir ülke çeşitli sebeplerle köklü bir siyasal dönüşüm yaşadığında, siyasal elitlerin tasarlamak zorunda olduğu ilk ve belki de en önemli sorun nasıl bir hükümet sistemi benimseneceğidir. Ancak anayasalar bir iktidar haritası olarak her zaman arzu edileni vermeyebilir. Zira siyasal iktidarın gerçekleri kurucuların tasarladığı anayasada tam olarak yansıtılamayabilir. Örneğin bir anayasa başkanlık hükümet sistemini benimsemesine rağmen, başkana verilen şekli yetkiler anayasanın kendisi için

tasarlandığı karizmatik liderin sahip olduğu pratikteki yetkilerle örtüşmeye-bilir veya yasama organındaki çoğunluk partisinin lideri nispeten önemsiz bir kamusal makama sahip olsa da gerçekte en önemli kamu politikaları-nın etkin gücü olabilir.¹ Dolayısıyla bir siyasal düzende anayasal tasarım ile siyasal gerçekler her zaman uyuşmayabilir. Öyleyse anayasalar yeni bir siyasal düzen için bir kere tasarlandıktan sonra, bu anayasanın öngördüğü yönetim biçimi siyasal sistemin işleyişine etki eden çeşitli dinamiklerin et-kisiyle değişebilir. Hükümet sistemini değiştirmek çoğu zaman bir anayasa değişikliği gerektirse de, bazen bu değişiklik fiilen de gerçekleşebilir. Ancak çoğunlukla fiili durumu hukuka uygun hale getirmek ya da hükümet krizle-rinin üstesinden gelmek için anayasayı değiştirmek dünyanın birçok yerinde sıklıkla kullanılan bir siyasal hamledir.

Bununla birlikte anayasa değişiklikleri, bu değişikliklerin anayasaya uygunluğu sorununu da beraberinde getirir. Bir anayasa kuralı değiştirildik-ten sonra, bu değişikliğin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmesi durumun-da yargı organına – anayasa mahkemelerine- özel ve kritik bir fonksiyon düşmektedir. Dünyanın pek çok yerinde anayasa mahkemeleri sarih veya zımni yetkilendirmeye anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetlemektedir. Bu artık inkâr edilemez bir gerçekliktir.² Ancak anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi, tali kurucu iktidarın anayasayı değiştir-me yetkisine yargısal müdahalede bulunulması, başından beri kurucu iktidar düşüncesi üzerinde birtakım esaslı sorgulamalar yapılmasına yol açmakta-dır. Zira bir anayasa değişikliğinin anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesi hukuken öngörülen ve öngörülmeyen sonuçlar yaratmaktadır. Bir normun hukuk âleminde silinmesi normatif bir takım sonuçların yanında, geçerlili-ğini yitiren hükümlerin niteliği nedeniyle bir eski hale dönüş ya da yargısal kararın sonucunun geriye yürütmesine de yol açabilir. Söz konusu norm bir anayasa hükmü olduğunda ise anayasa normunun yürürlükten kalkması ola-ğan normlara göre daha farklı ve çok boyutlu bir sorun halini almaktadır. İptal edilen anayasa değişikliği artık yürürlükte olmadığından, anayasal dü-zeydeki eskiye dönüş daha hayati etkileri beraberinde getirmektedir.

¹ TUSHNET Mark, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, 1. Baskı Edward Elgar, Cheltenham & Northampton, 2014, s. 11.

² Anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri kuramı ve bunların yargısal denetimi konusunda son zamanlarda yayınlanan en kapsamlı analizlerden biri için bkz. ROZNAI Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers*, Oxford Univer-sity Press, Oxford, 2017.

Bu konuda karşılaştırmalı hukuk çarpıcı veriler sunmaktadır.³ Moldova ise bu bağlamda adeta bir anayasa hukuku laboratuvarı sağlamaktadır. Orta ve Doğu Avrupa’da komünizmin çöküşü sonrası başlayan siyasal kırılma ile ortaya çıkan yeni ülkeler, yoğun bir siyasal sistem arayışı içine girmiş ve bu arayış farklı tercihlerle sonuçlanmıştır. Orta ve Doğu Avrupa’daki anayasacılık hareketiyle, hükûmet sistemlerinde de değişime gidilmiş, demokrasiye geçen ülkelerden bazıları parlâmenter sistem uygulamasını benimserken; diğer bazıları yarı-başkanlık modelini kabul etmişlerdir.⁴ Sovyetler Birliğinin dağılmasının ardından kurulan bu yeni siyasal sistemlerde, son yirmi yıldır hükûmet sisteminin en çok gel-git yaşadığı ülke ise Moldova’dır. Yakın zamana kadar Moldova, Sovyetler sonrası dönemde devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçilmediği nadir parlâmenter sistemlerden biriydi. Ancak bu durum, Moldova siyasetinin açmazlarının Anayasa Mahkemesi önüne taşınması sonucu 2016 sonlarından itibaren değişmiştir. Moldova’da demokrasiye geçişin başladığı günden bu yana hükûmet sistemi önce yarı-başkanlık, daha sonra parlâmenter sistem, 2016 sonrası ise yeniden yarı-başkanlık sistemine doğru yönelmiştir. Öyle ki Moldova’nın hükûmet sistemi krizi bir “anayasal ping-pong” olarak nitelendirilmektedir.⁵

Moldova’da etnik köken ve dil temelli ulusal kimlik sorunlarından kaynaklanan derin sosyal bölünme ve demokrasiye geçiş öncesi rejim liderlerinin çoğunun ülke bağımsızlığını kazandıktan sonra da aktif olarak siyasete katılması gibi nedenlerle, demokrasiye geçişin ardından epey uzun zaman geçmesine rağmen siyasi reform süreci yavaş ve klientalist (kayırmacı) bir gelişme göstermiş, dolayısıyla ülke zayıf ve kırılğan bir demokrasi deneyiminin ötesine geçememiştir.⁶ Nitekim *Özgürlük Evi* (Freedom House)

³ Güncel ve kapsamlı bir karşılaştırmalı hukuk derlemesi için bkz. ALBERT Richard, CONTIADES Xenophon, FOTIADOU Alkmene (Editör), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, Hart Publishing, Oxford & Portland, 2017.

⁴ YÜCEL Bülent, “Komünizm Sonrası Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerindeki Anayasacılık Hareketleri”, *AÜHF Dergisi*, Cilt 60, Sayı 3, 2011, ss. 635–690, s. 636.

⁵ FRUHSTORFER Anna, “Back to the future: The abolition of the parliamentary system in Moldova”, *Presidential Power*, <http://presidential-power.com/?p=4588>, 8 Mart 2016. (Erişim: Mayıs 2018)

⁶ CROWTHER William, “Moldova”, *The Handbook of Political Change in Eastern Europe*, Sten Berglund et. al. (Editör), 3. Baskı, Edward Elgar, Cheltenham & Northampton, 2013, s. 733.

tarafından “kısmen özgür” ülkeler kategorisinde listelenen⁷ Moldova’nın 1994 tarihli Anayasası, kabul edildiği günde bu yana 9 defa değiştirilmiş ve 37 madde değişikliğe uğramıştır. Keza bu anayasanın ilk yirmi yılında 20 anayasa değişikliği girişiminin de başarıya ulaşamadığı belirtilmektedir. Özellikle de devlet başkanının yetkilerine ilişkin anayasa değişiklikleri demokrasiyi güçlendirmek amacıyla yapılmış ama bunu sağlayamamıştır.⁸ Dolayısıyla Moldova’nın mütemadiyen bir “anayasa krizi” halinde olduğunu söylemek abartılı olmayacaktır.

Bu krizin son aktörü ise Moldova Anayasa Mahkemesi (MAM) olmuştur. Anayasa Mahkemesi ülkenin hükümet sistemini değiştiren 5 Temmuz 2000 tarihli anayasa değişikliğini 5 Mart 2016 tarihli kararıyla iptal etmiş ve anayasanın iptal edilen hükümlerinin değişiklik öncesi hallerinin yeniden yürürlüğe girmesine yani devlet başkanının parlamento tarafından değil, doğrudan halk tarafından seçilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Böylece Ekim 2016’da Moldova halkı, on beş yıl sonra yeniden doğrudan devlet başkanını seçmek için sandıklara gitmiştir. Bu kararı ile Moldova’da 2000 yılından beri tesis edilmeye çalışılan parlamenter sistemi ortadan kalkmış ve ülke yarı-başkanlık sistemine geri dönmüştür. Ancak karar sadece devlet başkanının seçim yöntemini değiştirmiş, onun görev ve yetkileri bakımından herhangi bir değişim getirmemiştir. Oysa parlamento tarafından seçilen bir devlet başkanı ile doğrudan halk tarafından seçilen bir devlet başkanının, aynı yetkileri aynı etkinlikte kullanmasını beklemek siyasal gerçekliğe uymaz. Bu nedenle günümüzde ülkenin hükümet sistemi gerçekte parlamenter sisteme göre şekillendirilmiş başbakan liderliğindeki hükümet ile halk tarafından seçilmek zorunda kalan devlet başkanı arasında sıkışmıştır.

Bu çalışma Moldova Anayasa Mahkemesinin ülkenin hükümet sistemine yeni ve beklenmeyen bir yön veren iptal kararından hareketle, siyasetin yargısallaşması ve hükümet sistemleri arasındaki ilişkiyi incelemeyi amaçlamaktadır. Bunun için bir sonraki başlıkta önce siyasetin yargısallaşması olgusu ardından da çağdaş hükümet sistemleri üzerinde durularak bir kavramsal çerçeve çizilecektir. İkinci başlıkta Moldova’nın anayasal gelişmesi kısaca hatırlanacak ve hükümet sisteminin ülkede bugüne kadar geçirdiği

⁷ <https://freedomhouse.org/country/moldova> (Erişim: Mayıs 2018)

⁸ FRUHSTORFER Anna, “Moldova”, Constitutional Politics in Central and Eastern Europe, A. Fruhstorfer & M. Hein (Editör), Springer, Wiesbaden, 2016, s. 361.

değişimin dönüm noktalarına değinilecektir. Ardından Moldova Anayasa Mahkemesi'nin 2000 tarihli anayasa değişikliğini iptal eden 2016 tarihli kararı incelenecek ve nihayet sonuç kısmında Moldova'da yaşanan bu deneyimin niteliği üzerine birtakım çıkarımlarda bulunulmaya çalışılacaktır.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Moldova üzerine odaklanmak gelişmekte olan demokrasilerde yargının siyasi sorunlarda hakemliğine başvurulmasının hükümet sistemi eksenindeki sonuçlarını ampirik olarak ölçebilmek için kayda değer bir veri sunmaktadır. Ancak elbette bu verinin altında birtakım kuramsal olgular yatmaktadır. Bu başlıkta önce siyasetin yargısallaşması olgusu, ardından da genel olarak hükümet sistemleri üzerine birtakım ön tespitlerde bulunulacaktır. Böylece Moldova deneyimini irdelemek için bütüncü bir geçiş elde edilecektir.

1. Siyasetin Yargısallaşması Olgusu

Yargısallaşma bir hüküm ya da karara varmayı yargısal olarak ele alma olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda “siyasetin yargısallaşması” (*judicialization of politics*), karar verme hakkının yasama, yürütme organlarından mahkemelere transferi ya da en azından yargısal karar alma yöntemlerinin yargısal alanın dışına yayılmasını ifade eder.⁹ Bir diğer ifadeyle siyasetin yargısallaşması ahlaki açmazlar, kamu politikasına ilişkin sorunlar ve siyasal uyuşmazlıklarla başa çıkabilmek için mahkemelere ve yargısal araçlara güvenmek olarak tanımlanmaktadır.¹⁰ Elbette bu olgu özellikle II. Dünya Savaşı sonrası anayasa mahkemelerinin giderek yaygınlaşmasıyla birlikte daha özel bir anlam kazanmaya başlamıştır. Gerçekten de XX'nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren dünya çapında yasama organından mahkemelere doğru yoğun bir güç transferi yaşandığı malumdur. Nitekim bir zamanlar Tocqueville tarafından Amerikan yargıçlarına özgü istisnai bir uygulama kabul edilen anayasa yargısı, artık demokratik bir yönetimin adeta olmazsa olmaz unsuru haline gelmiş ve önlenemez bir yükselişe geçmiştir. En son 1781–2011 yılları arasındaki dönemi ve 204 ülkeyi kapsayan bir araştırmaya göre, anayasaya uygunluğun yargısal denetimi 1951'de dünyadaki ülkelerin

⁹ VALLINDER Torbjörn, “The Judicialization of Politics—A World-wide Phenomenon: Introduction”, *International Political Science Review*, 15(2), 1994, s. 91.

¹⁰ HIRSCHL Ran, “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts”, *Annual Review of Political Science*, C. 11, 2008, s. 2-4.

%38’inde uygulanıyorken, 2011 yılı itibarıyla bu oran %83’e yükselmiştir.¹¹ İşte bugün artık küresel bir gerçek haline gelen mahkemelere yetki aktarımı genel olarak “yargısallaşma” (*judicialization*) olarak nitelendirilmektedir.¹²

Anayasa mahkemeleri siyasal sorunların yargısal bir uyumsuzluğun konusu haline gelmesi imkânını arttırmış ve bunu bir ölçüde de kolaylaştırmıştır. Bu bakımdan dünyada çapında büyük bir hızla yaşanan anayasallaşma ve bu yeni anayasaların barındırdığı geniş hak katalogları beraberinde bu hakların korunması odaklı yargısallaşmayı getirmiş, bu da mahkemelerin siyasi rolünde dönüştürücü bir etki yaratmıştır. Mahkemeler bir toplumun en temel siyasi açmazlarının ele alındığı esas yerler olmaya başlamıştır.¹³ Öyle ki günümüzde dünyanın herhangi bir yerinde anayasaya uygunluk denetimi ile yetkilendirilmiş bir yüksek mahkemenin/anayasa mahkemesinin anayasal haklar ya da yasama veya yürütme organının yetkilerine ilişkin önemli bir karar vermediği bir hafta bile geçmediğini söylemek abartılı olmayacaktır.¹⁴ Bu bakımdan artık genel olarak politika süreçlerinin anayasa yargısı organlarının yasama ve/veya yürütme organının kararlarını değiştirebildiği ölçüde “yargısallaşmış” olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan siyasetin yargısallaşması, davranış ve dil normlarından ibaret olan hukuki alanın nüfuz ettiği ve siyasal alan tarafından absorbe edilen süreci ifade eder. Diğer bir ifadeyle yargısallaşan siyaset, en azından kısmen dahi olsa siyasetin hukuki alan vasıtasıyla sürdürülmesine işaret eder.¹⁵

Siyasetin yargısallaşması olgusunun modern hayatın hukukileşmeye başlamasından çok önce görüldüğü belirtilmektedir. Öyle ki siyasi rakiplerin yargılamalar ile saf dışı bırakılmasına Roma İmparatorluğu zamanında dahi rastlandığı belirtilmektedir.¹⁶ Ancak siyasal sorunların yargısal uyumsuz-

11 GINSBURG Tom / VERSTEEG Mila, “Why Do Countries Adopt Constitutional Review?”, *Journal of Law, Economics and Organization*, C. 30, No. 3, 2013, s. 587.

12 FEREJOHN John, “Judicializing Politics, Politicizing Law”, *Law and Contemporary Problems*, Vol 65, No. 3, 2002, s. 41.

13 HIRSCHL Ran, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge & London, 2004, s. 169.

14 HIRSCHL, 2008, s. 4.

15 SWEET Alec Stone, “Constitutional Politics in France and Germany”, *On Law, Politics, and Judicialization*, Martin Shapiro & Alec Stone Sweet, Oxford University Press, New York, 2002, s. 187.

16 HIRSCHL, 2008, s. 3-4.

lıklar haline gelmesi —siyasetin yargısallaşması— daha çok XX'nci yüzyılın ikinci yarısı ve erken XXI'inci yüzyılın en çok öne çıkan olgularından biridir. Gerçekten de özellikle milenyum sonrası ulusal yüksek mahkemelerin kritik siyasal sorunlara ilişkin kritik kararlar verdiği gözlemlenmektedir. Keza bu olgu hem gelişmiş hem de gelişmekte olan demokrasilerde ve yargı denetiminin görece güçlü bir geleneğe olduğu ülkeler yanında, henüz pekişme aşamasında olduğu sistemlerde de gözlemlenmektedir. Dolayısıyla siyasetin yargısallaşması artık dünya çapında bir fenomendir. Elbette bu olgunun tatbiki anayasal gelenekler ve siyasi koşullara göre ülkeden ülkeye değişmektedir; fakat görünen odur ki mahkemeler beğenelim ya da beğenmeyelim esaslı bir siyasi aktör haline gelmiştir.¹⁷

Öte yandan günümüzde yargısallaşan siyasal sorunların gün geçtikçe girift nitelikte olduğu görülmektedir. Yargısallaşan siyasal sorunlar giderek boyut değiştirmiş, artık bütün bir ulusun temel siyasal açmazlarıyla mücadele etmek için mahkemelere güvenilmeye başlanmıştır. Diğer bir ifadeyle mahkemelerin siyasal sonuçlar üzerinde karar verme alanı yakın zamanda giderek genişlemiş ve yargı denetimi anayasal hakların korunması ve yasa-yürütme ilişkilerindeki sınırların belirlenmesi gibi standart fonksiyonların çok ötesine geçmiştir. Öyle ki siyasetin yargısallaşması ulus inşasının kurucu engelleri ve temel onarıcı adalet sorunları gibi hassas alanlarda bile yargısal müdahaleyi mümkün kılmıştır. Bu seviyedeki yargısallaşma yürütme organının makroekonomik planlama tercihlerinden ulusal güvenliğe, kolektif kimlik sorunundan rejim dönüşümüne kadar birçok alanda görülmektedir. Fakat siyasetin bu hassas alanlarda yargısallaşması, dünyanın sadece belirli yerlerinde değil küresel düzeyde gözlemlenmektedir. Nitekim ABD'de başkanın yetkilerini kötüye kullanması sorunundan, Avrupa'daki çok kültürlü vatandaşlık sorununa, Pakistan'daki kolektif kimlik sorunundan komünizm sonrası ülkelerdeki geçiş adaletine, otoriter rejimler sonrası Latin Amerika'dan ırk ayrımcılığı (*apartheid*) sonrası Güney Afrika'ya ve Avusturalya ve Yeni Zelanda'daki yerli halkın hukuki statülerinden Türkiye'nin laiklik sorununa kadar çok çeşitli yer ve sahalarda anayasal sorunlar mahkemelere taşınmaktadır.¹⁸

Siyasi gücün demokratik olarak hesap verebilir karar alıcılardan yargıç-

¹⁷ VALLINDER, 1994, s. 98.

¹⁸ HIRSCHL, 2004, s. 169-170; HIRSCHL, 2008, s. 5.

lara doğru transferinin (siyasal alana yargısal müdahalenin) dünya çapında gelişmiş demokrasiler dışında görüldüğü yerlerden biri de post-komünist dünyadır. Gerçekten de Orta ve Doğu Avrupa 1989’da komünizmden geçiş başladığında çok az ülke hukukun üstünlüğü, basın özgürlüğü ve canlı bir sivil toplum gibi sağlam bir demokrasinin zorunlu koşullarına sahipti. Ancak bu bölge üzerindeki muazzam uluslararası etki serbest seçimler, siyasi partiler ve bağımsız yargı gibi demokratik kurumları hızla teşvik etmiştir. Bu doğrultuda komünizmin çökmesinden sonraki ilk çeyrek yüzyılda yargı organı ve özellikle anayasa mahkemeleri Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde hukukun üstünlüğünün esas koruyucusu rolünü üstlenmiş ve demokrasiye geçiş sürecinde çok etkin rol almıştır. Komünizm yıkıldıktan sonra demokrasiye geçiş hedefi, beraberinde demokrasi sarhoşluğunun olası tehlikelerini gün yüzüne çıkarmıştı. Sonuçta demokrasiye geçişin amacının seçimleri kazanmanın her şeyi aldığı bir yönetim demek olmadığı ve çoğunlukçu demokrasinin tehditlerine karşı liberalizmi güçlendirmenin gerekliliği ortaya çıkmıştı. Bu bakımdan komünizmin çökmesi sonrası ortaya çıkan yeni demokrasilerde temel hakları korumak ve çoğulculuğu sürdürmek için anayasa mahkemelelerinin varlığı rastlantısal değil, aksine ifade ve toplanma özgürlüğü, çoğulcu basın ve azınlık hakları gibi demokrasinin temel kurucu unsurlarının güvence altında olduğu bir demokratik yönetimin canlanmasına yardım etmek için kurulmuş olmaları ile açıklanabilir.¹⁹

Öyleyse komünizm sonrası ülkelerde görülen yargısallaşma, daha özel ve ayrı bir anlam kazanmaktadır. Demokrasinin henüz pekişme aşamasında olduğu diğer ülkelerde olduğu gibi post-komünist ülkelerde de siyasetin yargısallaşması şu paradoksu beraberinde getirmektedir: geleneksel olarak

¹⁹ MÜLLER Jan-Werner, *Popülizm Nedir?* (Çev. Onur Yıldız), İletişim, İstanbul, 2017, s. 69-73. Günümüzde komünizm sonrası ülkelerde anayasal demokrasinin ciddi bir kriz içinde olduğu ve Orta ve Doğu Avrupa’da adeta yeni “liberal olmayan” (illiberal) rejimler türediği gözlemlenmektedir. (MÜLLER, 2017, s. 67-78.) Özellikle son birkaç yılda Macaristan ve Polonya üzerinden hareketle yapılan gözlemlerde, popülist ve anti-liberal bir yönetim biçiminin bölgede yayılmaya başladığı belirtilmektedir. Yani popülist hükümetler yüzünden Macaristan’da pekişmiş bir demokrasiden yarı-otoriter bir rejime doğru bir geriye gidiş, Polonya’nın ise güçlü otoriter tonlar içeren liberal olmayan bir demokrasi haline dönüştüğü ileri sürülmektedir. Bu yeni popülist ve liberal olmayan rejimlerin hedef aldığı kurumların başında ise anayasa mahkemelerinin yer aldığı vurgulanmaktadır. (BUGARIČ Bojan / GINSBURG Tom, “The Assault on Postcommunist Courts”, *Journal of Democracy*, Volume 27, No 3, 2016, s. 70-71.)

yargısallaşma demokrasiye karşıt bir uygulama olarak görülürken, pekişmemiş demokrasilerde bu olgu demokrasinin başarısına işaret eder. Öte yandan komünizm sonrası ülkelerde yargı organının şeklen yetkilendirilmiş olmasının doğrudan siyasetin yargısallaşmasına bir etkisi olup olmadığı da dikkate alınmalıdır. Zira bu ülkeler genellikle kâğıt üzerindeki hukukun realiteden oldukça farklı işledikleri siyasal atmosferlere sahiptir. Bu bakımdan post-komünist devletler yargısallaşmanın en paradoksal örneklerini teşkil eder. Zira bölgedeki komünizm sonrası liderlerin güçlü anayasa mahkemelerini kendileri iktidardan hiç vazgeçmeyecekmiş gibi yetkilendirdikleri ileri sürülmektedir. Yani demokrasiye geçiş sürecinde bu bölgedeki anayasa yapıcılar sadece anayasaya uygunluk denetimi yapacak özel mahkemeler kurmakla kalmamış aynı zamanda bu mahkemeleri cömert biçimde partizan siyasetin temel aktörü olması için yetkilendirmişlerdir. Bu bakımdan komünizm sonrası anayasa mahkemeleri, şekli açısından emsallerine göre daha marjinal kabul edilen fonksiyonlara sahip olmanın yanında aynı zamanda esasen birçok siyasi fonksiyona da sahiptirler. Dolayısıyla eğer bir mahkemenin şekli açısından yetkilendirilmiş olması yargısallaşma için bir göstergeyse, post-komünist ülkelerin anayasa mahkemeleri, sadece sahip olduğu şekli yetkiler ile bile yargısallaşma olgusunun varsayılan ev sahibi konumundadır.²⁰ Moldova bu ev sahiplerinden yalnızca biri, aşağıda açıklanacak olan Moldova Anayasa Mahkemesi kararı ise bu ev sahipliğinin en açık ve güncel örneklerinden biridir.

2. Hükümet Sistemleri Üzerine Bazı Tespitler

Karşılaştırmalı anayasa hukuku ve karşılaştırmalı siyaset bilimi literatüründe hükümet sistemleri üzerindeki akademik birikimin özellikle 1980'lerin sonu ve 1990'ların başında yoğunlaştığı bilinmektedir. Bu dönemde kurumları diğer faktörlerin üzerinde ve onlardan önce açıklayıcı olarak kullanmayı tercih eden “yeni kurumsalcılık” akımı ve üçüncü demokratikleşme dalgasının etkisiyle, parlamenter sistem ile başkanlık sisteminin eksileri ve artıları ve hükümet sistemi tercihi ile demokrasinin pekişmesi arasındaki ilişki üzerinde yoğun bir akademik tartışma yaşanmıştır. Özellikle Juan Linz ile başlayan bu akademik birikim sürecinde yarı-başkanlık sistemi üzerindeki tartışmaların daha geç ve daha zayıf kaldığı gözlemlenmektedir. Öyle

²⁰ MAZMANIAN Armen, “Judicialization of politics: The post-Soviet way”, International Journal of Constitutional Law, Volume 13, Issue 1, 2015, s. 200–204.

ki bir kavram olarak yarı-başkanlık sisteminin tarihi 1970'lere kadar gitmesine rağmen, yarı-başkanlık ile demokratikleşme arasındaki ilişki ancak 1990'ların sonlarında tartışılmıştır.²¹ Gerçekten de Przeworski ve arkadaşlarının dünya genelinde demokrasi ile kalkınma ilişkisini inceledikleri kantitatif araştırmalarında, 1950 ile 1990 yılları arasında 141 ülkede görülen 108 demokratik rejimden (bu çalışmada demokratik rejim belirli bir zaman diliminde görülen yönetim biçimi için kullanılmaktadır, dolayısıyla buradaki 108 rakamı aynı ve/veya farklı ülkelerde görülen değişik zaman dilimlerini ifade etmektedir) 55'inin parlamenter sistem, 44'ünün başkanlık sistemi ve yalnızca 9'unun melez hükümet sistemine sahip olduğu belirtilmektedir.²² Dolayısıyla komünizmin yıkılmasının hemen öncesine kadar dünya üzerinde yarı-başkanlık (veya benzeri) yönetim biçiminin nadir görüldüğü söylenebilir. Oysa 1990 sonrası tablo hızla değişmeye başlamıştır.

Samuels ve Shugart tarafından yapılan daha yakın tarihli bir çalışmada günümüzde dünya üzerindeki demokrasilerin büyük çoğunluğunun doğrudan halk tarafından seçilen yürütme organına sahip anayasal sistemler olduğu belirtilmektedir. Bu çalışmaya göre parlamenter sistemin demokratik rejimler üzerindeki hâkimiyeti 20'nci yüzyılın sonu itibarıyla kırılmaya başlamıştır. Nitekim bu çalışmada 1950'de 20 demokratik rejimden 12'si parlamenter sisteme sahip iken, 1983 yılında demokratik rejim sayısı ikiye katlanırken bunların yarısının parlamenter sisteme sahip olduğu belirtilmektedir. Nihayet 1980'lerde Latin Amerika'da yaşanan demokratikleşme sürecinin ortaya çıkardığı başkanlık sistemleri ve 1990'ların başında Doğru Avrupa'da yaşanan demokrasiye geçişin beraberinde getirdiği yarı-başkanlık rejimleri sayesinde 2005 yılında 81 demokratik rejimden 29'unun yarı-başkanlık, 24'ünün ise saf başkanlık sistemine sahip olduğu aktarılmaktadır. Dolayısıyla 21'inci yüzyılın başında tüm demokratik rejimlerin yaklaşık %65.4'ünün yürütme organında doğrudan halkın seçtiği devlet başkanı bulunan rejimler

²¹ ELGIE Robert, *Semi-Presidentialism: Sub-Types and Democratic Performance*, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 7-10.

²² PRZEWORSKI Adam / ALVAREZ Michael / CHEIBUB Jose Antonio / LEMONGI Fernando, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 31. Bu dokuz melez rejimin görüldüğü ülkeler şunlardır: Surinam, Pakistan, Somali, Brezilya, Finlandiya, İzlanda, Fransa, Portekiz ve Polonya.

olduğu ifade edilmektedir.²³ Bir başka çalışmada ise Aralık 2010 itibarıyla elli iki (52) ülkenin hükümet sisteminin yarı-başkanlık olduğu belirtilmektedir.²⁴ Yani yarı-başkanlık hükümet sistemi 1990’ların başındaki gözlemin aksine artık parlamenter sistem veya saf başkanlık sistemine kıyasla istisnai bir hükümet sistemi değil, yaygın bir yönetim biçimidir.

Yarı-başkanlık bir kavram olarak ilk kez Maurice Duverger tarafından V. Fransız Cumhuriyetinin kurduğu hükümet sistemini nitelemek için 1970’lerin başında kullanılmışsa da, bu anlayış 1990’ların sonralarına doğru sorgulanmış ve günümüzde bir hükümet sistemini yarı-başkanlık olarak nitelemek için siyasi aktörlerin “davranışlarını” gözlemlemek yerine, münhasıran o ülkenin anayasasının “lafzına” bakmak gerektiği kanısına varılmıştır. Zira Duverger yarı-başkanlık sistemini devlet başkanının “epeyce kayda değer yetkilere” sahip olmasıyla tanımlamaktadır.²⁵ Ancak Venedik Komisyonunun yakın tarihli bir görüşünde belirttiği gibi devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi, onu yasama organı karşısında otomatik olarak bir karşı güç haline getirmez. Zira devlet başkanının halk tarafından seçildiği ama siyasete aktif olarak karışmadığı daha ziyade tarafsız hakem niteliğinde olduğu Avusturya, İrlanda ve Finlandiya gibi yarı-başkanlık örnekleri mevcuttur. Hatta Bulgaristan, Polonya, Romanya, Litvanya, Slovakya ve Slovenya gibi yeni parlamenter demokrasilerde de halk tarafından seçilen devlet başkanlığı görülmektedir. Ancak Komisyon buralarda da halkın doğrudan devlet başkanını seçmesinin, tek başına devlet başkanını yürütme organının başı haline getirmediğini vurgulamaktadır.²⁶ Dolayısıyla yarı-başkanlık sisteminin varlığını tespit edebilmek için her anayasal devlete uygulanabilecek daha net bir

²³ SAMUELS David / SHUGART Matthew, *Presidents, Parties, Prime Ministers: A Framework for Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 4-5, 249.

²⁴ ELGIE, 2011, s. 24.

²⁵ Elgie, Maurice Duverger’in 1970 öncesi de “yarı-başkanlık” terimini kullandığını ancak ilk kez *Institutions politiques et Droit constitutionnel* başlıklı kitabının 1970 tarihli 11’inci baskısında (Presses Universitaires de France, Paris) yarı-başkanlık kavramını kuvvetli bir biçimde tanımladığını ve daha sonra 1980 tarihli makalesinde (“A New Political System Model: Semi-Presidential Government”, *European Journal of Political Research*, Vol 8, No 2, s. 165-187) ise yarı-başkanlık kavramını İngilizce olarak tanımladığını belirtmektedir. Buradaki tanım bu makaleye aittir. (ELGIE, 2011, s. 20.)

²⁶ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Republic of Moldova Opinion on the Proposal by The President of the Republic to Expand the President’s Powers to Dissolve Parliament*, Adopted by the Venice Commission at its 111th Plenary Session (Venice, 16-17 June 2017), Strasbourg, 19 June 2017, Opinion No. 886/2017, s. 7-8.

tanımlamaya ihtiyaç olduğu ileri sürülmüştür. İşte yarı-başkanlık sistemini tanımlamak için böyle bir yöntem Robert Elgie tarafından geliştirilmiş ve bugün büyük ölçüde de kabul görmüştür. Elgie'nin tanımına göre yarı-başkanlık “anayasada hem devlet başkanının belirli süre için doğrudan seçilmesinin hem de başbakan ve kabinesinin kolektif olarak yasama organına karşı sorumluluğunun düzenlendiği durumdur.”²⁷ Bu bağlamda Elgie Moldova'yı da 1994-2001 yılları arasında bir yarı-başkanlık sistemi olarak kabul etmektedir. Ancak ilginç olan daha önce yarı-başkanlık sistemini uygulayıp daha sonra bundan vazgeçen ülkeler arasında II. Dünya Savaşı sonrası bunu yapan hiçbir Avrupa ülkesi bulunmuyor olmasıdır. Yani Moldova, II. Dünya Savaşı sonrası yarı-başkanlık sistemini uyguluyorken bundan vazgeçen Avrupa coğrafyasındaki tek örnektir.²⁸

Yarı-başkanlık sistemlerinde genellikle kohabitasyon dönemlerinde çatışma yaşanacağı varsayılır. Kohabitasyon ile halk tarafından seçilen devlet başkanının parlamentodaki kendini desteklemeyen bir çoğunlukla karşılaşması hali ifade edilir. Bir diğer ifadeyle devlet başkanı ve başbakan farklı siyasi partilere mensuplar ise sistemin tıkanacağı öngörülür. Bununla birlikte tüm yarı başkanlık sistemleri doğrudan halk tarafından seçilen devlet başkanı ile parlamentoya karşı sorumlu olan başbakan ve onun hükümetinden meydana gelirken, hepsinde devlet başkanı siyasal süreçlere aktif olarak katılmaz ve başbakan ile birlikte sorumluluk paylaşmaz. Dolayısıyla bir hükümet sistemini yarı-başkanlık olarak nitelendirmek sistemin gerçekte nasıl işlediğini açıklamaya yetmez. Bunun için devlet başkanının gerçekten önemli olduğu ya da sadece sembolik konumda mı olduğu hakkında daha fazla bilgiye ihtiyaç duyulur.²⁹ Sıradaki başlık Moldova ekseninde bu ihtiyacı karşılamaya çalışacaktır.

II. BİR HİBRİT SİSTEM OLARAK MOLDOVA

Moldova'nın bağımsız bir devlet olarak ortaya çıkışı ancak XX'nci yüzyılda gerçekleşebilmiştir. Günümüz Moldova'sının büyük kısmı –Os-

²⁷ ELGIE, 2011, s. 22.

²⁸ ELGIE, 2011, s. 25. Türkiye, 24 Haziran 2018'den sonra Avrupa coğrafyasında yarı-başkanlık sistemini terk edip başka bir hükümet sistemine geçen Moldova'dan sonraki ikinci örnek haline gelmiştir. Elbette bu başka bir çalışmanın konusudur.

²⁹ CHEIBUB JOSE Antonio/LIMONGI Fernando, “Legislative-executive relations”, Comparative Constitutional Law, Tom Ginsburg & Rosalind Dixon (Editör), Edward Elgar, Cheltenham & Northampton, 2012, s. 217-218.

manlı Devletinin Boğdan vilayetinin sınırları içinde kalan Besarabya– Rusya tarafından 1812’de yüzyılda ilhak edilmiş, Sovyet yönetimi altında ise 1924’te Moldova Sovyet Sosyalist Özerk Cumhuriyeti kurulmuştur. Sovyetler hâkimiyetindeki Moldova’da 1980’lerin başında düşük kişi başına gelirin çok düşük seviyede olduğu ve keza aynı dönemde yolsuzluğun ülkenin en büyük -ve bugün hala süren- sorunlarından biri olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla Moldova 1980’lerin sonuna doğru –komünizmden kopuşun ari-fesinde– oldukça kötü bir ekonomi, toplumsal yapıda ciddi etnik bölünmeler ve toplum ile Sovyet dönemi siyasi elitlerini birbirinden ayıran ciddi bir kopuklukla mücadele halindeydi. 1989 baharında ülkede Sovyet rejimine karşı ciddi bir muhalefet yüzünü göstermeye başlamıştı. Nitekim Ağustos 1989’da Rusça’nın ülkenin resmi dili olmasına son verilmesi, Moldova’da komünist iktidarın sona geldiğini gösteren bir dönüm noktasıydı. Akabinde 1990 yılında yapılan seçimler komünizm sonrası döneme geçişin köprüsü olmuş ve bu seçim ülkenin siyasi iklimini kökünden değiştirmiştir. Nihayet 27 Ağustos 1990’da Chişinău yönetimi bağımsızlığını ilan etmiştir.³⁰

Günümüzde coğrafi olarak Romanya ile Ukrayna arasında kalan Moldova Cumhuriyeti ekonomik, toplumsal ve siyasal bakımdan ise Rusya ile Avrupa Birliği (AB) arasında kalmış bir görüntü vermektedir. Gerçekten de Sovyetlerin dağılması sonrası ülkede başlayan demokrasiye geçiş süreci, temel toplumsal tercihlerin belirlenmesinde ülkenin yüzünü Doğu’ya mı yoksa Batı’ya mı yönelteceği konusunda hala bir berraklık sağlayamamıştır. Zira Moldova’da Sovyetler sonrası demokrasiye geçiş, galibi hala belli olmayan karmaşık bir menfaatler ağı ortaya çıkarmıştır. Nitekim bağımsızlığını ilan ettikten sonra Moldova’da 1978 Sovyet Anayasası adapte edilerek kullanılmış, demokrasiye geçişin başlaması ile birlikte Şubat 1994 seçimlerinin ardından demokratik bir anayasa yapımına başlanmış ve altı aydan daha kısa bir sürede hazırlanan yeni anayasa, devletin temel teşkilat ilkele-rinden ziyade ulusal kimlik sorunları üzerine odaklanmıştır. Bir yarı-başkanlık hükümet sistemi kuran bu anayasa, yasama-yürütme ilişkilerindeki yetki paylaşımını muğlak bırakırken, ilerleyen yıllarda anayasal düzenleme altına alınan temel kurucu sorunlar da fiilen giderilememiştir. İlâveten ülkede bir anayasal gelenek bulunmaması da hiçbir siyasal aktörün nihai karar alama-masına yol açmıştır. Neticede, siyasi açmazlar er ya da geç anayasal bir kriz

³⁰ CROWTHER, 2013, s. 734-736.

haline gelmiştir. Nitekim Moldova anayasal düzeninin hala çok güçlü olan post-Sovyet mirası, kırılgan ulusal kimlik (özellikle de resmi dil) sorunu ve etnik-siyasi ayrılıkçı hareketler (Transnitria ve Gagavuzya) yanında yargı bağımsızlığının tesis edilmesi, hukukun üstünlüğünün hayata geçirilmesi ve yolsuzlukla mücadele alanlarındaki sorunlar dolayısıyla birçok sistemik bozukluk içerdiği vurgulanmaktadır. 1991'den beri bağımsız bir ülke olan Moldova'da 1994'te kabul edilen yeni anayasa ile demokratikleşme süreci hızlı bir başlangıç yapmış ancak anayasal sistem bugünlere gelene kadar son yirmi yıl içinde çok çalkantılı bir dönüşüm yaşamıştır.³¹

1994 Anayasası ile yarı-başkanlık hükümet sistemi tasarlanan ülkede, 1999 yılında saf başkanlık sistemine geçiş için bir kampanya başlatılmış ise de tam tersine 2000 yılında devlet başkanının yürütmeye ilişkin yetkileri azaltılarak parlamento tarafından seçilmesi kabul edilmiş ve Moldova bir saf parlamenter sisteme dönüşmüştür. Bu yeni sistem devlet başkanı parlamentodaki çoğunlukla aynı siyasi partiye mensup olduğu takdirde istikrar getirebilecekti. Ancak 2009'dan itibaren parlamento 3/5'lik çoğunluk sağlanamadığı için uzun süre devlet başkanı seçememiştir. Bu durum Venedik Komisyonu tarafından sistemin sürekli bir anayasal krize yol açtığı şeklinde nitelendirilmiştir.³² Nihayet 2012'de bir yüksek yargıcın parlamento tarafından devlet başkanı seçilmiş ancak siyasal kargaşa sona ermemiştir. Nitekim Rusya ve AB yanlısı siyasal elitler arasındaki iktidar mücadelesi kaçınılmaz olarak yargısallaşmış ve devlet başkanının seçim sistemi Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Moldova Anayasa Mahkemesi 2016 yılında 2000 tarihli anayasa değişikliğinin devlet başkanının seçim yöntemine ilişkin kısmını iptal etmiş ve devlet başkanının seçim yöntemi bakımından 2000 öncesi yürürlükte olan anayasa hükümleri tekrar yürürlüğe girmiştir. Kasım 2016'da Moldova devlet başkanı 15 yıl sonra yeniden doğrudan halk tarafından seçilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararı sonrası Moldova yeniden yarı-başkanlık sistemine dönmüştür. Nihayet Mart 2017'de, halk tarafından seçilen Moskova yanlısı devlet başkanı hükümet sisteminin parametrelerini saf başkanlık yönünde değiştirmek için devlet başkanının yetkilerini ge-

³¹ FRUHSTORFER, 2016, s. 360-363; CROWTHER, 2013, s. 737, 742.

³² European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Amicus Curiae Brief On Three Questions Related to Article 78 Of The Constitution of the Republic of Moldova, Adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011), Strasbourg, 4 July 2011, Opinion 627/2011, s. 7.

nişleten bir anayasa değişikliğini halka soran bir istişari referanduma gitme kararı almıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi bu sefer de devlet başkanının referanduma gitme kararını anayasa aykırı bularak iptal etmiştir. Bunun üzerine iktidardaki Sosyalist Parti başkanlık sistemine geçilmesi için kampanya başlatmıştır.³³ Bu satırların yazıldığı günlerde (Mayıs 2018) Rus Haber Ajansı (TASS)’na düşen en son haberde ise Moldova’da başkanlık sistemine geçişin yakın zamanda başlayacağı belirtilmektedir. Bu haberde Başkan Igor Dodon, hükümet sistemini saf başkanlık sistemine dönüştürecek anayasa değişikliği teklifi için gerekli 34 milletvekili imzasının 24’üne sahip olduklarını, kısa süre içerisinde kalan imzaları da edinerek anayasa değişikliği sürecini başlatacaklarını ve yaklaşık altı ay içinde ülkenin başkanlık sistemine geçeceğini belirtmiştir.³⁴

Bu kısa durum tespitinden çıkan tablo şudur: Moldova’da, günümüzde (2018) yürütme organı bir tarafta halk tarafından doğrudan seçilen devlet başkanı, diğer tarafta ise parlamenter sisteme göre tasarlanmış hükümetten oluşmaktadır. Bu bakımdan Moldova bir yarı-başkanlık sistemidir. Bununla birlikte yarı-başkanlık sisteminin ilk kez Matthew Shugart ve John Carey tarafından kuramsallaştırılan³⁵ türlerine göre ise 2016’dan itibaren Moldova bir “başbakanlı-başkanlık” (*premier-presidential*) sistemi olarak nitelendirilmektedir.³⁶ Bu kavramsallaştırmaya göre “başkanlı-parlamenter” (*president-parliamentarism*) sistem başbakanın ve kabinenin hem devlet başkanına hem de yasama organına karşı kolektif olarak sorumlu olduğu yarı başkanlık sistemidir. Başbakanlı-başkanlık sistemi ise başbakan ve kabinesinin kolektif olarak münhasıran yasama organına karşı sorumlu olduğu yarı-başkanlık

³³ <https://www.rferl.org/a/moldova-sitches-to-direct-presidential-elections/27589691.html>; <https://www.rferl.org/a/moldova-president-dodon-referendum-unconstitutional/28642832.html>; <https://www.rferl.org/a/moldova-socialist-party-campaign-increased-presidential-powers/28754354.html>; <http://www.reuters.com/article/us-moldova-referendum-court/moldovan-court-rejects-pro-russia-presidents-referendum-plan-idUSKBN1AC240>

³⁴ Russian New Agency (TASS), “Transition to presidential republic to be initiated in Moldova soon”, 5 Mayıs 2018, <http://tass.com/world/1002972>.

³⁵ SHUGART Matthew Soberg / CAREY John M., Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, s. 23-24.

³⁶ Nitekim yarı-başkanlık sistemi üzerine uzun yıllardır çalışan Robert Elgie de Moldova’yi (2016’dan sonra) bu alt kategorideki ülkeler arasında saymaktadır (<http://www.semipresidentialism.com/?p=220>) (Erişim: Mayıs 2018).

türüdür.³⁷ Burada esas kriter, yürütme gücünün kullanılmasında belirleyici unsurun devlet başkanı değil, başbakan liderliğindeki hükümet olmasıdır. Nitekim 1994 tarihli Moldova Anayasasına göre tek kanatlı Moldova parlamentosu 101 üyeden oluşur ve milletvekilleri nispi temsil sistemi ile dört yıl için seçilirler. Yürütme organı ise iki başlıdır. Devlet başkanı halk tarafından genel ve gizli oy ile dört yıl için seçilir ve bir kimse en fazla iki dönem devlet başkanlığı yapabilir. Başbakan önderliğindeki hükümet ise parlamentonun güvenine dayanır ve ülkenin iç ve dış siyasetinin yürütülmesinden sorumludur.³⁸

Bundan sonraki kısım Moldova'nın hükümet sistemi serüveninden ibarettir. Moldova'nın günümüzde içinden geçtiği hükümet sistemi krizini irdelemek, meseleye tarihsel gerçekler ışığında yaklaşmayı, yani ülkenin 1994'de başlayan hükümet sistemi arayışını hatırlamayı gerektirir. Zira Moldova hükümet sisteminin fiili durumu, ne dün ne de bugün anayasal tasarımıyla uyumlu olmamıştır. Anayasa Mahkemesi ise bu uyumsuzluğu perçinlemiştir.

1. Erken Dönem: Yarı-Başkanlık

Moldova'nın demokrasi deneyimi Sovyet devrinin kapanmasından hemen önce oluşturulan bir geçiş parlamentosu ile başlamıştır. Yıllar süren Sovyetler idaresinin ardından Moldova'da parlamento için ilk demokratik seçimler, ülke bağımsızlığına kavuşmadan önce, Şubat ve Mart 1990'da yapılmıştır. Bu seçimler siyasi çoğulculuğa doğru atılmış ilk adımdı. Nitekim yeni kurulan Moldova Halk Cephesi ve reformcu komünistler, parlamentoda ciddi bir güce sahip olmuşlardı. Neticede Halk Cephesi parlamentoda kontrolü ele geçirmiş ve komünistlerden aldığı destekle Mircea Snegur Meclis Başkanı seçilmiştir. Moldova parlamentosu 23 Haziran 1990'da Moldova Sovyet Sosyalist Cumhuriyetinin egemenlik bildirgesini, yani Moldova kanunlarının Sovyetler Birliği kanunlarından üstün olduğunu kabul etmiştir. Aralık 1990'da ise Mircea Snegur aynı parlamento tarafından devlet başkanı seçilmiştir. Başkan Snegur parlamentoda kendisini başkan seçen partiden,

³⁷ ELGIE, 2011, s. 28.

³⁸ 1994 Moldova Anayasası, m. 78, 80, 96, 98. 1994 Moldova Anayasasının İngilizcesine Constitue veritabanından ulaşılmıştır. (https://www.constituteproject.org/constitution/Moldova_2016?lang=en)

Halk Cephesinden, çabucak uzaklaşarak diğer partilere mensup ve bağımsız milletvekilleri ile ittifaka gitmiş ve onların desteğini alarak parlamentodaki gücünü pekiştirmiştir. 27 Ağustos 1991’de Moldova bağımsızlığını ilan etmiş, kendisini tanıyan ilk ülke de Romanya olmuştur.³⁹

Bağımsızlık sonrası Başkan Snegur’un parlamentodaki destekçileri devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçilmesini öngören bir düzenleme yapmış ve tek aday olarak seçime katılan Mircea Snegur Aralık 1991’de yapılan seçimde büyük bir oy çoğunluğuyla (%98) halk tarafından devlet başkanı seçilmiştir. Devlet başkanının halk tarafından seçilmesi kararının parlamentodaki iç çatışmaların ve otoriteyi yürütme organında yoğunlaştırma ihtiyacına yönelik alının bir sonucu olduğu belirtilmektedir.⁴⁰ Bundan sonra sistem tamamen devlet başkanı ile parlamento arasında bir güç mücadelesine dönüşmüştür. Zira yeni düzenleme gereği hükümetin üyeleri devlet başkanı tarafından teklif ediliyor ancak göreve başlamaları için parlamentonun onayı gerekiyordu. Bu şartlar altında önceleri Başkan ile onun siyasi muhalifleri arasındaki bireysel çatışma, hükümetin kontrolünü ele geçirmek için parlamento ile başkan arasında verilen kurumsal bir çatışmaya dönüşmüştür.⁴¹

Snegur’un halk tarafından devlet başkanı seçilmesinden sonra Moldova siyasetinde sular hiç durulmamıştır. Anayasa yapılmadan önceki (1992–1994) dönemde siyasi partiler arasındaki bölünmüşlük parlamentonun önemli konularda işlevini yerine getirmesini engellemiştir. Öyle ki 1992 yılında parlamentodaki milletvekillerinin büyük bir çoğunluğunun parlamentoyu zayıf bir kurum olarak gördükleri bilinmektedir. Ancak zayıf parlamento, otomatik olarak güçlü bir yürütmeye neden olmamıştır. Aksine siyasi elitler arasındaki parçalanmışlık ve yasama-yürütme arasındaki güç mücadelesi Başkan Snegur’un gücünü pekiştirmesini engellemiştir. Bu dönemde Halk

³⁹ ROPER Steven D., “The impact of party fragmentation on Moldovan semi-presidentialism”, *Semi-presidentialism in Central and Eastern Europe*, Robert Elgie & Sophia Moestrup (ed.), Manchester University Press, 2008a, s. 110; CROWTHER William, “Semi-Presidentialism and Moldova’s Flawed Transition to Democracy”, *Semi-Presidentialism and Democracy*, Robert Elgie, Sophia Moestrup & Yu-Shan Wu (Editör), Palgrave Macmillan, 2011a, ss. 210-228, s. 211; <http://en.wikipedia.org/wiki/Moldova> (Erişim: Aralık 2012).

⁴⁰ ROPER Steven D., “From Semi-Presidentialism to Parliamentary: Regime Change and Presidential Power in Moldova”, *Europe-Asia Studies*, Vol. 60, No. 1, 2008b, s. 115-116.

⁴¹ CROWTHER, 2011a, s. 211.

Cephesi parlamentodaki gücünü iyice kaybetmiş ve sonuçta bu parlamentonun daha fazla yaşamasının mümkün olmadığına kanaat getirilerek Şubat 1994'te bağımsız Moldova'nın ilk genel seçimine gidilmesine karar verilmiştir.⁴²

İlk demokratik seçim (1990) ile oluşan parlamento 380 üyeden oluşan geniş bir yasama organıydı. Ancak Ekim 1993'de kabul edilen seçim kanunu ile (henüz anayasa yapılmamıştı) parlamentonun üye sayısı 104'e düşürülmüş; ayrıca yapılacak seçimlerde kapalı liste usulü, %4'lük seçim barajı ve ülkenin tamamının tek bir seçim çevresi olması kabul edilmiştir (ayrılıkçı bölgelerle ilgili meselelerin seçimi olumsuz etkilemesi veya bloke etmesinin önüne geçmek için).⁴³ Bu yeni parlamento için yapılan 27 Şubat 1994 genel seçiminde eski komünist toprak elitlerinden oluşan ve devlet başkanı Snegur'un da mensubu olduğu Agrarian Demokrat Partisi (ADP) oyların %43'ünü alarak seçimlerden galip çıkmış ve parlamentodaki koltukların 56'sını elde etmiştir. ADP'nin hakim olduğu bu parlamentonun ilk işi ülkenin bağımsızlık sonrası anayasasını yapmak olmuştur.⁴⁴

İlk Moldova parlamentosunda 1991 ve 1992 yıllarında yeni bir anayasa yapımı üzerinde bir hayli tartışma yaşanmıştır. Bu tartışma anayasada hükümet sistemi olarak parlamenter sistemi isteyenler (Halk Cephesi üyeleri) ile başkanlık sistemi isteyenler (Başkan Snegur'u destekleyen milletvekilleri) arasında cereyan etmekteydi.⁴⁵ 1994 seçimlerinin ardından devlet başkanı Snegur'un partisi olan ve parlamentoda çoğunluğu elinde tutan ADP'nin hâkimiyeti altında yapılan ve 27 Ağustos 1994'de yürürlüğe giren Moldova Anayasası hükümet sistemi olarak tam bir yarı-başkanlık sistemi kurmuştur ve nisbi temsil seçim sistemini tercih etmiştir. 1994 Anayasasının bu ilk hâline göre devlet başkanı halk tarafından belirli bir süre (4 yıl) için seçilirdi. Başkan parlamentonun güvenoyuna bağlı olarak başbakan adayını belirleyebilir, kabine toplantılarına katılabilir ve başkanlık edebilirdi (ancak bu nadiren gerçekleşirdi). Ancak kabineyi güvensizlik oyuyla görevden almaya yalnızca parlamento yetkiliydi. Başkan sadece hükümetin belirli bir sürede kurulamaması üzerine parlamentoyu feshetme yetkisine sahipti. Devlet

⁴² ROPER, 2008a, s. 111.

⁴³ ROPER, 2008a, s. 111.

⁴⁴ ROPER, 2008b, s. 117.

⁴⁵ ROPER, 2008a, s. 110.

başkanı yasama işlemlerine yönelik olarak veto yetkisine sahip olduğu gibi, doğrudan bazı konuları referanduma götürebilirdi ve tek başına kararname çıkarma yetkisine de sahipti. Ancak dış politika ve milli savunma gibi kritik alanlarda kararname çıkarmak için başbakanın karşı imzası zorunluydu. Dolayısıyla 1994 Anayasasının kurduğu devlet başkanlığı diğer post-komünist ülkelerdeki rejimlere kıyasla daha sınırlı bir yapı arz etmekteydi. Devlet başkanının bu konumu derinlemesine bir müzakere sürecinin sonucu olmaktan ziyade, elitler arası çatışmanın doğurduğu konjonktürel bir sonuç olarak algılanmaktadır.⁴⁶

Moldova anayasa yapımı politikası açısından enteresan bir örnek teşkil etmektedir. Zira muhtelif post-Sovyet anayasalarına yakından bakılırsa bu ülkelerdeki anayasa yapıcılarının Sovyet dönemi kurumlarının baskısı altında işlediğini ve gerçekte onlardan oldukça etkilendiğini söylemek mümkündür. Yani bu ülkelerde anayasa yapıcılar beyaz bir sayfa ile çalışmıyorlardı. Nitekim Moldova'daki anayasa yapımı sürecinde de, ülkenin komünizm öncesi ve sonrası parlamentosu anayasa yapımı sürecinde ülkenin ilk anayasasını yazma sorumluluğunu alarak yürütme yetkisinin tek elde toplanmasını engellemiştir. Ancak bu durum ilk bakışta parlamentonun yaptığı anayasanın parlamenter sistemi tercih edebileceğini düşündürmekteyse de, gerçekte parlamento yarı-başkanlığı tercih ederek başkancı bir anayasa yapmıştır.⁴⁷ Bu bağlamda Moldova'da hiçbir politikacının kendisinin ya da partisinin siyasi geleceğinden emin olmadığı istikrarlı bir parti sisteminin yokluğu, parlamenter sistem yerine yarı-başkanlık sistemini kabul etmesinde önemli rol oynamıştır.⁴⁸

Gerçekten de bir yarı-başkanlık sisteminin işleyişi ülkenin parti sistemiyle yakından alakalıdır. Aşırı parçalanmış siyasal yapı Moldova'da başkan ile parlamento arasında sürekli çatışmaya yol açmış, parlamentodaki siyasi bölünmüşlük 1990'lar boyunca yürütme ile yasama arasında güç birliği kurulmasını engellemiştir. Bu bakımdan 1994 Anayasasının kurduğu güçler ayrılığı modelinin bizatihi istikrarsızlığı yarattığı söylenemez. Ancak 1994

⁴⁶ CROWTHER, 2011a, s. 211; ROPER, 2008b, s. 118.

⁴⁷ MAZO Eugene, "Post-Communist Paradox: How the Rise of Parliamentarism Coincided with the Demise of Pluralism in Moldova", Center on Democracy, Development, and the Rule of Law (Stanford Institute for International Studies) Working Papers, Number 17, 27 August 2004, s. 11-12. Şu adresten indirilmiştir: http://iis-db.stanford.edu/pubs/20698/Post_Communist_Paradox.pdf (Erişim: Aralık 2012).

⁴⁸ ROPER, 2008b, s. 118.

seçimlerinin ardından görülen siyasi istikrarsızlığa yol açan bir kaç faktör söz konusudur. Birincisi siyasi elitler arasında ülkede hâkimiyet sağlamak için yaşanan sürekli yarışır. İkincisi Moldova’da yüksek kurumsallaşmaya sahip siyasi partilerin olmaması, siyasi partilerin büyük ölçüde ‘patronaj’ partileri olarak işlev görmesidir. Üçüncüsü ise Moldova’da güçlü bir anayasacılık geleneğinin bulunmamasıdır.⁴⁹

1996 yılına gelindiğinde devlet başkanlığı seçimi yaklaşırken açık bir güç savaşı başlamıştır. Devlet başkanlığı seçimi için önceki başkan Snegur karşısında iki güçlü aday, meclis başkanı Lucinschi ve Başbakan Sangheli, bulmuştur. Moldova tarihindeki ilk çok adaylı başkanlık seçimine katılan üç adaydan Başbakan Sangheli mensubu bulunduğu ADP’den seçime girerken, mevcut Başkan Snegur seçimden hemen önce yeni bir parti (*Party of Rebirth and Conciliation of Moldova*) kurarak bu partiden aday olmuş ve Lucinschi ise partisinden ayrılarak seçime bağımsız girmiştir. Neticede ülkenin tarihindeki çok adaylı ilk devlet başkanlığı seçiminde bağımsız olarak seçimlere giren Lucinschi seçimi kazanmış ve önceki partisinin hâkim olduğu bir parlamento ile birlikte çalışmaya söz vermiştir.⁵⁰

Başkan Lucinschi için asıl önemli olan parlamentoda kendisine bağlı/destek veren bir çoğunluğu sağlayabilmek olmuştur. Ancak ne var ki Başkan Lucinschi yönetimi altında da reform karşıtı milletvekilleri, disiplinsiz partiler ve siyasi parçalanmışlık varlığını sürdürmüş ve bunlar Lucinschi’nin aleyhine işlemiştir. Ayrıca ülkenin içine düştüğü ekonomik sıkıntı da cabası olmuştur. 1997’de Moldova doğu Avrupa’daki en fakir ülkeydi. Gerçekten de 1997 verilerine göre \$527 kişi başına gelir ile Moldova Orta ve Doğu Avrupa’nın en fakir ülkesi ve Tacikistan ve Özbekistan hariç eski Sovyet cumhuriyetlerinden hepsinden de daha fakir durumdaydı. Neticede devlet başkanı yeni seçimlere gidilirken oldukça güç kaybetmiş ve 1998 genel seçimlerinin ardından başkan parlamentoda kendisini destekleyecek gerçek çoğunluğu elde edememiştir. Dolayısıyla 1990’ların sonuna gelindiğinde Moldova’da tam anlamıyla bir kohabitasyon dönemine girilmiş ve devlet başkanı istediği kişinin başbakan olmasını dahi sağlamakta büyük güçlük çekmiştir.⁵¹

⁴⁹ CROWTHER, 2011a, s. 214-215.

⁵⁰ ROPER, 2008b, s. 118-119.

⁵¹ ROPER, 2008a, s. 114-116; CROWTHER, 2013, s. 744.

2. Anayasal Reform: Parlamenter Sistem

Giderek siyasi gücünü kaybettiğini anlayan Başkan Lucinschi içine girdiği siyasi çıkmazı aşabilmek için 1999 ortalarına gelindiğinde anayasanın kendisine verdiği istişari referandum düzenleme yetkisini kullanarak Moldova’da saf bir başkanlık sistemi kurulmasını isteyip istemediklerini halka sormuştur. Lucinschi parlamentoda kendisini destekleyen bir çoğunluk bulunmadığını, bu durumda ülkeyi etkili bir şekilde yönetmenin mümkün olmadığını ve bu açmazdan çıkmanın tek yolunun saf başkanlık sistemine geçmek olduğunu ileri sürmüştür. Böyle bir sistem değişikliğinin halk desteği bulup bulmayacağını anlamak için de referanduma gitme kararı almıştır. 23 Mayıs 1999’da yapılan istişari referandumda oyların yarısından fazlası başkanlık sistemi lehine çıkmış ancak referandum sonucu geçersiz sayılmıştır. Çünkü anayasaya göre böyle bir referandum sonucunun geçerli olabilmesi için seçmelerin beşte üçünün katılımı zorunluydu, oysa bu referandumda seçmenlerin katılım oranı %58’de kalmıştır.⁵² Moldova Anayasa Mahkemesi de 15 Haziran 1999 tarihli kararı ile bu referandumun sadece istişari nitelikte olduğunu ve sonucun hiçbir hukuki bağlayıcılığı olmadığını tasdik etmiştir.

Bunun üzerine Başkan Lucinschi başkanlık sistemine geçilmesi için özel bir komisyon kurarak bir anayasa değişikliği taslağı hazırlatmıştır. Bu taslağa parlamentoda şiddetle karşı çıkmış ve liderler bu yönde bir değişikliğin ülkeyi totaliter bir yönetime götüreceğini ileri sürmüşlerdir. Lucinschi teklifinin parlamentoda destek bulmayacağını biliyordu ancak 2000 yılında yapılacak devlet başkanlığı seçimleri yaklaştığı için parlamentonun kendisini engelleme politikasına karşı bir kampanya yürütme niyetindeydi. İkinci kez başkan seçilirse parlamentoyu fesihe zorlamayı ve hükümeti istediği şekilde değiştirmeyi umuyordu.⁵³ Ancak devlet başkanı parlamentoda neredeyse desteğini tamamen yitirmişti. Dolayısıyla bu teklifi hiçbir zaman kabul görmedi. Başkanın bu başarısız girişimi şunu da ortaya koymaktadır: Yarı başkanlık sisteminde güçler arası çatışmalarda anayasa değişikliğine gitmek demokratikleşme, siyasi istikrar ve sitemin meşruluğu bakımından

⁵² SEDELIUS Thomas, The Tug-of-War between Presidents and Prime Ministers: Semi-Presidentialism in Central and Eastern Europe, Örebro Studies in Political Science 15 (2006), <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:136841/FULLTEXT01.pdf>, s. 153.

⁵³ CROWTHER, 2011a, s. 219.

büyük risk içeren bir stratejidir. Moldova örneğinde olduğu gibi Başkan Lucinschi'nin devlet yönetiminde yetkilerin başkan lehine değiştirilmesine yönelik sürekli girişimleri, başkanın anayasal meselelerle alakalı olmayan politika alanlarında sunduğu tekliflerin dahi parlamento tarafından bloke edilmesi dâhil yürütme ile yasama organları arasında geniş çapta bir polari-zasyona yol açmıştır. Ayrıca Lucinschi'nin girişimleri uluslararası gözlem-ciler arasında Moldova'nın otoriter bir rejime doğru ilerlediği yolunda kaygı ve eleştirilere sebep olmuştur.⁵⁴ Nihayet 2000 yılı yazında Moldova ekonominin neredeyse çökmek üzere olduğu belirtilmektedir. Öyle ki devlet çalışanların ve emeklilerin maaşlarını ödemekte büyük zorluk yaşıyordu ve borç veren uluslararası finans kuruluşları ülkenin kredibilitésini giderek daha çok şüpheli görmeye başlamıştı.⁵⁵

Bu ortamda parlamentodaki siyasi akımlar “düşmanından” önce hareket ederek ilk saldırıyı gerçekleştirmiş⁵⁶, 5 Temmuz 2000 tarihinde yapılan anayasa değişikliği ile hemen hemen hiçbir reformda uzlaşamayan parlamento büyük bir uzlaşma ile (meclisteki 101 üyenin 92 oyu ile) Başkan'ın niyetinin tam tersine ülkeyi parlamenter sisteme geçirmiştir.⁵⁷ Yeni sisteme göre beşte üç çoğunlukla başkanı seçen parlamento, üçte iki çoğunlukla onu görevden alma yetkisine de sahiptir. Hükümet sistemi değişikliğinin altındaki temel neden devlet başkanını iç işlerindeki etkisi azaltmak ve onu parlamentoya karşı sorumlu kılmaktır. Diğer bir açıdan rejim değişikliğinin siyasi amacı başkan Lucinschi'nin doğrudan seçim yoluyla ikinci kez başkan seçilmesini engellemek ve hükümeti daha çok parlamentonun kontrolü altına almaktır. Yeni rejim Lucinschi'yi başkanlıktan uzaklaştırmış ancak Aralık 2000'de yapılan seçimde başkan bir türlü seçilemeyince devlet başkanının yeni seçim usulü parlamentonun feshedilmesine yol açmıştır ve sakınılan güçlü yürütme ortaya çıkmıştır.⁵⁸

⁵⁴ SEDELIUS Thomas / MASHTALER Olga, “Two decades of semi-presidentialism: issues of intra-executive conflict in Central and Eastern Europe 1991–2011”, *East European Politics*, Vol. 29, No 2, 2013, s. 122.

⁵⁵ SEDELIUS, 2006, s. 154.

⁵⁶ CROWTHER William E., “Second Debate, Second Chance? Parliament, Politics and Democratic Aspirations in Russia, Ukraine and Moldova”, *The Journal of Legislative Studies*, C. 17, No 2, 2011b, ss.147-171, s. 162.

⁵⁷ 5 Temmuz 2000 tarihli ve 1115-XIV sayılı kanun.

⁵⁸ CROWTHER, 2011a, s. 221.

Başkan Lucinschi'ye karşı muhalefette birleşen ve hükümet sistemi değişikliğini tereddütsüz gerçekleştiren parlamento, sıra yeni devlet başkanını seçmeye geldiğinde uzlaşma sağlayamamıştır. Uzun ve karmaşık bir sürecin sonunda gerçekleştirilen erken genel seçim (Şubat 2001) Komünistlerin lehine sonuçlanmıştır. Komünistler yüzde ellinin üzerinde bir oy oranı ile parlamentoda çok büyük bir çoğunluk (101 üyeli parlamentonun 71'i) elde etmiş ve partinin genel başkanı Vladimir Voronin 4 Nisan 2001'de komünistlerin hâkim olduğu bu parlamento tarafından devlet başkanlığına seçilmiştir. Komünist Partinin bu zaferinde kamuoyunda bağımsızlıktan beri ülkeyi yanlış yöneten “demokratik(!)” partilere karşı duyulan tepkinin yattığı, ülke ekonomisinin çökmesi ile birlikte komünistlerin statükoya karşı yürüttükleri kampanya ile Moldova siyasetini yepyeni bir yöne çevirdikleri belirtilmektedir. Zira bu tarihten sonra Moldova'da siyasi düzen tamamen değişmiş, bölünmüş siyasal yapı yerini hem parlamentoda hem de yürütmeye komünistlerin hegemonyasına bırakmıştır.⁵⁹ Disiplinli Komünist Parti çoğunluğu parlamentodaki bütün direnişi kırabiliyor ve anayasanın öngördüğünün aksine devlet başkanlığı makamına, fiilen ülkeyi yönetmek için sınırsız bir imkân sunuyordu. Diğer bir ifadeyle sistem teorik olarak bir parlamenter sistem olsa da parlamentodaki çoğunluğun devlet başkanının mensubu olduğu parti (Komünist Parti) olması dolayısıyla devlet başkanı eskiden olduğundan daha fazla güç ve etkiye sahip olmuştur. Devlet başkanı başbakan ile birlikte önüne hiçbir engel çıkmadan ülkeyi yönetmeye başlamıştı. Diğer bir ifadeyle ne hükümet ne de parlamento Başkan Voronin'in ön onayı olmadan hiçbir önemli karar alamıyordu ve Voronin parlamentoyu bir oy makinası olarak kullanarak son sözü söyleyen, ülkenin gerçek lideri haline gelmiştir. Başkan Voronin'in gücü ve etkisi kendisine anayasa tarafından verilen yetkilerden değil, kendisinin parlamentodaki çoğunluk partisinin lideri olmasından kaynaklanmıştır.

Moldova'da yeni anayasa sonrası Başkan Lucinschi dönemi boyunca Başkan'ın etkisi azalırken parlamento kendine daha çok güvenmeye başlamış ancak Komünistlerin iktidarı ve Voronin'in başkanlığı boyunca ise Başkan'ın yeniden doğuşu ve ülkenin bağımsızlığını elde etmesinden bu yana devlet başkanının en güçlü organ haline gelmesine şahit olunmuştur. Çoğunluk partisi liderliği Başkana başka hiçbir anayasa hükmünün vere-

⁵⁹ CROWTHER, 2011b, s. 163.

meyeceği yürütme yetkisi sağlamış; sistem “parlamenter” sistem görüntüsü altında aslında bir “başkanlık” sistemi gibi işlemiştir. Gerçekten de parlamenter sisteme geçiş ile birlikte Moldova siyasal sisteminin bir ölçüde istikrar kazanmıştır. Ancak bu durum bizi hükümet sistemi değişikliğinin bir sonucu değil, parlamentodaki komünist çoğunluk ve devlet başkanının bu çoğunluk üzerindeki hâkimiyetinden kaynaklanmıştır. Nitekim 2001 sonrası Moldova’nın –en azından 2009’da devlet başkanı seçimi krizi çıkana kadar– anayasa değişikliği öncesi uygulanan yarı-başkanlık sistemine kıyasla hiç olmadığı kadar “başkancı” bir sistem görüntüsü verdiği belirtilmektedir.⁶⁰

Moldova’da 2000’li yıllar boyunca yaşanan siyasal gelişmeler bir başka açıdan ise şunu ortaya koymaktadır: Yasama organı esas temsili organ olma rolünü pekiştirmede başarılı olamamış bunun yerine devlet başkanı bu rolü gerçekleştirmiştir. Zayıf bir anayasacılık yaşayan ve siyasal sistemin kurumsal tasarımıyla ilişkin optimal kararları alamayan yasama organı sistemi yürütmenin ellerine terk etmiştir. Bu bağlamda yarı başkanlık ve parlamenter sistem kıyaslaması bakımından Moldova örneği şunu ortaya koymuştur: Devlet başkanının halk tarafından seçilmiyor olması Başkan’ın gücünü zorunlu olarak sınırlandırmamaktadır. Genel kabule göre halk tarafından seçilen devlet başkanının parlamento tarafından seçilene kıyasla daha güçlü olması beklense de, 2000’li yılların Moldova’sı göstermiştir ki parlamento tarafından seçilen devlet başkanı da parlamentodaki desteğine bağlı olarak çok güçlü olabilir. Dolayısıyla devlet başkanlığı yetkilerinin kullanılması bağlamında parlamenter sistem ile yarı-başkanlık sistemi arasında her zaman belirgin bir fark olmayabilir.

3. Yakın Dönem: Anayasal Krize Geçiş

Komünist iktidarının ikinci dönemi yaklaşırken siyasal sistemde muhalefetin sesi giderek daha çok çıkmaya başlamıştır. Tek başlarına iktidara karşı bir güç elde edemeyeceğini anlayan muhalefet partileri bir araya gelerek bir seçim ittifakı oluşturmuş (Demokratik Moldova) ve 2005 genel seçimleri öncesinde bu muhalif seçim ittifakı komünistler karşısında ciddi bir tehdit oluşturmuştur. Ancak 2005 genel seçimlerinde komünistler yine galip çıkmış ve fakat bir önceki seçime göre parlamentoda daha az sandalye (56) elde etmiştir. Komünistler Başkan Voronin’in tekrar seçilmesi için yeterli oya sa-

⁶⁰ SEDELIUS, 2006, s. 156.

hip olmamalarına rağmen, muhalefet partilerinin ittifaklarını koruyamaması dolayısıyla Hristiyan Demokratlar, Demokrat Parti ve Sosyal-Liberaller'in desteğini alarak Voronin'i Nisan 2005'te tekrar devlet başkanlığına seçmişlerdir. Başkan Voronin'in ikinci dönemi gücünü pekiştirmiş, şeffaflığın olmadığı ve uzun zamandır ülkenin kanayan yarası olan yolsuzluğun büyük bir sorun olarak sürdüğü bu dönem boyunca gerçek karar alma yetkisi hep Başkan'ın elinde olmuştur. Onun ülke yönetimindeki dominant rolü Moldova valılar tarafından kurumsal özerkliğin tepeden yönetim uğruna yok edildiği bir "dikey güç" (*vertical power*) olarak nitelendirilmiştir.⁶¹

Komünist iktidarının ikinci dönemi ilk döneme göre daha başarısız geçmiştir. Ekonomik kazanımlar korunamamış ve Moldova Avrupa'nın en fakir ülkesi unvanını korumaya devam etmiştir. Ayrıca daha önce halkın komünistleri iktidara taşımasında büyük bir etken olan yolsuzluk, bu sefer komünist siyasi elitler arasında da görülmeye başlanmıştır. Nihayet bu dönemin sonlarına gelirken muhalifler yanı başlarında, Ukrayna ve Gürcistan'da, meydana gelen "renkli devrimler" in cesaretlendirmesiyle atağa kalmıştır. Bu şartlarda yapılan 2009 genel seçimlerinden 60 milletvekili kazanan komünistler yeni devlet başkanını seçmek için yeterli 61 oya ulaşamamış ve erken seçime gidilmiştir. Temmuz 2009'da yapılan erken seçimde ise komünist parti güç kaybetmiş parlamentodaki 101 sandalyenin 48'ini elde etmiştir. Dolayısıyla bu seçimle birlikte yıllar sonra yeniden muhalefet partileri parlamentoda çoğunluğu ele geçirmişlerdir. Komünist iktidarının sona ermesi ile Moldova'da dengeler değişmiştir. Nitekim seçimin akabinde muhalefet partileri çeşitli müzakerelerin ardından birleşmiş ve 53 milletvekilliği ile Avrupa Bütünleşmesi İttifakı (*Alliance for European Integration* [AIE]) adı altında bir koalisyon hükümeti kurmuştur. Böylece komünistler sekiz yıllık hegemonyanın ardından muhalefete geçmiş ancak AEI devlet başkanını seçmek için parlamentoda yeterli çoğunluğu sağlayamamıştır. Bu nedenle anayasa gereği meclis başkanı devlet başkanlığına vekâlet etmeye başlamıştır.⁶²

Koalisyon dönemiyle birlikte Moldova parlamentosu 2000 yılında yapılan anayasa değişikliğinin gereğine daha uygun bir şekilde işlemeye başlamış ve parlamentonun hükümet üzerindeki denetimi artarken devlet başkanının rolü çok sınırlı kalmıştır. Kuşkusuz 2009'dan itibaren sistemin klasik

⁶¹ CROWTHER, 2011a, s. 224.

⁶² CROWTHER, 2011b, s. 165.

parlamentar sisteme uygun olarak işleminin en önemli nedeni yeni bir devlet başkanının seçilememesidir. AEI koalisyonu Eylül 2009'dan itibaren iki buçuk yıl boyunca devlet başkanını seçememiş, Başkanlığa bu süre boyunca meclis başkanı vekâlet etmiştir. Bu süreçte koalisyon liderleri devlet başkanını seçemeyeceklerine kanaat getirince krizi bir an önce çözmek adına bir halkoylaması yapılmasına karar vermişlerdir. Bu halkoylaması ile hükümet seçmenlere devlet başkanının parlamento tarafında değil doğrudan halk tarafından seçilmesini isteyip istemedikleri sorulmuştur. Eğer oylama sonucu olumlu olursa parlamento feshedilecek ve hem genel seçimler hem de başkanlık seçimleri yapılacaktı. Ancak Haziran 2010'da yapılan referandum sonucunda kullanılan oyların %87,8'i değişiklik lehinde olurken, seçim kanununa göre referandumun geçerli olması için gerekli katılım oranına ulaşmadığı için referandumda sorulan anayasa değişikliği önerisi reddedilmiştir. Referandumun başarısızlığının ardından ise Moldova Anayasa Mahkemesi komünistlerin yaptığı başvuruya yönelik olarak Eylül 2010'da aldığı bir kararla devlet başkanlığına vekâlet eden meclis başkanından parlamento-yu derhal feshetmesini erken seçimlere gitmesini istemiştir. Kasım 2010'da yapılan erken genel seçimlerde AEI partileri seçime bir blok halinde değil tek başlarına katılmış ve seçimlerin sonunda komünistler parlamentoda 42 sandalye elde ederken, diğer partiler bölünseler de toplamda parlamentodaki üstünlüklerini (32+15+12=59) korumuşlardır. Ancak üç parti tarafından kurulan koalisyon hükümeti de devlet başkanının seçimi sorununa bir çözüm getirmemiştir. Zira seçim sonucunda ne komünistler ne de koalisyon partileri devlet başkanını seçmek için gerekli 61 oyu ya da devlet başkanının seçim yöntemini değiştirmeye yönelik bir anayasa değişikliği için gerekli üçte iki çoğunluğu elde edememiştir. Dolayısıyla meclis başkanı devlet başkanlığına vekâlet etmeye devam etmiştir.⁶³

Bu tarihten sonra bir yıldan fazla bir süre boyunca çeşitli defalar devlet başkanı seçilmeye çalışılmışsa da çeşitli sebeplerle bu gerçekleşmemiş ve neticede en son üzerinde herkesin ulaştığı tarafsız bir adayın bulunmasının ardından nihayet 16 Mart 2012'de 101 üyeli parlamentonun 62 üyesinin oyuyla Nicola Timofti devlet başkanlığına seçilmiştir. Ancak bu isim üzerinde uzlaşılabilmesi zaten oldukça parçalanmış durumda bulunan Moldova siyasetinde siyasi partilerin bir kez daha bölünmesiyle mümkün olmuştur.

⁶³ CROWTHER, 2011b, s. 166.

Zira Kasım 2010 seçimlerinden yaklaşık bir yıl sonra, Igor Dodon'un başını çektiği Komünist Parti mensubu üç milletvekili Kasım 2011'de Sosyalist Parti'ye (Party of Socialists of Republic of Moldova (PSRM)) katılmışlar ve parlamentoda grup kurmuşlardır.⁶⁴ Böylece daha önce ülke siyasetinde aktif olarak yer almayan bu küçük ve etkisiz parti bir anda siyasi dengeleri değiştirebilecek kritik bir konuma gelmiştir. Nitekim devlet başkanlığı krizini aşmak için Komünist Parti dışındaki siyasi partilerin 59 oyuna Sosyalist Parti mensubu bu üç milletvekilinin oyu da eklenince, nihayet Nicola Timofti 917 gün sonra Moldova devlet başkanlığına seçilebilmiştir.

Timofti, devlet başkanı seçildiği tarihte 63 yaşında bir yüksek yargıçtı. 1976'dan beri yargıçlık yapan Timofti, devlet başkanı olmadan önce Moldova'da yargıçların atanması ve görevden alınması, terfi ve disiplin işlerinden sorumlu yüksek yargı kurulunun (*Supreme Magistrate Council*) başkanıydı. Ancak yargı organı içinde çok önemli bir mevkide bulunan Timofti bundan önce hiçbir siyasi deneyime sahip olmadığı gibi ne ailesi ne de yakın çevresinin siyasetle ilgi olmamıştır. Devlet başkanı seçildikten sonra Timofti, aktif olarak siyasette yer almayacağını ve sadece tüm Moldova yurttaşlarını temsil edeceğini beyan etmiştir.⁶⁵ Timofti ayrıca Moldova'nın önceliğinin Avrupa'ya entegrasyon olduğunu, bunun devam etmesi gerektiğini ve Moldova'nın Avrupa dışında bir geleceği olmadığını söylemiştir.⁶⁶ Aktif olarak siyasetin içinde hiç yer almamış bir kişinin devlet başkanı seçilmesi Moldova'da siyasal sistemin anayasanın öngördüğü gibi gerçekten bir *parlamentar sistem* olarak işlemesi bakımından önemlidir. Zira yeni devlet başkanı ülkedeki kriz ortamının giderilmesi ve devletin başsız kalmaması adına bu makama getirildiğinin bilincindeydi ve yürütme organının aktif bir parçası olmayacağını taahhüt etmiştir. Ayrıca parlamentodaki herhangi bir siyasi parti ile organik bağı olmayan devlet başkanı daha aktif bir şekilde yönetime katılmak istese bile, parlamentodan kendisine destek verecek bir partisi bulunmadığı için böyle bir eğilimde olması muhtemel değildi. Dola-

⁶⁴ <https://moldovanpolitics.com/parties/psrm/> (Haziran 2018).

⁶⁵ "Moldovan Parliament Elects President, Ending Three-Year Deadlock", Radio Free Europe/Radio Liberty, 16 Mart 2012, https://www.rferl.org/a/moldova_president_parliament_ending_deadlock/24517577.html (Erişim: 30 Nisan 2018).

⁶⁶ "Profile: Who Is Moldova's New President-Elect?", Radio Free Europe/Radio Liberty, 16 Mart 2012, https://www.rferl.org/a/who_is_moldovas_new_president/24518350.html (Erişim: 30 Nisan 2018).

yısıyla 2012-2016 arasından Moldova’da hükümet sistemi Timofti başkanlığında klasik parlamenter sistemin işleyebilmesi için daha uygun hale gelmiş, ülke yönetiminde öne çıkan organ Başbakan olmuştur.

Ancak siyasal parçalanmışlığın yüksek olduğu bir ülkede, bu olumlu hava çok sürmemiştir. Komünistlerden 2011’de ayrılan Igor Dodon’un başkanı olduğu Sosyalist Parti 2014 genel seçimlerinde büyük bir sıçrama yapmış ve %20’lik oy oranı ile parlamentoda 25 sandalye kazanmıştır. Bu seçimde Komünist Parti 21, liberal kanattaki diğer üç parti ise toplam 55 (23+19+13) milletvekilliği kazanmıştır.⁶⁷ Bundan sonra ise Moldova siyaseti yeniden karmaşaya doğru savrulmuştur. AB yanlısı partilerin kurduğu koalisyon hükümeti, kısa süre sonra patlak veren 1 milyar dolarlık yolsuzluk skandalı neticesinde istikrarını koruyamamış ve ülke kısa süre içinde üç başbakan değiştirmiştir.⁶⁸ Öte yandan bu süreçte Dodon önderliğindeki Sosyalist Parti’nin yükselişiyle birlikte ülkenin en zengin işadamı ve medya patronu Vladimir Plahotniuc fiilen ülke siyasetine yön vermeye başlamıştır. Halen Demokrat Parti’nin genel başkanı olan Plahotniuc’in, devlet başkanı Igor Dodon ile birlik olup Moldova siyasetine yön veren bir “siyasi kartel” oluşturdıkları ileri sürülmektedir.⁶⁹ Plahotniuc’in aktif olarak devlet yönetiminde yer alması da zenginliği ve gücünün, onu Moldova’nın iş hayatı, medya ve hükümet üzerindeki belki de esas ve tek karar alıcı haline getirdiği belirtilmektedir.⁷⁰ 23 Aralık 2016’ya kadar görevde kalan Timofti yerini aynı tarihte, Mart 2016 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı sonrası parlamento tarafından değil, doğrudan halk tarafından seçilen Igor Dodon’a bırakmıştır. Başkanlık seçiminin Kasım 2016’daki ikinci turunda %52’lik oy oranı ile seçilen⁷¹ ve sıkı bir Rusya yanlısı olan Dodon halen Moldova devlet başkanlığı görevini sürdürmektedir. Sıradaki başlık Igor Dodon’u devlet başkanlığına götüren sürecin baş aktörü olan Moldova Anayasa Mahkemesi kararının analizini yapmayı amaçlamaktadır.

⁶⁷ <http://www.e-democracy.md/en/elections/parliamentary/2014/results/> (Erişim: Haziran 2018).

⁶⁸ <https://www.bbc.com/news/world-europe-17602345> (Erişim: Haziran 2018).

⁶⁹ CAŁUS Kamil, “Moldova’s political theatre: the balance of forces in an election year”, OSW Commentary, No 258, 31.01.2018, https://www.osw.waw.pl/sites/default/files/commentary_258.pdf (Erişim: Haziran 2018)

⁷⁰ <https://moldovanpolitics.com/leaders/plahotniuc/> (Erişim: Haziran 2018).

⁷¹ <http://www.e-democracy.md/en/elections/presidential/2016/#turnout> (Erişim: Haziran 2018).

III.MOLDOVA ANAYASA MAHKEMESİ’NİN ZAMANDA YOLCULUK KARARININ ANALİZİ⁷²

Moldova Anayasa Mahkemesinin 48b/2015 sayılı kararı⁷³, Liberal Demokrat Parti mensubu on sekiz milletvekilinin yaptıkları 12 Kasım 2015 tarihli başvuru üzerine verilmiştir. Başvurucular 2000 tarihli ve 1115-XIV sayılı anayasa değişikliğinin bazı hükümlerinin anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Davacılar esas olarak anayasa değişikliğinin şekil bakımından sakat olduğunu ve bu değişikliğin anayasanın öngördüğü usule aykırı olarak kabul edildiğini ileri sürmüşlerdir. Davacıların temel argümanı, anayasa değişikliği teklifi Anayasa Mahkemesi’nin görüşü alınıp parlamentoya sunulduktan sonra teklif üzerindeki görüşmeler esnasında verilen önergelerle teklifin metni üzerinde yapılan değişikliklerin 1994 Anayasasının öngördüğü şekil şartına aykırı olduğudur. Dolayısıyla bu kararda Moldova Anayasa Mahkemesi, 2000 tarihli ve 1115-XIV sayılı anayasa değişikliğinin 1994 Anayasasının anayasanın değiştirilme usulünü düzenleyen hükümlerine aykırı olarak kabul edilip edilmediğini ve şekil bakımından anayasaya aykırı olup olmadığını incelemiştir.

Anayasa değişikliği teklifi 1994 Anayasasının birçok hükmünde değişiklik getiriyordu. Ancak teklifin en önemli kısmı, Anayasanın 78 ve 89’uncu maddelerini değiştirmek suretiyle hükümet sistemini yarı-başkanlıktan parlamenter sisteme dönüştüren kısmıydı. Bu değişiklik öncesi uygulanan hükümet sistemi yukarıda irdelenmişti, o nedenle burada sadece değişenin ne olduğunu üzerinde durulacaktır. Buna göre anayasa değişikliği teklifi, Anayasanın 78’inci maddesini değiştirerek devlet başkanının doğrudan halk tarafından değil parlamento tarafından nitelikli çoğunlukla seçileceğini ve 89’uncu maddeyi değiştirerek de devlet başkanının münhasıran parlamento tarafından yine nitelikli çoğunlukla görevden alınabileceğini düzenlemiştir. Değişiklik ile 78’inci maddede devlet başkanının toplam milletvekili sayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyu ile seçileceği, hiçbir adayın bu çoğun-

⁷² Bu başlıktaki “zamanda yolculuk” nitelemesi, Anna Fruhstorfer’in yukarıda 5 nolu dipnotta zikredilen yazısından (“Back to the future...”) esinlenilmiştir.

⁷³ Republic of Moldova Constitutional Court (Unofficial Translation), Judgment On Constitutional Review of Certain Provisions of the Law No. 1115-Xiv of 5 July 2000 Amending the Constitution of the Republic of Moldova (Modality of Electing the President), Complaint No. 48b/2015, Chişinău, 4 Mart 2016, <http://www.constcourt.md/ccdocview.php?tip=hotariri&docid=558&l=en> (Erişim: Mayıs 2018).

luğu elde edememesi halinde seçimlerin yenileneceği ve yine seçilememesi halinde devlet başkanlığına vekâlet eden makam (Meclis Başkanı) tarafından parlamentonun feshedilebileceği ve yeniden seçimlere gidilebileceği düzenlenmiştir. Devlet başkanının görevden azledilmesi bakımından ise 89’uncu maddenin değişiklik öncesi haline göre parlamentoda tarafından suçlandırılan devlet başkanı toplantıya katılan milletvekillerinin üçte ikisinin oyu ile geçici olarak görevden uzaklaştırılabilir ve akabinde yapılacak halkoylaması ile azledilebilirdi. Oysa 89’uncu maddenin değiştirilen haline göre devlet başkanını azletme yetkisi parlamentodaki toplam milletvekili sayısının üçte iki çoğunluğuna verilmiştir, halkoylaması usulü kaldırılmıştır.⁷⁴

Davacılar esas olarak anayasa değişikliğinin Anayasanın üç hükmüne aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Birincisi anayasa değişikliğinin kabul edilme sürecinin, şekil bakımından Anayasanın 141’inci maddesinin 2’nci paragrafına⁷⁵ aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İkinci olarak bu anayasa değişikliğinin MAM’nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasanın 135’inci maddesinin 1’inci fıkrasına da aykırı olduğu ileri sürülmüştür. (Bu hükme göre Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliği teklifleri üzerinde görüşünü bildirir.) Nihayet bu değişikliğin MAM’nin görüşü alınmadan kabul edilmesinin yarattığı tıkanıklıklar ve kurumsal dengesizlikler nedeniyle anayasal bir dengesizlik yarattığı ileri sürülmüş ve bu durumun Moldova Anayasasının anayasa değişikliği usulünü düzenleyen 142’nci maddesinin 2’nci paragrafına⁷⁶ aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Özetle başvuru 2000 tarihli ve 1115-XIV sayılı anayasa değişikliğinin bazı hükümlerinin hem anayasal dengeyi negatif olarak bozduğu için doğası gereği, hem de Anayasanın öngördüğü şekil şartına uymadığı için de haricen anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁷⁷

Moldova Anayasa Mahkemesi esasa yönelik değerlendirmesine önce birtakım genel ilkeler belirleyerek başlamıştır. Burada Mahkeme davanın somut özelliklerine girmeden önce Anayasanın nosyonu, niteliği ve amacı

⁷⁴ 1994 Moldova Anayasasının 78 ve 89’uncu maddelerinin 2000 değişikliği öncesi ve sonrası halleri Anayasa Mahkemesinin kararında yer almaktadır. (§ 107, 109, 125)

⁷⁵ “Anayasa değişikliği tasarıları Anayasa Mahkemesinin tavsiye niteliğindeki kararı ile birlikte Parlamente’ye sunulur.” (Çeviri bize ait.)

⁷⁶ “Yurttaşların temel hak ve özgürlüklerini ya da bunların güvencesini ihlal eden bir anayasa değişikliği yapılamaz.” (Çeviri bize ait.)

⁷⁷ 4 Mart 2016 tarihli MAM kararı (gayriresmi çeviri), § 45-47.

hakkında bazı genel değerlendirmelerde bulunmuştur. Anayasanın üstünlüğü ve istikrarı ilkelerini açıklayan Mahkeme, anayasal değerlerin bütünlüğü ve dengesine de ayrıca vurgu yapmıştır. Anayasa hükümlerinin bir uyum içerisinde olduğuna ve bunlar arasında bir çatışma olamayacağına işaret eden Mahkeme, bir anayasa değişikliği yapılırken bu uyumun bozulmaması gerektiğini, dolayısıyla hiçbir anayasa değişikliğinin Moldova Anayasasının hükümlerinin ve benimsediği değerlerin bütünlüğünü ve dengesini bozamayacağını vurgulamıştır. Mahkeme vurguladığı bu ilkelerin anayasanın değiştirilmesinde uygulanacak birtakım şekil ve esasa ilişkin sınırlamalar getirdiğini belirtmiştir.⁷⁸

Daha sonra Moldova Anayasa Mahkemesi tali kurucu iktidarın sınırlarını düzenleyen 1994 Anayasanın VI. Başlığına değinmiş ve burada öngörülen özel değişiklik usulü üzerinde durmuştur. 1994 Anayasasının 141 ila 143'üncü maddeleri tali kurucu iktidarın kime ait olduğunu, ne zaman ve nasıl kullanılacağını düzenlemektedir. Mahkeme buradaki düzenlemeleri hatırlattıktan sonra, kendisini bir anayasa değişikliğini denetlemeye neden ve nasıl yetkili gördüğünü açıklamaya çalışmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki kararda MAM'nin daha önce hiç anayasa değişikliği denetlemediği bilgisi yer almaktadır.⁷⁹ Dolayısıyla Mahkemenin işin esasına geçmeden önce yapacağı denetimi gerekçelendirmeye çalışmasını bu gerçek ışığında okumak gereklidir. Nitekim Mahkeme önce Venedik Komisyonunun anayasa değişikliğinin şekil bakımından anayasaya uygunluğunun denetlenmesini teşvik eden bir kararına atıfta bulunmuş,⁸⁰ ardından da karşılaştırmalı hukukta anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin görüldüğü örnekleri zikretmiştir.⁸¹ Ardından Mahkeme bir anayasa değişikliği esnasında anayasanın öngördüğü şekil sınırı görmezden gelinse ve bu haliyle anayasa değişikliği

⁷⁸ 4 Mart 2016 tarihli MAM kararı (gayriresmi çeviri), § 56-71.

⁷⁹ 4 Mart 2016 tarihli MAM kararı (gayriresmi çeviri), §52. ("...the Court so far has never subjected a law amending the Constitution to constitutional review...")

⁸⁰ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report on Constitutional Amendment CDL-AD (2010)001, Adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, 11-12 December 2009), Strasbourg 19 January 2010, Study no. 469 / 2008, § 237.

⁸¹ Mahkeme Almanya, Avusturya, Bulgaristan, Güney Afrika ve Litvanya örneklerine değindikten sonra Türkiye'yi de zikretmiş ve Türk Anayasa Mahkemesinin başörtüsü ile ilgili anayasa değişikliğini iptal ettiği 2008 tarihli kararını (5 Haziran 2008, E. 2008/16; K. 2008/116) hatırlatmıştır.

parlamentoda kabul edilse bile, böyle bir oylamanın anayasaya karşı hileyi ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir. Buradan hareketle Mahkeme bir anayasa değişikliği teklifinin henüz değişiklik süreci tamamlanmadan esastan değişikliğe uğraması halinde, teklifin bu yeni halinin yeni bir anayasa değişikliği teklifi kabul edileceğini ve bu yeni teklifin anayasanın öngördüğü değişiklik usulüne tabi olacağını vurgulamıştır. Dolayısıyla MAM henüz yasama süreci bitmeden bir anayasa değişikliği üzerinde değişiklik yapılmasının, yeniden kendisinden görüş alınmasını zorunlu kıldığını, bu yapılmadan kabul edilen bir anayasa değişikliğinin geçersiz olacağını belirtmiştir. Mahkeme aksini kabul etmenin –anayasa değişikliği teklifleri üzerinde Mahkeme görüşünü verdikten sonra bu teklifin parlamentoda esasa ilişkin olarak değiştirilebileceğini kabul etmenin– anayasa değişikliği sürecinde kendisine şekli bir rol biçmek anlamına geleceğini, bunun ise kendisine Anayasa ile verilen yetkilerden mahrum bırakılmasına yol açacağını, oysa asli kurucu iktidarın kendisini siyasal aktörlerin konjonktürel kararlar alması olasılığına karşı tarafsız bir analizde bulunması için anayasa değişikliği sürecine katılmakla görevlendirdiğini, dolayısıyla bunun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.⁸² Böylece MAM önündeki davanın esasına girmeden önce anayasa değişikliğinin yargısal denetimini meşrulaştırmış ve gerekçelendirmiştir.

Bu ön tespitlerin ardından MAM, anayasa değişikliğinin gerçekleştiği koşulları ve teklifin kabul edilme aşamalarını detaylı bir şekilde hatırlatmıştır. Buna göre 38 milletvekili parlamenter hükümet sistemine geçişi amaçlayan anayasa değişikliği taslağını 2 Ağustos 1999’da Mahkemeye sunmuş, 16 Kasım 1999’da ise Mahkeme bu taslak üzerinde olumlu görüş vermiş ve akabinde teklif parlamentoya gelmiştir. Moldova Parlamentosu İçtüzüğü (*Rules of the Parliament*) anayasa değişikliklerinin en az iki defa görüşüleceğini düzenlemektedir. İçtüzüğe göre ilk görüşmede teklif üzerinde herhangi bir değişiklik yapılamaz ve bu görüşme sona erdiğinde parlamento ya teklifi kabul eder ya da teklifi incelemek üzere parlamento bünyesinde kurulan özel bir komiteye gönderebilir. İlk görüşmede kabul edilen teklif, geliştirilmesi ve milletvekillerinin teklif üzerindeki itirazları ve önerilerinin dikkate alınması için Özel Komiteye gönderilmiştir. Komitedeki incelemenin ardından parlamentodaki ikinci görüşmede, daha önce Mahkemenin olumlu görüş verdiği metin üzerinde değişiklik önerileri verilmiş ve anayasa değişikliği

⁸² 4 Mart 2016 tarihli MAM kararı (gayriresmi çeviri), § 87-97.

metninde dört esaslı değişiklik yapılmıştır. Nihayet anayasa değişikliği teklifi 5 Temmuz 2000’de ikinci görüşmede değiştirilmiş haliyle kabul edilmiş ve 28 Temmuz 2000’de resmi gazetede yayınlanmıştır.⁸³

Moldova Parlamentosu İçtüzüğü m. 74/7’ye göre anayasa değişiklikleri üzerindeki verilecek değişiklik önermeleri, Anayasa Mahkemesinin üzerinde görüş verdiği teklifte yer almayan hiçbir ilave unsur içeremez; bu değişiklik önermelerinde sadece metnin redaksiyonu, hükmün özünü değiştirmeyen birtakım modifikasyonlar ya da çıkarmalar olabilir. Buna göre Komite her bir değişiklik önermesini ayrı ayrı oylar ve kendisine havale edilen anayasa değişikliği teklifini inceledikten sonra vardığı sonuçları bir rapora bağlayarak ikinci oylama için parlamentoya gönderir. Teklif üzerindeki her bir değişiklik önergesinin ikinci görüşmenin yapıldığı oturumda toplantıya katılan milletvekillerinin çoğunluğu tarafından kabul edilmesi gereklidir. Maddelelerin oylanmasından sonra ise anayasa değişikliği teklifinin bütünü üzerinde oylama yapılır. Bu oylamada karar yeter sayısı toplam milletvekili sayısının üçte ikisidir.⁸⁴

Mahkeme’ye göre belirli bir anayasa değişikliği teklifi görüşülürken yasa organı ikinci görüşmeler esnasında teklifin içeriğinin özünü etkileyecek nitelikte değişiklikler yapabilir. Ancak ne parlamento ne onun komiteleri ne de milletvekilleri, anayasa değişikliği teklif etmeye yetkili olanların verdiği metinden esas itibarıyla farklı bir yeni metin kabul edemez. Oysa 2000 tarihli ve 1115-XIV sayılı anayasa değişikliğinin parlamentodaki ilk görüşmesinde kabul edilen metin ile ikinci görüşmede kabul edilen metin arasında birtakım temel farklılıklar vardır. Birincisi teklifin ilk hali devlet başkanı seçilebilme şartı olarak 35 yaş şartını öngörmüşken, ikinci görüşmede bu şart 40’a çıkarılmıştır. İkincisi ilk metinde devlet başkanının parlamento tarafından seçilebilmesi gereken karar yeter sayısı toplam milletvekili sayısının çoğunluğu olduğu halde, ikinci görüşmede kabul edilen metin beşte üç çoğunluk getirmiştir. Üçüncüsü ikinci görüşmede kabul edilen teklif devlet başkanı seçimlerinin yinelenmesi ve parlamentonun feshedilebilmesini düzenleyen üç ek fıkra kabul etmiştir ki teklifin ilk halinde buna ilişkin hiçbir düzenleme yer almamaktaydı. Dördüncü olarak ise yine ilk metinde

⁸³ 4 Mart 2016 tarihli MAM kararı (gayriresmi çeviri), § 110-128.

⁸⁴ 4 Mart 2016 tarihli MAM kararı (gayriresmi çeviri), § 138-142.

yer almadığı halde anayasa değişikliği teklifinin nihai halinde devlet başkanı göreve başladıktan sonraki ilk altı ay içinde parlamentonun feshedilmesini yasaklayan bir ilave hüküm daha kabul edilmiştir.⁸⁵

MAM, bu gerekçelerle anayasanın ahengi ve etkililiği bakımından 2000 tarihli ve 1115-XIV sayılı anayasa değişikliğinin, Anayasanın 78 ve 89’uncu maddelerini değiştiren hükümlerini şekil bakımından anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme anayasanın kendisine verdiği görevlerden birinin bu anayasa ile kurulan normatif düzenin güvence altına alınması olduğunu, dolayısıyla bir anayasa değişikliği teklifi üzerinde kendi görüşü alınmadan değişiklik yapılmasının ve Mahkemenin söz konusu süreçte dikkate alınmamasının bu değişikliğin iptali sonucunu doğuracağını belirtmiştir. Bu itibarla Mahkeme, 2000 tarihli ve 1115-XIV sayılı anayasa değişikliği ile değişik, Anayasanın 78’inci maddesinin 1, 3, 4 ve 5’inci fıkraları, 85’inci maddenin 4’üncü fıkrasına eklenen “78’inci maddenin 5’inci fıkrası hariç olmak üzere” ibaresi ve 89’uncu maddenin tamamının Anayasanın 1, 135, 141, 142 ve 143’üncü maddelerine aykırı olduğuna ve iptal edilmesine karar vermiştir. Mahkeme 78’inci maddenin 2 ve 6’ncı fıkralarını ise anayasaya uygun bulmuştur. İlaveten Mahkeme bu iptal kararı ile birlikte, iptal edilen hükümlere karşılık gelen değişiklik öncesi hükümlerin tekrar yürürlüğe girmesine de hükmetmiştir.⁸⁶ Dolayısıyla iptal kararı ile birlikte 1994 Anayasasının devlet başkanının seçimini düzenleyen 78’inci maddesinin 1, 3 ve 4’üncü fıkraları⁸⁷ ile başkanın görevden alınabilmesini düzenleyen 89’uncu maddesinin⁸⁸ 2000 öncesi halleri adeta zamanda yolculuk ederek yeniden yürürlüğe girmiştir. Günümüzde bu hükümler yürürlüktedir.

⁸⁵ 4 Mart 2016 tarihli MAM kararı (gayriresmi çeviri), § 150-157.

⁸⁶ 4 Mart 2016 tarihli MAM kararı (gayriresmi çeviri), § 200-213.

⁸⁷ Buna göre Moldova devlet başkanı halk tarafından gizli oyla seçilir. Oyların en az yarısını alan aday Başkan seçilmiş olur. Eğer hiçbir aday bu çoğunluğu sağlayamazsa ilk iki sıradaki aday arasında ikinci tura gidilir ve bu turda basit çoğunluğu elde eden aday başkan seçilir.

⁸⁸ Buna göre Moldova devlet başkanı anayasayı ihlal eden ciddi bir suç işlemesi halinde parlamentonun üçte biri oranındaki milletvekili tarafından suçlandırılabilir ve parlamentonun üçte iki çoğunluğunun oyu ile geçici olarak görevden uzaklaştırılabilir. Başkan parlamento tarafından geçici olarak görevden uzaklaştırılırsa, 30 gün içinde azledilmesi için referanduma gidilir.

SONUÇ

Moldova 2000 yılında yapılan anayasa değişikliği ile yarı-başkanlık hükümet sisteminden vazgeçip kuvvetler ayrılığına yönelik tercihinin parlamenter sistemden yana değiştirmiştir. Bununla birlikte anayasa değişikliğinin ardından Moldova teorik/anayasal olarak saf bir parlamenter sisteme dönüşmekle birlikte, fiiliyatta devlet başkanı ile parlamento çoğunluğu arasındaki örtüşme nedeniyle sistem neredeyse bir başkanlık sistemi gibi işlemiş, parlamenter sistemin uygulandığı ilk on yıl boyunca devlet başkanı, adeta saf bir başkanlık sistemindeki gibi güçlü bir konumda olmuştur.⁸⁹ 2000'lerin sonuna gelindiğinde ise bu kez de devlet başkanının seçilmesi sorunu baş göstermiş ve parçalanmış parlamento yaklaşık üç yıl boyunca devlet başkanını seçememiş, devlet başkanlığına meclis başkanı vekâlet etmiş ve ancak 2012 yılında iktidarın ve muhalefetin desteğiyle devlet başkanlığına gerçekten tarafsız bir aday seçilmiştir. Moldova araya bir siyasi kırılma girmeden parlamenter sistemi başkanlık sistemine tercih eden nadir bir örnektir. Parlamenter sisteme geçiş görünürde yürütme yetkisinin kabinede toplanması ve politika üretmenin gelişmesi için tasarlanmıştı. Ancak gerçek neden Moldova'da siyasi partilerin değişkenliği ve parçalanmış parti sistemi nedeniyle devlet başkanının desteğini yitirmesidir. Dolayısıyla Moldova örneği, rejim tercihinin yürütme yetkisinin niteliği üzerindeki sonuçlarını değerlendirmek bakımından mükemmel bir imkân sağlamaktadır.⁹⁰

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrası 2016 yılının sonlarında gerçekleştirilen devlet başkanlığı seçimlerinin ardından ise Moldova yarı-başkanlık sistemine geri dönmüştür. Ancak bu geri dönüş tamamen Anayasa Mahkemesinin devlet başkanının seçim yönteminin değişmesine yol açan kararı sonucu ortaya çıkmıştır; yani bu değişim üzerinde düşünülmüş ve tasarlanmış bir değişim değildir. Keza bu değişim siyasal elitlerin pazarlıklarının bir sonucu da değildir. Oysa günümüze gelene kadar Moldova'da parçalanmış siyasal yapı hep sistem değişikliğinin baş aktörü olmuştur. Dolayısıyla Moldova Anayasa Mahkemesinin “zamanda yolculuk” kararı siyasetin yargısallaşmasının ne denli kritik sonuçlar ortaya çıkarabileceğinin berrak bir örneğidir.

Devlet organları arasındaki güç paylaşımına ilişkin anayasal tasarım bir

⁸⁹ ROPER, 2008b, s. 113.

⁹⁰ ROPER, 2008b, s.114; ROPER, 2008a, s. 108.

ülkenin demokratik pekişmesini menfi ya da müspet yönde etkileyebilir. Bu bakımdan ne yarı-başkanlık ne de parlamenter sistem deneyimi Moldova'nın demokratik pekişmesine yardımcı olamamıştır. Avrupa'nın en fakir ülkelerinden biri olan ve işsizliğin yüksek, yolsuzluğun had safhada olduğu Moldova'da Sovyetlerin dağılması sonrası yaşanan siyasal dönüşüm, yasa- ma ve yürütme organları arasındaki ilişkinin ülkenin 1991'de bağımsızlığını ilan etmesinden günümüze kadar uzanan süreçte sağlıklı bir zemine oturmasını sağlayamamıştır. Buna rağmen Moldova'da anayasa değişikliğine çok sık başvurulmasının ve sistemin temel parametreleriyle kolayca oynanabilmesi, ülkede kurumların etkisine yönelik çok güçlü hatta hukuk fetişizmine varacak boyutta bir umudun varlığı ile izah edilmektedir. Yani Moldova'da bir yasa ya da anayasanın toplumdaki her soruna tam, ivedi ve kalıcı bir çözüm sunacağı inancının yaygın olduğu vurgulanmaktadır. Nitekim 2000 yılında ülkede siyasal sistemi kökünden değiştirmek için yeni bir anayasa yapmak yerine bunun olağan bir anayasa değişikliği ile gerçekleştirilmeye çalışılması da bu inancın varlığı ile açıklanmaktadır. Çünkü kurumların etkisine yönelik yaygın kanı dolayısıyla Moldovalı politikacıların kendi davranışlarını değiştirmek yerine kurumları yaratan hukuk kurallarının temelini –yani anayasanın- değiştirilmesinin siyasi sorunlara çözüm olacağı kanaatinde oldukları, dolayısıyla Moldova'da anayasa siyasetinin ülkenin otokrasi ile demokrasi arasındaki mücadelesinde çok hayati bir rol üstlendiği vurgulanmaktadır.⁹¹

Öte yandan demokratik bir anayasal reform yoluyla hükümet sistemi değişikliğine giden ilk ve tek ülke elbette Moldova değil. Nitekim 1950-1990 arasını kapsayan araştırmaya göre demokratik yönetimlerin bir kesintiye uğramadan hükümet sistemi değişikliğine gittiği üç (3) örnek zikredilmektedir. Bunlar 1958'de yarı-başkanlık sistemine geçen Fransa ve 1961'de başkanlık sisteminden yarı-başkanlığa, 1963'de ise bu sefer yeniden başkanlık sistemine geçen Brezilya'dır.⁹² Dolayısıyla 1990'a kadar, yani Moldova henüz bağımsız bir devlet olarak tarih sahnesinde yerini almadan hemen önce, hükümet sisteminin kurumsal yapısında demokrasinin kesintiye uğramadan değişikliğe gidilmesi bir istisnaydı.⁹³ Nitekim 1946-2007 arası on üç (13)

⁹¹ FRUHSTORFER, 2016, s. 368, 380.

⁹² PRZEWORSKI et. al., 2000, s. 49.

⁹³ Aslında Przeworski ve arkadaşları Pakistan'ın hükümet sistemleri arasında gel-git yaşayan bir örnek olarak zikretmektedir. (s. 49) Nitekim Pakistan'da 1950-55 arası parlamenter si-

ülkede⁹⁴ görülen on beş (15) hükümet sistemi değişikliği üzerine yapılan bir diğer araştırma demokratik yönetim biçiminde köklü bir değişime gitmenin oldukça nadir görüldüğüne dikkat çekmektedir. Yasama-yürütme ilişkilerinin yapısını temelden değiştiren bu on beş hükümet sistemi değişikliğinin 6'sı parlamenter sistemden devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçildiği bir sisteme geçerken, 7'si başkanlık sisteminin kendi türleri arasında değişikliğe gitmiş ve sadece iki (2) ülke yarı-başkanlık sisteminden saf parlamenter sisteme geçiş yapmıştır.⁹⁵

Bu iki ülke İsrail ve Moldova'dır. İsrail 1996'da uygulamaya geçtiği "doğrudan halk tarafından seçilen başbakan" sisteminden beş yıl sonra vazgeçmiş ve yeniden parlamenter sisteme geri dönmüştür.⁹⁶ Nihayet yakın zamanda bu iki ülkeye bir üçüncü eklenmiştir. Ermenistan, yarı-başkanlık sisteminden parlamenter sisteme geçmiştir. Ermenistan Ekim 2015'de parlamentoda kabul edilen ve Aralık 2015'te yapılan referandum ile %63'ün üzerinde oy ile yürürlüğe giren anayasa değişikliği ile yarı-başkanlık sistemini terk edip saf parlamenter sisteme geçen üçüncü örnektir. Mart 2018'de yeni sistemin sembolik yetkilerle donatılmış ilk cumhurbaşkanı seçilmiş ve Nisan 2018'de ülkede parlamenter sistem yürürlüğe girmiştir.⁹⁷

stem, 1972-76 arası karma sistem ve 1988 sonrası yeniden parlamenter sistem uygulanmıştır. Ancak bu tarihler dışında arada kalan zamanda Pakistan'da demokrasi kesintiye uğramıştır. (s. 66-67) Dolayısıyla Pakistan örneği Moldova'nın kendine özgü konumuna ilişkin tespitler bakımından bir şey değiştirmemektedir.

⁹⁴ Bu ülkeler şunlardır: Gambiya, Sri Lanka, Fransa, Slovakya, Türkiye, İsrail, Madagaskar, Portekiz, Ukrayna, Ermenistan, Moldova, Gürcistan, Tayvan.

⁹⁵ SAMUELS / SHUGART, 2010, s. 257-258.

⁹⁶ İsrail'in bu özelliği ile ilgili Türkçe'deki en yetkin ve detaylı çalışma için bkz. ONAR Erdal, İsrail'in Kendine Özgü Bir Hükümet Sisteminden Eskisine Geri Dönüşü, Ankara, 2003. Onar şöyle yazmaktadır (s. 7): "İsrail'de bu kendine özgü sistem, istikrarlı ve etkin bir yönetim sağlamak amacıyla getirilmişse de, uygulandığı 1996-2003 yılları arasında, eskisinden daha istikrarsız ve sorunlu bir yönetime yol açtı. Böylece 2001 yılında yapılan bir değişiklikle, bu değişikliğin uygulandığı 2003 yılının başından itibaren parlamenter sisteme geri döndü."

⁹⁷ Anayasa değişikliğinin ardından Nisan 2017'de yapılan ilk genel seçimde o zamanki devlet başkanı Serzh Sarkisyan'ın lideri olduğu Ermenistan Cumhuriyet Partisi (HHK) parlamentoda çoğunluğu elde etmiştir. Serzh Sarkisyan, yarı-başkanlık sistemi altındaki devlet başkanlığı görev süresi biter bitmez bu sefer parlamentoda çoğunluğa sahip partisi tarafından 17 Nisan 2018'de parlamenter sistemin ilk başkanı seçilmiştir. Yani Ermenistan'da yarı-başkanlık sisteminin son devlet başkanı, parlamenter sistemin de ilk başkanı olmuştur. Bunun üzerine Sarkisyan aleyhine protestolar baş göstermiş ve Sarkisyan iktidarına kar-

Sonuç olarak İsrail ve Ermenistan'ı bir kenara bırakacak olursak, Moldova iki nedenle ayrıksı bir örnek olarak öne çıkmaktadır. Birincisi Avrupa'da başkanlık ya da yarı-başkanlık sisteminden parlamenter sisteme geri giden hiçbir örnek yer almadığı görülmektedir. Bunu yapan tek örnek (en azından 2016'ya kadar) Moldova'dır. İkincisi MAM'nin "zamanda yolculuk" kararı sonrası Moldova'nın ayrıksı niteliği bir kez daha ancak bu sefer diğer yön- de pekişmiştir. Anayasa Mahkemesinin kararı Moldova'yı önce demokratik bir anayasa değişikliği ile yarı-başkanlık sisteminden parlamenter sisteme geçen ancak daha sonra bir yargı kararı ile parlamenter sistemden yarı-baş- kanlık sistemine geri dönen ilk ve tek örnek haline gelmiştir. Bu bakımdan Moldova'nın bu ayrıksı niteliği yürütme organının doğrudan halk tarafından seçilmesi usulünün bir kere benimsendikten sonra neredeyse hiç terk edil- mediği iddiasını⁹⁸ bir kez daha doğrular niteliktedir. Ancak bu doğrulama, siyasal iktidarın bir tercihi ile değil bir yargı kararı ile gerçekleşmiştir. Bu yönüyle Moldova'nın hükümet sistemi serüveni türünün tek örneğidir.

şı büyük bir muhalefet belirmiştir. Sonuçta Sarkisyan protestolarının başlamasından yak- laşık on gün ve başbakan seçildikten sadece altı gün sonra istifa etmiştir. Bunun üzerine Sarkisyan karşıtı protestolarının lideri Nikol Paşinyan'ın ülkenin yeni başbakanı seçilmesi gündeme gelmiştir. Sarkisyan'ın lideri olduğu HHK parlamentoda çoğunluğa sahip olduğu için, Paşinyan'ın yeni başbakan seçilebilmesi için HHK'nin desteğine ihtiyaç vardı. Neti- cede parti ülkenin yönetilebilir hale gelmesi ve siyasal kaosun sona ermesi için Paşinyan'ın başbakan seçilmesine destek vereceklerini açıkladı. Paşinyan 8 Mayıs 2018'de çoğunluk partisinden 13 milletvekilinin de desteğiyle 105 üyeli parlamentonun 59 milletvekilinin oyu ile Ermenistan'ın yeni başbakanı seçildi. <https://www.azatutyun.am/a/29172834.html>, <https://www.azatutyun.am/a/29187178.html>, <https://www.azatutyun.am/a/29214870.html>, <https://presidential-power.com/?p=3805>, <https://presidential-power.com/?p=4231>, <https://presidential-power.com/?p=6280>, <https://presidential-power.com/?p=7790>, <https://presidential-power.com/?p=8089> (Erişim: Temmuz 2018). İlk bakışta Ermenistan yarı-başkanlık sistemini terk edip parlamenter sistemi tercih etmesi bakımından Moldova ile benzerlik gös- termektedir. Ancak iki ülkenin deneyimi arasında ciddi farklılıklar vardır. Birincisi Moldova bunu yapan Orta ve Doğu Avrupa coğrafyasındaki tek örnektir, oysa Ermenistan daha ziyade Kafkasya ve Doğu Asya'ya ait görülmektedir. İkincisi Moldova'nın yarı-başkanlıktan parla- menter sisteme geçişi gücün mutlak olarak tek elde toplanmasına engel olmak içindi. Oysa Ermenistan'da parlamenter sisteme geçiş mevcut siyasal elitlerin iktidarını sürdürebilme- sinin yolu olarak tasarlanmıştır. Üçüncü olarak ise Moldova'da yaşanan sistem değişikliği fiilen daha "başkancı" bir sistemin ortaya çıkmasına yol açarken, Ermenistan'da iktidar ve muhalefetin gerçekten yarışma halinde olduğu daha "parlamenter" bir yapı ortaya çıktığı gözlemlenmektedir. Çünkü başbakan parlamentoda çoğunluğa sahip değildir.

⁹⁸ SAMUELS / SHUGART, 2010, s. 259.

KAYNAKÇA

- 1994 MOLDOVA ANAYASASI, https://www.constituteproject.org/constitution/Moldova_2006?lang=en.
- BUGARIČ Bojan / GINSBURG Tom, “The Assault on Postcommunist Courts”, **Journal of Democracy**, Volume 27, No 3, 2016, s. 69-82.
- CALUS Kamil, “Moldova’s political theatre: the balance of forces in an election year”, OSW Commentary, No 258, 31.01.2018, https://www.osw.waw.pl/sites/default/files/commentary_258.pdf (Erişim: Haziran 2018)
- CHEIBUB Jose Antonio / LIMONGI Fernando, “Legislative-executive relations”, **Comparative Constitutional Law**, Tom Ginsburg & Rosalind Dixon (Editör), Edward Elgar, Cheltenham & Northampton, 2012, s. 211-233.
- CROWTHER William, “Semi-Presidentialism and Moldova’s Flawed Transition to Democracy”, **Semi-Presidentialism and Democracy**, Robert Elgie, Sophia Moestrup & Yu-Shan Wu (Editör), Palgrave Macmillan, 2011a, s. 210-228.
- CROWTHER William E., “Second Debate, Second Chance? Parliament, Politics and Democratic Aspirations in Russia, Ukraine and Moldova”, **The Journal of Legislative Studies**, C. 17, No 2, 2011b, s. 147-171.
- CROWTHER William, “Moldova”, **The Handbook of Political Change in Eastern Europe**, Sten Berglund, Joakim Ekman, Kevin Deegan-Krause ve Terje Knutsen (Editör), 3. Baskı, Edward Elgar, Cheltenham & Northampton, 2013, s. 733-773.
- ELGIE Robert, **Semi-Presidentialism: Sub-Types and Democratic Performance**, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission), Report on Constitutional Amendment CDL-AD (2010)001, Adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, 11-12 December 2009), Strasbourg 19 January 2010, Study no. 469 / 2008.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission), Amicus Curiae Brief On Three Questions Related to Article 78 of The Constitution of the Republic of Moldova, Adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary

- Session (Venice, 17-18 June 2011), Strasbourg, 4 July 2011, Opinion 627/2011.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission), Republic of Moldova Opinion on the Proposal by The President of the Republic to Expand the President's Powers to Dissolve Parliament, Adopted by the Venice Commission at its 111th Plenary Session (Venice, 16-17 June 2017), Strasbourg, 19 June 2017, Opinion No. 886/2017.
- FEREJOHN John, "Judicializing Politics, Politicizing Law", **Law and Contemporary Problems**, Volume 65, No. 3, 2002, s. 41-68.
- FRUHSTORFER Anna, "Moldova", **Constitutional Politics in Central and Eastern Europe**, A. Fruhstorfer & M. Hein (Editör), Springer, Wiesbaden, 2016a, s. 359-387.
- FRUHSTORFER Anna, "Back to the future: The abolition of the parliamentary system in Moldova", <http://presidential-power.com/?p=4588>, 8 Mart 2016b. (Erişim: Mayıs 2018)
- GINSBURG Tom / VERSTEEG Mila, "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?", **Journal of Law, Economics and Organization**, C. 30, No. 3, 2013, s. 587-622.
- HIRSCHL Ran, "The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts", **Annual Review of Political Science**, Volume 11, 2008, s. 93-118.
- HIRSCHL Ran, **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, Harvard University Press, Cambridge & London, 2004.
- MAZMANYAN Armen, "Judicialization of politics: The post-Soviet way", **International Journal of Constitutional Law**, Volume 13, Issue 1, 2015, s. 200-218.
- MAZO Eugene, "Post-Communist Paradox: How the Rise of Parliamentarism Coincided with the Demise of Pluralism in Moldova", Center on Democracy, Development, and the Rule of Law (Stanford Institute for International Studies) Working Papers, Number 17, 27.08.2004, http://iis-db.stanford.edu/pubs/20698/Post_Communist_Paradox.pdf (Erişim: Aralık 2012).
- MÜLLER Jan-Werner, **Popülizm Nedir?** (Çev. Onur Yıldız), İletişim, İstanbul, 2017.

PRZEWORSKI Adam / ALVAREZ Michael / CHEIBUB Jose Antonio / LEMON-GI Fernando, **Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990**, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

RADIO FREE EUROPE/RADIO LIBERTY, “Moldovan Parliament Elects President, Ending Three-Year Deadlock”, 16 Mart 2012, https://www.rferl.org/a/moldova_president_parliament_ending_deadlock/24517577.html (Erişim: 30 Nisan 2018).

RADIO FREE EUROPE/RADIO LIBERTY, “Profile: Who Is Moldova’s New President-Elect?”, 16 Mart 2012, https://www.rferl.org/a/who_is_moldovas_new_president/24518350.html (Erişim: 30 Nisan 2018).

REPUBLIC OF MOLDOVA CONSTITUTIONAL COURT (Unofficial Translation), Judgment on Constitutional Review of Certain Provisions of the Law No. 1115-Xiv of 5 July 2000 Amending the Constitution of the Republic of Moldova (Modality of Electing the President), Complaint No. 48b/2015, Chişinău, 4 Mart 2016, <http://www.constcourt.md/ccdocview.php?tip=hotariri&docid=558&l=en> (Erişim: Mayıs 2018).

ROPER Steven D., “The impact of party fragmentation on Moldovan semi-presidentialism”, **Semi-presidentialism in Central and Eastern Europe**, Robert Elgie & Sophia Moestrup (Editör), Manchester University Press, Manchester, 2008a, s. 108–119.

ROPER Steven D., “From Semi-Presidentialism to Parliamentarism: Regime Change and Presidential Power in Moldova”, **Europe-Asia Studies**, Volume 60, No. 1, 2008b, s. 113–126.

RUSSIAN NEW AGENCY (TASS), “Transition to presidential republic to be initiated in Moldova soon”, 5 Mayıs 2018, <http://tass.com/world/1002972>.

SAMUELS David / SHUGART Matthew, **Presidents, Parties, Prime Ministers: A Framework for Analysis**, Cambridge University Press, Cambridge & New York, 2010.

SEDELIUS Thomas, The Tug-of-War between Presidents and Prime Ministers: Semi-Presidentialism in Central and Eastern Europe, *Örebro Studies in Political Science* 15 (2006), <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:136841/FULLTEXT01.pdf> (Erişim: Haziran 2018).

SEDELIUS Thomas / MASHTALER Olga, “Two decades of semi-presidentialism: issues of intra-executive conflict in Central and Eastern Europe 1991–2011”, **East European Politics**, Volume 29, No 2, 2013, s. 109-134.

SHUGART Matthew Soberg / CAREY John M., **Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics**, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

SWEET Alec Stone, “Constitutional Politics in France and Germany”, **On Law, Politics, and Judicialization**, Martin Shapiro ve Alec Stone Sweet, Oxford University Press, New York, 2002, s. 184-208.

TUSHNET Mark, **Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law**, 1. Baskı, Edward Elgar, Cheltenham & Northampton, 2014.

VALLINDER Torbjörn, “The Judicialization of Politics—A World-wide Phenomenon: Introduction”, **International Political Science Review**, Volume 15, No 2, 1994, s. 91-99.

YÜCEL Bülent, “Komünizm Sonrası Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerindeki Anayasacılık Hareketleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 60, Sayı 3, 2011, s. 635–690.

<https://moldovanpolitics.com/leaders/plahotniuc/> (Erişim: Haziran 2018).

<http://www.e-democracy.md/en/elections/presidential/2016/#turnout> (Erişim: Haziran 2018).

<http://www.e-democracy.md/en/elections/parliamentary/2014/results/> (Erişim: Haziran 2018).

<https://www.bbc.com/news/world-europe-17602345> (Erişim: Haziran 2018).

<https://moldovanpolitics.com/parties/psrm/> (Erişim: Haziran 2018).

<http://www.semipresidentialism.com/?p=220> (Erişim: Mayıs 2018).

<https://freedomhouse.org/country/moldova> (Erişim: Mayıs 2018).

<http://en.wikipedia.org/wiki/Moldova> (Erişim: Aralık 2012).

<https://www.azatutyun.am/a/29172834.html> (Erişim: Temmuz 2018).

<https://www.azatutyun.am/a/29187178.html> (Erişim: Temmuz 2018).

<https://www.azatutyun.am/a/29214870.html> (Erişim: Temmuz 2018).

<https://presidential-power.com/?p=3805> (Erişim: Temmuz 2018).

<https://presidential-power.com/?p=4231> (Erişim: Temmuz 2018).

<https://presidential-power.com/?p=6280> (Erişim: Temmuz 2018).

<https://presidential-power.com/?p=7790> (Erişim: Temmuz 2018).

<https://presidential-power.com/?p=8089> (Erişim: Temmuz 2018).

<https://www.rferl.org/a/moldova-sitches-to-direct-presidential-elections/27589691.html>

<https://www.rferl.org/a/moldova-president-dodon-referendum-unconstitutional/28642832.html>

<https://www.rferl.org/a/moldova-socialist-party-campaign-increased-presidential-powers/28754354.html>

<http://www.reuters.com/article/us-moldova-referendum-court/moldovan-court-rejects-pro-russia-presidents-referendum-plan-idUSKBN1AC240>

Hakimlerin Belirlenmesinde “Merit Selection” Yöntemi

Dr. Gonca EROL*

Öz: Hakimlerin belirlenmesinde başvuru yönteminin ne olduğu demokratik bir toplumdaki en önemli meselelerden birisidir. Günümüzde birçok farklı ülkede çok çeşitli yöntemler uygulanmaktadır. Ancak çeşitlilik konusunda en dikkat çeken ülkenin ABD olduğuna hiç şüphe yoktur. Bu çeşitliliğin altında yatan temel neden ise, ABD’de yargı bağımsızlığı ilkesinin, yargıçların halka hesapverirliği ile birlikte ele alınıyor olmasıdır. ABD’de hakimlerin belirlenmesine yönelik 200 yılı aşkın bir süredir devam eden tartışmaların ve arayışların odağındaki soru, yargı bağımsızlığı ile yargıçların halka hesapverirliğini dengeli bir biçimde sağlayacak bir sistemin nasıl yaratılabileceğidir. Bu ikiyüz yıllık süreçte dört temel yöntem geliştirilmiştir: siyasal atama, partizan seçim, partisiz seçim ve *merit selection*. *Merit selection* yöntemi atama ve seçim yöntemlerinin olumlu yönlerini birleştirip, olumsuz yönlerini elemine etmeyi amaçlayan bir yöntemdir. Hakimlerin halka hesapverir kılınması amacıyla ödün vermeden ama aynı zamanda yargı bağımsızlığını da yok etmeden hakimlerin belirlenmesini amaçlar.

Anahtar Kelimeler: Yargısal seçim, hakimlerin belirlenmesi, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, görevde kalma seçimi, hakimlerin hesapverirliği.

“Merit Selection” of Judges

Abstract: The method of the selection of judges is one of the most important issues in a democratic society. Today, many different countries apply different kinds of methods to select their judges. The most conspicuous country in the world, however, in terms of the variety of methods of selection, is the USA. The underlying reason for this variety is that judicial independence has been discussed mostly along with judicial accountability in the USA. The question at the heart of the search and discussion on-

* Makale Gönderim Tarihi: 04.10.2018. Makale Kabul Tarihi: 18.12.2018

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi (ORCID kimlik no: 0000-0002-5170-4118); gerol@ciu.edu.tr

going for almost two centuries is the issue of creating a system which balances judicial independence and judicial accountability. Four main methods have been developed in this 200-year period: political appointment, partisan election, nonpartisan election and merit selection. The purpose of merit selection is to bring together positive features of the appointment and the election methods, and to eliminate the negative ones. It aims to select judges neither by giving up judicial accountability nor by destroying the judicial independence.

Keywords: Judicial election, judicial selection, judicial independence and impartiality, retention election, judicial accountability.

GİRİŞ

Yargı bağımsızlığı tüm demokratik ülkelerin ve uluslararası toplumun tartışmasız biçimde üzerinde ortaklaştığı temel demokratik ilkelerden birisi¹ olsa da, Amerika Birleşik Devletleri'nde, özellikle konu hakimlerin belirlenmesi yönteminin ne olması gerektiğine geldiğinde, durum biraz farklıdır. Çünkü ABD'de yargı bağımsızlığı, yargıçların halka hesapverirliği olgusu ile birlikte ele alınır ve bu bağlamda her daim tartışmalı bir konu olmaktan kurtulamamıştır.

ABD'de hakimlerin belirlenmesine yönelik 200 yılı aşkın bir süredir devam eden tartışmaların ve arayışların odağındaki soru, yargı bağımsızlığı ile yargıçların halka hesapverirliğini dengeli bir biçimde sağlayacak bir sistemin nasıl yaratılabileceğidir.² Binlerce makaleye ve yüzlerce kitaba konu

¹ ÜNAL Şeref, "Yargı Bağımsızlığı", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 37, Sayı 3, Eylül 2004, ss.63-81, s.64. Yargı bağımsızlığını öngören ve güvence altına alan temel uluslararası metinlere örnek olarak bkz. Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri, 26 Ağustos - 6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da yapılan BM Suçun Önlenmesi ve Suçluların Tedavisi Yedinci Kongresinde kabul edilmiş, 29 Kasım 1985 tarih ve 40/32 sayılı ve 13 Aralık 1985 tarih ve 40/146 sayılı kararlarla BM Genel Kurulu tarafından tasdik edilmiştir. Ayrıca bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları hakkında üye devletlere yönelik CM/Rec(2010)12 sayılı Tavsiye Kararı, 17 Kasım 2010 tarihinde 1098. Bakan Yardımcıları Toplantısında Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir. Bazı bölgesel uluslararası kuruluşlarca kabul edilmiş metinler ve kararlar için ayrıca bkz. INTERNATIONAL COMMISSION ON JURISTS, **International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors - A Practitioners Guide**, 2.bası, Cenevre, 2007, s.17 vd.

² PHILLIPS Thomas R., "Electoral Accountability and Judicial Independence", **Ohio State Law Journal**, Vol.64, No.1, 2003, ss.137-147, s.138; CAUFIELD Rachel Paine, "How The Pickers Pick: Finding a Set of Best Practices For Judicial Nominating Commissions", **Fordham Urban Law Journal**, Vol.34, No.1, 2006, ss.163-202, s.163-164; HALL Melinda

olan bu soru bugün hala ABD yazınında, akademik camiada, yargısal alanda ve siyasal alanda tüm canlılığı ile tartışılmaya devam etmektedir. Yargı bağımsızlığının nerede başlayıp bittiği ve yargıçların, asli egemen olan halk/ulus ya da genel ifadeyle toplum karşısında ne ölçüde sorumlu olduğu soruları cevap aranan önemli sorular arasındadır.

Amerikan sistemini biçimlendiren temel perspektifle meseleye baktığımızda sorunu şöyle özetleyebiliriz: Yargı bağımsızlığı ve yargıçların hesap-verirliği belli noktalarda birbiri ile çatışan iki ilke gibi görünse de, her iki ilke de yargının meşruiyeti bakımından vazgeçilmez konumdur.³ Tam da bu yüzden, birini diğerine önceleyen değil, ikisini dengeleyen bir seçim/atama ve denetim sisteminin geliştirilmesi demokratik bir toplumda önem arz eder.⁴

Ancak bu hiç de kolay bir iş değildir. Yargı bağımsızlığının mutlak biçimde sağlanması kaygısı ile hareket edildiğinde, yargının siyasal alandan ve toplumdan tamamıyla yalıtıldığı bir yaklaşım ortaya çıkmaktadır. Fakat, yargıçları toplumdan ve her türden siyasal, sosyal, kültürel vb. etkilerden tümüyle yalıtmaya çalışan bir yargı sistemi yaratmanın doğru olup olmadığı kadar, böylesi bir şeyin mümkün olup olmadığı da tartışmalıdır.

Öte yandan yargıçların toplum karşısında her daim hesap verir kılınmasını sağlamaya yönelik bir sistem tasarlanmak istendiğinde ise, yargıçları siyasal aktörlerin hesaplarına alet eden, onları halk kesimlerinin anlık heyecan ve öfkelerinin etkisi altına sokan bir sistemin üretilmesi riski vardır. Bu durumda, yargıçların hiçbir kesimden korkmadan, kimin ne düşüneceğinden çekinmeden kararlar vermesi imkansız hale gelecek, yargısal alanın siyasileşmesi sonucu doğacaktır. Bununla birlikte, burada da cevaplanması gereken kilit bir soru vardır: adaletin sağlanması için, hakimlerin, toplumun tüm kesimlerinden kendisini soyutlayarak mı karar vermesi gerekir, yoksa topluma kulak vererek mi kararlarını vermelidirler?

Gann, "Electoral Politics and Strategic Voting in State Supreme Courts", **The Journal of Politics**, Vol.54, No.2, 1992, ss.427-446, s.427.

³ PERI Antonina, "Judicial Independence vs. Judicial Accountability. Judicial Selection For Constitutional Courts. A Comparative Analysis", **Comparative Law Review**, Vol.3, No.1, 2012, ss.1-30, s.4.

⁴ FINLEY Tillman J., "Judicial Selection in Alaska: Justifications and Proposed Courses of Reform", **Alaska Law Review**, Vol.20, No.1, 2003, ss.49-77, s.49.

Görüldüğü gibi, her iki ilke de, tek başına mutlak biçimde uygulandığında, hem bir diğeri ile çelişir sonuçlar üretmekte hem de kendi içinde cevaplanması zor sorulara kaynaklık etmektedir. Bu bakımdan, birini diğerine önceleyen yaklaşımların hiçbirisi, yargının meşruiyeti ve toplumsal adalet duygusunun yargı eliyle tatmini bağlamında doyurucu bir sonucu üretmemektedir. Bu nedenledir ki, bitmek bilmeyen bir şekilde ikisi arasındaki dengeyi sağlamaya yönelik arayışlar sürmektedir.⁵

Bu makalede, işte bu arayışın bir ürünü olarak ABD’de geliştirilmiş ve uygulanmakta olan bir yöntem incelenecektir: “*Merit Selection*” ya da diğer bir ismiyle “Missouri Planı”.

I. ABD’de “*MERIT SELECTION*” USULÜNÜN Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Amerikan kurucuları daha yola çıktıkları ilk andan itibaren yargı bağımsızlığını kurdukları siyasal sistemin temel ilkelerinden birisi olarak benimse-diler.⁶ Çünkü İngiliz Krallığının yargı üzerindeki baskısının ne tür sonuçlar yarattığını ilk elden deneyimlemişlerdi. Zira uzun yıllar boyunca ABD kolonilerinin mahkemeleri Britanya Krallığına sıkı bağlar ile bağlanmıştı. Hakimler bizzat kral tarafından atanıyor ve kral istediği zaman istediği nedenle hakimleri görevden alabiliyordu.⁷ 1688 İngiliz Devrimi kralın yetkilerinin sınırlanması anlamında önemli değişimler yaratmış olsa da, kralın ABD kolonileri üzerindeki gücü büyük ölçüde devam etti.⁸ Nitekim kralın hakimler üzerindeki tahakkümünden duyulan rahatsızlık, Amerikan bağımsızlık

⁵ HANDBERG Roger, “Judicial Accountability and Independence: Balancing Incompatibles?”, **University of Miami Law Review**, Vol.49, 1994, ss.127-149, s.131.

⁶ Örneğin Alexander Hamilton’a göre, hakimler, politikadan, partizan etkilerden, kamuoyunun etkilemelerinden yalıtılmış; siyasi hesaplaşmaların yaratabileceği zararlı etkilerden uzak olmalıydı. HAMILTON Alexander, The Federalist No.78, http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp (Erişim Tarihi: 23.07.2018)

⁷ GOLDSCHMIDT Jona, “Merit Selection: Current Status, Procedures, and Issues”, **University of Miami Law Review**, Vol.49, No.1, Sonbahar 1994, ss.1-123, s.4; ZACCARI Laura, “Judicial Elections: Recent Developments, Historical Perspective and Continued Viability”, **Richmond Journal of Law and the Public Interest**, Vol.8, No.1, Yaz 2004, ss.138-156, s.139.

⁸ Bkz. BILLS Bronson D., “A Penny for the Court’s Thoughts? The High Price of Judicial Elections”, **Northwestern Journal of Law and Social Policy**, Vol.3, No.1, Kış 2008, ss.29-61, s.36-37.

savaşının nedenlerinden birini teşkil edecek ve Bağımsızlık Bildirgesine şu ifadelerle geçecekti: “(Kral) hakimleri, görev süreleri ve alacakları ücretin miktarı ve ödenmesi bakımından yalnızca kendi iradesine bağımlı kıldı”.⁹

Yargının yürütmeye bağımlı olmasından duyulan bu rahatsızlık 1787 ABD Anayasasına ve dönemin eyaletlerinin anayasalarına da yansdı. ABD kurucuları hakimlerin doğrudan yürütme tarafından değil, yasamanın onayına tabi olarak yürütme tarafından atanması usulünü benimsediler.¹⁰ Hala yürürlükte olan uygulamaya göre, federal hakimler ABD Başkanı tarafından önerilecek ve ABD Senatosu’nun onayı ile atanacaktı (ABD Anayasası, Art. II, Sec.2).¹¹ Dahası hakimlerin keyfi olarak görevden alınması ve yasama ve/veya yürütme tarafından baskılanmasına karşı bir diğer güvence olarak hakimlerin ömür boyu görev yapacağı kuralı ABD Anayasasında yer aldı. (Art.III, Sec.1) Bu ilke, hakimlerin bağımsızlığının en önemli güvencelerinden birisi olarak görülüyordu. ABD Anayasasının hazırlanmasında rol alan önemli isimlerden biri olan John Adams şöyle yazmıştı: “(hakimler) hiçbir kişi ya da organa bağımlı olmamalıdır. Bunun sağlanması için, makamlarında ömür boyu kalmaları gerekir; ya da başka bir ifadeyle, iyi halleri süresince görev yapmalıdırlar ve maaşları kanunla belirlenmelidir.”¹² ABD kurucuları hakimlerin seçimle belirlenmesi yöntemini, yargının bağımsızlığına aykırı bir usul olarak görüyordu. Nitekim Alexander Hamilton, eğer hakimler seçimlerde yarışmak zorunda bırakılırsa yargı bağımsızlığının, dolayısıyla da yargının yok olacağını vurgulamıştı.¹³

Dönemin eyaletleri anayasalarını yaparken kurucularının izinden gitti ve hakimlerin atama ile belirlenmesi usulünü tercih ettiler. Kurucu 13 eyaletten 8 tanesi hakimlerin atanması görevini yasama organlarına verdiler;

⁹ The Declaration of Independence (1776). Bağımsızlık Bildirgesinin tam metni için bkz. <http://www.ushistory.org/declaration/document/> (Erişim Tarihi:21.07.2018)

¹⁰ GEYH Charles G., “Methods of Judicial Selection and Their Impact on Judicial Independence”, *Daedalus*, Sonbahar 2008, ss.86-101, s.88; O’CONNOR Sandra Day / JONES RonNell Andersen, “Reflections on Arizona’s Judicial Selection Process”, *Arizona Law Review*, Vol.50, 2008, ss.15-24, s.16.

¹¹ **Goldschmidt**, 1994, s.5.

¹² SANDERSON John, **Biography of the Signers to the Declaration of the Independence**, J. Maxwell Printer, Philadelphia, 1827, s.344.

¹³ STREB Matthew J., “The Study of Judicial Elections”, İçinde: Matthew J. Streb (ed.), **Running for Judge: The Rising Political, Financial and Legal Stakes of Judicial Elections**, New York University Press, New York and London, 2007, ss.1-14, s.6-7.

diğer eyaletlerde ise atama yetkisine yasama ve yürütme birlikte sahip idi.¹⁴ ABD'nin kuruluşundan 1845'e değin olan dönemde, birliğe eklenen tüm eyaletler de, benzer şekilde, hakimlerin atama yoluyla göreve gelmesini öngören usuller benimsediler.¹⁵

Ancak bu yönelim 1830'lardan itibaren köklü bir değişim geçirmeye başladı. Andrew Jackson başkanlığındaki dönem (1829-1837), ABD'de halkçı eğilimin ivme kazandığı bir dönem idi ve bu yönelim hakimlerin belirlenmesi usulünde de halkçı yöntemlerin benimsenmesine yol açtı. Geniş bir kesimin gözünde, atama usulü, yargıyı üst sınıfın elindeki bir ayrıcalık haline getiriyordu. Yalnızca bu sınıfın üyelerinin hakim olabildiği bu sistemin değiştirilmesi ve halk egemenliği anlayışına uygun bir biçime dönüştürülmesi gerekiyordu.¹⁶ Bunun yöntemi ise hakimlerin doğrudan halk tarafından seçilmesi idi. Başka bir ifadeyle, hakimlerin yasama ve yürütme üyeleri gibi doğrudan halk tarafından seçilmesi usulü halkçı bir yönetimin gereği olarak kabul görmeye başladı.¹⁷ Bu şekilde yargının meşruiyetinin de artacağı düşünülüyordu. Çünkü halk kendi seçtiği hakimlere daha fazla güven duyar, onların kararlarına daha fazla saygı gösterir idi. Dahası atama usulüne kıyasla seçim yöntemi, yargının bağımsızlığına da daha fazla katkı sağlardı. Çünkü yürütme tarafından yapılan atamalarda adam kayırmacılık ve yandaşlık ön plana çıkıyordu.¹⁸

Eyaletlerin hakimlerin seçim ile belirlenmesi yöntemine yönelmesini teşvik eden önemli gelişmelerden birisi de, hiç şüphesiz, ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1803 yılında verdiği *Marbury v. Madison* kararı idi. Bu karar ile, atama ile göreve gelen yargı organı, doğrudan halk tarafından seçilmiş bir organ olan yasama organının yapmış olduğu kanunları anayasaya aykırı ilan etme yetkisi ile donatılmış oluyordu ve bu durum yargının fazla güçlen-

¹⁴ Bkz. VANDERBILT Arthur T., **The Challenge of Law Reform**, Princeton University Press, 2.bası, 1955, s.14; ESCOVICZ Sari, **Judicial Sekction and Tenure**, American Judicature Society, Chicago, 1975, s.4.

¹⁵ BERKSON Larry C., "Judicial selection in the United States: A Special Report", American Judicature Society, 1999, http://judicialselection.us/uploads/documents/Berkson_1196091951709.pdf, (Erişim Tarihi: 29.08.2018), s.1.

¹⁶ **Berkson**, 1999, s.1; CELESTE Mary A., "The Debate over the Selection and Retention of Judges: How Judges Can Ride the Wave", **Court Review: The Journal of the American Judges Association**, Vol.46, 2010, ss.82-100, s.83.

¹⁷ **Geyh**, 2008, s.88; **Streb**, 2007, s.9.

¹⁸ **Zaccari**, 2004, s.140.

diği ve sınırlarını aştığı kaygılarına neden olmuştu. Anayasaya uygunluk denetimi yapan, yani bir nevi siyasal yetkilerle donatılmış bir yargının üyelerinin, tıpkı diğer siyasal organların temsilcileri gibi, doğrudan halk tarafından seçilmesi gerektiği görüşü güç kazandı.¹⁹

Hakimlerin seçimle göreve gelmesi usulünü eyalet genelinde uygulamaya koyan ilk eyalet, 1832’de Mississippi oldu.²⁰ Onu 1846’da New York izledi ve ardından eyalet eyalet seçim usulü yayılmaya başladı. 1861’e gelindiğinde ülkenin 34 eyaletinin 24’ünde hakimlerin seçimle belirlenmesi usulü benimsenmişti. Ve bu tarihten sonra (ta ki 1959’da Alaska’nın birliğe kabulüne kadar) birliğe kabul edilen eyaletlerin her biri de hakimlerinin bir kısmının ya da tamamının halk tarafından seçilmesi yöntemini tercih etti.²¹

Başlangıçta hakimlerin partizan seçimlerle belirlenmesi usulü tercih edildi. Yani hakimler bir partinin adayı olarak seçmenin karşısına çıkıyor ve rakipleri ile yarışarak seçiliyordu. İlk etapta çok geniş bir destek gören hakimlerin partizan seçimlerle belirlenmesi usulü, zamanla, özellikle 19.yy sonu ve 20.yy başlarına gelindiğinde ciddi eleştirilere ve yargının tümüyle siyasal alanın kontrolü altına girdiği konusunda endişelere yol açtı.²²

¹⁹ Hakim Marshall’ın kararını eleştiren ve hakimlerin seçimle belirlenmesi görüşünü savunanlardan birisi de Thomas Jefferson idi. CROLEY Steven P., “The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law”, **The University of Chicago Law Review**, Vol.62, 1995, ss.690-794, s.715; **Vanderbilt**, 1955, s.20; CARRINGTON Paul D., “Judicial Independence and Democratic Accountability in Highest State Courts”, **Law and Contemporary Problems**, Vol.61, No.3, Yaz 1998, ss. 79-126, s.90; **Zaccari**, 2004, s.140.

²⁰ Aslında ilk derece mahkemelerinin bazılarının hakimlerinin seçimle belirlenmesi usulü çok daha öncesinden uygulamaya konulmuştu. Örneğin 1812’de Georgia, 1816’da ise Florida bu yönde düzenlemelere gittiler. Eyalet düzeyinde tüm hakimlerin seçimle belirlenmesi ise ilk kez 1832’de Mississippi’de gerçekleşti. WARRICK Lyle, **Judicial Selection in the United States: A Compendium of Provisions**, American Judicature Society, 2nd Ed., Chicago, 1993, s.3.

²¹ **Berkson**, 1999, s.1; Eyaletlerin hakimlerin belirlenmesi usulünde yaptıkları değişimlerin kronolojik sıralaması için bkz. http://web.archive.org/web/20141002185425/http://www.judicialselection.us/judicial_selection/reform_efforts/formal_changes_since_inception.cfm?state (Erişim Tarihi: 19.08.2018)

²² Hatta bu dönemde, avukatlar cephesinde, yargının siyasal patronların güdümüne girdiğine ilişkin duyulan kaygılar ilk Amerikan barolarının kuruluşuna kaynaklık etti. İlk modern Amerikan barosu olan New York City Barosu 1870’de kuruldu. Ardından da diğer yerel barolar ve Amerikan Barolar Birliği kuruldu. TOKARZ Karen, “Women Judges and Merit Selection Under the Missouri Plan”, **Washington University Law Quarterly**, Vol.64, No.3, 1986, ss.903-951, s.910.

Bir yanda hakimlerin seçimle belirlenmesi usulüne tamamıyla karşı çıkan kesimler vardı. Örneğin dönemin önemli hukuk profesörlerinden biri olan Harvard Hukuk Fakültesi Dekanı Roscoe Pound 1906'da Amerikan Barolar Birliği (American Bar Association)'nde yaptığı konuşmada şunları söyledi: “mahkemeleri siyasetin içine sokmak, hakimleri politikacılara dönüştürmek, bir çok bölgede, mahkemelere duyulan geleneksel saygıyı neredeyse yok etti.”²³

Ancak eleştirilerin yoğunlaştığı esas nokta, hakimlerin seçimle belirleniyor olmasında ziyade, partizan seçimlerle belirleniyor olması idi. Yani içerisinde önemli isimlerin olduğu bir azınlık seçim usulüne tümünden karşı çıkıyor olsa da, halkın önemli kesimi ve Barolar hala hakimlerin seçimle belirlenmesinden yana idiler; fakat partizan seçimlerin ortaya çıkardığı yozlaşmış ilişkilerin yargının bağımsızlığını zedelediğini düşünüyorlardı.²⁴

19.yy'ın ikinci yarısı ve 20.yy'ın başları, sadece yargı alanında değil, tüm devlet organlarında yozlaşmanın ciddi bir biçimde arttığı ve halkın devlet organlarına ve görevlilerine olan güvenini büyük ölçüde yitirdiği bir dönem olarak ABD tarihine geçti. Sanayi devriminin yarattığı baş döndürücü dönüşüm çok büyük ve güçlü şirketler, tekeller yaratmıştı. Buna karşın, işçi ve çiftçiler ile küçük sermaye için yıkım getirmişti. Ekonomik dönüşüm, onun tetiklediği göçler, sosyal ve kültürel bir dönüşümü ve tüm bunların sebep olduğu sorunları da beraberinde getirmişti. Yeniden yapılanan ülkede başrolde dev tekeller (demiryolu, petrol, tütün tekelleri) vardı. Özellikle yeni gelişen ve büyüyen Batı eyaletlerinde, en küçük yerleşim birimlerindeki yerel yönetimlerden eyaletlerin yasama ve yürütme organlarına değin her noktada bu tekellerin etkisi ve belirleyiciliği vardı.²⁵

Örneğin California'da demiryolu tekeli Southern Pacific Railroad (SPR) neredeyse her şeyin sahibi idi. Şirket 1869 yılı itibariyle California demiryollarının yüzde 85'ini kontrolü altında bulunduruyordu ve o dönem eko-

²³ Pound'un 29 Ağustos 1906 tarihinde, Amerikan Barolar Birliğinin 29. Yıllık toplantısında yaptığı konuşmanın tam metni için bkz. POUND Roscoe, “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, *Crime & Delinquency*, Vol.10, No.4, ss.355-371.

²⁴ Berkson, 1999, s.1.

²⁵ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. GOEBEL Thomas, *A Government by the People: Direct Democracy in America, 1890-1940*, Chapel Hill ve London: The University of North Carolina Press, 2002.

nominin belkemiğini demiryolları oluştuyordu. Bu durum onları sadece ekonomik olarak bir tekel haline getirmiyor, aynı zamanda eyalet yönetiminde de egemen olmalarını sağlıyordu. Kasaba ve şehirler ayakta kalabilmek için kendilerini SPR'a itaat etmek zorunda görüyordu. Yerel yönetimlerden eyalet yönetimlerine değin tüm siyasi ve idari organlarda onların adamları hakim idi. Öyle ki iki ana siyasi parti olan Demokratik Parti ve Cumhuriyetçi Parti de SPR'ın elinde idi. İstedikleri makamlara istedikleri kişileri aday gösteriyor, istedikleri kişileri seçtiriyorlardı. Bizzat kendi adamlarını sokamadıkları yerlerde ise rüşvet ve şantaj ile işlerini yaptırıyorlardı.²⁶ Devlet görevlilerinin sermaye tekellerinin temsilcileri ile girdikleri kirli ilişkiler öyle boyutlara varmıştı ki, aksi yönde bir politika üretebilmenin imkanı yoktu. Dönemin önemli gazetecilerinden birisi durumu şöyle açıklıyor: "O günlerde yalnızca bir tür siyaset vardı o da yoz siyaset. Bir kişinin Cumhuriyetçi ya da Demokrat olması bir şey fark etmiyordu. SPR her iki partiyi de kontrol ediyordu ve o kişinin yapabileceği şey ya tümüyle oyunun dışına çıkmak ya da demiryolcularla birlikte oynamaktı".²⁷

19.yy boyunca ve 20.yy'ın başlarında California'nın yasama, yürütme ve yargı üyeleri ile siyasetçileri SPR'ın sağladığı, onun hizmetkarı olmanın bir simgesi olan mavi biletlerle seyahat etti. Hatta California Yüksek Mahkemesi hakimlerinin bile yıllık biniş kartları vardı ve San Francisco'dan Los Angeles'a ücretsiz seyahat edebiliyorlardı. Meşru ticari işletmelerin bağımsız kalma şansları yoktu, çünkü bir taşımanın reddedilmesi veya fiyatının artırılması bir cezalandırma aracı olarak kullanılabilmekteydi. Teorik olarak devlet işbaşındaydı ancak SPR şehirlere ve eyalet yönetimine egemendi.²⁸

²⁶ Bkz. BIRD Frederick L. / RYAN Frances M., **The Recall of Public Officers: A Study of the Operation of the Recall in California**, New York: The MacMillan Company, 1930; SPIVAK Joshua, "California's Recall - Adoption of the 'Grand Bounce' for Elected Officials" **California History**, Vol.81, No.2, 2004, ss.20-37. Frank Norris "The Octopus" adlı kitabında SPR'ı bir ahtapot olarak adlandırıyor ve şu ifadelerle açıklıyor: "Bize sahipler, bizim amirlerimiz; evlerimizin sahibi onlar, yasama organlarımızın sahibi... Onları sandıkta yenebileceğimiz söyleniyor. Sandığın sahibi onlar. Hakkımızı aramak için mahkemelere gitmemiz söyleniyor; mahkemelerin sahibi onlar. Onların ne olduklarını biliyoruz: siyasetteki kabadayılar, maliyedeki kabadayılar, hukuktaki kabadayılar, ticaretteki kabadayılar, rüşvetçiler, dolandırıcılar ve üçkâğıtçılar." Aktaran: TALLIAN Luran, **Direct Democracy An Historical Analysis of the Initiative, Referendum and Recall Process**, Los Angeles: People's Lobby Inc., 1977, s.6 dipnot 7.

²⁷ OLDER Fremont, **My Own Story**, New York: The MacMillan Company, 1926, s.176-177.

²⁸ Edward C. McDonagh, "A Social Analysis of the Initiative and Referendum, 1916-1936" dan

Usulsüzlük, yolsuzluk ve yozlaşmanın ciddi boyutlarda olduğu bu dönem, tepki olarak halkçı hareketlerin doğmasına yol açtı. 19.yy'ın sonlarında İlerlemeci harekete dönüşecek olan bu hareketler, halkın siyasal süreçlere doğrudan katılımını artıracak ve halkın yönetim üzerinde doğrudan denetimine imkan tanıyacak bir takım araçların geliştirilmesini önerdiler. Oy hakkının genişletilmesi, doğrudan ön seçim, gizli oy ilkesinin benimsenmesi, halk girişimi (initiative), referandum, geri çağırma (recall) gibi katılım ve denetim araçlarının getirilmesi gibi çok önemli reformların gerçekleştirilmesine kaynaklık eden bu dönem ABD tarihine “İlerlemeci Dönem” olarak geçti.²⁹

Bu dönemin karakteristiklerinden biri olan, ‘halkın devlet organlarına ve görevlilerine karşı duyduğu büyük güvensizlik’ten yargı da payına düşeni alıyordu.³⁰ Partizan seçimlerle hakimlerin belirleniyor olması en büyük rahatsızlıklardan biriydi. Çünkü bu yolla, tekel patronları, kendi hakimiyetleri altındaki siyasi partiler aracılığıyla kendilerine itaat edecek kişilerin hakim adayları olarak belirlenmesini ve seçilmesini sağlıyorlardı. Dolayısıyla yargı tümüyle tekellere bağımlı kınılıyordu.³¹ Nitekim bu dönemin yargı organları işçilerin çalışma koşullarına, tazminat haklarına vb. ilişkin çıkarılmış olan kimi yasaları anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle iptal etmişlerdi.³² Bu kararlar tepki ve öfkeyi daha da artırıyordu.

Yargıçların partizan seçimlerle belirlenmesi usulüne yönelik temel eleştiriler şunlardı: Birincisi, yargıçları bir parti etiketi altında seçim yarışına sokmanın yargıcı o parti yönetimine bağımlı kıldığı ileri sürülüyordu. Dahası

Aktaran: **Tallian**, 1977, s.34.

²⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. EROL Gonca, **Amerika Birleşik Devletlerinde Geri Çağırma Hakkı**, XII Levha Yay., İstanbul, 2017, s.99 vd.

³⁰ TARR G. Alan, “Do Retention Elections Work?”, **Missouri Law Review**, Vol.74, 2009, ss.605-633, s.606.

³¹ GRIMES Samuel Latham, “Without Favor, Denial, or Delay: Will North Carolina Finally Adopt the Merit Selection of Judges”, **North Carolina Law Review**, Vol.76, No.6, 1998, ss.2266-2329, s.2273.

³² Örnek olarak bkz. Hoxie v. New York, 73 A. 754 (Conn. 1909); Ives v. South Buffalo Ry. Co., 94 N.E. 431 (N.Y. 1911) ve Cunningham v. Northwestern Improvement Co., 119 P. 554 (Mont. 1911). Carrington, s.90-91. California Yüksek Mahkemesi’nin 1895 ile 1910 arası baktığı 79 davadan 57’sinde, SPR şirketi lehinde kararlar vermişti. OLIN Spencer C., **California’s Prodigal Sons: Hiram Johnson and the Progressives, 1911-1917**, Los Angeles: University of California Press, 1968, s.3.

partiler, seçimi kazanmak için, adayın yeterliliğine bakmaksızın kazanabilecek adayları desteklemeyi tercih ediyor, bu da daha nitelikli kişilerin yarışın dışında kalmasına sebep oluyordu. İkinci eleştiri ise, hakimlerin seçim yarışında mali kaynak toplamak zorunda kalması konusu idi. Hakimler seçim dönemlerinde görevlerini yaparken bir davanın tarafları olarak karşılarına çıkabilecek kişilerden kampanya destekleri topluyor ve seçim finansmanını sağlıyordu. Bu ise destek aldığı kesimlerin davalarını görmek durumunda kaldığında hakimin tarafsızlığı konusunda şüphelerin doğmasına yol açıyordu. Üçüncüsü ise, seçim yarışı ile yargıçların işlevlerinin uyuşmuyor olması idi. Yani herhangi bir siyasal seçimdeki adaylar gibi yargıçların birtakım vaatlerde bulunması, bir program ortaya koyması imkanı yok idi. Seçmenlerin taleplerini karşılayacağına dair, bir davada belli yönde karar vereceğine dair sözler de veremezdi.³³

Dönemin ABD başkanı William Howard Taft, kimi önemli hukuk profesörleri ve hakimler, hakimlerin seçimle belirlenmesi usulüne şiddetle karşı çıkıyor olsalar da, Amerikan halkının büyük bir çoğunluğu seçim usulünden vazgeçmeye hiç de niyetli değildi. Hatta yargının yasama ve yürütmeden ve siyasi partilerden bağımsızlığını sağlamak bakımından seçim usulünün şart olduğuna inanılıyordu.³⁴ Ancak yargı alanında sermayenin tahakkümünü kıracak birtakım reformların yapılması gerektiğinde hemfikirler.³⁵ Hakimlerin partizan olmayan (*nonpartisan*) yani “partisiz” seçimlerle belirlenmesi usulü bu amaçla geliştirilen bir çözüm oldu.

Hakimlerin partisiz seçimlerle belirlenmesi sayesinde, siyasi partilerin, dolayısıyla onları kontrol eden sermayenin yargı üzerindeki tahakkümünün

³³ Carrington, 1998, s.91-93.

³⁴ Phillips, 2003, s.138.

³⁵ Bu doğrultuda ortaya atılan reformlardan birisi hakimlerin halk tarafından görevden alınmasına imkan sağlayan “geri çağırma” (recall) usulünün getirilmesi oldu. Nitekim dönemin 7 eyaleti anayasalarında bu yönde değişiklikler yaptılar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erol, 2017, s.132-147. Kimi eyaletler daha da ileri gittiler ve yargı kararlarının da geri çağırılabilmesini yani mahkeme kararlarının halkoyu ile iptal edilebilmesini önerdiler. Colorado bu eyaletlerden birisi idi. Başlangıçta yargı üzerinde doğrudan halk denetimine karşı çıkan Roosevelt bile, New York Temyiz Mahkemesi (New York Court of Appeals), eyalet yasama organının çıkardığı, çalışanlara iş kazaları halinde işveren tarafından tazminat verilmesini öngören bir yasayı iptal ettiğinde çok sert tepki gösterdi ve yargı kararlarının referandum yoluyla halk tarafından geri alınması önerisinin New York eyaletinde de yürürlüğe konulmasını önerdi. Carrington, 1998, s.94-95.

kırılacağı düşünülüyordu. Çünkü artık, hakim adayları herhangi bir partiden aday gösterilmeksizin, bir parti etiketi taşımaksızın halkın karşısına çıkacak idi. Dolayısıyla kimlerin aday olacağının belirlenmesinde siyasi partilerin belirleyiciliği büyük ölçüde ortadan kalkmış olacaktı.³⁶

Bu usulü ilk kez 1873 yılında Illinois eyaletinin Cook County'si (Chicago) benimsedi.³⁷ 1920'lerin sonuna gelindiğinde hakimlerini partisiz seçimlerle belirleyen eyalet sayısı 12'ye ulaşmıştı.³⁸

Fakat partisiz seçimlerle hakimlerin belirlenmesi, hakimler üzerindeki siyasal baskıyı ve yargıya olan güvensizliği ve yargı bağımsızlığı konusundaki endişeleri ortadan kaldırmaya yetmedi.³⁹ Dahası, parti etiketi olmadığında seçmenler, adeta oy verirken kullandıkları pusulalarını kaybetmiş oluyorlardı.⁴⁰ Seçmenler partizan seçimlerde en azından adaylarının parti etiketlerine bakarak kendilerine uygun adayı belirleyebiliyorlardı. Böylesi bir ipucu içermeyen partisiz seçimler seçmenlerin daha bilinçsizce ve bilgisizce oy kullanmalarına sebebiyet verdi. Öyle ki, sırf ismi ünlü bir takım kişilerin isimleri ile aynı yahut benzer diye yüksek oylar alarak seçilen adaylar oldu.⁴¹

Çok sürmeden partisiz seçim usulü de eleştirilere konu olmaya başladı. Öyle ki 1927'de çoktan üç eyalet bu usulü denemiş ve terk etmeye karar vermiş idi.⁴²

Bu dönemdeki tartışmalar önceki dönemlere kıyasla daha fazla sayıda cepheyi içerecek biçimde genişleyerek sürdü. Bir yanda hala seçimlere tümüyle karşı çıkan bir kesim var idi; diğer bir yanda atama usulüne karşı çıkıp partizan seçimlerden yana olanlar vardı ve bir üçüncü cephe olarak ise,

³⁶ Streb, 2007, s.9-10.

³⁷ Berkson, 1999, s.2. Aslında burada hakimler kendileri bağımsız olarak yarışmaya karar vermişti. Sonraki 1885 ve 1893 yıllarındaki seçimlerde yine partisiz seçimler olarak gerçekleştirildi. Ancak belirtmek gerekir ki, Cook County daha sonrasında partizan seçimlere geri dönüş yapmıştır.

³⁸ Celeste, 2010, s.84.

³⁹ Streb, 2007, s.10

⁴⁰ Geyh, 2008, s.88; Warrick, 1993, s.4; Grimes, 1998, s.2273.

⁴¹ O'Connor/Jones, 2008, s.18; Carrington, 1998, s.95.

⁴² Iowa, Kansas ve Pennsylvania eyaletleri. Bkz. AUMANN Francis R., "Selection, Tenure, Retirement and Compensation of Judges in Ohio", *University of Cincinnati Law Review*, Vol.5, 1931, ss.408-422, s.412, Warrick, 1993, s.4.

seçimleri savunan ancak partizan seçim usulüne karşı çıkanlar vardı. Aslında yürütülen tartışmaların özü, yargının bağımsızlığı konusundaki endişeler ile yargının hesapverirliğini sağlama konusundaki kaygıları aynı anda giderecek bir formülün geliştirilmesi çabası idi.⁴³ Bir süre sonra bu tartışmalar bir ara formüle kaynaklık etti ve böylelikle tartışmaya dördüncü bir cephe daha eklenmiş oldu: “Merit selection” savunucuları.

Bu görüş ilk olarak 1914 yılında *American Judicature Society* kurucularından Profesör Albert M. Kales tarafından ortaya atıldı⁴⁴ ve farklı kesimler tarafından da geliştirilerek desteklendi. 1930’lu yıllar boyunca tartışılmaya devam eden bu öneriyi 1937 yılında Amerikan Barolar Birliği de benimsedi ve desteklediğini açıkladı. En nihayetinde 1940 yılında Missouri eyaleti planı hayata geçiren ilk eyalet oldu.⁴⁵

“Merit selection”⁴⁶ olarak anılan bu yöntemde, hem atama usulüne hem de seçim usulüne bir arada yer veriliyordu. Şöyle ki:

Birincisi, bu usulde, hakimlerin seçim yoluyla değil liyakat esas alınarak yapılan atamalarla belirlenmesi öngörülmüyordu. Hakim adayları bir seçici kurul/komisyon tarafından belirlenecek idi. Barolar tarafından seçilmiş avukatlar ile yasama ve/veya yürütme organı tarafından seçilmiş avukat olmayan diğer üyelerden ve komisyon başkanı olarak görev yapacak bir hakimden (eyalet Yüksek Mahkeme başkanı) oluşan bu bağımsız seçici komisyon hakim adaylarının belirlenmesinde kilit bir role sahip idi. Bu komisyon, hakim adayları ile görüşmeler yapacak, onların yeterliliğini ve altyapısını araştırarak ve her bir makam için belli sayıda (3-4 kişi) adayı içeren bir listeyi

⁴³ McARDLE Andrea, “The Increasingly Fractional Politics of Nonpartisan Judicial Selection: Accountability Challenges to Merit-Based Reform”, *Albany Law Review*, Vol.75, No.4, 2012, ss.1799-1821, s.1799.

⁴⁴ Kales tarafından ortaya atılan planın orijinal biçimi için bkz. KALES Albert M., *Unpopular Government in the United States*, The University of Chicago Press, Illinois, 1914, s.225 vd.

⁴⁵ **Berkson**, 1999, s.2; **Tokarz**, 1986, s.911-912. Aslında Kales’in önerdiği plana benzer ilk uygulama California’da 1934 yılında hayata geçirildi. Ancak burada benimsenen usul önerilen plandan önemli farklılıklar içeriyordu. Bu nedenle Kales’in önerisi ile uyumlu olan ilk uygulamanın Missouri’deki plan olduğu kabul edilmektedir. **Warrick**, 1993, s.5.

⁴⁶ Plan ilk ortaya atıldığında verilen isim “nonpartisan court plan” idi. Hakimlerin göreve başlamasında siyasi atama yerine liyakata dayalı bir atama öngördüğü için “merit selection” ismi kullanılmaya başlandı ve bu şekilde yerleşti. **McArdle**, 2012, s.1801. Bu kavramı neden Türkçeleştirmeden kullandığımıza ilişkin açıklama ilerleyen bölümde yapılmaktadır.

eyalet valisine sunacaktı. Eyalet valisi belirli bir süre içerisinde bu listedeki isimlerden birini atayacaktı. Bu şekilde atanan her bir hakim bir yıllık görev süresini doldurduktan sonra, eyaletteki ilk genel seçimlerin yapıldığı tarihte “*retention election*” yani “görevde kalma seçimi” olarak adlandırılan bir seçime katılmak zorunda idi. Bu oylamada rakipleri olmaksızın seçmen karşısına çıkan hakimlerin görevlerine devam edebilmeleri için seçmenin onayını almaları gerekiyordu. Seçmenlere hakimin görevine devam etmesini isteyip istemedikleri sorulacaktı. Eğer seçmen çoğunluğu hakimin görevde kalması yönünde oy kullanırsa, hakim kalan görev dönemi boyunca görevini sürdürmeye devam edebilecekti. Bu sürenin sonunda hala görevine devam etmek istiyorsa, bir dönem daha görevde kalmak isteyen hakimin *retention* seçimine katılıp yeniden seçmenin onayını alması gerekiyordu.⁴⁷

Aşağıda, günümüzdeki farklı uygulanma biçimleri ile daha ayrıntılı olarak incelenecek bu usulü benimseyen ilk eyalet Missouri olduğundan bu yöntem Missouri Planı (*Missouri Plan*) olarak da anılmaktadır.

Missouri Planı savunucularına göre bu yöntem, yargı bağımsızlığı ile yargıçların hesapverirliğini dengeli bir biçimde sağlayan bir yöntem idi. Zira atama usulü ile, hakimlik görevi için gerekli yeteneklere, bilgiye ve altyapıya sahip kişilerin seçilmesi sağlanıyor ve ayrıca siyasal aktörler sürecin önemli biçimde dışında bırakılıyor idi.⁴⁸ Aynı zamanda, görevde kalma seçimi sayesinde, hakimlerin halk karşısında hesapverir olması da güvence altına alınmış oluyordu.⁴⁹

Missouri Planı kısa zamanda diğer eyaletlere de yayılmaya başladı. Her eyalet planı kendi ihtiyaçlarına göre biçimlendirip uygulamayı tercih etti ve zamanla deneyimlerden elde edilen veriler doğrultusunda birtakım değişiklikler yapıldı ancak bu planı benimseyen hiçbir eyalet planı tümüyle terk edip hakimlerin belirlenmesinde başka bir yönteme de geçmedi.⁵⁰

⁴⁷ HYDE Laurance M., “Missouri Plan for Selection and Tenure of Judges”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol.39, No.3, 1948, ss.277-287.

⁴⁸ **Finley**, 2003, s.56.

⁴⁹ CAUFIELD Rachel Paine, “What Makes Merit Selection Different?”, **Roger Williams University Law Review**, Vol.15, No.3, 2010, ss.765-792, s.772.

⁵⁰ SCHMIDT Ted A., “Merit Selection of Judges Under Attack Without Merits” **Arizona Attorney**, Şubat 2006, ss.13-20, s.14; **Finley**, 2003, s.55. Missouri Planı’nın ilk uygulanmaya başlanmasından sonraki 30-35 yıllık süreçte, hakimlerin belirlenmesi usulünde değişikliğe giden eyaletlerin tümü merit selection usulünü yahut onun belli bir düzeyde revize edil-

Bugün ABD’de hakimlerin belirlenmesinde, geçmişten bugüne uygulanmış olan farklı usullerinin çeşitli kombinasyonlarına karşılık gelen çok sayıda farklı yöntem mevcuttur. Ama en nihayetinde bu yöntemler, şu dört temel yöntemden üretilmiş kombinasyonlara karşılık gelmektedir: Siyasi atama, partizan seçim, partisiz seçim ve merit selection.

Bunlar içerisinde en çok tercih edilen yöntemin ise merit selection olduğu söylenebilir.⁵¹ Ancak, iddia edildiği gibi bağımsızlık ve hesapverirliği dengeli bir biçimde sağlayıp sağlayamadığı konusunda hala farklı görüşler olduğunu belirtmek gerekir. Çalışmanın sonraki bölümlerinde cevabı aranacak soru da bu olacaktır: Missouri planı işe yaradı mı, yarıyor mu? Başka bir ifadeyle, yargı bağımsızlığını yok etmeden hakimlerin hesapverirliğini sağlayabiliyor mu?

II. “MERIT SELECTION” KAVRAMI VE ÇALIŞMANIN KAPSAMI

A. Kavram Sorunu

Konuyu araştırırken derlenen kaynaklarda, gerek çalışmanın başlığını belirlemeyi gerekse çalışma içerisinde kullanılacak terimlerin belirlenmesini zorlaştıran bir uyumsuzluk olduğunu belirtmekte fayda var.

Bu çalışmada esas alınan tanım itibariyle;

Hakimlerin, bir komisyonun önerdiği isimler içerisinde yasama ve/veya yürütme tarafından atandığı (*assisted appointment*-yardımlı atama) ve belli bir süre görev yaptıktan sonra görevlerine devam edebilmek için, çekişmesiz olarak yapılan “*retention* (görevde kalma) seçimi”nde seçmenin onayını almak zorunda oldukları usul, “Missouri Planı” olarak da adlandırılan “*Merit Selection*” usulüdür.

Dolayısıyla “*merit selection*” usulü 1) liyakata dayalı atama / yardımcı atama (*assisted appointment*) ve 2) görevde kalma seçimi (*retention election*) olmak üzere iki aşamadan oluşan bir usuldür ve hakimlerin belirlenme-

miş biçimlerini benimsemiştir. GLICK Henry R., “The Promise and the Performance of the Missouri Plan: Judicial Selection in the Fifty States”, **University of Miami Law Review**, Vol.32, No.3, 1978, ss.509-541, s.510.

⁵¹ **Streb**, 2007, s.11. **JOLLY** Richard Lorren, “Judges as Politicians: The Enduring Tension of Judicial Elections in the Twenty-First Century”, **Notre Dame Law Review Online**, Vol.92, No.6, ss.71-86, s.75.

sine ilişkin diğer yöntemlerden ayrılan en temel özelliği, hem seçim hem de atama yöntemini bir arada içeriyor olmasıdır.

İncelenen kaynakların büyük bölümünde “*merit selection*” kavramı, iki aşamalı bu yöntemi ifade eden bir kavram olarak kullanılmaktadır. Bununla birlikte bazı kaynaklarda “*merit selection*” kavramı, kelime anlamından yola çıkılarak, usulün yalnızca ilk aşaması olan “yardımlı/liyakata dayalı atama” aşamasını ifade eden bir kavram olarak kullanılmaktadır. Böyle olunca, bu usulü atama yönteminden ayırt edici kılan görevde kalma (*retention*) seçimi “*merit selection*” kavramının dışında kalmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, kimi kaynaklarda, bir komisyonun önerdiği isimler içerisinde yürütme/yasama tarafından yapılan atamalarla hakimlerini belirleyen ancak görevde kalma seçimine yer vermeyen eyaletler de “*merit selection*” yöntemini benimsemiş eyaletler olarak sınıflandırılmaktadır.⁵² Örneğin Delaware, New Hampshire, New York, Connecticut, Rhode Island, Vermont ve Hawaii eyaletlerinde durum budur.

İşte bu yaklaşım farklılığının sebep olabileceği kavram karmaşasından sakınmak için belirtmek gerekiyor ki, bu çalışmada, “*merit selection*” kavramı ABD yazınında çoğunlukla benimsenen biçimiyle, yani sürecin iki aşamasını da içerisinde barındıran usulleri ifade eden bir kavram olarak kullanılmaktadır.

Kavramın iki aşamayı da içerecek biçimde bir Türkçe karşılığını üretmek ise zordur. “*Merit selection*” Türkçeleştirilmeye çalışılırsa “liyakata dayalı seçim” denilebilir. Ancak görüldüğü gibi bu ifade içeriği yansıtmakta yetersizdir. Öte yandan sadece “Missouri Planı” ifadesi de kullanılabilir, zira ABD yazınında bu usulü ifade etmek için kullanılan kavramlardan birisi de budur. Ancak bu da içeriği yansıtmada tek başına yetersizdir. Çünkü Missouri Planı’nı kabul eden her bir eyalet, planı, kendi ihtiyaç ve özelliklerine göre biçimlendirerek ve farklı adlar altında (örn. Tennessee Planı) benimsemiştir. Dolayısıyla tek bir Missouri Planı yoktur, hemen her eyalette farklı usullerle uygulanmaktadır.

Sonuç olarak, konuya ilişkin ABD yazını hem “*merit selection*” hem de “Missouri Planı” kavramlarını kullanmaktadır. Bu nedenle ve konuya ilişkin

⁵² Örneğin bkz. BIERMAN Luke, “Beyond Merit Selection”, *Fordham Urban Law Journal*, Vol.29, No.3, 2002, ss.851-872, s.858-859; Jolly, 2016, s.71-86.

daha fazla okuma yapmak isteyecek okurları da düşünerek bu çalışmada, ABD yazını ile uyumlu olarak, ya Türkçeleştirmeksizin “*merit selection*” kavramı ya da Missouri Planı kavramı kullanılmaktadır.

B. İncelemenin Kapsamının Belirlenmesi

Kavramsal çerçeveyi belirledikten sonra artık incelemenin kapsamını belirlemeye geçilebilir. Böyle bir belirleme yapma ihtiyacı ABD’nin karmaşık idari ve yargısal örgütlenmesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü ABD eyaletlerinde tek tip bir mahkeme yapılanması yoktur. Her eyalette yargı örgütü farklı yapılandırılmıştır. Dahası, farklı eyaletlerde aynı ismi taşıyan mahkemelerin yetki alanları, buralarda görev alan hakimlerin sayısı, bu hakimlerin görev süreleri vb. de birbirinden oldukça farklı olabilmektedir.

Hakimlerin belirlenmesi usulünün ABD’deki tarihçesini incelerken bu ayrılıklar göz ardı edilmiş olsa da, “*merit selection*” yönteminin günümüzde farklı eyaletlerdeki uygulanma usullerini ve pratikteki etki ve sonuçlarını incelemeye sıra geldiğinde bu farklılıkları tümüyle göz ardı etmek mümkün değildir. Çünkü yetkileri sınırlı bir ilk derece hakiminin belirlenmesinde bu usulün kullanılmasının yaratacağı etki ve sonuçlar ile, bir genel yetkili mahkeme yahut bir Yüksek Mahkeme hakiminin belirlenmesinde bu usulün kullanılmasının yaratacağı etki ve sonuçlar -en azından belli bakımlardan farklı olacaktır.

İşte bu farklılıkları göz ardı ederek, sanki bütün eyaletlerdeki bütün mahkemeler aynı pozisyonda ve aynı özelliklerde imiş ve *merit selection* yönteminin buralardaki uygulamalarının her birinin kendine özgü farklı sonuçları yokmuş gibi davranıp üstün körü bir inceleme yapmaktan sakınmak amacıyla, incelemenin kapsamını bu noktadan itibaren belli açılardan sınırlandırmak yerinde olacaktır.

Çalışmanın amacı ABD’de hakimlerin belirlenmesinde başvuru olan tüm yöntemleri değil yalnızca *merit selection* yöntemini incelemek olduğuna göre, yapılacak sınırlandırmanın ilk adımını *merit selection* yöntemine sahip eyaletlerin tespiti oluşturacaktır.

Fakat bu görüldüğü kadar kolay değildir. Çünkü bir eyaletin içerisinde birden fazla yöntem bir arada kullanılabilmektedir. Yani bazı mahkemelerin hakimleri bir yöntem ile, diğer mahkemelerin hakimleri ise bir başka yöntem ile belirlenebilmektedir. Örneğin Kansas’ta Yüksek Mahkeme (*Supreme*

Court) hakimleri ile ilk derece mahkemelerinin bazılarının hakimleri *merit selection* yöntemi ile, Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeals*) hakimleri siyasi atama yöntemi ile, ilk derece mahkemelerinin bazılarının hakimleri ise partizan seçimlerle belirlenmektedir. Dolayısıyla hangi eyalette hangi yöntemin uygulandığını tespiti girişmeden evvel işimizi kolaylaştıracak bir başka adımı atmak ve çalışmamızı belli bir mahkeme türüne odaklamak pratik bir yöntem olacaktır.

Bu doğrultuda, hemen her eyalette var olan ve görev ve yetkileri her eyalette az çok benzeşen bir mahkeme türünü seçmek yerinde olur: Eyalet Yüksek Mahkemeleri (*Supreme Court*). Kapsamı bu şekilde belirledikten sonra ise, hangi eyaletlerde Yüksek Mahkeme hakimlerinin *merit selection* yöntemi ile belirlenmekte olduğunu tespit etmek gerekir:

50 eyaletten⁵³ oluşan ABD'nin 22 eyaletinde Yüksek Mahkeme hakimleri doğrudan halk tarafından seçilmektedir. Bunlardan 7'sinde partizan seçim⁵⁴, 15'inde ise partisiz (*nonpartisan*) seçim yöntemi uygulanmaktadır.⁵⁵ Bu eyaletlerde genellikle görev süresi sonunda bir dönem daha görev yapmak isteyen hakimin yeniden aday olup, rakipleri ile yarışarak yeniden seçilmesi gerekir. Bununla birlikte bazı eyaletlerde⁵⁶ bir hakim bir kez seçildikten sonra, bir dönem daha görevde kalmak için çekişmeli bir seçime katılması gerekmez, çekişmesiz yapılan “görevde kalma (*retention*) seçimine” katılması ve oylamaya katılan seçmenlerin çoğunluğunun onayını alması yeterli olmaktadır. Bu şekilde, seçim yönteminin hakimler üzerinde yarattığı siyasal baskı, yeniden seçilme kaygısının yaratabileceği olumsuzluklar hafifletilmeye çalışılmaktadır.

22 ABD eyaletinde ise, Yüksek Mahkeme hakimleri göreve seçim ile değil, bir komisyon yardımı ile atanarak gelmektedir. Fakat bunların hepsinde *merit selection* yöntemi vardır diyemiyoruz. Çünkü yalnızca 15'inde yukarıda verdiğimiz tanımı karşılayacak biçimde yani hem bağımsız bir

⁵³ Ayrıca bir de federal bölge District of Columbia vardır. Ancak bu bölge çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁵⁴ Alabama, Illinois, Louisiana, New Mexico, Pennsylvania, Texas ve Ohio (Ohio'da partizan ön seçimler yapılmakta, bu şekilde belirlenen partilerin adayları, parti etiketi olmaksızın esas seçime katılmaktadır).

⁵⁵ Arkansas, Georgia, Idaho, Kentucky, Michigan, Minnesota, Mississippi, Montana, Nevada, North Carolina, North Dakota, Oregon, Washington, West Virginia ve Wisconsin.

⁵⁶ Illinois, New Mexico, Pennsylvania.

komisyon yardımı ile atama (*assisted appointment*) hem de görevde kalma seçimini (*retention election*) içerecek biçimde *merit selection* yöntemi uygulanmaktadır.⁵⁷

Diğer 7 eyalette yardımcı atama mevcut olmakla birlikte, *retention* seçimi öngörülmemiştir. Bu eyaletlerin kimisinde⁵⁸, atanan hakimlerin bir dönem daha görev yapmaları için aynı yöntem ile yeniden atanmaları ya da görevde kalmak için aynı makamlar tarafından uygun bulunmaları gerekmektedir. Kimisinde ise atanan bir hakimin ömür boyu görev yapacağı öngörülmüştür.⁵⁹

California’da *merit selection*’a kısmen benzeyen ancak yardımcı atama aşaması önemli ölçüde farklı olduğu için bu kategoride kabul edilmeyen bir yöntem uygulanmaktadır. Burada hakim adayları Vali tarafından atanmakta⁶⁰ ancak sonrasında Valinin kararını veto edebilme yetkisine sahip bir komisyon olan Yargısal Atama Komisyonu (*Commission on Judicial Appointments*) tarafından bu atamanın onaylanması gerekmektedir.⁶¹ Bu şekilde bir hakimin, atanıp görev süresini doldurduktan sonra bir dönem daha görev yapabilmek için görevde kalma (*retention*) seçimine katılması gerekmektedir.⁶²

Geriye kalan eyaletlerde ise siyasal atama yöntemi kullanılmaktadır: Virginia’da hakimler doğrudan yasama organı tarafından seçilip, atanmakta-

⁵⁷ Alaska, Arizona, Colorado, Florida, Indiana, Iowa, Kansas, Maryland, Missouri, Nebraska, Oklahoma, South Dakota, Tennessee, Utah, Wyoming.

⁵⁸ Connecticut, New York, Delaware, Hawaii, South Dakota, Vermont. Vermont’ta biraz daha farklı bir usul olduğu söylenebilir. Burada yardımcı atama yöntemi ile bağımsız bir aday belirleme komisyonunun önerdiği isimler içerisinde Vali tarafından Senato’nun onayı ile atanan hakimlerin bir dönem daha görev yapabilmeleri için bu kez Yasama organının (General Assembly) onayını almaları gerekmektedir. Vermont Anayasası Chapter II, Sec.32 ve34.

⁵⁹ Rhode Island.

⁶⁰ Bkz. California Anayasası Art.VI, Sec.16. Vali atamasını yaparken eyalet Barosu tarafından kurulmuş olan (Commission on Judicial Nominee Evaluation) bir aday değerlendirme komisyonundan yararlanır. Bu komisyon adaylara ilişkin ayrıntılı bir araştırma yapar ve Valiye bir rapor sunar. Ancak Vali bu komisyonun önerisi ile bağlı değildir. California Government Code §12011.5.

⁶¹ Bu komisyon üç kişiden oluşmaktadır: Yüksek Mahkeme baş yargıcı, eyalet başsavcısı ve Temyiz Mahkemelerinin en kıdemli hakimi. California Anayasası, Art.VI, Sec.7, 16(d)(2); Government Code §12011.5.

⁶² California Anayasası, Art.VI, Sec.16.

dır. New Jersey’de ve Maine’de atama Vali tarafından yapılmaktadır ancak bu atamanın geçerli olabilmesi için Senato tarafından da onaylanması gerekmektedir. New Hampshire ve Massachusetts’de de atamayı Vali yapmaktadır ancak buralarda, Senato’nun değil, eyaletlerin doğrudan halk tarafından seçilen yürütme konseylerinin⁶³ onayının alınması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme hakimlerinin belirlenmesinde ABD eyaletlerinde oldukça farklı yöntemler uygulanmaktadır. Bunlar içerisinde *merit selection* yönteminin ve ondan esinlenerek geliştirilmiş karma yöntemlerin baskın olduğunu söylemek yanlış olmaz. Zira 15 eyalet hem yardımcı atama hem de görevde kalma seçimi aşamasını içerecek biçimde tam anlamıyla *merit selection* yöntemini kullanmaktadır. Yedi eyalette Planın yalnızca ilk aşaması yani yardımcı atama aşaması mevcuttur ancak görevde kalma seçimi yoktur. Buna karşın dört eyalette Planın yalnızca ikinci aşaması yani görevde kalma seçimi uygulanmaktadır.

III. MERIT SELECTION USULÜ

Merit selection yöntemini ya da diğer ismiyle Missouri Planı’nı uygulayan eyaletlerin mevzuatlarına göz atıldığında görülmektedir ki, ortak ve tek bir *merit selection* usulü yoktur. Her eyalet Missouri Planını kendi ihtiyaç ve özelliklerine göre yorumlayıp, biçimlendirmiştir. Öyle ki, Missouri eyaletinde bile bugün planın orijinal biçiminin uygulandığını söyleyemeyiz. Planının uygulamasından elde edilen olumlu-olumsuz deneyimler, zaman içerisinde birtakım revizyonların yapılmasına kaynaklık etmiştir.

Bununla birlikte, ortak noktalardan yola çıkılarak, *merit selection* usulü üç temel aşamaya ayrılabilir: 1) Bağımsız aday belirleme komisyonlarınca adayların belirlenmesi süreci 2) Belirlenen adaylar içerisinde bir tanesinin yetkili makam/makamlar tarafından atanması işlemi 3) Hakimlerin belli bir süre görev yaptıktan sonra “*retention* (görevde kalma) seçimi”ne katılıp seçmenin onayını alması.

A. Yargısal Aday Belirleme Komisyonları

Merit selection yönteminde hakimler ilk etapta göreve seçim ile değil, atama ile gelirler. Atama yetkisi, eyaletlerde yürütmenin başı ve yürütme

⁶³ Massachusetts’de Governor’s Council, New Hampshire’da Executive Council.

yetkisinin sahibi olan ve doğrudan halk tarafından seçilerek göreve gelen Eyalet Valilerine verilmiş bir yetkidir. Ancak valinin sahip olduğu bu yetki önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. *Merit selection*'daki atama yetkisinin siyasi atamadan en önemli farkı da budur. Vali, bir aday belirleme komisyonu tarafından kendisine bildirilmiş belli sayıda aday (genellikle 3 isim) içerisinde birisini tercih etmek suretiyle atama işlemini yapar.

Aday belirleme komisyonları, siyasi atama ve seçim usullerinin yarattığı olumsuzluklara karşı düşünülmüş bir formüldür. Çünkü siyasi atama ve seçim usullerinde, hakimlerin belirlenmesinde “siyasi tercihler” belirleyici olmaktadır.⁶⁴ Bu durumun çeşitli olumsuz sonuçları vardır. Birincisi, siyasi tercihler atama kararını belirlediği için, mesleki yeterliğe sahip ve görev için en uygun, en nitelikli kişilerden ziyade, belli bir siyasi çizgiden olan kişiler çoğunlukla hakim olarak atanmaktadır.⁶⁵ Dolayısıyla, yeterince güçlü siyasi ilişkileri olmayan, atama yetkisine sahip kişi/kişiler ile aynı siyasi çizgiden olmayan nitelikli hakim adaylarının bu usulde çoğu zaman hiçbir şansı yoktur. İkincisi ise, “belli bir siyasi çizgiden olmak” vasfına dayanarak belirlenmiş olan hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı tartışılır hale gelebilmektedir.⁶⁶

Atama ve seçim usullerinin olumsuz yönlerini dışarıda bırakıp, olumlu yönlerini bir araya getirecek bir yöntem oluşturma çabasının bir ürünü olan *merit selection*'da ise, atama işlemi, doğrudan bir siyasi aktör tarafından ve tamamıyla bu siyasi aktörün mutlak takdirine bağlı olarak yapılan bir işlem değildir. *Merit selection*'da atama “bağımsız” bir komisyon ile takdir yetkisi sınırlandırılmış bir (bazı eyaletlerde iki) siyasi makamın ortak faaliyeti olarak gerçekleşir. Ayrıca değerlendirme aşamasında, (en azından teoride) aday adaylarının siyasi çizgileri, siyasi partiler ile olan yakınlıkları değil;

⁶⁴ Finley, 2003, s.56.

⁶⁵ Sadece siyasi atama değil seçim yöntemi bakımından da aynı şey geçerlidir. Bu durumu hakimlerin partizan seçimlerle belirlendiği bir eyaletin yüksek mahkeme hakimi şöyle açıklamış: ‘1916 eyalet yüksek mahkeme seçimlerinde kazandım çünkü Başkan Wilson ülkeyi savaştan uzak tuttu; 1920 seçimlerinde ise kaybettim çünkü Wilson ülkeyi savaşa sokmuştu.’ Başkan’ın partisi ile aynı siyasi partiden aday olarak önce kazanan sonra kaybeden Yüksek Mahkeme hakiminin bu yorumu, seçimlerde seçmenin eğiliminin hakim yeterliğine değil, siyasi çizgisine bakmak olduğuna işaret etmektedir. Aktaran: Tarr, 2009, s.619.

⁶⁶ WEBSTER Peter D., “Selection and Retention of Judges: Is There One “Best” Method?”, *Florida State University Law Review*, Vol.23, No.1, 1995, ss.1-42, s.16.

yetenekleri ve mesleki yeterlilikleri değerlendirilir. Yani liyakata dayalı bir atama hedeflenmektedir.⁶⁷

Siyasi baskı ve etkilemelerden uzak, liyakata dayalı bir atama yapma iddiasını gerçekleştirebilmenin en önemli şartı ve güvencesi ise, hiç şüphesiz, adayların yeterliliklerinin değerlendirilmesi ve en nitelikli olanlarının belirlenmesi işleminin “bağımsız” bir komisyon eliyle ve amacı gerçekleştirmeye uygun usullerle yapılmasıdır. Bu bağlamda, bu komisyonun oluşumu, işleyiş usulü ve çalışma esasları büyük önem arz eder.⁶⁸

1. Yargısal Aday Belirleme Komisyonlarının Oluşumu

Yargısal aday belirleme komisyonlarının oluşumu eyaletten eyalete ve hangi düzeyde mahkemeler için kurulduğuna bağlı olarak farklılık göstermektedir. Genellikle ilk derece mahkemeleri için bölge esasına bağlı olarak birden fazla sayıda aday belirleme komisyonu; üst derece mahkemeler için ise eyalet genelinde bir tane aday belirleme komisyonu oluşturulmaktadır.⁶⁹ Komisyonların üye sayısı 7 ila 20 arasında değişebilmektedir.

Aday belirleme komisyonlarının üyelerinin belirlenmesinde de farklı yaklaşımlar söz konusudur. Ancak ortak noktalar da vardır.

Örneğin, çoğu komisyonda var olan ortak noktalardan birisi eyaletin Yüksek Mahkeme başkanının (ya da onun gösterdiği bir Yüksek Mahkeme hakiminin) komisyonun doğal üyesi ve aynı zamanda sözcüsü olmasıdır.⁷⁰ Bununla birlikte kimi eyaletlerde hiçbir biçimde hakim üye yer almaz.⁷¹

Hemen tüm komisyonlar bakımından ortak olan şey ise, komisyon üyelerinin bir bölümünün avukatlar, diğer kısmının ise “avukat olmayan” üye-

⁶⁷ **Finley**, 2003, s.59; CECIL Victoria, “Merit Selection and Retention: The Great Compromise? Not Necessarily”, **Court Review: The Journal of the American Judges Association**, Vol.39, No.3, 2002, ss.20-28, s.20.

⁶⁸ CADY Mark S. / PHELPS Jess R., “Preserving the Delicate Balance Between Judicial Accountability and Independence: Merit Selection in the Post-White World”, **Cornell Journal of Law and Public Policy**, Vol.17, 2008, ss.343-381, s.353.

⁶⁹ Çalışmada, aksi belirtilmedikçe, aday belirleme komisyonu denildiğinde kastedilen Yüksek Mahkeme hakim adaylarını belirlemekle görevli komisyonlardır.

⁷⁰ Örnek olarak bkz. Alaska, Wyoming, Colorado, Iowa, Missouri, Indiana, Arizona, Nebraska.

⁷¹ Örnek olarak bkz. Oklahoma Anayasası Art.7, Sec.VII-B-3.

ler olmasıdır. Burada amaç yargı örgütünü ve işleyişini tanıyan üyeler ile hukukçu olmayan vatandaşların bir arada yer aldığı bir kurul oluşturmaktır. Hukukçu olan üyelerin komisyonda baskın ve belirleyici bir hale gelebileceği riskini azaltmak için ise avukat üyelerin ya vatandaşlar ile aynı sayıda ya da onlardan daha az sayıda olmalarına dikkat edilmektedir.⁷²

Avukat üyeler, kimi eyaletlerde, doğrudan Baro Yönetim Kurulu tarafından belirlenmektedir⁷³; kimi eyaletlerde ise baro üyesi avukatların oyları ile yani seçim yoluyla belirlenir.⁷⁴ Avukat olmayan üyeler ise tüm eyaletlerde Vali tarafından atanırlar. Bazı eyaletlerde valinin atadığı komisyon üyelerinin Senato tarafından da onaylanmış olması gerekir.⁷⁵

Örneğin Indiana’da 7 üyeli aday belirleme komisyonunun doğal üyesi ve sözcüsü Yüksek Mahkeme başkanı (ya da onun atadığı bir Yüksek Mahkeme hakimi)dir. Komisyonun üç avukat üyesi, üç ayrı yargı bölgesinden, baro üyesi avukatların oyları ile seçilmektedir. Avukat olmayan üç üye ise, yine her biri bir bölgeden olmak üzere, Vali tarafından atanmaktadır.⁷⁶

Görüldüğü üzere bir yandan coğrafi dağılıma bir yandan da avukat olan ve olmayan üyeler arasında bir denge sağlanmasına özen gösterilmektedir. Bu usul, belli farklılıklarla da olsa eyaletlerin çoğunlukla tercih ettiği formüldür. Zira Alaska, Wyoming, Nebraska, Missouri, Indiana, Kansas ve Iowa’da durum aşağı yukarı budur. Ancak aday belirleme komisyonlarını çok daha farklı yöntemlerle belirleyen eyaletler de vardır.

Örneğin Oklahoma’da komisyon 15 üyeden oluşur. Bunlardan altısı Vali tarafından atanır. Bu üyelerin avukat olmaması hatta ailesinde de avukatların bulunmaması gerekir. 6 üye ise baro üyeleri tarafından seçilen avukatlardır. Geriye kalan üç üyeyi ise görev yapmakta olan aday belirleme komisyonu kendisi seçer. Bu üç üyenin de avukat olmaması gerekmektedir.⁷⁷

⁷² Komisyonlarda avukatların ağırlığının gereğinden fazla olduğu yönündeki bir görüş için bkz. FITZPATRICK Brian T., “The Politics of Merit Selection”, *Missouri Law Review*, Vol.74, No.3, 2009, ss.675-709.

⁷³ Örnek olarak bkz. Alaska Anayasası Art.IV, Sec.8.

⁷⁴ Örnek olarak bkz. Nebraska Anayasası Art.5, Sec.21 ve Nebraska Revised Statutes §24-806.

⁷⁵ Örnek olarak bkz. Arizona Anayasası Art.VI, Sec.36.

⁷⁶ Indiana Anayasası Art.7, Sec.9 ve IC §33-27-2-1 ve 2.

⁷⁷ Oklahoma Anayasası Art.7, Sec.VII-B-3.

Çoğu eyalette, komisyonun bağımsızlığını güvence altına almak adına, komisyon üyelerinin belirlenmesinde Vali ile Barolara eşit biçimde yetki verilmiş olsa da, kimi eyaletlerde Valinin çok daha baskın bir konumda olduğunu söyleyebiliriz.

Örneğin Arizona'da Yüksek Mahkeme hakimi başkanı yine komisyonun doğal üyesi ve sözcüsü olmakla birlikte; beş avukat üye, on tane de avukat olmayan üye bulunur. Avukat üyeler Eyalet Barosu yönetim kurulunun gösterdiği adaylar içerisinde Eyalet Senatosunun onayına tabi olmak kaydıyla Eyalet Valisi tarafından atanırlar. Avukat olmayan üyeler ise Vali tarafından⁷⁸ Senatonun onayı ile atanmaktadırlar.⁷⁹

Utah'da 7 kişilik komisyonun 5 üyesi doğrudan vali tarafından atanır, 2 üye ise Baro'nun önerdiği isimler (6 isim) içerisinde Vali tarafından atanır. Ancak Vali Baronun önerisi ile bağlı değildir. İsterse listeyi reddedebilir ve Barodan yeni bir liste sunmasını isteyebilir.⁸⁰ Florida'da da durum benzerdir. Burada da, avukat olmayan 5 üye doğrudan vali tarafından atanmakta, avukat 4 üye ise, baronun önerdiği isimler içerisinde (her bir koltuk için 3'er isim içerisinde) Vali tarafından atanmaktadır. Ve tıpkı Utah'da olduğu gibi, Valinin, baronun önerdiği isim listelerini reddetme hakkı vardır. Bu durumda baro yeni bir liste sunmak durumundadır.⁸¹

Son olarak komisyonların görev süresine değinmek gerekir. Komisyonlar için belirlenen görev süreleri 3 ila 6 yıl arasında değişmektedir. Bazı eyaletler, üyelerin en az yarısını atayan Valinin, komisyon üzerinde baskı oluşturabileceği ihtimalini de gözетerek, görev sürelerini dönüşümlü olarak düzenlemiştir. Yani buralarda, komisyon üyelerinin üçte biri yahut dörtte biri her yıl yahut iki yılda bir yenilenmektedir.⁸² Kimi eyaletlerde ise görev süresinin 6 yıl gibi uzun bir süre olarak belirlenmesi, Valinin komisyon üzerindeki olası baskısını önlemeye yönelik bir tedbirdir. Çünkü eyaletlerde valilerin

⁷⁸ Vali atayacağı isimleri belirlemek için dokuz kişilik bir komisyon kurmaktadır. Bu komisyon vali için araştırma ve soruşturma yapıp aday önerileri sunmaktadır. Ancak komisyonun bir bağlayıcılığı yoktur. Arizona Anayasası Art.VI, Sec.36.

⁷⁹ Arizona Anayasası Art.VI, Sec.36.

⁸⁰ Utah Code §78A-10-202.

⁸¹ Florida Statutes, Title V, §43.291.

⁸² Örnek olarak bkz. Iowa Code §46.2A.

görev süreleri genellikle 4 yıldır. Dolayısıyla komisyonun farklı Valiler ile çalışabilme ihtimali vardır.⁸³

2. Valiye Önerilecek Adayları Belirleme Prosedürü

Merit selection usulünün fikirsel olarak doğuşunda belirleyici bir yere sahip olan *American Judicature Society* yargısal aday belirleme komisyonları için şunu söylemektedir: “Yargısal aday belirleme komisyonları hakimlerin (*merit selection* yönetimi ile) belirlenmesinde en önemli unsurdur. Hangi adayların yargısal bir makama atanmaya ehil olduğuna dair nihai karar komisyon tarafından verildiği için, bu Plan’ın etkililiği, yargısal aday belirleme komisyonlarının başarılı bir biçimde işlemesine bağlıdır.”⁸⁴

Aday belirleme komisyonun asli görevi, hakim aday adaylarını araştırmak, soruşturmak, görev için yeterliliklerini değerlendirmek ve en uygun adayları belirleyip atamaya yetkili makama önermektir.

Süreç, bir yargısal makam için atama yapma gereğinin doğması ile başlar. Komisyonun yapacağı ilk iş, bu makam için başvuruların yapılabileceği konusunda kamuoyuna bilgilendirme yapmaktır. Komisyonlar genellikle web sitelerinde duyurularını yapar; ayrıca ilgili bölgedeki baroların kayıtlı tüm üyelerine de birer e-mail gönderilerek bilgilendirme yapılır. Böylelikle şartları sağlayan tüm aday adaylarının başvuru yapabilmesine imkan tanınmış olur. Duyuruda hangi süreler içerisinde ve ne şekilde başvuruların yapılabileceği de ilgililere bildirilir.⁸⁵

Aday adayları, başvurularını, genellikle, başvuruçunun kimlik, eğitim ve iletişim bilgileri ile referanslarının istendiği; özgeçmişlerine, ve mesleki deneyimlerine dair oldukça kapsamlı soruların yer aldığı matbu bir formu doldurmak suretiyle yaparlar.⁸⁶

⁸³ Örneğin Colorado, hem aşamalı olarak üyelerin yenilendiği hem de görev sürelerinin 6 yıl olarak belirlendiği eyaletlerden birisidir. Bkz. Colorado Anayasası Art. VI, Sec.24.

⁸⁴ GREENSTEIN, Maria N., **Handbook for Judicial Nominating Commissioners**, 2.bası, American Judicature Society, Des Moines, Indiana, 2004, s.3. Örneğin Wyoming Eyaleti Komisyonlara İlişkin Yönetmeliğinin 4. Maddesi buna ilişkindir. Bkz. Rules of Judicial Nominating Commission of the State of Wyoming, Rule 4.

⁸⁵ Örnek olarak bkz. Alaska Judicial Council websitesi, <http://www.ajc.state.ak.us/> (Erişim Tarihi: 12.07.2018)

⁸⁶ Alaska eyaletinde başvuruçuların doldurması gereken form örneği için bkz. <http://www.ajc.state.ak.us/sites/default/files/imported/selection/application1-2018.pdf> (Erişim Tarihi: 12.07.2018)

Her bir başvuru öncelikle, söz konusu kürsüye atanabilmek için gerekli anayasal/yasal şartların sağlanıp sağlanmadığı yönünden denetlenir. Bu şartlar genellikle, vatandaşlık, ikamet, yaş, belli bir süredir mesleği (avukat, hakim, savcı) icra ediyor olmak vb. yönlerden belirlenmiştir.⁸⁷ Bununla birlikte, bu asgari kriterleri sağlıyor olmak aday olabilmek için yeterli değildir. Komisyon, asgari kriterleri sağlayan başvurucuları belirledikten sonra, bunlardan hangilerinin görev için en uygun, en nitelikli adaylar olduğunu tespit edebilmek amacıyla oldukça kapsamlı bir araştırma yapmaya başlar. Başvurucunun malvarlığı, vergi beyannameleri, mesleki deneyimi, eğitimi, adli sicili, disiplin sicili, sağlık durumu, belli konulardaki yetenekleri, özel yaşamı ve karakteri gibi birçok husus değerlendirilir. Bu değerlendirmeyi yapabilmek için adayın referansları ile, adayı tanıyan kişiler ile ve adayın kendisi ile görüşmeler yapılır; çeşitli kurum ve kuruluşlardan bilgi talep edilir.⁸⁸ Birçok eyalette, baro üyeleri ve hakimler arasında birtakım anketler yapılarak da başvuruculara ilişkin düşünce ve izlenimler toplanabilmektedir.⁸⁹ Buradaki amaç, mesleki alanda yüz yüze geldiği kişilerin birinci elden deneyimlerinden yararlanarak başvurucunun yeterliliği konusunda bir izlenim elde etmektir.⁹⁰

Adayların değerlendirilmesinde vatandaşların görüşlerinden de yararlanır. Vatandaşlar, belirlenen süreler içerisinde, komisyonların web sitelerinde ilan edilen yolları kullanarak (posta, telefon ya da e-mail) başvurucular hakkındaki görüş ve düşüncelerini komisyon ile paylaşabilir. Dahası birçok eyalette komisyonlar, başvurucular ile yapılan görüşmeleri (en azından bir

⁸⁷ Örneğin Missouri Anayasasına göre Yüksek Mahkeme hakimi adaylarının en az 15 yıldır ABD vatandaşı olmaları, son dokuz yıldır yapılan eyalet seçimlerinde seçmen olma ehliyetine sahip olmaları, en az 30 yaşında olmaları ve mesleği icra etmeleri için gerekli ruhsata sahip olmaları gerekir. (Art.V, Sec.21) Alaska eyalet yasasına göre ise, ABD vatandaşı olmaları, son beş yıldır eyalette ikamet ediyor olmaları, mesleği icra etmek için gerekli ruhsata sahip olmaları ve en az son sekiz yıldır aktif bir biçimde hukuk alanında çalışıyor olmaları (yani hakimler, avukatlar, bir kamu kurum veya kuruluşunda hukuk danışmanı olarak çalışanlar, ABB tarafından akredite edilmiş bir hukuk fakültesinde profesör, doçent ya da yardımcı doçent olarak görev yapanlar) gerekmektedir. Alaska Revised Statutes §22.05.070.

⁸⁸ COLQUITT Joseph A., "Rethinking Judicial Nominating Commissions: Independence, Accountability, and Public Support", **Fordham Urban Law Journal**, Vol.34, No.1, 2006, ss.73-124, s.105-106.

⁸⁹ Örnek anketler için bkz. **Greenstein**, 2004, s.127-129.

⁹⁰ **Colquitt**, 2006, s.106.

bölümünü) kamuya açık bir biçimde yapmaktadır. Vatandaşlar bu görüşmelere katılıp, burada da lehte veya aleyhte görüş bildirebilmektedir.⁹¹

Gerekli bütün bilgi ve belgeler toplandıktan sonra, komisyon üyeleri her bir başvuru için tek tek değerlendirir ve bunlar arasından Valiye önerilecek isimleri (çoğunlukla üç isim) belirlemek üzere oylama yapar.⁹² Belirlenmiş olan adaylar Valiye sunulur ve böylelikle komisyonun bu aşamadaki görevi tamamlanmış olur.

B. Atama İşlemi

Yargısal aday belirleme komisyonu, atama yapılacak makam için mevzuatta öngörülen sayıda ismi içeren bir listeyi, her bir aday için toplamış olduğu bilgi ve belgeler ile birlikte sunar. Valinin görevi, bu listede yer alan isimlerden birisini, belli bir süre içerisinde, söz konusu makama atamaktır. Eyaletlerde 15 ila 60 gün arasında değişen süreler öngörülmüştür.⁹³ Bu sürenin sonunda Vali atama işlemini yapmaz ise, mevzuatta öngörülen bir başka makam atama işlemini gerçekleştirir.

Aday belirleme komisyonunun Vali karşısındaki bağımsızlığını temin etmek bakımından önemli noktalardan birisi de budur. Görüldüğü üzere, Valiye komisyonun belirlediği adayları veto etme yetkisi verilmemiştir. Vali komisyonun hazırlamış olduğu aday listesi ile bağlıdır. Listeyi beğenmediği gerekçesiyle komisyona geri gönderemez; komisyondan yeni bir liste sunmasını isteyemez. Belli bir süre içerisinde listedeki isimlerden birini atamak zorundadır. Atamadığı takdirde, genellikle ya Yüksek Mahkeme Başkanı ya da aday belirleme komisyonunun kendisi listedeki isimlerden birisini söz konusu makama atar.⁹⁴

Komisyonun önerdiği isimleri veto etme yetkisi verilmemiş olsa da, hem komisyon üyelerinin en az yarısını belirleme, hem de komisyonun önerdiği

⁹¹ **Greenstein**, 2004, s.23-24.

⁹² Oylama usuller de eyaletten eyalete farklılık göstermektedir. Iowa'da uygulanan oldukça detaylı oylama prosedürü için bkz. **Greenstein**, 2004, s.154 vd.

⁹³ Örneğin Oklahoma, Missouri ve Kansas'da 60 gün, Colorado'da 15 gün, Iowa, Wyoming ve Utah'da 30 günlük süreler öngörülmüştür.

⁹⁴ Örneğin Missouri'de Vali süresinde atama işlemini yapmazsa, atamanın komisyon tarafından yapılacağı öngörülmüştür. Buna karşın diğer eyaletlerde Yüksek Mahkeme baş hakimi-ne bu görev verilmiştir. Örnek olarak bkz. Wyoming, Colorado, Oklahoma, Kansas vb.

isimler içerisinde birisini seçip atama yetkisi ile donatılmış olan valinin, süreçte önemli bir yerinin olduğu açıktır. Bu bakımdan kimi eyaletlerin, bu yetkiyi biraz daha dağıtabilmek ve komisyonun bağımsızlığını daha fazla koruyabilmek amacıyla, hakimlerin belirlenmesi sürecine bir aktör daha eklediğini görürüz: Eyalet yasama organı. Bu eyaletlerde valinin yaptığı atama işleminin geçerli olabilmesi için yasama organının (bir ya da her iki meclisinin) onayı gerekir.⁹⁵

Atama (ve varsa onay) işleminin ardından süreç tamamlanmış olur ve ilgili kişi belirlenen süre içerisinde görevini icra etmeye başlar. Ancak *merit selection* süreci henüz tamamlanmamıştır.

C. Görevde Kalma (*Retention*) Seçimi

Merit selection yöntemi, yardımcı atama (*assisted appointment*) aşaması ile liyakata dayalı bir değerlendirme yapılmasını güvence altına alıp, siyasal baskı ve etkilemeleri sürecin dışında bırakmayı yani yargı bağımsızlığını korumayı amaçlar iken, geri çağırma seçimi aşaması ile yargıçların doğrudan halka karşı hesapverirliğini sağlamayı hedefler.⁹⁶

Yukarıda açıklanan biçimde atama yoluyla göreve gelen bir hakim, yasa öngörülen belli bir süre boyunca görev yaptıktan sonra, görevine devam edebilmek için seçmenin karşısına çıkmak zorundadır.

Bu süre eyaletten eyalete ve mahkemeden mahkemeye değişmekle birlikte, Yüksek Mahkeme hakimleri bakımından genellikle bir ila üç yıl arasında değişen bir süredir. Örneğin Colorado’da ilk kez atanan bir Yüksek Mahkeme hakimi iki yıl boyunca görev yaptıktan sonra *retention* seçimine katılır. Eğer bu seçimde seçmenin onayını alırsa 10 yıl daha görev yapar ve sonrasında (eğer görevde kalmak isterse) her 10 yılda bir yeniden *retention* seçimine katılmak zorundadır.⁹⁷ Florida’da ve Kansas’da ise ilk görev süresi bir yıldır. Bu süre sonunda seçmenin karşısına çıkan Yüksek Mahkeme hakimi seçmenin onayını alır ise, 6 yıl daha görev yapar ve her altı yılda bir *retention* seçimine tabi olur.⁹⁸

⁹⁵ Örnek olarak bkz. Utah’ta Eyalet Senatosunun onayı gerekmektedir. Eğer Senato atama işlemini onaylamaz ise, makam yeniden boşalmış olmakta ve süreç en baştan yeniden başlanmaktadır. Utah Anayasası Art.VIII, Sec.8 (3).

⁹⁶ Cady/Phelps, 2008, s.353.

⁹⁷ Colorado Anayasası Art. VI, Sec.20 ve 25.

⁹⁸ Florida Anayasası Art.V, Sec.10; Kansas Anayasası Art.3, Sec.2 ve 5. Missouri’de atandık-

Dolayısıyla *merit selection* usulünde, siyasi atama yönteminin aksine, halkın da doğrudan sürece müdahil olması sağlanmıştır.⁹⁹

Retention seçimi yalnızca seçmenin halka hesapverirliğini sağlama amacına yönelik tasarlanmamıştır; aynı zamanda partizan ve partisiz seçim yöntemlerinin olumsuz kimi yönlerini elemine etmeyi amaçlar. Özellikle bu seçimlerin yargının bağımsızlığı için tehdit oluşturan kimi yönlerini dışarda bırakacak bir biçimde tasarlanmıştır.¹⁰⁰

Bu amaçla geliştirilen formül *retention* seçimlerinin “çekişmesiz” seçimler olarak gerçekleştirilmesidir. Zira *retention* seçimine katılacak olan bir hakim başka adaylarla yarışmaz; tek başına seçmenin karşısına çıkar. Oy pusulasında seçmene yöneltilen soru aşağı yukarı şudur: “... yüksek mahkeme hakimi ...’in ... yıl daha görevde kalmasını onaylıyor musunuz?” Seçmen evet – hayır seçeneklerinden birini işaretlemek suretiyle tercihini yapar. Oylamaya katılan seçmenlerin çoğunluğu hakimin lehinde oy (“evet” oyu) vermiş ise, hakim mevzuatta öngörülen süre boyunca görevde kalmaya devam eder. Buna karşılık, seçmenlerin çoğunluğu hakimin görevde kalmaması yönünde oy (yani “hayır” oyu) vermiş ise, hakimin görevi sona erer.¹⁰¹

Partizan seçim ve partisiz seçim usullerine bir alternatif olarak *merit selection* yöntemini geliştirenler, bu yolla hakimlerin, dev bütçeli ve kıyasıya çekişmeli seçim kampanyaları düzenlemek zorunda olmayacaklarını; en önemlisi de, kampanya finansmanını sağlamak için kimseden yardım, bağış vs. toplamak zorunda kalmayacaklarını düşünmüştür. Bu sayede, hakimlerin hesapverirliği sağlanırken, onların bağımsızlığını ve tarafsızlığını gölgeleyebilecek siyasal çekişmelerin ve parasal ilişkilerin seçim sürecinin dışında bırakılması hedeflenmiştir.¹⁰² Görevde kalma seçiminde seçmenler, hakimin yalnızca performansına bakacak ve onun görevini yapmaya devam

tan bir yıl sonra *retention* seçimine katılmak zorunda olan Yüksek Mahkeme hakimlerinin, seçmenin onayını almaları halinde görev süreleri 12 yıldır. Missouri Anayasası Art.V, Sec.25(c). Örnekler artırılabilir.

⁹⁹ Tarr, 2009, s.626.

¹⁰⁰ Webster, 1995, s.31.

¹⁰¹ Kimi eyaletlerde *retention* seçimini kaybeden hakimlerin belli bir süre hakim olarak atanmaları yasaklanmıştır. Örneğin Alaska’da Eyalet Yasasına göre seçmen tarafından reddedilen bir hakim dört yıl süreyle eyaletteki bir mahkemede hakim olarak görev yapamaz. AS §22.05.100.

¹⁰² Finley, 2003, s.56, 59.

edip etmemesi konusunda bir tercihte bulunacaktır. Yani *retention* seçiminin kendisi de (en azından teoride) liyakata dayalı bir değerlendirme öngörmektedir.¹⁰³

IV. MERIT SELECTION UYGULAMASI

Merit selection yönteminin uygulamasına ve ürettiği sonuçlara dair ABD’de oldukça geniş bir yazın olduğu söylenebilir. Bu bakımdan, yöntemin uygulamasını, bu yazın içerisinde öne çıkan lehte ve aleyhteki görüşler, yürütülen tartışmalar üzerinden incelemek her iki perspektifi de yansıtabilmek açısından faydalı olacaktır. Bu doğrultuda, yürütülen tartışmaları dört ana başlık altında toplayabiliriz:

- a. *Merit Selection* yönteminin demokratikliği konusunda yürütülen tartışmalar.
- b. Yargısal aday belirleme komisyonlarının bağımsızlığı konusunda yürütülen tartışmalar
- c. Aday belirleme kriterleri ve değerlendirme sürecine ilişkin tartışmalar
- d. *Retention* seçimlerine ilişkin tartışmalar.

A. *Merit Selection* Yönteminin Demokratikliği

ABD yazınında, hakimlerin belirlenmesinde hangi yöntemi benimsediği fark etmeksizin (birkaç istisna dışında) hemen herkesin üzerinde ortaklaştığı nokta, hakimlerin belirlenmesinde, az ya da çok, doğrudan ya da dolaylı olarak halkın söz hakkının olması gerektiğidir. Örneğin Colquitt’e göre, hakimlerin belirlenmesinde, asgari düzeyde de olsa, halkın katılımı olmalıdır. Çünkü yargı da devlet yönetiminin bir parçasıdır ve yargı da siyasetin üretilmesi ve yürütülmesinde doğrudan ya da dolaylı olarak rol alır.¹⁰⁴ Bu, özellikle *common law* sisteminin getirdiği bir özellik olarak vurgulanır. Çünkü bu sistemde hakimler yasa yapım sürecinde aktif bir rol üstlenmiştir. Bu bakımdan, egemen olan halkın, yasama üyeleri gibi, hakimlerin belirlenmesinde de söz sahibi olması gerekir.¹⁰⁵

¹⁰³ Cecil, 2002, s.25; Tarr, 2009, s.611, 619.

¹⁰⁴ Colquitt, 2006, s.78.

¹⁰⁵ BOPP James, “The Perils of Merit Selection”, *Indiana Law Review*, Vol.46, 2013, ss.87-102, s.87; Webster, 1995, s.17.

Fakat konu bu katılımın düzeyinin ne olması gerektiğine geldiğinde farklılıklar ortaya çıkar. Seçim yönteminden yana olanlar halkın doğrudan katılımını savunurken, siyasi atamadan yana olanlar sınırlı ve dolaylı bir halk katılımını tercih eder. Bu iki ucun ortasında ise *merit selection* savunucuları vardır. *Merit selection* savunucularına göre bu yöntem, (seçim yönteminden farklı olarak) yargı bağımsızlığını zedelemekten ve (siyasi atama yönteminden farklı olarak) halkın doğrudan katılımını tümüyle ortadan kaldırmadan hakimlerin belirlenmesine imkan tanıyan “demokratik” bir yöntemdir.¹⁰⁶

Merit selection yöntemine karşı çıkan yazarlara göre ise, bu yöntem hiç de öyle demokratik bir yöntem değildir. Özellikle aday belirleme komisyonları aracılığıyla hakimlerin atanması prosedürü, hem siyasi atamayı savunanlarca hem de seçim yöntemini savunanlarca eleştirilmekte ve anti-demokratik bir usul olarak görülmektedir.

Bu kesimlere göre, aday belirleme komisyonları ile atama usulü, kimlerin hakim olacağına, Vali tarafından atanan bir avuç insan ile, Barolar tarafından belirlenmiş bir avuç avukatın karar vermesine sebep olmaktadır. Halk bu kişilerin seçimine katılmadığından, bu komisyonlar demokratik ideallere uygun değildir.¹⁰⁷

Oysa, hakimlerin seçimle belirlenmesi gerektiğini düşünenler için, demokratik bir toplumda karar, aracısız bir biçimde seçmen tarafından verilmelidir.¹⁰⁸ Siyasal atama yöntemini savunanlar ise, bağımsız komisyonlara kıyasla siyasal atamanın daha demokratik olduğunu ileri sürmektedir. Zira, vali ya da yasama organı tarafından yapılan atamalarda atamayı yapan makamlar doğrudan halk tarafından seçilmiş makamlardır. Halk bu kişilere yet-

¹⁰⁶ Fitzpatrick, 2009, s.683.

¹⁰⁷ BARRON David, “Judges: Should They Be Elected or Appointed?”, **Wall Builders**, Ocak 2001, <https://wallbuilders.com/judges-elected-appointed/> (Erişim Tarihi: 01.09.2018); BARRANCO A. J., “Don’t Eliminate the Right to Elect Florida’s Trial Judges”, **The Florida Bar News**, 15 Ağustos 1999, <https://www.floridabar.org/news/tfb-news/?durl=%2FDIVCOM%2FJN%2Fjnnews01.nsf%2FArticles%2FFD7271BB8A92C9A585256B10007838A0> (Erişim Tarihi: 02.09.2018)

¹⁰⁸ Bkz. OLSZEWSKI Peter Paul Sr., “Who’s Judging Whom? Why Popular Elections Are Preferable to Merit Selection Systems”, **Penn State Law Review**, Vol.1, 2004, ss.1-16, s.2. Olszewski’ye göre seçim yöntemi hakimlerin belirlenmesinin en demokratik biçimidir çünkü bu yöntemde seçmenler sürece direk müdahil olurlar. Buna karşın hakimlerin bir komisyon tarafından yahut bir vali ya da yasama organı tarafından atandığı hallerde vatandaşların en temel haklarından olan seçme hakkı kısıtlanmış olur.

ki verirken, görev için en nitelikli hakimleri atama yetkisini de vermektedir. Dolayısıyla doğrudan olmasa da dolaylı olarak halkın sürece katılımı söz konusudur. Oysa yargısal atama komisyonlarının üyeleri, özellikle de avukat üyeleri, hiçbir biçimde halkı temsil etmez; avukatlar ya da baro yönetim kurulları tarafından belirlenmiş kişilerdir.¹⁰⁹

Retention seçimlerine gelince, aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği üzere, bu seçimlerin de süreci demokratik kılmaya yetmediği ifade edilmektedir. Karşıtlarına göre *retention* oylaması, adeta hakimlerin görevde kalmasını güvence altına almak üzere tasarlanmış etkisiz ve zayıf bir mekanizmadır. Gerçek anlamda bir hesapverirlik sağlamaktan uzaktır.

B. Aday Belirleme Komisyonlarının “Bağımsızlığı” Üzerine Tartışmalar

Merit selection yönteminin “seçim” ve “atama” yöntemlerinin olumsuz yönlerini dışarıda bırakıp, olumlu yönlerini birleştiren bir usul ortaya koyma iddiasının en önemli dayanaklarından birisi, adayların bağımsız bir komisyon tarafından belirleniyor olmasıdır. Bu sayede, hakimlerin belirlenmesinde siyasal çıkar hesapları tamamen olmasa da büyük ölçüde sürecin dışında bırakılacaktır.¹¹⁰ Bu amacın gerçekleştirilebilmesinde bağımsızlık çok önemlidir. Çünkü, bağımsızlık niteliğine sahip olmayan bir aday belirleme komisyonu, pratikte, siyasal atama yönteminin biraz daha bürokratikleştirilmiş, hantallaştırılmış bir biçiminden başka bir şeye karşılık gelmeyecektir.¹¹¹

Aday belirleme komisyonlarının bağımsızlığının iki yönü vardır: İç ve dış bağımsızlık. Dış bağımsızlık, komisyonun, komisyon dışındaki kişi ve kurumların baskısından uzak bir biçimde, özgürce karar verebiliyor olması ile sağlanır. Burada en önemli nokta, hiç şüphesiz, komisyonun oluşumunda söz sahibi olan kişi ve kurumlardan bağımsızlıktır¹¹²; yani komisyon üyelerini belirleyen barolardan ve validen bağımsızlık. Özellikle de valinin pozisyonu önemlidir çünkü vali bir yandan komisyon üyelerinin bir kısmını atamakta, diğer yandan ise komisyon tarafından önerilen isimler içerisinde

¹⁰⁹ Webster, 1995, s.14; Bopp, 2013, s.87-88.

¹¹⁰ Caufield, 2006, s.173-174; Webster, 1995, s.32.

¹¹¹ Colquitt, 2006, s.81.

¹¹² Caufield, 2006, s.172.

hakimleri atama yetkisini elinde bulundurmaktadır.¹¹³ Eğer valinin yetkileri komisyonun davranışlarını belirleyecek bir ağırlıkta ise, vali komisyon üyeleri üzerinde etki ve baskı kurabilir bir pozisyonda ise, aday belirleme komisyonları aracılığıyla atama yöntemi, pratikte, bürokrasiden başka bir şey olmaz. Hiç süreci hantallaştırmadan valiye atama yetkisini vermek daha tutarlı olacaktır. Yahut valiye hakimlerin atanmasında komisyonun önerilerini veto edebilme yetkisi (yani gönderilen listedeki isimleri beğenmeyen Valinin komisyondan yeni bir liste hazırlamasını isteme yetkisi) verilmiş ise, yine benzer bir sonuç doğar: komisyon, süreci uzatmaktan başka bir işe yaramayan işlevsiz bir mekanizmaya dönüşür.¹¹⁴

Merit selection sistemini tam olarak uygulayan 15 eyalete bakıldığında, kimi eyaletlerde valinin komisyon üyelerinin belirlenmesindeki yetkilerinin baskın olduğunu görülür (Utah, Arizona, Colorado gibi). Bununla birlikte, bu eyaletlerin hiç birisinde valiye komisyonun önerdiği listeyi veto etme yetkisi verilmemiştir.

Eyaletler ayrıca komisyonun dış bağımsızlığını güvence altına alacak bazı düzenlemelere de yer verebilmektedir. Örneğin kimi eyaletlerde bir komisyon üyesinin yalnızca bir dönem görev yapabileceği kuralı bulunur.¹¹⁵ Böylelikle komisyon üyesinin kendisini atayana yahut başka her hangi bir kesime karşı bir defa daha seçilebilmek adına taviz vermesi söz konusu olmayacaktır. Kimi eyaletlerde ise komisyon üyelerinin görev süreleri valinin olağan görev süresinden (çoğu eyalette bu süre dört yıldır) daha uzun (örneğin altı yıl) olarak belirlenmiştir.¹¹⁶ Böylelikle tek bir vali bir komisyonun üyelerinin oluşumunda tek başına belirleyici olamaz.¹¹⁷ Ayrıca çoğu eyalette, komisyon üyelerinin (yüksek mahkeme hakimi üyeler hariç) komisyon görevi dışında hiçbir kamu görevinde bulunamayacakları kuralı yer almaktadır.¹¹⁸

Dış baskı kadar, komisyon içi baskı da komisyonun bağımsızlığını olum-

¹¹³ Cecil, 2002, s.23.

¹¹⁴ Colquitt, 2006, 87-88.

¹¹⁵ Örneğin Indiana'da komisyon üyelerinin görev süresi üç yıl olarak belirlenmiştir ve bir kişi yalnızca bir kez komisyon üyesi olarak atanabilir. Indiana Code §33-27-2-4.

¹¹⁶ Alaska, Colorado, Iowa gibi.

¹¹⁷ Colquitt, 2006, s.89.

¹¹⁸ Alaska, Arizona, Colorado, Florida, Kansas, Missouri, Nebraska gibi.

suz bir biçimde etkileyebilir. Eğer komisyonun oluşumu dengeli belirlenmez ise, belli bir grup, komisyonun tümüne kendi görüş ve tercihlerini dikte eder hale gelebilir. Örneğin avukat üyelerin komisyon içerisinde bir ağırlığının ve belirleyiciliğinin olabileceği endişeleri ilk dönemlerde gündeme gelmiş ancak avukat üyelerin sayısı üye sayısının yarısını aşmayacak biçimde sınırlandırılarak bu sorun bir ölçüde aşılmıştır. Bununla birlikte, üyelerin belli noktalarda birlikte davranıp bir blok oluşturabilmesi de mümkündür. Bu birlikteliği yaratacak en olası unsur siyasi parti ilişkisidir. İki temel parti üzerinden siyasetin şekillendiği ABD’de komisyon içerisinde de bu iki siyasi partiden birinin baskın olabilmesi ihtimali her daim vardır. Çoğu eyalet buna karşı bir önlem olarak bir takım düzenlemeler getirmiştir. Örneğin bir çok eyalette valinin yaptığı atamalarda, (eğer atanan üye sayısı çift sayı ise) atanan üyelerin en fazla yarısının yahut (eğer atanan sayı çift sayı ise) yarısından en fazla bir fazlasının aynı siyasi partiden olabileceği kuralı yer alır. Aynı şey baroların yaptığı seçim ve/veya atamalar bakımından da geçerlidir.¹¹⁹ Böylelikle iki siyasi partinin birinin diğerine karşı komisyon içerisinde bariz bir üstünlük kurması ve sürecin tarafsızlığını gölgelemesi engellenmek istenir. Bu tür önlemlerin tümüyle sorunu çözmeyeceği açık olsa da, önemli bir güvence getirdiği açıktır. Ancak bu konudaki eleştirileri ve endişeleri tümüyle ortadan kaldırmaya yetmemektedir.¹²⁰

Merit selection savunucuları ile karşıtlarının karşılıklı argümanlar ileri sürdükleri bir diğer konu ise bu yöntemin siyasetin süreçteki etkisini minimize edip etmediğidir.

Merit selection yönetimini savunanlara göre, bağımsız aday belirleme komisyonları kullanılarak hakim adaylarının belirlenmesi, başvuruları değerlendirme, adayları belirleme ve atama yapma yetkilerinin tek bir kişi/makamın elinde toplanmasını önler. Yetki, en azından iki farklı organ/makam arasında dağıtılmış olur. Bu sayede, hakimlerin kim olacağının belirlenmesi işi, önemli bir takım makamlarda yer alan güç sahibi elitlerin tekelindeki bir faaliyet olmaktan çıkar.¹²¹ Ayrıca bağımsız bir komisyon aracılığıyla liyakatta dayalı olarak yapılan atamalar sayesinde, hem siyasi atama hem de seçim

¹¹⁹ Örnek olarak bkz. Colorado Anayasası Art. VI, Sec.24; Utah Code, §78A-10-204; Arizona Anayasası Art.VI, Sec.36A; Nebraska Anayasası Art.V, Sec.21.

¹²⁰ **Caufield**, 2006, s.175-176.

¹²¹ **Colquitt**, 2006, s.79.

yönteminde belirleyici faktör olan siyasi tercihlerin ve siyasi çıkar hesaplarının etkisi önemli ölçüde azaltılmış olur.¹²²

Bununla birlikte *merit selection* karşıtları bu iddiaları inandırıcı bulmamaktadır. Onlara göre yardımcı atama yöntemi, siyaseti, hakimlerin belirlenmesi sürecinden uzaklaştırmamakta; aksine siyaseti gizli kapaklı bir biçimde süreci etkileyen bir faktöre dönüştürmektedir. Hakimlerin seçim ya da siyasi atama ile belirlenmesi yönteminde açık ve göz önünde bir şekilde sürecin bir parçası olan siyaset, *merit selection*'da, sinsî bir biçimde ve gizliden gizliye süreci etkilemektedir.¹²³ Bu kesimlere göre, yardımcı atama süreci kapalı kapılar ardında hakimlerin belirlenmesine sebep olmaktadır.¹²⁴

Pratiğe baktığımızda denilebilir ki, bu iddiaların her ikisi de (lehteki ve aleyhteki) tam anlamıyla gerçeği yansıtmamaktadır. Komisyonların bağımsızlığı güvenceye alacak biçimde oluşturulduğu, işleyiş kurallarının amacı gerçekleştirmeye uygun bir biçimde belirlendiği ve uygulandığı bir durumda, bağımsız bir komisyonun başvuruları inceleyip adayları belirlemesi yöntemi, diğer yöntemlere kıyasla siyasal alandan daha fazla bağımsızlık sağlamaktadır. Çünkü siyasi atama ve seçim yöntemlerinde siyasal alan mutlak bir biçimde belirleyicidir. Zira ya seçmen çoğunluğu ya da vali siyasi görüşleri çerçevesinde hakimleri belirlemektedir. *Merit selection* yönteminde ise adayların yeterlilikleri belli bir düzeyde de olsa dikkate alınır. Ama elbette ki, komisyonun biçimlenmesinden işleyişine değin siyasal alanın sızmadığı hiçbir noktanın olamayacağı da açıktır. En basiti, üyelerin her biri adayları değerlendirirken kendi pencerelerinden olgulara ve olaylara bakarlar. Değerlendirmeleri gereken kriterlerin bir kısmı (dürüstlük, adillik vb.) soyut ve anlam içeriği kişiden kişiye farklı olabilecek değerlerdir. Bu da onların dünya görüşlerinin bu süreçte kaçınılmaz bir biçimde etkili olması anlamına gelecektir. Bu konu aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacak ancak özetle denilebilir ki, siyasal alanın, siyasal tercihlerin tümüyle dışarıda bırakıldığı ve “içerisinde insan olan” bir sistem arayışı zaten gerçekçi değildir.

Zaten *merit selection* savunucuları da bu yöntemin siyaseti tümüyle dışarıda bırakmadığını bırakamayacağını kabul etmektedir; amaç siyasetin

¹²² Tarr, 2009, s.611; Webster, 1995, s.31; Caufield, 2006, s.172-173;

¹²³ Caufield, 2006, s.176.

¹²⁴ Bopp, 2013, s.94.

etkisini minimize etmek olarak açıklanmaktadır.¹²⁵ Komisyonun yapısına ve işleyişine bağlı olmakla birlikte kimi eyaletlerde bunun görece başarılabil-
diği söylenebilir.

C. Aday Belirleme Kriterlerine ve Değerlendirme-Atama Sürecine İlişkin Tartışmalar

Merit selection yönetiminin işlevselliği için, valiye sunulacak olan listede yer alacak adayların belirlenmesi işlemi, yalnızca liyakat ilkesinin esas alındığı, her bir başvurunun çok yönlü olarak komisyon üyelerince “tarafsız” bir şekilde değerlendirildiği bir sürecin ürünü olmalıdır.¹²⁶

Tarafsızlığın gerçekte olduğu kadar görünüşte de sağlanması gerekir; yani halkın gözünde aday belirleme süreci tarafsızlık ilkesine uygun bir biçimde işleyen bir süreç olmalıdır. Bunu sağlamak için komisyonun, başvuruları değerlendirme sürecini, kendi içinde tutarlı sonuçlar üretebilen ve her başvurucuya eşit biçimde uygulanacak birtakım ilke ve esaslara göre yürütmesi gerekir. Uygulamada da zaten her komisyon önceden belirlenmiş birtakım ilke ve esaslara, kriterlere göre değerlendirmesini yapmaktadır; yani sorun bu ilke ve esasların varlığı sorunu değildir. Sorun, bu ilke ve esasların, değerlendirme kriterlerinin uygulanmasının zorluğundan kaynaklanır. Çünkü dayanan kriterlerin önemli bir bölümü tümüyle soyut kavramlara ve değerlere karşılık gelir.¹²⁷

Komisyonların değerlendirme esaslarını iki kategoriye ayırarak ele almak gerekir: Hakim olabilmek için aranan maddi yeterlilikler ve hakim adaylarında aranan karakteristik özellikler ve yetenekler.

Her eyalet kendi mevzuatında belli bir yargısal makama atanmak için aranan asgari kriterleri belirlemiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, yaş, vatandaşlık, ikamet, belli bir süre belli görevleri icra etmiş olmak, mesleği icra edebilmek için gerekli olan ruhsata halihazırda sahip olmak gibi birtakım şartlar hemen her eyalette aranan temel yeterlilik kriterleridir. Bir adayın değerlendirilmesi sürecinde bunlar bir bakıma ilk incelemede değerlendirilen ön şartlardır. Bu şartları sağlamayan bir adayın karakteristik özellikleri ve yetenekleri yönünden incelenmesi zaten söz konusu olmaz.

¹²⁵ Cecil, 2002, s.21-23; Schmidt, 2006, s.17; Webster, 1995, s.32; Finley, 2003, s.60.

¹²⁶ Webster, 1995, s.32.

¹²⁷ Caufield, 2006, s.190-191.

Ön şartları sağlayan tüm başvurucular mesleki yetenekleri ve karakteristik özellikleri bakımından incelemeye alınır. Komisyon üyeleri belirlenmiş olan kriterler etrafında her bir başvurucuyu puanlar ve derecelendirir. Burada değerlendirmeye tabi tutulan kriterleri Colquitt, objektif kriterler ve sübjektif kriterler olarak ikiye ayırmaktadır.¹²⁸ Objektif kriterler cinsiyet, yaş, sağlık durumu gibi kriterler iken, sübjektif kriterler dürüstlük, çalışkanlık, iyi ahlak, tarafsızlık, olgunluk vb. kriterlerdir.

İşte aday belirleme komisyonlarının işlevselliğine ilişkin tartışmalı noktalardan birisi burasıdır. Her şeyden önce sübjektif kriterler soyut olgulara dayanır, anlam içerikleri esasında belirsizdir ve her bir bireyin perspektifine göre farklı biçimde tanımlanabilirler. Bu esneklik ve belirsizlik, komisyon üyelerinin taraflı ve art niyetli bir biçimde takdir yetkilerini kullanmalarına yol açabilir. Örneğin bir komisyon üyesi başvurucuların iyi ahlaklı olup olmadıklarını, başvurucuların düzenli olarak kiliseye gidip gitmediklerine, kürtaç, eşcinsel evlilikleri konusundaki duruşlarına vb. bakarak ölçebilir. En nihayetinde iyi ahlakın ne olduğu, her bir komisyon üyesi için farklı anlama gelebilir. Dahası, ortak bir tanımda anlaşıldığı takdirde bile başvurucuların bu değerlere ve yeteneklere ne kadar sahip olduklarını ölçmenin bir yöntemi yoktur. A adayının dürüstlük puanını 4, B adayının dürüstlük puanını ise 5 olarak belirlerken nasıl bir tartı kullanılabilir ki? Bu değerleri tartabileceğimiz, her durumda, herkes için eşit ve adil biçimde sonuçlar üretecek bir tartının bulunmadığı açıktır. Bu değerlendirmeler her bir komisyon üyesinin kendi bakış açısına göre yapılabilir.¹²⁹

Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki, komisyon üyelerinin, takdirine göre değerlendireceği, hakimlik görevi bakımından elzem birtakım sübjektif kriterlerin değerlendirme sürecinde göz önünde bulundurulması kaçınılmaz bir gerekliliktir. Bu noktada, gerek üyelerinin belirlenmesi gerekse özgürce karar verebilmeleri bakımından tarafsızlığı ve bağımsızlığı güvence altına alınmış olan komisyon üyelerinin takdirine de güvenmek gerekir. Ancak, bunun keyfiyete, art niyetli davranışlara sebebiyet vermemesi ve komisyonun güvenilirliğinin kamuoyu gözünde tesis edilmesi ve korunması bakımından, başvuru sübjektif kriterlerin olabildiğince sınırlı tutulması önem arz eder. Ayrıca, bu sübjektif kriterlerin değerlendirilmesinde, başvurucular ile

¹²⁸ Colquitt, 2006, s.115 vd.

¹²⁹ Ibid.

mesleki alanda bir şekilde temas etmiş olan kesimlerin görüşlerinden faydalanmak komisyon üyelerinin işini kolaylaştıracak, değerlendirme sürecinin kamuoyu nezdinde güvenilirliğini artıracaktır. Bu anlamda kimi eyaletlerde kullanılmakta olan avukatlar, jüri üyeleri, mahkeme çalışanları gibi kesimlerle yapılan anketler oldukça önemlidir. Ayrıca komisyonlara tüm vatandaşların başvuruçuların lehinde veya aleyhinde görüş bildirebiliyor olması, müvekkil olarak ya da sosyal ilişkiler bağlamında başvuruçular ile temas etmiş ve onların karakterine dair bilgi sahibi olan herkesin komisyona ulaşabilmesini mümkün kılmaktadır.

Öte yandan, bazı subjektif niteliklerin ise başvuru aşamasında değerlendirilebilmesi pek mümkün değildir. Yani bir kişinin, avukat olarak mesleğini çok iyi icra ediyor olsa da, hakim olduğunda gerekli olan düzeyde soğukkanlı yahut tarafsız bir tutum alıp alamayacağı ancak bu kişi hakimlik mesleğini icra etmeye başladıktan sonra gözlemlenebilir. Bu da komisyon değerlendirmesi aşamasına ilişkin göze çarpan eksik noktalardandır. Ancak *merit selection* savunucularının bu konudaki cevabı hazırdr: “*merit selection* yöntemi kendi içerisinde bunu telafi edecek bir mekanizmaya sahiptir: *retention* seçimi.” Hakimin görevdeki performansını değerlendirmeye yarayan bir araç olarak öngörölmüş olan *retention* seçimi, sadece hakimlerin seçmenler karşısında hesapverirliğini değil, aynı zamanda komisyon aşamasında gözden kaçan uygunsuz adayların elenmesini de sağlayan bir mekanizmadır.¹³⁰

D. Retention Seçimi Uygulaması, Sorunlar ve Eleştiriler

Merit selection yönteminin en dikkat çekici ve eşine az rastlanır¹³¹ yönü, hiç şüphesiz, “görevde kalma (*retention*) seçimi” adı verilen bir denetim ve

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Dünyada görevde kalma seçimi uygulamasına sahip olan ABD dışında tek ülke Japonya’dır. Japonya Anayasasının 79. Maddesine göre, Yüksek Mahkeme hakimleri göreve başladıktan sonraki ilk olağan Temsilciler Meclisi seçimlerinin yapıldığı tarihte görevde kalma seçimine katılmak zorundadır. Eğer bu seçimde seçmenin onayını alırlarsa 10 yıl daha görev yaparlar ve her 10 yılda bir retention seçimine tabi olurlar. Japonya’da hakimler atandıklarında zaten genellikle 60 yaş üstünde oldukları için ikinci bir kez retention seçimine katılan hakim sayısı çok sınırlıdır. Ayrıca şimdiye kadar retention seçimlerinde görevden alınmış tek bir yüksek mahkeme hakimi de yoktur. O’BRIEN David, “The Politics of Judicial Selection and Appointments in Japan and Ten South and Southeast Asian Countries”, İçinde: Kate Malleson ve Peter Russell (ed.), **Appointing Judges in the Age of Judicial Power: Critical Perspectives**, University of Toronto Press, Toronto, 2006, ss.355-374, s.359.

katılım aracını içeriyor olmasıdır. Hakimlerin doğrudan halka hesapverirliğini sağlayacak bir mekanizma olarak tasarlanmış olan *retention* oylamasının en güçlü iddiası, “seçim” yönteminde karşımıza çıkan birtakım olumsuzlukları ortadan kaldıracığı ve böylece hesapverirlikten ödün vermeden yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacağıdır.¹³² Burada püf nokta, *retention* seçimlerinin “çekişmesiz” seçimler olmasıdır. *Retention* oylamasında seçmenler, bir süredir görevde olan bir hakimin performansına bakıp, onun görevine devam edip etmemesi konusunda “evet” ya da “hayır” oyu vermek suretiyle görüşlerini açıklarlar. İşte sürecin bu şekilde işliyor olması, olağan seçimlerde yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını ciddi biçimde yıpratan birtakım olumsuzlukların sürecin dışında bırakılmasını sağlar.

Yöntemin savunucuları bu iddialarını üç temel argümana dayandırır:¹³³

1) *Retention* seçiminde birbiriyle yarışan adaylar olmadığı için, kıyasıya bir seçim yarışı, yıpratıcı kampanyalar, reklamlar, tartışmalar, ithamlar vs. olmayacaktır. Sakin, kavgasız ve gürültüsüz bir seçim süreci söz konusu olacaktır. Böylece olağan seçimlerde zaman zaman görülen, oldukça çirkinleşebilen ve yargının ve hakimlerin saygınlığını tartışılır hale getiren seçim kampanyaları görülmeyecektir.¹³⁴

2) Olağan seçimlerde hakimler, rakipleri ile yarışabilmek için gereken seçim kampanyalarını finanse edebilmek adına çeşitli kesimlerden yardım, bağış vs. toplamak durumundadır. Bu durum bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından birtakım endişelere sebebiyet vermektedir. Oysa sessiz sedasız geçecek olan çekişmesiz *retention* seçimlerinde şaşalı seçim kampanyalarına ihtiyaç olmayacağı için, devasa seçim bütçelerine de gerek olmayacaktır. Dolayısıyla hakimlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşüren, onları çeşitli kesimlerden yardım ve bağış almaya mecbur bırakan “kampanya finansmanı sorunu” da ortadan kalkmış olacaktır.¹³⁵

3) Olağan seçimlerde seçmenler oyunu verirken hakimlerin siyasal parti ilişkilerine, belli meselelerdeki siyasi duruşlarına vb. bakarak kararını vermektedir. Oysa *retention* oylaması hakimlerin performansını değerlendir-

¹³² Webster, 1995, s.25.

¹³³ Tarr, 2009, s.610.

¹³⁴ Tarr, 2009, s.616.

¹³⁵ O'Connor/Jones, 2008, s.22-23.

meye yönelik bir oylamadır. *Retention* seçiminde seçmenler oylayacakları hakimin görev yaptığı süre içerisindeki yeterliliğini, başarısını yani performansını değerlendirecektir. Böylelikle bir yandan doğrudan halka hesapverirlik sağlanırken, diğer yandan siyasetin süreçteki belirleyiciliği elemine edilecektir.¹³⁶

Peki *merit selection* savunucularının bu iddiaları gerçekleşmiş midir? Bu sorunun cevabını *retention* seçimlerinin yetmiş yılı aşan uygulamasına bakarak vermek gerekir.

1. *Retention* Seçim Kampanyalarının Değişen Yüzü ve Yargı Bağımsızlığı Üzerindeki Etkileri

ABD'nin yargısal seçimlerine genel olarak bakıldığında, son yıllarda yargısal seçimlerin önemli bir değişim geçirdiği bariz bir biçimde göze çarpar. Oysa 20.yy'ın büyük bir bölümünde yargısal seçimler (partizan, partisiz, *retention*) çoğunlukla sakin ve gürültüsüz seçimler olarak gerçekleşmiştir. Büyük bütçeli kampanyalar, şaşalı seçim yarışları birkaç istisna dışında yaşanmamıştır.¹³⁷ Bir yazarın ifadesiyle, bu dönemde yargısal seçimler adeta “posta yoluyla satranç oynar gibi” gerçekleşmiştir.¹³⁸ Özetle, ABD’de yargısal seçimler uzunca bir dönem, “pek fark edilmeyen, seçmenin ilgisini pek fazla çekmeyen, medyada çok az yer bulan, bunun sonucu olarak da seçmen katılımının çok düşük olduğu”¹³⁹ seçimler olmuştur.

Ancak 20.yy'ın sonlarında bu durum yavaş yavaş değişmeye başlamıştır. Devasa bütçeli, kıyasıya çekişmeli seçim kampanyalarına sahne olan yargısal seçimler bugün daha sık rastlanır bir durumdur.¹⁴⁰ Bu durumu yaratan en önemli faktör, toplumda çok tartışmalı olan (kürtaj, idam cezası, eşcinsel evlilikleri, bireysel silahlanma vb.) konuların taraflarının, verdikleri kararlar ile bu konularda uygulanacak politikayı etkileyebilir pozisyonda olan hakimleri hedef alarak siyasi gündem yaratma yöntemini keşfetmiş olmaları-

¹³⁶ Cady/Phelps, 2008, s.370; Tarr, 2009, s.611.

¹³⁷ Tarr, 2009, s.612.

¹³⁸ William C. Bayne, “Lynchard’s Candidacy, Ads Putting Spice into Judicial Race: Hernando Attorney Challenging Cobb”den Aktaran: Tarr, 2009, s.612.

¹³⁹ BRIFFAULT Richard, “Judicial Campaign Codes After Republican Party of Minnesota v. White”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol.153, 2004, ss.181-238, s.196.

¹⁴⁰ NAJAM Edward W. Jr., “Merit Selection in Indiana: The Foundation for a Fair and Impartial Appellate Judiciary”, **Indiana Law Review**, Vol.46, 2013, ss.15-38, s.33.

dır.¹⁴¹ Örneğin bireysel silahlanma yanlısı olan çeşitli oluşumlar, bireysel silahlanmayı sınırlandıracak nitelikte kararlar alan hakimlere karşı dev bütçeli ve ses getiren kampanyalar örgütlemeye başlamıştır. Kürtaj karşıtı muhafazakar kesimler, kürtajı destekler nitelikte sonuçlar doğuran kararlar veren hakimleri hedef alarak kendi görüşlerinin propagandasını yapmak, karşı bir tutum içerisinde olan hakimlere ise gözdağı vermek amacıyla hakimlere karşı kampanyalar düzenlemişlerdir.

Retention seçimleri de bu değişimden payına düşeni almıştır. İlk tasarlandığında sessiz, sedasız ve çekişmesiz olması arzulanan *retention* seçimleri uzunca bir dönem bunu başarmış olsa da, yargısal seçimlerin değişen çehresi, *retention* seçimlerini de değiştirmiştir. Özellikle toplumdaki çatışmalı konularda kimi zaman nihai sözü söyler konumda olan Yüksek Mahkeme hakimlerinin *retention* seçimleri, dönem dönem, bu meseleler üzerinde tarafların kozlarını paylaştığı bir arenaya dönüşmüştür.¹⁴²

Bunun en çarpıcı örneklerinden birisi 1986'da California'da yaşanmıştır. California Yüksek Mahkemesi Başkanı Rose Elizabeth Bird ve üyeler hakim Reynoso ve hakim Grodin'i koltuklarından eden mesele idam cezasıdır. Süreç şöyle gerçekleşir:

Başhakim Bird, *retention* seçimi öncesi, görev yaptığı dokuz yıl boyunca önüne gelen ölüm cezası kararı içeren 61 dosyanın tümünde bozma yönünde oy vermiştir. Diğer Yüksek Mahkeme üyelerinin de tavrı benzerdir.¹⁴³ Bu durum idam cezasından yana olan kesimleri rahatsız eder. Bird ve diğer iki hakimin *retention* seçimine girmek zorunda olacağı 1986 yılı geldiğinde, eyaletin Cumhuriyetçi Valisi George Deukmejian ve birkaç bölge savcısı öncülüğünde bir grup, seçmenlere, *retention* seçiminde bu üç hakime “hayır” oyu verme çağrısı yaparlar ve bir kampanya başlatırlar. Tarafların TV reklamları, broşürler ve diğer kampanya materyalleri için 11 milyon dolar harcadıkları süreç sonunda, üç hakim de *retention* seçimini kaybeder.¹⁴⁴ Bird'ün

¹⁴¹ Tarr, 2009, s.613; Schmidt, 2006, s.14;

¹⁴² Webster, 1995, s.35; Cecil, 2002, s.25.

¹⁴³ DANN B. Michael / HANSEN Randall M., “Judicial Retention Elections”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol.34, June 2001, ss.1429-1446, s.1432.

¹⁴⁴ HAGER Philip, “No Opposition, Little Notice for 5 State Justices Up for Election”, *Los Angeles Times*, 4 Kasım 1990, http://articles.latimes.com/1990-11-04/news/mn-5654_1_supreme-court-justice (Erişim Tarihi: 15.09.2018)

retention oylamasında oyların yüzde 66'sı, Reynoso'nuninde yüzde 60'ı ve Grodin'inde ise yüzde 57'si hayır oyudur ve hakimler kürsülerini yitirirler.¹⁴⁵

Tennessee Yüksek Mahkeme hakimi Penny White da ölüm cezası lehinde tutum almadığı gerekçe gösterilerek hayır kampanyasına konu edilmiştir ve 1996 *retention* seçiminde makamını kaybetmiştir.¹⁴⁶

1998'de ise, bu kez kürtaj meselesi, California Yüksek Mahkemesi hakimlerini *retention* seçimleri öncesi hayır kampanyasının konusu haline getirir. Başyargıç Ronald M. George ve Hakim Ming W. Chin, yaşı küçük olanların kürtaj yaptırabilmesi için ebeveynlerinin rızasının gerekli olduğunu öngören bir eyalet yasasının anayasaya aykırı olduğuna karar verdikleri için kürtaj karşıtı bir grubun hedefi olur.¹⁴⁷ Bu kez hakimler seçimden büyük bir oy farkı ile galip çıkarlar. George için yapılan oylamada oyların yüzde 75'i, Chin için yapılan oylamada ise yüzde 69'u evet oyudur.¹⁴⁸

2004'te yine kürtaj meselesi nedeniyle, Arizona'nın Maricopa County Superior Court hakimi Kenneth Field ve William Sargeant *retention* seçiminde bloke edilmek istenmiştir. Hakim Fields fakir kadınların kürtajları için tıbbi olarak gerekli tüm masraflarının devlet tarafından karşılanması gerektiğini söylediği için; Hakim Sargeant ise 14 yaşında bir kız çocuğunun, eyalette sağlanmayan geç dönem kürtaj yönteminden yararlanabilmesi için koruyucu aile gözetiminde eyalet dışına götürülmesine izin verdiği gerekçesiyle kürtaj karşıtı muhafazakar bir sivil toplum örgütünün (*Anti-abortion Center for Arizona Policy*) hışmına uğramıştır. Hakimlerin görevlerine devam edememeleri için *retention* seçiminde hayır oyu verilmesi yönünde kampanya örgütleyen bu grup da seçimde istediği sonucu alamamıştır.¹⁴⁹

¹⁴⁵ **Dann/Hansen**, 2001, s.1432. Bunun sonucunda, Cumhuriyetçi muhafazakarların çoğunluğu ele geçirdiği Yüksek Mahkemede bu tarihten sonra mahkeme önüne gelen ölüm cezası içeren 76 dosyadan sadece 26'sı bozuldu. **Hager**, 1990.

¹⁴⁶ **Dann/Hansen**, 2001, s.1434.

¹⁴⁷ DOLAN Maura, "Members of High Court Face Ouster Attempt", **Los Angeles Times**, 18 Ekim 1998, <http://articles.latimes.com/1998/oct/18/news/mn-33924> (Erişim Tarihi: 04.09.2018).

¹⁴⁸ **Dann/Hansen**, 2001, s.1433.

¹⁴⁹ FISCHER Howard, "Groups Campaign For Ouster of Supreme Court Justice", **Arizona Daily Sun**, 23 Ekim 2012, http://azdailysun.com/news/local/state-and-regional/groups-campaign-for-ouster-of-supreme-court-justice/article_d372487d-91d3-56ae-a6db-

2009 yılında Iowa’da Yüksek Mahkeme, eyaletin evliliği erkek ve kadın arasında yapılan bir sözleşme olarak tanımlayan yasa hükmünü oybirliği ile geçersiz kılmıştır. Bu karar ile, eşcinsel evliliklerinin de önünü açmıştır. Ancak bu karar eyaletin muhafazakar kesimlerinin hoşuna gitmemiştir. 2010’da *retention* seçimine girecek olan üç hakim (Başhakim Marsha Ternus ve hakimler Michael Streit ve David Baker) hedef tahtasına konulur.¹⁵⁰ Eyalet dışındaki çeşitli muhafazakar grupların da desteği ile yaklaşık 1 milyon dolarlık bir kampanya bütçesi yaratılır. Bu girişime karşılık üç hakim bir karşı kampanya örgütlememeye karar vermiştir. Onlara göre böylesi bir şey yargının siyasallaşmasından başka bir şeye hizmet etmeyecektir. Neticede *retention* seçiminde üç hakim de kürsülerini kaybetmiştir.¹⁵¹

Hakimleri *retention* seçimlerinde karşı kampanyalarla yüzyüze getiren bir diğer neden ise, hakimlerin suçlulara karşı fazla yumuşak oldukları iddiasıdır. Suçlulara karşı ağır yaptırımların uygulanması gerektiğini savunan çeşitli kesimler, hafif cezalar verdiklerini düşündükleri hakimleri *retention* seçimlerinde hedef alabilmektedir. Örneğin 1992’de Florida Yüksek Mahkeme hakimi Rosemary Barkett, kürtaj konusundaki liberal tutumu yanında, suçlulara karşı yumuşak olduğu gerekçesiyle “hayır” kampanyası ile karşılaşmıştır. Bu muhalefet karşısında Hakim Barkett, kendi kampanyasını örgütleyebilmek için çoğunluğu avukatlardan oluşan çeşitli kesimlerden topladığı bağışlar ile yaklaşık 300 bin dolarlık bir seçim bütçesi oluşturmuştur. Televizyon reklamları, programlar, yazılı materyaller ve radyo reklamları gibi yollarla seçmene ulaşmaya çalışan Barkett, neticede, oylamaya katılan seçmenlerin yüzde 60’ının oyunu olarak görevde kalmayı başarmıştır.¹⁵²

Görüldüğü üzere 1990’lı yıllardan itibaren yargısal seçimlerin ateşinin yavaş yavaş yükselmesi, seçim süreçlerini, *retention* gibi çekişmesiz seçimler bakımından bile çekişmeli hale getirmektedir. Hatta bazı yazarlara göre, yargısal seçimler her geçen gün biraz daha “gürültülü, çirkin ve masraflı” hale gelmektedir.¹⁵³

7a59b81e076d.html (Erişim Tarihi: 04.09.2018).

¹⁵⁰ PITT David, “Iowa Justices Who Decided Gay Marriage Face Retention Vote”, **LGBTQ Nation**, 30 Ekim 2016, <http://www.lgbtqnation.com/2016/10/iowa-justices-decided-gay-marriage-face-retention-vote/> (Erişim Tarihi: 04.09.2018).

¹⁵¹ SULZBERGER A. G., “Ouster of Iowa Judges Sends Signal to Bench”, **The New York Times**, 3 Kasım 2010, <http://www.nytimes.com/2010/11/04/us/politics/04judges.html> (Erişim Tarihi: 04.09.2018).

¹⁵² Cecil, 2002, s.25-26.

¹⁵³ Croley, 1995, s.735.

Örneğin 1980’li yıllarda Ohio’da Yüksek Mahkeme başhakimliği için yapılan seçim kampanyalarının bütçesi yaklaşık 100 bin dolar iken, 1990’lara gelindiğinde 2.5 milyon doları aşmıştır. Pennsylvania’da 1987’de Yüksek Mahkeme hakimliği yarışı için yapılan harcama yaklaşık 523.000 dolar iken 1995’te 2.8 milyon dolara ulaşmıştır.¹⁵⁴ *Retention* seçimleri için de durum benzerdir. Örneğin 2010 yılında Illinois, Iowa, Alaska ve Colorado’da gerçekleştirilen “hayır” kampanyalarının bir sonucu olarak, *retention* seçimlerinde taraflar toplam 4.9 milyon dolar harcama yapmıştır.¹⁵⁵

Kampanya bütçelerinin bu kadar büyümesi demek, hakimlerin kampanya bütçelerini oluşturmak için daha fazla kişiden daha fazla miktarlarda bağış almak zorunda olması anlamına gelir. İşte bu durum, gerçekte tarafsızlık bakımından bir sorun yaratmadığı hallerde bile, mahkemelerin görünüşteki tarafsızlığını önemli biçimde zedelemektedir.¹⁵⁶

Yasama ve yürütme organlarına ilişkin seçimlerin aksine yargısal seçimlerde kampanya katkılarının toplandığı kesimler çok daha sınırlı bir çevreye karşılık gelir. Çoğu zaman bir hakimin kampanyasına yapılan desteklerin önemli bir bölümü, o mahkemede görülen davası olan avukatlardan ve davaların taraflarından (yahut davanın sonucundan dolayı olarak etkilenecek olan kesimlerden) gelmektedir. Örneğin bir araştırmaya göre, 1994-1997 yılları arasında yapılan Texas Yüksek Mahkemesi seçimlerinde kazanan adaylara yapılan kampanya katkılarının yaklaşık yüzde 40’ı bu kesimlerden gelmiştir.¹⁵⁷

Bir makam için aday olan bir kişinin, seçim yarışında, seçmenlerden maddi-manevi destek alması (kurallar dahilinde) olağan bir şeydir. Yargısal seçimlerde ise bu durum (kurallar dahilinde bile olsa), ortada “bağımsız” ve “tarafsız” olması beklenen bir makam söz konusu olduğu için, bir takım so-

¹⁵⁴ Schmidt, 2006, s.13; BEHRENS Mark A. / SILVERMAN Cary, “The Case For Adopting Apointive Juicial Selection Systems for State Court Judges”, **Cornell Journal of Law and Public Policy**, Vol.11, No.2, Bahar 2002, ss.273-360, s.278-279.

¹⁵⁵ SKAGGS Adam / DA SILVA Maria / CASEY Linda vd., **The New Politics of Judicial Elections 2009-10**, Justice at Stake Campaign, New York, 2011, s.7.

¹⁵⁶ Behrens/Silverman, 2002, s.278; CHANDONNET Brendan H., “The Increeading Politicization of the American Judiciary: Republican Party of Minnesota v. White and its Effects on Future Judicial Selection in State Courts”, **William & Mary Bill of Rights Journal**, Vol.12, No.2, 2004, ss.577-604, s.582-583.

¹⁵⁷ Behrens/Silverman, 2002, s.279-280.

runlara kaynaklık edebilmektedir. En basiti bir hakime kampanyasında katkı sağlayan bir kişi, hakim seçildikten sonra bir gün o hakimin görmekte olduğu bir davanın tarafı olabilir. Hakim davayı tarafsız ve adil bir biçimde görüp sonuçlandırmış olsa bile, (dava, bağışta bulunan taraf lehinde sonuçlanmış ise) verilen kararın görünüşte tarafsızlığı ve adilliği şaibeli hale gelebilir. En azından kaybeden tarafı, verilen kararın adil ve tarafsız olduğuna ikna etmenin oldukça zor olacağı açıktır.¹⁵⁸

Mahkemelerin sadece gerçekte değil, görünüşte de bağımsız ve tarafsız olması yargının meşruiyeti için vazgeçilmez şartlardan birisidir. Görünüşte tarafsızlığın sağlanmadığı bir toplumda yargıya güvenin tam anlamıyla tesis edilmesi mümkün olmaz. Bu nedenle, olağan seçimlerin yargının görünüşte tarafsızlığına verdiği zararın artık *retention* seçimlerinde de görülebildiği eleştirisi yapılmaktadır.¹⁵⁹

Kimi yazarlara göre, kampanya katkılarının sebep olduğu sorun sadece görünüşte tarafsızlık ile ilgili değildir. Bu parasal ilişkilerin hakimlerin karar alma süreçlerini pratikte de etkilediği iddia edilmiştir.¹⁶⁰

Texas'ta yapılan bir araştırmada, 1994-1998 yılları arasında Texas Yüksek Mahkemesi seçimlerinde avukatların/hukuk firmalarının yaptıkları katkı miktarları ile, bu avukatların Texas Yüksek Mahkemesine yaptıkları temyiz başvurularının kabul oranları karşılaştırılmıştır. Araştırmacılar bu iki değişken arasında bir doğru orantı olduğu sonucuna varmıştır. Texas Yüksek Mahkemesinin kendisine yapılan temyiz başvurularını kabul oranı yüzde 11 olmasına karşın, hakimlerin seçim kampanyalarında 250.000 dolar ve üzerinde bağışta bulunan avukatların temyiz başvurularının kabul oranının yüzde 56 olduğu görülmüştür. Hiçbir katkı sağlamayanlar için ise bu oran yüzde 5.5'tir. Behrens ve Silverman'a göre bu rapor, kampanya katkılarının yargısal süreçler üzerinde etkisinin olduğunu kanıtlar niteliktedir.¹⁶¹

Hakimlerin kararlarını etkileyen sadece seçim kampanyaları döneminde girdikleri parasal ilişkiler değildir. Yeniden seçilme yahut görevde kalma

¹⁵⁸ Webster, 1995, s.37; Behrens/Silverman, 2002, s.281-282.

¹⁵⁹ Chandonnet, 2004, s.583.

¹⁶⁰ HOTING Shaun, "The Crocodile in the Bathtub: An Examination of California's System For Judicial Selection", *American University Criminal Law Brief*, Vol.4, No.1, 2009, ss.2-15, s.9-12; Finley, 2003, s.57.

¹⁶¹ Behrens/Silverman, 2002, s.279-280.

kaygısı da hakimlerin kararları üzerinde etkili olabilir.¹⁶² Örneğin *retention* seçimine gireceği dönem yaklaşan bir hakim, o dönemde, toplumda hassas ve tartışmalı olan konularda karar verirken baskı altında hissedebilir; *retention* oylamasında kendisini bir “hayır” kampanyasının hedefi haline getirecek kararlar almaktan imtina edebilir.¹⁶³ Bu durum, hiç tartışmasız, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını tehdit eden bir durumdur. Eski California Yüksek Mahkeme hakimlerinden Otto Kaus bu durumu şöyle ifade etmiştir: “Bu, sabah tıraş olmak için banyoya gittiğinizde, küvetinizde bir timsah bulmaya benziyor. Orada olduğunu biliyorsunuz, düşünmemeye çalışıyorsunuz ama tıraşınızı olurken onun orada olduğundan başka bir şey düşünebilmeniz çok zor.”¹⁶⁴

Hakim Kaus’un söylediğini doğrulayan yönde kimi araştırmalar da vardır. Örneğin bir araştırmaya göre, Yüksek Mahkeme hakimleri, seçim zamanı yaklaştığında, önlerine gelen idam cezası kararlarını, seçmenin tepkisinden çekindikleri için (kararın bozulması gerektiğini düşünüyor olsalar bile) onama eğiliminde olabilmektedir.¹⁶⁵ Benzer bir durum, ceza davalarında verilen cezaların, *retention* baskısı gündeme geldiğinde biraz daha ağırlaşmaya başlaması biçiminde de yaşanabilmektedir. Çünkü seçmen çoğunluğu yargıçların suçluları cezalandırmada fazla yumuşak davrandığı görüşündedir.¹⁶⁶

Ancak belirtmek gerekir ki, hakimlerin kararlarını neyin ne kadar etkilediğini tam anlamıyla tespit etmek yahut ölçmek pek de mümkün değildir. Her şeyden önce bir hakimın karar verirken, zihninden neler geçtiğini tespit etmenin bir yolu yoktur. Hakimın verdiği karar üzerinde birçok şey etkili olabilir. Bunların neler olduğu ve her bir etkenin ne ölçüde etkili olduğunu

¹⁶² **Finley**, 2003, s.63; **CROLEY**, Steven P., “The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law”, **The University of Chicago Law Review**, Vol.62, 1995, ss.690-794, s.729-730.

¹⁶³ **Tarr**, 2009, s.614-615; **Jolly**, 2016, s.82-83.

¹⁶⁴ **UELMAN** Gerald F., “Crocodiles in the Bathtub: Maintaining the Independence of State Supreme Courts in an Era of Judicial Politicization”, **Notre Dame Law Review**, Vol.72, No.4, 1997, ss.1133-1153, s.1133.

¹⁶⁵ **Hall**, 1992, s.430 vd. Ayrıca bkz. **Hoting**, 2009, s.10-11.

¹⁶⁶ **BAUM** Lawrence, “Judicial Elections and Judicial Independence: The Voter’s Perspective”, **Ohio State Law Journal**, Vol.64, 2003, ss.13-41, s.34-35. Yargısal seçimlerin ceza davaları üzerindeki etkilerini belirlemeye dönük yapılmış bir araştırma için bkz. **BERRY** Kate, “How Judicial Elections Impact Criminal Cases”, **Brennan Center for Justice at New York University School of Law**, 2015.

tespit etmek ise imkansızdır. Bu bakımdan, yeniden seçilme yahut görevde kalma kaygısının hakim üzerinde bir etkisinin olacağı yorumu çok makul bir varsayım görünse de, ispatı ve ölçümü zordur. Dolayısıyla bu noktada söylenecek şeyler esasında varsayımlar üzerine kuruludur.

2. Retention Seçimleri Gerçekten Hesapverirliği Sağlıyor Mu?

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ve eleştiriler, çoğunlukla, yargısal seçimlere tümüyle karşı olan ve *merit selection* yöntemini özellikle *retention* seçimleri nedeniyle reddeden kesimlerin yüksek sesle dillendirdiği sorunlar ve eleştirilerdir. Bununla birlikte *retention* seçimlerine yönelik, tam zıt cepheden, yani yargısal seçimlerden yana olan ve bu nedenle *merit selection* yöntemini yetersiz ve anti-demokratik bulan kesimlerden de çeşitli eleştiriler getirilmiştir.

Bu kesimlerce dile getirilen en temel eleştiri, bu usulün gerçek anlamda bir denetim, dolayısıyla da bir hesapverirlik sağlamıyor olduğudur. Bu görüşe dayanak yapılan, pratiğe ilişkin üç temel veri vardır: 1) *Retention* seçimlerinde sürekli olarak hakimlerin çok büyük bir bölümü yüksek oy oranları ile seçmen onayını almaktadır. 2) Araştırmalar gerek yargı örgütü, işleyişi ve işlevleri, gerekse *retention* oylaması hakkında seçmenlerin çok az bilgi sahibi olduğunu göstermektedir. 3) Seçmenlerin *retention* seçimlerine katılım oranı çok düşüktür.

Bu üç veriye ve bunların *retention* seçimlerinin hesapverirliği sağlama işlevi ile nasıl ilişkilendirildiğine yakından bakalım.

a. Retention Seçimlerindeki Yüksek Onay Oranı

Her ne kadar *retention* seçimlerinde dönem dönem ateş yükselebiliyor ve bu durum seçim kampanyaları bağlamında olumsuzluklara kapı aralayabilir olsa da; toplam içerisinde böylesi vakaların oranı (artış eğiliminde olmakla birlikte) esasında çok düşüktür. Şimdiye kadar bir *retention* oylamasında kürsüsünü kaybeden hakim sayısı, toplam *retention* oylamalarının yüzde 1'ine dahi karşılık gelmez. Örneğin 1964-2006 tarihlerinde 10 eyaletin ilk derece ve üst derece mahkemeleri için gerçekleştirilen 6306 *retention* seçiminden yalnızca 56 tanesinde hakimin görevde kalmaması yönünde karar çıkmıştır.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Bu hakimlerin yarısından fazlası Illinois eyaletindendir. Illinois eyaletinde hakimin *retention* seçimini kazanabilmesi için oylamaya katılan seçmenlerin yüzde 60'ının oyunu alması

Birtakım tartışmalı siyasi konular nedeniyle “hayır” kampanyalarına konu edilme ihtimalleri daha yüksek olan ve eyaletin en yüksek mahkemesi olması itibarıyla seçmen içerisinde tanınırlığı görece daha fazla olan Yüksek Mahkeme hakimlerinin *retention* oylamaları bakımından da durum hemen hemen aynıdır. 1980 ile 2000 yılları arasında yapılan Yüksek Mahkeme *retention* seçimlerini inceleyen bir araştırmaya göre bu seçimlerde koltuğunu kaybeden hakimlerin oranı yüzde 2’yi bulmamaktadır.¹⁶⁸ Hatta bazı eyaletlerde şimdiye değin tek bir Yüksek Mahkeme hakimi bile *retention* oylamasını kaybetmemiştir. Örneğin Alaska’da 1976’dan bu yana 20’ye yakın Yüksek Mahkeme hakimi *retention* seçiminde seçmenin karşısına çıkmıştır ve kaybeden tek bir Yüksek Mahkeme hakimi olmamıştır.¹⁶⁹

Oylamalarda hakimlerin onay oranları (yani kullanılan evet oyları) da (son yıllarda hafif bir düşüş göstermiş olsa da) hala oldukça yüksektir. Bugün *retention* seçimlerinde hakimler, ortalama yaklaşık yüzde 70 oy oranı ile görevde kalmaktadır.¹⁷⁰

Hakimlerin çok istisnai haller dışında *retention* seçimlerinden sürekli galip çıkıyor olmaları, bu yöntemin gerçek bir denetim sağlayıp sağladığının sorgulanmasına yol açmaktadır. Hatta Charles Geyh’e göre, zaten *retention* seçimleri, hakimlerin görevden alınması riskini en aza indirmek amacıyla tasarlanmıştır. Bu durum, seçimlerin çekişmesiz, sessiz ve heyecansız seçimler olarak dizayn edilmesinden kaynaklanır. Zira yarışan adaylar yahut görüşler arasında bir tercihte bulunma durumu yoktur; takip edilecek bir seçim yarışı yaşanmaz; bir kazanan seçme fırsatı yoktur, destekleyecek parti yoktur vb.¹⁷¹

gerekir. Böylesi bir nitelikli çoğunluk şartına sahip tek eyalet burasıdır. Bkz. ASPIN Larry, “Judicial Retention Election Trends: 1964-2006”, **Judicature**, Vol.90, No.5, 2007, ss.208-213, s.210.

¹⁶⁸ Melinda Gann Hall, “Competition as Accountability in State Supreme Court Elections” dan Aktaran: **Tarr**, 2009, s.627.

¹⁶⁹ Bkz. <http://www.ajc.state.ak.us/sites/default/files/imported/retention/retvotes16.pdf> (Erişim Tarihi: 10.08.2018)

¹⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ASPIN Larry, “The 2010 Judicial Retention Elections in Perspective: Continuity and Change from 1964 to 2010”, **Judicature**, Vol.94, No.5, 2011, ss.218-224, s.219. Örneğin Indiana’da 1974 ile 2012 yılları arasında gerçekleşen 62 *retention* seçiminde hakimlerin onay oranı ortalama yüzde 69 olmuştur. Najam, s.36.

¹⁷¹ GEYH Charles Gardner, “Why Judicial Elections Stink”, **Ohio State Law Journal**, Vol.64, 2003, ss.43-63, s.54.

Eleştirmenlere göre, bu durum şöyle bir zincirleme sonuç üretmektedir: Böylesi sönük bir biçimde gerçekleşen *retention* seçimlerinden çoğu seçmenin haberi olmaz. Amerikan seçmenin bilgi sahibi olmadığı oylamalar konusundaki eğilimi ise, ya hiç o konuda oy kullanmamak ya da statüko lehinde oy kullanmaktır.¹⁷² İşte bunun bir sonucu olarak *retention* seçimine katılan hakimler (seçmenin dikkatini çekecek bir ‘hayır’ kampanyası olmadığı sürece) gerçek anlamda bir halk denetiminden geçmeksizin görevde kalmaya devam ederler. Bu nedenledir ki, *retention* seçimleri gerçek anlamda bir hesapverirlik sağlamaz.¹⁷³

Merit selection yanlılarına göre ise bu durum, büyük ölçüde, hakimlerin belirlenmesi prosedürünün başarısının bir göstergesidir. Bağımsız aday belirleme komisyonları aracılığıyla belirlenen hakimlerin kalitesinin yüksek olması, doğal olarak, *retention* seçimlerinde yüksek onay oranlarının elde edilmesini, hakimlerin aleyhinde kullanılan oyların düşük olmasını sağlamaktadır.¹⁷⁴

b. *Retention* Seçimlerinde Seçmenin Bilgisizliğinden Kaynaklanan sorunlar

Retention seçimleri, hakimlerin görevdeki performanslarının seçmenler tarafından değerlendirildiği aşamadır. Burada iki yönlü bir amaç olduğundan söz edilebilir. Bir yandan hakimlerin doğrudan halka hesapverir olması sağlanmakta, diğer yandan ilk aşamada (yani atama aşamasında) gözden kaçan yahut görevi icra etmeye başladıktan sonra görev için uygun olmadığı anlaşılan hakimlerin elemine edilmesini mümkün kılan ikinci bir süzgeç işlevi görmektedir.

Dolayısıyla *retention* oylaması hakimlerin görevdeki performansına, görevi icra etmedeki yeterliliğine ve başarısına odaklı bir değerlendirme süreci olarak tasarlanmıştır. Bu işlevini yerine getirebilmesi için seçmenin oyunu verirken bu bilinç ile davranması gerekir.¹⁷⁵ Eğer seçmenin oyunu belirleyen şey, hakimlin belli konulardaki siyasi duruşu, hangi siyasal çizgi-

¹⁷² Finley, 2003, s.60.

¹⁷³ McArdle, 2012, s.1805.

¹⁷⁴ Finley, 2003, s.71.

¹⁷⁵ Bkz. BAM Dmitry, “Voter Ignorance and Judicial Elections”, *Kentucky Law Journal*, Vol.102, No.3, 2013-2014, ss.553-599, s.565 vd.

den olduğu, etnik kimliği, cinsiyeti, ismen tanınmışlığı vb. hususlar olursa, *retention* seçimlerini olağan seçim yönteminden ayıran temel noktalardan birisi silinmiş olur. Hakimlerin rakipleri olmaksızın yarışıyor olması böylesi etkenlerin belirleyiciliğini bir nebze de olsa azaltmaktadır. Yani bir seçmenin kadın yerine erkek adaya oy vermesi, Latin kökenli olan yerine beyaz bir adayı tercih etmesi, liberal aday yerine muhafazakar olanı seçmesi gibi bir durum (bir karşı aday olmadığı için) *retention* seçiminde yaşanmaz. Ancak evet ya da hayır oyunu tercih ederken seçmenler pekala bu noktalara göre tercihte bulunabilir. Dolayısıyla seçmenlerin bilgili ve bilinçli bir biçimde oy vermesi, yani oy verirken söz konusu hakimın görevde olduğu süre boyunca gösterdiği performansı esas alarak kararını vermesi, *retention* seçimlerinin işlevini yerine getirebilmesi bakımından çok önemlidir.¹⁷⁶

Seçmenin bilinçli bir biçimde oy kullanması için, yalnızca oy kullanacağı aday hakkında bilgili olması yeterli değildir. Aynı zamanda oylamaya konu edilen makamın işlevi ve işleyişi hakkında da bilgi sahibi olması gereklidir. Seçmen her şeyden önce yargı fonksiyonu, onun devlet örgütlenmesi içerisindeki yeri ve rolü konusunda asgari bir bilgiye sahip olmalıdır. İkincisi, seçmenler, hakimlerin önlerine gelen uyuşmazlıkları hangi usuller ile ve hangi kural ve ilkelere bağlı olarak nasıl çözümledikleri konusunda da asgari düzeyde bir bilgiye sahip olmalıdır.¹⁷⁷ Ve üçüncüsü seçmenin hakkında karar vereceği hakimın görevde bulunduğu süredeki başarısını değerlendirebilmesine imkan tanıyan bilgilere sahip olması da gerekir. Bu üç hususta en azından asgari düzeyde bir bilgiye sahip olmayan seçmen kolaylıkla, yargısal işleyişe uygun biçimde verilmiş ancak kendisinin siyasal görüşüne uygun olmayan tek bir karar nedeniyle, yahut bir reklamda gördüğü ve duyduğu şeylere bakarak bir hakimın performansı hakkında olumlu veya olumsuz değerlendirme yapabilecektir. Dahası zaman zaman yanlış yönlendirmelere sebep olan propagandalara, sloganlara, reklamlara yahut adayların dış görünüşüne, ismen tanınmışlığına vb. bakarak karar verebilecektir.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Tarr, 2009, s.620-622.

¹⁷⁷ HAWKINS Scott G., “Perspective on Judicial Merit Retention in Florida”, **Florida Law Review**, Vol.64, No.5, 2012, ss.1422-1432, s.1428.

¹⁷⁸ Örneğin Irwin ve Real’a göre, bazı seçmenler retention oylamasında, oylama konusu hakimın performansını değerlendirmek yerine, sırf kamu görevlilerine yönelik genel bir güvensizlik duydukları için yahut suç oranlarına bir tepki olarak yahut yargı organları ile yaşadıkları olumsuz bir deneyim yüzünden “hayır” oyu vermektedirler. IRWIN John F. / REAL

Tam da bu nedenle, Dmitry Bam, seçim yönteminin hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin, seçim mekanizmasının kendisinden ziyade seçmen bilgisizliğinden kaynaklandığını vurgulamaktadır. Ona göre, bilinçli bir seçmen, sırf bir konuda siyasi görüşüne ters yönde (ancak hukuka uygun bir biçimde) karar verdi diye bir hakimin görevini kötü yaptığını düşünmez.¹⁷⁹ Yargının hak ve özgürlüklerin korunması bakımından üstlenmiş olduğu işlevi ve bu işlevin yerine getirilebilmesi için mahkemelerin gerektiğinde (usulsüz ve hukuksuz olmamak kaydıyla) çoğunluğun beklenti ve düşüncelerinin tersinde karar vermesi gerektiğini, demokrasiyi koruyan temel mekanizmalardan birisinin bu olduğunu az çok algılamış olan bir seçmen, kendi siyasi düşüncesine ters bile olsa yargısal işleyişe ve hukuka uygun kararlar alan bir hakimin aleyhinde oy vermekten imtina edecektir. Çünkü aksi bir durumun yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerinde nasıl olumsuz etkiler üretebileceğini, bunun da demokrasinin temellerini sarsacak düzeyde büyük bir tehlike olduğunu görebilir.¹⁸⁰ Dolayısıyla Bam'e göre, ancak seçim kampanyalarının ortaya çıkardığı çarpıklıkları ayırt edebilen, onların etkisinden sıyrılmış bilinçli seçmenler bir hakimin gerçek anlamda performansını değerlendirebilir.¹⁸¹ Başka bir ifadeyle, ancak bu şekilde gerçek anlamda bir hesapverirlik sağlanabilir.

ABD yazınında yargısal seçimler konusunda seçmen bilgisizliğinin düzeyini tespit etmeye yönelik çeşitli araştırmalar yapılmıştır. Yapılan araştırmalar, seçmenlerin, her şeyden önce, yargı örgütlenmesi ve onun işleyişi hakkında çok az bilgiye sahip olduğunu göstermektedir.¹⁸² Öte yandan seçmenlerin önemli bir bölümü *retention* seçimlerinin amacı ve işlevi konusunda da bilgi sahibi değildir.¹⁸³ En nihayetinde, bazı araştırmalara göre, seçmenler, *retention* oylamasına katılan hakimin ismi, makamı gibi oy kullanırken kararlarını belirleyecek en basit ve temel hususlarda dahi yeterli bilgiye sahip olmayabilmektedir.¹⁸⁴

Daniel L., "Thoughts About Enriching Judicial Independence by Improving the Retention Vote Phase of Appointive Selection Systems", **Court Review**, 2006, ss.60-67, s.61.

¹⁷⁹ **Bam**, 2013-2014, s.564 vd.

¹⁸⁰ **Irwin/Real**, 2006, s.61-62.

¹⁸¹ **Bam**, 2013-2014, s.564 vd.

¹⁸² **O'Connor/Jones**, 2008, s.17-18; **Schmidt**, 2006, s.18.

¹⁸³ Örneğin Florida Barosunun yaptırdığı bir anketin sonucuna göre, Florida seçmenlerinin yüzde 90'ı retention seçimleri hakkında yeterli bilgiye sahip değildir. **Hawkins**, 2012, s.1428.

¹⁸⁴ Belirtmek gerekir ki, seçmenlerin bilgisizliği yargısal seçimlere özgü bir durum değildir. Yasama ve yürütme üyelerinin/organlarının seçimlerinde de durum benzerdir. Ayrıntılı bilgi

c. *Retention* Seçimlerindeki Düşük Katılım Oranı

Seçmen bilgisizliğinin ürettiği tek sonuç, oylama sırasında seçmenlerin amaç dışı gerekçelerle yani bilinçsizce oyunu kullanıyor olması değildir. Oylama hakkında yeterince bilgi sahibi olmayan seçmenlerin önemli bir bölümü hiç oy kullanmamayı tercih etmektedir. Dolayısıyla seçmen bilgisizliği, seçmen katılımının da düşmesine sebep olmaktadır. Bu da *retention* seçiminin hesapverirliği sağlama işlevini yerine getirmesini engelleyen bir diğer olumsuzluktur.¹⁸⁵

İstatistiki verilere bakıldığında, yargısal seçimlere katılımın, yasama ve yürütme seçimlerine kıyasla daha az olduğu görülür. *Retention* seçimlerine katılım ise çoğu zaman diğer yargısal seçimlere olan katılımdan da daha azdır. Örneğin California’da 2004’de yapılan genel seçimlerde seçmen katılım oranı yüzde 59.2 olmuştur. Yargısal seçimlere katılım oranı ise yüzde 35.4’de kalmıştır. Yani eyalet yasama ve yürütme üyelerinin seçiminde oy kullanan seçmenlerin yüzde 59.8’i yargısal seçimlerde oy kullanmamayı tercih etmiştir. Bir hayır kampanyasının söz konusu olduğu seçimlerde katılım oranı biraz daha yükselse de, yine de, olağan seçimlere kıyasla düşüktür. Örneğin 1986’da Hakim Bird’ün *retention* seçiminde seçmen katılımı yüzde 43.4’te kalmıştır.¹⁸⁶

Gerek seçmen bilgisizliğine ilişkin, gerekse seçmen katılımının düşüklüğüne ilişkin bu verilerden hareketle *retention* karşıtları, bu mekanizmanın, işlevsiz olduğu, hesapverirliği sağlamaktan uzak olduğu sonucuna ulaşmaktadır.¹⁸⁷ *Retention* savunucuları ise, söz konusu verilerin *retention* oylamasından kaynaklanan bir durum olmadığını, seçmen bilgisizliğinin ve ilgisizliğinin demokrasiye dair genel bir problem olduğunu ifade etmektedir. Dahası *retention* seçimleri bağlamında bu sorunun çözümüne yönelik bir takım etkili çözümlerin de geliştirildiği vurgulanmaktadır.¹⁸⁸ Aşağıda değinilecek olan performans değerlendirme programları bunlardan birisidir.

için bkz. SCHLEICHER David, “Informing Consent: Voter Ignorance, Political Parties, and Election Law”, *University of Illinois Law Review*, Vol.2013, No.2, 2013, ss.363-432.

¹⁸⁵ Irwin/Real, 2006, s.61.

¹⁸⁶ Hoting, 2009, s.9.

¹⁸⁷ Webster, 1995, s.34.

¹⁸⁸ Örneğin Florida’da, Florida Barosu aracılığıyla (ve Amerikan Barolar Birliği ile Kadın Seçmenler Derneği’nin desteği ile), seçmenlerin merit selection yöntemi ve işleyişi konusunda bilgilendirilmesine yönelik 300.000 dolarlık bir eğitim kampanyası düzenlenmiştir. 2010’da benzer bir kampanya Colorado’da da gerçekleşmiştir. MAY Melissa S., “Judicial Retention Elections After 2010”, *Indiana Law Review*, Vol.46, 2013, ss.59-86, s.83-84.

3. *Retention* Seçimlerinin Etkinliğini Artırmak Amacıyla Geliştirilmiş Bir Formül: Performans Değerlendirme Programları

Merit selection savunucuları bir yandan sessiz sedasız, çekişmesiz, kampanyasız bir *retention* oylaması tasavvur edip savunmakta; ancak diğer yandan *retention* seçimlerini, seçmenlerin sürece etkin bir biçimde katılıp hakimlin görevdeki performansını değerlendirdiği ve böylelikle halka hesapverirliğin sağlandığı bir süreç olarak tarif etmektedir. Bu noktada akla şu sorular gelmektedir: Bir “hayır” kampanyası ortaya çıkmadığı sürece sessiz sedasız geçen, reklamlara, gazete haberlerine, TV programlarına pek fazla konu olmayan *retention* seçimleri hakkında seçmen nasıl bilgilenebilir? Bilgi sahibi olamaz ise *retention* sürecine nasıl etkin bir biçimde katılabilir? Etkin bir biçimde katılım olmazsa hesapverirlik nasıl sağlanacaktır? İşte *retention* seçimlerinin işlevselliği sorunsalının düğümlendiği yer burasıdır.

Bu konudaki çözüm arayışları, Missouri Planı’nın orijinal biçiminde yer almayan bir prosedürün sonradan *merit selection* sürecine eklenmesine kaynaklık etmiştir: Performans Değerlendirme Komisyonları.

Yargısal performans değerlendirme, hakimleri değerlendirmek ve seçmenlere *retention* seçimlerinde oy kullanırken yardımcı olacak bilgileri sağlamak amacıyla geliştirilmiş görece yeni bir araçtır. Günümüzde *merit selection* yöntemini kullanan bizim çalışmamızın kapsamına giren 15 eyaletten 5’inde performans değerlendirme programları bulunmaktadır: Alaska, Utah, Arizona, Colorado ve Missouri.

Bu eyaletler içerisinde ilk olarak Alaska 1976 yılında performans değerlendirme programını uygulamaya sokmuştur. Alaska’nın aday belirleme komisyonu olarak görev yapan *Judicial Council* aynı zamanda performans değerlendirmelerini yapmakla da görevli organdır. Alaska’da *retention* seçimine girmeden önce tüm hakimler performans değerlendirmesine tabi tutulmaktadır. Değerlendirme (atama aşamasında da esas alınan) beş temel kriter üzerinden yapılmaktadır: Hukuki yeterlilik (*legal ability*), tarafsızlık (*impartiality*), dürüstlük (*integrity*), hakimlin tavrı/duruşu (*temperament*) ve ihtimamı/titizliği (*diligence*).¹⁸⁹

Konsey, Alaska Barosuna kayıtlı aktif olan-olmayan tüm avukatlara,

¹⁸⁹ Alaska Judicial Council Bylaws, Art.I, Sec.1.

mahkeme görevlilerine, hakimle çalışmış tüm jüri üyelerine, denetimli serbestlik görevlilerine, sosyal hizmet görevlilerine, gardiyanlara vb. tüm ilgili kesimlere bir anket uygulamakta ve bu kesimlerden, *retention* oylamasına katılacak hakimi yukarıda verilen beş yönden puanlayarak değerlendirmelerini istemektedir. Ancak elbette performans değerlendirme sürecinde başvurulacak tek araç anketler değildir. Konsey ayrıca hakimin kendisinden de baktığı davalara ilişkin ayrıntılı bir formu doldurmasını istemektedir. Bunun dışında Konsey, hakimin baktığı davalarda görevden çekinmesi yönünde verilmiş olan taleplerin sayısına, hakimin temyizde bozulmuş kararlarının sayısına, hakimin disiplin siciline vb. de bakmaktadır. Ayrıca hakimin kendisiyle bir mülakat gerçekleştirir ve halka açık bir toplantı düzenleyerek vatandaşlardan gelen görüşleri de toplar.¹⁹⁰

Tüm bu incelemenin sonuçları bir rapor olarak, Konseyin web sitesi üzerinden kamuoyuna ilan edilmektedir. Konsey bu raporunu *retention* seçimi tarihinden en geç 60 gün öncesine kadar hazırlamak zorundadır. Hazırlanan raporda, elde edilen verilerin yanında, Konseyin, hakimin görevine devam edip etmemesi konusundaki önerisine de yer verilir. Konsey üyelerinin bu öneriye ilişkin kararı kaç oy ile aldığı da raporda belirtilir.¹⁹¹ Ayrıca eyalet genelinde valilik tarafından seçim öncesi bastırılan ve tüm seçmenlere ulaştırılan seçim broşürünün içerisine de bu raporun bir özeti eklenir.¹⁹² Böylelikle performans değerlendirme raporu her bir seçmenin adresine de ulaştırılmış olur.

Alaska'nın aksine diğer dört eyalette performans değerlendirme faaliyeti aday belirleme komisyonları tarafından değil, performans değerlendirme programını uygulamak üzere kurulmuş ayrı bir komisyon tarafından yapılır. Örneğin Arizona'da 1992'de yapılan Anayasa değişikliği ile uygulanmaya başlayan programa göre, *retention* seçimine katılacak hakimlerin perfor-

¹⁹⁰ Alaska Judicial Council Bylaws, Art.VIII. Ayrıca prosedüre ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Konseyin resmi websitesi: <http://www.ajc.state.ak.us/evaluating-judges/retention-evaluation-procedures> (Erişim Tarihi: 21.08.2018)

¹⁹¹ Alaska'da Yüksek Mahkeme hakimlerinin son *retention* oylaması 2016'da yapılmıştır. İki hakim *retention* oylamasına katılmış ve seçmenin onayını almıştır. Bu hakimler için hazırladıkları raporda konsey oy birliği ile hakimlerin görevde kalması önerisinde bulunmuştur. Hazırlanmış olan raporlara erişim için bkz. <http://www.ajc.state.ak.us/2016-retention-election> (Erişim Tarihi: 18.07.2018)

¹⁹² Alaska Judicial Council Bylaws, Art.VIII.

mans değerlendirmesi 34 üyeli bir komisyon (*The Commission on Judicial Performance Review*) tarafından yapılır. Üyelerin en fazla altısı avukat, en fazla altısı da hakim olabilir, diğerleri vatandaşlar arasından belirlenir. Üyelerin tümü Yüksek Mahkeme tarafından atanır ve dört yıl süreyle görev yaparlar.¹⁹³

Colorado’da 1998’de kurulmuş olan “*The State Commission on Judicial Performance*” üst mahkeme hakimlerinin performans değerlendirmesini yapar. 10 üyeli komisyonun üyeleri Vali, Yüksek Mahkeme başkanı, Senato başkanı ve Temsilciler Meclisi başkanı tarafından atanır. Vali ve Yüksek Mahkeme başkanı birer avukat ve ikişer tane de avukat olmayan üye atarlar. Meclis başkanları ise birer avukat birer avukat olmayan üye atarlar. Üyelerin görev süresi dört yıldır.¹⁹⁴

Missouri her ne kadar 1948’den beridir *retention* seçimleri öncesinde hakimlerin performansını değerlendiren birtakım usullere sahip olsa da, günümüzdeki biçimiyle bir performans değerlendirme programı 2008 yılında Yüksek Mahkeme tarafından oluşturulmuştur. Üst mahkemelerin hakimleri “*Appellate Judicial Performance Evaluation Committee*” tarafından değerlendirilir. Altısı avukat altısı avukat olmayan 12 üyeden oluşan komitenin üyeleri Missouri Barosu tarafından atanmaktadır.¹⁹⁵

1990 yılından beridir hakimlerin performans değerlendirmesinin yapıldığı Utah’da, bu faaliyetin bir bağımsız komisyon tarafından yürütülmeye başlanması 2008 yılında çıkarılan bir yasa ile gerçekleşmiştir. Buna göre 13 üyeden oluşan *Judicial Performance Evaluation Commission*’un üyelerinin 2’si Eyalet Senatosu başkanı, 2’si Temsilciler Meclisi başkanı, 4’ü vali ve 4’ü de Yüksek Mahkeme başkanı tarafından atanmaktadır. Bu üyelerden en fazla 7 tanesinin avukat olabileceği öngörülmüştür. Ayrıca *Commission on Criminal and Juvenile Justice* isimli yargısal komisyonun başkanı Perfor-

¹⁹³ Arizona Commission on Judicial Performance Review Rules of Procedure. Ayrıca bkz. The Commission on Judicial Performance Review resmi websitesi: <https://www.azcourts.gov/jpr/About-JPR/JPR-Process> (Erişim Tarihi: 21.08.2018) Bir Yüksek Mahkeme üyesine ilişkin hazırlanmış komisyon raporu için bkz. <https://www.azcourts.gov/jpr/Judicial-Performance-Reports/Judicial-Report/courtid/1/benchid/1> (Erişim Tarihi: 12.08.2018)

¹⁹⁴ Bkz. <http://iaals.du.edu/sites/default/files/documents/publications/coloradojpe.pdf> (Erişim Tarihi: 12.08.2018)

¹⁹⁵ Bkz. <http://iaals.du.edu/sites/default/files/documents/publications/missourijpe.pdf> (Erişim Tarihi: 12.08.2018)

mans Değerlendirme Komisyonunun da doğal üyesidir. Utah'da da komisyon üyelerinin görev süresi 4 yıl olarak belirlenmiştir.¹⁹⁶

Alaska'da olduğu gibi diğer dört eyalette de çeşitli kesimlere yönelik anketler düzenlenmek suretiyle belli başlı kriterler üzerinden hakimler değerlendirilmektedir.¹⁹⁷ Bu kriterlere dayanılarak yapılan değerlendirmeler için kullanılan anketler dışında kalan araçlar da büyük ölçüde benzerdir. Hakim tarafından doldurulan form, yapılan mülakat, halka açık toplantı, kamuoyunun görüşlerini bildirmesine imkan tanıyan çeşitli araçlar gibi Alaska'da kullanılan yöntemler, çoğunlukla diğer eyaletlerde de kullanılmaktadır. Farklı olarak, Utah'ta oldukça kapsamlı bir “duruşma sırasında hakimi gözlemleme” prosedürü vardır. Burada performans değerlendirmesine tabi tutulan hakim, belli bir süre, bu amaç için özel olarak belirlenmiş ve eğitilmiş kişilerce, mahkeme salonunda da gözlemlenmektedir.¹⁹⁸

Ve en sonunda, tıpkı Alaska'da olduğu gibi diğer eyaletlerde de, performans değerlendirmesi kapsamında yapılan tüm çalışmaların sonucunda komisyon bir rapor hazırlamakta ve bu raporu kamuoyu ile paylaşmaktadır. Bu rapor hakimin görevde kalıp kalmaması yönündeki komisyon önerisini de içermektedir.

¹⁹⁶ Bkz. <http://iaals.du.edu/sites/default/files/documents/publications/utahjpe.pdf> (Erişim Tarihi: 12.08.2018)

¹⁹⁷ Bu kriterler Arizona'da hukuki yeterlilik (*legal ability*), dürüstlük (*integrity*), iletişim yeteneği (*communication skills*), yargısal duruş/tavır (*judicial temperament*), ve idari performans (*administrative performance*) olarak belirlenmiştir. Bkz. <https://www.azcourts.gov/jpr/About-JPR/JPR-Process> (Erişim Tarihi: 12.08.2018). Colorado'da dürüstlük, hukuki bilgi (*legal knowledge*), iletişim yeteneği, yargısal duruş/tavır, idari performans ve kamuya ve mesleğe hizmet (*service to the legal profession and the public*) Bkz. <http://iaals.du.edu/sites/default/files/documents/publications/coloradojpe.pdf> (Erişim Tarihi: 12.08.2018) ; Utah'ta da benzer şekilde hukuki yeterlilik, dürüstlük, yargısal duruş/tavır ve idari performans olarak belirlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://judges.utah.gov/process/full-time-evaluation-details/> (Erişim Tarihi: 12.08.2018). Missouri'de ise hakimlerin görevlerini adil ve tarafsız bir biçimde gerçekleştirip gerçekleştirmedikleri, kararlarını hukuku düzgün bir şekilde uygulayarak ve doğru hukuki analizler yaparak verip vermedikleri, açık bir biçimde anlaşılır kararlar verip vermedikleri, mahkemenin yönetimini ve idari sorumluluklarını etkin bir biçimde gerçekleştirip gerçekleştirmedikleri, kararlarını hızlı bir biçimde verip vermedikleri, etik ilkelere uygun, dürüst, onurlu ve sabırlı davranıp davranmadıklarını tespiti yönelik anketler uygulanmaktadır. Bkz. <http://www.yourmissourijudges.org/reviews/criteria/> (Erişim Tarihi: 12.08.2018)

¹⁹⁸ Bkz. <https://judges.utah.gov/courtroom-observation-program/> (Erişim Tarihi: 12.08.2018)

Performans değerlendirme programlarının amacı, seçmenin hem *retention* uygulaması konusundaki bilgisizliğini, hem de seçmenin *retention* oylamasına gitmeden önce hakimlin performansına dair kapsamlı ve nitelikli bir bilgi edinerek sürece dahil olmasını sağlamayı amaçlar. Çıkar gruplarının yönlendirmelerine, siyasal hesaplara, reklamlara, propagandalara vs. bakılarak değil, objektif bir biçimde hakimlerin değerlendirilmesini güvence altına almayı amaçlar. Bu bağlamda, hesapverirliği sağlama konusunda getirilen eleştirilere ve yaşanan sorunlara karşı geliştirilmiş bir çözümdür diyebiliriz.¹⁹⁹

Bunların pratikte ne kadar işlevlerini yerine getirebildiği sorusuna verilecek cevap ise aday belirleme komisyonları bakımından yapılan yorum ve değerlendirmelere benzer bir içerikte olacaktır. Nitekim bu komisyonların da (tıpkı aday belirleme komisyonları gibi) görevini etkin bir biçimde yapabilmesi için, bağımsızlığının ve tarafsızlığının güvence altına alınmış olması, değerlendirme sürecinin işleyişine dair ilkelerin amaca uygun bir biçimde belirlenmiş ve uygulanıyor olması şarttır. Bunlara ek olarak, performans değerlendirmelerinin, *retention* seçimlerinde oy verme işlemi daha bilinçli bir faaliyete dönüştürebilmesi için, toplanan bilgilerin/verilerin seçmene etkin bir biçimde ulaştırılabilir olması gerekir. Bu bakımdan sadece komisyonların web siteleri üzerinden raporların yayınlanması ile yetinilmemesi, seçim broşürlerine dahil edilerek seçmenlere bizzat ulaştırılması ve bunlara basın ve yayın organlarında da makul bir biçimde ve düzeyde yer verilmesi gerektiği sıklıkla vurgulanmaktadır.²⁰⁰

SONUÇ

Günümüz ABD’inde, hakimlerin belirlenmesinde birçok farklı usul uygulanmaktadır. Bu usuller çoğunlukla dört temel yöntemin farklı kombinasyonlarından ortaya çıkmıştır: Siyasi atama, partizan seçim, partisiz seçim ve *merit selection* (yardımlı atama + görevde kalma seçimi). Bununla birlikte günümüzde *merit selection* yönteminin diğer yöntemlere kıyasla biraz daha baskın bir konumunun olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. ABD’ye

¹⁹⁹ May, 2013, s.84-85; O’Connor/Jones, 2008, s.21.

²⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. REDDICK Malia / KOURLIS Rebecca Love, “Judicial Performance Evaluation”, İçinde: Peter Koelling (ed.), **The Improvement of the Administration of Justice**, 8.bası, ss.155-178.

özgü bir usul olarak “*merit selection*” yöntemi, ilk ortaya atıldığı ve uygulanmaya başladığı dönemden bu yana, dönem dönem popülaritesi biraz azalmış olsa da, ABD eyaletlerince yaygın biçimde benimsenen yöntem olmuştur.

Merit selection yöntemi diğer yöntemlerin olumlu yönlerini bir araya getirip, olumsuz yönlerini dışarıda bırakan bir ara formül olduğu iddiasıyla ortaya atılmıştır.

Bu çerçevede, öncelikle, siyasi atama ve seçim yöntemlerindeki “siyasetin” baskın ve belirleyici yeri, “bağımsız” aday belirleme komisyonları aracılığıyla hakimlerin belirlenmesi suretiyle minimize edilmek istenmiştir. Böylelikle hakimlerin belirlenmesinde, adayların siyasi çizgileri, sahip oldukları siyasi ilişkiler değil, mesleki yeterliliklerinin ve yeteneklerinin esas alınması hedeflenmiştir. Yani liyakata göre hakimlerin belirlenmesi amaçlanmıştır.

Uygulamaya baktığımızda, komisyonun bu amaca uygun bir biçimde oluşturulduğu, bileşenlerinin bu amaca uygun biçimde ve yöntemlerle belirlendiği, komisyonun işleyiş ilkelerinin de bu amaca uygun olduğu yerlerde, gerçekten de (en azından diğer yöntemlere kıyasla) siyasetin süreçteki etkisini azaltıcı bir rolünün olduğu söylenebilir. Ancak komisyonun oluşumu ve işleyişi amaca uygun değilse, o zaman, eleştirmenlerinin de ifade ettiği gibi, bağımsız aday belirleme komisyonları aracılığıyla atama yöntemi siyasi atama yönteminin biraz hantallaştırılmış bir biçiminden başka bir şey olmayacaktır; siyasetin süreçteki rolü aynı kalırken sadece görüntüsü değişecektir.

Merit selection yönteminin elemine etmeyi amaçladığı bir diğer şey ise, seçim yönteminin yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerindeki tahrip edici yönleridir. Başka bir ifadeyle, *merit selection* yöntemi, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını tahrip etmeden, hakimlerin doğrudan halka hesapverirliğini sağlama çabasının bir ürünüdür. Bunu başarabilmek için geliştirilmiş araç ise *retention* (görevde kalma) seçimleridir. *Retention* seçimleri çekişmesiz seçimler olarak dizayn edilmek suretiyle, çekişmeli seçimlerin bir ürünü olan seçim kampanyaları, propagandalar, kampanya bütçesi için bağış toplama faaliyeti gibi yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını yıpratabilen süreçler dışarıda bırakılmak istenmiştir. Gerçekten de *retention* seçimleri, ilk başlarda bu ideali tam olarak karşılayan bir mekanizma olmuştur.

Ancak zaman içerisinde bu durum değişmiş ve bir dönem sessiz seda-

sız, çatışmasız, kampanyasız geçen *retention* seçimleri, dönem dönem, devasa kampanya bütçelerinin olduğu kıyasıya çekişmeli seçimlere dönüşür hale gelmiştir. Bu durum, eleştirmenlerin en çok dile getirdiği hususlardan birisidir. Bununla birlikte bu durum genel ve baskın bir gerçeklik olmaktan çok uzaktır. Hakimlerin ancak yüzde 1'inin *retention* seçimlerini kaybettiği ve seçmenin onayı alan hakimlerin ortalama yüzde 70 oy oranı ile seçimi kazandıkları da dikkate alındığında, böylesi durumları, olağanüstü durumlar yahut istisnai örnekler olarak tanımlamak çok da yanlış olmayacaktır.

Merit selection yönteminin özellikle *retention* seçimleri yönünden en çok sorgulanan yönü, bu yöntemin gerçekten hesapverirliği sağlayıp sağlamadığıdır. Bunun bir nedeni hakimlerin çoğunlukla bu seçimlerden yüksek oy oranları ile galip çıkıyor olmalarıdır; bir diğer nedeni ise seçmenin bu seçimler konusundaki bilgisizliği ve ilgisizliğidir. Seçmenlerin gerek yargı örgütünün işlevi ve işleyişi konusunda gerekse *retention* oylamasının amacı ve işlevi konusunda ciddi bir bilgi eksikliğinin olduğunu yapılan araştırmalar açık bir biçimde ortaya koymaktadır. ABD seçmeninin fazla bilgi sahibi olmadığı konulara ilişkin oylamalardaki tavrı ya bu oylamalarda hiç oy kullanmamak ya da mevcut durumu korumak amacıyla olumlu oy kullanmaktır. Nitekim *retention* seçimlerinde, çoğu zaman, konudan haberdar olmayan seçmen oylamaya hiç katılmamayı tercih etmektedir. İşte bu nedenle, halkın sınırlı bir bölümünün katıldığı oylamaların halka hesapverirliği sağlayıp sağlamadığı tartışılır hale gelmektedir. Dahası, seçmenin bilgisizliği, *retention* seçimlerini toplumdaki tartışmalı siyasi meselelere dair hesaplama yahut propaganda aracı olarak kullanmaya çalışan çevrelerin de işini kolaylaştırmaktadır. Hakimlerin görevdeki performansını ve yeterliliğini değerlendirip oylaması gereken seçmen, böylesi kampanyaların ortaya çıktığı dönemlerde, oyunu kullanırken, *retention* oylamasının amacı ile hiç ilişkisi olmayan konular/kriterler üzerinden değerlendirme yapmaya itilmektedir.

Merit selection savunucuları bu sorunları azaltabilmek amacıyla performans değerlendirme programlarını geliştirmiştir. Seçmenin oyunu bilinçli bir biçimde kullanmasını güvence altına alabilmek için geliştirilen bu programlar görece yeni programlardır ve (yayıma eğiliminde olmakla birlikte) henüz sınırlı sayıda eyalette uygulanmaktadır. Tıpkı aday belirleme komisyonları gibi bu komisyonlar da amaca uygun bir biçimde oluşturulur ve işletilir ise, seçmenlerin *retention* oylamasına katılım düzeyini gerek nicelik gerekse nitelik yönünden yükseltme potansiyeline sahiptirler.

KAYNAKLAR

- ALASKA JUDICIAL COUNCIL, <http://www.ajc.state.ak.us/>, (Erişim Tarihi: 12.07.2018).
- ASPIN Larry, “Judicial Retention Election Trends: 1964-2006”, **Judicature**, Vol.90, No.5, 2007, ss.208-213.
- ASPIN Larry, “The 2010 Judicial Retention Elections in Perspective: Continuity and Change from 1964 to 2010”, **Judicature**, Vol.94, No.5, 2011, ss.218-224.
- AUMANN Francis R., “Selection, Tenure, Retirement and Compensation of Judges in Ohio”, **University of Cincinnati Law Review**, Vol.5, 1931, ss.408-422.
- BAM Dmitry, “Voter Ignorance and Judicial Elections”, **Kentucky Law Journal**, Vol.102, No.3, 2013-2014, ss.553-599.
- BARRANCO A. J., “Don’t Eliminate the Right to Elect Florida’s Trial Judges”, **The Florida Bar News**, 15 Ağustos 1999, <https://www.floridabar.org/news/tfbnews/?durl=%2FDIVCOM%2FJN%2Fjnnews01.nsf%2FArticles%2FFD7271BB8A92C9A585256B10007838A0> (Erişim Tarihi: 02.09.2018)
- BARRON David, “Judges: Should They Be Elected or Appointed?”, **Wall Builders**, Ocak 2001, <https://wallbuilders.com/judges-elected-appointed/> (Erişim Tarihi: 01.09.2018).
- BAUM Lawrence, “Judicial Elections and Judicial Independence: The Voter’s Perspective”, **Ohio State Law Journal**, Vol.64, 2003, ss.13-41.
- BEHRENS Mark A. / SILVERMAN Cary, “The Case For Adopting Apointive Judicial Selection Systems for State Court Judges”, **Cornell Journal of Law and Public Policy**, Vol.11, No.2, Bahar 2002, ss.273-360.
- BERKSON Larry C., “Judicial selection in the United States: A Special Report”, American Judicature Society, 1999, <http://judicialselection.us/uploads/documents/Berkson1196091951709.pdf> (Erişim Tarihi: 29.08.2018)
- BERRY Kate, “How Judicial Elections Impact Criminal Cases”, **Brennan Center for Justice at New York University School of Law**, 2015.
- BIERMAN Luke, “Beyond Merit Selection”, **Fordham Urban Law Journal**, Vol.29, No.3, 2002, ss.851-872, s.858-859.

- BILLS Bronson D., "A Penny for the Court's Thoughts? The High Price of Judicial Elections", **Northwestern Journal of Law and Social Policy**, Vol.3, No.1, Kış 2008, ss.29-61.
- BIRD Frederick L. / RYAN Frances M., **The Recall of Public Officers: A Study of the Operation of the Recall in California**, New York: The MacMillan Company, 1930.
- BOPP James, "The Perils of Merit Selection", **Indiana Law Review**, Vol.46, 2013, ss.87-102.
- BRIFFAULT Richard, "Judicial Campaign Codes After Republican Party of Minnesota v. White", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol.153, 2004, ss.181-238.
- CADY Mark S. / PHELPS Jess R., "Preserving the Delicate Balance Between Judicial Accountability and Independence: Merit Selection in the Post-White World", **Cornell Journal of Law and Public Policy**, Vol.17, 2008, ss.343-381.
- CARRINGTON Paul D., "Judicial Independence and Democratic Accountability in Highest State Courts", **Law and Contemporary Problems**, Vol.61, No.3, Yaz 1998, ss. 79-126.
- CAUFIELD Rachel Paine, "How The Pickers Pick: Finding a Set of Best Practices For Judicial Nominating Commissions", **Fordham Urban Law Journal**, Vol.34, No.1, 2006, ss.163-202.
- CAUFIELD Rachel Paine, "What Makes Merit Selection Different?", **Roger Williams University Law Review**, Vol.15, No.3, 2010, ss.765-792.
- CECIL Victoria, "Merit Selection and Retention: The Great Compromise? Not Necessarily", **Court Review: The Journal of the American Judges Association**, Vol.39, No.3, 2002, ss.20-28.
- CELESTE Mary A., "The Debate over the Selection and Retention of Judges: How Judges Can Ride the Wave", **Court Review: The Journal of the American Judges Association**, Vol.46, 2010, ss.82-100.
- CHANDONNET Brendan H., "The Increasing Politicization of the American Judiciary: Republican Party of Minnesota v. White and its Effects on Future Judicial Selection in State Courts", **William & Mary Bill of Rights Journal**, Vol.12, No.2, 2004, ss.577-604.
- COLQUITT Joseph A., "Rethinking Judicial Nominating Commissions: Independence, Accountability, and Public Support", **Fordham Urban Law Journal**, Vol.34, No.1, 2006, ss.73-124.

- CROLEY Steven P., “The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law”, **The University of Chicago Law Review**, Vol.62, 1995, ss.690-794.
- DANN B. Michael / HANSEN Randall M., “Judicial Retention Elections”, **Loyola of Los Angeles Law Review**, Vol.34, June 2001, ss.1429-1446.
- DOLAN Maura, “Members of High Court Face Ouster Attempt”, **Los Angeles Times**, 18 Ekim 1998, <http://articles.latimes.com/1998/oct/18/news/mn-33924> (Erişim Tarihi: 04.09.2018).
- EROL Gonca, **Amerika Birleşik Devletlerinde Geri Çağırma Hakkı**, XII Levha Yay., İstanbul, 2017.
- ESCOVICZ Sari, **Judicial Sektion and Tenure**, American Judicature Society, Chicago, 1975.
- FINLEY Tillman J., “Judicial Selection in Alaska: Justifications and Proposed Courses of Reform”, **Alaska Law Review**, Vol.20, No.1, 2003, ss.49-77.
- FISCHER Howard, “Groups Campaign For Ouster of Supreme Court Justice”, **Arizona Daily Sun**, 23 Ekim 2012, http://azdailysun.com/news/local/state-and-regional/groups-campaign-for-ouster-of-supreme-court-justice/article_d372487d-91d3-56ae-a6db-7a59b81e076d.html (Erişim Tarihi: 04.09.2018).
- FITZPATRICK Brian T., “The Politics of Merit Selection”, **Missouri Law Review**, Vol.74, No.3, 2009, ss.675-709.
- GEYH Charles G., “Methods of Judicial Selection and Their Impact on Judicial Independence”, **Daedalus**, Sonbahar 2008, ss.86-101.
- GEYH Charles Gardner, “Why Judicial Elections Stink”, **Ohio State Law Journal**, Vol.64, 2003, ss.43-63.
- GLICK Henry R., “The Promise and the Performance of the Missouri Plan: Judicial Selection in the Fifty States”, **University of Miami Law Review**, Vol.32, No.3, 1978, ss.509-541.
- GOEBEL Thomas, **A Government by the People: Direct Democracy in America, 1890-1940**, Chapel Hill ve London: The University of North Carolina Press, 2002.
- GOLDSCHMIDT Jona, “Merit Selection: Current Status, Procedures, and Issues”, **University of Miami Law Review**, Vol.49, No.1, Sonbahar 1994, ss.1-123.

- GREENSTEIN, Maria N., **Handbook for Judicial Nominating Commissioners**, 2.bası, American Judicature Society, Des Moines, Indiana, 2004.
- GRIMES Samuel Latham, “Without Favor, Denial, or Delay: Will North Carolina Finally Adopt the Merit Selection of Judges”, **North Carolina Law Review**, Vol.76, No.6, 1998, ss.2266-2329.
- HAGER Philip, “No Opposition, Little Notice for 5 State Justices Up for Election”, **Los Angeles Times**, 4 Kasım 1990, http://articles.latimes.com/1990-11-04/news/mn-5654_1_supreme-court-justice (Erişim Tarihi: 15.09.2018).
- HALL Melinda Gann, “Electoral Politics and Strategic Voting in State Supreme Courts”, **The Journal of Politics**, Vol.54, No.2, 1992, ss.427-446.
- HANDBERG Roger, “Judicial Accountability and Independence: Balancing Incompatibles?”, **University of Miami Law Review**, Vol.49, 1994, ss.127-149.
- HAWKINS Scott G., “Perspective on Judicial Merit Retention in Florida”, **Florida Law Review**, Vol.64, No.5, 2012, ss.1422-1432.
- HOTING Shaun, “The Crocodile in the Bathtub: An Examination of California’s System For Judicial Selection”, **American University Criminal Law Brief**, Vol.4, No.1, 2009, ss.2-15.
- HYDE Laurance M., “Missouri Plan for Selection and Tenure of Judges”, **Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol.39, No.3, 1948, ss.277-287.
- INTERNATIONAL COMMISSION ON JURISTS, **International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors - A Practitioners Guide**, International Commission on Jurists, 2.bası, Cenevre, 2007.
- IRWIN John F. / REAL Daniel L., “Thoughts About Enriching Judicial Independence by Improving the Retention Vote Phase of Appointive Selection Systems”, **Court Review**, 2006, ss.60-67.
- JOLLY Richard Lorren, “Judges as Politicians: The Enduring Tension of Judicial Elections in the Twenty-First Century”, **Notre Dame Law Review Online**, Vol.92, No.6, ss.71-86.
- KALES Albert M., **Unpopular Government in the United States**, The University of Chicago Press, Illinois, 1914.

- MAY Melissa S., “Judicial Retention Elections After 2010”, **Indiana Law Review**, Vol.46, 2013, ss.59-86.
- McARDLE Andrea, “The Increasingly Fractious Politics of Nonpartisan Judicial Selection: Accountability Challenges to Merit-Based Reform”, **Albany Law Review**, Vol.75, No.4, 2012, ss.1799-1821.
- NAJAM Edward W. Jr., “Merit Selection in Indiana: The Foundation for a Fair and Impartial Appellate Judiciary”, **Indiana Law Review**, Vol.46, 2013, ss.15-38.
- O’BRIEN David, “The Politics of Judicial Selection and Appointments in Japan and Ten South and Southeast Asian Countries”, İçinde: Kate Malleson ve Peter Russell (ed.), **Appointing Judges in the Age of Judicial Power: Critical Perspectives**, University of Toronto Press, Toronto, 2006, ss.355-374.
- O’CONNOR Sandra Day / JONES RonNell Andersen, “Reflections on Arizona’s Judicial Selection Process”, **Arizona Law Review**, Vol.50, 2008, ss.15-24.
- OLDER Fremont, **My Own Story**, New York: The MacMillan Company, 1926.
- OLIN Spencer C., **California’s Prodigal Sons: Hiram Johnson and the Progressives, 1911-1917**, Los Angeles: University of California Press, 1968.
- OLSZEWSKI Peter Paul Sr., “Who’s Judging Whom? Why Popular Elections Are Preferable to Merit Selection Systems”, **Penn State Law Review**, Vol.1, 2004, ss.1-16.
- PERI Antonina, “Judicial Independence vs. Judicial Accountability. Judicial Selection For Constitutional Courts. A Comparative Analysis”, **Comparative Law Review**, Vol.3, No.1, 2012, ss.1-30.
- PHILLIPS Thomas R., “Electoral Accountability and Judicial Independence”, **Ohio State Law Journal**, Vol.64, No.1, 2003, ss.137-147.
- PITT David, “Iowa Justices Who Decided Gay Marriage Face Retention Vote”, **LGBTQ Nation**, 30 Ekim 2016, <http://www.lgbtqnation.com/2016/10/iowa-justices-decided-gay-marriage-face-retention-vote/> (Erişim Tarihi: 04.09.2018).
- POUND Roscoe, “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, **Crime & Delinquency**, Vol.10, No.4, ss.355-371.
- REDDICK Malia / KOURLIS Rebecca Love, “Judicial Performance Evaluation”,

- İçinde: Peter Koelling (ed.), **The Improvement of the Administration of Justice**, 8.bası, ss.155-178.
- SANDERSON John, **Biography of the Signers to the Declaration of the Independence**, J. Maxwell Printer, Philadelphia, 1827.
- SCHLEICHER David, "Informing Consent: Voter Ignorance, Political Parties, and Election Law", **University of Illinois Law Review**, Vol.2013, No.2, 2013, ss.363-432.
- SCHMIDT Ted A., "Merit Selection of Judges Under Attack Without Merits" **Arizona Attorney**, Şubat 2006, ss.13-20.
- SKAGGS Adam / DA SILVA Maria / CASEY Linda vd., **The New Politics of Judicial Elections 2009-10**, Justice at Stake Campaign, New York, 2011.
- SPIVAK Joshua, "California's Recall - Adoption of the 'Grand Bounce' for Elected Officials" **California History**, Vol.81, No.2, 2004, ss.20-37.
- STREB Matthew J., "The Study of Judicial Elections", İçinde: Matthew J. Streb (ed.), **Running for Judge: The Rising Political, Financial and Legal Stakes of Judicial Elections**, New York University Press, New York and London, 2007, ss.1-14.
- SULZBERGER A. G., "Ouster of Iowa Judges Sends Signal to Bench", **The New York Times**, 3 Kasım 2010, <http://www.nytimes.com/2010/11/04/us/politics/04judges.html> (Erişim Tarihi: 04.09.2018).
- TALLIAN Luran, **Direct Democracy An Historical Analysis of the Initiative, Referendum and Recall Process**, Los Angeles: People's Lobby Inc., 1977.
- TARR G. Alan, "Do Retention Elections Work?", **Missouri Law Review**, Vol.74, 2009, ss.605-633.
- THE COMMISSION ON JUDICIAL PERFORMANCE REVIEW Resmi Website-si, <https://www.azcourts.gov/jpr/About-JPR/JPR-Process> (Erişim Tarihi: 21.08.2018)
- TOKARZ Karen, "Women Judges and Merit Selection Under the Missouri Plan", **Washington University Law Quarterly**, Vol.64, No.3, 1986, ss.903-951.
- UELMAN Gerald F., "Crocodiles in the Bathtub: Maintaining the Independence of State Supreme Courts in an Era of Judicial Politicization", **Notre Dame Law Review**, Vol.72, No.4, 1997, ss.1133-1153.

UTAH JUDICIAL PERFORMANCE EVALUATION COMMISSION Resmi Websitesi, <https://judges.utah.gov/process/full-time-evaluation-details/> (Erişim Tarihi: 12.08.2018).

ÜNAL Şeref, “Yargı Bağımsızlığı”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 37, Sayı 3, Eylül 2004, ss.63-81.

VANDERBILT Arthur T., **The Challenge of Law Reform**, Princeton University Press, 2.bası, 1955.

WARRICK Lyle, **Judicial Selection in the United States: A Compendium of Provisions**, American Judicature Society, 2nd Ed., Chicago, 1993.

WEBSTER Peter D., “Selection and Retention of Judges: Is There One “Best” Method?”, **Florida State University Law Review**, Vol.23, No.1, 1995, ss.1-42.

ZACCARI Laura, “Judicial Elections: Recent Developments, Historical Perspective and Continued Viability”, **Richmond Journal of Law and the Public Interest**, Vol.8, No.1, Yaz 2004, ss.138-156.

Şartlı Feragate İlişkin Danıştay Kararının Düşündürdükleri

Arş. Gör. Nuray SÜMER*

Öz: Bu çalışmada imar planları konusunda merkezi idare ile yerel yönetimlerin yaşadığı gerilime ilişkin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurul kararına konu olan uyuşmazlık incelenmektedir. Bu karar, yargılama sürecinde davalının dava konusu imar planını davacı lehine değiştirmesi dolayısıyla davanın konusuz kalması ve davacının yargılama masrafları ve vekalet ücretine hükmedilmemek kaydıyla feragate bulunmasına ilişkindir. Yargılama sürecinde değerlendirilmesi gereken yargılama müesseselerinin çokluğu dolayısıyla uyuşmazlık yapı sökülüne tabi tutarak yargılamanın bütününe değerlendirilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Buna göre her aşama ihtimalli olarak ortaya konularak yargılama müesseselerinden davayı kabul, sulh anlaşması ve şartlı feragat konuları uyuşmazlık temelinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: idari yargı, feragat, şartlı feragat, kabul, sulh anlaşması, davanın konusuz kalması

Considerations of the Council of the State's decision on Retrakit Conditionally

Abstract: This study discusses the Council of State's decision about the tension between the municipal as a local government and the central administration on zoning plans. In this action, the defendant has been applied the actual retroactivity of the subject matter. Before the abatement of the law suit as a result of this fact, the plaintiff has been waived provided that litigation costs and council fee are not awarded. In considering several judicial institutions arising in this case, this study applies the deconstruction method to evaluate each stage as for the unity of adjudication. In accordance with that, each stage of the case has been evaluated under the judicial institutions such as retrakit, settlement during the adjudication, acceptance of case.

* Makale gönderim tarihi: 08.08.2018. Makale kabul tarihi: 20.11.2018

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0001-7404-7811); nuraysmr@gmail.com

Keywords: administrative justice, retraxit, retraxit conditionally, acceptance of case, settlement during case, abatement of a law suit

GİRİŞ

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurul kararına konu olan uyuşmazlık, merkezi idare teşkilatında yer alan Defterdarlık ile mahalli idare olan Belediyenin imar planları konusunda yaşadığı gerilimin yargıya taşınması sonucu, yargılama sürecinde Belediye'nin imar planını davacının talebi doğrultusunda değiştirmesi ile davanın konusuz kaldığından bahisle davacı Defterdarlığın, davayı sona erdiren ve usul hukuku müessesesi olan feragat müessesine yargılama giderleri ve vekalet ücreti ödenmemesi şartıyla başvurusunun, “şartlı feragat” olarak değerlendirilmesi ve yargılama masraflarını yüklenecek tarafın belirlenmesine ilişkindir.¹ Buna göre Hazineye ait taşınmazın da bulunduğu alan, Belediye Meclis Kararı ile 1/1000 ve 1/5000 ölçekli revizyon imar planlarıyla “turizm tesis alanı” olarak ayrılmıştır. Defterdarlık, daha önce “resmi kurum” olarak belirlenen alanın “turizm tesisi” olarak değiştirilmesinin hukuka aykırılığı iddiasıyla itiraz etmiş ise de Belediye söz konusu itirazın “değerlendirileceğini” belirtmiştir. Defterdarlık, Belediye'nin açık olmayan cevabı üzerine, bu cevabı talebin reddi sayarak dava açmıştır. Dava sürecinde, davalı Belediye'nin davacının istemi doğrultusunda plan değişikliği ile taşınmazın “turizm tesis alanından” çıkartılarak “resmi kurum” olarak belirlemesi üzerine dava konusuz kalmıştır. Defterdarlık, plan değişikliği sonrasında “yargılama giderleri ve vekalet ücretinin yükletilmemesi” kaydıyla feragat etmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu çalışma “feragat” müessesesi ve bu müessesenin idari yargılamada ortaya çıkan farklılıklarını konu almamaktadır.² Yazılanların tekrarı mahiyetinde olacağı ve kararın incelenmeyi gerek-

¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu (DİDDGK), E. 2014/4064, K. 2016/176, 4.2.2016. (Çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası www.kazanci.com, 8.10.2018.)

² Bu konudaki çalışmalar için bkz. GÜNDAY Metin, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İdarî Yargıda Uygulanması”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl, Ankara, s. 79-86; ÇAKMAK Münci, “İdari Yargıda Davadan Feragat”, AÜHFD, Y.2004, C. 53/1, ss. 185-194; AVCI Mustafa, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İdari Yargıda Uygulanması”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2011, S. 87-88, ss. 75-105; YAŞIN Melikşah, “İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul”, AÜEHFD, C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 149-184; DERE Şeyma Sancar, DERE Ahmet, “Genel olarak Feragat ve İdari Yargıda Feragatin Hü-

tiren unsurlarının ihmali sonucunu doğuracağı kaygısıyla bu yaklaşımdan kaçınılmıştır. Bu sebeple çalışma tek bir müessese üzerinden irdelenmemiştir; bunun yerine uyumsuzluğun bütününe ortaya koyan bir yaklaşım izlenilmiştir. Buna göre, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'na konu olan söz konusu uyumsuzluk yapı-sökümüne tabi tutularak ihtimaller üzerinden değerlendirilmiştir. Bu yaklaşım, ihtilafa konu olan uyumsuzlukta ele alınmasını gerektirir nitelikte birçok verinin varlığı dolayısıyla tercih edilmiştir. Buna göre, öncelikle yargılama sürecinde davacının feragat etmemiş olma ihtimali değerlendirilmiştir. İkinci olarak, feragatin şartlı olarak yapılmaması ihtimalinde davacının feragat sebebinin dikkate alınarak yargı tarafından değerlendirilmesi ele alınmıştır. Son bölümde ise dava masraflarına yönelik şerhe ilişkin idari yargının “kısmi feragat” nitelendirmesi ve “şartın sulh anlaşmasına dönüşme” ihtimali tartışılacaktır.

SENARYO I: DAVACININ FERAGAT ETMEMESİ İHTİMALİ

Davanın Konusuz Kalması ve Yargılama Giderleri Meselesi

Yargılama sürecinde davanın konusuz kalması dolayısıyla, davanın esas hakkında “karar verilmesine yer olmadığı kararı” verilmektedir. Bu kararla birlikte yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin hangi tarafa yükletileceği meselesi ortaya çıkmaktadır.

İdari yargıda yargılama giderleri, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na³ atıf yapılan konulardan biridir. Söz konusu düzenlemeye göre, hâkim davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderlerini yüklenecek tarafı belirleyecektir. Buna göre hâkim, işin esasına girerek davada haksız bulunduğu tarafı yargılama masrafları ve vekalet ücretine mahkûm edecektir.⁴

Haklılık durumunun tespitinde Danıştay'ın istikrarlı bir yaklaşım gös-

küm ve Sonuçları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2010, S.3, s. 195-234.

³ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, mad.331/1 (Bundan sonra HMK olarak metinde yer alacaktır.)

⁴ KURU Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal, İstanbul 2016, s.458. Diğer taraftan yargılama sürecinde davanın konusuz kalmasına bir kanun hükmünün veya bir Anayasa Mahkemesi kararının sebep olması halinde ise Yargıtay, “taraflarca yargılama giderlerinin kendileri üzerinde bırakılması, leh veya aleyhte vekalet ücretine hükmedilmemesi” şeklinde karar vermektedir. Yargıtay 4.HD, E.2015/1695, K.2015/5354, T.30.4.2015, YKD 2016/6.

terdiği iddia edilemez. Bu çalışmanın sınırları bakımından somut uyuşmazlık ekseninde tartışılması gereken konu, karar verilmesine yer olmadığı kararı verilen uyuşmazlıklarda haklılık durumunun nasıl tespit edileceğidir.

Açıktır ki söz konusu kararlar davaya konu işlemin hukuka aykırı olduğu tespitini içeren bir hüküm niteliğinde değildir.⁵ Sadece dava konusunun kalmadığına yönelik tespit hükmü mahiyetindedir.⁶ Danıştay, karar verilmesine yer olmadığı kararı verilen uyuşmazlıklarda haklılık değerlendirmesinde istikrarlı bir yaklaşım göstermemektedir. Bazı kararlarında ilk derece yargılamasında haklılık durumu tespiti yapılmadığından bahisle yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin idareye yükletilmesinin hukuka aykırı olduğunu belirterek, haklılık durumunun tespiti için isabetli olarak ilk derece mahkemesine gönderme kararı verirken,⁷ diğer taraftan haklılık durumu tespit edilemediği hallerde taraflara yükletilmesi gerektiğine hükmetmektedir.⁸

Davaya konu uyuşmazlıkta davanın konusuz kalması sonrasında davanın feragat etmemiş olması ihtimalinde mahkeme ne şekilde karar vermelidir? İlgili düzenleme dikkate alındığında, mahkemenin davanın açıldığı tarihte tarafların haklılık durumu değerlendirmesini ihtimaller dahilinde değerlendirmek gerekmektedir.

1. İhtimal A: İmar Planı Değişikliğinin Hukuka Uygunluğu

Belediye'nin davaya konu olan imar planı değişikliği hukuka uygun mudur? Uyuşmazlık konusu olan kararda herhangi bir veri bulunmadığından, daha sonra "resmi kurum" olarak ayrılan alanın "turizm tesis alanı" olarak

⁵ D. 5.D, E. 2013/7525, K. 2015/4753, 07.05.2015. (Çevrimiçi, Lexpera, www.lexpera.com, 08.10.2018)

⁶ KURU, s.457.

⁷ D. 5. D., E. 2013/7525, K. 2015/4753, 7.5.2015. (Çevrimiçi, Lexpera, www.lexpera.com, 08.10.2018)

⁸ D. 13.D., E. 2011/34, K. 2011/1938, 29.4.2011. (Çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası www.kazanci.com, 08.10.2018)

Bu noktada, yargının uyuşmazlık hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmederken diğer yandan "karara bağlansa idi uyuşmazlık konusu idari işlemin iptaline veya hukuka uygunluğuna" ilişkin açıklamalarının çelişki oluşturduğu iddia edilebilir. Yargının yargılama masraflarına hükmederken karar verilmesine yer olmadığı kararı yerine, "davanın açıldığı tarihteki şartlara göre 'hukuka uygun' veya 'hukuka aykırıdır' ancak kararın uygulanması imkânsız olduğundan davanın reddi" yaklaşımı kanaatimizce daha isabetli olabilir. Bu konu, çalışmanın kapsamı dışında kalacağından değinmekle yetinilmiştir.

belirlmesine ilişkin olarak yapılan değışiklik dikkate alınarak bu soru değeriendirilmeye çalışılacaktır.

Planlanma faaliyetinin bilimsel ve teknik olarak isabetli gerçekleştirilmemesi veya uygulamanın zorunlu kıldığı haller dolayısıyla imar planlarının değıştirilmesi söz konusu olabilir. Belediye'nin bu gibi sebeplerle plan değışikliğı yaptığı varsayımında, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu ve yargının davacı Defterdarlık aleyhine yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedeceği iddia edilebilir. Lakin Belediye'nin yargılama sürecinde dava konusu planı değıştirmesi, planlar arasındaki sürenin kısalığıyla⁹ birlikte değeriendirilmelidir. Planlamada ana kuralın “değıştirilmeme ilkesi” olduğu ve değışikliğin başvurulması gereken son çare olması gerekliliğı¹⁰, hukuki istikrar ve öngörülebilirlik ilkelerinin tamamlayıcı unsurları olarak değeriendirilmelidir. Belediye'nin uyuşmazlık konusu plan ve yargılama sürecindeki değışiklik tarihleri dikkate alındığında oldukça kısa addedilebilecek süreler söz konusudur. Bu halde Belediye'nin plan değışikliğı gerekçesi hukuka uygun olsa dahi, öngörülebilirlik çerçevesinde “kısa sürede yapılan bu değışiklik dolayısıyla oluşan külfet- ki somut uyuşmazlıkta yargılama masrafları ve vekalet ücreti- davacı taraf üzerinde bırakılmamalıdır.

2. İhtimal B: İmar Planı Değışikliğinin Hukuka Aykırılığı

İmar planlarının “yerleşme yerleri ve yapılaşmalar dikkate alınarak plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun”¹¹ olarak yapılması gerekir. Planlanmanın bu hususlar dikkate alınmadan yapılması halinde şehircilik ilkelerine ve kamu yararına uygun olmadığından bahisle hukuka aykırılığı gündeme gelecektir. Bu hususa ilişkin Danıştay'ın uyuşmazlık konusu kararında değeriendirmeleri bulunmadığından, bu veri yargılama sürecindeki işlemlerle birlikte değeriendirilecektir.

Belediye, dava konusu imar planını yargılama sürecinde Defterdarlığın talebi doğrultusunda değışirmiştir. Belediye'nin işlemini değışirmesinin

⁹ Dava konusu imar planı değışikliğı 01.11.2010 tarihinde yapılmıştır ve yargılama sürecinde 3.2.2011 tarihinde değıştirilmiştir. Söz konusu tarihler dikkate alındığında bu değışiklik sürecinin görece “kısa” olduğu iddia edilebilir.

¹⁰ AKİŞ Ercüment, “Belediye'nin İmar Planını Değışirmesi ve Hukuki Sonuçları”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Y. 1997, C. 6, S. 4, s.45.

¹¹ 3194 sayılı İmar Kanunu, mad.1, RG. 9/5/1985, K.T. 3.5.1985.

mahiyeti, usul müessesesi olan ve davalının yargılamayı sona erdiren “kabul” iradesi olarak değerlendirilebilir mi?

Kabul müessesesi, feragat gibi davaya son veren taraf muamelelerinden olup; davalının davacının netice-i talebine muvafakat etmesidir.¹² İdare, yargılama sürecinde açık irade beyanıyla “kabul” müessesesine başvurabileceği gibi; yapılan işlemde vazgeçmek, dava konusu edilen işlemin kaldırılması, istemin yerine getirilmesi, davaya konu kararın kaldırıldığı bildirimlerinin tartışmalı olmakla birlikte¹³ davanın kabulü hükmünü doğurduğu belirtilmektedir.^{14 15}

Uyuşmazlıkta davalı Belediyenin yargılama sürecinde yapmış olduğu imar planı değişikliğiyle dava konusuz kalmıştır. Belediye’nin davayı konusuz bırakan imar planı değişikliği herhangi bir değişiklik olmayıp; Defterdarlık talebi doğrultusunda dava öncesinde belirlenen “resmi kurum” işlevinin yeniden tesisine yöneliktir. Bağımsız olarak bu veri dikkate alındığında idari işlemin geri alınması olarak değerlendirilebilecek hukuki durum; imar planlarının genel düzenleyici işlem yönü ağır basan işlemler olması dolayısıyla “geri alma” değil, “kaldırma” olarak kabul edilmelidir.¹⁶ Bu değişikliğin

¹² HMK , mad.308/1.

¹³ Doktrinde işlemin geri alınması veya kaldırılmasının, kabul müessesesinden sonuçları itibarıyla farklı olduğu belirtilmektedir. Buna göre, işlemin kaldırılması ve geri alınması halinde yargılamanın davanın konusuz kaldığından bahisle sona ereceği ve idarenin aynı işlemi tekrar tesis edebileceği; buna karşılık kabul müessesesinin kesin hükmün sonuçlarını doğuracağı belirtilmektedir. Bknz. YASİN, s.177.

¹⁴ Nitekim, Danıştay, EPDK’nın idari para cezasının yargılama sürecinde kaldırılmasının, “işlemin geri alındığı ve geri almanın davanın kabulü niteliğinde olduğu”na hükmetmiştir. DİDDK, E. 2007/1432, K. 2009/726, 5.3.2009. (Çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası www.kazanci.com, 08.10.2018). Detaylı bilgi için bknz. KARAGÖZOĞLU Fevzi, Danıştay Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Kabul, Fon Matbaası, Ankara 1975.

¹⁵ Belirtmek gerekir ki, davalı idare tarafından yapılan kabul beyanının, idari işlemin geri alınması veya kaldırılması ile ilgili kurallara uyularak yapılması gerekir. Bknz. CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usul Kanunu, Pwc, İstanbul 2017.

¹⁶ İşlemin niteliğinin belirlenmesi, hukuken ‘ortadan kaldırılma anının’ belirlenmesi açısından önemlidir. İdare tarafından yapılan değişiklik işlemin ‘geri alınması’ niteliğinde ise, işlem yapıldığı andan itibaren geçmişe etkili olarak bütün hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kalkar ve dava konusuz kalır. Buna karşılık işlemin ‘kaldırılması’ veya ‘değiştirilmesi’ niteliğinde ise, bu iradenin ortaya konulmasından itibaren işlem ortadan kalkmaktadır ve işlemin “kaldırılması” iradesine kadar geçen sürede bir zarar doğmuşsa söz konusu zararlara yönelik yargılamanın devam etmesi beklenir. (Geri alma ve kaldırma için bknz. TAN Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, Sevinç Matbaası, Ankara 1970) Uyuşmazlık konusunda idare

mahiyeti ne olursa olsun, yargılama sürecinde işlemin Defterdarlığın talebi doğrultusunda değiştirilmiş olması dolayısıyla “davayı kabul”¹⁷ müessesesine başvurulduğu iddia edilebilir. Davayı kabul halinde ise, mahkeme karar verilmesine yer olmadığı kararı ile yargılama masrafları ve vekalet ücretini kabul iradesini “örtülü” kullanan davalı Belediye aleyhine hükmedecektir.¹⁸

Kabul iradesi usuli bir işlem olması dolayısıyla ispat vasıtası olarak başvuru “ikrar”dan farklıdır ve kural olarak dava konusu işlemin hukuka aykırılığının kabulü sonucunu doğurmaz.¹⁹ Yargılama sürecinde Belediye’nin örtülü kabul iradesi, dava konusu imar planının hukuka aykırı olduğu ikrarını içermemektedir. Ancak yukarıda da ifade olunduğu üzere Belediye, önceden belirlenen işlevin yeniden belirlenmesine ilişkin olarak bir değişiklik yapmıştır. Bu olgu, yalnızca dava konusu işlemin hukuka aykırı olabileceğine ilişkin “karine” olarak ele alınabilir; ancak tek başına hukuka aykırılığın gerekçesi olarak bu hususa kanaatimizce başvurulamayacaktır.

HMK düzenlemesi açıkça yargılama masrafları ve vekalet ücretinin haklılık durumu tespitiyle belirlenmesi gerektiğini ifade ederken, tespit edilmemesi ihtimaline yer vermemiştir. Haklılık durumu tespiti yapılamadığı hallerde Danıştay’ın yargılama giderlerini tarafların üzerine bıraktığı²⁰ kararları söz konusudur. Bu takdirde, yapılan yargılama masrafları Belediye ve Defterdarlık üzerine bırakılacaktır.

Yukarıda verilen bilgiler ışığında, hukuka aykırılık değerlendirmesinden bağımsız olarak Belediye tarafından yargılama sürecinde yapılan değişikliğin “kabul” iradesi olarak değerlendirilmesi ile birlikte, yargılama masrafları bu müesseseye örtülü olarak başvuran Belediye’ye yüklenecektir. Zira Belediye aynı zamanda Defterdarlık’ın itirazlarını dikkate almayarak davanın

tarafından dava konusunda eski imar planındaki vasfın yeniden belirlenmesine yönelik değişiklik yapılmıştır ve dava konusuz kalmıştır; ancak bu süreçte Defterdarlığın imar planı değişikliği dolayısıyla uğradığı zararlar – dava konusu edilmiş ise bu davada, dava konusu edilmemiş ise açılacak ayrı bir tam yargı davası ile talep edilebilecektir.

¹⁷ Davanın kabulü müessesesinde, tarafların iradelerinin olmadığından bahisle “davanın kabulü” değil, “davayı kabul” ifadesinin yerinde olacağı hk. bkzn. KARAGÖZOĞLU, s.42.

¹⁸ HMK, mad.312.

¹⁹ PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES Muhammed, Medeni Usul Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5. Basım, İstanbul 2017, s.424.

²⁰ D. 13.D, E. 2008/10925, K. 2012/125, 23.1.2012. (Çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası www.kazanci.com, 08.10.2018)

açılmasına sebebiyet vermiştir. HMK düzenlemesine göre “davanın açılmasına sebebiyet vermemiş ise”²¹ davalı aleyhine yargılama masraflarına hükmedilmeyecektir. Uyuşmazlıkta Defterdalık’ın itirazlarını değerlendirmeyen ve davanın açılmasına sebep olan Belediye’nin yargılama aşamasında zımni olarak davayı kabulü dolayısıyla yargılama masrafları ve vekalet ücreti aleyhine hükmolunacaktır.

SENARYO II: DAVACININ “ŞARTA BAĞLI OLMADAN” FERAGAT ETMESİ İHTİMALİ

Belediye tarafından yapılan imar planı değişikliğinin 10/2/2011 tarihinde dava dosyasına sunulması üzerine, Yalova Defterdarlığı’nın “yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedilmemek kaydıyla davadan vazgeçme beyanında” bulunduğu görülmektedir. Davacının herhangi bir şart öngörmeden feragat etmiş olması ihtimalinde yargılama giderlerinin akıbetine ilişkin varsayımlar bu başlık altında değerlendirilecektir.

İdari Yargılama Hukukunda, mevzuatın HMK’ya atıf yaptığı konulardan biri de feragattir. İlgili düzenleme dikkate alındığında feragat, hüküm kesinleşinceye kadar davacının talep konusundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi olarak tanımlanmakta ve feragat halinde feragat eden tarafın aleyhinde hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edileceği belirtilmektedir.²²

Feragat halinde yargılama giderlerinin yükleneceği tarafın belirlenmesinde “davanın açılmasına sebebiyet verme” kriteri uygulanır mı? HMK düzenlemesi, davanın açılmasına sebebiyet verme halini Senaryo I’de de belirtildiği üzere “kabul” müessesesi bakımından kabul etmiştir.²³ Buna göre davalı Belediye, davanın kendi hal ve hareketleriyle açılmasına sebebiyet vermemiş ise davayı kabul halinde yargılama masraflarına hükmolunmayacaktır. Yalnızca “kabul” müessesesinde geçerli olmak üzere getirilen bir düzenlemenin kıyasen feragat müessesesi açısından da değerlendirilmesi söz konusu olabilir mi? Yargıtay içtihadı uyarınca söz konusu düzenleme feragat müessesesi bakımından uygulanmamaktadır.²⁴

²¹ HMK mad.312/2.

²² HMK, mad.307/1 ile mad.312/1.

²³ HMK mad.312/2.

²⁴ Y. 11. HD, 15.03.2004, 8249/2482, aktaran GÖRGÜN Şanal L., BÖRÜ Levent, TOR-

Bununla birlikte idari yargının yargılama giderleri ve vekalet ücretini yüklenecik tarafın belirlenmesinde “davanın açılmasına sebep olma” kriterine başvurduğu kararları söz konusudur.²⁵ Nitekim somut uyuşmazlıkta da Danıştay 6. Dairesi, yargılama giderleri meselesinde, Belediye’nin davanın açılmasına sebep olduğu gerekçesiyle yargılama masraflarına katlanacağına hükmetmiştir. Feragat müessesesinin değerlendirilmesinde davanın açılmasına sebep olma kriterine başvurulamayacağına yönelik medeni usul düzenlemesi ve Yargıtay içtihadı karşısında Danıştay 6. Dairesinin somut uyuşmazlıktaki yaklaşımını yargılama sürecinden kısaca bahsederek değerlendirmek gerekir.

Yargılama devam ederken davalı Belediye, dava konusu imar planı değişikliğini davacı Defterdarlık lehine değiştirmiştir ve dava konusuz kalmıştır. Davacı Defterdarlık konusuz kalan davayı, feragat müessesesine başvurarak sona erdirmek istemektedir. Danıştay 6. Dairesi bu hususu dikkate alarak usul müessesesi olan feragati müstakil bir usuli işlem olarak değerlendirmeyip; adeta gerekçesiyle birlikte değerlendirilmeyi gerektiren maddi yönü bulunan bir müessese olarak ele almıştır. Buna göre feragat başvurusu, adeta unsurları olan bir idari işlem gibi yapı sökülümüne tabi tutulmakta ve feragat iradesi, feragat sebepleriyle birlikte ele alınmaktadır. Söz konusu müessese somut uyuşmazlıkta herhangi bir dışsal unsura hasredilememekte; zira doğrudan davanın tarafı olan Belediye’den sadır olan ve işlemi davacı Defterdarlık lehine değiştirmesi sonucu artık dava konusu kalmayan yargılamayı sona erdirmeye yönelik bir irade beyanıdır. ‘Davalı’ Belediye’nin ‘dava konusu işlemi’ değiştirmesi sebebiyle feragat edilmektedir. Dolayısıyla feragat, Defterdarlık’ın bağımsız iradesinin bir ürünü değildir. Uyuşmazlıkta adeta Defterdarlık’ın feragat iradesi, davayı sona erdiren kurucu/ inşai değil; konusuz kalan davayı sona erdiğini belirten gösterici mahiyettedir.

Açık yasal düzenleme ve Yargıtay içtihadı dikkate alındığında davanın açılmasına sebep olma kriterinin feragat müessesesi bakımından uygulanmaması gereği karşısında Danıştay 6. Dairesinin bu yaklaşımını ne şekilde değerlendirmek gerekir? Açık düzenlemenin aksine atfı yapılan usul kuralı davanın bütününe dikkate alarak Danıştay tarafından zımnen “davanın açıl-

MAN Barış, KODAKOĞLU Mehmet, Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Yetkin, 2017, s.627.

²⁵ D. 3.D, E.2015/1380, K.2015/4976, 23.6.2015; D. 14. D., E. 2015/10944, K. 2015/10717, 24.12.2015. (Çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası www.kazanci.com, 08.10.2018)

masına sebebiyet verme” kriterine başvurularak çözüldüğü iddia edilebilir. Bu iddianın temelinde ise, feragat iradesi öncesinde Belediye’nin zımni olarak “davayı kabulü”nün yer aldığı iddia edilebilir.

SENARYO III: DAVACININ “ŞARTLI” FERAGAT ETMESİ

Dava konusu uyuşmazlıkta Defterdarlık tarafından feragat iradesinin “yargılama giderleri ve vekâlet ücretine” hükmedilmemek kaydıyla yapılması “şartlı feragat” olarak nitelendirilebilir mi? Şartlı feragat olarak kabul edilirse, teorik olarak söz konusu feragatin şartlı yapılamayacağından bahisle feragatin kabul edilemeyeceği ve mahkemenin bu halde konusuz kalan dava dolayısıyla çalışmanın başında ileri sürülen ilk senaryoya göre karar vereceği iddia edilebilir. Şayet “yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedilmemek” tam anlamıyla bir şartlı feragat olarak değerlendirilmez ise, ilgili kısmın “bypass” edilerek kısmi feragat kabul edilmesi ve ilgili kısma ilişkin feragatin kabul ve sonuç doğuracağı ileri sürülebilir. Bu durum, yargının bu konudaki yaklaşımıyla birlikte değerlendirilecektir.

Feragat, davayı sona erdiren usuli bir işlem olmasının yanında uyuşmazlık konusu olan haktan da vazgeçme mahiyeti dolayısıyla aynı zamanda maddi hukuk işlemi olarak kabul edilmektedir.²⁶ Şartlı feragat, tek taraflı bir beyanla davanın esastan sona erdirilmesi ve davanın kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurması sebebiyle yasaklanmıştır.²⁷ Uyuşmazlığa konu olan olayda, Danıştay 6. Dairesi’nin yargılama masrafları ve vekalet ücretine hükmedilmemek kaydına ilişkin feragat nitelendirmesi bu kısımda ele alınacaktır.

1. Şartın “İhmali” ve “Kısmi Feragat” olarak Nitelendirilmesi

Uyuşmazlıkta mahkemelerin “yargılama giderlerine ve vekalet ücretine hükmedilmemesi” kaydına ilişkin değerlendirmeleri dikkate değerdir.

İlk derece mahkemesi²⁸ oldukça sade ve detaylardan uzak, yalnızca “feragat dolayısıyla davanın konusuz kaldığı” şeklindeki değerlendirmesiyle

²⁶ KURU, s.525.

²⁷ HMK, 309 mad/ 4: “Feragat ve kabul, kayıtsız ve şartsız olmalıdır.”

²⁸ Bursa 2. İdare Mahkemesi, E.2011/46, K.2011/172, 14/03/2011. Karara ilişkin ilgili bilgi, DİDDGK kararının ilgili kısmında yer almaktadır. Bknz. DİDDGK, E. 2014/4064, K. 2016/176, 4.2.2016. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası www.kazanci.com, 08.10.2018)

karar verilmesine yer olmadığına karar verirken; davacının “şartına ilişkin” herhangi bir değerlendirmede bulunmayarak, doğrudan feragat eden davacı aleyhine yargılama giderlerine hükmetmiştir. Mahkemenin “şartlı feragat” olamayacağından bahisle ilgili şerhi *ipso iure* ihmal ederek, davanın sona erdirilmesi konusunda yapılan feragat iradesini değerlendirdiği görülmektedir. Teorik olarak şartlı feragat halinde mahkemenin feragati dikkate almayarak davaya devamı gerekirken, ilk derece mahkemesi ilgili kısmı “ihmal” ederek “kısmi feragat” olarak nitelendirmiştir ve feragat dolayısıyla davayı sona erdirmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu ise, ilk derece mahkemesinin zımni değerlendirmesinden farklı olarak açıkça yargılama giderleri ve vekalet ücretine yönelik şerhin feragat kapsamında değerlendirilebilecek bir konu olmadığına hükmetmiştir. Buna göre, feragat iradesi davacının talep sonucundan vazgeçmesidir ve davacının talebi dava konusu işlemin iptalidir. Yargılama masrafları hususu işlemin iptaline ilişkin bir mesele olmayıp, davada haklılık durumuna göre veya feragat ve kabul iradelerine göre belirlenir.

Yargılama masraflarına ilişkin feragat iradesinin talep konusu dışında değerlendirilmesi isabetli midir? Davacının talebinin mahiyeti, dilekçede yer alan dava konusu ve netice-i talepte ele alınan talepler midir; yoksa feragat iradesine ilişkin talep yalnızca maddi ihtilafa ilişkin midir?

HMK düzenlemesine göre feragat, davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi²⁹ olarak nitelendirilmekte ve yargılama giderlerinin irade beyanında bulunan tarafa yükletileceği³⁰ belirtilmektedir. Feragat ilişkin pozitif düzenleme dikkate alındığında yargılama masraflarının feragat kapsamı dışında değerlendirildiği görülmektedir. Dava dilekçesinde “yargılama giderleri” netice-i talep olarak belirtilmesine rağmen, feragat iradesi dava konusuna ilişkindir.

Yargılama giderleri ve vekalet ücreti, esasında dava konusuna bitişik olan ve ondan bağımsız değerlendirilebilecek bir konu değildir. Şöyle ki işlemin hukuka uygunluk değerlendirmesinin sonucuna bağlı olarak yargılama giderleri ve vekalet ücreti aleyhine yükletilecek taraf belirlenmekte-

²⁹ HMK mad.307.

³⁰ HMK mad.312/1f.

dir. Ancak feragat ilişkin pozitif düzenleme, açıkça yargılama masraflarını talep konusundan ayrı değerlendirmektedir. Söz konusu düzenleme, davayı sonlandırma iradesi bulunan davacının, feragat iradesinin sonuçlarına katlanarak yargılama masrafları ve vekalet ücretinin aleyhine hükmedileceğini belirtmektedir. Her ne kadar feragat ve yargılama masrafları arasında birbirlerinden bağımsız değerlendirilemeyecek bir neden sonuç ilişkisi bulunsada, açık düzenleme dolayısıyla aksi kabul edilemeyecektir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, söz konusu düzenlemeyi esas alarak yargılama masraflarının feragat kapsamında değerlendirilmeyeceğini belirtmiştir ve feragat halinde davacının masraflara katlanacağına hükmetmiştir.

2. “Şart”ın “Sulh” İradesine Dönüşmesi

Yukarıda da ifade olunduğu üzere, şartlı feragat halinde mahkemeler kural olarak “şartlı feragat yapılamayacağından bahisle” talebi ihmal ederek davaya devam eder. Medeni usul hukukunda mahkemeler şartlı feragat talebini doğrudan reddetmemekte ve davalının ilgili şartı kabulü halinde feragat iradesi nitelik değiştirerek sulh anlaşmasına dönüşmektedir.³¹ Danıştay, söz konusu yaklaşımı dikkate alarak Defterdarlık’ın şartlı feragatini sulh iradesi olarak değerlendirebilir mi? Dahası, bu takdirde davalı Belediye’nin şartı kabulü halinde dava sulh iradesiyle sona erdirilebilir mi?

Mecellenin ifadesi ile sulh, “*bit-terazi niza’ı refeden bir akittir ki icap ve kabul ile mün’akid olur.*” Feragat ve kabul gibi davayı sona erdiren taraf işlemlerinden olan sulh³², diğerlerinden farklı olarak Mecelle’de ifade edildiği üzere sözleşme mahiyetindedir. Sulh iradesinin dava konusu edilen uyuşmazlıkta maddi ve usuli karakteri değerlendirilerek şartın sulh iradesine dönüşme ihtimali tartışılacaktır.³³

Defterdarlık’ın konusuz kalan davayı sona erdirme iradesinin maddi anlamda uyuşmazlığı çözmek amacıyla yapılan bir sulh anlaşması olmadığı açıktır. Şöyle ki, maddi anlamda uzlaşmaya yönelik iradenin dava konusu

³¹ KURU, s.530, dipnot 10.

³² HMK’da sulh müessesesi, davayı sona erdiren taraf işlemleri bölümünde; feragat ve kabul maddelerinden sonra gelmek üzere düzenlenmiştir. HMK, 313.mad.

³³ Yapılan sözleşmenin maddi hukuk anlamında bir sözleşme mi, yoksa usuli bir işlem olduğuna yönelik tartışmalar bu çalışmanın kapsamını aşacağından buna ilişkin tartışmalar için bknz. ULUSAN İlhan, Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Anlaşması, Garanti Matbaası, İstanbul 1971, s.32-40.

kalmayan uyuşmazlıkta bir işlevi bulunmamaktadır. Söz konusu talep yalnızca mahkemece yapılacak usuli muamelelerin sona erdirilmesine yönelik olup, bu husus şartın “yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedilmeye” ilişkin olmasından da bittabi anlaşılabilir. Dolayısıyla Defterdarlık’ın usuli işlemlerin sona erdirilmesine yönelik feragat iradesinin maddi değil, usuli bir sulh iradesi olarak kabulü gerekir. Bu halde idari yargılama usul hukukunda şartlı feragat iradesi, davayı sona erdiren usuli bir sulh iradesi olarak değerlendirilebilir mi?

İdari yargılama hukukunda “sulh” müessesesi düzenlenmiş olup, bu müessese teknik anlamıyla 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)³⁴ kapsamında uyuşmazlık öncesinde başvurulmuş ve kapsamı yalnızca ilgili düzenlemede sayılan idarelerin işlemlerinden veya eylemlerinden doğan zararların tazminine ilişkin olan ve dava öncesi öngörülen alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Kural olarak iptal davalarında yargılama sürecinde feragat iradesiyle birlikte ileri sürülen şart, dava konusu işlemin iptaline ilişkindir ve tam yargı davası ile birlikte açılmayan iptal davaları bakımından teknik anlamıyla 659 sayılı KHK kapsamında zararın tazmini amacıyla ileri sürülen bir sulh iradesi söz konusu değildir. O halde, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak başvurulmuş sulh müessesesi dışında, yargılama sürecinde şartlı yapılan feragatin davayı sona erdirmeye yönelik usuli bir sulh iradesi olarak kabulü mümkün müdür?

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun HMK’ya atıf yaptığı konular arasında sulh yer almamaktadır. Kanun koyucunun ‘sulh’ müessesesine atıf yapmaması sebebiyle söz konusu müessesenin idari yargıda uygulanmasının imkânsız olduğu iddia edilebilir mi?³⁵ İptal davalarının objektif niteliği do-

³⁴ 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname, RG. 26/9/2011, T.5, C.51.

³⁵ Doktrinde Onar, idari yargılamanın müstakil ve genel konusu olduğundan bahisle HMK’ya ancak kanunda atıf yapılan hallerde başvurabileceğini, atıf yapılmayan hallerin içtihatlarla belirlenmesi gerektiğini iddia etmektedir. Bu yaklaşım esas alınır, şartlı feragatin sulh iradesine dönüşmeyeceğinin kabulü gerekir. Ancak, idari yargının iptal davalarının objektif niteliğinden kaynaklanan sınırlandırmalar dışında, tarafların iradesi hilafına mahkemenin davaya devamı kabul edilebilir mi? Bu tartışma, oldukça geniş değerlendirmeyi gerektiren bir çalışma konusu olduğundan burada sadece değinilmekle yetinilmiştir. ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, İsmail Akgün Matbaacılık, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, s.1942.

layısıyla tarafların yargılama sürecine ilişkin iradelerinin sınırlandırılması söz konusu olabilir. Buna göre, somut uyuşmazlıkta sulh tartışması değerlendirilecektir:

Tespit 1: Yargılama sürecinde idari işlemin ortadan kaldırılmasıyla birlikte dava konusu kalmamıştır.

Tespit 2: Defterdarlık'ın sulh iradesi yalnızca “yargılama giderleri ve vekalet ücreti”ne yöneliktir. Bu halde, iptal davalarının objektif niteliğinden kaynaklanan sınırlandırmalar dolayısıyla tarafların sulh iradelerinin sınırlandırılmasında kamu yararı bulunmayabilir. Buna göre yargılama masrafları hususunun tarafların üzerinde anlaşılabilecekleri “mali bir sorun”un çözümüne yönelik olduğu iddia edilebilir. Bu takdirde sulh iradelerinin kabulü halinde dava sulh ile sona erer.

Medeni usul hukukunda davanın sulh anlaşmasıyla sona erdirilmesi, tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri haklar bakımından söz konusu iken; idari yargıda usul hukukunda kanunilik ilkesi ve iptal davalarının objektif niteliği gereği teorik sebeplerle mümkün olmamasının yanı sıra, bütçe denetimine tabi olan idarelerin sulh anlaşmaları ile davayı sona erdirmeleri pratik mülahazalarla da mümkün görünmemektedir.³⁶

³⁶ Ancak teorik açıklamalar ışığında Defterdarlığın konusuz kalan davada feragat müessesesine başvurmamasının izahı güçtür. Bu sebeple Bursa Defterdarlığı ile dosya konusunda yapılan şifahi görüşmeler doğrultusunda edinilen bilgiye göre, söz konusu uyuşmazlık idarelerin “örtülü bir anlaşması” ile sona erdirilmiştir. Bu anlaşma, Belediye'nin yargılama sürecinde imar planını davacı lehine değiştirmesi karşılığında, Defterdarlık'ın yargılama masraflarına yükletilmemek kaydıyla davadan feragati üzerinedir. Defterdarlık'ın feragati halinde davacı yargılama masraflarına aleyhine hükmedilse de Belediye ilgili masrafları Defterdarlıktan tahsil etmeyecektir. Şöyle ki, yargılama sonucunda yargılama masrafları ve vekalet ücreti aleyhe yükletilen Defterdarlık, bu anlaşma doğrultusunda kararın icrasına zorlanamayacaktır. Esasında teknik olarak idareler arasında yapılan bu örtülü anlaşmanın, medeni yargılama usulünde başvuru ve davayı sona erdiren bir “sulh anlaşması” olduğunun kabulü gerekir. Bu hususta sulh anlaşması, HMK'ya atıf olmaması dolayısıyla idari yargıda normatif temeli bulunmayan, ancak davanın her iki tarafının da idare olması halinde uyuşmazlıkların “idarenin bütünlüğü ilkesi” gereğince uygulamada başvurduğu bir yol olarak karşımıza çıktığı iddia edilebilir. Normatif bir temeli bulunmasa da, idareler arasında uyuşmazlık öncesinde veya uyuşmazlık sürecinde dahi anlaşma yapıldığı görülmektedir. Kural olarak bütçe denetimlerinin, idareler arasında yapılan böyle bir anlaşmaya imkân vermemesi gerekir. Aksi halde Sayıştay tarafından yapılan denetimlerde ortaya çıkacak olan durumun, idarelerin hesap verilebilirliği bakımından izahının güç olacağı iddia edilebilir.

SONUÇ yerine DEĞERLENDİRME

Bu çalışmada uyuşmazlık konusu olan karar, yargılamanın her aşamasının başlı başına incelenmesi gereken verileri içermesi dolayısıyla yapı-sökümüne tabi tutulmuş ve ortaya konulan ihtimaller aşağıdaki tabloda kısaca değerlendirilmiştir. Yargılama sürecinde ortaya çıkması muhtemel durumları ele alan bu tablo dikkate alındığında, davada hangi tarafın yargılama masrafları ve vekalet ücretini yükleneyeceği hususunda çelişki olarak nitelendirilebilecek sonuçlar ortaya çıkmaktadır. İhtimallerin bazılarında yargılama masrafları ve vekalet ücretinin davalı Belediye tarafından karşılanması gerekliliği ortaya çıkarken, bazı hallerde ise söz konusu masrafların davacı Defterdarlığa yüklenmesi gereği gündeme gelmektedir. Sonuçta tenakuz doğuran bu veriler, esasında yargılamanın bütüncül değerlendirilmemesi dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Söz konusu senaryoların “ihtimal” olarak değil; zincirin halkaları olarak kabulü halinde ise bu paradoks ortadan kalkacaktır. Buna göre, yargılama sürecinde ilk aşamada Belediye’nin dava konusu işlemini değiştirmesi dolayısıyla davanın konusuz kaldığından bahisle dava sona erdirilecek ve davayı kabul dolayısıyla Belediye aleyhine yargılama masraflarına ve vekalet ücretine hükmedilecektir. Davacı Defterdarlık’ın feragat iradesinin hukuken konusuz kalan dava bakımından bir fonksiyonu olmayacak ve talebin reddi gerekecektir.

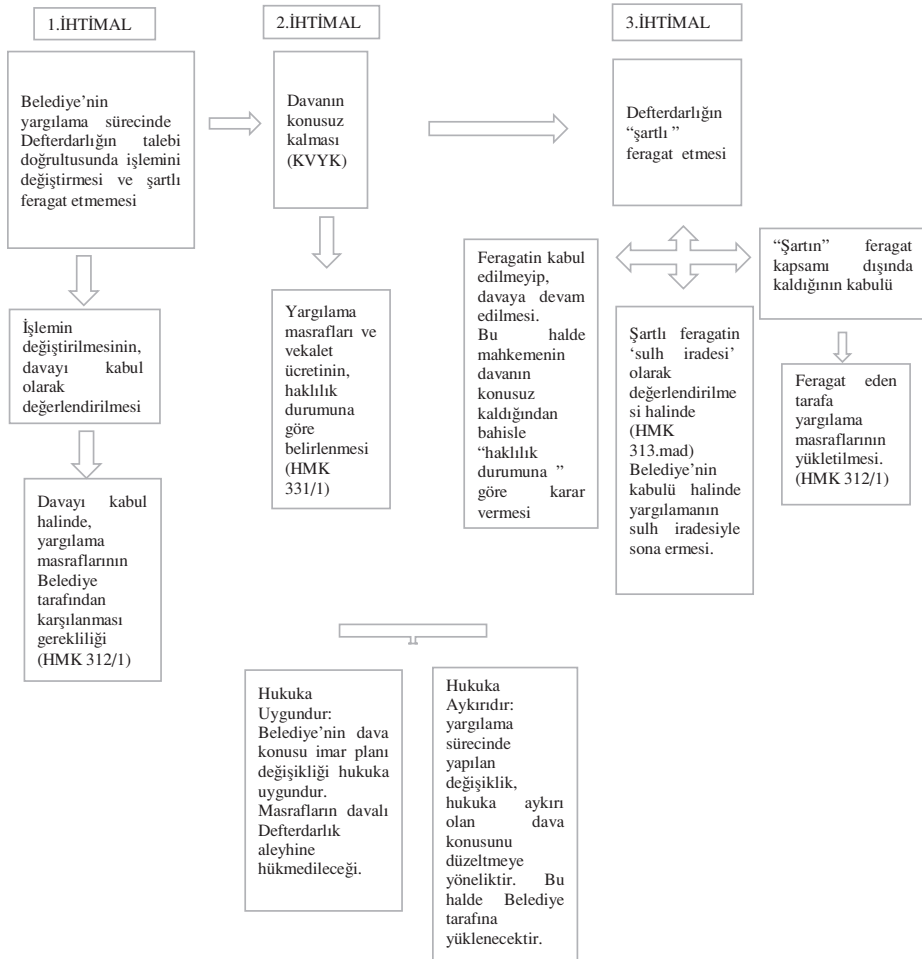
Danıştay, bunun yerine ihtilafın değerlendirilmesinde “şartlı feragat” tartışmasına odaklanmış ve bu minvalde yargılama masraflarının feragate konu olabilecek mahiyeti tartışılmıştır. Kuşku yok ki feragat müessesesinin kapsamının değerlendirilmesinde söz konusu tartışma önemlidir; lakin dava konusu uyuşmazlığın esasının yargılama sürecinin tamamı dikkate alınarak belirlenmesi gerekirken, feragat müessesesinin sınırlandırılabilirdiği iptal davaları göz önünde tutulduğunda uyuşmazlık konusu imar planı değişikliğinde ‘tartışmasız’ feragatin kabulü ile birlikte yalnızca feragat kapsamının tartışılması isabetli değildir. Zira, iptal davaları yalnızca bireysel menfaati korumaz; idarenin hukuka uygunluk denetimini de yaparak kamu yararını gerçekleştirir.³⁷ Söz konusu objektif niteliği dolayısıyla kamu yararını yakından ilgilendiren iptal davalarında feragat iradesi Danıştay tarafından

³⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 1990/40, K. 1991/33, T. 1.10.1991, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.27, C.2, s.559.

sınırlandırılabilir. ³⁸ Danıştay’ın söz konusu içtihadını ihmal etmesi şeklindeki yaklaşımının, ‘uymazlık taraflarının idareler olmasının feragat ilişkin iptal davaları bakımından getirilen sınırlandırmaları bertaraf edebileceği’ gerekçesine dayandığı düşünülebilir; ancak yargının benzer uymazlıklarda bu argümanı doğrulayan istikrarlı bir yaklaşımı olmaması dolayısıyla bu temellendirme oldukça iddialı olacaktır. Bugün için mesnetten yoksun iddialar yerine, yukarıda teorik açıklamalar ışığında dava konusu uymazlık ihtimaller dahilinde ortaya konularak ihtilafın omurgası belirlenmeye çalışılmıştır. Yargılama, yargılama sürecini oluşturan müesseselerle birlikte ve bütüncül olarak değerlendirilmelidir. Somut uymazlıkta Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun bu yaklaşımı içermeyen kararının isabetliliği tartışmaya açıktır.

³⁸ DİDDK., E. 2013/4695 K. 2015/749 T. 11.3.2015 (Çevrimiçi, Lexpera, www.lexpera.com, 09.10.2018).

DİDDGK'NIN E.2014/4064, K. 2016/176, 4.2.2016 SAYILI KARARI NİN
YAPI-SÖKÜMÜ



KAYNAKÇA

- AKIŞ Ercüment, “Belediye’nin İmar Planını Değiştirmesi ve Hukuki Sonuçları”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, Y. 1997, C. 6, S. 4, ss. 45-51.
- AVCI Mustafa, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İdari Yargıda Uygulanması”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Y. 2011, S. 87-88, ss. 75-105.
- CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usul Kanunu, Pwc, İstanbul 2017.
- ÇAKMAK Münci, “İdari Yargıda Davadan Feragat”, **AÜHFD**, Y.2004, C. 53/1, ss. 185-194.
- DERE Şeyma Sancar, DERE Ahmet, “Genel olarak Feragat ve İdari Yargıda Feragatin Hüküm ve Sonuçları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 2010, S.3, s. 195-234.
- GÖRGÜN Şanal L., BÖRÜ Levent, TORAMAN Barış, KODAKOĞLU Mehmet, **Medeni Usul Hukuku**, 6. Bası, Yetkin, 2017.
- GÜNDAY Metin, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İdarî Yargıda Uygulanması”, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu**, Ankara 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl, Ankara, s. 79-86.
- KARAGÖZOĞLU Fevzi, Danıştay Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Kabul, Fon Matbaası, Ankara 1975.
- KURU Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal, İstanbul 2016.
- ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt III, İsmail Akgün Matbaacılık, Hak Kitabevi, İstanbul 1966.
- PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES Muhammed, **Medeni Usul Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 5. Basım, İstanbul 2017.
- ULUSAN İlhan, Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Anlaşması, Garant Matbaası, İstanbul 1971.
- TAN Turgut, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Sevinç Matbaası, Ankara 1970
- YASİN Melikşah, “İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul”, **AÜEHFD**, C. VIII, S. 3-4, 2004, s. 149-184.

Fikri Mülkiyet Haklarının AİHM Kararlarına Göre Korunması

Av. Mehmet Faruk KOÇAK*

Öz: Geçtiğimiz yüzyılda ekonomik faaliyetlerin niteliğinde yaşanan değişimle beraber, devletler iç hukuklarında ticari hayatı ilgilendiren yeni düzenlemeler yapmak durumunda kalmıştır. Söz konusu düzenlemelerin, ticari gelişimde rol oynayan sair etkenlerin teşvik edilmesi amacına yöneldiği ifade edilebilir. Bu doğrultuda özellikle üretim faaliyetlerinin makineleşmesi, serileşmesi, otomatikleşmesi ve entegrasyonu gibi konularda çalışma yapılarak ilerleme sağlanması hedeflenmiştir. Üretime, ticarete ve ekonomiye katkı sağlayabilecek fikir sahiplerinin ödüllendirilmesinin ve hukuken korunmasının pragmatik önemi burada yatmaktadır. İşte fikri mülkiyet hukuku çatısı altında yer alan sınai mülkiyet kavramı, üretim açısından önemli olan buluş ve tasarım gibi birtakım değerler açısından gündeme gelir. Fakat belirtilmelidir ki fikri ürünler; ticari meta olarak değerlendirilebilmelerinin yanında, fikir sahipleri için aynı zamanda “manevi bir değer” de ifade eder. Nitekim sinema yahut tiyatro senaryosu gibi eserler, yüksek miktarda ekonomik değeri haiz olabildiği gibi manevi açıdan da önem ifade etmektedir. Fikri mülkiyet hukuku, bu doğrultuda sanatı da gözetmiş ve içerdiği telif hakkı ve komşu hak kavramları ile sanatçıyı koruma altına almıştır. Bu çalışmanın birinci bölümünde, yukarıda örnekleri verilen hakların klasik mülkiyet hakkı düşüncesinden farklı olan özellikli yanları kısaca izah edilmiş ve ikinci bölümde ise fikri mülkiyet haklarının AİHM yargılamalarında yararlanmakta olduğu koruma açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet Hakkı, Telif Hakkı, Fikri ve Sınai Haklar, Fikri Mülkiyet Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

* Makale gönderim tarihi: 06.08.2018. Makale kabul tarihi: 21.11.2018.

İstanbul Barosu. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi (ORCID kimlik no: 0000-0002-9595-3474); mehmetfaruk-kocak@gmail.com

The Protection for Intellectual Property Rights Before the ECHR

Abstract: Due to the transformation of economic activities in the last century, governments have been forced to make new regulations concerning commercial life in their domestic law. It is possible to argue that the reason behind making some of the said regulations is to exhortate the factors that play a role in commercial development. In this context, making innovations and finding new methods in mechanization, serialization, automation and integration in stage of production is aimed. The pragmatic importance of awarding and granting legal protection to the intellectual properties' owners who own an intellectual asset that can contribute to production of goods, trade and economy lies here. The concept of industrial property, which is under the umbrella of intellectual property law, usually comes up in terms of assets such as inventions or designs which are important to production. However, it should be noted that being deemed as a commercial commodity, an intellectual asset can also has a moral value for its owner. As a matter of fact, artworks such as theatre scripts or photos can have both a high economic and high moral value. Intellectual property law, in this respect, considers also the art and protects the artist with the scope of copyright and neighboring right concepts. In the first part of this study, the features of the rights given above, which are different from the classical concept of property rights, are briefly explained and in the second part, the protection of intellectual property rights before of the ECHR is explained.

Keywords: Right to property, Copyright, Intellectual and Industrial Property Rights, Intellectual Property Law, European Court of Human Rights

I. MÜLKİYET HAKKI VE FİKRİ HAK İLİŞKİSİ

1. Fikri Mülkiyetin Temelleri

A. Genel Olarak

Mülkiyet hakkı gerek niteliği gerekse kapsamı açısından hakkında en fazla tartışmanın yapıldığı temel haklardan birisi olarak gösterilebilir.¹ Bu tartışmalarda fikri mülkiyetin yerine geçmeden önce “mülkiyet” kelimesi hakkında etimolojik bilgilerin verilmesi, konunun daha iyi anlaşılması için bir temel sağlayacaktır.

Mülkiyet kavramı, kökenini esasen Arapça olan “sahip ve egemen olma” anlamına gelen “*mülk*” sözcüğünden alır. Aynı şekilde “sahip” kavra-

¹ Bu tartışmalar; mülkiyet hakkının dokunulmaz olduğu düşüncesinden, bir hırsızlık olduğu tezine kadar geniş bir yelpazede dağılmıştır. Bkz. ÇOBAN Ali Rıza, “Mülkiyet Bir İnsan Hakkı Mıdır?”, Piyasa Dergisi, S.12-Güz, 2004, s. 295-320.

mı da Arapça kökenli olup “hâkim, vasi” anlamına gelmekte ve Eski Türkçe “iye” kelimesi ile karşılanabilmektedir.² Mülkiyet kelimesinin farklı dillerdeki karşılıkları olan; Grekçe “*kyriotes*”, Latince “*dominium*” veya “*prorietas*”, Fransızca “*propriete*” ve İngilizce “*property*” sözcüklerinin de “kişiyeye özgü bir hakimiyet ve aidiyeti ifade etmek üzere”³ kullanıldığını görmekteyiz. Bundan da öte; İngilizce ve Fransızcadaki mülkiyet kavramının karşılığı olan kelimenin, Latince “özel, kendine özgü, karakteristik” anlamına gelen bir sıfat olan “*proprius*” kelimesinden türeyen “*prorietas*” kelimesi olduğunu görmekteyiz.⁴ Buradan yola çıkarak Roma Hukuku öğretisinin, başta Kıta Avrupası hukuku olmak üzere, mülkiyet kavramının çeşitli hukuk düzenlerinde şekillenmesinde rol oynamış olduğu ileri sürülebilir.

Bu etimolojik saptamaların önemi, mülkiyet kelimesinin içeriğinin farklı hukuk düzenlerinde farklı kapsamda belirlenmiş olmasında yatmaktadır. Zira Roma Hukukundan etkilenen Kıta Avrupası hukukunda mülkiyet hakkının konusunu taşınır veya taşınmaz nesnelerin oluşturabileceği kabul edilmekteyken, Anglosakson hukuk düzeninde fikri haklar gibi maddi olmayan kalemler de mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilmektedir⁵. Farklı dillerdeki anlamlardan yola çıkarak; mülkiyet düşüncesinin özünde, bireye ait bir egemenlik alanının bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu bakımdan mülkiyetin, sadece kişi ile “şey” arasındaki bir hukuki ilişki olmadığı⁶ ve pozitif hukuk düzenlemelerinden de öte bir anlamı olduğuna dikkat çekmek gerekmektedir. Bu noktada ifade edilmelidir ki Türk Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında istikrarlı bir şekilde, fikri ve sınai haklar Anayasa m.35 çerçevesinde mülkiyet hakkı içinde değerlendirilmektedir.⁷

² TATAR Dilek Buket, Mülkiyet ve Fikri Mülkiyetin Felsefi Temelleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013, s. 9.

³ ALTAN Alparslan, Mülkiyet Hakkı, Güvencesi ve Koruması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2008, s. 7-8.

⁴ Tatar, s. 10.

⁵ Aynı zamanda Fransız ve Avusturya hukuklarında da “eşya” kavramının “geniş yorumlandığı” ifade edilmektedir. Bkz. Altan, s. 72.

⁶ Tatar, s. 5.

⁷ “Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında bulunmaktadır.” AYM GK, E. 2016/148, K. 2016/189, T. 14.12.2016. Benzer kararlar için bkz. AYM GK, E. 2015/15, K. 2015/118, T. 23.12.2015, AYM GK, E. 2015/33, K. 2015/50, T. 27.05.2015, AYM GK, E. 2004/81, K. 2008/48, T. 31.01.2008. (<https://www.kazanci.com.tr/>)

Meseleye kuramsal açıdan yaklaşıldığında; Locke'un emek teorisine göre, kişinin bir şeye emek sarf etmesi ile beraber artık ona kendinden bir parça katmakta olduğunu ve bu nedenle onun üzerine hak talep etme yetkisini elde ettiğini görmekteyiz.⁸ Temelini Hegel'in düşüncelerinden alan kişilik teorisine (*personality theory*) göre ise, bireyin kendi potansiyelini gerçekleştirmesi ile mülkiyet hakkı arasında bir ilişki bulunmakta ve kişi iradesini dış dünyada somutlaştırmasıyla beraber bu çıktı üzerinde hak sahibi olmaktadır.⁹ Gerçekten de özellikle telif hakkı açısından bakıldığında, örneğin bir yazarın kaleme aldığı roman üzerindeki haklarını bu teori ile birlikte mülkiyet kavramının içinde değerlendirmek mümkün görünmektedir. Bu bilgiler doğrultusunda fikri mülkiyetin kuramsal temellerini özellikle emek ve kişilik teorilerinin oluşturmakta olduğunu ifade edebiliriz.¹⁰

Bu çalışma çerçevesinde “fikri mülkiyet” adı ile karşılanan hukuk alanının esasen ne şekilde adlandırılması gerektiği hakkında öğretide ve uygulamada bir fikir birliğinin bulunmadığının ifade edilmesi gerekir.¹¹ Kanımızca uluslararası ve ulusalüstü örgütlenmeler nezdinde kullanılmakta olan¹² *intellectual property* terimine en uygun Türkçe karşılık olarak “fikri mülkiyet” ifadesinin tercih edilmesi, bu hukuk alanının çoğu zaman uluslararası nitelikte uyumsuzluklara odaklanabiliyor oluşu nedeniyle pragmatik önemi haizdir. Aynı zamanda bu çalışma kapsamında; “fikri hak” ve “fikri ürün” kavramları, sınai hakların ve telif haklarının konusunu oluşturan kalemelerin hepsini kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Terim hakkında yapılan ön açıklamaların ardından, fikri mülkiyeti “düşünce üzerinde sahiplik olarak tanımlamak mümkündür”.¹³

⁸ Çoban, s. 299.

⁹ Çoban, s. 305-308.

¹⁰ Bir başka teori olan “fikri hakların kendine özgülüğü” ve bahsedilen teoriler hakkında detaylı bilgi için Bkz GEMALMAZ Haydar Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 287, Dn. 944-947; STENGEL Daniel, “Intellectual Property in Philosophy, Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, Vol. 90, No:1, 2004, s. 20-50.

¹¹ Tatar, s. 88; ŞEKERBAY Cennet Alas, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Manevi Haklar, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi, Ankara, Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2014, s. 3; Öztunalı, s. 3-4.

¹² Gemalmaz, s. 288. Terimin Fransızcası “*propriete intellectuelle*”, İspanyolcası “*propiedad intelectual*” ve Almancası ise “*geistiges Eigentum*”dur.

¹³ Tatar, s. 88.

Fikri mülkiyet, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (*WIPO*) yayınlarında;¹⁴ fikirler, buluşlar, sanat eserleri, müzik ve edebiyat gibi vücuda geldiği anda gayri maddi (*intangible*) nitelikte olan ve fakat “ürün” halinde geldiğinde maddi forma sahip olarak ekonomik değer ifade etmeye başlayan şeyleri kapsayan bir terim olarak ifade edilmektedir. Bu bakımdan, teknolojik veya sanatsal yönden var olan engellerin aşılmasına yardım eden kreatif düşüncenin ticari değere dönüştürülmesi, fikri mülkiyetin konusunu oluşturmaktadır. Türkiye’nin 12 Mayıs 1976 tarihinde katıldığı ve *WIPO*’yu kuran anlaşmaya göre¹⁵ fikri mülkiyet hakları; bilim, edebiyat, müzik, güzel sanat eserleri ve bunlarla bağlantılı haklardan; haksız rekabete karşı alınması gereken önlemlerden, patent, marka ve coğrafi işaretler gibi birtakım sınai haklardan ve bu haklarla ilgili olan haklardan müteşekkildir. Görüldüğü üzere anlaşma metninde hangi hakların fikri mülkiyet hakkı olduğu *numerus clausus* yöntemi izlenerek tarif edilmemiş, örnek gösterilen haklarla ilgisi olan (*relating to*) ifadesi tercih edilmiştir. Bu kapsamda bir hakkın fikri mülkiyet hakkı kapsamında olup olmadığının belirlenmesinde kilit öneme sahip kriteri, “endüstriyel, bilimsel, edebi veya sanatsal alanlardaki düşünsel faaliyetin sonunda oluşan bir hak olup olmaması” olarak ifade etmek mümkün görünmektedir.¹⁶

İzah edilenler doğrultusunda, özellikle mülkiyetin kuramsal temellerini oluşturan düşünceler ışığında, fikri mülkiyet hakkının temelinin; kişinin düşünceleri ile ortaya çıkardığı sonuç arasındaki bağda yatmakta olduğu ifade edilebilir. Doğrusu; bireylerin düşünceleri, belki de mülkiyetin meşruiyetini açıklayan görüşlerde ifade edilen “ait olma” ve “üzerinde egemen olma” gibi kriterleri en iyi şekilde sağlamakta ve bu doğrultuda da mülkiyet hakkının konusu olmaya da en uygun “şeyler” olmaktadır. Bu kuramsal temelin üzerinde yükselen, devletlerin iç hukuklarında ve akdettikleri uluslararası anlaşmalarda somutlaştırdıkları haklar, fikri mülkiyet hukukunun çerçevesini çizmektedir. Bu bağlamda ve ilerleyen bölümlerde irdeleneceği üzere;

¹⁴ Aktaran: HARMS L.T.C., The Enforcement of Intellectual Property Rights: A Case Book, 3rd Edition, WIPO, 2012, s. 14-15.

¹⁵ Article 2, Convention Establishing the World Intellectual Property Organization http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283854 (Erişim 07.05.2018)

¹⁶ Orijinal metinde, örneklenen haklarla ilgili diğer bütün haklarında fikri mülkiyet hakkı sayılacağı hakkındaki ifade şu şekildedir: “(a)nd all other rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields.”

fikri mülkiyet hakları, Türk öğretisinde bir görüşe göre¹⁷ *WIPO* tarifine¹⁸ uygun olarak telif hakları (*copyrights*) ve sınai mülkiyet hakları (*industrial property rights*) olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır.

Fikri mülkiyet hukukunun yazılı kaynaklarının büyük bir kısmının temelini uluslararası anlaşmalar oluşturmaktadır¹⁹. Bu kaynaklar arasında ki en önemli anlaşmalardan biri olarak *TRIPS* anlaşmasını gösterebiliriz. *TRIPS* anlaşması doğrultusunda, devletler fikri mülkiyet hukuku ile ilgili düzenlemeleri kendi iç hukuklarında yapmayı üstlenmekte, bu düzenlemelerde *TRIPS* anlaşması hükümleri çerçevesinde yakalanan minimum standartları sağlamayı kabul etmekte ve hak sahiplerine hakları ihlal edildiği takdirde usuli güvenceler sunmayı vaat etmektedir²⁰. Türk hukuku açısından belirtilmesi gereken en önemli düzenlemeler ise 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) olarak ifade edilebilir.

B. Temel İlkeler

Fikri mülkiyet haklarının, eşya hukuku bağlamındaki haklardan farklı olarak *sui generis* niteliklere sahip olduğunu ifade etmek gerekir. Öncelikle, fikri haklar ülkesellik kuralı (*territoriality*) doğrultusunda ülkesel olarak korunmaktadır.²¹ Özel düzenlemeler ve istisnalar saklı kalmak kaydıyla; telif hakları açısından korumanın başlaması için kural olarak tescil şartı aranmazken, sınai haklar bakımından hangi ülkede korunma isteniyorsa o ülkede tescil edilme şartı aranmaktadır.²² Dikkat edilmelidir ki fikri mülkiyet hakkını oluşturan şey, “fikri üründür”. Bu bakımdan bu ürünün somutlaştığı eşyadan

¹⁷ SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 1. Ayrıca “Fikri ve sınai haklar” teriminin İngiliz ve Amerikan öğretisinin etkisi ile geçerliliğini yitirmiş olması hakkında bkz. Tatar, s. 88.

¹⁸ ÖZÇELİK Anıl, Avrupa Birliği Hukukunda Patent Hakkı ve Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2009, s. 14.

¹⁹ Harms, s. 20. Bu anlaşmalardan önemli olduğu düşünülenleri; 20.03.1883 tarihli Paris Sözleşmesi, 09.09.1886 tarihli Berne Sözleşmesi, TRIPS Anlaşması (1994), WIPO Telif Hakları Sözleşmesi (1996) ve WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi (1996) olarak sıralayabiliriz.

²⁰ Harms, s. 21.

²¹ Harms, s. 19.

²² Suluk ve diğ., s. 2. İstisnalara örnek olarak Avrupa Birliği hukukunda ve Türk hukukunda (SMK m.55) tescilsiz tasarımların üç yıl süreyle korunması gösterilebilir.

bağımsız bir varlığı olduğunun ifade edilmesi gerekir.²³ Bu doğrultuda ifade edilmesi gereken bir diğer husus, tükenme ilkesi (*principle of exhaustion*) gereği olarak “fikri ürünün” kullanılmakla tükenmeyeceğidir. Ancak ve ancak fikir ürününün somutlaşmış hali olan nesnenin üzerindeki hak tükenir.²⁴ Bir diğer farklılık, fikri mülkiyet haklarının süreye tabi olarak korunmasıdır. Bu süre, telif hakkı açısından eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl olarak, sınai haklar açısından ise gündemdeki hakkın niteliğine bağlı olarak 3, 10 ve 20 yıl gibi sürelerle sınırlıdır. Sahibine mutlak yetkiler veren fikri mülkiyet haklarının ticari değeri bulunmakta ve “devir, lisans, rehin ve haciz gibi hukuki işlemlere konu olabilmektedir”.²⁵

Bahsedilen mefhumlar içinde, ülkesellik ve tükenme ilkelerinin AİHM yargılamaları açısından önem arz ettiği hususlar bulunmaktadır. Öncelikle, çok uluslu şirketler gibi uluslararası işlem gerçekleştiren birtakım tüzel kişilerin ülkesellik ilkesinin gereği olarak her devlet hukukunda ayrı ayrı tescil işlemi gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu zorluk, birtakım uluslararası anlaşmalar ve bölgesel ofisler aracılığı ile aşılmaya çalışılmaktadır.²⁶ İkinci olarak ise tükenme ilkesi gereği olarak; fikri ürünün somutlaştığı orijinal nesne üzerindeki fikri hak, hak sahibi tarafından veya onun izni ile piyasaya sürüldükten sonra satıldığı anda tükenmektedir. Tükenme ilkesi; ülkesel, bölgesel veya uluslararası hüviyette düzenlenmiş olabilir. Ülkesel tükenmeye örnek olarak, A ülkesinde piyasaya sürülmüş bir ilacın satın alınması anında fikri hak sahibinin hakkının tükenmiş olmasını ve alıcının A ülkesi içinde ilacı tekrar satması halinin ihlal oluşturmamasını gösterebiliriz. Bölgesel tükenmeyi kabul eden Avrupa Birliği’nde (AB) ise, söz konusu ilaç Almanya’da satıldığı an hem Almanya’da hem de belirlenen bölge içinde herhangi bir ülkede bu ilaç üzerindeki fikri hak tükenmiş olmakta ve ilacın bu AB içinde tekrar satılması ihlal oluşturmamaktadır. Türk hukukunca da

²³ Bir fikri ürün olarak ortaya çıkan roman açısından düşünüldüğünde, ürünün somutlaştığı kitap nüshası eşya hukuku bağlamında korunurken bir fikri eser olan roman ise fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunur. Kitabı satın alan kişi, eşya hukuk anlamındaki “nesneye” sahip olmakta, fakat fikri ürün olan eserin sahibi olmamaktadır. Bu bakımdan kişinin sahibi olduğu nesneyi eşya hukuku bakımından satma yetkisi olmakla beraber, kitabı çoğaltarak fikri ürün üzerinde tasarruf etme yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumun varlığı halinde eser sahibinin telif hakkı ihlal edilmiş olur. Bkz. A.e.

²⁴ Suluk ve diğ., s. 3.

²⁵ Suluk ve diğ., s. 3.

²⁶ Suluk ve diğ., s. 6.

benimsemiş olan uluslararası tükenme düzenlemesinde ise dünyanın herhangi bir bölgesinde bir kere piyasaya sürülmüş ilaç üzerindeki fikri haklar, bu ilk satış anı itibarıyla Türkiye açısından da tükenmiş olmaktadır. Dolayısıyla, örneğin, bir firmanın ticari tercihi gereği Somali’de düşük fiyattan satışını yaptığı bir ürünün, bu ülkeden satın alınıp Türkiye’de yüksek fiyattan satılması fikri mülkiyet hukuku bağlamında ihlal oluşturmamaktadır.

2. Fikri Mülkiyetin Kategorileri

Fikri mülkiyet mefhumu; marka, patent, faydalı model ve tasarım gibi birtakım sınai mülkiyet haklarını ve telif hakkını kapsayan bir üst kavramdır.²⁷ Bununla beraber uluslararası düzlemde, hakkın sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiği hususunda hala tartışmalar sürmektedir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri’nde zerdeçal hakkında “yöreye özgü teknik bilgi” (*indigenous technical knowledge*) kapsamında patent başvurusunun yapılmasından, yoga hareketleri için telif hakkı iddiasında bulunulmasından ve Yeni Zelanda’da dini semboller açısından marka niteliğinin yapılmasından yola çıkan bir görüş; folklörün, geleneksel bilginin ve genetik materyallerin de fikri mülkiyetin kapsamı içinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.²⁸ AİHM’in mülkiyet kavramını devletlerin iç hukuklarına bağlı olmamak üzere değerlendirdiği düşünüldüğünde, fikri mülkiyet haklarının yararlandığı AİHM koruması meselesine geçilmeden evvel bu hakkın kapsamı hakkında ön bilgilerin verilmesi gerekir.

A. Telif Hakkı

Telif hakkı açısından gündeme gelen kavramlar öncelikle “eser sahibi” ve “eser” olarak karşımıza çıkar. Öğretide “eser sahibinin hakkı” olarak da ifade edilen²⁹ telif hakkı kavramının³⁰ sınai haklardan en büyük farklarının;

²⁷ Şekerbay, s. 3.

²⁸ Harms, s. 18; VENERUCCI Francesca, A Comparative Study of the CJEU and ECtHR Approaches on Intellectual Property: Unity or Division?, Tesi di Laurea, Università Commerciale Luigi Bocconi Scuola di giurisprudenza, 2015-2016, s. 38.

²⁹ Gemalmaz, s. 289.

³⁰ Anglosakson geleneğinde telif hakkı için copyright ifadesi genel olarak kabul görmüş olmasına rağmen, kavramın asıl karşılığının author’s right olduğu ifade edilmektedir. 18 numaralı dipnotta ifade edilen Berne Sözleşmesi’nde ise bu hakkın içeriği tarif edilmiş olmasına rağmen copyright veya author’s right ifadeleri geçmemektedir. Bkz. Harms, s. 16.

teelif hakkının doğumu için tescil gibi işlemlerin gerekmemesi ve sınai hakların aksine teelif hakkının sahibine manevi haklar da tanınması olduğu söylenebilir.³¹ Bununla beraber teelif hakkının konusunu sadece sanat ürünlerinin oluşturmadığı; esasen bilgisayar programları ve mimari tasarımlar gibi görünüm şekillerinin endüstriyel değer arz ettiği düşünüldüğünde, teelif hakkının sınai haklara yaklaşmakta olduğu dikkat çekmektedir.

Türk hukuku bakımından teelif hakkının konusunu teşkil eden “eser”; FSEK m.1/b düzenlemesine göre, sahibinin “hususiyetini” taşıyan, ilim-edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema eserleri gruplarından herhangi biri dahilinde olan her neviden fikir ve sanat ürünüdür. Öğretide³² kanundaki tanımdan yola çıkılarak; bir eserin sahip olması gereken nitelikler olarak, eser sahibinin hususiyetini taşıma, şekillendirilmiş olma³³, kanunda öngörülen gruplardan birinin içinde sayılabilme ve fikri çabanın ürünü olma kriterleri gösterilmektedir. Görüldüğü üzere kanunda gösterilen eser grupları *numerus clausus* prensibine göre sınırlı sayıda sayılmakla beraber, bu grupların kapsamının ne olduğu açıkça sayılmamıştır. Öğretide bir görüşe göre³⁴ bir eserin eser sahibinin hususiyetini taşıma ifadesinin; bir üsluba sahip olma, nispeten de olsa bağımsız olma, eserin sahibinin serbest biçimlendirme alanını içerme, genelin üzerinde bir özellik taşıma ve amaca uygun olanın üzerinde bir özelliği haiz olma gibi unsurları bulunmaktadır. Vurgulanmalıdır ki bir eserin aynı zamanda endüstriyel tasarım niteliği göstermesi, onun eser niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.³⁵ Yine FSEK m.8/1 düzenlemesinin gereği olarak “eser sahibi”, söz konusu eseri meydana getiren kişidir. Belirtilmelidir ki; tüzel kişilerin eser sahibi sıfatında olmaları mümkün olmamakla beraber, söz gelimi, tüzel kişinin organındaki gerçek kişinin eser sahipliği hakkının getirdiği birtakım mali haklardan yararlanması mümkündür.³⁶

Eser meydana getirme fiili *realakt*, yani maddi bir fiil olduğundan dola-

³¹ Harms, s. 16.

³² Şekerbay, s. 31.

³³ Bu kavramı, ürünün nesnel olarak algılanabilir halde olması olarak anlamak yerekir.

³⁴ Suluk ve diğ., s. 45. Hususiyet kavramı ile ilgili detaylı bilgi için bkz Suluk ve diğ., s. 45, Dn. 7-8.

³⁵ Şekerbay, s. 31.

³⁶ Şekerbay, s. 51; s. 31; Suluk ve diğ., s. 80; ÖZTUNALI Duygu, Eser Sahibinin Manevi Hakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2010, s. 31.

yı eserin oluşması anı ile birlikte eser sahipliği sıfatı direkt olarak kazanılır, bu doğrultuda da fiil ehliyeti bulunmayan veya eser meydana getirme amacı olmaksızın bu sonuca ulaşan kişiler de “yaratma gerçeği ilkesi” gereği olarak eser sahibi olabilirler.³⁷ Bunun dışında; bir “şeyin” eser niteliği; herhangi bir kayıt, tescil veya tevdi gibi usuli süreçlerden; yenilik, amaç, kalite, nicelik gibi özellik veya unsurlardan bağımsızdır.³⁸ Aynı şekilde tarafsızlık ilkesinin gereği olarak kamu düzenine veya genel ahlaka aykırılığı nedeniyle eser niteliğinin olmadığı savunulamayacağı ileri sürülmektedir.³⁹

Fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde telif hakkının konusunu oluşturan ve ifade edilen unsurları taşımak kaydıyla eser niteliğinde sayılan kalemlere, ilim-edebiyat eserleri grubu için; roman, bilgisayar programları, kareografi gibi sahne eserleri ve fotoğraf örnek gösterilebilir. Müzik açısından melodileri veya motifleri; güzel sanatlar açısından karikatürleri veya herhangi bir türde tiplerini gündeme getirmek mümkündür. Öğretide ağırlıklı olarak eser olarak kabul görmemekte olsa dahi, eğlence veya bilgilendirme amaçlarına yeni bir teknik ile üretme veya aracılık etme anlamını ifade eden “multimedya eserlerin” de eser niteliğinde olup olmadığı meselesinin son dönemde tartışmaya açılmış olduğu da ifade edilmektedir.⁴⁰ Son olarak, FSEK m.6’ya göre, “bir eserden yararlanılarak meydana getirilip de bu esere oranla bağımsız olmayan fikir ve sanat eserleri”⁴¹ olarak tanımlanan işlenmeler de eser olarak korunmaktadır. Bu kategori içerisinde ise şerhleri, derleme eserleri veya tercüme örnek göstermek mümkün gözükmemektedir.

Telif hakkı, eser sahibine belirtildiği üzere hem maddi ve hem de manevi haklar verir. Hukuk düzeni, tanıdığı manevi haklar ile beraber “eser sahibinin eseri ile olan bağını korumakta, kendisini ve eserini güvende hissettirmekte ve yeni eserler meydana getirmesi için onu teşvik etmektedir.”⁴² Bu kapsamdaki manevi haklar FSEK m.14 ve devamında düzenlenmiş olmakla beraber, manevi hakların kanunda *numerus clausus* ilkesine göre sayılmış olup olmadığı hususunda tartışma bulunmaktadır.⁴³ Kanun koyucunun ama-

³⁷ Suluk ve diğ., s. 80

³⁸ Suluk ve diğ., s. 48-51.

³⁹ Suluk ve diğ., s. 50-51

⁴⁰ Şekerbay, s. 48.

⁴¹ Suluk ve diğ., s. 73.

⁴² Öztunalı, s. 31.

⁴³ Şekerbay, s. 74; Öztunalı, s. 64.

cından yola çıkılarak, manevi hakların kanunda sınırlı sayıda sayılmamış olduğu ve kavramın Medeni Kanundaki kişilik hakları ile genişletilebileceği düşüncesi kabul edilebilir görünmektedir.⁴⁴ Eserden doğan manevi haklarını kanunda düzenlendiği kadarıyla; kamuya sunma, eser sahibi olarak tanıtılma, eserde değişiklik yapılmasını önleme, eserin aslına ulaşma, sergileme ve eseri tahrip etmeyi engelleme hakları olarak sıralamak mümkündür. Maddi hakları ise; işleme, çoğaltma, yayma, temsil, yayın ve umuma iletim hakları olarak sıralayabiliriz. Bu noktada belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus bağlantılı hak sahiplerinin haklarıdır. FSEK m.80-82 arasında düzenlenen bağlantılı hakların kapsamında değerlendirilen kalemler; hak sahibine manevi hak görünümünde olarak icranın sahibi olarak tanıtılma, icranın itibarını zedeleyecek şekilde tahirifini önleme haklarını; maddi hak görünümünde olarak ise tespit, tespitin çoğaltılması, kiralama dahil olmak üzere yayım, yayın ve yayın yoluyla dijital ortamda umuma erişimi sağlama haklarını vermektedir. Son olarak, FSEK 6. bölümde düzenlenen ve eser niteliği olmakla beraber korunacağı belirtilen⁴⁵ kalemleri; işaret, resim, ses, mektup, hatıra, günlük ve portre olarak gösterebiliriz.

B. Sınai Mülkiyet Hakları

Sınai mülkiyet hakları; patentleri, faydalı modelleri, endüstriyel tasarımları, markaları, ticaret unvanlarını, coğrafi işaretler ile geleneksel ürün adlarını kapsayan bir üst başlığı ifade eder. Uluslararası hukuktaki kaynağını Sınai Hakların Korunması Hakkında Paris Anlaşması'ndan alan⁴⁶ bu kavramın Türk hukukunda düzenlendiği kanun 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunudur (SMK). Aralık 2016'da kabul edilen bu kanun, öngördüğü yeniliklerin yanısıra sınai mülkiyet alanındaki hakları düzenleyen 554, 555 ve 556 sayılı kanun hükmünde kararnameleri (KHK) de yürürlükten kaldırmış ve adeta bu KHK'leri beş kitap halinde düzenleyerek "konsolide" etmiştir.⁴⁷

SMK m.7'de detaylı şekilde düzenlendiği üzere; kural olarak tescil edilme şartına bağlı olan markalar, muhasıran marka sahibine ait olan sınai hak-

⁴⁴ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Öztunalı, s. 64, Dn.48.

⁴⁵ Suluk ve diğ., s. 132-133.

⁴⁶ "The Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883)" Bkz. Harms, s. 16.

⁴⁷ TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, Sınai Mülkiyet Kanunu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. xii.

kın sonucu olarak, kanunda öngörülen hallerde marka hakkı sahibine, izinsiz olarak yürütülen bazı fiilleri durdurma yetkisini vermektedir. Patent hakkı açısından ise, hakkın konusunu oluşturan buluşun gerçekleşmesi ile patentin alınması arasında geçen zaman diliminde üç aşamalı bir koruma süreci geçtiği ifade edilmektedir.⁴⁸ Buluşun gerçekleşmesiyle patent isteme hakkı, devamında başvuru hakkı ve son olarak da patentten doğan haklar gündeme gelmektedir. Bu bağlamda patent sahibinin, özel sınırlama halleri saklı kalmak üzere; üretim, satış, kullanım, ithalat ve kişisel ihtiyaç dışında elde bulundurmamak hususlarında tekeli bulunur.⁴⁹ Bu doğrultuda sınai mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilen diğer haklar da benzer korumalardan yararlanmaktadır.⁵⁰ Çalışma kapsamı gereği bu konuya sadece işaret etmekle yetinilmiştir. Son olarak, sınai mülkiyet haklarının kural olarak devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, lisans konusu olabilir, rehin verilebilir, haczedilebilir veya diğer hukuki ilişkilere konu olabilir niteliği de akılda tutulmalıdır.

II. STRASBOURG ORGANLARININ UYGULAMASI

1. Genel Olarak

Fikri mülkiyet kavramını, oluşmaya başladığı dönemden günümüze kadar olan serüveni çerçevesinde değerlendirdiğimizde, devletlerin bu hakları geçmişten bu yana ekonomik pragmatizm perspektifinden değerlendirmiş olduğunu ifade edebiliriz.⁵¹ Bir görüşe göre⁵² bu hukuk dalının hak sahiplerine tanıdığı yetkilerin, özellikle Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukunda yüksek standartlar getiriyor olmasının nedeni adı geçen devletin, sınırları dahilinde üretilen bilgiden en fazla ekonomik yararı temin etme amacıdır.

Dünya çapında en fazla bilgi üretimi gerçekleştiren ABD, AB ve Japonya hükümetlerinin; küresel ekonomide başarı elde etmenin bilgi üretimine bağlı olduğunu fark etmiş olduğu ve bu nedenle konu hakkındaki politika-

⁴⁸ Suluk ve diğ., s. 272.

⁴⁹ Suluk ve diğ., s. 274.

⁵⁰ Detaylı bilgi için bkz. Suluk ve diğ., s.299-394.

⁵¹ Harms, s. 6.

⁵² DRAHOS Peter, "Intellectual Property and Human Rights", Intellectual Property Quarterly, No:3, 1999, ss. 349-371.

larında fikri mülkiyet hukuku öğretisinin çizdiği çerçevede hareket etmekte olduğu ifade edilmektedir.⁵³ Denilebilir ki, ekonominin gereksinim duyduğu yatırımların ve bilgi üretiminin devamını temin etmeyi hedefleyen bu üç büyük aktör, fikri mülkiyet hukukunun getirdiği koruma mekanizmasından menfaat elde etmektedir. Görüldüğü üzere mesele, insan hakları hukuku açısından olduğu kadar ekonomi politikaları açısından da önem arz etmektedir. Halihazırda Dünya Ticaret Örgütü (WTO) teşkilatı içinde bu konuda uzmanlaşmış ve devlet tabanlı teknoloji üretimi için çaba içinde olan seçkin bir sınıftan müteşekkil bir sistem olduğu ifade edilmektedir.⁵⁴ Esasında, ilk bakışta, bu gibi özellikleri nedeniyle fikri mülkiyet mefhumunu, insan hakları hukuku ile ilişkilendirmek zor gibi gözükebilir. Bu noktada fikri mülkiyet haklarının insan hakları hukuku çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda tartışmaların bulunduğu ifade edilmelidir.⁵⁵ Özellikle *TRIPS* anlaşması kurallarının uygulamaya girmesini müteakip, fikri mülkiyet haklarının insan hakları hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi eğiliminin arttığı öne sürülmektedir.⁵⁶ Bu iki hukuk dalı arasındaki ilişkinin irdelendiği çalışmaların hukuk literatüründe kapladığı hacmin, son yıllarda oldukça genişlemiş olduğu ifade edilebilir. Bu çalışmalarda, özellikle; sağlık hakkı, ilaç hakkı ve yaşam hakkı ile patent hakkı arasındaki gerilim⁵⁷ ve ifade özgürlüğü ile telif hakkı, marka hakkı ve özel yaşamın gizliliği arasındaki çelişiklere odaklanılmış olduğu gözlemlenmektedir.⁵⁸

Fikri mülkiyet hakkının; yaşam hakkı, işkence yasağı veya ifade özgürlüğü gibi temel insan hakları arasında yer alması gerektiği düşüncesine

⁵³ Drahos, s. 12.

⁵⁴ Drahos, s. 12.

⁵⁵ Harms, s. 19.

⁵⁶ YU Peter K., Ten Common Questions about Intellectual Property and Human Rights, Georgia State University Law Review, Vol.23, No:3, s. 709. Yazar, bu durumun az gelişmiş ülkeler açısından “tehlile arz ettiğini” savunmaktadır, bkz. Yu, s. 712.

⁵⁷ Sosyal devlet niteliğindeki devletlerde özellikle ilaçlar üzerindeki patent hakkının çocuk hakları açısından da gündeme gelebileceği ve telif hakkının ise bilgiye erişme hakkı açısından çelişki ürettiği öne sürülmüştür. Bkz. Harms, s. 24.

⁵⁸ Öğretide; AB hukuku açısından fikri mülkiyet hukukunun hala tamamen “keşfedilmiş” olmadığını savunulmaktadır. Bkz. GRIFFITHS Jonathan / MCDONAGH Luke, “Fundamental rights and European IP law-the case of art 17(2) of the EU Charter”, Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives, Ed. Christophe Geiger, 2013, ss. 75-93.

muhalif mahiyette birçok görüş beyan edilmiştir.⁵⁹ Bir açıdan bakıldığında; devletler açısından önemli olan bilgi üretimi aslında bilginin yayılması ile mümkün olabilmekte ve bu ise temel insan hakları olan düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü veya eğitim hakkı gibi haklar vasıtası ile sağlanmaktadır. Bu düşünce, fikri mülkiyet hakkı ile insan hakları hukuku arasındaki ilişkiyi kurabilir. Fikri mülkiyetin bir insan hakkı olduğunu savunmak için ileri sürülebilecek argümanlardan bir diğeri, eser sahibinin üretimi ile arasındaki bağıdır. Çalışmanın birinci bölümünde izah edildiği üzere kavramın kuramsal temellerinden birisi, eser sahibinin ortaya koyduğu esere kişiliğini yansıtmış olması savıdır. Bu bakımdan esasen fikri ürün ile sahip olunan bir taşınmaz aynı kategoride değerlendirilebilecek ve bu fikri ürünün korunmasının eser sahibinin temel haklarından biri olduğu ifade edilebilecektir.⁶⁰ Zaten çalışmanın ilerleyen bölümlerinde izah edildiği üzere, fikri mülkiyet hakkı kapsamındaki birtakım haklar, AİHM kararlarında AİHS'e ek 1 numaralı protokol kapsamındaki (P1-1) mülkiyet hakkının konusu olarak kabul edilmektedir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (*UDHR*) metninin hazırlık çalışmalarında da bu konu hakkında birçok muhalif görüş ileri sürülmüştür.⁶¹ Sonuçta, her ne kadar bir kısım delegeler karşı çıkmış olsa da bildirgenin 27. maddesinin 2. fıkrasına “herkesin yaratıcısı olduğu bilim, edebiyat ve sanat ürünlerinden doğan maddi ve manevi çıkarlarının korunmasına hakkı vardır.” ifadesi eklenmiş ve bu çerçevede fikri mülkiyet hakkı bildirgede kendisine yer bulmuştur. Aynı doğrultuda, *UDHR* dışındaki birçok bölgesel ve uluslararası belgede de fikir ürünleri üzerindeki hakların güvence altına alınmış olduğunu görmekteyiz.⁶² Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (*ICESCR*) ve AB Temel Haklar Şartı (*EUCFR*) bahsedilen belgelere örnek olarak gösterilebilir.⁶³ Bu noktada hatırlatılmalıdır ki

⁵⁹ Bazı görüşler, görece önemsiz görünen bu hakkın temel insan hakları arasında sayılmasının, insan haklarının insanlık açısından en temel olgulardan biri olma iddiasına zarar verebileceğini ifade etmektedir. Bir başka görüşe göre ise bu durum, eski ama hala varlığını sürdüren bir tartışma olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, medeni ve siyasi haklar kadar önemli olmadığı tartışmasını uyandırabilir. Görüşler için bkz. Yu, s. 709-753.

⁶⁰ Drahos, s. 10.

⁶¹ Detaylı bilgi için bkz. Yu, s. 713.

⁶² Bu metinler için bkz. B. Gemalmaz, s. 291-299.

⁶³ *ICESCR* metnindeki özellikle m.15/1-c düzenlemesi fikri mülkiyeti ilgilendirmektedir. Bu fıkra, devletlerin herkese tanıyacağı belirtilen ve hakları şu şekilde kaydetmektedir: “To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific,

AB hukukunun temel ilkelerini; AB Anlaşması⁶⁴ m.6/1 uyarınca *EUCFR* ile kabul edilen haklar ve m.6/3 gereği olarak ise *AİHS*’te kabul edilen hususlar ile beraber AB devletlerinin ortak anayasal değerleri teşkil etmektedir. Dolayısıyla fikri mülkiyet hakkının yararlandığı *AİHM* koruması hususunda, *EUCFR* ve bu gibi bölgesel metinlerin önemi bulunmaktadır.⁶⁵

Aktarılan bilgilerin *AİHM* uygulaması açısından bir başka önemi ise, ulusalüstü insan hakları hukuku çerçevesindeki insan haklarının “bütün ve bölünemez olduğu” ilkesinin artık sadece üzerinde uzlaşmaya varılan bir vaka olmakla kalmayıp “somut bir hukuksal gerçeklik haline”⁶⁶ gelmesinde yatmaktadır. Gerçekten de birçok uluslararası organ, kararlarında; tüm insan haklarının birbiriyle ilişkili, bölünmez ve evrensel olduğunu, birbirlerine bağımlı nitelik gösterdiğini ve birbirlerini pekiştirdiğini vurgulayan kararlar almakta ve bu kararlarda farklı insan hakları organlarının kararlarından referans göstermektedir.⁶⁷ Bu açıdan, hakların bölünmezliği ve bütünlüğü esastan yola çıkılarak mevcut durumda etkili olarak korunamayan ikinci kuşak hakların, medeni ve siyasal haklarla olan ilişkisi nedeniyle etkili korumadan yararlandırılabileceği savunulmaktadır.⁶⁸ Bir diğer açıdan, insan hakları hukuku kapsamında değerlendirilen bir hakkın; sahibi açısından anlam ifade etmesi için bir başka hak gerekiyorsa, bu iki hak arasındaki özellikli ilişki nedeniyle bahsedilen iki hak da adeta bir “küme” halindedir ve birlikte değerlendirilmeleri gerekir.⁶⁹ Bu bakımdan bazı hakların, başka hakların uygulanabilirliğini temin etme yönünde “araçsal” (*instrumental*) olduğu düşünülebilir. Konu bu perspektiften değerlendirildiğinde insan hakları hukuku, fikri mülkiyet hakkının gelişmesi açısından “rehber” konumunda değerlerlen-

literary or artistic production of which he is the author.”. *EUCFR* metni açısından ise m.17/2 düzenlemesinde “Intellectual property shall be protected.” ifadesi yer almaktadır.

64 “The Treaty On European Union And Of The Treaty Establishing The European Community”

65 *AİHM*’in *EUCFR*’nin resmi yorumuna değer verdiği ifade edilmektedir. Bkz. B. Gemalmaz, s. 298, Dn. 975.

66 GEMALMAZ Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, C.2, 8. Bs., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 613.

67 Detaylı bilgi için bkz. S. Gemalmaz, s. 612-665.

68 Aktaran: S. Gemalmaz, s. 616, Dn. 228. Yazar bu görüşün, “bütünleştirilmiş insan hakları yaklaşımının” (intergrated human rights approach) kavramsallaştırılması ile öne sürüldüğünü ifade etmektedir.

69 Drahos, s. 10. Yazarın orijinal ifadesi şu şekildedir: “(R)ights, as it were, come in clusters...”

dirilebilir.⁷⁰ Bu tartışmalardan sonra varılan noktada; insan haklarının bütünsellik ve hakların bölünmezliği ilkeleri üzerinde yükselmesinin sonucunda birçok insan hakkı belgesinde kendisine yer bulan fikri mülkiyet hakkının, diğer insan haklarının yararlanmakta olduğu korumadan yararlanacağı ifade edilebilir.⁷¹

Sonuç olarak, mevcut insan hakları anlaşmalarında var olan haklar üzerinde kurulan politik konsensusun dahi zar zor sağlanmış olduğu düşünüldüğünde, fikri mülkiyet haklarının insan hakkı olup olmadığı gibi felsefi bir tartışma hususunda geniş çaplı bir konsensusun sağlanmasının zor olduğu düşünülebilir. Bu nedenle, fikri mülkiyete insan hakları hukuku açısından bakıldığı zaman, halihazırda *UDHR* veya *ICESCR* gibi metinlerde üzerinde uzlaşma sağlanmış ifadeler üzerinde çalışmak mantıklı gözükmektedir.⁷² Kaldı ki *WTO* ve *WIPO* gibi kuruluşlar yaptıkları yayınlarda sıklıkla bu metinlerdeki ifadelerle atıf yapmaktadır.

AİHM uygulamasına geçmeden önce son olarak belirtilmelidir ki; fikri mülkiyet haklarına ulusalüstü insan hakları hukuku çerçevesinden bakıldığında gündeme gelen haklar, genellikle, özel hayatın gizliliği (m.8) ve mülkiyet hakları (P1-1) olmaktadır.⁷³ Ayrıca bazı durumlarda, ifade edildiği üzere; özellikle sağlık hakkı veya ilaç hakkı açılarından yaşam hakkı (m.2) ve ifade özgürlüğü (m.10) gibi haklar fikri mülkiyet hakları ile bir “çatışma” halinde olabilir. Çalışmanın bir sonraki başlığında bu durum, AİHM’e yapılan başvurunun uygulanabilirliği ve hakların çatışması kuramı çerçevesinde izah edilmiştir. Fikri mülkiyet hakları çerçevesinde gündeme gelme potansiyeli olan maddelere örnek olarak; adil yargılanma hakkı (m.6), toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (m.11), etkili başvuru hakkı (m.13) ve ayrımcılık yasağı (m.14) gösterilebilir.

⁷⁰ İnsan hakları hukuku ile fikri mülkiyet hukuku uğraşanlar arasında kurulacak bir diyalogun her iki alanın gelişmesine de faydalı olacağı savunulabilir. Zira odaklanılan ana fikir farklı olan bu alanların, kavramları algılama şekli de farklıdır. Dolayısıyla karşılaştırmalı bir metot takip edildiği takdirde “fikri mülkiyet” kavramı şemsiyesi altında değerlendirilebilecek yeni “şeylerin” ortaya çıkabileceği öngörülebilir. Bkz. Drahos, s. 10.

⁷¹ Yu, s. 713.

⁷² Yu, s. 713.

⁷³ Harms, s. 24.

2. Başvuruların İncelenmesi

A. Kabul Edilebilirlik ve Uygulanabilirlik

AİHM'e yapılan başvuruların m.35⁷⁴ kapsamında belirtilen birtakım nitelikleri haiz olmaması halinde kabul edilemezlik (*inadmissibility*) kararı verildiği ifade edilmelidir. Bir başka açıdan, aynı maddede ikinci fıkrada vurgulandığı üzere; başvurucunun, uluslararası nitelikte başka bir soruşturma/çözüm mercisine daha önce başvurmuş olması halinde Mahkeme kendisine yapılan “başvuruyu ele almamaktadır.” Uygulamada AİHM yargılamaları açısından bilhassa özellik arz eden bir husus olarak, Mahkemenin “yargı yetkisine” dair verdiği kabul edilemezlik kararları gösterilebilir. Bilindiği üzere AİHM'in yargı yetkisini düzenleyen m.32 düzenlemesinin işaretiyle, Mahkemenin kişi yönünden (*ratione personae*) yetkili olabilmesi için m.34⁷⁵ ile kaydedilmiş şartların sağlanması gerekmektedir.⁷⁶ Bu doğrultuda, öncelikle, başvuru sahiplerinin mağdur sıfatını haiz olan gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grubu mahiyetinde olması gerektiği hatırlatılmalıdır. Sözleşme-

⁷⁴ “Kabul edilebilirlik koşulları 1. Mahkeme’ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir.

2. Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları aşağıda sayılı hallerde ele almaz: a) Başvuru isimsiz ise veya b) Başvuru, Mahkemece daha önce incelenmiş ya da uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm merciine daha önceden sunulmuş bir başka başvuruyla esasen aynı olup yeni olgular içermiyorsa.

3. Aşağıdaki hallerde Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları kabul edilemez bulur: a) Başvurunun konu bakımından Sözleşme veya Protokollerinin hükümleriyle bağdaşmaması, dayanaktan açıkça yoksun veya bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olması veya b) Başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olması; meğer ki Sözleşme ve Protokollerini ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesi başvurunun esastan incelenmesini gerektirsin. Ancak ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilemez.

4. Mahkeme bu maddeye göre kabul edilemez bulduğu tüm başvuruları reddeder. Mahkeme, yargılamanın her aşamasında bu yönde karar verilebilir.”

⁷⁵ “Bireysel başvurular: Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeciler Tarafından biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme’ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeciler Tarafından bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler.”

⁷⁶ Bu değerlendirme Mahkeme tarafından re’sen gerçekleştirilmekte ve başvuru sahiplerinin mağdur niteliği taşıması şartını aşacak şekilde; iddia edilen ihlalin bir şekilde sözleşmeciler devletlerden birine isnat edilebilir olmasını ifade etmektedir.

nin 35. Maddesinin lafzına göre; dayanaktan açıkça yoksun olma, başvuru hakkının kötüye kullanılmış olması veya bazı özel durumlar saklı kalmak kaydıyla başvurunun önemli bir zarar görmemiş olması halinde de kabul edilemezlik kararı verilmesi gerekmektedir. Kabul edilebilirlik değerlendirilmesinde fikri mülkiyet açısından en özellikli sorunların, başvurunun konu bakımından (*ratione materiae*) bağdaşması ve açıkça dayanaktan yoksun olmaması kriterleri olduğu söylenebilir. Fakat bu meselelere geçmeden önce, şirketlerin fikri mülkiyet hakkı ihlali iddiası ile AİHM'e başvuru yapmasının *ratione personae* açısından değerlendirilmesi yapılmalıdır.

Belirtilmelidir ki insan hakları hukuku öğretisinde, şirketlerin fikri mülkiyet haklarının alanının genişliyor olduğu düşünülmesine rağmen bu hakların insan hakkı statüsünde olmadığı savunulmaktadır.⁷⁷ ICESCR bakımından, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin resmi yorumuna göre,⁷⁸ insan hakları esasen gerçek kişilere, kişi gruplarına ve kolektif topluluklara odaklanırken fikri mülkiyet rejimi öncelikle ticaret sektörünü ve şirket menfaatlerini korumaktadır. Buradan yola çıkılarak şirketlerin fikri mülkiyet hakkından doğan menfaatlerinin ICESCR açısından insan hakkı statüsünde korunmadığı ifade edilebilir. Bilindiği üzere insan hakları kavramı, doğal hukuk anlayışına göre insan olmak itibarıyla doğuştan sahip olunan, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez haklardır. Dolayısıyla doğal hukuk çerçevesinden düşünüldüğünde, örneğin, bir gerçek kişinin sahibi olduğu bir patent hakkını şirkete devretmesi halinde “insan hakkı” statüsündeki menfaatin devredilemez niteliği nedeniyle şirkete geçmeyeceği düşünülebilir. Bununla beraber insan hakları hukuku öğretisinde şirketlerin de fikri mülkiyet haklarının insan hakkı kapsamında değerlendirilebileceği yönünde iki farklı düşüncenin ileri sürülmüş olduğu görülmektedir.⁷⁹ Bunlardan birine göre şirketin sahibi olduğu fikri mülkiyet hakkı, esasında bir gerçek kişinin fikri ürünü olması hasebiyle bir insan hakkından temellenmektedir. Şirketin

⁷⁷ Yu, s. 728. Yazara göre ICESCR taslağının tartışıldığı toplantılarda fikri mülkiyet hakkının bir şirkete yahut bir şirketin çalışanına ait olduğu durumlar düşünülmemiştir.

⁷⁸ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant), 12.01.2006, E/C.12/GC/17, s. 3, § 2 ve 7. <http://www.refworld.org/docid/441543594.html> (Erişim Tarihi 13.05.2018).

⁷⁹ Yu, s. 728-729.

bu konudaki hakkının korunmaması; fikri ürünün değerinin düşmesi ihtimalini beraberinde getirerek fikri ürünün üreticisinin menfaatini tehlikeye sokmakta ve bu şekilde de insan hakları hukuku açısından bir ihlal gündeme gelmektedir. Diğer görüşe göre ise şirketteki pay sahiplerinin insan hakları temelli mülkiyet menfaatlerinin korunması için şirketin fikri mülkiyet haklarının güçlü şekilde korunması gerekmektedir.

Strasbourg organlarının meseleye olan yaklaşımı ise, şirketlerin fikri mülkiyet haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuru sıfatını haiz olduğu yönündedir. Hatta uygulamaya bakıldığında şirketler ile gerçek kişilerin yaptıkları başvuru sayılarının birbirine yakın olduğu ifade edilmektedir.⁸⁰ Dolayısıyla *ratione personae* değerlendirmesi açısından, şirketlerin AİHM'e fikri mülkiyet haklarının ihlal edildiği şikâyeti ile başvurması sorun teşkil etmemektedir.⁸¹

Ratione personae açısından değinilmesi gereken bir diğer nokta, hakka yönelen müdahalenin devletin uluslararası anlaşmalardan doğan yükümlülüklerinden kaynaklanması veyahut devletin yetkilerini bir uluslararası organa devretmesi durumlarında vücut bulan ihlal iddialarıdır. Önceki başlıklarda belirtildiği üzere devletler, özellikle tescile bağlı fikri mülkiyet hakları bakımından kolaylık sağlanması adına bölgesel anlaşmalar akdetmektedir. Bu anlaşmalar ile kurulan organizasyonlardan birisi, devletlerin bazı yetkilerini kendisine devrettikleri Avrupa Patent Ofisidir (*EPO*). Peki ya, örneğin, başvuru haklarının ihlal edildiğini iddia ettikleri olaylarda şikâyet konusu olan olgunun kaynağı *EPO* olursa yetkisini devreden devletin sorumluluğu doğacak mıdır? Bu soruya hem olumlu hem de olumsuz yanıt vermek mümkün gözükmemektedir. *Heinz v. Avrupa Patent Sözleşmesine Taraf Devletler* davasında,⁸² patent başvuruları için *EPO* tarafından belirlenen masrafların kendisi ve bunların öngörülen süre içinde ödenmemesi halinde başvuruların düşecek olması hususları şikâyet konusu yapılmıştır. Komisyon bu davada, devletlerin birtakım yetkilerini uluslararası organlara devretmelerinin zorun-

⁸⁰ Yu, s. 729. Yazar, özellikle Anheuser-Busch INC v. Portekiz başvurusundan sonra bu konu hakkındaki şikâyet başvurularının artmakta olduğunu ifade etmektedir.

⁸¹ Bkz. Yu, s. 729. Yazar her ne kadar şirketlerin fikri mülkiyet hakları açısından AİHM'e başvuru yapabiliyor oluşunu sosyal açıdan faydalı bulduğunu ifade etse de bu durumu "rahatsız edici" olarak nitelemektedir.

⁸² *Heinz v. the Contracting Parties also parties to the European Patent Convention*, (Karar tarihi: 10.01.1994, Başvuru numarası: 21090/92).

lu olarak AİHS'e aykırılık sonucunu doğurmadığına, bununla birlikte “yetkinin devredildiği örgüt sisteminde insan haklarının korunmasının en az ulusal makamlarca korunması kadar etkili olması” gerektiğine karar vermiştir.⁸³ Somut vakada Komisyon, EPO sisteminin AİHM koruması kadar etkili koruma sağlayıp sağlamadığı hususunu “(p)atentlenebilirlik, başvuru yapmaya yetkili kişiler, patent başvurusu koşulları gibi maddi hukuka ilişkin unsurların yanında kararlara itiraz gibi usuli unsurları” da gözeterek gerçekleştirmiştir.⁸⁴ Netice itibarıyla de *ratione personae* bakımından yetkisizlik kararı vermiştir. Benzer mahiyetteki başka başvurularda da⁸⁵ daha önceden verilen birtakım kararlara⁸⁶ atıf yapılarak yetki devrinin yapıldığı uluslararası sistemdeki korumanın ulusal makamlardaki kadar etkin olup olmaması ve müdahaleyi taraf devletin mi yoksa yetki devri yapılan organizasyonun mu yaptığı kriterlerine göre hareket edilerek kabul edilemezlik kararı verilmiştir.

Strasbourg organları açısından kabul edilebilir bir başvurudan bahsedebilmek için, başvurunun *ratione materiae* bakımından AİHS ve protokolleri ile bağdaşması gerekir. Peki ya fikri mülkiyet haklarının yararlandığı AİHM koruması için düşünüldüğünde bu kriteri hangi maddelerin sağladığı söylenebiler? İlk akla gelen hak, doğal olarak, P1-1 çerçevesindeki mülkiyet hakkı olmaktadır.⁸⁷ Bu noktada hatırlatılmalıdır ki birinci bölümde tarif edildiği üzere fikri mülkiyet hakları, telif hakkı ve sınai haklar olmak üzere iki başlık altında incelenir. Telif haklarının ise maddi/mali ve manevi/moral olmak üzere iki unsurlu olduğu ifade edilmektedir.⁸⁸ Yine birinci bölümde ifade edildiği üzere fikri mülkiyetin kuramsal temellerinde, fikri ürün ile bu ürünü ortaya koyan kişi arasındaki manevi bağ bulunmaktadır. Dolayısıyla da eser ile eser sahibi arasında kişisel bir ilişkinin varlığı ifade edilebilir. Bu açıdan,

⁸³ Aktaran: B. Gemalmaz, s. 314.

⁸⁴ B. Gemalmaz, s. 314.

⁸⁵ Rambus INC v. Germany (Karar tarihi: 16.06.2009, Başvuru numarası: 40382/04); Lenzing AG v. United Kingdom (Karar tarihi: 09.09.1998, Başvuru numarası: 38817/97).

⁸⁶ Behrami and Behrami and Saramati v. Germany, France and Norway (Karar Tarihi: 02.05.2007, Başvuru numaraları: 71412/01, 78166/01); Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş v. Ireland (Karar tarihi: 30.06.2006, Başvuru numarası: 45036/98)

⁸⁷ Zaten genel olarak 1959-2015 yılları arasında AİHM'in vermiş olduğu ihlal kararlarının %12,18'inin konusunu P1-1 oluşturmaktadır. Bu ise m.6 adil yargılanma hakkı (%41,31) ve m.5 özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili verilen ihlal kararlarından (%12,43) sonra en büyük orandır. Bkz. Venerucci, s. 39.

⁸⁸ Venerucci, s. 296.

ICESCR ve *EDHR* metinlerinde de Hegelci kişilik anlayışına göre şekillendirilmiş olduğu savunulan fikri mülkiyet haklarının, AİHS m.8 ile olan bağı da “son derece açıktır.”⁸⁹ Sonuçta, fikri mülkiyet haklarının yararlandığı AİHM koruması çerçevesinde konu bakımından bağdaşma kriterini sağlayan haklardan en temel iki tanesi P1-1 ve m.8 olarak karşımıza çıkmaktadır.

P1-1’in koruma sağlaması için; Mahkemenin, ihlale konu olan “şeyi” otonom yorumuna göre mülkiyet kavramı içinde değerlendirmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere AİHS ve protokollerinin yorumları esasen İngilizce ve Fransızca metinlerinden eşdeğer olarak gerçekleştirilir. Mahkeme bu çerçevede P1-1 madde başlığında geçen “mülkiyet” kavramını⁹⁰ ve metinde yer alan “mal ve mülk/mamelek” ifadesini⁹¹ İngiliz ve Fransız hukuklarındaki anlamından da daha geniş olacak şekilde; bir değer ifade etmekte olan hak/çıkarlar kümesinin tamamını kapsayacak şekilde mütala edebilmektedir. Mahkeme içtihatlarında yerleşik olarak ifade edildiği üzere, söz konusu şeyin malvarlığı değeri olup olmayacağı başvuru konusunun kişiye maddi bir çıkar tanıyıp tanınamasına göre belirlenmektedir.⁹² Parayla ölçülebilir olmak veya devir ve intikale elverişli olmak gibi kriterler bu doğrultuda kullanılır. Fikri mülkiyet hakları açısından çoğu zaman hem telif haklarının hem de sınai hakların bir ekonomik değer arz ettiği ifade edilebilir, kaldı ki mahkemenin son yıllardaki içtihatlarından yola çıkıldığında bu kalemle-
rin zaten P1-1 kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.⁹³ Gerçekten de kararlar başlığı altında izah edileceği üzere AİHM; telif hakkı,⁹⁴ patent⁹⁵

⁸⁹ Venerucci, s. 205.

⁹⁰ İngilizce: property, Fransızca: propriété

⁹¹ İngilizce: possessions, Fransızca: biens

⁹² Anheuser-Busch INC v. Portugal (Karar tarihi: 11.01.2007, Başvuru numarası: 73049/01)

⁹³ Türk Anayasa Mahkemesi’nin de yeni tarihli bir kararında “sinema filminin” ve “sinema filmi senaryosunun” Anayasa’nın 35. maddesi bağlamında mülkiyet hakkının konusunu teşkil ettiği vurgulanmıştır. Bununla beraber somut olayda, derece mahkemelerinin başvuru konusunun söz konusu eserlerin “sahibi” olmadığı yönündeki kararı, Yüksek Mahkeme tarafından da derece mahkemelerinin takdir yetkisine işaret edilerek kabul edilmiştir. Neticede bu olay bakımından konu bakımından yetkisizlik kararı çıkmıştır. Bkz. AYM 2. Bölüm, Başvuru No: 2014/15232, T. 08.03.2017.

⁹⁴ A.D. v. Netherlands (Karar tarihi: 11.01.1994, Başvuru numarası: 21962/93)

⁹⁵ Smith Kline and French Laboratories LTD v. Netherlands (Karar tarihi: 04.10.1990, Başvuru numarası: 12633/87)

ve marka⁹⁶ ile ilgili uyuşmazları P1-1 ile konu bakımından bağdaşır bulmaktadır. Bu kapsamda uygulanabilir olduğu kabul edilen ve fikri mülkiyet hukuku kapsamında değerlendirilen konulara diğer örnekler olarak internet alan adı⁹⁷ ve internet hizmeti sunma lisansı⁹⁸ da gösterilebilir. Son olarak belirtilmelidir ki AİHM'e yapılacak başvuruda başarı elde etmek için öğretilde "uygulanabilirlik eşiği"⁹⁹ olarak ifade edilen ve ekonomik değere olan müdahalenin az olmayacak bir derecede olmasını ifade eden bir koşul daha bulunmaktadır.

İzah edildiği üzere manevi unsur; fikri mülkiyet haklarının özelinde hak sahibi ile şey arasında bir bağın varlığı nedeniyle P1-1'in konu bakımından uygulanabilirliği değerlendirmesinde gündeme gelmektedir. Buna en güzel örnek olarak telif hakları gösterilebilir. Fakat bundan da öte fikri mülkiyet hakları kapsamında düşünüldüğünde maddi ve manevi değer oluşturma ölçütlerinin "füzyonunun"¹⁰⁰ da bir ölçüt olarak karşımıza çıkma potansiyeli bulunmaktadır. Bu konuda ABD'de gerçekleştirilen bir patent başvurusundan yola çıkılarak, "yöreye özgü teknik bilgi" (ITK) kategorisini ilgilendiren birtakım yorumlar yapılması mümkün gözükmektedir. Söz konusu olay, 1995 yılında Mississippi Üniversitesi'nin tıp departmanının zerdeçal tozunun bazı yaraların iyileştirilmesinde etkili olmasıyla ilgili bir buluşu hakkında ABD Patent ve Marka Ofisi'ne (USPTO) yaptığı başvurudan ibarettir.¹⁰¹ Bu başvuru neticesinde ofis, patent başvurusuna olumlu yanıt vermiş ve Mississippi Üniversitesi'ne zerdeçal tozunun satılması ve dağıtılması için münhasır hak vermiştir. Fakat çok geçmeden Hindistan Bilimsel ve Endüstriyel Araştırma Konseyi (CSIR) bu patente itiraz etmiş ve sonuç olarak USPTO, tescil ettiği patent hakkını iptal etmiştir. Yapılan itirazın içeriği, anahatları ile; zerdeçalın Hindistan'ın doğu kesimlerinde yoğun olarak yetiştirilen ve geleneksel olarak özellikle gribe, parazitlere ve deri enfeksiyonlarına karşı tıbbi bakımdan

⁹⁶ Anheuser-Busch INC v. Portugal (Karar tarihi: 11.01.2007, Başvuru numarası: 73049/01)

⁹⁷ Paeffgen GmbH v. Germany (Karar tarihi: 18.09.2007, Başvuru numaraları: 25379/04, 21688/05, 21722/05)

⁹⁸ Megadat.com SRL v. Moldova (Karar tarihi: 08.04.2008, Başvuru numarası: 21151/04)

⁹⁹ B. Gemalmaz, s. 191.

¹⁰⁰ B. Gemalmaz, s.206

¹⁰¹ SIMON Bradford S., "Intellectual Property and Traditional Knowledge: A Psychological Approach to Conflicting Claims of Creativity in International Law", Berkeley Technology Law Journal, Vol. 20, No. 4 (Fall 2005), ss. 1613-1684.

kullanılmakta olan bir bitki oluşu ve yüzyıllardan beri Hindistan'ın bahsi geçen bölgesindeki her evde bulunması olarak özetlenebilir. *USPTO* kararında ayrıca zerdeçalın tıbbi açıdan kullanımının “eski bir sanat” niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Konumuz çerçevesinden bakıldığında zerdeçalın tedavi amaçlı satışının yapılması maddi ölçütü sağlarken, yüzyıllara dayanan geleneksel bir metot olması da manevi ölçütü sağlamaktadır denilebilir. Zira zerdeçal kullanımı *CSIR* tarafından yerel halk açısından önemli bir değer olarak tarif edilmekte ve adeta bir tür kolektif uğraşı olarak kuşaktan kuşağa aktarılacak korunan bir kültür olarak nitelendirilmektedir. Bahsedilen nedenlerle fikri mülkiyete AİHM perspektifinden bakıldığında yöreye özgü teknik bilgi mahiyetindeki kalemelerin, maddi ve manevi ölçütleri bir potada eriterek bir füzyona vücut verme potansiyelinden bahsedilebilir. Nitekim bahsedilmiş olan bu karar ile birlikte “yöreye özgü teknik bilgi” olarak düşünülebilecek bir olgu, dünyanın bir başka bölgesinde tescil edilen bir patentin iptalini sağlamıştır. Bu yönüyle aynı kategoride değerlendirilebilecek “şeyleri” konu alan patent tescillerinin iptali için insan hakları hukuku çerçevesinde başvuru yapılması mümkün gözükmektedir.¹⁰²

P1-1 açısından değinilmesi gereken bir diğer husus, maddenin mülkiyete hakkı değil, mülkiyet hakkını korumasıdır.¹⁰³ Yani başvuru konusu yapılan hakkın zaman duvarını aşması, halihazırda ulusal hukukta var olması gerekmektedir. Bu durumun istisnası ise meşru beklenti kavramı olarak (*legitimate expectation*) karşımıza çıkar. Yine ulusal düzlemde değerlendirilecek şekilde, bahse konu hakkın sahibi olunacağına dair bir meşru beklentinin kanuni veya içtihadi bir dayanağı var ise, ancak bu takdirde zaman duvarı aşılır. Bu durumun önemi, özellikle patent gibi doğumu tescile bağlı bazı haklar açısından gündeme gelir. Zira tescili yapılmamış bir buluşun, var olduğu ülke sınırları içindeki patent hakkı koruması henüz başlamamıştır ve bu nedenle de AİHM açısından zaman duvarını aşamayacak bir mülkiyet hakkı iddiası hüviyetindedir. İfade edildiği üzere bu hal ancak meşru beklenti kavramı ile aşılabılır gibi görünmektedir.

Bazı durumlarda fikri mülkiyet haklarının tanındığı tüm yetkilerin korun-

¹⁰² Bu durumda başvuruçunun bölgede yaşayan yerel halk olması ihtimalinde AİHM'in *ratione parsonae* açısından tutumunun ne olabileceği hakkında bkz. B. Gemalmaz, s. 114-120.

¹⁰³ B. Gemalmaz, s.136.

ması için P1-1 yeterli olmamaktadır.¹⁰⁴ İfade edildiği üzere bu gibi hallerde başta AİHS m.8 olmak üzere konvansiyonun diğer düzenlemelerinden yararlanılması da mümkün olabilir. Bunlara bir örnek olarak, başvurucunun “*Google Sites*” hizmetinden yararlanarak kendi görüşlerini yayımladığı internet sayfasının Atatürk’ün manevi hatırasına hakaret içeriği nedeniyle hem söz konusu sayfanın hem de “*Google Sites*” hizmetinden faydalanan diğer tüm sayfaların kapatıldığı dava gösterilebilir.¹⁰⁵ Bu dava AİHS m.10 kapsamında değerlendirilmiş ve neticede ihlal kararı verilmiştir. Bir başka örnek olarak; EPO tarafından patent tescilinin iptali kararı verilmesine ulusal mahkemelerde dava açılmıyor oluşunun, Mahkeme önüne AİHS m.6’yı ihlal ettiği iddiasıyla gelmesi fakat müdahalenin ölçülü olma kriterine uygun olduğu gerekçesiyle AİHM’in ihlal kararı vermemiş olduğu karar gösterilebilir.¹⁰⁶

B. Hakların Çatışması/Yarışması Kavramları ve Uygulanabilirlik İlişkisi

Bir hakkın sahibine verdiği yetkilerin sınırsız bir nitelik göstermesi “belki hayal âleminde yaşanabilir, fakat bunun sosyal çevre içinde gerçekleşmesi imkânsızdır”.¹⁰⁷ Bu bakımdan bakıldığında esasen her hakkın bir sınırı vardır.¹⁰⁸ Mesele hakkında değerlendirme yapılırken anayasa hukuku kaynaklı bir düşünce olan ve “iki farklı öznenin hak ve çıkarlarının karşı karşıya gelmesi” halinde biri lehine ulaşılabilecek çözümü ifade eden “özgürlüklerin

¹⁰⁴ ROZHKOVA Marina Alexandrovna / AFANASİEV Dmitry Victorovich, “The Matters of Intellectual Property in the Practice of the European Court of Human Rights”, *Mediterranean Journal of Social Sciences*, Vol.6, No. 3, May 2015, ss. 241-248.

¹⁰⁵ Yıldırım v. Turkey (Karar tarihi: 18.12.2012, Başvuru numarası: 3111/10)

¹⁰⁶ Lenzing AG v. United Kingdom (Karar tarihi: 09.09.1998, Başvuru numarası: 38817/97)

¹⁰⁷ GÖZLER Kemal, “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 47, S.1, Ocak 1990, ss. 31-67. <www.anayasa.gen.tr/sigara.htm> (Erişim Tarihi: 12.05.2018). Yazara göre; özgürlüklerin sınırı, doğal hukuk anlayışına göre şöyle ifade edilebilir; “kolunuzu sallama özgürlüğünüz başkalarının burnunun başladığı yerde biter”. Bu yaklaşım 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinde “hürriyet, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir; bundan ötürü her insan için tabii hakları kullanmasının sınırı toplumun diğer üyelerinin de aynı haklardan faydalanabilmesini sağlayan sınırdır” ifadesi ile kendisine yer bulmuştur.

¹⁰⁸ AİHS çerçevesinden bakıldığında ise; sınırlama klozu içermeyen hakların sınırlandırılabilir olup olmadığının tartışmalı olduğunu ve Strasbourg organlarının tutarsız kararları olduğunu görmekteyiz. Bkz B. Gemalmaz, s. 211, Dn. 680.

çatışması kuramının” sunduğu düzlemde hareket edilebilir.¹⁰⁹ AİHM’in de bir kararında¹¹⁰ hakların çatışması kavramını kullanmış olduğunu görmekteyiz.¹¹¹ Bu kurama göre çeşitli hakların verdiği yetkiler arasında her zaman bir çelişki yaşanması mümkündür ve bu çelişki, çatışan özgürlüklerin sınırlandırılması ile çözülebilir. Peki ya olayda sınırlandırılması gereken hak nasıl belirlenecektir? Bu hususta ve bahsedilen kuram kapsamında üç görüşün ileri sürülmüş olduğunu görmekteyiz.¹¹² Bunlardan birisi olan “hiyerarşi görüşü”, özgürlükler arasında bir sıradüzeni olduğunu ve bu doğrultuda da ağır basan özgürlüğün korunup diğerinin sınırlandırılması gerektiğini öne sürmektedir. İfade edilmelidir ki insan hakları hukuku çerçevesindeki bütünsellik ilkesinin sonuçlarından biri olarak; ‘haklar arasında değer, vazgeçilmezlik veya işlev açısından “hiyerarşik bir dizilim” öngörülemez hali’ gösterilmektedir.¹¹³ Bu doğrultuda her hak; “yer aldığı liste açısından olmazsa olmaz, *sine qua non* hüviyettedir ve bir hak için başka bir hakkın ihmal edilmesi veya ertelenmesi meşru/geçerli görülemez”.¹¹⁴ Hakların çatışması kuramı kapsamında diğer bir yaklaşım olan “müdahalenin kesilmesi görüşü”, çatışma durumunda diğer özgürlüğe müdahale teşkil eden özgürlüğün sınırlandırılması gerektiğini savunur. İfade edilecek son yaklaşımın temelinde ise “pratik uyum ilkesi” yer almaktadır. Bu ilkeye göre, çatışma halinde bulunacak çözüm; söz konusu hakların hepsinin varlığını ve etkisini “optimum” düzeyde koruyacak nitelikte olmalıdır.

Çatışma kuramına AİHM yargılaması açısından bakıldığında, çatışma halinin fikri mülkiyet hakları açısından gündeme geldiği hallerde bir hiyerarşi ilişkisinin kurulması “faydasız” olarak nitelendirilmektedir.¹¹⁵ Bu durumlarda, insan hakları hukukundaki adil tazminat (*just remuneration*), hakkın

¹⁰⁹ B. Gemalmaz, s. 210.

¹¹⁰ Von Hannover v Germany (Karar tarihi: 24.06.2004, Başvuru numarası: 59320/00)

¹¹¹ Aktaran: B. Gemalmaz, s. 211, Dn. 679.

¹¹² Gözler, s. 41.

¹¹³ S. Gemalmaz, s. 612. Anayasa hukuku çerçevesinde olan ve aynı doğrultuda bir görüş için bkz. Gözler, s. 41. Yaşam hakkının diğer haklara göre daha üstün bir değer teşkil ettiği görüşü için bkz. B. Gemalmaz, s. 214.

¹¹⁴ S. Gemalmaz, s. 613.

¹¹⁵ Yu, s. 712.

çekirdeği¹¹⁶ (*minimum core*) ve gelişimsel gerçekleştirme¹¹⁷ (*progressive realization*) gibi tamamlayıcı yaklaşımların kullanılmasının gerektiğinin altı çizilmektedir.¹¹⁸ Hakların çatışması, örneğin, telif hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki bir gerilim hüviyetinde görünüm arz edebilir. İzah edilen yaklaşıma göre bu çatışma hallerinde adil tazminat yolu ile çözüme gidilmesi uygun bir yol olarak gözükmektedir. Bu durumda ifade özgürlüğü hakkını kullanan kişi karşısında telif hakkı sahibine tazminat ödenerek çatışan haklar sorunu çözümlenmektedir.¹¹⁹

Bir diğer görüşe göre ise,¹²⁰ AİHS çerçevesindeki sınırlama kaydı içeren haklar açısından, hakların çatışması kuramına başvurulması anlamsızdır zira bu mesele zaten ölçülülük değerlendirmesi aşamasında ele alınmaktadır. Öte yandan sınırlama kaydı olmayan haklar bakımından bir “normatif eksiklik” bulunmaktadır ve bu eksikliğin giderilmesi adına uygulanabilirlik denetimi aşamasında hakların çatışması kuramından yararlanılabilir.¹²¹ Aynı görüşe göre meseleye AİHM yargılaması açısından yaklaşıldığında bir hakkın “uygulanabilir” nitelikte olması için bu haktan yararlanmanın öncelikle AİHS m.17¹²² ve m.35 uyarınca, genel olarak sözleşmedeki diğer haklara uygun olma şartını taşıyor olması gerekmektedir. Dolayısıyla hakların çatışması kuramı AİHM açısından yorumlandığında; bir haktan yararlanma fiilinin

¹¹⁶ “Minimum core obligations”, devletlerin; hakların en azından olmazsa olmazı olarak nitelendirilebilecek unsurlarını temin etme yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir. Bkz. Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Fact Sheet No. 33, Geneva, 2008, s. 16. Bu yaklaşımda devlet, hakkın bir anlam ifade etmesi için gereken “en hayati” olan asgari korumayı bireye sunmak için rehberlik etmek zorundadır. Bkz. Yu, 712.

¹¹⁷ “Progressive realization” konsepti, devletlerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklar açısından sahip oldukları yükümlülükler açısından merkezi öneme sahiptir. Özünde, devletin elinde bulunan imkanları çerçevesinde bir hakkın gerçekleştirilmesi için gerekli olan önlemleri almasını ifade eder. Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights, s. 13-14. Bu yaklaşımda, bir hakkın başka haklardan da yararlanma yetkisi tanınması ve hatta devlete başka hakların da güçlendirilmesi ödevi verilmesi önemlidir. Bkz. Yu, s. 712.

¹¹⁸ Yu, s. 712.

¹¹⁹ Yu, s. 712.

¹²⁰ B. Gemalmaz, s. 210.

¹²¹ B. Gemalmaz, s. 211.

¹²² Hakları kötüye kullanma yasağı: Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm; bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.

AİHM açısından uygulanabilir olması için “öteki haklara aykırılık teşkil etmeme” şartıyla beraber, “demokratik bir toplumda saygıyı hak edecek olma” ve “insan onuruna uygun olma” niteliklerini de taşıması gerektiği ifade edilebilir.¹²³ Buna ise kişinin nefret içerikli görüş açıklamasının, ulusüstü insan hakları hukuku sistemi çerçevesinde ifade özgürlüğünün uygulanabilirliğini aktive etmemesi örnek olarak gösterilmektedir.¹²⁴ Bu bakımdan, örneğin, başvurunun ırkçılık içeren görüşlerini içeren kitabı bakımından telif hakkı yetkilerinden yararlandırılmaması varsayımında P1-1 veya m.10’un uygulanabilir olarak kabul edilmeyeceği tahmin edilebilir. Yahut yine somut olayın özelliklerine bağlı olarak patent hakkı sahibine ödenecek bir tazminat ile adil bir denge sağlanmaya çalışılabilir. Somut olayın özelliklerine bağlı olarak uygulanabilirlik aşamasında özellik bulunmayan olaylarda, örneğin, bireyin özel hayatın gizliliği hakkı ile basının ifade özgürlüğü hakkının çatışması halinde bu durum Mahkeme’nin ölçülülük değerlendirilmesinde de çözümlenebilir. AİHM uygulamasından bu konuyu ilgilendiren iki karar çalışmanın ilerleyen bölümünde izah edilmiştir.

Hakların yarışması kavramı ise; “aynı özneye ait talebin birden çok hakkın kapsamına girmesi” olarak tarif edilebilir.¹²⁵ Bu gibi hallerde; gündemdeki hakların aynı hukuksal değeri koruması nedeniyle ve usul ekonomisinin gereği olarak yarışan haklardan en çok ve en sıkı korumayı sunan hakkın uygulanmasının tercih edildiği ifade edilebilir. Konumuz açısından, P1-1 ile yarışma durumu gündeme gelme ihtimali olan haklara örnek olarak; m.8, m.9 veya m.10 düzenlemelerinde yer alan haklar gösterebilir. Somut olayın özelliklerine göre, fikri mülkiyetin konusu olan hak ile hak sahibi arasındaki manevi bağ ön plana çıktıkça P1-1 koruması yerine m.8 veya m.9 koruması, hakkın konusunun ekonomik değer oluşturma özelliği ön plana çıktıkça ise P1-1 koruması gündeme gelecektir. AİHS m.10 açısından bakıldığında ise esasen Mahkemenin ifade özgürlüğü ihlali bulduğu davalarda P1-1 açısından ayrıca inceleme yapmadığı söylenebilir.¹²⁶ Görüldüğü üzere bazı AİHS maddeleri hem fikri mülkiyet hakkının korunması anlamında yarışmakta, hem de bu hakkın sınırlanması anlamına gelecek şekilde çatışmaktadır.

¹²³ B. Gemalmaz, s. 214.

¹²⁴ B. Gemalmaz, s. 217.

¹²⁵ B. Gemalmaz, s. 218.

¹²⁶ B. Gemalmaz, s. 310.

C. Müdahalenin Varlığı ve İlgili Hakkın Sınırlanması

AİHM'in birçok kararında vurguladığı üzere¹²⁷ P1-1 madde metnindeki iki paragrafta üç farklı fakat birbiriyle ilişkili kural vardır.¹²⁸ Birinci kural (1p-1c) hak sahiplerinin mameleklerinden yararlanmasına saygı duyulmasını gerektirir. İkinci kural, (1p-2c) belirli koşulların yokluğu halinde kişilerin mameleklerinden yoksun bırakılamayacağını ifade eder. Son olarak üçüncü kural ise (2p) devletlerin, kişilerin sahibi oldukları şeyleri kullanmalarını belirli hallerde kontrol edebileceğini kaydeder. Bu kuralların ışığında AİHM, önüne gelen başvurularda yaptığı kabul edilebilirlik ve başvuru konusu sözleşme veya ek protokol maddesinin uygulanabilirliği değerlendirmesinden sonra iddia edilen müdahalenin incelenmesine geçmektedir. Bu kapsamda öncelikle ortada ilgili hakka yönelen bir müdahale (*interference*) olup olmadığı, müdahale niteliğinin tespiti halinde bu müdahalenin niteliği ve son olarak da bunun somut olayda bir ihlal teşkil edip etmediği irdelemesi yapılır. Söz konusu müdahalenin ihlal niteliğinde olmaması için sahip olması gereken özellikler sırasıyla; hukuki olması (*to be prescribed by law / lawfulness*), madde metninde belirli meşru amaca yönelmesi (*legitimate aim*) ve adil dengeyi (*fair balance*) kuruyor olması/ölçülülük ilkesine (*principle of proportionality*) uygunluğu olarak ifade edilebilir.

Söz konusu müdahalenin niteliği, öncelikle, devletin pozitif veya negatif yükümlülüğüne bağlı olarak sınıflandırılabilir. Bu bağlamda negatif yükümlülüğe aykırı müdahalelere örnek olarak, özellikle patentler açısından gündeme gelecek şekilde hak sahibinin zorunlu lisans vermesi halleri,¹²⁹ tescile bağlı bir fikri mülkiyet hakkı açısından tescilin süresinin uzatılma talebinin reddi¹³⁰ veya direkt olarak tescil talebinin reddi durumları¹³¹ ileri sürülebi-

¹²⁷ Bu kararlardan birine örnek olarak bkz. *Perdigao v. Portugal* (Karar tarihi: 16.11.2010, Başvuru numarası: 24768/06) § 57.

¹²⁸ WELKOWITZ David S., “Privatizing Human Rights? Creating Intellectual Property Rights from Human Rights Principles”, *Akron Law Review*, Vol.46, 2013, s. 675-726.

¹²⁹ Örn. *Smith Kline and French Laboratories LTD v. Netherlands* (Karar tarihi: 04.10.1990, Başvuru numarası: 12633/87). Mahkemenin, ulusal makamların hak sahibini “zorunlu tutması” ile ilgili daha güncel bir kararı için bkz. *SIA AKKA/LAA v. Latvia* (Karar tarihi: 12.07.2016, Başvuru numarası: 562/05)

¹³⁰ Örn. *University of Illinois Foundation v. Netherlands* (Karar tarihi: 02.05.1988, Başvuru numarası: 12048/86)

¹³¹ Örn. *Dima v. Romania* (Karar tarihi: 16.11.2006, Başvuru numarası: 58472/00)

lir.¹³² Kararlar başlığı altında açıklandığı üzere bu tarz bir müdahaleye örnek teşkil eden bir durum Türk Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihli bir bireysel başvuru kararına¹³³ yansımıştır. Devletlerin pozitif yükümlülüklerinden kaynaklanan müdahale hallerine örnek olarak ise ulusal mahkemelerin; özel hukuk kişileri arasındaki sözleşme hükümleri üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında,¹³⁴ fikri mülkiyet haklarının ihlali ve bunun sonucu olarak talep edilen tazminatlar hakkında¹³⁵ ve bir fikri mülkiyet hakkının asıl sahibinin kim olduğunun belirlenmesi hakkında verdiği kararlar gösterilebilir.¹³⁶

Hakka yönelen müdahalenin tespitinin ardından; söz konusu müdahalenin hukukilik değerlendirmesi açısından, taraf devlet mevzuatında yayımlanmış/öngörülebilir bir dayanağının olup olmaması ve eğer bir yargı kararı var ise bu kararın icra edilip edilmediği incelenmektedir. Bu müdahalenin ilgili maddede yer alan meşru amaca, P1-1 açısından kamu yararına yönelik olarak gerçekleşmiş olması ikinci inceleme aşamasıdır. Bu aşama açısından Strazborug organlarının taraf devletlere mutlak bir takdir marjı (*margin of appreciation*) tanıyor olduğu ifade edilebilir. Hakkın sınırlandırılmasının konvansiyona uygun olmadığından bahisle verilen ihlal kararları, çoğu zaman üçüncü aşama olan ölçülülük/adil dengenin kurulup kurulmadığı değerlendirmesinin sonucunda verilmektedir. Bu aşamada yapılan değerlendirme ise esasen güdülen meşru amaç olan kamu yararı ile bireyin temel hakkı arasındaki adil dengenin kurulmasına odaklanır. Devletin bu uğurda başvurduğu araç ile meşru amaç arasında makul, dengeli ve orantılı bir ilişkinin varlığı, müdahalenin ölçülü addedilmesi için şarttır. Ayrıca P1-1 açısından bakıldığında hak sahibinin olağandışı ve aşırı (*unusual and excessive*) bir külfet altına sokulmaması gerekmektedir.¹³⁷

¹³² GEIGER Cristophe / IZYUMENKO Elena, Intellectual Property Before the European Court of Human Rights, Paper No: 2018-1, Center for International Intellectual Property Studies of Universite de Strasbourg, Strasbourg., s. 9-18.

¹³³ AYM 1. Bölüm, Başvuru No: 2013/1211, T. 10.03.2015.

¹³⁴ Örn. Oğuz Aral, Galip Tekin and İnci Aral v. Turkey (Karar tarihi: 14.01.1988, Başvuru numarası: 24563/94), § 4: “(t)he State’s intervention in the case only occurred through its courts...”

¹³⁵ Örn. Melnychuk v. Ukraine (Karar tarihi: 05.07.2005, Başvuru numarası: 28743/03), Paeffgen GmbH v. Germany (Karar tarihi: 18.09.2007, Başvuru numaraları: 25379/04, 21688/05, 21722/05).

¹³⁶ Geiger / Izyumenko, s. 18-28.

¹³⁷ B. Gemalmaz, s. 519-522.

3. Örnek Kararlar

A. P1-1 Odaklı Öncü Kararlar

Strasbourg organlarına yapılan fikri mülkiyet haklarına ilişkin başvuruları, birinci bölümde gerçekleştirilen incelemeye uygun olacak şekilde telif hakları ve sınai mülkiyet hakları olmak üzere ikiye ayırıp sırayla irdelemeyi uygun görüyoruz. Bu irdeleme özellikle P1-1'i merkeze almış olsa da somut olayların özelliğinin yansımaları olarak konvansiyonun sair maddelerine de değinilmiştir.

Telif hakkını konu alan ve Strasbourg organları önüne gelen ilk dava, 1994 yılında karara bağlanan *A.D. v. Netherlands* davasıdır.¹³⁸ AİHS' m.6, m.8, ve P1-1 düzenlemelerinde korunan hakların ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bu başvuruda, başvurucunun ilişki yaşadığı 16 yaşındaki öğrencisine yazdığı mektuplar öğrencinin annesi tarafından polise verilmiştir. Her ne kadar Komisyon bu davada P1-1 çerçevesinde değerlendirilebilecek bir müdahalenin olmadığını belirterek başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olarak nitelemişse de kişilerin özel hayatlarında kaleme aldıkları mektupların adeta yayımlanmamış eser kategorisinde değerlendirilmiş olması önem arz eder. Bu hal, somut olaydaki mektubun yayımlanmamış olması dolayısıyla ekonomik değerinin olmamasına rağmen P1-1 kapsamında değerlendirilmesi anlamına gelmektedir. Söz konusu olayda daha çok mektup ile yazar arasında olan manevi bağ ağırlıktadır ve bu ise yukarıda izah edildiği üzere telif hakkının hem maddi hem manevi unsurunun bulunduğu tezini kuvvetlendirmektedir.

Telif hakkını ilgilendiren ve P1-1'in uygulanabilir bulunduğu bir diğer önemli vaka olarak 1998 yılında karara bağlanan *Oğuz Aral, Galip Tekin and İnci Aral v. Turkey* davasını göstermek gerekir.¹³⁹ Başvurucular m.6, m.9, m.10 ve P1-1 düzenlemelerindeki haklarının ihlal edildiğinden bahisle şikâyetle bulunmuş olsa da Komisyon bu iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle başvuruyu kabul edilemez ilan etmiştir. Komisyona göre iki özel hukuk kişisi arasındaki uyuşmazlığın çözümüne yönelik ulusal yargı makamlarının kararları açıkça keyfi veya haksız olmadıkça taraf devlet-

¹³⁸ A.D. v. Netherlands (Karar tarihi: 11.01.1994, Başvuru numarası: 21962/93)

¹³⁹ Oğuz Aral, Galip Tekin and İnci Aral v. Turkey (Karar tarihi: 14.01.1988, Başvuru numarası: 24563/94, Başvuru numarası: 24563/94)

lerin sorumluluğunu doğurmamaktadır. Bununla beraber özellikle m.10'un telif hakkı açısından uygulanabilir olma potansiyelinin vurgulanması ve A.D kararına atıf yapılarak fikri mülkiyet hakkının P1-1 kapsamında olduğunun açıkça ifade edilmesi oldukça önemlidir.¹⁴⁰ Başvuruya konu olayda çizirler Oğuz Aral ve Galip Tekin, "Fırt" ve "Gırgır" dergilerinde karikatürist olarak çalışmaktayken dergilerin başka bir kişiye satılması sonucu işten çıkarılmıştır. Bunun üzerine çizirler "Dıgıl" isimli dergide çalışmaya başlamış ve önceki çalıştıkları yerlerde çizdikleri karakterleri çizmeye burada devam etmiştir. Sürecin devamında "Fırt" ve "Gırgır" dergilerinin yeni sahibi, çizirlerin FSEK m.8/2 düzenlemesine aykırı olacak şekilde sahibi olduğu telif hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle dava açmıştır. Her ne kadar çizirler söz konusu karakterlerin kendileri tarafından oluşturulmuş olması nedeniyle telif hakkına aslen kendilerinin sahip olduklarını iddia etmiş olsalar da mahkeme davacıyı haklı görmüş ve dergilerin sahibinin izni olmaksızın bu çizimlerin yapılamayacağına hükmetmiştir. Başvurucuların karikatürler ile aralarındaki kişisel bağı vurgulamış olması akıllara AİHS m.8'in uygulanabilirliği tartışmasını ve hakların çatışması kuramını getirmektedir.

Ukrayna'da yaşanmış bir başka olayda,¹⁴¹ eserlerine basında yöneltilen ağır eleştirilerin yazarın telif hakkını ihlal ettiği iddia edilmiştir. 2005 yılında karara bağlanan bu kararda AİHM, A.D kararına atıf yaparak fikri mülkiyet hakları açısından P1-1'in uygulanabilir olduğunu belirtmekle beraber somut olay bakımından başvurunun kabul edilemez olduğunu vurgulamış ve devletin sorumluluğunun doğmadığına hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre ulusal yargı makamlarının verdiği kararlar; keyfilik veya açıkça mantıksızlık gibi kusurları haiz olmak gibi istisnai durumlar hariç kalmak üzere devletin sorumluluğu doğurmamaktadır. Somut olayda da P1-1'in ihlal edildiğini kabul edecek böyle bir istisna bulunmamaktadır.

Palev Balan isimli Moldovalı bir fotoğraf sanatçısının başvuru olduğu ve 2008 yılında karara bağlanan başka bir davada¹⁴² sanatçının çektiği bir fo-

¹⁴⁰ Orijinal ifade şöyledir: "(T)he Commission recalls its case-law that intellectual property is covered by Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) to the Convention (see, for example, No. 21962/93, Dec. 11.1.94, D.R. 76, p. 157)..."

¹⁴¹ Melnychuk v. Ukraine (Karar tarihi: 05.07.2005, Başvuru numarası: 28743/03). Benzer mahiyette olan fakat telif hakkının gündeme gelmediği bir başka karar için bkz. Delfi AS v. Estonia (Karar tarihi: 16.06.2015, Başvuru numarası: 64569/09)

¹⁴² Balan v. Moldova (Karar tarihi: 29.01.2008, Başvuru numarası: 19247/03)

toğrafin Moldova ulusal kimlik kartlarında izinsiz olarak kullanılmış olması AİHS m.6 ve P1-1 açılarından şikâyet konusu yapılmıştır. AİHM bu davada m.6 bakımından bir değerlendirme yapmaya gerek görmemiş ve P1-1 hakkında başvurunun kabul edilebilir olduğuna, hakkın uygulanabilir olduğuna ve ortada bir müdahalenin olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre; müdahale öngörülebilirlik şartını sağlamadığından ötürü hukukilik testini dahi geçemiyor olmakla beraber, hukukilik testini geçtiği faraziyesi ile hareket edilse bile ulaşılmak istenen kamu yararı ile kullanılan araç arasında ölçüsüzlük bulunmaktadır. Zira hedeflenen amaca kişinin hakkı ihlal edilmeden varılması da mümkün olmasına rağmen¹⁴³ kişi aşırı bir yük altına sokularak adil denge bozulmuş ve P1-1 bu anlamda ihlal edilmiştir.

Mahkeme'nin 2016 yılında verdiği bir kararında¹⁴⁴ başvurucu, kâr amacı gütmeyen ve küresel çapta iki milyon müzisyenin eserlerinin telif hakkı ile ilgili işlerini yürütmekte olan bir organizasyondur ("Sia"). Sia, daha önceden lisans anlaşmasına varmış olduğu bazı yayıncı kuruluşlarla 1998 ve 1999 yılları arasında yayın karşılığı ödenecek meblağ hususunda anlaşmaya varamamış ve 1999-2001 yılları arasında söz konusu kuruluşlar ("SWH" ve "Latvijas") eserleri lisanssız olarak yayınlamaya devam etmiştir. Ulusal yargı makamları önüne gelen bu uyuşmazlıkta davalı SWH, başvurusunun sözleşme görüşmelerinde baskın pozisyonunu istismar ederek makul olmayacak derecede yüksek telif ücreti talep ettiğini savunmuş ve mahkemeden hakkaniyete uygun bir ücret belirleyerek lisans sözleşmesini ikame etmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, yayıncı kuruluşun eser sahibinin haklarını ihlal ettiğini belirterek 111.500 tazminata hükmetmiş ve telif ücretini %2 olarak tayin ederek lisans sözleşmesini ikame etmiştir. Yerel mahkeme ayrıca Sia'nın söz konusu yayınların durdurulması hakkında yaptığı tedbir kararı talebini, ilgili WIPO ve Berne sözleşmeleri uyarınca eser sahiplerinin münhasır hakkı olan çoğaltma hakkına aykırı olacağı gerekçesiyle reddet-

¹⁴³ "(H)owever, it is apparent that this socially important aim could have been reached in a variety of ways not involving a breach of the applicant's rights. For instance, another photograph could have been used or a contract could have been concluded with the applicant. The Court is unaware of any compelling reason for the use of the particular photograph taken by the applicant or of any impediments to the use of other materials for the same purpose. Indeed, the photograph taken by the applicant was no longer used as a background in identity cards after 1 May 2000, which confirms that the public interest could be served without violating the applicant's rights..."

¹⁴⁴ SIA AKKA/LAA v. Latvia (Karar tarihi: 12.07.2016, Başvuru numarası: 562/05)

miştir. Aynı dönemde diğer yayıncı kuruluş *Latvijas* açısından da benzer yargı aşamaları gerçekleşmiş ve neticede Sia; P1-1, m.6 ve m.13 haklarının ihlal edildiği iddiasıyla AIHM’e başvurmuştur. Başvurucuya göre ulusal yargı makamlarının; yayıncı kuruluşlar ve Sia arasında dava ikame etmesi ve telif ücretini tek taraflı belirlemesi, eser sahiplerinin münhasır nitelikteki serbestçe lisans anlaşması yapma hakkını ihlal etmiştir. Mahkeme değerlendirmesine fikri mülkiyet haklarının P1-1 kapsamında olduğunu hatırlatarak başlamış ve Sia’nın mağdur sıfatı olup olmadığı irdelemesi sonunda başvurunun *ratione personae* bakımından sorun taşımadığını tespit ederek devam etmiştir. Mahkeme’ye göre ulusal yargı makamlarının özel hukuk uyumsuzluğunu giderme adına sözleşme ikame etmesi, taraf devletin pozitif yükümlülüğünün bir yansıması görünümündedir ve kontrol tipinde müdahale hüviyetindedir. Hukukilik açısından ise açık bir ihlal görünümünde olmadığı müddetçe kural olarak ulusal makamlar geniş takdir marjından yararlanır. Somut olay açısından Mahkeme; ulusal yargı makamlarının, tarafların lisans sözleşmesi görüşmelerinde taslak metin üzerinde anlaşmış olduğunu fakat ödenecek telif ücreti üzerinde anlaşamadıklarını tespit ettiğini belirtmiştir. Netice itibariyle sözleşme ikamesinin bir “yargısal yorum” olduğunu ve hukukilik teriminin “yargısal yorum yöntemi” kullanımını dışlamadığını belirterek, söz konusu kararda mahkeme yorumuna temel olacak mevzuat hükümlerinin gösterilmiş olması nedeniyle hukukilik açısından da sorun bulunmamıştır. Meşru amaç aşamasında da devletlerin geniş takdir marjı vurgulandıktan sonra ölçülülük değerlendirmesine geçilmiştir. Mahkemeye göre bu aşamada bireylerin menfaatleri ile toplumun genel menfaatleri arasında çatışma vardır ve burada adil dengenin tesis edilmesi gerekir. Somut olayda ulusal makamlar öncelikle tarafların anlaşmaya varmaları için gayret etmiş ve bu uğurda onlara süre vermiştir. Bunun olmayacağı anlaşıldığında, somut olayın özelliklerinden tarafların sözleşme akdetmeye niyetli oldukları yorumu yapılmış ve söz konusu yayınların durdurulmasının telif hakkı sahiplerinin mevcut durum için en menfaatli seçeneği olmadığı yargısına ulaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle de kapsam ve zaman açılarından sınırlı olacak şekilde bir lisans sözleşmesi ikame edilmiştir. Mahkemeye göre bu müdahale adil dengeyi bozmamaktadır ve dolayısıyla somut olayda P1-1 bakımından bir ihlal olmamıştır.

AIHM'in 2016 yılında karara bağladığı bir diğer başvuru¹⁴⁵ başarılı bir Gürcü fotoğrafçı tarafından yapılmıştır. Söz konusu olayda başvurunun 1986 yılında Svaneti'de çektiği ve “*The Village of Ushguli*” isimli ünlü fotoğrafı, 2003 yılında izinsiz şekilde 100 m² boyutunda bir reklam panosunda kullanılmıştır. Esasen, fotoğrafçı söz konusu fotoğrafı MBG bankasına reklam içerikli takviminde kullanması için 2002 yılında vermiştir. Banka için bu takvimi tasarlama işini yüklenen *Griphy* isimli tasarım firması, bu şekilde söz konusu fotoğrafın orijinal haline ulaşmış ve *Salbi* isimli sigorta şirketi için yaptığı bir başka iş olan reklam panosu tasarımında da bu fotoğrafı kullanmıştır. Başvurucunun avukatı bu konu hakkında *Griphi* yöneticisi ile görüşmeye gittiğinde kendisine “herkesin herhangi bir fotoğrafı taratabileceği” cevabı verilmiştir. Bu noktada ulusal yargı makamlarında ceza soruşturması açılması için şikâyet yapılmışsa da olayın bir suç olarak düzenlenmemesi ve özel hukuk uyuşmazlığı olması nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Hukuk mahkemelerinde ise uzun süren yargılamaların sonunda fotoğrafçıya 77.512 tazminat ödenmesine hükmedilmiştir. Başvurucu bu davada uzun süren yargılama nedeniyle AIHS m.6 hakkının ve devletin söz konusu olay bakımından etkin ve objektif bir yargılama silsilesini temin edemediği için P1-1'in ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dikkat edilmelidir ki başvurunun iddiası, devletin P1-1'in fikri mülkiyet hakkı perspektifinden korunması için devletin sahip olduğu pozitif yükümlülüğün ihlal edilmiş olmasıdır. Fakat AIHM verdiği kararda önce m.6 açısından detaylı değerlendirmeler yaparak, sonra ise P1-1 bakımından kısaca “sözleşme veya protokollerindeki herhangi bir hakkın ihlal edildiğine dair bir görünüm olmadığını” ifade ederek kabul edilemezlik kararı vermiştir.

Belirtilmelidir ki AIHM'in telif hakkı açısından halihazırda incelemekte olduğu ve taraflara tebliğ aşamasında olan güncel bir dava vardır.¹⁴⁶ Söz konusu davada başvurunun Azerbaycan tarihi üzerine olan bir çalışması olan kitabı, yeni kurulan bir HDÖ'nün “*www.history.az*” isimli web sitesinde 2010 yılında yayımlanmıştır. Başvurucu durumu fark ettikten sonra HDÖ'den yayımın sonlandırılmasını talep etmiş ve bahsedilen kitabın yayımı site üzerinden toplam 417 kere indirildikten sonra kaldırılmıştır. Sürecin devamında ise kitabının yetkisiz şekilde çoğaltılmasının sonucunda uğradığı

¹⁴⁵ Schrade v. Georgia (Karar tarihi: 26.04.2016, Başvuru numarası: 52240/07)

¹⁴⁶ Safarov v. Azerbajian (Tebliğ tarihi: 18.05.2017, Başvuru numarası: 885/12)

maddi ve manevi zararın tazminini ulusal yargı makamlarında açtığı dava ile talep etmiştir. Yerel mahkeme; Azerbaycan Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Kanunu'nun ilgili düzenlemesi uyarınca telif hakkı ile korunan eserlerin kütüphaneler, arşivler ve eğitim kurumları tarafından *numerus clausus* sayılan bazı amaçlar için çoğaltılabileceğini hatırlatarak davayı reddetmiştir. Ayrıca HDÖ'nün başvurucunun talebi üzerine kitabı yayımdan kaldırdığını ve başvurucunun uğradığını iddia ettiği maddi veya manevi zararı kanıtlamadığını belirtmiştir. Başvurucu bunun üzerine istinaf başvurusu yapmış ve dilekçesinde ilk derece mahkemesinin kararında ilgili kanun maddesinde sınırlı sayıda sayılmış amaçlardan herhangi birini göstermemiş olduğunu belirtmiştir. İstinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını aynı gerekçe ile onamış ve başvuru bunun üzerine temyiz mahkemesine başvurmuştur. Temyiz mahkemesi verdiği kararda derece mahkemelerinin gerekçelerini tekrarlamış ve hukuka uygun olarak basılmış kitabın kopyalarının bir kere satılmasından sonra artık eser sahibinin onayı olmaksızın ve ona telif ücreti ödenmeksizin bunların dağıtımının serbestçe yapılabileceğini düzenleyen bir başka düzenlemeye atıf yapmıştır. Başvurucu bunun üzerine uyuşmazlığı AIHS'in m.6 ve P1-1 düzenlemelerinin ihlali iddiasıyla AIHM'e taşımıştır. Mahkeme'nin telif hakkı konusundaki yaklaşımı açısından, kabul edilebilirlik kararı verilerek esastan incelemeye geçilme ihtimali yüksek olan bu davanın önemli olduğu kanısındayız.

Fikri mülkiyet hakları şemsiyesi altındaki haklar arasında Strasbourg organlarının özellikli içtihatlarının bulunduğu bir diğer kalemi patent hakkı olarak göstermek mümkündür. Bunlardan değinilebilecek ilk içtihat, 1988 yılında karara bağlanan ve başvurucunun mevzuatta öngörülen ödemeleri yapmadığı için varolan patentinden mahrum edilmesi nedeniyle şikayetçi olduğu *University of Illinois Foundation v. Netherlands* davası hakkındadır.¹⁴⁷ Komisyonun bu başvuruyu iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemez bulması nedeniyle esas hakkında incelemeyi nasıl bir sonuç çıkacak olduğu belirsiz kalmıştır. Bu nedenle esasen Komisyon'un 1990 yılında karara bağladığı *Smith Kline and French Laboratories v. Netherlands* başvurusu,¹⁴⁸ Strasbourg organlarının patent hakkında verdiği öncü

¹⁴⁷ University of Illinois Foundation v. Netherlands (Karar tarihi: 02.05.1988, Başvuru numarası: 12048/86)

¹⁴⁸ Smith Kline and French Laboratories LTD v. Netherlands (Karar tarihi: 04.10.1990, Başvuru numarası: 12633/87).

karar olarak nitelendirilebilir. Başvurucu, merkezi Birleşik Krallık'ta bulunan ve Hollanda'da tescil edilmiş bir ilaç patentinin sahibi olan bir şirkettir. Bu şirket, sahibi olduğu patentin konusu ilacın üretim iznini (zorunlu lisans) Hollanda iç hukuku düzenlemesi gereği olarak bir başka şirkete vermek zorunda kalmıştır. Komisyon öncelikle başvuru konusu hakkın devredilebilir ve intikal edebilir bir kişisel mülkiyet olduğunu belirterek¹⁴⁹ ilgili patentin P1-1 kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. Kararın devamında hakka yönelen müdahalenin kontrol tipi bir müdahale olduğu, somut olay açısından bu müdahalenin meşru amaca yöneldiği ve adil dengeyi bozmadığı ifade edilerek kabul edilemezlik kararı verilmiştir. Komisyona göre müdahale ölçülüdür zira söz konusu zorunlu lisans sadece patentin somut olay açısından kullanılacağı alan ile sınırlanmış¹⁵⁰ ve her zorunlu kullanım açısından ödeme yapılarak karşılıklılık temin edilmiştir.¹⁵¹ Bu ise söz konusu alanda tekel oluşumunun engellenmesi ve kalkınmanın teminine yönelmesinden bahisle devletin takdir marjı içinde değerlendirilmesi gereken bir husustur.¹⁵²

Yine Hollanda'ya karşı yapılmış ve patent hakkı ile ilgili önce Komisyon'un sonra Mahkeme'nin önüne gelen ve 1995 yılında karara bağlanan bir diğer şikâyet,¹⁵³ başvuru şirketin ulusal makamlara yaptığı patent başvurusunun söz konusu buluşun yenilik koşulunu sağlamıyor oluşu nedeniyle reddini konu almaktadır. Fakat bu uyuşmazlıkta Mahkeme, mülkiyet hakkının ihlali iddiasını adil yargılanma hakkının ihlali iddiasının bir uzantısı olduğunu belirterek P1-1 bakımından ayrıca bir inceleme yapmamıştır. Bir yıl sonra, bu defa Finlandiya'ya karşı yapılan bir şikâyet¹⁵⁴ yine bir patent

¹⁴⁹ “(p)ersonal property which is transferable and assignable. The Commission finds that a patent accordingly falls within the scope of the term “possessions” in Article 1 Protocol No. 1 (P1-1)...”

¹⁵⁰ “(l)imited to what is required for the working of the patent...”

¹⁵¹ “(F)urther, the owner of the dominant patent is entitled to royalties in respect of each compulsory licence granted under the legislation and receives reciprocal rights under the dependent patent...”

¹⁵² “(C)ommission finds that the framework imposed by the legislation is intended to prevent abuse of monopoly situations and encourage development and that this method of pursuing that aim falls within the margin of appreciation accorded to the Contracting State...”

¹⁵³ Mahkeme kararı: British-American Tobacco Company LTD v. Netherlands (Karar tarihi: 20.11.1995, Başvuru numarası: 19589/92)

¹⁵⁴ Komisyon kararı: Brown & Williamson Tobacco Corporation v. Finland (Karar tarihi: 03.12.1996, Başvuru numarası: 23749/94)

başvurusunun yenilik koşulunu sağlamıyor oluşu nedeniyle reddedilmesi olayı m.6 ve P1-1 ihlali iddiası ile Komisyon önüne gelmiştir. Her ne kadar Komisyon başvuruyu m.6 bakımından kabul edilebilir bulmuş¹⁵⁵ olsa da P1-1'in uygulanabilirlik iddiası “zaman duvarına” takılmıştır. Komisyon başvuru anında ulusal hukukta patent hakkının henüz elde edilmemiş olmasını gerekçe göstererek¹⁵⁶ P1-1 açısından bir “mamelekten” söz edilemeyeceğine ve bu nedenle P1-1 ihlali olmadığına karar vermiştir.¹⁵⁷

Kabul edilebilirlik ve uygulanabilirlik başlığında izah edildiği üzere, bazı davalarda taraf devletler EPO tasarruflarından ötürü şikâyet edilmiştir. Bu davalardan biri olan *Heinz* davasında¹⁵⁸ mahkeme kişi yönünden yetkisizlik kararı vermişken, *Lenzing v. United Kingdom* davasında¹⁵⁹ EPO tasarrufları hakkında yetkisiz olduğunu hatırlatmakla beraber başvurusunun ulusal makamlarla olan hukuki ilişkisini incelemiş ve hakka bir müdahale olmadığı sonucuna vararak başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Sınai mülkiyet hakları arasında bir diğer önemli kalem olan marka hakkı ile ilgili kararlar da Strasbourg içtihatları arasında kendisine yer bulmuştur. Bu konu hakkındaki “önemli ve öncü”¹⁶⁰ davalardan birinde¹⁶¹ başvuru-clar, asalet unvanlarından (*peerages*) uygun bir gerekçe veya tazminat ödemesi olmaksızın mahrum bırakılmalarının P1-1 düzenlemesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Zira bu unvanlar sadece manevi bir yöne sahip değil, aynı

¹⁵⁵ 1998 yılında davayı karara bağlayan Mahkeme, m.6 kapsamında da incelenmeye değer bir yön bulunmadığı gerekçesiyle başvuruyu listesinden çıkarmıştır.

¹⁵⁶ Önceki bölümde anlatıldığı üzere Türk Anayasa Mahkemesi de bir kararında başvuru konusu kalemlerin mülkiyet hakkı kapsamına girdiğini tespit etmiş olmasına rağmen başvurusunun bu konular üzerinde hak sahibi sıfatının olmadığını belirterek Anayasa m.35 açısından konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir. Bkz. AYM 2. Bölüm, Başvuru No: 2014/15232, T. 08.03.2017.

¹⁵⁷ (T)he Commission recalls that neither the Convention nor any of its Protocols protects a right to obtain possessions. Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) is limited to enshrining the right of everyone to the peaceful enjoyment of already existing possessions (...) The patent to which the applicant company considered itself entitled cannot therefore be considered “possessions” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) ...”

¹⁵⁸ Bkz. *Heinz v. the Contracting Parties* also parties to the European Patent Convention (Karar tarihi: 10.01.1994, Başvuru numarası: 21090/92).

¹⁵⁹ *Lenzing AG v. United Kingdom* (Karar tarihi: 09.09.1998, Başvuru numarası: 38817/97).

¹⁶⁰ B. Gemalmaz, s. 329.

¹⁶¹ *De la Cierva Osorio De Moscoso and others v. Spain* (Karar tarihi: 28.10.1999, Başvuru numaraları: 41127/98, 41503/98, 41717/98, 45726/99)

zamanda kendilerine yüksek itibar ve toplumsal avantaj sağlayan maddi bir yöne de sahiptir. 1999 yılında karara bağlanan bu davada Mahkeme, söz konusu unvanların başvurularda ulusal hukukta bahsedilmemiş olduğunu belirterek P1-1'in uygulanamaz olduğuna hükmetmiş olsa da kararında ifade edilenlerden yola çıkılarak asalet unvanlarının da marka değeri olabileceğine işaret etmektedir. Zira Mahkeme'nin P1-1'i uygulanabilir bulmamasının asıl nedeni, zaman duvarı engelidir.

AIHM'in marka hakkı açısından verdiği en önemli karar olarak *Anheuser-Busch INC v. Portugal* davasını göstermek gerekir.¹⁶² ABD merkezli bir şirket olan başvuru, “*Budweiser*” isimli marka altında küresel çapta bira üretimi ve satışı gerçekleştirmektedir. Bununla beraber “*Budweis*” ismindeki yerleşim bölgesindeki fabrikasından bira üreten Çekya merkezli bir başka şirket de aynı isimli bir markayı kullanmaktadır. İlerleyen süreçte bu iki şirketin Portekiz'deki marka hakkını edinme konusundaki uyuşmazlıkları, bu devletin ulusal yargı makamları önüne gelmiştir. AIHM, incelemesine genel olarak fikri mülkiyet haklarının P1-1 çerçevesinde uygulanabilir olduğunu belirterek başlamıştır. Somut olay açısından ise Mahkeme'ye göre sadece marka tescil başvuruları dahi bir dizi mali hak ve çıkar içermektedir, dolayısıyla “marka tescili başvurusu” mamelek kapsamında değerlendirilmeli ve bu durumda da P1-1 uygulanabilir haldedir. Bununla beraber değerlendirmenin sonraki aşamasında hakka yönelen bir müdahalenin bulunmadığı sonucuna varılmış ve ihlal kararı çıkmamıştır. AIHM'e göre söz konusu marka tescil başvurusu başlı başına ekonomik çıkar içeriyor olsa dahi, şirketin mevcut durumu ona P1-1 korumasından yararlanacağı yönünde “meşru beklenti” oluşturacak kadar kuvvetli değildir.¹⁶³ Dolayısıyla başvurunun yapıldığı an itibariyle aslında P1-1 anlamında “mülkiyet” konusunu teşkil eden bir hak bulunmamaktadır ve P1-1 zaman duvarı engeli nedeniyle aktive olmamıştır. Bununla beraber söz konusu karardan yola çıkarak fikri mülkiyet hakları açısından zaman duvarının daha yumuşak yorumlamaya başladığı ifade edilebilir. Zira ortada ulusal makamlarca tescillenmiş bir marka hakkı bulunmamasına rağmen sırf marka hakkı başvurusu P1-1 kapsamında de-

¹⁶² Anheuser-Busch INC v. Portugal (Karar tarihi: 11.01.2007, Başvuru numarası: 73049/01)

¹⁶³ (I)n the Court's view, these factors undeniably gave the applicant company a pecuniary interest that benefits from a degree of legal protection. However, the company's position in law was not sufficiently strong to amount to a “legitimate expectation” attracting the protection of Article 1 of Protocol No. 1...”

ğerlendirilmiş fakat şirketin konumu meşru beklenti oluşturacak kadar güçlü olmadığı için zaman duvarı aşılamamıştır.

Marka hakkının gündeme geldiği ve 2004 yılında karara bağlanan bir diğer dava AİHS m.8'in gündeme gelmiş olduğu *Vorsina and Vogralik v. Russia* davasıdır.¹⁶⁴ Bu davada başvuru, Rusya'daki köklü bir bira fabrikasının kurucusunun torunlarıdır. Bu “biracı dedenin”¹⁶⁵ bir portresi önce başvuru tarafından Altay Müzesi'ne bağışlanmıştır. Müze ise bu portreyi biracı dedenin kurduğu, onun adı ile üretim yapan şirkete göndermiş ve bu şirket portreyi bira şişelerinin üzerinde ve reklamlarında kullanmaya başlamıştır. Mahkeme, bu davada başvuru portreyi müzeye bağışlayarak bunun başkaları tarafından görülmesini kabullendiğine, sürecin devamında portrenin bizzat biracı dedenin kurduğu fabrikaya gönderilerek onun anısının yaşatılmış olduğuna ve başvuru bu durumda maneviyatlarının hakarete uğramış olduğunun kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Mahkeme neticede AİHS m.8'e müdahale olmadığını belirterek¹⁶⁶ başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olduğunu ifade ederek kabul edilemez bulmuştur. Bu davada da tıpkı telif hakkını ilgilendiren Arallar davasında olduğu gibi AİHS m.8 ile P1-1 arasında bir çatışmanın olduğu görülmektedir.

Şüphesiz ki fikri mülkiyet hakları; buraya kadar anlatılmış olan telif hakkı, patent hakkı ve marka hakkından ibaret değildir. Strasbourg organlarının yargılamalarıyla oluşan içtihat birikimi anlatılan konularda yoğunlaşmış olsa bile AİHM yargılamasının geldiği nokta itibariyle ticari sır veya faydalı modeller gibi diğer sınai mülkiyet haklarının da P1-1 kapsamında değerlendirilme imkânı bulunmaktadır. Söz gelimi Komisyon'un bir kararında¹⁶⁷ endüstriyel tasarımların da P1-1 kapsamında olduğunun zımnen kabul edilmiş olduğu öğretilde savunulmaktadır.¹⁶⁸ Bu davada başvuru birtakım spor etkinliklerinde kullanılabilecek bir tasarım geliştirmiş fakat bu tasarımı yenilik içermediği gerekçesiyle yetkili kurum tarafından tescillenmemiştir. Komisyon bu davada kabul edilemezlik kararı vermiş olsa da tasarımın P1-1 kapsamında değerlendirilebileceğini zımnen kabul etmiş olmaktadır.

¹⁶⁴ *Vorsina and Vogralik v. Russia* (Karar tarihi: 05.02.2004, Başvuru numarası: 66801/01)

¹⁶⁵ B. Gemalmaz, s. 334.

¹⁶⁶ “(T)he Court finds that there has been no interference with the applicants’ right to respect to private and family life...”

¹⁶⁷ *Denev v. Sweden* (Karar tarihi: 09.04.1997, Başvuru numarası: 25419/94)

¹⁶⁸ B. Gemalmaz, s. 312, Dn. 1014.

Fikri mülkiyet hukuku kapsamında değerlendirilen bir diğer görece yeni kavram; internet alan adları (*domain*), *web* sayfaları veya elektronik posta adresleri gibi olguları da içeren sanal mülkiyet hukukudur.¹⁶⁹ AİHM içtihatları arasında da bu konuyla ilgili 2007 yılında karara bağlanmış olan bir dava¹⁷⁰ bulunmaktadır.¹⁷¹ Söz konusu olayda internet alan adı tescili bakımından yetkili ulusal makamdan para mukabilinde tescillenmiş çok sayıda alan adını elinde bulunduran bir şirket başvuru konumundadır. Başvurucu şirket; bu alan adlarını marka olarak tescillemiş kişilerce açılan davalar sonucunda, söz konusu alan adları açısından tescilden terkin başvurusu yapmaya zorlanmış. AİHM incelemesinde öncelikle kişiye mali haklar tanınmasından bahisle¹⁷² söz konusu alan adlarının P1-1 bakımından uygulanabilir olduğunu belirtmiştir.¹⁷³ İncelemenin devamında, söz konusu şirketin alan adları üzerindeki haklarını sözleşmesel bir ilişki elde etmiş olduğu tespit edilmiştir. Bu sözleşmede; şirket amacının ne olduğuna bakılmaksızın, satın alınan alan adlarının başkalarının fikri mülkiyet haklarını ihlal edip etmeme hususunda sorumluluğun şirkete ait olduğu belirtilmektedir. Neticede mahkeme, “ter-

¹⁶⁹ B. Gemalmaz, s. 338.

¹⁷⁰ Paeffgen GmbH v. Germany (Karar tarihi: 18.09.2007, Başvuru numaraları: 25379/04, 21688/05, 21722/05, 21770/05)

¹⁷¹ Bu kararla ilgili bir analiz için bkz. SOYSAL Tamer, „İnternet Alan Adlarının ‚Hak‘ Niteliği ve AİHM’in PAEFFGEN/Almanya Kararı Çerçevesinde Alan Adları Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tesisi“, Adalet Dergisi, No:54, 2016, s. 1-25. <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adalet-dergisi/54.sayi/3.pdf>, (Erişim: 03.06.2018). Kanaatimizce söz konusu eserde eleştiriye açık bazı hususlar bulunmaktadır. Öncelikle her ne kadar çalışmanın başlığında “alan adlarının ‘hak’ niteliği” ifadesine yer verilmiş olsa da alan adlarının ancak bir hakkın “konusu” olabileceğini düşünmekteyiz. Ara ara cümle düşüküklerine rastlanan metnin içerisinde değişik yerlerde property kelimesine Türkçe karşılık olarak; “mülkiyet”, “mal” ve “eşya” terimlerinin kullanıldığını görmekte ve bu karışıklığın önlenmesi adına possession kelimesi ile “mal ve mülk” kavramının ve property kelimesi ile “mülkiyet” kavramının karşılanmasının faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

¹⁷² “(t)he applicant could offer to all internet users entering the domain name in question, for example, advertisements, information or services, possibly in exchange for money, or could sell the right to use the domain to a third party...” (vurgu eklenmiştir)

¹⁷³ “(T)he Court recalls that the concept of “possessions” referred to in Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law. Certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as “property rights”, and thus as “possessions” for the purposes of this provision (...) In the case of non-physical assets, the Court has taken into consideration, in particular, whether the legal position in question gave rise to financial rights and interests and thus had an economic value (...) to constitute possessions...”

kin başvurusu yapılmaya zorlama” olarak ifade edilebilecek olgunun esasen mülkiyetten yoksun bırakma tipi gibi görünüyorsa da kontrol tipinde olduğu kabul edilmesi gereken bir müdahale olduğuna karar vermiştir. Sonraki aşamada ise; iç hukuktaki dayanağına işaret edilerek müdahalenin hukuki olduğu ve bu müdahalenin marka hakkı sahiplerinin menfaatinin korunmasını hedeflediğinden dolayı meşru amaca yönelmiş olduğu kaydedildikten sonra ölçülülük değerlendirmesine geçilmiştir. Mahkeme’ye göre başvuru bahsi geçen alan adlarını neredeyse hiç kullanmamış ve bunları kullanmasının başkalarının fikri mülkiyet haklarını zedelemeyeceğini gösterememiştir. Ulusal yargı makamları ise söz konusu alan adlarının kayıttan silinmesini, fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin menfaatlerinin korunması için gerekli görmüştür. Neticede her ne kadar başvuru bu olayda P1-1 haklarının ihlal edilmiş olduğunu iddia etse de devletlerin bu konudaki geniş takdir marjı hatırlatılarak ulusal yargı makamlarının müdahalesinin adil dengeyi bozmadığı belirtilmiş ve başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmiştir.

B. P1-1 Haricindeki Sözleşme Maddelerine ve Hakların Çatışmasına Odaklanan Kararlar

İnsan hakları hukuku öğretisinde genel olarak ifade edildiği üzere devletlerin, AİHS m.1 düzenlemesinin bir yansıması olarak¹⁷⁴ sözleşme ve protokollerinde kabul edilen hakların ihlal edilmemesi adına negatif yükümlülüklerinin yanında pozitif yükümlülüklerinin de olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda daha güncel bir yaklaşım olarak; ilgili hakkın medeni ve siyasi veya ekonomik ve sosyal olarak nitelendirilmesinden bağımsız olarak devletlerin üç yükümlülüğü bulunduğu savunulduğu da görülmektedir.¹⁷⁵ Bunlar; saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüğü olarak sıralanabilir. Kuramsal temelleri bu düşünceler üzerine bina ederek, devletlerin hakları “yerine getirme” yükümlülüğünün bir yansıması olacak şekilde fikri mülkiyet haklarının ihlal edilmemesi için yapması gereken edimlerin P1-1 dışındaki sözleşme maddelerinin kapsamına da girebileceği söylenebilir.

Bu konuda değinilecek ilk karar, *Von Hannover v. Germany* davası ola-

¹⁷⁴ “Yüksek Sözleşmeciler kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.”

¹⁷⁵ Aktaran: S. Gemalmaz, s. 672.

caktır.¹⁷⁶ Söz konusu davada başvuru, Monako prensi III. Rainer'in kızı Prenses Caroline, günlük faaliyetlerinin basın tarafından sürekli fotoğraflanmasının ve bunların çeşitli kuruluşlarca yayınlanmasının AİHS m.8 kaynaklı hakkını ihlal ettiği iddiasındadır. Prenses, ulusal yargı makamları önünde açtığı davada Alman telif hakkı kanunundan kaynaklı telif haklarını da gündeme getirmiştir. Uyuşmazlık Strasbourg'a ulaştığında, Mahkeme m.8 ve m.10 arasında çatışma olduğunu, somut olay bakımından; basının bir "kamusal figür" olan prensesin kamusal görevleri ile ilgili fiillerini haberleştirmekten ziyade, halkın prenses hakkındaki merak duygusunu tatmine yönelmiş olduğunu ifade etmiş ve m.8 bakımından ihlalin varlığına hükmetmiştir. Bu karar bakımından önemli olan husus, Alman hükümetinin sözleşmenin yatay etkisinin sonucu olarak kişilerin özel hayatın gizliliği haklarının ihlal edilmemesi adına pozitif yükümlülük altında olduğunun belirtilmesidir.¹⁷⁷ Mahkeme bu kararıyla; devletlerin, bireylerin fotoğrafının/resminin başkaları tarafından suiistimal edilmesinin önüne geçme yükümlülüğü olduğuna hükmetmiştir. Kanaatimizce Mahkeme'nin m.8 açısından verdiği bu karar, özellikle kişilerin fotoğraflarının ekonomik değer teşkil ettiği durumlar açısından düşünüldüğünde P1-1 korumasını aktive etme potansiyeli de taşımaktadır. Karşılaştırmalı hukuktan bir örnek olarak ABD hukukunun, tanınmış kimselere (*celebrities*) özel hayatın gizliliği hakkına ek olarak "aleniyet hakkı" (*right of publicity*) vasıtasıyla fazladan bir koruma getirilmiş olduğu ifade edilmektedir.¹⁷⁸ Bu hak bireyleri; isimleri, unvanları, sesleri, imzaları veya fotoğrafları gibi kişisel verilerinin başkaları tarafından ticari menfaat eldesi amacıyla suiistimal edilmesine karşı koruyan bir fikri mülkiyet hakkı hüviyetindedir.¹⁷⁹ Sonuç olarak, AİHM'in tıpkı *Moscoso* davasında asalet unvan-

¹⁷⁶ Von Hannover v Germany (Karar tarihi: 24.06.2004, Başvuru numarası: 59320/00)

¹⁷⁷ "(t)here may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (...) That also applies to the protection of a person's picture against abuse by others..." (vurgu eklenmiştir)

¹⁷⁸ Welkowitz, s. 707. AİHM'in bir kararında geçtiği üzere Avusturya telif hakkı mevzuatında da benzer bir düzenleme yer almaktadır: "Images of persons shall neither be exhibited publicly nor in any way made accessible to the public where injury would be caused to the legitimate interests of the persons concerned or, if they have died without having authorised or ordered publication, those of a close relative." Bkz. *Rothe v. Austria* (Başvuru numarası: 6490/07)

¹⁷⁹ ABD'de bu hakkın federal seviyede olmasa bile eyaletlerin çoğunda güvence altına alınmış olduğu ifade edilmektedir. Bkz. International Trademark Association (INTA) web sitesi, <https://www.inta.org/Advocacy/Pages/RightofPublicity.aspx>, 25.05.2018.

larının fikri mülkiyet hakkı ve P1-1 kapsamında düşünülebileceği yönündeki kararında olduğu gibi, ekonomik değer taşıma ölçütünün sağlanması halinde kişilerin özel fotoğraflarının P1-1'in aktive edebileceği düşünülebilir.

Yukarıda izah edilen olaya benzer mahiyette ve 2016 yılında sonuçlanan bir başvuruda¹⁸⁰ toplumca tanınmış kimseler olan başvuru sahiplerinin sadece belirli sayıda misafir davet etmiş olduğu ve halka kapalı ortamda düzenlediği düğün hakkında haber ve fotoğrafların gazetelerde yayınlanması söz konusudur. Başvuru sahipleri etkinlik öncesinde gazetelere düğün ile ilgili bilgi içeren herhangi bir içerik yayınlanmasını istemediklerini bildirmiştir. İlerleyen günlerde *Bunte* adlı dergide düğünü anlatan bir yazı ile beraber başvuru sahiplerinden birisinin basına kapalı alanda gösteren ve etkinlik alanı çevreleyen duvardaki bir delikten gizlice çekildiği iddia edilen fotoğraflar yayınlanmıştır. İhlal edildiği savunulan sözleşmesel haklar m.8 ve P1-1 olarak belirtilmiştir ve P1-1 kapsamındaki şikâyetin temeli, başvuru sahiplerinin dergide yayınlanan ve düğünü konu alan “rapor” nedeniyle bir bedel almamış olunmasıdır. Bu nedenle ihlal iddiası esasen fotoğraflara değil, düğünün işleyişi hakkındaki detaylar hakkındaki bilgilere odaklanmıştır. Mahkeme bu başvuru sonucunda hakka yönelen müdahalenin m.8 açısından ölçülü olduğuna ve P1-1 açısından ise sözleşmesel hakların herhangi birinin ihlal edildiğine dair bir görünüm olmadığına hükmederek kabul edilemezlik kararı vermiştir.

Komisyon'un marka hakkını ilgilendiren ve 1991 yılında karara bağladığı bir kararı ise¹⁸¹ AİHS m.10 bakımından özellik arz eder. Söz konusu davada başvuru sahipleri sigara içmeyen bireylerin menfaatlerine yönelik faaliyet gösteren bir kuruluş ve onun yöneticisidir. Bu kuruluş, bir devenin önünde elinde sigara ile duran bir iskeletin resmedildiği karikatürleri kitapçık ve poster gibi araçların üstüne basarak dağıtmıştır. Karikatürlerin altında ise “sadece bir deve sigara için kilometrelerce yürür”¹⁸² anlamına gelecek Almanca bir metin yerleştirilmiştir. Deve kelimesinin karşılığı olan “*Kamel*” kelimesi, bu dilde aynı zamanda akılsız insan anlamına gelecek şekilde aşığılayıcı bir anlam taşımaktadır. Bunun üzerine Avusturya marka sicillerinde bir deve resmiyle beraber “*camel*” yazısının olduğu markanın sahibi olan

¹⁸⁰ Dorothea Sihler-Jauch v. Germany and Günther Jauch v. Germany (Karar tarihi: 24.05.2016, Başvuru numaraları: 68273/10, 34194/11)

¹⁸¹ Österreichische Schutzgemeinschaft für Nichtraucher and Robert Backenbauer v. Austria (Karar tarihi: 02.12.1991, Başvuru numarası: 17200/90)

¹⁸² Orijinal ifade şöyledir: “Only a camel walks miles for a cigarette”

ve “*camel* filtreleri için kilometrelerce yürürüm” gibi sloganları kullanan şirket, bu kuruluşa karşı ulusal yargı makamlarında dava açmıştır. Derece mahkemelerinde yapılan yargılamaların sonunda Avusturya temyiz mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıkta yüksek mahkeme; dağıtım yapılan poster nevinden araçların, deve mefhumu üzerinden hem görsel hem de sözel şekilde davacının markasına gönderme yaptığına ve bu markanın ürünlerini aşağılayıcı içerik taşıdığına hükmetmiştir. Bu nedenle bir ürün kategorisinin tamamına değil, sadece bir markaya yapılan bu müdahalenin ifade özgürlüğünün sınırlarını aştığını ve hukuksuz olduğunu ifade etmiş ve söz konusu yayınların yapılmasının durdurulmasına karar vermiştir. Komisyon, yüksek mahkemenin bu kararının AİHS m.10’a bir müdahale teşkil ettiğini, bu müdahalenin hukuki nitelikte olduğunu ve meşru amaca yöneldiğini ifade etmiştir. Komisyon yaptığı değerlendirmenin devamında; başvuru sahiplerinin genel olarak bütün ürünlerini eleştirmek için söz konusu markayı seçmeye haklarının olmadığını, somut olayda sigara içmenin sağlığa zararları hakkında halkın aydınlatılmasının değil *camel* markası ve sloganının çarpıtılarak ironik bir mesaj verilmesinin söz konusu olduğunu belirtmiştir. Neticede Avusturya’nın m.10’a müdahalesinin ölçülü olduğundan bahisle başvurunun kabul edilemezliğine hükmedilmiştir.

AİHS m.10 ile fikri mülkiyet hakkı çatışmasının meydana geldiği ve 2013 yılında karara bağlanan iki farklı dava ilgi çekmektedir. Bunlardan biri olan *Ashby* davasında,¹⁸³ Fransız tasarımcılar federasyonu etkinliklerinde çalışmak üzere akredite olan üç fotoğrafçı, davet edildikleri bazı moda etkinliklerinde çektikleri fotoğrafları, izin verilmemesine rağmen bir şirkete göndermiştir. Söz konusu şirket, bahsedilen bu görselleri, halihazırda bu tarz etkinliklerin fotoğraf ve videolarını *web* sitesinde paylaşmaktan olan bir başka kuruluşa göndermiş ve bu kuruluş söz konusu fotoğrafları sitesinde yayınlamıştır. Neticede tasarımcılar federasyonunun da aralarında olduğu mağdurların yaptıkları şikâyet sonucunda fotoğrafçılar cezai kovuşturma geçirmiş ve ayrıca haklarında verilen hükmün kesinleşmesi sonucu telif hakkı ihlali nedeniyle tazminat ödemeleri gerekmiştir. Bu olayda Mahkeme’nin değerlendirmesi, ulusal yargı makamlarının kararının başvuru sahiplerinin AİHS m.10 düzenlemesinin güvence altına aldığı haklarına bir müdahale teşkil ettiğinin tespiti ile başlamıştır. Devamında, bu müdahalenin telif hakkı sahiplerinin

¹⁸³ Ashby Donald and Others v. France (Karar tarihi: 10.01.2013, Başvuru numarası: 36769/08)

menfaatlerinin korunmasına yönelik meşru amaç içerdiğini, hukukilik testini geçtiğini ve son olarak da demokratik toplum düzeni açısından gerekli olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre başvuru sahiplerinin amaçları tamamen ticaridir ve ulusal yargı makamlarının P1-1 ve m.10 arasında olan çatışmayı dengeleme konusundaki takdir yetkisi geniştir.

Bu vakaya benzer mahiyette olan bir diğer başvuru¹⁸⁴, internet üzerinden dosya paylaşımı alanında dünyanın en büyük platformlarından birisi olan “*Pirate Bay*” isimli web sitesinin kurucuları tarafından yapılmıştır. Bu platform ve kullanılan “*BitTorrent*” ile beraber kullanıcılar kendi aralarında telif hakkı ile korunan ürünleri paylaşma imkanına erişmektedir. İsveç'te başlatılan ceza soruşturması neticesinde, başvuru sahiplerinin ilgili telif hakkı mevzuatında düzenlenen suçun işlenmesine iştirak ettiklerine hükmedilmiş ve 3.300.000 tutarında zarardan diğer mahkumlarla beraber sorumlu tutulmuşlardır. AİHM, verdiği kararda *Ashby* davasına da atıf yaparak somut olayda başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğüne bir müdahale olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁵ Yine *Ashby* davasında olduğu gibi müdahalenin hukukilik ve başkalarının haklarının korunması amacını içermesi yönlerinden de sorunlu olmadığı tespit edilmiş ve demokratik toplum düzeninin müdahaleyi gerektirip gerektirmediği değerlendirilmesine geçilmiştir. Bu noktada öncelikle telif hakkı sahiplerinin hakları ile başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğü arasında bir tartım yapılması ve bunlar arasında dengenin kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Telif hakkı bakımından fikri mülkiyet haklarının P1-1 kapsamında olduğu ifade edildikten sonra devletlerin sözleşmesel hakların ihlal edilmemesi için pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu belirtilmiş ve ulusal makamların geniş takdir marjı olduğu hatırlatılmıştır. Neticede taraf devletin hem mevzuatındaki telif kanunu hem de P1-1 bakımından davacıların mülkiyet hakkının korunması yönünde yükümlülük altında olduğu belirtilerek müda-

¹⁸⁴ Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (Karar tarihi: 19.02.2013, Başvuru numarası: 40397/12)

¹⁸⁵ “(I)n the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the sharing and dissemination of information generally. (...) Moreover, Article 10 applies not only to the content of the information but also to the means of transmission or reception since any restriction imposed on the means necessarily interferes with the right to receive and impart information. (...) Furthermore, Article 10 of the Convention guarantees freedom of expression to “everyone”. No distinction is made in it according to whether the aim pursued is profit-making or not...”

halenin ölçülülük açısından sorun içermediği belirlenmiş ve başvuru kabul edilemez bulunmuştur.¹⁸⁶ 2014 yılında sonuçlann bir başka başvuruda,¹⁸⁷ Mahkeme yine benzer şekilde m.10 ile P1-1 çatışmasını vurgulamış¹⁸⁸ ve ulusal makamların telif hakkı ile korunan müzik eserlerinin yayımını yapan *web* sitelerinin kapatılmasının şikayet konusu yapıldığı olay hakkında *ratione personae* bakımından kabul edilemezlik kararı vermiştir. Fransa'nın şikâyet edildiği bir başvuruda¹⁸⁹ başvuru şirket, ulusal makamlarca alınan şirketin gerçekleştireceği kitap baskısının durdurulması kararının yazarın telif hakkını ihlal ettiğini ve bu nedenle ölçüsüz bir müdahale olduğunu savunmuştur. Mahkeme bu davada başvuru kişinin iddiası ile aynı doğrultuda olacak şekilde ölçüsüzlük nedeniyle m.10 ihlali bulmuştur.

2010 yılında karara bağlanan bir diğer olayda¹⁹⁰ başvuru olan “Hades Yayınevi’nin” editörü, aslen Fransızca olan erotik bir kitabın “On Bir Bin Kırbaç” ismiyle Türkçe çevirisini yayınlamıştır. Başvuru hakkında 1999 yılında; AİHM kararında “açık saçık cinsel münasebet sahnelerini, sadomasozizm, vampirizm ve pedofili, vb. gibi çeşitli yöntemler” kullandığı ifade edilen kitap nedeniyle, eski ceza kanunumuzun m.426/1 ve m.427/2 düzenlemeleri¹⁹¹ uyarınca iddiasıyla soruşturma açılmış ve yargılama sonunda başvuru mahkûm olmuştur. 2004 yılında kesinleşen bu karar ile birlikte başvuru kişinin cezası yaklaşık 1.100 tutarında para cezası olarak belirlenmiş ve derece mahkemesinin 2000 yılında vermiş olduğu kitabın tüm kopyalarının toplanmasına ve imhasına dair verdiği karar bozulmuştur. Bunun üzerine AİHM’e yapılan başvuruda sözleşmenin m.6, m.10 ve P1-1 madde-

¹⁸⁶ AİHM, başvuru kişilere verilen hapis cezası ve tazminat sorumluluğunun da ölçüsüz olmadığına hükmetmiştir. Zira başvuru kişilerin talep edilmesine rağmen dava konusu içerikler internet ortamından kaldırılmamıştır.

¹⁸⁷ Akdeniz v. Turkey (Karar tarihi: 11.03.2014, Başvuru numarası: 20877/10)

¹⁸⁸ “(B)u bağlamda, “bilgi alma özgürlüğü” ve “telif hakkının korunması” gibi çakışan menfaatlerin dengelenmesine ilişkin olarak, yerel mahkemelere özellikle geniş bir takdir yetkisi verilmiştir...” (Resmi çeviri)

¹⁸⁹ Editions Plon v. France (Karar tarihi: 18.05.2004, Başvuru numarası: 58148/00)

¹⁹⁰ Akdaş v. Turkey (Karar tarihi: 16.02.2010, Başvuru numarası: 41056/04). Başvuru konulu olay hakkında bilgi içeren 2003 yılından bir haber için bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/fahrenheit-451-154747>, 26.05.2018.

¹⁹¹ Bu maddeler, kitabın “halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı” olması nedeniyle suç teşkil ettiğini ve müsadere bu nedenle müsadere edileceğini düzenlemektedir.

lerinin ihlali iddia edilmiştir. Mahkeme somut olayda m.6 bakımından ayrıca karar verilmesine gerek olmadığına ve P1-1 açısından yapılan şikâyetin esasında başvuranın mahkumiyetinin ikincil etkisi niteliğinde olduğuna ve aslında m.10 ihlaline ihlaline yol açtığına hükmederek başvuruyu sadece m.10 bakımından incelemiştir. Bu değerlendirmede;¹⁹² ölçülülük yargısına odaklanmış ve taraf devletin geniş takdir yetkisinin, Avrupa edebi mirasına dahil bir eserin herhangi bir dilde, mevcut durumda Türkçe olarak erişimine engel olmaya kadar gidemeyeceğini vurgulamıştır. Neticede söz konusu eserin tüm baskılarına el konulmasına ve ağır para cezasına dair mahkeme hükmünün, demokratik toplumda gerekli olmadığı ve dolayısıyla ölçülü olmadığı ifade edilerek m.10 ihlali olduğuna karar verilmiştir.

Türk Anayasa Mahkemesi de 2015 yılında karara bağladığı ve patent hakkını ilgilendiren bir bireysel başvuruda¹⁹³ adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlalinin ileri sürülmüş olmasına karşın, ihlal iddialarının esasen yargılamanın ve neticenin adil olup olmaması hakkında olduğundan bahisle olayı yalnızca adil yargılanma hakkı bakımından incelemiştir.¹⁹⁴ Bu davada özetle başvuru Arnoldus Theodorus, Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde 2008 yılında dava açmış olduğu şirketin, yaptığı ithalat ile beraber 1990 yılında İhtira Beratı Kanununa göre edindiği patent hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme; söz konusu kanuna göre patent korumasının 15 yıl olduğunu, Türkiye'nin taraf olduğu *TRIPS* anlaşması ile beraber bu sürenin 20 yıla çıkarılmış olduğunu fakat somut olayda bu anlaşmanın konusu olan bir patentten söz edilemeyeceğini zira ilgili kanun uyarınca 1990 yılında verilen patentin “buluş basamağı” unsurunu içermediğini belirterek söz konusu patentin süresinin 2005 yılında dolduğu için sicilden terkinine hükmetmiştir. Yargılama sonunda başvurunun makul sürede yargılanma

¹⁹² Mahkeme'ye göre söz konusu kitap 1907 yılında Fransa'da yayınlandığında aşırı müstehcen içeriği nedeniyle büyük tepki görmüştür. Fakat bu olayın üzerinden bir asır geçmiş ve bu zaman aralığında eser birçok farklı dilde yayımlanmıştır. Mahkeme, Türk mevzuatındaki ilgili suç düzenlemesi ile ahlakın korunmasının amaçlandığının anlaşıldığını ve ahlak konusundaki görüşlerin zamana ve mekâna göre değişiklik arz etmesinden dolayı devletlerin ahlakla ilgili düzenleme yaparken kendi ülkelerindeki kültürel, dini veya felsefi anlamda farklı olan toplulukları gözetmesi gerektiğini ifade etmiştir.

¹⁹³ AYM 1. Bölüm, Başvuru No: 2013/1211, T. 10.03.2015.

¹⁹⁴ AİHM'in patent hakkına ilişkin adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi iddiasını incelediği ve kabul edilemezlik kararı verdiği kararı için bkz. Behruz Vazvan v. Finland (Karar tarihi: 25.09.2013, Başvuru numarası: 61815/13)

hakkının ihlaline, başvurunun geri kalanının açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar verilmiştir.

Mahkemenin 2010 yılında karara bağlamış olduğu ve değerlendirmesini özellikle AİHS m.10 açısından yaptığı bir davada¹⁹⁵ başvuruca zat, halihazırda cezaevinde olan bir hükümlüdür. 1983 yılında 6 kişiyi kasten öldürmekten ve 2 kişiyi kasten öldürmeye teşebbüsten hüküm almış bu zat, bazı kurbanlarının uzuvlarını parçalamış, bazılarının cesetlerini yakmış ve bazılarını ise kaynatmıştır. Bir temizlik firması çalışanlarının drenaj borusu temizliği esnasında insan eti bulması üzerine başlatılan soruşturma sonucu yakalanan başvuruca, başka insanları da öldürmüş olduğunu ikrar etmiş olsa da kurbanların hepsinin isimleri tespit edilememiştir. 1985 yılında bir gazeteci, başvuruca'nın bu cinayetleri hakkında bir kitap yayınlamıştır. Başvuruca bunu üzerine 1992 yılında otobiyografisini yazmaya başlamış ve 1996 yılında çalışmasını cezaevi görüşmesi esnasında yayınlamak üzere cezaevi yönetiminin izni olmaksızın gizlice avukatına vermiştir. Başvuruca ilerleyen süreçte, avukatına vermiş olduğu bu çalışmasını yayınlamadan önce üzerinde son değişiklikleri yapmak üzere el yazmalarının cezaevine sokmak istemiş fakat bu isteği vali tarafından reddedilmiştir. Anlatılan durum nedeniyle ve ifade özgürlüğünün, özel hayata saygı hakkının ve P1-1 kapsamında mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvurulmuştur. Mahkeme'ye göre başvuru m.8 açısından, m.10 incelemesinden ayrı bir özellik içermemekte ve neticede kabul edilemez niteliktedir. P1-1 bakımından ise ulusal yargı makamları önünde mülkiyet hakkının gündeme getirilmemesi nedeniyle iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu söylenebilirse de bu şartın sağlandığının düşünülmesi ihtimalinde dahi m.10 incelemesinden ayrı bir durum söz konusu olmadığı için P1-1 açısından da açıkça dayanaktan yoksun olma hali vardır ve kabul edilemezlik kararı verilmesi gerekir. İfade özgürlüğü kapsamında yapılan değerlendirmede hukukilik ve meşru amaç bahsinde sorun bulunmayıp asıl tartışma ölçülülük bahsinde olmuştur. Mahkeme'ye göre bahsi geçen eserin yayınlanması; genel olarak toplumun, sağ kalan mağdurların ve kurbanların ailelerinin haklarının çiğnenmesi anlamına gelir. El yazmasının cezaevine sokulması durumunda ise başvuruca'nın daha önce yaptığı gibi yine bir şekilde bu eseri dışarı çıkarma ihtimali doğabilir. Neti-

¹⁹⁵ Nilsen v. United Kingdom (Karar tarihi: 09.03.2010, Başvuru numarası: 36882/05)

cede Mahkeme hakka yönelen müdahalenin demokratik toplum koşullarının bir gereği olduğunu belirtmiş ve ölçülü olduğuna hükmetmiştir.

SONUÇ

Fikri mülkiyet haklarına hukuk tarihi perspektifinden bakıldığında bu hakların görece yeni nitelik gösterdiği görülmektedir. Özellikle yıllar içinde küresel ekonominin hüviyetinin değişmesi ve üretim yöntemlerinin gelişmesiyle fikri mülkiyet hukuku da gelişmiştir. Zira başta sınai mülkiyet hukukunun parçası olan haklar olmak üzere bu hukuk alanı ile günümüz ekonomisi arasında bağ bulunmaktadır. Belki de bu özelliği nedeniyle fikri mülkiyet hakları ile ilgili gerek devletlerin ulusal mevzuatında gerekse akdedilen uluslararası anlaşmalarda önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Son yıllarda sınırlarının nerede başlayıp nerede sona erdiği hala tartışma konusu olan bu hukuk dalının, insan hakları hukuku açısından değerlendirilmesi yoluyla genişletilmekte olduğu gözlemlenmektedir. Ulusalüstü insan hakları hukukunun en etkin organlarından biri olan AİHM de bu süreçte rol oynamaktadır. Özellikle P1-1 ile koruma altına alınan mülkiyet hakkı ve AİHS m.8’de kendisine yer bulan aile ve özel hayatın gizliliği gibi haklar, fikri mülkiyet haklarının Avrupa sisteminde korunmasına hizmet etmektedir.

Fikri mülkiyet haklarının “insan hakkı” niteliği olup olmadığı hakkında öğretide birçok felsefi temelli tartışma bulunmaktadır. Bu tartışmalarda mülkiyet hakkının kuramsal temellerinin yanısıra “fikri ürünlerin” sahipleri ile arasında var olan manevi bağ da gündeme gelmektedir. Bu kuramsal tartışmalar bir yana dursun, *ICESCR* ve *AİHS* başta olmak üzere ulusalüstü insan hakları hukukunda fikri mülkiyet haklarının insan hakkı statüsünde olduğunun kabul görmekte olduğu ifade edilebilir.

Strasbourg organlarının içtihadı birikimi incelendiğinde 1990’lı yıllardan başlamak üzere fikri mülkiyet haklarını ilgilendiren öncü kararların verilmeye başladığını görmekteyiz. Bu birikimde; telif hakkı, patent ve marka hakları hakkındaki kararlar ağırlıklı olsa da diğer fikri mülkiyet haklarının da AİHS ve ek protokolleri kapsamında değerlendirilerek AİHM önüne getirilme potansiyelleri görülmektedir. Son olarak şu ana kadar AİHS sisteminde patent hakkı bakımından Strasbourg organlarınca verilen bir ihlal kararı olmadığına dikkat çekmek gerekir.

KAYNAKÇA

- ALTAN Alparslan, Mülkiyet Hakkı, Güvencesi ve Koruması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2008.
- ÇOBAN Ali Rıza, “Mülkiyet Bir İnsan Hakkı Mıdır?”, **Piyasa Dergisi**, S.12-Güz, 2004, ss. 295-320.
- DRAHOS Peter, “Intellectual Property and Human Rights”, **Intellectual Property Quarterly**, No:3, 1999, ss. 349-371.
- GEIGER Cristophe / IZYUMENKO Elena, **Intellectual Property Before the European Court of Human Rights**, Paper No: 2018-1, Center for International Intellectual Property Studies of Université de Strasbourg, Strasbourg.
- GEMALMAZ Haydar Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- GEMALMAZ Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C.2, 8. Bs., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- GÖZLER Kemal, “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 47, S.1, Ocak 1990, ss. 31-67.
- GRIFFITHS Jonathan / MCDONAGH Luke, “Fundamental rights and European IP law-the case of art 17(2) of the EU Charter”, **Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives**, Ed. Christophe Geiger, 2013, ss. 75-93.
- HARMS L.T.C., **The Enforcement of Intellectual Property Rights: A Case Book**, 3rd Edition, WIPO, 2012.
- ÖZÇELİK Anıl, **Avrupa Birliği Hukukunda Patent Hakkı ve Korunması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2009.
- ÖZTUNALI Duygu, **Eser Sahibinin Manevi Hakları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2010.
- ROZHKOVA Marina Alexandrovna / AFANASİEV Dmitry Victorovich, “The Matters of Intellectual Property in the Practice of the European Court of Human Rights”, **Mediterranean Journal of Social Sciences**, Vol.6, No. 3, May 2015, ss. 241-248.

- SIMON Bradford S., “Intellectual Property and Traditional Knowledge: A Psychological Approach to Conflicting Claims of Creativity in International Law”, **Berkeley Technology Law Journal**, Vol. 20, No. 4 (Fall 2005), ss. 1613-1684.
- SOYSAL Tamer, “İnternet Alan Adlarının ‘Hak’ Niteliği ve AİHM’in PAEFFGEN/Almanya Kararı Çerçevesinde Alan Adları Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tesisi”, **Adalet Dergisi**, No:54, 2016, ss. 1-25.
- STENGEL Daniel, “Intellectual Property in Philosophy, **Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, Vol. 90, No:1, 2004, ss. 20-50.
- SULUK Cahit / KARASU Rauf / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- ŞEKERBAY Cennet Alas, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Manevi Haklar, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi, Ankara, Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2014.
- TATAR Dilek Buket, Mülkiyet ve Fikri Mülkiyetin Felsefi Temelleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013.
- TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, **Sınai Mülkiyet Kanunu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- VENERUCCI Francesca, A Comparative Study of the CJEU and ECtHR Approaches on Intellectual Property: Unity or Division?, Tesi di Laurea, Università Commerciale Luigi Bocconi Scuola di giurisprudenza, 2015-2016.
- WELKOWITZ David S., “Privatizing Human Rights? Creating Intellectual Property Rights from Human Rights Principles”, **Akron Law Review**, Vol.46, 2013, ss. 675-726.
- YU Peter K., Ten Common Questions about Intellectual Property and Human Rights, **Georgia State University Law Review**, Vol.23, No:3, ss. 709-753.
- Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights**, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Fact Sheet No. 33, Geneva, 2008.

ÖZEL HUKUK

Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü

Dr. Öğr. Üyesi Ece BAŞ SÜZEL*

Öz: Mesafeli sözleşme, özel bir sözleşme değil, sadece bir sözleşme kurma yöntemidir. Bu yöntemle tüketici hukukunda pek çok farklı sözleşme, mesela satım veya iş görme sözleşmeleri kurulabilir ve sözleşmelerin bu yöntemle kurulması bazı sorunlara yol açar. Tüketicinin, bu tür sözleşmeleri kurarken, sözleşme kurma kararını doğru şekilde verememesi tehlikesi sıklıkla gündeme gelebilir. Zira tüketicinin bu sözleşmeye hiç ihtiyaç duymaması ya da sözleşme konusunun beklediği gibi çıkmaması riski vardır. Bu gibi sebeplerle tüketicinin mesafeli sözleşme kurarken korunması gerekir. Bu korumayı sağlayan en önemli mekanizma, ön bilgilendirme yükümlülüğüdür. Zira malı ve sözleşmenin karşı tarafını görmeyen tüketicinin ciddi bilgi eksikliği vardır ve bunun giderilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Mesafeli sözleşme, cayma hakkı, önceden ödeme yasağı, ön bilgilendirme yükümlülüğü, uzaktan iletişim aracı.

Pre-Contractual Information Duties in Distance Contracts

Abstract: Distance contracts is as a way of concluding contracts in consumer law. Many contract including sales and services contracts may be concluded in this way. However, concluding contracts in distance is problematic since it is likely that the consumer may not make a proper decision to conclude this contract: either she may not need this contract at all or the subject of the contract is not as she supposed. As a result, the consumer shall be protected while concluding distance contracts. The most effective

* Makale gönderim tarihi: 02.11.2018. Makale kabul tarihi: 12.11.2018.

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-1769-2915); ece.bas@bilgi.edu.tr

protection mechanism regarding this problem is the duty of pre-contractual information. Since the consumer is not seeing either the good/service or the seller/supplier and this information asymmetry could be fulfilled.

Keywords: Distance contracts, right of withdrawal, the ban of advance payment, pre-contractual information, distance communication.

I. GENEL OLARAK

Mesafeli sözleşmelerde, tüketici ile sözleşme kurulmasında sorun doğuran unsur, sözleşmelerin kurulması yöntemiyle ilgilidir.¹ Tüketici, bir uzaktan iletişim aracı ile sözleşmeyi kurmakta ve bu yolla sözleşme kurulurken ne sözleşmenin tarafını ne de konusunu görmektedir. Tüketici sözleşme konusu malı gözüyle görüp eliyle tutmadan, işin görüleceği ortamı ya da iş gören kişiyi görüp değerlendirmeden sözleşme kurduğunda, bu sözleşme ve sözleşme konusu hakkında tüketicinin yeterli bilgiye sahip olamaması riski vardır.² Yüz yüze satışlarda bile tacir ile tüketici arasında var olan bilgi

¹ ATAMER Yeşim M., “Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını”, Tüketicinin Korunması Semineri, Editör Ebru Ceylan, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s. 26; REICH Norbert /MICKLITZ Hans-W./ROTT Peter, et al., European Consumer Law, 2nd Edition, Cambridge 2014, s. 398; GEZDER Ümit, “Mesafeli Sözleşmeler”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Editör M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2015, s. 334; DILGER Petra, Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet, Beck, München 2002, s. 3; ÖZKAN Ömer /KARAYAZGAN Ahmet, “Sigortacılık Sektöründe Mesafeli Satış: Elektronik Ticaretin Hukuki Alt Yapısı”, Eurasian Academy of Sciences Social Sciences Journal, 2006, Volume 8, s. 33-83, s. 43.

² KRÜGER Wolfgang (ed.), Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht-Allgemeiner Teil, 7. Bası, Beck 2016 MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312c N.3; ÖZSUNAY Murat R., “Mesafeli Sözleşmeler ve E-Ticarette Tüketicinin Korunması”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Eski (4077) ve Yeni (6502) Kanun Karşılaştırmalı, Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık (ed.), Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 658; ASLAN Yılmaz, Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Ekin, Bursa 2015, s. 554; ÖZEL Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 233; AYDOĞDU Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 287; TOPALOĞLU Mustafa, “Madde 48 - Mesafeli Sözleşmeler”, Milli Şerh, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner (ed.), Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, s. 762; ÖZEL, s. 233; ASLAN Yılmaz, Bankacılar İçin Tüketici Hukuku, Bankalar Arası Kart Merkezi, İstanbul 2016, s. 228; BOZBEL Savaş./ATALI Murat, “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX, Sayı 1-2, 2005, s. 452; ZEVLİLİLER Aydın/ÖZEL Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 321; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 2014, § 22a, N. 7.

asimetrisi göz önünde bulundurulduğunda, mesafeli satışların özel olarak düzenlenmesi gereği açıkça ortaya çıkar. Dolayısıyla aslında mesafeli sözleşmelere ilişkin kurallar, tüketici hukukunda normalde var olandan daha yoğun yaşanan bir bilgi asimetrisi sorununu çözmeye yöneliktir.³ Bu bilgi asimetrisi, şüphesiz tüketicinin rasyonel bir sözleşme kurma iradesi oluşturmamasına sebep olabilir.⁴

Teknolojinin gelişmesi ile, internet üzerinden, örneğin mobil telefon yoluyla sözleşme kurulması günden güne sıklaşmaktadır. Bu gibi yollarla sözleşme kurulmasının “fazla kolay” olması da tüketici açısından bir risk yaratmaktadır. Zira tüketici, evinde otururken, bir sözleşme kurma niyeti içinde değilken, e-mailine gelen bir tekliften veya cep telefonuna gelen bir kısa mesajdan yola çıkarak, “bir tıkla” sözleşme kurabilmektedir.⁵ Oysa tüketici bir mal veya hizmet almak için tacirin iş yerine gittiğinde, çoğu kez sözleşme konusu şey ve buna biçeceği değer üzerine düşünmüş olur ya da pazarlık etmeye zihinsel olarak hazırdır. İşte mesafeli sözleşme kurmadaki bu kolaylık, işlem sayısını artırmakta, işlem sayısı arttıkça da, tüketiciler için risk artmaktadır. Nitekim Avrupa Birliği’nde de, internet üzerinden sıklıkla sözleşme kurulması, yukarıda açıklandığı üzere mesafeli sözleşmelere ilişkin kuralların AB Mevzuatında yeniden düzenlenmesi gereğini doğurmuştur. Ancak şüphesiz mesafeli sözleşme, sadece internetten kurulan sözleşmelerle sınırlı değildir.

Mesafeli sözleşmeler açısından hukuki güvenliğin sağlanması, tüketicinin menfaatine olduğu kadar, satıcı ve sağlayıcının da menfaatinedir.⁶ Tüketiciler, yasal yolla korunduklarını bildikleri sürece, mesafeli sözleşme yapmak konusunda çekingen bir tutum sergilemezler.⁷ Onların sisteme gü-

³ MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312c N.4.

⁴ LUZAK Joasia, “To Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers”, *Journal of Consumer Policy*, *Journal of Consumer Policy*, March 2014, Vol.37, Issue 1, s. 91-111, s. 91; DEMİR, Mehmet, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, Ankara 2004, s. 39-40.

⁵ ATAMER, 2007, s. 26.

⁶ GEZDER, 2015, s. 331; ERTEN Alev, *Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler (Avrupa Topluluğu Mesafeli Sözleşmeler Direktifi ile Karşılaştırmalı Olarak)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2009, s. 17.

⁷ LUZAK, s. 93; BEN-SHARAR Omri/POSNER Eric A., “The Right To Withdraw In Contract Law”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 40, No.1, January 2011, s. 115-148, s. 119.

venmesi, risk primini azaltır ve bu da daha kolay ve sık işlem yapmalarını sağlar. Bu durum tacirlerin cirolarına olumlu etki eder. Buna ek olarak, bu yolla sözleşme kurulması tacirin daha az operasyonel maliyete katlanarak sözleşme yapmasını sağladığından, tacirler tarafından da tercih edilmektedir. Bu bakımdan teknolojinin de gelişmesiyle, hiç bir fiziksel satış noktası olmayan internet mağazaları oluşmuştur.⁸ Böylelikle tacir, kira, bu mağazada çalışacak kişi, sigorta, güvenlik ve benzeri masrafların hiç birini yapmadan, çok sayıda sözleşme kurabilmekte ve satış yapabilmektedir. Görüldüğü üzere, mesafeli sözleşmeler alanında tüketicinin korunması, tacirlere yeni bir iş kapısı açmıştır. Sonuç olarak, tüketiciyi korumak suretiyle mesafeli sözleşme kurmaya yönelten kurallar, güvenli bir pazar yaratmak ve işlem sıklığını artırmak suretiyle, tacirler açısından da belirsizlik riskini azaltır ve iki yönlü bir etkinlik sağlamış olur.⁹

Sonuç olarak, bu sözleşme kurma türünde tüketicilerin, tacir ve mal hakkındaki bilgisizliğinin giderilmesi için bilgilendirme yükümlülüklerinin yerine getirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bakımdan sözleşmenin kurulmasından önce bilgilendirme yükümlülüğü 2011/83 sayılı Yönerge (“Yönerge”) ve Türk hukukunda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁰ (“TKHK”) m. 48 ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği¹¹ (“Yönetmelik”) ile ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, mesafeli sözleşmelerde, korumanın var olmasının temel gerekçelerinden biri, tüketicinin, tacirle yüz yüze olduğu kurgudan daha ciddi bir bilgi eksikliği içinde olmasıdır. Bu bakımdan, tıpkı iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde olduğu gibi, mesafeli sözleşmelerde de, sözleşmenin kurulmasından önce bir takım bilgilerin tüketiciye verilmesi gerekir. Böylelikle bilgi asimetrisi sorunu kısmen de olsa çözülmek istenmektedir. Zira tüketiciyi en etkin koruma yöntemlerinden biri, bu bilgi sorununun ortadan kaldırılması suretiyle sözleşme özgürlüğünün teminat altına alınmasıdır.¹²

⁸ www.trendyol.com, www.morhipo.com ve benzerleri.

⁹ ERTEN, s. 17; LUZAK, s. 93; BEN-SHARAR/POSNER, s. 119.

¹⁰ 28.11.2013 tarih, 28835 sayılı Resmi Gazete.

¹¹ 27.11.2014 tarih, 29188 sayılı Resmi Gazete.

¹² ATAMER Yeşim M., “TKHK m. 9/A ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in AB Mevzuatı Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XXIII Sayı 1, 2005, s. 177-199, s. 178; ÇAB-

Aşağıda açıklanacak bilgileri gruplandırmak mümkündür.¹³ Zira her grup bilgilendirme yükümlülüğü esasen bir amaçla kurgulanmıştır. Bu bakımdan örneğin çok fazla bilginin tüketiciye sunulması da esas olarak istenmez. Zira fazla bilgi, tüketici açısından kafa karışıklığı yaratabileceğinden veya çok fazla bilgiyi tüketici okumaktan imtina edeceğinden gerçek anlamda bilgilendirme sağlanamayabilecektir.¹⁴ Bir diğer deyişle, doğru bilgilendirme kadar, optimum seviyede bilgilendirme de önemlidir. Bu amaçla Yönerge m. 8(10) gereği, üye ülkelerin, bu bilgilerin sunulması konusunda daha sıkı kurallar getirmesi engellenmiştir. Bu şüphesiz, AB pazarında tam uyumlaştırma hedefinin doğal bir sonucudur.

Aşağıda öncelikle, genel olarak mesafeli kurulan sözleşmelere özgü bilgilendirme yükümlülükleri açıklanacaktır. Daha sonra, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'dan¹⁵ ("ETDHK") doğan elektronik ticaret araçları vasıtasıyla; sesli iletişim yolu ile ve sınırlı alanda mesafeli sözleşme kurulmasına özgü kurallara değinilecektir.

II. ÖN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜN İÇERİĞİ

1. Genel Bilgiler

A. Sözleşme Konusu Mal/Hizmet ve Tacire İlişkin Bilgiler

Yönerge m. 6(1) gereği, tüketici mesafeli yolla kurulan sözleşme ile bağlanmadan veya bağlayıcı bir irade açıklamasında bulunmadan önce, aşağıda açıklanan hususlarda, tüketicinin bilgilendirilmesi gerekir. İlk olarak, bu formda tüketici sözleşme konusu mal veya hizmete ilişkin bilgiler yer almalıdır (Yönerge m. 6(1)(a) ve Yönetmelik m. 5(1)(a)). Zira tüketicinin

Rİ Sezer, 6502 sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 754; KARA KILIÇARSLAN Seda, "Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), 2015, s. 183-222, s. 197 vd.; DÖNMEZ Zeynep, "2011/83/Eu Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku'na Yansımaları", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, Yıl 2016, s. 9; YILDIRIM Abdülkerim, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2009, s. 163; DEMİR, s. 36-37; ERTEN, s. 33.

¹³ MÜNCHKomm/WENDEHORST, BGB § 312d N. 2.

¹⁴ GRUNDMANN Stefan, "EC Financial Services – Developments 2002-2005", EVRL 4/2005, s. 486; YILDIRIM, s. 165; GEZDER, Ümit, Mesafeli Sözleşmelerde Bilgi Verme Yükümlülüğü, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ankara 2013, s. 619-620; GEZDER, Ümit, Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler, İstanbul 2006, s. 79.

¹⁵ 5 Kasım 2014 tarih, 29166 sayılı Resmi Gazete.

örneğin telefonda ya da televizyonda kendisine anlatılan veya internette görüldüğü mal/hizmet hakkında yeterli bilgiyi edinememiş olma riski fazladır.¹⁶

Mesafeli sözleşmelerde, tacire daha sonradan örneğin cayma hakkını kullanmak için veya ayıp halinde ulaşabilmek önemli bir meseledir. Zira hem sözleşme görüşmeleri hem de sözleşmenin kurulması mesafeli olarak gerçekleştirildiğinden, tüketici daha sonra ortaya çıkan sorunu nerede ve nasıl çözeceğini, kime başvuracağını bilememesi kuvvetle muhtemeldir. İşte bu bilgi asimetrisini çözmek amacıyla¹⁷ tacirin kimliği, adres gibi iletişim bilgilerinin ve tüketicinin şikayetlerini iletebileceği iletişim bilgilerinin de tüketiciye sözleşmenin kurulmasından önce sunulması gerekir (Yönerge m. 6(1)(b), (c), (d) ve Yönetmelik m. 5(1) (b), (c) ve (ç)).¹⁸

B. Sözleşme Bedeli ve Sözleşmenin İfası

Bundan başka, sözleşmenin bedeli konusunda tüketiciye bilgi verilmesi gerekmektedir (Yönerge m. 6(1)(e) ve Yönetmelik m. 5(1)(d)). Bu kapsamda, vergilerin dahil edildiği toplam fiyat; fiyatın işin niteliği gereği önceden hesaplanmadığı hallerde hesaplama yöntemi; tüm masraflar ve son olarak masraflar hesaplanamıyorsa ek masrafların ödenebileceğine ilişkin bilgiler girmektedir.

Toplam fiyatın, belirsiz süreli sözleşmelerde veya abonelik sözleşmelerinde, her faturalama dönemi bazında toplam masrafları içerecek şekilde yer almalıdır (Yönerge m. 6(1) (e) ikinci cümle, Yönetmelik m. 5(4)). Böylelikle tüketici daha sonradan aylık yansıtılan ek bir masrafla karşı karşıya kalmaz. Fiyatın götürü olarak belirlendiği hallerde de, bu masrafın zaten götürü bedelin içinde olduğu kabul edilir ve yine tüketiciden talep edilemez. Bu son cümle, her ne kadar Türk hukukunda açıkça düzenlenmiş değilse, ana prensibin bir devamı olarak Türk hukuku açısından da kabul edilmelidir.

Ek masraflar konusunda tüketici bilgilendirilmezse, Yönerge m. 6(6) gereği, bu ek masraflar tüketiciden talep edilemeyecektir. Bu husus Türk

¹⁶ ATAMER, 2005, s. 178.

¹⁷ TAMM WISMAR Marina, “Informationspflichten nach dem Umsetzungsgesetz zur Verbraucherrechtlichrichtlinie”, VuR 2014, Heft 1, s. 9-18, s. 12.

¹⁸ Açık artırma veya eksiltme yoluyla kurulan bir mesafeli sözleşme varsa, Yönetmelik m. 5(5) gereği, m. 5(1) (b) ila (ç) bentlerinde yer alan bilgilerin yerine, açık artırmayı yapan ile ilgili bilgileri yer verilebilir. Aynı düzenleme mehz AB Yönergesi m. 6(3)’te de yer almaktadır.

hukukunda da açıkça Yönetmelik m. 5(3) ile AB mevzuatı ile uyumlu olarak düzenlenmektedir.

Yönerge m. 6(1)(f) ve Yönetmelik m. 5(1)(d) gereği, sözleşmenin kurulmasında kullanılan uzaktan iletişim aracının kullanım bedeli, olağan ücret tarifesi aşılırsa; tüketiciye yüklenen ek masraf konusunda tüketicinin ayrıca bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu yukarıda açıklanan masraflardan farklı ve özel bir kalem olarak yer aldığından, özel olarak bu masrafın kaynağı gösterilmek suretiyle bilgilendirilmesi yerinde olacaktır.

Bundan başka, ödeme, teslimat, ifa ve tacirin ifayı ne zaman gerçekleştireceği taahhüdü ile varsa tacirin şikayetlere ilişkin çözüm yöntemleri konusunda da tüketici bilgilendirilmelidir (Yönerge m. 6(1)(g), Yönetmelik m. 5(1) (f)).

2. Cayma Hakkına İlişkin Bilgiler

Cayma hakkı hususunda da, sözleşmenin kurulmasından önce tüketicinin bilgilendirilmesi gerekir. Bu bilgilendirmenin kapsamı, Yönerge m. 6(1) (h) ile (k) bentleri arasında; Türk hukukunda ise Yönetmelik m. 5(1) (g) ile (h) bentleri arasında detaylı olarak düzenlenmektedir. Bunun nedeni şüphesiz cayma hakkının bu tür sözleşmeler açısından neredeyse en önemli korumayı sağlıyor oluşudur.¹⁹ Bununla birlikte, Türk hukukundaki düzenleme, önemli bir noktada mehz AB mevzuatından farklılaşmaktadır. Bu fark esas olarak cayma sonucu iade masrafının kime yüklendiği konusunda iki yasal düzenleme arasındaki farktan kaynaklanmaktadır.

Açıklamalara Yönerge ile başlamak gerekirse, Yönerge m. 6(1) (h) bendi gereği, cayma hakkının var olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, zamanı ve usulü konusunda tüketicinin bilgilendirilmesi gerekir. Türk hukukunda da Yönetmelik m. 5(1) (g) ve (ğ)’de düzenlenen bu yükümlülüğe ek olarak, “satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgilerin” tüketiciye verilmesi gerekir. Zira Yönetmelik m. 12(3) gereği, tüketici cayma hakkını kullandıktan sonra malı bu taşıyıcı ile iade ederse, bir taşıma masrafına katlanmayacaktır.

Bundan başka, cayma hakkı kullanıldığında, malın iadesi masraflarına tüketicinin katlanacağı konusunda da tüketicinin bilgilendirilmesi gereği,

¹⁹ TAMM, s. 13.

Yönerge m. 6(1) (i) bendinde düzenlenmektedir. Buna ek olarak, sözleşme konusu mal, niteliği gereği normal bir taşıyıcı ile taşınamayacaksa, özel olarak bu iadenin masrafı konusunda da tüketicinin bilgilendirilmesi gerekir. İadeden kaynaklı taşıma masrafları konusunda tüketici bilgilendirilmezse, Yönerge m. 6(6) gereği, bu ek masraflar tüketiciden talep edilemeyecektir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Türk hukuku, mehz AB mevzuatından bu konuda ciddi farklılık göstermekte ve cayma sonucu iade masrafı, mesafeli sözleşmelerde zaten kural olarak tacire yüklenmektedir. Bu bakımdan tüketicinin masraflar açısından bilgilendirilmesi gereği yoktur.

Cayma hakkının kullanılması, bir bedel veya cezai şart ödemek şartına bağlanamaz. Ancak bir kurguda, tüketiciden bir kullanım karşılığı talep edilebilecektir. Buna göre, tüketicinin açık talebi üzerine ifa edilen bir iş görme edimi söz konusu ise, tüketiciden kullanım karşılığı talep edilebilir. Bunun için ön şart, tüketicinin sözleşmenin kurulmasından önce bu konuda bilgilendirilmiş olması gereğinin yerine getirilmesidir (Yönerge m. 6(1) (j)).

Bu tür bir bilgilendirme yükümlülüğü açık olarak Türk hukukunda düzenlenmemiştir. Zira Yönetmelik m. 15(1) (h) bendi gereği iş görme ediminin ifasına tüketicinin onayı ile başlanmışsa, tüketici cayma hakkını tamamen kaybedecektir. Türk hukukundaki kural, iş görme edimi ifaya başlandığı anda biter ve artık iş görme geri alınamaz varsayımından yola çıkmaktadır. Oysa bu varsayım, her durumda geçerli olmaz. Örneğin ifanın kısım kısım yapılacağı veya ifanın başlamasına rağmen uzun süreceği ve henüz tamamlanmadığı durumlarda, cayma hakkının tüketicinin elinden tamamen alınmasına gerek yoktur. Böyle bir durumda tüketici cayma hakkını tamamen kaybedecek, bir kullanma karşılığı ödeme ve sözleşmeden cayma şansı olmayacaktır. Tacir tarafından ifaya başlanması hususunda tüketicinin ikna edilmesi zor olmayacağından, cayma hakkının tüketicinin elinden tamamen alınmış olması yerinde olmamıştır.²⁰

Cayma hakkına ilişkin son olarak, Yönerge m. 6(1) (k) ve Yönetmelik m. 5(1) (h) bentleri gereği, cayma hakkının bulunmadığı veya tüketicinin cayma hakkını kaybettiği durumlar hakkında da tüketiciye bilgi verilmesi gerekir. Bu bilgilendirme çok önemlidir. Zira tüketici aksi durumda, örneğin

²⁰ Bu hükmün dar yorumlanması gerektiği hakkında bkz. BAŞ SÜZEL Ece, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 169-170, s. 276 vd.

iadesi hijyen gerekleriyle mümkün olamayacak bir bakım ürününün ambalajını yanlışlıkla açmak suretiyle cayma hakkını kaybedebilir.

3. Diğer Bilgiler

Yönerge m. 6(1) (q) bendi gereği, tacirin talebi üzerine tüketiciden alınacak depozito veya diğer mali teminatlara ilişkin bilgilerin de verilmesi gerekir. Aynı düzenleme Türk hukukunda da, Yönetmelik m. 5(1) (ı)'da yer almaktadır.

Bir diğer düzenleme, dijital içeriğe ilişkindir (Yönerge m. 6(1) (r), (s) ve Yönetmelik m. 5(1) (i), (j)). Öncelikle, dijital içerik söz konusu ise, bunun işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri hakkında tüketicinin bilgilendirilmesi gerekir. Buna ek olarak, tacirden bilmesi beklenen seviyede, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilginin de tüketiciciye verilmesi gerekir. Örneğin, internetten bir ofis program satın almak istediğinde, tüketiciciye, bu ofis programının Apple marka bilgisayar ile uyumu hakkında bilgi sunulmalıdır. Elbette sözleşmeyi kuran tacirin, üretici değil de sadece satıcı olduğu hallerin sıklığı göz önünde bulundurulduğunda, bu tür sınırlı bir yükümlülük getirilmesi yerinde olmuştur.

Bundan başka, Yönerge m. 6(1) (t)'de, tüketicinin başvurabileceği hukuki mekanizmalar hakkında bilgi verilmesi gereği düzenlenmektedir. Yönetmelik de bu gereğe uygun şekilde, m. 5(1) (k) ile tacire, tüketicinin uyuşmazlık halinde Tüketici Mahkemesi veya Tüketici Hakem Heyetine başvuru yapabileceği konusunda bilgilendirme yükümlülüğü getirmektedir.²¹

Yönetmelik m. 8(1) gereği, tüketicinin siparişi onaylamasından hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketicinin bilgilendirilmesi gerekir. Kuralın devamında, aksi halde tüketicinin siparişi ile bağlı olmadığı yazılmıştır. Aslında burada kastedilen yaptırım, sadece tüketici tarafından ileri sürülebilen, sınırlı esnek hükümsüzlük yaptırımıdır. Yönerge'ye bakıldığında ise, bu yönde genel bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Sipariş verilirken, bu siparişin tüketiciciyi ödeme yüküm-

²¹ Yönerge m. 6'ya bakıldığında, Türk hukukunda bulunmayan pek çok bilginin daha ön bilgilendirme kapsamında yer alması gerekmektedir ((l) bendi ile (p) bendi arası). Bu bilgiler arasında, örneğin mala ilişkin zorunlu ve ihtiyari garanti durumu, sözleşmenin süresi ve benzeri bilgiler yer almaktadır.

lülüğü altına sokacağı bilgisi, sadece elektronik yolla kurulan sözleşmeler açısından aranmaktadır. Bu mesele aşağıda ayrıntılı şekilde incelenmektedir.

4. Elektronik Uzaktan İletişim Aracı Kullanılarak Kurulan Mesafeli Sözleşmelere Özgü Kurallar

A. AB Hukuku

Yönerge m. 8(2)'de, elektronik uzaktan iletişim aracı kullanılan haller için özel bir kural getirilmiştir. Bu düzenlemeyi ele almadan önce, elektronik uzaktan iletişim aracı ifadesinin açıklanması gerekir. Her ne kadar Yönerge'nin tanımlara ilişkin 2. maddesinde buna ilişkin bir tanıma rastlanmasa da, Mülahazalar'da bu konuda bir açıklama vardır.²² Buna göre, elektronik uzaktan iletişim aracı ile kastedilen, internet siteleri üzerinden kurulan sözleşmelerdir.²³

Düzenlemeye göre, elektronik uzaktan iletişim aracılığı ile kurulan sözleşme, tüketiciyi borç altına sokuyorsa, tüketicinin siparişi vermesinden önce Yönerge m. 6(1) (a), (e), (o) ve (p) bentleri hakkında açık, anlaşılır ve vurgulu bir biçimde bilgilendirilmesi gerekir. Burada önemli olan, tüketicinin bu bilgiler konusunda dikkatinin çekilmesidir.²⁴

Yönerge m. 8(2), ikinci cümlesi gereği, tacir, tüketici siparişi vermeden önce, kendisinin ödeme yükümlülüğü altına girdiğini açıkça kabul etmesini sağlamakla yükümlüdür.²⁵ Yönerge, “açıkça kabul etme”nin de ne şekilde olacağını aslında açıklamaktadır. Buna göre, eğer kabul etme eylemi, bir kutucuğu tıklamak şeklinde olacaksa, bu tıklanan kutucuğun, “ödeme yükümlülüğü ile sipariş ver” veya aynı anlama gelecek bir açıklama taşıması gerekir. Böylelikle tüketici, bir butonu tıklamak suretiyle borç altına girdiği konusuna açıkça bilgilendirilmiş olacaktır. Bu bilgilendirme, daha sonradan ortaya çıkabilecek, sözleşmenin yanlışlıkla kurulduğu ve benzeri iddiaları ortadan kaldıracaktır.²⁶

²² 2011/83 sayılı Yönerge, Mülahazalar, N. 39.

²³ Aynı yönde, SAĞLAM İpek, Elektronik Sözleşmeler, Legal, İstanbul 2007, s. 89; BAYRAM, s. 334.

²⁴ Yönerge'nin “prominent manner” ifadesi ile kastettiği tüketicinin özel olarak dikkatine sunulması gereği şeklinde yorumlanmaktadır. DG Justice, June 2014, s. 32.

²⁵ Yönerge m. 8(9)'un yaptığı atıfla, 2000/31 sayılı Yönerge m. 9 ve 11 de uygulama alanı bulacaktır. 2000/31 sayılı Yönerge m. 11 gereği de benzer şekilde siparişin teyit edilmesi gerekmektedir.

²⁶ 2011/83 sayılı Yönerge, Mülahazalar, N. 39.

İnternet üzerinden alışveriş yapılan bazı siteler incelendiğinde, uygulamada şu tür açıklamaların yer aldığı görülmektedir: “Siparişi Onayla butonuna tıklayarak xx TL tutarındaki ödemeyi onaylamayı kabul edeceksiniz.”²⁷ Bu açıklama kanaatimce AB Yönergesi’nin ulaşmak istediği amacı karşılamaktadır. Bununla birlikte, diğer pek çok internet sitesi açısından, sadece “siparişi onayla” butonunun varlığı ve fakat siparişin onaylanması halinde tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına gireceği açıklamasının yer almadığı görülmektedir.²⁸ Bununla birlikte, “siparişi onayla, satın al, şimdi öde” gibi ifadelerin de ödeme yükümlülüğüne yeteri kadar dikkat çektiği ifade edilmektedir.²⁹

Düzenlemenin son cümlesi bu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımına ilişkindir. Hükme göre, tacir bu yükümlülüğü yerine getirmezse, tüketici sözleşme veya verilen sipariş ile bağlı tutulamayacaktır. Bir diğer deyişle burada yalnızca tüketici tarafından ileri sürülebilen, sınırlı esnek hükümsüzlük yaptırımını söz konusu olur.

Son olarak, sipariş aşamasının en başında, açık ve anlaşılabilir bir şekilde, herhangi bir teslimat kısıtlamasının olup olmadığı ve hangi ödeme araçlarının kabul edildiği konusunda da tüketicinin bilgilendirilmesi gerekmektedir (Yönerge m. 8(3)). Gerçekten de tüketicinin, ödeme borcu altına girmeden önce bu hususlarda bilgilendirilmesinde menfaati büyüktür. Böylelikle tüketicinin siparişi verip, ödeme borcu altına girdikten sonra, evine sipariş ettiğini düşündüğü televizyonu mağazadan alması gerektiği gibi veya ödemenin yalnızca teslimat sırasında nakit olarak yapılabileceği gibi sürpriz bir durumla karşılaşması engellenmiş olur.

B. Türk Hukuku

a. Yönetmelik m. 6(2)

Yönetmelik m. 6(2), mesafeli sözleşmenin internet yoluyla kurulması hali için özel bir düzenleme getirmektedir. Bu uzaktan iletişim aracının kendine özgü nitelikleri, yükümlülüğün içeriği hakkında önem sırasına ilişkin bir kural düzenlenmiştir. Buna göre, yukarıda açıklanan bilgilendirme yü-

²⁷ www.morhipo.com.tr

²⁸ Örneğin, www.trendyol.com; www.sanalmarket.com.tr (Erişim tarihi: 1.9.2017).

²⁹ DG Justice, June 2014, s. 32.

kümlülükleri saklı kalmak üzere; bunlardan bazılarının tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına girmesinden hemen önce, açıkça ve ayrıca gösterilmesi gerekir. Görüldüğü üzere, sözleşmenin internet aracılığı ile kurulmasında, bazı bilgilendirme yükümlülüklerinin, diğerlerine göre daha önemli olduğu varsayılmaktadır. Bu bilgilere, sözleşme kurulmadan önce vurgu yapılması gerekir.

Kurala göre, tüketici ödeme yükümlülüğü altına girmeden önce, ayrıca ve açıkça, sözleşme konusu mal veya hizmetin nitelikleri (a bendi); fiyat (d bendi); cayma hakkı (g bendi) ve cayma hakkının kullanılamayacağı hallerle (h bendi) ilgili bilgilendirilmelidir.

Sözleşme internet üzerinden kurulduğunda, herhangi bir gönderim kısıtlamasının var olup olmadığı ve hangi ödeme araçlarının kabul edildiği konularında da, tüketici sipariş vermeden önce bilgilendirilmelidir (Yönetmelik m. 6(2) (b)). Bu düzenleme Yönerge m. 8(3)'e paraleldir. Yukarıda da ifade edildiği üzere tüketicinin, ödeme borcu altına girmeden önce bu konularda bilgilendirilmesinde menfaati büyüktür. Zira aksi durumda tüketici evine geleceğini düşündüğü siparişi mağazadan teslim almak ya da kredi kartı ile ödeyememek gibi bir sürprizle karşılaşabilir.

Son olarak, Yönetmelik m. 8(1) gereği, tıpkı Yönerge m. 8(2)'de olduğu üzere, tüketicinin, ödeme yükümlülüğü altına girdiğine vurgu yapılması gerekmektedir. Bu konuda yukarıda yapılan açıklamalar, Türk hukuku açısından da geçerlidir. Bununla birlikte, bu yükümlülük Türk hukukunda sadece elektronik ortamda kurulan sözleşmeler açısından getirilmemiştir. Örneğin telefonla kurulan bir mesafeli sözleşmede de, sipariş onayı ile ödeme yükümlülüğü doğacağı konusunda tüketici açıkça bilgilendirilmiş olmalıdır.

b. ETDHK'dan Doğan Bilgilendirme Yükümlülükleri

Yukarıdaki bilgilendirme yükümlülüklerine ek olarak, mesafeli sözleşmenin elektronik ortamda gerçekleştirilmesi halinde, ETDHK m. 3'te yer alan bilgilendirme yükümlülüklerinin de yerine getirilmesi gerekir. ETDHK m. 3(1) (a) gereği, tacir, alıcıların kolayca ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak tanıtıcı bilgilerini sunmakla yükümlüdür.³⁰ Bu kural, aslında ek bir yükümlülük getirmemektedir. Zaten Yönetmelik m. 5(1) (a) ve (b) bentleri, ETDHK m. 3(1) (a)'yı kapsar genişliktedir.

³⁰ Bu konuda bkz. BAYRAM, s. 340 vd.

ETDHK m. 3(1) (b) bendinde ise gerçekten yeni bir bilgilendirme yükümlülüğü vardır. Buna göre, tacir, sözleşmenin kurulabilmesi için izlenecek teknik adımlara ilişkin bilgileri sunmalıdır. Aynı kuralın (c) bendi gereği, tacir sözleşme metninin, sözleşmenin kurulmasından sonra, tacir tarafından saklanıp saklanmayacağı ile bu sözleşmeye alıcının daha sonra erişiminin mümkün olup olmayacağı ve bu erişimin ne kadar süreyle sağlanacağına ilişkin bilgileri tüketiciye vermelidir.

Bundan başka, elektronik iletişim aracı ile sözleşme kurulması için bir takım teknik ihtiyaçlar söz konusu olabilmektedir. İşte bu teknik ihtiyaçların giderilmesi için, düzenlemenin (ç) bendi gereği, tacir tarafından veri girişindeki hataların açık ve anlaşılır bir şekilde belirlenmesine ve düzeltilmesine ilişkin teknik araçlara ilişkin bilgilerin verilmesi gerekir. Aynı yükümlülük sipariş başlığı altında m. 4(2)'de de düzenlenmiştir.³¹ Böylelikle tüketici, sipariş sırasında bir hata yapsa bile bunu düzeltebilecektir. Bu yolla elektronik ticaretin teşvik edilmesi hedeflenmektedir.³²

C. Sesli İletişim Yolu veya ile Kurulan Mesafeli Sözleşmelere Özgü Kurallar

Yönetmelik m. 6(3) gereği, mesafeli sözleşmenin sesli iletişim yoluyla kurulması halinde, ön bilgilendirme yükümlülüklerinde, tıpkı internet üzerinden kurulan satışlarda olduğu gibi önem sırası değişmektedir. Düzenlemeye göre, tüketici ödeme yükümlülüğü altına girmeden önce, ayrıca ve açıkça, sözleşme konusu mal veya hizmetin nitelikleri (a bendi); fiyat (d bendi); cayma hakkı (g bendi) ve cayma hakkının kullanılamayacağı hallerle (h bendi) ilgili bilgilendirilmelidir. Yönetmelik m. 5'te yer alan diğer tüm bilgilerin de, en geç mal teslimine veya işin görülmesine kadar yazılı olarak göndermek zorundadır.

Her ne kadar AB mevzuatında, açıkça sesli iletişim yolu ile kurulan mesafeli sözleşmelerden bahsetmek suretiyle bu tür bir düzenleme getirilmemiş olsa da, Yönerge m. 8(4), kanaatimce sesli iletişim yolu ile kurulan mesafeli sözleşmelere de uygulanacaktır.³³ Zira bu alanda da gerçekten sınırlı alan ve zaman olduğu kabul edilebilir. Nitekim m. 8(5) de, sesli iletişim yoluyla

³¹ Aynı düzenleme Alman Medeni Kanunu'nun 312i paragrafında da yer almaktadır.

³² MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312i, N. 3.

³³ Aynı yönde, DG Justice, June 2014, s. 34. Bir alt başlıkta bu düzenleme açıklanmaktadır.

kurulan sözleşmelere ilişkin bir kural getirirken; m. 8(4)'ün saklı kalacağını belirtmekle, esasen m. 8(4)'ün, sesli iletişim yoluyla kurulan sözleşmelere de uygulanacağını göstermektedir.³⁴

Yönerge m. 8(5)'e bakıldığında ise, işin niteliği gereği ihtiyaç duyulan bir bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Uygulamada tüketiciler sıklıkla “internet hizmetinizi yükseltelim”; “uydu kanallarınızı genişletelim” gibi tekliflerle aranmaktadır. Tüketici bu tekliflerin, kendi servis sağlayıcısından geldiği inancıyla sözleşme kurabilmektedir. Bu şekilde, tacirin aslında “kasten” “bir yanlış anlaşılmaya” sebep olmasının ve bundan faydalanmasının önüne geçmek gerekir. Zira bu durum bir haksız rekabet dahi yaratır.³⁵ Bu amaçla, Yönerge m. 8(5) gereği, bir mesafeli sözleşme kurmak amacıyla tacirin tüketiciye telefonla ulaşması halinde, görüşmenin en başında tacirin kimliğini ve arama amacını açıkça ortaya koyması gerekir. Böylelikle tüketici, hangi amaçla, kim tarafından arandığını bilecek ve belki de bu görüşmeyi o an sonlandırmayı tercih edebilecektir. Aynı kural, Türk hukukunda da Yönetmelik m. 8(2) ile düzenlenmektedir.

Son olarak, Yönerge m. 6(1) (h) bendinde yer alan cayma hakkına ilişkin bilgilendirmenin yapılmasında, yazılı cayma formunun da tüketiciye sunulması gereği, telefonla kurulan sözleşmeler açısından, bu aşamada söz konusu olamayacağından, bu formun sözlü şekilde tüketiciye açıklanması gerekir.³⁶ Sözleşme kurulduktan sonra, sözleşme teyidi Yönerge m. 8(7) gereği tüketiciye sunulurken, cayma formunun da bu teyidin içinde yer alması gerekir.³⁷ Türk hukuku açısından da, Yönetmelik m. 11(3) gereği, formun en geç mal teslimi veya işin görülmesine kadar tüketiciye gönderilmesi gerekmektedir.

D. Sınırlı Alanda ya da Zamanda Siparişe İlişkin Bilgilerin Sunulduğu Ortam Yoluyla

Sınırlı alanda ya da zamanda siparişe ilişkin bilgilerin sunulduğu ortama örnek olarak, kısa mesaj veya cep telefonunda bulunan uygulamalar

³⁴ Aynı yönde, DG Justice, June 2014, s. 34.

³⁵ REICH/MICKLITZ/ROTT/TONNER, s. 405. Bilgi verme yükümlülüğüne genel olarak aykırı davranmanın haksız rekabet yaratacağı yönünde, MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312c, N. 71; ATAMER, 2005, s. 181.

³⁶ DG Justice, June 2014, s. 34.

³⁷ DG Justice, June 2014, s. 34.

aracılığıyla kurulan sözleşmeler gösterilebilir.³⁸ Bu yolla sözleşme kurulmak istediğinde, ön bilgilendirmenin tümünün siparişten önce verilmesinin mümkün olmadığı varsayımından yola çıkılarak, yükümlülüklerde bir önem sırası belirlenmiştir. Yönerge m. 8(4)'e göre, tüketici, en azından, sözleşme konusu mal veya hizmetin nitelikleri, satıcıya ait bilgiler, fiyat, cayma hakkı, sözleşmenin süresi ve sözleşme belirsiz süreli ise sözleşmenin feshinin şartları hakkında, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak bilgilendirilmelidir. Ön bilgilendirme kapsamında Yönerge m. 6(1)'de yer alan diğer bilgilerin ise daha sonra (sözleşme kurulduktan sonra) mutlaka, açık ve anlaşılır bir biçimde sunulması gerekir. Bu bilgiler, bağlantılı bir internet linki aracılığı ile veya ücretsiz bir telefon hattı ile sunulabilir.³⁹ Örneğin tüketici, bir uygulama aracılığı ile internet üzerinden sipariş verirken, ödeme yükümlülüğü altına girmeden önce bazı bilgiler verilecek; ödeme onayından sonra ise kendisine e-posta ile diğer bilgiler gönderilecektir.

Yönetmelik m. 6(4)'te de benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. Kurala göre, bu yolla sözleşme kurulmak istendiğinde, tüketicinin, siparişi vermesinden önce sözleşme konusu mal veya hizmetin nitelikleri (a bendi); satıcıya ait bilgiler (b bendi); fiyat (d bendi); cayma hakkı (g bendi) ve cayma hakkının kullanılamayacağı hallerle (h bendi) ilgili bilgilendirilmelidir. Yönetmelik m. 5'te yer alan diğer tüm bilgilerin de, en geç mal teslimine veya işin görülmesine kadar yazılı olarak göndermek zorundadır.

E. Anında İfa Edilen İş Görme Sözleşmelerine Özgü Kurallar

Yönetmelik m. 6(5) gereği, anında ifa edilen bir iş görme sözleşmesi, sesli iletişim yolu ile ya da siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortam yolu ile kuruluyor ise, bazı bilgilerin siparişin verilmesinden önce mutlaka tüketiciye sunulması gerekir. Bu bilgiler, sözleşme konusu mal veya hizmetin nitelikleri (a bendi); satıcıya ait bilgiler (b bendi); fiyat (d bendi); cayma hakkının kullanılamayacağı hallere (h bendi) ilişkindir.

Görüldüğü üzere, yukarıdakilerden farklı olarak, bu şekilde kurulan bir sözleşmede, cayma hakkına ilişkin bilgilendirmenin değil, cayma hakkının kullanılamayacağı hallere ilişkin bilgilendirmenin yapılması yeterli görül-

³⁸ DG Justice, June 2014, s. 33; REICH/MICKLITZ/ROTT/TONNER, s. 405.

³⁹ 2011/83 sayılı Yönerge, Mülahazalar, N. 36.

müştür. Zira anında ifa edilen bir iş görme sözleşmesi varsa, bu sözleşmede cayma hakkının kullanılamaması kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla tüketicinin, bu konuda bilgilendirilmesi gerekir.

Anında ifa edilen sözleşmelerde, diğer sesli iletişim yolu ile veya bilgilerin sınırlı alanda kurulduğu ya da internet yolu ile mesafeli sözleşme kurulmasından farklı olarak, Yönetmelik m. 5'te yer alan diğer bilgilerin tüketiciye daha sonra sunulması gereği düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, anında ifa edilen bir iş görme sözleşmesi, sesli şekilde ya da siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortam yolu ile kuruluyor ise, yukarıda açıklanan dört konuda bilgilendirme yapılması yeterlidir.

Türk hukukunda yer alan bu düzenlemede önemli bir zaaf vardır. Anında ifa edilen iş görme sözleşmesi ile kastedilenin ne olduğu açık değildir ve bunun amaca göre yorumlanması gerekir. Kanaatimce, ilk olarak sözleşmenin anında ifa edilecek olması işin niteliği gereği olabilir. Örneğin kısa mesaj yolu ile satın alınan bir internet paketinin hemen çalışmaya başlaması, işin niteliği gereğidir. Buna rağmen, ifanın hemen başlayacağı bilgisinin tüketiciye verilmesi gerekir. Bu bilgi pekâlâ, (a) bendi gereği, sözleşme konusu hizmetin niteliği kapsamında sayılabilir. Sözleşmenin anında ifa edilecek sözleşme sayılmasının ikinci hali ise kanaatimce tüketicinin açık rızasının bulunduğu haller olabilir. Nitekim Yönerge m. 8(8) gereği de, tacire, tüketiciden açık bir rıza almak yükümlülüğü getirilmiştir. Bir diğer deyişle, varsa- yılan bir seçenek olarak bunun sunulması yeterli olmayacaktır. Örneğin kısa mesajda, “Satın aldığınız servis hemen başlayacaktır. Bunu istemiyorsanız, bu mesaja cevap verin” yazılı olması tüketicinin açık rızası anlamına gelmez. Bu talebin mutlaka tüketiciden gelmesi gerekir.

III. ÖN BİLGİLENDİRMENİN YAPILMA ZAMANI

Yönerge m. 6(1) gereği, ön bilgilendirmenin sözleşmeyle veya yerini tutan bir öneri ile bağlanmadan önce bilgilendirilmesi gerekir. Görüldüğü üzere, diğer bazı sözleşmelerden farklı olarak bir gün belirlenmemiş veya makul süre önce denmemiştir. Türk hukukundaki düzenleme de bu yöndedir. Yönetmelik m. 5(1) de “*sözleşmenin kurulmasından ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce*” demektedir.

AB mevzuatındaki, Türk hukukuna da yansıyan bu yaklaşım, bir hukuk politikası tercihinin sonucudur. Bazı sözleşmeler açısından, örneğin kredi

sözleşmeleri açısından ön bilgilendirme, daha ağırlıklı bir önem taşır. Bu bakımdan, ön bilgilendirmenin sözleşmenin kurulmasından örneğin bir hafta önce yapılması gerektiği düzenlenir. Böylece amaçlanan, tüketicinin bilgilere bir hafta süresince sahip olması ve gerçekten düşünerek karar vermesidir. Diğer bazı sözleşmeler (ve bu arada mesafeli sözleşmeler ile iş yeri dışında kurulan sözleşmeler) açısından ise durum bu kadar vahim değildir. Sözleşmenin kurulmasından hemen önce bilgilerin verilmesi suretiyle tüketiciye bunları okuma şansının tanınmış olması yeterlidir.⁴⁰ Tüketicinin dilerse, ön bilgileri okuyup, sözleşme kurmaktan vazgeçme ya da bu kararı erteleme imkânı zaten vardır.

Sözleşmenin internet yoluyla, sesli iletişim yoluyla ya da siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı bir alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla kurulması halinde, ön bilgilendirmeye dahil bazı bilgilerin, ödeme yükümlülüğü altına sokan siparişin verilmesinden önce ayrıca ve açıkça verilmesi gerekmektedir (Yönerge m. 8(2), (4); Yönetmelik m. 6(2), (3), (4), (5)).

IV. ÖN BİLGİLENDİRMENİN ŞEKLİ VE İSPAT YÜKÜ

Ön bilgilendirme yükümlülüğünün şekline ilişkin olarak Yönerge m. 8 uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, tacirin, sade ve anlaşılabilir bir dille, tüketiciye ön bilgilendirmede yer alan bilgileri vermesi veya bu bilgileri kullanılan uzaktan iletişim aracıyla uyumlu olacak şekilde tüketici için ulaşılabilir kılması gerekmektedir. Zaten Yönerge m. 6(1)'in ifadesi de, bu bilgilerin tüketiciye “sağlanması” yönündedir. Dolayısıyla bilginin tüketici açısından ulaşılabilir olması yeterli görülmüştür.⁴¹ Bir diğer deyişle, bilgile-

⁴⁰ Aksi yönde, ÇABRİ, 2016a, s. 755. Yazar, tüketicinin bu bilgileri okumadan onayladığı ve bu nedenle bilgilendirmenin amacına ulaşmadığını ifade etmektedir. Gerçekten de bu durumla sıklıkla karşılaşılır. Bununla birlikte, bilgilerin tüketiciye sunulması yeterlidir. Tüketiciyi bunu okumaya zorlayacak bir mekanizma olmadığı gibi, tüketicinin bunu okumamış olması (ve pek çok halde okumayacak olması) karşısında tacire yüklenebilecek bir kusur da yoktur. Ayrıca, bu bilgilerin daha önce verilmesi de tüketiciyi bilgileri okumak yönünde güdülemeyecektir. Çabri ile aynı yönde, TERZİ, Sibel, “Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Sonuçları”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 12, Sayı 129, Mayıs 2017, s. 134; DEMİR, s. 41.

⁴¹ Eski Yönerge açısından da aynı yönde, ATAMER, 2005, s. 179; ENGİN Baki İlkey, “Uzaktan Pazarlama Yoluyla Kurulan Sözleşmeler”, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyum – Acquis Communautaire’nin Alınması – Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, Ünal Tekinalp (ed.), İstanbul 2001, s. 471; İNAL Emrehan, E-Ticaret Hukukundaki Geliş-

rin yazılı olarak ya da kalıcı veri saklayıcısı ile verilmesi zorunluluğu yoktur. Eğer bu bilgiler kalıcı veri saklayıcısı ile sağlanıyorsa, açık ve okunaklı olmalıdır. Sözleşme kurulduktan sonra bu bilgiler, sözleşmenin teyidi sayesinde, tüketiciye kalıcı veri saklayıcısı ile zaten sunulacaktır. Sözleşmenin teyidi konusu aşağıda ayrıca ele alınmaktadır.

Türk hukukunda ise Yönetmelik m. 6(1) gereği, bu bilgilendirmenin kullanılan uzaktan iletişim aracıyla uyumlu olacak şekilde, en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde tacir tarafından yazılı olarak ya da kalıcı veri saklayıcısı ile yapılması gerekir. AB mevzuatından farklı olan bu hüküm, bilgilendirme yükümlülüğünün mantığına aykırıdır. Zira kaynak düzenlemenin amacı, yukarıda da ifade edildiği üzere, sözleşmenin kurulmasından önce bu bilgilerin tüketiciye sunulmasını, tüketici açısından ulaşılabilir olmasını yeterli görmektedir.⁴² Ancak bu aşamadan sonra, tıpkı AB mevzuatında olduğu gibi, bu bilgilerin bir kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye iletilmesi gerekliliği doğacaktır. Bu da sözleşmenin teyidi ile zaten sağlanmaktadır. Bununla birlikte, düzenlemenin açık lafzı karşısında AB mevzuatına uyumlu bir yorum yapmak mümkün görünmemektedir. Sonuç olarak Türk hukuku açısından bilgilerin, sözleşmenin kurulmasından önce yazılı olarak ya da kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye sunulması gerekmektedir.

Yönerge m. 6(9) gereği, bu maddede yer alan yükümlülüklerin yerine getirildiğini ispat külfeti tacire yüklenmiştir. Bu kural adeta ön bilgilendirme yükümlülüğünün düzgün şekliyle yerine getirilmemesinin bir yaptırımı gibidir. Zira bunu ispat edemeyen tacire karşı, ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden doğan yaptırımlar, örneğin cayma hakkının süresinin uzaması yaptırımı uygulanacaktır. Türk hukukunda da, Yönetmelik m. 5(6) gereği, ön bilgilendirme yapıldığını ispat tacire yüklenmiştir. Cayma hakkına ilişkin olarak da, bu ispat külfeti, Yönetmelik m. 10'da tekrar edilmiştir. Tacire yüklenen bu külfeti kolaylaştırmak amacıyla doktrinde, ön bilgilendirmenin yapıldığının tüketici tarafından teyit edilmesinin sağlanması önerilmektedir.⁴³

meler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005, s. 81.

⁴² Eski TKHK bakımından da bu kural eleştirilmekteydi. Bkz. ATAMER, 2005, s. 179; ENGİN, s. 471; İNAL, s. 81.

⁴³ MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312d, N. 20.

V. ÖN BİLGİLENDİRMENİN BAĞLAYICILIĞI

Yönerge m. 6(5) ve Yönetmelik m. 5(2) gereği, birinci fıkra kapsamında verilen bilgiler, sözleşmenin zorunlu içeriği haline geleceklerdir. Ancak ön bilgilendirmenin yapılması, bir sözleşme kurma zorunluluğu doğduğu veya bunun bir öneri olduğu anlamına gelmez.⁴⁴ Düzenlemenin amacı bu değildir. Ön bilgilendirme, tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce, sözleşmenin esaslı unsurları hakkında düşünebilmesi ve kendisi için doğru kararı vermesi için yapılır. Ön bilgilendirmede yer alan bilgilerin sözleşmenin zorunlu içeriği haline gelmesi ise, tüketicinin ön bilgilendirmede yer alan elverişli koşullarla “kandırılıp”, sözleşme kurmasını sağlamayı engellemektir. Görüldüğü üzere, bu korumanın amacı, sözleşme kurma mecburiyeti yaratmak değildir. Tüketici, sözleşme kurma mecburiyeti bağlamında zaten korunmaktadır.⁴⁵ Bu nedenlerle, ön bilgilendirme yapılması, olsa olsa bir öneriye davet olarak nitelendirilebilir.⁴⁶

Sözleşme kurulmakla ön bilgilendirmede verilen bilgiler sözleşme hükümleri haline geldiği için, tacir bu bilgilerle bağlıdır. Bir diğer deyişle, Yönetmelik m. 5(2)’de de açıkça ifade edildiği üzere, bu bilgilerde tacir tek başına bir değişiklik yapamaz. Bir değişiklik yapılabilmesi için, sözleşmede açıkça kararlaştırılması gerekir.⁴⁷ Bu düzenleme aynı zamanda bir zorunlu değişiklik halinin de tüketiciye derhal bildirilmesini sağlar.⁴⁸ Örneğin tacirin iletişim adresi değişmiş ise, bu derhal tüketiciye bildirilmelidir. Aksi takdirde bu iletişim adresine yapılacak ihtarlar geçerliliğini koruyacaktır.⁴⁹ Bundan başka, ön bilgilendirme formunda yer alan bilgilerle, tüketiciye iletilen genel işlem koşulları arasında bir çelişki olması ihtimalinde, kural olarak

⁴⁴ Öneri olduğu yönünde, ÇABRİ Sezer, “Madde 49 – Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler,” Milli Şerh, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner (ed.), Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, s. 806.

⁴⁵ Bu konuda bkz. BAŞ SÜZEL Ece, Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 167-168, Temmuz- Ağustos 2018, s. 9 vd.

⁴⁶ Konut finansmanına ilişkin olarak, aynı yönde, REİSOĞLU Seza, “Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, Bankacılar Dergisi, Yıl 2007, Sayı 61, s. 82.

⁴⁷ MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312d, N. 7; BECKOK BGB/MARTENS, BGB § 312d, N. 9-10.

⁴⁸ BECKOK BGB/MARTENS, BGB § 312d, N. 10.

⁴⁹ MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312d, N. 8.

ön bilgilendirme formunda yer alan bilgiler geçerli olacaktır.⁵⁰ Bununla birlikte, genel işlem koşullarında yer alan bilgiler, tüketicinin daha lehine ise, lehe olan kuralın uygulanması daha uygun görünmektedir.⁵¹

VI. ÖN BİLGİLERİN TEYİDİ

Ön bilgilendirmenin yapıldığını ispat külfeti, tacir üzerinde olduğundan, ön bilgilendirmenin yapıldığının teyit edilmesi, doktrinde, tacirin ispat külfetini kolaylaştırmak amacıyla bir öneri olarak getirilmektedir.⁵² Yoksa AB mevzuatında, ön bilgilendirmeye ilişkin tüketiciden bir teyit alınmasına gerek yoktur. Bu bilgilerin, yukarıda da ifade edildiği üzere tüketiciye sağlanması/sunulması yeterlidir. Sadece sesli iletişim yolu ile kurulan mesafeli sözleşmeler açısından, Yönerge m. 8(6) ile üye ülkelere bir serbesti tanınmış görünmektedir. Hükme göre, üye ülkeler, tüketicinin bu sözleşme ile bağlı olması için yazılı onayının alınmasının gerekip gerekmediği konusunda düzenleme yapabilir.

Bununla birlikte Türk hukuku açısından bu teyit, doktrinde ifade edildiği üzere bir önerinin çok ötesine geçmiş ve sadece sesli iletişim yolu ile kurulan sözleşmelerle sınırlı tutulmamıştır. Yönetmelik m. 7 gereği, tacir, tüketicinin ön bilgileri edindiğini kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit etmesini sağlamak zorundadır. Bu teyit, ödeme onayından önce, ön bilgilerin sunulduğunun, örneğin internet üzerinden kurulan bir sözleşmede, bir kutucuğun işaretlenmesi suretiyle teyit edilmesi ya da telefonda bilgilerin sunulmasından sonra tüketicinin bilgileri dinledim, anladım demesi suretiyle gerçekleşebilir.⁵³ Ancak bu kural, uygulamayı ciddi şekilde sekteye uğratacak, aşırıya kaçan bir kuraldır.⁵⁴ Mehaz AB düzenlemesinde

⁵⁰ MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312d, N. 11.

⁵¹ MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312d, N. 11.

⁵² MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312d, N. 20.

⁵³ Aynı yönde, YILMAZ Oğuz Gökhan, “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler”, TAAD, Yıl 4, Sayı 14, Temmuz 2013, s. 1026; UZUN KAZMACI Özge, “İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt III, Yıl 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 2805; BOZBEL Savaş, “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler”, Atatürk Üniversitesi Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 3-4, Aralık 2003, s. 798; ÇABRİ, 2016a, s. 758.

⁵⁴ Bu konuda bkz. ATAMER, 2005, s. 182; KARAKOCALI Ahmet/ KURŞUN Ali Suphi, Tüketici Hukuku, Aristo Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 160; ÖZEL, s. 238.

de, üye ülkelere sadece sesli iletişim yolu ile kurulan sözleşmeler açısından bu tür bir külfetin yüklenmesine ilişkin yalnızca bir serbesti tanınması da bunu kanıtlar. Buna ek olarak, kural aslen tüketiciyi değil, bilgilendirme yapıldığına ilişkin ispat yükü üzerinde olan taciri korur. Tüketici o kutucuğu tıklayarak, tacirin üzerindeki ağır ispat yükünü ortadan kaldırmış olacaktır. Dolayısıyla düzenleme, tüketicinin gerçek anlamda bilgilendirilmesine katkı sağlamaz.

Kural, bununla da kalmamaktadır. Bu teyit gelmezse, düzenlemenin lafzına göre “sözleşme kurulmamış sayılacaktır”. Hükmün amacı bilgilendirmenin yapılmasını zorlamak gibi görünse de, bu bilgilendirmenin yapılmamasının zaten başkaca yaptırımları vardır ve aşağıda açıklanacak bu yaptırımlar yeterlidir. Bunlara ek olarak, bilgilendirme yapılmış olmasına rağmen, sadece teyit alınmadı diye, sözleşmenin kurulmamış sayılması gibi ağır bir yaptırım, hem amacını aşan hem de tüketici aleyhine bir durum yaratabilecek yaptırım olacaktır.⁵⁵ Ayrıca bu kuralın nasıl uygulanacağı da anlaşılamamaktadır. Bu yazılı teyit, bir kurucu unsurdur ve bu nedenle teyidin olmaması sözleşmenin yokluğuna mı sebep olacaktır; yoksa bir geçerlik şartıdır ve sözleşme kesin hükümsüz mü olacaktır?⁵⁶ Bu aşırıya kaçan ve ne olduğu belirsiz görünen yaptırımın eski TKHK zamanında da var olduğunu hatırlatılmalıdır. Ne yazık ki yeni kanun yapılırken doktrinde var olan eleştiriler göz ardı edilmiştir.⁵⁷ Önemle belirtmek gerekir ki, böyle bir kural mehz AB mevzuatında da yer almamaktadır. Sonuç olarak teyit alınmaması

⁵⁵ ATAMER, 2005, s. 182; UZUN KAZMACI, s. 2805; KARAKOCALI/KURŞUN, s. 160; YILDIRIM, s. 194.

⁵⁶ Yaptırımın yokluk olacağı yönünde, ZEVLİLER/ÖZEL, s. 332; ÇABRİ, 2016a, s. 758. Bununla birlikte, bu görüş sözleşmenin ayakta kalmasını isteyen tüketici açısından, onu koruyucu, yani amaca uygun bir sonuç doğurmaz. Tacir, örneğin mal stokta yoksa, teyit almadığı “bahanesiyle” sözleşmenin yok hükmünde olduğunu ileri sürebilecektir. Bu sonucun tüketicinin korunması ile bağdaşmadığı da açıktır. Aynı yazar, sayfa 759’da ise bilgilendirme yapılmamasının sonucunun, sadece tüketicinin ileri sürebileceği kesin hükümsüzlük yaptırımı olarak ifade etmektedir. Bu durumun da kendi içinde bir çelişki yarattığını vurgulamak gerekir. Bilgilendirmenin hiç yapılmaması, sadece tüketicinin ileri sürebileceği, sınırlı esnek hükümsüzlük olarak adlandırılan yaptırımdan; bilgilendirmenin yapıp teyidin alınmaması olmasının yaptırımı daha ağır, yani yokluk, olamaz. Teyidin bir kurucu unsur olamayacağı ve dolayısıyla yokluk yaptırımından söz edilemeyeceği yönünde, TERZİ, s. 137. Doktrinde bir diğer görüş ise teyit alınmasının bir geçerlik şartı olduğunu, yani kesin hükümsüzlük yaptırımının söz konusu olacağını ifade etmektedir. TOPALOĞLU, s. 774; TERZİ, s. 137.

⁵⁷ ATAMER, 2005, s. 182-183; İNAL, s. 180; KOCAYUSUFAŞAOĞLU, § 22a, N. 9.

halinde, bunun sözleşmenin geçerliğine bir etki etmemesi, kanaatimce en yerinde çözüm olacaktır.⁵⁸

VII. YAPTIRIM

1. Genel Olarak

Bilgilendirme yükümlülüğüne uyulmamasının yaptırımı, genel bir yaptırım olarak düzenlenmiş değildir. Aşağıda özel olarak işin niteliğine uygun yaptırımlar ele alınacaktır. Buna geçmeden önce, önemle belirtmek gerekir ki, bilgilendirmenin eksik yapılması, yanlış yapılması ya da zamanında yapılmaması bilgilendirmeyi hiç yapmamakla aynı sonucu doğurur. ⁵⁹ Örneğin Alman Mahkemesine konu olan bir olayda, tacir, sözleşme kurulduktan sonra cayma hakkının olmadığına ilişkin bilgiyi, malı gönderirken tüketiciye göndermiştir. Bu durumda Mahkeme, bilgilendirmenin zamanında yapılmadığı gerekçesiyle, tüketicinin cayma hakkını on dört günlük süreden sonra da kullanabileceğine hükmetmiştir.⁶⁰

Doktrinde bir görüş, bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığın, sözleşmenin kurulmaması yaptırımına tabi olacağını ifade etmektedir.⁶¹ Bu görüş, TKHK m. 48(2)'ye dayandırılmaktadır. Oysa anılan fıkra bir yaptırımdan söz etmemektedir. Buna ek olarak, ön bilgilendirmeye aykırılığa, sözleşmenin kurulmaması yaptırımının bağlanması, tüketiciyi çoğu durumda daha zor bir duruma düşürebilecek ve tacir açısından bir çıkış kapısı yaratabilecektir. Bu bakımdan ön bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımı olarak sözleşmenin kurulmamış sayılması kabul edilemez.

2. Ek Masraflar ve İade Masraflarına İlişkin Olarak Bilgilendirme Yapılmamış Olması

Öncelikle, Yönerge m. 6(6) gereği, sözleşmedeki ek masrafların ve cayma hakkı kullanıldığında iade masrafının tüketiciye ait olduğunun ön bilgilendirmede yer almaması halinde, bu masraflar tüketiciden talep edilemeye-

⁵⁸ Aynı yönde, KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, § 22a, N. 9-10; KARAKOCALI/KURŞUN, s. 160-161; ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 332. Bu konuda bkz. ATAMER, 2005, s. 182 vd.

⁵⁹ MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312g, N. 12; BECKOK BGB/MARTENS, BGB § 312g, N. 13.

⁶⁰ AG Köln, 13.01.2014, Az.: 142 C 201/13, VuR 2014, Heft 7, s. 274.

⁶¹ TERZİ, s. 137.

cektir.⁶² Bu kural sayesinde, masrafların kime ait olacağı tartışması ortadan kalkacaktır.⁶³ Türk hukukunda ise, Yönetmelik m. 5(3) gereği, bu sonucu sadece ek masraflar açısından kabul etmek mümkün görünmektedir.⁶⁴

Cayma hakkına ilişkin iade masrafları ise zaten Türk hukukunda tacire yüklendiğinden; tüketicinin bu konuda bilgilendirilmemesi gereği olmadığı gibi, aksi yönde davranışın bir yaptırımı da olmayacaktır. Ancak yine de bu meseleye ilişkin bir başka düzenleme yapılmıştır. Yönetmelik m. 12(3)'e göre, cayma sonucu iadenin yapılacağı taşıyıcı ön bilgilendirmede tacir tarafından gösterilmemiş ise, bu masrafa yine tacirin katlanacağı ayrıca belirtilmiştir.

3. Cayma Hakkına İlişkin Bilgilendirme Yapılmamış Olması

Ön bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığın bir diğer yaptırımı ise cayma hakkına ilişkindir. Yönerge m. 10 gereği, cayma hakkının varlığına ilişkin, Yönerge m. 6(1) (h) bendinde yer alan bilgilendirmenin yapılmasının yaptırımı, cayma hakkının süresinin uzaması olarak düzenlenmiştir. Burada vurgu yapılması gereken mesele, sadece (h) bendine, yani sadece cayma hakkının varlığına, koşullarına, süresine ve usulüne ilişkin bilgilendirme eksikliğinin süre uzamasına neden olmasıdır. Örneğin, cayma hakkının var olmadığı durumlara ilişkin olarak tüketicinin bilgilendirilmemesi, süreyi uzatmayacaktır. Şüphesiz bu durumda, bir başka yaptırım söz konusu olacaktır; artık tüketicinin cayma hakkını kullanabileceğini kabul etmek gerekir.⁶⁵ Sürenin uzaması yaptırımı Türk hukukunda da, Yönetmelik m. 10'da yer almaktadır. Buna göre cayma hakkı bir yıl artı on dört gün içinde kullanılabilir⁶⁶. Türk hukukunda cayma hakkının süresinin uzaması

⁶² Aynı yönde, Alman hukukunda, MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312d, N. 14; TAMM, s. 16.

⁶³ MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312e, N. 2.

⁶⁴ Bu yönde, TERZİ, s. 138.

⁶⁵ MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312g, N. 12.

⁶⁶ Daha önceki Yönerge'de bu tür bir üst süre yoktu. Nitekim Türk hukuku açısından da yoktu. Ancak bu durum üye ülkeler açısından farklı uygulamalara yol açmaktaydı. Bu nedenle, tam uyumlaştırmayı sağlayabilmek için bir üst süre getirilmiştir. 2011/83 sayılı Yönerge, Mülahazalar, N. 43. Bu düzenlemenin yerinde olduğu yönünde, HOHLWEGGER/EHMANN, s. 213; SCHWAB/GIESEMANN, s. 255; MÜNCHKOMM/FRITSCHKE, BGB § 355, N. 46. Bu düzenlemeye temel teşkil eden karar için bkz. Avrupa Birliği Mahkemesi Heininger Case C-481/99, NJW 2002, Heft 4, s. 281 vd. Her ne kadar karar iş yeri dışında kurulan sözleşme-

yaptırımı, sadece Yönerge m. 10'da olduğu üzere, cayma hakkının varlığı, koşulları, süresi ve usulü ile sınırlı tutulmamış görünmektedir. Zira Yönetmelik m. 10'un lafzı "cayma hakkı konusunda" demek suretiyle, Yönerge m. 10'a göre daha kapsayıcıdır. Bu bakımdan cayma hakkının tanınmadığı hallere ilişkin bilgilendirme yapılmamasının yaptırımı hem cayma hakkının tanınması hem de sürenin uzaması olacaktır. Bununla birlikte, borca aykırı davranış, örneğin ayıplı ifa, cayma hakkına ilişkin süreyi uzatmayıp, yalnızca sözleşmeye aykırılık teşkil eder⁶⁷.

Cayma hakkı süresinin uzamasının en önemli sonucu, tüketicinin, bir yıl artı on dört gün içinde cayma hakkını kullanabilmesinin yanında, bu sürede malı kullanmasının veya işin görülmesinin cayma hakkına hanel getirmeyecek olmasıdır.⁶⁸ Bir diğer deyişle, uzayan süre içinde mal olağan gözden geçirmenin⁶⁹ dışında, gerçek anlamda kullanılabilir olacaktır. Aynı prensip iş görme sözleşmeleri açısından da geçerlidir. Alman Mahkemesi önüne gelen bir olayda, tüketici, internet üzerinden bir emlakçı ile sözleşme kurmuştur.⁷⁰ Bu sözleşmede, emlakçı taşınmazı göstermek ve gerekli işlemleri yapmak; tüketici ise taşınmazın değerine oranlı bir bedel ödemek borcu altındadır. Emlakçının internet sitesi aracılığı ile (mesafeli yolla) kurulan bu sözleşmede, cayma hakkına ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirilmemiştir. İşlemlerin tamamlanmasından sonra tüketici cayma beyanını ileri sürmüş ve bedeli ödemekten kaçınmıştır. Mahkeme, bu beyanın geçerli olduğunu, zira

lere ilişkin olsa da, iş yeri dışında kurulan ve mesafeli kurulan sözleşmeler, AB mevzuatında tek bir Yönerge ile düzenlendiğinden, bu karar, mesafeli sözleşmelerde yer alan düzenleme için de temel teşkil etmektedir.

⁶⁷ Y. 13. HD, E. 2015/18002, K. 2017/2910, 7.3.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 8.8.2018).

⁶⁸ STEENNOT, Reinhard, "The Right Of Withdrawal Under The Consumer Rights Directive As A Tool To Protect Consumers Concluding A Distance Contract", Computer Law&Security Review, Sayı 29, Yıl 2013, s. 111; YÜCEDAĞ GÖZTEPE Nafiye, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı", TAAD, Yıl 7, Sayı 27, Temmuz 2016, s. 680.

⁶⁹ Cayma hakkına ilişkin bilgilendirmenin yapıldığı kurguda ise, tüketici malı sadece mağaza içinde nasıl inceleyebilirdi ise, ancak o çerçevede gözden geçirebilir. Bu bakımdan, ayakta-bıyı evin içinde deneyebilir ama dışarı çıkamaz; tencereyi inceleyebilir ama içinde yemek pişiremez. Zira mesafeli satımlar, tecrübe ve muayene şartıyla satım değildir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. BAŞ SÜZEL Ece, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 169-170.

⁷⁰ BGH, 7.7.2016 – I ZR 30/15 (OLG Schleswig), NZM 2017, Heft 4, s. 127 vd.

bilgilendirmenin yerine getirilmemesi nedeniyle sürenin bir yıl artı on dört gün uzadığını kabul etmiştir.⁷¹

Cayma hakkına ilişkin bilgilendirme yapılmaması halinde, tüketici bu hakkı uzun bir süre içinde ve malı gerçek anlamda kullansa bile ileri sürebilecek ve daha önemlisi, bu kullanımın sonucunda tüketiciden bir değer kaybı ya da kullanım karşılığı bedeli talep edilemeyecektir (Yönerge m. 14(2)). Bu bağlamda, cayma hakkı süresinin uzamasının ne denli ciddi bir yaptırım olduğu, hatta bir özel hukuk cezası niteliği taşıdığı da ortaya çıkmaktadır. Bahsi geçen Alman Mahkemesi de aynı yönde karar vermiş ve komisyon ücretinin tüketici tarafından ödenmeden cayma hakkının kullanılmasına izin vermiştir. Her ne kadar Türk hukukunda bu konuda açık bir düzenleme olmasa da, kuralların bütününe değerlendirilmesinden ortaya çıkan sonuç AB hukuku ile aynı yöndedir.⁷² Zira aksi yorumun kabulünde, cayma hakkının süresinin uzamasının da esas olarak anlam ve önemi ciddi şekilde azalacaktır. Şöyle ki, süresi uzamış olsa bile, örneğin 5. ayda cayma hakkını kullanmak isteyen tüketiciden, bir kullanım karşılığı talep edileceği kabul edilirse; tüketici çoğu kez bu hakkı kullanmaktan imtina edecektir; bu da cayma hakkının aslında özüne etki eden ve onun etkin şekilde kullanılmasına engel olan bir durum yaratacaktır. Cayma hakkının, mesafeli sözleşmelerde en önemli koruma mekanizmalarından biri olduğu göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir sonuç, hakkın var oluş mantığı ile çeliştiğinden kabul edilemez.

4. Siparişin Ödeme Yükümlülüğü Doğurduğuna İlişkin Bilgilendirme Yapılmamış Olması

Bir diğer yaptırım ise, tüketicinin, siparişi onaylamadan önce verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda bilgilendirilmemiş olması hali için düzenlenmiştir. Yönetmelik m. 8(1) son cümle gereği, böyle bir durumda “tüketici siparişi ile bağlı değildir.” Aslında burada kastedilen, sadece tüketici tarafından ileri sürülebilen, sınırlı esnek hükümsüzlük yaptırımıdır. Tüketici, ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda bilgilendirilmemişse, tacir, tüketicuyu bu sözleşmeyle bağlı tutmaya zorlayamayacak ancak tüketici dilerse ödeme yükü altına girerek ifayı tacirden talep edebilecektir.

⁷¹ Benzer şekilde, bir avukat ile mesafeli yolla kurulan sözleşmede de cayma hakkının kullanılabilceği yönünde, HÄRTING, s. 2937 vd.

⁷² YÜCEDAĞ GÖZTEPE, s. 680.

5. İdari Para Cezası

Türk hukukunda, yukarıda anılanlardan başka olarak idari para cezası yaptırımını da söz konusudur. TKHK m. 77(1) gereği TKHK m. 48'e aykırılık halinde, her bir işlem veya sözleşme için, 2018 yılı itibarıyla, 274 Türk Lirası idari para cezası uygulanacaktır.⁷³ Bundan başka, tüketicinin doğru bilgilendirilmemiş olması, haksız ticari uygulama teşkil edebilir.⁷⁴ Zira Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği⁷⁵ m. 29, yanlış bilgi sunulmasını aldatıcı eylem olarak kabul etmektedir. Bunun sonucunda TKHK m. 77(13) gereği, haksız ticari uygulamanın üç aya kadar tedbiren durdurulması veya durdurulması yaptırımını veya 6.907 Türk Lirası idari para cezası uygulanır.⁷⁶ Bu cezalar, ihlalin niteliğine göre birlikte veya ayrı ayrı verilebilir. İdari para cezası, aykırılık ülke genelinde gerçekleşmiş ise 69.086 Türk Lirası olarak uygulanır.

6. Ön Bilgilendirmenin Teyit Edilmesi

Son olarak, Yönetmelik m. 7 gereği, tacire yapılan ön bilgilendirmeyi, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit etme yükümlülüğü getirilmiştir. Bunun yaptırımını da, aynı maddede belirtilmektedir. Hükme göre, teyidin yapılmaması halinde, “sözleşme kurulmamış sayılacaktır”. Ancak bir üst başlıkta da açıklandığı üzere, bilgilendirme yapılmamasının yaptırımını dahi sözleşmenin kurulmamış sayılması değilken; bilgilendirme yapılmasına rağmen teyit alınmamasının yaptırımını sözleşmenin kurulmamış sayılması olamaz.

⁷³ 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 77. Maddesine Göre 2018 Yılında Uygulanacak Olan İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ, RG 31.12.2017, Sy. 30287.

⁷⁴ Aynı yönde, MÜNCHKOMM/WENDEHORST, BGB § 312d, N. 16; TERZİ, s. 138.

⁷⁵ RG 10.01.2015, sy. 29232.

⁷⁶ 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 77. Maddesine Göre 2018 Yılında Uygulanacak Olan İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ, RG 31.12.2017, Sy. 30287.

SONUÇ

Mesafeli sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüğü, tüketiciyi koruyan en önemli mekanizmalardan biridir. Bu koruma mekanizması, sözleşmenin kurulmasından önce devreye girer ve tüketicinin düzgün bir irade oluşturarak sözleşme kurmasını sağlamayı hedef tutar. Ön bilgilendirme formunda yer alması gereken bilgiler, Yönetmelik ile açıkça düzenlenmiştir. Bunlara bir aykırılık olması halinde ne gibi yaptırımların gündeme gelebileceği, genel bir kural ile yasal olarak düzenlenmiş değildir. Bu nedenle eksikliğin ne olduğu, uygulanacak yaptırım açısından önem kazanacaktır. Bu bakımdan, ön bilgilendirme formunda eksiklik olması, mesafeli sözleşmeyi geçersiz kılar demek suretiyle, genel geçer bir yorum yapılması, tüketicinin de çoğu zaman menfaatine olmayacaktır.

Ön bilgilendirme formu, yukarıda ifade edildiği üzere, tüketici ile tacir arasındaki bilgi asimetrisini, mümkün olduğu kadarıyla, ortadan kaldırma amacıyla yapılır. Yoksa ön bilgilendirme formu, bir öneri sayılmaz; hükmün amacı sözleşme kurma mecburiyeti getirilmesi değildir.

Cayma hakkına ilişkin bilgilendirme, en önemli meselelerden birini teşkil eder. Cayma hakkının ön bilgilendirme formunda yer almaması, tüketicinin bu hakkını kullanmasına engel olmaz. Hatta ön bilgilendirme formunda yer almayan cayma hakkı, on dört günlük süreye ek olarak bir yıl içinde kullanılabilir. Daha önemlisi, bu süre içinde tüketici malı serbestçe kullanabilir; ve fakat karşılığında bir kullanım karşılığı veya değer azalması bedeli ödemek zorunda değildir. Bu bakımdan, özellikle cayma hakkına ilişkin ön bilgilendirmenin yapılmamasının yaptırımı, tacir açısından, adeta bir özel hukuk cezası niteliği taşıyan ağır bir yaptırımdır.

KAYNAKÇA

- ASLAN Yılmaz, **Bankacılar İçin Tüketici Hukuku**, Bankalar Arası Kart Merkezi, İstanbul 2016.
- ASLAN Yılmaz, **Tüketici Hukuku**, 5. Baskı, Ekin, Bursa 2015.
- ATAMER Yeşim M., “Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını”, **Tüketicinin Korunması Semineri**, Editör: Ebru Ceylan, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007.
- ATAMER Yeşim M., “TKHK m. 9/A ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in AB Mevzuatı Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt XXIII, Sayı 1, 2005, s. 177-199.
- AYDOĞDU Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- BAYRAM Aziz E., “Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması”, **TBB Dergisi**, 2015, S. 119, s. 331 vd. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-119-1498>, (Erişim Tarihi: 27.08.2018).
- BAMBERGER Heinz Georg /Herbert ROTH (ed.), **Beck’scher Online Kommentar BGB**, 42. Edition, München 2017, BeckOnline (BeckOK BGB/İşleyen).
- BAŞ SÜZEL Ece, Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 13, Sayı 167-168, Temmuz- Ağustos 2018, s. 9 vd.
- BAŞ SÜZEL Ece, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 14, Sayı 169-170.
- BEN-SHARAR Omri/POSNER Eric A., “The right to withdraw in contract law”, **The Journal of Legal Studies**, Vol. 40, No.1, January 2011, s. 115-148 http://home.uchicago.edu/omri/pdf/articles/Right_To_Withdraw.pdf (Erişim Tarihi: 27.08.2018).
- BOZBEL Savaş, “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VII, Sayı 3-4, Aralık 2003.
- BOZBEL Savaş/ ATALI Murat, “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IX, Sayı 1-2, 2005.
- ÇABRİ Sezer, **6502 sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

ÇABRİ Sezer, “Madde 49 – Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler”, **Milli Şerh, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner (ed.), Aristo Yayınevi, İstanbul 2016.

DEMİR Mehmet, **Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması**, Ankara 2004

DG JUSTICE GUIDANCE DOCUMENT concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EEC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, June 2014 (DG Justice, June 2014) (Resmi Kılavuz)

DILGER Petra, **Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet**, Beck, München 2002.

DÖNMEZ Zeynep, “2011/83/Eu Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku’na Yansımaları”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1, Yıl 2016, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/208391> 27.7.2017.

ENGİN Baki İlkey, “Uzaktan Pazarlama Yoluyla Kurulan Sözleşmeler”, **Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu – Acquis Communautaire’nin Alınması – Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler**, Ünal Tekinalp (ed.), İstanbul 2001, s. 451 vd.

ERTEN Alev, **Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler (Avrupa Topluluğu Mesafeli Sözleşmeler Direktifi ile Karşılaştırmalı Olarak)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2009.

GEZDER Ümit, **Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler**, İstanbul 2006.

GEZDER Ümit, “Mesafeli Sözleşmeler”, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı**, Editör M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2015.

GEZDER Ümit, “Mesafeli Sözleşmelerde Bilgi Verme Yükümlülüğü”, **2. Tüketici Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2013.

GRUNDMANN Stefan, “EC Financial Services – Developments 2002-2005”, **European Review of Contrac Law**, 4/2005, s. 482-494.

HÄRTING, Niko, “Anwaltsverträge im Fernabsatz”, **Neuen Juristischen Wochenschrift** 2016, Heft 40, s. 2937 vd. BeckOnline.

HOHLWEGER Claas/EHMANN Timo, “Umsetzung der Verbraucherrechtlicher Linie – Teil 2: Das neue Widerrufsrecht”, **Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht**, Heft 10, 2014, s. 211 vd. BeckOnline.

KARA KILIÇARSLAN Seda, “Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 5(2), 2015, s. 183-222.

KARAKOCALI Ahmet/ KURŞUN Ali Suphi, **Tüketici Hukuku**, Aristo Yayıncılık, İstanbul 2015.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt**, İstanbul 2014.

KRÜGER Wolfgang (ed.), **Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 2, Schuldrecht-Allgemeiner Teil, 7. Bası, Beck 2016 (MünchKomm/İşleyen).

LUZAK Joasia, “To Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers”, **Journal of Consumer Policy**, March 2014, Vol.37, Issue 1, s. 91-111.

ÖZEL Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

ÖZKAN Ömer/KARAYAZGAN Ahmet, “Sigortacılık Sektöründe Mesafeli Satış: Elektronik Ticaretin Hukuki Alt Yapısı”, **Eurasian Academy of Sciences Social Sciences Journal**, 2006, Volume 8, s. 33-83, <http://socialsciences.eurasianacademy.org/dergi//sigortacilik-sektorunde-mesafeli-satis-elektronik-ticaretin-hukuki-alt-yapisi201603.pdf>

ÖZSUNAY Murat R., “Mesafeli Sözleşmeler ve E-Ticarete Tüketicinin Korunması”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Eski (4077) ve Yeni (6502) Kanun Karşılaştırmalı**, Hakan Tokbaş/Fehim Üçışık (ed.), Bilge Yayınevi, Ankara 2014.

REICH Norbert/MICKLITZ Hans-W./ROTT Peter /TONNER Klaus, **European Consumer Law**, 2nd Edition, Cambridge 2014.

REİSOĞLU Seza, “Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, **Bankacılar Dergisi**, Yıl 2007, Sayı 61.

SAĞLAM İpek, **Elektronik Sözleşmeler**, Legal, İstanbul 2007.

- SCHWAB Andreas/GIESEMANN Amelie, “Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt”, **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**, Heft 7, 2012, s. 253 vd.
- STEENNOT Reinhard, “The Right Of Withdrawal Under The Consumer Rights Directive As A Tool To Protect Consumers Concluding A Distance Contract”, **Computer Law&Security Review**, Sayı 29, Yıl 2013.
- TAMM WISMAR Marina, “Informationspflichten nach dem Umsetzungsgesetz zur Verbraucherrechterichtlinie”, **Verbraucher und Recht 2014**, Heft 1, s. 9-18.
- TERZİ Sibel, “Mesafeli Sözleşmelerde Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Sonuçları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 12, Sayı 129, Mayıs 2017, s. 132-139.
- TOPALOĞLU Mustafa, “Madde 48 - Mesafeli Sözleşmeler”, **Milli Şerh, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner (ed.), Aristo Yayınevi, İstanbul 2016.
- UZUN KAZMACI Özge, “İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt III, Yıl 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 2791 vd.
- YILDIRIM Abdülkerim, **Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, İstanbul 2009.
- YILMAZ Oğuz Gökhan, “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler”, **TAAD**, Yıl 4, Sayı 14, Temmuz 2013, s. 1011 vd.
- YÜCEDAĞ GÖZTEPE Nafiye, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı”, **TAAD**, Yıl 7, Sayı 27, Temmuz 2016.
- ZEVKLİLER Aydın/ ÖZEL Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Anayasa Mahkemesi'nin Sıra Cetveline İlişkin Bir Kararının Değerlendirilmesi

Arş. Gör. Mehmet Emin ALPASLAN*

Öz: Sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde, icra dairesi yed'inde bulunan paranın nemalandırılmaması mülkiyet hakkını açıkça ihlâl etmektedir. İncelemeye konu kararda ortaya konulan ilkeler çerçevesinde sıra cetvelinin kesinleşmesi süreci ne kadar kısa olsa da icra dairesinde bulunan paranın nemalandırılması gerekmektedir. Nemalandırma ise idareye (icra dairesine) yük yüklemeyecek bir yöntemle yapılmalıdır. Çalışmamızda temel olarak kararda tartışılan asıl mesele olan sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde ihale bedelinin nemalandırılmasını öngören bir yasal düzenleme bulunmayışının ihlâl teşkil edip etmediği ve bu ihlâlin giderimi meselelerine ilişkin inceleme yapılacaktır. Bununla beraber, karar diğer usûlî noktalardan ve esasa ilişkin noktalardan da değerlendirilecektir. İnceleme konusu kararın hâlihazırdaki etkileri ortaya konularak olması gereken etkileri de tespit edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: sıra cetveli, sıra cetvelinin kesinleşmesi, paranın nemalandırılmaması, bireysel başvuru, icra dairesi.

Evaluation of a Constitutional Court Decision About the Collocation Plan

Abstract: The money lying idle in possession of the execution office, during the process of finalizing the collocation plan, manifestly violates the right to property. Pursuant to the principles laid out in the concerned decision, the money in the execution office should be invested, even if the process of finalization of the collocation plan takes

* Makale Geliş Tarihi: 12.11.2018. Makale Kabul Tarihi: 12.12.2018. Bu karar incelemesi hakem denetiminden geçmemiştir.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-0821-9192); ealpaslan@gsu.edu.tr

a short time. The investment should be done in a way that does not burden the administration (execution office). In our study, the main issue discussed in the following decision is whether there is a violation due to a legal loophole with respect to the investment of the tender price in the process of finalization of the collocation plan and if it is possible to abstain from such a violation. Furthermore, the decision will be examined within the perspective of the other procedures and merits. The current effects of the relevant decision will be discussed and the impact that it should have (the ideal effects) will be analysed.

Keywords: collocation plan, finalization of collocation plan, money lying idle, individual application, execution office.

I. GİRİŞ:

İncelememize konu olan karar, alacağın tahsili amacıyla borçlu aleyhine başlatılan icra takibi sırasında borçluya ait taşınmazların satışından elde edilen bedelin, yaklaşık dokuz yıl süren sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde nemalandırılmamış olması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin bireysel başvuruya dairdir¹.

İİK m. 140/I uyarınca “*Satış tutarı bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemiye yetmezse icra dairesi alacaklıların bir sıra cetvelini yapar*”. Buna göre, icra prosedüründe sıra cetvelinin söz konusu olması için hacze iştirâk eden birden fazla alacaklı bulunması ve satış sonunda elde edilen para ile tüm alacaklıların alacağının ödenememesi gerekmektedir².

¹ AYM Birinci Bölüm, 16.02.2017, Başvuru Numarası: 2014/6577.

² KURU Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 732; KURU Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2017, s. 243; KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, *İcra ve İflas Hukuku*, 28. Baskı, Ankara 2014, s. 348; ÜSTÜNDAĞ SaİM, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 296; PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku*, 11. Bası, Ankara 2013, s. 399; PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, İstanbul 2018, s. 227; ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 343; POSTACIOĞLU İlhan E./ALTAY Sümer, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 628; ATALI Murat/ERMENEK İbrahim, *İcra ve İflâs Hukuku (Takip Hukuku I-Takip Hukuku II)*, Ankara 2018, s. 168; YILDIRIM Mehmet Kâmil/DEREN YILDIRIM Nevhis, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 262; DEYNEKLİ Adnan/KISA Sedat, *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli*, 3. Bası, Ankara 2005, s. 110; MUŞUL Timuçin, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. I, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 904; KARSLI Abdurrahim, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 347; MERİÇ Nedim, *Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları*, Ankara 2015, s. 101. BİLGİN Mahmut, *İcra ve İflas Hukukunda Sıra Cetveli*, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 303.

Sıra cetveline muhalefet sebebine göre icra mahkemesinde şikâyet veya genel mahkemede itiraz davası yoluyla karşı konulabilmektedir³. Bu muhalefete ilişkin inceleme sonuçlanıncaya kadar (yani sıra cetveli kesinleşinceye kadar) paraların paylaşılması ertelenmektedir⁴. Ancak sıra cetvelinde hak sahibi görünen her alacaklı, bir bankanın kesin teminat mektubunu dosyaya ibraz ederek payına düşen meblâğı tahsil edebilir (İİK m. 142/a).

II. BAŞVURUYA KONU OLAN OLAYIN ÖZETİ

Başvuruya konu olayın kronolojik gelişimi Anayasa Mahkemesi kararında şu şekilde özetlenmiştir:

- Başvurucu 13/12/2002 tarihinde borçlu A.S. aleyhine Edirne 1. İcra Müdürlüğü'nde icra takibi başlatmıştır.
- Edirne 1. İcra Müdürlüğü'nce borçluya ait iki adet taşınmazın haczine karar verilmiştir.
- Söz konusu taşınmazlara başka kişilere ait alacaklar nedeniyle de haciz uygulanmıştır.
- Her iki taşınmaz da dosyadan anlaşılmayan bir tarihte yapılan ihale sonucu satılmış ve (9) nolu taşınmaz için ise 45.904,12 TL, (20) nolu taşınmaz için 30.000 TL satış bedeli tahsil edilmiştir.
- Tahsil edilen bedelin tüm alacaklıların alacaklarını karşılamaması nedeniyle Kadıköy (Anadolu) 5. İcra Müdürlüğü'nce sıra cetvelleri düzenlenmiştir.

³ KURU, El Kitabı, s. 734 vd.; KURU, İcra Ders Kitabı, s. 244-246; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 349 vd.; ÜSTÜNDAĞ, s. 298 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, İcra, s. 344-346; PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra, s. 399 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra Ders Kitabı, s. 228 vd.; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 631 vd.; ATALI/ERMENEK, s. 171-172; YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 265 vd.; DEYNEKLİ/KISA, s. 113 vd.; MUŞUL, s. 919 vd.; KARSLI, s. 349 vd.; BİLGİN, s. 373 vd. Detaylı bilgi için bkz. MERİÇ, s. 173 vd.

⁴ KURU, El Kitabı, s. 732; KURU, İcra Ders Kitabı, s. 244; ÜSTÜNDAĞ, s. 300; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra, s. 401; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra Ders Kitabı, s. 228; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, İcra, s. 343; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 632; ATALI/ERMENEK, s. 173; MERİÇ, s. 218, s. 260-261.

- Başvurucu tarafından, 5/1/2005 ve 15/7/2005 tarihlerinde Kadıköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesinde her iki taşınmazın satışından tahsil edilen bedele ilişkin olarak sıra cetvellerine itiraz davası açılmıştır. Mahkemece her iki dosya birleştirilerek yargılama tek dosya üzerinden yürütülmüştür.
- Mahkemece 16/11/2009 tarihinde verilen kararla, (9) numaralı taşınmaza ilişkin olarak 15.904,12 TL, (20) numaralı taşınmaza ilişkin olarak 10.000 TL yönünden davanın kabulüne ve bu tutarların, cetvelin en son sırasından başlamak üzere eksiltılarak Edirne 1. İcra Müdürlüğünde bulunan dosyaya davacı alacağı olarak ödenmesine karar verilmiştir.
- İlk derece mahkemesinin kararının temyizi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 16/3/2011 tarihli kararıyla, davalılardan K. A. S. Anonim Ş.'ye, (20) numaralı bağımsız bölümün bedeline ilişkin olarak düzenlenen sıra cetvelinde; M. T.'ye ise her iki sıra cetvelinde de pay ayrılmamış olması nedeniyle bu davalılar aleyhine dava açılmasında hukukî yarar bulunup bulunmadığının değerlendirilmediği gerekçeyle kararın buna ilişkin hüküm fıkrası bozulmuş; diğer hüküm fıkraları ise onanmıştır.
- Mahkemece yeniden yapılan yargılama sonucu 18/12/2012 tarihinde verilen kararla dairenin bozma kararına uygun bir şekilde davalılardan M. T.'ye ilişkin olarak her iki cetvel yönünden, K. A. S. Anonim Ş.'ye ilişkin olarak ise (20) numaralı bağımsız bölümle ilgili sıra cetveli yönünden davanın reddine karar verilmiş ise de esasa ilişkin olarak bir önceki karardaki gibi hüküm kurulmuştur. Kararın temyizi üzerine, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 21/11/2013 tarihli ilâmıyla ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır.
- Edirne 1. İcra Müdürlüğü'nce, 12/5/2014 tarihinde hesaben başvuru-cuya toplam 25.800,35 TL ödeme yapılmıştır.
- Başvurucu 13/5/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

III.ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKÎ PROBLEM

Başvurucunun anayasa şikâyetine başvurmasının temelinde “*sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde ihale bedelinin nemalandırılmasını öngören bir yasal düzenleme*”nin olmayışı bulunmaktadır. Bu nokta AYM kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

“... 33. Başvurucu, somut alacağın bir kamu alacağı olmamasının mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesine engel teşkil etmeyeceğini ve devletin, özel alacakların zarara uğramasını engellemek biçiminde pozitif yükümlülük altında bulunduğunu ifade etmiş, somut olayda bu zararın engellenmesinin faiz kurumuyla sağlanabileceğine işaret etmiştir. **Başvurucu, sıra cetveline itiraz davasının açıldığı durumlarda ihale bedelinin icra müdürlüğüne nemalandırılması gereğini düzenleyen bir yasal hükmün bulunmamasının, pozitif yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurduğunu dile getirmiştir. ...**”

Çalışmamızda temel olarak sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde ihale bedelinin nemalandırılmasını öngören bir yasal düzenleme bulunmayışının ihlâl teşkil edip etmediği ve bu ihlâlin ne şekilde ortadan kaldırılabileceği incelenecektir. Bununla beraber, çalışmamızda karar diğer yönleriyle de ele alınacak ve bu bağlamda öncelikle kararın usûlî boyutları, akabinde ise esasa ilişkin hususlar incelenecektir.

IV. USÛLE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

1. Başvuru Süresine İlişkin Değerlendirme

Başvuru süresine riayet edilmesi bireysel başvurunun bir ön şartı olup başvurunun her aşamasında re’sen dikkate alınması gerekir⁵.

Somut olayda başvuru, sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde ihale bedelinin nemalandırılmasını öngören bir yasal düzenleme olmadığı hususunu paranın kendisine ödendiği tarihte öğrendiğini belirtmek ve bu tarihi esas almak suretiyle başvuruda bulunmuş, AYM de bu başvuruyu süresinde yapmış kabul etmiştir.

AYM İç Tüzüğü m. 64 uyarınca, bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlâlın öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Başvurucu mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurusunu yapamadığı takdirde, mazeretinin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilir.

Karara konu olan olayda da AYM isabetli olarak, sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde paranın nemalandırılmamasının başvuru bakımından somut bir yansımalarının olduğu anı, yani paranın başvurucuya ödendiği tarihi, ihlâli

⁵ KANADOĞLU Korkut, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, İstanbul 2015, s. 94.

öğrenme tarihi olarak esas almış ve başvurunun süresinde yapılmış olduğunu kabul etmiştir.

2. Başvuru Yollarının Tüketilmesi Meselesinin Değerlendirilmesi

Bireysel başvurunun ikincilliği prensibi uyarınca bireysel başvurudan evvel tüm başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekir⁶. Başvuru yollarının tüketilmesi ise, başvurucunun iddia ettiği temel hak ihlâlinin giderilmesi için mahkemelerde yetkili olduğu tüm usûlî olanakların kullanılmış olması anlamına gelir⁷. Başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvurularda kabul edilemezlik kararı verilecektir⁸. Bu durum diğer kabul edilebilirlik şartlarında olduğu gibi kamu düzenindendir⁹. Ancak belirtilmelidir ki, ikincilik ilkesinin

⁶ ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 768; PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 6. Bası, İstanbul 2018, s. 620; PEKCANITEZ Hakan, Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, **Makaleler**, C. 1, İstanbul 2016, s. 219-221; AKKAN Mine, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2867-2868; ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, Ankara 2018, s. 779-780; TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. Bası, İstanbul 2018, s. 558; KABOĞLU İbrahim Özden, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 13. Baskı, İstanbul 2018, s. 367; GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 22. Baskı, Bursa 2018, s. 449; KANADOĞLU, s. 103; ATAR Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, 11. Bası, Ankara 2017, s. 353; DOĞRU Osman, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, İstanbul 2013, s. 102 vd.; ATASOY Hakan, Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:3, Sayı:9 (20 Nisan 2012), s. 74. Ayrıntılı bilgi için bkz. EKİNCİ Hüseyin, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak “Başvuru Yollarının Tüketilmesi Sorunu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:3, Sayı:11 (Ekim 2012), s. 2 vd.; ÇELİKİYAY Hakan Sabri, Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının “Başvuru Yollarının Tüketilmesi Ölçütü” Açısından Değerlendirilmesi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl 2015, C. 73, S.1, s. 22 vd.

⁷ KANADOĞLU, s. 103; AKKAN, Pekcanitez Usûl, s. 2868-2869; EKİNCİ, s. 3 vd.; ÇELİKİYAY, s. 29 vd.

⁸ KANADOĞLU, s. 145; AKKAN, Pekcanitez Usûl, s. 2877; GÖZLER, s. 449-450; EKİNCİ, s. 3; DOĞRU, s. 105; ÇELİKİYAY, s. 57; AYDIN Öykü Didem, Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Yıl:2011, S: 4, s. 156. Bu yönde bireysel başvuru kararları için bkz. AYM İkinci Bölüm, 12.09.2018, Başvuru Numarası: 2014/7636; AYM Birinci Bölüm, 10.05.2018, Başvuru Numarası: 2015/95; AYM Birinci Bölüm, 10.05.2018, Başvuru Numarası: 2015/14665.

⁹ ŞİRİN Tolga, Anayasa Şikâyeti Hakkı: Üçüncü Yıl Değerlendirmesi, **Anayasa Mahkemesi-**

bazı istisnaları vardır. Bu istisnalar; başvuru yollarının etkisizliği, başvuru-
cunun hakları için ağır ve geri dönülemez bir zarar tehlikesi ve makûl sürede
yargılanma hakkının ihlâli iddiasıyla yapılan başvurulardır¹⁰.

Başvuru yollarının tüketilmesini beklemek için bu başvuru yollarının et-
kili olması gerekir. Bir başka deyişle bu başvuru yollarının etkili ve ulaşıl-
bilir koruma sağlaması gerekir¹¹. Bir bireysel başvuru kararında vurgulandığı
üzere, “*olağan başvuru yolları ibaresinin, başvuru-
cunun makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte,
kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olarak anlaşılması*” gerekir¹².

Somut olayda başvuru, paranın nemalandırılmaması sebebiyle İİK m.
5 çerçevesinde Devlet aleyhine tazminat davası açmaksızın doğrudan birey-
sel başvuru yoluna gitmiştir. Sorumluluk kenar başlıklı İİK m. 5 şu şekildedir:

*“İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat dava-
ları, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin, zararın meydana gelmesinde
kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu davalara adliye mahkeme-
lerinde bakılır.”*

AYM’nin bu noktada başvuru yollarının tüketilmemesi sebebiyle kabul
edilemezlik kararı vermesi ihtimal dahilinde idiye de AYM burada da isâbetli
olarak şu şekilde karar vermiştir:

“ ...

*39. Başvuru yollarının tüketilmesi gereğinden söz edilebilmesi için önce-
likle hukuk sisteminde, hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişinin başvur-
abileceği idari veya yargısal bir hukuki yolun öngörülmüş olması gerekmektedir.
Ayrıca bu hukuki yolun, iddia edilen ihlalin sonuçlarını giderici, etkili ve
başvurucu açısından makul bir çabayla ulaşılabilir nitelikte olması ve sadece
kağıt üzerinde kalmayıp fiilen de işlerliğe sahip bulunması gerekmektedir.
Olmayan bir hukuki yolun tüketilmesi başvuru-
cudan beklenemeyeceği gibi*

ne Bireysel Başvuru:Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşı-
laştırılması (Hazırlayanlar:GÖZTEPE Ece/ALPBAZ Mustafa Mert), İstanbul 2017, s. 57.

¹⁰ KANADOĞLU, s. 112 vd.; EKİNCİ, s. 9 vd.; ÇELİKİYAY, s. 49 vd.

¹¹ KANADOĞLU, s. 114; EKİNCİ, s. 6 vd.; ÇELİKİYAY, s. 57.

¹² AYM, 2. Bölüm, 7/11/2013 T., Başvuru Numarası:2013/1582, RG Sayısı: 28842 (Kazancı
İçtihat Bilgi Bankası).

hukuken veya fiilen etkili bulunmayan, ihlalin sonuçlarını düzeltici bir vasıf taşımayan veya ölçülü olmayan bir takım şekli koşulların öngörülmesi nedeniyle fiilen erişilebilir ve kullanılabilir olmaktan uzaklaşan başvuru yollarının tüketilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

40. Somut olayda başvurucu, alacağının tahsili amacıyla borçlu aleyhine başlattığı icra takibi sırasında borçluya ait taşınmazların satışından elde edilen bedelin, yaklaşık dokuz yıl süren sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde nemalandırılmamış olmasından şikâyet etmektedir. Bu durumda, başvurunun bu şikâyetinin incelenebileceği etkili ve objektif olarak sonuç alıcı bir başvuru yolunun bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir.

41. 2004 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle, İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan zararlar nedeniyle kusuru bulunan görevlilere rücu edilmek kaydıyla adliye mahkemelerinde tazminat davası açılabilmesi imkânı getirilmiştir.

42. Başvurucunun alacağının tahsili amacıyla borçlu aleyhine başlatılan icra takibi sırasında borçluya ait taşınmazların satışından elde edilen bedelin icra müdürlüğünce nemalandırılmamış olması nedeniyle **doğmuş olduğu iddia edilen zararın tazmini istemiyle Devlet aleyhine tazminat davası açılmasının teorik olarak mümkün olduğu** söylenebilir. Ancak sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde ihale bedelinin nemalandırılmasını öngören bir hukuki düzenleme bulunmadığından 2004 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca açılacak tazminat davasının başarılı olacağını gösteren somut bir veri tespit edilememiştir. Bu nedenle, başvuruya konu iddiaya ilişkin olarak 2004 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen tazminat davası açma yolunun tüketilmesi zorunluluğundan söz edilemez. Öte yandan, başvurunun sözü edilen ihlal iddiasını öne sürebileceği başkaca bir başvuru yolu da tespit edilmediğinden başvuru yolunun tüketilmesi koşulunun sağlandığı sonucuna ulaşılmıştır.”

Görüldüğü üzere AYM, İİK m. 5 uyarınca Devlet aleyhine tazminat davası açılmamış olmasını başvuru yollarının tüketilmesi bağlamında incelemiş ancak bu yolun etkisiz olacağına karar vermiştir. Başvuru yollarının etkisiz olması hâlinde tüketilmesinin beklenmemesi gerektiği AİHM içtihatlarıyla da ortaya konulmuştur¹³. Gerçekten de icra müdürünün kanuna uygun olan bir

¹³ AİHM, Akdivar/Türkiye, T. 16.09.1996, pr. 69; , pr. 44; AİHM, Van Oosterwijck/Belçika, T. 6.11.1980, pr. 27; AİHM Selmouni/Fransa, T. 28.07.1999, pr. 74, 75. Bu kararlarda AİHM başvuru yollarının tüketilmesi kuralının katı yorumlanmaması gerektiğini ve aşırı şekilcilikten

uygulanması sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açılrsa dahi bir tazminata hükmedilmesi olası görünmemektedir. Zira icra müdürü kanuna uygun hareket etmiş olup mevcut uygulamalar çerçevesinde normal bir icra müdüründen beklenecek şekilde hareket etmiştir. O hâlde Devlet aleyhine tazminat davası açılmasının, makûl bir başarı şansı sunan etkili bir yol olmadığı kabul edilebilecektir.

Öte yandan AYM, kararında Harçlar Kanunu m. 36'yı incelememiştir. Mahkeme, kararında nemalandırmayı öngören herhangi bir düzenleme olmadığından bahsetmişse de aslında Harçlar Kanunu m. 36 nemalandırmaya ilişkin düzenlemeler içermektedir. Harçlar Kanunu m. 36 şu şekildedir:

“Paraların bankalara ve mal sandıklarına yatırılması:

Madde 36 – Mahkemeler, hakimler, C. savcılar ve icra iflas daireleri tarafından adli ve idari işlemlerle takip işlemlerinden dolayı herhangi bir sebeple alınmış olan paraların bankaya yatırılması halinde bu paralara ait faiz, ikramiye ve sair menfaatleri Devlete aittir.

Şüyuun giderilmesi neticesinde hasıl olan para ve tereke paraları ile kısıtlı veya gaip adına bankaya yatırılan paralar yukarıki fıkra hükmünden müstesnadır.

Paraların bankaya ve malsandıklarına yatırılması için ilgililerden gider adı ile bir şey alınmaz.

Paraların alacaklıya gönderilme giderleri alacaklıya aittir.

İlgilinin hak ettiği parayı, hak etme tarihinden itibaren on yıl içinde almak için müracaat etmemesi halinde, bu paralar Hazineye gelir kaydolunur.”

Bu durumda Harçlar Kanunu'nun ilgili hükmünün yorumlanması önem arz edecektir. Bu konu aşağıda ayrıca inceleneceğinden açıklamalar için oraya atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁴.

3. Kanunlara Karşı Başvuru Yasağı Çerçevesinde Değerlendirme

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, başvurucunun anayasa şikâyetine başvurusunun temeli “sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde ihale bedelinin nemalandırılmasını öngören bir yasal düzenleme”nin olmayışdır.

kaçınılarak hareket edilmesi gerektiğini belirtmiş ve yararsız/elverişsiz olan iç başvuru yollarının tüketilmesinin beklenemeyeceğini vurgulamıştır.

¹⁴ Bkz. Aşa. V, 1, B.

AYM Kanunu m. 45/3 uyarınca yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz¹⁵. Somut olayda başvurunun temeli "sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde ihale bedelinin nemalandırılmasını öngören bir yasal düzenleme"nin olmayışı olup bu durumun somut bir yansıması da gerçekleşmiş, bir başka deyişle yalnızca soyut bir düzenlemeye ya da soyut bir düzenlemenin olmayışına değil, bu düzenlemenin olmayışının mülkiyet hakkına olan somut etkisi üzerinden bir başvuru temellendirilmiştir. O hâlde AYM Kanunu m. 45/3 hükmünde yer alan sınırlamanın kapsamına giren bir durum yoktur.

V. ESASA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

1. İhlâlin Varlığına İlişkin Değerlendirmeler

Anayasa Mahkemesi ihlâlin varlığını şu şekilde ortaya koymuştur:

*"45. Somut olayda başvurucunun A.S. ile özel hukuk ilişkisinden doğan alacağı için borçlu A. S. aleyhine başlattığı icra takibinde haciz safhasına geçilmiştir. Haciz safhasına geçilmiş olması, borca itiraza ilişkin süreçlerin aşıldığı ve borcun kesinleştiği anlamına gelmektedir. **Kesinleşmiş alacaklar icra edilebilir nitelik kazandığından Anayasa'nın 35. maddesi bağlamında mülk teşkil etmektedir.***

*... 55. Başvuruya konu olayın temelinde başvuru ile borçlu A.S. arasındaki özel borç ilişkisi yatmakta ise de başvurucunun yakındığı husus, borç ilişkisinin taraflara yüklediği edimlerin ifasına ilişkin olmayıp icra müdürlüğüne borçluya ait taşınmazların satışından elde edilen bedelin, yaklaşık dokuz yıl süren sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde nemalandırılmamasıdır. **İcra müdürlükleri, mülkiyet hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler gereğince oluşturulan ve özel kişilerin ödenmeyen alacaklarını kanunda öngörülen usullere uygun olarak gerektiğinde zor kullanmak suretiyle tahsil ederek alacaklılara ödeyen kamu kuruluşlarıdır. İcra müdürlüklerinin bu görevlerinin ifası sırasında tesis ettiği işlem ve eylemler kamu gücü işlem ve eylemleri niteliğinde olup bu işlem ve eylemler veya eylemsizlikler nede-***

¹⁵ Söz konusu düzenleme Anayasa m. 148'de bu yönde bir sınırlama olmaması sebebiyle eleştirilmekte, bu durumun anayasal hükmün yasa ile daraltılması manasına geldiği belirtilmektedir (ŞİRİN, Üçüncü Yıl Değerlendirmesi, s. 51). Bu konuda ayrıca bkz. AYDIN, s. 137.

niyle hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının, icra takibinin temelindeki borç ilişkisinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda, borçlunun taşınmazlarının satışı sonucu tahsil edilen ihale bedelinin nemalandırılması veya nemalandırılmaması icra müdürlüklerinin bu görevlerinin ifası kapsamında kaldığından somut olayda nemalandırmama şeklinde tezahür eden uygulamanın devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerle ilişkili olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

56. Bununla birlikte pozitif yükümlülükler kapsamında inceleme yapılabilmesi için öncelikle, somut olayın koşulları da dikkate alınmak suretiyle, **Devletin (icra müdürlüğünün) tahsil ettiği ihale bedelini nemalandırmak şeklinde pozitif bir yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir.**

57. Yukarıda değinildiği gibi mülkiyet hakkı, Devlete, özel kişiler tarafından yapılacak müdahalelere karşı malike koruma sağlama biçiminde pozitif bir ödev yüklemektedir. Özel borç ilişkileri bağlamında mülkiyetin korunması ödevi, somutlaşmış ve icra edilebilir hâle gelen ancak borçlu tarafından rızaen ödenmeyen alacakların Devlet tarafından kamu gücü kullanılmak suretiyle borçludan tahsil edilebilmesini gerektirmektedir. Cebri icranın, devlete yüklenen bu ödevin ifası kapsamında kurulan hukuksal bir mekanizma olduğu anlaşılmaktadır.

58. Öte yandan, rızaen ödenmeyen alacakların tahsili amacıyla oluşturulan ve bu çerçevede kamu gücü yetkileriyle donatılan cebri icra organlarının, bu görevini yerine getirirken, mülkün (somutlaşmış alacağın) korunmasına yönelik bir takım tedbirler alması gerekebilir. Alınması gereken tedbirlerin neler olduğu, her somut olayın kendi koşulları içinde değişebilmektedir. Ancak bu çerçevede, **cebri icra organlarından olağanın ötesinde bir tedbir alınması beklenmemelidir.**

59. Bu bağlamda, Devletin, **cebri icra sürecini makul bir sürede sonuçlandırma yükümlülüğü altında bulunduğu gözetildiğinde cebri icranın uzaması hâlinde, gerek borçlunun gerekse alacaklının hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla somut olayın gerektirdiği her türlü tedbirin alınmasının Devletin sorumluluğunda bulunduğu söylenebilir.** Özellikle, icra sürecinde **Devletin hakimiyeti ve kontrolü altında bulunan borçlu veya alacaklıya ait mal ve hakların ekonomik değerini koruyucu ve idareye, normal idari işleyişin dışında bir külfet yüklemeyecek tedbirlerin alınmaması**

somut olayın koşulları çerçevesinde koruma yükümünün ihlali olarak yorumlanabilir.

60. Olayda icra müdürlüğünce sıra cetvelinin düzenlendiği tarih ile başvurucuya fiilen ödeme yapıldığı tarih arasında yaklaşık dokuz yıllık süre geçmiştir. **Cebri icranın bir parçası olan sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde geçen dokuz yıllık makul olmayan sürede borçlu ve alacaklının hak ve menfaatlerini koruyucu ve durumun gerektirdiği olağan tedbirlerin idare tarafından alınması beklenmektedir.**

61. **Borçluya ait taşınmazların satışından tahsil edilen bedelin alacaklılara ödendiği ana kadar alacaklının para üzerinde tasarrufta bulunma, parayı kullanma veya paranın değerinin enflasyon karşısında aşınmasını önleyici tedbirler alma imkanı bulunmamaktadır. Tahsil edilen bedel bu süreçte henüz icra müdürlüğünün yedi ve kontrolü altındadır. Dolayısıyla bu paranın enflasyon karşısında kıymet yitirmesini önleyebilecek olan da para üzerinde tasarrufta bulunma kudretini elinde bulunduran icra müdürlüğüdür. Tahsil edilen ihale bedelinin alım gücünü kaybetmesini engellemenin yolu bunun nemalandırılmasıdır. Ayrıca bu paranın nemalandırılması, icra müdürlüğüne olağan idari işleyişin ötesinde bir külfet de yüklememektedir. İcra müdürlüğünün yapması gereken tek şey, ihale bedelinin vadesiz mevduat hesabında bekletilmesi yerine vadeli bir hesapta tutulmasıdır. Bu nedenle olayın somut koşulları gözetildiğinde mülkiyet hakkının korunması ödevinin gerektirdiği pozitif yükümlülüklerin, ihale bedelinin nemalandırılması tedbirinin alınmasını da içerdği sonucuna ulaşılmaktadır.**

62. **Bu itibarla icra müdürlüğünün, ihale bedelinin vadeli bir mevduat hesabına yatırılması biçiminde alacağı basit bir tedbirle icra sürecinin hızlı işlememesinin başvurucu üzerinde oluşturduğu olumsuz etkileri asgari seviyeye indirememiş olması, mülkiyet hakkının devlete yüklediği koruma pozitif yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurmaktadır.**

63. **Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. ...**

A. İhlâlin Tespitine İlişkin Değerlendirmeler

Hukukumuzda ihalenin feshi dışında (İİK m. 134/V) icra daireleri tarafından bankalara yatırılan paralar için herhangi bir faiz işletilmemektedir. Bu

paralar ne kadar süre ile bankada kalırsa kalsın hak sahibine alındığı miktarda ödenmektedir. Ancak, bu durum özellikle uzun süre icra prosedürlerinde paranın enflasyon karşısında değer kaybetmesi ve hak sahiplerinin haklarını ihlâl edici mahiyette olması sebebiyle doktrinde eleştirilmektedir¹⁶. Bu paraların nemalandırılmaları gerektiği belirtilmekte ve cibrî icra yetkisini kendisinde tutan bir hukuk devletinde, bankalarda kaldığı süre için bu paraların karşılığının alınması ve bunların hak sahiplerine verilmesi gerektiği vurgulanmakta; hâlihazırdaki aksi yönde uygulamanın, parası bankada günlerce, aylarca yatan hak sahipleri için bu büyük bir haksızlık ve zarar oluşturacağı ifade edilmektedir¹⁷.

Şu hususun da belirtilmesi gereklidir. Paranın nemalandırılmasına ilişkin düzenleme 4949 sayılı Kanun için hazırlanan taslakta yer almışsa da bu düzenleme TBMM’de verilen bir önerge ile Kanun’dan çıkarılmış¹⁸ ve 4949 sayılı Kanun’un 38. maddesinin 4. fıkrası ile yalnızca ihalenin feshi süreci bakımından nemalandırma öngörülmüştür. Madde metni şu şekildedir:

“MADDE 38. - 2004 sayılı Kanunun 134 üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle ile ikinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “iştirak edenler” ibaresinden sonra “yurt içinde bir adres göstermek koşuluyla” ibaresi eklenmiş, ikinci fıkrasının sonuna aşağıdaki cümle ile ikinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar üçüncü ve dördüncü fıkra olarak eklenmiş, diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

İhale kesinleşinceye kadar taşınmazın ne şekilde muhafaza ve idare edileceği icra dairesi tarafından kararlaştırılır.

Ancak işin esasına girilmemesi nedeniyle talebin reddi hâlinde para cezasına hükmolunamaz.

İhalenin feshine ilişkin şikâyet görevsiz veya yetkisiz tetkik mercii veya mahkemeye yapılırsa, tetkik mercii veya mahkeme evrak üzerinde inceleme yaparak başvuru tarihinden itibaren en geç on gün içinde görevsizlik veya yetkisizlik kararı verir. Bu kararlar kesindir.

¹⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra, s. 109; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra Ders Kitabı, s. 43.

¹⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra, s. 109; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra Ders Kitabı, s. 43.

¹⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra, s. 109.

*Taşınmazı satın alanlar, ihaleye alacağına mahsuben iştirak etmemiş olmak kaydıyla, ihalenin feshi talep edilmiş olsa bile, satış bedelini derhâl veya 130 uncu maddeye göre verilen süre içinde nakden ödemek zorundadırlar. **İcra müdürü, ödenen ihale bedeli ile ilgili olarak, ihalenin feshine yönelik şikâyet sonucunda verilecek karar kesinleşinceye kadar para bankalarda nemalandırılır. İhalenin feshine ilişkin şikâyetin kabulüne veya reddine ilişkin kararın kesinleşmesi üzerine, ihale bedeli nemaları ile birlikte hak sahiplerine ödenir.***

AYM'nin, borçlunun taşınmazlarının satışı sonucu tahsil edilen ihale bedelinin nemalandırılması veya nemalandırılmaması icra müdürlüklerinin bu görevlerinin ifası kapsamında kaldığından somut olayda nemalandırmama şeklinde tezahür eden uygulamanın Devlet'e yüklenen pozitif yükümlülüklerle ilişkili olduğu sonucuna ulaşması ve Devlet'in (icra müdürlüğünün) tahsil ettiği ihale bedelini nemalandırmak şeklinde pozitif bir yükümlülüğünün bulunduğunu tespit etmesi yerindedir. Bu bağlamda AYM, borçlu veya alacaklıya ait mal ve hakların ekonomik değerini koruyucu ve idareye normal idari işleyişin dışında bir külfet yüklemeyecek tedbirlerin alınmamasının somut olayın koşulları çerçevesinde koruma yükümünün ihlâli olarak yorumlanabileceğini belirtmiştir. AYM'ye göre, cebrî icranın bir parçası olan sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde geçen dokuz yıllık makûl olmayan sürede, borçlu ve alacaklının hak ve menfaatlerini koruyucu ve durumun gerektirdiği olağan tedbirlerin idare tarafından alınması beklenmektedir. İncelemekte olduğumuz kararda bu husus şu şekilde vurgulanmıştır:

“Borçluya ait taşınmazların satışından tahsil edilen bedelin alacaklılara ödendiği ana kadar alacaklının para üzerinde tasarrufta bulunma, parayı kullanma veya paranın değerinin enflasyon karşısında aşınmasını önleyici tedbirler alma imkanı bulunmamaktadır. Tahsil edilen bedel bu süreçte henüz icra müdürlüğünün yedi ve kontrolü altındadır. Dolayısıyla bu paranın enflasyon karşısında kıymet yitirmesini önleyebilecek olan da para üzerinde tasarrufta bulunma kudretini elinde bulunduran icra müdürlüğüdür. Tahsil edilen ihale bedelinin alım gücünü kaybetmesini engellemenin yolu bunun nemalandırılmasıdır. Ayrıca bu paranın nemalandırılması, icra müdürlüğüne olağan idari işleyişin ötesinde bir külfet de yüklememektedir. İcra müdürlüğünün yapması gereken tek şey, ihale bedelinin vadesiz mevduat hesabında bekletilmesi yerine vadeli bir hesapta tutulmasıdır. Bu nedenle olayın somut koşulları gözetildiğinde mülkiyet hakkının korunması ödevinin gerektirdiği pozitif

yükümlülüklerin, ihale bedelinin nemalandırılması tedbirinin alınmasını da içerdği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu itibarla icra müdürlüğünün, ihale bedelinin vadeli bir mevduat hesabına yatırılması biçiminde alacağı basit bir tedbirle icra sürecinin hızlı işlememesinin başvuru üzerinde oluşturduğu olumsuz etkileri asgari seviyeye indirememiş olması, mülkiyet hakkının devlete yüklediği koruma pozitif yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurmaktadır. Açıklanan nedenlerle başvurunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. ..."

Bu noktada teminat karşılığı ödemeyi düzenleyen İİK m. 142/a hükmünün, ihlâli engelleyici bir mahiyette olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi kararında hiç değerlendirilmemiş olsa da kanaatimizce ihlâlin tespiti noktasında önemli bir hükümdür. Zira, bu hüküm uyarınca alacaklı, bir bankanın kesin teminat mektubunu dosyaya sunarak payına düşen meblâğı tahsil edebilmektedir. Yani bu hüküm, alacaklıyı payına düşen tutara kavuşturarak ona bu tutarı dilediği şekilde nemalandırma imkânı tanımaktadır. Acaba böyle bir imkânın getirilmiş olması yasal düzenlemelerde nemalandırma öngörülmemesinin yarattığı ihlâlin ortadan kalktığı anlamına gelir mi? Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Çünkü İİK m. 142/a ile alacaklılara alacaklarına önceden kavuşma imkânı tanınmakta olup onlara bir külfet yüklenmemektedir. Bir başka deyişle alacaklıların "bankadan teminat mektubu getirme" gibi bir yükümlülükleri yoktur. O hâlde paranın nemalandırılmamasını, bankadan teminat mektubu getirmemenin yaptırımını olarak düşünmek veya bu şekilde meşrulaştırmak mümkün değildir. Kaldı ki teminat mektubu alınması da alacaklının bazı maddî külfetlere katlanmasını gerektirmekte olup bunun alacaklıdan zorunlu olarak beklenmesi söz konusu olmayıp yalnızca dileyen alacaklılara bir imkân olarak sunulmuştur. O hâlde söz konusu hüküm icra dairesinin parayı nemalandırmamasına bir gerekçe olamaz.

B. İhlâlin Tespit Edilmesinin Etkisi

Sıra cetvelinin kesinleşmesine kadarki süreçte paranın nemalandırılmamasının mülkiyet hakkının ihlâlini teşkil ettiği tespit edildiğine¹⁹ göre bu ka-

¹⁹ Somut uyuşmazlıkta ihlâle neden olan hâlin yapısal bir sorundan kaynaklandığı da nazara alındığında AYM'nin burada pilot karar usulünü işletmesi daha isâbetli olabilirdi (AYM İç Tüzüğü m. 75). Pilot karar usulü hakkında bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, Usul, s. 770-771; ŞİRİN Tolga, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Baş-

rarın nasıl bir etki doğuracağını tespiti önemlidir. Burada iki olasılık düşünülebilir.

İlk olarak icra dairelerinin parayı kendiliğinden nemalandırması düşünülebilir. Zira, söz konusu uygulama, Türkiye'nin taraf olduğu AİHS Ek Protokol 1 kapsamındaki mülkiyet hakkının ihlâlini teşkil etmektedir. Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağını ortaya koyan Any. m. 90/V, söz konusu uygulamanın mülkiyet hakkını ihlâl ettiğini ortaya koyan eldeki Anayasa Mahkemesi kararı ile birlikte değerlendirildiğinde bu çözüm yeterli ölçüde temellendirilmiş olur. Ancak uygulamamızda bu çözüme mesafeli yaklaşılması ve hatta reddedilmesi kuvvetle muhtemeldir²⁰. Bu çözümün icra dairelerinin işleyişi düşünüldüğünde pratik olarak

vuru), İstanbul 2013, s. 631-645; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 561; KANADOĞLU, s. 235-237; DOĞRU, s. 95-96; KORKMAZ Ramazan, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 259-262; ALTIPARMAK Kerem, Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik, **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?**, Ankara 2009, s. 66; ŞİRİN Tolga, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, İstanbul 2015, s. 247-248; CENGİZ Serkan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Standardı Açısından İki Yıllık Anayasa Mahkemesi Başvuru Uygulamasının Değerlendirilmesi, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması* (Hazırlayanlar: GÖZTEPE Ece/ALPBAZ Mustafa Mert), İstanbul 2017, s. 231-233.

- ²⁰ Nitekim Yargıtay 12. HD.'nin yeni bir kararına (12. HD, 28.12.2017 T., 25580/16396, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) konu olan olayda icra dairesi sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde parayı nemalandırmış ancak paranın nemalarıyla beraber ödenmesi talep edildiğinde da sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecindeki nemaların ilgililere ödeneceğine dair bir düzenleme olmadığından bahisle bu talebi reddetmiş ve paranın neması Hazine'ye irat kaydedilmiştir. Alacaklı bu işleme karşı şikâyet yoluna başvurmuş, şikâyeti reddedilmiş ve redde ilişkin karar da Yargıtay'ca onanmıştır. Söz konusu onama kararı formül bir karar olup kararın ilişkin olduğu husus ancak karşı oy yazısından anlaşılmaktadır. Söz konusu kararın karşı oy yazısının ilgili kısmı şu şekildedir:

“Davacı alacaklı ihale kesinleştikten sonra sıra cetveli ve sıra cetveline itiraz davası sebebiyle kendilerine ödenmeyen ve nemalandırılan kararı kesinleştikten sonra neması ile birlikte ödenmesini talep etmiş, İcra Müdürlüğü ise, İİK.'da derece kararı yapılan paranın nemalandırılacağına dair bir madde olmadığından satış bedelinin nemasının (41.153,87 lira) hazineye irat kaydedilmesine karar vermiştir.A.İ.H.S'ne ek 1 numaralı protokolün 1. maddesinde mülkiyetin korunması başlığı altında “Her gerçek ve tüzel kişinin usul ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.”

Anayasamızın 90/son maddesinde “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere dair milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi sebebiyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.” Anayasamızın 35. maddesinde mülkiyet hakkı başlığı altında “Herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir.”

11. maddesinde “Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” hükümleri bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin 16.02.2017 tarih ve 2014/6577 Sayılı kararında da belirtildiği gibi mülkiyet hakkının gerçek ve etkili kullanımı, sadece devletin müdahale etmeme ödevine bağlı değildir. Fakat aynı zamanda, özellikle kamu otoritesinin meşru olarak alması gereken önlemler ile kişinin mülkünden etkin bir biçimde yararlanması arasında doğrudan bir bağlantı bulunduğu durumlarda koruyucu pozitif önlemler alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir. Devlet iç hukuk sisteminde mülkiyet hakkının yasalar tarafından tatmin edici bir şekilde korunmasının güvence altına alınması ve hakkına müdahale edilen kişinin, gerekmesi durumunda meydana gelen zararının giderilmesine yönelik talepler dahil olmak üzere hakkını arayabileceği düzeltici mekanizmaların temin edilmesi yükümlülüğü altındadır. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, borçluya ait taşınmazların satışından elde edilen bedelin, dokuz yıl süren sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde nemalandırılmamış olması sebebiyle borçlu ve alacaklının hak ve menfaatlerini koruyucu ve durumun gerektirdiği tedbirlerin idare tarafından alınmadığı, taşınmazların satışından elde edilen paranın, alacaklıya ödendiği ana kadar alacaklının para üzerinde tasarrufta bulunma, parayı kullanma veya paranın değerinin enflasyon karşısında aşınmasını önleyici tedbirler alma imkanının bulunmadığı, tahsil edilen paranın icra müdürlüğünün kontrolü altında bulunduğunu, icra müdürlüğünün ihale bedelini vadeli hesapta tutması gerekirken nemalandırılmama sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle manevi tazminata hükmetmiştir.

Somut olayda ise, ihalenin kesinleşmesinden sonra alacaklının talebi üzerine icra müdürlüğünce ihale bedeli vadeli hesaba yatırılarak nemalandırılmış, ancak, İİK’da sıra cetveli yapıldıktan sonra paranın nemalandırılacağına dair bir madde olmadığından alacaklının talebi red edilerek 41.153,87 liranın hazineye irad kaydına karar verilmiştir. Alacaklıya ödenmesi gereken paranın nemasının hak sahibi olan alacaklıya ödenmesi tabiidir. İcra müdürlüğü bu kararı ile alacaklının mülkiyet hakkı açıkça ihlal edilmiştir. Her ne kadar İİK’da sıra cetveline itiraz edilmesi halinde icra müdürlüğünce alacaklıya ödenmeyen paranın nemalandırılacağına dair bir düzenleme yok ise de, nemalandırılmayacağına veya nemalandırılması halinde nemanın ödenmeyeceğine dair bir düzenleme de yoktur. Hak sahibine ait olan para icra müdürlüğünün kontrolü altındadır. Alacaklının bu süreçte paranın enflasyon karşısında aşınmasını önleyici tedbirler alma imkanı bulunmadığından bu tedbirleri alma ve mülkiyet hakkını koruma görevi devlete, olayımızda ise icra müdürlüğüne aittir. Kaldı ki, alacaklının talebi üzerine icra müdürlüğünce satış bedeli nemalandırılmış, ancak alacaklıya ödenmek yerine hazineye irad kaydedilmiştir. Böylece alacaklı kendi parasının faizini alamamış zarara uğramış ve mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir. Ayrıca, 804 Sayılı parselle ilgili olarak ihale bedeli nemalandırılmış, sıra cetvelinin kesinleşmesinden sonra alacaklıya ödenmemesi üzerine açılan dava sonunda icra hakimliği kararı ile neması alacaklıya ödenmiştir. O halde, uluslararası

uygulanabilmesinin imkânsız olması yanında, idarenin kanunîliği prensibini de dayanak alarak bu konuda yasal düzenleme olmamasından bahisle bunun hukuken de uygulanabilir olmadığı savunulabilir. Bir başka deyişle idarenin kanuniliği prensibi uyarınca icra dairelerinin bu konuda yasal bir düzenleme olmaksızın parayı nemalandıramayacağı da ileri sürülebilir. Nitekim, yukarıda sözü edilen Yargıtay kararında, karşı oy yazısında gerekli temellendirmeler yapılmasına ve incelemekte olduğumuz Anayasa Mahkemesi kararına vurgu yapılmasına rağmen, bu yaklaşım hâkimdir. Bu noktada bir ara formül olarak ihalenin feshine ilişkin İİK m. 134'ün kıyasen uygulanabilmesi de düşünülebilir²¹. Bu noktada Harçlar Kanunu m. 36/I hükmünün ne şekilde yorumlanacağı önemlidir. Zira, kabul edilen yorum tarzına göre Harçlar Kanunu m. 36'nın Anayasa'ya aykırı olduğu dahi ileri sürülebilecektir.

Harçlar Kanunu m. 36 şu şekildedir:

sözleşmeler Anayasa ve İcra İflas Kanunu hükümleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları ve hukukun genel ilkeleri dikkate alınarak ihale bedelinin, sıra cetvelinin yapıldığı tarih ile kesinleştiği tarih arasındaki nemasının alacaklıya ödenmesi gerektiğinden yerel mahkeme kararının bozulması düşüncesindeyim. 28.12.2017”

- 21 Yargıtay'ın bir kararına konu olan olayda, kararda kullanılan ifadelerden anlaşıldığı kadarıyla yerel mahkeme sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde paranın nemalandırılması hususunda İİK m. 134/V hükmünü uygulamıştır. Ancak burada dikkat çekici nokta İİK m. 134/V hükmünün kıyasen değil doğrudan uygulanmasıdır. Yargıtay söz konusu kararı “duruşma yapılmadan verilmesi” sebebi ile bozduğundan bu konuda Yargıtay'ın tutumu tespit edilememiştir. Fakat her hâlde İİK m. 134/V hükmünün kıyasen uygulanması gerekmekte olup doğrudan uygulanması isâbetli değildir. Söz konusu Yargıtay kararının ilgili kısmı şu şekildedir:

“Taraflar arasındaki sıra cetveline şikayetin yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı şikayetin kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde şikayet olunan vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

...

Mahkemece, iddia, savunma ve bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; bir alacaklının açmış olduğu iptal davasında verilen iptal kararından iptal davası açmamış olan diğer alacaklılar yararlanamayacaklarından dağıtımına konu bakiye ihale bedeli 130.494,36 TL'nin İİK'nin 134/5. maddesi uyarınca alacağını geç alan alacaklının nema gelirinden yararlandırılması zorunlu olup, ... İcra Müdürlüğü'nün 2011/1996 esas sayılı takip dosyası alacaklısına ödenmesi gerektiğinden bahisle şikayetin kabulüyle ... İcra Müdürlüğü'nün 2011/1996 esas sayılı takip dosyasında satış tarihi olan 05.08.2011 tarihi itibarıyla İİK'nin 138. maddesi gereğince sıra cetveline tabi tutulmadan tercihen ödenecek 2.795,64 TL satış giderlerinin tenzilinden sonra esas alınacak alacak miktarının 141.947,00 TL olarak düzeltilmesine, 21.03.2014 tarihli sıra cetvelinin 1. sırasında gösterilen dosya alacaklısına dağıtımına konu bakiye ihale bedeli olan 130.494,36 TL'nin ödenmesine, İİK'nin 134/5. maddesi gereğince nema gelirinin ... İcra Müdürlüğü'nün 2011/1996 esas sayılı takip dosyası alacaklısına ödenmesine, karar verilmiştir.” Yargıtay 23. HD., 2.5.2016 T., 1739/2786 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

“Paraların bankalara ve mal sandıklarına yatırılması:

Madde 36 – Mahkemeler, hakimler, C. savcılar ve icra iflas daireleri tarafından adli ve idari işlemlerle takip işlemlerinden dolayı herhangi bir sebeple alınmış olan paraların bankaya yatırılması halinde bu paralara ait faiz, ikramiye ve sair menfaatleri Devlete aittir.

Şüyuun giderilmesi neticesinde hasıl olan para ve tereke paraları ile kısıtlı veya gaip adına bankaya yatırılan paralar yukarıki fıkra hükmünden müstesnadır.

Paraların bankaya ve malsandıklarına yatırılması için ilgililerden gider adı ile bir şey alınmaz.

Paraların alacaklıya gönderilme giderleri alacaklıya aittir.

İlgilinin hak ettiği parayı, hak etme tarihinden itibaren on yıl içinde almak için müracaat etmemesi halinde, bu paralar Hazineye gelir kaydolunur.”

Doktrinde Harçlar Kanunu m. 36/I uyarınca Devlet’in tahsil ettiği mezkûr para bakımından usûlsüz tevdi hükümleri çerçevesinde (TBK m. 570) müstevda olduğu ifade edilmekte ve buna göre paraların mülkiyetinin Devlet’e geçeceği ve yarar ile hasarın (bu bağlamda faiz ve sair menfaatlerin) Harçlar Kanunu m. 36 çerçevesinde Devlet’e ait olacağı ifade edilmektedir²². Keza, bu hüküm nedeniyle Kanun’da açıkça belirtilen durumlar dışında (örneğin ihalenin feshine ilişkin m. 134) ilgililer adına yatan paraların faiz gibi getirilerinin Devlet’e ait olacağı vurgulanmaktadır²³.

Söz konusu hükmü yukarıda ifade ettiğimiz görüş çerçevesinde yorumladığımız takdirde incelemekte olduğumuz AYM kararında da vurgulanan esaslar çerçevesinde bu hükmün mülkiyet hakkına aykırı olduğu söylenebilir. Ancak bu hükmü yalnızca Devlet’e ödenen giderler (örneğin takip giderleri) ile sınırlı kabul edersek Anayasa’ya aykırılık söz konusu olmayacaktır²⁴. Kanaatimizce Harçlar Kanunu’nun düzenlediği alan da nazara alındığında ilgililere

²² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 59-60; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, İcra, s. 59.

²³ ARSLAN/YILMAZ /TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 59-60, dn. 10.

²⁴ Yargıtay’ın şuf’a bedeli faizinin Harçlar Kanunu m. 36 kapsamında olmadığına ilişkin bir kararı için bkz. Yargıtay HGK E. 1997/4-762, K. 1997/1091, T. 24.12.1997 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ait olan bir paraya Harçlar Kanunu m. 36'nın sirayet etmesini kabul etmek bu Kanun'un amacını ve düzenlediği sahayı aşan bir yorum teşkil edecektir.

İkinci olasılık ise bir yasal düzenleme yapılmasıdır. Burada AYM'nin kararıyla yasa koyucuyu yönlendirmesinin bir örneği söz konusu olacaktır²⁵. Kanaatimizce sorunu çözmeye elverişli tek yol budur. Bu yolun en kısa sürede işletilmesi ve gerekli yasal düzenlemenin yapılması şarttır. Bu hukuk devleti olmanın bir gereğidir, zira bir hukuk devletinin Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen sistematik bir mülkiyet hakkı ihlâlini ortadan kaldıracak yasal düzenlemeyi yapmaması düşünülemez. Aksi durum Anayasa Mahkemesi kararlarının etkinliğinin sorgulanmasına yol açacaktır²⁶. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ihlâl kararını ortadan kaldıracak önlemleri en kısa sürede almak anayasal bir zorunluluktur²⁷ (Any. m. 153/6).

De lege ferenda düzenlemenin nasıl olması gerektiği de önemli bir meseledir. Bu düzenlemede açıkça nemalandırma yönteminin yazılması tereddüt yaşanmaması adına isâbetli olacaktır. Şu da belirtilmelidir ki Harçlar Kanunu m. 36'a ilişkin olarak ilk yorumun kabulü hâlinde "sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde paranın nemalandırılacağını" düzenlemek yeterli olmayacak ayrıca bu nemanın taraflara ait olacağını düzenlemek gerekecektir²⁸.

Nemalandırmanın yöntemini tespit etmenin ve bunu mevzuatta belirlemenin gerekli olduğunu ifade ettik. Bu düzenleme yapılırken, AYM'nin incelemekte olduğumuz kararında vurguladığı esasları da nazara almak yol gösterici olacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin kararında nemalandırma yöntemine ilişkin değerlendirmeleri şu şekildedir:

"Alınması gereken tedbirlerin neler olduğu, her somut olayın kendi koşulları içinde değişebilmektedir. Ancak bu çerçevede, cebri icra organlarından olağanın ötesinde bir tedbir alınması beklenmemelidir."

²⁵ Anayasa şikâyeti sonucunda verilen kararların hukuk yaratıcı anlamları son derece önemlidir (AYDIN, s. 166)

²⁶ Bireysel başvuru, bireylere bir hukuk devleti egemenliğinde yaşadıkları bilincini de vermekte olup (AYDIN, s. 167) bu kararlara riayetsizlik söz konusu bilincin pekişmesini engelleyecektir.

²⁷ KARAN, s. 12 vd.

²⁸ Nitekim İİK m. 134/V nemaların hak sahiplerine ait olduğunu vurgulamıştır. Maddenin ilgili kısmı şu şekildedir: "İcra müdürü, ödenen ihale bedeli ile ilgili olarak, ihalenin feshine yönelik şikâyet sonucunda verilecek karar kesinleşinceye kadar para bankalarda nemalandırılır. İhalenin feshine ilişkin şikâyetin kabulüne veya reddine ilişkin kararın kesinleşmesi üzerine, ihale bedeli nemaları ile birlikte hak sahiplerine ödenir."

“Tahsil edilen ihale bedelinin alım gücünü kaybetmesini engellemenin yolu bunun nemalandırılmasıdır. Ayrıca bu paranın nemalandırılması, icra müdürlüğüne olağan idari işleyişin ötesinde bir külfet de yüklememektedir. İcra müdürlüğünün yapması gereken tek şey, ihale bedelinin vadesiz mevduat hesabında bekletilmesi yerine vadeli bir hesapta tutulmasıdır.”

AYM kararında zikredilen nemalandırma formülü vadeli hesaptır. Nemalandırma formülünün taşıması gereken temel nitelik ise idareye yük yüklememesidir. Doktrinde de icra daireleri tarafından bankaya yatırılan paralar için günlük faiz işletilmesi veya bu paraların başka türlü nemalandırılmaları gerektiği vurgulanmaktadır²⁹. Sonuç olarak nemalandırmanın paranın vadeli hesaba yatırılması suretiyle olması gerektiği söylenebilir. O hâlde, AYM’nin kararında ortaya koyduğu yaklaşım esas alındığında idareye yük getirmeyecek şekilde en yüksek faiz getirisini sağlayacak şekilde kanunî düzenlemelerin yapılması ve ilgili diğer mevzuatın hazırlanması gereklidir. Bu çerçevede örneğin, düzenlemenin “*şube mevduat faiz oranları*” üzerinden değil “*internet bankacılığı faiz oranları*” üzerinden öngörülmesi ve buna ilişkin mekanizmaların etkinleştirilmesi makûl görünmektedir.

Şu da belirtilmelidir ki, doktrinde, alıcının mağdur olmasını önlemek için, icra müdürü tarafından ihalenin feshine ilişkin şikâyet sonuçlanıncaya kadar ihale bedelinin bankada nemalandırılacağı kabul edilmesine rağmen (İİK m. 134/V) bu konuda nemalandırmadan ne anlaşılabileceğinin ve icra müdürünün ihale bedelini nasıl ve nerede nemalandıracağına belli olmadığı ifade edilmiştir³⁰. İşte AYM’nin bu kararda ortaya koyduğu ilkelerin İİK m. 134’ün anlaşılmasında kullanılması ve boşluğun bu şekilde doldurulması da mümkündür.

Bu noktada şu hususun da belirtilmesi gerekmektedir. İncelemekte olduğumuz karar üzerine Adalet Bakanlığı’nca icra dairelerine gönderilen

²⁹ PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra, s. 109; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra Ders Kitabı, s. 43.

³⁰ PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra Ders Kitabı, s. 224. Zira 4949 sayılı Kanun için hazırlanan Taslakta nemalandırma ile ilgili düzenleme TBMM’de verilen bir önerge ile geri alındığından nemalandırmanın nasıl yapılacağı konusunda boşluk yaratılmıştır. Çünkü Taslakta nemalandırmanın nasıl yapılacağı Yönetmeliğe bırakılmıştı. İşte söz konusu Tasarı hükmü (m. 9) kanunlaşmayınca nemalandırmanın nasıl yapılacağı belirsiz kalmıştır. Öte yandan bu durumun icra memurunun nemalandırma ile ilgili işlemlerine karşı şikâyet yoluna gidilmesine ve dolayısıyla zaman ve para kaybına yol açacağına dikkat çekilmiştir (PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, İcra, s. 392). Ayrıca bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 344.

22/09/2017 tarihli bir yazı ile sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde paranın nemalandırılması istenmiştir. Anayasa Mahkemesi kararını derhal uygulamaya dönük olan ve mülkiyet hakkının korunmasına uygun olan söz konusu yaklaşım oldukça isabetlidir, ancak yeterli değildir. Yukarıda belirttiğimiz üzere söz konusu düzenlemenin en kısa zamanda kanuna alınması en emin ve doğru çözüm yolu olacaktır. Söz konusu yazıda da yasal çalışmaların sürdürüldüğü vurgusuna yer verilmiştir.

2. Maddi Tazminat Talebinin Reddi Yönündeki Kararın Değerlendirilmesi

AYM ihlâli isâbetli bir şekilde ortaya koymasına rağmen başvurunun maddi tazminat talebinin reddine karar vermiştir:

“68. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvurucunun bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.”

AYM maddi tazminat talebini illiyet bağının ortaya konmaması sebebiyle reddetmiştir. Ancak somut meselede paranın nemalandırılmasına ilişkin bir düzenleme olmaması (mülkiyet hakkının ihlâli) ile başvurunun faiz getirisinden mahrum olması arasındaki illiyet bağı açıktır.

Bir başka deyişle söz konusu başvuruda açıkça ve alenen bulunan illiyet bağının olmadığından bahisle maddi tazminat talepleri isabetsiz olarak reddedilmiştir. Bu durumda başvurunun ihlâlin giderilmesi için daha uzun süreler geçecek ve zaten hâlihazırda aşılmış olan makûl süre ihlâl edilmeye devam edecektir. Bu durum da adil yargılanma hakkı bakımından ciddi bir problem teşkil etmektedir.

AYM’nin maddi tazminat hususunda, diğer kararlarındaki yaklaşımı genel bir ifadeyle şu şekildedir:

- AYM maddi tazminatın çok basit bir hesap gerektirmesi hâli dışında buna hükmetmemektedir³¹. Hesap basit olsa dahi maddi tazminata hükmedilmekte çekingen davranıldığı bir vakıadır.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAN Ulaş, **Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar Yeni Sorunlar, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme**, İstanbul 2017, s. 27.

- AYM kararlarında maddi tazminata hükmedilmesi oldukça nadir olup genellikle illiyet bağının olmaması³², belge sunulmaması³³, yargılamayı gerektirmesi³⁴ sebepleriyle bu talepler reddedilmektedir³⁵.

Sonuç olarak görülüyor ki, AYM maddî tazminat hususunda oldukça katı bir yaklaşım sergilemektedir³⁶. Bir başka deyişle ihlâlî tespiti noktasındaki esnek ve doğru yaklaşımın (AYM'nin ödeme tarihinden itibaren sürenin hesabını kabul etmesi, kanun yollarının tüketilmesini beklememesi) tam tersi olarak maddî tazminat hususunda katı bir şekilde hareket etmektedir.

Bu noktada AYM'nin maddî tazminata yönelik red kararına rağmen Devlet aleyhine tazminat davası açılıp açılmayacağı meselesi önemli bir meseledir. Somut olayda Anayasa Mahkemesi illiyet bağının olmadığından bahisle tazminat talebini reddettiğine göre artık bu konuda bir tazminat davası açılmayacağına kabulü gerekir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin kararında bu yöndeki bir davanın etkili olmayacağını vurguladığı da nazara alındığında başvurunun artık Devlet aleyhine tazminat davası açmasının beklenemeyeceği ve AİHM'ne başvuru dışında bir hukukî çare kalmadığı sonucuna varılmaktadır³⁷. AYM verdiği karar ile ihlâlî tespit etmiş olsa da ihlâlî gidermemiştir.

3. Süreye İlişkin Değerlendirme

Söz konusu sürecin somut olaydaki gibi dokuz yıl değil de çok kısa bir süre olması hâlinde Anayasa Mahkemesi'nin ihlâlî tespiti hususunda nasıl bir karar vereceği bir faraziye olarak tartışılabilir. Acaba süreç 9 yıl değil de 1 yıl sürseydi AYM kararında değişiklik olur muydu?

Öncelikle şu hususun vurgulanmasında fayda vardır. Sürenin uzun olması mahkemenin ihlâlî tespit etmesinde hareket alanını oldukça genişletmiştir. AYM, kararında birçok yerde dokuz yıllık süreye dikkat çekmiştir. Örneğin;

“60. Olayda icra müdürlüğüne sıra cetvelinin düzenlendiği tarih ile başvurucuya fiilen ödeme yapıldığı tarih arasında yaklaşık dokuz yıllık süre geç-

³² AYM İkinci Bölüm, 19.12.2017, Başvuru Numarası: 2014/8276.

³³ AYM İkinci Bölüm, 20.03.2014, Başvuru Numarası: 2013/99.

³⁴ AYM İkinci Bölüm, 10.06.2015, Başvuru Numarası: 2013/6670.

³⁵ Kararlara ilişkin toplu bir değerlendirme için bkz. **KARAN**, s. 39-40.

³⁶ **KANADOĞLU**, s. 247; **KARAN**, s. 39.

³⁷ **AKKAN**, Pekcanıtez Usûl, s. 2893.

miştir. Cebri icranın bir parçası olan sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde geçen dokuz yıllık makul olmayan sürede borçlu ve alacaklının hak ve menfaatlerini koruyucu ve durumun gerektirdiği olağan tedbirlerin idare tarafından alınması beklenmektedir.

61. Borçluya ait taşınmazların satışından tahsil edilen bedelin alacaklılara ödendiği ana kadar alacaklının para üzerinde tasarrufta bulunma, parayı kullanma veya paranın değerinin enflasyon karşısında aşınmasını önleyici tedbirler alma imkanı bulunmamaktadır. Tahsil edilen bedel bu süreçte henüz icra müdürlüğünün yedi ve kontrolü altındadır. Dolayısıyla bu paranın enflasyon karşısında kıymet yitirmesini önleyebilecek olan da para üzerinde tasarrufta bulunma kudretini elinde bulunduran icra müdürlüğüdür. Tahsil edilen ihale bedelinin alım gücünü kaybetmesini engellemenin yolu bunun nemalandırılmasıdır. Ayrıca bu paranın nemalandırılması, icra müdürlüğüne olağan idari işleyişin ötesinde bir külfet de yüklememektedir. İcra müdürlüğünün yapması gereken tek şey, ihale bedelinin vadesiz mevduat hesabında bekletilmesi yerine vadeli bir hesapta tutulmasıdır. Bu nedenle olayın somut koşulları gözetildiğinde mülkiyet hakkının korunması ödevinin gerektirdiği pozitif yükümlülüklerin, ihale bedelinin nemalandırılması tedbirinin alınmasını da içerdiği sonucuna ulaşılmaktadır.”

AYM birçok yerde dokuz yıllık süreye vurgu yapmış olsa da kararda ortaya koyduğu ilkeler nazara alındığında daha kısa bir sürenin geçmiş olması hâlinde AYM’nin mülkiyet hakkının ihlâli hususunda farklı bir karar veremeyeceği söylenebilir.

“61. Borçluya ait taşınmazların satışından tahsil edilen bedelin alacaklılara ödendiği ana kadar alacaklının para üzerinde tasarrufta bulunma, parayı kullanma veya paranın değerinin enflasyon karşısında aşınmasını önleyici tedbirler alma imkanı bulunmamaktadır. **Tahsil edilen bedel bu süreçte henüz icra müdürlüğünün yedi ve kontrolü altındadır. Dolayısıyla bu paranın enflasyon karşısında kıymet yitirmesini önleyebilecek olan da para üzerinde tasarrufta bulunma kudretini elinde bulunduran icra müdürlüğüdür. Tahsil edilen ihale bedelinin alım gücünü kaybetmesini engellemenin yolu bunun nemalandırılmasıdır. Ayrıca bu paranın nemalandırılması, icra müdürlüğüne olağan idari işleyişin ötesinde bir külfet de yüklememektedir. İcra müdürlüğünün yapması gereken tek şey, ihale bedelinin vadesiz mevduat hesabında bekletilmesi yerine vadeli bir hesapta tutulmasıdır. Bu nedenle olayın somut koşulları gözetildiğinde mülkiyet hakkının korunması**

ödevinin gerektirdiği pozitif yükümlülüklerin, ihale bedelinin nemalandırılması tedbirinin alınmasını da içerdği sonucuna ulaşılmaktadır.”

Görüldüğü üzere AYM kararında sürecin uzunluğundan bağımsız olarak ilkel bir çok değerlendirme yapmıştır. Tahsil edilen paranın icra müdürlüğünün yed’inde bulunduğu, bu paranın kıymetini koruyabilecek olanın yalnızca icra müdürlüğü olduğu ve paranın kıymetinin nemalandırma yoluyla korunabileceği hususları zaman mefhumundan bağımsız olarak ortaya konmuş görünmektedir. Sonuç olarak AYM kararında ortaya konulan ilkeler ve doktrinde savunulan görüşler çerçevesinde sıra cetvelinin kesinleşmesi süreci ne kadar kısa olsa da paranın nemalandırılması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

VI. SONUÇ

AYM kararında ortaya konulan ilkeler ve doktrinde savunulan görüşler çerçevesinde sıra cetvelinin kesinleşmesi süreci ne kadar kısa olsa da paranın nemalandırılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Paranın nemalandırılması mülkiyet hakkını açıkça ihlâl etmektedir.

Bu durumda ihlâlın ortadan kaldırılması için en elverişli ve etkili yol bir yasal düzenleme yapılmasıdır. Bu yolun en kısa sürede işletilmesi ve gerekli yasal düzenlemenin yapılması hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Zira bir hukuk devletinin Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen sistematik bir mülkiyet hakkı ihlâlını ortadan kaldıracak yasal düzenlemeyi yapmaması düşünülemez. Aksi durum Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuruya ilişkin olarak verdiği kararlarının etkinliğinin sorgulanmasına yol açacaktır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi’nin verdiği ihlâl kararını ortadan kaldıracak önlemlerin en kısa sürede alınması anayasal bir zorunluluktur (Any. m. 153/6). Bu çerçevede Adalet Bakanlığı’nca icra dairelerine gönderilen bir yazı ile sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde paranın nemalandırılmasının istenmesi son derece önemli ve isabetli bir adım olsa da yeterli değildir. Bu noktada gerekli çözüm, yasal bir düzenleme yapılmasıdır.

Kanaatimizce *de lege ferenda* düzenlemede nemalandırma yönteminin açık bir biçimde yazılması tereddüt yaşanmaması adına isâbetli olacaktır. Keza bu nemanın taraflara ait olacağını düzenlemek de Harçlar Kanunu m. 36’nın yorumundan ortaya çıkabilecek farklılıklara karşı bir emniyet supabı görevi görecektir.

Nemalandırmanın yöntemi tespit edilirken AYM'nin incelemekte olduğumuz kararda vurguladığı esasları da nazara almak yol gösterici olacaktır. AYM'nin kararında zikrettiği nemalandırma formülü vadeli hesaptır. Nemalandırma formülünün taşınması gereken temel nitelik ise idareye yük yüklememesidir. Sonuç olarak nemalandırmanın paranın vadeli hesaba yatırılması suretiyle olması gerektiği söylenebilir. O hâlde, AYM'nin kararında ortaya koyduğu yaklaşım esas alındığında idareye yük getirmeyecek biçimde, paranın en yüksek faiz getirisini sağlayacak şekilde nemalandırılmasını sağlayacak kanunî düzenlemelerin yapılması ve ilgili diğer mevzuatın hazırlanması gereklidir. Bu çerçevede bankanın mevduat faizi seçeneklerinden en avantajlı olanının esas alınması makûl ve zorunlu görünmektedir.

KISALTMALAR

AIHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Any.	:	Anayasa
Aşa.	:	Aşağıda
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	:	Bakınız
Dn	:	Dipnot
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
İİK	:	İcra ve İflâs Kanunu
s.	:	Sayfa
T.	:	Tarih
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
Pr.	:	Paragraf
RG	:	Resmî Gazete
vd.	:	Ve devamı

KAYNAKÇA

- AKKAN Mine, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2017 (“Pekcanitez Usûl”).
- ALTIPARMAK Kerem, Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik, **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?**, Ankara 2009, s. 60-107
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, **İcra ve İflâs Hukuku**, 4. Baskı, Ankara 2018 (“İcra”).
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 4. Baskı, Ankara 2018 (“Usul”).
- ATALI Murat/ERMENEK İbrahim, **İcra ve İflâs Hukuku (Takip Hukuku I-Takip Hukuku II)**, Ankara 2018.
- ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, Ankara 2018.
- ATAR Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, 11. Bası, Ankara 2017.
- ATASOY Hakan, Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:3, Sayı:9 (20 Nisan 2012), s. 71-98.
- AYDIN Öykü Didem, Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Yıl:2011, S: 4, s. 121-170.
- BİLGİN Mahmut, **İcra ve İflas Hukukunda Sıra Cetveli**, 3. Baskı, Ankara 2016.
- CENGİZ Serkan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Standardı Açısından İki Yıllık Anayasa Mahkemesi Başvuru Uygulamasının Değerlendirilmesi, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru:Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması** (Hazırlayanlar: GÖZTEPE Ece/ALPBAZ Mustafa Mert), İstanbul 2017, s. 174-238.
- ÇELİKİYAY Hakan Sabri, Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının “Başvuru Yollarının Tüketilmesi Ölçütü” Açısından Değerlendirilmesi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl 2015, C. 73, S.1, s. 21-61.
- DEYNEKLİ Adnan/KISA Sedat, **Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli**, 3. Bası, Ankara 2005.
- DOĞRU Osman, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi**, İstanbul 2013.

EKİNCİ Hüseyin, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak “Başvuru Yollarının Tüketilmesi Sorunu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:3, Sayı:11 (Ekim 2012), s. 1-20.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 22. Baskı, Bursa 2018.

KABOĞLU İbrahim Özden, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 13. Baskı, İstanbul 2018.

KANADOĞLU Korkut, **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru**, İstanbul 2015.

KARAN Ulaş, **Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar Yeni Sorunlar, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme**, İstanbul 2017.

KARSLI Abdurrahim, **İcra ve İflas Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul 2014.

KORKMAZ Ramazan, **Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru**, 2. Baskı, İstanbul 2017.

KURU Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Ankara 2013 (“El Kitabı”).

KURU Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, Ankara 2017 (“İcra Ders Kitabı”).

KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, **İcra ve İflas Hukuku**, 28. Baskı, Ankara 2014.

MERİÇ Nedim, **Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları**, Ankara 2015.

MUŞUL Timuçin, **İcra ve İflâs Hukuku**, C. I, 6. Baskı, Ankara 2013.

PEKCANITEZ Hakan, Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, **Makaleler**, C. 1, İstanbul 2016, s. 211-243.

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 6. Bası, İstanbul 2018 (“Usûl”).

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku**, 11. Bası, Ankara 2013 (“İcra”).

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 5. Bası, İstanbul 2018 (“İcra Ders Kitabı”).

POSTACIOĞLU İlhan E./ALTAY Sümer, **İcra Hukuku Esasları**, 5. Bası, İstanbul 2010.

ŞİRİN Tolga, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, İstanbul 2015 (“Bireysel Başvuru Hakkı”).

- ŞİRİN Tolga, Anayasa Şikâyeti Hakkı: Üçüncü Yıl Değerlendirmesi, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru:Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması** (Hazırlayanlar:GÖZTEPE Ece/ALPBAZ Mustafa Mert), İstanbul 2017, s. 26-107 (“Üçüncü Yıl Değerlendirmesi”).
- ŞİRİN Tolga, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)**, İstanbul 2013 (“Anayasa Şikâyeti”).
- TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. Bası, İstanbul 2018.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul 2004.
- YILDIRIM Mehmet Kâmil/DEREN YILDIRIM Nevhis, **İcra ve İflas Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul 2016.

İnternette Linkler Yoluyla Umuma İletim Hakkına Müdahale: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Şubat 2014 Tarihli Svensson ve Diğerleri, Retriever Sverige AB'ye Karşı Kararının İncelenmesi

Arş. Gör. Doğan KARA*

Öz: Çalışmada Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 23 Şubat 2014 tarihli “Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman ve Pia Gadd, Retriever Sverige AB'ye Karşı” Kararı incelemeye tabi tutulmuştur. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın söz konusu kararında link verme yoluyla bir eserin başka bir internet sitesi bünyesinde internet kullanıcılarına sunulmasının eser sahibinin umuma iletim hakkını ihlal edip etmediği tartışılmaktadır. Bu açıdan mevcut çalışmada öncelikle karara konu olan uyuşmazlık başlığı altında uyuşmazlığa yol açan vakıalar, ulusal yargı mercilerinin çözümleri ve Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından çözümlenmesi beklenen ön sorunlar üzerinde durulmuştur. Daha sonra uyuşmazlığın hukuki çerçevesi çizilerek Adalet Divanı'nın ön sorunlara getirdiği çözümler çalışmaya aktarılmıştır. Son bölümde ise link verme kavramı ve link verme çeşitleri incelenerek, link verme yoluyla umuma iletim hakkının nasıl ihlal edilebileceği üzerinde durulmuş ve karara yönelik eleştiriler belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Umuma İletim Hakkı, Avrupa Birli Adalet Divanı, Link, Umu-
ma İletim Fiili, Dâhili ve Harici Link Verme

* Makale Geliş Tarihi: 13.11.2018. Makale Kabul Tarihi: 12.12.2018. Bu karar incelemesi hakem denetiminden geçmemiştir.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0001-5322-4954); dkara@gsu.edu.tr

Katkılarından ötürü değerli meslektaşım Arş. Gör. Rifat Cankat'a teşekkürlerimi sunarım.

Violations of the Rights of Communication to the Public on the Internet via Linking: Examination of the Decision dated 13 February 2014 “Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman and Pia Gadd v. Retriever Sverige AB” of the Court of Justice of the European Union

Abstract: In the study, the Case dated 13 February 2014 “Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman and Pia Gadd v. Retriever Sverige AB” of the Court of Justice of the European Union is examined. In this case, it is discussed whether the communication of the work to the internet users within another website via clickable link violates the right of communication to the public. In this respect, the present study primarily focuses on the facts leading to conflict, the solutions of national judicial authorities and the preliminary problems to be resolved by the Court of Justice of the European Union. Subsequently, the legal framework of the dispute is determined and the solutions brought to the preliminary problems of the Court of Justice are dedicated in the study. In the last section, the concept of linking and the types of linking are examined, the violation of the right of communication to the public via linking is discussed and criticisms about the decision are expressed.

Keywords: Right of Communication to the Public, the Court of Justice of the European Union, Clickable Link, Act of Communication to the Public, Internal and External Linking.

GİRİŞ

Günümüzde 4.02 milyar internet kullanıcısı (*dünya nüfusunun %53'ü*), 5.13 milyar mobil kullanıcısı (*dünya nüfusunun %68'i*) bulunduğu düşünürse internet kullanımının boyutları daha açık bir şekilde anlaşılabilir. Bilişim toplumuna geçişle birlikte internet kullanımının artması, bilgiye ulaşımın kolaylaşması ve çabuklaşması sonucunu doğurmaktadır. İnternet sitelerinde ise bilgiye ulaşımın kolaylaştırılması ve çabuklaştırılması için birçok farklı siteye link verilmekte, söz konusu link verme işlemi farklı teknik şekillerde gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıca link verme yoluyla internet sitelerinin bellekleri gereksiz meşgul edilmemekte, söz konusu çabukluk ve kolaylık ayrıca teknolojik birçok yararı da beraberinde getirmektedir.

Nitekim link verme işleminin sağladığı kolaylıklar bir yana bırakılırsa, link verme işlemi fikri haklar bakımından da birçok tehlikeyi beraberinde getirmekte ve birçok hukuki tartışmaya sebep olmaktadır. Link verme tek-

niklerinin farklılaşmasıyla link verme yoluyla bağlantı kurulan eserin hangi siteye ait olduğu anlaşılmaksızın internet kullanıcılarının erişimine sunulması söz konusu olmakta, bu durum eser sahibinin fikri haklarının ihlal edilip edilmediği tartışmalarını canlandırmaktadır. Öte yandan eserin hangi kaynağa ait olduğu ve söz konusu kaynağın güvenilirliği de tartışmaya açılmaktadır. Özellikle link veren internet sitesinin link verdiği eseri kendi internet sayfasında sanki kendisine ait bir içerikmiş gibi kullanıcılarına sunması durumunda muhtemel hak ihlalleri gündeme gelmektedir. Esasen fikri hakların mutlak hak olma karakterinin internetin gelişmesi ile birlikte uygulama alanı zorlaşmaktadır. Söz konusu bu tartışmaları değerlendirmek üzere mevcut çalışmada Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 23 Şubat 2014 tarihli "*Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman ve Pia Gadd, Retriever Sverige AB'ye Karşı*" Kararı incelemeye tabi tutulacaktır.

Bu açıdan mevcut çalışmada öncelikle karara konu olan uyuşmazlık başlığı altında uyuşmazlığa yol açan vakıalar, ulusal yargı mercilerinin çözümleri ve Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından çözümlenmesi beklenen ön sorunlar üzerinde durulacaktır. Daha sonra uyuşmazlığın hukuki çerçevesi çizilerek Adalet Divanı'nın ön sorunlara getirdiği çözümler çalışmaya aktarılacaktır. Son bölümde ise link verme kavramı ve link verme çeşitleri incelenecek, link verme yoluyla umuma iletim hakkının nasıl ihlal edilebileceği üzerinde durularak karara yönelik eleştiriler belirtilecektir.

I. KARARA KONU OLAN UYUŞMAZLIK

A. Kararda Bahsi Geçen Vakıalar

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 23 Şubat 2014 tarihli "*Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman ve Pia Gadd, Retriever Sverige AB'ye Karşı*" Kararı¹, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 267. maddesi uyarınca İsveç Svea İstinaf Mahkemesi'nin Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan (CJUE) ön karar talebine ilişkindir. Ön karar talebi, Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Haklarının ve Komşu Hakların Çeşitli Yönlerinin Uyumlaştırılması Hakkında 22 Mayıs 2001 tarihli ve 2001/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu

¹ Kararın farklı dillerde çevirisi bulunan metni için bkz.: Arrêt de la Cour (quatrième chambre) du 13 février 2014, S. C-466/12, (çevrimiçi, www.curia.europa.eu, 25.05.2018). Bu çalışmada kararın İngilizce ve Fransızca metinlerinden yararlanılmıştır.

ve Konsey Direktifi'nin² 3. maddesinin umuma iletim hakkını düzenleyen 1. paragrafının yorumu hakkındadır.

Asıl davada başvuru sahibi olan gazeteciler (*Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman ve Pia Gadd*) kaleme aldıkları köşe yazılarını bir yandan *Göteborgs-Posten* adlı gazetede, öte yandan da *Göteborgs-Posten* adlı gazetesinin internet sitesinde yayımlamışlardır. *Retriever Sverige* ise “www.retriever.se” alan adlı bir internet sitesi işletmekte ve sitesini kullanan müşterilerine ihtiyaçları ve ilgi alanları doğrultusunda internette yayımlanmış olan makalelerin ve köşe yazılarının internet linklerini içeren listeler sunmaktadır. Site kullanıcıları ise bu linkler aracılığıyla ulaşmak istedikleri yazılara erişebilmektedir. *Retriever Sverige, Göteborgs-Posten* Gazetesinin internet sitesinde yayımlanmış olan *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman ve Pia Gadd*'ın köşe yazılarının internet linklerini de sitesinde müşterilerine sunmuştur. *Göteborgs-Posten* Gazetesinin internet sitesinde yayımlanmış olan köşe yazılarının herkese açık olduğu ve bütün internet kullanıcılarının serbestçe siteye girerek bu yazılara ulaşabildiği konusunda taraflar arasında bir ihtilaf bulunmamaktadır.

Asıl davadaki davacılar göre, davalı *Retriever Sverige*'nin internet sitesini kullanan müşteriler linklerden birinin üzerine tıkladıkları zaman ilgilendikleri eserlere ulaşmak için başka bir internet sitesine geçiş yaptıklarını açıkça fark edememekte, bağlantı kurulan internet sitesinin sağladığı içerik, link veren internet sitesinin içeriği gibi görüntülenmektedir³. Buna karşılık

² Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Haklarının ve Komşu Hakların Çeşitli Yönlerinin Uyumlaştırılması Hakkında 22 Mayıs 2001 tarihli ve 2001/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi), Journal officiel des Communautés européennes (Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi), T. 22.6.2001, S. L 167/10, (çevrimiçi, www.eur-lex.europa.eu, 25.05.2018).

³ Dolayısıyla davacıların iddiasına göre *Retriever Sverige*'nin internet sitesinin içerdiği bağlantının bir “*intern (dâhili) link*” olduğu iddia edilmektedir. Bu tür linklerde kullanıcı, link verilen internet sayfasında bulunan linki tıkladığında link veren internet sitesinde kalmakta, fakat bağlantı kurulan internet sitesinin içeriği sanki kendi içeriğiymiş gibi görüntülenmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: AYHAN İZMİRLİ Lale, **Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının Korunması ve İhlali**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 186-190; EROĞLU Sevilay, “İnternette Aktif Linkler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt II: Ticaret Hukuku (devam) Özel Hukukun Diğer Dalları, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2003, s. 209-247, s. 212-214; MEMİŞ Tekin, “Fikri Hukuk Bakımından Link ve Frame Verilmesi”,

davalı *Retriever Sverige*'ye göre ise bir müşterinin internet sitesindeki linklerden birine tıklaması durumunda eserin bulunduğu diğer internet sitesine yönlendirildiği ve bu köprü bağlantı yoluyla bağlantı kurulan diğer internet sitesine ulaştıkları açıktır⁴.

Yukarıda açıklanan sebeplerle *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman ve Pia Gadd*, üzerinde hak sahibi oldukları eserlerin bulunduğu internet sitesine erişim sağlayan internet linklerinin davalı *Retriever Sverige*'nin internet sitesine eklenmesiyle zarara uğradıklarından bahisle söz konusu zararın tazmin edilmesini talep etmişlerdir.

B. Ulusal Yargı Mercilerinin Konuya Yaklaşımı

Asıl davada davacı olan *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman ve Pia Gadd*, üzerinde hak sahibi oldukları eserlerin, davalı *Retriever Sverige*'nin internet sitesi tarafından rızaları olmadan müşterilerinin kullanımına sunularak işletildiğini ve bu sebeple zarara uğradıklarından bahisle söz konusu zararın tazmin edilmesini Stockholm Yerel Mahkemesi'nden (*Stockholms Tingsrätt*) talep etmişlerdir.

11 Haziran 2010'da yapılan yargılamada Stockholm Yerel Mahkemesi, davacıların zararlarının tazmin edilmesi taleplerini reddetmiştir. Davacılar, Stockholm Yerel Mahkemesi tarafından verilen kararın kaldırılarak kendi talepleri doğrultusunda yeni bir karar verilmesi amacıyla Stockholm Yerel Mahkemesi tarafından verilen ret kararına karşı Svea İstinaf Mahkemesi'ne (*Svea Hovrätt*) başvurmuşlardır.

Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 22, Sayı: 2, 2002, s. 393-412, ("Link ve Frame" şeklinde kısaltılmıştır.), s. 394, 395.

⁴ Dolayısıyla davalı *Retriever Sverige*'nin iddiasına göre internet sitesinin içerdiği bağlantı bir "*ekstern (harici) bağlantı*" ya da "*basit aktif link*" olma özelliği taşımakta ve içerdiği bu köprü bağlantı ile link veren internet sayfasından bağlantı kurulan diğer internet sayfasına ulaşılmasını sağlamaktadır. Davalının iddiasına göre link veren internet sitesi, ulaşılacak eserleri kendi internet sitesinin içeriğiymiş gibi göstermemektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **AYHAN İZMİRLİ**, s. 186-190; **EROĞLU**, s. 213; **MEMİŞ**, Link ve Frame, s. 394, 395. Ayrıca "*deep-linking, derin link ya da lien intérieur*" olarak ifade edilen link şeklinde de internet kullanıcısı başkasına ait bir internet sitesinin ana sayfasına yönlendirilmekte, bağlantı kurulan internet sitesinin derininde bulunan iç sayfalar ile bağlantı kurulmaktadır. Bu durumda internet kullanıcısında linki içeren site tarafından oluşturulmuş bir sayfaya yönlendirildiği inancı oluşabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **GILLIÉRON Philippe, Propriété intellectuelle et Internet**, Publication CEDIDAC Série dirigée par le professeur François Dessemontet, Lausanne, 2003, s. 200.

Svea İstinaf Mahkemesi'nde yapılan yargılama esnasında davacılar, *Retriever Sverige'nin* eserlerinin umuma iletilmesi suretiyle kendilerine mali menfaat elde etme yetkisi veren umuma iletim haklarının ihlal edildiğini savunmuşlar ve davalı *Retriever Sverige'nin* sunduğu hizmet sayesinde müşterilerinin kendi eserlerine daha kolay ulaşma imkânı edindiklerini ifade etmişlerdir.

Bu iddialara karşılık davalı *Retriever Sverige*, başka internet sitelerinde daha önceden umuma iletilmiş olan eserlerle bağlantı kurmaya yarayan internet linklerine sitesinde yer alan listelerde yer vermiş olmasının eser sahiplerinin fikri haklarını ihlal edecek muhtemel bir haksız fiil teşkil etmediğini savunmuştur. Davacı ayrıca kendi fiilinin müşterilerinin ilgisini çekebilecek çeşitli eserlerin bulunduğu internet sitelerini, hazırladığı listelerde müşterilerine belirtmek ve bildirmekten ibaret olduğunu, bu surette hukuken korunan herhangi bir eserin içeriğini kendi internet sitesine aktarmadığını ifade etmiştir⁵.

Ortaya koyulan iddia ve savunmalar ışığında Svea İstinaf Mahkemesi, konuyu bekletici mesele yaparak Avrupa Birliği Adalet Divanı'na ön sorun şeklinde çözümlenmesini talep ettiği hukuki meseleleri iletmıştır. Böylece Svea İstinaf Mahkemesi, Avrupa Birliği Hukuku'nun müşterek tatbikini sağlamak amacıyla Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan ön karar talebinde bulunmuştur.

C. Çözümlemesi Beklenen Ön Sorunlar

Svea İstinaf Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan link verme yoluyla umuma iletim hakkına müdahale edilip edilemeyeceği hususunda üç temel ön soru yöneltmiş, son ön soru ile de üye ülkelerin eser sahiplerinin fikri haklarını koruyucu önlemler alma hususunda takdir yetkilerinin ne dere-

⁵ Davacı savunmasında linkin bağlandığı internet sitesinin içeriğine etki derecesine göre basit aktif linkler verdiği ve bu linklerin harici, ekstern link olma özelliğini gösterdiği yönündeki savunmasını devam ettirmiştir. Bu link türü ile kaynak metinde kullanıcı tarafından görülebilen ve tıklanmasıyla aktif hale getirilebilen başka bir içeriğe basit bir bağlantı kurulmaktadır. Bu aktif linkler kitaplardaki arama endekslerine benzetilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bknz.: **EROĞLU**, s. 213. Ayrıca farklı link kategorileri ve bunların fikri haklar üzerindeki etkileri hakkında detaylı bilgi için bknz.: **GILLIÉRON**, s. 198- 201; **LURIA**, Mary, "Controlling Web Advertising: Spamming, Linking, Framing, And Privacy", **The Computer Lawyer**, Vol. 14, s. 10 vd; **SABLEMAN** Mark, "Link Law: The Emerging Law of Internet Hyperlinks", **International Journal of Communications Law and Policy**, 1999, s. 558 vd.

ce olduğunu sorgulamıştır. Svea İstinaf Mahkemesi'nin Adalet Divanı'nın ön kararına konu olmasını istediği ön sorunlar şöyledir:

“Bir eser üzerinde hak sahibi olan kişi dışındaki diğer bütün kişilerin, kendi internet sitelerinde oluşturdukları linkler ile eserin bulunduğu internet sitesiyle bağlantı kurmaları 2001/29 sayılı Direktif in 3. maddesinin 1. paragrafı uyarınca eser açısından bir “umuma iletim” teşkil eder mi?”

“Link verme yoluyla bağlantı kurulan eserin herkesin hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın erişebildiği bir internet sitesinde yer alması yahut aksine bu internet sitesine erişimin çeşitli şekillerde sınırlandırılmış olması, ilk soru için yapılacak olan hukuki değerlendirmeyi etkiler mi?”

“İlk soru için yapılacak olan hukuki değerlendirmede internet kullanıcısının linke tıkladıktan sonra eserin başka bir internet sayfasında görüntülenmesi ya da aksine eserin linkin bulunduğu internet sitesinin sayfasında görüntülediği intibainın uyandırılması şeklinde bir ayırım yapılması yerinde olur mu?”

“Üye devletlerin eser sahibinin münhasır haklarını özellikle umuma iletim hakkını 2001/29 sayılı Direktif in 3. maddesinin 1. paragrafına nazaran daha geniş bir yelpazede koruması mümkün müdür?”

II. AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANININ ÇÖZÜMÜ VE HUKUKİ GEREKÇELERİ

A. Hukuki Çerçeve ve Uygulanması Gereken Avrupa Birliği Mevzuatı⁶

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın önüne uyuşmazlığın hukuki çerçevesi çizilirken ilk olarak uluslararası hukuk metinlerinden, 09.09.1886 tarihinde kabul edilmiş ve 24.07.1971 tarihinde Paris Belgesi ile tadil edilmiş olan Bern Sözleşmesi üzerinde durulmalıdır. Türkiye tarafından 07.07.1995 tarihli ve 4117 sayılı Kanun⁷ ile uygun bulunan Bern Sözleşmesinin 11. maddesinde

⁶ Bu başlık altında incelenen hukuki metinler arasında esasen dördüncü ve son ön soruyu ilgilendiren ve Avrupa Birliği'nde “harmonisation” yani Avrupa Birliği hukuki ile üye devletlerin hukuk sistemlerinin uyumlaştırılmasını içeren 2001/29 sayılı Direktif'in 1, 4, 6, 7, 9, 19 maddeleri, umuma iletim hakkını ilgilendirmemesi sebebiyle her ne kadar karar da bahsedilmişse de bu kısmın kapsamına dâhil edilmemiştir.

⁷ Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesinde Değişiklik Yapan ve 1979'da Tadil Edilen Paris Metni, RG T. 12.07.1995, S. 22341.

umuma iletim hakkı, “(1) Edebiyat ve sanat eserleri sahipleri: (i) Eserlerinin radyo ve televizyon ile yayınlanmasına veya telsiz olarak işaret, ses veya görüntü nakline yarayan her türlü araçla topluma iletilmesine; (ii) Eserinin kablo ile topluma iletimine veya radyo ve televizyon yayınlarının kaynak kuruluştan başka bir kuruluş tarafından yapılması halinde tekrarlanmasına; (iii) Radyo ve televizyon ile yayınlanan eserinin hoparlör ile veya diğer benzer bir araçla ya da işaret, ses ve görüntü nakleden bir araçla topluma iletimine, izin verme hususunda inhisari bir hak sahibidir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Söz konusu uyumsuzluğun hukuki çerçevesi çizilirken ikinci olarak 02.05.2007 tarihli ve 5646 sayılı Kanun ile Türkiye tarafından da uygun bulunan OMPI Telif Hakları Anlaşması’nın⁸ 9 umuma iletim hakkını düzenleyen 8. maddesine atıfta bulunulmalıdır. OMPI Telif Hakları Anlaşması’nın “*Kamuya İletim Hakkı*” başlığını taşıyan 8. maddesine göre “*Bern Sözleşmesi’nin 11 (1) (ii), 11 Mükerrer (1) (i) ve (ii), 11 ikinci mükerrer (1) (ii) ve 14 (1) (ii) ve 14 mükerrer (1) maddeleri, hükümleri haleldar edilmeksizin, edebiyat ve sanat eserleri sahipleri, eserlerinin telli ya da telsiz ortamda, toplum üyelerinin kendileri tarafından seçilen bir yer ve zamanda bu eserlerden kişisel olarak yararlanacak biçimde topluma iletilmesine izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir.*”

Üçüncü olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı esasen önüne gelen uyumsuzluğu karara bağlarken Avrupa Birliği Hukuku kapsamında daha önce yukarıda andığımız “*Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Haklarının ve Komşu Hakların Çeşitli Yönlerinin Uyumlaştırılması Hakkında 22 Mayıs 2001 tarihli ve 2001/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi*” kapsamında bir inceleme yapmıştır. Adalet Divanı, bu çalışmaya konu olan uyumsuzluğa söz konusu 2001/29 sayılı Direktif’in “*Eserlerin Kamuya İletim Hakkı ve Diğer Korunan Nesnelerin Kamunun Erişimine Sunulması Hakkı*” başlığını taşıyan 3. maddesinde düzenlenen umuma iletim hakkını yorumlayarak bir çözüm yolu getirmiştir. 2001/29 sayılı Direktif’in 3. maddesinde umuma iletim hakkı

⁸ Dünya Fikri Mülkiyet Hakları Örgütü Telif Hakları Anlaşması, RG T. 14.04.2008, S. 26876. Farklı dillerdeki orijinal metinleri için bkz.: çevrimiçi, www.wipo.int, 25.05.2018.

⁹ 20 Aralık 1996 tarihinde Dünya Fikri Mülkiyet Hakları Örgütü tarafından kabul edilen OMPI Telif Hakları Anlaşması, Avrupa Toplulukları adına 2000/278 sayılı ve 16.03.2000 tarihli Konsey Kararı ile kabul edilmiştir. Bknz.: Journal officiel des Communautés européennes (Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi), T. 16.03.2000, S. L 89/6, (çevrimiçi, www.eur-lex.europa.eu, 25.05.2018).

“(1) Üye devletler, eser sahiplerine, eserlerini, kendi seçtikleri yer ve zamanda kamunun erişimlerine sunulması hakkını da içeren, telli veya telsiz araçlarla umuma her türlü iletimine izin verme ve yasaklama münhasır haklarını sağlar. (3) 1. ve 2. fıkralarda belirtilen haklar, bu maddede yer alan umuma iletim veya kamunun erişimine sunma fiillerinin gerçekleşmesi ile tükenmez.” şeklinde düzenlenmiştir.

Türk Hukuku’nda umuma iletim hakkı¹⁰ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun (FSEK)¹¹ “İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı” başlığını taşıyan 25. maddesi ile düzenlenmiştir. Umuma iletim hakkını uluslararası anlaşma metinlerine ve Avrupa Birliği mevzuatına uygun bir şekilde düzenleyen FSEK m. 25’e göre “(1) Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dâhil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir. (2) Eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir. (3) Bu madde ile düzenlenen umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumu eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmez.”

¹⁰ Türk Hukuku’nda umuma iletim hakkı için bkz.: BOZBEL Savaş, “FSEK’e Göre Yayın, Yeniden Yayın, Yeniden İletim ve Diğer Mali Haklardan Farkları”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010**, (Editör: Tekin Memiş), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 107-132; ÖZTAN Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 384 vd.; BOZBEL Savaş, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 86-98; TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 193-197; KARASU Rauf / SULUK Cahit / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 96-101; EREL Şafak, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, 182-186. İsviçre Hukuku’nda umuma iletim hakkı için bkz.: DESSEMONTET François, **Le droit d’auteur**, Publication CEDIDAC Série dirigée par le professeur François Dessemontet, Centre du droit de l’entreprise (droit industriel, droit d’auteur, droit commercial de l’Université Lausanne, Lausanne 1999, s. 186 vd.

¹¹ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, RG T. 13.12.1951, S. 7981.

B. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın İlk Üç Ön Soruya Dair Hukuki Değerlendirmesi

Yukarıda ifade edilen ilk üç ön soruya ilişkin olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı, öncelikle 2001/29 sayılı Direktif'in 3. maddesinin 1. paragrafı uyarınca bir internet sitesinin, herkesin içeriğine erişebildiği başka bir internet sitesinde bulunan ve hukukten korunan bir esere link vermesinin bir “kamuya iletim fiili, (*acte de communication au public, act of communication to the public*)” teşkil edip etmemesinin tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu kapsamda 2001/29 sayılı Direktif'in ilgili hükmü uyarınca eserin kamuya iletilmesi anlamını taşıyan herhangi bir fiilin gerçekleştirilebilmesi için eser sahibinin ya da onun haklarını haiz olan kişilerin eserin kamuya iletilmesine rıza göstermesi gerektiği ifade edilmiştir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'na göre kamuya iletim fiilinden bahsedebilmek için iki şartın kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar öncelikle bir iletim fiilinin bulunması¹² ve bu iletimin kamuya ya da bir umuma yapılmış olması şeklinde ifade edilmektedir¹³. Yüksek Mahkeme'ye göre bir iletim fiilinin varlığı tespit edilirken, fikri hak sahiplerinin belirli bir seviyenin üzerinde korunmasının sağlanması için genişletici yorum yapılmalı ve kamuya iletim kavramının birçok şekilde gerçekleşebileceği unutulmamalıdır.

Mevcut olayda öncelikle tespit edilmesi gereken husus, bir internet sitesinde hiçbir erişim sınırlamasına tabi olmaksızın yayımlanmış olan bir esere link verme yoluyla, başka bir internet sitesinin kendi kullanıcılarına esere doğrudan erişim imkânı sağlanması durumunda bir iletim fiili gerçekleşip gerçekleşmemiş olması durumudur. 2001/29 sayılı Direktif'in 3. maddesinin 1. paragrafı uyarınca bir iletim fiilinden bahsedilmek için, “umumu” ya da “kamuyu” oluşturan kişilerin kendilerine iletilen esere erişebilme imkânını

¹² Öğretide bahsettiğimiz iletim fiili, “bir yayın işleminin bulunması” şeklinde de ifade edilmekte olup, umuma iletim hakkı “yayın hakkı” şeklinde de ifade edilmektedir. Bu husus eser sahibinin diğer mali haklarından olan “yayma hakkı” ile de karışıklık arz edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **BOZBEL**, Fikri Mülkiyet, s. 87.

¹³ Adalet Divanı, 7 Mart 2013 tarihli ve C-607/11 sayılı “*ITV Broadcasting Ltd ve diğerleri, TV Catchup Ltd'ye karşı*” Kararı'nda “iletim” kavramının içeriğini incelemiş, ardından da koruma kapsamında olan eserin gerçekten bir kamuya, belirli bir topluluğa iletilmiş olup olmadığını değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme söz konusu kararın 26. paragrafında davalının karşı çıkmasına rağmen, bir televizyon yayınının internete aktarılacak kamunun erişimine sunulmasını bir kamuya iletim fiili olarak nitelendirmiş ve eser sahibinin rızasının aranması gerektiğini belirtmiştir. Karar metni için bkz.: çevrimiçi, www.curia.europa.eu, 25.05.2018.

kullanıp kullanmamalarına bakılmaksızın esere erişme imkânına sahip kılınmaları gerekmektedir. Mevcut durumda bir sitede yayımlanmış olan esere link verme, eserin erişilebilir kılınması anlamına gelmekte, bu sebeple salt link verme olgusu bir “*iletim fiili*” teşkil etmektedir.

Yukarıda ifade edilen ikinci şarta gelinecek olursa, kamuya iletimden bahsedebilmek için eserin esasen bir kamuya ya da umuma iletilmesi gerekmektedir. Buradaki “*kamu*” ya da “*umum*” kavramı, belirsiz sayıda muhtemel alıcıyı ifade etmekte, ayrıca söz konusu muhtemel alıcıların önemli addedilebilecek bir sayıda olması¹⁴ ve belirli bir çoğunluk eşliğini aşması gerekmektedir^{15 16}.

Bir internet sitesi yöneten kişinin internet linkleri vermek vasıtasıyla gerçekleştirdiği iletim fiili, internet sitesini kullanan ya da kullanma ihtimali bulunan muhtemel kullanıcıların tümünü hedeflemektedir. O halde Adalet Divanı’na göre, site yöneticisi tarafından idare edilen söz konusu muhtemel kullanıcılar, belirsiz ve önemli addedilebilecek sayıda alıcıyı ifade ettiğinden site yöneticisinin link verme fiili, bir umuma iletim fiili olarak nitelendirilebilir.

Adalet Divanı’na göre mevcut olaydaki umuma iletim örneğinde olduğu gibi daha önce umuma iletilmiş olan eserin aynı teknik tarzda (*internette*) tekrar umuma iletilmesi durumunda, Adalet Divanı’nın müstakar içtihadı ve 2001/29 sayılı Direktif’in 3. maddesinin, 1. paragrafı uyarınca bir iletimden bahsedebilmek için söz konusu iletimin “*yeni bir kamuya ya da umuma*” iletilmiş olması gerekmektedir. O halde umuma iletim hakkına sahip olan kişi tarafından daha önceki kamuya iletim fiilinde rıza gösterilmiş olan kamuya ya da umuma eserin tekrar iletilmesi durumunda söz konusu “*kamu*” ya da

¹⁴ Bu husus, Roma Hukuku’ndan günümüze temel bir hukuk kuralı olan “*De minimis non curat lex*” ya da “*Kanun küçük şeyleri umursamaz.*” kuralını akıllara getirmektedir.

¹⁵ Adalet Divanı, söz konusu görüşünü temellendirirken 7 Aralık 2006 tarihli ve e C-306/05 sayılı “*SGAE, Rafael Hoteles SA’ya karşı*” Kararı’na atıf yapmaktadır. Adalet Divanı, söz konusu kararın 37 ve 38. paragraflarında “*umum*” ya da “*kamu*” kavramını yorumlarken, bu kavramın belirsiz sayıda mevcut ve muhtemel kişileri ifade ettiğini ve ifade ettiği bu kümenin de önemli addedilebilecek sayıda olması gerektiğini ifade etmektedir. Aynı husus Adalet Divanı’nın 2 Haziran 2005 tarihli ve C-89/04 sayılı Mediakabel Kararı’nın 30. paragrafında ve 14 Temmuz 2005 tarihli ve C-192/04 sayılı Lagardère Active Broadcast Kararı’nın 3. paragrafında da ifade edilmiştir. Söz konusu kararlar için bkz.: çevrimiçi, www.curia.europa.eu, 25.05.2018.

¹⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın “*umum*” ya da “*kamu*” tanımı Alman Telif Yasası’nın umumi tanımlayan hükmüyle büyük oranda örtüşmektedir. Bknz.: dn. 41.

“*umum*” nazara alınmayacaktır¹⁷. Ancak mevcut olayda link verme yoluyla eserlerin internet sitesinin kullanıcılarına sunulması durumunda, eserlerin yeni bir kamuya iletilmediği tespiti yapılmalıdır. Zira gerçekte ilk iletim faaliyeti ile hedef tutulan kitle, ilgili sitenin bütün muhtemel kullanıcılarını içermekte, öte yandan bu siteye erişim herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamakta, bütün internet kullanıcıları serbestçe söz konusu eserlere erişim sağlayabilmektedir.

Bu şartlar altında link verme yoluyla umuma iletilen eserlere erişebilen kullanıcıların tamamı, eserlerin umuma iletildiği ilk siteye de herhangi bir müdahale veya erişim kısıtlaması olmaksızın erişebilmektedirler. O halde eserlerin umuma iletildiği ve link verme işlemini gerçekleştirmiş olan sitenin kullanıcıları, eserin umuma iletildiği ilk sitenin de muhtemel kullanıcıları olarak nitelendirilmelidirler. Bu durumda link verme yoluyla eserin umuma iletildiği ilk siteyle bağlantı kuran sitenin kullanıcıları, eser sahibinin daha önceden kendilerine eserlerinin iletilmesine rıza gösterdiği kamunun bir parçası olmaktadır. Adalet Divanı’na göre mevcut olayda yeni bir kamudan bahsedilemeyeceğinden hareketle, eser sahibinin haklarını haiz olan kişilerin rızasını gerektirecek bir umuma iletim faaliyetinden de bahsedilemeyecektir. Zira daha evvel yapılan umuma iletim faaliyeti sebebiyle verilen rıza etkisini devam ettirmekte, esasen hak sahipleri halen mevcut olan kamuya eserlerinin iletilmesi için önceden rıza göstermiş sayılmaktadır.

İnternet kullanıcısının linke tıkladıktan sonra eserin linkin bulunduğu internet sitesinin sayfasında görüntülediği intibainın uyandırıldığı yani sitenin dâhili link içerdiği yönünde bir tespit, Adalet Divanı’nın önüne gelen dosyadan anlaşılmamakta, İsveç yargı makamlarının bu yönde bir tespitine de dosyada rastlanmamaktadır. Esasen bu yöndeki bir ek tespit de Adalet Divanı’nın mevcut olayda vardığı sonucu değiştirmeyecektir.

Bir sitenin kendi kullanıcılarının erişimine sunmak üzere, erişimin serbestçe sağlanabildiği bir sitede yer alan esere link vermesi her hal ve şartta bir kamuya iletim fiili teşkil edecek, öte yandan söz konusu kamuya iletim yeni bir “*umuma*” ya da “*kamuya*” yapılmadığı için eser üzerinde hak sahibi

¹⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı, 7 Aralık 2006 tarihli ve e C-306/05 sayılı “SGAE, Rafael Hoteles SA’ya karşı” Kararı’nın 40 ve 42. paragrafında, 7 Mart 2013 tarihli ve C-607/11 sayılı “ITV Broadcasting Ltd ve diğerleri, TV Catchup Ltd’ye karşı” Kararı’nın 39. paragrafında ve 18 Mart 2010 tarihli ve C-136/09 sayılı Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon Kararı’nın 38. paragrafında aynı görüşü savunmuştur. Söz konusu kararlar için bkz.: çevrimiçi, www.curia.europa.eu, 25.05.2018.

olan kişilerin rızası bu durumda da aranmayacaktır. Buna karşılık şayet eserin bulunduğu asıl internet sitesinin erişimi yalnızca abonelerinin söz konusu eserlere ulaşabileceği şekilde sınırlandırılmış ve link verme işlemi, eserin bulunduğu internet sitesinin aldığı bu sınırlayıcı önlemleri aşmak üzere gerçekleştirilmiş olsaydı bu durumda Adalet Divanı'nın varacağı hukuki sonuç farklı olurdu. Bu durumda link veren sitenin kullanıcıları normalde eserin bulunduğu sitenin herkese açık olmaması sebebiyle erişemeyecekler bir esere, link sayesinde erişme imkânına kavuşmakta, link veren sitenin bütün kullanıcıları bu ihtimalde yeni bir “kamu” teşkil etmektedir. Zira bu durumda umuma iletim, eser sahibinin başta hesaba katmadığı ve dikkate almadığı farklı ve yeni bir kitleye yapılmakta, umuma iletimin bu yeni kitleye yapılması eser sahibinin tekrar rızasını gerektirmektedir.

Sonuç olarak, bu tip durumlarda eser sahibinin rızası, ancak eserin kamuya iletildiği ilk sitede erişimden kaldırılmış olması ya da eserin sınırlandırılmış veya kısıtlı bir kitlenin erişimine sunulmuş olması ihtimalinde aranacaktır. Mevcut durumda eser sahibinin haklarını haiz olan kişilerin rızasını gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

Bütün bu açıklamaların ışığında Avrupa Birliği Adalet Divanı, kendisine sorulan ilk üç ön soruya yanıt olarak bir internet sitenin başka bir internet sitesinde yer alan ve erişimin serbest olduğu bir esere link vermesi durumunda 2001/29 sayılı Direktif'in 3. maddesinin, 1. paragrafı uyarınca bir umuma iletim fiilinin bulunmadığını ifade etmiştir.

C. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Dördüncü ve Son Ön Soruya Dair Hukuki Değerlendirmesi

Ön karar talep eden yargı makamı Adalet Divanı'na dördüncü ve son olarak “*Üye devletlerin eser sahibinin münhasır haklarını özellikle umuma iletim hakkını 2001/29 sayılı Direktif'in 3. maddesinin 1. paragrafına nazaran daha geniş bir yelpazede koruması mümkün müdür?*” ön sorusunu yöneltmiştir. 2001/29 sayılı Direktif, eser sahibinin fikri haklarının korunması konusunda söz konusu olabilecek farklı uygulamaları, yasal eşitsizlikleri ve hukuki güvensizliği gidermeyi amaçlamaktadır. Bu durumda bir üye devletin 2001/29 sayılı Direktif'in 3. maddesinin, 1. paragrafının umuma iletim hakkının korunması konusunda daha geniş bir koruma öngörebileceğinin ve daha fazla önlem alabileceğinin kabulü, Direktif'in diğer üye devletler açısından yasal eşitsizlikleri artırıcı bir etki yaratabileceği anlamına gelecektir. Bu

durum da topluluğa üye devletler arasında hukuk güvenliğini sarsacaktır. Sonuç olarak, umuma iletim hakkı kavramının üye devletler tarafından 2001/29 sayılı Direktif’te belirlenen hukuki sistemden daha fazla önlem alınmasını gerektirir şeklinde yorumlanması, Direktif’in gözettiği amacın kaçınılmaz olarak tehlikeye düşmesi sonucunu doğuracaktır.

Şurası kesindir ki söz konusu Direktif’in 7. giriş cümlesinde açıkça ifade edildiği üzere topluluğun eser sahibinin haklarını ve komşu hakları korumak üzere oluşturduğu yasal çerçeve, iç pazarın işleyişinin gerektirdiği önlemleri almayı öngörmekte, bu açıdan iç pazarın düzgün işleyişine olumsuz etkisi bulunmayan farklılıkların kaldırılması ve önlenmesine gerek duyulmamaktadır. Dolayısıyla direktif, iç pazarın işleyişine dokunmayan eşitsizlikleri gidermeyi ya da engellemeyi amaçlamamaktadır. Öte taraftan, 2001/29 sayılı Direktif’in 3. maddesinin 1. paragrafına nazaran üye devletlerin umuma iletim hakkının korunması konusunda daha geniş bir koruma öngörebileceğinin ve daha fazla önlem alabileceğinin kabulü doğal olarak iç pazarın işleyişini olumsuz etkileyen sonuçlar doğuracaktır. Bu durumun doğal sonucu olarak söylenebilir ki 2001/29 sayılı Direktif’in 3. maddesinin 1. paragrafı, umuma iletim kavramının eser sahibinin haklarını korumak için söz konusu düzenlemede öngörülen çerçeveden daha geniş önlem alınmasını gerektirir şeklinde yorumlanması mümkün değildir.

Bern Sözleşmesi’nin 20. maddesinin, taraf devletlere sözleşmede öngörülenden daha geniş haklar tanıyan özel düzenlemeler yapma yetkisi veren açık lafzı da Adalet Divanı’nın vardığı sonuç üzerinde etkili görülmemiştir. Zira hatırlatmak gerekir ki bir üye devlete Avrupa Birliği Hukuku’na aykırı olarak düzenleme yapma yetkisi verilmesi durumunda üye devletin bu tarz bir düzenleme yapma yetkisi bulunmamakta, bu durumda üye devletin Avrupa Birliği Hukuku’na aykırı düzenleme yapmaktan evleviyetle kaçınması gerekmektedir.

2001/29 sayılı Direktif’in 3. maddesinin 1. paragrafına nazaran üye devletlerin umuma iletim hakkının korunması konusunda daha geniş bir koruma öngörebileceğinin ve daha fazla önlem alabileceğinin kabul edilmesi durumunda, söz konusu Direktif’in izlediği temel amaç kaçınılmaz olarak zarar görecektir. Bu durumda Avrupa Birliği’ne üye devlet, Bern Sözleşmesi’nin 20. maddesi uyarınca kendisine tanınan yetkiyi kullanmaktan kaçınmalıdır. Avrupa Birliği Adalet Divanı, açıklanan sebeplerle 2001/29 sayılı Direktif’in 3. maddesinin 1. paragrafına nazaran üye devletlerin umuma iletim hakkının

korunması hususunda daha geniş bir koruma öngörebilmesinin ve daha fazla önlem alabilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir.

III.KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Link Verme Kavramı ve Türleri

Link verme, özel olarak bir bilgisayar programı ile gerçekleştirilen ve bir internet sayfasından diğerine geçişi mümkün kılan bağlantı tekniğinin adıdır¹⁸. Bu açıdan link, internet kullanıcıını bir web sayfasından başka bir web sayfasına aktaran program kodudur¹⁹. Linkler sayesinde internet üzerinde ulaşmak istenen içeriklere ulaşmak daha kolay olmakta, internet kullanıcısı linke tıklayarak, ayrı bir arama faaliyeti gerçekleştirmeksizin istediği sitenin içeriğine ulaşabilmektedir. İnternet linkinin üzerine tıklanmasıyla linkin kullanımı mümkün olmaktadır. Linkler URL olarak teşhis edilen internet sayfaları üzerinde gezintiyi mümkün kılar ve bu yolla başka bir internet sitesi tarafından yüklenmiş olan içeriğe erişmek için bağlantı kurar²⁰. Aslında link verme bir Word dosyası üzerinde dahi mümkündür. Word dosyası üzerine yazılmış olan linke tıklamak suretiyle, bilgisayarın internet bağlantısının bulunması durumunda link verilen internet sayfasına ulaşmak kolaylıkla ulaşılabilir²¹.

Linkler uygulanan tekniklere göre farklı isimler alabilmektedir²². Link verme yoluyla başkasına ait bir sitenin ana sayfası veya giriş sayfası ile bağlantı kurulması durumunda bir “*surface, sathi, yüzeysel*” linkten bahsetmek mümkündür²³. Bu durum ayrıca “*basit link*” ya da “*olağan link*” olarak da adlandırılmaktadır²⁴. Yüzeysel linkin verilmesi halinde internet sayfası kullanıcısı, bu linki seçmesi ile birlikte bir başka sayfayı açmaya başlayacaktır. Bu link türünde link verilen sayfa, ayrı ve bağımsız bir sayfa olarak kullanı-

¹⁸ MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 134; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 394; BAŞPINAR, Veysel / KOCABEY, Doğan, **İnternette Fikri Hakların Korunması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 156; ŞENER Yavuz Selim, **Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 115.

¹⁹ MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 134; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 394.

²⁰ GILLIÉRON, s. 198-201; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 156; EROĞLU, s. 212.

²¹ Memiş, Link ve Frame, s. 394; MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 134.

²² Farklı link türleri için bkz.: GILLIÉRON, s. 198-201; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 395 vd.

²³ Eroğlu, s. 214; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 157; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 395.

²⁴ GILLIÉRON, s. 200; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 157.

lan sayfanın önünde açılmaya başlanacaktır²⁵. Bu link türü kitaplardaki arama endekslerine benzetilmektedir²⁶. Bu durumda link veren internet sitesinde atıf yapılan diğer internet sitesine bağlanma konusunda bir kolaylık sağlanmaktadır.

Link verme yoluyla başkasına ait bir internet sitesinin ana sayfasına değil, daha derininde bulunan sayfaları ile bağlantı kuran aktif bir link bulunması durumunda bir “*deeplink, derin link*”²⁷ söz konusu olmaktadır²⁸. Derin linklerde kullanıcı, ziyaret ettiği sayfa üzerinden bir diğer kimsenin sayfasındaki bilgilere hiç giriş sayfasını kullanmaksızın doğrudan ulaşabilmektedir. Derin linklerin yüzeysel linklerden farkı ise derin linklerin internet kullanıcı-sını başkasına ait bir internet sitesinin giriş sayfasından daha derinlere ve iç sayfalara yönlendirilmesidir²⁹. Derin linklerin yüzeysel linklerden diğer bir farkı ise derin linklerin aşağıda bahsedeceğimiz dâhili link türü içinde değerlendirilmektedir zira derin linklerde yönlendirilen sitenin içindeki içerik, link veren sitenin sayfasının içinde görüntülenmektedir³⁰. Bu sebeple derin linklerde internet kullanıcısının ulaştığı sayfadaki içeriğin, link veren sitenin içeriği olduğu yönünde bir fikre kapılması mümkün görülmektedir³¹.

Uygulanan tekniğe göre linkler öte yandan “*inline link*” şeklinde de kendisini gösterebilir. Bu link türünde internet sitesi sahibi, kullanıcının aktif bir davranışı gerekmesizin daha doğrusu link üzerine tıklamaksızın başka bir siteye ait içeriği doğrudan doğruya kendi sitesi içerisine aktarmaktadır³². Sabit bir link, bağlantıyı kuran sayfaya entegre edilmiştir. Bu bağlantı ise bağlantı kurulan sitenin ana sayfası ile değil doğrudan doğruya bağlantı kurulan sitenin alt sayfası ile sağlanmaktadır³³. Bu tarz bir link vermede kullanıcı içeriğin hangi sayfadan geldiğini anlamamakta, link veren sitenin bir parçası olarak

²⁵ GILLIÉRON, s. 200; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 395.

²⁶ Eroğlu, s. 213; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 157.

²⁷ Bu link türü ayrıca “*ıç link, lien intérieur*” olarak da anılmaktadır. Bknz.: GILLIÉRON, s. 200.

²⁸ GILLIÉRON, s. 200; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 159; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 395; EROĞLU, s. 213.

²⁹ GILLIÉRON, s. 200; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 159; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 395; EROĞLU, s. 213.

³⁰ GILLIÉRON, s. 200; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 159; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 395.

³¹ SABLEMAN, s. 570; GILLIÉRON, s. 200; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 159.

³² EROĞLU, s. 213; GILLIÉRON, s. 201.

³³ GILLIÉRON, s. 201; EROĞLU, s. 213.

görülmektedir³⁴. İçeriğin başka bir internet sayfasından alındığı, ancak link veren internet sitesinin sahibi tarafından belirtilmesi durumunda mümkün olmaktadır. Inline link verme türünün genelde başka bir siteye ait bir imajın ya da görsel bir içeriğin link veren siteye eklenmesi şeklinde gerçekleştiği ifade edilmektedir³⁵.

Link verme fikri haklar bakımından arz ettiği önem gereğince genel olarak harici (*ekstern, external*) link ve dâhili (*intern, internal*) link olarak iki ana kolda incelenmektedir³⁶. Harici linklerde internet kullanıcısı, link veren sayfada bulunan linklere tıklaması ile link verilen sayfada bulunan içeriğe ulaşmaktadır. Ulaşılan bu sayfa doğrudan link verilen internet sitesinin ana sayfası olabileceği gibi o site içinde bulunan diğer bir sayfa da olabilir³⁷.

Dâhili linklerde ise internet kullanıcısı, link yoluyla başka bir internet sitesinin sayfasına aktarılmamakta, link veren internet sitesinin sayfasında kalmakta, ancak linkin verilen sayfa link veren internet sitesinin sayfası içinde görüntülenmektedir³⁸. Dâhili linkler sayesinde yüzlerce grafik, büyük hacimli veri ve sair içerikler, link veren kimsenin “*server*”ı gereksiz meşgul edilmeksizin başka bir internet sitesi üzerinden kullanılabilir³⁹. Ancak bu pratik kolaylık yanında, link verilen sitedeki içerik sanki link veren sitenin içeriğiymiş gibi görüntülenmekte ve kullanıcı nezdinde link verilen içeriğin link veren sitenin içeriği olduğu yönünde bir intiba uyandırılmaktadır⁴⁰. Burada eserin HTML kodları veya Java programlama dili kullanılarak link veren sitedeki reklamlar ve sitenin ana sayfasındaki bilgiler atlanmak suretiyle doğrudan metin kısmına ulaşılmaktadır⁴¹.

³⁴ GILLIÉRON, s. 201; EROĞLU, s. 213.

³⁵ SABLEMAN, s. 570; GILLIÉRON, s. 200. Bu sebeple bazı eserlerde “*inline linking*” kavramı, bu açıdan “*görsel eklenmesi*” yani “*insertion d'un image*” şeklinde de incelenmektedir. Ayrıntılı bilgi ve çeşitli örnekler için bkz.: GILLIÉRON, s. 201

³⁶ MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 134; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 394; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 156; EROĞLU, s. 212; ŞENER, s. 115; AYHAN İZMİRLİ, s. 186.

³⁷ MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 134; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 394; EROĞLU, s. 214; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 157; ŞENER, s. 115; AYHAN İZMİRLİ, s. 186.

³⁸ MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 134; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 396; ŞENER, s. 115; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 159; ŞENER, s. 115; AYHAN İZMİRLİ, s. 186.

³⁹ MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 134; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 396.

⁴⁰ EROĞLU, s. 213; MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 134; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 396; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 159; ŞENER, s. 115.

⁴¹ BAŞPINAR, KOCABEY, s. 159.

B. Genel Olarak Link Verme Yoluyla Umuma İletim Hakkının İhlali

FESK m. 25 hükmü uyarınca “*umuma iletim hakkı*” bir eserin veya çoğaltılmış nüshalarının radyo, televizyon veya herhangi bir diğer teknik araçla umumun ya da kamunun yararlanmasına sunulması anlamına gelmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın da üzerinde durduğu “*umum*” ya da “*kamu*” kavramının belirlenmesi, umuma iletim hakkı konusunda büyük önem taşımaktadır. Ne var ki Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda “*umum*” kavramı açıklanmış değildir. Bu kavram Alman Telif Hakları Yasası §15/III hükmünde tanımlanmıştır⁴². Anılan hükme göre eser birden çok kimseye iletilmiş olmalı, bu şahıs çevresi hiçbir şekilde sınırlandırılmış olmamalı, bu kimseler birbirine karşılıklı ilişkiler çerçevesinde bağlı bulunmamalıdır⁴³. O halde eserin herkese açık bir internet sitesine konulmasıyla, sadece arkadaş çevresine açık bir sosyal medya mecrasından paylaşılması yahut elektronik posta ile iletilmesi arasında fark vardır⁴⁴. Bu durumda her ne şekilde olursa olsun elektronik posta ile bir link gönderilmesi durumunda mailin gönderildiği kimselerin birden çok olması, umuma iletim faaliyetinin bulunduğu göstermez. Çünkü mailin gönderildiği kişiler, gönderenin kendi şahsi çevresinden sayılır.

Eser sahibinin bir internet sayfasında eserini yayımlaması halinde onun en azından başka internet sitelerinin bu esere link vermesini kabul ettiği zımnen varsayılmaktadır. Zira link verme internet sitesinde sunulan imkânlardan biri olmakla birlikte eser sahibi eserini internet aracılığıyla ulaşılabilir kılmaktadır⁴⁵. İnternetin temel felsefesi olan bir tür bilgi bankası oluşunun da öğretide bu fikri desteklediği ifade edilmektedir⁴⁶. Bu açıdan ilk olarak belirtilmelidir ki link vermenin toptan yasaklanması, eser sahibinin bir hakkının ihlal edilmemesi durumunda mümkün değildir. Özellikle harici link vermenin öğretide atıf hakkı ve kaynak gösterme hakkının bir uzantısı olarak görül-

⁴² Alman Telif Hakları Yasası §15/III hükmünde tanımlanan “*umum kavramı*” esasen Avrupa Birli Adalet Divanı’nın tanımı ile benzerlik göstermekte ve Adalet Divanı’nın umum ya da kamu kavramını tanımlarken bu kavramdan yararlandığını ortaya koymaktadır.

⁴³ KARASU, SULUK, NAL, s. 97; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 408; EREL, s. 201, 202.

⁴⁴ EREL, s. 202.

⁴⁵ EROĞLU, s. 237; MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 135; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 397; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 157.

⁴⁶ EROĞLU, s. 243; MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 135; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 397.

mesi sebebiyle yasaklanamayacağı ifade edilmektedir⁴⁷. Yukarıda da harici link vermenin bir tür arama endeksine benzetildiği ifade edilmişti. Bu durumda harici link verme durumunda eser sahibinin umuma iletim hakkının ihlal edilmediği öğretide ifade edilmektedir⁴⁸. Zira bu durumda internet kullanıcısı linke tıkladığında link verilen eserin bulunduğu internet sayfası görüntülendiğinden eser sahibinin haklarının ihlal edilmediği belirtilmektedir.

Harici link verme genel olarak eser sahibinin haklarını ihlal etmezken, belirtmek gerekir ki bu durumda link verilen siteye erişimin serbest olması gerekir⁴⁹. Erişim serbest olmamasına rağmen, link veren site sahibinin erişim hakkını kötüye kullanması ve erişim engelini aşmak suretiyle esere erişimi mümkün kılması durumunda eser sahibinin kamuya iletim hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir. Esasen Avrupa Birliği Adalet Divanı da yukarıda yer verdiğimiz kararında bu hususun altını çizmektedir.

Öğretide harici linklerle ilgili ifade bulan ve bizimde katıldığımız bir görüşe göre⁵⁰ ise harici bir link kurmak umuma iletim hakkı ile ilgili değildir. Zira umuma daha önce iletilmiş bir eserle bağlantı kurulmakta ve umuma iletim eylemi bizzat gerçekleştirilmemektedir. Örneğin asıl sitenin sahibi eseri sitesinden kaldırırsa bu durumda bu eserle link verme yoluyla bağlantı kuran sayfa da bu eseri görüntüleyemeyecektir. Bu durumda sadece eser sahibi eserini internet kullanıcıları için umuma ilettiği sitede hazır bulundurmaktadır.

Dâhili link verme durumunda eser sahibinin bir takım haklarının ihlal edilmesi mümkündür. Zira daha önce de ifade ettiğimiz gibi dâhili link vermede bağlantı kurulan eser, paylaşıldığı asıl internet sayfası üzerinde görüntülenmemekte, link veren internet sitesi sayfasında sanki o sayfaya ait bir içekmiş gibi görüntülenmektedir⁵¹. Bu durumda eser sahibinin umuma iletim hakkının ihlal edildiği ifade edilmektedir⁵². Çünkü böyle bir durumda FSEK

⁴⁷ MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 136; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 398. Aynı görüşte: ŞENER, s. 115.

⁴⁸ BAŞPINAR, KOCABEY, s. 157; MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 136; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 398; ŞENER, s. 115.

⁴⁹ ŞENER, s. 115, dn. 253.

⁵⁰ EROĞLU, s. 227.

⁵¹ SABLEMAN, s. 570; GILLIÉRON, s. 200; MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 135; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 398; ŞENER, s. 115; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 159.

⁵² DESSEMONTET, s. 188; MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 136; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 398; ŞENER, s. 115. Aksi görüşte: BAŞPINAR, KOCABEY, s. 162. Belirtmek gerekir ki yazar,

m. 25/II hükmünde ifade edilen eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda ulaşmalarını sağlamak suretiyle bir umuma iletim fiili söz konusu olmaktadır⁵³.

Öğretide dâhili link verme suretiyle yapılan iletimde eser sahibinin bu duruma zımni olarak rıza göstermiş olduğundan da bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir⁵⁴. Eser sahibinin eserini umuma iletmekteki haklı menfaatleri bu durumda ihlal edilmekte ve adeta gereksiz hale getirilmektedir. Zira internet kullanıcısı eser sahibinin sayfasına ulaşamamakta, link veren sitenin internet sayfasında kalmakta ve aksi belirtilmedikçe eserin link veren internet sitesinin sahibine ait olduğunu düşünmektedir⁵⁵. Ayrıca öğretilde de savunulduğu üzere eser sahibinin iletimin belirli şekillerde ve belirli formatlarda yapılmasını isteme hakkına da sahip olduğu kabul edilmelidir⁵⁶.

Ayrıca belirtmek gerekir ki dâhili link vermede eser sahibinin manevi haklarından adının belirtilmesi hakkının ve eserde değişiklik yapılmasını yasaklama hakkının; eserin belirli kısımlarıyla yeni bir görünüm elde edilmesi durumunda eser sahibinin mali haklarından işleme hakkının, eserin dijital çoğaltılması hakkını da elinde bulunduran eser sahibinin çoğaltma hakkının da ihlal edildiği savunulmaktadır⁵⁷.

Son olarak öğretilde sıkça anılan⁵⁸ ve 1996 yılında Amerika’da meydana gelen bir uyuşmazlık üzerinde durulmalıdır. Karara konu olan uyuşmazlıkta “*Dilbert*” adı verilen komik figür, dâhili link verme yoluyla başka bir internet

eser sahibinin eserini internette yayımlayarak bu esere link verilmesine zımni rıza gösterildiğini ifade etmekle birlikte, dâhili linklerin umuma iletim hakkını ihlal etmeyeceği yönünde görüş bildirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **BAŞPINAR, KOCABEY**, s. 162. Ancak bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Zira öğretilde ifade edilen “zımni rıza”, genel olarak harici linkler için savunulan bir görüştür. Öte yandan örneğin fikren birbirine muhalif iki gazeteden birinin diğerinin içeriğine dâhili bir link vermesi ya da bir kişinin şahsi blog sayfasında çektiği sanatsal değeri olan fotoğrafların başka bir sitede dâhili link yoluyla kullanılması örneklerinde bu rızanın nasıl zımnen var kabul edildiği izaha muhtaçtır.

⁵³ **DESSEMONTET**, s. 188; **MEMİŞ**, Müzik Sunumu, s. 136; **MEMİŞ**, Link ve Frame, s. 398; **ŞENER**, s. 115. Burada anılan yazarlar dâhili link vermede olduğu gibi “*frame verme*” durumunda da haklı olarak umuma iletim hakkının ihlal edildiğini ifade etmektedir.

⁵⁴ **MEMİŞ**, Müzik Sunumu, s. 136; **MEMİŞ**, Link ve Frame, s. 398.

⁵⁵ **MEMİŞ**, Müzik Sunumu, s. 136; **MEMİŞ**, Link ve Frame, s. 398.

⁵⁶ **MEMİŞ**, Müzik Sunumu, s. 137; **MEMİŞ**, Link ve Frame, s. 399.

⁵⁷ **ŞENER**, s. 115; **MEMİŞ**, Müzik Sunumu, s. 136; **MEMİŞ**, Link ve Frame, s. 400 vd; **BAŞPINAR, KOCABEY**, s. 171; **EROĞLU**, s. 243; **AYHAN İZMİRLİ**, s. 190.

⁵⁸ **MEMİŞ**, Müzik Sunumu, s. 137; **BAŞPINAR, KOCABEY**, s. 164.

sitesinde kullanılmıştır. “United Medya” firması, söz konusu figürü günlük olarak kendi internet sitesinde yenilemekte ve umuma iletmektedir. Fakat aynı figürleri, derin linklerle bu özel şahıs da kendi sayfasına eklemek suretiyle kullanmaktadır. Mahkeme burada fikri hak ihlali bulunduğuna hükmetmiştir. Zira söz konusu figür, davalı tarafından sanki kendi sitesinin parçasıymış gibi kullanılmakta ve tekrar umuma iletilmektedir⁵⁹.

C. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Kararının Eleştirisi

İlk olarak belirtmek gerekir ki Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın da kararında belirttiği üzere bir umuma iletim faaliyetinden bahsedebilmek için iki unsurun bir arada bulunması gerektiği kabul edilmelidir. Bu unsurlar “iletim kavramı” ve “umum kavramı” olarak nitelendirilebilir. Bu açıdan bir eserin veya çoğaltılmış nüshalarının radyo, televizyon veya herhangi bir diğer teknik araçla umumun ya da kamunun yararlanmasına sunulması “iletim” fiilinin gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir. Bu açıdan söz konusu teknik araçlardan sayılan internet ortamında bir eserin internet kullanıcılarının erişimine sunulması, fiilen kullanıcıların söz konusu esere erişip erişmemesine bakılmaksızın “iletim fiili” olarak nitelendirilebilir. Bu açıdan Adalet Divanı’nın “iletim fiili” tanımının hukuken yerinde olduğu savunulabilir.

Adalet Divanı, salt link verme işlemini internet sitesi sahibinin kullanıcılarına esere doğrudan erişim imkânı sağlanması sebebiyle hiçbir ayırım yapmadan kamuya iletim fiili olarak nitelendirmiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, link verme işlemi sonucu eserin link veren sitenin kendi sayfasında görüntülenmesi sebebiyle o sayfaya ait olduğu intibainın uyandırılması durumunda da varacağı hukuki neticenin farklı olmayacağını ifade etmiştir. Bu durumda Adalet Divanı, harici link verme durumunda da bir iletim fiilinin bulunduğunu kabul etmektedir. Belirtmek gerekir ki bu görüşe hukuken katılmak mümkün değildir. Fikri haklar bakımından öğretide yapılan harici link ve dâhili link ayrımı, kanımca temelde bir iletim faaliyetinin bulunup bulunmaması açısından önem arz etmektedir.

Harici link verme durumunda esasen teknik olarak da, kanunun kabul ettiği şekliyle hukuki olarak da bir iletim faaliyetinin varlığından bahsetmek mümkün görünmemektedir. Zira öğretide Eroğlu’nun ifade ettiği⁶⁰ ve bizim

⁵⁹ MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 137; BAŞPINAR, KOCABEY, s. 164.

⁶⁰ EROĞLU, s. 227.

de katıldığımız görüşe göre bir esere harici link verme durumunda umuma daha önce iletilmiş bir eserle bağlantı kurulmakta, kullanıcılar link verilen siteye yönlendirilmekte ve esere erişim link verilen site aracılığıyla gerçekleştiği için umuma iletim fiili bizzat gerçekleştirilmemektedir. Bu açıdan harici link verme, eserin veya çoğaltılmış nüshalarının kamunun erişimine sunulması fiilini karşılamamakta, link veren sitenin eserin kamuya iletildiği siteye referans göstermesi, atıf yapması ve bu konuda kullanıcılarının dikkatini çekmesi anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla harici linkler adeta bir arama endeksi özelliği göstermekte⁶¹ ve internet sitesinin kullanıcılarının dikkatini çekmek istediği bir hususta o esere erişim kolaylığı sağlaması anlamını taşımaktadır. Bilimsel eserlerde dipnotlarda verilen tam internet atıfları da bir harici link olma özelliği göstermekte, bu açıdan harici linklerin link verilen sitenin kendi sayfasında görüntülenmesi sebebiyle kitaplarda yapılan atıflardan bir farkı bulunmamaktadır. Kaldı ki Adalet Divanı'nın kararında yer verdiği üzere, link veren sitenin kullanıcılarına link verdiği esere erişim imkânını sağladığı yönündeki görüş de dayanaktan yoksundur. Zira harici link vermede erişimi sağlayan site, eseri ilk olarak kamuya iletmış olan sitedir. Eser bu site vasıtasıyla internet kullanıcılarının erişimine sunulmakta, söz konusu eserin link verilen siteden kaldırılmasıyla birlikte link teknik olarak işlevini yitirmektedir. Bu açıdan her ne kadar Adalet Divanı gibi harici link verme durumunda eser sahibinin umuma iletim hakkının ihlal edilmediği kanısında olsak da bu yöndeki görüşümüzü, Adalet Divanı'ndan farklı olarak harici link verme durumunda bir iletim fiilinin bulunmaması durumuna dayandırmaktayız.

Belirmek gerekir ki harici linklerin umuma iletim hakkını ihlal etmemesi, ancak link verilen sitenin hiçbir erişim sınırlamasına tabi olmayan ve internet kullanıcılarının tamamının serbestçe erişebildiği içerikler için geçerli olmalıdır. Harici link, eserin umuma iletildiği sitenin erişim kısıtlamasını aşmak için verilmiş ve bu yolla eser normalde o siteyi kullanamayan ya da o içeriğe erişemeyen ziyaretçilerin kullanımına açılmışsa burada iletim fiilinin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Zira bu durumda “*eserin veya çoğaltılmış nüshalarının kamunun erişimine sunulması*” şartı gerçekleşmiştir. Ayrıca Adalet Divanı'nın kararda yer verdiği şekliyle link verme işleminin her durumda iletim şartını sağladığı kabul edilerek, erişim kısıtlamalarının link verme yoluyla aşıldığı durumlarda eserin yeni bir umuma iletilmiş olduğundan bahisle bu durumu hak ihlali olarak nitelendirmek gereksiz olacaktır. Zira aşağıda belirtildiği

61 EROĞLU, s. 213.

üzere bütün internet kullanıcılarını “tek bir topluluk” ya da “tek bir kamu veya umum” olarak kabul etmek mümkün görülmemelidir. O halde her sitenin kendi kullanıcı kitlesinin bulunmasından hareketle, bir erişim kısıtlamasının harici link verme yoluyla aşılaraq bir esere erişim sağlanması durumunda bir iletim fiilinden bahsetmek doğru olacaktır. Söz konusu iletim, link veren sitenin mevcut ve muhtemel kullanıcılarına yapıldığı için eser sahibinin umuma iletim hakkının ihlal edildiği kabul edilmelidir.

Dâhili link verme durumunda ise link verilen eser, link veren sitenin içeriğiymiş gibi görüntülediği için eserin veya çoğaltılmış nüshaları kamunun erişimine doğrudan link veren site tarafından sunulmakta, dolayısıyla dâhili link verme işlemi bir umuma iletim fiili teşkil etmektedir. Bu açıdan dâhili linkler, harici linklerden ayrı bir nitelemeye tabi tutulmalı ve umuma iletim fiilinin gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Adalet Divanı’nın umuma iletim faaliyetinin gerçekleşmiş sayılması için aradığı ikinci şart ise iletim fiilinin kamuya ya da umuma yapılması gerektiğidir. Bu açıdan kararda ve Alman Telif Yasası’nın 15/III hükmünde de ifade edildiği ve öğretide de kabul edildiği üzere umum kavramından bahsedebilmek için eser birden çok kimseye iletilmiş olmalı, bu kişiler belirli bir çoğunluk eşiğini aşmalı, bu şahıs çevresi hiçbir şekilde sınırlandırılmış olmamalı, bu kimseler birbirine karşılıklı ilişkiler çerçevesinde bağlı bulunmamalıdır⁶². Bir internet sitesinin kullanıcıları, kararda da ifade edildiği üzere belirsiz ve çok sayıda kimseyi ifade etmekte olup, birbirlerine kişisel ilişkiler çerçevesinde de bağlı değildir. Bu açıdan bir internet sitesinin kullanıcıları “kamu” ya da “umum” kavramını karşılamaktadır. Ayrıca kararda ifade edildiği üzere eserin iletildiği söz konusu kamunun ya da umurun yeni ve farklı bir topluluk olması da gerekmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki Adalet Divanı’nın 4.02 milyar internet kullanıcıasını, (dünya nüfusunun %53’ü), 5.13 milyar mobil kullanıcıasını, (dünya nüfusunun %68’i)⁶³ tek bir topluluk veya tek bir kamu olarak nitelendirmesi “romantik” olmanın ötesinde hukuki değildir. Bu açıdan Adalet Divanı’nın eserin umuma iletildiği ve link verme işlemi gerçekleştirmiş olan sitenin kullanıcılarının, eserin umuma iletildiği ilk sitenin de muhtemel kullanıcıları olarak nitelendirilmesi mümkün görülmemelidir. Söz konusu kabul, eserin umuma bir kez internet ortamında iletilmesinin ardından

⁶² KARASU, SULUK, NAL, s. 97; MEMİŞ, Link ve Frame, s. 408; EREL, s. 201, 202.

⁶³ “We ara social” 2018 raporu, söz konusu rapor için bknz.: çevrimiçi, www.wearesocial.com, 25.05.2018.

fikri hakları etkisizleştiren, efektif bir korumadan mahrum bırakan ve son derece olumsuz sonuçlar yaratması muhtemel tehlikeli bir yorumdur.

Kanımcı her internet sitesinin kullanıcılarının ilgisine, sitenin tanınırlığına ve hitap ettiği kitleye göre az veya çok, mevcut veya muhtemel kendi kullanıcı kitlesi bulunmaktadır. Dolayısıyla internet kullanıcılarının tamamı tek bir umum teşkil etmemekte, internet ancak birbiriyle kesişen kümeler şeklinde farklı “*umum*” kavramlarını bünyesinde bulunduran bir üst topluluk teşkil etmektedir. Bir birine muhalif görüşleri savunan iki internet gazetesini kullanan kişilerin, ırkçı paylaşımlar yapan sitelerle insan hakları derneklerinin siteleri, zararlı veya ahlaka aykırı içerikler barındıran sitelerle çocuk gelişim sitelerinin bir arada aynı “*kamu*” dâhilinde düşünülmesi mümkün görülmemelidir. Zira farklılıklar, ayrılıklar içeren sitelerin hitap ettikleri kullanıcı kitlesi farklı olduğu gibi, tanınır sitelerin hitap ettiği kitlelerle şahsi blog sayfalarının hitap ettiği kitleler de farklıdır. Bu açıdan iletim fiilinin yapıldığı kamunun yeni bir kamu ya da umum olması gerektiği yönündeki görüşe katılmakla beraber link verilen sitenin kullanıcılarının link veren sitenin muhtemel kullanıcıları sayılması mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki daha evvel yayın izni verilen bir sitenin o yazıyı daha sonra tekrar yayımlaması yeni bir kamunun bulunmaması sebebiyle bir umuma iletim fiili teşkil etmeyebilir. Bir gazetenin internet sitesinin daha evvel sitesinde yayınladığı köşe yazılarını nostalji köşesinde tekrar yayımlaması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Ancak farklı sitelerin kullanıcılarının farklı farklı “umum” kümeleri oluşturduğu açıklanan sebeplerle kabul edilmelidir.

Açıklanan sebeplerle, dâhili link verme durumunda eser kamuya iletilmiş sayılmakta ve tam anlamıyla kamuya iletim faaliyeti gerçekleşmektedir. Bu durumda eser sahibinin rızasının aranması gerekmektedir. Daha evvel gerçekleştirilen iletim faaliyeti sebebiyle verilmiş olan rıza, dâhili link verme suretiyle yeni bir iletim faaliyetinin gerçekleşmiş olmasından hareketle eserin umuma iletimini hukuka uygun hale getirmemektedir. Dolayısıyla muhalif ve sol görüşleri savunan örneğin Fransız “*Libération (Özgürleştirme)*” gazetesinde yayımlanan bir köşe yazısının, sağ ve dini bir bakış açısına sahip olan “*La Croix (Haç)*” gazetesinde dâhili link suretiyle yayımlanması durumunda eser sahibinin umuma iletim hakkının ihlal edildiğinden hareketle bu iletimin kaldırılması talep edilebilmelidir. Aynı şekilde bir kişinin kendi şahsi blog hesabında yazdığı öykülerin tanınan bir dergide dâhili link yoluyla umuma iletilmesi yahut bir kişinin herkese açık kendi “*Instagram*” hesabında

paylaştığı ve eser değeri olan bir fotoğrafın “*National Geographic*” dergisinin internet sitesinin verdiği dâhili linkle umuma iletilmesi hukuka uygun sayılmamalıdır. Öte yandan bir gazetenin internet sitesinde herkese açık olarak yayımlanan köşe yazılarının dâhili link yoluyla çeşitli gazeteleri derleyen sitelerde de yayımlanması ve bu yolla kazanç elde edilmesi de hakkaniyet duygularını zedeler niteliktedir. Bu şekilde bir umuma iletime izin verilmesi fikri hakların mutlak hak olma özelliğiyle de bağdaşmamakta, eserleri internette yayımlanmakla umuma iletim hakkı tükenen bir hak haline getirmekte ve eserleri hukuki korumadan mahrum bırakmaktadır. O halde eseri umuma dâhili link verme yoluyla iletilen eser sahibi, bu iletimi yasaklama yetkisini de her zaman haiz olmalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bir internet sitesinin başka bir internet sitesinin içeriğini dâhili link yoluyla kendi sayfasında kullanıcılarına iletmesi, haksız rekabet teşkil edebilecektir. Türk Ticaret Kanunu (TTK)⁶⁴ m. 54/II hükmünde “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*” denilmek suretiyle hangi fiillerin haksız fiil teşkil edebileceği belirtilmiştir. Ayrıca TTK m. 55’te sayılmamakla birlikte genel hüküm olan TTK m. 54/II kapsamına giren hususların haksız fiil teşkil edeceği ifade edilmektedir⁶⁵. Dolayısıyla bir internet sitesinin kullanıcı çevresini genişletmek için başka sitelerin içeriklerini dâhili link verme yoluyla kendi sitesinde sanki kendi sitesinin içeriğiymiş gibi sergilemek haksız rekabet teşkil edebilecektir. Başkasının emeğinden haksız fayda çıkaran bu internet sitesi sahiplerine karşı haksız rekabet hükümlerinde düzenlenen hukuki yollara başvurulabilecektir. Bu açıdan dâhili link verme, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkilemeli, söz konusu link verme aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı bir ticari uygulama veya davranış teşkil etmelidir. Esasen dâhili link verme yoluyla başka internet sitelerinde yer alan içeriklerin link veren internet sitesinde kullanıcılara sunulması çoğu zaman aldatıcı bir ticari davranış teşkil edecektir. Bu durumda Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen haksız rekabet hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

⁶⁴ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, RG T. 12.02.2011, S. 27846.

⁶⁵ ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 20. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2015, s. 324 vd.; POROY Reha / YASAMAN Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 319 vd.

SONUÇ

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 23 Şubat 2014 tarihli “*Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman ve Pia Gadd, Retriever Sverige AB'ye Karşı*” Kararı'na getirilen eleştiriler ışığında link verme yoluyla umuma iletim hakkının ihlali konusunda aşağıdaki çıkarımlar yapılabilir:

1. Harici link verme yoluyla bir internet sitesinin başka bir internet sitesinde yer alan eserle bağlantı kurması durumunda bir “*iletim fiili*” bulunmaması sebebiyle eser sahibinin umuma iletim hakkı ihlal edilmiş olmaz.
2. Harici link verme suretiyle eserin yer aldığı internet sitesinin uyguladığı erişim kısıtlamasının aşılması durumunda bir umuma iletim faaliyeti bulunmasından hareketle eser sahibinin umuma iletim hakkının ihlal edildiğinden bahsedilebilir.
3. Dâhili link verme yoluyla eserin link veren sitenin sayfasında sanki o siteye ait bir içerikmiş gibi gösterilmesi durumunda bir kamuya iletim fiili bulunmaktadır.
4. Her internet sitesinin kullanıcılarının ilgisine, sitenin tanınırlığına ve hitap ettiği kitleye göre az veya çok, mevcut veya muhtemel kendi kullanıcı kitlesi bulunmaktadır. Dolayısıyla internet kullanıcılarının tamamı tek bir umum teşkil etmemekte, internet sitelerinin dâhili link verme yoluyla gerçekleştirdiği iletim faaliyetinin alıcısı konumunda olan kullanıcılar ayrı ayrı birer “*umum*” ya da “*kamu*” teşkil etmektedir.
5. Dâhili link verme yoluyla eserin link verilen internet sitesinde değil link veren internet sitesinde kullanıcıların erişimine sunulması bir umuma iletim faaliyeti teşkil ettiğinden bu durumda eser sahibinin rızası aranmalıdır. Aksi halde söz konusu umuma iletim faaliyeti hukuken aykırı olacaktır.
6. İnternette eserlerini yayınlayan eser sahiplerinin eserlerine link verilmesine zımnen rıza gösterildiği şeklinde bir çıkarım hukuken kabul edilmemeli, her olay bazında ayrı ve özel bir inceleme yapılmalıdır.
7. Dâhili link verme yoluyla umuma iletim hakkının ihlali TTK m. 54/II hükmü uyarınca haksız rekabet teşkil edebilmektedir. Bu açıdan her olay bazında kanunun öngördüğü şartlar çerçevesinde bir inceleme yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- ARKAN Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 20. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2015.
- AYHAN İZMİRLİ Lale, **Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının Korunması ve İhlali**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- BAŞPINAR, Veysel / KOCABEY, Doğan, **İnternette Fikri Hakların Korunması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- BOZBEL Savaş, “FSEK’e Göre Yayın, Yeniden Yayın, Yeniden İletim ve Diğer Mali Haklardan Farkları”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010**, (Editör: Tekin Memiş), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 107-132.
- BOZBEL Savaş, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- DESSEMONTET François, **Le droit d’auteur**, Publication CEDIDAC Série dirigée par le professeur François Dessemontet, Centre du droit de l’entreprise (droit industriel, droit d’auteur, droit commercial de l’Université Lausanne, Lausanne 1999.
- EREL Şafak, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- EROĞLU Sevilay, “İnternette Aktif Linkler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt II: Ticaret Hukuku (devam) Özel Hukukun Diğer Dalları, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2003, s. 209-247.
- GILLIÉRON Philippe, **Propriété intellectuelle et Internet**, Publication CEDIDAC Série dirigée par le professeur François Dessemontet, Lausanne, 2003.
- KARASU Rauf / SULUK Cahit / NAL Temel, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- LURIA, Mary, “Controlling Web Advertising: Spamming, Linking, Framing, And Privacy”, **The Computer Lawyer**, Vol. 14, s. 10 vd.
- MEMİŞ Tekin, “Fikri Hukuk Bakımından Link ve Frame Verilmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**, Cilt: 22, Sayı: 2, 2002, s. 393-412, (“Link ve Frame” şeklinde kısaltılmıştır.).

MEMİŞ Tekin, **Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu**, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002. (“Müzik Sunumu” şeklinde kısaltılmıştır.).

ÖZTAN Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

POROY Reha / YASAMAN Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

SABLEMAN Mark, “Link Law: The Emerging Law of Internet Hyperlinks”, **International Journal of Communications Law and Policy**, 1999, s. 557 vd.

ŞENER Yavuz Selim, **Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

TEKİNALP Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

www.curia.europa.eu

www.cyber.harvard.edu

www.eur-lex.europa.eu

www.wearesocial.com

İfasına Başlanmış Sürekli Edimli Sözleşmelerde Borçlu Temerrüdü ve Sonuçları

Arş. Gör. Zeynep Damla TAŞKIN*

Öz: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) yürürlüğe girmesine kadar borçlu temerrüdünün sonuçlarına ilişkin hükümlerin ani edimli sözleşmeler odağında düşünülmüş olması bir örtülü boşluk yaratmış ve bu boşluk, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını düzenleyen TBK m. 126 ile doldurulmuştur. Anılan düzenleme, ifasına başlanmış bir sürekli edimli sözleşme borçlusunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklıya aynen ifa ve gecikme tazminatını veya dilerse, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep etme imkanı tanımıştır. İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarının genel hükümler çerçevesinde açıkça ortaya konması olumlu olmakla birlikte, ani edimli sözleşmeler için öngörülen sonuçlarla bir kıyaslama yapılarak, alacaklının temerrütten kaynaklanan haklarında bir daralma olup olmadığı tartışmasını da beraberinde getirmiştir. Bu çalışmada öncelikle sürekli edimli sözleşme kavramı tanımlanmaya çalışılmış ve ardından TBK m. 126'nın uygulanma şartları ortaya konmuştur. Bu bağlamda ifaya başlama olgusu, TBK m. 126'dan önce uygulanacak bir özel hükmün olup olmadığı ve fesih hakkı özelinde, sözleşmenin devamını çekilmez kılacak bir durumunun oluşmasına ihtiyaç olup olmadığı üzerinde özellikle durulmuştur. Son olarak ise TBK m. 126 uyarınca alacaklıya tanınan haklar incelenerek, alacaklının haklarının ani edimli sözleşmelerdeki temerrüt düzenlemelerine kıyasla sınırlanıp sınırlanmadığı tartışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Sürekli edimli sözleşmeler, ani edimli sözleşmeler, borçlu temerrüdü, sözleşmenin feshi, olumlu ve olumsuz zarar.

* Makale Gönderim Tarihi: 15.11.2018. Makale Kabul Tarihi: 11.12.2018

İstanbul Bilgi Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: orcid.org/0000-0002-3069-6753); damla.taskin@bilgi.edu.tr

Debtor's Default and Its Consequences in Continuous Contracts Where Performance Has Already Begun

Abstract: Before the entry into force of Turkish Code of Obligations numbered 6098 (TCO), consequences of debtor's default had always been considered in terms of a sudden act contract which created an implied legal gap that is finally filled by Art. 126 TCO. Creditor in a continuous contract where performance has begun, is allowed as per Art. 126 TCO, to choose between the performance of contract along with damages for delay and termination of contract accompanied by damages for early termination. Even though it is favorable that consequences of debtor's default are regulated under general provisions of TCO, it raised some questions as to whether creditor's rights were restricted compared to those it would have in a sudden act contract. This article first aims to define what a continuous contract stands for and elaborates conditions required for application of Art. 126 TCO. To this end, answers as to when the performance shall begin, whether there is a specific provision that prevails and in terms of termination, whether further execution of contract can still be expected shall be sought. On a final note, creditor's rights shall be examined and the issue of whether there is any restriction or not shall be discussed.

Keywords: Continuous contracts, sudden act contracts, debtor's default, termination of the contract, positive and negative damages.

GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile ilk defa düzenlenmiş olan sürekli edimli sözleşmelerde temerrüt olgusuna bağlanan sonuçlar oluşturmaktadır. 6098 sayılı Kanun'un yeniliklerinden biri olan TBK m. 126 uyarınca ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi; sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın tazmin edilmesini de isteyebilir. Görüleceği üzere kanun koyucu bu düzenleme ile sürekli edimli sözleşmelerin tümünde değil sadece ifasına başlanmış olanlarda temerrüdün sonuçlarını düzenlemeyi amaçlamıştır. Başka bir ifadeyle ani edimli sözleşmeler için 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda da mevcut olan ve 6098 sayılı Kanun'da da aynen korunan hükümler, ifasına başlanmamış sürekli edimli sözleşmeler için de geçerliliğini koruyacaktır.

Anılan madde incelenirken öncelikle sürekli edimli sözleşme kavramı

açıklanmaya çalışılacak; ardındansa TBK m. 126'nın uygulama koşulları ve alacaklının söz konusu hükümde belirtilen hakları kullanmasının yaratacağı sonuçlar üzerinde durulacaktır. Son olarak ise, ani edimli sözleşmelerde temerrüde bağlanan sonuçlar ile TBK m. 126'nın konuyu ele alışı arasında bir karşılaştırma yapılarak, TBK m. 126'nın yetersiz kaldığı yönlerin bulunup bulunmadığı araştırılacaktır.

I. SÜREKLİ EDİMLİ SÖZLEŞME KAVRAMI

1. Genel Olarak

Türk hukukunda “edim”, bir borç ilişkisinde alacaklının borçludan isteyebileceği ve bunun karşılığında borçlunun da yerine getirmek zorunda olduğu “yapma”, “yapmama”, “verme” davranışları olarak tanımlanmaktadır.¹ Bir borç ilişkisinin muhakkak belirli bir edim içeriyor olması gerekmesede², bir edimin konusunu oluşturduğu borç ilişkilerinde bazı alt ayrımlar yapılabilir. Çalışmamızın bu kısmında edimin zamanla olan ilişkisi üzerinde durulacak ve öğretilerde bu çerçevede yapılmış olan ayrımlara yer verilecektir.

Öğretilerde borç ilişkisinin konusunu oluşturan bir edimin zaman ile olan ilişkisini ifade ederken ortak bir ayrımdan hareket edilmediği dikkat çekilmektedir. Kimi yazarlar³ borç ilişkilerini ani edimli ve sürekli edimli ol-

¹ KOCAYUSUFAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 6. Bası (2010 Tıpkı Bası), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, § 3, N. 2; OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, N. 20; SEROZAN Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III – İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, §1, N. 10.

² Tarafların birbirlerinin kişi ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermelerine ilişkin davranış yükümlülüklerinin konusunu oluşturduğu edimden bağımsız borç ilişkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SEROZAN Rona, “‘Culpa in Contrahendo’, ‘Akdin Müsbet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 3, 1968, ss. 108-120, s. 108 vd.; SEROZAN, 2016, § 19, N. 3; DEMİRCİ-OĞLU Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2009, s. 126 vd.

³ ÖZ Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Kitap, İstanbul, 1989, s. 12 vd.; SARI Suat, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, 2004, s. 44. Dikkat edilmelidir ki her iki yazar ikili bir ayrım yapmış olmakla birlikte önemli edimli borç ilişkilerinin sürekli bir borç ilişkisi sayılıp sayılmayacağını tartışmışlardır.

mak üzere iki başlık altında değerlendirirken, diğerleri⁴ art arda ifa edilen sözleşmeleri (aralıklı veya dönemli edimli sözleşmeleri) de ayrı bir başlık olarak görmekte ve bu şekilde üçlü bir tasnif yapmaktadır. Öte yandan edimin zamanla ilişkisini ele alırken “ani edimli borç ilişkileri ve diğerleri” olarak bir gruplandırma yapan yazarlar da mevcuttur.⁵ Ani edimli sayılamayacak tüm borç ilişkilerini tek bir üst başlıkta toplayan bu görüş uyarınca, dar (gerçek) anlamda sürekli borç ilişkileri ile art arda ifa edilen sözleşmeler geniş anlamda sürekli borç ilişkileri olarak nitelendirilmeli ve bunun haricinde bir de sürekli sözleşme benzeri borç ilişkilerinden bahsedilmelidir.

Ayrımların bu denli fazla olması okuyucu açısından kafa karıştırıcı olabilecekse de, burada amaç sürekli edimli sözleşmeler için getirilmiş bazı imkanların geniş anlamda sürekli borç ilişkileri veya sürekli sözleşme benzeri borç ilişkilerinde de uygulanabilmesini sağlamaktır. Bu imkanların en önemlisi de kuşkusuz sözleşmenin haklı sebeple feshidir.⁶ Haklı sebeple fesih bu çalışmanın kapsamı dışında kalacak olmakla beraber, TBK m. 126 uyarınca temerrüt ve sonuçlarının incelenebilmesi için öncelikle sürekli edimli sözleşmenin ne anlama geldiğini kavramak gerekir. Çalışmamızın bu kısmında da, edimin zamanla ilişkisini ortaya koyarken ani ve sürekli edimli borç ilişkileri ile art arda ifa edilen sözleşmeler ayrımından yola çıkılacaktır.

2. Ani ve Sürekli Edimli Sözleşmeler

A. Tespiti Gereken İlk Hususlar

Bir sözleşmenin konusunu oluşturan edimin zaman ile olan ilişkisini araştırırken hangi kıstasların değerlendirileceği hususunda çeşitli düşünceler ortaya atılmıştır. Bu anlamda ilk akla gelen kıstas edimin zamana yayıl-

⁴ SELİÇİ Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 7 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, , N. 38-43; SEROZAN, 2016, §1, N. 18; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §3, N. 7; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 107-108; TERCIER Pierre/FAVRE Pascal G., Les Contrats Spéciaux, 4. Bası, Schulthess, Zürih, 2009, N. 371 vd.

⁵ ALTINOK ORMANCI Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 27 vd. Yine benzer bir ayrım için bkz. ANTALYA Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 529-530.

⁶ Sürekli sözleşme tanımının kapsamını genişletme arzusunun temelinde yatan amacın bu sözleşmelerde de haklı sebeple feshe imkan vermek olduğu yönündeki görüşler için bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 14, dn. 27.

miş olup olmadığıdır. Ancak borç ilişkilerinin sadece asli edimleri değil, yan edimleri de ihtiva ettiği düşünülecek olduğunda, zamanla ilişkiyi ölçerken yapılacak araştırmanın bu edimlerin tümünü kapsayıp kapsamadığına karar vermek gerekir. Öte yandan iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olduğunda edimin zamana yayılmış olup olmadığı incelenirken hangi tarafın ediminin dikkate alınacağı sorusuna da yanıt vermek gerekir. Zira eğer iki edimin de zamana yayılması gerektiğine kanaat getirilirse, edimlerden birinin bir anda ifa edilebilir olması karşısında diğerinin zamana yayılması sözleşmenin sürekli edimli olarak nitelendirilmesi için yeterli sayılmaz. Bunun gibi, edim sonucunun mu yoksa edim fiilinin mi önem arz edeceği de ayrı bir soru işaretidir. Ortaya konan bu sorulardan da anlaşılabileceği üzere, sürekli borç ilişkilerini bir süreye yayılmış edim borcunu içeren borç ilişkileri olarak tanımlamak kavramsal tartışmaları noktalamaktan uzaktır.

Ani ve sürekli edimli sözleşmeleri tanımlamaya çalışırken bu soruların her birini ele almak gerekeceğinden, ilk önce borç ilişkisindeki asli edimler ve yan edimler arasında bir tercih yapılıp yapılmayacağından başlamak en sağlıklı olacaktır. Bir sözleşmenin tipini belirleyen, o sözleşme ile tarafların yüklendiği asli edim yükümlülükleridir.⁷ Bu asli edim yükümlülüklerinin yanında ortaya çıkan yan edim yükümlülükleri ise asli edimin amacına ulaşmasına yardımcı olmaktadır.⁸ Basit bir örnek üzerinden gidilecek olduğunda ani edimli bir sözleşme olduğu konusunda tereddüt olmayan satım sözleşmesinde satıcının asli edimi satılanın mülkiyetini alıcıya devretmekten, alıcının asli edimi satım bedelini satıcıya ödemektir. Ancak satıcının satılanı ambalajlamayı da taahhüt etmiş olması durumunda, bu ambalajlama yükümlülüğü bir yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilecektir.⁹ Burada örnek olarak verilen asli ve yan edim yükümlülüklerinin ikisinin de ani edimli sözleşme karakterine uygun olduğu görülebilmektedir. Zira malın ambalajlı olarak teslimi ile alacaklının ifa menfaati bir kerede tatmin edilmiş olur. Öte yandan yan edim yükümlülüğünün bir süreye yayılması da mümkündür. Örneğin satıcının satım konusu malın yedek parça stokunu hazır bulundurmaya ilişkin yükümlülüğü, sözleşmenin ifasından sonra da devam edecek bir yan edim yükümlülüğüdür.¹⁰ Bu durumda yan edim yükümlü-

⁷ KOCAYUSUFPASAOĞLU, §3, N. 7; SEROZAN, 2016, §1, N. 14.

⁸ SEROZAN, 2016, §1, N. 14.

⁹ Örnek için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 2017, N. 1742.

¹⁰ SEROZAN Rona/BAYSAL Başak/SANLI Kerem Cem, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, On

lüğünün belirli bir süreye yayılmasından hareketle satım sözleşmesinin de sürekli edimli bir sözleşme karakteri kazandığını iddia etmek doğru olmaz. Edimin zamanla ilişkisi ölçülürken asli edim yükümlülüğünün dikkate alınması gerekir.¹¹ Kaldı ki taraflar arzu ettikleri yan edim yükümlülüklerini aralarındaki her türlü sözleşmeye ekleyebileceklerinden, sözleşmenin zamanla göre sınıflandırılmasında hareket noktasının asli edim yükümlülükleriyle sınırlı olması tutarlıdır.¹²

Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olduğunda taraflardan hangisinin asli ediminin dikkate alınacağı konusunda ise sözleşmeye tipini veren edimden yana bir tercihte bulunmak gerekir.¹³ Zira edimin zamanla olan ilişkisini araştırırken amaçlanan sözleşmeye zaman yönünden belirli bir nitelik atfetmektir. Bu da sözleşmeye tipini veren, karakteristik asli edimden hareket etmeyi gerektirir. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen karşılıklı borç yükleyen sözleşme tiplerine bakılacak olduğunda, hemen hemen hepsinde taraflardan biri bir para borcu ödeme yükümlülüğü altındadır. Ancak sözleşmenin zamanla ilişkisini kurmak için bu para borcunun tek bir defada mı yoksa taksitler halinde mi ödeneceğine bir önem atfetmek doğru olmaz. Zira bu edim sözleşmeye tipini vermeye yardımcı olmakla birlikte, aslında renksiz bir edimdir.¹⁴ Şöyle ki, bir malın mülkiyetinin para karşılığı devri söz konusu olduğunda satım sözleşmesi; karşılıksız devri söz konusu olduğunda ise bağışlama ile karşılaşmaktadır. Benzer şekilde bir malın mülkiyetinin değil kullanımının devredilmesinin kira veya kullanım ödöncü sözleşmeleri arasından hangisinin kapsamına gireceği de yine bu kullanım devri karşılı-

İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, N. 585.

¹¹ SELİÇİ Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 5-6; ALTINOK ORMANCI, s. 7-8; BUZ Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 2. Bası (1998 Tıpkı Basım), Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 319; TÜMERDEM Murat, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK m. 126), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 51.

¹² SELİÇİ, 1976, s. 6.

¹³ ALTINOK ORMANCI, s. 7; TERCİER/FAVRE, N. 371; ÖĞÜZ Tufan, Know How Sözleşmesi, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 78. Öte yandan öğretilde sürekli sözleşmeleri taraflardan en az birinin edim yükümlülüğünün sürekli olduğu sözleşmeler olarak tanımlayan ve bu sırada tarafların edimleri arasında bir tercih yapmayan yazarlar da mevcuttur: SE-ROZAN Rona, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 162; BUZ, 2014, s. 319.

¹⁴ ALTINOK ORMANCI, s. 8.

ğında para ödenip ödenmemesinde gizlidir. Ancak yine de bu sayılan sözleşmelere, mülkiyeti geçirme veya kullandırma amaçlı sözleşmeler başlığı altında yer verilmesini sağlayan satıcının (veya bağışlayanın) ve kiraya verenin (veya ödünç verenin) edimleridir.¹⁵

Edimin ve dolayısıyla edimin konusunu oluşturduğu sözleşmenin zamanla olan ilişkisi değerlendirilirken üzerinden durulması gereken bir diğer husus da edimi oluşturan edim fiili ile edim sonucundan hangisinin göz önünde bulundurulacağıdır. Edimin ifası ifadesi, hem edim fiilinin yerine getirilmesini hem de edim sonucuna ulaşılmasını kapsar. Edim fiili, edim sonucuna ulaşılabilmesi için borçlunun yapması veya kaçınması gereken tüm fiilleri ifade ederken, edimin ifası üzerine alacaklının menfaatinin gerçekleşmesi ise edim sonucunu oluşturur.¹⁶ Bir başka deyişle edimin borçluyla yakından alakalı unsuru edim fiiliyken, alacaklıyı yakından ilgilendiren unsur ise edim sonucudur. Öğretide bir araya geldiklerinde edimi oluşturan bu iki unsurdan hangisinin esas alınacağı konusunda farklı fikirler mevcuttur. Örneğin kimi yazarlar¹⁷, edim fiilinin bir anda veya bir süreye yayılarak gerçekleştirilmesinin sözleşmenin zamanla ilişkisini etkilemeyeceğinin, önemli olanın edim sonucunun zamana yayılması olduğunun altını çizmektedir. Karşı görüşteki yazarlar¹⁸ ise edim fiilinin belirli bir süreye yayılmasından yola çıkılarak sözleşmeye sürekli edimli bir sözleşme vasfı verilebileceği kanaatindedir. Kanaatimizce, burada edim sonucunu esas alan ilk görüşe üstünlük vermek daha sağlıklı olacaktır. Edim fiilinin bir süreye yayılmış olması, tek başına sözleşmenin zamanla olan ilişkisinde ayırt edici olamaz. Zira ani edimli olduğu konusunda hiçbir kuşku olmayan sözleşmelerde dahi borçlu çeşitli ifa hareketlerinde bulunmaya başlamış olabilir. Örneğin bir satım sözleşmesinde satıcı ve alıcı arasında götürülecek bir borcun olduğu konusunda anlaşılmış ve satıcı, satım konusu malı alıcının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde teslim etmeyi üstlenmiş ise, satıcının malın gönderilmesi konusunda gerekli organizasyonu sağlamak adına yaptığı hareketlerin

¹⁵ SEROZAN ve diğ./et al., N. 63 vd.

¹⁶ SELİÇİ, 1976, s. 6-7; EREN, s. 96-97.

¹⁷ SELİÇİ, 1976, s. 7; ÖZ, s. 14; SARI, s. 43; OĞUZMAN/ÖZ, 2017, N. 39; ÖĞÜZ, s. 71.

¹⁸ Bu sayede eser sözleşmelerinin de sürekli borç ilişkilerine özgülünmüş sonuçlara tabi olacağı yönünde bkz. SEROZAN, 2007, s. 164, dn. 24; SUNGURBEY İsmet, Medeni Hukuk Sorunları, C. IV, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 479 vd.

her biri bir ifa hareketi olarak değerlendirilebilecektir.¹⁹ Ancak bu durum satım sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu nedenle edim sonucuna üstünlük verilmesi görüşünün amaç açısından tercih edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

B. Ani Edimli Sözleşmeler

Yukarıda öncelikli olarak tespit edilmesi gereken hususlardan yola çıkılarak şu sonuca varmak mümkündür: Ani edimli sözleşmeler, sözleşmenin tipini belirleyen karakteristik edimin sonucunun belirli bir süreye yayılmadığı sözleşmelerdir. Başka bir ifadeyle bu sözleşmelerde karakteristik edimin alacaklısının menfaati ifa üzerine, bir anda gerçekleşir. Bu sözleşmelerin konusunu oluşturan edimlere öğretide “ansız” (veya anlık, bir kerelik) edim denildiği de görülmektedir.²⁰

Ani edimli sözleşmeler için akla gelen ilk örnek satım sözleşmeleridir. Münferit bir satım sözleşmesinin zamanla olan ilişkisi konusunda şüphe yoktur. Satım sözleşmesinin ani edimli sayılması için sözleşmenin kurulması ile ifasının eş zamanlı olması aranmaz. Taraflar arasında, satıcının teslim borcunun sözleşmenin kurulmasından belirli bir süre sonra ifa edileceği şeklinde bir vade öngörülmüş olması sözleşmenin ani edimli olma özelliğini değiştirmeyecektir. Elden satım ne kadar ani edimliyse, karakteristik edim olan mülkiyetin devri borcunun vadeye bağlandığı bir satım sözleşmesi veya alıcının satım bedelini ödeme borcunu belirli aralıklarla ifa ettiği taksitli satışlar da aynı derecede ani edimlidir.²¹

Her bir sözleşme özelinde farklılıklar olabileceği gözden kaçırılmamak kaydıyla, ani edimli sözleşmeler açısından verilen bu klasik örnekler çoğaltılabilir. Bağışlama ve trampa sözleşmeleri de satım sözleşmesine paralel olarak ani edimli sözleşmeler başlığı altında incelenebilecektir. Bunun gibi bazı

¹⁹ İfa hareketlerinin zamana yayılmış olmasının daha incelikli bir durum yarattığı eser sözleşmesine ilişkin açıklamalarımız için bkz. I.3.B.

²⁰ SEROZAN, 2016, §1, N. 18; SEROZAN, 2007, s. 165. Yazar buna örnek olarak, satılan tek ciltlik ders kitabını teslim etme edimini göstermiştir. Örneği biraz değiştirdiğimizde ise farklı bir kategorinin ortaya çıktığı görülmektedir. Serozan bir ansiklopedinin cilt cilt, akaryakıtın tanker tanker yollanması örneklerini dönemli edimlerin somutlaştırılması için vermiştir. Dönemli edimlerin hangi başlık altında değerlendirilmesi gerektiği yönünde açıklamalarımız için bkz. I.3.A.

²¹ SELİÇİ, 1976, s. 5.

vekalet sözleşmeleri de yine ani edimli sözleşmeler arasında ele alınabilmektedir. Vekilin müvekkil adına noterde bir işlem gerçekleştirmesi; banka tarafından ödeme veya havale emrinin yerine getirilmesi, bir alacağın ifasının kabulü gibi durumlarda vekalet sözleşmesinin istisnai olarak ani edimli bir sözleşme özelliklerini taşıyacağı görüşü öğretide savunulmaktadır.²² Yine öğretide, vekalet sözleşmesi başlığı altında anılabilecek özel sağlık kuruluşları (özel muayeneler, merkezler, poliklinikler ve özel sağlık kuruluşu açmaya yetkili kurum ile kuruluşların kurduğu ayakta teşhis ve tedavi merkezleri) ile hasta arasındaki teşhis ve tedavi sözleşmesi de²³ ani edimli bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Zira burada da vekalet veren hastanın menfaatinin, tedavi edilip iyileşmesiyle sağlandığı ve tedavi sürecinin uzun veya kısa olmasının sözleşmenin ani edimli olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği kabul edilmektedir.²⁴

Bunun gibi kefalet ve teminat amaçlı garanti sözleşmelerinin de ani edimli sözleşmeler başlığı altında değerlendirilmesi gerekir. Dikkat etmek gerekir ki bahse konu her iki sözleşme açısından da kefil olunan veya garanti edilen edimin ani veya sürekli olmasının herhangi bir belirleyiciliği olmayacaktır.²⁵ Zira kefilin borcu kefalet sözleşmesinin bağlı olduğu asıl ilişkideki borcun ifa edilmemesi üzerine, garantörün borcu ise riskin gerçekleşmesi ile birlikte ifa edilmesi gereken ve alacaklının menfaatinin bu ifa ile tek seferde tatmin edileceği borçlardandır. Bu nedenle her iki sözleşme tipinin de şarta

²² Bu yönde bkz. SELİÇİ, 1976, s. 27; ALTINOK ORMANCI, s. 47 vd. Örnekler için sırasıyla bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 51; SARI, s. 47-48 vd. Vekalet sözleşmesinin hiçbir şart altında ani edimli bir sözleşme olarak değerlendirilemeyeceği; vekilin, bir işin veya işlemin yapılmasına ilişkin olarak faaliyette bulunmayı üstlenmesi ve bunun sürekli bir faaliyeti gerektirmesinden hareketle, bu sözleşmenin her zaman için bir sürekli borç ilişkisi yaratacağı yönünde bkz. GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 21 vd., özellikle s. 24-25; GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 117.

²³ ÖZDEMİR Hayrünisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 74 vd.

²⁴ ÖZDEMİR, s. 72. Yine de kanaatimizce burada hastanın tedavi sürecinin her anında ifa menfaatinin tatmin edildiği yönünde bir itirazda bulunarak sürekli edimli bir sözleşmeden bahsedilebileceğini savunmak da mümkündür. Bu yönde bkz. SARI, s. 46.

²⁵ Kefalet sözleşmesinin fer'iliğinden hareketle asıl borç ilişkisinin sürekli veya ani edimli olmasının kefalet sözleşmesinin zamanla ilişkisini belirleyeceği yönünde bkz. Gschnitzer, *Jb.* 76, 367 (SELİÇİ, 1976, s. 30, dn. 100'den naklen). Aynı yönde bkz. SEROZAN, 2007, s. 167.

bağlı olmakla birlikte, ani edimli bir borç doğurduğunu söylemek isabetli olacaktır.²⁶

C. Sürekli Edimli Sözleşmeler

Ani edimli sözleşmeler ve sürekli edimli sözleşmeler arasında bir ayırım yapabilmek için yukarıda varılan tespitlere bağlı olarak çıkarım yapmak mümkünse de, sürekli edimli sözleşmeleri diğer sözleşmelerden ayıran özellikler bunlarla sınırlı değildir. Çalışmamızın bu kısmında sürekli edimli sözleşmelerin belirleyici özellikleri hakkında açıklamalara yer verilecektir.

Ani edimli bir sözleşmede zaman unsurunun işlevi, tarafların sözleşmesel yükümlülükleri ile bağlı oldukları süreyi belirlemekten ibarettir. Oysa sürekli edimli bir sözleşmeden bahsedilecek olduğunda, zamanın sözleşmenin karakteristik ediminin içeriğini belirlediğine dikkat çekmek gerekir.²⁷ Hatta edimin zamanla olan ilişkisini nitelendirebilmek için yapılan ayrımlarda kimi yazarlar, bu tip edimlerin dar (gerçek) anlamda sürekli edim teşkil ettiğini belirtirler.²⁸ Bu tür edimlerin her birinde sözleşme süresi boyunca her an ifa gerçekleşmekte ve alacaklının ifa menfaati de her an tatmin edilmektedir.²⁹ Bu çerçevede, ani edimli sözleşmelerin aksine ifa sözleşmeyi sona erdirmeyecek; sözleşmenin sona ermesi için belirlenen sürenin dolması veya sözleşmenin feshi gerekecektir.³⁰ Örneğin kullandırma sözleşmeleri (adi kira ve hasılat kirası), ödünç sözleşmeleri (kullanım ve tüketim ödöncü), hizmet sözleşmesi, vekalet sözleşmesi³¹, muhafaza sözleşmeleri (saklama ve ardiye), lisans sözleşmeleri, franchise sözleşmeleri³², finansal kiralama

²⁶ SELİÇİ, 1976, s. 30-31; ALTINOK ORMANCI, s. 67 vd. ve özellikle s. 70 ve 74.

²⁷ SEROZAN, 2007, s. 163-164.

²⁸ ALTINOK ORMANCI, s. 13 ve özellikle dn. 24.

²⁹ SEROZAN, 2016, §1, N. 18; BUZ, 2014, s. 319.

³⁰ SEROZAN, 2016, §1, N. 18;

³¹ Vekalet sözleşmelerinin bazı durumlarda ani edimli sözleşmeler arasında sayılabileceğine daha önce değinilmişti. Ancak kanaatimizce vekalet sözleşmesinin ani edimli sözleşme olarak görülebileceği haller oldukça sınırlı olup, vekalet veren ve vekil arasında bir güven ilişkisi yaratan klasik vekalet sözleşmelerinin sürekli edimli sözleşmeler olduğunun kabulü gerekir. Örneğin vekilin bir varlık yönetimi borcu kapsamındaki borcu sürekli edimli bir borç ilişkisinden bahsetmeyi gerektirir. Zira zaman faktörü, vekilin tüm ediminin kapsamını belirlemek için elzemdir, ALTINOK ORMANCI, s. 51. Aynı yönde bkz. SELİÇİ, 1976, s. 27, SARI, s. 46 vd.

³² YENİOCAK Umut, Franchise Sözleşmeleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 35-36 ve

sözleşmesi³³, know how sözleşmeleri³⁴, tek satıcılık sözleşmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmeleri, acentelik sözleşmesi ve sigorta sözleşmeleri bu anlamda zamanın karakteristik edimin içeriğini belirlediği sözleşmeler olmaları sebebiyle sürekli edimli sözleşmeler olarak kabul edilmektedir.³⁵ Benzer şekilde, konusunu bir yapmama ediminin oluşturduğu borç ilişkilerinde de edimin sürekliliğinden bahsetmek gerekir. Yapmama borcunun ihlali sebebiyle doğacak tazminat borcu ise bu ilişkiyi pek tabii ani edimli bir borç ilişkisine dönüştürecektir.³⁶

Dikkat etmek gerekir ki sürekli edimli bir sözleşmedeki süreklilik ile kesintisizlik kavramları birbiri ile birebir örtüşmeyebilir. Diğer bir deyişle salt edimin kesintiye uğruyor olması onun sürekliliğini ortadan kaldırmaz. Kira sözleşmesi gibi sözleşmelerde bu iki özellik örtüşse de; her sözleşme

aynı yönde bkz. Y. 11. HD, E. 2005/5416, K. 2006/7900, 03.07.2006; Y. 19. HD, E. 2001/819, K. 2001/4917, 25.06.2001 (Bu çalışmadaki tüm kararlara Kazancı Veritabanı'ndan ulaşılabilmektedir.)

³³ Finansal kiralama sözleşmelerinin zamanla ilişkisi için ayrıca bkz. TOPUZ Murat, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.175 vd.

³⁴ Know how sözleşmelerinin zamanla ilişkisini tespit ederken know how sözleşmesinin belirli bir süre için yapılıp yapılmadığı önem arz eder. Zira sözleşme konusu bilgi ve deneyimlerden yararlanacak olan know how alan, bunları hiçbir süreyle sınırlı olmaksızın devralıyorsa bahse konu sözleşme ani edimli sözleşme niteliğinde olacaktır. Ancak süreli bir know how sözleşmesinde, know how verenin sözleşme konusu bilgi ve deneyimlerini o süre boyunca know how alanın yararlanmasına açık tutması beklenir. Bunun gibi, esasen ani edimli olan bir know how sözleşmesinde, know how veren devrettiği bilgi ve deneyimlerde meydana gelecek gelişmeleri de devir borcu altındaysa, anılan bu borç ilgili sözleşmeye sürekli edimli nitelik kazandıracaktır. Bu nedenle kullandırma sözleşmeleri başlığı altında değerlendirilebilecek olan sürekli edimli nitelikteki know how sözleşmelerinde, know how alanın ifa menfaati kararlaştırılan süre boyunca her an tatmin edilecektir. Bu yönde ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖĞÜZ, s. 79-81; ERBAY İsmail, Know-How Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 117.

³⁵ Çeşitli sözleşme tipleri ve bu sözleşmelerin zamanla olan ilişkileri konusunda ayrıntılı bir inceleme için bkz. SELİÇİ, 1976, s. 20 vd., ALTINOK ORMANCI, s. 33 vd.; SEROZAN, 2007, s. 165 vd.; Know how alanın bu know how'ı belirli bir süre boyunca kullanabildiği know how sözleşmeleri için bkz. ÖĞÜZ, s. 71; Kredi açma sözleşmeleri için bkz. ÖZEN Burak, Kredi Açma Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 137; YENER Mehmet Deniz, Kredi Açma Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 88 vd.

³⁶ SELİÇİ, 1976, s. 10-11; SEROZAN, 2007, s. 165. Öte yandan, anılan yazarların da belirttiği üzere, yapmama ediminin istisnai olarak ani edimli bir borç ilişkisi yaratmasına örnek olarak bir açık arttırmada pey sürmeme borcu gösterilebilir. Aynı yönde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 2017, N. 40.

için böyle bir genelleme yapmak doğru olmaz. Örneğin bir hizmet sözleşmesinde işçinin iş görmesi belirli günler ve bu günler içinde belirli saatlerle sınırlanmış olabilir veya bir yapmama edimi söz konusu olduğunda, belirli bir fiilin yine bir dönem içinde salt belirli saatlerde yapılmayacağı kararlaştırılmış olabilir. İki durumda da bahse konu sözleşmeler sürekli edimli sözleşme niteliklerini kaybetmeyeceklerdir.³⁷

Sürekli edimli sözleşmelere ilişkin olarak öğretide anılan bir diğer ayırt edici özellik ise zamanında ifası kaçırılmış olan edimin aslında imkansızlaşmış olmasıdır.³⁸ Zamanında ifa etmemenin ani edimli sözleşmelerdeki karşılığı borçlu temerrüdüken, sürekli edimli sözleşmeler söz konusu olduğunda artık bir ifa imkansızlığından bahsetmek gerekecektir. Burada önemle belirtmek gerekir ki sürekli edimli sözleşmelerde temerrüt mümkündür ve hatta bu çalışmanın konusunu oluşturan TBK m. 126 tam olarak bu konuyu düzenlemektedir. Ancak burada vurgulanmak istenen, sürekli edimlerin ifasındaki gecikmenin telafi edilmesinin ani edimli sözleşmelerden farklı olduğudur. Şöyle ki bir kullandırma borcu altına giren kişi, sözleşmede kararlaştırılan sürenin tamamı boyunca bu borcu ifa ile yükümlüdür ve bu süre içerisinde bir gün dahi olsa bu kullandırma borcunu ihlal etmiş olması, alacaklının o gün boyunca malı kullanamamış olması anlamına gelecektir. O gün kullanılamayan malın bir başka gün kullanılması pekala mümkündür ancak bu telafi, kullanma borcunun ihlal edildiği o günkü kullanımın tekrar sağlanmasının imkansız olduğu gerçeğini değiştirmez.³⁹ Sürekli edimin ifasının zamanında gerçekleştirilmemesi üzerine telafi, *Serozan*'ın deyiimiyle, ya “*sonradan gönül rızasıyla*” ya da “*aynen tazmin yaptırımıyla ve zorla*” uzatılmak suretiyle gerçekleştirilecektir.⁴⁰

³⁷ Örnekler için bkz. SELİÇİ, 1976, s. 10-12; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §3, N. 7.

³⁸ SEROZAN, 2016, §1, N. 18; SEROZAN, 2007, s. 163-164.

³⁹ Sürekli edimli sözleşmelerin bu şekilde değerlendirilmesinin temelinde, “ifa vuku bulmaksızın geçen zamanın geri getirilemeyeceği” düşüncesi yer almaktadır, HAVUTÇU Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1995, s. 143-144. Ancak yazar, imkansızlık kavramını sadece ifa zamanı ile ilişkilendiren bu görüşü reddetmektedir. Zira edim yükümüne riayet edilmeyen sürenin geçmişte kalmış olmasından yola çıkılarak edimin imkansızlığı sonucuna varılırsa, aynı sonucu ani edimli sözleşmeler için de kabul etmek gerekecek ve böylece temerrüt hükümlerinin uygulanması hiçbir zaman mümkün olmayacaktır.

⁴⁰ SEROZAN, 2016, §1, N. 18; SEROZAN, 2007, s. 163.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki sürekli edimli sözleşmeleri, diğer sözleşmelerden ayıran bir diğer özellik bu sözleşmeler ile taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin yaratılmış olmasıdır.⁴¹ Kanaatimizce bu ayırt edici özellik esasen sürekli edimli bir sözleşme kurulmasının sonucu olarak da değerlendirilebilir. Zira böyle bir ilişki içindeki sözleşme tarafları ister istemez ani edimli sözleşme taraflarına nazaran çok daha fazla yakınlaşacaktır. Böyle özel bir güven ilişkisinin mevcudiyeti, sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin olarak özel sebeplerin de yaratılmasını gerekli kılmıştır. Bu çerçevede sürekli edimli bir sözleşmenin haklı sebeple feshi mümkün olacaktır.⁴²

3. Edimin Zamanla İlişkisi Hususunda Tartışmalı Sözleşmeler

Ani ve sürekli edimli sözleşmeler arasındaki farklar yukarıda teorik olarak açıklanmış olsa da, bazı sözleşmeler açısından bu farkların tespiti daha güç olduğunu söylemek hatalı olmaz. Çalışmamızın bu kısmında çeşitli özellikleri sebebiyle ani veya sürekli edimli olarak sınıflandırılmasında karışık görüşler olan birtakım sözleşmelere değinilecek ve bunların nasıl nitelendirilmesi gerektiği üzerinde durulacaktır.

A. Art Arda İfa Edilen Sözleşmeler

Art arda ifa edilen sözleşmeler başlığında yer alan sözleşmelerin niteliğine ilişkin soru işaretleri olmasının kaynağında bu başlığın son derece geniş bir kapsama sahip olması yatmaktadır. Bu nedenle art arda ifa edilen sözleşmeleri örneklerle somutlaştırıp, somut olaylara istinaden birtakım çıkarımlarda bulunmak en sağlıklı olacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki aslında belirli bir bütünü oluşturan ancak kısım kısım ifa edilmek suretiyle en son ifa ile alacaklının ifa menfaatini tatmin eden sözleşmelerin sürekli edimli sözleşmeler olarak nitelendirilmeyeceği konusunda şüphe yoktur. Buna örnek olarak bir makinenin parça parça teslimi veya bir takım halindeki ansiklopedinin cilt cilt teslimi halleri verilebilir.⁴³ Sürekli edimli sözleşmelere ilişkin olarak yukarıda yapılan

⁴¹ TÜMERDEM, s. 55.

⁴² SELİÇİ, 1976, s. 34 vd. ve s. 156 vd.; SEROZAN, 2007, s. 164; ALTINOK ORMANCI, s. 93 vd.; SEÇER Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 53 ve aynı yerde dn. 211’de anılan yazarlar.

⁴³ SELİÇİ, 1976, s. 13; ALTINOK ORMANCI, s. 19. Dönemli edimler başlığı altında benzer

açıklamalarda yer verilen ilk kıstas olan edim sonucunun zamana yayılması koşulunun bu tip sözleşmelerde sağlandığını söylemek mümkün değildir. Zira verilen her iki örnekte de alıcının menfaatinin sağlanması için en son ifanın beklenmesi gerekmekte ve bu ana kadar yapılan kısım kısım ifalar, sonuncusu olmaksızın bir anlam ifade etmemektedir. Tarafların ifanın bu şekilde parça parça gerçekleştirilmesi yönündeki iradeleri, edim sonucunun değil edim fiilinin zamana yayılmasına sebep olmuşsa da, kanaatimizce edim fiilinin zamanla ilişkisi sözleşmenin nasıl nitelendirileceğine etki etmez. Öte yandan yukarıda verilen örneklerle bakılacak olduğunda, sözleşme konusu edim miktarının baştan belirli olduğu ve bu sebeple bir defada ifa edilebileceği ancak tercihen bölüm bölüm ifa edildiği görülmektedir.⁴⁴ Diğer bir deyişle burada edimin art arda ifa edilmesini gerektiren ifa kolaylığı ve taraf iradeleri etkenleridir.

Ani veya sürekli edimli olup olmadığı konusunda daha kesin konuşulabilecek bir diğer art arda ifa edilen sözleşme türü ise tedarik sözleşmeleridir.⁴⁵ Elektrik, su ve gaz tedarikine ilişkin olanları akla ilk gelen örneklerinden olan tedarik sözleşmeleri sürekli edimli sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler çerçevesinde borçlu her an ifaya hazır olduğu gibi alacaklı da her an ifadan menfaat sağlamaktadır. Öte yandan tedarik sözleşmesinin kapsamını belirleyen de zaman unsurudur.⁴⁶ Zira öğretide sürekliliğinden kuşku duyulmayan bu tedarik sözleşmelerinin ortak özellikleri genel olarak tüm edim miktarının en baştan belirlenemiyor olmasıdır. Şöyle ki taraflar dönemsel olarak ifa edilecek bir edim konusunda anlaşmış; ancak genellikle bu ifanın süresiyle ilgili bir öngöründe bulunmamıştır. Bunun gibi dönemsel olarak ifa edilmesi beklenen edimlerin kapsamı da zaman içinde alacaklının duyacağı ihtiyaç veya borçlunun sahip olacağı ürün üzerinden belirlenebilecektir.⁴⁷ Bu şekilde edim kapsamının önceden belirlenmediği sözleşmelerde belirleyici olan zaman unsuru olacaktır.

Art arda ifa edilecek olmakla beraber edim kapsamı en baştan belirlenmiş sözleşmelerin zamanla ilişkisini ise tespit etmek güçtür. Örneğin bir fab-

örnekler için bkz. SEROZAN, 2016, §1, N. 18.

⁴⁴ SEROZAN, 2016, §1, N. 18; SEROZAN, 2007, s. 165-166; BUZ, 2014, s. 316, dn. 115.

⁴⁵ SELİÇİ, 1976, s. 14 vd.; SEROZAN, 2007, s. 165; ALTINOK ORMANCI, s. 34.

⁴⁶ SELİÇİ, 1976, s. 15 vd.; ALTINOK ORMANCI, s. 34;

⁴⁷ SELİÇİ, 1976, s. 14 vd.

rikanın yakıt ihtiyacını karşılamak amacıyla belirli bir süre boyunca belirli bir miktar kömürün teslimini içeren bir sözleşme, esasen yukarıda anı edimli olarak nitelenen ve aslında bir defada ifa edilebilecekken taraf iradelerinin uyuşması ile bölüm bölüm ifa edilmesine karar verilen bir borcu andırmaktadır.⁴⁸ Kaldı ki bu defa, klasik tedarik sözleşmelerinin aksine, edimin kapsamı ifa süresine bağlı olarak artmamakta; aksine en baştan belirlenmiş bulunmaktadır.⁴⁹ Bununla beraber alacaklının ifa menfaatinin değerlendirilmesi ile iki örnek arasında bazı farklılıklar olduğu da ortaya çıkacaktır. İlk fark da birinci örneğin (parça parça makine veya cilt cilt ansiklopedi teslimi) aksine burada yapılan kömür tesliminin alacaklının zamana yayılan bir ihtiyacının karşılanmasına yönelik olmasıdır.⁵⁰ Öte yandan ilk örnekte art arda ifa edilen edimler arasında bir bağıllık varken, kömür tesliminde her bir teslim bir diğerinden bağımsız nitelik taşır.⁵¹ Bir ansiklopedi serisini cilt cilt teslim alan kişi açısından her bir cildin belirli bir dönemdeki ifa menfaatini karşıladığını iddia etmek yerinde olmaz. Ancak her ay belirli bir miktarda kömür teslim edilen fabrika örneğinde, aylık kömür ihtiyacının karşılanmış olması o döneme ilişkin ifa menfaatini de gerçekleştirebilir.

Kanaatimizce, süresi ve her dönem için sağlanacak edimin miktarı belirlenmiş art arda ifa edilen sözleşmelerin sürekli edimli olduğunun kabulü mümkün değildir. Bu şekildeki bir sözleşmede, her bir teslimin diğerlerinden bağımsız nitelikte olması, bu sözleşmeyi sürekli edimli sözleşme yapmaya yetmeyecektir. Teslimlerin birbirinden bağımsızlığı, bu sözleşmelerde karşılaşılabilecek ifa engellerinin sonuçlarında etkisini zaten göstermektedir. Diğer bir deyişle ifa engeli, hangi kısım ile ilgili ise bu engelden kaynaklanan haklar da o kısma ilişkin olarak kullanılabilir. Teslimlerden sadece birine ilişkin bir ifa engelinin sonuçlarını tüm sözleşme üzerine yansıtmama tercihi, sürekli edimli borç ilişkileri için de geçerli bir kabul ile açıklanabilir. Bu kabule göre, gerek art arda ifa edilen sözleşmelerde gerekse sürekli edimli borç ilişkilerinde, ifa edilen kısım alacaklının ifa menfaatini zaten karşılamaktadır. Bu nedenle ifa engelinden kaynaklanan hakların, sadece henüz ifa edilmeyen kısım için kullanılması tutarlıdır. Ancak bu sözleşmeler

⁴⁸ Örnek için bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 30.

⁴⁹ SELİÇİ, 1976, s. 19.

⁵⁰ Bu yönde bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 29 vd.

⁵¹ Sürekli bir sözleşmeden bahsedebilmek için art arda ifa edilen edimlerin birbirinden bağımsız olması gerektiği yönünde bkz. SEROZAN, 2007, s. 165; TÜMERDEM, s. 56.

bahis konusu olduğunda alacaklının ifa menfaatinin, yukarıda sürekli edimli sözleşmeler başlığı altında incelenenlerde olduğu şekliyle, belirli bir süreye yayıldığını söylemek mümkün değildir. Bu çerçevede öğretide aksi yönde görüşler⁵² mevcut olsa da, bizim de katıldığımız görüş uyarınca alacaklının ifa menfaatinin belirli bir süreye yayıldığı hallerde dahi, edim kapsamı önceden belirlenmiş art arda ifa edilen sözleşmeleri sürekli sözleşmeler çatısı altında değerlendirmek isabetli olmaz.⁵³

Diğer yandan bu çalışmanın konusunu oluşturan TBK m. 126'nın art arda ifa edilen sözleşmelerde uygulanmasını gerektirecek bir ihtiyaç da yoktur. Şöyle ki tacirler arasındaki satışlarda öncelikli olarak uygulanacak olan TTK m. 23 bu konuya ilişkin açık bir düzenleme getirmektedir. Buna göre sözleşmenin bir kısmının yerine getirilmemesi durumunda alıcı haklarını sadece teslim edilmemiş olan kısım hakkında kullanabilecektir. Hükmün bu kısmı 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da yer verilen bir düzenleme olsa da, devamı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği yeniliklerdendir ve alıcının bir kısma ilişkin ifa engelinden kaynaklanan haklarını sözleşmenin tümünü hedef alarak kullanmasının önünü açar. Zira bu düzenlemeye göre, tek bir kısmın dahi teslim edilmemesi dolayısıyla sözleşmeden beklenen yararın elde edilmesi veya izlenen amaca ulaşılması imkânı ortadan kalkıyor veya zayıflıyorsa ya da durumdan ve şartlardan, sözleşmenin kalan kısmının tam veya gereği gibi yerine getirilemeyeceği anlaşıyorsa alıcı sözleşmeyi feshedebilecektir. Her bir teslimin bağımsız olduğunu kabul ettiğimiz bir art arda ifa edilen sözleşme söz konusu olduğunda, bir teslimde temerrüdün sözleşmeden beklenen yararı veya ulaşılacak istenen amacı tümüyle ortadan kaldırması ya da zayıflatması güçtür. Ancak sözleşmenin kalan kısmıyla ilgili şüphe yaratılmasının fesih sebebi olabilmesi karşısında kanımızca TBK m. 126'nın bu sözleşmelere uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Öte yandan bu düzenleme sadece tacirler arası satımlarda değil, adi satımlarda da uygulama alanı bulur.⁵⁴

⁵² SELİÇİ, 1976, s. 19-20; ALTINOK ORMANCI, s. 29 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, 2017, N. 43, dn. 43; ÖZ, s. 16.

⁵³ KUNTALP Erden, Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s. 17 vd.; BUZ, 2014, s. 316, dn. 15.

⁵⁴ Bu yöndeki tartışmalar için bkz. KUNTALP, s. 79 vd. Ancak belirtmek gerekir ki yazar ticari satımlar açısından o dönemde yürürlükte olan 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 25. maddesine atıf yapmaktadır. Söz konusu maddede ise alıcının fesih hakkı düzenlenme-

B. Eser Sözleşmesi

Türk hukukunda edimin zamanla ilişkisi yönünden tartışmalı sözleşmelerden biri de eser sözleşmesidir. Öğretide kimi yazarlar⁵⁵ yüklenicinin eseri teslimden önceki fiillerinin iş sahibi açısından bir menfaat sağlamadığı düşüncesinden hareketle bu sözleşmenin ani edimli bir sözleşme olduğunu savunmuştur. Esasen edim sonucunun zamanla ilişkisi açısından yaklaşıldığında varılması gereken sonuç da bu olacaktır. Zira iş sahibinin menfaatinin sağlandığı an eserin teslim edildiği andır. Bununla beraber bir iş görme borcu yaratan eser sözleşmesinin sadece edim sonucu odaklı olarak düşünülemeyeceğini ve bu nedenle eser sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğunu ifade eden yazarlar⁵⁶ da mevcuttur.

Kimi yazarlar ise eser sözleşmesinin ani ve sürekli karışımı karma bir niteliği olduğu görüşündedir. Zira böyle bir kabul bir anda ifa menfaati gerçekleşen iş sahibi karşısında edim fiili için emek ve vakit harcayan yüklenicinin bir nebze korunmasını sağlamaktadır.⁵⁷ Bizim de katıldığımız görüşe göre kanun koyucunun eser sözleşmesine ilişkin olarak daha çok sürekli edimli sözleşmelere özgü bazı düzenlemelere yer vermiş olması, yüklenicinin korunmasını amaçlasa da bu düzenlemelerden hareketle eser sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olarak nitelenmesi mümkün olmamalıdır.⁵⁸ Sözleşmenin TBK m. 480 (2) uyarınca yeni koşullara uyarlanması imkanı bu düzenlemelere bir örnektir.⁵⁹ Bunun gibi kanun koyucunun eser sözleşme-

miş, alıcının haklarının teslim edilmemiş kısma ilişkin olarak kullanabileceği düzenlemeyle yetinilmiştir. Sözleşmenin feshinin mümkün olup olamayacağı ise akdin müspet ihlali koşullarının oluşup oluşmadığı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Kanımızca tacirler arası satımlardaki fesih imkanının adi satımlara da teşmilinde sakınca bulunmamaktadır.

⁵⁵ SELİÇİ Özer, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 53; YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 994; SEÇER, s. 44.

⁵⁶ ÖZ, s. 21.

⁵⁷ SEROZAN, 2007, s. 175-176.

⁵⁸ SELİÇİ, 1976, s. 26; ÖZ, s. 21; SEÇER, s. 45-46; KARTAL Dilşah Buşra/ÖĞÜN Pınar, “TBK M. 473/I Hükümü Kapsamında Öncelenmiş Borca Aykırılık Sorununun Değerlendirilmesi”, *Sorumluluk Hukuku*, Baysal Başak (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, ss. 229-252, s. 237.

⁵⁹ TBK m. 480 (2): “Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleş-

sinin sona erdirilmesi için dönme yerine fesih yolunu tercih ettiği veya eserin tamamlanmış olması nedeniyle dönme hakkının kullanılmasına engel olduğu kimi durumlar da, kanun koyucunun eser sözleşmesinin çeşitli yönleriyle ani edimli diğer sözleşmelerden ayrıldığını kabul ettiğini göstermektedir.⁶⁰

Eser sözleşmesinin diğer ani edimli sözleşmelerden ayrıldığı bir diğer husus da TBK m. 473 (1) düzenlenmesinde kendini göstermektedir.⁶¹ Şöyle ki ani edimli bir sözleşme olduğunu kabul etsek bile eser sözleşmesinin ifa hareketlerinin zamana yayılmışlığı en dikkat çeken hususlardan biridir. Eser sözleşmesi çerçevesinde ortaya çıkarılacak esere göre değişiklik gösterebilecek bu süre, örneğin bir inşaat sözleşmesinde, göz ardı edilemeyecek şekilde uzun olacaktır. Bu çerçevede kanun koyucu öncelenmiş borca aykırılık halini eser sözleşmesine özgü olarak düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Öte yandan öğretide bir görüş, eser sözleşmesinin sürekli edimli olarak nitelendirilecek olması halinde, TBK m. 473 (1)'in de farklı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği yönündedir. Zira bu görüşe göre, bu defa öncelenmiş borca aykırılıktan değil, olağan bir borca aykırılıktan ve dolayısıyla olağan

meden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.” TBK m. 480 (2) ile sözleşmenin uyarlanması olgusu, eser sözleşmelerine özel olarak düzenlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki TBK m. 138 ile bu imkan genel hükümler çerçevesinde tüm sözleşmeler için getirilmiştir ve uygulamada daha nadir karşılaşılabileceği muhtemel olmakla beraber, ani edimli sözleşmelerde de sözleşmenin uyarlanmasının gündeme gelebileceği maddenin lafzından kesin olarak çıkarılabilmektedir.

⁶⁰ Dönme hakkının kullanılmasını engelleyen durumlara örnek için bkz. TBK m. 475 (3): “Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.”; TBK m. 480 (2): “Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.”; (eserin tamamlanması halinde sözleşmeden dönmeye izin verilmemesi bakımından) bkz. TBK m. 482 (2): “Eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılıyorsa iş sahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıktırarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir.”; TBK m. 484: “İş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir.”

⁶¹ TBK m. 473 (1): “Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”

bir temerrüt halinden söz etmek gerekecektir.⁶² Bu görüş kabul edilecek olursa ifasına başlanmış bir eser sözleşmesinde temerrüt halinde de TBK m. 126'nın uygulanması gerekir. Ancak kanaatimizce eser sözleşmesinin niteliğine uygun düşen bu ayırksı durumlar, bu sözleşmenin ani edimli olduğu gerçeğini değiştirmez. Kaldı ki TBK m. 473 (1), 475 (3), 480 (2) ve 482 maddeleri ile özellikle 1984 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı⁶³ sayesinde yüklenici ve işsahibi arasındaki menfaat dengesi büyük ölçüde sağlanmıştır. Bu nedenle yüklenicinin eseri meydana getirmeye başlamış olması sebebiyle bu çalışmanın konusunu oluşturan TBK m. 126'ya başvurulması söz konusu olmayacaktır.

II. TBK M. 126 UYARINCA SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILMASININ KOŞULLARI

1. Genel Olarak

Sürekli edimli sözleşmelerin kapsamı yukarıda tespit edildikten sonra, çalışmamızın bu kısmında, bu sözleşmelere ilişkin olarak getirilmiş olan TBK m. 126 düzenlemesi incelenecektir. TBK m. 126 uyarınca *“ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”*. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılığı bulunmayan hükümleri arasındaki bu düzenlemeye, genel hükümler altında yer verilmiş ve bu sayede sürekli edimli sözleşmelerde temerrüt ve temerrüde bağlı sonuçlar ilk defa açık olarak düzenlenmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda sadece ani edimli sözleşmeler için yapılmış düzenlemelerin sürekli edimli sözleşmelere birebir uygulanmasının mümkün olmadığı öğretide kabul edilmiş olduğundan, TBK m. 126'nın

⁶² Açıklama için bkz. KARTAL/ÖĞÜN, s.237, dn. 22.

⁶³ YİBGK., 1983/3 E., 1984/1 K.: “İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla iş muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106 108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medenî Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına; birinci ve ikinci toplantılarda 2/3 çoğunluk sağlanamadığından, 25.1.1984 günlü üçüncü toplantıda çoğunlukla karar verildi.”

aslında örtülü bir boşluğu doldurduğu rahatlıkla söylenebilir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda varolan bu örtülü boşluğun, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde “ileriye etkili fesih” yolunun benimsenmesi ile doldurulabileceğini belirten yazarlar, sözleşmenin ifasına başlanmadığı hallerde sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönülmesi önünde bir engel olmadığı görüşündeydiler.⁶⁴ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile geline nokta, özellikle temerrüde bağlanan sonuçlar açısından ani edimli sözleşmeler için öngörülen seçimlik hakların, olduğu gibi sürekli edimli sözleşmeler için benimsenmesindeki güçlük kabul edilmiş ve TBK m. 126 düzenlemesinin sürekli edimli sözleşmelerin niteliğine uygun düşecek temerrüt sonuçlarına yer vermesi genel olarak olumlu bir adım olmuştur. Ancak bu hüküm yine de öğretide birtakım eleştirilerin hedefi olmaktan kaçamamıştır.

Çalışmamızın bu kısmında öncelikle TBK m. 126 uyarınca borçlu temerrüdünden bahsedebilmek için oluşması gereken koşullara değinilecek, ardından da temerrüde bağlı sonuçlar ve bu sonuçların ani edimli sözleşmeler için öngörülmüş olanlardan farkları üzerinde durulacaktır. Bu sırada öğretide TBK m. 126'ya getirilmiş olan eleştirilere yönelik kanaatimiz de ortaya konacaktır.

2. Sözleşmenin İfasına Başlanmış Olması

Sürekli edimli sözleşmelere özel bir borçlu temerrüdü düzenlemesi getiren TBK m. 126'nın uygulanabilmesi, öncelikli olarak sözleşmenin ifasına başlanmış olmasına bağlıdır. Zira madde hükmünde açıkça “*ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler*” den bahsedilmiştir. Buradan da anlaşılabileceği gibi henüz ifasına başlanmamış sürekli edimli sözleşmelerde temerrüde düşen borçlunun durumu, ani edimli sözleşmelerde temerrüde düşen borçlunun durumundan farksızdır. Dolayısıyla karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin borçlusu, ifanın henüz başlamadığı bir sırada kusurlu olarak temerrüde düşerse, TBK m. 125 uygulanacak ve bu çerçevede alacaklı her zaman isteyebileceği aynen ifa ve gecikme tazminatı haricinde, aynen ifadan

⁶⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde sürekli edimli sözleşmelerde temerrüde bağlanan sonuçlar açısından bir örtülü boşluk olduğu ve bu boşluğun nasıl doldurulabileceği yönünde bkz. OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 419; TEKİNAY Selahattin/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 965-966, dn. 46; SELİÇİ, 1976, s. 207-208.

vazgeçerek olumlu zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini talep edebilecektir. Bununla beraber borçlunun temerrüde düşmekte kusuru bulunmuyorsa tazminat talebine yer olmayacağından, alacaklının imkanları aynen ifa talep etmek veya sözleşmeden dönmekle sınırlı olacaktır.

Burada tespiti gereken husus edimin ifasının başlamasından kastedilenin ne olduğudur. Örneğin bir kira sözleşmesinde kiralananın 1 Haziran tarihinde kiracının kullanımına bırakılacağı ancak ilk aya ait kira bedeli ödeme borcunun bu andan önce ifa edilmesi kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda ifasına başlanmış bir sözleşmeden bahsedilip bahsedilemeyeceğini değerlendirmek gerekir. Kanaatimizce sürekli edimli bir sözleşmenin ifa edilmeye başlanma anı karakteristik edime bağlı olarak belirlenmelidir. Karakteristik edim karşılığı olarak yerine getirilmesi gereken para ödeme borcu, çalışmamızın muhtelif kısımlarında da değindiğimiz üzere, renksiz bir edimdir. Bu nedenle kira sözleşmesinin ifasına başlanmış sayılması için kiralananın mutlaka kiracıya teslim edilmiş olması gerekir.⁶⁵

Bununla beraber, finansal kiralama sözleşmeleri için ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır. Bilindiği üzere finansal kiralama sözleşmesi; kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü bir kişiden veya bizzat kiracıdan satın aldığı veya başka suretle temin ettiği veya daha önce mülkiyetine geçirmiş bulunduğu bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören bir sözleşmedir.⁶⁶ Bu sözleşmelerde, karakteristik edim borçlusu finansal kiralama şirketinin ifaya başladığı an, kira konusu malın kiracıya teslim edildiği an değil; bazı hallerde finansal kiralama şirketinin sözleşme konusu malı temin ettiği an olarak düşünülebilir. Örneğin şirketin bu malı daha önce mülkiyetine geçirmemiş olduğu varsayımında, söz konusu malın üçüncü bir kişiden veya kiracıdan satın alınması ya da başka bir şekilde temin edilmesi de kiralayanın asli yükümlülükleri arasında sayılacaktır. Bu nedenle finansal kiralama şirketinin malın malikiyle, mülkiyetin naklini sağlayan satış, trampa veya bağışlama gibi bir sözleşme yapması ile sözleşmenin ifasına başlanmış olacaktır. Kanaatimizce 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri

⁶⁵ İNCEOĞLU Mehmet Murat, Kira Hukuku, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 77-78.

⁶⁶ Bkz. 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 18.

Kanunu'nun (6361 sayılı Finansal Kiralama Kanunu) 25. maddesi de bu savı desteklemektedir. Şöyle ki malın çeşitli sebeplerle kiracıya teslim edilememesini düzenleyen kanun koyucu hem TBK m. 125 hem de TBK m. 126'ya atıf yaparak, mal henüz kiracıya teslim edilmemiş de olsa finansal kiralama sözleşmesinin ifasına başlanmış sayılabileceğini ortaya koymuştur.

Bazı sözleşmelerde ifanın başlangıcı için bu şekilde genel geçer bir kural belirlemek mümkün olmaz. Örneğin bir know how sözleşmesinde, TBK m. 126'nın uygulanabilmesi için know how devri borcunun ifasına başlanması gerekir.⁶⁷ Know how sözleşmesinin konusunu oluşturan bilgi, uygulama yöntemleri ve deneyimlerin devri için, know how alanın bu sayılanlardan yararlanmasına ve bunları kullanmasına elverişli faaliyetler gerçekleştirilmelidir. Bunu sağlamanın ise yolları çok çeşitli olabilir ve genelde know how sözleşmesinde taraflarca düzenlenir. Bu devir bazen know how verenin sözlü ya da yazılı bilgi açıklamasıyla; bazen sözleşme konusu bilgi, uygulama yöntemi ve deneyimlerin maddileştiği taşınır eşyaların know how alana teslimiyle; bazı know how sözleşmelerinde ise, know how alanın ve personelinin eğitilmesi veya know how verenin kendi personelini belirli bir süre için know how alanın işletmesinde görevlendirmesi şeklinde gerçekleştirilir.⁶⁸ Buradan da görüleceği üzere, know how sözleşmelerinde ifanın başladığı an çoğunlukla taraf iradeleri uyarınca belirlenecektir.

Bazı sürekli edimli sözleşmeler açısından ise sözleşmenin ifasına başlanmamış bir an düşünmek oldukça güçtür. Örneğin kredi açma sözleşmelerinde durum böyledir. Zira bir kredi açma sözleşmesine sürekli borç ilişkisi niteliği veren unsur, bankanın tahsis edilen krediyi hazır bulundurmakla yükümlü olmasıdır. Böyle bir sözleşmede, bankanın kredi açma sözleşmesinin kurulmasından belirli bir süre sonra krediyi hazır bulundurma yükümlülüğü altına gireceğine ilişkin özel bir düzenleme olmadıkça, sürekli edimin ifasına sözleşmenin kurulmasıyla birlikte başlanacağı sonucuna varılabilir.⁶⁹ Dikkat edilmelidir ki, bankanın hazır bulundurma yükümlülüğünü ifaya başlaması müşterinin kredi kullanma talebinde bulunmuş olmasına da bağlı değildir. Her ne kadar bankanın kredi temini yükümlülüğünü somutlaştıracak

⁶⁷ Bu yönde bkz. ÖĞÜZ, s. 132.

⁶⁸ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖĞÜZ, s. 93-97; ERBAY, s. 163-164.

⁶⁹ ÖZEN, s. 246-247. Hazır bulundurma provizyonu ödeme yükümlülüğünün doğması için müşterinin krediyi fiilen kullanmasının gerekli olmadığından hareketle aynı görüşte, YENER, s. 112.

olan müşterinin kredi kullanma yönündeki talebi olsa da⁷⁰, bankanın hazır bulundurma provizyonunu talep etme hakkı, müşteri kredi kullanmayı talep etmese bile, sözleşmenin kurulmasından itibaren mevcuttur. Zira banka, kredi sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, kredi tahsisıyla ilgili bir hizmet görmeye ve çeşitli riskleri üstlenmeye başlamıştır. Bu nedenle hazır bulundurma provizyonu sayesinde banka, kredinin müşteri tarafından hiç kullanılmaması ihtimaline karşı da kendini güvence altına almış olmaktadır. Ancak bankanın kredi tahsis için bir işlem yapmaması veya hiçbir risk üstlenmemesi durumunda ifasına başlanmış bir kredi sözleşmesinden de söz edilemez.⁷¹ Böyle bir ihtimalde banka temerrüde düşecek olursa, henüz hiç kredi kullanmamış olan müşteri de pek tabii kredi sözleşmesinden dönebilecektir.

3. Ani Edimli Sözleşmeler İçin Getirilen Ön Koşulların Sağlanmış Olması

TBK m. 126’da ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklının, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi; sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebileceği düzenlenmiştir.

Maddede sürekli edimli sözleşmelerde temerrüde nasıl düşüleceğinden hiç bahsedilmemesinden de anlaşılabileceği üzere, borçlunun temerrüde düşmüş sayılması için gerekli koşullar, ifasına başlanmamış sürekli edimli sözleşmeler ve dolayısıyla ani edimli sözleşmelerle birebir aynı olacaktır. TBK m. 126’nın inceliği, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt söz konusu olduğunda alacaklıya tanınan seçimlik haklarda ortaya çıkar. Bu çerçevede TBK m. 126’nın hangi koşullarda uygulama alanı bulacağı sorusunu yanıtlarken TBK m. 117 ve devamı (karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından TBK m. 123 vd.) maddelerden ayrılmamak gerekir.⁷² Çalış-

⁷⁰ ÖZEN, s. 187 vd.; YENER, s. 118.

⁷¹ ÖZEN, s. 209-210 ve s. 210’da dn. 367. Bankanın hazır bulundurma provizyonuna hak kazanabilmesi için gerçekten krediyi hazır bulundurması gerekeceği yönünde bkz. YENER, s. 112.

⁷² Bu yönde bkz. BAYGIN Cem, “Türk Borçlar Kanunu’nun Borç İlişkinin Hükümleri – Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 3-4, 2010, ss. 119-144, s. 136; ERTAŞ Şeref, “Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan - 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu), 2012, ss. 309-319, s. 317.

mamızda karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin genel şartlar ele alınmayacaktır. Ancak hatırlatmak gerekir ki ani edimli (ve henüz ifasına başlanmamış sürekli edimli) sözleşmeler açısından alacaklı her zaman aynen ifa talebinde bulunabilecekse de ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini talep etme haklarını kullanabilmesi, TBK m. 124 uyarınca süre verilmesi gerekliliğini ortadan kaldıran haller olmadıkça, borçluya edimini ifa edebileceği uygun bir sürenin tanınmış olmasına bağlıdır. Bu sürenin ifa gerçekleşmeden dolması üzerine alacaklı, aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmek suretiyle olumlu zararını veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararını talep edebilir.

Bu aşamada belirtmek gerekir ki gerek aynen ifaya eşlik eden gecikme tazminatı gerekse diğer seçimlik hakların kullanılması halinde ortaya çıkacak tazminat taleplerinin kabulü için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekir. Diğer bir deyişle, kusurlu olmayan borçluya karşı seçimlik haklarından birini kullanacak olan alacaklı her zaman aynen ifa talep edebilecek veya ani edimli veya ifasına henüz başlanmamış sürekli edimli bir sözleşme söz konusu olduğunda ve TBK m. 124 uyarınca süre verilmesini gerektirmeyen bir hal bulunmadıkça karşı tarafa süre vermek kaydıyla, sözleşmeden dönerek kendi edimini yerine getirmekten kurtulacaktır. Ancak her iki halde de bu alacaklının tazminat talebinde bulunması mümkün değildir. Diğer yandan aynen ifadan vazgeçerek olumlu zarar tazmini de, karşısında temerrüde kusurlu olarak düşmemiş bir borçlu bulunan alacaklı açısından, tercih edilecek bir yol olmaz. Zira bu defa alacaklının, temerrüde düşmekte kusuru olmayan borçludan olumlu zararının tazminini istemesi mümkün olmayacaktır. Üstüne üstlük tazminat talep etmesi mümkün olmayan alacaklının, en azından değişim teorisi uyarınca, kendi ediminin ifası da gerekeceğinden, bu seçimlik hakkı kusuru olmadan temerrüde düşen borçlu karşısında kullanmanın alacaklı açısından hiçbir getirisi bulunmamaktadır.

TBK m. 126 uyarınca borçlunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklının sahip olacağı seçimlik hakların kullanılması açısından da yukarıdaki açıklamaların her biri geçerliliğini koruyacaktır. Alacaklının temerrüde düşen borçludan aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etmesi her zaman mümkündür. Ancak fesih hakkını kullanması için TBK m. 123 uyarınca borçluya

edimini ifa için belirli bir süre tanınması veya TBK m. 124 uyarınca böyle bir süre tanınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak şartların oluşması gerekir.

4. TBK m. 126'dan Önce Uygulanması Gereken Özel Hükümlerin Mevcut Olmaması

TBK m. 126 hakkındaki genel açıklamalarımızda da belirtilmiş olduğu üzere, söz konusu hüküm 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümleri altında yer verilen sürekli edimli sözleşmelerde temerrüde ilişkin özel düzenlemeler, TBK m. 126'daki genel hüküm karşısında üstün tutulabilir. Şöyle ki herhangi bir kanunda sözleşmenin feshedilebilmesi için daha ağır koşulların aranıyor olması ihtimalinde, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde belirtilen şartların gerçekleştiğinden hareketle sözleşmenin TBK m. 126 uyarınca feshi mümkün değildir. Bu çerçevede TBK m. 126'daki fesih hakkının kullanılmasını engelleyecek özel hükümlere örnek olarak kira sözleşmesinde kiracının kira bedeli ve yan giderleri ödeme borcunda temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen TBK m. 315, ürün kirası sözleşmesinde kiracının kira bedeli ve yan giderleri ödeme borcunda temerrüdünü düzenleyen TBK m. 362 ve ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde borca aykırılığa bağlı fesih hakkını düzenleyen TBK m. 617 hükümleri verilebilecektir.⁷³ Bu hükümlerden TBK m. 315⁷⁴ ve 362, kiracının ödemede temerrüdü durumunda kiralayana doğrudan bir fesih hakkı tanımamakta, kiracıya temerrüde düşülen borcun ifası için ek süre verilmesini zorunlu kılmaktadır. TBK m. 617'de ise sözleşmenin feshi için borca aykırı davranışın sözleşmenin devamını çekilmez hale getirmesi veya başkaca önemli sebeplerle sözleşmenin devamının imkansız veya aşırı ölçüde güç olması aranmıştır. Benzer şekilde, 6361 sayılı Finansal Kiralama Kanunu ile kiracının ödemede temerrüdüne ilişkin olarak getirilmiş 31. madde de TBK m. 126'nın

⁷³ BAYGIN, s. 137. Yazar bunlar dışında eser sözleşmesinde işsahibinin tam tazminat karşılığı fesih hakkını düzenleyen TBK m. 484'ü de saymışsa da, eser sözleşmesinin kanaatimizce sürekli edimli bir sözleşme olmamasından hareketle bu hükümden bahsetmeye gerek görmemekteyiz. Eser sözleşmesinde yüklenicinin ediminin zamanla ilişkisi konusunda açıklamalarımız için bkz. I.3.B.

⁷⁴ Bu hüküm kira sözleşmelerine ilişkin genel düzenlemeler arasında olduğundan, kiracının kira bedeli ve yan giderleri ödemede temerrüde düşmesine ilişkin özel bir düzenleme içermeyen konut ve çatılı işyeri kiralalarında da uygulama alanı bulacaktır. Kaldı ki bu durum TBK m. 315 (2)'den açıkça anlaşılmaktadır.

önüne geçecektir. Buna göre kiracının ödemede temerrüde düşmesi üzerine kiracıya otuz günlük bir süre verilmeli ve ancak bu süre içinde bedelin ödenmemesi üzerine sözleşmenin feshi mümkün olabilmelidir.⁷⁵

Feshin özel olarak düzenlenmiş olduğu sözleşme tipleri açısından, bir genel hüküm olan TBK m. 126 uyarınca fesih mümkün olmayacaksa da, fesih sonucunda talep edilebilecek tazminatın hesaplanmasında bu maddeden yararlanmak yine de mümkündür. Örneğin kiracının kira bedellerini veya yan giderleri ödemekte temerrüdü sebebiyle kira sözleşmesinin feshi için uygulanacak hüküm TBK m. 126 değil, TBK m. 315'tir. Zira TBK m. 315 kiracının menfaatini üstün tutmak amacıyla özel olarak getirilmiş bir düzenleme olduğundan, bu hükümde belirtilen fesih usulü TBK m. 126'ya tercih edilmelidir. Ancak TBK m. 315 sadece hangi olguların feshe sebep olacağı ve bu feshin şekli olarak nasıl gerçekleştirileceği sorularına cevap vermiş; sözleşmenin feshi sebebiyle kiraya verenin uğrayacağı zararın tazmini konusunda sessiz kalmıştır. Böyle bir halde de yapılması gereken TBK m. 126'daki düşünce sistemini devam ettirmektir. Bu doğrultuda, kiracının temerrüdünden kaynaklanan fesih nedeniyle sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sonucunda kiraya veren, ifanın gerçekleşmediği süreye ilişkin kira bedelini olumlu zarar adı altında talep edebilecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki TBK m. 325⁷⁶ burada da kıyasen uygulanmalı ve olumlu zarar için öngörülen tazminat miktarı, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul süre dikkate alınarak sınırlandırılmalıdır.⁷⁷ Aynı sonuca, TBK m. 362 uyarınca ürün kirası için de varılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

Burada finansal kiralama sözleşmelerine de özel olarak değinmek gerekir. Şöyle ki 6361 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nda finansal kiralama sözleşmesinin feshinin sonuçlarını düzenleyen 33. maddede, sözleşmenin

⁷⁵ Finansal kiralama sözleşmesinde, süre sonunda mülkiyetin kiracıya geçeceği kararlaştırılmış ise, kiralayanın vereceği sürenin altmış günden az olmaması gerekir. Bu yönde bkz. 6361 sayılı Finansal Kiralama Kanunu m. 31.

⁷⁶ TBK m. 325 (1): "Kiracı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde, kira sözleşmesinden doğan borçları, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder. Kiracının bu sürenin geçmesinden önce kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer."

⁷⁷ İNCEOĞLU, C. I, s. 267-268 ve 301.

kiralayan tarafından feshi ile aynı kanunun 30. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kiracı tarafından feshi⁷⁸ hallerinde, kiracının malı iade edeceği belirtilmiştir. Ancak iade edilen malın üçüncü kişilere satılması (veya finansal kiralama ile kiralınması) halinde sözleşmede aksi bir değer kararlaştırılmadıkça satış bedelinin, feshedilen sözleşme uyarınca vadesi gelmemiş finansal kiralama bedelleri ile varsa kiralayanın bunu aşan zararı toplamından düşük olması durumunda aradaki farkın kiracı tarafından kiralayana ödeneceği; bu bedelin vadesi gelmemiş finansal kiralama bedelleri ile varsa kiralayanın bunu aşan zararı toplamından yüksek olması durumunda ise aradaki farkın kiralayan tarafından kiracıya ödeneceği düzenlenmiştir. Bu durumda kiralayanın, kiracının temerrüde düşmesi üzerine 31. madde uyarınca belirlenen usule uygun bir şekilde gerçekleştirdiği feshin sonucunda talep edebileceği tazminat miktarı hesaplanırken, 33. maddede belirtilen şekilde bir mahsup işlemi yapılması gerekecektir. Hatta kiracının iade ettiği malı satım veya kiralama yoluyla değerlendirmeyen kiralayan, TBK m. 52'den doğan zararı azda tutma külfetine aykırı davranmış olması sebebiyle talep edeceği tazminatta indirim yapılmasına katlanmak zorunda kalacaktır.⁷⁹ Sözleşmenin kiracı tarafından feshi söz konusu olduğunda ise (30. maddenin ikinci fıkrasından kaynaklanan fesih hakkı dışındaki sebeplerle), kiracının uğramış olduğu zararın hesabı için böyle özel bir yöntem öngörülmediğinden, doğrudan TBK m. 126 uygulanabilecek ve olumlu zararın tazmini talep edilebilecektir.⁸⁰

Finansal kiralama sözleşmesine ilişkin bir diğer önemli husus da 6361 sayılı Finansal Kiralama Kanunu m. 25'te, finansal kiralama sözleşmesi konusu malın kiracıya teslim edilmemesinin sonuçlarına ilişkin düzenlemede dikkat çekmektedir. Bu düzenlemede TBK m. 126'ya açık bir atıf yapılmış

⁷⁸ 6361 sayılı Finansal Kiralama Kanunu m. 30 (2): "Kiracının tasfiye sürecine girmesi veya tasfiyeye girmeksizin finansal kiralama konusu malın tahsis edildiği işletmesini tasfiye etmesi hâlinde kiracının talebi üzerine sözleşmede aksine hüküm yoksa sözleşme, süresinden önce feshedilebilir."

⁷⁹ TOPUZ, s. 535. Kiralayanın malı yeniden değerlendirmemesi sonucunda katlanacağı sonuç, olumlu zararında, malın tespit edilecek rayiç bedeli kadar indirim yapılması olacaktır, KOYUNCUOĞLU Hikmet, Değişen Finansal Kiralama Mevzuatı Işığında Finansal Kiralama Sözleşmesine İlişkin Uygulamadan Kaynaklanan Sorunların Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 95.

⁸⁰ TBK m. 126'nın sadece temerrütte değil, finansal kiralamaya aykırılık teşkil eden diğer hallerde de uygulanması gerektiği yönünde bkz. TOPUZ, s. 536.

olmakla beraber maddenin lafzı kafa karışıklığı yaratmaktadır. Zira ilgili madde “*Finansal kiralama konusu malın, kiralayanın malın imalatçısı veya satıcısı ile zamanında sözleşme yapmaması veya gerekli ödemeyi zamanında yerine getirmemesi veya kiralayanın kusur ve ihmalden kaynaklanan diğer sebepler ile kiracıya teslim edilmemesi hâlinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 123, 125 ve 126 ncı madde hükümleri uygulanır.*” şeklinde olup, TBK m. 126’ya yapılan atıf yanında kiralayanın kusur ve ihmali de vurgu yapılmaktadır. Yukarıda da açıklanmış olduğu üzere borçlunun, temerrüde düşmesi için kusurlu bir davranışta bulunması gerekmez. Kusur ancak temerrüdün sonuçları açısından fark yaratacaktır. Ancak 3226 sayılı Mülga Finansal Kiralama Kanunu döneminde de kiralananın kiracıya teslim edilmemesi durumunda temerrütten söz edebilmek için, teslimin gerçekleşmemesinin kiralayanın kusurundan kaynaklanması gerektiği savunulmaktaydı.⁸¹ 6361 sayılı Finansal Kiralama Kanunu’nda aynı düşüncüyü destekler şekilde kusur vurgusuna⁸², daha da geliştirerek yer verilmesi isabetsiz olmuştur. Zira bu madde kiralayanın kusurunu arıyor gibi görünse de, açık atıf yaptığı TBK m. 126 açısından böyle bir gereklilik söz konusu değildir. TBK m. 126’nın (veya TBK m. 117 ve 125’in) uygulanabilmesi için

⁸¹ KOÇ Mehmet, Finansal Kiralama (Leasing), 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004, 84-85; ALTOP Atilla, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, s. 151. 3226 sayılı mülga Finansal Kiralama Kanunu m. 16’daki düzenleme “Finansal kiralama konusu malın, kiralayanın malın imalatçısı veya satıcısı ile zamanında sözleşme yapmaması veya gerekli ödemeyi zamanında yerine getirmemesi veya diğer sebepler ile kiracıya teslim edilmemesi halinde Borçlar Kanunu’nun 106 ncı maddesi hükmü uygulanır.” şeklindeydi. Bu ifade ise kiralayanın kusurlu olmadığı hallerde kiracıya karşı sorumlu olmayacağı şeklinde yorumlanmıştı. 6361 sayılı Finansal Kiralama Kanunu m. 25 ile ilgili hükümde sayılan teslim etmeme sebepleri “veya kiralayanın kusur ve ihmalden kaynaklanan diğer sebepler” ifadesi ile genişletilmiştir. 3226 sayılı mülga Kanun m. 16’daki temerrüt atfı ve kusur vurgusundaki çelişkiye dikkat çekmesi açısından bkz. KÖTELİ M. Argun, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri), Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1991, s. 170. Yazar, kiralayanın anılan madde uyarınca temerrüde düşmesini takiben sözleşmenin feshedilmesi halinde, kiracının olumsuz zararının tazminini isteyebileceği kanaatinde, KÖTELİ, s. 258.

⁸² Kanun koyucunun “kusur” yanında “ihmal” ifadesine de yer vermesinin hatalı olduğu da ayrıca dikkat çekmektedir. Zira ihmal, kusur kavramının içinde yer almaktadır. Bu yönde bkz. TOPUZ, s. 349; ERGÜNE Mehmet Serkan, “6361 Sayılı Kanun İle Finansal Kiralama Sözleşmesinin Kapsamında ve Sona Ermesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, 2013, ss. 227-258, s. 230; YAVUZ ve diğ./et al., s. 784.

kiralayanın kusurunu aramak, kusuru olmaksızın kiralananı teslim etmeyen kiralayana ölçüsüz bir koruma sağlamaktadır. Öyle ki kiracı, kusursuz kiralayana karşı aynen ifa talebinde dahi bulunamayacaktır. Bu hükümdeki kusur koşulunun sadece TBK m. 126 uyarınca talep edilebilecek tazminat açısından önem ifade ettiğinin kabul edilmesi gerekir.⁸³ Bu çerçevede kusuru olmaksızın kiralananı teslim etmeyen kiralayana karşı aynen ifa talebi ileri sürülebileceği gibi fesih hakkı da kullanılabilir.⁸⁴

5. Fesih Hakkı Açısından: Sözleşmenin Devamını Çekilmez Kılan Bir Durumun Mevcut Olmasının Gerekip Gerekmediği Sorunu

Çalışmamızın muhtelif kısımlarında da belirtilmiş olduğu üzere sürekli edimli sözleşmeler, taraflar arasında bir güven ilişkisi tesis eden sözleşmelerdir. Her ne kadar sözleşme taraflarından her biri kendi menfaati için bu sözleşmeyi akdetmişse de bu durum, sürekli edimli bir borç ilişkisi çerçevesinde tarafların birlikte hareket etmeyi kabul etmiş sayılmalarını engellemez.

Meseleye bu bakış açısından yaklaşıldığında aslında uzun soluklu bir borç ilişkisine girmiş olan taraflara, karşı tarafın bir defa temerrüde düşmesi sebebiyle bu ilişkiyi sona erdirmeye hakkını tanımanın sürekli edimli sözleşmelerin ruhuna aykırı olduğu düşünülebilir. Bu sebeple öğretide ani edimli sözleşmeler için düzenlenmiş temerrüt koşullarının gerçekleşmesi sonucu alacaklının sahip olduğu dönme hakkının, fesih adı altında sürekli edimli sözleşmelere uygulanmasına karşı çıkmıştır.⁸⁵ Bu düşünceye göre sürekli edimli sözleşmelerin feshi için bu ilişkiye devamı taraflar açısından çekilmez kılan bir sebep olması gerekir ve kanunda ani edimli sözleşmeler açısından öngörülmüş sona erme hallerinin her zaman bu çekilmezlik seviyesine ulaşmaları söz konusu olmaz. Bu çerçevede herhangi bir temerrüt halinde alacaklı tarafa borç ilişkisini sona erdirmeye imkanı tanınamayacağı, sona er-

⁸³ TOPUZ, s. 350; ERGÜNE, 2013, s. 230. Aynı yönde bkz. OY Osman/BİÇİCİ Onur, Finansal Kiralama (Leasing) ve Kira Alacaklarının Takip Yolları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 54. Oy ve Biçici, fesih halinde kiracının olumsuz zararının karşılanmasını isteyebileceği kanaatindedir.

⁸⁴ 6361 sayılı Finansal Kiralama Kanunu m. 25 düzenlemesi olmasaydı dahi kiracının Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel hükümler ile aynı sonuca varabileceği yönünde bkz. TOPUZ, s. 521; YAVUZ ve diğ./et al., s. 784-785.

⁸⁵ SELİCİ, 1976, s. 207 vd.

menin ancak taraflar arasındaki güven ilişkisini zedeleyecek sebeplerin mevcut olmasına bağlanacak bir sonuç olduğu iddia edilmektedir.

Bu görüşteki *Seliçi*⁸⁶, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin sona ermesine ilişkin TBK m. 617'deki düzenlemenin ifasına başlanmış tüm sürekli edimli sözleşmeler için geçerli olması gerektiği görüşündedir. Anılan madde ise sözleşmeden doğan borçlara aykırı davranılması sebebiyle sözleşmenin devamının çekilmez hale gelmesi veya başkaca önemli sebeplerin sözleşmenin devamını imkansız hâle getirmesi ya da aşırı ölçüde güçleştirmesi durumlarında, bu sebepten mustarip tarafa önel verilmeksizin fesih imkanı tanımaktadır.⁸⁷ Bu doğrultuda yazar ifasına başlanan sürekli edimli sözleşmelerde dönmenin yerini feshin alacağını belirtmekle beraber, bu feshin olağanüstü fesih niteliğinde olduğunu vurgulamıştır.⁸⁸

Benzer şekilde *Öğüz* de know how sözleşmelerinde taraflardan birinin temerrüde düşmesi halinde sözleşmenin feshedilebilmesini, bu ilişkiyi sürdürmenin temerrüt sebebiyle alacaklı açısından çekilmez hale gelmesi koşuluna bağlamıştır.⁸⁹ Yazar bu savını sadece know how sözleşmelerine hasretmemiş, bunun tüm sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmeler açısından kabul edilmesi gereken bir gereklilik olduğunu ileri sürmüştür.⁹⁰

Sürekli edimli sözleşmelerin niteliği açısından düşünüldüğünde hak verilebilecek bu görüşe 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun açık düzenlemesi çerçevesinde uygulama alanı yaratılması kanımızca mümkün değildir.

⁸⁶ SELİÇİ, 1976, s. 207 vd. Yazarın atfı yaptığı madde için bkz. eBK m. 517. Söz konusu maddenin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki karşılığında içerik olarak bir değişiklik yapılmamış, kullanılan dilin arılaştırılmasına çalışılmıştır.

⁸⁷ TBK m. 617'nin ilk cümlesinde fesihten bahsediliyor olmakla birlikte, maddenin devamında kusurlu tarafın aldığı şeyi geri vereceğinin düzenlenmesi dikkat çekicidir. Buradan hareketle öğretilde de isabetli olarak belirtildiği üzere, TBK m. 617 ile esasen sözleşmeden dönme düzenlenmiş ve böylelikle sürekli edimli sözleşmelerin fesihle sona ermesine kanuni bir istisna getirilmiştir, AYDIN Gülşah Sinem, "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun 617. Maddesine Dayalı Olarak Sona Ermesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 1, 2018, ss. 336-373, s. 341. Bunun geçmişe etkili bir fesih olduğu yönünde bkz. YAVUZ ve diğ./et al., s. 1467.

⁸⁸ SELİÇİ, 1976, s. 221. Yazarın bu görüşünü ifade ettiği sırada yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda TBK m. 126'nın eş değeri bir hüküm olmadığını da dikkate almakta fayda vardır.

⁸⁹ ÖĞÜZ, s. 179-180.

⁹⁰ ÖĞÜZ, s. 179.

Şöyle ki TBK m. 126, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri arasında yer verilen bir düzenleme olduğundan, özel hükümler çerçevesinde aksi öngörülmediği sürece uygulanacaktır. Bu sebeple sözleşmenin feshedilmesi için borçlu temerrüdünün aynı zamanda taraflar arasındaki ilişkinin devamını çekilmez kılan haklı bir sebep de oluşturması aranmaz.⁹¹ Başka bir ifadeyle TBK m. 126 uyarınca dönmenin yerini alan fesih hakkının sadece hukuki sonuçlar bakımından önem ifade edeceğinin; feshe yol açan koşulların ise dönmeye yol açan koşullar ile aynı olduğunun kabulü gerekir. Ancak borçlu temerrüdünün pek tabii kendiliğinden bir haklı sebep teşkil etmesi de zaman zaman mümkün olabilir. Bu durumda ifasına başlanan sürekli edimli sözleşme feshedilirken ister temerrüt ister haklı sebeple fesih hükümlerine dayanılabilecektir.⁹²

Tek bir temerrüt olgusunun TBK m. 126 uyarınca feshe yol açması ile fesih için haklı bir sebep yaratması arasındaki fark fesih hakkının kullanılmasında izlenecek usule ilişkindir.⁹³ Zira yukarıda da bahsedildiği üzere te-

⁹¹ Kredi temininin gerçekleşmesinden sonraki aşamada kredi açma sözleşmesinin feshi konusunda bir değerlendirme ve kredi sözleşmesinin çekilmez hale gelip gelmediğinin fesih üzerindeki etkisine ilişkin görüşler için bkz. ÖZEN, s. 326 vd.; YENER, s. 171.

⁹² Haklı sebeple fesih ve temerrüt hükümlerine dayanarak sözleşmeden dönme haklarının birbirinden bağımsız olduğu yönünde bkz. TEKİNAY ve diğ./et al., s. 967. Belirtmek gerekir ki haklı sebebe bağlı fesih hakkı kanunda kimi sözleşmeler için açıkça düzenlenmişse de her sözleşme için bu şekilde açık bir hüküm bulunmayabilir. Ancak yine de haklı sebeple feshin, tüm sürekli sözleşmelerde bir sona erme nedeni olarak kabul edildiğini ifade etmek gerekir, SELİÇİ, 1976, s. 204; ALTINOK ORMANCI, s. 96; İNCEOĞLU, C. II, s. 219 ve bu yönde bkz. Y. 3. HD, E. 2000/8689, K. 2000/9920, 17.10.2000. Kanunda haklı sebeple fesih imkanının açıkça tanındığı sözleşmeler şu şekilde sıralanabilir: Adi kira sözleşmesi için bkz. TBK m. 331; ürün kirası için bkz. TBK m. 369; hizmet sözleşmesi için bkz. TBK m. 435; ölünceye kadar bakma sözleşmesi için bkz. TBK m. 617; adi ortaklık sözleşmesi için bkz. TBK m. 639 (1) b. 7; acentelik sözleşmesi için bkz. TTK m. 121 (1). Sürekli edimli sözleşmelerin hepsinde haklı sebeple feshin mümkün olabileceği ve bunun ilke kıyasının bir görünümü olduğu yönünde bkz. SEROZAN Rona, Medeni Hukuk: Genel Bölüm – Kişiler Hukuku, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 154-155.

⁹³ Borçlu temerrüdünün aynı zamanda haklı sebeple feshe de zemin hazırlaması halinde, talep edilecek tazminatın niteliği yönünden farklılık olmayacağı yönünde bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 201-202. Ancak yazarın da isabetle belirttiği üzere, borçlunun kusuru olmaksızın temerrüde düşmesi halinde temerrüde bağlı olarak tazminat talep edilemeyeceksen; haklı sebeple feshite, kusura bağlı olmaksızın ortaya çıkan bir haklı sebebe dayanarak sözleşmenin feshedilmesi üzerine hakim, feshin maddi sonuçları hakkında karar verebilecektir (Bu husus TBK m. 331, 369 (2), 437 (2) maddelerinde açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte,

merrüt hükümleri uyarınca fesih için temerrüde düşen borçluya edimini ifa edebilmesi adına bir süre vererek son bir imkan tanımak gerekmektedir. Ancak haklı sebeple fesih söz konusu olduğunda böyle bir süre vermeye gerek olmayacaktır. Öte yandan borçlunun temerrüdünün aynı zamanda sözleşmenin feshi için haklı sebep oluşturduğu durumlarda⁹⁴, TBK m. 124 uyarınca borçluya süre verilmesi zorunluluğunun da ortadan kalkacağı ve bu nedenle feshin hukuki sebeplerinin fesih usulü açısından bir fark yaratmayacağı da öğretide haklı olarak savunulmaktadır.⁹⁵

Sürekli edimli bir sözleşme söz konusu olduğunda borçlu temerrüdünün aynı zamanda haklı sebep teşkil edip etmeyeceği konusunun her bir somut olay özelinde araştırılması gerekir. Yargıtay, 2015 tarihli bir kararında⁹⁶, bir taşıma sözleşmesinde borçlunun ödemede temerrüde düşmesi üzerine karşı tarafın haklı sebeple fesih hakkını kullanabileceğine hükmetmiştir. Yerel mahkeme kararında, davacının 30.6.2011 tarihli ilk faturanın ödenmemesi sebebiyle sözleşmenin 5.2. maddesine dayanarak sözleşmeyi haklı sebeplerle feshettiği iddiasını kabul etmemiştir. Zira taraflar arasındaki sözleşmede davacı lehine bu yönde bir hüküm bulunmadığı gibi, davacı tarafından fatura bedelinin ödenmesi hususunda davalıya ihtarname de tebliğ edilmemiştir. Yerel mahkemenin feshin haksızlığına karar vermesi üzerine yapılan temyiz incelemesinde, taraflar arasındaki sözleşmelerde davacı tedarikçinin sözleşmeleri hangi sebeplerle feshedeceğine dair açık bir düzenleme yer almadığına karar verilmiştir. Yargıtay bu tespitin devamında, “... *TBK’nın 126. maddesi uyarınca ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi,*

diğer sürekli edimli sözleşmeler için de ilke olarak benimsenmesinde engel yoktur), ALTINOK ORMANCI, s. 203-204 ve 248 vd.

⁹⁴ Bu durumda temerrüt ve haklı sebeple fesih arasında bir yarışma olacağı ve hak sahibinin sözleşmeyi feshederken dilediği yolu tercih edebileceği yönünde bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 196; TÜMERDEM, s. 81. Ancak unutmamak gerekir ki TBK m. 124 uyarınca süre verme zorunluluğunu ortadan kaldıran bir hal eğer mutlak bir haklı fesih sebebi sayılmıyorsa, bu durumda temerrüt hükümlerine başvurmak fesih iradesi taşıyan taraf için daha makul olacaktır. Zira nispi bir haklı sebebin feshiye yol açabilmesi, bu konuda borçluya yapılan uyarıya rağmen aynı davranışın tekrar etmesine bağlıdır, ALTINOK ORMANCI, s. 204-205 ve kira sözleşmeleri açısından aynı yönde bkz. AYDIN Gülşah Sinem, Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 195

⁹⁵ ALTINOK ORMANCI, s. 191 vd. ve özellikle s. 193’te dn. 583.

⁹⁶ Y. 11. HD, E. 2015/5383, K. 2015/12683, 30.11.2015.

sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir. Somut olayda taraflar arasında, davacının taşıma işi yapma borcuna karşılık davalının da sözleşmede belirlenen vade ve miktarlarda ödeme yapma borcunun bulunduğu karşılıklı edimlere havi bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmenin “Ödemeler” başlıklı bölümünün 4.1. maddesinde davacıya yapılacak ödemelerin fatura kesim tarihinden itibaren 45 gün sonra nakit veya çek olarak yapılacağı düzenlenmiştir. Davacı tarafından icra takibine konu edilen faturalar 30.06.2011 tarihli 25.211,88 TL bedelli, 30.07.2011 tarihli 23.444,83 TL bedelli iki adet fatura olup 30.06.2011 tarihli faturanın vade tarihi olan 15.08.2011 tarihinde ödenmesi gerektiği sözleşme uyarınca sabittir. Davalı tarafından icra takip tarihi olan 18.8.2011 tarihine kadar bu faturadan kaynaklı borcun ödenmemiş olması sebebiyle yukarda açıklanan yasa hükümleri uyarınca taraflar arasındaki sözleşme davacı tarafından haklı nedenlere binaen feshedilmiştir. Sözleşmenin haklı sebeplerle feshiyle takibe konu 30.7.2011 tarihli fatura yönünden artık sözleşmede belirtilen vade tarihi dikkate alınamayacak olup icra takibi sebebiyle bu fatura yönünden de muacceliyet koşulları gerçekleşmiş bulunmaktadır.” ifadelerine yer vermiştir. Görüleceği üzere Yargıtay, borçlunun temerrüdünü doğrudan haklı sebeple feshi gerektiren bir olgu olarak ortaya koymuştur. Bu iki kavram arasında daha ayrıntılı bir ilişki kurmayan Yargıtay’ın temerrüdün her durumda haklı sebep teşkil ettiği sonucuna varıp varmayacağını bu karardan anlamak mümkün değildir.

Kanaatimizce TBK m. 126’daki temerrüde bağlı sonuçların ortaya çıkabilmesi için sözleşmenin haklı sebeple feshine yol açacak bir durumun aranması, sürekli edimli sözleşmelerin sona erdirilmesi rejimini kanun koyucunun iradesini aşan şekilde zorlaştıracaktır. Bu nedenle sözleşmenin devamını çekilmez kılan bir durumun oluşup oluşmadığının araştırılmaması gerekir. Kaldı ki kural olarak sözleşmenin ifa edilmiş kısmıyla ilgili bir talep gündeme gelmeyeceğinden, bu sözleşmelerin sonlandırılması usulünün özel olarak ağırlaştırılmasının da bir anlamı olmayacaktır.⁹⁷

⁹⁷ Borçlu temerrüdü ve haklı sebeple fesih kurumlarının birbirinden farklı olduğu ve kanuni düzenleme konusunda sürekli edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdü ile bu sözleşmelerin haklı sebeple feshi arasında bir tercih yapılacak olması halinde, tercihin haklı sebeple fesihten yana olması gerektiği yönünde bkz. TÜMERDEM, s. 83.

III. TBK M. 126 UYARINCA SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILMASININ SONUÇLARI

1. Kanunda Tanınan Seçimlik Haklar

A. Genel Olarak

İfasına başlanmış sürekli edimli bir sözleşmede borçlunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklının sahip olduğu seçimlik haklar TBK m. 126'da aynen ifa ve gecikme tazminatı ile sözleşmenin feshi ve sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden alacaklının uğradığı zararın tazmini şeklinde düzenlenmiştir. Çalışmamızın bu kısmında söz konusu seçimlik haklar incelenecek ve kanun koyucunun ani edimli veya ifasına başlanmamış sürekli sözleşmeler ile ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler arasında temerrüde bağlı seçimlik haklar açısından nasıl bir ayırım yarattığı üzerinde durulacaktır.

Burada belirtmek gerekir ki ani edimli sözleşmelerde alacaklının aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini tercih etmesine imkan veren hak, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler açısından öngörülmemiştir. Ancak sürekli sözleşmeler açısından bu şekilde bir düzenlemeye de gerek bulunmamaktadır. Zira sözleşmeyi feshederek olumlu zararını talep etmesine imkan tanınan alacaklının durumunda, aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararını tazmin eden alacaklıya kıyasla hiçbir kötüleşme olmayacaktır.⁹⁸

B. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı

TBK m. 126 uyarınca ifasına başlanmış sürekli edimli bir sözleşmede karşı tarafın temerrüde düşmesi üzerine alacaklı aynen ifa ve gecikmeden kaynaklanan zararlarının tazminini isteyebilecektir. TBK m. 125'te aynı seçimlik hak ani edimli sözleşmeler açısından da alacaklıya tanınmışsa da bu defa sürekli edimli sözleşmeler açısından aynen ifanın nasıl mümkün olacağına şüpheyle yaklaşılabilir. Zira ifanın gerçekleştirilmediği süre boyunca sürekli edimli sözleşme ihlal edilmiş ve yine o süre boyunca alacaklının ifa menfaati tatmin edilememiştir. Kaldı ki yukarıda sürekli edimli sözleşmelerin özellikleri arasında da değinilmiş olduğu üzere, bu sözleşmelerin ihlalinin esasen bir imkansızlık durumu yarattığı da savunulmaktadır. Ancak bu imkansızlığı aşmanın yolu sözleşmenin kesintiye uğradığı dönemin telafisi ni, sözleşme süresinin sonunda gerçekleştirmektir.

⁹⁸ Aksi yönde bkz. ERTAŞ, s. 317. Ayrıca bkz. III.1.C.

Bu doğrultuda aynen ifa yaptırımının yansımaları ifanın devam ettirilmesi şeklinde olacak ve borç ilişkisinin bitmesi gereken tarihe, gerçekleşmeyen ifa süresi kadar süre eklenecektir. Bu durumu somutlaştırmak için öğretide verilen bir örnek şu şekildedir: 1 Temmuz ve 1 Ekim tarihleri arasında yapılması gereken bir taşıma işinde borçlu ifaya başlamış ancak Ağustos ayında işi bir süreliğine durdurmuştur. TBK m. 126 uyarınca ifasına başlanan bu sürekli edimde borçlunun temerrüde düşürülmesi üzerine alacaklı aynen ifa talep ederse, örneğin 1 Eylül’de tekrar ifasına başlanan taşıma işi bu defa 1 Kasım’a kadar devam edecektir.⁹⁹ Bu sırada işin gecikmesi sebebiyle uğrılan zararların, temerrüde düşen borçlunun kusurlu olması kaydıyla tazmini de talep edilebilecektir.

C. Sözleşmenin Feshi ve Sözleşmenin Süresinden Önce Sona Ermesi Yüzünden Alacaklının Uğradığı Zararın Tazmini

TBK m. 126 uyarınca aynen ifa istemeyen alacaklı, TBK m. 124’teki durumlardan birinin mevcut olmaması halinde borçluya ek süre vermek kaydıyla sözleşmeyi feshedip, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir. Görüleceği üzere, ani edimli sözleşmelerde alacaklının sözleşmeden dönme ve olumsuz zararının tazminini istemek yönündeki seçimlik hakkı burada yerini fesih ve olumlu zararın tazminine bırakmıştır. Zira TBK m. 126 gerekçesinde de açıkça belirtilmiş olduğu üzere bu zarar, alacaklının uğradığı olumlu zarara karşılık gelmektedir.¹⁰⁰ TBK m. 126 uyarınca istenebilecek tazminatın niteliğine aşağıda ayrıca değinilecek olmakla beraber, burada bir defa kanun koyucunun fesih yönündeki iradesinin mantığını açıklamak isabetli olacaktır.

Sürekli edimli sözleşmelerin özelliklerini açıklarken de belirtmiş olduğumuz üzere böyle bir sözleşme söz konusu olduğunda borçlu her an ifada bulunmakta ve alacaklının da ifa menfaati her an gerçekleşmektedir. Bir başka deyişle borçlunun borca aykırı bir davranışta bulunması halinde, bu davranışın sözleşmenin devamı üzerinde etkili olacağı kesinse de, bu durum daha önce ifası gerçekleştirilmiş edimler üzerinde bir sonuç yaratmaz. Zira bu edimler ifa edilmiş ve alacaklının ifası gerçekleşen kısma yönelik menfaati tatmin edilmiştir. Artık geçmişe etki edebilecek bir dönme fiilen söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle de geçmişe etkili sonuçlar doğuran

⁹⁹ Örnek için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, *Borçlar Hukuku* 2017, N. 1715.

¹⁰⁰ Bkz. TBK m. 126’nın gerekçesi.

sözleşmeden dönme yerine, geleceğe etkili sonuçlar doğuran fesih tercih edilmiştir. İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler açısından dönmenin yerini feshin alacağı, TBK m. 126 ile kanuni bir düzenlemeye kavuşmuş olsa da 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında da öğretide aynı görüşün savunulduğunu hatırlatmak gerekir.¹⁰¹

Türk Borçlar Kanunu'nun ani edimli sözleşmelerde borçlu temerrüdüne bağladığı sonuçlarla karşılaştırıldığında alacaklının seçimlik haklarının sayısında azalma olduğu görülmektedir. Şöyle ki alacaklının aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazmini talebi ortadan kaldırılmış, olumlu zararın tazmini alacaklının sözleşmeyi feshetmesine bağlanmıştır.¹⁰² Meseleye alacaklının bakış açısından yaklaşılsa, sözleşmenin feshi kuşkusuz aynen ifadan vazgeçmeyi de içinde barındırır. Zira fesih ile birlikte artık karşı tarafın edimini ifa etmesi beklenemez. Ancak ani edimli sözleşmelerde aynen ifadan vazgeçen tarafın, hala kendi edimini ifa etmesi beklenebilir. Bu durum TBK m. 125 (2) uyarınca talep edilebilecek olumlu zararın hesabına ilişkin teorilerden çıkarılabilmektedir. Bu zararın hesabı için geliştirilen teorilerden değişim teorisi uygulanacak olduğunda alacaklı taraf kendi edimini yerine getirmeli ve karşı edimin değerini tazminat olarak kabul etmelidir. Fark teorisi uyarınca ise, edimini henüz ifa etmemiş tazminat alacaklısı artık ifa yükümlülüğünden kurtulacak ve kendi edimi ile karşı edim arasındaki farkı tazminat olarak kabul edecektir.¹⁰³

Esasen ani edimli sözleşmeler için getirilmiş olan aynen ifadan vazgeçme ve olumlu zararın tazminini talep etme hakkı ile varılan sonuçlara TBK m. 126 uyarınca fesih sonucunda da varılması mümkündür ve bu hakkın ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler için tanınmamış olması tazminat alacaklısını mağdur etmez. Hatta hiçbir koşulda edimini yerine getirmek zorunda olmayan ancak olumlu zararının tazmini hakkına kavuşan tazminat

¹⁰¹ SELİÇİ, 1976, s. 210; SEROZAN, Dönme, s. 171; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2017, N. 1712; TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, N. 501a; ERGÜNE Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 254, dn. 300. Fesih hakkının temerrüt hükümlerine göre sözleşmeden dönülmesine engel olmayacağı yönündeki karşı görüş için bkz. TEKİNAY ve diğ./et al., s. 967. Ancak dikkat etmek gerekir ki burada bahsedilen fesih hakkı, temerrüt harici olgulardan kaynaklanan bir fesih hakkıdır.

¹⁰² ERTAŞ, s. 317; ALTINOK ORMANCI, s. 203.

¹⁰³ Fark teorisi ve değişim teorisi hakkında açıklamalar için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, 2017, N. 1679 vd.; EREN, s. 1140 vd.; HAVUTÇU, s. 76 vd.; ERGÜNE, 2008, s. 254 vd.

alacaklısının, değişim teorisine göre edimini ifa etmekle yükümlü ani edimli sözleşme alacaklısına göre daha avantajlı bir durumda olduğu dahi söylenebilir.

Burada önem arz eden bir husus karşı tarafın temerrüdü sebebiyle sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafın zararının nasıl hesap edileceğidir. Yargıtay'ın 2015 tarihli bir kararında bu sorunun cevabı aranmıştır.¹⁰⁴ Söz konusu kararda davacı, halihazırda ifasına başladığı tedarik sözleşmesinin davalı tarafından haksız feshi nedeniyle uğradığı maddi zarar ve kar kaybının tazminini talep etmiştir. Mahkeme sözleşmenin feshinin haksız olduğunu ve bu çerçevede davacının sadece TBK m. 126 uyarınca tazminat hakkı olacağını tespit etmişse de, talebi aşan kar kaybı tazminatına hükmetmesi sebebiyle kararın temyizi gündeme gelmiş ve temyiz incelemesi sırasında davacının olumlu zararının nasıl hesaplanacağı ortaya konmuştur. Buna göre öncelikli olarak davacının emsal bir iş bulup bulamayacağı tespit edilmelidir. Tespitin olumlu olması durumunda, davacının böyle bir işi ne kadar sürede bulabileceği tespit edilerek, fesih tarihinden itibaren belirlenecek bu süre içinde davacının uğradığı kazanç kaybı zararı hesaplanacaktır. Bu sürenin başlangıcı için ise, 10.03.2009 tarihli fesih ihtarının davacıya tebliğ edildiği tarih tespit edilmeli ve bu tarihe fesih ihtarında tanınan 7 günlük süre eklenmelidir. Eğer davacının aynı nitelikte ve şartlarda emsal bir iş bulmasının mümkün olmadığı sonucuna varılırsa, davacının fesih tarihi ve davalı ile arasındaki sözleşme süresinin sonuna kadar (somut olayın özellikleri gereği 5 yıllık sürenin sona erdiği 18.10.2011 tarihine kadar) kendisi çalışmış olsaydı elde edeceği kazanç ile davalı şirketin tedarikçisi olarak çalışmakla edineceği kazanç kıyaslanacak ve ikincisinin daha yüksek olması halinde, aradaki fark kar kaybı zararı olarak hüküm altına alınacaktır.

Yargıtay'ın söz konusu kararı üzerine taraflarca karar düzeltme yoluna başvurulmuş ve Yargıtay yaptığı incelemede, kar kaybına dair hesaplamada 5 yıllık sözleşme süresinin sona erdiği 18.10.2011 tarihinin esas alınamayacağına hükmetmiştir. Zira sözleşmenin süresi ve yürürlüğüne ilişkin madde “... *İşbu sözleşme imzalandığı tarihte yürürlüğe girecek ve ... (oniki) ay süre ile yürürlükte kalacaktır. Taraflardan herhangi biri, işbu sözleşmenin süresinin hitamından en az 30 (otuz) gün önce noter marifeti ile feshi ihbarda bulunmadığı takdirde, işbu sözleşme, ... (oniki) aylık süreler halinde otomatik*

¹⁰⁴ Y. 11. HD, E. 2014/7689, K. 2015/5058, 09.04.2015.

olarak yenilenecektir. Şu kadar ki, işbu sözleşme, hiç bir şekilde imzalandığı tarihten itibaren ... (beş) yıllık sürenin sonunda işbu sözleşme’un sözleşmeden kaynaklanan tüm hak ve alacakları saklı kalmak kaydıyla, münfesihi olacak ve taraflar bu ilişkiye devam etmek istedikleri takdirde aralarında yeni bir sözleşme imzalayacaklardır.” şeklindedir. Görüleceği üzere sözleşmenin 5 yıllık azami süreden önce feshinin hangi usul ile gerçekleşeceği taraf iradelerince belirlenmiştir. Bu çerçevede Yargıtay, sözleşmenin 12 aylık dönemlerle uzayacağını kabulüyle, kar kaybı hesabının 18.10.2008 tarihinden başlayan dönem sonuna kadar yapılması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁰⁵ Zira haklı sebeple feshe yol açmamakla birlikte 10.03.2009 tarihli fesih ihtarı, sözleşmede kararlaştırılan şekilde 18.10.2009 tarihli dönem sonu itibarıyla sözleşmenin devamının istenmediği sonucuna varmaya imkan verir.

Yargıtay’ın 2017 tarihli bir kararında da¹⁰⁶, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde olumlu zararın hesabında dikkate alınacak indirim kalemleri ortaya konmuştur. Söz konusu karara konu uyuşmazlık bir kira sözleşmesinden kaynaklanmaktadır ve davacı kiracılar, 01.01.1993 başlangıç tarihli kira sözleşmesi uyarınca kullandıkları işyerini, buranın davalılarca üçüncü bir kişiye kiralanması nedeniyle 01.08.2003 tarihinde terk etmek zorunda kalmışlardır. Davacılar, açtıkları el atmanın önlenmesi davasının kabul edilmesi üzerine kiralananı 21.08.2007 tarihinde tekrar kullanmaya başlamışlarsa da, 01.09.2003 ile 21.08.2007 tarihleri arasında kiralanan işyerini kullanamamaları sebebiyle uğradıkları zararın tazminini talep etmişlerdir. Yargıtay, söz konusu uyuşmazlığı çözümlerken davacı kiracıların zararının nasıl hesaplanacağını şu şekilde ortaya koymuştur: Taraflardan birinin haklı bir sebep olmaksızın sözleşmeyi feshettiği hallerde (somut olayda kiraya veren davalılar), Borçlar Kanunu’nun 106. ve 108. maddeleri¹⁰⁷ hükümleri gereğince diğer tarafın talep edebileceği kar kaybı zararına ilişkin tazminat; “sözleşme ifa ile bitseydi¹⁰⁸ elde etmesi muhtemel bütün gelirlerden, yapması

¹⁰⁵ Y. 11. HD, E. 2015/12027, K. 2016/8889, 09.04.2016.

¹⁰⁶ Y. 3. HD, E. 2017/9418, K. 2017/17806, 19.12.2017.

¹⁰⁷ Söz konusu maddeler 818 sayılı Borçlar Kanunu’ndaki madde numaraları olup, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki karşılıkları TBK m. 123 ve 125’tir.

¹⁰⁸ Yargıtay kararında kullanılan ifade bu şekilde olmakla birlikte, burada kastedilenin sözleşmenin uyuşmazlığın kaynaklandığı süre boyunca ifa edilmeye devam etmesi olduğu düşünülmektedir. Kaldı ki sürekli edimli sözleşmeler açısından, edimin ifasının sözleşmeyi sona erdirmeyeceği de bu vesileyle tekrar hatırlatılmalıdır.

gereken tüm zorunlu harcamalar ile sözleşme süresinden önce feshedildiğinden, sözleşmenin süresinden önce feshi sebebiyle sağladığı yani tasarruf ettiği haklar ve yine bu süre içerisinde başka işten sağlayacağı veya kasten sağlamaktan kaçındığı kazanç miktarlarının toplamı indirilerek bulunur”. Yargıtay kararında da açıklıkla belirtilmiş olduğu üzere, kar kaybı hesaplanırken indirilecek zorunlu harcamalara, kiracının ödemekle yükümlü olduğu kira bedelleri de dahildir.

Temerrüt sebebiyle fesih hakkını kullanan alacaklının olumlu zararı hesaplanırken, sözleşmenin süresinden önce sona ermesinin gerçekten bir zarar yaratıp yaratmadığı konusunda şüpheye düşülebilir. Örneğin kredi müşterisinin krediyi hazır bulundurma provizyonunu ödemekte temerrüde düşmüş olması sebebiyle sözleşmeyi fesheden bankanın uğrayacağı kazanç kaybı, sözleşmenin süresinden önce sonlandırılması sebebiyle ödenmemiş hazır bulundurma provizyonunu da içerecektir. Bu çerçevede bankanın, sözleşmenin süresinden önce sona erdirildiği an ile fesih yoluna gidilmeseydi sona ereceği an arasında işleyecek hazır bulundurma provizyonu esas alınarak bir tazminat hesabı yapılması gerekir. Ancak bankanın aynı dönem için bir başka müşteriye kredi sağlaması ve bu yeni müşteriden hazır bulundurma provizyonu alması mümkündür. Bu durumda bankanın yeni müşterisinden alabileceği provizyonun, zarar hesabında bir indirim yaratması akla gelebilir. Ancak bu hatalı bir çıkarım olacaktır. Zira zararın hesabında indirilmesi gereken kalemler, “*zarar verici davranışla uygun nedensellik bağı içindeki*” yararlar ile sınırlı olmalıdır.¹⁰⁹ Oysa alacaklı banka açısından değerlendirme yapıldığında, bankanın temerrüt sebebiyle feshedilen sözleşmeden bağımsız olarak bir başka müşteriye kredi temin edebileceğinin kabulü gerekir. Bu nedenle yeni müşteriden alınan hazır bulundurma provizyonu, feshedilen sözleşme sebebiyle uğranılan olumlu zararın telafisi olamaz. Ancak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 54. maddesinde belirlenen kredi sınırına ulaşmış olması sebebiyle, yalnızca mevcut bir kredi sözleşmesinin sona ermesi halinde yeni bir müşteriye kredi açabilecek durumdaki bir banka söz konusu ise, bu durumda yeni müşteriden alınan hazır bulundurma provizyonunun zarar hesabında indirim kalemi olarak dikkate alınması gerekir. Zira yeni müşteriyle yapılan sözleşme, mevcut bir başka sözleşmenin feshinin sonucu

¹⁰⁹ ÖZEN, s. 345.

olduğundan, edinilen yararın da zarar verici davranışla uygun nedensellik bağı içinde olduğu kabul edilmelidir.¹¹⁰

Her ne kadar TBK m. 126 ile sürekli edimli borç ilişkilerinde temerrüt haline ilişkin bir düzenleme getirilmişse de, bu maddenin sürekli edimli bir borç ilişkisinin feshinin gündeme geldiği ve Türk Borçlar Kanunu veya diğer kanunlarda özel hükümler çerçevesinde bir düzenleme getirilmemiş her halde uygulanması mümkündür. Başka bir ifadeyle sözleşmenin feshine yol açan ifa engelinin hangisi olduğundan bağımsız olarak, fesih sonucunda sözleşmenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle uğranılan zararların tazmini talep edilebilmelidir. Bu husus kira sözleşmelerinde üçüncü kişinin ileri sürdüğü aynı hak sebebiyle¹¹¹; kiralananın ayıplı olması¹¹²; kiracının TBK m. 316 gereğince sahip olduğu özenle kullanma borcuna aykırı davranması¹¹³ üzerine yapılan fesihler açısından öğretide de kabul görmüştür.

2. TBK m. 126'nın Alacaklının Seçimlik Haklarını Daraltıp Daraltmadığı Sorunu

Öğretide TBK m. 126 hakkında getirilen önemli eleştirilerden biri alacaklının seçimlik haklarının ani edimli sözleşmelerdekine kıyasla sınırlanmış olması iddiasından kaynaklanmaktadır.¹¹⁴ Ancak yukarıda da açıklandığı üzere bu imkana yer verilmemiş olması kanaatimizce alacaklının haklarına getirilen bir sınırlama olarak görülmemelidir. Bu nedenle çalışmamızın bu

¹¹⁰ Ayrıntılı açıklama için bkz. ÖZEN, s. 344-345.

¹¹¹ İNCEOĞLU, C. 1, s. 251-252.

¹¹² İNCEOĞLU, C. 1, s. 213 vd.; ÇABRİ Sezer, Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 299.

¹¹³ KOÇAK DİKER Duygu, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Ödeme Dışındaki Yan Borçlarına Aykırılığı ve Sözleşmenin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, Nisan, 2018, s. 247; İNCEOĞLU, s. 425-426.

¹¹⁴ ERTAŞ, s. 317; BUZ Vedat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Emel Badur (ed.), Ankara Barosu, 2012, ss. 165-177, s. 177; BUZ Vedat, “Borçların İfası ve İfa Edilmemesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, Mehmet Murat İnceoğlu (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, ss. 91-112, s. 108-109; BUZ Vedat, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Çiğdem Kırcı (ed.), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, ss. 139-150, s. 148 vd.

kısımında, esasen öğretide dile getirilen iki temel soruna odaklanılacaktır. Bu sorunlardan ilki fesihle birlikte olumlu zarar yerine olumsuz zararın tazmininin istenip istenemeyeceği; diğeri ise sürekli edimli bir sözleşmenin fesih yerine sözleşmeden dönme yoluyla sona erdirilmesinin mümkün olup olmayacağıdır. Aşağıda sırayla bu iki husus üzerinde durulacaktır.

A. Olumsuz Zararın Tazmininin Mümkün Olup Olmadığı Sorunu

TBK m. 126 uyarınca sözleşmenin feshi üzerine kusuru ile temerrüde düşen borçlu, alacaklının olumlu zararını ödemekle yükümlüdür. Ani edimli sözleşmelerde temerrüdü düzenleyen hükümlerde yer verilen sözleşmeden dönme ve olumsuz zarar tazmini TBK m. 126'da düzenlenmemiştir. *Buz* bu düzenlemenin, Türk hukukunda hakim olan hukuki bir batıl inancı yansıttığını ifade etmektedir.¹¹⁵ Zira Türk hukukunda fesih halinde olumlu zarar; sözleşmeden dönme halinde ise olumsuz zararın tazmin edilebileceği görüşü hakimdir.¹¹⁶

Yeri gelmişken kimi sözleşmeler açısından kanunun özel düzenlemesi uyarınca feshi takiben olumsuz zararların tazmininin istenebileceğini de hatırlatmakta fayda vardır. Örneğin vekalet sözleşmesinin TBK m. 512 uyarınca sona erdirilmesi durumunda, karşı tarafın sona erme sebebiyle uğradığı olumsuz zararın tazmini gerekecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki TBK m. 126 uyarınca fesih sebebiyle doğacak tazminat yükümlülüğü ile vekalet sözleşmesinin sona erdirilmesinden kaynaklanan tazminat yükümlülüklerinin nitelikleri birbirinden tamamen farklıdır. Şöyle ki TBK m. 512'de müvekkilin uygun olmayan bir zamanda vekili azletmesi sebebiyle vekilin veya yine uygun olmayan bir zamanda vekilin istifa etmesi sebebiyle müvekkilin uğramış olduğu zararın tazmini söz konusudur.¹¹⁷ Başka bir ifadeyle, tazminat alacaklısı sözleşmeyi fesheden taraf değildir. Tazminatın kaynağındaki olgu ise feshin uygun olmayan zamanda gerçekleştirilmesidir. TBK m. 126 uyarınca tazminat talep edecek olan kişi ise sözleşmeyi fesheden tarafın kendisidir ve feshin kaynağında karşı tarafın temerrüt görünümdeki borca aykırılığı yer almaktadır.

TBK m. 126'nın madde gerekçesinde de tazmini talep edilebilecek zara-

¹¹⁵ BUZ, 2012a, s. 176.

¹¹⁶ SELİÇİ, 1976, s. 210 vd.

¹¹⁷ ERGÜNE, 2008, s. 271.

rın olumlu zarar olduğu ifade edilmiştir. Hatta olumlu zararın tazminine izin verilmiş olması sebebiyle, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdü sebebiyle alacaklının sahip olacağı seçimlik hakların kapsamında, ani edimli sözleşmelere göre herhangi bir sınırlama olduğundan bahsedilemeyeceği de vurgulanmıştır.¹¹⁸ Kanun koyucu burada olumlu zararın olumsuz zarardan daha fazla olacağından hareket etmektedir.¹¹⁹ Oysa bu düşünceye şüpheyle yaklaşmak gerekir. Zira olumsuz zararın olumlu zararı aştığı örnekler de düşünülebilir. Özellikle alacaklının sözleşmenin devam edeceğine güvenerek büyük harcamalar yaptığı durumlarda, olumsuz zararın olumlu zararın üzerine çıkması mümkündür.¹²⁰ *Altınok Ormancı* bu durumu şu şekilde örneklendirmektedir: On yıllık bir sözleşmenin, ikinci yıl sonunda borçlunun temerrüdü üzerine feshedildiği bir durumda, on yıllık sözleşme için gereken fizibilite değerlendirmelerine ilişkin yapılan masraflar, iki yıllık bir sözleşme için yapılması gereken masraflardan pekala daha yüksek olacaktır. O halde sözleşmenin feshinin yanında on yıllık sözleşme için yapılan masraflar ve iki yıllık sözleşme için yapılması gereken masraflar arasında-ki farkın olumsuz zarar adı altında istenebilmesi gerekir.¹²¹

Dikkat edileceği üzere, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde olumsuz zararın tazmini, borçluyu feshedilen sözleşme hiç kurulmasaydı içinde bulunacağı duruma getirme amacı taşımaz. Zira sözleşme kurulmuş ve belirli bir süre de ifa edilmiştir. O halde burada olumsuz zarar olarak tazmini istenecek zararın, sözleşme en baştan fiili olarak ifa edildiği süre için yapılmış olsaydı uğranmayacak zararlar olduğunun kabulü gerekir.¹²² Yukarıdaki örnekte de görüldüğü üzere, olumsuz zararını tazmin etmek isteyen alacaklı, sözleşmeyi en baştan on yıl değil iki yıl üzerinden kurmuş olsaydı kaçınması mümkün olacak zararların tazminini talep edebilecektir.

Burada akla gelen bir soru da kanunda sözleşmeden dönme yerine fesih yolunun öngörülmüş olmasının tek başına olumsuz zarar tazminine engel olup olmayacağıdır. Bu sorunun bir benzeri sözleşmeden dönme konusuyla

¹¹⁸ Bkz. TBK m. 126 gerekçesi. Bu yönde bkz. GÜLERCİ Altan Fahri/KİLİNÇ Ayşe, 6098 Sayılı Yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 282.

¹¹⁹ ALTINOK ORMANCI, s. 201.

¹²⁰ BUZ, 2012a, s. 177.

¹²¹ ALTINOK ORMANCI, s. 202.

¹²² ALTINOK ORMANCI, s. 201; BUZ, 2014, s. 323; BUZ, 2012a, s. 177.

bağılantılı olarak Türk hukukunda çokça tartışılmıştır. Bu tartışmaların özü, sözleşmeden dönme ile birlikte olumsuz zarar değil de olumlu zararın istenmesinin mümkün olup olmadığıdır. Genel kanının aksine *Serozan*, sözleşmeden dönme üzerine istenebilecek tazminatın olumsuz zarara değil olumlu zarara ilişkin tazminat olduğu kanaatindedir.¹²³ Zira olumsuz zararın mantığı, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna güvenin sarsılması sebebiyle alacaklının uğradığı zararı tazmin etmektir. Oysa temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönmeye, sözleşmenin zamanında ifa edileceğine duyulan güven sarsılmıştır. Diğer bir deyişle, burada tazminatın kaynağı borca aykırılıktır.¹²⁴ Yazar sözleşmeden dönme ve olumlu zarar tazmininin sanıldığı gibi iki uç kutup olmadığını somutlaştırmak için de olumlu zararın hesabına ilişkin olarak geliştirilmiş fark teorisine dayanmıştır. Çalışmamızın önceki bölümlerinde de değinilmiş olduğu üzere, fark teorisi çerçevesinde olumlu zararının tazminini isteyen alacaklı henüz edimini yerine getirmemişse, edimini yerine getirmekten kurtulabilecektir. *Serozan* fark teorisinin sözleşmeden dönme ve olumlu zararın tazmini kavramlarını birbirine ne kadar yakınlaştırdığını isabetle vurgularken, erken davranarak edimini yerine getirmiş olan alacaklının ediminin iadesini talep ederek olumlu zararının tazminini isteyememesini sorgulamıştır.¹²⁵

Öğretide bir diğer görüş ise¹²⁶ sözleşmeden dönme halinde alacaklının sözleşmenin ifa edileceğine yönelik güveninin boşa çıkartılmasından kaynaklanan olumsuz zararının veya ifa menfaatinin gerçekleştirilmemesinden kaynaklanan olumlu zararının tazminini talep edebileceği yönündedir. Diğer bir deyişle alacaklıya kendi durumunu değerlendirme ve uğradığı zarara ilişkin bir hesaplama yaparak, kendi lehine bulduğu zararın tazminini tercih etme imkanı tanınmalıdır. Bu görüşün temelinde yer alan, sözleşmeden dönme ile birlikte talep edebilecek tazminatın niteliğinin bir hukuk politikası tercihi olduğudur ve hatta sözleşmeden dönmeye sözleşmeyi geriye dönük olarak ortadan kaldırdığı veya sözleşmeyi ortadan kaldırmaksızın salt tasfiye ilişkisine dönüştürdüğü görüşlerinden hangisinin tercih edildiğinin de tazmin edilmesi gereken zararın niteliğiyle bir ilgisi bulunmamaktadır.¹²⁷ Bu

¹²³ SEROZAN, 2007, s. 582 vd.; SEROZAN, 2016, §17 N. 19.

¹²⁴ SEROZAN, 2007, s. 589; ALTOP, s. 277 vd.

¹²⁵ SEROZAN, 2007, s. 593.

¹²⁶ ERGÜNE, 2008, s. 267.

¹²⁷ ERGÜNE, 2008, s. 260.

hukuk politikası tercihinin en belirgin örneği ise Alman Medeni Kanunu’nda kendisini göstermiştir. 2002 reformundan önce sözleşmeden dönme ile birlikte olumsuz zararların dahi tazmini istenemezken, reform sonrası düzenlemeler dönme ile birlikte ifa menfaatinin tatmin edilmesine yönelik olumlu zarar tazminine izin vermiştir.¹²⁸ Aslına bakılacak olursa bu sonuç, Uluslararası Mal Satımı Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) çerçevesinde de kabul edilmektedir. Her ne kadar CISG’ta olumlu – olumsuz zarar ayırımına yer verilmemişse de, öğretide sözleşmeden dönen alacaklının dilediği nitelikteki zararının tazminini talep edebileceği kabul görmektedir.¹²⁹ CISG’ın Ağustos 2011 itibariyle Türk hukukunun da bir parçası olduğundan hareketle, bu sonucun Türk hukukuna yabancı olmadığını söylemek hatalı olmaz.

Kanımızca borçlunun temerrüde düşmesi üzerine sözleşmeyi fesheden alacaklıya da sözleşmenin devam edeceğine ilişkin güveninin ihlal edilmesi sebebiyle uğradığı olumsuz zararın veya fesih sebebiyle ifa menfaatinin gerçekleşmemesi sebebiyle uğradığı olumlu zararın tazmini arasında bir seçim hakkı tanımak en isabetli yol olacaktır. Kaldı ki “*sözleşmenin süresinden önce sona ermesi*” ifadesinin alacaklının olumsuz zararını dışlar bir şekilde okunmasını gerektirecek bir husus bulunmamaktadır.¹³⁰ Zira yukarıda verilen örnekte de ortaya konmuş olduğu üzere, kimi durumlarda sözleşmenin süresinden önce sona ermesi alacaklının olumsuz zararına da yol açabilecektir. Bu nedenle TBK m. 126 ile getirilen düzenlemenin madde gerekçesinde belirtildiği gibi alacaklının seçimlik hakları yönünden bir sınırlama getirmediği, ancak olumsuz zararın da tazminine imkan verilmesi halinde varılabilecek bir sonuçtur. Bu nedenle kanaatimizce TBK m. 126’nın olumlu zararın tazminine ilişkin ifadesini teleolojik yorum yoluyla olumsuz zararın tazminine de izin verecek şekilde okumak gerekir. Zira kanunun gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, kanun koyucu alacaklının menfaatinin en iyi şekilde

¹²⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz. ERGÜNE, 2008, s. 261, dn. 401 ve orada anılan yazarlar; ATAMER Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanununda Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, Mehmet Murat İnceoğlu (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, ss. 187-221, s. 197.

¹²⁹ ATAMER Yeşim M., Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 427 vd.; TBK m. 126 açısından da alacaklıya aynı tercih imkanını sunmak gerektiği yönünde bkz. TÜMERDEM, s. 247.

¹³⁰ TÜMERDEM, s. 246.

korunabilmesi için olumlu zararın tazmini yolunu açık tutmanın gerektiği görüşündedir. O halde hükmün koruma amacından yola çıkarak, alacaklının menfaati için olumsuz zararın tazminine izin vermenin gerektiği ve dolayısıyla alacaklının tercihini bu yönde kullandığı hallerde, buna engel olmamak gerekir.¹³¹

B. Sözleşmeden Dönmenin Mümkün Olup Olmadığı Sorunu

TBK m. 126 uyarınca ifasına başlanmış sürekli edimli bir sözleşmeden dönmeye imkan tanınmamış olması da bir başka eleştiri konusudur. Öncelikle belirtmek gerekir ki sürekli edimli sözleşmelerde dönme yerine fesih yoluna başvurulmasının kaynağında yatan mantık esasen ifanın kesildiği ana kadar ifa edilen edimlerin alacaklıyı ifanın gerçekleştiği süre boyunca tatmin etmiş olmasıdır. Bu çerçevede borca aykırılığın sonuçlarının geriye etkili olmaması isabetlidir. Ancak yine de bu kuralın istisnasını oluşturacak durumlarla karşılaşılabilir.

Buz tarafından verilen bir örnek bu ihtimali somutlaştırmaya yardımcı olacaktır. Yazarın verdiği örnekte bir ressam, resim sergisi düzenlemek için bir salon kiralamış ancak sergiden bir gün önce, kiraya veren salonun kullanımına engel olmuştur. Yazarın isabetle belirttiği üzere sergi gününe kadar kiraya verenin kira sözleşmesini ifa etmiş olmasının ressam açısından bir değeri yoktur. Bu şartlar altında aynen ifa talebi veya fesih hakkı da aynı şekilde değersiz kalacaktır. Zira ressamın yegane menfaati, sürekli edimli sözleşmenin ifasına başlanmış olsa da, sözleşmeden dönebilmektedir.¹³²

Öğretide sürekli edimli sözleşmelerde dönmenin yerini feshe bırakmasının gerekçelerinden biri olarak iş görme veya kullandırma gibi edimlerin aynen iadesinin mümkün olmaması da gösterilmektedir.¹³³ Ancak *Buz*

¹³¹ Teleolojik redüksiyon hakkında ayrıntılı açıklama ve örnekler için bkz. SEROZAN, 2017, s. 159 vd.; KIRCA Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk Ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 1, 2001, ss. 91-119, s. 102 vd.; AKBULUT Pakize Ezgi, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 100 vd.

¹³² BUZ, 2014, s. 322. TBK m. 126 uyarınca alacaklının sözleşmeden dönemeyeceği yönünde bkz. KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 763.

¹³³ SELİÇİ, 1976, s. 210-211; TÜMERDEM, s. 276. Bununla beraber Tümerdem iadenin müm-

aynen iadenin mümkün olmadığı hallerde dahi edimin değerinin iadesinin mümkün olacağından hareketle bu görüşe karşı çıkmaktadır.¹³⁴ Ani edimli sözleşmelerde de iadenin imkansızlaşmasının dönmeye engel olmaması gerektiğinden yola çıkan *Buz*, aynı bakış açısının sürekli edimli sözleşmelerde de benimsenmesi gerektiği kanaatindedir.¹³⁵

Kanaatimizce de sürekli edimli sözleşmelerde temerrüt halinde kuralın fesih olduğunun kabulü, sözleşmeden dönmeyi haklı kılabilecek ihtimalleri göz ardı etmeyi gerektirmez. Böyle istisnai durumlarda da kural olarak ani edimli sözleşmelerde kullanılabilecek dönme imkanı, sürekli edimli borç ilişkisi alacaklısına da tanınmalıdır. Başka bir ifadeyle, sözleşmeden dönülmesinin önu son çare olarak alacaklıya açılmalıdır. Kaldı ki kanun koyucunun ölünceye kadar bakma sözleşmesinin haklı sebeple sona erdirilmesi sonucunda dönmeye ilişkin sonuçlar bağlamış olması da, kanaatimizce, bu savı destekler niteliktedir. Sözleşmeden dönme halinde tazmini istenebilecek zararın niteliğine ilişkin olarak ise, yukarıda feshe eşlik edecek tazminat hakkında yaptığımız açıklamalar geçerlidir.

SONUÇ

Sürekli edimli sözleşmeler tanımlanırken, sözleşmeye karakteristik özelliğini veren asli edimin sonucunun zamana yayılması ve zaman unsurunun sözleşmenin kapsamını belirlemesi özellikleri öne çıkmaktadır. Bunun yanında bir diğer önemli husus da borçlunun her an ifaya hazır olması ve alacaklının da her an ifa menfaatinin tatmin ediliyor olmasıdır. Alacaklının ifa menfaatinin sözleşme süresi boyunca her an tatmin ediliyor olması ise, sözleşmenin temerrüt gibi bir borca aykırılık ile ihlal edilmesine bağlanan sonuçların ani edimli sözleşmelerdekinden farklılaşmasını gerektirir.

Öte yandan ani edimli sözleşmelere ilişkin düzenlemelerden ayrılmayı gerektiren husus, sürekli edimli sözleşmenin ifasına başlanmış olmasıdır. Bir diğer deyişle, henüz ifasına başlanmamış bir sürekli edimli sözleşmeye yine

kün olduğu durumlarda, tarafların dönmenin mümkün olduğu yönünde anlaşmaları, dönmeye izin veren bir kanun hükmünün bulunduğu hallerde (yazar bu hususta ölünceye kadar bakma sözleşmesine ilişkin TBK m. 617'ye atıf yapmaktadır) ve istisnai olarak alacaklının menfaatinin dönmeyi gerektirdiği durumlarda, dönmeye izin verilebileceğini belirtmektedir, TÜMERDEM, s. 276 vd.

¹³⁴ BUZ, 2014, s. 321.

¹³⁵ BUZ, 2014, s. 321.

ani edimli sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanacaktır. İfaya başlanıp başlanmadığı belirlenirken ise, sözleşmenin tipini belirleyen karakteristik asli edim esas alınmalıdır.

TBK m. 126'nın uygulanması için, tıpkı ani edimli sözleşmelerdeki gibi temerrüt koşullarının oluşmuş olması ve ayrıca bu hükümden önce uygulanması gereken bir özel hükmün mevcut olmaması yeterlidir. Özellikle fesih hakkı açısından akla gelebilecek bir ihtimal, temerrüt olgusunun aynı zamanda ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmenin devamını çekilmez kılmasının gerekip gerekmediği olabilir. Kanaatimizce bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Sözleşmenin devamının çekilmez hale gelmesi haklı sebeple fesih için aranan bir gerekliliktir. Temerrüde dayalı fesih hakkı için ise TBK m. 117 ve 123'teki koşulların gerçekleşmesi yeterlidir.

TBK m. 126 ile alacaklıya ister aynen ifa ve gecikme tazminatı ister sözleşmeyi feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesinden kaynaklanan zararının tazminini talep etme imkanı verilmiştir. Her iki durumda da tazminat talebi, temerrüde düşen borçlunun kusurlu olması koşulu-na bağlıdır. Bu düzenlemeyle ilgili dikkat çeken hususlardan ilki, tazmini istenebilecek zararın niteliğinin olumlu zararlarla sınırlı olduğu, diğeri ise sözleşmeden dönmenin mümkün olmadığı çıkarımının yapılmasına elverişli bir ifadeye sahip olduğudur. Öğretide TBK m. 126 düzenlemesi iki açıdan da eleştirilmektedir ve kanaatimizce bu eleştirilerde haklılık payı bulunmaktadır. Zira borçlunun borca aykırılığı sebebiyle alacaklının sona erdirmek zorunda kaldığı sözleşmeden kaynaklanan olumsuz zararının kimi hallerde olumlu zararını aşması mümkündür. Bu nedenle olumsuz zararın tazmininin de TBK m. 126 uyarınca mümkün olması gerekir. Nitekim hukukumuzda, fesih hakkı kullanılırken olumsuz zararın talep edilemeyeceği gibi bir kural bulunmamaktadır. Hatta kanaatimizce alacaklıyı tazminini isteyeceği zararın niteliği konusunda serbest bırakmak en uygun çözüm olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun TBK m. 126'daki seçimlik haklar arasında sözleşmeden dönmeyi anmaması da isabetsiz olmuştur. Zira sıklıkla rastlanamayacaksa da kimi durumlarda, sürekli edimli bir sözleşmede temerrüt üzerine aynen ifa veya sözleşmenin feshi yoluna başvurmak, alacaklının ihtiyacı olan menfaati sağlamaya yetmez. Özellikle borca aykırılık yüzünden daha önceki edimlerin de değersizleştiği durumlarda, alacaklının sözleşmeden dönmesine de izin vermek gerekir. Ancak sürekli

edimli sözleşmelerin niteliğinden kaynaklanan sebeplerle, olayların çoğunda daha önceki edimlerin değersizleşmesi söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle sözleşmeden dönmeye ihtiyaç fazlasıyla sınırlı olacağından, dönme hakkına başvurunun ancak bir son çare olarak düşünülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KISALTMALAR CETVELİ

Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
dn.	Dipnot
E.	Esas
eBK	818 sayılı Borçlar Kanunu
ed.	Editör
HD.	Hukuk Dairesi
K.	Karar
m.	Madde
N.	Paragraf numarası
s.	Sayfa
S.	Sayı
ss.	Sayfa aralığı
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	Ve devamı
Y.	Yargıtay
YİBGK.	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

KAYNAKÇA

KİTAPLAR, KİTAP BÖLÜMLERİ VE MAKALELER:

- AKBULUT Pakize Ezgi, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016
- ALTINOK ORMANCI Pınar, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011
- ALTOP Atilla, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990
- ANTALYA Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017
- ATAMER Yeşim M., Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005
- ATAMER Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanununda Taşınır Satımı Sözleşmesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler**, Mehmet Murat İnceoğlu (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, ss. 187-221
- AYDIN Gülşah Sinem, **Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013
- AYDIN Gülşah Sinem, “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu’nun 617. Maddesine Dayalı Olarak Sona Ermesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 1, 2018, ss. 336-373
- BAYGIN Cem, “Türk Borçlar Kanunu’nun Borç İlişkisinin Hükümleri – Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S. 3-4, 2010, ss. 119-144
- BUZ Vedat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu**, Emel Badur (ed.), Ankara Barosu, 2012, ss. 165-177 [atıf: 2012a]
- BUZ Vedat, “Borçların İfası ve İfa Edilmemesi”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler**, Mehmet Murat İnceoğlu (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, ss. 91-112

- BUZ Vedat, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Borçların İfası ve İfa Edilmemesine İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu**, Çiğdem Kırca (ed.), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, ss. 139-150
- BUZ Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, 2. Bası (1998 Tıpkı Basım), Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
- ÇABRİ Sezer, **Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
- DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2009
- ERBAY İsmail, **Know-How Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017
- ERGÜNE Mehmet Serkan, **Olumsuz Zarar**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008
- ERGÜNE Mehmet Serkan, “6361 Sayılı Kanun İle Finansal Kiralama Sözleşmesinin Kapsamında ve Sona Ermesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, 2013, ss. 227-258
- ERTAŞ Şeref, “Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi** (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan - 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu), 2012, ss. 309-319
- GÜLERCİ Altan Fahri/KILINÇ Ayşe, 6098 Sayılı Yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011
- GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001
- GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012
- HAVUTÇU Ayşe, **Tam İki Tarafa Borç Yükleleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1995
- İNCEOĞLU Mehmet Murat, **Kira Hukuku, C. I-II**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014

- KARTAL Dilşah Buşra/ÖĞÜN Pınar, “TBK M. 473/I Hükümü Kapsamında Öncelenmiş Borca Aykırılık Sorununun Değerlendirilmesi”, **Sorumluluk Hukuku**, Baysal Başak (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, ss. 229-252
- KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016
- KIRCA Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk Ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 1, 2001, ss. 91-119
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014
- KOÇ Mehmet, **Finansal Kiralama (Leasing)**, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004
- KOÇAK DİKER Duygu, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Ödeme Dışındaki Yan Borçlarına Aykırılığı ve Sözleşmenin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, Nisan, 2018
- KOYUNCUOĞLU Hikmet, Değişen Finansal Kiralama Mevzuatı Işığında Finansal Kiralama Sözleşmesine İlişkin Uygulamadan Kaynaklanan Sorunların Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015
- KÖTELİ M. Argun, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri), Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1991
- KUNTALP Erden, **Ard Arda Teslimli Satım Akdi**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968
- OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017
- OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009
- OY Osman/BİÇİCİ Onur, Finansal Kiralama (Leasing) ve Kira Alacaklarının Takip Yolları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015
- ÖĞÜZ Tufan, **Know How Sözleşmesi**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018
- ÖZ Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı Kitap, İstanbul, 1989

- ÖZDEMİR Hayrünnisa, **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004
- ÖZEN Burak, **Kredi Açma Sözleşmeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017
- SARI Suat, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, 2004
- SEÇER Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016
- SELİÇİ Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976
- SELİÇİ Özer, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978
- SEROZAN Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III – İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016
- SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm – Kişiler Hukuku**, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017
- SEROZAN Rona, **Sözleşmeden Dönme**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007
- SEROZAN Rona, “‘Culpa in Contrahendo’, ‘Akdin Müsbet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Korumucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 2, S. 3, 1968, ss. 108-120
- SEROZAN Rona/BAYSAL Başak/SANLI Kerem Cem, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018
- SUNGURBEY İsmet, **Medeni Hukuk Sorunları**, C. IV, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980
- TEKİNAY Selahattin/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993
- TERCIER Pierre/FAVRE Pascal G., **Les Contrats Spéciaux**, 4. Bası, Schulthess, Zürih, 2009
- TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016
- TOPUZ Murat, **Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017
- TÜMERDEM Murat, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları (TBK m. 126), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018

YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014

YENER Mehmet Deniz, **Kredi Açma Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008

YENİOCAK Umut, **Franchise Sözleşmeleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016

İNTERNET VERİTABANLARI

Kazancı Veritabanı (www.kazanci.com)

Kambiyo Hukukuna Özgü Bir Kişisel Güvence Türü: Aval

Arş. Gör. Kübra YILDIZ*

Öz: Kambiyo hukukuna özgü bir kişisel güvence türü olan aval ile senette imzası bulunan ya da üçüncü bir kişi alacaklıya kişisel bir güvence vermektedir. Bu sayede de senedin tedavül kabiliyeti artmaktadır. Aval, kambiyo hukukuna özgü olması sebebiyle Türk Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmiş kurallar ihtiva etmektedir. Bu makalede aval kurumunun hukuki niteliği ile başlanarak avalin verilmesinden sona ermesine kadar devam eden süreçteki gereklilikleri üzerinde durulmuştur. Özellikle aval benzer müesseselerden ayırt edilmiş ve avalin Türk Borçlar Kanununun 603. maddesi dahilinde olup olmadığı da Yargıtay kararları ışığında ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Aval, Kambiyo Senedi, Kefalet Sözleşmesi, Hukuki İşlem, Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu.

A Type of Personal Guarantee Pertaining to Law of Exchange: Aval

Abstract: A person who has already signed the bill or a third person give a personal guarantee to creditor by means of aval which is a personal guarantee pertaining to law of exchange. Thus, the bill may have much more capacity of circulation. Aval involves special rules on Turkish Commercial Code as it pertains to law of exchange. In this article it is discoursed on necessities that proceed from beginning to expiration and legal character of aval. Especially, aval is distinguished from similar institutions and dealt whether aval is applicable within the scope of article 603 of Turkish Code of Obligations or not in the light of Supreme Court's decisions.

Keywords: Aval, Bill of Exchange, Contract of Bailment, Legal Transaction, Turkish Commercial Code, Turkish Code of Obligations.

* Makale Gönderim Tarihi: 22.10.2018. Makale Kabul Tarihi: 05.12.2018.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-6828-2214); kubrayildiz@istanbul.edu.tr

GİRİŞ

Bir borcun ifasını sağlamak veya ifa edilmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zararı gidermek amacıyla sık sık güvence kurumuna başvurulmaktadır. Aval de kambiyo senedindeki kişisel bir alacağı teminat altına almak amacıyla hâlihazırda senette imzası bulunanların ya da üçüncü kişilerin verdiği kişisel bir güvencedir. Kambiyo hukukuna özgü kişisel bir güvence olan aval, senedi devralacak kişilere ek bir güvence sağlayarak senedin tedavül kabiliyetini arttırmaktadır.

Aval TTK'nun 700 ila 702. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanunun ilgili üç maddesinde aval verebilecekler kişiler, avalin şekli ve hükümleri düzenlenmiştir. Uygulamada sıkça karşılaşılan kambiyo hukukuna özgü kişisel güvence ve aynı zamanda bir kambiyo taahhüdü olan avalin etraflıca incelenmesi önem arz etmektedir.

Çalışmamızda aval kurumu kapsamlı bir şekilde incelenmiş ve bu konuyla ilgili doktrinde tartışmalı bulunan noktalara temas edilmiştir. Bu doğrultuda öncelikle avalin hukuki niteliği üzerinde durulmuştur. Avalin hukuki niteliği belirlendikten sonra ikinci başlık altında benzer hukuki kurumlar olan kefalet sözleşmesi, garanti sözleşmesi, müteselsil borçluluk, borca katılma ile karşılaştırılmış ve avalin bu kurumlar ile olan farklılıkları ile benzerliklerine değinilmiştir.

Üçüncü başlık altında avalin geçerlilik şartları üzerinde durulmuştur. Hukuken geçerli bir aval için ilk olarak şeklen geçerli bir taahhüdün gerekliliği akabinde ise tarafların ehliyeti ve avalin şekil şartlarına yer verilmiştir. Tarafların ehliyeti hususunda da “*taraf*” kavramının ne anlama geldiği yani kimlerin taraf teşkil edebileceği tespit edilip, gerçek ve tüzel kişiler bakımından ehliyet incelemesi yapılmıştır. Şekil bakımından ise özellikle TBK m. 603'ün avalde uygulanabilir olup olmadığı üzerinde durulmuştur.

Avalin hüküm ve sonuçları bahsinde aval verenin hamile ve aval verilene karşı ayrı ayrı hak ve sorumlulukları anlatılmıştır. Aval verene gidilebilmesi için gerekli şartlar, aval verenin def'i imkânları sorumlulukları dahilinde anlatılmış; aval verenin sahip olduğu haklara da detaylıca değinilmiştir.

Son başlık ise avalin sona ermesine dairdir. Başta kambiyo senedinin ödenmesi olmak üzere bir kambiyo taahhüdü olan avalin sona erdiren durumlara bu başlıkta yer verilmiştir.

I. AVALIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Aval, bir kambiyo senedinin bedelinin ödenmesi için verilen kişisel güvencedir.^{1,2} Senetteki bedelin ödenmesi noktasında aval ek bir güvence niteliğindedir. Aval veren (avalist) diğer senet borçlularıyla birlikte aslen ve müteselsilen sorumlu olmakta bu sayede senedin güvenilirliği artmakta ve tedavülü kolaylaşmaktadır.³ Aval veren kişi kim için aval vermişse aynen

1 Abdi Denel, Kara Ticareti Hukuku, Devlet Basımevi, İstanbul, 1938, s. 16; Muzaffer Şeker, Kefalet ve Avalde Eşin Rızası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 65; Burak Özen, Kefalet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 45 vd., Mahmut Bilgen, Kefalet, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 205.

2 TTK m. 700/1'de avalin amacının poliş bedelinin ödenmesi olduğu belirtilmiştir. Kefalet, garanti gibi diğer kişisel güvence verilmesine dair sözleşmelerde madde lafızları avalden farklı düzenlenmiştir. Nitekim TBK m. 581 hükmü kefalet sözleşmesini "kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme" olarak tanımlamışken; doktrinde garanti sözleşmesine ilişkin genel bir hüküm veya garanti sözleşmesinin özel bir tipini düzenleyen hüküm olarak kabul edilen (bkz. M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 405) TBK m. 128'de de "Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür" denmiştir. Görüldüğü üzere her iki cümlede de asli edimin ifa edilmemesi sonucu doğan zararın giderilmesi söz konusudur. Oysa yukarıda da belirtildiği gibi TTK m. 700 hükmünde aval verenin edimin ifa edilmemesi sonucu doğan zarardan değil, lehine aval verdiği kişi ile birlikte poliş bedelinden sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Ancak bu ifade farklılığına rağmen avalin de bir kişisel güvence olduğundan kuşku duyulmamalıdır. Nitekim aval verenin sorumluluğu sadece poliş bedeli ile sınırlı değildir. TTK m. 725 uyarınca hamil başvurma borçlularından senet bedelini, kararlaştırılmışsa kapital faizi, temerrüt faizini, giderlerini ve bedelin binde üçünü aşmamak üzere komisyon ücretini isteyebilirken; m. 725 uyarınca da poliş bedelini ödeyen kişi kendinden önce gelen borçlulardan ödediği tutarı, temerrüt faizini, giderlerini ve bedelin binde ikisini aşmamak üzere komisyon ücretini isteyebilecektir. Başvurma hakkının kapsamını düzenleyen bu maddelerde istenecek bedelin poliş bedelini aştığı görülmektedir. Belirlenecek bu meblağlar cirantalardan istenebileceği gibi onların avalistlerinden de istenebilecektir. Son olarak şunu da belirtmek gerekir bahsedilen kalemlerin toplanması neticesinde ortaya çıkan tutarın alacaklının tüm zararını giderememesi ihtimali de avalin bir kişisel güvence verilmesine engel değildir. Çünkü TBK m. 583/2'de kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın da yazılması gerektiği şart kılınmıştır. TBK m. 603 hükmü uyarınca bu şart gerçek kişilerce güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. Yani kefalet veya garanti sözleşmesi gibi kişisel güvence temin etmesi noktasında hiçbir kuşku duyulmayan sözleşmelerde de alacaklının zararı daha fazla olsa dahi güvence verenin sorumluluğu belirli bir limitle sınırlandırılmıştır.

3 Ancak aval aynı zamanda güvensizliğin de göstergesi olabilir. Çünkü senette aval bulunması borçlunun ödeme gücü konusunda kuşku uyandırabilir. Bundan dolayı uygulamada avalden

onun gibi sorumlu olacaktır. Örneğin protesto çekilmesi durumunda lehine aval verilen kişiye karşı başvurma hakkı düşüyorsa hamil, borcun ödenmesi için aval verene de gidemez.

Aval, senetteki borcu tamamen veya kısmen ödenmesini teminat altına alan bir kambiyo taahhüdüdür.⁴ Aval hem kambiyo taahhütlerine ilişkin genel kurallara tabiyken hem de özel hükümlere tabi tutulmuştur.⁵ Aval bir kambiyo taahhüdü olması sebebiyle soyuttur. Yani senedin temelinde bir ilişki muhakkak bulunmasına rağmen senette bu sebep gösterilmez. Senedin asıl ilişki ile ilintilendirilmesi durumunda ise taahhüt geçersiz olur (m. 671/1-b). Ancak şunu da belirtmek gerekir ki doktrinde soyutluk ilkesinin ve sonuçlarının ne olduğu hususunda herkesin çıkardığı sonuç aynı değildir. Kimi yazarlar soyutluktan sadece ispat soyutluğunu anlarken kimi yazarlar da asıl ilişkideki sakatlık ve geçersizliklerin senetteki taahhüdü etkilememesi olarak anlamaktadır. Bizce, aval kurumunun üçlü bir ilişki yaratmasından dolayı aval veren ile lehine aval verilen kişinin arasındaki ilişkinin soyutluk-illilik incelemesi kapsamında ele alınması; aval veren ile yetkili hamil arasında hangi def'ilerin ileri sürülebileceği noktasında ise bağımsızlık-fer'ilik incelemesinin yapılması gerekmektedir. Şöyle ki aval veren ile lehine aval verdiği kişi arasında asıl bir ilişki bulunmaktadır. Ancak onlar aval ile asıl ilişkiden soyut, yeni bir borca sebebiyet vermektedir. Asıl ilişkinin geçersizliği durumunda bu geçersizliğin, ikisi arasındaki aval ilişkisinin geçerliliğine etkisinin olup olmayacağı avalu soyut veya illi olarak nitelendirmemiz sonucuna göre değişecektir. Bunun yanında aval verenin, lehine aval verdiği kişiye ait def'ileri ileri sürüp sürememesi bu borcun asıl borçtan bağımsız ya da onun bir fer'i olduğu kabulüne göre değişecektir. Her iki ayrımın daha detaylı ele alınması gerekmektedir.

Sebebe bağlı olup olmama (soyutluk/illilik) incelemesi iki farklı açıdan yapılmalıdır. Bunlardan birincisi tasarruf işleminin sebebinin etkisi iken

ziyade ciro yoluna gidilmektedir. Senet önce güvence verecek kişiye ciro edilmekte akabinde bu kişi senedi geri ciro etmektedir. Böylece hem senette fazladan bir imza bulunması suretiyle güven artacaktır hem de avalin oluşturabileceği olumsuz görüntü önlenebilecektir (Halil Arslanlı, Ticari Senetler Dersleri, 3. Bası, Üniversite Kitabevi, İstanbul, 1954, s. 96).

⁴ Mahmut Coşkun, Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 250; Ünal Tekinalp / Mehtap Mertol Digili, Commercial And Economic Law in Turkey, Wolters Kluwer, 2016, s. 170; Şeker, 2017, s. 65.

⁵ Raziye Aksu, Aval Kurumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 83.

diğeri borçlandırıcı işlemin sebebidir. Eşya hukukunda borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi arasındaki ilişkiden yola çıkılmakta ve tasarruf işleminin soyutluğu veya illiği incelenmektedir. Buna göre borçlandırıcı işlemdeki geçersizlik tasarruf işlemini de kendiliğinden geçersiz kılıyorsa tasarruf işlemi illi olurken; borçlandırıcı işlemin geçersizliği tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemiyorsa tasarruf işlemi soyut olur⁶. Medeni Kanunda taşınmazlarda tapu siciline yapılacak tescilin geçerli bir hukuki sebebe dayanması gerektiği belirtilmesine rağmen (TMK m. 1024)⁷, taşınırlarda aynı hak kazanılmasının sebebe bağlı olup olmadığı düzenlenmemiştir.⁸ Eşya hukuku bağlamında soyutluk ve illilik kavramlarının teknik anlamlarıyla kıymetli evrak hukukunda kullanılmasını doğru bulmamaktayız. Nitekim bir kambiyo senedine aval verildiğinde sadece borçlandırıcı işlem yapılmaktadır ve haliha-zırda ortada bir tasarruf işlemi bulunmamaktadır. Kıymetli evrak hukukunda soyutluk incelemesi yaparken borçlandırıcı işlemin sebebinden yola çıkmak gerekmektedir. Çünkü tasarruf işlemleri gibi borçlandırıcı işlemler de sebebe bağlıdır ve bir kimsenin başka bir kimseye alacak hakkı kazandırmasının bir sebebi vardır.

Borçlandırıcı işlemlerdeki kazandırmaların hukuki sebebi *causa solvendi*, *causa credendi*, *causa donandi* vs. olabilmektedir.⁹ Tarafların üzerinde uyuştukları hukuki gaye kazandırmayı içeren hukuki işlemin bir parçası haline gelmişse kazandırma sebebe bağlıdır.¹⁰ Kural olarak borçlandırıcı işlemin geçerliliği hukuki sebebi oluşturan asıl ilişkinin geçerliliğine bağlıdır. Ancak TBK m. 18 tarafların yaptıkları bir borçlandırıcı işlemin sebebini göstermeyebileceklerini düzenlemiştir.¹¹

⁶ Mehmet Serkan Ergüne, *Taşınır Mülkiyeti*, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 114-115.

⁷ Aydın Aybay / Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 173. Sakat bir borç ilişkisine dayalı olarak tescil yapılırsa yapılan tescil yolsuz olur ve taşınmaz mülkiyeti geçmez (M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 745.).

⁸ Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II*, 7. Bası, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2014, s. 583.

⁹ Necip Kocayusufpaşaoğlu / Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 117 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 190.

¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu ve diğ., 2017, s. 119.

¹¹ Doktrinde 18. maddenin bir ispat soyutluğu getirdiği, asıl alacağın yanında onunla yarışan yeni bir alacak meydana getirdiği veya söz konusu maddeye nasıl bir sonucun bağlandığının anlaşılmadığı yönünde farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce burada sadece bir ispat soyutluğu söz konusudur (Kocayusufpaşaoğlu ve diğ., 2017, s. 121-122).

Doktrinde EREN soyut borç tanımlarını “*şekli anlamda soyut borçlar*” ve “*maddi anlamda soyut borçlar*” olarak ikiye ayırıp incelemektedir. Yazara göre şekli anlamda soyut borç sözleşmelerinde taraflar borcun hukuki sebebini göstermez yani borç sebebi, borç sözleşmesinin içine sokulmaz. Burada bir ispat soyutluğunun varlığı görülmektedir. Oysa maddi anlamda soyut borçlarda borcun hukuki sebebi borçlandırıcı işlemin zorunlu bir unsuru olmamakta, borçlandırıcı işlem ile hukuki sebep birbirinden ayrılmaktadır. Bu durumda kazandırmanın geçerliliği sebebin geçerliliğine bağlı olmaz ve hukuki sebep geçersiz olsa dahi soyut borç tanımı geçerli olur. Borçlandırıcı işlemde hukuki sebep açıkça gösterilmişse de “*sebebe bağlı borç tanımı*” gündeme gelmektedir.¹² Kanaatimizce, kambiyo senetlerinde yazarın maddi anlamda soyut borç dediği durum bulunmaktadır. Çünkü kambiyo senedine bağlı bir borç oluşturulduğunda asıl ilişkideki geçersizlikler artık kambiyo senedindeki borcun geçerliliğini etkilemez. Hatta burada maddi anlamda soyut borçlardan daha özellikli bir durum olup sebebin senette belirtilmesi halinde işlem geçersiz olur.

Soyutluk-illilik incelemesi yanında bağımsızlık-fer’ilik incelemesinin de yapılması gerekmektedir.¹³ Doktrinde def’ilerin ileri sürülebilirliği bağlamında, avalin şeklen fer’i madden bağımsız veya mücerret olduğu yönünde de görüşler bulunmaktadır.¹⁴ Ancak aşağıda da detaylıca açıkladığımız üzere bu ayrıma katılmamaktayız ve avalin asıl borçtan bağımsız olduğu görüşünü benimsemekteyiz.

Fer’i (bağımlı) borç asıl borca bağımlı borcu ifade etmektedir.¹⁵ Fer’i borçların doğuşu, devamı ve ifa mecburiyeti asıl borcunkine bağlıdır.¹⁶ Ke-

¹² Eren, 2014, s. 191-192.

¹³ Doktrinde avalin bağımsızlığı ve soyutluğunu ile illiliği ve fer’iliğini aynı anlamda kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Nizam İpekçi / Nedret İlbuldu, Türk Ticaret Yasasında Aval, İpekçi Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 9-10.

¹⁴ Coşkun, s.252; Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa, 2017, s. 106; Tamer Bozkurt, Kıymetli Evrak Hukuku, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 134; Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku (III. Ticari Senetler), 4. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 232; Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 190; M. Fatih Dikici, Ticaret Hukuku 2, 5. Baskı, Agon Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 106.

¹⁵ Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 438; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 695.

¹⁶ Aral / Ayrancı, 2014, s. 438. Eserde bu durum, kefilin borcunun asıl borcun kaderini paylaş-

falet sözleşmesinde kefilin borcu fer’idir. Bundan dolayı kapsamı ve muaceliyeti asıl borcunkine bağlıdır; kefil asıl borçluya veya mirasçılara ait ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan tüm def’ileri ileri sürebilmektedir. Oysa garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu ise bağımsızdır. Bağımsızlık, asıl borca bağlı olamamayı ifade eder ve bu durumda asıl borca ait def’iler garanti veren tarafından ileri sürülemez.

Yukarıda da belirtildiği üzere aval verenin borcu şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa da taahhüdü geçerlidir. Örneğin aval veren, lehine aval verdiği kişiye ait senetteki sorumsuzluk kaydına dayanabilirken, bu kişinin ehliyetsizliğine dayanamaz. Bundan dolayı kural olarak avalin bağımsız bir borç olduğu söylenebilir. Ancak asıl borcun geçersizliği şekli bir sebepten kaynaklanmışsa (veya borç zamanaşımına uğramışsa) bu durumda istisna ile karşılaşırız. Bu şekli geçersizlik senet metninden anlaşılan ve senedin geçersizliğine yol açan bir def’i şeklindeyse bunu zaten herkes herkese karşı ileri sürebilir. Ancak avalde fark senet metninden anlaşıp da sadece belirli kişilerden, herkese karşı ileri sürülebilen def’ilerin aval verenin de lehine aval verdiği kişi gibi ileri sürebilmesindedir ki bu durum başlı başına avalin bağımsız olması niteliğini etkilememektedir.¹⁷ Bununla birlikte aval verenin alacaklıya karşı bizzat kendi şahsında doğan def’ileri ileri sürebilmesinde hiçbir engel bulunmamaktadır.

Avalin tek taraflı bir hukuki işlem mi yoksa iki taraflı bir hukuki işlem (sözleşme) mi olduğu noktasında doktrinde birlik bulunmamaktadır.¹⁸

ması şeklinde ifade edilmiştir (s. 442).

¹⁷ Aynı yönde bkz. Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Abuzer Kendigelen / Arslan Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Bası, 12. Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 172-173.

¹⁸ Hukuki işlem, bir veya daha fazla kişinin hukuki sonuç doğuran irade açıklaması ya da açıklamaları şeklinde tanımlanabilir (Hasan Erman, Medeni Hukuk Dersleri, 6. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 64). Hukuki işlemler gerekli irade beyanına sayısına göre tek taraflı, iki taraflı ve çok taraflı işlemler şeklinde sınıflandırılabilir (Bilge Öztan, Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, 41. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 89; O. Gökhan Antalya / Murat Topuz, Medeni Hukuk, 2. Baskıya Ek 1. Tıpkı Basım, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 204). Tek taraflı hukuki işlem istenilen hukuki sonucun doğması için tek kişinin irade beyanının yeterli olduğu hukuki işlemlerdir (M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, Medeni Hukuk, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 179; Mustafa Dural / Suat Sarı, Türk Özel Hukuku, C. I, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 203; Hüseyin Hatemi, Medeni Hukuk’a Giriş, 8. Bası, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 153; Hüseyin Yıldız, Medeni Hukukun Temel İlkeleri, 2. Bası, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2009, s. 161). Kurulması için birden fazla irade beyanının gerekli olduğu durumda ise iki veya çok taraflı hukuki işlem den söz edilir (Antalya / Topuz, 2017, s. 204).

Doktrinde bir görüş avalin sözleşme olduğunu kabul etmektedir.¹⁹ Taraftarı olduğumuz diğer bir görüşe göre ise aval tek taraflı bir hukuki işlemdir.²⁰ Zira geçerli bir avalden bahsedebilmek için aval verenin iradesi yeterlidir. Hatta karşı tarafın iradesi aksi yönde olsa bile aval veren kanunen geçerli bir aval beyanında bulunup senedi imzalarsa, bu aval geçerli olur. Ayrıca kanunkoyucu senedin yüzüne atılan ve düzenleyene veya muhataba ait olmayan her imzayı aval saymaktadır. İmza atanın iradesi bu yönde olmasa dahi kanunen aval verildiği kabul edilmektedir.

II. AVALİN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Aval kurumunu daha iyi anlayabilmek amacıyla benzer kavramlarla karşılaştırmak gerekmektedir. Bundan dolayı aşağıda sırasıyla kefalet sözleşmesi, garanti sözleşmesi, borca katılma ve müteselsil sorumluluk incelenecektir.

1.1.Kefalet sözleşmesi

Kefalet sözleşmesi, TBK m. 581’de; “*Kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Kefalet sözleşmesi kişisel güvence sağlayan bir sözleşmedir.

Kefalet sözleşmesi ile aval arasındaki temel farklılıklar şunlardır:

- Aval tek taraflı bir hukuki işlemken; kefalet sözleşmesi iki taraflı bir hukuki işlemdir.
- Kefilin borcu fer’i iken, aval verenin borcu kural olarak bağımsızdır.
- Kefalette, kefil asıl borçluya ait def’ileri ileri sürebilirken hatta sürmek zorundayken; avalde aval veren şekle ait noksanlıklar hariç le-

¹⁹ Jale Güral, “Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler”, AÜHFD, C.VIII, S. 3-4, 1951, s. 443; Erden Kuntalp, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Reha Poroy’a Armağan, İÜHF İstanbul, 1995, s. 289.

²⁰ Aynı yönde bkz. İsmail Kayar, Ticaret Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 644; Mustafa Çeker, Ticaret Hukuku, 8. Bası, Karahan Kitabevi, Adana, 2014, s. 501; Edip Şimşek, Ticari Senetler, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1969, s. 66; Yavuz Süphandağ, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 23; Reha Poroy / Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, 2013, İstanbul, s. 207.

hine aval verilene ait def'ileri ileri süremez. Ancak aval veren kendi şahsında doğan def'ileri ileri sürebilmektedir.

- Aval ancak senet veya alonj üzerine yazılabilirken; kefaletin borç senedi üzerine yazılması zorunlu değildir.
- Avalistin sorumluluğu müteselsil ve asli iken; kefilin sorumluluğu kural olarak talidir yani önce asıl borçluya başvurulması gerekmektedir (temel ilke adi kefalettir).
- Kefalette asıl borçluya karşı zamanaşımı kesilince kefile karşı da kesilirken; avalde hamilin bir borçluya karşı takip yapması diğer borçlular bakımından (aval verenler dahil) zamanaşımını kesmemektedir.²¹
- Aval veren borcu ödediğinde lehine aval verdiği kişiye ve ona karşı sorumlu olanlara karşı senetten kaynaklanan bir rücu hakkına sahip olurken; kefil ödeme yaptığı miktarda alacaklının haklarına halef olur.²²
- Aval ve kefalet sözleşmesi için öngörölmüş şekil kuralları farklıdır.²³
- Aval şarta bağlanamazken (kısmi aval hariç olmak üzere); kefalet şarta bağlı bir borç için de söz konusu olabilir.
- Vasi vesayet altındaki kişi adına kefil olamaz ama vesayet makamının izniyle onun adına aval verebilir.²⁴
- Kefalet illi bir işlem olup geçerliliği dayandığı hukuki sebebin geçerliliğine bağlıdır.²⁵ Aval soyut bir işlemdir ve dayandığı hukuki sebebin geçerliliği avalin geçerliliğini etkilemez ayrıca dayanan hukuki işlem senet metninde gösterilemez.

1.2. Garanti sözleşmesi

Garanti sözleşmesi, garanti alanı belli bir davranışa sevk etmek veya bu kişi ile borç altına giren üçüncü bir kişinin edimini ifa etmemesinden

²¹ Özen, 2014, s. 46; Bozkurt, 2014, s. 134; Şeker, 2017, s. 68.

²² Bilgen, 2013, s. 213 vd.; Özen, 2014, s. 46.

²³ Bkz. III. Bölüm, 1.3.

²⁴ Nihat Yavuz, Öğreti ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 34.

²⁵ Cevdet Yavuz / Burak Özen / Faruk Acar, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 778.

kaynaklanan zarar tehlikesini garanti verenin üzerine aldığı kişisel teminat sağlayan bir sözleşmedir.²⁶ Garanti sözleşmesi saf garanti sözleşmesi ve kefalet benzeri garanti sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır.²⁷ Garanti alanın belli bir davranışa girmesinden doğan zarar tehlikesini üstlenme saf garanti sözleşmesine vücut verirken; garanti alan ile borç altına girmiş üçüncü bir kişinin edimini ifa etmemesinden kaynaklanan zarar tehlikesini üstlenme ise kefalet benzeri garanti sözleşmesine vücut verir.

Garanti sözleşmesinin avalden temel farkları şunlardır:

- Garanti sözleşmesi iki taraflı bir hukuki işlemken; aval tek taraflı bir hukuki işlemdir.
- Gerçek kişilerce garanti verilmesi durumunda garanti sözleşmesi TBK m. 603 kapsamına girer ve kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine, eşin rızasına ilişkin hükümler burada da uygulanır. Oysa aval TBK m. 603 kapsamına girmez.²⁸
- Aval ancak senet veya alonj üzerine yazılabilirken; garantinin borç senedi üzerine yazılması zorunlu değildir.
- Aval veren senet metninden anlaşılan def'ileri ileri sürebilirken, garanti veren yalnızca rizikonun gerçekleşmediği savunmasını yapabilir.²⁹
- Avasa teminat altına alınan borç şekle ait bir noksandan dolayı geçersizse aval verenin taahhüdü de geçersizdir. Oysa temin edilen borcun dayandığı akdin geçersiz olması garanti sözleşmesini geçersiz kılmaz.³⁰
- Avalist lehine aval verdiği kişiyle birlikte müteselsilen sorumlu olurken; garanti veren, lehine garanti verdiği kişiyle birlikte müteselsilen sorumlu olmaz.³¹

²⁶ Yavuz ve diğ., 2014, s. 825.

²⁷ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 766; Zafer Kahraman, Saf Garanti Taahhütleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 17 vd.

²⁸ Bkz. III. Bölüm, 1.3.

²⁹ Aksu, 2015, s. 123.

³⁰ Tandoğan, 2010, s. 842.

³¹ Mehmet Bahtiyar, Kıymetli Evrak Hukuku, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 89.

1.3. Borca katılma

Borca katılma TBK m. 201’de şu şekilde düzenlenmektedir: “Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.” Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere borca katılmada mevcut borçlunun yükümlülüğüne ek olarak bir başkası daha alacaklıya karşı yükümlü hale gelmektedir. Borcun dış üstlenilmesinden farklı olarak burada önceki borçlunun alacaklıya karşı durumu değişmemekte; onun borcu devam etmektedir.³²

Borca katılmanın avalden temel farkları şunlardır:

- Aval, tek taraflı bir hukuki işlemken; borca katılma, alacaklı ve katılan arasında yapılan iki taraflı bir hukuki işlemdir.
- Borca katılma, gerçek kişilerce güvence vermek amacıyla yapılmışsa TBK m. 603 uygulanır; avalde ise bu hüküm uygulanmaz.³³
- Aval veren borcu ödediğinde lehine aval verdiği kişiye ve ona karşı sorumlu olanlara karşı senetten kaynaklanan bir rücu hakkına sahip olurken; borca katılan borcu öderse alacaklının haklarına halef olur.³⁴

1.4. Müteselsil borçluluk

Müteselsil borçluluk, alacaklıya karşı sorumlu olan birden fazla borçlunun bulunduğu, alacaklının bunların tümünden ifayı isteyebildiği ve bunlardan birinin ya da bir kaçının ödemesiyle alacaklıya karşı borcun tümü için sona erdiği durumdur. Müteselsil borçluluk TBK’nun 162-168. maddeleri arasında düzenlenmiştir ve bu durum kanun veya hukuki işlemten doğabilmektedir. Alacaklı borcun tamamı ya da bir kısmını dilediği borçlu ya da borçlulardan talep edebilir. Sorumlu olduğu miktardan fazla ifade bulunan borçlu ödediği fazla miktarı payları oranında diğer borçlulara rücu edebilir.

³² Oğuzman / Öz, 2014, s. 608.

³³ Aksu, 2015, s. 117.

³⁴ Aksu, 2015, s. 117.

Müteselsil borçluluğun avalden temel farklılığı şunlardır:

- Müteselsil borçlulukta borçlulardan her biri alacaklıya karşı borcun tamamından sorumluyken; avalde her bir borçlu kendi borcu tutarında sorumlu olur (kısmi aval söz konusu olabilir).
- Müteselsil borçlulukta borcu ödeyen borçlu diğer borçluların hepsine payı oranında gidebilirken; avalde borcu ödeyen ancak kendisine karşı sorumlu olanlara gidebilir (aval veren, ancak ciro zincirinde kendinden önce imza atanlara ve lehine aval verdiği kişiye gidebilir; ödeyen borçludan sonra gelenler borçlarından kurtulurlar).
- Polişede başvuru borçlularına gidilebilmesi için önce muhataba gitmek gerekmektedir. Muhatap kabul etmezse vadeden önce³⁵ (kural olarak kabul etmeme protestosu çekilmeli), kabul edip de ödemezse vadeden sonra (ödememe protesto çekilmeli) başvuru borçlularına gidilebilir. Ancak müteselsil borçlulukta tüm borçluların sorumlulukları aynı seviyededir; yani öncelikle belli borçlulara başvurulması gerekmemektedir.

III.AVAL KURUMUNUN GEÇERLİLİK ŞARTLARI, HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. AVALİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Geçerli bir aval işleminin varlığından söz edebilmek için gerekli ehliyet ve şekil koşulu sağlanmalı ve öncelikle geçerli bir hukuki taahhüt bulunmalıdır. Aşağıda bu şartlar detaylıca açıklanmaktadır.

1.1. Şeklen geçerli bir taahhüdün varlığı

Geçerli bir avalden söz edilebilmesi için aval vermek suretiyle teminat altına alınan ve kambyo taahhüdünden doğan geçerli bir borcun bulunması gerekmektedir.³⁶ Başka bir ifadeyle aval ancak ve ancak geçerli bir poliçe, bono ya da çek bedelinin ödenmesini temin maksadıyla verilebilmektedir.

1.2. Tarafların ehliyeti

Aval poliçede imzası bulunan bir kişi veya üçüncü bir kişi tarafından se-

³⁵ Muhatap poliçeyi kabul etmemesine rağmen hamil vadeyi bekleyebilir.

³⁶ Aksu, 2015, s. 23.

net gereği sorumluluğu söz konusu olabilecek kişiler için verilebilir³⁷. Aval, poliçe ile sorumluluk altına giren herkes (düzenleyen, kabul eden muhatap, ciranta, araya giren veya aval veren) lehine verilebilir.³⁸ Senette imzası olmayan bir kişi³⁹ lehine aval verilmesi mümkün değildir. Aval verecek kişinin ise poliçe ile sorumluluk altına girmiş olup olmadığı önem taşımaz, herkes aval verebilir. Ancak poliçede imzası olan kişi veya üçüncü bir kişi ancak gerekli ehliyetle sahipse aval verebilir⁴⁰.

³⁷ Nazif Kaçak, *İçtihatlarla Bono*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 407.

³⁸ Oğuz İmregün, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 554. Ancak bazı durumlarda verilen aval anlam taşımayabilir. Örneğin poliçede kabul eden muhatapın aval vermesi ek bir güvence sağlamaz (Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 164; Poroy / Tekinalp, 2013, s. 208; Fahiman Tekil, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1994, s. 137). Ayrıca belirtmeliyiz ki TTK m. 794/2 hükmü uyarınca çekte muhatap aval veremez. Bunun nedeni ise çekte kabulün olmamasıdır (Bilgili / Demirkapı, 2017a, s. 211; Ernest C. Steefel, *Trading Under The Laws of Germany*, German American Trade Promotion Office, 1955, s. 169).

³⁹ Kanaatimizce kişinin senette imzası olmamasına rağmen bu eksikliği sonradan giderirse, bu kişi lehine aval verilebilir. Örneğin lehine aval verildikten sonra muhatap senedi kabul ederse bu durumda da verilen aval geçerli olmalıdır (Benzer yönde bkz. İpekçi / İbuldu, 1999, s. 23; Karayağcın, 1970, s. 222; Aksu, 2015, s. 65).

⁴⁰ Ehliyet, hak ehliyeti ve fiil ehliyeti olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Gerçek kişiler açısından baktığımızda; TMK m. 8 uyarınca her insanın sahip olduğu hak ehliyeti, hak ve borçlara sahip olabilme yeteneğidir (Aydın Zevkliler / Ayşe Havutçu / Şeref Ertaş / Damla Gürpınar, *Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 80.). Her kişi hukuk düzeninin sınırları içerisinde hak ve borçlara ehil olmada eşittir. Hak ehliyeti tam ve sağ doğumla kazanılır. Fiil ehliyeti ise TMK m. 9 hükmü uyarınca kişinin kendi fiilleriyle hak edinebilmesi, borç altına girebilmesidir. Hak ehliyetine herkes sahipken fiil ehliyetine ancak bazı niteliklere sahip kişiler sahip olabilmektedir. Fiil ehliyeti, ayırt etme gücüne sahip olma, ergin olma ve kısıtlanmamış olma şeklinde üç öğeden oluşmaktadır (Rona Serozan, *Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku)*, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 429.). Bu öğelere sahip olma bakımından fiil ehliyeti açısından kişiler tam ehliyetliler, tam ehliyetsizler, sınırlı ehliyetliler ve sınırlı ehliyetsizler olmak üzere dörde ayrılmaktadır (Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 79; Mehmet Ayan / Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, 6. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, s. 40; Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku (Hakiki Şahıslar)*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 82; Zevkliler ve diğ., 2015, s. 89.). Tam ehliyetliler, ayırt etme gücüne sahip ve ergin olup kısıtlanmamış kişilerdir. Bunların fiil ehliyetleri tamdır. Tam ehliyetsizler ayırt etme gücüne sahip olmayanlardır. TMK m. 15 hükmü uyarınca kanundaki ayırık durumlar saklı kalmak üzere ayırt etme gücü bulunmayanların fiilleri hukuki sonuç doğurmaz. Yani sürekli olarak ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler kendi fiilleriyle hak edinemez ve borç altına giremezler (Oğuzman ve diğ., 2016, s. 80.). Kural olarak tam ehliyetsizler adına hukuki işlemler onların yasal temsilcileri tarafın-

Aval, bir kambyo taahhüdüdür ve aval verecek kişi kambyo senetle-riyle borçlanmaya ehil olmalıdır.⁴¹ TTK m. 670'ye göre, kambyo senedi ile borçlanmaya ehil olabilmek için sözleşme ile borçlanmaya ehil olmak gere-kir. Aval bir hukuki işlem olduğundan fiil ehliyetinin içinde bulunan hukuki işlemde bulunma ehliyetine gidilmeli, yani fiil ehliyeti incelenmelidir.⁴² Tam ehliyetliler herhangi bir sınır olmaksızın aval verebilir, sınırlı ehliyetlilerin bir kambyo taahhüdü olan aval kurumuna kendileri aleyhine başvurabil-meleri için TMK m. 429 uyarınca yasal danışmanlarının görüşünü almaları gerekmektedir, tam ehliyetsizler adına vasileri TMK m. 462/1-5 uyarınca vesayet makamının izni ile aval verebilir⁴³, sınırlı ehliyetsizlerde ise yasal

dan yapılır (istisna için bkz. TMK m. 449). Ayrıca hakkaniyetin aksini gerektirdiği durumlar ayırık kalmak üzere tam ehliyetsizler hukuka aykırı fiillerinden kural olarak sorumlu olmazlar (Zevkliler, ve diğ., 2015, s. 94.). Sınırlı ehliyetliler de aslında tam ehliyetliler gibi ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlanmamış kişiler olmasına rağmen kendilerine yasal danışman atanmış kişiler veya evli kişilerdir. Evli kişilerin bazı muameleleri yapabilmeleri için eşlerin birlikte hareket etmeleri gerekmektedir. Yine kısıtlanması için yeterli sebep bulunmayan ancak korunmaları bakımından fiil ehliyetlerinin sınırlandırılması gerekli görülen bazı kişilerin yasada belirtilen durumlarda (bkz. TMK m. 429) yasal danışmanlarının görüşünü almaları gerekmektedir. Kanunda sayılan durumlar haricinde sınırlı ehliyetliler kendi fiilleriyle hak edenebilir ve borç altına girebilirler yani herhangi bir sınırlamaya tabi değildirler. Sınırlı eh-liyetsizler ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte ergin olmayan veya kısıtlanmış bulunan kişilerdir. Kanunkoyucu küçükler için veli, kısıtlılar için vasi (vesayet makamlarının gerekli olduğu haller için bkz. TMK m.462-463) olmak üzere temsilciler öngörmüştür (Oğuzman ve diğ., 2016, s. 92.). TMK m. 16 hükmü uyarınca sınırlı ehliyetsizler kural olarak yasal tem-silcilerinin rızası olmadıkça kendi fiilleriyle borç altına giremezler ancak bu kişiler haksız fiillerinden sorumludurlar. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kul-lanmada yasal temsilcilerinin rızası gerekli değildir. Bunların haricindeki durumlarda kural olarak sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin rızasını almadan yaptığı işlem askıda hüküm-süzdür. Yasal temsilcinin icazet vermesi durumunda işlem baştan itibaren geçerli olurken, icazet vermemesi durumunda işlem kesin hükümsüz olur (Serozan, 2017, s. 447; Oğuzman, ve diğ., 2016, s. 95-96; Öztan, 2017, s.96; Zevkliler ve diğ., 2015, s. 93.). Son olarak belirt-mek gerekir ki TMK m. 449'da belirtilen işlemleri sınırlı ehliyetsiz gibi yasal temsilci de yapamaz. Tüzel kişilerin de hak ve fiil ehliyetleri vardır. Tüzel kişiler kurulmaları ile birlikte kişilik kazanıp hak ehliyetine sahip olurlar. Hak ehliyetinin kapsamını belirleyen TMK m. 48 hükmü uyarınca tüzel kişiler cins, yaş, hısımlık gibi yaradılışları gereği insanlara özgü niteliklere bağlı olanlar hariç tüm hak ve borçlara ehildirler. Tüzel kişiler fiil ehliyetini ise kanun ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla kazanırlar ve tüzel kişiler iradelerini organları vasıtasıyla açıklar (TMK m. 49, 50/1).

⁴¹ Aksu, 2015, s. 24.

⁴² Aksu, 2015, s. 24.

⁴³ Burada özellikle TMK m. 449'a da değinmek gerekmektedir. Zira bu maddeye göre vesayet altındaki kişi adına kefil olmak yasaktır. Ancak bu hüküm avalde uygulanmamalıdır çünkü

temsilcilerinin vasi olması durumunda aynı hüküm uyarınca vesayet makamının izni gerekirken, veli olması durumunda velinin rızası yeterlidir.

Tüzel kişilerin ehliyetleri bakımından ise TMK'nun mezkur hükümlerine ilaveten 6102 sayılı TTK'nun 125/2. ve 6762 sayılı TTK'nun 137. madde hükümlerinin de zikredilmesi gerekmektedir. Zira 6762 sayılı ETTK m. 137 uyarınca: *“Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur.”*. Bu madde ticaret şirketlerin hak ehliyetini⁴⁴ şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuu ile sınırlamaktadır. Oysa TTK m. 125/2 hükmü uyarınca: *“Ticaret şirketleri, Türk Medenî Kanununun 48 inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır.”* Yukarıda da belirtildiği üzere TMK m. 48'de tüzel kişilerin insana özgü olanlar dışındaki hak ve borçlara ehil olabilecekleri düzenlenmektedir. Hâlihazırda 6102 sayılı TTK'nun 125. maddesinin ticaret şirketlerinin hak ehliyetini işletme mevzuu ile sınırlamadığı ancak bu maddenin şirket temsilcisinin temsil yetkisine bir sınırlandırma teşkil ettiği söylenebilir. Buna göre bu sınırlama aşılaraq üçüncü bir kişiyle işlem yapıldığı takdirde bu kişinin iyiniyetli olmadığı sicil kaydı harici bir yolla ispatlanmazsa işlem şirket için bağlayıcı olacaktır.⁴⁵

1.3. Şekil

Bir kambiyo taahhüdü olan avalin şekli, özel olarak TTK m. 701'de düzenlenmektedir. Aval şerhi poliçe veya alonj üzerine yazılmalıdır ve senet imzalanmalıdır. Beyanın nüsha⁴⁶ veya suret⁴⁷ üzerinde bulunması da müm-

her ne kadar kefalet sözleşmesine benzese de aval kambiyo senetlerine özgü ayrı bir kişisel güvence çeşididir ve kefalet sözleşmesinden farklıdır. Ayrıca m. 462/1-5'de vasinin vesayet makamının izniyle kambiyo taahhüdünde bulunabileceği belirtilmiştir. Aval de bir kambiyo taahhüdü olduğundan vasinin vesayet altındaki kişi adına aval verebileceği kabul edilmelidir.

⁴⁴ Bu hususun şirketlerin hak ehliyetine mi, fiil ehliyetine mi yoksa organın temsil yetkisine mi dair olduğu doktrinde tartışmalıdır (Aksu, 2015, s. 45).

⁴⁵ Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 47.

⁴⁶ İpekçi / İlbuldu, 1999, s. 25; Karayalçın, 1970, s. 223.

⁴⁷ Karayalçın, 1970, s. 223; Poroy / Tekinalp, 2013, s. 209; İpekçi / İlbuldu, 1999, s. 25.

kündür. Aval beyanı şartsız olmalıdır aksi halde şart yazılmamış sayılır.⁴⁸ Ancak açıkça senet üzerinde belirtilmesi şartıyla kısmi aval mümkündür (m. 700/1).

Kural olarak aval, “aval içindir” veya bununla aynı anlamda başka bir ibareyle ifade edilir ve aval veren kişi tarafından imzalanır. Avali belirtmek için kullanılması zorunlu bir kavram bulunmamakta; “kefil olarak”⁴⁹, “garantileyen olarak”⁵⁰, “teminat olarak”⁵¹, “müşterek borçlu ve müteselsil kefil”⁵² vb. ibareler yeterli olabilmektedir.⁵³ Ancak Kanunda bu tarz ibarelerin kullanılmasına gerek olmaksızın aval verilebileceğine dair bir karine⁵⁴ öngörülmüştür. M. 701/3 uyarınca, muhatap veya düzenleyenin imzaları hariç poliçenin yüzüne atılan her imza aval sayılacaktır.⁵⁵ Aynı maddenin 4.

⁴⁸ Poroy / Tekinalp, 2013, s. 209.

⁴⁹ Tamer Bozkurt, Ticaret Hukuku, Kuram Kitap, Ankara, 2017, s. 469; Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, Ticaret Hukuku Bilgisi, 12. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa, 2017, s. 359; Ülgen ve diğ., 2014, s. 170; Kaçak, 2001, s. 407.

⁵⁰ İpekçi / İlbuldu, 1999, s. 26.

⁵¹ Öztan, 2017, s. 165; Kaçak, 2001, s. 407.

⁵² Ömer Teoman, Tüm Makalelerim, C. I-II, 2. Bası, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 423

⁵³ Bunlara ilaveten belirtilmelidir ki kimi durumlarda senet üzerinde “şahit” ibaresinin bulunduğu görülmektedir. Bu ibareyi yazan kişinin aval veren olarak nitelendirilememesi ve müracaat borçlusu olarak addedilememesi gerekmektedir (Aynı yönde bkz. Ali Bozer / Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 164).

⁵⁴ Karine, belli bir olaydan belli olmayan bir olay için sonuç çıkarılmasına imkân verir. Lehine karine olan taraf iddia ettiği hususu ispat etmek yükümünden kurtulur. Karineler, fiili karineler ve kanuni karineler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Fiili karineler hakimın belli olaydan belli olmayan olay için sonuç çıkarmasıyken, kanuni karineler bizzat kanunun belli bir olaydan belli olmayan bir olay için sonuç çıkarmasıdır. Kanuni karineler kesin kanuni karineler ve adi kanuni karineler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Adi kanuni karineler aksi ispat edilebilir karinelerken, kesin kanuni karinelerin aksi ispat edilemez (Detaylı bilgi için bkz. Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 25. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 358-359; Hakan Pekcanitez / Muhammet Özkes / Mine Akkan / Hülya Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku, C. II., 15. Bası, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1655-1659.).

⁵⁵ Uygulamada bir ticaret şirketinin temsilcisinin senetin ön yüzüne birden fazla imza attığı görülmektedir. Atılan ikinci imza aval olarak mı değerlendirilmelidir? Bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E. 2011/12-480 K. 2011/5998 T. 05.10.2011 kararına konu olmuştur. Bu kararda Yargıtay şirket yetkilisi tarafından da olsa senede atılan ikinci imzanın, şirket kaşesi olmadan atılması durumunda, burada keşideci sıfatının söz konusu olmayacağı ve bu

fıkrası uyarınca da avalin kim için verildiği belirtilmemişse düzenleyen için verildiği kabul edilir. Görüldüğü üzere maddenin 3. ve 4. fıkralarında kanuni karineler öngörülmüştür. Bu karinelerin adı kanuni karine mi yoksa kesin kanuni karine mi teşkil ettiği ise belirtilmemiştir. Kanaatimizce poliçenin ön yüzüne hiçbir şey belirtilmeksizin imza atılmışsa ve bu imza muhatap veya düzenleyene (örneğin birlikte düzenleme durumu yoksa) ait değilse bu imzanın aval için atıldığı kesin kanuni karine teşkil eder. Ayriyeten, verilen avalin kim için olduğu belirtilmemişse düzenleyen için verildiği kabulü de kesin kanuni karine teşkil eder. Bu karinelerin iyiniyetli hamil ve borçlu bakımından aksinin ispatının mümkün olmaması gerekmektedir. Nitekim kambiyo senetleri sıkı şekli şartlara tabi tutulmuştur ve kambiyo senedi üzerinde yer alan bir husus ayrı bir senetle ispat edilememelidir.⁵⁶

Kanun senedin ön yüzüne muhatap ve düzenleyenin imzaları hariç atılan her imzayı aval saymışken, senedin arkasına veya alonj üzerine atılan ve ciro zinciri dışında kalan sade imzanın ne olduğu konusunda sessiz kalmıştır.⁵⁷ Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş bu imzayı beyaz ciro olarak kabule imkân bulunmadığını ve bu imzanın atılmamış gibi

imzanın aval olarak kabul edileceği, bu imza sahibinin de borçtan şahsen sorumlu olacağını kabul etmiştir. Eğer senette atılan her iki imza da şirket kaşesi üzerine atılmışsa, burada artık aval olgusundan söz edilemez (Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi). Yine Yargıtay 12. HD., E. 2014/26264 K. 2015/355 T. 13.01.2015 kararında şu ifadelere yer verilmiştir: "...TTK.nun 776/1-g maddesi gereğince, takip konusu belgenin kambiyo vasfını taşıması için „senedi tanzim edenin imzasını“ ihtiva etmesi zorunludur. Anılan maddede sorumluluk için sadece imzadan söz edilmiş, birden fazla imzanın bulunması koşul olarak öngörülmemiştir. TTK. nun 778. maddesi göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanun'un 678.maddesi gereğince şirket yetkilisinin şirket kaşesi dışında senet üzerine atmış olduğu imza bizatihi kendisini sorumlu kılar. Yine TTK.nun 778.maddesi göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanun'un 701 ve 702. maddeleri gereğince, keşideci imzası dışında bononun ön yüzüne konulan her imza aval şerhi sayılır. Aval için sadece imza yeterli olup, ayrıca ad ve soyadın yazılması gerekli değildir. Senedin keşideci bölümünde şirket temsilcisinin elinden çıkmış iki imzanın bulunması halinde, imzalardan şirket kaşesi üzerine atılanın şirketi, açığa atılan diğer imzanın ise imza sahibinin şahsı adına atılmış olduğunun kabulü zorunludur. Zira, senetdeki borçtan sorumlu olmak için keşidecinin tek imzası yeterli olup, birden fazla imza atılmasına gerek bulunmamaktadır..." (Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi)

⁵⁶ Aynı yönde bkz. Aksu, 2015, s. 55-57; Öztan, 2017, s. 165.

⁵⁷ Atılan imza ciro zinciri içindeyse bunun beyaz ciro olduğu yönünde bir kuşku bulunmamaktadır.

olacağını savunmaktadır.⁵⁸ Farklı bir görüş ise bu imzayı beyaz ciro olarak kabul etmektedir. ÖZTAN'a göre senedin arkasına atılan her imza beyaz cirodur hiçbir zaman aval olarak kabul edilemez. Yazar buradaki cironun devir fonksiyonunun olmadığını sadece sorumluluk yarattığını yani bir garanti cirosu olduğunu belirtmektedir.⁵⁹ Ciranta, poliçe bedelini ödediği takdirde kendinden önceki sorumlulara başvurabilecektir.⁶⁰ Diğer bir görüşe göre ise, bu imza aval hükmündedir.⁶¹ Kanaatimizce kanunkoyucu istisnai olarak poliçenin sadece ön yüzüne atılan ve muhatap ya da düzenleyene ait olmayan imzaları aval beyanı içermemesine rağmen aval saymıştır. İstisnaların da dar yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla poliçenin arkasına veyahut alonj üzerine atılan aval beyanı içermeyen imzaların aval sayılmasını doğru bulmamaktayız. Bu imzanın garanti cirosu olarak da kabul edilemeyeceği düşünülmelidir. Zira kanunda garanti cirosu düzenlenmemiştir. Sadece hamiline yazılı çekler için cironun devir ve teminat fonksiyonlarının ayrılmasına izin verilmiştir. Bu da istisnai bir durumdur ve geniş yorumlanmamalıdır. Kanaatimizce bu imza birinci görüşte de belirtildiği üzere beyaz ciro olarak yorumlanmalı ve ciro zincirini bozmadığı kabul edilmelidir. Aksi durumda yani zinciri bozduğu varsayımında bu durum suiistimale açık hale gelecektir. Nitekim ne için atıldığı belli olmayan her imza, ciro zincirini bozacak ve hamilin meşru olmasını engelleyecektir.

TBK m. 603 hükmünün avalde uygulanması gerekip gerekmediği hususuna da değinmek gerekmektedir. TBK m. 603'e göre "Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır". Madde gerekçesinde bu hükmün sebebi şöyle açıklanmaktadır: "Tasarının tek fıkradan oluşan 603 üncü maddesinde, kefalet hükümlerinin uygulama alanının genişletilmesi düzenlenmektedir. Madde kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yap-

⁵⁸ Poroy / Tekinalp, 2013, s. 210.

⁵⁹ Garanti cirosu Alman hukukunda karşılaşılan bir kurumdur. Buna göre garanti cirosunda cironun devir ve teminat işlevleri ayrılmakta; ciro sadece teminat için yapılmaktadır. Zikredilmesi gereken TTK m. 791 hükmü gereğince hamiline çekte yapılan ciro sonucu çekin niteliği değişmemekte ve hamiline yazılı çek olmaya devam etmekte ancak ilgili ciro cirantayı sorumluluk altına sokmaktadır. Yani garanti cirosunda olduğu gibi senetteki hak devredilmemekte sadece garanti işlevi olmakta (bkz. Ülgen ve diğ., 2014, s. 167-168).

⁶⁰ Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 602-606.

⁶¹ Güral, 1951, s. 447-448.

tıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtmektedir. Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.” Bu madde ile birlikte kefalet sözleşmesine dair hükümlerin uygulama alanı genişlemiştir. Kanaatimizce, bu hüküm avale uygulanmamalıdır ve uygulanmama gerekliliğinin çeşitli gerekçeleri bulunmaktadır.

İlk olarak, yukarıda da belirtildiği üzere avalin tek taraflı bir hukuki işlem mi yoksa iki taraflı bir hukuki işlem mi olduğu hususunda doktrinde birlik bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce aval tek taraflı bir hukuki işlemdir. Nitekim geçerli bir avalin varlığından bahsedebilmek için aval veren iradesinin bulunması gerekli ve yeterlidir. Karşı tarafın, aval verilmesi yönünde bir iradesinin bulunmaması hatta aksi yönde bir iradesinin bulunması halinde dahi gerekli şartlar yerine getirildiyse verilen aval geçerlidir. Madde metninde kefaletle dair ilgili hükümlerin “sözleşmelere” uygulanacağı belirtildiğinden aval bu kapsama girmez.

Bununla birlikte 603. madde metninde ehliyet, şekil ve eşin rızasından bahsedilmektedir. Oysa TTK m. 701’de avalin şekli özel olarak düzenlenmiştir. Avalin şekline dair yukarıda anlatılanlar ve kefaletle karşılaştırılmasında şekil ile ilgili söylenen farklılıkların ışığında avale kefaletle dair şekli düzenlemelerin birbirinden farklı olduğu ve avale has bazı şekil şartlarının bulunduğu görülmektedir. Avalde şekle dair özel bir düzenleme olduğundan kefaletin şekli ile ilgili hükümlerin avale uygulanabilme olanağı bulunmaktadır.

Ehliyet açısından da şekil ile benzer sonuca ulaşılabacaktır. Çünkü TMK m. 449 uyarınca sınırlı ehliyetsizler ve onlar adına yasal temsilcileri kefalet sözleşmesi yapamazken; yasal temsilci vesayet makamının izniyle sınırlı ehliyetsiz adına aval verebilir hatta sınırlı ehliyetsiz yasal temsilcisinin rızasıyla kendi de aval verebilir.⁶²

Ayrıca TBK m. 603 hükmünün avale uygulanmaması gerekçelerinden diğeri de amaç ile ilgilidir. Özellikle eşin rızasına⁶³ dair hükmün avale uy-

⁶² Aksu, 2015, s. 110.

⁶³ Kefaletle eşin rızasının aranmasında, ailenin korunması amacı bulunmaktadır. Ancak kanunkoyucunun bu amacını, eş rızasını gerekli görmekle sağlamaya çalışmasının ne ölçüde doğru olduğu tartışmalıdır (Türker Yalçınduran, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve

gulanması kambiyo senetlerinin mantığı ile uyuşmamaktadır. TBK m. 603 gerekçesinde, kefaletle dair hükümlerden kurtulmak amacıyla yapılan diğer sözleşmelerden bahsedilmekte; oysa avalde ilgili hükümlerin uygulanmaması kanuni bir düzenlemeyi aşmak için değil realist bir bakış açısıyla ticari hayatın gereklerine uyum sağlamak amacıyla. Aval, kambiyo senetlerine tedavül kolaylığı sağlar ve kambiyo senetleri temel ilişkiden bağısız olduğundan hamilin görünüşe olan güveni artır. Ticaret hayatındaki sürat ve güven ihtiyacı ise bu alana özgü düzenlemeleri zorunlu kılar. Nitekim TBK m. 584/1 hükmünün ticari hayattaki olumsuz etkilerini gören kanunkoyucu 11.04.2013 tarihinde 6455 sayılı Kanunun 77. maddesi ile 3. bir fıkra eklemiştir.⁶⁴ Buna göre: *“Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.”*

Kefaletle eşin rızasına TBK m. 584’teki düzenlemenin yine TBK m. 603 hükmü gereğince avalde uygulanmasının gerekmediği yönünde 20.04.2018 günü oy çokluğuyla İçtihadı Birleştirme Kararı verilmiştir⁶⁵. Bu kararın ge-

Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu’nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, İÜHFM, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 479.).

⁶⁴ Pulaşlı, 2017, s. 195-196.

⁶⁵ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, K. 2018/5 E. 2017/4 T. 20.04.2018 (www.resmigazete.gov.tr). Benzer yönde bir HGK kararında TBK m. 603 düzenlemesinin karşılığının mehz İsviçre Borçlar Kanunu ve 818 sayılı Borçlar Kanununda bulunmadığını belirttikten sonra TTK’nun TBK’na göre özel kanun niteliğinde bulunduğunu ve ancak özel kanunda hüküm bulunmaması durumunda genel kanuna gidilebileceğini belirtilmiştir (Konuyla ilgili varılan sonuçtan ayrı olarak TTK’nun TBK’na göre özel kanun niteliğinde bulunup bulunmadığı tartışılabilir.). Bilahare avale ilişkin hükümlerin kendi içinde bir bütünlük teşkil ettiğini ve münhasıran kambiyo hukuku içinde düzenlendiğini bundan dolayı da özel nitelikte bir kişisel güvence türü olan aval bakımından genel nitelikte kefalet hükümlerine gidilmesine yasal olanak bulunmadığı söylenmiştir. Avalin bu özel niteliğinin

rekçesi olarak da çeşitli hususlara değinilmiştir. Bu gerekçeler şöyle belirtilmiştir.

Avale dair TTK m. 701’de özel şekil kuralları belirlenmiştir ve burada belirtilenlerden başka unsurların da senede derc edilmesi halinde aval şerhi şüphe uyandıracak ve bu tüm senedin güvenliğini etkileyecek ve senet tedavül kabiliyetini kaybedecektir. Ayrıca aval için eş rızası aranması ihtimalinde, aval verenin nüfus bilgilerinin ve medeni halinin de senede derc edilmesi ya da resmi kayıtların senede eklenmesi gerekir ki bu durum uygulama bakımından doğru ve işlevsel olmayacaktır. İlgili belgelerin eklenmesiyle senedin hacmi çok artacak ve bu durum, iş hayatını yavaşlatacaktır. Nitekim buna benzer sebeplerle 584. maddeye üçüncü fıkra eklenmiştir. Bu fıkra da avalin gösterilmemesi ise baştan beri avalde eş rızasının aranmadığının işaretidir. Ayrıca eş rızası aransa dahi bu rızanın ne surette senedin üzerine konulacağı da belli değildir. Rızası ön yüze konulan eşin kendisi m. 701/3 gereğince aval veren sayılabilecek, rıza senedin arkasına konulduğunda da ciro ile karıştırılabilecektir. Tüm bunlarla beraber kefaletle avale dair hükümlerin birbirleriyle kıyaslanması da normun koruma amacına uygun düşmez. Çünkü ilkinde kefil korunurken, ikincide hamil korunur.

2. AVALIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Avalin hüküm ve sonuçlarını, aval verenin hak ve sorumlulukları şeklinde iki başlık altında toplayıp; hak ve sorumluluklarının kime karşı olduğunu

ise kambiyo senetlerine duyulan güven ve bu senetlerin tedavül kabiliyetinden kaynaklandığını nitekim lehine aval verilenin sorumluluğu bulunmasa bile aval verenin sorumluluğunun devam ettiği de eklendikten sonra avalin madde gerekçesinde söz edilen kapsamda olmadığı zira gerekçede kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacından bahsedilmesine rağmen avalde bunun söz konusu olmadığı çünkü bu sahada kaçınılacak başka bir taahhüt türü bulunmadığını belirtilmiştir. Kaldı ki ticari hayattaki güven ihtiyacı ve sürat, ticari iş ve işlemlerin genel hükümlerden ayrı, özel kanuni şekil kurallarına bağlanmasını zorunlu kılmıştır. Kıymetli evrakın temel ilişkiden bağımsız olmasının sonuç doğurabilmesi de içerdiği hak ve sorumlulukların senet haricinde bir yere başvurulmaksızın herkesçe anlaşılabilmesi ile mümkün olmaktadır. İki kişi arasında düzenlenen bir sözleşmede kefilin evli olduğunun ve eşinin rızasının tespitinin kolay; kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti nedeniyle bir aval verenin evli olduğunun ve eşinin rızasının tespitinin araştırılmasının ise zor olduğunu ve bunun hamile kambiyo hukukuna yabancı bir yük getireceği belirtilmiştir. Tüm bunlardan dolayı gerçek kişilerce verilen avaller TBK m. 603 hükmüne tabi tutulmayacak dolayısıyla da avalde eşin rızasına ilişkin kefalet hükümleri uygulanmayacaktır. HGK., E. 2017/1135 K. 2017/1012 T. 24.5.2017 (Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi).

belirleyebilmek adına, hamile karşı olanlarla aval verilene karşı olanları sistematiksel bir şekilde inceleyeceğiz.

2.1. Aval verenin hakları

2.1.1. Hamile karşı hakları

Avalin asıl ilişkiden bağımsız olduğu yukarıda belirtilmişti. Dolayısıyla aval veren tıpkı garanti veren gibi lehine aval verdiği kişinin şahsi olarak sahip olduğu def'ileri⁶⁶ ileri süremez. Aval verenin ileri sürebileceği def'ileri iki kategoriye ayırmak mümkündür:

⁶⁶ Ticaret Kanunundaki def'i kavramı teknik anlamda def'i olarak kullanılmamış ve hem def'ileri hem de itirazları bünyesinde barındıran bir üst kavram olarak kullanılmıştır. Bundan dolayı herhangi bir itiraz dava dosyasından anlaşılıyorsa taraflar ileri sürmese dahi hakim tarafından re'sen değerlendirilecek ve savunmayı genişletme yasağına tabi olmadan davanın her aşamasında ileri sürülebilecektir.

Kıymetli evrakta def'iler hususu şu şekilde özetlenebilir. Nama yazılı senetlerde borçlu devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu def'ileri devralana karşı da ileri sürebilir. Emre yazılı senetlerde def'iler TTK m. 825'te düzenlenmiştir. M. 825/1 hükmü uyarınca emre yazılı senetlerden doğan alacaklara karşı ancak senedin geçersizliğine ilişkin, senet metninden anlaşılan def'iler ve alacaklı her kim ise borçlunun ona karşı şahsen haiz bulunduğu def'iler ileri sürülebilir. Bu def'iler genel olarak herkese karşı ileri sürülebilen def'iler yani "mutlak def'iler" ve sadece alacaklıya karşı ileri sürülebilen def'iler yani "nispi def'iler" olarak iki alt başlık altında toplanabilir. Senet metninden anlaşılan def'iler ve senedin geçersizliğine ilişkin def'iler mutlak def'ileri oluştururken; nispi def'iler de kişisel def'iler ve kişisel olmayan nispi def'iler olarak ikiye ayrılmaktadır. Senet metninden anlaşılan def'iler kural olarak senedin ön/arka yüzünde veya alonj üzerinde bulunması gereken bir kaydın bulunmaması, bulunmaması gereken bir kaydın bulunması veya kaydın içeriğinden kaynaklanıp herkes tarafından herkese karşı ileri sürülebilecek def'ilerdir. Senedin geçersizliğine ilişkin def'iler geçersizlik def'i şahsında doğan kişi tarafından herkese karşı ileri sürülebilir. Nispi def'iler taraflar arasındaki herhangi bir ilişkiden doğmuş olup olmamalarına göre kişisel def'iler ve kişisel olmayan nispi def'iler olarak ikiye ayrılır. Kişisel def'iler taraflar arasındaki bir hukuki ilişkiden doğmak-tayken; kişisel olmayan nispi def'ilerde taraflar arasında hukuki bir ilişki olmamasına rağmen def'i imkânı bulunmaktadır. Kişisel def'ilerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde senedi devralanların bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olması gerekirken, kişisel olmayan nispi def'ilerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmeleri için bu kişilerin senedi kötü niyetle iktisap etmiş olmaları veya iktisaplarında ağır kusurlu bulunmaları gerekmektedir. Emre yazılı senetler için yukarıda anlatılan hususlar hamiline yazılı senetler için de geçerlidir. Ancak hamiline yazılı senetlerde emre yazılı senetlerden farklı olan birkaç husus bulunmaktadır. TTK m. 659/3 hükmü uyarınca senedin borçlunun rızası hilafına tedavüle çıkarıldığına dair bir def'i ileri sürülemez. Ayrıca TMK m. 990'da zilyedin iradesi dışında elinden çıkmış olsa bile para ve hamiline yazılı senetleri iyiniyetle edinmiş olan kişilere karşı taşınır davası açamayacağı düzenlenmiştir (Ülgen ve diğ., 2014, s. 60/64 vd./76). Biz de aval verenin ileri sürebileceği def'ileri bu sınıflamayı esas alarak yaptık.

- Teminat altına alınan borcun şekli bir noksandan batıl olmasına ilişkin def'iler,
- Aval verenin şahsında doğan def'iler.

Aval verenin teminat altına aldığı borç şekle ait bir noksandan dolayı batılsa aval veren TTK m. 702/2 gereği bunu ileri sürebilir. Örneğin aval verenin lehine aval verdiği kişinin kısmi ciro yapmış olması veya sorumsuzluk kaydı koymuş olması durumlarında, aval verenin hamile karşı bu durumları ileri sürebilme hakkı bulunmaktadır. Aval veren, herkes gibi senet metninden anlaşılan mutlak def'ilerin hepsini hamile karşı ileri sürebilecektir. Ancak lehine aval verilen kişinin ehliyetsiz olması nedeniyle taahhüdünün hükümsüz olması durumunda, kişi bundan kaynaklı hükümsüzlük def'ine sahipse veya hamile karşı nispi bir def'ie sahipse aval veren bu def'ilere dayanamayacaktır. Buna mukabil aval verenin taahhüdünün hükümsüz olması veya hamile karşı nispi bir def'ie sahip olması durumlarında bu def'ileri ileri sürebilecektir. Örneğin aval veren, ehliyetsiz olduğu için verdiği aval beyanıyla bağlı olmadığına dair bir def'i ileri sürebilecektir.

Def'i hakkından başka, poliçenin kabul edilmemesi veya ödenmemesi durumlarında çekilen kabul etmeme ve ödememe protestolarının, aval verene de ihbar edilmesi gerekmektedir.⁶⁷ Ayrıca aval veren kişinin poliçeyi kabul edecek veya ödeyecek bir kişiyi göstermesi veya senede “*masrafsız*” kaydı koyması da mümkündür.⁶⁸

2.1.2. Aval verilene karşı hakları

Aval verenin lehine aval verilen kişiye karşı sahip olduğu hakları genel olarak senet bedelini ödemesi durumunda rücu hakkı ve aralarındaki iç ilişkiden doğan istem hakları olarak ikiye ayırıp inceleyebiliriz.⁶⁹

Aval veren poliçe bedelini ödediği takdirde kefalette olduğu gibi lehine güvence verilen kişinin haklarına halef olmaz, bilakis kanun gereği bağımsız bir rücu hakkı elde eder. Rücu hakkı kapsamında da lehine aval verdiği kişiye ve bu kişinin senet gereğince sorumlu olduğu kişilere karşı ödediği

⁶⁷ Coşkun, 2016, s. 207.

⁶⁸ Çeker, 2014, s. 503.

⁶⁹ İpekçi / İlbuldu, 1999, s. 37.

bedelin iadesinin talep edebilir.⁷⁰ Bu kapsamda aval veren senette ismi kendinden sonra gelenlere gidemez (aval verenin bedeli ödemesiyle borç onlar için de sona erer) lehine aval verilen kişiden başka sadece ismi kendinden önce gelenlere rücu hakkına sahip olur.⁷¹

Bir kimsenin başka bir kimse lehine aval vererek bir borcu güvence altına alması durumunda ortada kredi, hizmet, vekalet gibi hukuki ilişkiler olabilir.⁷² Borcu ödemek zorunda kalan aval verenin gereksinim durumunda bu hukuki ilişkilere dayanması da imkân dahilindedir.⁷³

2.2. Aval verenin sorumlulukları

Aval verenin sorumluluklarını da tıpkı haklarında olduğu gibi hamile karşı olanlarla lehine aval verilene karşı olanları ayrı ayrı değerlendireceğiz.

2.2.1. Hamile karşı sorumlulukları

Aval verenin sorumluluğu senede imza attığı andan itibaren başlamaktadır.⁷⁴ Aval veren kambyo senedinde imzası bulunan diğer borçlular gibi meşru hamile karşı senet bedelinin ödenmesinden aslen ve müteselsilen sorumludur. Meşru hamil, lehine aval verilen kişiye gitmeden, aval verenden talepte bulunabilecektir.⁷⁵ Başvuru hakkının doğması için gereklilikleri yerine getiren hamil, aval verene de başvurabilecektir.⁷⁶ Aval verenin, hamile

⁷⁰ Senet bedelini ödeyen aval verenin kendisinden önce gelenlerden talep edebileceği kalemler için bkz. TTK m. 726.

⁷¹ Bu kişilerin sorumsuzluk kaydı koyması gibi ayrık durumlar saklıdır.

⁷² İpekçi / İlbuldu, 1999, s. 40.

⁷³ İpekçi / İlbuldu, 1999, s. 40.

⁷⁴ Bilgili / Demirkapı, 2017a, s. 105.

⁷⁵ Bahtiyar, 2017, s. 87.

⁷⁶ Aval veren kimin lehine aval vermişse aynen onun gibi sorumlu olur. Bu durumda kural olarak başvuru borçlularına gidebilmek amacıyla senedin zamanında (belirli bir günde, düzenleme gününden ya da görüldükten belli bir süre sonra ödenecek poliçelerde ödeme gününde veya onu izleyen iki iş günü içerisinde; görüldüğünde vadeli poliçelerde ise düzenleme tarihinden itibaren bir yıl içerisinde) asıl borçluya ibraz edilmesi ve ödememe durumunda protesto çekilmesi gerekmektedir. Bu durumda hamil başvuru borçlularına müracaat hakkı kazanmaktadır (zamanaşımı süresi boyunca protesto çekilmeden de asıl borçluya gidebilmektedir). Başvuru borçluları asıl borçlu dışında kalan kişilerdir. Asıl borçlu olan bonoda düzenleyen poliçede ise kabul eden muhatabın avalisti de kural olarak başvuru borçlusudur. Asıl borçlunun avalistinin sorumluluğu da kanunda öngörüldüğü üzere aynen asıl

karşı olan sorumluluğu lehine aval verdiği kişinin sorumluluğu gibidir. Bir başka ifadeyle, lehine aval verilen kişi ile aval verenin sorumluluklarının koşulları ve derecesi aynıdır.⁷⁷ Lehine aval verilen, poliçedeki bedelin tamamından sorumlu değilse aval veren de bedelin tamamından sorumlu olmaz. Ancak aval veren, kısmi aval vermişse bu durumda sorumluluğu lehine aval verilen kişiden farklı olarak poliçedeki borcun tamamı için değil sadece teminat altına aldığı kısım kadardır.⁷⁸ Aval verenin borcunun kapsamı TTK m. 725 ve 726 hükümlerine göre tayin edilir.

Aval verenin borcu şekli noksan harici bir sebeple batıl olsa da aval verenin borcu devam eder. Ancak lehine aval verilen kişinin borcu zamanaşımına uğramışsa aval verenin borcu da zamanaşımına uğrar.⁷⁹

Aval veren kabul etmeme halinde de tıpkı poliçe bedelinin ödenmemesi

borçlu gibidir. Peki bu hükümden asıl borçlunun avalistine gidebilmek için protesto çekilmesi gerekmeyişi sonucu çıkabilir mi? Doktrinde bu hususta iki görüş bulunmaktadır. Bir görüş avalistin sorumluluğunun tıpkı asıl borçlununki gibi olacağından nasıl asıl borçlu için protesto çekmek gerekmiyorsa avalisti için de protesto çekmenin gerekmediğini belirtmektedir (bkz. Ülgen ve diğ., 2014, s. 172; Öztan, 2017, s. 173). Diğer bir görüşe göre ise asıl borçlunun avalistine gidebilmek için ödememe halinde protesto çekilmesi gerekmektedir zira aval veren her halükârda bir başvuru borçlusudur (Aksu, 2015, s. 131). Kanaatimizce bir kambiyo senedinde asıl borçlu dışındaki herkes başvuru borçlusudur. Bonoda asıl borçlu düzenleyen, poliçede kabul eden muhatap iken çekte asıl borçlu bulunmamaktadır. Bundan dolayı asıl borçlu lehine aval veren kişi de bir başvuru borçlusudur. Ancak kanundaki açık hüküm gereğince (kim lehine aval verdiyse onun gibi sorumlu olacağı) bu kişilere gidebilmek için protesto çekilmesi gerekmemektedir. Kural olarak protesto çekilesi başvuru borçlularına gidebilmek için şekli bir zorunlu şart olsa da kanundaki ifade dolayısıyla bu durumda açık bir istisna bulunmaktadır. Ancak bu durum başlı başına avalisti asıl borçlu haline de getirmemektedir.

⁷⁷ İpekçi / İlbuldu, 1999, s. 41.

⁷⁸ Pulaşlı, 2017, s. 202-203.

⁷⁹ Coşkun, 2016, s. 263. Poliçeyi kabul edene karşı ileri sürülecek poliçeden doğan istemler, vadenin geldiği tarihten itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Hamilin, cirantalarla düzenleyene karşı ileri süreceği istemler, bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Bu süre, vaktinde çekilen protesto tarihinden veya senette “gidersiz iade olunacaktır” kaydı varsa vadenin dolduğu tarihten itibaren başlar. Bir cirantanın başka cirantalarla düzenleyen aleyhine ileri süreceği istemler, cirantanın poliçeyi ödediği veya poliçenin dava yolu ile kendisine karşı ileri sürüldüğü tarihten itibaren altı ay geçmekle zamanaşımına uğrar. Bu sürelerin aynısı TTK m. 778/1-h hükmü gereği bonoda da uygulanır. Çekte ise hamilin, cirantalarla düzenleyene ve diğer çek borçlularına karşı sahip olduğu başvurma hakları, ibraz süresinin bitiminden itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Çek borçlularından birinin diğerine karşı sahip olduğu başvurma hakları, bu çek borçlusunun çeki ödediği veya çekin dava yolu ile kendisine karşı ileri sürüldüğü tarihten itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

gibi sorumlu olmaya devam eder. Ancak lehine aval verdiği kişi kabul etmemeden sorumlu olmayacağını belirtmişse bu durumda aval veren de kabul etmemeden sorumlu olmaz.⁸⁰

2.2.2. Aval verilene karşı sorumlulukları

Aval veren kişi meşru hamile borcu öderken senet metninden anlaşılan (senedin vadesinin gelip gelmediği, zamanaşımı durumu, belli bir tutarın ödenmesi, senedin şekli öğelerinin bulunup bulunmadığı gibi hususlar) def'ileri ileri sürmek zorunda olup aksi halde lehine aval verdiği kişinin uğradığı zarar ölçüsünde rücu hakkını kaybedecektir.⁸¹

Aval veren kişi, senedi tamamen ödemesi halinde hamilin imzası ile onaylı bir ibra şerhini içeren senedi hamilden geri alıp müracaat edeceği kimseye tevdi etmek; kısmen ödemesi halinde ise ödediği miktarı senede yazdırıp imzalatmak ve bu tutar için bir makbuz istemek zorundadır.⁸²

3. AVALİN SONA ERMESİ

Aval aşağıda öngörülen durumlardan birinin gerçekleşmesi durumunda sona erer:

- Poliçede kabul eden muhatap, bonoda ise düzenleyen borcu tamamen öderse (bu durumda tüm senet borçluları için borç sona erer).
- Hamilin başvuru hakkını kaybetmesi durumunda aval verenin borcu da sona erer (asıl borçlu lehine aval verene gidebilmek için protesto çekmek gerekmez).
- Poliçe zayi olduğu durumda aval verenin borcu sona erer. İptal kararı alınmışsa, bu ancak asıl borçlu ve onun lehine aval veren bakımından hüküm doğurur.⁸³

SONUÇ

Aval, bir kambiyo senedinin bedelinin ödenmesi için verilen kişisel güvencedir. Aval veren kişi diğer senet borçlularıyla birlikte aslen ve mütesel-

⁸⁰ Poroy / Tekinalp, 2013, s. 212.

⁸¹ İpekçi / İlbuldu, 1999, s. 43 vd.

⁸² İpekçi / İlbuldu, 1999, s. 46.

⁸³ Bahtiyar, 2017, s. 88.

silen sorumlu olmakta bu sayede senedin güvenilirliği artmakta ve tedavülü kolaylaşmaktadır.

Her hukuki işlemin bir sebebi bulunmaktadır. Tıpkı tasarruf işlemleri gibi borçlandırıcı işlemler de sebebe bağlıdır ve bir kimsenin başka bir kimseye alacak hakkı kazandırmasının bir sebebi vardır. Bu sebep borçlandırıcı işlemde gösterilmiyorsa soyutluktan, gösteriliyorsa illikten söz edilir. Avalin soyut olduğu kabul edilmektedir yani borçlandırıcı işlemin hukuki sebebi senette gösterilmez, hatta sebebin senette gösterilmesi halinde senet geçersiz olur. Aval aynı zamanda bağımsız bir işlemdir. Zira aval verenin teminat altına aldığı borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa da taahhüdü geçerlidir.

Avalin tek taraflı bir hukuki işlem mi yoksa iki taraflı bir hukuki işlem mi olduğu noktasında doktrinde birlik bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüş avalin iki taraflı hukuki işlem olduğunu kabul etmektedir. Taraftarı olduğumuz diğer bir görüşe göre ise aval tek taraflı bir hukuki işlemdir. Nitekim geçerli bir avalden bahsedebilmek için aval verenin iradesi yeterlidir. Hatta karşı tarafın iradesi aksi yönde olsa bile aval veren kanunen geçerli bir aval beyanında bulunup senedi imzalarsa, bu aval geçerli olur.

Aval kurumunun kefalet sözleşmesi, garanti sözleşmesi, borca katılma ve müteselsil borçluluk kurumlarıyla bazı benzer ve farklı yönleri bulunmaktadır. Kanaatimizce bu kurumlar içerisinde aval en fazla garanti sözleşmesiyle benzerlik arz etmektedir. Çünkü garanti sözleşmesi de aval de asıl borçtan bağımsız hukuki işlemlerdir.

Geçerli bir aval işleminin varlığından söz edebilmek için gerekli ehliyet ve şekil koşulu sağlanmalı ve geçerli bir hukuki taahhüt bulunmalıdır. Ehliyet noktasında gerçek kişilerin ehliyetleri açısından yaklaşıldığında; tam ehliyetliler herhangi bir sınır olmaksızın aval verebilir, sınırlı ehliyetlilerin bir kambiyo taahhüdü olan aval kurumuna kendileri aleyhine başvurabilmeleri için TMK m. 429 uyarınca yasal danışmanlarının görüşünü almaları gerekmektedir, tam ehliyetsizler adına vasileri TMK m. 462/1-5 uyarınca vesayet makamının izni ile aval verebilir, sınırlı ehliyetsizlerde ise yasal temsilcilerinin vasi olması durumunda aynı hüküm uyarınca vesayet makamının izni gerekirken, veli olması durumunda velinin rızası yeterlidir. Tüzel kişilerin ehliyetleri açısından yaklaşıldığında ise, TMK m. 48 gereği tüzel kişiler in-

sana özgü olanlar dışındaki hak ve borçlara ehil olabilirler. TTK'nun 125. maddesi, ticaret şirketlerinin hak ehliyetini işletme mevzuu ile sınırlamamış ancak bu maddenin şirket temsilcisinin temsil yetkisine bir sınırlandırma teşkil ettiği söylenebilir. Buna göre bu sınırlama aşılarak üçüncü bir kişiyle işlem yapıldığı takdirde bu kişinin iyiniyetli olmadığı sicil kaydı harici bir yolla ispatlanmazsa işlem şirket için bağlayıcı olacaktır.

Avalin şekli TTK m. 701'de düzenlenmektedir. Aval şerhi, poliçe veya alonj üzerine yazılmalıdır ve senet imzalanmalıdır. Kural olarak aval, “*aval içindir*” veya bununla aynı anlamda başka bir ibareyle ifade edilir ve aval veren kişi tarafından imzalanır. Aval beyanı şartsız olmalıdır aksi halde şart yazılmamış sayılır.

M. 701/3 uyarınca muhatap veya düzenleyenin imzaları hariç, poliçenin yüzüne atılan her imza aval sayılacaktır. Aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca da avalin kim için verildiği belirtilmemişse düzenleyen için verildiği kabul edilir. Kanaatimizce, belirtilen her iki hal de kesin kanuni karine teşkil eder. Kanun senedin arkasına veya alonj üzerine atılan ve ciro zinciri dışında kalan sade imzanın ne olduğu konusunda sessiz kalmıştır. Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce bu imza beyaz ciro olarak yorumlanmalı ve ciro zincirini bozmadığı kabul edilmelidir.

TBK m. 603'ün avalde uygulanıp uygulanmayacağı da doktrinde tartışmalı bir meseledir. Yargıtay kararlarında bu hükmün avalde uygulanmayacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce de bu hüküm aval kurumunun mantığıyla bağdaşmamaktadır ve avalde uygulama alanı bulamamalıdır.

Aval veren lehine aval verdiği kişinin şahsi olarak sahip olduğu def'ileri ileri süremez. Aval veren, ancak teminat altına alınan borcun şekli bir noksandan batıl olmasına ilişkin def'ileri ve kendi şahsında doğan def'iler ileri sürebilir. Ayrıca aval veren poliçe bedelini ödemediği takdirde kefalette olduğu gibi lehine güvence verilen kişinin haklarına halef olmaz bilakis kanun gereği bağımsız bir rücu hakkı elde eder. Diğer taraftan aval veren kişi, senedi tamamen ödemesi halinde hamilin imzası ile onaylı bir ibra şerhini içeren senedi hamilden geri alıp müracaat edeceği kimseye tevdi etmek; kısmen ödemesi halinde ise ödemediği miktarı senede yazdırıp imzalatmak ve bu tutar için bir makbuz istemek zorundadır.

Aval verenin borcu asıl borçlunun senetten doğan borcu ödemesi, hamilin başvuru hakkını kaybetmesi ve poliçe zayi olması durumlarında sona erer.

KISALTMALAR LİSTESİ

AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	:bakınız
C.	:Cilt
diğ.	:diğerleri
E.	:Esas
ETTK	:Eski Türk Ticaret Kanunu
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
İBK	:İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:Karar
KEH	:Kıymetli Evrak Hukuku
m.	:madde
s.	:sayfa
T.	:Tarih
TBK	:Türk Borçlar Kanunu
TMK	:Türk Medeni Kanunu
TTK	:Türk Ticaret Kanunu
vb.	:ve benzeri
vd.	:ve devamı

KAYNAKÇA

- AKSU, Raziye, **Aval Kurumu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- ANTALYA, O. Gökhan / TOPUZ, Murat, **Medeni Hukuk**, 2. Baskıya Ek 1. Tıpkı Basım, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ARSLANLI, Halil, **Ticari Senetler Dersleri**, 3. Bası, Üniversite Kitabevi, İstanbul, 1954.
- AYAN, Mehmet / AYAN, Nurşen, **Kişiler Hukuku**, 6. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2014.
- AYAN, Mehmet, **Eşya Hukuku II**, 7. Bası, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2014.
- AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin, **Eşya Hukuku**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- BAHTİYAR, Mehmet, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- BİLGİN, Mahmut, **Kefalet**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 7. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa, 2017.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan, **Ticaret Hukuku Bilgisi**, 12. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa, 2017.
- BOZER, Ali / GÖLE, Celal, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017.
- BOZKURT, Tamer, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- BOZKURT, Tamer, **Ticaret Hukuku**, Kuram Kitap, Ankara, 2017.
- COŞKUN, Mahmut, **Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ÇEKER, Mustafa, **Ticaret Hukuku**, 8. Bası, Karahan Kitabevi, Adana, 2014.
- DENEL, Abdi, **Kara Ticareti Hukuku**, Devlet Basımevi, İstanbul, 1938.
- DİKİCİ, M. Fatih, **Ticaret Hukuku 2**, 5. Baskı, Agon Yayıncılık, Ankara, 2008.
- DURAL, Mustafa / SARI, Suat, **Türk Özel Hukuku**, C. I, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Taşınır Mülkiyeti**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ERMAN, Hasan, **Medeni Hukuk Dersleri**, 6. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2016.
- GÜRAL, Jale, “Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler”, **AÜHFD**, C.VIII, S. 3-4, 1951, s. 432-478.
- HATEMİ, Hüseyin, **Medeni Hukuk’a Giriş**, 8. Bası, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- İMREGÜN, Oğuz, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.
- İPEKÇİ, Nizam / İLBULDU, Nedret, **Türk Ticaret Yasasında Aval**, İpekçi Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- KAÇAK, Nazif, **İçtihatlarla Bono**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.
- KAHRAMAN, Zafer, **Saf Garanti Taahhütleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- KARAYALÇIN, Yaşar, **Ticaret Hukuku (III. Ticari Senetler)**, 4. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- KAYAR, İsmail, **Ticaret Hukuku**, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- KUNTALP, Erden, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, **Reha Poroy’a Armağan**, İÜHF, İstanbul, 1995, s. 263-299.
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 25. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

- ÖZEN, Burak, **Kefalet Sözleşmesi**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- ÖZTAN, Bilge, **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, 41. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- ÖZTAN, Bilge, **Şahsın Hukuku (Hakiki Şahıslar)**, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997.
- ÖZTAN, Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- ÖZTAN, Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997.
- PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / Akkan, Mine / Taş Korkmaz, Hülya, **Medeni Usul Hukuku**, C. II., 15. Bası, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- PULAŞLI, Hasan, **Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları**, 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- SEROZAN, Rona, **Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku)**, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- STEEFEL, Ernest C., **Trading Under The Laws of Germany**, German American Trade Promotion Office, 1955.
- ŞEKER, Muzaffer, **Kefalet ve Avalde Eşin Rızası**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ŞİMŞEK, Edip, **Ticari Senetler**, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1969.
- TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- TEKİL, Fahiman, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1994.
- TEKİNALP, Ünal / MERTOL DİĞİLİ, Mehtap, **Commercial And Economic Law in Turkey**, Wolters Kluwer, 2016.
- TEOMAN, Ömer, **Tüm Makalelerim**, C. I-II, 2. Bası, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 9. Bası, 12. Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- YALÇINDURAN, Türker, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın

Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu’nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, **İÜHFM**, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 461-486.

YAVUZ, Cevdet / ÖZEN, Burak / ACAR, Faruk, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

YAVUZ, Nihat, **Öğreti ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

YILDIZ, Hüseyin, **Medeni Hukukun Temel İlkeleri**, 2. Bası, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2009.

ZEVKLİLER, Aydın / HAVUTÇU, Ayşe / ERTAŞ, Şeref / GÜRPINAR, Damla, **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

Çevrimiçi Kaynaklar

Lexpera-Hukuk Bilgi Sistemi, www.lexpera.com.tr (5.05.2018)

Resmi Gazete, www.resmigazete.gov.tr (16.10.2018)

Şirketler Topluluğunda Hâkim Şirket Pay Sahiplerinin Bağlı Şirketler Hakkında Bilgi Alma Hakkı

Av. Ali Ergin ÇELEBİ*

Öz: Anonim şirket pay sahiplerinin şirketin işleri hakkında bilgi sahibi olmasının gerektiği yaygın olarak kabul edilmektedir. Eğer bu anonim şirket şirketler topluluğunda hâkim şirket konumunda ise, pay sahipleri yalnızca hâkim şirketin işlerine değil aynı zamanda bağlı şirketlerin işlerine de odaklanacaktır. Bağlı şirketler hâkim şirketin kontrolü altında olduklarından, pay sahipleri hâkim şirketin yönetim kurulundan bağlı şirketin işleri ile ilgili bilgi talep edebilirler. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 200'ncü maddesi ile hâkim şirket pay sahiplerinin bağlı şirketler hakkında bilgi alma hakkı yasal olarak düzenlenmektedir. Bunun yanı sıra, anonim şirketlerde pay sahiplerinin bilgi alma hakkını düzenleyen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 437'nci maddesi de yürürlüktedir. Bu kapsamda, bu iki hüküm arasındaki karşılıklı ilişki irdelenmelidir.

Anahtar Kelimeler: Şirketler topluluğu, Pay sahibi, Bilgi Alma Hakkı, İnceleme Hakkı, Hukuk davası.

Right to Obtain Information of Parent Company's Shareholders Regarding Subsidiaries in the Group of Companies

Abstract: It is widely acknowledged that shareholders of a joint stock company should have the right to obtain information regarding company's operations. If the joint stock company is the parent company of a group of companies, the shareholders would not only focus on the company's own operations, but also those of the subsidiaries' operations. As the subsidiaries are under the control of the parent company, the shareholders may request information from the parent company's board of directors regarding the

* Makale gönderim tarihi: 11.03.2018. Makale kabul tarihi: 30.11.2018
İstanbul Barosu (ORCID kimlik no: 0000-0001-8734-8170); celebialiergin@gmail.com

subsidiaries' operations. The Article 200 of the Turkish Commercial Code number 6102 regulates the right to obtain information of parent company's shareholders regarding subsidiaries. Besides, there is a general provision, Article 437 of the Turkish Commercial Code number 6102, which regulates the shareholders' right to obtain information in joint stock companies. Thus, the interrelation between the two provisions should be evaluated.

Keywords: Group of Companies, Shareholder, Right to obtain information, Right to inspection, Civil action.

GİRİŞ

1. KONUNUN TANITILMASI

Küreselleşen dünyada şirketlerin birbirinden bağımsız hareket ettiği düşüncesi şirketler topluluğunu oluşturan şirketler açısından artık yıkılmak üzeredir¹. Bu kapsamda farklı hukuk sistemleri, yaptıkları yasal düzenlemelerle şirketler topluluğu olgusuna ilişkin farklı içerikte düzenlemeler getirmişlerdir². Türk hukukunda da şirketler hukuku düzenlemelerine ilişkin yapılan revizyonla, şirketler topluluğu hükümleri 6102 sayılı Türk Ticaret

¹ Öztek, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("ETTK") (Resmi Gazete ("RG") 09.07.1956 – 9353 (Mülga Kanun) dönemi için, ekonomik gerçekler bir şirketin diğer bir şirkete tabi olduğu halde şirketin bağımsızlığı varsayımından hareket eden hukukun bu bağımlılığı görmezden geldiğini ileri sürmüştür (ÖZTEK Selçuk, "Şirketler Gruplarında Yavru Şirketlerdeki Azınlık Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 363/İsviçre Borçlar Kanunu m. 697 Çerçevesinde Bilgi Alma Hakkı", Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 323). Ayrıca bkz. KAYA Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001, s. 242, ("Bilgi Alma Hakkı"). "Sermaye şirketleri, özellikle anonim şirketler hukuku, uzun yıllardan beri ekonomik yaşam gerçeğine yabancı bir hukukî varsayımda ısrar etmektedir. Bu varsayımın veya başka bir deyişle temel hipotezin yanlışlığı gün geçtikçe daha da belirgin hâle gelmektedir. Bu hipotez, bir şirketler topluluğu içinde yer alsa, bağlı şirket konumunda bulunsun bile bir şirketin, dolayısıyla bir sermaye şirketinin bağımsız olduğudur. Bir şirket başka bir şirketin hakimiyeti altında bulunsun, onun belirlediği politikalar kendi menfaatine uymasa bile uygulamak zorunda kalsın, hakim şirketin talimatlarını aynen yerine getirmeye fiilen zorunlu olsa, bu talimatların yerine getirilmesi kendisine kayıp verse bile bağımsızdır, serbest iradesini kullanır demek gerçeği görmezlikten gelmektir. Bu varsayım gerçeğe gözün kapatılması, yöneticilere, azlığa ve küçük pay sahiplerine haksızlıklar yapılması anlamına gelmektedir [...]" (TTK gerekçesi - TTK m. 195 ila 209'ncü maddelerle ilgili genel açıklamalar).

² Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. OKUTAN NILSSON Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 25 vd.

Kanunu (“TTK”)³ içerisinde kendilerine yer bulmuşlardır. TTK’nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri içerisinde m. 200 ile hâkim şirketin pay sahiplerine bağlı şirketler hakkında bilgi alma hakkı veren bir düzenlemeye de yer verilmiştir⁴. TTK’nın 437’nci maddesinde ise anonim şirket pay sahiplerinin bilgi alma hakkına ilişkin genel bir düzenleme yer almaktadır. TTK m. 437 f. 2’de, “[...] *Bilgi verme yükümü, 200 üncü madde çerçevesinde şirketin bağlı şirketlerini de kapsar [...]*” şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Okutan Nilsson, pay sahibinin bağlı şirketlerin finansal durumları ve topluluk içi ilişkiler ve topluluk içi işlemlerin sonuçları hakkındaki bilgi alma taleplerinin şirket türüne göre pay sahibinin bilgi alma hakkını düzenleyen hükümlerle birlikte yorumlanması gerektiğini, TTK m. 437 f. 2’de bilgi verme yükümünün TTK m. 200 çerçevesinde bağlı şirketleri de kapsadığının belirtilerek bağlı şirketlerle ilgili bilgi alma hakkının pay sahibinin bilgi alma hakkının bir parçası ve aynı ilkelere tabi olacağının ortaya koyulduğunu ifade etmektedir⁵. Bu kapsamda 437’nci madde ile birlikte yürürlükte bulunan 200’ncü maddenin işlevselliğinin sorgulanması gerekmektedir⁶. İşte bu çalışmanın amacını da, hâkim şirketin pay sahiplerinin bağlı şirketler hakkında bilgi alma hakkının TTK kapsamındaki esaslarını irdelemek oluşturmaktadır⁷.

2. SINIRLAMALAR

TTK m. 199 f. 4 kapsamında, eğer hâkim şirket tarafından; bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile üç aylık hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı

³ RG 14.2.2011 – 27846.

⁴ Göktürk, şirketler topluluğu içerisinde pay sahibinin faaliyetler hakkında bilgi edinmesini sağlayacak araçlara yer verilmesinin bir zorunluluk olarak ortaya çıktığını ifade etmektedir (GÖKTÜRK Kürşat, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 37).

⁵ Okutan Nilsson, s. 536. ETTK döneminde Kaya, hâkim şirket pay sahibinin bağlı şirketlerle ilişkileri hakkında bilgi almasının koşullarının ETTK m. 362 ve 363 kapsamında belirleneceğini ifade etmiştir (Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 245-246).

⁶ TTK m. 200’de düzenlenen hâkim şirket pay sahibinin bilgi alma hakkının TTK m. 437’de düzenlenen genel bilgi alma hakkının özel bir şekli olduğu yönünde bkz. AKIN İrfan, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 160.

⁷ Hâkim şirket ve bağlı şirket kavramları hakkında bilgi için bkz. Okutan Nilsson, s. 67-70; Akın, s. 44-53.

şirketlerin pay sahipleri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri; yaptıkları işlemler ve bunların sonuç ve etkileri hakkında bir hâkimiyet raporu⁸ hazırlanır, hâkim şirketin yönetim kurulu üyeleri bu raporun sonuç kısmının yıllık faaliyet raporu ile denetleme raporuna eklenmesini talep edebilirler. TTK m. 437 kapsamında pay sahibi, talebi olmaksızın bazı bilgileri edinme olanağına sahip olacaktır. Bu husus TTK m. 437 f. 1’de, “*Finansal tablolar, konsolide finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, denetleme raporları ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi, genel kurulun toplantısından en az onbeş gün önce, şirketin merkez ve şubelerinde, pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulur. Bunlardan finansal tablolar ve konsolide tablolar bir yıl süre ile merkezde ve şubelerde pay sahiplerinin bilgi edinmelerine açık tutulur. Her pay sahibi, gideri şirkete ait olmak üzere gelir tablosuyla bilançonun bir suretini isteyebilir.*” şeklinde düzenlenmekte olup, bu denetleme ile bilgi alma hakkının pasif ve geçmişe dönük yönü ifade edilmektedir⁹. Bu kapsamda hâkimiyet raporunun sonuç kısmı hâkim şirketin yıllık faaliyet raporuna eklenirse, hâkim şirketin pay sahiplerinin sonuç kısmında yer alan değerlendirmeye ilişkin bilgi edinme olanağına sahip olduğundan

⁸ Hakimiyet raporu hakkında bilgi için bkz. Okutan Nilsson, s. 533-535; Akın, s. 155 vd.

⁹ BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Basım-Yayın, Bursa, 2013, s. 504; ŞAHİN Ayşe, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 177; BULUT Abdulkadir, Anonim Şirket Elektronik Genel Kurul Uygulamasında Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 8, 16; ŞENER Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 513; KAYA Arslan, „Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi“, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara, 2015, C. XXXI, S. 1, s. 62, („Özel Denetim“); ATALAY Oğuz, “Anonim Şirketlerde Bilgi Alma Ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, c. I, 1. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2015, C. 16, S. Özel Sayı, s. 54, (“Bilgi Alma”); Gök-türk, s. 39; TEKİNALP Ünal (POROY Reha/ÇAMOĞLU Ersin), Ortaklıklar Hukuku II, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 51 vd.; PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, c. I, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 1927, (“II”); AYOĞLU Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 124. Bu husus maddenin gerekçesinde de belirtilmiştir. Bkz. TTK m. 437 f. 1 Gerekçesi. Krş. Dolu, s. 10 vd., 207. Bilgi alma hakkının pasif cephesi ile ilgili genel bilgi için bkz. OCAK Nazmi, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma, İnceleme ve Denetleme Hakkı”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, c. I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 722 vd.; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 4 vd.; Dolu, s. 153-170.

söz edebiliriz¹⁰. Ancak hâkimiyet raporu hazırlansa bile yıllık faaliyet raporunda hâkimiyet raporunun sonuç bölümü yer almazsa pay sahibi bilgi edinme olanağından yararlanamamış olacaktır.

Şunu belirtmek gerekir ki; pasif bilgi alma hakkının kullanılması pay sahibini her zaman tatmin etmeyebilir¹¹. Gerçekten, yıllık faaliyet raporunda hakimiyet raporunun sonuç kısmına yer verilse bile pay sahibinin bağlı şirketler hakkında istediği bilgiye ulaşamaması olasıdır bulunmaktadır.

Çalışmamız kapsamında hâkim şirket pay sahibinin bilgi alma hakkının pasif kısmına odaklanılmak yerine, “bilgi alma hakkı”¹² kavramı altında, hâkim şirket pay sahibinin talebine bağlı olarak kullanılan soru sormaya dayalı bilgi alma hakkı ve bu hakkı tamamlayan ve teyit eden¹³ inceleme hakkı ile bu hakların kullanılmasının dava yoluyla sağlanması¹⁴, yani aktif bilgi alma hakkı irdelenecektir¹⁵.

Çalışmamızda hâkim şirketin kapalı tip anonim şirket olduğu haller dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmış olup¹⁶, limited şirketlerin hâkim şirket konumunda bulunduğu haller çalışmamızın kapsamı dışında bırakıl-

¹⁰ Benzer yönde bkz. Akın, s. 158.

¹¹ Öztekin, s. 303; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 3; Bulut, s. 16; Şener, s. 513; Atalay, Bilgi Alma, s. 54.

¹² Benzer yönde bkz. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 53; KARASU Rauf, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı“, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası Vakfı), Ankara, 2005, C. 23, S. 2, s. 75, (“Bilgi Alma Hakkı”).

¹³ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 289; Atalay, Bilgi Alma, s. 54 vd.; Dolu, s. 196; Pulaşlı, II, s. 1950.

¹⁴ Bilgi edinme hakkının bu cephesini aktif bilgi alma hakkı olarak ifade edebiliriz (Öztekin, s. 303-304; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 4 vd.; PASLI Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance), 2. Baskı, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2005, s. 99 dn. 30; Kaya, Özel Denetim, s. 62).

¹⁵ Pay sahibinin bilgi alma hakkı bakımından aynı yönde yaklaşım için bkz. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 5 vd.; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 74 vd. Krş. Dolu, s. 14-16. Kaya, bilgi alma hakkının modern hukuk sistemlerinde aktif yönüyle üç cephesi olan bir hak şeklinde düzenlendiğini belirterek, bu hakkın kapsamını soru sormaya dayalı bilgi alma hakkı, anonim şirketin ticari defterlerini ve yazışmalarını inceleme hakkı, bilgi alma ve inceleme talebinin haksız olarak reddi halinde talep olunan bilgileri mahkeme yoluyla elde etme hakkının oluşturduğunu ifade etmektedir (Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 5). Mevcut TTK düzenlemesi bakımından aynı yönde bkz. Pulaşlı, II, s. 1929. Krş. Bulut, s. 17.

¹⁶ Krş. Öztekin, s. 300.

miştir¹⁷. Ayrıca çalışmamız kapsamında hâkim şirket pay sahiplerinin bilgi alma hakkına odaklanılacağından, bağlı şirket pay sahiplerinin soru sorarak bilgi alma ve inceleme yapma talepleri çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

3. İNCELEME YÖNTEMİ

Çalışmamız kapsamında öncelikle hâkim şirketin pay sahipleri açısından bilgi alma hakkının konusu, amacı, hukuki niteliği, kapsamı ve sınırları incelenecek olup, daha sonra hakkın etkin bir şekilde kullanılmadığı hal-lerde başvurulabilecek dava yolunun özellikleri ve hangi koşullarda hakkın kullanılmasına işlerlik sağlayabileceği irdelenecektir.

I. PAY SAHİBİNİN BİLGİ ALMA HAKKI

1. KONUSU

Anonim şirket yapısı içerisinde pay sahibinin; şirketin malvarlığının nasıl yönetildiğini, şirket işlerinin¹⁸ ne durumda olduğunu bilmek istemesi do-

¹⁷ Hâkim şirketin anonim şirket olması gerektiği yönünde bkz. Dolu, s. 179.

¹⁸ Çamoğlu, “şirketin işleri” kavramının şirketin bütün işlerini kapsadığını ve şirketin işlerinin bilgi alma hakkının üst sınırını oluşturduğunu ifade etmektedir (ÇAMOĞLU Ersin, “Limited Ortağın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kullanılması ve Sınırları”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 151 dn. 11). Keza Gürbüz Usluel, yönetim kurulundan şirketin faaliyetleri ile ilgili her türlü bilginin istenebileceğini ifade etmektedir (GÜRBÜZ Usluel Aslı E., Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 166-167). Pay sahiplerinin şirket işleri ile ilgili her konuda yönetim kurulundan bilgi isteyebileceği yönünde bkz. Bulut, s. 32-33. Karasu, şirket işleri kavramının Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi geniş yorumlanması gerektiğini ifade ederek, pay sahibini sadece mali tablo ve raporlar hakkında değil, şirketin yönetimi, organizasyonu, işletme stratejisi, şirketin içinde bulunduğu genel ekonomik durum ve bağlı işletmelerle hukuki ve ticari iş ilişkileri hakkında da bilgi talep edebileceğini, pay sahibinin payının değerinin takdir ve dolayısıyla pay sahibi olarak kalıp kalmama konusunda karar verme ya da rüçhan hakkının kullanılması suretiyle yeni yatırım yapmaya karar verme amacıyla bilgi talep etmesinin mümkün olduğunu ileri sürmektedir (Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 84-85). Şener de şirketin işleri kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ifade ederek, pay sahibinin sadece finansal tablolar ve raporlar hakkında değil, şirketin yönetimi, organizasyonu, işletme stratejisi, şirketin içinde bulunduğu genel ekonomik durum hakkında da bilgi talep edebileceğini ileri sürmektedir (Şener, s. 513). Pulaşlı, bu hakkı yalnızca finansal tablolar ve konsolide finansal tablolar ile sınırlandırmanın yerinde olmayacağını, bu kapsama en azından yıllık faaliyet raporu ile örtüşen alanların da dahil edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (Pulaşlı, II, s. 1940). Erdem,

ğaldır¹⁹. Şirketler topluluğunda ise hâkim şirketin pay sahiplerinin çıkarları yalnızca hâkim şirketin bizzat yürüttüğü işlerle sınırlı olmayıp, aynı zamanda bağlı şirketin işlerini de içeren bir skalaya sahiptir²⁰.

Aslında, hâkim şirketin bağlı şirketler ile olan hukuki ve mali işleri hâkim şirketin işi sayılır. Yani, hâkim şirketin bağlı şirketlerle olan ortakasal ve hukuki ilişkileri bilgi alma hakkının konusu içindedir²¹. Bu doğrultuda pay sahipleri bağlı şirketlerde pay sahibi olmasalar dahi, dolaylı olarak çıkarları olan topluluk işleri konusunda bilgi edinme ihtiyaçlarını karşılamak isteyebilirler²².

Bilgi alma hakkı, pay sahibinin, hâkim şirketin bağlı şirketlerle olan iş ilişkileri de dahil, hâkim şirketin malvarlığı ve içinde bulunduğu ekonomik durum hakkında gerçeğe uygun bir resim elde etmesini ve sağlıklı karara varmasını olanaklı kılan tüm olayları kapsamaktadır²³. Bu olayların neler

bilgi alma hakkı kapsamında sağlanacak bilgilerin; finansal tabloları, şirketin işleri ile faaliyetlerini, yatırımlarını, ilişkilerini ve varsa hâkim şirketin bağlı şirketlerini kapsadığını belirtmektedir (ERDEM H. Ercüment, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı”, Hukuk Postası 2015, Erdem & Erdem Ortak Avukatlık Bürosu, İstanbul, 2015, s. 23, (“Bilgi Alma Hakkı”). Bilgili/Demirkapı, mevcut düzenleme açısından, bilgi alma hakkının kötüye kullanılması 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (“TMK”) (RG 08.12.2001 – 24608) m. 2 hükmüyle engellenebileceğinden, pay sahibinin her konuda bilgi alma hakkının bulunduğu kabulünün doğru olduğunu ifade etmektedirler (Bilgili/Demirkapı, s. 505 dn. 1301). TTK m. 437 f. 2 uyarınca bilgi alınabilecek konuların çerçevesinin hakkın etkinliği açısından geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Dolu, s. 177. Kanımızca hâkim şirket pay sahipleri açısından da şirket işleri kavramının geniş yorumlanması gerekir. Şirket işleri kavramı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 233 vd.; Bulut, s. 32 vd.; Dolu, s. 172 vd.

¹⁹ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 2.

²⁰ Krş. Akın, s. 158. Karasu, kural olarak bağlı şirketlerin kendi iç işlerinin bilgi alma hakkının kapsamına dâhil olmadığını, bağlı şirketlerin iç işlerinin, anlam ve etkileri açısından hâkim şirket için de objektif olarak önemli olması halinde bu işlerin de hâkim şirketin işi sayılarak bilgi alma hakkının kapsamına dahil edilmesi gerektiğini, ifade etmektedir (Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 86). Aynı yönde bkz. Bulut, s. 37. Bağlı şirketin iç işlerine ilişkin soru sorulamayacağı yönünde bkz. Dolu, s. 179-180.

²¹ Öztekin; s. 301; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 246; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 86; Dolu, s. 173 dn. 8.; Pulaşlı, II, s. 1935. Karasu bu nedenle, ayrıca bu hususun açıkça ifade edilmesinin gerekli olmadığını ileri sürmektedir (Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 86). Benzer yönde bkz. Dolu, s. 173 dn. 8, 178.

²² Akın, s. 161. Tekinalp, hâkimiyet raporunun sonuç kısmına ilişkin konular hakkında soru sorulabileceğini ifade etmektedir (Tekinalp (Poroy/Çamöğlu), s. 56).

²³ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 205. “Paysahibi aldığı bilgi ile bağlı ortaklığının finansal yönden

olduğuna ise TTK m. 200 düzenlemesi ışık tutmaktadır²⁴. Pay sahipleri de bu olaylar hakkındaki bilgiye²⁵ kendilerine yasal düzenlemelerde tanınan bilgi alma hakkını kullanarak ulaşabilme olanağına sahiptir²⁶.

2. AMACI

Bu hak birçok amaca hizmet eder²⁷. Başta oy hakkı olmak üzere, diğer

gerçek durumunu bağlı ortaklıktan meşru olmayan yoldan yararlananların veya kayırlıların olup olmadığını, bağlı ortaklığın kaynakları ile hâkim ortaklığın bağlı ortaklıktaki yatırımlarının nasıl kullanıldığını öğrenebilmelidir. Alınacak bilginin sınırını ve derinliğini bu amaç belirler.” (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 57). Pulaşlı, hâkim şirket pay sahiplerinin konsolide finansal tablolar ve eklerini inceleyerek bağlı şirketlerin alanlarıyla ilgili önemli bilgileri elde edeceklerinden hâkim şirket ile hâkim şirketin konsolide hesaplarına ilişkin işlemleri hakkındaki soruların yanıtlanması gerektiğini, ancak bunun sanki bağlı şirket pay sahipleri karşısında yönetim kurulu varmış gibi algılanmaması gerektiğini, çünkü pay sahiplerinin bağlı şirketin yıllık faaliyet raporu ile denetçi raporunun tamamının açıklanmasına ilişkin haklarının olmadığını ileri sürmektedir (Pulaşlı, II, s. 1940). Dolu ise bilgi alınabilecek konuları pay sahibi olunan şirketin bağlı şirketle olan ilişkilerini kapsadığını ifade ederek bunları; kayıp ve denkleştirmeye ilişkin konular, bağlılık raporu, karşılıklı iştirak durumu, bildirim ve tescil yükümlülükleri ve tam hâkimiyet konuları olarak saymaktadır (Dolu, s. 179). Kanımızca, hakkın konusunu Dolu tarafından sayılanlarla sınırlandırmamak gerekir. İnceleme hakkı bakımından krş. Dolu, s. 197 vd. Bağlı şirketteki gelişmeler hâkim şirketi, hâkim şirketteki gelişmeler bağlı şirketi ilgilendirdiği için bu konularda bilgi alma taleplerinin geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 86; Bulut, s. 38.

²⁴ Bu kapsamda hâkim şirket pay sahiplerinin edinebilecekleri bilgilerin konusunu, “[...] bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri, yöneticileri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri, yaptıkları işlemler ve bunların sonuçları [...]” oluşturmaktadır. (TTK m. 200 f. 1). “Bilgi verme yükümü şirketin işlerini ve bağlı şirketleri ile hukukî ve ticarî ilişkilerini kapsar. Bağlı şirketler hakkında bilgi alma, 200. madde ile sınırlıdır.” (TTK m. 437 f. 2’nin gerekçesi).

²⁵ “Ortaklıklar Hukuku’na özgü “bilgi”, paysahipliği haklarının kullanılmasında paysahibi açısından çıkış noktasını oluşturan ve paysahipliği haklarının hangi doğrultuda kullanılacağına belirlenmesine zemin oluşturan verilerin bütünüdür.” (ALTAY Sıtkı Anlam, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, S. 2013/2, 2015, s. 56).

²⁶ Paslı, s. 100-101. Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (Organisation for Economic Cooperation and Development) ilkelerinde pay sahibinin bilgi alma hakkı pay sahiplerinin temel hakları arasında yer almaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Paslı, s. 90, 99 vd.; Dolu, s. 18 vd.

²⁷ Pay sahiplerine bilgi alma hakkının tanınmasının amaçları olarak; şirketin içinde bulunduğu ekonomik durum hakkında aydınlanmayı, organların dolaylı kontrolünü sağlamayı,

pay sahipliği haklarının etkin ve bilinçli bir biçimde kullanılmasını sağlar²⁸. Bu kapsamda, pay sahibinin yatırımcı sıfatı ile payı hakkındaki yatırım kararının kaderini belirlemesine de hizmet eder²⁹. Hâkim şirketin pay sahibinin bağlı şirketlerin finansal durumu hakkında bilgi sahibi olması hâkim şirketteki payına biçeceği değeri etkileyebilir³⁰. Özellikle, hâkim şirkette kontrol sahibi olan pay sahibinin diğer pay sahiplerinin paylarını devralmak istediği

pay sahipliği haklarının bilinçli bir şekilde kullanılmasını temin etmeyi, koruyucu hakların kullanılmasına temel oluşturmayı ve organların işlevsel ve doğru karar almalarını temin etmeyi sayabiliriz (Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 21 vd.).

- ²⁸ Benzer yönde bkz. NOMER N. Fusun, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 91; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 77 vd.; Ocak, s. 710-711; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 76; Paslı, 100 vd.; ÜÇİŞİK Güzin, “Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Kamuyu Aydınlatma İlkesi”, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Beykent Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, C. 3, S. 1, s. 18; Bulut, s. 2 vd.; KARASU Rauf, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 75, (“Emredici Hükümler”); Şener, s. 512; Altay, s. 61 vd.; Atalay, Bilgi Alma, s. 75; Göktürk, s. 38; SULU Muhammed, Ticari Sırların Korunması, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 69; Tekinalp (Poroy/Çamoglu), s. 50; Dolu, s. 7 dn. 14; Pulaşlı, II, s. 1928. “[...] İnceleme hakkı, bilgi edinme hakkında olduğu gibi, hissedara, ortaklık haklarını etkin bir şekilde kullanabilmesi için gereken bilgileri edinme imkanını sağlamaktadır. Bu bağlamda, akla özellikle oy hakkı – bir başka ifadeyle, yıllık hesapların onaylanması, kârın dağıtılması, seçimler ve ibra konusunda fikir oluşturulması-gelir; ayrıca özel denetim organı oluşturulması, genel kurul kararlarına muhalefet ve sorumluluk davası açma haklarının kullanımı da bunu gerektirebilir [...]” (JdT 2006 I s. 543-555 1. Hukuk Dairesi- Davacı A. İştirak A.Ş. - Davalı B. A.Ş. (karar düzeltme talebi) 4C.81/2005, 2 Kasım 2005; ATF 132 III 71, ERDEM H. Ercüment, “Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi”, İsviçre Borçlar Kanununun İktibasının 80.Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 505’den naklen, (“Eşit İşlem”). Karasu, bilgi alma hakkının en önemli amacının pay sahiplerinin haklarının bilinçli bir şekilde kullanılmasını sağlamak olduğunu ileri sürmektedir (Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 78). Bilgi alma hakkının yönetim kurulu üyelerinin ibrasına ilişkin genel kurul gündem maddesinin görüşülmesi üzerindeki etkisi için bkz. AYTAÇ Zühtü, Anonim Ortaklıkta İbra, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1982, s. 71.
- ²⁹ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 22; Paslı, s. 101 dn. 35; Bulut, s. 15, 35; Sulu, s. 69; Dolu, s. 17.; Pulaşlı, II, s. 1940. “[...] Hisseleri satma hakkı da, satış öncesi hisselerin gerçek değerini tespit etmek isteyen hissedarı incelemeye yönelebilecektir [...]” (JdT 2006 I s. 543-555 1. Hukuk Dairesi- Davacı A. İştirak A.Ş. - Davalı B. A.Ş. (karar düzeltme talebi) 4C.81/2005, 2 Kasım 2005; ATF 132 III 71, Erdem, Eşit İşlem, s. 505’den naklen).
- ³⁰ Dolu, hâkim şirket pay sahiplerinin yatırımlarını değerlendirebilmek için hâkim şirketin bağlı şirketleriyle olan ilişkilerinin gidişatını da bilmeye ihtiyaç duyduklarını, bu sayede payın gerçek durumu hakkında aydınlanabileceklerini ifade etmektedir (Dolu, s. 173 dn. 9).

hallerde, hâkim şirketin kontrol sahibi olmayan pay sahiplerinin bağlı şirketler hakkında bilgi sahibi olması payın devir bedelinin belirlenmesine ilişkin karar sürecinde işlevsel bir rol oynayacaktır. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki; uygulamada pay devir işlemlerinin gerçekleştirilmesi sürecinde pay devir bedelinin belirlenmesine de etki eden *due diligence* (inceleme) işleminden sıklıkla yararlanılmaktadır³¹. Bunun dışında, bağlı şirket paylarının, hâkim şirket açısından önemli miktarda varlık olarak kabul edilmesi halinde bu malvarlığı değerinin satışı hususundaki genel kurul kararının alınması³² sürecinde payları devredilmesi düşünülen bağlı şirket hakkında bilgi sahibi olunması pay sahipleri açısından genel kurul kararının oluşumu sürecinde etkin şekilde hareket etme olanağı sağlayabilir³³. Ayrıca *Aytaç* tarafından ifade edildiği üzere, pay sahipleri yönetim kurulu üyelerinin ibrası ile ilgili olarak bağlı şirketler hakkında bilgi talep edebileceklerdir³⁴.

Gerçekten, hâkim şirketin münferit pay sahiplerinin bilgi alma hakkı ile ilgili problemleri, bağımsız şirketlerdeki pay sahiplerine oranla daha karmaşıktır³⁵. *Kaya*'ya göre, hâkim şirket pay sahiplerinin problemleri, bağlı

³¹ ÇELEBİ Ali Ergin, Birleşme ve Devralma İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Tahkim, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 30. Due diligence (inceleme) hakkında bilgi için bkz. Çelebi, s. 29-32. Tekinalp, bilgi alma hakkı kapsamında soruların due diligence işlemine benzer bir sonuç elde etmek için sorulamayacağını ileri sürmektedir (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 56).

³² TTK m. 408 f. 2 b. f ile anonim şirketlerde önemli miktardaki şirket varlığının toptan satışı genel kurulun devredilemez görev ve yetkili arasında sayılmıştır.

³³ Önemli miktarda anonim şirket varlığının toptan satışına ilişkin olarak TTK'nın 437'nci maddesindeki bilgi alma hakkı kapsamında yönetim kurulunun pay sahiplerini aydınlatma yükümlülüğü bulunduğu yönünde bkz. BİÇER Levent/HAMAMCIOĞLU Esra, "Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı (TTK m. 408/2-f)", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, C. I, S.1, s. 45. Dural ise, pay sahiplerinden herhangi bir bilgi alma talebi olmasa dahi önemli miktarda şirket varlığının satışı hakkında yönetim kurulunun pay sahiplerini aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğunu, bunun yönetim kurulunun TTK m. 369 f. 1'de düzenlenen bağlılık yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir (DURAL Ali, "Anonim Şirketin Önemli Miktarda Varlığının Satışına İlişkin Genel Kurul Kararının İçeriği ve Kapsamı", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 234 dn. 24).

³⁴ Aytaç, s. 76. Genel olarak ibra nedeniyle hakkında bilgi talebinde bulunabilecek konulara ilişkin olarak bkz. Aytaç, s. 76; Ocak, s. 730.

³⁵ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 243. Krş. Öztekin, s. 297-298.

şirketle olan ilişkilerin verimliliği, kâr veya diğer malvarlıksal beklentilerin bunlar yoluyla dağıtılıp dağıtılmadığı noktasında toplanmaktadır³⁶.

3. HUKUKİ NİTELİĞİ

Bilgi alma hakkı her bir pay sahibine bireysel olarak tanınmış bir hak olup diğer pay sahipleri ile birlikte kullanılmasına gerek bulunmamaktadır³⁷. Keza TTK m. 200 düzenlemesi de bu hususu teyit eder şekilde, hâkim şirketin her bir pay sahibinin bilgi verilmesini isteyebileceğini açıkça düzenlemiştir. Ayrıca pay sahibine tanınan bilgi alma hakkı niteliği itibariyle bağımsız bir haktır³⁸.

TTK m. 437 f. 6'da, *“Bilgi alma ve inceleme hakkı, esas sözleşmeyle ve şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz.”* şeklinde bir düzenleme mevcut olup, bu düzenlemeden bilgi alma hakkının vazgeçilmez haklar arasında olduğu sonucuna ulaşılmaktadır³⁹. Ancak bilgi

³⁶ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 243-244.

³⁷ Aytaç, s. 71; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 2 vd.; Ocak, s. 710 vd. Paslı, s. 101; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 76 vd.; Gürbüz Usluel, s. 164; Bilgili/Demirkapı, s. 505; ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal (KIRCA İsmail/MANAVGAT Çağlar), Anonim Şirketler Hukuku: Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, c. 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara, 2013, s. 145, (“I”); Bulut, s. 12 vd.; Atalay, Bilgi Alma, s. 57 vd.; Kaya, Özel Denetim, s. 62; Sulu, s. 70; HELVACI Mehmet/ÇAMURCU Emin/TÜRKYILMAZ İsmail, “Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 54-55; Dolu, s. 11 vd.; Pulaşlı, II, s. 1928 vd.; Ayoğlu, s. 122.

³⁸ Öztekin, s. 319; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 77 vd.; Ocak, s. 718; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 76-77; Paslı, s. 101; Gürbüz Usluel, s. 164; Bulut, s. 12 vd.; Karasu, Emredici Hükümler, s. 75; Atalay, Bilgi Alma, s. 57 vd.; Kaya, Özel Denetim, s. 62 vd.; Dolu, s. 8 vd.; Pulaşlı, II, s. 1932 vd. Karasu, TTK kapsamında bilgi alma hakkının pay sahibinin diğer pay sahipliği haklarına yardımcı ve bağımlı bir hak olduğunun kabul edilmesi halinde, bu hakkın kullanımının pay sahibinin talep ettiği bilgiye diğer hakların kullanılmasında için ihtiyacı olduğunu ispat etme koşuluna bağlanmış olduğunu ve bu durumun 437’nci maddesinin açık ifadesi ve amacına aykırı olacağını ifade etmektedir. Yazar ayrıca bilgi alma hakkının diğer pay sahipliği haklarına yardımcı ve bağımlı bir hak olduğu kabul edilirse, bir pay sahibinin, pay sahipliği haklarının kaldırılmasının veya sınırlandırılmasının, otomatik olarak bilgi alma hakkının da sınırlanması sonucunu doğuracağını belirtmektedir (Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 77). Benzer yönde bkz. Karasu, Emredici Hükümler, s. 75 dn. 125.

³⁹ Bilgi alma hakkının vazgeçilmez hak olduğu yönünde bkz. Ocak, s. 718; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 78; Paslı, s. 101; Gürbüz Usluel, s. 164; ERDEM Nuri, “6102 Sayılı “Yeni” TTK.’ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiplerinin “Müktesep” (Kazanılmış) Hakları”, RE-GESTA, İstanbul Ticaret Odası, 2012, C. 2, S. 1, s. 31, (“Müktesep Hak”); Bilgili/Demir-

alma hakkının vazgeçilmez hak olması pay sahibinin bu hakkı kullanmak zorunda olduğu anlamına gelmemektedir⁴⁰.

TTK’da pay sahibinin bilgi alma hakkı ne kaynak İsviçre Borçlar Kanunu m. 697 f. 2 gereğince “pay sahibinin haklarını kullanması için gerekli olma” koşuluna⁴¹, ne de Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu m. 131 f. 1 gereğince “bilginin gündemde yer alan konuların gerçeğe uygun bir değerlendirmesinin yapılabilmesi için gerekli olma” koşuluna⁴² bağlanmamıştır⁴³.

4. KAPSAMI

A. Soru Sormaya Dayalı Bilgi Alma Hakkı

Bağlı şirketler açısından soru sormaya dayalı bilgi alma hakkından yararlanılması hususunda açık düzenleme getirilmiştir (TTK m. 200; 437 f. 2)⁴⁴. Bilgi alma hakkının amaçlarını dikkate aldığımızda, bu düzenlemenin ara hâkim şirketler açısından da uygulama alanı bulması gerektiği kanaatindeyiz⁴⁵. TTK m. 200’ün gerekçesinde “[...] *Bu bilgi alma hakkının adresi hakim şirket yönetim kurulu ve bilgi alınacak yer ise genel kuruldur [...]*” şeklinde bir açıklama yer almaktadır. Her ne kadar gerekçede bilgi alma

kapı, s. 504; Bulut, s. 14 vd.; Şahin, s. 177; Atalay, Bilgi Alma, s. 57; Kaya, Özel Denetim, s. 62; Sulu, s. 70; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 50 vd.; Dolu, s. 11 vd.; Pulaşlı, II, s. 1131. Aynı zamanda mütesep hak olduğu yönünde bkz. Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 77-78; Paslı, s. 101, 101 dn. 33; Gürbüz Usluel, s. 164; Bilgili/Demirkapı, s. 508; Şahin, s. 177; Bulut, s. 12 vd.; Atalay, Bilgi Alma, s. 57 vd.; Kaya, Özel Denetim, s. 62; Erdem, Bilgi Alma Hakkı, s. 21; Sulu, s. 70; Dolu, s. 11 vd.; Pulaşlı, II, s. 1928 vd. Krş. Ocak, s. 717-718. Mütesep hak konusunda bilgi için bkz. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 72 vd.; Ocak, s. 715-718; Erdem, Mütesep Hak, s. 29 vd.

⁴⁰ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 76-77; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 78; Paslı, s. 101 dn. 34; Bulut, s. 14-15, 38; Kaya, Özel Denetim, s. 62; Sulu, s. 70; Dolu, s. 72; Pulaşlı, II, s. 1931.

⁴¹ Bkz. TTK m. 437 f. 2’nin gerekçesi. Gerekli olma kriteri hakkında detaylı bilgi için bkz. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 227 vd.

⁴² Bkz. Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 78; Bulut, s. 13; Kaya, Özel Denetim, s. 64; Dolu, s. 32; Pulaşlı, II, s. 1933.

⁴³ Bu düzenlemeye yönelik eleştiriler için bkz. Pulaşlı, II, s. 1933-1935.

⁴⁴ Hâkim şirket pay sahiplerinin bağlı şirketler hakkındaki soru sormaya dayalı bilgi alma hakkı ile ilgili bilgi edinmek için bkz. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 241 vd.; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 85-86.

⁴⁵ Bulut da her ne kadar açıkça ara hâkim şirketten bahsetmese de şirketin hâkim olduğu bir şirket varsa o şirketin ticari ve hukuki durumu hakkında da bilgi istenebileceğini ifade etmektedir (Bulut, s. 34). Aksi yönde bkz. Akın, s. 160; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 751.

hakkının adresi yönetim kurulu olarak belirtilmişse de, aslında bilgi verme yükümlüsü anonim şirket tüzel kişiliğidir⁴⁶. Şirketler topluluğunda pay sahibinin bağlı şirketlere ilişkin sorusu hâkim şirket tarafından karşılanacaktır⁴⁷. Aksinin kabulü halinde dava yoluna başvuruda davanın, bilgi alma talebinin yöneltileceği yönetim kuruluna karşı açılması gerekecektir⁴⁸. Halbuki dava yoluna başvurulması halinde davalı tarafta hakkın muhatabı ve ifa yükümlüsü olan anonim şirket tüzel kişiliği bulunacaktır⁴⁹. TTK m. 200 kapsamında hâkim şirketin her bir pay sahibi genel kurulda, bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri, yöneticileri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri, yaptıkları işlemler ve bunların sonuçları hakkında, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine uygun, doyurucu bilgi verilmesini talep edebilirler⁵⁰.

TTK m. 200 düzenlemesi, soru sormaya dayalı bilgi alma hakkının genel kurulda kullanılacağını açıkça düzenleyen⁵¹ TTK m. 437 f. 2 ile aynı

46 “[...] bilgi alma hakkının adresi hâkim şirket yönetim kurulu ve bilgi alınacak yer ise genel kuruldur [...]” (TTK m. 200 gerekçesi). 437’nci madde açısından aynı yönde bkz. Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 81; Bulut, s. 31; Dolu, s. 110-112.

47 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 54.

48 Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 81; Bulut, s. 31.

49 Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 81; Atalay, Bilgi Alma, s. 66; Dolu, s. 111.

50 Tekinalp, yönetim kuruluna bağlı şirketlerin denetimi konusunda soru sorulamayacağını çünkü hâkim şirketin yönetim kurulu üyelerinin bağlı şirketlerin denetçisinin cevaplayabileceği sorulara karşılık vermesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 54). Krş. Pulaşlı, II, s. 1940.

51 Benzer yönde bkz. Çamoğlu, s. 156; Pulaşlı, II, s. 1948. Karasu, TTK’daki hükmün lafzının açık ifadesine göre bilgi alma talebinin ancak genel kurulda ileri sürülebileceğini ifade etmektedir (Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 82). Atalay da, TTK m. 437 f. 2 gereğince soru sormaya dayalı bilgi alma hakkının kural olarak genel kurulda kullanılabilceğini ifade etmektedir (Atalay, Bilgi Alma, s. 60 vd.). Dolu, TTK m. 407 f. 1 ile uyumlu olacak şekilde soru sorma suretiyle bilgi alma hakkının ancak genel kurulda kullanılabilir şekilde düzenlendiğini ileri sürmektedir (Dolu, s. 53). Ayrıca bkz. Altay, s. 62; Bulut, s. 52; Şener, s. 513-514; PULAŞLI Hasan, “Anonim Şirketlerde Özel Denetçi Atanması İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 598, (“Özel Denetçi”); Pulaşlı, II, s. 1935 vd. TTK m. 200 kapsamında hakkın genel kurulda kullanılacağı hususunda bkz. Okutan Nilsson, s. 535; Göktürk, s. 38; Dolu, s. 179; PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, c. I, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 522, (“I”). Benzer yönde bkz. Akın, s. 161-162. Hakkın hem olağan hem de olağanüstü genel kurul toplantılarında kullanılabilceği yönünde bkz. Pulaşlı, II, s. 1632.

yönde bir yaklaşım benimsemektedir. Pay sahibi talepte bulunurken bunun gerekçesini, bilgiye olan ihtiyacını veya bilgi almadaki çıkarlarını açıklamak zorunda değildir⁵². Soru sormaya dayalı bilgi alma hakkı temsilci vasıtasıyla da kullanılabilir⁵³. TTK’da her ne kadar bir düzenleme bulunmasa da, genel kurulda kullanılan⁵⁴ bilgi alma hakkı ilke olarak genel kurulda sözlü olarak cevaplandırılır⁵⁵. Diğer bir deyişle, TTK m. 437 f. 5 uyarınca bilginin genel kurul dışında verilmesi karara bağlanmamışsa⁵⁶, bilgi alma talebinin kural olarak genel kurulda yanıtlanması gerekir⁵⁷. Yönetim kurulunun genel kurulda sözlü olarak verdiği bilgileri yazılı olarak güçlendirmek istemesi ha-

⁵² Aytaç, s. 75; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 286; Ocak, s. 730; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 82; Dolu, s. 190. Krş. Pulaşlı, II, s. 1939.

⁵³ Aytaç, s. 73; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 144 vd.; Ocak, s. 722; Bulut, s. 28 vd.; Dolu, s. 95 vd.

⁵⁴ Erdem, pay sahiplerinin genel kurulda sorabileceği sorulardan bağımsız olarak yönetim kurulundan bilgi talep edebilmesinin Türk hukukunda tanınan bir hak olmadığını ifade etmektedir (ERDEM H. Ercüment, “İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslası”, Hukuk Postası 2015, Erdem & Erdem Ortak Avukatlık Bürosu, İstanbul, 2015, s. 7, (“Taslak”); Erdem, Bilgi Alma Hakkı, s. 23). Genel kurul toplantısı dışında yönetim kurulundan şirketin faaliyetlerine ilişkin belli konularda sözlü olarak bilgi talep edilebileceği yönünde bkz. Bulut, s. 36.

⁵⁵ Dolu, s. 191. “[...] Bu bilgiler ilke olarak, genel kurulda sözlü olarak verilir ve tutanaklara geçirilir. Bu şekilde genel kurula katılan tüm hissedarlar konu hakkında bilgi sahibi oldukları gibi katılmayan diğer hissedarlar da tutanakları inceleme imkânı ile bu bilgileri edinirler [...]” (JdT 2006 I s. 543-555 1. Hukuk Dairesi- Davacı A. İştirak A.Ş. - Davalı B. A.Ş. (karar düzeltme talebi) 4C.81/2005, 2 Kasım 2005; ATF 132 III 71, Erdem, Eşit İşlem, s. 511’den naklen. Krş. Bulut, s. 36. Sözlü ve yazılı olarak bilgi verilebileceği yönünde bkz. Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 83; Atalay, Bilgi Alma, s. 60; Pulaşlı, II, s. 1939 vd. Altay, TTK’da açıklık bulunmamakla birlikte, soru sormaya dayalı bilgi alma hakkının kullanılması halinde, pay sahibi tarafından yöneltilen soruların ve bunlara karşılık verilen yanıtların genel kurul tutanaklarına geçirilmesi gerektiğini, uygulamada genellikle, sadece pay sahibi tarafından soru sormaya dayalı bilgi alma hakkının kullanıldığının ve buna yönetim kurulu tarafından yanıt verildiği keyfiyetinin tutanağa yansıtıldığını ifade etmektedir (Altay, s. 62).

⁵⁶ Hakkın dava yoluyla kullanılması ile ilgili olarak bkz. aşağıda Bölüm II.

⁵⁷ Öztekin, pay sahiplerinin bilgi almada eşitliği ilkesi uyarınca bilgi alma taleplerinin ancak genel kurulda yanıtlanabileceğini ifade etmektedir (Öztekin, s. 306). Kaya, bilginin kural olarak genel kurulda verilebileceğini ifade etmektedir (Kaya, Özel Denetim, s. 64.) Tekinalp, pay sahiplerinin sorularının genel kurul yerine kendisine yazılı olarak cevaplandırılmasını istemeyeceğini, soru sormaya dayalı bilgi alma hakkının bireysel bir hak olmakla birlikte, tüm pay sahiplerinin bilgilendirilmesini sağladığından “kollektif bilgilendirme”ye yardımcı olduğunun şüphesiz olduğunu ifade etmektedir (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 54-55). Bu konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 282-284.

linde ise daha sonra yazılı olarak bilgi vermesinde bir sakınca bulunmadığı kanaatindeyiz⁵⁸. Herhalükarda, pay sahibinin talebi üzerine verilecek bilgiler, hesap verme ve dürüstlük ilkeleri bakımından özenli, gerçeğe uygun ve doyurucu⁵⁹ olmalıdır (TTK m. 437 f. 2; m. 200)⁶⁰. Bu noktada, bağlı şirketler hakkındaki bilgi alma talebinin cevaplanması belirli bir zaman ve araştırma gerektirecek nitelikte olabilmesi nedeniyle bu talebin genel kurul toplantısından önce yönetim kuruluna bildirilmesinin gerekli olup olmadığı sorusu akla gelebilir⁶¹. *Karasu*, cevabı çok kapsamlı araştırmayı gerektiren soruları

⁵⁸ “Bilgi kural olarak sözlü verilir. Ancak yazı ile güçlendirilebilir.” (TTK m. 437 f. 2’nin gerekçesi). “Genel kurulda talep edilen bilgilere, ilave açıklamalar yapılması gerektiğinde, genel kurul sonrasında verilecek bu cevapların, tutanağın ilgili bölümüne şerh konmak suretiyle tutanağa geçirilmesi gerekmektedir [...]” (JdT 2006 I s. 543-555 1. Hukuk Dairesi-Davacı A. İştirak A.Ş. - Davalı B. A.Ş. (karar düzeltme talebi) 4C.81/2005, 2 Kasım 2005; ATF 132 III 71, Erdem, Eşit İşlem, s. 510’dan naklen).

⁵⁹ Tekinalp’e göre, TTK m. 200 kapsamında kullanılan bilgi alma hakkı kapsamında duruma özgü, özlü aydınlatıcı ve içerikli bilgi verilmesi gerekmekte olup, yönetim kurulundan ayrıntıya girip derine inen açıklamalar yapılması istenemez. Yazar, bu hakkın amacının pay sahibine bağlı ortaklığın durumu hakkında “fikir” vermek olduğunu ileri sürmektedir (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 57). Benzer yönde bkz. Dolu, s. 179. Bu konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 751. Kanımızca, verilecek bilginin içeriğini daraltıcı olarak yorumlamak hakkın etkinliğini azaltacağından, pay sahibine bağlı şirketler hakkında aydınlanmasını sağlayacak ölçüde doyurucu bilginin sağlanması gerekir.

⁶⁰ Her iki madde kapsamında aynı niteliklerin şart koşulduğu hususunda bkz. Okutan Nilsson, s. 535-536; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 57; Dolu, s. 182. TTK m. 437 f. 2’nin gerekçesinde, “Birinci fıkra verilmesi gereken bilginin düzey ve niteliği (kalitesi) konusunda (kaynak kanunda bulunmayan) bir hüküm içermektedir. Verilecek bilgi hem özenli hem gerçek hem de hesap verme ilkelerine uygun olmalıdır. “Özenli”, baştan savma olmayan, sorunun karşılığı niteliğini taşıyan, ilgisiz konuları içermeyen anlamındadır. Gerçeğe uygunluk ile gerçeği aynen yansıtan doğru, yalan ve aldatıcı olmayan bilgi kastedilmiştir. “Hesap verme ilkesine uygun” kavramı, Türk hukukunda yenidir. Tasarı bu kavramı 200 üncü maddede de kullanmıştır (bu maddenin gerekçesine bakınız). Kavram, hesap verme konumunda bulunan bir kişinin hesap vereceği, yani sorumlu olduğu kişiye vermekle yükümlü olduğu kapsamlı, içerikli ve belgeli bilgiyi ifade eder.” şeklinde bir açıklama bulunmaktadır. “Özenli” ile “gerçeğe uygunluk” kavramları hakkında bilgi için bkz. Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 83; Dolu, s. 194.

⁶¹ Tekinalp, TTK ile birlikte bilgi alma hakkı bağlamında pay sahibinin sorularını genel kurul toplantısından önce yönetim kuruluna ulaştırma imkânına sahip olduğunu ifade etmektedir (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 51). Kaya, TTK m. 437 f. 2 ve f. 5 düzenlemesi uyarınca pay sahibinin soru sormaya dayalı bilgi alma hakkını genel kurulda kullanacağını, bu durumun sorunun genel kurul öncesinde cevaplandırılmak üzere yöneltilmesine mani olmadığını ifade etmektedir (Kaya, Özel Denetim, s. 54). Genel kurul toplantısından önceki on beş günlük emre amade süresinden önce veya genel kurul kararından sonra bunun mümkün olduğu

pay sahibinin genel kurul toplantısından önce yönetim kuruluna bildirmek zorunda olduğunu ileri sürmektedir⁶². Kanımızca, böyle bir durumda her bir somut bilgi alma talebi özelinde pay sahibinden dürüstlük kuralı gereğince genel kurul toplantısından önce bildirimde bulunulmasının beklenip beklenemeyeceğine göre değerlendirme yapılması gerekir⁶³.

Pay sahibi, genel kurul dışında anonim şirkete başvurarak bilgi talebinde bulunmuş ve kendisine talebi üzerine açıklama yapılmış olabilir⁶⁴. Pay sahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmişse, diğer bir pay sahibinin istemde bulunması üzerine, aynı bilgi, diğer pay sahiplerine aynı kapsam ve ayrıntıda verilir (TTK m. 437 f. 2)⁶⁵. Böyle bir durumda yönetim kurulu istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesiyle talebi geri çeviremeyecektir (TTK m. 437 f. 2)⁶⁶. Pay sahiplerinden birine genel kurul dışında herhangi

yönünde bkz. Bulut, s. 54-55. Dolu ise, genel kuruldan önce yapılan bir başvurunun bilgi alma hakkının kullanılması anlamına gelemeyeceğini, hak sahibinin sorusunu genel kurulda diğer pay sahipleri huzurunda yönelmesi gerektiğini, böyle bir yazılı başvuruya da ancak genel kurulda diğer pay sahipleri huzurunda cevap verilmesi gerektiğini, aksi durumun, hem Kanun Koyucu'nun TTK m. 437 ile düzenlediği bilgi alma sistemine aykırılık teşkil edeceğini hem de diğer pay sahiplerinin aleyhine bir durum ortaya çıkacağını ifade ederek, bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağını ileri sürmektedir (Dolu, s. 188).

⁶² Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 94. Tekinalp, yönetim kurulu soru ile genel kurulda karşılaşmışsa ve sorunun cevabı bazı belgelerin incelenmesini gerektiyorsa yönetim kurulu üyelerinin bu hususu tutanağa geçirterek cevabı yapılacak ilk genel kurul toplantısına erteleyebileceklerini ifade etmektedir (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 55). Dolu, talebin hangi gerekçeyle olursa olsun bir sonraki genel kurula bırakılmasının veya genel kurulun ertelenerek bir başka güne bırakılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir (Dolu, s. 192).

⁶³ Bkz. ve Krş. hakların sakınılarak kullanılması ilkesi ile pay sahibinin bilgi alma hakkı arasındaki ilişki üzerinden Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 93-96. Hakların sakınılarak kullanılması hakkında detaylı bilgi için bkz. AKDAĞ Güney Necla, “Anonim Şirketlerde Hakların Sakınılarak Kullanılması İlkesi ve Uygulaması”, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 45 vd.

⁶⁴ “[...] Pay sahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmişse, diğer bir pay sahibinin istemde bulunması üzerine, aynı bilgi, gündemle ilgili olmasa da aynı kapsam ve ayrıntıda verilir. Bu hâlde yönetim kurulu bu maddenin üçüncü fıkrasına dayanamaz.” (TTK m. 437 f. 2).

⁶⁵ Bunun eşit işlem ilkesinin özel bir hali olduğu şeklinde bkz. Erdem, Bilgi Alma Hakkı, s. 23-24; Şener, s. 515; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 60; Dolu, s. 55. Bu düzenlemeye rağmen dezavantajlı durumların ortaya çıkabileceği yönünde bkz. Dolu, s. 188 dn. 59.

⁶⁶ Bilgi alma hakkının sınırları ile ilgili olarak aşağıda bkz. Bölüm I/5.

bir konuda bilgi verilmişse, yönetim kurulunun ikinci kez bilgi verilmesinin şirketin zararını artırdığı savunmasını ileri sürmesi kabul görmeyecektir⁶⁷.

Burada belki sorgulanması gereken, soru sormaya dayalı bilgi alma hakkının genel kurul dışında da kullanılabileceğine ilişkin esas sözleşme ile bir düzenleme yapılıp yapılamayacağıdır⁶⁸. Keza bu hakkın genel kurul dışında da kullanılabileceğine ilişkin bir düzenleme yapılması, hakkın kullanılması usulünü kolaylaştırıcı ve pay sahibi lehine genişleten bir etkiye sahip olacaktır⁶⁹. TTK m. 340 metninde, esas sözleşmenin TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak TTK'da buna açıkça izin verilmişse sapabileceği düzenlenmektedir. TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden sapmayan, sadece bu hükümleri somutlaştıran veya boşluklarını dolduran esas sözleşme hükümleri TTK hükümlerini tamamlayıcı nitelikte hükümler olarak işlev göreceklerdir⁷⁰. Eşit işlem ilkesine uymak koşuluyla⁷¹

⁶⁷ Bilgili/Demirkapı, s. 506.

⁶⁸ İsviçre'de 28 Kasım 2015 tarihinde yayımlanan Şirketler Hukuku'na İlişkin Kanun Taslağı'nda m. 697 f. 2 ve 3 ile borsaya kote olmayan şirketlerde pay sahiplerinin yönetim kurulu üyelerinden yazılı olarak bilgi talep etme olanağı getirildiği, yönetim kurulu tarafından verilen bilgilerin ilk genel kurul toplantısında ve derhal elektronik ortamda paylaşılabileceği şeklinde bkz. Erdem, Taslak, s. 6-7. Yazar, bu yönde bir hak tanınmasının pay sahibinin genel kurul dışında da yönetim kurulundan şirketin işleyişi ile ilgili somut ve güncel bilgi almasını sağlayacağını ifade etmektedir (Erdem, Bilgi Alma Hakkı, s. 23).

⁶⁹ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 74, 199. Bulut ise bilgi alma hakkına ilişkin esas sözleşmeye hüküm konulabileceğini ileri sürerek, örnek kabilinden ek bilgi hakkının tanınması ile bilgi alma hakkının kullanılması usulünü düzenleyen ve bu hakkın maddi içeriğine dokunmayan hükümleri saymaktadır (Bulut, s. 15).

⁷⁰ KARASU Rauf, "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, C. 18, S. 2, s. 320, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak/C3%BCItdergisi/2012C.18.S.2/7.oturum.pdf>, 03.03.2018, ("TTK'da Emredici Hükümler"); Karasu, Emredici Hükümler, s. 60; KARASU Rauf, "Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2015, S. 1, s. 119, <http://dergipark.gov.tr/download/issue-file/2591>, 03.03.2018, ("Sorunlar ve Çözüm Önerileri"). Aynı yönde bkz. Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), I, s. 165 vd.; Ayoğlu, s. 30 dn. 63.

⁷¹ "Bilgi alma hakkını belirleyen temel ilkelerden biri eşitlik ilkesidir." (Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 251). „[...] İnceleme ve bilgi edinme hakkı bakımından kanun şirket sermayesine iştirak bakımından bir ayırım yapmamıştır. Daha da önemlisi, burada da hissedarlar arası eşit işlem ilkesi geçerlidir [...]“ (JdT 2006 I s. 543-555 1. Hukuk Dairesi- Davacı A. İştirak A.Ş. - Davalı B. A.Ş. (karar düzeltme talebi) 4C.81/2005, 2 Kasım 2005; ATF 132 III 71 Erdem, Eşit İşlem, s. 509'dan naklen). Aynı yönde bkz. Kaya, Özel Denetim, s. 62. Tekinalp, pasif

pay sahiplerinin soru sormaya dayalı bilgi alma hakkının genişletilmesi bu nitelikte bir esas sözleşme düzenlemesidir⁷². Ancak TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerini tamamlayıcı nitelikteki esas sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmadığı açıkça düzenlenmemiştir⁷³. Karasu'nun, "[...] açık bir düzenleme olmasa da, tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin prensip olarak geçerli olması gerekir. Zira TTK'nın 340. maddesi, sadece anonim şirketlere ilişkin Kanun hükümlerinden sapmayı yasaklamaktadır. Oysa Kanun hükümlerini tamamlayıcı sözleşme hükümleri, emredici hükümlere dokunmamakta, sadece mevcut hükümleri somutlaştırmakta ya da kanun boşluklarını doldurmaktadır. Dolayısıyla, emredici hükümlere aykırı olmak şartıyla, tamamlayıcı hükümlerin esas sözleşmede kararlaştırılması mümkündür [...]"⁷⁴ şeklindeki bizim de katıldığımız gerekçesi⁷⁵ pay sahibinin bilgi alma hakkını genişletici düzenlemelerin hukuka uygun olacağı sonucuna ulaşmamızı sağlamaktadır. Hâkim şirketin her bir pay sahibinin bağlı şirketlerle ilgili soru sormaya dayalı bilgi alma hakkını genel kurul dı-

bilgi alma hakkı kapsamındaki bilanço ve gelir tablosunun bir suretini talep edebilme hakkının, esas sözleşme ve hatta yönetim kurulu kararı ile diğer finansal tablolar, yıllık faaliyet raporu, kar dağıtım önerisi, denetleme raporuna teşmil edilebileceğini ileri sürerken, yönetim kurulu kararı ile eşitlik ilkesine (TTK m. 357) aykırı bir şekilde genişletme yapılamayacağını ifade etmektedir (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 53). Burada esas sözleşme ile bu yönde bir düzenleme yapılırken eşitlik ilkesine uyulmaması halinde yapılan düzenlemelerin hukuka aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz. Keza Tekinalp de bilginin eşit işlem ilkesi uyarınca verildiğini ifade etmektedir (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 54). Benzer yönde bkz. Ocak, s. 718; Pulaşlı, II, s. 1930. "[...] Eşit işlem ilkesine aykırılığın hukukî sonucu, somut olayın şartlarına bağlı olmak şartı ile iptaldir; iptal söz konusu tek sonuç değildir[...]" (TTK m. 357'nin gerekçesi). Kaya ise, bilginin genel kurul dışında verildiği hallerde eşitlik ilkesi kapsamında diğer pay sahiplerine de bilgi verilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 322 dn. 36). Eşit işlem ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Erdem, Eşit İşlem, s. 393 vd.; Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), I, s. 131 vd.; Pulaşlı, I, s. 724-727.

⁷² Karasu, Emredici Hükümler, s. 62; Karasu, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 119.

⁷³ Karasu, TTK'da Emredici Hükümler, s. 320; Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), I, s. 165; Karasu, Emredici Hükümler, s. 61; Karasu, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 119; Ayoğlu, s. 30. Şunu belirtmek gerekir ki; TTK m. 340 f. 1, "[...] Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülünmüş olarak hüküm doğururlar." şeklinde bir düzenleme içermektedir.

⁷⁴ Karasu, TTK'da Emredici Hükümler, s. 320; Karasu, Emredici Hükümler, s. 61.

⁷⁵ Aynı yönde bkz. Ayoğlu, s. 31. Şehirali Çelik, TTK m. 340'ın tamamlayıcı hükümlere ilişkin düzenleme içermemesinin tamamlayıcı hükümlerin öngörülemediği anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Bu görüş ve gerekçesi için bkz. Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), I, s. 165.

şında da kullanılabileceğine ilişkin bir düzenleme yapılması niteliği itibarıyla pay sahibinin bilgi alma hakkını genişletici bir etkiye sahip olacaktır. Böyle bir düzenleme yapılması, özellikle pay sahibinin yatırımcı sıfatı ile payı hakkındaki yatırım kararının kaderini belirlemesini kolaylaştırıcı bir etki doğurabilir. Bu kapsamda böyle bir düzenleme yapılmasının mevcut düzenleme kapsamında hukuka uygun olacağı kanaatindeyiz. Ancak eşit işlem ilkesi dikkate alındığında verilen bilgilerin her hâlükârda en geç bir sonraki genel kurulda açıklanması gerekir.

Ayrıca bağlı şirketler hakkında daha fazla bilgi verilmesini sağlamaya yönelik esas sözleşme düzenlemeleri de bu hakkın kullanılmasını genişletici bir etkiye sahip olacaktır⁷⁶.

B. İnceleme Hakkı

Hâkim şirket pay sahipleri, topluluk hesapları dışında kalan belgeleri, özellikle bağlı şirketlerin gelir tablosunu, bilançosunu, denetleme raporunu incelemek isteyebilirler⁷⁷. İnceleme hakkının düzenlendiği TTK m. 437 f. 4'te, bağlı şirketler hakkında inceleme hakkının kullanılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Böyle bir düzenlemenin yokluğunda, hâkim şirket pay sahiplerinin bağlı şirketler hakkında inceleme hakkını kullanıp kullanamayacağının irdelenmesi gerekir.

Öztek, hâkim şirket ile bağlı şirket arasındaki bağımlılık ilişkisinin çok kuvvetli olduğu hallerde hâkim şirket ile bağlı şirketin ekonomik bir bütün teşkil ettiğini göz önüne alarak hâkim şirketin pay sahibinin inceleme hakkına dayanarak bağlı şirketin bilançosunu, gelir tablosunu, denetçi ve yönetim kurulu raporlarını da incelemeye hakkı olduğuna karar veren bir İsviçre mahkemesi kararına atıf yaparak⁷⁸, hâkim şirket pay sahiplerinin bazı

⁷⁶ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 199.

⁷⁷ İsviçre'nin Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesi'nin 28 Haziran 1967 tarihli kararına konu olan olayda hâkim şirketin pay sahiplerinin benzeri kapsamda inceleme taleplerinde bulunduğu anlaşılmaktadır (Schweizerische Aktiengesellschaften – Zeitschrift 45 (1973) s. 49 vd.). Bkz. *Öztek*, s. 312; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 244.

⁷⁸ Bkz. dn. 72'deki karar. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, "[...] Genel olarak ana şirket hissedarı için ilgili olan bilgiler grup hesaplarında bulunmaktadır. 1992 yılında anonim şirketler hukukuna grup konsolide hesapları sunma zorunluluğu getirildiğinden, artık eski düzenlemeye dayanan doktrine ve buna dayanan içtihatlarla atıf yapılamaz. Bu özellikle Zürih Kantonu üst mahkemesinin 28 Haziran 1997 tarihli (SAS dergisi 1973, s. 49 vd.'da yayınlanan)

hallerde bağlı şirketlerin hesaplarını inceleme hakkına sahip olduklarını ileri sürebileceklerini ifade etmektedir⁷⁹.

Kaya, soru sormaya dayalı bilgi alma hakkının aksine ağırlıklı olarak inceleme hakkının anonim şirketin yapısına aykırı olduğunun savunulduğu bir konumda, hâkim şirketin pay sahiplerinin bağlı şirketlere ait ticari defter ve kayıtları inceleme hakkının savunulamayacağını, bu tür bir kabulün hâkim ve bağlı şirkete ciddi anlamda zarar verebileceğini ileri sürmektedir⁸⁰.

Tekinalp, hâkim şirket pay sahiplerinin bağlı şirketler hakkında inceleme hakkı bulunmadığını, TTK'nın bu konuda sessiz olmasına rağmen İsviçre Federal Mahkemesi'nin hakların kullanılması için gerekli olması koşulu ile olumlu görüş sahibi olduğunu ancak İsviçre Federal Mahkemesi Kararı'nın sadece konsolide bilançoğu inceleme hakkı verdiği düşüncesinde olduğunu ifade etmektedir⁸¹.

Şener, hâkim şirket pay sahiplerinin bağlı şirketleri doğrudan inceleme hakkının bulunmadığını ileri sürmektedir⁸².

Bilgili/Demirkapı, soru sormaya dayalı bilgi alma hakkından farklı olarak inceleme hakkının sadece pay sahibi olunan şirket açısından kullanılmasının mümkün olduğunu, bağlı şirketler açısından inceleme hakkının bulunmadığını ileri sürmektedirler⁸³.

Dolu, TTK m. 437 f. 2'de bağlı şirketlerle ilgili olarak yalnızca bilgi is-

kararı için geçerlidir. Ana şirket hissedarının, önceki mevzuat ile korunan bilgi edinme hakkı bundan böyle grup hesapları ile korunmaktadır. Bu nedenle davacı; gruba dahil iştiraklerin hesaplarının incelenmesi talebinin, ortaklık haklarının kullanımı için zorunlu olduğuna dair ispat yükünü yerine getirmemiştir [...]” şeklinde bir değerlendirmesi bulunmaktadır (JdT 2006 I s. 543-555 1. Hukuk Dairesi- Davacı A. İştirak A.Ş. - Davalı B. A.Ş. (karar düzeltme talebi) 4C.81/2005, 2 Kasım 2005; ATF 132 III 71, Erdem, Eşit İşlem, s. 508-509'dan naklen). TTK kapsamında bilgi alma hakkının kullanılması ortaklık haklarının kullanımı için zorunlu olma koşuluna bağlı olmadığından anılan görüşün Türk hukukunda hâkim şirketin pay sahibinin bağlı şirketler hakkındaki inceleme hakkını kullanması bakımından uygulanabileceği kanaatinde değiliz.

⁷⁹ Öztek, s. 312.

⁸⁰ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 299.

⁸¹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 56, 59, 750. Yazar'ın atf yaptığı kararın künyesi şu şekildedir: BGE 132 III, 71. no. 1.4.

⁸² Şener, s. 514.

⁸³ Bilgili/Demirkapı, s. 508.

teme ibaresinin kullanıldığını, bilgi istemenin sorulan soruya yanıt verilmesini isteme anlamına geldiğini ve inceleme talebini de kapsamadığını, TTK m. 437 f. 4’te bağlı şirketler hakkında inceleme yapılması ile ilgili bir düzenleme yer almadığını, bu durumun bilinçli bir tercih olduğunu, bu şekilde Kanun Koyucu’nun şirketler topluluğundaki şirketlerin ayrı tüzel kişiliklere sahip olduklarını ve pay sahibinin inceleme hakkının kullanım şeklini de göz önünde bulundurarak, hâkim şirket pay sahiplerine bağlı şirket ticari defter ve yazışmaları üzerinde inceleme yapma hakkı tanımadığını ileri sürmektedir⁸⁴.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin önüne gelen bir olayda ilk derece mahkemesi, “Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirketin ortağı olduğunu, davalı şirkete pek çok kere keşide ettiği ihtarnamelerle çeşitli konularda bilgi talep ettiğini, davalı şirketin bunların hiçbirine olumlu yanıt vermediğini ileri sürerek davalı şirketin bağlı şirketlerle olan tüm ilişkilerinin dayanaklarını belgelerini ve yazışma ödeme belgelerini incelemek ve örnek almak için 2013 ve 2014 yılı ile 2015 yılı ilk üç aylık dönem için detaylı mizanlarının mali müşavir aracılığıyla incelenmek üzere azlığa izin verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, şirket yönetiminin pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkını haksız yere engelleyemeyeceği, TTK’nın 437. maddesi uyarınca davacı talebinin yerinde olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüyle son genel kurul tarihi olan 21.04.2015 tarihinde geriye doğru bir yıllık süreye dair davalı şirketin ve bu şirketin diğer bağlı şirketlerle olan ticari ilişki kapsamında defter kayıt ve belgelerinin resen seçilen mali müşavir aracılığı ile şirket merkezinde incelenmesi ve davacının bilgi alma ve inceleme yapmasına izin verilmesine kesin olarak karar verilmiş [...]” şeklinde bir karara varmıştır⁸⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi, hâkim şirket pay sahibinin bağlı şirketlere ait son yıllık finansal tabloları (kesin hesap ve bilanço) ve bunlara ilişkin denetim raporlarını inceleme talebi ile ilgili olarak mahkeme önüne taşınan olayda, “[...] bir grup şirketinde, hissedarın inceleme hakkı, hissedarın ilgili

⁸⁴ Dolu, s. 180. Ayrıca bkz. Dolu, s. 199, 210.

⁸⁵ İlk derece mahkemesinin kararının konu olduğu Y. 11. HD kararı için bkz. Y. 11. HD’nin, E. 2015/13786, K. 2017/1806, 27.03.2017 tarihli Kararı, <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 06.12.2017).

bulunduğu şirket veya şirketlerde mevcut olan tüm yazılı belgeleri kapsamaktadır. Eğer hissedar, ana şirket ile ilgili ise, ana şirketin iştirakleri ile ilgili belgeler de söz konusu olabilir. Davalının, davacı tarafından belirtilen şirketlere ilişkin yıllık hesap ve denetim raporlarını tasarrufunda bulundurduğu ihtilaf konusu edilmemiştir. Bu nedenle, davacı tarafından gösterilen belgeler olası bir inceleme hakkının konusunu teşkil etmektedir.” şeklinde bir değerlendirme yapmıştır⁸⁶.

Kanımızca, hâkim şirket pay sahiplerinin bağlı şirketler hakkında soru sormaya dayalı bilgi alma hakkını tamamlayan ve teyit eden inceleme hakkına sahip olup olmadığı konusunda TTK’nın suskunluğu, bu meseleyi olumsuz (negatif) olarak karara bağladığı⁸⁷ anlamına gelmemelidir. Böyle bir kanaat, hâkim şirket pay sahibinin bağlı şirketler hakkında bilgi alma hakkını kısıtlayıcı etki doğuracaktır⁸⁸. Halbuki bilgi alma hakkına ilişkin hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde hâkim şirket pay sahibine bağlı şirketler hakkında inceleme hakkının tanınması gerekir⁸⁹. Ancak bu konuda TTK’da bir boşluk olduğu aşıkardır⁹⁰ ve TMK m. 1 f. 1’in 2’nci cümlesi gereği yargıç boşluğu⁹¹ dolduracaktır. Diğer yandan hâkim şirket pay sahibine bağlı şirketler hakkında TTK m. 200 ile soru sorma hakkı tanınması TTK m.

⁸⁶ JdT 2006 I s. 543-555 1. Hukuk Dairesi- Davacı A. İştirak A.Ş. - Davalı B. A.Ş. (karar düzeltme talebi) 4C.81/2005, 2 Kasım 2005; ATF 132 III 71, Erdem, Eşit İşlem, s. 505’den naklen).

⁸⁷ Bu konuda bilgi için bkz. SEROZAN Rona, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 110-112; OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 20. Baskı, İstanbul, 2014, s. 96-99.

⁸⁸ İnceleme hakkının bulunmamasının mahkemeye başvuru hakkının kapsamını daralttığı hususunda bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 56.

⁸⁹ “Bir olayın pozitif bir düzenlemede yer almasının gerekliliği veya başka bir deyişle bunun eksikliğinin plâna aykırılık oluşturmaması, mevcut hukuk kurallarının (lex lata) bütününe amaca uygun değerlendirilmesi sonucunda tespit edilir [...]” (KIRCA Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C. 50, s. 92, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/291/2652.pdf>, 03.03.2018).

⁹⁰ “Tüm yorum yolları tüketildiği halde yasada somut uyumsuzluk olayına olumlu ya da olumsuz herhangi bir çözüm getiren kurala rastlanmazsa, yasada “açık boşluk” var demektir.” (Serozan, 108).

⁹¹ Boşluk kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. AKTAŞ Sururi, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1-2, 2010, s. 1 vd., http://eski.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2010%20XIV_1-1.pdf, (Erişim Tarihi: 03.03.2018).

437 f. 2 ile düzenlenen genel soru sormaya dayalı bilgi alma hakkı ile bağlantılandırıldığında bir istisna hükmü (*lex singularis*)⁹² olarak görülemez. Çünkü zaten bağlı şirketin işleri hâkim şirketin işleri kapsamında kalmaktadır. Bu kapsamda açık boşlukların doldurulmasında en önemli⁹³ ve ilk başta başvurulacak⁹⁴ araç kıyas olduğundan, TTK m. 437 f. 2’de düzenlenen “*Bilgi verme yükümü, 200 üncü madde çerçevesinde şirketin bağlı şirketlerini de kapsar.*” hükmü burada kıyasen uygulama alanı bularak, hâkim şirketin pay sahiplerinin bağlı şirketler hakkında inceleme hakkı talepleri karşılanmalıdır. Bu hak, hâkim şirketin hukuken erişimi olanağı bulunan muhteva üzerinde ve ancak pay sahibi olunan hâkim şirket nezdinde kullanılacaktır⁹⁵.

Hâkim şirketin pay sahiplerinin bağlı şirketler hakkında inceleme hakkına sahip olduğu sonucuna ulaştığımızdan, bu hakkın kapsamını tespit etmek gerekir.

Hâkim şirket pay sahibi, inceleme hakkı kapsamında bağlı şirketin belgelerini inceleme hakkına sahiptir⁹⁶. Ancak bu hakkın kullanılabilmesi için genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun kararı gerekmektedir (TTK m. 437 f. 4). İnceleme hakkının kural olarak genel kurulda kullanılacağına ilişkin görüşler bulunsun da⁹⁷, bu hakkın genel kurul dışında da ileri sürülmesi mümkündür⁹⁸. Genel olarak belgelerin genel kurula getirilmesi

⁹² İstisna hükmü hakkında detaylı bilgi için bkz. YONGALIK Aynur, “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 60 S. 1, s. 1 vd., <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1584/17169.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.03.2018).

⁹³ Kırca, s. 97.

⁹⁴ Serozan, s. 112; Oğuzman/Barlas, s. 116.

⁹⁵ Tekinalp, gelir tablosu ve bilanço dışında pay sahibine kopya talep etme imkânının tanınmadığını, ancak esas sözleşme hatta yönetim kurulu kararı ile bu hakkın başka belgelerle de teşmil edilebileceğini ileri sürmektedir (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 53).

⁹⁶ Erdem, inceleme hakkının ön koşulu olarak, pay sahibinin genel kurulda soru sormaya dayalı bilgi alma hakkını kullanmasında rağmen tatmin edici bilgi alamamış olmasını görmektedir (Erdem, Bilgi Alma Hakkı, s. 23). Benzer yönde bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 54. Krş. Bilgili/Demirkapı, s. 507 dn.1315; Kaya, Özel Denetim, s. 64-65.

⁹⁷ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 292 vd.; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 83; Kaya, Özel Denetim, s. 65; Dolu, s. 206. Genel kurul toplantısından önce inceleme hakkı sorunu ile ilgili olarak bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 54.

⁹⁸ Atalay, Bilgi Alma, s. 61; Pulaşlı, II, s. 1951. Ayrıca bkz. TTK m. 437 f. 4’ün gerekçesi. ETTK dönemi açısından bu yönde bkz. Ocak, s. 720 vd. Pasif bilgi alma hakkının kullanılabilirliği süre içerisinde de inceleme talebinin ileri sürülebileceğinin kabul edilmesi gerektiği

ve burada incelenmesi halinde toplantının tamamlanamaması tehlikesi ortaya çıkabilecekse bile⁹⁹, bu durum hakkın dürüstlük kuralına uygun olduğu sürece kullanılmasına engel olmamalıdır¹⁰⁰. Hâkim şirket pay sahibi bağlı şirket ile ilgili belgeleri¹⁰¹ şirketçe uygun görülen yerlerde¹⁰² inceleyebilir¹⁰³. Temsilci aracılığıyla inceleme hakkının kullanılması hususunda, temsilcinin diğer pay sahipleri veya meslekleri gereği sır saklama yükümlülüğüne

şeklinde bkz. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 295; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 83. Tekinalp ise, pay sahibinin izin istemini genel kuruldan genel kurul sırasında, sorularının cevaplarını tutanaktan değerlendiren pay sahibinin genel kurul dışında yönetim kurulundan isteyebileceğini ifade etmektedir (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 59). İstisnai haller için bkz. Kaya, Özel Denetim, s. 65.

⁹⁹ Bilgili/Demirkapı, genel kurula bazı belgelerin getirilmesi ve bu belgelerin incelenmesinin söz konusu olamayacağını aksi halde toplantının tamamlanamaması tehlikesinin ortaya çıkacağını ileri sürseler de (Bilgili/Demirkapı, s. 505), pay sahibinin bilgi alma hakkı belli belgelerin okunması veya incelenmesi şeklinde de karşılanabilir (Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 83). Böyle bir durumla özellikle istenilen bilginin okunması veya incelenmesi suretiyle daha iyi verilebileceği hallerde karşılaşılabılır (Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 295; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 83). Genel kurulda inceleme yapılması ile ilgili olarak ayrıca bkz. Dolu, s. 208.

¹⁰⁰ Krş. Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 93-94.

¹⁰¹ TTK m. 437 f. 4'te yer alan şirkete ait defter ve yazışmalar ifadesinin, şirket işleri gibi geniş yorumlanması gerekmekte olup, inceleme hakkı şirket tarafından tutulan her türlü kaydı kapsamaktadır (Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 85). Benzer yönde Özbek, s. 310; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 298; Atalay, Bilgi Alma, s. 62; Dolu, s. 207-208. "İBK m. 697 fıkra 3 uyarınca inceleme hakkı dâhilinde olan konular, şirketin "defter ve yazışmaları"dır. Ama yine de, incelenebilecek belgeler hakkında tahdidi bir sayım söz konusu değildir. Hatta ve hatta bu iki terim geniş yorumlanmalı ve şirketin tasarrufunda bulunan ve şirketin durumunun değerlendirilmesi de dâhil olmak üzere, ortaklık haklarının kullanımı için önemli olabilecek tüm yazılı belgeleri kapsar şekilde anlaşılmalıdır [...]" (JdT 2006 I s. 543-555 1. Hukuk Dairesi- Davacı A. İştirak A.Ş. - Davalı B. A.Ş. (karar düzeltme talebi) 4C.81/2005, 2 Kasım 2005; ATF 132 III 71, Erdem, Eşit İşlem, s. 505'den naklen). Krş. Bilgili/Demirkapı, s. 506 dn. 1312. Bağlı şirketin ticari defterlerin asıllarının kendi uhdesinde olacağını dikkate almak gerekir (TTK m. 64 ve m. 65).

¹⁰² Şirkete ait yerlerde inceleme yapılmak zorunda olduğu şeklinde bkz. Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 84. Kural olarak ticari defter veya yazışmaların bulunduğu yerde veya bilgi verme yükümlüsüne ait başka bir yerde kullanılacağı şeklinde bkz. Dolu, s. 212.

¹⁰³ Pay sahibinin inceleme sırasında not tutabileceği ancak fotokopi alamayacağı yönünde bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 59. Masrafi pay sahibine ait olmak üzere talep edilmesi halinde incelenen şirket evrakının ilgili bölümünün bir suretinin de verilmesi gerektiği yönünde bkz. Dolu, s. 212. Dava sonucunda talep edilen defter ve yazışmaların orjinallerinin incelenmesine karar verilebileceği gibi duruma göre istenilen belge ve dökümanların noterden onaylı birer suretlerinin de verilmesine hükmedilebileceği şeklinde bkz. Pulaşlı, II, s. 1953.

sahip kişiler arasından seçilmesi gerektiği ileri sürülse de¹⁰⁴, kanımızca bilgi alma hakkının sınırları¹⁰⁵ dikkate alındığında böyle bir gerekliliğin söz konusu olmayacağı söylenebilir¹⁰⁶. Diğer yandan TTK’da incelemenin bir uzman tarafından da gerçekleştirilebileceği düzenlenmektedir (TTK m. 437 f. 4). Uzman olarak belirlenen kişiye itiraz edilebileceği ve uzmanın sır saklama yükümlülüğü olan kişilerden biri olmasının zorunlu olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁷. Kanımızca bu halde de bilgi alma hakkının sınırlarına dayanılması yeterli gözükmemektedir¹⁰⁸.

5. SINIRLARI

TTK m. 437 f. 3’te, “Bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir.” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır.¹⁰⁹ Pulaşlı, TTK’da bağlı şirketler hakkında bilgi verilmesinden kaçınılabilecek hallerde yer verilmediğini, ancak bunun bilgi verilmesinden kaçınılabileceği anlamını ifade etmeyeceğini, dolayısıyla bu konudaki kaynak kanun olarak nitelendirdiği Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’ndaki düzenlemelerden, koşulların mevcut olması halinde ve uygun düştüğü ölçüde yararlanılması kanaatinde olduğunu ifade etmektedir¹¹⁰. Kanımızca, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’ndaki düzenlemelerden burada faydalanmaya gerek bulunmamaktadır¹¹¹. TTK’nın bilgi alma hakkı ile ilgili

¹⁰⁴ Karasu ve Bulut, aksi halde şirket sırlarının rakiplerin eline geçebileceğinden bahsederek, bu konuda şirket esas sözleşmesine bir hüküm konulmasını önermektedirler (Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 81; Bulut, s. 31).

¹⁰⁵ Bkz. aşağıda Bölüm I/5.

¹⁰⁶ Benzer yönde bkz. Dolu, s. 100.

¹⁰⁷ Şener, s. 516. Bilgili/Demirkapı’ya göre, bu fikrin kabulü sır saklama yükümlülüğü bulunan meslek mensuplarından biri aracılığıyla incelemede bulunulması aynı zamanda şirketin koruyan bir düzenleme halini almaktadır (Bilgili/Demirkapı, s. 509 dn. 1326). Uzman marifetiyle inceleme hakkı kullanılması durumunda uzman ve pay sahibinin her ikisinden de gerektiğinde sır saklama taahhüdünün istenebilmesi gerektiği yönünde bkz. Kaya, Özel Denetim, s. 65.

¹⁰⁸ Dolu, s. 211.

¹⁰⁹ Bu sınırı bilgi alma hakkının objektif sınırı olarak değerlendirebiliriz (Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 263; Sulu, s. 89; Dolu, s. 127 vd.). Krş. Pulaşlı, II, s. 1942.

¹¹⁰ Pulaşlı, II, s. 1937. Ayrıca bkz. Pulaşlı, II, s. 1938 dn. 749.

¹¹¹ Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nda şirket sırrı ölçütü yerine yönetim kurulunun pay sahibinin bilgi istemini reddedebileceği hallerin sayıldığı şeklinde bkz. Ocak, s. 726. Bu haller

getirdiği sistematik dikkate alındığında, bu hususta bir boşluk bulunmadığı ortadadır. Dolayısıyla, TTK m. 437 f. 3 hükmü, hâkim şirket pay sahibinin bağlı şirketler hakkında bilgi alma hakkı için de uygulama alanı bulacaktır¹¹².

Pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanarak bilinçlenmesinin şirketin çıkarlarıyla çatışmaması gerekir¹¹³. Menfaat kıstasında hem hâkim şirketin hem de hakkında bilgi talep edilen bağlı şirketin menfaatleri dikkate alınmalıdır¹¹⁴. Anonim şirket pay sahipleri bakımından, pay sahiplerinin çıkarları ile şirketin çıkarı aynı olmayıp¹¹⁵, pay sahiplerinin yasal düzenlemeler kapsamında şirketle rekabet etmeme yükümlülükleri de bulunmamaktadır¹¹⁶. *Karasu*’nun haklı olarak ifade ettiği üzere, şirketle rekabet halinde bulunan bir pay sahibi için şirket sırları olağanüstü bir anlam ifade eder¹¹⁷. Anonim şirketlerin de kendilerine ait bit gizlilik alanı mevcuttur¹¹⁸. Bu kapsamda mevcut düzenleme; soru sormaya dayalı bilgi alma hakkı, inceleme hakkı ve dava yoluyla bilgi temini bakımından bir sınır¹¹⁹ oluşturmaktadır¹²⁰.

için bkz. Pulaşlı, II, s. 1938.

¹¹² Okutan Nilsson, s. 537; Akın, s. 159. İnceleme hakkı bakımından bkz. Kaya, Özel Denetim, s. 65.

¹¹³ Gürbüz Usluel, s. 169.

¹¹⁴ Okutan Nilsson, s. 537. Bağlı şirketlerin menfaatlerinin de dikkate alınacağı yönünde bkz. Öztekin, s. 306.

¹¹⁵ Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 90; Bulut, s. 43. Aytaç, anonim şirketin menfaatinin pay sahibinin menfaatinden önce geleceğini, açıklanmalarında şirket menfaatlerinin tehlikeye düşeceği veya zarar göreceği durumlarda, pay sahibinin bilgi alma hakkının ikinci planda kalmasının veya feda edilmesinin gerektiğini ifade etmektedir (Aytaç, s. 76, 81). Benzer yönde bkz. Pulaşlı, II, s. 1947-1948.

¹¹⁶ Nomer, s. 134; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 255; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 90; Bulut, s. 43.

¹¹⁷ Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 90. Kaya, şirketle rekabet içinde olan pay sahiplerinin genel kurulda öğrendikleri bilgileri bizzat rekabet amaçlı kullanmak suretiyle şirkete zarar vermelerinin her zaman mümkün olduğuna dikkat çekmektedir (Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 257). Ayrıca bu konu ile ilgili olarak bkz. Gürbüz Usluel, s. 170; Karasu, Emredici Hükümler, s. 138.

¹¹⁸ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 255 vd.; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 90; Bulut, s. 43; Sulu, s. 70; Pulaşlı, II, s. 1928. “Sırların saklanması evveleminde münferit pay sahiplerine karşıdır.” (Aytaç, s. 79).

¹¹⁹ Öztekin’e göre, “şirket sırrı” kavramı, bilgi alma hakkı yönünden azınlık pay sahiplerine bu hakkın sağlayabileceği yararları önemli ölçüde azaltmaktadır (Öztekin, s. 320).

¹²⁰ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 263; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 88; Bilgili/Demirkapı, s. 506. Ayrıca bkz. TTK m. 437 f. 3’ün gerekçesi.

Şunu önemle belirtmek gerekir ki, hâlihazırdaki TTK düzenlemesi kapsamında¹²¹ “şirket sırrı”¹²² ve “şirket menfaatleri”¹²³ kavramlarının içeriği

121 Gürbüz Usluel, “şirket menfaati” ve “şirket sırrı” şeklinde iki ayrı kavramın kullanılmasını gereksiz bulmakta olup bu durumu, “[...] ekonomik temellere dayanan anonim şirketlerin her türlü menfaatinin iktisadi olacağı, bunu karşılayan kavramın ise ticari sır olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle anonim şirket menfaati ve anonim şirketin ticari sırrı kavramlarının aynı olduğu ve aynı olguları karşıladığı ifade edilmelidir.” şeklinde gerekçelendirmektedir (Gürbüz Usluel, s. 167). ETTK döneminde Kaya, “Pay sahibinin bilgi alma hakkı, ortaklık sırrını veya eşdeğer anlamıyla ortaklık menfaatini ihlal etmediği müddetçe mevcuttur.” şeklinde bir değerlendirme yaparak bu iki kavramın birbiri yerine kullanıldığına işaret etmiştir (Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 260). Yazar, Türk hukukunda şirket sırrı kavramının korunması gereken şirket menfaatleri şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 266. Ayrıca bkz. Ocak, s. 736.

122 “Şirket sırrında, rakip bir şirketin bilmediği, öğrenmemesi gereken, şirketin zararına kullanılabileceği, elde etmek için çalıştığı, peşinde olabileceği “bilgi” ölçüsü kabul edilebilir. Rakiplerin ulaşabileceği, çeşitli kaynaklar aracılığı ile elde edebileceği, verileri ve bilgileri kullanarak yorumlama/değerleme ile çıkarılabileceği bilgiler sır olamaz.” (TTK m. 437 f. 3 gerekçesi). Gürbüz Usluel, bir işletme veya şirkete ilişkin sırların tümünün ticari sır olarak nitelendirilmesi gerektiğini, şirketler hukuku anlamında şirket sırrı diye yeni bir sırrı tanımlamaya çalışmanın ve bunu isimlendirmenin uygun olmadığını ifade ederek çalışmasında “şirket sırrı” yerine “ticari sır” kavramını kullanmaktadır (Gürbüz Usluel, s. 54, 162 vd.). Ayrıca bkz. Nomer s, 99; Sulu, s. 70. Nomer, iş sırrı yerine şirket sırrı kavramının kullanılmasının anonim şirketin üçüncü kişilere veya pay sahiplerine karşı açıklanması gereken sakıncalı tüm sırları içeren bir kavram kullanılmış olacağını ifade etmektedir (Nomer, s. 92-93). Karasu, şirketin, sırlarının gizli tutulmasında haklı bir menfaatin bulunup bulunmadığı konusunda dar bir ölçüt alınmamasının gerektiğini ve öğretide, açıklandığı takdirde şirketin menfaatlerine zarar verebilen her olay veya hususun gizli tutulmasında şirketin menfaatinin olduğunun kabul edildiğini ifade etmektedir (Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 89). Pay sahibinin bilgi alma hakkının sınırı olan şirket sırrı konusunda detaylı bilgi için bkz. Öztekin, s. 318 vd; Nomer, s. 93-94; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 263 vd.; Gürbüz Usluel, s. 170 vd. Türk-İsviçre hukukunda bir hususun şirket sırrı olup olmadığının takdiri ve değerlendirmesinin yargıca ait olduğu yönünde bkz. Pulaşlı, Özel Denetçi, s. 590.

123 “Şirket menfaatlerinin zarara uğraması, şirket işletmesinin, bağlı şirketlerinin, müşteriler çevresinin, dağıtım kanallarının ve ilişkilerinin vs.’nin kayba uğraması veya bu nitelikte pek de uzak olmayan bir tehlikenin varlığı demektir. Zarar ile sadece malvarlığı zararı kastedilmemiştir.” (TTK m. 437 f. 3 gerekçesi). Şirket menfaati ile ilgili bilgi için bkz. Bulut, s. 44; Şener, s. 514-515; Helvacı/Çamurcu/Türkyılmaz, s. 309 vd.; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 58-59.

tam olarak belirlenmemiştir¹²⁴. Şirket sırrı kavramı¹²⁵ ile ilgili olarak, mutlak¹²⁶ ve nispi¹²⁷ şirket sırları şeklinde bir ayrıma gidilmekte olup¹²⁸, bilgi alma hakkının sınırını nispi şirket sırrı oluşturmaktadır¹²⁹.

Pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanması, hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilir ise pay sahibinin bilgi alma veya inceleme talebi reddedilebilecektir¹³⁰. Bilgi alma hakkı yabancı amaçlarla kullanılırsa bura-

¹²⁴ “Hüküm, (esinlenen İsv. BK m. 697 (2)’de olduğu gibi) ne “şirket sırrı” ne de “korunması gereken şirket menfaati” kavramlarını tanımlamıştır. Bunun sebebi, dar veya geniş bir tanımla uygulamayı dondurmamak veya genişletmemek özenidir.” (TTK m. 437 f. 3’ün gerekçesi). Tekinalp, TTK’nın bir tanım vermekten kaçınmasının sebebi olarak, “şirket sırrı” ve “ticaret sır” terimlerinin çeşitli yerlerde farklı varsayımlarla bağlantılı olarak kullanılması ve mezkur kavramın anlayış ve yaklaşımlarla değişen bir içeriğe sahip olmasını görmektedir (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 58). Yazar’a göre ticaret ve şirketler hukukunda bu kavram bugün yirmi yıl öncesiyle kıyaslanamayacak kadar daralmıştır (Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 58). Bu konuda dikkate alınabilecek ölçütler için bkz. Pulaşlı, II, s. 1945-1946. Paşlı, ETTK bakımından ticari sır kavramının tanımlanmamış olması sebebiyle izin verebilecek yetkililerin bu hususta oldukça geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını ve söz konusu hakkın ETTK bakımından pay sahiplerine işlevsel bir fayda sağlamadığının görüldüğünü ifade etmektedir (Paşlı, s. 104).

¹²⁵ “Bir şirketin hammadde kaynakları, bu kaynakların yeterli olup olmadığı, diğer şirketlerle rekabet şansı ticari sır olarak kabul edilemez, ancak, bir kimya endüstrisinin üretimde kullandığı formüller, bir şirketin imalat sırları, ticari sır teşkil eder, çünkü bunlar yatırımcıyı ve ortakları ilgilendirmez. Onları ilgilendiren, yapılan üretimin rekabet şansı, kârlılığıdır.” (Üçışık, s. 12).

¹²⁶ “[...] bir kanun hükmü sonucu ya da şirketin bir sözleşme ilişkisi nedeniyle sahibinin iradesi dışında açıklayamayacağı, başka bir ifade ile sırrın kullanımının, şirketin iradesinde olmadığı gizli bilgilerdir.” (Gülbüz Usluel, s. 169). Benzer yönde bkz. Pulaşlı, II, s. 1942. “[...] açıklanmalarında ortaklığın yanı sıra, kamunun da zarar göreceği sırlardır; ne üçüncü kişilere ne de genel kurulda açıklanabilirler.” (Aytaç, s. 80). Aynı yönde bkz. Ocak, s. 732. Bu tür sırlar pay sahipleri de dahil olmak üzere üçüncü kişilere açıklanamaz (Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 267; Bulut, s. 41, Pulaşlı, II, s. 1942).

¹²⁷ “[...] mutlak sırrın dışında kalan, bizzat ortaklığın menfaati gereği gizli tutulması gereken sırlardır.” (Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 267). Aynı yönde bkz. Gülbüz Usluel, s. 169; Pulaşlı, II, s. 1942. “[...] saklanması ortaklığın yararına olan ve açıklanıp açıklanmaması ortaklık organlarıncı kararlaştırılacak olan sırlardır.” (Aytaç, s. 80). Aynı yönde bkz. Ocak, s. 732. Benzer yönde bkz. Bulut, s. 41.

¹²⁸ Nomer, s. 93 dn. 354.

¹²⁹ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 265; Gülbüz Usluel, s. 169; Bulut, s. 41. Keza Dolu, bir bilginin nispi sır niteliği taşıması halinde açıklanıp açıklanmaması noktasında bir takdir hakkının söz konusu olacağını ifade etmektedir (Dolu, s.133).

¹³⁰ Aytaç, s. 76-77; Nomer, s. 92 dn. 348; Ocak, s. 731; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 255, 270 vd.; Gülbüz Usluel, s. 169; Atalay, Bilgi Alma, s. 60 vd.; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 51

da hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilecektir¹³¹. Bağlı şirketle rekabet halinde olan bir pay sahibinin bilgi alma hakkını bir temsilci aracılığıyla kullanmasının gerekli olup olmadığını ise TMK m. 2 kapsamında her bir somut bilgi alma ve inceleme talebi özelinde değerlendirmek gerekir¹³².

II. HAKKIN DAVA YOLUYLA KULLANILMASI

1. GENEL OLARAK

TTK m. 437 f. 5'te "Bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen on gün içinde, diğer hâllerde de makul bir süre sonra şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Başvuru basit yargılama usulüne göre incelenir. Mahkeme kararı, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebilir. Mahkeme kararı kesindir." şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır¹³³.

Bağlı şirketlerle ilgili inceleme hakkının kullanılmasında olduğu gibi, dava yoluna başvuru hakkında da TTK'da ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. *Tekinalp*, bir taraftan TTK m. 437 f. 5'in burada kıyas yoluyla uygulanamayacağını çünkü anılan hükmün hem soru sormaya dayalı bilgi alma hakkı hem de daha çok inceleme hakkına uygun bir içeriğe sahip olduğunu, TTK m. 200'ün ihlali halinde şartları varsa genel kurulun iptali davası veya yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davası açılabileceğini ifade ederken, diğer taraftan bilgi verilmesini sağlayıcı bir eda davası açılabileceğini, bu davanın dayanağını kanuni bir hakkın ihlalinin oluşturduğunu ileri sürmek-

vd.; Dolu, s. 127; Pulaşlı, II, s. 1932 vd. Hakkın kötüye kullanılmasını bilgi alma hakkının subjektif sınırı olarak değerlendirebiliriz (Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 270; Dolu, s. 127). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 271 vd.

¹³¹ Aytaç, s. 77; Ocak, s. 732.

¹³² Şirketle rekabet eden pay sahibinin temsilci kullanmak zorunda olduğu yönünde bkz. Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 96; Bulut, s. 49. Hakların sakınılarak kullanılması ilkesine aykırı olarak bilgi alma hakkının kullanılması halinde talebin reddedilmesi ile ilgili olarak bkz. Bulut, s. 21, 49; Dolu, s. 128-129.

¹³³ ETTK m. 363'te böyle bir düzenleme yapılmamış olmasının maddenin temel eksikliği olduğu yönünde bkz. Üçışık, s. 16-17. Karasu, mahkemeye başvurunun bilgi alma hakkının en önemli ayağını oluşturduğunu ifade etmektedir (Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 97). Bulut, genel kurul dışında da bilgi alma hakkı söz konusu olduğu için buradaki sürenin genel hükümlerdeki gibi en az bir yıl olması gerektiğini ileri sürmektedir (Bulut, s. 57).

tedir¹³⁴. *Dolu* ise bağlı şirket hakkında TTK m. 437 f. 2'ye göre yöneltilebilir bilgi alma talebi reddedilirse bundan dolayı TTK m. 437 f. 5'e göre dava açılabilirliğini ancak hak sahibinin TTK m. 437 f. 4'e göre bağlı şirket evrakında inceleme talep edemeyeceği görüşünü dikkate alarak inceleme talebinin reddi halinde bu istemle dava açılmayacağı kanaatinde¹³⁵. Kanımızca, TTK m. 437 f. 2'deki açık düzenleme dikkate alındığında, TTK m. 200 kapsamında kalan bilgi alma ve inceleme talepleri bakımından da TTK m. 437 f. 5'in uygulanması hususunda şüphe duymamak gerekir. Diğer yandan inceleme hakkı bakımından burada bir boşluk olduğu kabul edilse dahi¹³⁶, inceleme hakkının kullanılması ile ilgili benimsediğimiz görüşümüzün dava yoluna başvuruda da dikkate alınabileceği kanaatindeyiz. Bu kapsamda, dava yoluna başvuru, bağlı şirketler hakkındaki talepler bakımından da uygulama alanı bulacaktır¹³⁷. Bilgi alma veya inceleme talebi cevapsız bırakılan¹³⁸ veya reddedilen¹³⁹, ertelenen ya da TTK m. 200 kapsamında bilgi alamayan pay sahibinin TTK m. 437 f. 5 uyarınca dava yoluna başvurma hakkı bulunmaktadır¹⁴⁰.

¹³⁴ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 751.

¹³⁵ *Dolu*, s. 217-218.

¹³⁶ ETTK döneminde yasal düzenleme altına alınmamış olan mahkemeye başvuru hakkının açık kanun boşluğu oluşturup oluşturmadığı ile ilgili olarak bkz. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 313-314.

¹³⁷ Okutan Nilsson, s. 537.

¹³⁸ Talebin cevapsız bırakılması hesap verme ilkesine uymayan yetersiz cevapları da kapsar (TTK m. 437 f. 5'in gerekçesi).

¹³⁹ İnceleme talebinin herhangi bir sebep gösterilmeksizin reddedilmesi halinde bunun şirket sırrı gerekçesiyle geri çevrildiği şeklinde anlaşılması gerektiği hususunda bkz. Öztekin, s. 314. Yazar, İsviçre Kanun Koyucusu'nun "şirket menfaati" ile "şirket sırrı" terimlerini eş anlamlı olarak kullandığını ifade etmektedir (Öztekin, s. 319).

¹⁴⁰ Atalay, bilgi alma hakkının genel kurulda veya genel kurul dışında kullanılmış olmasını ve bu yöndeki talebin haksız olarak reddedilmesini özel dava şartları olarak kabul etmektedir (Atalay, Bilgi Alma, s. 67-68). Aynı yönde bkz. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 324-327. Olumlu – olumsuz dava şartı şeklindeki bir ayrım için bkz. *Dolu*, s. 218-219; Pulaşlı, II, s. 1953. Ayrıca bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 61. Dava şartları gerçekleşmeden davanın esası incelenemez (PEKCANİTEZ Hakan, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, c. II, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 927). Kanunda düzenlenen bir hususun dava şartı olup olmadığının tespitinde belirtilen şartın davanın esasını incelemeye engel olup olmadığına ve yargıç tarafından re'sen dikkate alınıp alınmayacağına da bakmak gerekir (Pekcanitez, s. 950). Bir hususun varlığı veya yokluğu, mahkemenin davayı esastan inceleyip karara bağlamasına engel oluyor ve yargıç o hususu re'sen gözetmekle yükümlü ise, o husus bir dava şartıdır (KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, c. II, 6. Baskı, Demir Demir

Pay sahibi, dava yoluna başvurarak, belirli bir veya birden fazla konu hakkında kullanmak istediği hakkın engellenmesi nedeniyle oluşan hak ihlaline son verilmesi talebinde bulunur¹⁴¹. Bilgi alma ve inceleme hakları birbirinden bağımsız haklar olduğundan¹⁴² dava açılabilmesi için bu hakların her ikisinin de kullanılmış olması zorunluluğu yoktur¹⁴³. Acaba, mahkemeye başvurunun bir dava olmayıp çekişmesiz yargı işi olduğu düşünülebilir mi? 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”)¹⁴⁴ m. 382’ye göre, çekişmesiz yargıdan bahsedilebilmesi için; ilgililer arasında uyumsuzluk bulunmaması, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunmaması ve hâkimin resen harekete geçmesi kriterlerinden en az birinin varlığı gerekmektedir¹⁴⁵. Ayrıca madde metninde tahdidi bir sayım olmamakla birlikte çekişmesiz yargı işi kabul edilecek haller sayılmıştır¹⁴⁶. Böylelikle çekişmesiz yargıya ait olan işler hakkındaki tereddütlerin giderilmek istendiği ifade

Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 1344-1345). Dava şartları maddi hukuka ilişkin haklılık sebeplerinden önce incelenmelidir (HANAĞASI Emel, Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 295-296). Ön incelemede hâkimin davanın esasına girilmesini engelleyen bir sebebin varlığını tespit etmesi halinde usule ilişkin bir kararla davayı sona erdirmesi gerekir (ÖZEKES Muhammet, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, c. II, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1280). “[...] Bilgi edinme talebinin genel kurulda kullanılmış ve haksız olarak reddedilmiş olması şartları yerine gelmemiştir. [...] 20 Haziran 2001 tarihli genel kurulda veya en azından bu tarihten önce davacının bilgi edinmeye yönelik herhangi bir talebi bulunmadığından, bilgi edinme talebinin esasına girilmesine gerek bulunmamaktadır [...]” (JdT 2006 I s. 543-555 1. Hukuk Dairesi- Davacı A. İştirak A.Ş. - Davalı B. A.Ş. (karar düzeltme talebi) 4C.81/2005, 2 Kasım 2005; ATF 132 III 71, Erdem, Eşit İşlem, s. 511’den naklen). Bu kapsamda hükmün sözü ve özünden, bilgi alma hakkının kullanılmış olması ile taleplerin cevapsız bırakılmasının, haksız olarak reddedilmesinin, ertelenmesinin veya m. 200 anlamında bilgi alınamamış olunması vakıalarının özel dava şartları olduğunun kabulü gerekir.

¹⁴¹ Atalay, Bilgi Alma, s. 64.

¹⁴² Kaya, Özel Denetim, s. 63-64; Dolu, s. 196; Pulaşlı, II, s. 1950.

¹⁴³ Öztekin, s. 316; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 281, 324; Atalay, Bilgi Alma, s. 68.

¹⁴⁴ RG 4.2.2011 - 27836.

¹⁴⁵ Atalı, bu üç ölçütten en azından biri sebebiyle bir işin çekişmesiz yargı alanına girip girmediğinin belirlenmesinin ciddi bir değerlendirmeyi gerektirdiğini ifade etmektedir (ATALI Murat, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, c. III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2109). Ayrıca bkz. Ayoğlu, s. 119 dn. 264.

¹⁴⁶ HMK m. 382 f. 2 b. e’de ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri sayılmış olup, bunlar arasında bilgi alma hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işleri için bkz. KURU Baki, Nizasız Kaza, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961, s. 104-110, (“Nizasız Kaza”).

edilmektedir¹⁴⁷. Bilgi alma hakkı bakımından, taraflar arasında bilginin verilip verilmeyeceğine ilişkin bir uyumsuzluk olması, pay sahibinin ve şirketin ileri sürebilecekleri haklarının varlığı ve hâkimin re'sen harekete geçemeyeceği dikkate alındığında Türk hukuku açısından bilgi alma hakkı için çekişmesiz yargıdan bahsedilemeyeceği açıktır¹⁴⁸. Bu nedenle burada çekişmeli yargı işi söz konusu olduğundan, pay sahibi mahkemeye dava yoluyla müracaat eder¹⁴⁹. Mahkemeden istenen hukuki korumanın türüne göre de burada bir eda davasının varlığından söz edilecektir¹⁵⁰. Yani mahkeme davayı kabul kararı ile yönetim kurulunun esasları belirtilen şekilde bilgi vermesine veya inceleme olanağı tanınmasına hükmeder¹⁵¹.

ETTK'da mahkemeye başvuruya ilişkin bir hüküm olmadığından ötürü bilgi alma ve/veya inceleme talebiyle mahkemeye yapılacak müracaatın, pay sahibinin bilgi alma talebinin reddine ilişkin genel kurul kararının iptaline yönelik bir dava olmasının düşünüldüğü de ifade edilmektedir¹⁵². Atalay, “[...] ilk derece mahkemeleri eskiden kalan bir alışkanlıkla olsa gerek, bilgi alma ve inceleme talebiyle yapılan müracaat, “değişik iş” olarak kayda alınmakta ve mahkemelerce, pay sahibinin iptal davası açma hakkı bulunduğu ve delillerin tespiti bu bakımdan hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle taleplerin reddedildiği gözlenmektedir.” şeklinde bir tespitle bulunarak hâlihazırda uygulamada meselenin benzer şekilde ele alındığını

¹⁴⁷ AKKAN Mine, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, c. I, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 102.

¹⁴⁸ Burada çekişmesiz yargının söz konusu olduğu hususunda bkz. Ayoğlu, s. 119 vd. Alman Hukuku'nda mahkemeye başvurunun “freiwillige Gerichtsbarkeit” hükümlerine tabi tutulduğu yönünde bkz. Pulaşlı, II, s. 1952 dn. 814; “freiwillige Gerichtsbarkeit” kavramının Alman hukukunda çekişmesiz yargı yerine kullanıldığı yönünde bkz. Kuru, Nizasız Kaza, s. 1 dn. 2. Ancak Pulaşlı'nın, bu kavramı “çekişmesiz yargı” yerine “tahkim” şeklinde tercüme ettiğini belirtmemiz gerekir (Pulaşlı, II, s. 1952 dn. 814).

¹⁴⁹ Atalay, Bilgi Alma, s. 64. Bilgi alma hakkının kullanılmasının çekişmeli yargının konusunu oluşturması gerektiği hususunda bkz. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 331.

¹⁵⁰ Öztekin, 316; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 323; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 97; Bilgili/Demir-kapı, s. 508; Karasu, Emredici Hükümler, s. 75; Atalay, Bilgi Alma, s. 65; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 60; Dolu, s. 213 vd. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Atalay, Bilgi Alma, s. 65 vd.

¹⁵¹ Kaya, Özel Denetim, s. 81-82.

¹⁵² Bkz. Atalay, Bilgi Alma, s. 66; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 60-61; Dolu, s. 41. ETTK dönemine ilişkin bir değerlendirme için bkz. Öztekin, s. 315 vd.

belirtmektedir¹⁵³. Böyle bir yaklaşım karşısında her iki davanın konusunun birbirinden farklı olduğunu belirtmek gerekir. Bilgi alma veya inceleme talebinin yerine getirilmesi için mevcut olan dava hakkı, genel kurulun iptali davası açma hakkından bağımsızdır¹⁵⁴ ve farklı işlevleri vardır¹⁵⁵. Gerçekten genel kurul kararının iptal edilmesi halinde pay sahibinin bilgi alma hakkını kullanmak için tekrardan yetkili organlara başvurması gerekeceğinden genel kurul kararının iptaline karar verilmesi pay sahibinin taleplerini doğrudan karşılayacak bir hüküm olmayacaktır¹⁵⁶.

Hak düşürücü sürenin başlangıcının belirlenmesi hususunda, pay sahibince şirkete karşı yapılan talebin şirketin yetkili organları tarafından reddedildiği ya da redde eşdeğer olacak biçimde yeterince karşılanmadığı haller

¹⁵³ Atalay, Bilgi Alma, s. 66.

¹⁵⁴ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 320; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 50, 60; Pulaşlı, II, s. 1952.

¹⁵⁵ Karasu, ölçülük ilkesi gereği bir pay sahibinin genel kurulda bilgi alma hakkı ihlal edilmesine rağmen diğer pay sahipliği hakları bu kısıtlamadan etkilenmemişse, pay sahibinin genel kurulun iptali davası açmak yerine mahkemeye m. 437 f. 5'e dayanarak başvurması gerektiğini ifade etmektedir (Karasu, Emredici Hükümler, s. 76). Yazar, pay sahibinin bu yolla ihtiyacı olan bilgiye, daha hızlı ve kolay sahip olabileceğini ve dolayısıyla genel kurul kararının iptalinde korunmaya değer hukuki bir menfaati bulunmazken bilgi alma hakkının ihlal edildiği genel kurulda alınan kararın sadece bu nedenle iptal edilmesinin şirket ve diğer pay sahiplerine zarar vereceğini ifade etmektedir (Karasu, Emredici Hükümler, s. 76). Bu konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. Bulut, s. 54 dn. 242, 55, 62; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 54. İnceleme hakkı bakımından Krş. Pulaşlı, II, s. 1951. Y. 11. HD'nin E. 2016/5401, K. 2017/4832 sayılı 28.9.2017 tarihli Kararına konu olan olayda ilk derece mahkemesi, "[...] bilgi alma ve inceleme hakkının TTK'nın 437. maddesi gereğince davaya konu yapılabileceği ancak bilgi alma hakkının ihlali sebebiyle genel kurul toplantısında yanlış bir karar alınmış olması bir başka deyişle bilgi vermeme ile alınan kararlar arasında illiyet bağının bulunması halinde kararların iptalinin söz konusu olabileceği, davacıların bilgi alma hakkının ihlali sebebiyle yanlış bir karar alındığına dair somut bir iddia ve delillerinin bulunmadığı [...]" şeklinde bir değerlendirme yapmıştır (<http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 06.12.2017). "İBK m. 706'ya dayanılarak açılan bir davada davacı, talep ettiği bilgilerin ortaklık haklarının kullanımı için zorunlu olduğunu ispat etmek, bir başka ifade ile kararın neticesi ile bilgi edinme hakkının ihlali arasında illiyet bağı olduğunu ispatlamakla yükümlüdür [...]" (İsviçre Federal Mahkemesi'nin 19 Nisan 2017 tarihli 4C.419/2006/crz sayılı kararı, Erdem, Eşit İşlem, s. 517'den naklen).

¹⁵⁶ Öztekin, s. 315-316; Ocak, s. 740; Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 321; Şahin, s. 178. Bilgili/Demirkapı, TTK m. 437 f. 5 ile getirilen düzenlemenin varlığı karşısında pay sahibinin genel kurul tarafından verilen ret kararının iptalini talep etmekte bir menfaatinin bulunduğundan söz edilemeyeceğini ifade etmektedirler (Bilgili/Demirkapı, s. 507).

dikkate alınacaktır¹⁵⁷. Bilgi alma hakkının genel kurulda kullanıldığı hallerde mahkemeye başvuru süresi genel kurul toplantısının yapıldığı günden itibaren başlayacaktır¹⁵⁸. Yönetim kurulunun talebi reddetmesi halinde ise süre, ret kararının pay sahibine bildirilmesinden itibaren başlayacaktır¹⁵⁹. Talebin reddedilmesi dışındaki hallerde, her hâlükârda, makul bir süre içerisinde davanın açılması gerekecektir¹⁶⁰. Bağlı şirketler hakkında sorulan soruların cevaplanmasının belirli bir zaman ve araştırma gerektirecek nitelikte olabilmesi, genel kurulda sözlü cevap verilen husuların daha sonra yazı ile kuvvetlendirilmesi ihtimalleri makul sürenin takdirinde dikkate alınmalıdır¹⁶¹.

2. İSPAT

Kural olarak davacı tarafından, iddia ettiği somut vakıaların bilgi alma hakkına ilişkin uygulanacak hukuk kuralındaki koşul vakıaları karşıladığı ispat edilmelidir¹⁶². Bu koşul vakıalar pay sahibinin somutlaştırılmış bir bilgi alma veya inceleme talebinin varlığı, talebin reddinin haksız olduğu ve eğer iddia ediliyorsa pay sahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel

¹⁵⁷ Atalay, Bilgi Alma, s. 67. Hak düşürücü süre olduğu yönünde bkz. Dolu, s. 219.

¹⁵⁸ Atalay, Bilgi Alma, s. 67; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 61; Pulaşlı, II, s. 1954.

¹⁵⁹ Atalay, yönetim kuruluna başvurulup, ret kararı verilmesi halinde sürenin karar tarihinden başlayacağını ileri sürmektedir (Atalay, Bilgi Alma, s. 67). Atalay'ın bu görüşü hamiline yazılı pay senedi sahipleri bakımından dikkate alınabilir keza; hamiline yazılı pay sahibi bilgi alma veya inceleme talebinde bulunurken bir iletişim bilgisi belirtmezse şirketin ayrıca bu kişinin adresini araştırarak bu adrese bildirim yapmasını beklememek gerekir. Ayrıca Krş. Pulaşlı, II, s. 1954.

¹⁶⁰ Atalay, Bilgi Alma, s. 67. Makul süre geçtikten sonra davanın açılması gerektiği yönünde bir görüş için bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 507. Akla yatkın bir süre sonra davanın açılması gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 97; Karasu, Emredici Hükümler, s. 75. Makul süre ile özel hukuktaki ilişkilere uygulanacak yargılama usulüne göre dava açma sürelerinin kastetildiği yönünde bkz. Bulut, s. 57-58.

¹⁶¹ “Makul sürenin takdirinde, istenen bilginin hazırlanması için yapılacak çalışmanın ve incelenecek evrakın kapsamı ile, inceleme talebinin karşılanabilmesi için uygun ortamın hazırlanmasına yetecek bir sürenin ne olacağı sorusuna cevap aranmalıdır.” (Atalay, Bilgi Alma, s. 67).

¹⁶² Atalay, Bilgi Alma, s. 69. “Hukuki anlamda ispat, (özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından) bir iddianın veya vakıanın doğruluğu konusunda hakimi ikna etmeye yönelik bir faaliyettir [...]” (KONURALP Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Sınırlarının Zorlanan Sınırları, Tıpkıbasım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 9). İspat ile ilgili bilgi için bkz. ATALAY Oğuz, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, c. II, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 1585 vd., (“İspat”).

kurul dışında bir konuda bilgi verilmiş olduğudur¹⁶³. Davalı şirket ise, pay sahibinin bilgi alma hakkını doğuran “hak doğurucu norm” karşısında bilgi verilmemesini “hakkı engelleyici bir norm” niteliğindeki TTK m. 437 f. 3’e ve/veya TMK m. 2’ye dayandırırsa bu vakıa iddialarını ispat etmelidir¹⁶⁴.

Acaba Türk Mahkemeleri, önüne gelen bu davada hangi ispat ölçüsünü¹⁶⁵ arayacaktır? Bir somut vakıa iddiasının ispatında kesinlik sınırındaki ihtimal derecesinde ispat aranıyorsa tam ispat ölçüsünün, sadece vakıa iddiasının gerçek olma ihtimalinin kuvvetli olduğu yolunda bir kanaatle yetinilerek karar verilmesi kabul ediliyorsa yaklaşık ispat ölçüsünün varlığından söz edilir¹⁶⁶. *Atalay*, davacı tarafından bilgi alma veya inceleme talebinde bulunulmuş olunduğu¹⁶⁷ ve pay sahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmiş olunduğu¹⁶⁸ vakıalarının ispatında tam ispat ölçüsünün; pay sahibine bilgi verilmesinin ya da inceleme yapmasına izin verilmesinin şirket sırlarını veya şirket menfaatlerini tehlikeye düşüreceği¹⁶⁹ vakıasının ispatında ise yaklaşık ispat ölçüsünün aranacağını ifade etmektedir. Yazar, pay sahibinin bilgi alma talebinin şirketçe reddedilmesinin haklı bir sebebe dayanmadığı vakıasını bir menfi vakıa olarak kabul ederek, burada da ispat ölçüsünün yaklaşık ispata düşürülerek ispat imkansızlığının aşılabileceğini ifade etmekte¹⁷⁰, diğer taraftan şirketin,

¹⁶³ *Atalay, Bilgi Alma*, s. 69. Pay sahibinin somutlaştırılmış bir bilgi alma veya inceleme talebinin varlığı ve talebin reddinin haksız olduğu vakıaları açısından aynı yönde bkz. *Dolu*, s. 220; *Pulaşlı*, II, s. 1952 vd. İnceleme hakkının kullanıldığı vakıası bakımından aynı yönde bkz. *Altay*, s. 62. Ayrıca bkz. *Pulaşlı*, II, s. 1949.

¹⁶⁴ TTK m. 437 f. 3 açısından bkz. *Atalay, Bilgi Alma*, s. 69. Benzer yönde bkz. *Pulaşlı*, II, s. 1949 vd. TMK m. 2 açısından bkz. *Dolu*, s. 128, 152; hakkın kötüye kullanılması bağlamında İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. *Pulaşlı*, II, s. 1946. Burada bir karşı ispat faaliyet değil asıl ispat faaliyeti vardır (*Atalay, Bilgi Alma*, s. 72). Asıl ispat, karşı ispat ve aksini ispat kavramları hakkında bilgi için bkz. *Atalay, İspat*, s. 1616-1618.

¹⁶⁵ İspat ölçüsü hakkında detaylı bilgi için bkz. YILDIRIM M. Kamil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s. 39 vd., (“Deliller”); *Atalay, İspat*, s. 1714 vd.

¹⁶⁶ *Atalay, Bilgi Alma*, s. 70; *Atalay, İspat*, s. 1715. Tam ispat ve yaklaşık ispat konusunda bilgi için bkz. *Atalay, İspat*, s. 1718-1720.

¹⁶⁷ *Atalay, Bilgi Alma*, s. 70.

¹⁶⁸ *Atalay, Bilgi Alma*, s. 72.

¹⁶⁹ *Atalay, Bilgi Alma*, s. 73.

¹⁷⁰ “Olumsuz bir vakıa hakkındaki iddia, delil ikamesinin zor olması yüzünden sadece kafi derecede bir ihtimal ile ispatlanmış sayılmalıdır [...]” (Yıldırım, *Deliller*, s. 56). Menfi vakıa hakkında bilgi için bkz. *Atalay, İspat*, s. 1722 vd.

vakıaların aydınlanmasına katılma yükü çerçevesinde delil ikame yükünü yerine getirmemesi durumunda, davacı pay sahibinin vakıayı karar vermeye yetecek ölçüde ispatladığının kabul edilmesinin ve davacı lehine karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁷¹. *Kaya* ise, davada pay sahibinin zayıf konumda olması ve bilgi isteyen sıfatıyla çoğu zaman olaya hâkim olmadan reddin haksızlığını ispat etme durumunda olmasından dolayı reddin haksız olduğu vakıasının ispatında kendisinden tam ispatın beklenmemesi gerektiğini ifade ederek yaklaşık ispat ölçüsünün uygulanması gerektiğini ileri sürerken, şirketin somut ve inandırıcı bir biçimde reddin haksız olmadığını, bilgi alma hakkının kullanılmasına müsaade edilmesinin şirket menfaatini ihlal edeceğini ortaya koyması gerektiğini zira olayın safahatında ve dava aşamasında bilgi ve belgelere daha yakın olanın şirket olduğunu ifade ederek pay sahibine bilgi verilmesinin ya da inceleme yapmasına izin verilmesinin, şirket sırlarını veya şirket menfaatlerini tehlikeye düşüreceği vakıasının ispatında tam ispat ölçüsünün aranmasının gerektiğini ileri sürmektedir¹⁷². Türk hukukunda vakıaların ispatında tam ispat ölçüsü aranmakta olup¹⁷³, yaklaşık ispat ölçüsünün aranması için kanunda buna açıkça veya dolaylı olarak olanak tanınması gerekmektedir¹⁷⁴. TTK m. 437 f. 2'ye Türkiye Büyük Millet

¹⁷¹ Atalay, Bilgi Alma, s. 71.

¹⁷² Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 332.

¹⁷³ Şunu belirtmek gereki ki; HMK m. 200 kapsamında Türk hukukunda miktar veya değer sınırlaması dikkate alınarak bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin senetle ispatı gerektiği düzenlenmektedir. Kesin delillerle ispatı gereken bir vakıanın ispatında tam ispat ölçüsü aranır (Atalay, İspat, s. 1717). Hâlbuki bilgi alma veya inceleme talebinde bulunulduğu vakıasının bir hukuki işlem değil hukuki fiil olduğu dikkate alınmalıdır (Atalay, Bilgi Alma, s. 71). Atalay, pay sahibinin somutlaştırılmış bir bilgi alma veya inceleme talebinde bulunmuş olması vakıasının ispatı hususunda kullanılabilecek delillerle ilgili olarak, “[...] genel kurul toplantı tutanağı, pay sahibi tarafından şirkete verilen dilekçe ve şirket tarafından verilen cevap yazısı olabileceği gibi, bir hukuki işlemin ispatı söz konusu olmadığından, senetle ispat zorunluluğu (HMK m. 200) olmadan her türlü delille ispat mümkündür.” şeklinde bir değerlendirme yapmaktadır (Atalay, Bilgi Alma, s. 71). Ayrıca bkz. Dolu, s. 220-221. Altay ise özel denetçi davasının ön koşulu olarak bilgi alma hakkının kullanıldığı vakıasının ispatında pay sahibinin soru sormaya dayalı bilgi alma hakkının tanıkla ispat edilmesi gerektiğini ifade ederken, “Genel kurul tutanaklarının düzenlenmesinin toplantı başkanlığı tarafından gerçekleştirildiği, genel olarak toplantı başkanlığının yönetim kurulunu da seçen çoğunluk pay sahipleri tarafından seçildiği gözönünde bulundurulmalıdır. Bu itibarla pay sahibi, bilgi alma hakkını kullanmasına rağmen, bu hakkı kullandığının dahi tutanağa geçirilmesine muktedir olamayabilir [...]” şeklindeki farazi durumu dikkate almaktadır (Altay, s. 63).

¹⁷⁴ Atalay, İspat, s. 1719-1720.

Meclisi Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan ve Adalet Komisyonu'na da benimsenin redaksiyona ilişkin açıklamaya bakıldığında¹⁷⁵, pay sahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmiş olduğu vakiasının ispatında yaklaşık ispat ölçüsünün yeterli olduğu anlaşılmaktadır¹⁷⁶. Diğer yandan TTK'nın özünü ve sözünü dikkate aldığımızda, pay sahibine bilgi verilmesinin ya da inceleme yapmasına izin verilmesinin şirket sırlarını veya şirket menfaatlerini tehlikeye düşüreceği ve/veya hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği vakıalarının ispatında yaklaşık ispat değil tam ispat ölçüsünün dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz¹⁷⁷. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen kararda ise,¹⁷⁸, “*Bilgi edinme talebine ilişkin davada şirket hissedarının bilgi edinme talebini genel kurulda ileri sürdüğü ve bu talebinin haksız olarak reddedildiği varsayılar [...]*”

¹⁷⁵ “ADALET KOMİSYONU DEĞİŞİKLİĞİ

Alt Komisyonca, 437 nci maddesinde redaksiyon yapılmış; yapılan bu değişiklik Komisyonumuzca da benimsenmiş; ayrıca, maddenin ikinci fıkrasının sonuna aşağıdaki gerekçelerle Komisyonumuzca bir cümle eklenmiştir:

Özellikle şirkete hakim herhangi bir sebeple şirket yönetim kurulu icra komitesi veya diğer yöneticiler üzerinde etkisi bulunan paysahiplerinin genel kurul dışında çeşitli şirket kaynaklarından bilgi almalarına sıkça tanık olunmaktadır. Bu farklı konum menfaatler dengisini bozduğu gibi eşit işlem ilkesine de aykırıdır. 437 nci maddenin ikinci fıkrasına eklenen cümleyle paysahipleri arasındaki eşitsizliğin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Eşit işlem ilkesinin ihlal edildiğinin likit delille ispatına gerek yoktur. Bazı paysahiplerinin genel kurul dışında bilgi almış olduğunun emareleri varsa, olgular arasındaki ilişki veya ortaya çıkan sonuçlar bilginin bir kısım paysahiplerine verildiği şüphesini güçlendiriyorsa bu hüküm uygulanmalıdır. Söz konusu halde yönetim kurulu “şirket sırrı” gerekçesini ileri süremez.” (DOĞRUSÖZ Bumin/ONAT Öznur/TUNÇEL TÖRALP Funda, Türk Ticaret Kanunu, c. I, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, 2011, s. 593, https://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/kanun-mevzuat-yonetmelik/turk_tic_kan_kitap_cilt_01.pdf, (Erişim Tarihi: 03.03.2018)).

¹⁷⁶ Bilgili/Demirkapı ise, bilgi verme olgusunun bir hukuki fiil olduğunun da dikkate alınarak tam ispat yerine emare yoluyla ispatın yeterli olduğunun kabul edilmesinin gerektiğini ileri sürmektedirler (Bilgili/Demirkapı, s. 506 dn. 1306).

¹⁷⁷ İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaklaşımı için bkz. Atalay, Bilgi Alma, s. 73. Pulaşlı, yönetim kurulunun belirli bilgilerin şirket sırrı oluşturduğu yolundaki yalın iddiasının bilgi alma hakkının reddedilebilmesi için yeterli olmadığını, daha çok şirket menfaatlerinin tehlikeye düştüğünün objektif somut verilere dayanması ve korunması gereken diğer şirket menfaatleri için de tehlikenin kuvvetle muhtemel olduğunun kanıtlanması gerektiğini ileri sürmektedir (Pulaşlı, II, s. 1931-1932, 1941, 1945). Bu konuda ayrıca bkz. Pulaşlı, II, s. 1932.

¹⁷⁸ JdT 2006 I s. 543-555 1. Hukuk Dairesi- Davacı A. İştirak A.Ş. - Davalı B. A.Ş. (karar düzeltme talebi) 4C.81/2005, 2 Kasım 2005; ATF 132 III 71, Erdem, Eşit İşlem, s. 501'den naklen.

şeklinde bir değerlendirme yapılmıştır. Kanımızca, *de lege lata* bakımından; soru sormaya dayalı bilgi alma veya inceleme hakkının ileri sürüldüğü vakıasının ispatında ispat kolaylığı sağlanmasının, talebin haksız olarak reddedildiği vakıasının ispatı hususunda ise yaklaşık ispat ölçüsünün kabul edilmesinin veya ispat kolaylığı sağlanmasının gerektiği savunulabilir¹⁷⁹.

Başvuruda hangi hususta bilgi alınmak veya inceleme yapılmak istendiği açık bir biçimde belirtilmelidir¹⁸⁰. Keza, bilgi alma veya inceleme talepleri şirket nezdinde kullanılırken de soyut ve genel bir talep yerine talep somutlaştırılarak şirkete bildirilmelidir¹⁸¹.

Genel kurulda, sorular ve bunlara karşı verilen cevaplar toplantı tutanağına geçirilmelidir (TTK m. 422). Genel kurulda bilgi alma talebi reddedilirse bu hususun genel kurul toplantı tutanağına geçirilmesine dikkat etmek gerekir¹⁸². Bu tutanak mahkemeye başvuru halinde delil olarak kul-

¹⁷⁹ Altay, inceleme hakkının kullanıldığı vakıasının ispatının bazı güçlükler arz ettiğini ifade ederek, alışıldık olmadığını belirtmekle birlikte, inceleme hakkının kullanıldığı olgusunun genel kurul tutanağına geçirilmediği hallerde, paysahibinin inceleme hakkının kullanıldığına dair yazılı bir belgeyi şirketten talep etmesinin düşünülebileceğini, ancak ihtilaflı durumlarda şirketin bu belgeyi düzenlemekten ve paysahibine vermekten kaçınacağını açık olduğunu, bu bağlamda, inceleme hakkını kullanmaktan alıkonulan veya kendisine inceleme hakkını kullandığına dair bir belge verilmeyen bir paysahibinin, şirkete noterden göndereceği bir ihtarnameyle durumu şirkete bildirmek suretiyle, “şirketi kendisine inceleme hakkının kullanılması olanağını tanımayla” veya “kendisine bu hususta bir belge düzenleyerek veremeye” davet edebileceğini ifade etmektedir (Altay, 62). Pulaşlı’ya göre ise, pay sahibi reddin haksızlığını açıkça ortaya koymalıdır (Pulaşlı, II, s. 1954).

¹⁸⁰ Bilgili/Demirkapı, s. 507; Erdem, Bilgi Alma Hakkı, s. 25; Şener, s. 517; Dolu, s. 217; Pulaşlı, II, s. 1952 vd. “[...] Bunun dışında talep belirgin değildir. Hakkında bilgi talep edilen olgular belirtilmemiş, yalnızca içeriğindeki bilgilerin talep edildiği belgeler gösterilmiştir. Birinci derece mahkemesinin haklı olarak tespit ettiği üzere; talep edilen bilgiler belgelerin içeriğini öğrenme amacına hizmet etmeyen; fakat belirli bir takım durumlara ilişkin sorulara cevap sağlamaya yönelik bilgilerdir. Davacının bu tali talebi asıl itibarıyla gizli bir inceleme talebidir.” (JdT 2006 I s. 543-555 1. Hukuk Dairesi- Davacı A. İştirak A.Ş. - Davalı B. A.Ş. (karar düzeltme talebi) 4C.81/2005, 2 Kasım 2005; ATF 132 III 71, Erdem, Eşit İşlem, s. 511’den naklen).

¹⁸¹ Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 329 vd.; Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 82-83; Atalay, s. 70; Dolu, s. 217.

¹⁸² Atalay, Bilgi Alma, s. 60. Türk hukukunda pay sahibinin, soru ve cevabın toplantı tutanağına yazılmasını isteyebileceği şeklinde bkz. Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 288. Bilgi alma talebi reddedilirse veya bilgi yetersiz gelirse bu hususların da talepte bulunan pay sahibi tarafından tutanağa geçirilmesi gerektiği yönünde bkz. Atalay, Bilgi Alma, s. 60. Bulut’a göre, pay sahibi genel kurulda reddedilen talebinin tutanağa geçirilmesini istemelidir (Bulut, s. 40).

lanılabilecektir¹⁸³. *Atalay*, inceleme hakkının kullanılması için yönetim kuruluna yazılı olarak başvurulmuş hallerde daha sonra TTK m. 437 f. 5 gereğince inceleme hakkının mahkeme aracılığıyla kullanılabilmesi için talep dilekçesinin yönetim kuruluna ulaştırılmış olduğunu ispata yarayan yollarla gönderilmesinin uygun olacağını ifade etmekte olup, pay sahibinin yönetim kuruluna müracaatını noter aracılığıyla veya iadeli taahhütlü mektupla ya da dilekçesini elden tutanakla teslim ederek yapabileceğini belirtmektedir¹⁸⁴. Kanımızca burada talebin elektronik posta yolu ile şirkete ulaştırılmasını da, şirketin talebin varlığını inkâr etmesini engelleyecek bir ispat aracı olarak kabul edebiliriz.

3. KANUN YOLU

Mahkeme davayı kabul kararı¹⁸⁵ ile yönetim kurulunun esasları belirtilen şekilde bilgi vermesine veya inceleme olanağı tanınmasına hükmeder¹⁸⁶.

Pulaşlı ise, soru sormaya dayalı bilgi alma hakkının genel kurulda sözlü veya yazılı olarak kullanılabileceğini, ancak her iki halde de istemin genel kurul tutanağına geçirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (Pulaşlı, II, s. 1632).

¹⁸³ *Atalay*, Bilgi Alma, s. 60. Pulaşlı ise, soru sormaya dayalı bilgi alma ve inceleme hakkının genel kurulda kullanılmış ve reddedilmiş veya redde eşdeğer şekilde yetersiz olarak yanıt verilmesine ilişkin hususların genel kurul tutanağına geçirilmesini dava açılması için tamamlayıcı bir koşul olarak kabul etmektedir (Pulaşlı, II, s. 1953). Pay sahibinin somutlaştırılmış bir bilgi alma veya inceleme talebinin varlığı ve talebin reddinin haksız olduğu vakıalarının ispatı açısından genel kurul toplantı tutanağının olmazsa olmaz olduğu yönünde bkz. Dolu, s. 220.

¹⁸⁴ *Atalay*, Bilgi Alma, s. 61-62. Talebin yazılı olarak yönetim kuruluna yöneltildiğinin mahkemeye ibrazının gerektiği, yazılı bir talebin unsurlarının aynı zamanda eda davasının da unsurlarını oluşturduğu yönünde bkz. Pulaşlı, II, s. 1953.

¹⁸⁵ Okutan Nilsson'a göre, bu dava, mahkemenin bilginin reddedilme gerekçelerini veya verilen bilginin maddede öngörülen nitelikte olup olmadığını değerlendirmesini gerektirmekte olup, bu değerlendirme, bir işadamı kararına müdahale anlamı taşıyacağından, talep ancak bilgi vermeme veya yetersiz bilgi verme durumunun hükümde öngörülen niteliklere yoruma yer bırakmayacak şekilde açıkça aykırı olması durumunda kabul edilmelidir (Okutan Nilsson, s. 537). "Bu nedenle İBK m. 697/f. 4'e dayanarak başvuruda bulunulan mahkeme yalnızca şirket organları tarafından verilen olumsuz kararın objektif olup olmadığını incelemelidir; yani denetim yetkisi şirket organlarının kararının keyfi olup olmadığının tespiti ile sınırlıdır." (JdT 2006 I s. 543-555 1. Hukuk Dairesi- Davacı A. Ş. - Davalı B. A.Ş. (karar düzeltme talebi) 4C.81/2005, 2 Kasım 2005; ATF 132 III 71, Erdem, Eşit İşlem, s. 504'den naklen).

¹⁸⁶ Kaya, Özel Denetim, s. 81-82. Benzer yönde bkz. Dolu, s. 221. Şunu önemle belirtmek gerekir ki; TTK m. 195 f. 5'te, "Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim

TTK m. 437 f. 5 düzenlemesinin lafzından mahkemenin vereceği kararın kesin olacağı anlaşılmaktadır. Hâlbuki maddenin gerekçesinde, “[...] *Beşinci fıkra mahkeme kararının hızla verilmesini sağlamaya ve temyizi de kısa sürede sonuçlandırmaya yönelik hükümleri de içermektedir.*” şeklinde bir ifade yer almaktadır.

Tekinalp, dava kabul edilmişse karar kesin olduğundan temyiz edilemeyeceğini ancak reddedilmişse temyiz yolunun açık olduğunu, bunun hem maddenin amacı hem de gerekçede yer alan açıklamadan anlaşıldığını ifade etmektedir¹⁸⁷.

Atalay ise, gerekçede her ne kadar mahkeme kararının temyizine ilişkin hükümden söz edilmekte ise de, ön tasarıda yer alan temyize ilişkin hükümlerin TTK’ya alınmadığını; mahkemenin vereceği kararın kesin olduğu hükmünün kabul edilmiş, ancak bu değişikliğin gerekçeye yansıtılmamış olması nedeniyle verildiği anda kesin kararlardan olduğunun kabul edilebileceğini, ancak diğer taraftan, madde metninde, mahkemenin davayı kabul kararından söz edildiği ve bu kararın içeriğinin ne olabileceğine ilişkin cümleden sonra, kararın kesin olduğu yönünde bir hüküm sevk edilmek suretiyle talebin kabulüne ilişkin mahkeme kararının kesin olduğu; yoksa talebin reddine ilişkin mahkeme kararının kesin kabul edilmesi yönünde bir iradenin bulunmadığının da düşünülebileceğini ifade etmektedir¹⁸⁸.

yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır [...]” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Hâkim şirket merkezinin yurt dışında bulunması halinde Türk Mahkemeleri’nce veilen ilamın, eğer rizen yerine getirilmez ise, hâkim şirket merkezinin bulunduğu ülkede tenfiz ettirilme ihtiyacı doğabilir. Hâkim şirketin merkezinin bulunduğu ülkede bilgi alma hakkı ile ilgili davanın mutlaka o yer mahkemelerinde görülmesi hususunda bir yetki kuralının bulunması halinde ise mahkeme ilamının tenfiz edilmesi için başvurulduğunda o yer mahkemelerinin bu konuda münhasıran yetkili olduğu itirazı ile karşılaşılması ve mahkeme ilamının tenfiz edilememesi riskinin de bulunduğunu unutmamak gerekir. Yabancı ilamların tanınması ve tenfizini engelleyici nitelikteki münhasır yetki kavramı ile ilgili olarak bkz. ESEN Emre, “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*: Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002, C. 22, S. 2, s. 186-188. Kanımızca, hâkim şirketin merkezinin bulunduğu yer hukukunun da hâkim şirket pay sahiplerine bağlı şirketler hakkında aktif bilgi alma hakkı tanınması halinde bu hukuka göre o yer hukuku mahkemesine başvurarak bilgi alma hakkının kullanılması pay sahibinin bilgiye ulaşması açısından daha hızlı bir yol olabilir.

¹⁸⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 61.

¹⁸⁸ Atalay, *Bilgi Alma*, s. 75.

Erdem ve Pulaşlı, mahkeme kararının kesin olduğunu, temyiz edilemeyeğini ifade etmektedirler¹⁸⁹.

Şener ve Bilgili/Demirkapı, mahkeme kararının kesin olduğunu ifade etmektedirler¹⁹⁰.

Ayoğlu, mahkeme kararının ilam niteliği taşımadığını ve temyiz yolunun kapalı olduğunu ifade etmektedir¹⁹¹.

Karasu'ya göre, davanın reddine ya da pay sahibinin bilgi alma hakkına sahip olduğunun tespitine ilişkin mahkeme kararı kesindir¹⁹².

Dolu, uyuşmazlığın bir an önce sonuçlandırılması gayesiyle hükmün kesin olduğunun düzenlendiğini, bu nedenle davayı kaybeden tarafın hükmü bir üst mahkemeye taşıma hakkı bulunmadığını ifade etmektedir¹⁹³.

Bulut, dava sonucunda verilecek kararın nihai bir karar olduğunu ileri sürerken, TTK m. 437 f. 5'in gerekçesine de atıf yaparak TTK'da mahkeme kararının hızla verilmesini sağlamaya ve temyizi de kısa sürede sonuçlandırmaya yönelik hükümlerin de yer aldığını ifade etmektedir¹⁹⁴.

Bu hususta öncelikle belirtmek gerekir ki; “[...] HMK’da istinaf edilmeyen temyize tabi olan bir karar türü yoktur. Atlamalı temyiz olarak da adlandırılan bu yol kabul edilmiş değildir [...]”¹⁹⁵. Bu nedenle burada gerekçede yer alan temyiz ifadesini, bölge adliye mahkemeleri göreve başlamış olduğundan istinaf olarak anlamak gerekir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin ilk derece mahkemesince verilen kararların kesin olduğuna ilişkin birden fazla

¹⁸⁹ Erdem, Bilgi Alma Hakkı, s. 25; Pulaşlı, II, s. 1950.

¹⁹⁰ Bilgili/Demirkapı, s. 508; Şener, s. 517.

¹⁹¹ Ayoğlu, s. 120-121. Yazar’ın mahkeme kararının ilam niteliği taşımadığı görüşüne katılmamaktayız. Keza Atalay, mahkeme tarafından verilen kararın rızaen yerine getirilmemesi halinde icrasının 2004 sayılı İcra İflas Kanunu (RG 19.6.1932 – 2128) m. 30 gereğince bir işin yapılmasına ilişkin ilamların icrası yoluyla yerine getirileceğini haklı olarak ifade etmektedir (Atalay, Bilgi Alma, s. 75-76).

¹⁹² Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 97. Yazar mahkeme kararının kesin olacağının düzenlenmesinin çok yerinde olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Karasu, Bilgi Alma Hakkı, s. 97.

¹⁹³ Dolu, s. 221-222.

¹⁹⁴ Bulut, s. 58.

¹⁹⁵ Y. 23. HD’nin E. 2017/1040 Esas, K. 2017/1433, 11.05.2017 tarihli Kararı (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 03.03.2018)).

kararı bulunmaktadır¹⁹⁶. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2015/13744, K. 2017/1501, 14.3.2017 tarihli Kararı'nda verilen karşı oy gerekçesinde¹⁹⁷, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2015/13764, K. 2017/1654, 20.3.2017 tarihli Kararı'nda verilen karşı oy gerekçesinde¹⁹⁸, Yargıtay 11. Hukuk

¹⁹⁶ Y. 11. HD'nin, E. 2016/2461, K. 2017/4997, 3.10.2017 tarihli Kararı; Y. 11. HD'nin E. 2016/542, K. 2017/3372, 5.6.2017 tarihli Kararı; Y. 11. HD'nin E. 2015/13786, K. 2017/1806, 27.3.2017 tarihli Kararı; Y. 11. HD'nin E. 2014/2580, K. 2014/9371, 20.5.2014 tarihli Kararı (<http://www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 06.12.2017).

¹⁹⁷ “6102 Sayılı TTK 437/... maddesinde “Bilgi alma ve inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibinin, reddi izleyen on gün içinde, diğer hallerde de makul bir süre sonra şirketin merkezinin bulunduğu Asliye Ticaret Mahkemesine başvurabileceği, başvurunun basit yargılama usulüne göre inceleneceği, mahkeme kararının, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebileceği, mahkeme kararının kesin olduğu” hükmü getirilmiş, madde gerekçesinde de “Beşinci fıkranın, mahkeme kararının hızla verilmesini sağlamaya ve temyizi de kısa sürede sonuçlandırmaya yönelik hükümleri içerdiği” öngörülmüştür. Madde metninde, mahkemenin davayı kabul kararından söz edilmekte olup, bu kararın ne olabileceğine dair cümleden sonra kararın kesin olduğu yönünde sevk edilen hüküm, davanın kabulüne dair mahkeme kararına yöneliktir. Madde metni ile gerekçesi bir arada değerlendirildiğinde, davanın reddine dair mahkeme kararının kesin kabul edilmesi mümkün değildir.

Aksi düşüncenin kabulü T.C. Anayasası'nın 36. maddesinde ifade edilen adil yargılama hakkının ve hukuk güvenliği ilkesinin ihlali anlamına da gelebilecektir. Sonuç olarak, 6102 Sayılı TTK 437/... maddesinde düzenlenen, kararın kesinliği hali davanın kabulüne dair kararlara yönelik olduğundan, eldeki davada davanın reddine karar verilmiş olması sebebiyle temyiz yolu açık bulunduğundan davacı vekilinin ek karara yönelik temyiz isteminin kabulüyle ek kararın bozulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile ek kararın onanmasına dair sayın çoğunluğun görüşüne karşıyım.” (<http://www.kazanci.com>, 06.12.2017).

¹⁹⁸ “6102 Sayılı TTK 437/5 maddesinde “Bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen on gün içinde, diğer hallerde de makul bir süre sonra şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Başvuru basit yargılama usulüne göre incelenir. Mahkeme kararı, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebilir. Mahkeme kararı kesindir.” hükmü getirilmiştir. Madde gerekçesinde de “bilgi alma ve inceleme haklarının pay sahibine tanınan dava hakkı ile güçlendirildiği, pay sahibinin sadece açık bir red halinde değil, taleplerinin cevapsız bırakılması veya cevabın ertelenmesi durumunda da hem bilgi alma hemde inceleme hakkını bir mahkeme kararı ile başarıya ulaştırılabileceği, talebin cevapsız bırakılmasının yetersiz hesap verme ilkesine uymayan cevapları da kapsayacağı, beşinci fıkranın mahkeme kararının hızla verilmesini sağlamaya ve temyizi de kısa sürede sonuçlandırmaya yönelik hükümleri de içerdiği” öngörülmüştür. Madde metninde mahkemenin davayı kabul kararından söz edildiği ve bu kararın içeriğinin ne olabileceğine dair cümleden sonra kararın kesin olduğu yönünde bir hüküm sevk edilmek suretiyle talebin kabulüne dair mahkeme kararının kesin olduğu, yoksa talebin reddine dair kararın kesin kabul edilmesi yönünde bir iradenin bulunmadığı anlaşılmaktadır. (Prof. Dr.

Dairesi'nin E. 2016/1162, K. 2017/3675, 13.6.2017 tarihli Kararı'nda verilen karşı oy gerekçesinde¹⁹⁹, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2016/1161, K. 2017/3951, 21.6.2017 tarihli Kararı'nda verilen karşı oy gerekçesinde²⁰⁰

Oğuz Atalay Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığı ile Kullanılması sh. 75) Kararın kesin olması halinin, mahkemece davanın kabulü yönünde verilecek karara münhasır bulunmasına göre bu konuda açılan davada kabul dışında başkaca bir karar verilmesi halinde de kararın kesinliğinden söz edilmesi, T.C. Anayasası'nın 36. maddesin de ifade edilen adil yargılama ve hukuki güvenlik hakkının ihlali sonucunu doğurabilecektir. Somut uyuşmazlıkta, yerel mahkemece davanın reddine karar verildiğinden, verilen karar niteliği itibarıyla temyizi kabil bir karardır. Açıklanan sebeple yerel mahkeme kararının esasının incelenerek sonucuna göre dairece karar itirazı gerekirken yazılı şekilde temyiz dilekçesinin reddine karar verilmesine dair sayın çoğunluk görüşüne karşıyız.” (<http://www.kazanci.com>, 06.12.2017).

¹⁹⁹ “1- Dava, anonim şirket ortağının bilgi alma hakkına izin istemine ilişkindir. 2- Mahkemece, davacının ortağı olduğu anonim şirketin ticari defter ve kayıtları üzerinde inceleme yapılması ve bilgi almasına izin verilmesi isteminin reddine karar verilmiştir. 3- TTK m. 437 uyarınca pay sahiplerinin belirli şartlar kapsamında, şirketin işleyişi, ticari defter ve kayıtlarının incelenmesini isteme hakları bulunmaktadır. Maddenin 5. bendinde yer alan “(5) Bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen on gün içinde, diğer hallerde de makul bir süre sonra şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Başvuru basit yargılama usulüne göre incelenir. Mahkeme kararı, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebilir. Mahkeme kararı kesindir.” şeklindeki düzenlemeden, mahkemenin istemin kabulüne karar vermesi halinde kararın kesin olacağı anlaşılmaktadır. Şayet istemin reddine karar verilmiş ise bu karara karşı kanun yolunun kapalı olduğu söylenemez. Kanunun Gerekçe kısmında yer alan “Beşinci fıkra: Bilgi alma ve inceleme hakları pay sahibine tanınan dava hakkı ile güçlendirilmiştir. Pay sahibi sadece açık bir red halinde değil, taleplerinin cevapsız bırakılması veya cevabın ertelenmesi durumunda da hem bilgi alma hem de inceleme hakkını bir mahkeme kararı ile başarıya ulaştırabilir. Talebin cevapsız bırakılması yetersiz hesap verme ilkesine uymayan cevapları da kapsar. Beşinci fıkra mahkeme kararının hızla verilmesini sağlamaya ve temyizi de kısa sürede sonuçlandırmaya yönelik hükümleri de içermektedir” ifadelerinden de bilgi alma hakkına ilişkin bazı kararlara karşı temyiz yolunun açık olduğu zikredilmektedir. Bilgi alma isteminin kabulüne ilişkin kararların kesin olduğu kanun metninde açıkça zikredildiğine ve kanun koyucu abesle iştigal etmeyeceğine göre, temyiz yolu açık olan kısım ancak davanın reddine olan kısım olabilecektir. 4- Nitekim öğretilerde de aynı görüş benimsenmiş ve ret kararlarına karşı kanun yolunun açık olduğu kabul edilmiştir (TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 380, b.14-84). Anılan nedenlerle Daire çoğunluğunun, mahkemelerin bilgi alma ve inceleme istemlerinin reddi kararlarına karşı da kanun yolunun kapalı olduğu yönündeki düşüncesine katılmıyorum.” (<http://karamercanhukuk.com>, 06.12.2017).

²⁰⁰ “6102 sayılı TTK 437/5 maddesinde “Bilgi alma ve inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibinin, reddi izleyen on gün içinde, diğer hallerde de makul bir süre sonra şirketin merkezinin bulundu-

ret kararlarına karşı kanun yolunun açık olduğu savunulmuştur. Bu kapsamda bakıldığında, TTK m. 437 f. 5'te yer verilen "[...] Mahkeme kararı kesindir." ifadesinin yorumlanması gerektiği anlaşılmaktadır²⁰¹. Bu noktada Serozan'ın, "[...] yasanın söylemi tüm genişletici yorum çabalarına karşın somut olayı kucaklamaya yetmez; o zaman açık yasa boşluğu doldurulur; ya da yasanın söylemi somut olayı kucaklar da tüm daraltıcı yorum çabalarına karşın onun ayrıksı özelliklerine uydurulamaz, adaletsiz kaçır; o zaman da örtülü yasa boşluğu doldurulur."²⁰² şeklindeki ifadesine dikkat çekmek gerekir. TTK m. 437 f. 5'te yer verilen hükmün sözü ile özünü²⁰³ bağdaştırmak mümkün olmuyorsa burada kanun boşluğunun varlığı kabul edilerek bu boşluğun yargıç tarafından kanunun ruhuna uygun bir çözümle doldurulması gerekir²⁰⁴. TTK m. 437 f. 5'in gerekçesinin lafzına bakıldığında aslında ilk derece mahkemesinin hangi kararına karşı kanun yolunun açık olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılmaktadır. TTK m. 437 f. 2 ve f. 3'ün gerekçesinde ise TTK'da bilgi alma hakkına ilişkin hükümlerin İsviçre Borçlar Kanunu'nun²⁰⁵ 697'nci maddesinden esinlenerek düzenlendiği

ğu Asliye Ticaret Mahkemesine başvurabileceği, başvurunun basit yargılama usulüne göre inceleneceği, mahkeme kararının, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebileceği, mahkeme kararının kesin olduğu" hükmü getirilmiş, madde gerekçesinde de "Beşinci fıkranın, mahkeme kararının hızla verilmesini sağlamaya ve temyizi de kısa sürede sonuçlandırmaya yönelik hükümleri içerdiği" öngörülmüştür. Madde metninde, mahkemenin davayı kabul kararından söz edilmekte olup, bu kararın ne olabileceğine ilişkin cümleden sonra kararın kesin olduğu yönünde sevk edilen hüküm, davanın kabulüne ilişkin mahkeme kararına yöneliktir. Madde metni ile gerekçesi bir arada değerlendirildiğinde, davanın reddine ilişkin mahkeme kararının kesin kabul edilmesi mümkün değildir. Aksi düşüncenin kabulü T.C. Anayasası'nın 36. maddesinde ifade edilen adil yargılama hakkının ve hukuk güvenliği ilkesinin ihlali anlamına da gelebilecektir. Sonuç olarak, 6102 sayılı TTK 437/5 maddesinde düzenlenen, kararın kesinliği hali davanın kabulüne ilişkin kararlara yönelik olduğundan, eldeki davada davanın reddine karar verilmiş olması nedeniyle temyiz yolu açık bulunduğundan davacı vekilinin ek karara yönelik temyiz isteminin kabulü ile ek kararın bozulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile ek kararın onanmasına ilişkin sayın çoğunluğun görüşüne karşıyız." (<http://karamercanhukuk.com>, 06.12.2017).

²⁰¹ Kanun hükümlerinin yorumlanması ile ilgili olarak bkz. Serozan, s. 102-108; Oğuzman/Barlas, s. 66 vd.

²⁰² Serozan, s. 108.

²⁰³ Kanunun ruhunun araştırılmasında başvurulacak unsurlar hakkında bilgi için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 73-77.

²⁰⁴ Oğuzman/Barlas, 71.

²⁰⁵ İsviçre Borçlar Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf>, 03.03.2018.

belirtilmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun mahkemeye başvuruya ilişkin 697'nci maddesinin 4'ncü fıkrasında ise ilk derece mahkemesinin kararının kesin olup olmadığına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak ilk derece mahkemesinin red kararına karşı kanun yolunun açık olduğu anlaşılmaktadır²⁰⁶. Kanımızca burada TTK'nın sözü ile özünü bağdaştırmak mümkün görünmediğinden, örtülü boşluğun²⁰⁷ varlığı kabul edilerek boşluğun, başvurusu ilk derece mahkemesince reddedilen pay sahibinin istinaf yoluna başvurabilmesine olanak tanır şekilde tamamlanması gerekir.

4. TAHKİM

Bu noktada, mahkeme kararının kesin olup olmadığı tartışmasını takiben bilgi alma hakkının tahkim yoluyla ileri sürülmesinin irdelenmesi faydalı olacaktır. Tahkim yoluna başvuru halinde hakemlerin vereceği kararın maddi açıdan değerlendirilmesi en azından Türk hukuku açısından mümkün olmayacaktır. Hakem kararını istinaf etme olanağı bulunmadığından, bu karar aleyhine ancak iptal davası yoluna başvurulabilecektir²⁰⁸. Böyle bir durumda ise istinaf başvurusundan farklı olarak, hem pay sahibinin hem de şirketin hakem kararının iptali için mahkemeye başvurması olanağı söz konusu olacaktır.

Burada öncelikle tespit edilmesi gereken; tarafların mahkeme yerine tahkim yolunu tercih etme ihtiyacı içinde olabilecekleri hallerdir²⁰⁹. Yabancılık unsuru içeren ilişkilerde tahkim yolu sıklıkla tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Türk Ticaret Sicillerinden birinde kayıtlı hâkim şirketin pay sahipleri arasında yabancılar bulunduğu veya yabancı bir ticaret siciline kayıtlı hâkim şirketin Türk paysahiplerinin bulunduğu hallerde şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesine gidilmesi yerine uyuşmazlıkların

²⁰⁶ Bkz. JdT 2006 I s. 543-555 1. Hukuk Dairesi- Davacı A. İştirak A.Ş. - Davalı B. A.Ş. (karar düzeltme talebi) 4C.81/2005, 2 Kasım 2005; ATF 132 III 71, Erdem, Eşit İşlem, s. 501 vd.'dan naklen.

²⁰⁷ Örtülü boşluk ve örtülü boşluğun doldurulması hakkında bilgi için bkz. Kırca, s. 91 vd.

²⁰⁸ Bkz. HMK m. 437 f.1; 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ("MTK") (RG 5.7.2001 - 24453) m. 15 f. A.

²⁰⁹ Genel olarak şirket içi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinin avantaj ve dezavantajları hakkında bilgi için bkz. YILDIRIM Burçin, Anonim Ortaklıklarda Şirket İçi Uyuşmazlıkların Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözümlemesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 20-25, ("Şirket İçi"); Ayoğlu, s. 2 vd.

tahkim yoluyla çözümlenmesinin tercih edilmesi gündeme gelebilir. Genel kurul toplantı tutanağının bilgi alma hakkına ilişkin kısmının ticaret sicilinde dahi tescil ve ilan edilmediği de düşünüldüğünde²¹⁰, aleniyet ilkesinin geçerli olduğu devlet yargısı gizlilik kaygısı taşıyan taraflar açısından cazip olmayabilir. Ayrıca, hızlandırılmış tahkim (seri tahkim) usulünün uygulanması halinde Türk Mahkemeleri önünde basit muhakeme usulüne tabi olarak görülecek yargılamaya kıyasen daha hızlı bir çözüm alınabilir²¹¹.

Acaba, bilgi alma hakkı bakımından devlet mahkemeleri yerine tahkim yolunun tercih edilmesi mümkün müdür? Bu hususta kanaatimce öncelikle irdelenmesi gereken husus Türk Ticaret Sicillerinden birinde kayıtlı olan bir hâkim şirketin esas sözleşmesinde tahkim şartına yer verilip verilemeyeceği meselesidir²¹². Keza tahkim yoluna gidilebilmesi için taraflar arasında tahkim anlaşması bulunması gerekir. Tahkim anlaşması hâkim şirket esas sözleşmesinde yer alıyorsa bu tahkim anlaşması geçerli kabul edilecek midir? Yukarıda da belirttiğimiz üzere TTK m. 340 düzenlemesinin lafzından esas sözleşmenin TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak TTK'da buna açıkça izin verilmişse sapabileceği anlaşılmaktadır²¹³. Bu noktada TTK m. 340'ın esas sözleşmeye tahkim şartı konulmasına imkân tanıyıp tanımadığının irdelenmesi gerekir. Bu soruya cevap verirken, hükmün esinlenerek alındığı Alman hukukunun konuya yaklaşımı özellikle belirleyici olacaktır²¹⁴.

Alman Tahkim Kurumu'nun (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V* (DIS)) Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarına Dair Ek Kurallar'ın içerisindeki ifade dikkat değerlidir. Burada, hâkim görüşe göre, halka açık Alman Anonim Şirketlerin (*Aktiengesellschaft*) esas sözleşmelerinde tahkim şartına yer verilmesinin emredici hükümler ilkesine (*Satzungsstrenge*) aykırılık teşkil edeceğinden ötürü mümkün olmadığı, bu görüşün aynı zamanda

²¹⁰ Altay, s. 63.

²¹¹ Hızlandırılmış tahkim yargılaması hakkında bilgi için bkz. Çelebi, s. 166 vd.

²¹² Tahkim şartının esas sözleşmeye dahil edilmesi hakkında bilgi için bkz. Ayoğlu, s. 36 vd.

²¹³ Bkz. Bölüm I/4/A. Emredici hükümler ilkesinin amaçları olarak; anonim şirket esas sözleşmelerine belli bir standart getirilerek hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği sağlama, pay sahipleri ve diğer menfaat sahiplerinin korunması sayılmaktadır Bkz. Karasu, Emredici Hükümler, s. 46-48.

²¹⁴ Hükmün Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 23. paragrafının 5. fıkrasından esinlenilerek kaleme alındığı yönünde bkz. TTK m. 340 gerekçesi.

sınırlı sayıda pay sahibi bulunan halka kapalı küçük ölçekli anonim şirketler için de uygulama alanı bulup bulmayacağının henüz Federal Adalet Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) tarafından karara bağlanmadığı ifade edilmektedir²¹⁵.

Kırca, genel kurul kararlarının iptali davası üzerinden yaptığı incelemesinde emredici hükümler ilkesinin uygulandığı Alman Anonim Şirketler Hukuku'nda Federal Adalet Mahkemesi'nin kararlarında belirtilen şartlara sahip bir tahkim şartının esas sözleşmeye konulmasının emredici hükümler ilkesini ihlal edip etmediğinin bilimsel öğretide tartışmalı olduğunu belirtmektedir²¹⁶.

Keza Pulaşlı, eserinde yer verdiği Federal Adalet Mahkemesi'nin bir kararındaki, limited şirketlerde tahkim şartına ilişkin belirlediği koşulları içeren tahkim şartının anonim şirket esas sözleşmesine konulmasının Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 23. paragrafının 5. fıkrasındaki emredici hükümler ilkesini ihlal edip etmeyeceği sorununun öğretide tartışmalı olduğunu ve henüz üzerinde bir konsensus sağlanamadığını ifade etmektedir²¹⁷.

Ayoğlu da, Alman doktrinde emredici hükümler ilkesi karşısında anonim şirket esas sözleşmesinde tahkim şartına yer verilmesinin mümkün olmadığını savunan yazarlar bulunduğu gibi, ilkeyi esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmesine engel olarak görmeyen, yasa koyucunun ilkeyi vaz ederken tahkimi reddetme amacı gütmeyeceğini düşünen ve Alman doktrininde modern eğilimin bu yönde geliştiğini ifade eden yazarlar bulunduğunu, emredici hükümler ilkesinin yarattığı belirsizlik nedeniyle uygulamada anonim şirket esas sözleşmelerine tahkim şartı konulmasının pek tercih edilmemiş olduğunu, ancak doktrinde emredici hükümler ilkesinin anonim şirket esas sözleşmesinde tahkim şartına yer verilmesine engel oluşturmadığı yönündeki görüşün ağırlıkta olduğunu ifade etmektedir²¹⁸.

Veziroğlu, Alman hukukunda genel kurul kararlarının iptali bakımından

²¹⁵ Kurallar ve ilgili açıklama için bkz. <http://www.disarb.org/en/16/regeln/dis-supplementary-rules-for-corporate-law-disputes-09-srcold-id15>, 03.03.2018.

²¹⁶ KIRCA İsmail (ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/MANAVGAT Çağlar), Anonim Şirketler Hukuku: Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, c. 2/2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara, 2016, s. 227, ("II").

²¹⁷ Pulaşlı, II, s. 1138.

²¹⁸ Ayoğlu, s. 29, 103 dn. 235.

tartışmanın emredici hükümler ilkesi ekseninde ilerlemekte olduğunu ve özellikle halka kapalı şirketler yönünden tahkim şartına esas sözleşmede yer verilmesine öğretide olumlu yaklaşıldığını belirtmektedir²¹⁹.

Duve/Wimalasena, öncelikle genel kurul kararlarının butlanı/iptali davaları üzerinden yaptıkları incelemelerinde, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nun 23. paragrafının 5. fıkrasının amacının azınlık pay sahiplerini koruma, hukuki belirlilik oluşturma ve yatırımcıların korunması olduğunu, esas sözleşmede yer alan tahkim şartının bu amaçlar üzerinde bir etki doğurmadığını, Federal Adalet Mahkemesi tarafından 6.4.2009 II ZR 255/08 tarihli kararda açıkça kabul edildiği üzere esasen azınlık pay sahiplerinin gerçekten korunup korunmadığının yalnızca tahkim şartının kaleme alınmasına bağlı olduğunu, emredici hükümler ilkesinin tahkimi uyuşmazlık çözüm yolu olarak dışlamak amacı taşımadığını, böyle bir sınırlamaya ilişkin içtihat da bulunmadığını, özellikle bir limited şirket (*personalistisch strukturierte Aktiengesellschaft*) ile karşılaştırılabilir ortaklık yapısına sahip küçük ölçekli anonim şirketler için uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına ilişkin ikna edici sebepler bulunmadığını, Federal Adalet Mahkemesi’nin gelecekte anonim şirketlere ilişkin olarak tahkim yanlısı bir tutum sergileyeceğinin muhtemel olduğunu ileri sürerek tahkim şartına anonim şirket esas sözleşmesinde yer verilebileceğini ifade etmektedirler²²⁰. Yazarlar ayrıca, emredici hükümler ilkesinin amaçlarının tahkim yoluyla elde edilebileceğini, anonim şirket esas sözleşmesinde yer verilecek tahkim şartının Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nun 23. paragrafının 5. fıkrasını ihlal etmediğini, eğer tahkim ve mahkemeler aynı hukuki koruma olanağını sağlıyorsa, tahkim şartının anonim şirket esas sözleşmesinde bulunmasını yasaklamak için herhangi bir sebep bulunmadığını öne sürmektedirler²²¹.

Kanımızca, Türk hukukunda kabul edilen emredici hükümler ilkesinin amaçları dikkate alındığında TTK m. 340’ın varlığı tahkim anlaşmasının

²¹⁹ VEZİROĞLU Cem, “Arbitrability of Disputes Arising From Joint Stock Company Law”, ISTAC Bülteni, 2017, S. Eylül 2017, s. 7, <https://ssrn.com/abstract=3046152>, <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/06/istac-Eylül-2017-bülten-uzun-copy-01.html>, 03.03.2018.

²²⁰ DUVE Christian/WIMALASENA Philip, “Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany”, Patricia Nacimiento/Stefan Michael Kröll/Karl-Heinz Böckstiegel (ed.), *Arbitration in Germany – The Model Law in Practice*, 2. Baskı, Kluwer Law International, 2015, s. 938-941, <http://www.kluwerarbitration.com>, (Erişim Tarihi: 03.03.2018).

²²¹ Duve/Wimalasena, s. 954.

esas sözleşmede yer almasına bir engel oluşturmamaktadır. Ancak şuna da dikkat çekmek gerekir ki; Türk öğretisinde ve Yargıtay kararlarında esas sözleşmede tahkim şartının yer alıp alamayacağına ilişkin emredici hükümler ilkesi önces²²² ve sonrası²²³ dönemde olumlu ve olumsuz görüş ve ka-

222 Kaya, pay sahibinin bilgi alma hakkı bakımından esas sözleşmede açık bir düzenleme bulunması halinde bilgi alma hakkına ilişkin uyumsuzluğun tahkim yoluyla çözümlenebileceğini ifade etmektedir (Kaya, Bilgi Alma Hakkı, s. 331-332). Helvacı, anonim şirketlerde esas sözleşmede tahkim şartına, şirketin kuruluşunda kurucular tarafından veya daha sonradan yapılan bir esas sözleşme değişikliği ile yer verilebileceğini ileri sürerken, bu bakış açısının tahkimin şirket ile pay sahipleri arasındaki her türlü uyumsuzluğun tahkime elverişli olduğu anlamına gelmemesi gerektiğini ifade etmektedir (HELVACI Mehmet, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu/Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2009, s. 201-202). Huysal, esas sözleşmeye konulan tahkim şartının yazılı şekle uyma ve tahkim iradesi bakımından bir sorun oluşturmayaacağını, Türk hukukunda tahkim şartının kuruluşun itibaren esas sözleşmede yer alabileceğini ileri sürerken, oybirliği ile alınmış olması koşuluyla esas sözleşme değişikliğiyle tahkim şartına yer verilmesinin geçerli kabul edildiğini ifade etmektedir (HUY-SAL Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 295-296). Taş, tüzel kişiler ile ortakları arasındaki uyumsuzlukların çözümü için esas sözleşmeye tahkim şartı konulabileceğini, bu tahkim şartının geçerliliği ve tâbi olacağı hükümlerin herhangi başka bir tahkim şartı veya sözleşmesi gibi olduğunu, ancak şirketlerin iradelerinin ortaklarının oy çokluğu ile tezahür etmesi ve bu bakımdan genelde çok taraflı hukuki işlem olarak kabul edilmeleri sebebiyle esas sözleşmeye tahkim şartı konulmasının bazı özellikler arz ettiğini, tahkim şartının hangi tür uyumsuzlukları kapsayacağını ve uyumsuzluk çıkması halinde uygulanacak tahkim usulünün ayrıntılı olarak düzenlenmesinin veya bu konuları düzenleyen tahkim metinlerine atıfta bulunulmasının ileride karşılaşılabilecek sorunların çözümü için yararlı olacağını ifade etmektedir (TAŞ Mehmet, Türk Hukukunda Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Milletlerarası Ticari Tahkimde Görülmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 38, 70-71). Yıldırım da, esas sözleşmede tahkim şartına yer verilebileceğini savunmaktadır (Yıldırım, Şirket İç, s. 72 vd.). “Mahkemece, nama yazılı pay senetlerinin mirasçılar adına pay defterine yazının istemi ile bunun şirket yönetimine reddi işleminin ana sözleşmenin 31. maddesi hükmü uyarınca hakemlerce çözümlenmesi gerektiği, davalı şirketin uyarıya karşın süresinde hakem atamaya yanaşmadığının anlaşıldığı gerekçesiyle üç hakem atanmıştır [...] Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı davalı şirket vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA [...]” (Y. 11. HD’nin E. 1983/1595, K. 1983/1780, 7 Nisan 1983 tarihli Kararı, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 05.01.2018)).

223 Ayoğlu, TTK’nın 339’ncu maddesinde öngörülmemiş hususlarda emredici düzenlemeler ile çalışmamak kaydıyla ihtiyari düzenleme yapılabileceğini, tahkim şartının ihtiyari bir düzenleme olarak “tamamlayıcı hüküm” statüsünde esas sözleşmeye dahil edilebilmesinin mümkün olduğunu, TTK m. 340’ın varlığının korporatif etkiye sahip olmayacak böyle

rarların varlığı karşılaştırmalı hukukta hemen hemen aşılacak üzere olan bu mesele ile yüzleşilmesini zorunlu kılmaktadır²²⁴. Karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler dikkate alındığında esas sözleşmede tahkim şartına yer verilip verilemeyeceği meselesine Türk hukukunda da olumlu olarak yaklaşılması gerektiği kanısındayız²²⁵. Ancak esas sözleşmede tahkim şartına yer verilen

bir hükme yer verilmesini engellemeyeceğini ifade etmektedir (Ayoğlu, s. 31-33). Karasu, hâlihazırdaki düzenleme kapsamında kâr payı, yönetim kurulu üyelerinin mali hakları, yönetim kurulu üyelerine yöneltilebilecek tazminat talepleri gibi emredici hükümlerle düzenlenmeyen konularda esas sözleşme ile tahkimin kararlaştırılmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir (Karasu, Emredici Hükümler, s. 173). Şahin, haklı sebeple fesih davası üzerinden yaptığı incelemesinde esas sözleşmede tahkim yargılamasına başvurma olanağının ancak seçimli yetki şeklinde tanımlanmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir (Şahin, s. 373). Pulaşlı, tahkim şartının esas sözleşmede şirketin kuruluşunda veya sonradan oybirliğiyle değiştirilerek konulmak ve açıkça öngörülmek koşuluyla pay sahipleri ile şirket arasındaki bilgi alma hakkına ilişkin davaların tahkim yoluyla çözülebileceğini ve bu usulün sağladığı elastikiyet bakımından tarafların çıkarlarına daha uygun olacağı düşüncesiyle kabul edilebilir olduğunu ifade etmektedir (Pulaşlı, II, s. 1954). Ancak Pulaşlı, de lege lata çerçevesinde, iptal davasının vazgeçilmez karakteri, tüm pay sahiplerine karşı hüküm ifade edeceği, anonim şirketin temelinde yer alan tek borç ilkesi ve hakem mahkemesinin vereceği kararın devlet mahkemelerinin kararı gibi erga omnes değil, ancak inter partes etkili olacağı dikkate alındığında, az ortaklı anonim şirketlerde dahi tahkime yer olmadığını ve genel mahkemelerin görevinin baki olduğunu, esas sözleşmelerde bundan sapabilme olanağının olmadığını çünkü TTK m. 340'daki emredici hükümler ilkesi uyarınca TTK m. m. 5 f. 1 hükmündeki asliye ticaret mahkemesinin yetkisini kaldıran ne bir tahkim sözleşmesinin yapılabileceğini ne de esas sözleşmeye tahkim şartı konulabileceğini ifade etmektedir (Pulaşlı, II, s. 1138-1139). Moroğlu, genel kurul kararının iptali davası üzerinden yaptığı incelemede tahkim konusunda esas sözleşmede yer alacak hükmün caiz olmadığını ifade etmektedir (MOROĞLU Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 305). “[...] Dava, ortaklar kurulu kararının iptali istemine ilişkin olup, mahkemece şirket ana sözleşmesinin 13. maddesi uyarınca uyuşmazlığın hakem yoluyla çözüleceği gerekçesiyle, görevsizlik kararı verilmiştir. Oysa, tahkim konusunda ana sözleşmede yer alan bir hüküm veya yapılacak hakem sözleşmesi geçersizdir [...]” (Y. 11. HD’nin E. 2011/13485, K. 2012/19915, 5.12.2012 tarihli Kararı, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 05.01.2018)).

²²⁴ Gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta esas sözleşmede tahkim şartının yer alıp alamayacağı ile ilgili görüş ve değerlendirmeler hakkında bilgi için bkz. Huysal, s. 295 vd.; Yıldırım, Şirket İç, s. 39 vd.; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), II, s. 219 vd. Veziroğlu, s. 1 vd.; Pulaşlı, II, s. 1118 vd.; Ayoğlu, s. 2 vd.

²²⁵ Halka kapalı şirketler bakımından benzer yönde bkz. Ayoğlu, s. 169. Pulaşlı, genel kurul kararlarının iptali davası üzerinden yaptığı incelemesinde, de lege ferenda açısından, mahkemelerin ağır yükü nedeniyle davaların yıllarca sürmesinden dolayı karşılaştırmalı hukuktaki gibi Türk hukukunda da normatif düzenlemelerin olmasını arzu ettiğini ifade etmektedir (Pulaşlı, II, s. 1138). Ayoğlu, Alman Tahkim Kurumu tarafından hazırlanan matbu tahkim

hallerde bunun korporatif nitelik taşıyıp taşımayacağı da tahkim anlaşmasının etkisini belirlemek açısından dikkate alınması gereken bir kriterdir²²⁶.

Acaba, mevcut yasal düzenlemeler şirket içi uyuşmazlıkların çözülmesi hususunda tahkim yoluna gidilmesine olanak tanımaktalar mıdır²²⁷? Bir başka ifadeyle, bilgi alma hakkı özelinde, hâkim şirketin pay sahiplerinin bağlı şirketler hakkında bilgi alma hakkını kullanmasından kaynaklanan uyuşmazlık tahkim yoluyla çözümlenmeye elverişli midir? İster HMK ister MTK uygulansın burada bilgi alma hakkına ilişkin uyuşmazlığın tarafların arzusuna bağlı bir mesele olup olmadığına bakmak gerekir²²⁸. Önen'in, "[...] delil ile hükme bağlanması kanunen mecburi olan hallerde, diğer bir söyleyişle iki tarafın arzularına tabi olmayan hususlarda [...]" ifadesi bizim için burada başlangıç noktası olabilir²²⁹. Ayrıca Türk hukukunda tahkime elverişlilik bakımından dikkate alınacak olan iki tarafın iradelerine tabi olma ilkesi maddi hukuka işaret etmektedir²³⁰. Bu açılardan bakıldığında bilgi alma

şartının ve Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarına Dair Ek Kurallar'ın Türk hukuku açısından güzel bir model oluşturabileceği kanaatinde olduğunu, Türkiye'de bulunan tahkim enstitülerinin de bu kuralları ve matbu tahkim şartını örnek alarak korporatif ihtilaflara özgü, özel tahkim kuralları ve matbu tahkim şartları hazırlayabileceklerini, Türkiye'de bir tahkim enstitüsü tarafından yapılacak bu yönde bir çalışmanın Türkiye'de korporatif ihtilafların çözümünde tahkimin geliştirilmesine önemli katkı sağlayacağını ifade etmektedir (Ayoğlu, s. 93 dn. 213). Veziroğlu, Türk hukukunda şirket içi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi hususunda öngörülebilirliğin artırılması amacıyla ihtiyaç duyulan düzenlemeler olarak; anonim şirket esas sözleşmesinde tahkim şartı öngörebilme olanağının ve koşullarının TTK'da açık olarak düzenlenmesini, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları'nın eki niteliğinde, şirketler hukuku uyuşmazlıklarına özgü sorunları gözetken ek kuralların oluşturulmasını ve tarafların uygulanabilir ve geçerli bir tahkim şartını esas sözleşmeye aktarmalarını kolaylaştırmak amacıyla, bunlara işaret edilen kurallara atıf yapan bir model tahkim şartı hazırlanmasını ve yayımlanmasını saymaktadır (Veziroğlu, s. 7). Yazarlar'ın önerilerini isabetli bulduğumuzu belirtmek isteriz. Bu kapsamda şirket içi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi için esas sözleşmede yer verilebilecek örnek bir tahkim şartı için bkz. Ayoğlu, s. 169-171.

²²⁶ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Ayoğlu, s. 62 vd.

²²⁷ Dava çeşitleri üzerinden şirket içi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup olmadıkları hakkında bilgi için bkz. Ayoğlu, s. 98 vd.

²²⁸ Bkz. HMK 408 f. 1; MTK m. 1 f. 4.

²²⁹ ÖNEN Ergun, "Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez", Ankara Barosu Dergisi, 1976, S. 1, s. 28 dn. 2, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1976-1/4.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.03.2018).

²³⁰ Huysal, s. 312. Krş. ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, "Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri", ICC Türkiye XI. Milletlerarası Tahkim Semineri (14 Nisan 2014), ICC Türkiye Milli

hakkının tahkim yoluyla çözümlenmesi hususunda engel oluşturabilecek bir düzenleme bulunmadığı kanısındayız. Diğer yandan TTK m. 437 f. 5'te yer alan yetki kuralı da tahkimi dışlamak amacı gütmeyen bir düzenlemedir²³¹. Yani Türk hukukunun objektif tahkime elverişliliğe ilişkin düzenlemelerinin bilgi alma hakkı açısından tahkim yolunu açık tuttuğu söylenebilir²³².

SONUÇ

1- Çalışmamız kapsamında hâkim şirketin pay sahiplerinin bağlı şirketler hakkında bilgi alma hakkına ilişkin TTK düzenlemeleri irdelenmeye çalışılmıştır.

2- TTK m. 200 düzenlemesinin anonim şirket pay sahiplerinin bilgi alma hakkını düzenleyen TTK m. 437 ile birlikte değerlendirilmesi gereken bir hüküm olduğu anlaşılmıştır.

3- *De lege lata* bakımından, tamamlayıcı bir esas sözleşme hükmü olarak, eşit işlem ilkesine uymak koşuluyla pay sahiplerinin soru sormaya dayalı bilgi alma hakkının genel kurul dışında da kullanılabilmesine olanak sağlayacak bir düzenlemeye esas sözleşmede yer verilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

4- *De lege lata* bakımından, TTK m. 437 f. 2'de m. 200'e yapılan atfın inceleme hakkı bakımından var olan boşluğu doldurmada kullanılacağı, dava yoluna başvuru açısından ise TTK m. 200'e yapılan açık atfın varlığının bu hakkın varlığı açısından yeterli bir düzenleme olduğu, ancak inceleme hakkı bakımından boşluk olduğu düşünülse dahi aynı şekilde boşluğun doldurularak hakkın kullanımının sağlanabileceği tespit edilmiştir.

5- *De lege ferenda* bakımından, TTK m. 437 f. 4 düzenlemesi içerisinde, "Bu fıkra hükümleri hâkim şirketin, pay sahiplerinin incelemesine sunabi-

Komitesi, Ankara, s. 54-56.

²³¹ TTK m. 445'te genel kurul kararlarının iptali davaları bakımından tayin edilen mahkemenin yetkisi bakımından Krş. Moroğlu, s. 305. Genel kurul kararlarının iptali hususunda ETTK m. 381/1'de yer alan yetki kuralının tahkim engeli oluşturmadığı yönünde bkz. Taş, s. 57-60; Yıldırım, Şirket İçi, s. 56; Huysal, 309-311. Korporatif nitelikteki uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından bir yerdeki mahkemenin kesin yetkili mahkeme olarak belirlenmiş olmasının o uyuşmazlığa ilişkin olarak tahkime elverişliliği ortadan kaldıran bir düzenleme olmadığı yönünde bkz. Ayoğlu, s. 86-88.

²³² Huysal, s. 323; Ayoğlu, s. 123.

leceği bağı şirketin defter ve kayıtları hakkında da uygulanır.” şeklinde bir hükme yer verilebilir.

6- *De lege lata* bakımından, TTK m. 437 f. 5’teki örtülü boşluğun davanın reddi halinde istinaf yolu açık olacak şekilde doldurulması, *de lege ferenda* bakımından ise “*Mahkemece davanın kabulü halinde karar kesin olup, ret kararına karşı kanun yolu açıktır.*” şeklinde bir düzenleme yapılabilir.

7- *De lege lata* bakımından emredici hükümler ilkesi tahkim şartının esas sözleşmede yer almasına engel teşkil etmeyecektir. Ancak *de lege ferenda* bakımından TTK m. 340’a, “*Esas sözleşmede tahkim şartına yer verilebilir.*” şeklinde bir hüküm eklenmesi düşünülebilir.

KAYNAKÇA

- AKKAN Mine, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, c. I, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ALTAY Sıtkı Anlam, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İstanbul, S. 2013/2, 2015, s. 55- 76.
- AKDAĞ Güney Necla, “Anonim Şirketlerde Hakların Sakınılarak Kullanılması İlkesi ve Uygulaması”, **Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 45-68.
- AKIN İrfan, **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- AKTAŞ Sururi, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S. 1–2, 2010, s. 1-28; http://eski.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2010%20XIV_1-1.pdf, (Erişim Tarihi: 03.03.2018).
- ATALAY Oğuz, “Anonim Şirketlerde Bilgi Alma Ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan**, c. I, 1. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2015, C. 16, S. Özel Sayı, s. 53-76, (“Bilgi Alma”).
- ATALAY Oğuz, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, c. II, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (“İspat”).
- ATALI Murat, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, c. III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- AYOĞLU Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- AYTAÇ Zühtü, **Anonim Ortaklıkta İbra**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1982.
- BİÇER Levent/HAMAMCIOĞLU Esra, “Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı (TTK m. 408/2-f)”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, C. I, S.1, s. 33-52.
- BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI Ertan, **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Dora Basım-Yayın, Bursa, 2013.

- BULUT Abdulkadir, Anonim Şirket Elektronik Genel Kurul Uygulamasında Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- ÇAMOĞLU Ersin, “Limited Ortağın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kullanılması ve Sınırları”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 143-162.
- ÇELEBİ Ali Ergin, Birleşme ve Devralma İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Tahkim, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- DOĞRUSÖZ Bumin/ONAT Öznur/TUNÇEL TÖRALP Funda, **Türk Ticaret Kanunu**, c. I, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, 2011, https://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/kanun-mevzuat-yonetmelik/turk_tic_kan_kitap_cilt_01.pdf, (Erişim Tarihi: 03.03.2018).
- DOLU Ali Murat, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- DURAL Ali, “Anonim Şirketin Önemli Miktarda Varlığının Satışına İlişkin Genel Kurul Kararının İçeriği ve Kapsamı”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 225-239.
- DUVE Christian/WIMALASENA Philip, “Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany”, Patricia Nacimiento/Stefan Michael Kröll/Karl-Heinz Böckstiegel (ed.), **Arbitration in Germany – The Model Law in Practice**, 2. Baskı, Kluwer Law International, 2015, s. 927-962, <http://www.kluwerarbitration.com>, (Erişim Tarihi: 03.03.2018).
- ERDEM H. Ercüment, “Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi”, **İsviçre Borçlar Kanununun İktibasının 80.Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 393-524, (“Eşit İşlem”).
- ERDEM H. Ercüment, “İsviçre Şirketler Hukukuna İlişkin Kanun Taslası”, **Hukuk Postası 2015**, Erdem & Erdem Ortak Avukatlık Bürosu, İstanbul, 2015, s. 3-9, (“Taslak”).
- ERDEM H. Ercüment, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı”, **Hukuk Postası 2015**, Erdem & Erdem Ortak Avukatlık Bürosu, İstanbul, 2015, s. 21-25, (“Bilgi Alma Hakkı”).
- ERDEM Nuri, “6102 Sayılı ‘Yeni’ TTK.’ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiple-

- rinin “Müktesep” (Kazanılmış) Hakları”, **REGESTA**, İstanbul Ticaret Odası, 2012, C. 2, S. 1, s. 29-44, (“Müktesep Hak”).
- ESEN Emre, “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002, C. 22, S. 2, s. 183-206.
- GÖKTÜRK Kürşat, **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- GÜRBÜZ Usluel Aslı E., Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- HANAĞASI Emel, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- HELVACI Mehmet, “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler”, **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”**, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu/Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2009, s. 179-202.
- HELVACI Mehmet/ÇAMURCU Emin/TÜRKYILMAZ İsmail, “Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 309-330.
- HUYSAL Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- <https://www.admin.ch>, 03.03.2018.
- <https://emsal.yargitay.gov.tr>, 03.03.2018.
- <http://www.disarb.org>, 03.03.2018.
- <http://karamercanhukuk.com>, 03.03.2018.
- <http://www.kazanci.com>, 05.01.2018.
- KARASU Rauf, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası Vakfı), Ankara, 2005, C. 23, S. 2, s. 71-114, (“Bilgi Alma Hakkı”).
- KARASU Rauf, “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketler-

- de Emredici Hükümler İlkesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2012, C. 18, S. 2, s. 312-331, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClterdergisi/2012C.18.S.2/7.oturum.pdf>, 03.03.2018, (“TTK’da Emredici Hükümler”).
- KARASU Rauf, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, (“Emredici Hükümler”).
- KARASU Rauf, “Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, 2015, S. 1, s. 115-132, <http://dergipark.gov.tr/download/issue-file/2591>, 03.03.2018, (“Sorunlar ve Çözüm Önerileri”).
- KAYA Arslan, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı**, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001, (“Bilgi Alma Hakkı”).
- KAYA Arslan, “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara, 2015, C. XXXI, S. 1, s. 61-83, (“Özel Denetim”).
- KIRCA Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2001, C. 50, s. 91-119, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/291/2652.pdf>, 03.03.2018.
- KIRCA İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku: Temel Kavram ve İlkeler, Kurulu, Yönetim Kurulu**, c. 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara, 2013, (“I”).
- KIRCA İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku: Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, c. 2/2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası A.Ş. Vakfı), Ankara, 2016, (“II”).
- KONURALP Haluk, **Medeni Usul Hukukunda İspat Sınırlarının Zorlanan Sınırları**, Tıpkıbasım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- KURU Baki, **Nizasız Kaza**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961, (“Nizasız Kaza”).

- KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, c. II, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- MOROĞLU Erdoğan, **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- NOMER N. Fusun, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü**, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- OCAK Nazmi, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma, İnceleme ve Denetleme Hakkı”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, c. I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 710-743
- OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, 20. Baskı, İstanbul, 2014.
- OKUTAN NILSSON Gül, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- ÖNEN Ergun, “Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1976, S. 1, s. 26-39, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1976-1/4.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.03.2018).
- ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri“, **ICC Türkiye XI. Milletlerarası Tahkim Semineri (14 Nisan 2014)**, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, s. 37-84.
- ÖZEKES Muhammet, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, c. II, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ÖZTEK Selçuk, “Şirketler Gruplarında Yavru Şirketlerdeki Azınlık Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 363/İsviçre Borçlar Kanunu m. 697 Çerçevesinde Bilgi Alma Hakkı”, **Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 293-333.
- PASLI Ali, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance)**, 2. Baskı, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2005.
- PEKCANITEZ Hakan, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, c. II, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku II**, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- PULAŞLI Hasan, “Anonim Şirketlerde Özel Denetçi Atanması İsteminin Muka-yeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hamdi**

- Yasaman’a Armağan**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 589-611, (“Özel Denetçi”).
- PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, c. I, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, (“I”).
- PULAŞLI Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, c. II, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, (“II”).
- SEROZAN Rona, *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- SULU Muhammed, **Ticari Sırların Korunması**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ŞAHİN Ayşe, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- ŞENER Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- TAŞ Mehmet, **Türk Hukukunda Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Milletlerarası Ticari Tahkimde Görülmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- ÜÇİŞİK Güzin, “Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Kamuyu Aydınlatma İlkesi”, **Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Beykent Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, C. 3, S. 1, s. 1-29.
- VEZİROĞLU Cem, “Arbitrability of Disputes Arising From Joint Stock Company Law”, **ISTAC Bülteni**, 2017, S. Eylül 2017, s. 1-7, <https://ssrn.com/abstract=3046152>, <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/06/istac-Eylül-2017-bülten-uzun-copy-01.html>, 03.03.2018.
- YILDIRIM Burçin, **Anonim Ortaklıklarda Şirket İçi Uyuşmazlıkların Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözümlemesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, (“Şirket İçi”).
- YILDIRIM M. Kamil, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, (“Deliller”).
- YONGALIK Aynur, “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, C. 60 S. 1, s. 1-15, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1584/17169.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.03.2018).

PROF. DR. ERDOĞAN TEZİÇ'İ
ANMA GÜNÜ: TÜRKİYE'NİN
GÜNCEL ANAYASA HUKUKU
SORUNLARI



Prof. Dr. Erdoğan Teziç
1936 - 2017



GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
PROF. DR. ERDOĞAN TEZİÇ'İ ANMA GÜNÜ:
TÜRKİYE'NİN GÜNCEL ANAYASA HUKUKU SORUNLARI

- 09.45-10.00: AÇILIŞ KONUŞMALAR

- Prof. Dr. Ertuğrul Karsak (Galatasaray Üniversitesi Rektörü)
- Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)

- 10.00-12.00: BİRİNCİ OTURUM

Öturm başkan: Prof. Dr. Süheyl Batum

Konuşmacılar:

- Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk - *"Parlamento İşlemleri ve Kanun Kavramı"*
- Doç. Dr. Didem Yılmaz - *"Olağanüstü Halde Yasamanın Düzenleyici İşlemlerinin Hukuki Rejimi"*
- **10.45-11.00: Kahve arası**
- Doç. Dr. Özen Ülgen - *"Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri"*
- Prof. Dr. O. Korkut Kanadoğlu - *"24 Haziran Sonrası Yasama-Yürütme İlişkileri"*

- 12.15-13.15: ÜÇÜNCÜ OTURUM

- 13.15-14.45: İKİNCİ OTURUM

Öturm başkan: Prof. Dr. Erdoğan Bülbül

Konuşmacılar:

- Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu - *"Türkiye'de Uygulanan Seçim Sistemlerinin Demokrasimize Yansımaları"*
- Prof. Dr. Şule Özsoy Boyunsuz - *"Başkanlık Sistemlerinde Seçim Sistemi ve Hükümet Sistemi Etkileşimi"*
- Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk - *"Siyasi Partilerin Güncel Sorunları"*

- 14.45-15.00: Kahve arası

- 15.00-16.30: ÜÇÜNCÜ OTURUM

Öturm başkan: Prof. Dr. Rıdvan Akın

Konuşmacılar:

- Prof. Dr. Oktay Uygun - *"Egemenlik Kavramı ve Anayasayı Değiştirme Sorunu"*
- Doç. Dr. D. Burak Çelik - *"Erdoğan Teziç'in Gözünden Kuruluş Dönemi Anayasacılığımız"*
- Ar. Gör. Burcu Alkış - *"Egemenliği Kullanan Bir Organ Olarak Anayasa Mahkemesi"*

TARİH: 09.05.2018 Çarşamba

YER: GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ ORTAKÜY YERLEŞKESİ
AYDIN DOĞAN TOPLANTI SALONU

Galatasaray Üniversitesi dışından katılmak isteyenler, 08.05.2018 tarihine kadar balkis@gsu.edu.tr adresine mail atarak kayıt yaptırmalıdır.

9 MAYIS 2018 PROF.DR. ERDOĞAN TEZİÇ’İ ANMA GÜNÜ AÇILIŞ KONUŞMASI

- Sayın Rektörüm; değerli akademisyen, hukukçu meslektaşlarım; Teziç Hocamın saygıdeğer yakınları, mesai arkadaşları ve sevgili öğrenciler, 23 Nisan 2017’de aramızdan ayrılan hocamız Prof. Dr. Erdoğan Teziç’i anma toplantısına hoşgeldiniz.

- Benden önce açılış konuşması yapan Rektörümüz Prof. Dr. Ertuğrul Karsak Teziç Hocanın Galatasaray Üniversitesi’nin kuruluşuna, 2004-2008 yılları arasında YÖK Başkanı olarak Türk Yükseköğretimine ve onun sporcu kimliği ile Türk sporuna katkılarına değindi. Ben bunları tekrarlamayacağım.

- Teziç Hocamız anı, övgü, hamaset yüklü anma toplantılarından hoşlanmazdı. Bu nedenle, Anayasa Hukukçusu Prof. Dr. Erdoğan Teziç’i genç kuşak hukukçulara tanıtmak, onun kitaplarını okuyarak yetişmiş hukukçulara ve onunla mesailerini paylaşmış arkadaşlarına hatırlatmak içerikli bir akademik toplantı yapmayı uygun gördük.

- Teziç Hoca, Kurumsal Anayasa Hukuku alanında yazdığı çok sayıda makale ve özellikle kitaplarıyla bu toplantının ilham kaynağı oldu her şeyden önce.

- Seçim sistemleri, Siyasi Partiler, Kanun Kavramı, Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları konulu kitapları ve nihayet bütün bu birikimlerinin ürünü olarak ilkinin 1986 yılında yazdığı ve 30 yılı aşkın süredir Türkiye’deki Hukuk Fakültelerinin çoğunda okutulmakta olan “Anayasa Hukuku” kitaplarıyla, anayasa hukuku bilim alanına damga vuran, zengin bir miras bıraktı Teziç Hoca. Türkiye’de pozitif anayasa hukukunun baş mimarlarından oldu.

- Teziç Hoca yaşamı boyunca çok sayıda anayasa hukuku çalışmalarına ve anayasa hukuku sorunlarının çözümüne de yoğun ve aktif olarak katıldı.

- 1982 Anayasasının hazırlık sürecinde İÜHF’de oluşturulan komisyon içinde yer aldı ve hazırlanan anayasa taslağına etkin katkı sağladı. Komisyon Başkanı Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer tartışmalar sırasında hemen her maddede Erdoğan Teziç’in gözünün içine bakıyordu. 1970’li yıllarda Erdoğan Teziç’e yapmış olduğu haksızlıkların adeta günahını çıkarıyor gibiydi.

- 2004 öncesi (YÖK Başkanlığı öncesi) hemen hemen tüm Meclis Başkanlarına danışmanlık yaptı. Sessiz anayasa olarak anılan içtüzük çalışmalarına ve uygulamalarına önemli katkıları oldu. Hüsamettin Cindoruk, Hikmet Çetin, Köksal Toptan, Mustafa Kalemlı ve Ömer İzgi gibi farklı görüş ve partilerden gelen Meclis Başkanlarına danışmanlık yaparak, objektif ve güvenilir bir anayasa hukukçusu örneğini sergiledi.

- Keza, Bülent Ecevit'e ve hem başkanlığı hem de Cumhurbaşkanlığı dönemlerinde Süleyman Demirel'e danışmanlık yaptı. Bu da kuşkusuz Teziç Hocanın ne kadar objektif ve güvenilir bir bilim insanı olduğunun bir başka somut göstergesidir.

- TÜSİAD başta olmak üzere, sivil toplum kuruluşlarının anayasa taslağı, seçim ve siyasi partiler hukukuna ilişkin çalışmalarına raporlar hazırlayarak, bu amaçla oluşturulan çalışma gruplarına başkanlık ederek ses getiren katkı sundu.

- Anayasa hukuku alanında çok sayıda televizyon programına katıldı; kamuoyu TEZİÇ HOCA'yı ilgiyle ve keyifle izledi.

- Bu toplantının programı bütünü itibarıyla, Anayasa Hukukunun DUA-YEN Emekçisi, Hocaların Hocası Prof. Dr. Erdoğan Teziç'in yaşamı boyunca kafa yorduğu anayasa hukuku konularını içeriyor. Dolayısıyla aslında bugün burada Teziç Hocayı onun yetiştirdiği genç meslektaşlarından dinleyeceksiniz. Bu toplantıda yapılan sunumlar ve konuşmalar GSÜHFD'nin 2018/2 sayısında Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan olarak yayınlanacaktır.

- Toplantıyı açarken, TEZİÇ HOCAMI saygıyla, özlemle, gururla anıyor; tüm konuşmacı meslektaşlarıma ve katılımcılara teşekkür ediyorum.

Parlamento İşlemleri ve Kanun Kavramı

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK*

KANUN

Öncelikle değerli Hocamız Prof. Dr. Erdoğan Teziç’i saygı ve rahmetle anıyorum.

Erdoğan Hoca’nın en çok üzerinde çalıştığı konulardan biri de “Kanun” kavramıdır. Sadece doçentlik tezi olan “1961 Anayasası’na Göre Kanun Kavramı” değil, daha sonra da Anayasa Mahkemesi’nin 26. Kuruluş yıl dönümünde sunduğu tebliği, Barolar Birliği’nde torba kanun konusundaki bildirisi, Cumhuriyet Gazetesi’nde yine torba kanun konusundaki güncel yazısı kanun kavramı üzerinde hep bir şeyler söylemek ihtiyacında olduğunu göstermiştir ve “Kanun” kavramı üzerinde titizlikle durmuştur. Hatta kitabının son basısında henüz 2017 değişiklikleri yapılmadan Fransa’daki yasama-yürütme ilişkilerindeki anayasa mühendisliğine dikkat çekme gereği duymuş ve bir kez daha konuyu giderayak vurgulamıştır.

Aslında Hoca’nın tüm bu çalışmaları temelde “1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı” adını taşıyan çalışmasına dayanmıştır. Kitap, 1970 yılında doçentlik tezi olarak sunulmuştur, bu sebeple 1971 değişikliklerini kapsamamaktadır. Oğlu Kerem’e attettiği kitap üç bölümden oluşmaktadır.

Kanunun Niteliği

Kanunun Muteberliği

Kanunun Yürürlüğü

Doğrudan kanun konulu Bahri Savcı ve Bülent Daver’in makale çalışmaları dışında monografik kitap olarak bu konuda öncesinde takip edebildiğim başka bir kitap çalışması yoktur.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

Aslında bugün yapmaya çalışacağım şey “1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı”ndan bugün geldiğimiz noktayı tespit etmektir. Yoksa Teziç’in değerli çalışmasındaki tartışmalara ayrıntılarıyla girmem mümkün değildir. Bu çalışmayı yaparken Teziç Hocamızın kanun konusunda yazdığı diğer çalışmalarından da yararlanacağım.

SORUN 1- PARLAMENTO KARARLARI

Kanun - Parlamento Kararı ayrımı

Teziç’in eserinde ilk dikkat çeken “**Siyaam ikizleri**”¹ olarak nitelendirildiği kanun ve parlamento kararlarını birbirinden ayırt etmek konusundaki hassasiyetidir.

Teziç, Fransız klasik kamu hukukçularının ifadesini kullanarak parlamento kararını “Kanun Karşıtı İşlem” olarak ifade etmektedir. Kanunun hükümet programlarının, siyasi tercihlerin gerçekleştirilme aracı olması dolayısıyla, meclisin kendi inisiyatifi ile oyladığı bir işlem biçimi olması anlamında “**Kanun Karşıtı İşlem**” nitelendirmesi yapmaktadır. Duguit’dan aktararak “meclisin oylaması ile ortaya çıkan işlem” der parlamento kararlarını kanundan ayırt etmek için. İkinci meclisin oylamasına ve Cumhurbaşkanı’nın imzasına sunulmayan işlem olarak ayırımı yapar ve sonuçta parlamento kararının kanuna göre **biçimsel anlamda** iki olumsuz unsuru olduğunu belirtir:

1 - Devlet başkanının yayımlamasına bağlı olmamasıdır.

2 - Çift meclisli bir parlamentoda ikinci meclisin onayına sunulmamasıdır.

Maddi bakımdan ayırt edici kriter olarak ise, “**meclisin iç işleyişi ile ilgili hususlar**”ın parlamento kararı ile düzenleneceğini ifade etmektedir. Örneklendirilirse;

- Meclisin seçimleri yenilemesi,
- Ara seçim kararı verilmesini verir.

1982 Anayasasında da bazı parlamento kararlarının içe dönük değil; dışa, bireylere yönelik yükümlülükler getiren hatta temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırıncı nitelikte kararlar alabildiğini de ifade eder. Nelerdir bunlar?:

¹ Anayasa Yargısı, S. 5, s.49. Ankara, 1989,

- Sıkıyönetimi onaylama,
- OHAL'in Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kurulu tarafından ilanının onaylanması,
- Savaş ilanı,
- Beş yıllık kalkınma planlarının (ki bu planlar kanunların tabi olduğu usule göre görüşülür) kararı.

TEZİÇ soruyor: “Peki bunların hepsini parlamento kararı kategorisine mi sokacağız?”

Burada Teziç Hoca'nın ilginç bir saptamasına rastlamak mümkündür: “Yasamanın yasamaya karşı yetkisiz olduğu alan parlamento kararının alanıdır” diyor.

Kavramı şu şekilde açıklamak mümkün: Bizim sistemimizde yasama organı kanunla her konuyu anayasaya uygun olmak koşulu ile düzenleyebilir. Bunun tek istisnası da Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin bir kararname ile düzenlenmesidir. Ancak bu kararname personel atamasına ilişkin olduğu için buna yürütmenin münhasır alanı demek mümkün değildir ve sonuçta bu da bütçe kanununa bağlanacağı için istisnai bir kararname demekle yetinmek gerekir (ayrıca kanunu var). O halde sonuç olarak yukarıdaki istisna dışında Teziç'e göre yasamanın yürütmeye göre sınırlı bir alanı yok ve bu anlamda kanunun düzenleyebileceği alan sınırsızdır. Yasamanın kanun yapmaya yetkili olmadığı tek alanı ise **“Parlamentonun iç hukukudur”** yani meclisin iç işleyişi kanun alanı değildir. Bu sebeple bu alan kanun konusu olamaz, sadece parlamento kararı konusu olabilir. Başa dönersek yasamanın yasamaya ya da yasa yapmaya karşı yetkisiz olduğu alan parlamento kararının alanıdır.

Parlamentonun iç işleyişi ise bir kararlar serisi veya dizisi olan içtüzükle düzenlenmelidir. Anayasanın kararla düzenlenmesini öngördüğü bir hususu kanunla düzenlemek **yetki unsuru bakımından sakatlık** doğuracaktır.

Seçimlerin yenilenmesinin bu sebeple kanunla yapılması Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya uygun bulunmakla beraber tartışmaya da açıktır. Teziç, bu kararı eleştirirken zaten seçimleri yenileme yetkisine, koşulları gerçekleştiğinde Cumhurbaşkanının da 1982 Anayasasına göre sahip olduğunu belirtir. O zaman meclisin bu yetkiyi tek başına kullanmasının anlamı

kalmamış demektir. Ayrıca bu durumun yasama yetkisinin devri olacağını da ifade etmektedir.

Teziç, kanunla düzenlenecek alanın da kararla düzenlenemeyeceğini belirtmektedir. Burada da özellikle parlamentonun seçime kararla karar vereceği belirtilirken, seçim günü ve seçime ilişkin tüm işlemlerin kanunla yapılacağını ifade etmektedir.

SONUÇ olarak parlamentonun içe dönük kararları sadece parlamento kararı ile düzenlenmelidir.

Parlamentonun dışa dönük kararları için durum nedir?

Örnekleme gerekirse;

- Cumhurbaşkanının seçimi,
- Hükümete güven oyu verme veya vermeme,
- Sıkıyönetim ilanının onaylanması,
- Savaş halinin onaylanması,
- Kalkınma planının onaylanması,
- Yüce Divana sevk kararları.

Tüm bu farklı örnekler ayrı ayrı değerlendirilmelidir:

Teziç burada sayılan işlemleri birbirinden ayırıyor. Hükümetle ilgili olan ve siyasi sonuç doğuran kararlar, Yüce Divan'a sevk gibi **yargısal kovuşturmayla başlangıç teşkil eden kararlar**. Bunlar da meclisin iç işleyişine ilişkin değil, ama kararla düzenlenebilir, kanunla yapılamaz (Bunu Y. Aliefendioğlu'nun sorusuna verdiği yanıtta anlıyoruz; s. 58)(Bireylere yeni yükümlülükler getirmediği için).

Ancak Sıkıyönetim ilanının onaylanması, savaş halinin onaylanması, kalkınma planının onaylanması gibi kararla yapılan bazı işlemler de vardır ki Teziç'e göre özüne bakıldığında parlamento kararı olarak nitelendirilemeyecek ve yapılamayacak işlemlerdir. İki sebeple:

Bu işlemler dışa dönüktür.

Bireylere yeni yükümlülükler getirmektedir.

Bu sebeplerle bir kanun ile yapılması gerekir. Anayasadaki karar ifadesi TBMM nin genel olarak yetkilerini kullanması formülünden hareket etmeli ve bu işlemler kanun ile yapılmalıdır.

Parlamento Kararları Denetlenebilir mi?

Yazar, çalışmasının ilk kısmında parlamento kararlarının denetlenememesinin sakıncalarına değinmiş ve parlamento kararlarının “**objektif nitelik ve genişlikte olmaması gerektiğini**”(kanun gibi) belirtmiştir.

Yazarın bu konudaki dayanağı 1961 Anayasası'nın 64. maddesinin gerekçesidir. Buna göre “meclisler vatandaşlar için riayeti mecburi tasarrufları karar şeklinde yapamayacaklardır”.

Teziç'in dikkat çektiği konu parlamento kararları aracılığı ile **yasama yetkisinin saptırılması** olanağıdır. Bu durumda parlamento kararları bir tür imtiyazlı işlem kategorisi oluşturacaklardır. Bu durumun ise, Teziç'e göre hukuk devletine aykırı olacağı açıktır.

Teziç parlamento kararlarının kategorik olarak denetlenememesini kabul etmemektedir bu gerekçelerle.

Ayrıntıya inerek öncelikle şekil ve esas denetimini ayrı ayrı belirtmek gerekir.

ŞEKİL- Teziç, parlamento kararlarının şekil bakımından denetlenebileceğini belirtmektedir.

ESAS- Maddi bakımdan ise, meclis kararları ile kanun niteliğinde işlem yapıp **usul saptırmasına yol açılmaması için** Anayasa Mahkemesi'nin işlemin hukuki niteliğini göz önünde bulundurması gerektiğini belirtmektedir.

Kanun niteliği taşıyan bütün yasama işlemleri Yazar'a göre Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmelidir. Aksi halde zamanın hükümet tasarrufları gibi yeni bir işlem kategorisinin yaratılacağını bunun da hukuk devletine aykırı olacağını söylemektedir.

Yazar bu değerlendirmenin ardından anayasada yer alan ve karar biçiminde Parlamentodan çıkan işlemleri ayrı ayrı değerlendirmektedir.

Savaş halinin ilanı ve Yüce Divan'a sevk kararları mahiyetleri gereği yargı denetimine tabi olmayan ve bir kazai soruşturmaya başlangıç teşkil eden kararlar olduğunu maddelerin gerekçelerinden hareketle belirtmektedir (s.17). Bence bu da tartışılabilir. Uluslararası hukukun kriterleri dikkate alınarak savaşa girilip girilmediğinin yargısal denetimi de tartışılabilir.

Meclisin seçimleri yenileme kararı için ise 1924 Anayasası'nın hazırlık sürecindeki tartışmalardan da yararlanarak (meclisin kendi kendini tecdidi

intihabata karar vermesi salâhiyeti asliyesindendir) söz konusu kararın tamamen millet meclisinin takdiri ile ilgili olduğu ve maddi bakımdan denetlenmesinin söz konusu olamayacağını ifade etmektedir.

Sıkıyönetim ilânının meclis tarafından onayı için ise S.S. Onar'ın savunduğu sıkıyönetim kararını onaylayan TBMM'nin işleminin bir parlamento kararı olması sebebiyle maddi bakımdan denetlenmesine imkan olmadığını belirten görüşü Teziç kabul etmemektedir.

Teziç'e göre Bakanlar Kurulu'nun sıkıyönetim ilânı kararı ile TBMM'nin onaylama kararı birbirinden ayrı iki işlemdir. İdarenin hiçbir eylem ve işleminin yargı denetimi dışında bırakılmasına olur vermeyen anayasa hükmü karşısında başlı başına idari ve icrai bir nitelik taşıyan Bakanlar Kurulu'nun sıkıyönetim ilânı kararının Danıştay denetimine tabi olacağı kanaatine ulaşmaktadır Teziç.

TBMM'nin onay kararı bakımından ise, Anayasa sıkıyönetimi sebebe bağladığı için (m. 124) onaylama kararının da bu sebeplere dayanması gerekmektedir. Bu durumda TBMM'nin onaylama kararı da sebebe bağlı olduğundan bu sebepler bakımından Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olmalıdır.

Teziç, ilave olarak sıkıyönetim halinde hürriyetlerin durdurulacağını da ifade ederek bu alanın kişi hakları ve hürriyetleri ile ilgili olduğunu ve kanun niteliğinde olduğunu da vurgulamaktadır. Anayasanın 124. maddesinde belirtilen sebepler kötüye kullanmayı önlemek anlamına gelmekte ve denetlenmezse bu sebeplerin hiçbir anlamı olmayacaktır. Bu durumda Bakanlar Kurulu'nun kararı Danıştay tarafından iptal edildiğinde TBMM'nin onay kararı da konusuz kalacaktır.

Teziç Anayasa Mahkemesinin kitabın bu bölümünün yazılmasından sonra (E. 1970/44, K. T. 17.11.1970 Rg. 30 Mart 1971, S.13794) parlamentonun sıkıyönetimi onay kararının ne içtüzük ne de kanun niteliğinde olduğu ve denetim alanının dışında olduğuna karar verdiğini dipnotunda eklemektedir. Danıştay da Bakanlar Kurulunun verdiği sıkıyönetim kararı hakkında "bu kararlar TBMM'de onaylanarak kanuna dönüşür ve benim görev alanıma girmez" demiştir. Danıştay Dava Daireleri Kurulunun E.1970/419 , K. 1970/444 sayılı kararı ile TBMM onayına tabi olduğundan yasama işlemi olarak kabul edilmiş ve denetlenememiştir. OHAL kararı hemen TBMM'ye sunulur ve bir parlamento kararı olarak onay işlemi yapılmaktadır.

Teziç, benzer bir soruna bu kez uzun vadeli planların Millet Meclisi tarafından karara bağlanması bakımından değinmektedir. Bu işlemlerin parlamento kararı için belirlenen kriterlere uymadığı kanaatindedir Teziç. Çünkü genel ve objektif nitelikteki kalkınma planı kişilerin de uyması gereken esasları taşımakta ve kanun olarak düzenleme zorunluluğu bulunmaktadır.

Sonuç olarak, Yazar parlamentonun karar niteliğindeki işlemlerinin gerek şekli gerek maddi bakımdan Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebileceği düşüncesindedir.

Oysa bugün olağanüstü hal ilanının denetimi çok büyük önemi olan bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

Teziç OHAL ve sıkıyönetim kararlarının **şart tasarruf** (idare hukukundaki koşul işlem) olduğunu belirtmektedir. Yani bireyleri belli bir statüden alıp mevcut belli bir statüye yerleştiren işlemlerdir. Parlamentonun onayına rağmen ortada iki ayrı işlem vardır. Fonksiyonel olarak yürütmenin işlemi olan bu işlemler yasama organına sunulmakla yasama işlemine dönüşmezler. Bu işlemler parlamento kararları kriterine vurulduğunda yasal niteliği ortadadır.

Ancak Anayasa Mahkemesi, bu kararında işlemin ne içtüzük ne de kanun niteliğinde olduğunu ve görev alanına girmediğini ifade etmiştir. Teziç, **ıçtihatlar zamanla değışir** diyor. Başka ülkelerde de bizim ülkemizde de içtihat değışiklikleri olmaktadır. Bu değışikliği de **eski şarapları yeni şışelere koyarcasına tazelemek** olarak ifade etmiştir.

Önüne bu tür bir mesele geldiğinde Anayasa Mahkemesi ne yapmalıdır? : Anayasa Mahkemesi daha önce verdiği ve önüne gelen işlemin adı ile bağlı olmadığını ve onun nitelemesini kendisinin yapacağını belirttiği kararından hareketle gelecekte düzenlemeleri bu yönde değıştirebilecektir. Teziç, Anayasa Mahkemesi yasama organına direktif veremez ancak, görevlerinden biri de **anayasanın sözünü söyletmektir**. Anayasaların zaman içinde okunmasının teknik bir anlamı olduğunu ve içtihatların bu şekilde gelişeceğini ve anayasanın okunmasındaki büyük işlevinin de bu olduğunu ifade ederek Anayasa Mahkemesi'ndeki konuşmasını tamamlamıştır.

SONUÇ olarak, OHAL ilanı kararı denetlenebilir. Teziç'in bu yaklaşımı aslında İHAS sistemi tarafından kabul edilmektedir.

İHAM'ın ilk kararı olan Lawless İrlanda'ya karşı kararında (1.7.1961)

kararında Sözleşmenin 15. maddesi bağlamında ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun varlığını somut olay bakımından tartışmıştır:

“Mahkeme İrlanda hükümetinin 5 Temmuz 1957 de bir tebliğ yayınlamasına yol açan olayların ve koşulları, bu kavramın içine girip girmediğini belirlemelidir.(pg.58)...Sonuç olarak İrlanda Hükümeti, İrlanda Cumhuriyetinde ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hal ilan etmekte haklıdır ve bu nedenle bu konuda sözleşmenin 15/1 maddesinin hükümlerini uygulayarak Sözleşmedeki yükümlülüklerini azaltan önlemler alma hakkına sahiptir”(pg. 60)(çev. O. Doğru, s. 22)

Benzer bir değerlendirmeye Brannigan kararında da rastlamak mümkündür.

Bu noktada şu anda neler yapılabileceği noktasında önemli bir yola daha işaret edilmektedir. O da bireysel başvuru yolu ile bu denetimin yapılmasıdır. Anayasa Mahkemesi bu denetimi reddederse İHAM yolu da açılacaktır (T. Şirin). Uluslararası hukuk da bu konuda Ulusun yaşamını tehdit eden tehlikeler için BM MSHS kapsamında Siracusa ilkeleri ile test yapmaktadır:

Nüfusun tamamını ve devletin topraklarının bir kısmını ve tamamını etkilemesi,

Nüfusun fiziksel bütünlüğünü, devletin siyasal bağımsızlığını veya toprak bütünlüğünü veya sözleşmede tanınan hakları korumak ve güvence altına almak için zorunlu olan kurumların temel işleyişini veya varlığını tehdit etmesi gerekir (T. Şirin).

SORUN 2- KANUN-YAPIM SÜRECİNE İLİŞKİN SORUNLAR

a-Yoğun kanun yapımı - sıkça değiştirilen kanunlar

Parlamentoların en temel fonksiyonu yasa yapmaktır. Bu sebeple yasa yapabilen, yasa yapma çoğunluğuna sahip bir parlamento sistemin işlemesi bakımından oldukça önemli ve olumlu bir durumdur. Ancak eğer bir siyasi partinin rahat bir çoğunluğa sahip olduğu parlamento neredeyse tüm hukuk sistemini müzakereye yanaşmadan değiştirmek istiyorsa ne olur²? Anti de-

² Aşırı kanun yapmanın sakıncaları bakımından bkz. F. Lucrezi, Fazla Kanunların Olması Hukukun Zayıflamasına Neden Olur, in Kanun Yapma Tekniği, Uluslararası Sempozyum, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2015.

mokratik olan, özgürlükçü olmayan, modern hukuk sisteminin dışında kalmış, köhne kanunlar varsa yasama organı yoğun bir çalışma ile bu yasal düzenlemeleri ayıklayabilmelidir. Bu durumun tersi de mümkündür. Yani tüm yoğun yasa çalışmaları her zaman demokrasiye, insan haklarına hizmet etmez. Yasal planın neredeyse toptan değişmesi, yeni bir hukuk düzeninin yaratılması Türk Anayasa hukuku alanında görülmemiş bir süreç değildir. 12 Eylül dönemi sadece anayasa yapmamış ayrıca sayıları bine yaklaşan yasa ve benzeri işlemlerle yeni bir hukuk düzeni yaratmış ve bu yasaların 19 yıl boyunca anayasaya aykırılığı iddia edilememiştir. Bu yasalar Başbakanlık tarafından toplu olarak yayımlanmıştır. Toplam 2886 sayfa tutmaktadır.

Bu çalışma bakımından Yasama organının son dört yasama dönemine ilişkin yasama fonksiyonuna bakıldığında şu durum ile karşılaşılmaktadır: 19 Kasım 2002’de başlayan ve 3 Haziran 2007’de sona eren 22 dönemde 794 yasa tasarısı ve 276 yasa teklifi kanunlaşmış ve toplamda 1070 yasa yapılmıştır. 23. Dönem (12 Haziran 2011- 23 Nisan 2015) yasama organında 514 tasarı, 248 teklif kanunlaşmış ve toplamda 762 rakamına ulaşılmıştır. 24. Dönemde ise, 383 tasarı, 366 teklif ile 749 kanun yapıldığı görülmektedir. 25. Dönemde ise meclis kanun yapamamıştır³.

Birleşik Krallık Parlamentosunun 2015 yılında yaptığı yasa sayısı 59’dur. Buna 32 genel kanun, 10 İskoç Parlamentosu Kanunu, 9 Kuzey İrlanda Yasası, 5 Galler Yasası ve 3 kiliseye ilişkin yasa dahildir. 2014’te 72, 2013’te 73, 2012’de 44, 2011’de 80, 2010’da 91, 2009’da 56, 2008’de 59, 2007’de 57, 2006’da 78, 2005’te 43, 2004’te 56 kanun yapılmıştır⁴. 12 yılın ortalaması yılda 64 kanundur. Sadece genel kanunlara bakılırsa sayı çok daha düşüktür. Örneğin, Birleşik Krallık Parlamento tarihinde en fazla kanun yapılan 1801’den 2015’e kadar tüm istatistikler incelendiğinde 1991 ve 1997 yıllarında 69’ar kanun yapılmıştır. 1985 yılında 68, 1975 de ise 65 kanun yapılmıştır. 2006-2015 arasında 10 yıllık periyotta yapılan genel kanun sayısı 330’dur, bu rakam yıllık ortalama 33 kanuna denk gelmektedir.

Kanun sayısının fazlalığı yanında sıkça değiştirilmesi de önemli bir sorundur. Bu durum hukuk devleti bakımından hukuki güven duygusunu azaltan bir görüntü oluşturmaktadır. Örnekleme gerekirse:

³ 21. Dönem yasama döneminde 368 yasa yapılmıştır. Bu dönemde 3 tane de anayasa değişikliği bulunmaktadır. 21. Dönemde bir koalisyon hükümeti bulunduğu hatırlanmalıdır.

⁴ <http://www.legislation.gov.uk/primary>, erişim tarihi 1.10.2015.

5352 sayılı ve 25/5/2005 tarihli Adli Sicil Kanunu 20 maddedir. 5 ayrı kanunla 10 maddesi değiştirilmiştir.

5902 sayılı ve 29.5.2009 tarihli Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun yürürlük maddeleri dahil 28 maddeden oluşmaktadır. Ancak beş ayrı kanunla değişiklik yapılarak 23 maddesi değiştirilmiştir.

31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 109 maddeden oluşmaktadır ve bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir. Bugün itibarıyla söz konusu kanunda 28 kanun 2 KHK ile değişiklik yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi de iki kez iptal kararı vermiştir. Toplamda hiç değişmeyen madde sayısı sadece “10” dur. Maddeler tekrar tekrar değiştirildiği için sayabildiğim kadarıyla 109 maddelik kanunun 274 maddesi değiştirilmiştir.

5746 sayılı 28/2/2008 tarihli Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun toplam 7 maddedir. Toplam 4 kanunla 5 maddesi değiştirilmiştir. Zaten iki maddesi yürürlük maddeleridir.

5774 sayılı 24/6/2008 tarihli, Başarılı Sporculara Aylık Bağlanması ile Devlet Sporcusu Unvanı Verilmesi Hakkında Kanun toplamda 12 maddedir. İki ayrı kanunla 2 maddesi değiştirilmiştir.

6331 sayılı 20/6/2012 tarihli, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 39 maddeliktir. 16 maddesi değiştirilmiştir. Sonuçta işçi sağlığını korumaya da yetmemiştir⁵.

6222 sayılı 31/3/2011 tarihli 27 maddelik Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’un 7 maddesi değiştirilmiştir.

5979 sayılı, 24/3/2010 tarihli Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında 23 maddelik kanunun 23 maddesi değiştirilmiştir.

5996 sayılı 11/6/2010 da yapılan 50 maddelik Veteriner Hizmetleri Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanununun 12 maddesi değişmiştir.

6413 sayılı 31/1/2013 tarihli Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu 49 maddedir. 11 maddesi değişmiştir.

⁵ 2013 yılına göre 2014 yılında iş kazalarında ölüm oranının %50 arttığı bildirilmektedir. <http://www.istanbulvizyonosg.com/blog/2014-yilinda-is-kazalarinda-olen-isci-sayisi-2013-yilina-gore-50-artti.html>, erişim tarihi 15.4. 2016.

Kabul edilen kanunların yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi sıkça değiştirilmesinin yarattığı en büyük sakınca kanunun bütünlüğünün ve ruhunun kaybolmasıdır. Ayrıca yapılan her değişiklik başka bir çatışma ve uyumsuzluk sorununu gündeme getirecektir. Şüphesiz bu durum hukuk güvenliği bakımından da ciddi anlamda sorunludur.

2018’de şimdiye kadar 73 kanun çıkarılmış, Bunların 24 tanesi OHAL KHK’larını kanunlaştıran kanunlar. 8 tanesi kanun ama torba kanun. Diğer tamamı uluslararası anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunduğu kanundur. Yasama organının yaptığı kanunların profili şimdilik bu şekildedir.

b- Kanun yapma sürecinin hızlandırılması teknikleri

Yasa yapma sürecinin hızlandırılması yukarıda işaret edilen yoğunluk pek kabul edilebilir olmamakla beraber, yine de talep edilen bir durumdur. Ancak, “bu süreci oluşturan temel bileşenlerin özünün zedelenmemesi ve demokratik, şeffaf, katılımcı, çoğulcu bir müzakere sürecinin korunması⁶” son derece önemlidir.

İşte tam da bu noktada torba kanun, teklif görünümlü tasarı, temel kanun yöntemlerinin kullanılmasının yasama sürecini etkisizleştirdiği ve yürütmenin alanına bırakıldığı haklı olarak ifade edilmektedir⁷.

aa- Torba Kanun

Teziç, birbirinden farklı konuları düzenleyen kanunlarda ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılmasını öngören kanuna günlük dilde torba kanun dendiğini belirtmektedir. Teziç torba kanunun bir tür konular terkibi ya da bileşimi olduğunu, bu tür kanunlarda konu unsurunun birden çok olduğunu saptamaktadır

İba bu nedenle torba kanunu ‘birbiri ile konu yönünden ilgisi olmayan ve çok sayıda başka kanunda ek ve değişiklikler yapan kanun’ biçiminde tanımlamaktadır⁸. Bu tanım, günlük dilde ‘paket kanun’ olarak bilinen ve aralarında konu yönünden ilgi bulunan kanunların oluşturduğu metni torba kanun kapsamından çıkarmaktadır. Paket kanunlarda bir tema birliği varken, torba kanunlarda tema birliği yoktur.

⁶ F Bakırcı, s.21

⁷ F Bakırcı, s.22.

⁸ Ş. İba, 2011, s. 199

Bakırcı torba kanunu, ‘zorunluluk olmadığı halde birden fazla kanunda değişiklik öngören kanun’ ya da ‘aralarında zorunlu ilişki olmayan birden fazla kanunu değiştiren kanun’ biçiminde tanımlamaktadır. Bu tür zorunluluklar nedeniyle birden fazla kanunda değişiklik yapılmış olması, bir tematik bütünlük varsa torba kanuna değil paket kanuna yol açacaktır. Torba kanun hem Bakanlık hem de Meclis’te zaman tasarrufuna yol açmaktadır⁹.

Bu çerçevede sonuç olarak, 108 tane bazı kanunlarda değişiklik yapılması hakkında kanunumuz¹⁰, 20 tane çeşitli kanunlarda değişiklik yapılması hakkında kanunumuz¹¹ bulunmaktadır.

İba, torba kanun uygulamasında şu sorunların ortaya çıktığını not etmektedir¹²:

Torba kanun **öncelikle komisyon sistemini devre dışı bırakmaktadır**. Torba kanunda mali nitelikli hüküm olduğundan bahisle genellikle bütçe komisyonuna gönderilmektedir. Birden çok komisyonu ilgilendiren teklif ve tasarı tali komisyonlarda gereği gibi görüşülememektedir. İba komisyon uzmanlığı devre dışı bırakılmıştır düşüncesindedir. Uygulamada tali komisyon genellikle raporunu vermemektedir. Sadece esas komisyondan rapor gelmesi tali komisyonlardan bazı nadir uygulamalar dışında rapor gelmemesi sıklıkla rastlanan bir uygulamadır. Örneğin, İç Güvenlik Yasası’nda 7 tali komisyon-dan sadece biri raporunu vermiş, diğerleri vermemiştir¹³.

⁹ Ş. İba, s. 199

¹⁰ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.sorgu_yonlendirme?Kanun_no=&k_Baslangic_Tarihi=&k_Bitis_Tarihi=&r_Baslangic_Tarihi=&r_Bitis_Tarihi=&sorgu_kelime=baz%FD+kanunlar, erişim tarihi 21.10.2015

¹¹ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.sorgu_yonlendirme?Kanun_no=&k_Baslangic_Tarihi=&k_Bitis_Tarihi=&r_Baslangic_Tarihi=&r_Bitis_Tarihi=&sorgu_kelime=%E7e%FEitli+kanun, erişim tarihi 21.10.2015

¹² Ş. İba, Ülkemizde “Torba Kanun” ve “Temel Kanun” Uygulamaları, <http://www.ankarabarosus.org.tr/siteler/ankarabarosus/tekmakale/2011-1/2011-1-7-1.pdf>, erişim tarihi 21.10.2015

¹³ Bu konuda son uygulamalardan biri Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Kararısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 6669 sayı ve 30.1. 2016 tarihli kanundur. Sadece esas komisyon olan dışişleri komisyonu rapor vermiş tali komisyonlar vermemiştir. Kişisel verilerin korunması hakkında kanun tasarısı da meclisin gündemindedir. Sadece esas komisyon olan Adalet komisyonu rapor vermiş, en azından şimdilik tali komisyonlar olan AB Uyum, Anayasa, İnsan Hakları İnceleme ve Plan ve Bütçe Komisyonları raporlarını vermemiştir.

Torba kanunlara ilişkin ikinci saptama bu süreçte **yeni madde ihdasının çok sık görülen bir durum olduğudur**. Bu sayede torbada kamufle edilmek istenen maddeler sonradan katılmakta ve kamuoyundan görece saklanabilmektedir. Örnek olarak 7’si geçici madde olmak üzere toplam 120 madde olan, esas komisyondaki yeni madde ilavesi ve madde bölmeleri nedeniyle, torba tasarısı 10’u geçici olmak üzere toplam 234 maddeye çıkmıştır¹⁴.

Torba kanunlarda ilgili bakanlık ve kuruluşlardan teknik bilgi alma ve sivil toplum katkısı sekteye uğramaktadır. Bu durumun yasa hatalarını arttırdığı ifade edilmektedir. Burada yasaların sıklıkla değiştirilmesinin arkasında yatan bir sebep olarak da bu durum saptanabilir.

İba, makalesinde son derece önemli tespitlerde bulunmaktadır. Torba kanunlarda **kanunun ruhu, özü yoktur; gerekçeler son derece karışıktır ya da yoktur**. Bu durum yorum sorunlarına yol açabilmektedir. Bazen bir kanunun sadece adı 3 sayfa tutabilmektedir¹⁵.

Teziç, burada usul açısından toplumda infial uyandırabilecek düzenlemelerin yanı sıra, toplumun beklentilerine cevap verebilen ve “kozmetik maddeler” olarak da nitelendirilen düzenlemelerin Genel Kurul’da birlikte oylanmasına da dikkat çekmektedir¹⁶.

Teziç ayrıca, Anayasa Mahkemesi önceki yıllarda verdiği kararlara atıfta bulunarak kanun koyucunun saklı bir amaç güttüğü durumlarda, kanunun amaç unsuru açısından sakat olduğunu işaret etmektedir¹⁷.

Teziç ayrıca, usul ve şekil kavramlarının farklılığını dile getirmektedir. Buna göre, Şekil, işlemin maddi varlığıdır. Yeter sayı ile oylanması, yazılı olması, Resmi Gazete’de yayımlanması gibi. Usul ise işlemin yapılma sü-

¹⁴ 13/2/2011 tarihli ve 6111 Sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

¹⁵ Ş. İba, Ülkemizde “Torba Kanun” ve “Temel Kanun” Uygulamaları, <http://www.ankarabarnosu.org.tr/siteler/ankarabarnosu/tekmakale/2011-1/2011-1-7-1.pdf>, erişim tarihi 21.10.2015

¹⁶ Teziç s. 340

¹⁷ “Kanun koyma usulünden söz ederken, bu hususu şekil unsurundan ayırmak gerekir. Çünkü, ‘kanun’ adı altında yapılan işlemin temel niteliklerinden biri de aleniyetidir; gizlilik içinde bir kanun yapılması düşünülemez. Kanun metninin oluşturulması bütün aşamalarda, şeffaf olabilmelidir; gizlisi saklısı olamaz. Çünkü kanunun aleniyeti, kamu yararı amacı ile yapılp yapılmadığının göstergesidir.”

recidir; şekilden önceki aşamadır. Teklif, komisyon incelemesi, genel kurulda müzakere gibi. Kanun koyucunun kişisel ve saklı bir amaç güttüğü durumlarda, Teziç Anayasa Mahkemesi'nin¹⁸ “kamu yararı dışında başka bir amaca ulaşmak için düzenleme yaparsa, ortada teknik anlamda bir ‘yetki saptırmasından’ söz edildiğini” ifade eden kararını hatırlatmaktadır.

Teziç, kanunda yapılan değişikliklerin, metnin bütünü ile ilgisi olmayan hükümler içermesi halinde bunun bir usul hatası olduğunu belirtmekte ve böyle bir durumda Fransa uygulamasında Anayasa Konseyi'nin “usul hatası” gerekçesi ile kanunu iptal ettiğini not etmektedir¹⁹.

Türk Anayasa Mahkemesi torba kanun niteliğinden hareketle bir kanunu iptal etme yetkisini kendisinde görmemiştir. Kararda Anayasa Mahkemesi, torba kanun kavramının anayasaya aykırı olup olmadığı iddiası karşısında, bu hususun şekil denetimi kapsamında olduğundan ve şekil denetimi konusunda Anayasa Mahkemesi'nin sınırlı olmasından hareketle yetkisi dışında olduğuna karar vermiştir²⁰.

bb- Teklif Görünümlü Tasarı

Parlamentoya sunulan kanun teklifleri ve kanun tasarılarının usulleri farklıdır. Teklifler çok kısa sürede hazırlanabilirken, kanun tasarıları belli bir zaman gerektiren sürece ihtiyaç duymaktadır. Bu süreci atlamak ve zaman kazanmak için gerçekte kanun tasarısı biçiminde hazırlanan öneriler Meclise bir veya birden fazla milletvekili aracılığı ile teklif biçiminde sunulmaktadır. Tasarı şeklinde hazırlanan kanun önerisinin teklif biçiminde sunulması ile diğer bakanlık, kurum ve kişilerin görüşünün alınması, sivil toplum kuruluşlarının görüşlerinin alınması, düzenleyici etki analizi yapılması gibi aşamalar atlanarak yol alınmaktadır. Bu durum da kanun yapımında müzakere, tartışma gibi demokratik unsurları bertaraf etmektedir.

cc-Temel Kanun Uygulaması

Temel kanun uygulaması ile hedeflenen şey, komisyon metnindeki başlıkta ifade edildiği gibi kapsamlı kanunların hızlı şekilde görüşülmesini sağ-

¹⁸ K. 1963/243-1967/20-1978/50

¹⁹ E. Teziç, Torba Kanun, in Kanun Yapma Tekniği, Uluslararası Sempozyum, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2015, s. 342. Yazar, D. Rousseau'dan aktararak 23 Ocak 1989 tarih (86-225) ve 12 Ocak 1989 tarih (88-249) kararlarında kanunun bütünüyle ilgili olmayan değişiklikleri iptal ettiğini bildirmektedir.

²⁰ E. 2015/41, K. 2017/98, T. 4.5.2017, R.G. 3.8.2017, S.30143

lamaktır. Nitekim birden çok alanda düzenleme yapan torba kanunlar bile çoğunlukla temel kanun olarak görüşülmektedir. Temel kanun kararını verecek olan Genel Kurul çoğunluğudur; Genel Kurul'da çoğunluğu sağlayan her siyasi parti her kanun tasarısı ya da teklifini temel kanun olarak görüştürme imkânına sahiptir. Bu yüzden de maddenin başlığının **hızlı görüştürme kararı** olarak değiştirilmesinde yarar vardır²¹.

Temel kanunlarla diğer kanunların görüşülme yöntemi arasındaki en temel fark, temel kanunlarda her bir bölümün bir madde olarak görüşülmesidir. Örneğin, eğer bir bölüm 25 maddeden oluşuyorsa 25 madde görüşmesi yerine tek bir madde görüşmesi yapılmaktadır. Böylece 25 kez tekrarlanan bir işlem teke indirilmiş ve zaman tasarrufu sağlanmış olmaktadır.

Temel kanunların görüşülme yönteminin olağan görüşme yönteminden **ikinci farkı soru cevap süresidir**. Maddeler üzerinde görüşme yapılırken görüşmeler bittikten sonra 10 dakikalık soru cevap işlemi yapılırken, temel kanunlarda bu süre 15 dakikadır; her bölümün görüşmeleri bittikten sonra 10 dakika yerine 15 dakikalık soru cevap işlemi yapılmaktadır.

Temel kanunları görüşme yöntemi ile olağan görüşme yöntemi arasındaki üçüncü ve son fark **önerge sayısı konusundadır**. Olağan görüşme yön-

²¹ Meclis İç Tüzüğü- MADDE 91- a) Bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içermesi; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirmesi; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları göstermesi, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlaması, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunun bulunması; önceki kanunlaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulması gibi özellikleri taşıyan kanunları ve İçtüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda bölümler halinde görüşülmesine ve her bölümün en çok otuz maddeyi geçmemek kaydıyla hangi maddelerden oluşacağına Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun oybirliği ile önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebilir. Bu takdirde bölümler, maddeler okunmaksızın maddenin görüşülmesindeki usule göre ayrı ayrı görüşülür ve bölümdeki maddeler ayrı ayrı oylanır./ Milletvekilleri, esas komisyon veya Hükümet değişiklik önerileri verebilir. Milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önerileri dahil madde üzerinde iki önerge verilebilir. Ancak, her siyasî parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklıdır./ Yeni bir madde olarak görüşülmesine komisyonun salt çoğunlukla katıldığı önergeler ile yeniden görüşülmesine karar verilen maddeler üzerinde görüşme açılır ve bu maddede belirtilen sayıda önerge verilebilir./Bölümler üzerindeki soru-cevap süresi, onbeş dakika ile sınırlıdır./Diğer hükümler saklıdır./ b) Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasî parti gruplarının önerisi üzerine de (a) bendinde belirtilen kanunma yönteminin uygulanmasına Genel Kurulca karar verilebilir.

teminde her madde üzerinde en fazla 7 önerge verilebilirken temel kanunlarda her madde üzerinde en fazla 2 önerge verilebilmektedir.

TBMM iç tüzüğü'nün 91. maddesi ile kabul edilen ve çok büyük kapsamlı kanunların hızlı bir yöntem ile kabul edilmesi amacı taşıyan temel kanun uygulaması²² hem gittikçe yaygınlaşan hem de asıl amacına hizmet etmeyen bir duruma gelmiş, bu arada üç kez Anayasa Mahkemesi kararlarına da konu olmuştur²³.

AYM'nin İLK KARARI- Anayasa Mahkemesi temel kanunlara ilişkin olarak verdiği ilk kararında iç tüzük kurallarının “belirli”, “soyut”, “genel” ve “öngörülebilir” olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, “ getirilen düzenleme ile 91. maddede belirtilen ‘temel kanun’ ve ‘ülkenin ekonomik ve teknolojik gelişimi ile doğrudan ilgili yeniden yapılanma kanunları’nın kapsamına açıklık getirilmemesi, pek çok yasanın bu kapsam içinde düşünülmesine neden olabileceği için sadece, maddede öngörülen her tasarı veya teklife özgü biçimde uygulanacak görüşme ve oylama usulü önceden bilinemeyeceğinden objektiflik sağlanamayacaktır.

Yani ilk kararda temel sorun, hangi kanunların temel kanun ve ülkenin ekonomik ve teknolojik gelişimi ile doğrudan ilgili yeniden yapılanma kanunu olduğu konusunda açıklık olmamasıdır.

AYM'nin İKİNCİ KARARI²⁴- Kararda Anayasa Mahkemesi öncelikle getirilen düzenleme ile “Temel Kanun” un tanımının yapılmadığını, “temel kanunlar” ve “kapsamlı değişiklik” ten ne anlaşılması gerektiği yönünde bir

²² Temel kanun olarak kabul edilenler genel kurulda bölümler halinde görüşülebilecektir. Bölümler 30 maddeyi geçemeyecektir. Milletvekilleri anayasaya aykırılık dahil madde üzerinde iki önerge verebilir. Ama her siyasi parti grubuna ait vekiller bir önerge verebilir. Bölüm üzerinde soru-cevap süresi 15 dakikadır.

²³ K.2002/24 E. 2001/129, K.T. 31.1.2002, R.G. 18.06.2002-24789.

²⁴ E. 2003/30, K.2003/38, K.T. 29.4.2003, R.G.09.07.2003/25163. Temel kanunları ve içtüzüğü bütünü ile veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda bölümler halinde görüşülmesine ve her bölümün hangi maddelerden oluşacağına, Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebileceği gibi, Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine Genel Kurulca üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile de karar verilebilir. Bu takdirde bölümler, maddeler okunmaksızın ayrı ayrı görüşülür ve oylanır. Bölümler üzerinde verilen önergelerin kabulü halinde o bölüm kabul edilen önergeler ile birlikte oylanır.

Bölümlerin görüşülmesinde maddelerin görüşülmesine ilişkin hükümler uygulanır.

açıklığın olmadığını işaret etmektedir. Kararda Anayasa Mahkemesi iki noktada sebebiyle hükmü iptal etmiştir:

İlki, hangi halde temel kanun olduğu belirli olmadığından bu tür özel görüşme ve oylama gerektiren özel yöntemin yaygınlaştırılabilmesi ve böylece milletvekilleri yasama fonksiyonuna gereği gibi katılamayabilmesidir.

İkincisi ise getirilen kural ile tasarı ve tekliflerin bölümler halinde oylanması öngörülerek maddelerin ayrı ayrı oylanmasının engellenmesi, böylece milletvekillerinin bir bölüm içinde yer alan kimi maddeler için ret ya da kabul yönünde oy kullanmalarına olanak tanınmamasıdır.

AYM'nin ÜÇÜNCÜ KARARI²⁵- Üçüncü kararda temel kanunun çerçevesinin çizildiğine Anayasa Mahkemesi kanaat getirmiştir (oyçokluğu). Maddelerin ayrı ayrı oylanmamasını anayasaya aykırı bulup iptal ettiğini hatırlatan Anayasa Mahkemesi bu kez ayrı ayrı oylanması, ama ayrı ayrı okunmamasını anayasaya aykırı görmemiştir.

Milletvekillerinin iki önerge verebilmelerine ilişkin sınırlamayı ise siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin önerge verme hakkı saklı tutulmadığı için anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.

²⁵ E. 2005/74, K.2005/73, K.T. 26.10.2005, R.G. 21.10.2006-26326.

- a) Bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içermesi; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirmesi; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları göstermesi, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlaması, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunun bulunması; önceki yasalaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulması gibi özellikleri taşıyan kanunları ve İçtüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda bölümler halinde görüşülmesine ve her bölümün en çok otuz maddeyi geçmemek kaydıyla hangi maddelerden oluşacağına Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun oybirliği ile önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebilir. Bu takdirde bölümler, maddeler okunmaksızın maddenin görüşülmesindeki usule göre ayrı ayrı görüşülür ve bölümdeki maddeler ayrı ayrı oylanır.

Milletvekilleri, esas komisyon veya Hükümet değişiklik önermeleri verebilir. Milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önermeleri dahil her madde için iki önerge verilebilir.

Bölümler üzerindeki soru-cevap süresi, onbeş dakika ile sınırlıdır.

1 inci maddenin diğer hükümleri saklıdır.

- b) Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine de (a) bendinde belirtilen yasama yönteminin uygulanmasına Genel Kurulca karar verilebilir”.

Sonuç olarak “Temel kanun” kavramına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi yukarıda özetlenen üç kararında şu hususların altını çizmektedir: Temel kanunun çerçevesi belli olmalıdır. Maddelerin tek tek oylanması gereklidir. Grup milletvekillerinin önerge verme hakkının saklı tutulmaması demokratik katılımın ihlalidir. Temel kanun kavramı geniş kapsamlı kanunların daha hızlı bir biçimde çıkarılması rasyonallitesi ile genelde kabul edilmekle beraber, uygulama farklı biçimde cereyan etmektedir.

İba’nın verdiği bilgilere göre temel kanun uygulaması katlanarak artmaktadır. Örneğin; 21. Yasama döneminde (7), 22. Yasama döneminde (29), 23. Yasama döneminde (45) adet kanun “temel kanun” olarak görüşülmüştür. Ancak temel kanunlar sadece kapsamı geniş kanunlar için uygulanan bir yol olarak uygulamada karşımıza çıkmamaktadır. Yine İba’nın rakamlarına göre, 21. Dönemde toplam (1567), 22. Dönemde toplam (1589), 23. Dönemde toplam (4823) maddeden oluşan temel kanunlar çıkarılmıştır. İba’nın verilerine göre 11 maddeden oluşan 5983 Sayılı Kooperatifçilikle ilgili Kanun ile: sadece 8 maddeden oluşan 6005 sayılı YÖK ile ilgili Kanun, “temel kanun” olarak görüşülmüştür²⁶. Burada “söz konusu tercihin nedeni veya avantajı ne olabilir?” sorusu anlamlıdır.

Temel kanun uygulamasında ortaya şu sorunlar çıkmıştır: Grup Milletvekillerinin önergeleri alınmış diğerleri alınmamış²⁷, toplantılarda fi-

²⁶ Ş. İba, Ülkemizde “Torba Kanun” ve “Temel Kanun” Uygulamaları, <http://www.ankarabarnos.org.tr/siteler/ankarabarnos/tekmakale/2011-1/2011-1-7-1.pdf>, erişim tarihi 21.10.2015

²⁷ İlköğretim ve Eğitim Kanunu- 30.3.2012 günlü ve 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un, anayasaya aykırılığı iddiasında şu gerekçe ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur:

“Kanun teklifinin T.B.M.M. Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonunda görüşülmesi sürecinde iktidar patisine mensup yüzü aşkın milletvekilinin salonu doldurması nedeniyle diğer milletvekillerinin Komisyona katılamadığı, Komisyon toplantısının açılmasının ardından söz talebini içeren dilekçelerin Komisyon Başkanınca işleme konulmadığı, söz talepleri ve değişiklik önergeleri işleme konulmadığından Komisyon çalışmalarının tamamlandığının kabul edilemeyeceği ve bu durumda Komisyon Raporu oluşmayacağından kanun teklifinin Genel Kurulda görüşülmesinin mümkün olmadığı, Komisyon toplantısının ses kayıtları ile tutanakların karşılaştırılmasından redaksiyon yetkisini aşan değişiklikler yapıldığının ortaya çıktığı, Komisyonun iradesinden farklı metinlerin Komisyonda kabul edilmiş gibi işlem yapıldığı, milletvekillerine Komisyonda söz hakkı tanınmamış olmasının milletvekillerinin yasama görevini yapmasının engellenmesi sonucunu doğurduğu, kanun teklifinin T.B.M.M. Genel Kurulunda temel kanun olarak görüşülmesi nedeniyle önerge sayısının kısıtlandığı ve bunun demokrasi ve milletvekilliği kurumuyla bağdaşmadığı, Genel

ziksel arbeye yaşanmış²⁸, kanun teklifinin TBMM Genel Kurulu'nda temel kanun olarak görüşülmesi nedeniyle önerge sayısı kısıtlanmış, TBMM İçtüzüğü'nün 91. maddesi uyarınca milletvekillerinin var olan önerge verme hakları fiilen kabul edilmemiş, milletvekillerinin söz hakkı sınırlanmış, 15 dakikalık konuşma son derece yetersiz olmakla beraber Anayasa Mahkemesince anayasaya uygun bulunmuş, geri çekme yetkisi İçişleri Bakanı tarafından kullanılmıştır, temel kanun uygulaması sıklıkla ve katlanarak ve de hiç gerekmediği halde kısa kanunlar için dahi uygulanmıştır.

Burada Türkiye'deki "anomi", yani kural tanımazlık konusunda yapılan bilimsel araştırmayı hatırlamak gerekir. Toplumsal kural tanımazlık siyasette de kendisini gösteriyor²⁹.

Kurulda görüşülen kanun teklifiyle ilgili olarak T.B.M.M. İçtüzüğü'nün 91. maddesi uyarınca milletvekillerinin var olan önerge verme haklarının kabul edilmediği," gibi iddialar ileri sürülmekte ve şekil denetiminin sadece son oylamada öngörülen çoğunlukla sınırlı olarak yapılmaması talep edilmektedir.

²⁸ 30.3.2012 günlü, 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un kabul ediliş sürecine ilişkin aktarılanlar da önceki karardan daha iyi örnekler değildir: Kanun'un görüşülmesinde bir CHP İstanbul Milletvekili: " Sayın Başkan, bize dağıtılan önerge setinde her bir siyasi parti grubunun birer önergesi bulunuyor ve biz bu teklifi İç Tüzük'ün 91'inci maddesine göre temel kanun kabulüyle görüşüyoruz. İç Tüzük'ün 91'inci maddesinin ikinci fıkrası gayet açıktır. Bu fıkra göre, temel kanunlara ilişkin görüşmeler sırasında milletvekilleri, esas komisyon ve hükümet önergeleri verebilir. Milletvekilleri tarafından her bir madde için iki adet önerge verilebilir ancak yine aynı fıkra göre siyasi parti gruplarının birer önerge verme hakları saklıdır. Dağıtılan önerge setinde her siyasi parti grubunun birer önergesi bulunuyor ancak Başkanlık Divanındaki kayıtları incelediğinizde, dört siyasi partinin dört önergesi dışında başka önergelerin olduğunu da göreceksiniz. Yani 91'inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan, milletvekillerinin iki adet önerge verme hakkı, sizin bu uygulamanıza göre ortadan kaldırılmış olmaktadır. Siyasi parti gruplarının önerge verme haklarının olması, milletvekillerinin iki adet önerge verme olanağını ortadan kaldırmamaktadır. "Siyasi parti grupları birer önerge verdi, o hâlde milletvekillerinin önerge verme hakkı kalkmıştır." demek, bağımsız milletvekillerinin önerge hakkını ortadan kaldırmak demektir. Bu nedenle, size verilmiş olan ve işleme konulmuş olan diğer önergelerin -ki diğer siyasi partilerin de önergesi olduğunu tahmin ediyorum, bizim Cumhuriyet Halk Partisi olarak önergelerimiz var- bunların kuraya tabi tutulmak suretiyle iki adet önergenin daha her madde için işleme konulması gerekir efendim" Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı ,24. Dönem 2. Yasama Yılı , 84. Birleşim 28 Mart 2012 Çarşamba.

²⁹ Ali Çarkoğlu ve Prof. Dr.Ersin Kalaycıoğlu. Emile Durkheim'ın "anomie" adını verdiği bir kavram giriyor devreye. Biz anomik bir toplumuz. Kurala uymuyoruz. Kural esnetmek, temel bir alışkanlık, hatta norm haline gelmiş durumda. Bu esnetme, Meclis yapısı yasaları da içeriyor, doğa yasalarını da. Kamu kurallarını esnetince otoritelerle çatışyorsunuz ama

Yasama organı çok kanun yapıyor ama yapması gereken, devlet sırrı kanunu seçim kanunu, siyasi partiler kanunu gibi kanunları yapmıyor veya kişisel verilerin korunması gibi kanunları çok uzun süre yapmamakta ısrar ediyor. Ardından yasama yetkisinin devredilmezliği ve yasama yetkisinin genelliği kavramlarının neredeyse içini boşaltan uygulamalar ve Anayasa Mahkemesi kararları veriliyor. Genel görünümlü özel düzenlemeler sıkça karşılaşılan bir durum haline gelmiştir. Özgürlüklerin sınırlandırılması ve vergi gibi hassas alanlarda yasallıktan uzaklaştırılması bir başka sorun olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰. Nihayet, olağanüstü hal KHK'ları ile bu kez yasama yetkisi Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kurulu'nun eline bırakılmış ve yasama yetkisi ve kanun kavramı büyük ölçüde başkalaşmıştır.

fizik kuralını esnetince felakete sebep olabiliyorsunuz, örneğin trafikte kullandığınız aracı deviriyorsunuz. <http://gazetesi.sabanciuniv.edu/tr/2014-06/ersin-kalaycioglu-ile-muhafaza-karlik-demokrasi-gezi-olaylari-sivil-toplum-uzerine>, erişim tarihi 21.10.2015

³⁰ Bu konuda bir çalışma için bkz. S. T. Üzeltürk, Kanunların Kabul Edilmesi İşlevi Açısından Yasama Organı, Anayasa Hukuku Dergisi, C.5, S. 9, 2016. S.13 vd.

Olağanüstü Halde Yasamanın Düzenleyici İşlemlerinin Hukuki Rejimi

Doç.Dr. Didem YILMAZ*

Olağanüstü hale (OHAL) ilişkin düzenleyici işlemlerle ilgili teorik ve teknik anayasa hukuku sorunları, içinde bulunduğumuz dönemde Türk anayasa hukuku doktrinini oldukça meşgul etmektedir. OHAL’le ilgili ortaya çıkan tartışmaların ana ekseninde, OHAL ilanı ile birlikte geçilen bu rejimin uygulanmasına ilişkin yürütme organının düzenleyici işlemlerin kapsamı ve OHAL döneminde anayasa değişikliği yapıp yapılamayacağı meseleleri yer almaktadır. Bu çalışma, güncel tartışmalardan yola çıkarak daha az odaklanılan OHAL döneminde yasama çalışmalarını ele almaktadır. Bu itibarla bildirinin konusu hem OHAL’e özgü yasama işlemlerini (TBMM tarafından Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunca hem ilan edilen OHAL kararının onaylanması hem de çıkarılan OHAL KHK’lerinin kabul edilmesi işlemlerini) hem de OHAL döneminde gerçekleştirilen olağan yasama işlemlerini ve tali kuruculuk yetkisini de kapsamaktadır. İkinci bölümün çalışmaya dahil edilmesinin sebebi, hem OHAL döneminin yasamanın olağan çalışmasına etkisi olup olmadığını değerlendirmek hem de OHAL döneminin anayasa değişikliği yapılması açısından zamansal bir sınırlama getirip getirmediği meselesine değinilerek bu konudaki tartışmalar açısından konuyu karşılaştırmalı hukuk verileriyle ortaya koymaya çalışmaktır. Bu içeriğe paralel şekilde bildiride öncelikle OHAL’de OHAL ile ilgili düzenleyici işlemlerin nitelikleri ve denetim konusu, sonrasında ise, OHAL’de tali kuruculuk yetkileri ve olağan yasama işlemleri değerlendirilecektir.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, didem.yilmaz@law.bau.edu.tr. Bu metin 9 Mayıs 2018 günü sunulan bildirinin yazılı halidir. Konuyla ilgili sonradan yürürlüğe giren mevzuat değişikliklerine ve AYM kararlarına bildirinin özgünlüğünün korunması açısından yer verilmemiştir.

1- Olağanüstü Hallerde Olağanüstü Halle İlgili Düzenleyici İşlemlerin Hukuki Rejimi

A) Olağanüstü Hal İlanının Onaylanmasına İlişkin TBMM Kararının Hukuki Niteliği ve Denetimi Meselesi

Bu başlığın seçilmesinin sebebi, Prof. Dr. Erdoğan Teziç'in içe dönük ve dışa dönük parlamento kararları ayırımını hatırlayarak¹, OHAL ilanının ve uzatılması taleplerinin onaylanmasına ilişkin TBMM kararlarının niteliğini belirlemektir. Zira bu görüş, günümüz uygulamasındaki sorunların aşılmasına imkân veren bir önemi haizdir.

Hatırlanacağı üzere, 20 Temmuz 2016 tarihinde cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından, milli güvenlik kurulunun 498 sayılı tavsiye kararı göz önünde bulundurularak, Anayasanın 120. maddesi ile 2935 sayılı OHAL Kanununun 3. maddesinin b) bendine göre ülke genelinde doksan gün süreyle olağanüstü hal ilan edilmesi kararlaştırılmış; TBMM'ye sunulan bu karar da 21 Temmuz 2016 günü kabul edilmiştir.² Bugüne kadar OHAL, yedi kere uzatılmıştır.³ Gerek onay gerek süre uzatımı taleplerinin TBMM'de görüşülme usulleri incelendiğinde öncelikle görüşmelerin hızı sonrasında ise oylamaların aritmetik bir determinizmle önceden öngörülebilir olduğu izlenmektedir. Bu durum ister istemez yürütmenin OHAL'le ilgili uygulamalarının TBMM'nin ne derecede etkin siyasi denetimine tabii olduğu sorusunu aklara getirmektedir. Bunun yanında OHAL rejimine geçişi sağlayan ilk onay ve arkasından verilen süre uzatımı taleplerine ilişkin TBMM kararları, nitelikleri itibariyle parlamento kararları olduklarından, 1982 Anayasası'nın 148. maddesi hükmü karşısında hukuki denetime tabii bulunmadıklarının kabul edildiği hatırlanınca, istisna rejiminin ilanı ve uzamasına ilişkin kararlar hukuki denetim dışı kalan, siyasi denetimin de etkili olmadığı bir rejime sahip olduğu sonucuna varılmaktadır.

Ancak Prof. Dr. Erdoğan Teziç, 1961 Anayasası döneminde kaleme aldığı eserlerde, TBMM kararlarının tanımının yapılması zorluğu karşısın-

¹ E. Teziç, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHFY No. 384, İstanbul, 1972, s.11-13.

² TBMM Karar No. 1116-21.07.2016.

³ Karar No. 1130 -11.10.2016; Karar No. 1134 – 3.1.2017; Karar No. 1139 – 18.4.2017; Karar No. 1154 – 17.7.2017; Karar No. 1165 – 17.10.2017; Karar No. 1178 – 18.1.2018; Karar No. 1182 – 18.4.2018.

da, konuya bu kararların denetime tabi olup olmamalarına göre bir ayırım yaparak açıklık getirmiştir. Buna göre de parlamento kararları arasında iki farklı tür tespit edilmiştir: 1- *Denetleneyeceği açıkça belirtilen parlamento kararları*; 2- *Denetleneyeceği belirtilmeyen veya tâbi olacakları hukuki rejim belirtilmeyen parlamento kararları*.⁴ 1961 Anayasası'nın 124. maddesine göre sıkıyönetim ilanının TBMM'ce onanması ve uzatılması, ikinci grup kararlar arasında yer aldığı dile getirilmiştir. Teziç, bu farklı karar türlerinin rejimi konusuna da maddi kriter üzerinden yaklaşmış ve bu konuda *işlemin niteliğini(n) gözönünde tutmak gerek(tiğini)* belirtilerek *parlamento kararlarının objektif nitelik ve genişlikte olmamaları gerek(tiğinin)* altını çizmiştir.⁵ Denetlenebilir olup olmadığı açıkça belirlenemeyen ve vatandaşların hakları ve özgürlükleri üzerinde sınırlama getirilmesine sebep olacak etkileri olan kararlar içinse şunları ifade etmiştir: *1961 Anayasasında, parlamento kararlarının tabi olacağı rejim açıkça belirtilmediği için, bunların denetim dışı kalacakları ve imtiyazlı bir işlem kategorisi teşkil edecekleri söylenemez sanıyoruz. Bu, her şeyden önce «Hukuk Devleti» kavramı ile bağdaşmaz... Maddi yönden parlamento kararlarının denetimine gelince,..parlamento kararlarının özelliği, meclislerin işçileri ile ilgili olmalarıdır. Kanaatimizce, Anayasa koyucusu, bunların daha çok yasama yürütme organları arasındaki ilişkilerle ilgili olmaları ve çoğu zaman politik tercihlere dayanmaları dolayısıyla, bu kararların denetimini Anayasa Mahkemesine vermemiştir. Fakat «karar» şeklindeki işlemler bu özelliklerini aştıkları takdirde, yani kişilerin hak ve hürriyetleri ile ilgili muhteva taşıdıkları takdirde, «kanun niteliğinde» olacaklarını kabul etmiştir. Demek ki, «Kanun niteliğini» taşıyan bütün yasama işlemlerinin, Anayasa Mahkemesinin denetimine girmeleri gerekecektir.»⁶ Sonuç olarak 1961 Anayasası döneminde sıkıyönetim ilanını onaylama kararı hakkında yazar, *TBMM tarafından onaylanması ile devam eden rejimin oldukça ağır sonuçları olduğunu* dile getirmekte ve *hürriyetlerin “durdurulacağı”, yâni özüne dokunulabileceği böyle bir rejimi onaylayan TBMM kararı aslında TBMM'nin Bakanlar Kurulu ile olan ilişkilerinin çok üstünde, hattâ tamamen kişi hakları ve hürriyetleri ile ilgili olduğun-**

⁴ E. Teziç, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHFY No. 384, İstanbul, 1972, s.11-13.

⁵ E. Teziç, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, s. 14-15.

⁶ E. TEZİÇ, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHFY, No.384, İstanbul, 1972, s.17.

dan, kanun niteliğindedir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi, onaylama kararının dayandığı sebeplerin varlığını araştırabilir kanaatinde(dir).⁷

Tüm bu tespitleri 1982 Anayasası için de yapmak mümkündür. Nitekim Teziç, 1982 Anayasası kabul edildikten sonra yayınladığı başka bir eserinde aynı yönde görüşleri dile getirmiştir. Yasama meclisinin dışa dönük kararlarının değerlendirildiği bölümde konuyla ilgili şu açıklamalar yer almaktadır: *Anayasa’da öngörülen...olağanüstü hal (m.121),...TBMM tarafından onaylanmaları, maddi açıdan parlamento kararlarının tipik özellikleri dışındadır. Bu konudaki işlemler, vatandaşların hukukunu ilgilendirmeleri, Anayasa ve kanunlarda öngörülen ve düzenlenen temel hak ve hürriyetleri -geçici bir süre için de olsa- kısıtladığı, ya da kaldırdığı için TBMM’nin yetkilerinden sayılmıştır. Ancak, 1961 Anayasa’ında olduğu gibi 1982 Anayasa düzeninde de vatandaşları ilgilendiren konularda, TBMM iradesini bir “karar” ile değil, fakat kanun ile yapmak zorundadır. Bu bakımdan, söz konusu onaylama yetkilerinin kullanılmasında “karar” olarak adlandırılan işlemler aslında kanun niteliğindedirler. Bunun sonucu olarak da, (h)er ne kadar 1982 Anayasa’sı da, sıkıyönetim ilanı kararının onaylanmasını, Anayasa Mahkemesinde iptali istenebilecek işlemler arasında öngörmemekteyse de, Anayasa Mahkemesi gelecekte böyle bir taleple karşılaştığında, eski içtihadını tekrar gözden geçirerek, tıpkı içtüzük niteliğindeki ve kanun niteliğindeki yasama meclisi kararlarını denetim kapsamına aldığı gibi, TBMM onaylama işlemini kanun hükmü niteliğinde olduğu gerekçesi ile, bu konuda farklı bir içtihat oluşturabilme(si) gereği ifade edilmiştir.^{8,9}*

Gerçekten parlamento kararları açısından Anayasa Mahkemesi’nin denetimini ortadan kaldıran açık bir yasak anayasada yer almamaktadır. Şu halde, OHAL ilanının onaylanması ve süre uzatımı taleplerinin görüşülmesine ilişkin TBMM kararları açısından böyle bir ayrımın kabul edilmesiyle bunların hukuki denetimlerinin mümkün olması, en başta özü siyasal olan kararların hukukla çerçevelenmesini sağlayacaktır.

OHAL’le ilgili parlamento kararları açısından değinilmesi gereken bir diğer husus ise, OHAL ilanının onayı ve süre uzatımı talepleri hakkındaki kararların siyasal denetim açısından incelenmesidir.

⁷ E. TEZİÇ, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, s. 19.

⁸ E. Teziç, Parlamento Kararı ve Kanun, s.127.

⁹ Alıntıda yer verilen AYM’nin sıkıyönetim kararına karşı açılan iptal davasında verdiği karar için bkz. AYMK E 1970/44, K. 1970/42, kt. 17.11.1970, RG. 30.03.1971-13794.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, istisna halleri olarak genelleştirebileceğimiz bu olağanüstü yönetimlere geçiş kararının ortak bir kurala bağlanmış olduğunu söylemek zordur. Bazı anayasalarda ilan kararı yasamanın katılımıyla yürütmenin, bazılarında yasamanın onayıyla yürütmenin, bazılarında ise sadece yürütmenin yetkisinde olduğunun kabul edildiği görülmektedir. İlan yöntemi nasıl olursa olun istisna halinde uygulanacak tedbirlere veya süre uzatımına ilişkin kararlarının genelde yasama tarafından onaylanması gerekliliğine ilişkin neredeyse ortak sayılabilecek düzenlemelerle karşılaşılmaktadır. Bu itibarla, bu tür kararlar açısından öncelikle işletilen denetimin siyasal denetim olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin, 1976 tarihli Portekiz Anayasası'nın 19/5 hükmü gereğince istisna rejimine geçiş kararı yürütmeye ait olmakla beraber, bu kararın gerekçelendirilmesi ve bu dönemde sınırlanacak hakların ve özgürlüklerin de açık olarak belirlenmesi zorunludur. Ayrıca istisna rejimi, tekrar uzatılması mümkün olmakla birlikte 15 günlük süreyle de sınırlanmıştır. Fransa'da ise, sadece 12 günü aşmayan OHAL ilanı kararı parlamentonun onayına tabi değildir. Bu süreden daha uzun durumlarda parlamento sadece bir kararla onaylamamakta; süre uzatımı dahil OHAL ile ilgili karar kanun şeklinde alınmaktadır. İtalya Anayasası'nın 77/2. maddesinde, istisna hallerinde yürütme organının geçici tedbirler alabileceğini ancak bunların hemen kanunlaştırılmaları amacıyla parlamentoya sunulmaları gerektiği ve 60 günlük süre içinde kanunlaşmayan tedbirlerin hükümsüz hale geleceği belirtilmektedir. Bunun yanında Anayasa Mahkemesinin sadece kanunları değil, yürütmenin kanun gücündeki işlemleri denetleyeceğini düzenleyen 134. madde OHAL tedbirlerine kanunlaşmadan önce de hukuki denetim yolunu açmaktadır.

1982 Anayasası, 120. maddesinde belirtilen sebepler ortaya çıktığında kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmuş olduğuna ve buna bağlı olarak da OHAL rejimine geçilmesi gerekliliği hakkında karar verme yetkisini yürütme organına vermiştir. Yasamaya kalan ise, bu rejim değişikliği kararını onaylamak veya onaylamamak ve talep halinde sürenin uzatılıp uzatılmamasına karar vermektir. Bu itibarla keyfiliğin söz konusu olmaması için yürütmenin onay ve süre uzatma taleplerini belirli kriterlere bağlı olarak ortaya koyması, siyasal kararın hukukla çerçevelenmesini sağlayarak demokratik hukuk devleti kurallarına istisna hallerinde de uyulmasını güvence altına alacaktır.

Ne var ki, ne 1982 Anayasası'nda ne de istisna hallerini düzenleyen kanunlarda, yürütme organının gerekçe belirtme zorunluluğu yer almaktadır ne

de gerek ilk ilan kararı gerekse süre uzatımı taleplerine ilişkin yasama onayı farklı görüşme usullerine ya da karar çoğunluğuna bağlanmıştır. Buna bağlı olarak ortaya çıkan uygulamada da OHAL ilanı kararının onaylanması veya uzatma talepleri hakkındaki görüşmelerin oldukça hızlı gerçekleştirildiği ve yapılan oylamanın da tüm milletvekillerinin katılımıyla gerçekleşmediği görülmektedir. Oysa bu tür kararlar, Teziç'in belirttiği gibi, bireylerin haklarını ve özgürlüklerini yayımlanmalarıyla sınırlandıran hatta durduran bir etkiye sahip olmaları sebebiyle yasama-yürütme ilişkilerini aşan bir öneme, özelliğe ve etkiye sahiptir.

Güncel uygulamaya bakıldığında 21 Temmuz 2016 günü saat 14:00'de başlayan 117. birleşimin gündeminin ilk iki konusu çeşitli konularda meclis araştırma komisyonu kurulmasıyla ilgili olup ardından gelen üçüncü madde OHAL ilanına ilişkin başbakanlık tezkeresinin görüşülmesidir. 1. oturuma 100 dakikalık görüşmenin ardından son verilmiştir. 25 dakikalık aradan sonra 2. oturum saat 16:23'te başlamış ve 17:16'da sona ermiştir. Şu halde ilk iki gündem maddesinin görüşülmesine ilişkin süre dahil olmak üzere OHAL ilanına ilişkin TBMM görüşmelerinin tamamı 153 dakika yani yaklaşık 2,5 saat sürmüştür.¹⁰ 90 gün sürecek olan OHAL rejiminin onaylanıp onaylanmaması konusunda dile getirilen görüşlerin tek ortak yanı, 15 Temmuz günü yaşanan darbe girişiminin o gün bir OHAL durumu yaratmış olmasıdır. Ancak TBMM'de temsil edilen 4 siyasi parti tarafından dile getirilen OHAL'e sebep olan darbe girişiyle mücadelenin OHAL rejimi ile yürütülüp yürütülmemesi konusunda görüşler iki kampta toplanmıştır. İki siyasi parti darbe teşebbüsü sona erdikten sonra, bu teşebbüse sebep olan faaliyetlerle mücadelenin etkin şekilde yapılması amacıyla OHAL ilanını savunmaktayken, diğer iki parti darbe girişimi bastırıldığına göre sebeplerle mücadelenin olağan hukuk mekanizmalarıyla yapılmasının gerekliliğini savunmaktadır.¹¹

¹⁰ Hükümet adına Yozgat milletvekili Bekir Bozdağ, MHP grubu adına Manisa milletvekili Erkan Akçay, HDP grubu adına Adana milletvekili Meral Beştaş Danış, CHP grubu adına Aydın milletvekili Bülent Tezcan, AKP grubu adına Amasya milletvekili Mehmet Naci Bostancı 20'şer dakika konuşmuştur. Şahıslar adına yapılan görüşmelerde Ankara Milletvekili Levent Gök (CHP) ile Bartın milletvekili Yılmaz Tunç (AKP), MHP'nin olumlu oy kullanacağını açıklamak üzere Erkan Akçay tekrar söz almıştır. Bu görüşme sürelerine göre OHAL ilanının onaylanmasına ilişkin karar hakkında iktidar partisi tek başına 40 dakika kullanmış; MHP'nin olumlu oy vereceğine ilişkin açıklamalarıyla birlikte değerlendirildiğinde ise, onaylanmasına yönündeki görüşler 60 dakikadan fazla sürmüştür.

¹¹ Görüşler için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem26/yil1/ham/b11701h.htm>.

Birbirine zıt iki görüşün açıklanmasından sonra OHAL ilanı kararının oylamasına geçilmiştir. 461 milletvekilinin katıldığı oylamada kullanılan 346 kabul oyuna karşı 115 ret oyuyla, OHAL ilan kararı kabul edilerek onaylanmıştır. Öncelikle %20'ye yaklaşan oranda milletvekilinin kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebebiyle ilan edilen OHAL ilanının onaylanmasına ilişkin oylamaya katılmamış olması oldukça düşündürücüdür (89 milletvekili; yaklaşık %16). Ret oyu kullananlar ile oylamaya katılmayarak bu konuda olumlu ya da olumsuz bir karar vermemiş olanların sayısı üye tam sayısının %34'ünü (204) bulmaktadır.

Siyasi Partiler	Kabul	Ret	Katılmadı
AKP	309	-	4
CHP	-	94	39
HDP	-	20	39
MHP	37	-	7
Bağımsız (1)		1	
TOPLAM/550	346	115	89

TBMM görüşmelerinde OHAL ilanına gerek olmadığını düşündükleri için ret yönünde oy kullanacaklarını söyleyen siyasi partilerin tüm üyelerinin oylamaya katılmaması dikkati çekmektedir. Her ne kadar oylamaya katılmayan milletvekillerinin sayısı, oylamaya katılmış olsalardı sonuç değişmeyecek olsa da, bu milletvekillerinin meclis iradesinin dışında kalmayı tercih etmelerinin siyasi etkisinin olmadığını söylemek mümkün olmasa gerekir.

Sonuç olarak Türk hukukunda OHAL ile ilgili olan TBMM'nin dışa dönük nitelikte kararlarının hukuki rejiminin, bu kararların vatandaşların hak ve özgürlük alanlarına olan etkileri sebebiyle önce siyasal ardından da hukuki denetime tabi olacak şekilde düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

(S.E.T.01.12.2.018) OHAL'in gerekliliğini savunan iki siyasi parti arasındaki nüansa da işaret etmek gerekmektedir. Hükümet sözcüsü ve iktidar partisi milletvekilinin açıklamaları, OHAL'in salt darbe teşebbüsünde bulunan terör örgütü ile mücadele için gerekli olduğu dile getiriliyorken, diğer siyasi parti tarafından OHAL, diğer terör örgütleriyle de mücadele etmenin aracı olduğunu ve bu sebeple OHAL'in gerekli olduğunu ileri sürmektedir.

B) Olağanüstü Hal KHK'lerinin Onaylanması ile OHAL Kanunlarının Hukuki Niteliği ve Denetimi

Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun 1982 Anayasası'nın 121. maddesine dayanarak çıkardıkları OHAL KHK'lerinin yasamanın asli, ilk-el düzenleme yetkisinin bir istisnası olduğu; OHAL dönemindeki yürütme organının bu işlemlerinin doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bir yetki kullanımı olduğu genellikle dile getirilen görüştür. OHAL dönemlerindeki uygulamaların usulünü ve kapsamını belirleyen 1982 Anayasası'nın 121. maddesinde, bu rejimin genel çerçevesini düzenleyen ayrı bir OHAL Kanununu öngörülmektedir. Bu itibarla OHAL KHK'leri temel hak ve özgürlükler rejimi açısından olağan rejimin uygulanmadığı Anayasadan kaynaklanan ancak OHAL Kanununa dayanan işlemler olduğu da ileri sürülebilir. Nitekim uygulamaya konu olan gerek güncel gerekse daha önceki OHAL KHK'lerinin de bu Anayasal ve yasal dayanaklara dayanılarak çıkarıldığı görülmektedir. Örneğin, 14.07.1987 tarih ve 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname veya 23.07.2016 tarih ve 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamelerde her iki hukuki dayanağa açıkça yer verilmiştir.¹²

Anayasanın 121. maddesinde yer alan amir hüküm gereği, resmi gazetede yayımlandıktan sonra hemen TBMM'ye sunulma zorunluluğu bulunan bu OHAL KHK'lerinin TBMM İçtüzüğü'nün 128. maddesi gereğince en çok 30 gün içinde öncelikle ve ivedilikle görüşülmesi gerekmektedir. Ancak ne Anayasada ne de TBMM İçtüzüğü'nde görüşülmemenin yaptırımı düzenlenmiştir. Örneğin yukarıda örnek olarak verilen 1987 yılında 20 yasama döneminde çıkarılmış olan 285 sayılı OHAL KHK'si hala görüşülmemiştir ve ilgili komisyonda beklemektedir.¹³

¹² OHAL KHK no. 285: Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ihdası, Anayasanın 121 inci maddesi ile 25/10/1983 tarih ve 2935 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, Cumhurbaşkanlığı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca 10/7/1987 tarihinde kararlaştırılmıştır. OHAL KHK no. 667: Olağanüstü hal kapsamında bazı tedbirler alınması; Anayasanın 121 inci maddesi ile 25/10/1983 tarihli ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 4 üncü maddesine göre, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na 22/7/2016 tarihinde kararlaştırılmıştır.

¹³ [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/khk_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=190178\(S.E.T. 01.12.2018\).](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/khk_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=190178(S.E.T. 01.12.2018).)

2016 yılında ve sonrasında Meclise sunulan OHAL KHK'lerinin Genel Kuruldaki görüşülmelerine bakıldığında, bugüne kadar Meclise sunulanların hiçbirinin sevk edildikleri komisyonlarda 20 gün içinde görüşülmediği ve bunun sonucu olarak da TBMM İçtüzüğü'nün 128/2 maddesi düzenlemesi uyarınca doğrudan Genel Kurula sunuldukları görülmektedir. Genel Kurul'da yapılan görüşmelerde ise, temel kanunlara ilişkin yöntem uygulandığından, 4 birleşim görüşülen 667 sayılı ilk OHAL KHK'si dışındaki 4'ünün görüşülmesi sadece tek birleşim sürmüştür.

Görüşülme yönteminin sebep olduğu ve değinilmesi gereken bir diğer meseleyse OHAL'ın konusuna girmeyen düzenlemeler içeren OHAL KHK'lerinin TBMM tarafından kabul edilmesinin ortaya çıkardığı sorundur. Bu sorun sebebiyle başlıkta OHAL KHK'lerinin onaylanması hakkında kanunların hukuki niteliği ifadesi kullanılmıştır.

Öncelikle hemen belirtmek gerekir ki, 21 Temmuz 2016 günü ilan edilen OHAL'e ilişkin 2016/9064 sayılı karar ve onun onaylanmasına ilişkin TBMM kararı anayasal ve yasal dayanakları sadece tekrar etmekle yetinmekte, OHAL'e sebep olan husus açıklıkla belirtilmemektedir. OHAL'e ilişkin sebep, önce MGK'nın kendi internet sitesine koyduğu açıklamada görülmektedir.¹⁴ Bunun dışında hükümet tarafından yapılan hukuki gerekçelendirme Avrupa Konseyi'ne 21 Temmuz 2016 günü yapılan derogasyon bildirimine ek 24 Temmuz 2016 tarihi açıklamada yer almaktadır. Bu açıklamanın önemi, OHAL sebebinin ilk defa adı konmuş şekilde resmi bir belgede yer almasıdır.

Şunu da eklemek gerekiyor ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi OHAL gibi istisna rejimlerinde taraf devletlerin bildirdikleri derogasyon sebeplerinin varlığını önüne gelen davalarda değerlendirmektedir. 1961 yılında verdiği Lawless/İrlanda, 1978 yılındaki İrlanda Birleşik Krallık, 1996 yılında Aksoy/Türkiye örneklerinde olduğu gibi. Hatta son olarak bu dönem Türkiye aleyhine vermiş olduğu kararlarında da tespit ettiğini görüyoruz. Mahkeme aynı zamanda, Türkiye tarafından yapılan bildirimde derogasyonun konusun yani hangi haklar bakımından yükümlülüklerin askıya alındığının netleştirilmemiş olduğunu da ifade etmektedir.

OHAL ilanı kararının TBMM'de onaylanmasına ilişkin görüşmelerde

¹⁴ <https://www.mgk.gov.tr/index.php/20-temmuz-2016-tarihli-toplanti> (S.E.T. 01.12.2018).

hükümet sözcüsünün sözlü açıklamaları ve uluslararası kuruluşlara yapılan yazılı açıklamaları OHAL'in belirli bir terör örgütünün faaliyetleri sebebiyle ilan edildiğini ortaya koymasına rağmen, ilk OHAL KHK'sinden başlayarak OHAL'in amacının giderek genişlediği OHAL'in kişi bakımından etkisinin de giderek yayıldığı görülmektedir. Bu "genleşme" iki farklı türde kararnameyle gerçekleşmektedir: Genel düzenleyici işlem niteliğinde olanlar ile tedbir niteliğinde olanlar. İlk tür kararname, sadece OHAL'in amacı ve konusuyla sınırlı olmayan olağan döneme de sirayet eden genel düzenleyici işlemleri; ikinci türse kamudan ihraç edilenlere özgü birel işlem niteliğinde işlemleri kapsamaktadır. Buna göre OHAL KHK'lerinin onaylanması da niteliklerine göre değişen isimde kanunların kabul edilmesine sebep olmuştur: *Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun; Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun.*

Öncelikle bu kanunlar açısından isimlendirme ve sonrasında da nitelik sorunu bulunduğunun altını çizmek gerekiyor. Bunu daha iyi anlayabilmek aşağıdaki tabloda yer alan verilerle mümkün olabilir.

OHAL KHK no.	Kabul Kanun no.	OHAL KHK no.	Kabul Kanun no.	OHAL KHK no.	Kabul Kanun no.
667*	6740	678	7071	689*	7088
668*	6755	679*	7084	690	7077
669*	6756	680	7072	691	7069
670*	7091	681	7073	692*	7089
671	6757	682	7068	693*	7090
672*	7080	683*	7085	694	7078
673*	7081	684	7074	695*	7092
674	6758	685	7075	696	7079
675*	7082	686*	7086	697*	7098
676	7070	687	7076	14 Genel düzenleme 15 Tedbir (*) 2 Hem düzenleme Hem Tedbir (668,669)	
677*	7083	688*	7087		
Genel düzenleyici 16 OHAL KHK’siyle 141 Kanun ve 10 tanesi olağan KHK ve 6’sı OHAL KHK’si olmak üzere 16 KHK değiştirilmiştir.					

2016 ve sonrası yayımlanan OHAL KHK'lerinin OHAL kapsamı dışına taşan içerikleri yönünden onları doktrinde ATİPİK KHK'ler olarak nitelen-

dirilen görüşler yer almıştır.¹⁵ Birçok yönden oldukça isabetli olan bu görüş ek olarak akıllara şu soru da gelmektedir. Genel olarak kabul edildiği üzere OHAL KHK'lerinin TBMM tarafından kabul edilmeleri yürütmenin düzenleyici işlemlerini kanun haline gelmektedir. Başka bir ifadeyle OHAL KHK'lerinin TBMM tarafından kabul edilmesiyle bunlar OHAL kanunu haline gelmektedir. O zaman 9 Mayıs 2018 tarihine kadar TBMM 31 adet kabul işlemi yaptığına göre, 31 adet OHAL kanunu mu düzenlenmiş olmuştur?

Olağan dönemi kapsayan düzenleyici işlem içeren OHAL KHK'lerinin kanunlaşmalarından sonra bunları OHAL Kanunu olarak nitelendirmenin mümkün olmaması gerekir. Zira, bu kanunlar, hem OHAL sona erdikten sonra uygulanmaları devam edecek olan hem de olağan kanunlarda değişiklik yapıldığından sürekli etkiye sahip olduklarından OHAL dışına taşan genel düzenlemeler içermektedir. Durum tedbir niteliğindeki OHAL KHK'lerinin kanunlaşmaları açısından daha sorunludur. Zira tedbir niteliğindeki OHAL KHK'leri resmi gazete yayımlanmalarıyla hüküm ve sonuçlarını doğuran "toplu birel işlem"dir. Bunların TBMM'de kabul edilmeleriyle, bir yandan aslında konusuz kalan düzenlemelerin kanunlaşması; diğer yandan yasamanın genelliği kuralına aykırı şekilde bireysel kanunların kabul edilmesi söz konusu olmuştur.

OHAL'de olağanüstü rejime ilişkin yasamanın düzenleyici işlemlerinin rejimi konusunda, özellikle 2016 yılı ve sonrası uygulamalar örneği ele alındığında 1982 Anayasası'nın düzenlemelerinin zaafiyeti açık şekilde görülmektedir. OHAL döneminin hukuk rejimi olmasını sağlayacak şekilde hem siyasal denetimi güçlendirecek hem de TBMM'nin onay kararlarının hukukilik denetimini mümkün kılacak yeni düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

2- Olağanüstü Hallerde Olağanüstü Halle İlgili Olmayan Düzenleyici İşlemler

A) Türev Kurculuk

İstisna dönemlerinde anayasa değişikliği ya da yeni bir anayasa yapıp yapılamayacağı meselesi anayasa hukuku genel teorisi ve siyaset bilimi

¹⁵ http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/Atipik_OHAL_-KHKleri-1.pdf (S.E.T. 01.12.2018).

http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/Atipik-OHAL-KHKleri_II-1.pdf (S.E.T. 01.12.2018).

açısından oldukça tartışılan bir alana karşılık gelmektedir. Burada, konuyla ilgili teorik açıklamalar yerine bir örnek üzerinden meseleye yaklaşılmaya çalışılacaktır.

1976 tarihli Portekiz Anayasası'nın 289. maddesi, anayasa değişikliğinin sınırlandırıldığı halleri konu almaktadır ve maddede açık olarak **sıkı-yönetim veya olağanüstü hal sırasında Anayasayla ilgili hiçbir değişiklik yapılamaz** hükmüne yer verilmiştir. Elbette Portekiz dışında da diğer ülke anayasalarında benzer düzenlemeler yer almaktadır. Bunlara Fransa (1958), İspanya (1978), Brezilya (1988), Romanya (1991) ve Belçika (1994) anayasaları örnek verilebilir.¹⁶ Devletlerin bu yönde düzenlemelere anayasa metinlerinde açıkça yer vermesinde elbette kendi siyasal geçmişlerinde yaşanan olayların etkisini okumak mümkündür. Özellikle Portekiz örneği oldukça öğretici sayılabilir. 1926 yılının Mayıs ayında yaşanan askeri darbe sonrası, 1911 Anayasası askıya alınmış ve ülke askeri bir rejimle yönetilmeye başlamıştır. Askeri darbe sonrasında önce bakan sonra başbakanlığa getirilmiş olan Franco Salazar, 1932-1968 yıllarında devletin yönetimini elinde bulundurmuştur. Salazar, başbakan olduktan kısa bir süre sonra, devam eden olağanüstü dönem içinde yeni bir anayasa hazırlatmıştır. 19 Mart 1933 tarihinde referandumla kabul edilen anayasa böylece hem Salazar'ın iktidarını kalıcılaştırmış hem de onun fikrinsel temellerini inşa ettiği “Yeni Devlet”in (*Estado novo*) totaliter bir rejim altında kurulmasını sağlamıştır.¹⁷

1982 Anayasası'nda, tali kuruculuk yetkisini zaman yönünden sınırlayan bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁸ 6771 sayılı Anayasa değişikliği hakkında kanun, OHAL'in 5. ayında 10 Aralık 2016 günü TBMM Başkanlığı'na sunulmuştur. 6771 sayılı kanunun, siyasal rejim üzerinde oldukça önemli değişiklikler içermesi yanında bir anayasa değişikliği hakkında kanun olması sebebiyle 1982 Anayasası'nın 175. maddesine göre iki kere görüşülmesi ve iki görüşme arasında 48 saatlik bir bekleme süresinin bulunması gerekmektedir. Söz konusu kanundaki düzenlemelerin anayasal sistemde derin deği-

¹⁶ [http://anayasader.org/turkiye-cumhuriyeti-anayasasinda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifi/\(S.E.T. 01.12.2018\)](http://anayasader.org/turkiye-cumhuriyeti-anayasasinda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifi/(S.E.T. 01.12.2018)).

¹⁷ Kısa tarihçe ve 1933 tarihli anayasa metni için bkz. <http://mjp.univ-perp.fr/constit/pt1933.htm>

¹⁸ Sadece geçici 9. maddede anayasanın kabul edilmesinden sonraki ilk 5 senelik sürede yapılacak anayasa değişiklikleri açısından cumhurbaşkanının iadesi üzerine anayasa değişikliğinin dörtte üç çoğunlukla kabul edileceğine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.

şiklikler içermeleri nedeniyle bunlara ilişkin yasama çalışmalarının zamana yayılması hem görüşülme usulü açısından anayasal bir zorunluluk hem de demokratik hukuk devletine uygun bir türev kuruculuk yetkisi olacaktı. Ne var ki, 6771 sayılı Kanunun komisyon çalışmaları bittikten sonra Genel Kurula sevkiyle son oylamanın yapılması 12 günlük bir sürede gerçekleştirilmiştir.¹⁹

Oldukça kapsamlı olan ve oldukça hızlı şekilde görüşmeleri tamamlanan bu anayasa değişikliğinin yürürlüğe giriş tarihi işe aşamalı olarak belirlenmiştir. Referanduma sunulması halinde oldukça sınırlı sayıdaki maddelerin yürürlüğe gireceği; diğerlerinin kural olarak 3 Kasım 2019 günü veya yapılmasına daha önce karar verilmesi halinde de beraber yapılacak ilk cumhurbaşkanı ve milletvekili genel seçimi sırasında ve son bazı hükümlerin de bu seçimler sonrasında cumhurbaşkanının yemin etmesinden sonra yürürlüğe gireceği belirlenmiştir. Şu halde OHAL döneminde kullanılan türev kuruculuk aslında OHAL sonrasını düzenlemektedir.

İlk bakışta 1982 Anayasası'nda OHAL döneminde anayasa değişikliği yapılamayacağına ilişkin bir kural bulunmaması karşısında, bu anayasa değişikliğinin anayasaya uygunluğu dile getirilebilirse de, hem TBMM'de yapılan oylamada gizli oy kuralına uyulmamasına ilişkin muhalefet milletvekilleri tarafından ortaya koyulan iddialar hem de OHAL rejimi altında propaganda faaliyetine getirilmiş olan sınırlamalar beraber düşünüldüğünde, konunun asıl sorunlu tarafları kendisini göstermektedir. Ne var ki, TBMM'de en fazla milletvekiline sahip ikinci partinin 6771 sayılı Kanuna karşı Anayasa Mahkemesine iptal davası açmayacaklarına ilişkin grup kararı alması, bu konuların şekil denetimi üzerinden de olsa Anayasa Mahkemesi tarafından tartışılmasına olanak tanımamıştır.

B) Yasama Fonksiyonu

Olağan yasama yetkisinin OHAL döneminden etkilenip etkilenmediğinin tespit edilmesi amacıyla, ilki OHAL ilanından önceki döneme (4 Temmuz 2012-7 Mayıs 2014) ikincisi OHAL dönemine (15 Temmuz 2016-7 Mayıs 2018) karşılık gelen 22 aylık zaman aralığında TBMM çalışmaları karşılaştırılmıştır.

¹⁹ Bu süreçle ilgili daha detaylı bilgi için bkz. <http://anayasader.org/turkiye-cumhuriyeti-anayasasinda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifi/> (S.E.T. 01.12.2018).

	4 Temmuz 2012-7 Mayıs 2014	15 Temmuz 2016-7 Mayıs 2018
UAUB kanunu*	122	342
Olağan kanun	61	39
AYDHK	1**	1***
OHAL kanunu	-	31 (141 Kanunda değişiklik)
TOPLAM	184	413

Bu tabloya bakıldığında, ilk dikkati çeken, olağan kanun sayılarındaki farktır. OHAL döneminde yasama organında daha az sayıda kanun görüşülmüştür. Bu durum belki içinde bulunulan dönemin etkisiyle açıklanabilir. Ancak, asıl değerlendirme yapılırken 141 kanunda değişiklik yapan OHAL kanunlarını göz önünde bulundurmamak kaçınılmazdır. Zira, bu onayla kanun haline gelen OHAL KHK'leri, OHAL'in konusu ve kapsamı dışında olağan yasama faaliyetinin konusu oluşturan alanlarda yeni düzenlemeler yapmış ya da var olan düzenlemelerde değişiklikler getirmiştir. Bu sebeple, tablodaki sadece olağan kanun verilerine bakarak yapılan bir değerlendirme gerçekçi olmayacaktır.

İşte bu noktada, dikkat edilmesi gereken ikinci belki de konu açısından en önemli nokta, önceki bölümde değinilmiş olan OHAL KHK'lerinin olağanüstü hali aşan düzenlemelerinin ve bunların görüşülme hızının olağan yasama faaliyetinin asli ve ilk-el niteliği üzerindeki etkisidir. Birçok olağan kanunlarda değişiklik yapan OHAL kararnamelerinin ne komisyonda görüşülmeleri de TBMM'de etraflıca görüşülmeleri mümkün olmuştur. Bu itibarla, OHAL KHK'leriyle olağan kanunlarda yapılan değişiklikler, TBMM onayıyla kanun niteliğine bürünmüş olsa da, bu konuda asıl irade sahibinin TBMM olduğunu söylemek güçtür. Şu halde tanık olunan güncel uygulamanın yasama yetkisinin asli, ilk-el yetki olduğuna ilişkin kuralı büyük ölçüde zayıflattığı sonucunu gözler önüne sermektedir.

* Uluslararası antlaşmaları uygun bulma kanunu.

** 6355 sayılı anayasa değişikliği hakkında kanun. (12.10.2012 günü TBMM'de kabul edildikten sonra cumhurbaşkanınca iade edilmesi üzerine tekrar görüşülmediğinden kadük olmuştur). Bu kanunla 1982 Anayasası'na eklenecek geçici bir maddeyle 2014 yılı Mart ayında yapılacak olan mahalli idareler seçiminin 6 ay öne çekilerek Ekim 2013 yılında yapılması teklif edilmişti.

*** 6771 sayılı anayasa değişikliği hakkında kanun.

OHAL KHK'lerinin görüşülmesindeki yasama faaliyetindeki durgunluk 2018'in Ocak ayının sonunda bir ivme kazanmış ve o güne kadar, 5'i dışındakiler görüşülmemiş olan 26 OHAL KHK'si, bir haftadan biraz uzun bir süre içinde (31 Ocak-8 Şubat arasında) görüşülüp kanunlaştırılmıştır. Örneğin 1 Şubat 2018 günü görüşülen 10 OHAL KHK, yani toplam 779 maddelik düzenlemeler tüm ara vermeler dahil sadece 400 dakika (6 saat 40 dakika) içinde (15:48-22:28 saatleri arasında) kanunlaştırılmıştır.²⁰

Meclise sunulan OHAL KHK'lerinin hiçbirinin sevkedildikleri komisyonlarda süresi içinde görüşülmemesi üzerine doğrudan Genel Kurula sunulmaları ve bunların Genel Kurulda'da temel kanunlara ilişkin yöntemle görüşülmeleri, olağan yasama işlevi kapsamına giren konular açısından OHAL rejiminin araçsallaştırıldığı tespitini yapmak mümkündür. Zira OHAL'le ilgili olmayan düzenlemelerin bakanlar kurulu tasarısı olarak TBMM'ye sunulması gerekirken OHAL kararnamelerinin içine yedirilmesi usulde bir tür saptırma olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna yetki unsurundaki sakatlığı da eklemek mümkündür. Zira olağan dönemde kanun tasarısı hazırlama yetkisi bakanlar kuruluna aitken, OHAL rejiminin dolaylı olarak kullanılması, cumhurbaşkanının yasama sürecine dahil edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

OHAL ile ilgili olmayan konuların bu rejime özgü düzenlemelerin içinde yer alması, 1982 Anayasası'na aykırılık yaratmaktadır. Genel Kurulda hızlı görüşme yöntemi etkili bir siyasal denetimin gerçekleştirilmesine olanak vermemiş olduğundan, bunlar için sadece Anayasa Mahkemesinin denetimi söz konusu olacaktır.

Bu itibarla 31 adet OHAL KHK'sinin kabul edilmesi hakkında kanun için şekil yönünden ortaya çıkan bu önemli soruna Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımının nasıl olması gerektiği konusunda Prof. Dr. Erdoğan Teziç'in sözleri yönlendirici olacaktır: *"Kanunların oluşmasında, yalnızca "öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığını" şekil denetiminde ölçüt olarak kabul etmek, parlamentodaki çoğunluğun her zaman "sürpriz kanunlar" çıkarmasına imkân tanımak olur. Oysa, liberal demokratik bir toplumda kanun, parlamentoda iktidar-muhalefet diyalogu ile aleniyeti sağlanan, giderek içeriği kamu oyuna yansiyarak buradan gelebilecek tepkilere, değer yargılarına göre oluşması gereken bir işlemdir. Eklemek gerekir ki, kanunun öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığını, şekil denetiminde mutlak bir ölçüt olarak*

²⁰ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem26/yil3/ham/b05401h.htm> (S.E.T. 01.12.2018).

kabul etmek, “siyasi kararlar sürecinde katılma ve uzlaşmaya yer verilmek istenmediği” biçiminde de yorumlanabilir.”²¹

²¹ E. Teziç, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 2, AYM Yayınları, Ankara, s.25.

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler

Doç. Dr. Özen ÜLGEN*

Prof. Dr. Erdoğan Teziç’i Anma Günü: Türkiye’nin Güncel Anayasa Hukuku Sorunları toplantısının yapıldığı tarihte (09.05.2018), Anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin hükümleri henüz yürürlüğe girmemişti. Bu aşamada yorum yoluyla varılan sonuçların önemli bir kısmı bu derginin önceki sayısında yayımlanmıştır.¹ Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin hükümler, 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan seçim sonuçlarına göre kazanan Cumhurbaşkanı’nın yemin ederek göreve başladığı tarih olan 9 Temmuz 2018 günü yürürlüğe girdi. O günden, 15 Kasım 2018 tarihine kadar, 22 Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yayımlandı (Tablo 1). Anayasa değişikliği yürürlüğe girmeden önce, 7142 sayılı Yetki Kanunu’na dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için oldukça geniş bir alan açıldığı da hemen tespit edilebilir.² Bu kapsamda özellikle 700 ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler,

¹ Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

ÜLGEN Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, **GSÜHFD**, 2018-1, ss.3-39. Erdoğan Hoca ya da daha çok kullandığımız tabirle Teziç Hoca, Anayasa değişikliği için yapılan halk oylamasından bir hafta sonra aramızdan ayrılmıştı. Dolayısıyla onun eserlerinde konuya ilişkin doğrudan bir değerlendirme yer almamaktadır. Bununla birlikte, bu kadar yeni bir konunun yorumlanması için aradığım soruların cevabını onun eserlerinde buldum. Özellikle “Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı” (TEZİÇ, 1972) ve 21 bası yapan “Anayasa Hukuku” (TEZİÇ, 2017) kitapları bu çalışmanın temel noktalarında yol gösterici oldu. Kendisini bir kez daha saygıyla anıyorum.

² 10.05.2018 tarih ve 7142 sayılı 6771 Sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Konusunda Yetki Kanunu, RG.18.05.2018-30425. Bu Yetki Kanununa dayanılarak beş kanun hükmünde kararname çıkarılmıştır. (698-699-700-702-703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler)

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile doğrudan ilgilidir.³ Söz konusu kanun hükmünde kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasaya aykırı olduğu düşünülen hükümleri aleyhine Anayasa Mahkemesine başvuru yapıldığı görülüyorsa da, Anayasa Mahkemesi bugüne kadar Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejimini açıklığa kavuşturacak bir karar vermemiştir. Bu aşamada, henüz uygulama başlamadan sunulan tebliği tekrar etmek yerine, önceki sayıda yayımlanan çalışmada varılan sonuçların uygulamada ne kadar geçerli olduğuna dair kısa bir değerlendirme yapılması tercih edilmiştir.

1) Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Cumhurbaşkanının Diğer İşlemlerinden Farkına Yönelik Tespitler

Çalışmanın birinci bölümünde, Cumhurbaşkanının asli nitelikteki işlemi olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle, Cumhurbaşkanının birel işlemleri ve türev nitelikteki diğer düzenleyici işlemlerinin ayrı olması gerektiği ve bunların hukuka uygunluk denetiminin ilk derece mahkemesi olarak Danıştay tarafından yapılmasının uygun olacağı belirtilmişti.⁴ Uygulamada kural olarak bu ayrımın yapıldığı tespit edilmektedir.

Anayasa değişikliğine uyum amacıyla çıkarılan 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 184.maddesiyle Danıştay Kanunu'nun 24.maddesi değiştirilmiş ve Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak inceleyeceği davalar arasında Cumhurbaşkanı kararları ve Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları da sayılmıştır. Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışındaki düzenleyici işlemlerinin başında Cumhurbaşkanı yönetmelikleri gelmektedir. Kanun, isabetli olarak, düzenleyici işlemleri yönetmeliklerle sınırlandırmamış, başka isimler altında yapılacak düzenleyici işlemleri de bu kapsamda değerlendirmiştir.

³ 700 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG.07.07.2018-30471, 2.mükerrer. 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG.09.07.2018-30473, 3.mükerrer.

⁴ Bkz. ÜLGEN, 2018, ss.6-14. Aynı yönde AKSOYLU Özge, "Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki Yeri", **4.Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı**, Alanya, 3-4-5 Mayıs 2018, ss.139-143; ARDIÇOĞLU M. Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, s.43.

Eski hukuk düzenindeki tüzüklerin karşılığı olarak, Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelik ifadesinin tercih edildiği görülmektedir. Anayasa değişikliğine uyum amacıyla çıkarılan 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de bu yönde hükümler mevcuttur.⁵ Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin eski düzendeki tüzük ile bir ilgisinin bulunmadığı açıklığa kavuşmuştur. Tüzüklerin kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek için çıkarılıyor olması, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ise kural olarak kanunun olmadığı yerde asli nitelikte bir işlem olması bu sonucun isabetli olduğunu göstermektedir. Yürürlükte kalan tüzüklerin yürürlükten kaldırılması işleminin Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle değil, Cumhurbaşkanının yönetmelikleriyle yapılması uygun olacaktır.⁶

Düzenleyici işlemlerin b bendinde sayılması, a bendinde zikredilen Cumhurbaşkanı kararlarının birel nitelikte işlemlere karşılık geldiğini düşündürse de uygulama bu şekilde gelişmemiştir. Mevzuatta uyum için yapılan değişiklikler neticesinde, eski düzende “Bakanlar Kurulu kararı” olarak yapılan işlemlerin Cumhurbaşkanı kararıyla yapılacağı anlaşılmaktadır. Bu işlemlerin bir kısmı düzenleyici nitelikte hükümler içermekte, bir kısmı içermemektedir. Örneğin, 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 2.maddesine göre, üst kademe yöneticileri Cumhurbaşkanı kararıyla atanacaktır. 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu’nun Ek 3. Maddesine göre ise, bu kanuna aykırı fiilleri ihbar edenlerle suç delillerinin tespitinde hizmeti görülenlere, hangi hallerde ikramiye verileceği ve verilecek ikramiyenin miktar ve nispeti Cumhurbaşkanı kararı ile tespit edilecektir. Görüldüğü gibi, Cumhurbaşkanı kararları Cumhurbaşkanının sadece birel nitelikteki işlemlerinin adı olarak belirlenmemiştir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanı kararlarının ayırt edici özelliği işlemin genel düzenleyici ya da birel nitelikte olması değildir.

⁵ Örnek olarak bkz. 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, m.21, m.40, m.73, m.139 vb. RG.07.07.2018-30471, 2.mükerrer. Buna karşılık, nadiren de olsa, bazı maddelerde tüzük ifadesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ifadesiyle değiştirildiği söylenebilir. Bu noktada, dikkat edilmesi gereken husus, düzenleme yetkisi veren kanunlarda tüzük ifadesinin yönetmelikle değiştirildiğidir. Tüzük yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi konulan hükümler ise, mevzuata uygunluk sıralamasının yapıldığı kanunlarda yer almaktadır. Bir düzenleyici işlem yetkisi verilmesi söz konusu değildir. Eski hukuk düzeninde tüzükle yapılan işlemlerin, yeni hukuk düzeninde Cumhurbaşkanı yönetmelikleriyle yapılacağı anlaşılmaktadır.

⁶ Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürürlükte kalan tüzüklerle aynı hiyerarşik düzeyde olduğu yönündeki görüş için bkz. GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 2.baskı, Ekin, Bursa, 2018, s.899.

Uygulamada Resmî Gazete’de yayımlanan ilk dört karar, “Cumhurbaşkanlığı Kararı” başlığı altında yer almış ve Karar Sayısı: 2018/1, 2018/2, 2018/3 ve 2018/4 olarak gösterilmiştir.⁷ Bu dört karar da Cumhurbaşkanı’nın atama kararıdır. Ardından, “Cumhurbaşkanı Kararı” başlığı altında “Karar Sayısı: 2” olarak zikredilen, eski hukuk düzenindeki Bakanlar Kurulu kararına denk gelen bir işlem yayımlanmıştır.⁸ Ertesi gün ise, yine “Cumhurbaşkanı kararları” başlığı altında 2018/6 ila 2018/13 sayılı Cumhurbaşkanının atama kararları yayımlanmıştır.⁹ Böylece Cumhurbaşkanı kararlarının iki farklı sıra sayısı aldığı anlaşılmaktadır. Bunlardan biri “Karar sayısı: 2018(Yıl)/X, diğeri “Karar Sayısı: X” olarak gösterilmektedir. 10 numaralı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 4.maddesi’ne göre, bütün Cumhurbaşkanı kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanması zorunlu değildir.¹⁰ Nitekim, bazı sayıların eksik olduğu hemen anlaşılmaktadır.

2 Kasım 2018 tarihli Resmî Gazeteye kadar, atama/seçme/görevden alma niteliğindeki işlemler “Karar Sayısı: 2018/X”, diğer işlemler “Karar Sayısı: X” olarak sıralanmakta, ancak her iki tür işlem de Resmî Gazete’de “Cumhurbaşkanı Kararları” başlığı altında yayımlanmaktaydı.¹¹ Bununla birlikte, “Karar Sayısı: X” olarak sınıflandırılan Cumhurbaşkanı kararlarından bir kısmı, “Cumhurbaşkanı kararları” başlığı altında değil, “Yönetmelikler” veya “Milletlerarası Andlaşma” başlığı altında yer almıştır.¹² 2 Kasım 2018 tarihinden itibaren ise, Cumhurbaşkanı kararıyla yapılan atama işlem-

⁷ İlk dört “Cumhurbaşkanlığı Kararı” için bkz. RG.10.07.2018-30474. Bu tür işlemler için bir daha Cumhurbaşkanlığı kararı ifadesi kullanılmamıştır.

⁸ RG.14.07.2018-30478.

⁹ RG.15.07.2018-30479.

¹⁰ RG.15.07.2018-30479.

¹¹ 2018/X biçiminde sıralanan kararların ikisi hariç tamamı atama/seçme/görevden alma kararıdır. İstisna niteliğindeki birinci örnek, 2018/154 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, Basın İlan Kurumu Kanunun 14.maddesindeki yetkilerin İletişim Başkanlığı tarafından kullanılacağına ilişkindir. RG.31.08.2018-30521. İkinci örnek ise, 2018/162 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararının, Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Yapısına ve İşleyişine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Değişiklik Yapılmasına Dair Kararın yürürlüğe konmasına ilişkin olmasıdır. RG.12.09.2018-30533.

¹² Cumhurbaşkanınca çıkarılan bazı yönetmeliklerin, yürürlüğe girişi için Cumhurbaşkanı Kararı sıra sayısı aldığı görülmektedir. Yönetmelik örnekleri için bkz: RG.15.08.2018-30510; RG.09.11.2018- 30590. Milletlerarası Andlaşma örnekleri için bkz. RG.17.08.2018-30512; 12.09.2018-30533.

leri, Resmî Gazete’de “Atama İşlemleri” biçiminde ayrı bir başlık altında yer almaya başlamıştır.¹³ Resmî Gazete Yönetmeliği’nin 7.maddesine göre, Resmî Gazete’nin bölümlerine ve düzenine ilişkin hususlar Genel Müdürlükçe belirlenmektedir. Dolayısıyla, bölümlendirmeden bir hukuki sonuç çıkarılması anlamlı değildir. Bu kararların tamamı Cumhurbaşkanlığı kararı olarak nitelendirilecektir.

Sonuç olarak, isabetli bir şekilde, asli nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle, türev nitelikteki işlemler terim olarak ayrılmış ve bu ikincilerin hukuka uygunluk denetimini yapmakla Danıştay görevlendirilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararlarının türleri konusunda idare hukukçularının çalışmaları olacaktır. Anayasa hukuku bakımından iki hususu daha vurgulamak gerekir. Birincisi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici işlem niteliğine ilişkindir. Danıştay Kanunu’nun 24.maddesinin b bendinde, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışındaki düzenleyici işlemler” ifadesi kullanılarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici işlem niteliğine vurgu yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu anlamda Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütmenin asli düzenleyici işlemi olarak nitelendirilebilir.

İkinci tespit, Cumhurbaşkanının Anayasada sayılan ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılması öngörülme-yen birel nitelikteki işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararıyla yapılmasıdır. Atama, seçme, göreve son verme, izin verme biçimindeki bu işlemlerin hemen hepsi ilgili kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde de düzenlenmektedir. Nitekim atama/seçme kararlarında bu kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dayanak olarak gösterilmiştir.¹⁴ Bunlar arasında, sadece 2018/1 sayılı karardaki Cumhurbaşkanlığı yardımcısı ve Bakan atama işlemleri doğrudan Anayasa’ya dayanmaktadır.¹⁵ Türev nitelikteki işlemlerin yanı sıra, arada bir kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olmasa da Cumhurbaşkanlığı’nın Anayasa’dan aldığı yetki ile yapacağı birel işlemlerin Cumhurbaşkanlığı kararıyla yapılacağı anlaşılmaktadır. Hukuk düzeni bakımından isabetli ve tutarlı bir yorum tercihi olmuştur. Hiç şüphesiz, Anayasa değişikliğinde bu hususun daha açık düzenlenmesi gerekirdi.

¹³ RG.02.11.2018-30583. Bu uygulama sonraki Resmî Gazetelerde de devam etmiştir. RG.09.11.2018-30590; RG.11.11.2018-30592.

¹⁴ Örnek olarak bkz. 8 ila 13 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararları, RG.15.07.2018-30479.

¹⁵ Cumhurbaşkanlığı Kararı, Karar Sayısı: 2018/1, RG.10.07.2018-30474.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle, Cumhurbaşkanının diğer işlemlerini asli/türev olma ilişkisi üzerinden ayıran bu tespit karşısında, 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenen 5018 sayılı Kanunun Ek 5.maddesini aşağıda ayrıca değerlendireceğiz.

2) Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türlerine İlişkin Tespitler

Anayasa hükümlerinin yorumlanmasıyla, Cumhurbaşkanının asli ve düzenleyici nitelikteki işlemi olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin birden fazla türü olduğu ileri sürülmüştü. Anayasa'nın 104/17. maddesinde düzenlenen genel nitelikteki yetki ile çeşitli maddelerinde yer alan özel düzenlemelerin farklı hukuki rejimi olduğu kabul edilmişti.¹⁶ Öğretide bu özel düzenlemelerin Cumhurbaşkanı için mahfuz/münhasır bir yetki alanı oluşturduğunu kabul edenler olduğu gibi, kanunun her alanda düzenleme yapabileceği ve bu alanlarda düzenleme yaptığı takdirde de 104/17.madde gereği kanun hükümlerinin üstün olacağını ileri sürenler de mevcuttur.¹⁷ Anayasa hükümlerinin birlikte yorumlanması ve tarihsel perspektifi de dikkate alarak vardığımız sonuç bu iki yaklaşımın arasında yer almaktadır.

Kural olarak, bu dört maddede (m.104/9, m.106/11, m.108/son, m.118/son) yer alan yetkilerin Cumhurbaşkanı'nın mahfuz yetkisi olduğu kabul edilmekle birlikte, bu hükümlerin istisna niteliğinde olduğu ve dar yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca, Fransa'dan farklı olarak belirli konuların Cumhurbaşkanına bırakılmadığı, verilen yetkilerin tek tek sayıldığı belirtilmiştir. Bu tek tek sayılan yetkiler dışında, o konunun diğer hususlarına yönelik kanun çıkarılmasının mümkün olduğu, Anayasanın eski 107.madde uygulamasıyla desteklenerek ifade edilmiştir. En geniş yetki olan, bakanlıkların görev ve yetkisini belirleme konusunda da 1982 Anayasası'nın kanun hükmünde kararnameler rejimi uygulamasından yola çıkarak, Anayasa'nın tüm hükümlerinin birlikte ele alındığı bir yorum önerilmiştir.

O dönemde, bu yetkilerin tamamının kanunla düzenlenmiş olması, geçiş döneminin nasıl olacağı sorusuna neden oluyordu. Burada Cumhurbaşkan-

¹⁶ ÜLGEN, 2018, ss.16-26.

¹⁷ Mahfuz olduğu yönünde bkz. AKSOYLU, 2018, ss.143-150. Aksi yönde TANÖR Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, 17.bası, Beta, 2018, s.438; ARDIÇOĞLU, 2017, s.37,44; SÖYLER Yasın, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin, 2018, s.121.

lığı kararnamesinin kanunu yürürlükten kaldırıp kaldıramayacağı tartışması da yapılabilirdi. 7142 sayılı Yetki Kanunu'na dayanılarak çıkarılan 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname tartışmaların bir kısmına son vermiş, ilgili kanun ve kanun hükmünde kararname hükümlerini yürürlükten kaldırarak Cumhurbaşkanının önünü açmıştır. Sadece bu konuları içerenleri değil, idari teşkilata ilişkin kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin büyük bir kısmını yürürlükten kaldıran bu kararnamenin bazı hükümlerinin 7142 sayılı Yetki Kanunu kapsamında olmadığı görölmektedir. Bunların Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmış olabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu hükümlerin Anayasaya aykırı olduğuna karar verse dahi, yürürlükten kaldırma işleminin iptaline ilişkin kararlar hukuk düzeninde bir değışiklik yaratmayacaktır. Zira yürürlükten kaldırma işleminin iptali eski düzenlemeleri geri getirmemektedir.¹⁸ Bu nedenle, Anayasaya uygun ya da aykırı olmasından bağımsız olarak, yürütme alanında Cumhurbaşkanına oldukça geniş bir alanın bırakılması sonucu ortaya çıkmıştır. Daha önce belirttiği gibi, yaklaşık dört aylık bir süre içinde 22 Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Resmî Gazetede yayımlanmıştır (Tablo 1). Bunların bir kısmı özel olarak düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, bir kısmı ise genel nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamesi niteliğindedir.

¹⁸ Yetki unsuru bakımından Anayasaya aykırı olan bir işlemin yürürlükten kaldırdığı normun Anayasaya aykırılık kararına rağmen yeniden yürürlüğe girmemesi eleştiriye açık bir sonuçtur. Ancak, mevcut sistemde genel kabul bu yönde olduğu için ayrıca tartışmaksızın sonuca odaklanmakla yetinilmiştir.

Tablo 1: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (10.07.2018-15.11.2018)

No	Adı	RG Tarihi
1	Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	10.07.2018
2	Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	10.07.2018
3	Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	10.07.2018
4	Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	15.07.2018
5	Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	15.07.2018
6	Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	15.07.2018
7	Savunma Sanayii Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	15.07.2018
8	Yüksek Askeri Şûranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	15.07.2018
9	Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	15.07.2018
10	Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	15.07.2018
11	Devlet Arşivleri Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	16.07.2018
12	Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	16.07.2018
13	Strateji ve Bütçe Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	24.07.2018
14	İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	24.07.2018
15	Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	04.08.2018
16	Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	01.09.2018
17	Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	13.09.2018
18	Savunma Sanayii Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	03.10.2018
19	Yeni Kurulan Bazı İdarelerin Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa Ekli Cetvellere Eklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	11.10.2018
20	Diyanet İşleri Başkanlığına Kadro İhdas Edilmesine İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	09.11.2018
21	Strateji ve Bütçe Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	09.11.2018
22	Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Kadro İhdas Edilmesine İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	13.11.2018

Cumhurbaşkanı'nın yasama organında ittifak yoluyla da olsa çoğunluğa sahip olması bu durumun devam edeceği anlamına gelmektedir. Ancak, olası bir yasama/yürütme uyumsuzluğunda bu Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin önemli bir kısmı kanunla düzenlenerek hükümsüz hale getirilebilecektir. 3, 4, 5, 6 ve bunlarda değişiklik yapan 15 ile 17 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hariç diğer kararnamelerin tamamının bu kapsamda olduğuna şüphe yoktur. Bu sayılan kararnamelerde yer alan bazı hükümlerin de kanunla düzenlenerek hükümsüz hale getirilebileceği görülmektedir. Zira Anayasa Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle genel olarak Milli Güvenlik Kurulunu, Devlet Denetleme Kurulunu ya da üst kademe yöneticilerini düzenleme yetkisi vermemiştir. Bu Cumhurbaşkanlığı kararnamelerindeki bazı düzenlemeler, 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlükten kaldırdığı alanda doğan boşluk nedeniyle Anayasa'nın 104/17.maddesine dayanılarak yapılan düzenlemelerdir.

Anayasanın özel olarak düzenlediği Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanun ilişkisi ise üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu yetkilendirmenin yasama yetkisinin genelliği ilkesinin istisnası olduğu ve kural olarak bu hususlarda kanunla düzenleme yapılamayacağı belirtilmişti. Ancak, istisna olduğu için bu hükümlerin dar yorumlanması gerektiği vurgulanmıştı. Bu kapsamda en geniş yetki 106.maddenin son fıkrasında yer alan "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması" yetkisidir. Tarihsel gelişim ve Anayasa'nın sistematik yorumu dikkate alınarak, bakanlıkların görev ve yetkisinin kendi aralarındaki görev ve yetki paylaşımı olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştü.¹⁹ Aksi takdirde, bakanlıklara verilen yetkiler yoluyla temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini öngören rejimin ortadan kalkması gibi bir sonuç ortaya çıkabilir. Anayasa'nın yasama yetkisinin genelliği ilkesinin istisnası olan bir düzenlemeyle, temel hak ve özgürlükleri koruma rejimini değiştirdiği yorumu eleştiriye açıktır. Oysa hem Cumhurbaşkanının mahfuz yetkisinin korunması hem de bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından maddenin dar yorumlanması yeterlidir.²⁰ Bu halde, yasama organı yeni bir bakanlık kuramazsa da mev-

¹⁹ ÜLGEN, 2018, ss.25-26.

²⁰ Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisi ile kamu hizmetine girme hakkı arasındaki ilişki de bu bakımdan önemlidir. Uygulamada, kamu görevlileri arasından atanmayan üst yöneticilerin statüsünün, kamu görevlileri ara-

cut bakanlıklara yeni görev ve yetkiler verebilecektir. Nitekim, bu yaklaşım eski kanun hükmünde kararname uygulamasına da paralel bir yetki dağılımı ortaya çıkarmaktadır. Bakanlıklara verilen bazı yetkilerin temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğu açık olmakla birlikte, söz konusu yetkilerin büyük çoğunluğu kanun hükmünde kararnamelerle düzenleniyor ve temel hak ve özgürlükleri sınırlamadığı kabul ediliyordu. Anayasanın bütün hükümlerinin birlikte ele alınmasıyla aynı rejimin korunabileceği düşünülebilir. Mevcut Cumhurbaşkanlığı kararnamelerindeki bu sınırları aşan yetkilerin anayasaya uygunluğu, dolayısıyla Anayasa'nın öngördüğü sistem asıl olarak Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenecektir.

Uygulamada uyum için çıkarılan mevzuat da dahil olmak üzere bakanlıklara kanun ile görev ve yetki verilmesi esası korunmuştur.²¹ Bunun iki nedeni olabilir: Birincisi, söz konusu maddelerin Cumhurbaşkanına özel olarak bırakılmış bir düzenleme yetkisi olarak yorumlanmıyor olmasıdır. Kanunun genelliği ilkesi ve hiyerarşik üstünlüğünün korunduğu düşünülebilir. İkinci ihtimal ise, söz konusu hükümlerin yukarıda belirtildiği gibi yorumlanmış olmasıdır. Her durumda, bakanlıkların tüm görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanı'nın mahfuz/münhasır alanı olarak kabul edilmemesi, bu alanda kanuni düzenlemelerin korunması önemlidir.

Bu konuda, uygulamanın nasıl bir yorum tercih ettiğini açıklamaya yönelik bir diğer örnek, 3 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 12/1. maddesinde yer alan düzenlemedir. Buna göre “Üst kademe kamu yöneticileri hakkında bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen hususlara ilişkin olarak, diğer mevzuatın bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine aykırı hükümleri uygulanmaz.” Bu hüküm, eğer Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hiyerarşik olarak altındaki yönetmelikleri ve diğer düzenleyici işlemleri kast ediyorsa gereksiz bir düzenleme olmuştur. Diğer mevzuat kapsamına

sından atananlardan ayrılması isabetli olmuştur. Üst kademe kamu yöneticisi “geçici” görevinde bulunmak, kamu görevlisi olmayanlara görev bitiminde kamu görevlisi olma hakkı tanımamaktadır. Geçici görev sona erdiğinde, varsa tazminatlarını alıp ayrılmaktadırlar. Bu haliyle, bu görevlendirmenin kamu hizmetine girme hakkıyla ilişkisinin zayıfladığı düşünülebilir.

²¹ Örnek olarak, 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede çeşitli Bakanlıklara verilen yetkiler sayılabilir. Ayrıca bu kapsamda, yüzlerce kanunda yer alan Bakanlık yetkilerinin yürürlükten kaldırılması gibi bir süreç de gidilmemiştir. Nitekim olması gereken hukuk bakımından da bu yorumun isabetli olduğu kanısındayız.

kanunlar da dahilse farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, bu konuda kanunla düzenleme yapılabileceğinin ilkesel olarak kabul edildiği tespit edilebilir. Çatışma hali ise, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi lehine çözülmektedir. Bu sonuç ancak, söz konusu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin mahfuz yetki kapsamında kabul edilmesiyle olabilir. Öte yandan, kapsam olarak söz konusu Kararname hükümlerinin tamamı gösterilmiştir. Bu bakımdan açıkça Anayasa'ya aykırılık ortaya çıkabilir. Zira, üst kademe yöneticilere ilişkin, bunları belirleme yetkisi dahil olmak üzere yasama organının da yetkileri vardır ve yasama organının bu yetkisini kullanması halinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesine bir üstünlük tanınması Anayasaya uygun olmayacaktır. Diğer konularda olduğu gibi, bu hususta da Anayasa Mahkemesinin yorumu belirleyici olacaktır.

Bu örnekte görüldüğü gibi, Anayasa'da özel olarak düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunla tamamlanabileceği, hatta bunun bazı durumlarda zorunluluk olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Anayasa'nın eski 107.maddesinin uygulanmasında olduğu gibi, bu konularda tamamlayıcı nitelikte özel kanunlar çıkarılabileceği gibi, gereken yerlerde mevcut kanunlara atıf da yapılabilir. Nitekim, Devlet Denetleme Kurulu Hakkında 5 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 26.maddesine göre, "Bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde hüküm bulunmayan hallerde 657 sayılı Kanun ve ilgili diğer mevzuat uygulanır." Keza, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında 6 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 27 ve 28. maddelerinde personel rejimine ilişkin olarak çeşitli kanunlara atıf yapılmıştır.

Özel düzenleme konusu yapılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütmeye mahfuz bir düzenleme yetkisi verdiği kabul edildiğinde dahi, bu yetkinin dar yorumlanması konusundaki temel tespitlerin geçerli olduğu, Anayasa'nın diğer hükümleri ya da yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca kanunun bu kararnamelerle birlikte varlık göstereceği gözlemlenmektedir.

Son olarak, Cumhurbaşkanı'nın mahfuz yetkisi olduğu kabul edildiğinde dahi, bu hususlarda yapılacak kanunların anayasaya uygunluk denetimi üzerinde durmak gerekir. Bu durumda, yasama organının yapacağı işlemin yetki unsuru yönünden sakat kabul edilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi,

yetki unsurunu şekli denetim kapsamında kabul etmektedir.²² Kanunların şekil bakımından denetimi son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin, söz konusu düzenlemeleri yetki unsuru yönünden incelemesi olanaklı gözükmemektedir.²³ Belki bu vesileyle, anayasa değişikliği yapılarak hukuk devleti ilkesi bakımından ciddi bir sorun olan bu sınırlamanın kaldırılması gündeme gelebilir.

3) Kanun ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisine Dair Diğer Tespitler

Genel nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yasal sınırlarının büyük ölçüde uyum kanun hükmünde kararnameleriyle kaldırıldığını belirtmiştik. Yasama organıyla bir çatışma yaşanmadıkça bu alanlarda kanunla düzenleme yapılması da beklenmemektedir. Çatışma olduğu takdirde, Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi başta olmak üzere yasama organı birçok düzenlemeyi yasa yapma yoluyla hükümsüz hale getirebilir. Bakanlıkların taşra teşkilatını düzenleme konusunda Cumhurbaşkanı özel olarak yetkilendirilirken, Cumhurbaşkanlığı teşkilatına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi anayasa değişikliğinin ne kadar özensiz yapıldığını göstermektedir. Bütün yorumlama çalışmalarının aslında bu özensizliği (hatta tutarsızlığı) anlamlandırmaya çalışmak gibi zor bir işlev gördüğünü de vurgulamak gerekir.

Yasama organından bir müdahale beklenmediğinde, genel nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için dikkat edilmesi gereken husus kanunun açıkça düzenlediği konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yasağına yöneliktir. Bu hüküm, Cumhurbaşkanı kararnamesiyle kanunlarda değişiklik yapılmasına engeldir. Özetle, Cumhurbaşkanı'nın asli düzenleme yetkisi, kanunun olmadığı yerde ortaya çıkmaktadır. Uygulamada, kural olarak, kanunlarda açıkça değişiklik yapma yoluna gidilmemiştir. Ancak, bu

²² Kanun hükmünde kararnameler bakımından “konu bakımından yetki” unsuru kapsamında olan, yetki kanunu kapsamında olma ile anayasal yasak alanda olmama koşullarının şekli denetim kapsamında olduğu yönünde bkz. E.2013/116, K.2014/135, Kt.11.09.2014, sayfa. 4-5.

²³ Anayasa hükümleri, anayasaya uygunluk denetimini şekil ve esas olarak ayırmaktadır. Yetki unsuru denetimi de şekli denetim kapsamında görülmektedir. Yetki unsuru şekil ve esas denetiminin dışında kabul edilseydi, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin de yetki unsuru yönünden denetimi yapılabilirdi. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin içtihat değişikliğine gidip, konu bakımından yetki unsurunu içerik/esas denetimi kapsamına alması kimse için şaşırtıcı olmayacaktır.

konuda iki tür düzenleme dikkat çekmektedir. Birincisi, bakanlık ya da diğer kurum ve kuruluşların adlarının değişmesine paralel olarak, kanunlarda bunlara yapılan atıfların, yeni kurulanlara yapıldığının kabulüdür.²⁴ Kanunlarda yer alan ifadelerin değişmesine yol açan bu yetkinin bir benzeri yasama organı tarafından Anayasa hükmündeki ifadenin değişmesine yönelik olarak kullanılmıştır. 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6087 sayılı Kanun'u değiştiren 208/r maddesinde yer alan düzenlemeye göre, "*Mevzuatta Hakimler ve Savcılar Kuruluna ilişkin olarak Adalet Bakanlığı Müsteşarına verilen görevler, Adalet Bakanlığının bu işlerle görevlendirilen bakan yardımcısına verilmiş sayılır.*"²⁵ Bu yaklaşımın doğru ve uygun bir yasama tekniği olmadığı açıktır. Anayasa'ya uygunluğu ise ayrı bir tartışma konusudur. Bakanlıklar konusunda Cumhurbaşkanı'nın mahfuz yetkisi olduğu ve bu çerçevede konu bakımından yetki unsuruna dayanarak bu değişikliği yapabileceği kabul edilse dahi, mahfuz yetki kapsamında olmayan idarelerin de bu kapsamda yer alması sorunlu gözükmektedir.

Bu konuda daha açık bir yetki sorunu 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 215.maddesiyle 5018 sayılı Kamu Mali Denetimi ve Kontrol Kanunu'na eklenen Ek 5.madde hükmünde yer almaktadır. Bu hükme göre, "*Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan idarelerin bu Kanuna ekli cetvellerden hangisinde yer alacağı ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde belirtilir.*" Nitekim, bu hükme uygun olarak, 4 ve 19 numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle, söz konusu Kanun'un ekli cetvellerine "ilave" yapılmıştır.²⁶ Kamu mali denetimi ve kontrolü Anayasa'nın özel ola-

²⁴ 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname m.216: "Kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde Bakanlıklar ve kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan atıflar Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde buna karşılık olarak belirtilen ve düzenlenen bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarına yapılmış sayılır."

²⁵ 6087 sayılı Kanun Ek Madde 2. www.mevzuat.gov.tr (SET: 15.11.2018)

²⁶ 4 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 761.maddesi: "10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (II) sayılı cetvelin 'B)ÖZEL BÜTÇELİ DİĞER İDARELER" bölümünün sonuna sıra numarası eklenerek 'Nadir Toprak Elementleri Araştırma Enstitüsü' ilave edilmiştir." 783.maddesi: "10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (II) sayılı cetvelin 'B)ÖZEL BÜTÇELİ DİĞER İDARELER" bölümünün sonuna sıra numarası eklenerek "Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü" ilave edilmiştir."RG.15.07.2018-30479. 19 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ise sadece 5018 sayılı Kanun'a ilave yapmaktadır. Ek 1 sayılı Cetvele, 57) Devlet Arşivleri Başkanlığı, 58) İletişim Başkanlığı, 59) Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı, 60) Strateji ve Bütçe Başkanlığı eklenmiştir. RG. 11.10.2018-30562.

rak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesini öngördüğü bir konu değildir. Dolayısıyla, 104/17.madde kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda, kanunun açıkça düzenlediği konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. 5018 sayılı Kanun'da açıkça düzenleme yapıldığına göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılması mümkün değildir. Tam da bu nedenle olsa gerek, bu yetki açıkça 5018 sayılı Kanun ile verilmek istenmiştir. Ancak, Anayasa'da düzenlendiği ve sınırlandığı biçimiyle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yürütmenin asli işlemidir. Anayasal sınırları aşmak için, kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi verilebileceğini kabul etmek hem türev nitelikte Cumhurbaşkanlığı kararnameleri gibi bir türün ortaya çıkmasına neden olacak hem de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için Anayasa'da yer alan sınırların yasama işlemiyle etkisiz hale getirilebileceğini kabul etmek anlamına gelecektir. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla geçerlidir.²⁷ Yeni kurulan idarelerin kamu mali denetimine tabi tutulması gerektiği ve bu düzenlemenin bu gerekliliği karşılamaya yönelik olduğu açıktır. Ancak, bu sorun, hukuk düzeninde ciddi belirsizliklere, karmaşaya yol açacak ve Anayasa'ya aykırı sonuçlar doğuracak biçimde çözülmemelidir. Kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi tanınmasının Anayasa'ya uygun olduğunu kabul etmek, bu alanda ucu belirsiz bir yetki tanımak anlamına gelir. Cumhurbaşkanı'nın kanuna dayanarak yapacağı türev nitelikteki işlemleri Danıştay denetimine tabidir. Bunlardan bazılarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi biçiminde yapılabilmesi ve bu şekilde yapılanların Anayasa'nın öngördüğü sınırlara tabi olmaması Anayasa'ya uygun bulunursa, normatif düzen ciddi yara alacaktır. Elbette Anayasa Mahkemesinin karar verebilmesi kendisine başvuru yapılmasına bağlıdır.

Henüz kanunla hükümsüz hale getirilen bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi gözlemlenmemiştir. Bu nedenle, son olarak, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular meselesine değinmekle yetineceğiz. Anayasayı değiştiren siyasi irade ile ilk uygulayıcı irade özdeş olduğu için, Anayasa değişikliğine ilişkin tutanaklardaki yorumun uygulamada da benim-

²⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nin kararnama uygulamasının Türk hukuk düzeni ve anayasal hükümleri bakımından bir karşılığı bulunmamaktadır. Hükümet sistemi değişikliği sırasında karşılaştırmalı hukuk sistemlerinin dikkatlice incelenmesi ve olası sorunların Anayasa değişikliğinde dikkate alınması şüphesiz önemliydi. Ancak, mevcut Anayasa hükümleri karşısında iki sistem arasında herhangi bir benzerlik kalmadığı görülmektedir.

senmesi şaşırtıcı değildir.²⁸ Bu görüşün benimsendiğini düşündüren örnek olarak, 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un yürürlükten kaldırılmaması gösterilebilir. Anayasa'nın 136.maddesi uyarınca görevlerinin kanunda gösterilmesi gereken bu kuruma yönelik bir müdahale olmamıştır. Aynı şekilde, 664 sayılı Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname de yürürlükte kalmıştır. Teşkilata ilişkin neredeyse tüm mevzuat yürürlükten kaldırılarak Cumhurbaşkanı'na alan açılmışken, bu konularda kanunların korunması bu yaklaşım ile açıklanabilir. Bu konuda asıl tartışmanın öğretide devam ettiği görülmektedir. Temel sorun “münhasır” kelimesine verilen anlam üzerine yoğunlaşmaktadır. Bir görüş, münhasır kanun alanının Anayasa'da “ancak kanunla” ifadesinin kullanıldığı hükümlerle sınırlı olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe kesinlikle katılmıyoruz. Münhasıran kelimesinin tek anlamı “sadece, yalnız” değildir. Münhasıran kelimesi “özellikle” anlamına da gelmektedir.²⁹ Anayasanın özellikle kanunla düzenlenmesini öngördüğü konular ise, Anayasada kanunla düzenlenmesi, belirlenmesi, belirtilmesi, tespit edilmesi, gösterilmesi, kurulması, konulması, istisna getirilmesi öngörülen hususların tamamını kapsar biçimde yorumlanabilir (Bkz. Tablo 2). Nitekim Anayasa Mahkemesinin içtihadı ve Anayasa değişikliğini yapan iktidarın yorumu da aynı yöndedir. Hiç şüphesiz asıl belirleyici olan Anayasa Mahkemesinin yorumu olacaktır. Bu konuda daha önce hazırladığımız tabloyu güncellemekle yetiniyoruz.³⁰

²⁸ Burada yürürlükteki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hiçbir hükmünün Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda olmadığı gibi bir iddia söz konusu değildir. Elbette hükümlerin ayrıntılı incelenmesi sonucunda, bu açıdan Anayasa'ya aykırılıklar tespit edilebilir. Burada, uygulamanın temel tercihinin ne olduğunun belirlenmesiyle sınırlı bir değerlendirme yapılmaktadır.

²⁹ TDK, Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr (SET:15.11.2018) Ayrıca bkz. TUĞLACI Pars, **Okyanus Ansiklopedik Sözlük**, Cilt 4, (2.basım), Cem Yayınevi, 1978, s.2055.

³⁰ Daha önce 51 maddede yer alan 89 husus tespit edilmişti. Yeni tabloda 52 maddede 94 husus belirtilmektedir. 139. maddedeki düzenleme de sayılmış ve 51, 131, 154 ve 159. maddede yer alan birer konu daha eklenmiştir.

Tablo 2: Anayasa’da münhasıran kanunla düzenleme öngören maddeler³¹

1.KISIM	2.KISIM	3.KISIM			4.KISIM
	3.BÖLÜM	1.BÖLÜM	2.BÖLÜM	3.BÖLÜM	
m.3	m.42 (3) m.43 m.44 (2) m.46 (2) m.47 (3) m.50 m.51 (2) m.53 (2) m.54 (3) m.56 m.61 m.63	m.79 m.82 m.86	m.101 m.119 m.123 m.124 m.125 m.126 m.127 (6) m.128 (2) m.129 (3) m.130 (4) m.131 (2) m.132 m.133 (3) m.134 m.135 (5) m.136 m.137	m.139 m.140 (3) m.141 m.144 m.147 m.148 m.149 m.154 (3) m.155 (5) m.158 m.159 (4) m.160 (2)	m.161 m.165 m.166 (2) m.167 m.168 (2) m.169 m.170

Sonuç

İlk dört aylık uygulamada, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin niteliği ve türlerine ilişkin uygulamanın yaklaşımını tespit etmeye çalışırken, dışsal bir değerlendirme yapmakla yetindiğimizi vurgulamak gerekir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yürütmenin asli düzenleyici işlemi olarak görülebilir. Organik bakımdan yürütme işlemi, işlevsel açıdan ise yasama işlemi niteliğindedir. Anayasanın 104/17.maddesi kapsamındaki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanuna eşdeğer olduğu görülüyorsa da kanun hükmünde kabul edilmesi tartışmalıdır. Zira bu işlem ile kanunlarda değişiklik yapılması olanaklı değildir. Kanuna eşdeğer olması ise, mevcut kanun hükümlerini değiştirmemek ve ortadan kaldırmamakla birlikte, hakkında hiçbir kanuni

³¹ Anayasa 7 Kısımdan oluşmaktadır. Ancak, 5., 6. ve 7. kısımda kanunla düzenleme öngören herhangi bir husus bulunmamaktadır. Anayasa’nın 2.Kısımının 1., 2. ve 4. Bölümleri ise tamamen yasak olduğu için ayrıca değerlendirme yapılması gerekli görülmemiştir.

düzenleme bulunmayan bir alanda doğrudan düzenleme yapmasından kaynaklanmaktadır.³²

Uygulamanın, büyük ölçüde öngörümüzle uyuyor olması bu Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'ya uygun olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine, yakından incelendiğinde, hem 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de, hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde Anayasa'ya aykırı hususlar tespit edilebilir. Örneğin, Anayasa'nın 104/19.maddesine göre, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmelikler, yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse, Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün yürürlüğe girecektir. 10 numaralı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 7.maddesine göre ise, kanunlar gibi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelikler ile diğer düzenlemelerin, ayrıca yürürlük tarihi belirtilmemiş ise Resmî Gazete'de yayımlandığı gün yürürlüğe girebilecektir. Anayasa Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yönetmeliklerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe girmesini engellediği halde, bu hüküm açıkça aksi yoruma müsait olması nedeniyle bu işlemler "yönünden" Anayasa'ya aykırıdır. Örnekler çoğaltılabilir. Hemen her konuda, yeni tartışma konuları çıkması mümkün gözükmektedir. Daha önce belirtildiği gibi, bir ülkenin hukuk düzeninde bu kadar ciddi bir değişiklik yapılırken daha özenli olunması gerekirdi.

³² Bu tür işlemlerin kanuna eş değer olduğu yönünde bkz. ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 17.basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.213.

KAYNAKLAR

- AKSOYLU Özge, “Son Anayasa Değişiklikleri Uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Türk Hukukundaki Yeri”, **4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı**, Alanya, 3- 4- 5 Mayıs 2018, ss.136-159.
- http://kayit.asoscongress.com/files/asos2018alanya/2018_Hukuk_Tam_Metin_Kitab%C4%B1.pdf (Son Erişim Tarihi:15.11.2018)
- ARDIÇOĞLU M. Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, ss.20-51.
- GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin, 2.bası, Bursa, 2018.
- ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 17.basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- SÖYLER Yasin, Yeni Başkanlık sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin, Ankara, 2018.
- TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. Bası, Beta, İstanbul, 2018.
- TEZİÇ Erdoğan, **Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı**, Fakülter Matbaası, İstanbul, 1972.
- TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- TUĞLACI Pars, **Okyanus Ansiklopedik Sözlük**, Cilt 4, (2.basım), Cem Yayınevi, 1978.
- ÜLGEN Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri” **GSÜHFD**, 2018-1, ss.3-39.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu*

I. Giriş

21.1.2017 tarihli ve “6771 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun” ile gerçekleştirilen Anayasa Değişiklikleri, cumhurbaşkanına tanıdığı yetkilerle yeni bir siyasal rejimin oluşmasına yol açmıştır. Siyasal rejimleri organların sahip oldukları yetkiler dikkate alınmadan tasnif etmek mümkün görünmemektedir.¹ Nitekim hükümet sistemleri çalışmalarına hakim olan neo - kurumsalcı yaklaşım, hükümet sistemlerini, yasama ve yürütme kurumlarının oluşum biçimleri, birbirine karşı anayasal konumları ve yetkileri açısından ayırt edici noktaları bularak tanımlamaktadır.²

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun, cumhurbaşkanına tanıdığı yetkilerle gücün tek merkezde toplanmasını öngörmektedir.³ Bu yönüyle, gücün tek merkezden alınıp, milleti temsil eden parlamentoya verilmesi ışığında oluşmuş olan Osmanlı - Türk anayasacılık geleneğinden büyük bir sapma göstermektedir. Kısa bir tarihsel karşılaştırma bu sapmayı netleştirmek açısından yararlı olacaktır (II).

* Girne Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ Her ne kadar Teziç, önceleri yasama - yürütme ilişkileri ile devletin hukuki faaliyetlerinin çeşitli organlar arasında paylaştırılması meselelerini birbirinden ayırsa (Teziç E. , Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜ Yayınları, İstanbul 1972, s. 9 ve 80) da sonrasında hangi işlemlerin hangi organlar tarafından yapıldığını gösteren hükümlerin, kuvvetler ayrılığının hukuki planda ifadesi olduğu görüşüne varmıştır (Teziç E. , Anayasa Hukuku, 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 30).

² Özsoy Boyunsuz Ş. , Dünyada Başkanlık Sistemleri, İmge Kitabevi, Ankara 2017, s. 20-21.

³ Nitekim Cumhurbaşkanı R. T. Erdoğan da, Elazığ’da 18 Şubat 2017 tarihinde yaptığı konuşmada Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun’un gücü tek merkezde topladığını belirtmiştir. Bkz. <http://www.birgun.net/haber-detay/erdogan-tek-kiside-gucu-topluyoruz-147323.html> (Erişim tarihi: 22.02.2017).

Cumhurbaşkanına tanınan geniş yetkiler ve gerekli fren - denge mekanizmalarının dışlanmasıyla ABD tipi Başkanlık sisteminden önemli ölçüde sapan bu siyasal rejim, ancak patronlu bir hiper başkanlık sistemi olarak nitelendirilebilir.⁴ Bu yeni siyasal rejimin, başkanlık rejiminin yozlaşmış bir modeline dönüşmesine neden olacak en önemli unsurlardan birisi de cumhurbaşkanına tanınan kararname çıkarma yetkisidir. Siyasal rejimin dönüşümündeki etkisinin açıkça belirlenebilmesi için bu yeni işlem türünün çeşitli yönlerden ele alınıp değerlendirilmesi bir gereklilik halini almıştır. Bu açıdan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin (CBK) önce kurallar kademelenmesindeki yerinin (III), sonra da hukuksal rejiminin (IV) saptanması gerekli olacaktır.

II. Tarihsel Karşılaştırma

Günümüz hukuk devletlerinde kural olarak yürütme organına, yasama erkince sınırlar konulur. Bu nedenle şekli yasa, yürütmenin faaliyetleri karşısında üstünlüğe sahiptir. Ne zaman ki siyasi mücadeleler sonucu yasama erki, yürütme erki karşısında sahip olduğu üstün konumu yitirirse siyasal rejim işlerliğini yitirerek dönüşüme uğramaktadır. Osmanlı - Türk Anayasal gelişmeleri bu dönüşümün tipik örneklerini içermektedir. Nitekim yasama ve yürütme organları arasında çalışma birliğini sağlayacak ilkeleri içeren 1909 Anayasa Değişiklikleriyle⁵ ön plana çıkan millet egemenliğinden, 1915 ve 1916 Anayasa Değişiklikleriyle yürütmenin mutlak egemenliğine doğru bir dönüşümün yolu açılmıştır. 1915 yılında meclisin denetim süresi kısaltılmış; böylelikle padişahın meclis tatilde iken hükümet aracılığıyla kanun çıkarma (kanun-u muvakkat) yetkisinin kullanım olanağı artırılmıştır. 1916'da ise padişaha istediği zaman meclisi fesih yetkisi tanınmıştır. 1876 Anayasası'nda bile olmayan bu durum sonucu egemenlik tamamen yürütmedeki tek kişinin kontrolüne geçmiş ve ülke geçici yasalarla yönetilmiştir.⁶

⁴ Kanadoğlu K./Duygun A. M. , “6771 Sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun’a İlişkin Değerlendirmeler“, Güncel Hukuk, Mart 2017/3 – 159, s. 60-62.

⁵ Hatta 1909 Anayasa değişiklikleri öncesi Kanuni Esasi’de öngörülmediği halde dahi Meclis-i Mebusan, Sultan’ın iradesiyle oluşmuş hükümeti çekilmeye zorlamıştır, bkz. F. Sağlam, Anayasa Değişikliği Üzerine Bazı Notlar, Hukuk Defterleri, Ocak-Şubat 2017, <http://hukukdefterleri.com/anayasa-degisikligi-girisimi-uzerine-bazi-notlar/>, (Erişim tarihi 10.12.2018).

⁶ Tanör B. , Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 1999, s. 218.

2017 Anayasa Değişiklikleri sonrasında cumhurbaşkanının konumu 1924 düzeniyle de ilişkilendirilebilir. Öncelikle her iki Anayasa düzeninde de cumhurbaşkanının görev süresi, meclis seçim dönemi ile özdeştir. Meclis kendini yenileyince cumhurbaşkanı da yenilenmekteydi. Yine 2017 Değişiklikleriyle paralel biçimde 1924 düzeninde de cumhurbaşkanı meclis görüşmelerine katılamamak ve oy kullanmamakla birlikte parti üyeliğini sürdürmekteydi. Öte yandan partisinin resmi ve fiili önderliğini sürdüren cumhurbaşkanı, meclisin çoğunluğu ile organik bir bağ içinde bulunmaktaydı.⁷ Ancak devlet organlarının düzenlenmesi bakımından böyle bir benzerlik kurulabilecek olsa da asıl farklılık siyasal temel felsefeyle ilgilidir. 1924 Anayasası saltanat kavramına kesin bir cephe alarak devlet içindeki ikili meşruiyeti sona erdirmiştir. Zaten Kurucular da bakanların Meclis içinden seçilmeleri ve ona karşı sorumlu olmalarını, koymuş oldukları kuvvetler teklifi için yeterli görmüşler, fakat organların yetkilerini mecliste toplayan bir hüküm koymamışlardır.⁸

1961 Anayasası ile klasik bir parlamenter rejim benimsenmiş, 1982 Anayasası ise aynı rejimi yürütme içinde cumhurbaşkanının yetkilerini artırarak devam ettirmiştir.⁹ Fakat 1980'lerden itibaren Türkiye'nin başkanlık ya da yarı başkanlık rejimine geçmesine yönelik istekler dile getirilmesine¹⁰ karşılık sol partiler ve akademik çevrelerin büyük çoğunluğu, cumhurbaşkanını halkın seçmesine, kendisinin milli iradeyi temsil ettiğini ileri sürebilecek bir cumhurbaşkanının anayasal çizgi içinde tutulmasının güçlüğü, Türkiye'de parlamenter rejim geleneğinin sürekliliği ve böyle bir seçimden sonraki aşamanın başkanlık ya da yarı başkanlık olacağı ve bu durumda siyasal uzlaşma geleneği olmayan bir toplumda kişisel yönetim doğabileceği gerekçeleriyle haklı olarak karşı çıkmışlardır.¹¹

⁷ Eroğul C. , “Cumhurbaşkanın Denetim İşlevi”, AÜSBFD, C. XXXIII, No. 1-2, Mart-Haziran 1978, s. 40.

⁸ Güneş T. , “Devlet Başkanı – Meclis Çatışması”, AÜSBFD, C. XIX, No. 2, Haziran – 1964, s. 180.

⁹ Tanör B./Yüzbaşıoğlu N. , Türk Anayasa Hukuku, 14. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2014, s. 444.

¹⁰ Kontacı A. E. , “Parlamenter Sistemden Kopuş Ve Sonrası: Karşılaştırmalı Gözlemler Ve Bazı Değerlendirmeler”, TBB Dergisi 2017 (133), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-133-1693> (Erişim Tarihi 9.12.2018).

¹¹ Kanadoğlu K. , “1982 Anayasasında Cumhurbaşkanını”, Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2001, s. 144. Hatta MHP lideri Bahçeli de cumhurbaşkanını Meclis'in seç-

III. Kurallar Kademelenmesindeki Yeri

Her ne kadar doktrinde CBK karşısında kanunun üstün olduğu görüşü ileri sürülmekteyse¹² de CBK'lerin en azından kanuna eşdeğer olduğu rahatlıkla ileri sürülebilir. Bu görüş farklı argümanlarla savunulabilir. Bunlar şöyle sıralanabilir;

1. Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK) Yerine İkame Oluşu

Öncelikle sözel yorum yönteminden hareketle Anayasa'nın mülga 91. maddesinin ilk fıkrasının 2. cümlesinde düzenlenmiş olan KHK'ye ilişkin hükmün, kelimesi kelimesine bu yeni maddeye aktarılmış olduğu belirtilmelidir. Böylece cumhurbaşkanı, yürürlükteki şekli kanunları değiştirebilecek şekilde cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecektir. Paralel bir düzenleme, CBK'nin yargısal denetimine dair Anayasa'nın 148. maddesinde de görülmektedir. Nitekim Danıştay Kanunu'nda 2.7.2018 tarihli 703 sayılı KHK'nin 184. maddesiyle yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal ve tam yargı davalarını karara bağlama yetkisi Danıştay'a verilmiştir. Bu değişiklik de CBK'nin idari düzenleyici işlem olmayıp, yasama işlevi yerine getirilmesine aracı bir işlem olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla cumhurbaşkanı "yürütme yetkisine ilişkin konular" bağlamındaki yetkileri yasamaya ilişkin yetkilerini de kapsar ve organik anlamda CBK ile tüm bu konular düzenlenebilir.

Öte yandan 104. maddenin yeni düzenlemesi, cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin devlet başkanı ve yürütmenin başı olarak ayrımının yargıyla ilgili olanlar bakımından kısmen de olsa sürdüğünü göstermektedir. "Milletin birliğini temsil" gibi cumhurbaşkanının bazı tavırlar takınmasını önleyen

mesini savunmuş ve halkın seçmesinin sakıncalarını da şöyle özetlemişti; "Bugün irticaya karşı, bölücülüğe karşı mücadele ediyoruz, diyoruz. Yarın o görüşleri savunan birileri aday olursa, seçilme bile, ben halktan bu kadar oy aldım derse, Türkiye için sıkıntılı olur." Bila F, "Bahçeli ve Çiller'in Çankaya'ya Bakışı", Milliyet, 6.12.1999.

¹² Gözler K. , Türk Anayasa Hukuku, Ekin Basım Yayın, 2. Baskı, Bursa 2018, s. 804; Yıldırım T. , "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", MÜHF - HAD, C.23, s. 16-17; Arıçoğlu A., "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara Barosu Dergisi 2017/3, s. 44; Gören Z. , Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 257; Kaboğlu İ./Sales E. , Türk Anayasa Hukuku, (Çev. ve Ed. İ. Berksoy), Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 126.

bir nitelemeyle¹³ birlikte değerlendirildiğinde yargı alanında bir görevin ancak “nötr bir güç” olarak Anayasanın koruyucusu sıfatını taşıyacak tarafsız bir cumhurbaşkanı tarafından yerine getirebileceğini de ayrıca vurgulamak gerekir.

Ayrıca Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasının 2. cümlesi ile düzenlenmesi yasak konuları belirlerken, ilga edilmiş olan KHK’lerle özdeş bir hüküm içermektedir. Buna dayanarak da CBK’nin KHK ile eşdeğer bir hukuksal güce sahip olduğu ileri sürülebilir.

Üstelik devletin olumlu bir edimini gerektirmeden kullanılabilecek olan ekonomik ve sosyal hakların KHK’lerle düzenlenemeyeceği yönündeki Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihadının değişmekte olduğunu da gözden uzak tutmamak gerekir. Nitekim Mahkeme, toplu sözleşme hakkının sınırlandırılmasına yönelik bir kararında, bu hakkın KHK ile sınırlandırılmasında anayasal bir sorun tespit etmemiştir.¹⁴

Cumhurbaşkanının bu yetkisi, tarihsel açıdan 1876 Anayasası’ndaki kanun-u muvakkattan da, 1982 Anayasası’nın ilk halindeki KHK’den¹⁵ de güçlü bir yetkidir. Yürütmenin kanun-u muvakkat çıkarma yetkisi meclisin toplantıda olmadığı zamanla sınırlı ve geçici bir süreyle verilmişti. KHK de ancak bir yetki kanuna dayanmak koşuluyla çıkarılabilmekteydi. CBK ise iki koşuldan da serbest olarak çıkarılabilecektir. Sonuç olarak CBK’de yürütme organı düzenleme yetkisini doğrudan Anayasa’dan almakta ve bir kanun ile yetkilendirilmeye gerek bulunmamaktadır.

2. Yasama İşlevi de Görmesi

Anayasa’nın 104. maddesinde cumhurbaşkanına kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır. Yürütme yetkisi cumhurbaşkanına ait olduğu için (Anayasa

¹³ Böyle bir konum cumhurbaşkanının bütün siyasal akımlar karşısında tam bir tarafsızlık için de bulunmasını zorunlu kılar. Bir siyasi parti liderliği ya da bir seçim kampanyası yürütmek, tarafsızlık konumuyla bağdaşmaz, Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 29. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1994, s. 277.

¹⁴ E. 2017/27, K. 2017/117, Kt. 12.7.2017.

¹⁵ KHK uygulamasına ilişkin kaygılar daha 1961 Anayasası döneminde dile getirilmeye başlamıştı; “Kanun kuvvetinde kararname çıkarma yetkisinin Anayasamıza girdiği dönemin özellikleri bu olanaktan yararlanarak güçlerini artırmak isteyen hükümetin parlamentoya yetki vermesi için ağır baskılar uygulayacakları endişesi doğurmaktadır.”, Turan İ. , “Parlamentar Demokraside Denetim İşlevi”, AÜSBFD, C. XXXIII, No. 1-2, Mart-Haziran 1978, s. 16.

md. 8 ve 104), kararname çıkarma yetkisi de doğal olarak yürütmeye ilişkin yetkileri arasındadır (Anayasa md. 104/17). Anayasa'nın 104/17. maddesindeki bu yeni düzenlemeden, CBK'nin salt idari düzenleyici bir işlem niteliğinde olduğu sonucu çıkarılamaz. Nasıl ki cumhurbaşkanı Anayasa'nın 104. maddesinin ilk haline göre yasama alanına ilişkin görev ve yetkiler kullanabiliyor idiyse, değişiklik sonrasında da yasama işlevi yerine getirecek şekilde CBK çıkarılabilecektir. Nitekim Anayasa'da cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin bir bölümü idari düzenleyici işlemlerle (örneğin Anayasa md. 73/son, 167/2, 104/18-19) kullanılabilecekti¹⁶, diğer bir bölümü ise yasama işlemi niteliği taşıyacaktı (örneğin Anayasa md. 104/9, 106/son, 108/son, 118/6, 119/6-7, 123/3, 124/1).

Uygulamada da CBK ile bakanlıklar, kamu tüzel kişilikleri, hatta gerçek kişilerle ilişkili konularda düzenleme yapılmaktadır. Bir örnek vermek gerekirse yakın bir tarihte çıkarılan Resmi Gazete Hakkındaki 10 sayılı CBK ile kanunlar, CBK ve yönetmelikler ile diğer düzenlemelerin, ayrıca bir yürürlük tarihi belirtilmemiş ise Resmî Gazete'de yayımlandığı gün yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. Öncesinde ise 23 Mayıs 1928 tarih ve 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Suret-i Neşir ve ilânı ve Meriyet Tarihi Hakkındaki Kanunun 3'üncü maddesine göre kanun, Resmî Gazetede yayımlandığı günü izleyen günden itibaren 45 gün sonra yürürlüğe girerdi. Bu örnekten yola çıkarak, kanunların bile yürürlük usulünü ihdas edebilen cumhurbaşkanının, CBK ihdas usulünü de CBK ile düzenleyebileceği sonucuna varabiliriz. Diğer bir söyleyişle, CBK, CBK için çeşitli şekli ve usuli kuralları belirleme gücüne sahip olduğuna göre, normlar kademelenmesinde kanun altı bir seviyede bulunmamaktadır.¹⁷

3. Yetki ve Kronoloji Ölçütü

Hukukun kaynakları arasındaki hiyerarşik ilişki yetki ve kronoloji öl-

¹⁶ Anayasa'nın 73 ve 167. (vergi ve benzeri ek mali yükümlülüklerin konması, kaldırılması veya oranlarında değişiklik yapılması yetkisi), hukuki sonuçları itibarıyla yasama yetkisinin devrinden farklıdır (Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 279), olsa olsa yetki paylaşımıdır (Erdoğan M. , Anayasa Hukuku, s. 263; Karahanoğlu O. , "Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği (Bir Öneri: Birlikte Yasama), Amme İdaresi Dergisi, 31/2 Haziran 1998, s. 60). Zira kanunla düzenlenecek konuların yürütmenin düzenleme alanına sokulması ya da yasama alanından çıkarılması sonucunu doğurmamaktadır (Teziç E. , Anayasa Hukuku, s. 19).

¹⁷ Krş. Gülgeç Y. B. , Normlar Hiyerarşisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 213.

çütleriyle de tanımlanabilir. Yetki ölçütü, farklı organlar tarafından üretilen ya da belli alanlar için yetkili hukuk kaynakları için kullanılırken, kronolojik ölçüt buna karşılık hukuk düzeninin dinamiğiyle bağlı olan etkilerinin kavranmasına hizmet eder.¹⁸ CBK ile belirli konularda kullanılacak yetkinin özerk bir yetki olup olmadığının belirlenmesi için yetki ölçütüne aşağıda ayrıca değinilecektir.

Farklı kademedeki hukuk kaynakları arasında hiyerarşik ilişkide, alttaki hukuki işlem geçerli biçimde meydana gelmesi için üstteki hukuk kaynağına ihtiyaç duyar ve üstteki alttaki hukuki işlemi yürürlükten kaldırır. Altteki üsttekiyle çatışırsa hukuka aykırı hale gelir. Hiyerarşik ilişki “yasa gücünde / kanun hükmünde” kavramıyla ifade edilebilir. Yasa gücünde olmak, aynı ya da daha düşük derecedeki hukuk kaynağını ortadan kaldıracak şekilde hukuk düzenini değiştirme ehliyeti anlamına gelmektedir. Bu açıklamalar ışığında CBK, en azından daha düşük derecedeki tüm hukuksal işlemleri değiştirebileceği için “kanun hükmünde” bir işlemdir.

“Yasa kaydı” kavramı ise esas olarak belli bir alanın yasa ya da yasa gücünde bir işlemle düzenlenebilmesi anlamına gelmektedir. Mutlak yasa kaydı, o konunun yalnızca yasayla düzenlenebileceği anlamına gelirken (örneğin temel haklar ancak yasayla sınırlanabilir), göreceli yasa kaydı ise buna karşılık yürütmenin faaliyeti için en azından bir temel hazırlamak veya düzenlemenin esasları ve amacını tespit etmek anlamına gelir (idare kanunla düzenlenir). CBK, bu bağlamda en azından göreceli bir yasa kaydı hükmündedir.

Diğer yandan CBK’nin, kanunun altında yer alan düzenlemeler olduğu görüşü, Anayasa’daki ilgili diğer düzenlemeler aktarılacak da savunulmaktadır. Buna göre Anayasa’da münhasıran kanun ile düzenlenmesi gereken ya da kanunun düzenlediği alanlarda kararname çıkarılamayacağı belirtilmiştir. CBK ile kanun hükümlerinin çatışması durumunda kanun hükümleri uygulanacak, TBMM’nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda CBK hükümsüz hale gelecektir.

Anayasa’daki bu düzenlemelere rağmen uygulamada CBK ile açıkça kanuna aykırı kural konabilmektedir. Örneğin Cumhurbaşkanı Erdoğan im-

¹⁸ İtalyan anayasa hukukunda bu ölçütlerin uygulanması için bkz. Riz R./Brezinka E. H. , Grundzüge des Italienischen Verfassungsrechts, Studia Universitaetsverlag, 2. Erweiterte Auflage, Insburg 2004, s. 32-36.

zasıyla 12 Eylül 2018 tarihli ve 30533 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2 kararnameden biri olan 162 sayılı Karar ile 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’a aykırı biçimde Fon’un Yönetim Kurulu başkanının Cumhurbaşkanı olması sağlanmıştır.¹⁹

Görüldüğü gibi kanundan daha alt düzeyde kural işlemdir denilse bile CBK’nin kanuna aykırı hüküm taşıyıp taşımadığı sık sık ihtilaf konusu olacaktır. Ayrıca yürütmenin hem asli yetki hem de yasa-altı olması görüşü çelişkilidir. Yürütme yetkisi asli bir yetki ise yasa - altı, yasa - altı ise asli bir yetki olması mantıklı bir değerlendirme olamaz.

IV. İlkel ve Özerk Bir Düzenleme Yetkisi

1. İlkel Düzenleme Yetkisi

Kural olarak cumhurbaşkanının kanun gücünde kararname çıkarması için Anayasanın açık bir hükmüne dayanması gerekmektedir. CBK ile yürütme organının doğrudan doğruya Anayasa’dan kaynaklanan ve herhangi bir kanun ile yetkilendirilmeye ihtiyaç göstermeyen asli düzenleme yetkisinin büyük ölçüde genişlemiş olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.²⁰

2. Özerk Düzenleme Yetkisi

18. yüzyıldaki meşruti monarşilerin kurulmaya başlandığı dönemde de kanunla düzenlenecek konularla Devlet başkanının kararnamelerle düzenleyeceği konuların birbirinden ayrılması önemli meselelerden biriydi. Bu dönemin monarşik görüşüne göre vatandaşların haklarını ilgilendiren konuların düzenlenmesi dışında kalan konularda monark tek başına düzenleme yetkisini elinde tutuyordu. Bu yetki özellikle idari hizmetlerin teşkilat ve işleyişi ile ilgili hususların düzenlenmesinde uygulanıyordu.²¹ Ne yazık ki Türkiye’de aynı tartışma 21. yüzyılda yaşanmaya başlamıştır.

¹⁹ Bkz. Konukman A. , “Erdoğan’ın yöneticiliği kanuna açıkça aykırı”, Birgün, 17.9.2018, <https://www.birgun.net/haber-detay/erdogan-in-yoneticiligi-kanuna-acikca-aykiri-230712.html>.

²⁰ Özellikle bkz. Özbudun E. , Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018, 18. Basım, s.249.

²¹ Teziç E. , Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, s. 39.

Anayasa'nın sadece CBK ile düzenlenmesini öngördüğü hususlarda, TBMM'nin de kanun ile de düzenleme yapabileceği görüşü savunulmaktay-
sa da²² 2017 Anayasa Değişiklikleri sonrasında cumhurbaşkanının CBK ile belirli konularda özerk bir düzenleme yetkisine sahip olduğu görüşü de çok rahat savunulabilir hale gelmiştir. Bu görüşün gerekçeleri şöyle sıralanabilir;

a) Emredici Anayasa Hükümleri

Salt yürütme organının düzenleme alanına özgülenen konularda, Anayasa değişikliğiyle bu konuların yürütme organı tarafından düzenlenmesini emreden hükümler konulduğu için “yasama organının düzenleme yetkisi yasaklanmıştır” yorumu kolaylıkla yapılabilir.²³ Bu yorumun doğal sonuçlarından biri; artık devlet organları arasında yetki uyumsuzluklarının çözümü için AYM'ye açıkça yetki verilmesinin bir gereklilik halini almış olmasıdır.²⁴ Diğeriyse Anayasa tarafından yasama organınca düzenlenmesi gereken bir konu, yürütme organının düzenleme alanına bırakılınca, bu konu bakımından yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle birlikte “ilkel ve genel bir yetki” olma özelliği de ortadan kalkmaktadır. Zira yürütme organı 2017 Anayasa Değişiklikleri sonrasında artık Anayasa'nın 104/9, 106/son, 108/son, 118/6. maddelerinde belirtilen konularda düzenleme yetkisini yasama organından değil, doğrudan Anayasa'dan almaktadır.²⁵ Anayasa'da belirle-

²² Bkz. Ülgen Ö. , “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - 2018/1, s. 3-39; Ardıçoğlu A. ,”Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, s. 37-38, 50-51; Günday M., İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2017, s. 659; Söyler Y. , Cumhurbaşkanlığı Kararnmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 120-121.

²³ Örneğin Fransız Anayasası bu konuda açık yetkilendirme hükmü içermektedir (md. 34 ve 37). Teziç, 1958 Fransız Anayasası hükümleri üzerinden yasama ve yürütmenin düzenleme alanlarının ayrılığı ve bunun güvencesi yargısal denetimin nasıl işlediğini ayrıntılı olarak açıklamıştır, bkz. Teziç E. , Anayasa Hukuku, s. 22-30. Benzer şekilde Finlandiya Anayasası da kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin konular ile Anayasada ayrıca belirtilen konuların kanun ile düzenleneceği belirtilmektedir (md. 80), bkz. Şen İ. G. , “1919'dan 2000'e Finlandiya: Anayasal ve Siyasal Gelişmeler”, DEÜHFD C. 7, Sy.2, 2005, s. 257. Litvanya cumhurbaşkanının ise özerk bir şekilde kararname çıkarma yetkisi bulunmamaktadır, bkz. Okşar M. , “Yarı-Başkanlık Hükümet Sistemi Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Fransa ve Litvanya Modelleri”, Türkiye Adalet Akademisi, Sy. 7, Ekim 2011, s. 372.

²⁴ Bkz. Küçük S. , “Türkiye İçin Bir Çözüm Önerisi: Organ Uyuşmazlığı Davası”, Güncel Hukuk, Mayıs 2016 / 5 -149; Grote R. Die Verfassungsorganstreit, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

²⁵ Bkz. Yıldırım T. , “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, MÜHF - HAD, C.23, s. 16. Aynı

nen bu düzenleme alanları bakımından kanunlar, yürütme ve idarenin uymaları gereken sınırları ifade etmeyecektir; yürütme artık tamamlayıcı nitelikte bir yetki olmaktan çıkıp, yapıcı bir yetki haline gelmiştir. Belli konudaki ilk düzenlemenin mutlaka yasama organına ait olduğu anlayışı geçerliliğini yitirmiştir.

Nitekim 1961 Anayasası'nın geçici 7. maddesinde yer alan "... Anayasa ile konulması emredilen diğer kanunlar da en geç iki yıl içinde çıkarılır" hükmü, yasamanın bu sahadaki yetkisini kullanma mecburiyetiyle ilgiliydi.²⁶ Buna karşılık 2017 Değişiklikleriyle Anayasa'ya eklenen geçici 21. maddenin B bendinde yer alan "Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir" hükmü, hem CBK için de saklı bir alanın belirtilmesiyle, hem de yürütmenin bu saklı alandaki yetkisini kullanma mecburiyetiyle ilgilidir.

Bu bağlamda son olarak aynı konuda 2017 Değişikliği öncesindeki tartışmalara da değinilebilir. 1982 Anayasası ile yürütmenin ilk kez artık aynı zamanda yetki olması ve "Anayasa ve kanunlara uygun olarak" yerine getirilmesi, "muhtar düzenleme alanı" bulunduğunu göstermediği gibi haklı olarak "yürütmenin kanuna bağlılığı" ilkesinin ortadan kalktığı şeklinde de yorumlanmamıştır. Dolayısıyla o dönemki doktrinin büyük çoğunluğu yürütmenin özerk / asli düzenleme yetkisine sahip olmadığı görüşündedir (Duran, Teziç, Özbudun, Yüzbaşıoğlu, Z. Aslan). Aynı görüşü savunan Kuzu'ya göre bunun istisnaları cumhurbaşkanlığı kararnameleri (Anayasa md. 107) ile olağanüstü dönem KHK'leridir.²⁷

Hatta Duran'a göre; Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'ni düzenleyen kararname bile bireyleri etkilemediği için özerk düzenleme yetkisi değildir.²⁸ Buna karşılık Soysal'a göre bu düzenleme "özerk bir yetkinin kullanılmasına açık ve kesin bir örnek" olarak gösterilebilir.²⁹ Teziç'e göre bu tek

yönde bkz. Ergül O. , "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Güncel Hukuk, Eylül-Ekim 2018, s. 31-32.

²⁶ Teziç E. , Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, s. 81 (dnp. 74).

²⁷ Kuzu B. , "Parlamentar Rejimde Devlet Başkanının Konumu", İÜHFMD C. LIII, Sy. 1-4, 1988-1990, s. 68.

²⁸ Duran L. , "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir Mi?", İHİD, Y. 4, Sy. 1-3, İstanbul 1983, s. 40.

²⁹ Soysal M. , 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1986, s. 322.

istisna dışında yasama ve yürütme arasında, düzenleme alanları bakımından bir yetki bölüşülmesi öngörülmüş değildir; gerek 1961 gerekse 1982 Anayasalarına göre yasamanın düzenleme alanı sınırsızdır; münhasır bir sahası yoktur.³⁰ Nitekim uygulamada da yürütmenin özerk düzenleme yetkisine sahip olduğu bu yegane konuda “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” çıkarılarak “Cumhurbaşkanlığı kararı” olarak yayımlanmıştır.³¹

Ayrıca 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu’nun da çıkarılmış olması, bu alanda cumhurbaşkanına Anayasayla devredilmiş olan özerk düzenleme yetkisinin yasama organı tarafından kullanılacağı anlamına gelmez. Her iki işlemin düzenlediği konular da bunu teyit etmektedir. Nitekim yetkisi devredilen organ devrettiği bu yetkiyi artık bizzat kendisi kullanamaz. Zaten doktrinde de Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği hakkında kanun çıkarılması için anayasaya aykırı denmese de gereksizliğine dikkat çekilmiştir.³²

Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği’nin CBK ile düzenleneceğine ilişkin hüküm, 2017 Anayasa Değişiklikleriyle ilga edilmiştir. Böylece bu konu da Anayasa 106/son kapsamına alınmış ve aynı hukuki rejime bağlanmıştır. Bu bakımdan CBK’nin düzenleme alanına özgülenen bir konunun kanun ile düzenlenmesi Anayasaya uygun düşmeyecektir. Aksi yorum bir dileği ifade edebilir, fakat hukuksal niteliği güçlü olmayacaktır. Anayasada “Düzenlenir” şeklinde emredici bir hükme yer verilmiştir. Yasama yetkisi bu bağlamda konu bakımından sınırlandırılmıştır.

b) Yetki Ölçütü

Eğer hukuk kaynakları eşit hukuki derecede ise hiyerarşik ölçüt yeterli olmaz. Yetki ölçütü de devreye girmelidir. Yetki ölçütü, belirli bir alanın düzenlenmesinin belirli bir hukuk kaynağına özgülenmesi anlamına gelir. Örneğin Anayasada kanun için mahfuz bir alanın belirtilmesi, kanun koyucu

³⁰ Teziç E. , Anayasa Hukuku, s. 19.

³¹ Cumhurbaşkanının tüm işlemlerini karşı imza kuralına bağlayan 1924 Anayasası (md. 39) döneminde 2180 sayılı 16 Mayıs 1933 tarihli Riyaseticumhur Dairesi Teşkilat Kanunu, cumhurbaşkanlığına bağlı birtakım memurların cumhurbaşkanının tek imzasıyla atanacağını öngörmekteydi.

³² Tan T. , “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, Anayasa Yargısı, Ankara 1987, s. 222-223.

için asgari olarak yasama yetkisini kullanma mecburiyetini ifade eder. Bu bağlamda Anayasa'nın 104. maddesinde geçen “münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular” ibaresinin karşıt anlamından salt yürütmenin düzenleme alanına giren konuların bulunduğu sonucuna da varılabilir.

“Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir” demekle AYM³³, son Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girdiği tarih öncesi itibarıyla yasamanın münhasır düzenleme alanının olduğu sonucuna varmaktadır. Bütçe, kesin hesap kanunu (2017 Anayasa Değişikliği sonrası md. 161) milletlerarası andlaşmaların onaylanmasının uygun bulunması, suç ve cezaların kanuniliği gibi maddenin yazılış tarzı gereği mutlaka kanunla düzenlenmesi zorunlu konular münhasıran kanunla düzenlenebilecek alanlardır. Bu sayılanlar şekli anlamda yasa kayıtları olarak da nitelendirilebilir. Yine AYM terminolojisinde “münhasıran kanunla düzenlenen konular” ile “Anayasanın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konular” özdeştir.

Sonuç olarak yürütme organı için mahfuz bir alan kabul edildiğinde Cumhuriyet Anayasalarımızın temel ilkelerinden biri olan “yasama yetkisinin genelliği” ilkesinden de sapılmış olacaktır. Üstelik 2017 Anayasa Değişiklikleri sonrasında yürütmenin özerk düzenleme yetkisi, yasama alanının sadece boş kalan yerlerinde cereyan etmeyecektir. Yine buna bağlı olarak yasama işlevini kullanan cumhurbaşkanı tarafından imzalanan metinlerin gene aynı organ tarafından yapılan idari işlemlerden ayırt edilmesi de çok zorlaşacaktır. Bu zorluk sözü edilen işlemlerin denetimini yapacak mahkemenin belirlenmesinde de sürecektir.

Konuya son vermeden önce, Anayasa'nın 106/son maddesiyle cumhurbaşkanına tanınan yetkinin, getirilen yeni siyasal rejimin işleyişi bakımından özellikle tartışmalara yol açacak nitelikte olduğunu vurgulamak gerekir. Cumhurbaşkanına hem yardımcılarını, bakanlar ile üst düzey kamu yöneticilerini tek başına atama, hem de onların görev ve yetki alanlarını belirleme yetkisini tanıyan bu düzenleme, ABD'den tamamen farklı olarak, cumhur-

³³ E. 2014/177, K. 2015/49, Kt. 14.5.2015; E. 2013/50, K. 2015/38, Kt. 1.4.2015.

başkanına dayalı bir yönetimi ortaya çıkaracaktır.³⁴ Bu da başkanlık sisteminin tümüyle sapma anlamına gelecektir.³⁵

İdari örgütlenme açısından konuya daha da yaklaşıldığında, Anayasa’da yapılan bu ve benzeri değişiklikler sonrasında idarenin en yüksek idari amirinin başbakan ve bakanlar olmaktan çıkıp, artık cumhurbaşkanı olduğu görülecektir. Bu durumda halkın iradesinin idareye yansımaları sağlayan sadece cumhurbaşkanıdır. Dolayısıyla milletvekillerin bu konudaki aracılığı, diğer bir söyleyişle idareyle bağı sona ermiştir. Aynı noktadan ilerlersek; vesayet yetkisinin kullanılacağı esas ve usuller açıkça kanunla belirtilmemişse (Anayasa md. 127/5), cumhurbaşkanı CBK ile mahalli idareler üzerinde vesayet yetkisine de sahip olabilecektir. Böylece artık “kanun olmadan da vesayet olabilir.” denebilmesi mümkün hale gelmiştir.

V. Sonuç

Sonuç olarak yeni anayasal düzenlemelerin cumhurbaşkanına çizdiği yeni statü, Meclis – cumhurbaşkanı çatışması çıkarabilecek niteliktedir. Cumhurbaşkanını meclis karşısında bağımsız hale getiren bu düzenlemeler, cumhurbaşkanına meclis çoğunluğuyla çatıştığı durumlarda bile ayrı bir politika gütmesini sağlayacak dereceye varmıştır. Bu doğrultuda cumhurbaşkanı kendi politikasıyla Meclis çoğunluğunun politikasını karşılaştırma imkanına her zaman sahip olacaktır. Zira cumhurbaşkanı, meclisi tek başına yenileme yoluna başvurabileceği gibi öncesinde kanunları veto etme ve kararname çıkarma yetkisine de sahiptir.

Teziç’e göre 23 Nisan 1920’deki olay sonrasında “Osmanlı Anayasa hukukundan tamamen farklı olarak, yeni Türk Devletinde, yürütme daima yasamanın içinden çıkan, ona tabi olarak hukuki faaliyetler yapan bir or-

³⁴ ABD’deki hükümet sisteminde ayrılmış kurumlar birlikte devlet yönetimine katılmaktadır. Bu hükümet sisteminde bugün önleyici unsur kuvvetlerin yasama ve yürütme olarak ayrılması değil, başkanlık, başkanlık bürokrasisi, çok sayıdaki komitesiyle Kongre ve nihayet yargı şeklindeki çok sayıda siyasal aktörün varlığıdır. Kongre, önemli idari görevlilerin görev ve yetki alanlarını bizzat kendisi belirlediği gibi atanmalarına etki de etmektedir, Kanadoğlu K./Boyunsuz Özsoy Ş./Akartürk E. A. , Türkiye’de Başkanlık Sistemi Tartışmaları, CHP Yayınları, Ankara 2016, s. 30-31.

³⁵ Bu yönde bkz. K. Kanadoğlu, Patronlu Bir Hiper Başkanlık Sistemi, Hukuk Defterleri, Ocak-Şubat 2017.

gan olacaktır.”³⁶ 2017 Anayasa Değişiklikleriyle Anayasa hukukumuzdaki bu ani sıçrama kesintiye uğramakta; yasama – yürütme organlarının hukuki ilişkilerinde Osmanlı Anayasa düzenine geri gidişin yolu açılmaktadır. Böylelikle yasama ve yürütme arasındaki denklem değişmiştir; yürütmenin kaynağı artık yalnızca yasama değildir.

Böylece iktidar yapısının neredeyse tüm devlet iktidarını kullanacak cumhurbaşkanının lehine başkalaştığı bir döneme geçilmiştir. Bu döneminin demokratik modellerle bağdaştırılmasının güçlüğü de açıkça ortadadır.³⁷

³⁶ Teziç E. , Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, s. 30.

³⁷ Bkz. Tanör B. , Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD, İstanbul, 1997, s. 80.

Türkiye’de Yapılan Seçimler (1950-2018) ve Seçim Sonuçlarının Demokrasimize Yansımaları

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU*

Genel Olarak Seçim Sistemleri*

Seçim sistemlerinin Anayasa’nın 67. maddesinin 6. fıkrasında da ifadesini bulan iki temel işlevi yerine getirmesi söz konusudur. Bunlardan ilki, parlamentoda bir çoğunluk oluşturarak ülkeyi yönetecek olan hükümetin belirlenmesidir. Seçimlerin bu işlevi, “yönetimde istikrar ilkesi” olarak anılmaktadır. Seçimlerin ikinci işlevi ise toplumdaki değişik görüşlerin parlamentoya yansımaları sağlamaktır. Halkın çoğulcu biçimde katılımı ve temsilini sağlayan bu ilke de “temsilde adalet ilkesi” ya da “demokratik temsil” olarak adlandırılmaktadır.

Bu iki ilke, birbirinin karşısı nitelikte, ters yönde işleyen ilkelerdir. Dolayısıyla, bunlardan birine öncelik ve ağırlık verildiğinde diğeri zarar görür. Adil temsile ağırlık verdiğimizde hükümet istikrarsızlığı gündeme gelebilir. İstikrarı ön plana aldığınızda da bu kez demokratik temsilde adalet bozulur, bu da yönetenlerin meşruiyeti tartışmasını gündeme getirir. Başka bir anlamıyla, yönetimde istikrarı sağlamaya çalıştığınız ölçüde adalet ilkesinden, temsilde adaleti sağlamaya çalıştığınız ölçüde de istikrar ilkesinden ödün vermeniz zorunludur. Dolayısıyla, gerçekte iki ilkeyi bağdaştırmaktan değil, iki ilkedeki belli ölçüde ödün vererek ortalama bir yol bulmaktan söz etmek daha doğru olur. Demokratik rejimle yönetilen bir ülkede, bu iki ilke arasında ülke koşullarına uygun, halkın benimseyebileceği, makul, sentezci,

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

* Necmi YÜZBAŞIOĞLU, “Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri ve Bunlara İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Nasıl Bir Seçim Sistemi”, İÜHFİM, C. LV, S. 1-2, 1995-1996, s. 103-150

dengeyi kuran seçim sistemini bulmak ülkelerin en önemli sorunlarından biridir. Günümüzde uygulanan çok sayıda seçim sistemi de bu nedenle ortaya çıkmıştır.

Seçim sistemleri kendi içinde farklılık göstermekle birlikte, temel olarak iki seçim sistemi grubunun olduğunu söyleyebiliriz:

- 1- Çoğunluk sistemleri
- 2- Nispi temsil sistemleri

Kural olarak çoğunluk sistemlerinde yönetimde istikrar, nispi temsil sistemlerinde de demokratik temsil ön plandadır.

Çoğunluk sisteminin temelinde, bir seçim çevresinde en fazla oyu alan partinin o seçim çevresinden çıkacak tüm sandalyelere sahip olması yatar. Dar bölgeli seçim çevrelerinde tek turlu veya iki turlu seçimler şeklinde uygulanabileceği gibi; bir dönem ülkemizde de olduğu gibi geniş bölgeli seçim çevrelerinde de listeli çoğunluk sistemi şeklinde uygulanabilmektedir. Çoğunluk sistemi, en çok oy alan partilerin parlamentoda daha fazla temsil edilmeleri, diğerlerinin daha az temsil edilmesi ya da hiç temsil edilememeleri sonucunu doğurmak suretiyle demokratik temsilden ödün vermesine karşılık; gerek hükümet kurmayı gerek yasa çıkarmayı kolaylaştıracak bir parlamento çoğunluğunun oluşmasını sağlar.

Nispi temsil sisteminde ön planda tutulan ise siyasi partilerin güçleri oranlarında parlamentoda temsil edilmelerini sağlamaktır. Bir seçim çevresinde sadece çoğunluğu elde eden parti değil, diğer tüm partiler de aldıkları oy oranında parlamentoda temsil edilecektir. Bu da nispi temsil sisteminin “temsilde adalet” ilkesine öncelik verdiğini göstermektedir. Bu özelliği nedeniyle, nispi temsil sistemleri geniş bölgeli seçim çevresini gerektirir. Partilerin aldığı oyların parlamentodaki sandalyelere nasıl yansıtılacağı konusundaki sorunlar, bu sistem içinde de birçok farklı modelin oluşmasına yol açmıştır. Hatta bazı ülkeler, hem çoğunluk hem de nispi temsil sisteminden unsurlar içeren seçim sistemleri benimsemiştir. Nispi temsilin ülkemizde de kullanılan en yaygın modeli, d’Hondt sistemidir. Bu sistemde siyasi partilerin aldıkları oylar, o seçim çevresi için öngörülen milletvekili sayısına ulaşılan kadar bölünür. Bu bölme işlemi sonucu ortaya çıkan sayılar büyüklük sırasına göre dizilir ve bu sıralamadaki yerlerine göre sandalyeler partilere dağıtılır.

1950-1960 Dönemindeki Seçimler

Türkiye’de yarışmacı özellik gösteren seçimler, çok partili siyasi hayata geçildikten sonra başlamıştır. 1946 genel seçimlerinde yeni kurulan Demokrat Parti (“DP”) henüz örgütlenmesini tamamlayamamış olduğundan, bu seçimler ülkenin siyasal tercihlerinin parlamentoya nasıl yansıdığını göstermek açısından sağlıklı veriler sunmamaktadır. 1950 ve sonrasında yapılan seçimler ise, 1960 darbesine dek uygulanan listeli çoğunluk sisteminin parlamentoda nasıl adaletsiz ve dolayısıyla da haksız temsile yol açtığını göstermesi bakımından dikkate değerdir.

1) 1950-1960 Dönemi Milletvekili Seçim Sonuçlarını Gösteren Tablolar¹

Tablo 1: 1950 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	Seçim sistemi: Listeli çoğunluk
1950	DP	55,2	416	85,4	
	CHP	39,6	69	14,1	
	MP	4,6	1	0,2	
	Bağımsız	0,6	1	0,2	Seçime katılma oranı: % 89,3
Toplam			487		

Tablo 2: 1954 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	Seçim sistemi: Listeli çoğunluk
1954	DP	58,4	503	92,9	
	CHP	35,1	31	5,7	
	CMP	5,3	5	0,9	
	Bağımsız	0,6	2	0,3	Seçime katılma oranı: % 88,6
Toplam			541		

Tablo 3: 1957 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	Seçim sistemi: Listeli çoğunluk
1957	DP	48,6	424	69,5	
	CHP	41,4	178	29,1	
	CMP	6,5	4	0,6	
	HP	3,5	4	0,6	Seçime katılma oranı: % 76,6
Toplam			610		

¹ Çalışmada yer verilen seçim sonuçları, Yüksek Seçim Kurulu’nun web sitesinde (www.ysk.gov.tr) bulunan TÜİK, Milletvekili Genel Seçimleri 1923-2011, Ankara, TÜİK, 2012’den alınmıştır.

Görüldüğü üzere, listeli çoğunluk sisteminin uygulandığı 1950-1960 arasında yapılan üç seçimde de, bu sistemin hiç de sürpriz olmayan adaletsiz sonuçları kendini göstermiştir. Bu sistem, küçük partilere siyasal hayatta yaşama şansı vermemiştir. Her üç seçimden de birinci parti olarak çıkan DP, 1950 seçimlerinde %30, 1954 seçimlerinde %34 ve 1957 seçimlerinde %21 artık temsil edilirken; yine her üç seçimde de ikinci parti konumunda olan CHP, 1950 seçimlerinde %25, 1954 seçimlerinde %30 ve 1957 seçimlerinde %12 eksik temsil edilmiştir. Bunun sonucu olarak, iki büyük partinin aldıkları oylarla çıkardıkları milletvekilleri arasında bu ölçülerdeki adaletsizlik, bir temsil zafiyeti yaratmıştır. 27 Mayıs 1960 darbesi ile siyasal iktidarın demokratik meşruluğu sorgulanarak demokrasiye bir süre ara verilmesinde, bu son derece adaletsiz temsilin payı da göz ardı edilmemelidir.

1960-1980 Dönemindeki Seçimler

1960 öncesi uygulanan listeli çoğunluk sisteminin yarattığı adaletsiz sonuçlara tepki olarak, çıkarılan yeni seçim kanunlarında nispi temsilin seçim çevresi barajlı d'Hondt sistemi tercih edilmişti. Bunun yanı sıra tercihli liste usulü de benimsenmişti. Bu sistem, 1961 seçimlerinde siyasal hayatta yine iki partinin öne çıkmasına neden olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş ve 1965 seçimlerinde uygulanmak üzere nispi temsil sisteminin milli bakiye (ulusal artık) uygulamasına geçiş yapılmıştı. Milli bakiye sisteminde artık oylar, ulusal seçim çevresinde toplanıyor ve açıkta kalan sandalyelere dağıtılıyor-du. Bu sistem, tüm artık oyların değerlendirilmesini sağlamak suretiyle demokratik temsil ilkesini hayata geçirmek için en idealiydi.

2) 1961-1980 Dönemi Milletvekili Seçim Sonuçlarını Gösteren Tablolar

Tablo 1: 1961 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	
1961	CHP	36,7	173	39,4	Seçim sistemi: Barajlı d'Hondt
	AP	34,8	158	35,1	
	CKMP	14	54	12	
	YTP	13,7	65	14,4	
	Bağımsız	0,8	-	0	Seçime katılma oranı:
Toplam			450		% 81,4

Tablo 2: 1965 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	
1965	AP	52,9	240	53,3	Seçim sistemi: Milli Bakiye (Ulusal Artık)
	CHP	28,7	134	29,7	
	MP	6,3	31	6,8	
	YTP	3,7	19	4,2	
	TİP	3	14	3,1	
	CKMP	2,2	11	2,4	
	Bağımsız	3,2	1	0,2	Seçime katılma oranı: % 71,3
Toplam			450		

Ancak milli bakiye sistemi de kısa ömürlü olmuş; milli bakiye sistemine rağmen parlamentoda güçlü bir çoğunluk elde eden Adalet Partisi (“AP”) tarafından kaldırılmıştır. Ne var ki getirilen seçim çevresi barajlı d’Hondt sistemindeki seçim çevresi barajının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine², takip eden 1969, 1973 ve 1977 seçimlerinde d’Hondt sistemi yalın haliyle uygulanmıştır.

Tablo 3: 1969 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	
1969	AP	46,6	256	56,8	Seçim sistemi: Barajsız d’Hondt
	CHP	27,4	143	31,7	
	CGP	6,6	15	3,3	
	MP	3,2	6	1,3	
	MHP	3	1	0,2	
	TBP	2,8	8	1,7	
	TİP	2,7	2	0,4	
	YTP	2,2	6	1,3	
	Bağımsız	5,6	13	2,8	Seçime katılma oranı: % 64,3
Toplam			450		

² AYM, E. 1968/15, K. 1968/13, KT. 3, 4, ve 6.5.1968.

Tablo 4: 1973 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	
1973	CHP	33,3	185	41,1	Seçim sistemi: Barajsız d'Hondt
	AP	29,8	149	33,1	
	DP	11,9	45	10	
	MSP	11,8	48	10,6	
	CGP	5,3	13	2,8	
	MHP	3,4	3	0,6	
	TBP	2,8	1	0,2	
	MP	0,6	-	-	
	Bağımsız	2,8	6	1,3	Seçime katılma oranı: % 66,8
Toplam			450		

Tablo 4: 1977 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	
1977	CHP	41,4	213	47,3	Seçim sistemi: Barajsız d'Hondt
	AP	36,9	189	42	
	MSP	8,6	24	5,3	
	MHP	6,4	16	3,5	
	CGP	2,5	3	0,6	
	DP	1,8	1	0,2	
	TBP	0,4	-	-	
	TİP	0,1	-	-	
	Bağımsız	2,5	4	0,8	Seçime katılma oranı: % 72,4
Toplam			450		

1960-1980 arası seçim sonuçlarına bakıldığında, çoğunluk sisteminden nispi temsil sistemine geçilen ilk seçim olan 1961 seçimlerinde Meclise dört partinin girerek hiçbirinin tek başına iktidar olacak çoğunluğa sahip olamadıklarını görüyoruz. Partiler, aldıkları oylara yakın oranda temsil edilmişlerdir. Aynı adaletli temsil, 1965 seçimlerinde de kendini göstermiş; buna ek olarak milli bakiye sisteminin etkisiyle Meclise giren parti sayısında da artış olmuştur. Üstelik bu temsilde adalete öncelik veren ve dolayısıyla hükümet istikrarını gözetmeyen seçim sistemiyle de AP tek başına iktidar olabilmektedir.

Bu dönemde, 1969'dan itibaren uygulanan barajsız d'Hondt sisteminin yarattığı sonuçlara baktığımızda, büyük partilerin %5-10 arasında değişen bir avantaj kazanmış oldukları görülüyor. Küçük partilerin eksik temsil oranı ise en fazla %3 olmuştur. Alınan oy oranlarının parlamentoya yansımada bu tür sapmalar, kabul edilebilir ve ölçülüdür. Barajsız d'Hondt sisteminin küçük partileri koruyucu etkisi, bir diğer dikkat çekici özelliktir. 1969, 1973

ve 1977 seçimlerinde Meclis'e giren parti sayısında gözle görülür bir artış vardır. Bu sonuçlar bize, yalın haliyle uygulanan d'Hondt sisteminin temsilde adalet ilkesini sağlamakta tatmin edici olduğunu göstermektedir.

Bu dönemde bir siyasi partinin tek başına iktidar olamadığı seçimlerde kurulan hükümetler, arkalarına kuvvetli bir destek almayı başararak, yönetimde istikrar ilkesinin de hayat bulabileceğini göstermişlerdir. AP'nin tek başına iktidara geldiği 1965 ve 1969 seçimlerini bir yana bırakırsak; 1961 yılındaki CHP-AP koalisyonunun arkasında %71,5, 1973 seçimleri sonrası kurulan CHP-MSP koalisyonunun arkasında %45, Milliyetçi Cephe koalisyonlarının arkasında ise %50-60 oy desteği vardır. 1977'de CHP azınlık hükümeti kurmasına rağmen, bunu yaparken seçmenin %41,4'ünün desteğine sahiptir.

Ne var ki son iki dönemde kurulan koalisyonların işlememesi ve sık sık hükümet krizlerinin yaşanması, seçim sisteminin suçlanmasına yol açmıştır. Meclisteki küçük partileri dışlayan ve kuvvetli çoğunlukların oluşmasına, dolayısıyla bir partinin tek başına hükümet kurabilmesine imkân veren seçim sistemi arayışlarına ilişkin istekler dile getirilirken 12 Eylül 1980 darbesiyle karşılaşmıştır.

1980-1995 Dönemindeki Seçimler

1980 sonrası seçimlerinde 1980 öncesine tepkiler belirleyici olmuştur. 1980'den günümüze kadar yapılan on bir genel seçimden ilk üçü olan 1983, 1987 ve 1991 seçimlerinde, seçim çevreleri küçültülmüş³, %10 ülke barajlı ve seçim çevresi barajlı d'Hondt sisteminin uygulanmış olduğunu görüyoruz. Bu uygulamanın çoğunluğa sahip, büyük partiler yaratmak amacıyla getirildiğini söylemek mümkündür. Hatta 1987 ve 1991 seçimlerinde, buna, 4-6 milletvekili çıkaran seçim çevrelerinde, kontenjan milletvekilli adı altında bir milletvekilinin çoğunluk usulüyle seçilmesinin eklenmesiyle, karma sisteme dönüştürülmüştür⁴.

12 Eylül rejiminin etkisi altında yapılan 1983 seçimlerinde, Milli Güvenlik Konseyinin sadece üç partinin seçimlere katılmasına icazet vermesi

³ En geniş seçim çevresi 1983 seçimlerinde yedi, 1987 ve 1991 seçimlerinde altı milletvekili çıkaracak şekilde daraltılmıştır.

⁴ 1987 ve 1991 seçimleri arasında seçim çevresi barajı bakımından bazı küçük farklılıklar vardır.

ve bu üç partinin de barajı aşır aldıkları oy oranlarında aşırı farklılık olmaması nedeniyle, bu seçimde, Mecliste temsil edilen bu partilerin aldıkları oylarla, temsil edilme oranları arasında nispeten makul, kabul edilebilir bir denge oluşmuştur. Nitekim, bu seçimlerde birinci parti olan ANAP yaklaşık %8 artık temsil elde ederken, üçüncü parti olan MDP %6,5 eksik temsil edilmiştir.

Bu dönemde 1987 seçimleri, 2002 seçimlerinden sonraki en adaletsiz sonuçları doğurmuştur. Bu seçimlerde üç parti barajı aşır Mecliste temsil edilirken, barajı aşamayan partilere ait yaklaşık %20 oy Mecliste temsil edilememiştir. Meclise birinci parti olarak giren ANAP, aldığı %36,31 oyla Mecliste %65 milletvekili çıkarırıp %29 artık temsil edilirken; aldığı %19,14 oyla üçüncü parti olan DYP %6 eksik temsil edilmiştir. Barajı aşamayan partilerden DSP %8,53, RP %7,16 oy almalarına rağmen hiç temsil edilememişlerdir.

Yapılan ilk iki seçimde darbe öncesi döneme seçim kanunlarıyla gösterilen tepki sonuç doğurmuş ve tek partili hükümetler kurulmuş olsa da, 1991 seçimlerinden itibaren tekrar koalisyon hükümetlerine geri dönüş yaşanmıştır. Partilerin birbirlerine çok yakın oranlarda oylar alması, koalisyon kurulmasını zorunlu kılmıştır. Öyle ki, 1991 seçimlerinde birinci ve sonuncu parti arasındaki oy farkı %16; 1995 seçimlerinde ise %10'dur. Oyların bu şekilde dağıldığı bir siyasal tabloda, herhangi bir seçim sistemiyle bir partinin tek başına iktidar olması olanaklı görünmemektedir.

1987 seçimlerinde seçmenlerin %20'sinin oylarının parlamentoda temsil edilmemesi, %10 seçim barajının sebep olabileceği adaletsizliklerin ilk somut örneği olmuştur. Bu seçimlerde küçük partilerin parlamento dışında kalması, 1991 seçimlerinde partilerin aralarında seçim öncesi ittifaklar kurmasına neden olmuştur. Öyle ki, IDP ve MÇP, RP listelerinden, HEP ise SHP listelerinden seçimlere katılarak baraja takılmaktan kurtulmuştur. Bu sayede baraja takılan oy oranı %1'in altında kalmak suretiyle, 1987'ye göre Mecliste daha adaletli bir tablo oluşmuş olsa da, birinci parti DYP'nin %12,5 oranında artık temsil elde etmesi ve sonuncu parti olarak parlamentoya giren DSP'nin %9,2 eksik temsil edilmesi, mevcut seçim sisteminin adaletsiz sonuçlar doğurmaya gebe olduğunu bir kez daha göstermiştir. Bu dönemde AYM'nin, seçim kanunlarına ilişkin yaptığı değerlendirmelerde, Anayasa'da seçim sistemi tercihi konusunda yasa koyucuyu bağlayan herhangi bir kural olmadığı gerekçesiyle çekingen davrandığı göze çarpmaktadır. Bu doğrultu-

da yasa koyucunun tercihini yönetimde istikrardan yana kullanmasında bir sakınca bulunmadığını dile getirmiştir⁵.

3) 1980-1995 Dönemi Milletvekili Seçim Sonuçlarını Gösteren Tablolar

Tablo 1: 1983 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	Seçim sistemi:
1983	ANAP	45,1	211	52,8	%10 ülke barajlı ve seçim çevresi barajlı d'Hondt sistemi
	HP	30,5	117	29,3	
	MDP	23,3	71	17,7	
	Bağımsız	1,1	-	-	Seçime katılma oranı: % 92,3
Toplam			399		

Tablo 2: 1987 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	Seçim sistemi:
1987	ANAP	36,3	292	64,8	Karma sistem
	SHP	24,8	99	22	
	DYP	19,1	59	13,1	
	DSP	8,5	-	-	
	RP	7,2	-	-	
	MÇP	2,9	-	-	
	IDP	0,8	-	-	
	Bağımsız	0,34	-	-	Seçime katılma oranı: % 93,3
Toplam			450		

Tablo 3: 1991 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	Seçim sistemi:
1991	DYP	27	178	39,5	Karma sistem
	ANAP	24	115	25,5	
	SHP	20,8	88	19,5	
	RP	16,9	62	13,7	
	DSP	10,8	7	1,5	
	SP	0,4	-	-	
	Bağımsız	0,1	-	-	Seçime katılma oranı: % 83,9
Toplam			450		

⁵ AYM, E. 1984/1, K. 1984/2, KT. 1.3.1984; AYM, E. 1986/17, K. 1987/11, KT. 22.5.1987; AYM, E. 1987/23, K. 1987/27, KT. 9.10.1987.

1995-2018 Dönemindeki Seçimler

1995, 1999, 2002, 2007, 2011, 2015 ve 2018 seçimlerinde ise halen yürürlükte olan, en geniş seçim çevresi 18 milletvekilliğine yükseltilmiş, %10 ülke barajlı d'Hondt sistemi uygulanmıştır. Seçim kanunlarının temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini gözetmesini öngören 1995 Anayasa değişikliğinden sonra, AYM de %10 ülke barajının yanında %10 seçim çevresi barajını fazla bularak iptal etmek suretiyle, yönetimde istikrara ağırlık veren yaklaşımını kısmen değiştirerek, kararlarında bu iki ilkeyi bağdaştırmaya başlamıştır⁶. 2018 seçimlerinde partilere seçim ittifakı kurma imkanı da verilmiştir.

4) 1995-2018 Dönemi Milletvekili Seçim Sonuçlarını Gösteren Tablolar

Tablo 1: 1995 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	
1995	RP	21,4	158	28,7	Seçim sistemi: %10 ülke barajlı d'Hondt sistemi
	ANAP	19,6	132	24	
	DYP	19,2	135	24,5	
	DSP	14,6	76	13,8	
	CHP	10,7	49	8,9	
	MHP	8,2	-	-	
	HDP	4,2	-	-	
	YDH	0,5	-	-	
	MP	0,5	-	-	
	YDP	0,3	-	-	
	İP	0,2	-	-	
	YP	0,1	-	-	
	Bağımsız	0,5	-	-	Seçime katılma oranı: % 85,2
Toplam			550		

⁶ AYM, E. 1995/54, K. 1995/59, KT. 18.11.1995; AYM, E. 1995/56, K. 1995/60, KT. 1.12.1995.

Tablo 2: 1999 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	
1999	DSP	22,2	136	24,7	Seçim sistemi: %10 ülke barajlı d'Hondt sistemi
	MHP	18	129	23,4	
	FP	15,4	111	20,1	
	ANAP	13,2	86	15,6	
	DYP	12	85	15,4	
	CHP	8,7	-	-	
	HADEP	4,7	-	-	
	BBP	1,5	-	-	
	ÖDP	0,8	-	-	
	DTP	0,6	-	-	
	LDP	0,4	-	-	
	DP	0,3	-	-	
	MP	0,3	-	-	
	BP	0,2	-	-	
	EMEP	0,2	-	-	
	İP	0,2	-	-	
	DBP	0,1	-	-	
	DTP	0,1	-	-	
	SİP	0,1	-	-	
	YDP	0,1	-	-	
	Bağımsız	0,9	3	0,5	
Toplam			550		Seçime katılma oranı: % 87,1

Tablo 3: 2002 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	
2002	AKP	34,3	363	66	Seçim sistemi: %10 ülke barajlı d'Hondt sistemi
	CHP	19,4	178	32,3	
	DYP	9,5	-	-	
	MHP	8,4	-	-	
	GP	7,2	-	-	
	DEHAP	6,2	-	-	
	ANAP	5,1	-	-	
	SP	2,5	-	-	
	DSP	1,2	-	-	
	YTP	1,2	-	-	
	BBP	1	-	-	
	YURT-P	0,9	-	-	
	BDP	0,5	-	-	
	İP	0,5	-	-	
	LDP	0,3	-	-	
	ÖZDEP	0,3	-	-	
	MP	0,2	-	-	
	TKP	0,2	-	-	
	Bağımsız	1	9	1,6	
Toplam			550		Seçime katılma oranı: % 79,1

Tablo 4: 2007 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	
2007	AKP	46,6	341	62	Seçim sistemi: %10 ülke barajlı d'Hondt sistemi
	CHP	20,9	112	20,3	
	MHP	14,3	71	12,9	
	DP	5,4	-	-	
	GP	3	-	-	
	SP	2,3	-	-	
	BTP	0,52	-	-	
	HYP	0,51	-	-	
	İP	0,37	-	-	
	ATP	0,29	-	-	
	ÖZDEP	0,15	-	-	
	TKP	0,23	-	-	
	EMEP	0,08	-	-	
	LDP	0,10	-	-	
	Bağımsız	5,2	26	4,7	
Toplam			550		Seçime katılma oranı: % 84,2

Tablo 5: 2011 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	
2011	AKP	49,8	327	59,4	Seçim sistemi: %10 ülke barajlı d'Hondt sistemi
	CHP	26	135	24,5	
	MHP	13	53	9,6	
	SP	1,3	-	-	
	BBP	0,75	-	-	
	HAS Parti	0,77	-	-	
	DP	0,65	-	-	
	HEPAR	0,29	-	-	
	DSP	0,25	-	-	
	DYP	0,15	-	-	
	TKP	0,15	-	-	
	MP	0,14	-	-	
	MMP	0,08	-	-	
	EMEP	0,07	-	-	
	LDP	0,04	-	-	
	Bağımsız	6,6	35	6,3	
Toplam			550		Seçime katılma oranı: % 83,2

Tablo 6: 2015 Haziran Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	
2015	AKP	40,9	258	47	Seçim sistemi: %10 ülke barajlı d'Hondt sistemi
	CHP	25	132	24	
	MHP	16,3	80	14,5	
	HDP	13,1	80	14,5	
	SP	2	-	-	
	VP	0,35	-	-	
	BTP	0,21	-	-	
	DSP	0,19	-	-	
	DP	0,16	-	-	
	TURK Parti	0,16	-	-	
	HKP	0,13	-	-	
	HAK-PAR	0,13	-	-	
	ANAPARTİ	0,06	-	-	
	DYP	0,06	-	-	
	LDP	0,06	-	-	
	MEP	0,05	-	-	
	MP	0,04	-	-	
	KP	0,03	-	-	
	YURT-P	0,02	-	-	
	HAP	0,01	-	-	
	Bağımsız	1,1	-	-	
Toplam			550		Seçime katılma oranı: % 83,9

Tablo 7: 2015 Kasım Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	
2015	AKP	49,5	317	57,6	Seçim sistemi: %10 ülke barajlı d'Hondt sistemi
	CHP	25,3	134	24,4	
	MHP	11,9	40	7,3	
	HDP	10,8	59	10,7	
	SP	0,68	-	-	
	BBP	0,53	-	-	
	VP	0,25	-	-	
	HAK-PAR	0,23	-	-	
	HKP	0,17	-	-	
	DP	0,14	-	-	
	KP	0,11	-	-	
	BTP	0,10	-	-	
	DSP	0,07	-	-	
	LDP	0,06	-	-	
	MP	0,04	-	-	
	DYP	0,03	-	-	
	Bağımsız	0,11	-	-	
Toplam			550		Seçime katılma oranı: % 85,2

Tablo 8: 2018 Seçimleri					
Yıl	Partiler	Oy oranı (%)	Milletvekili sayısı	Temsil oranı (%)	
2018	Cumhur İttifakı	[53,6]	[344]	[57,3]	Seçim sistemi: %10 ülke barajlı d'Hondt sistemi ve partilere ittifak kurarak seçime katılma imkanı
	AKP	42,5	295	49,1	
	MHP	11,1	49	8,1	
	Millet İttifakı	[33,9]	[189]	[31,5]	
	CHP	22,6	146	24,3	
	İYİ Parti	9,9	43	4,1	
	SP	1,3	-	-	
	HDP	11,7	67	11,1	
	HÜDAPAR	0,3	-	-	
	VP	0,2	-	-	
	Bağımsız	0,1	-	-	
Toplam			600		Seçime katılma oranı: % 86,2

Bu dönemde, 1995 seçimlerinde, beş partinin barajı aşp Meclise girebilmeleri ve bu partilerin aldıkları oy oranlarının birbirine çok yakın olması sayesinde, Meclisteki temsil oranları bakımından, Refah Partisi'nin %7,5 artık temsili dışında, makul sayılabilecek bir temsil dengesi oluşmuştur. Bu

seçimlerin adaletsiz yönü, barajı aşamayan partilere ait yaklaşık %15 oyun Mecliste temsil edilememesidir. Nitekim bunlardan MHP'nin %8,18 oyu baraja takılmıştır⁷.

1999 seçimlerinde de barajı aşamayan partilerin yaklaşık %20 oyunun Mecliste temsil edilemediği bir sonuç ortaya çıkmıştır. Ancak, bu seçimde beş partinin barajı aşarak Mecliste temsil edilmeleri ve bu partilerin aldıkları oyun birbirine çok yakın olması sayesinde, Meclise giren partilerin aldıkları oyla temsil oranları arasında makul olmayan, kabul edilemez bir dengesizlik oluşmamıştır. Nitekim bu partilerin artık ya da eksik temsil oranları %5'in altında gerçekleşmiştir. Buna karşın, barajı aşamayan partilerden CHP'nin %8,71 oyu Mecliste temsil edilememiştir.

Tarihimizdeki en adaletsiz sonuçlar doğuran seçim 2002 seçimleridir. Bu seçimlerde, oyların çok sayıda partilere dağılması ve sadece iki partinin barajı aşabilmesi nedeniyle, barajı aşamayan partilerin aldığı %45 oy, Mecliste temsil edilmediği için, Mecliste temsil edilen bu iki partinin temsil oranlarında da oldukça adaletsiz sonuçlar ortaya çıkmıştır. Nitekim seçimlerden birinci parti çıkan AKP, aldığı %34,4 oya karşılık Mecliste %66,4 milletvekili çıkarıp, %32 artık temsil edilirken; Meclise giren diğer parti CHP de aldığı %19,41 oya karşılık, Mecliste %32,18 milletvekili çıkararak, %13 artık temsil edilmiştir. Böylece, barajı aşamadıklarından Mecliste temsil edilemeyen partilere ait %45 temsil, barajı aşan bu iki parti tarafından artık temsil olarak paylaşılmıştır. Barajı aşamayan partilerden DYP'nin %9,54, MHP'nin %8,35, GP'nin %7,25, DEHAP'ın %6,14 ve ANAP'ın %5,11 oyu ve böylece toplam %45 oy Mecliste temsil edilememiştir.

2007 seçimlerinde AKP, %46 oy almasına rağmen Meclisteki sandalyelerin %62'sine sahip olarak %16 artık temsil edilmiş; Meclise girebilen diğer iki parti olan CHP ve MHP aldıkları oyla orantılı temsil edilmişlerdir. Bu seçimler sonucunda Mecliste temsil edilmeyen oy oranı %14 olmuştur.

1980 sonrası seçimleri içinde, 1983 seçimlerinden sonra en az adaletsiz olanı, 25 Haziran 2015 seçimleridir. Bu seçimde, AKP'nin artık temsil oranı %6, temsil edilmeyen oy oranı yaklaşık %5 (%4,8)'dir. Kasım 2015 ve 2011 seçimleri ile partilerin seçim ittifakı kurduğu 2018 seçimlerinin, artık

⁷ Bu seçimlerde baraja takılan oyun %15'te kalmasında, BBP'nin ANAP listelerinden ve DP'nin de RP listelerinden seçime katılmalarının az da olsa payı vardır.

ve eksik temsil ile temsil edilmeyen oy oranı bakımından makul sonuçlarıyla, temsilde adalet ile yönetimde istikrar arasında dengeyi sağlayabildikleri görülmektedir.

Bu dönemde yapılan sekiz genel seçimden dördünde (2002, 2007, 2011 ve Kasım 2015) bir parti (AKP) tek başına iktidar olurken; dördünde (1995, 1999, Haziran 2015 ve 2018) koalisyon çıkmıştır. Bunlardan 1999 seçimleri, en az üç partili koalisyon gerektiren sonuç doğurmuştur. 1995 ve 1999'da koalisyon hükümetleri kurulurken; Haziran 2015'te koalisyon hükümeti kurulmamak suretiyle, Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan tarafından Anayasa'nın o zaman yürürlükteki 116. maddesi işletilerek seçimlerin yenilenmesi yoluna gidilmiştir. 2018 seçimleri sonucunda ise, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi nedeniyle yürütmede değilse bile, yasamada koalisyon kurma zorunluluğu doğmuştur.

1980 sonrası seçimlerini adaletsiz sonuçlarının yanında, bu adaletsizliğin yarattığı temsil zafiyetinin, bu şekilde oluşan Meclisin meşruiyetine etkileri yönünden de irdelemek gerekir. Bu dönemde sürekli uygulanan %10 ülke barajının, temsilde adaletsizliğin ötesinde, Meclisin meşruiyetini sorgulatacak sonuçlara yol açma riski başından beri vardır. Nitekim bu yönde ilk işaretini, yukarıda açıkladığımız, %20 oyun barajın altında kalarak temsil edilmediği, ANAP'ın %36 oyla Mecliste %65 milletvekiliyle temsil edildiği 1987 seçimlerinde vermiştir. Ancak, bu seçimlerde, seçime katılma oranı %93 gibi çok yüksek bir orana ulaştığından, bunu Mecliste temsil edilen partilerin aldıkları oyla oranladığımızda, Meclisin tüm seçmeni temsil oranı %72'ye ulaşmıştır. Böylesi bir oluşum, %20 oyun Mecliste temsil edilmemesi nedeniyle artık ve eksik temsil bakımından temsilde adaletsizlik yönüyle eleştirilebilir; fakat bu temsil zafiyeti üzerinden Meclisin meşruiyetinin sorgulanması doğru olmazdı. Yaklaşık %20 oyun baraja takıldığı 1995 ve 1999 seçimleri ile baraja takılma oranının düşük olduğu 1991, 2007, 2011, 2015 ve 2018 seçimleri bakımından da aynı durum geçerlidir. Nitekim bu seçimlerle oluşan Meclislerin tüm seçmeni temsil etme oranı %70'in üstündedir. Ancak, 2002 seçimlerinde ortaya çıkan adaletsiz sonuçların yarattığı temsil zafiyeti, bu şekilde oluşan Meclisin meşruiyetini sorgulatacak düzeydedir. Çünkü yukarıda açıklandığı üzere, bu seçimlerde %45 oy barajın altında kalmış olup Meclise giren iki partinin bağımsızlarla birlikte toplam temsil oranı %55'tir. Seçime katılma oranı ise %79 olarak gerçekleşmiştir. Bu olguları tüm seçmene göre oranladığımızda, bu Meclisin tüm seçmeni temsil oranı

%43,3'tür (AKP: %27,2, CHP: %15,3, Bağımsızlar: %0,8). Bu durumda tüm seçmenin %56,7'si Mecliste temsil edilememiştir. Başka ifadeyle, iktidar ve muhalefetiyle bu Meclis, tüm seçmenin %43,3'ünün temsiliyle oluşmuştur.

Konuyu çok partili siyasi hayata fiilen geçtiğimiz 1950'den günümüze kadar yarım yüzyılı aşan süreç içinde yaptığımız 18 TBMM genel seçimi bakımından değerlendirdiğimizde de, 2002 seçimlerinin en adaletsiz ve Meclisin meşruiyetini sorgulatan tek seçim olduğunu görüyoruz. Öyle ki, 2002 seçimleri, en adaletsiz seçim sistemi olarak bilinen listeli çoğunluk sisteminin uygulandığı 1950-1960 arası seçimlerinden de adaletsiz sonuç doğurmuştur. Çünkü bu dönemde DP, %35 artık temsil elde ederek en adaletsiz sonucun ortaya çıktığı 1954 seçimlerinde, aldığı %58 oyla Mecliste %93 temsil elde etmiştir. DP'nin artık temsil oranı aldığı oyun yaklaşık üçte ikisi kadardır. Oysa 2002 seçimlerinde AKP, aldığı %34 oyla %66 milletvekili çıkararak, %32 artık temsil elde etmiş olup; artık temsil oranı aldığı oyun bir katına yakındır.

Öte yandan, 2002 seçim sonuçları, 1987'de ortaya çıkan adaletsiz seçim sonucuna tepki olarak 1995 değişikliğinde Anayasa'nın 67. maddesine konan "*Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir*" kuralı ile açıkça çeliştiği gibi; tüm seçmenin %43,3'ünün temsiliyle oluşan bir Meclisi Anayasa'nın özü ve ruhuyla bağdaştırmak da kolay değildir. Çünkü Anayasa, dünyadaki bütün katı anayasa örneklerinde olduğu gibi, bir toplum sözleşmesi olarak nitelendirilen anayasa değişikliklerinde, 2/3 çoğunluk veya 3/5 çoğunluk ve yanında halkoylaması gibi, nitelikli ya da ağırlaştırılmış çoğunluk ve usuller öngörmüştür. Keza, tarafsız bir Cumhurbaşkanı seçebilmek için de ideal olanı, 2/3 çoğunluk aranmasıdır. Amaç, bu hallerde daha geniş bir toplumsal uzlaşma sağlanmasıdır. Nitekim çok partili siyasi hayatımızda, demokratik süreç içinde Cumhurbaşkanlarımızı seçen Meclislerimizin tüm seçmeni, "cumhuri", temsil oranı yaklaşık Celal Bayar'da %76, Cevdet Sunay'da %69, Fahri Korutürk'te %67, Turgut Özal'da %72, Süleyman Demirel'de %83, Ahmet Necdet Sezer'de %70 ve Abdullah Gül'de %72 olmuştur. Bu veriler, bugüne kadar Cumhurbaşkanlarımızı seçen Meclislerimizin tüm seçmeni temsil oranının, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak 2/3'ün üstünde gerçekleştiğini göstermektedir. 2002 seçimlerinde tüm seçmenin %43,3'ünün desteğiyle oluşan Meclis, bu düzeyin çok uzağındadır. Demokratik ölçekte %43 temsil oranı, esasen toplumsal bir uzlaşmayı bile değil, azınlığı ifade

eder. Dolayısıyla, oluşumu Anayasa'nın lafzı, ruhu ve özüyle bağdaşmayan bu Meclisin, anayasa değişikliği yapmak ve cumhurbaşkanı seçmek gibi nitelikli çoğunluk aranan tasarruflarda bulunmaması gerekirdi. Bu nedenle, bu Meclis döneminde yapılan anayasa değişiklikleri, teknik ve şekli anayasa hukuku bakımından sakat doğmuşlardır.

Genel Değerlendirme ve Tespitler

1- Türkiye'de çok partili siyasi hayata geçtiğimizden bu yana yaptığımız 1950, 1954, 1957 seçimleri (listeli çoğunluk sistemi) ile 1987 ve 2002 (%10 barajlı d'Hondt sistemi) seçimleri, yönetimde istikrar ve demokratik temsil ilkeleri dengesi bakımından oldukça adaletsiz sonuçlar doğurmuştur.

2- Bu seçimler sonucu oluşan bir parti çoğunluğuna dayalı güçlü hükümetlerin, Türkiye'de insan haklarının, demokrasinin ve hukuk devletinin gelişmesine pek katkıları olmadığı gibi, tam tersine otoriterleşmişler; 1960'da darbeye, 1989 ve 2007'de Cumhurbaşkanlığı seçimi krizine zemin oluşturmuşlardır.

3- Türkiye'de temsilde adalete öncelik veren milli bakiye (1965) ve barajsız d'Hondt (1969) seçim sistemleriyle de Adalet Partisi tek başına iktidar olabilmış; ancak özgürlükleri, demokrasiyi ve hukuk devletini güçlendirmek yerine, 1961 Anayasasının bu özelliklerinden şikâyetçi bir tutum içinde olmuş, 12 Mart 1971 muhtırasını önleyememiştir.

4- 1973 ve 1977'de barajsız d'Hondt sistemiyle yapılan seçimler sonucu oluşan koalisyon hükümetleri uzlaşma, ödünleşme kültürü oluşturmak yerine siyasette kutuplaşmayı tercih ederek 12 Eylül 1980 darbesini engelleyememişlerdir.

5- 1982 Anayasası döneminde uygulanan %10 barajlı d'Hondt sistemi, adaletsiz sonuçları bir yana, ne zaman ve ne şekilde patlayacağı belli olmayan Rus ruleti gibi sonuçlara açık olduğunu göstermiştir. 1987 ve 2002 seçimleri bunlardan en çarpıcı olanlarıdır. Keza, 1991 seçimleri de baraja takılma oranı düşük olmakla birlikte (%1) oldukça adaletsiz artık ve eksik temsillere yol açmıştır.

6- %10 barajın adaletsiz sonuçları katı anayasa sistemini de işlevsiz hale getirmiştir. Adalet ve Kalkınma Partisi'nin tek başına gerçekleştirdiği 2007 ve 2010 Anayasa değişiklikleri bunun somut örnekleridir.

7- Türkiye’de insan haklarını, demokrasiyi ve hukuk devletini geliştirmek adına en olumlu katkılar 1991 ve 1999 seçimleri sonrası oluşan koalisyon hükümetleri döneminde yapılmıştır. 1982 Anayasa’sının otoriter yönünü törpüleyen demokrasi ve özgürlükler lehine 1995 ve 2001’deki kapsamlı anayasa değişiklikleri, 1995’de seçim ve siyasi partiler kanunlarında yapılan demokratikleşme lehine değişiklikler ve 2001’de yapılan Avrupa Birliği’ne uyum yasaları bunlara örnek gösterilebilir.

8- 2011 ve 2015 seçimleri sonrası Mecliste oluşturulan Partilerarası Ulaşma Komisyonu’nun yeni anayasa yapma çabalarının sonuçsuz kalması, Türkiye’de bir partinin Mecliste güçlü çoğunluğa sahip olduğu dönemlerde yeni anayasa yapılamadığını göstermiştir. Bu doğrultuda 24 Haziran 2018’de yapılan seçimlerde bir partinin tek başına Mecliste çoğunluk sağlayamamış olması durumu özgürlükleri, demokrasiyi, hukuk devletini güçlendirecek yeni bir anayasa yapmaya fırsat olarak değerlendirilebilir.

9- 2010 Anayasa değişikliğinden sonra yapılan 2011, 2015 ve 2018 seçimlerinde Türkiye, siyasi partilerin eşit koşullarda yarıştığı demokratik seçim zemininden uzaklaşmış; seçimler gerek maddi imkânlar gerekse propaganda (medya kullanımı, kamuoyu oluşturma) bakımından, iktidar partisinin bariz üstünlük sağladığı PLEBİSİTER ortamda yapılmıştır. 2018 baskın seçimlerinde bu koşullara olağanüstü hal durumu da eklenmiştir.

Keza, 2014’teki Cumhurbaşkanlığı seçimi ile 16 Nisan 2017’de yapılan Anayasa değişikliği de yine demokratik ortamdan tamamen uzak, PLEBİSİTER koşullarda yapılmıştır.

Siyaset 1960 ve 1980 öncesinde olduğu gibi yine kutuplaştırılmıştır.

10- Haziran 2015 seçimlerinde ortaya çıkan milletin koalisyon kurun iradesine saygı gösterilmemiş; milli irade Anayasa’nın 116. maddesi zorlanarak aşılmıştır.

11- 2018 seçim sonuçları, koalisyonun bir hükümet sistemi sorunu olmadığını açıkça göstermiştir. Böylece yeni hükümet sistemini topluma kabul ettirebilmek için yaratılan “koalisyonlardan kurtulacağız” algısının bir bilgi kirliliği olduğu daha ilk seçimde ortaya çıkmıştır.

12- Türkiye’de yaklaşık 70 yıllık çok partili siyasi hayat deneyimi, bir partinin uzun süren tek başına iktidarının; hoyratlığa, pervasızlığa, aldırmazlığa, tepeden bakışa, kibre, rehavete, metal yorgunluğuna, otoriterleşmeye, yandaşlığa, yozlaşmaya, patronaj sistemine yol açtığını göstermiştir

Başkanlık Sistemlerinde Seçim Sistemi ve Hükümet Sistemi Etkileşimi

Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ*

Seçim sistemlerinin hükümet sistemleriyle etkileşimi birçok açıdan ve genellikle de başka kurumsal ve davranışsal dinamikleri de içerecek şekilde gerçekleşmektedir. Hükümet sistemlerini, işleyişlerini başkalaştıracak düzeyde etkileyen en önemli etkileşim de hükümet sistemi ve parti sistemi ile seçim sistemi üçgeninde meydana gelmektedir.

Seçim sistemleri, partileri ve parti sistemlerini birçok açıdan etkileme gücüne sahipken, parti sistemleri ve yapıları da hükümet sistemine şekil vermektedirler. Parti sistemlerini; iktidara gelme şansına sahip parti sayısı, kutuplaşma seviyesi ve sistemin kurumsallaşma düzeyine bakarak sınıflandırmak mümkündür.

Bu noktada seçim sistemi-parti sistemi etkileşimi, rekabet halindeki parti sayısını arttırma, azaltma, koalisyonları teşvik etme şeklinde, bunların işleyişini kolaylaştırma ya da zorlaştırma ekseninde olmaktadır. Hükümet sistemleri de rekabet halindeki partilerin sayısı, bunlar arasındaki güç dağılımı, rekabetteki kutuplaşmanın şiddetinden etkilenerek etkili işleyen yahut sıkıntı, tıkanıklık arz eden hale dönüşebilmekte, kimi zaman da demokrasi ve hukuk devletini yok eden otoriterleşme eğilimleri sergileyebilmektedirler.

Kısaca ifade etmek gerekirse bir ülkede koalisyonların var olup olmayacağı ya da bu koalisyonların işler olup olmayacağı, iktidarın sınırlı ya da bölünmüş bir yapı sergileyip sergilemeyeceği, iktidarın el değiştirmesi olasılığının azlığı veya bunun düzen arz eden bir döngü oluşturmaması, söz konusu olasılığın kuvvetine bağlı olarak oluşan de facto kontrol ve denge, hükümet sistemlerinden ziyade parti sistemlerinin eseridir. Parti sistemleri

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

de başka dinamiklerle beraber olsa da önemli ölçüde seçim sistemlerinin etkisine açıktır.

Peki, parti sistemini oluşturan partilerin sayıları nasıl belirlenmektedir? Partileri sayma işini gerçekleştirirken sadece etki düzeyi yüksek partileri saymak daha doğru ve geçerli bir yaklaşımdır. Bunun için iki husus önemlidir: a. partilerin yönetime katılma potansiyelleri (tek başına veya koalisyon ortağı olarak); b. korkutma potansiyelleri¹. Bir partinin korkutma potansiyeli şantaj (blackmail) potansiyeli olarak da isimlendirilmektedir. O partinin anti-sistem partisi olup olmadığı, diğer partilerin rejim karşıtı algısı ile ona karşı pozisyon belirleyip belirlemedikleri gibi özelliklerle belirlenmektedir². Bu tarz partiler küçük bile olsalar ki genellikle küçük olurlar, diğer partileri belli türde bir davranışa zorlayabilme güçleri sayesinde hesaba katılırlar.

Bugün siyaset bilimi literatüründe partileri saymak ve sistemleri gruplandırmak amacıyla yola çıkan çeşitli yaklaşımlar mevcuttur. Bunların içinde çokça atıf yapılan ve bence oldukça isabetli bir sınıflandırma olan (hükümet sistemi ve seçim sistemi etkileşimini kolaylıkla algılamamamız açısından) Giovanni Sartori'nin sınıflandırması tek-parti sistemlerini ve çok-parti sistemlerini kendi içinde gruplara ayırarak değişik türlerin teşhis edilmesini kolaylaştırmaktadır. Buna göre sistemler aşağıdaki gibi isimlendirilmektedir:

Tek parti sistemi: Tek parti tekeli/başka partinin varlığına izin verilmiyor.

Hegemonyacı parti sistemi: İktidar tek partide/başka partiye ancak uydu konumunda izin var, iktidarı ele geçirmesi yasal/fiili engellerle çevrili.

Baskın parti sistemi: İktidarı tek başına ele geçirme gücü, serbest seçimlere rağmen yalnızca tek partinin elinde. İktidar el değiştirmiyor, üst üste en az 3 seçimi tek başına kazanmış olmak bu tanımı sağlıyor.³

İki parti sistemi: İktidar iki parti arasında belirli aralıklarla el değiştiyor.

¹ G. Sartori, *Parties and Party Systems A Framework For Analysis*, ECPR Classics Press, 2005, sy. 108.

² Ibid, sy. 109.

³ Ibid, sy. 175.

Sınırlı (ılımlı) çok parti sistemi: 3 ila 5 arasında parti sayısı ve düşük kutuplaşma düzeyi bulunuyor.

Aşırı (kutuplaşmış) çok parti sistemi: 5-6 üzeri parti ve yüksek kutuplaşma düzeyi bulunuyor.

Atomize parti sistemi: Sayma işlemi yapısal açıdan pekiştirilmiş olma aşamasına geçmiş parti sistemlerine uygulanabilmektedir. Bu seviyede bulunmayan parti sistemlerinde hiçbir parti diğeri üzerinde etki yaratamamakta, atomize parçacıklar haline gelmektedir⁴.

Bahsedilen ilk iki sistem yarışmacı olmayan sistemler olup geri kalanlar yarışmacı demokratik yapılara işaret etmektedir. Yukarıdaki sınıflandırmada çok parti sistemlerini aşırı ve ılımlı olarak ikiye ayırırken, yalnızca sayı ve bölünme düzeyleri değil, ideolojik kırılma, partilerin ideolojik olarak mesafesi ve siyasi iklimin çatışma seviyesi de göz önüne alınmaktadır. Buna göre partilerin bölünme sayısı fazla olduğu hallerde, ideolojik kıstas devreye girerek belirleyici olmaktadır. Diğer bir deyişle bölünmüş ancak kutuplaşmamış yapılar hala ılımlı çok parti sistemi olarak isimlendirilmektedirler.⁵

Gözlemlerimize göre hükümet sistemlerinin siyasi parti sayılarını azaltıcı ya da çoğaltıcı etki gösterdiğini söylemek mümkün değildir. Şu ya da bu hükümet sisteminin benimsenmesi otomatik bir şekilde söz gelimi iki-parti ya da çok-parti sistemi yaratamayacaktır. Örneğin, başkanlık sisteminin parti sayısını azaltacağı varsayımı doğru olsaydı, başkanlık sisteminin yaygın olarak uygulandığı Amerika ve Afrika kıtalarında bu denli değişik parti sistemi ne rastlamak mümkün olmazdı. Hemen tamamı az sayıda partiden oluşmuş olurdu. Oysa ampirik veriler pek çok Latin Amerika başkanlık sisteminde beş ve üzeri sayıda partinin etkili olduğunu göstermekte; hatta Brezilya gibi aşırı çok parti sisteminin⁶ uç örneklerini bize sunmaktadır.

Parti sayısını ya da daha geniş bir biçimde parti-sistemlerini neyin belirlediği konusu sosyolojik/davranışsal ve kurumsalcı ekolü takip eden yazarlarca değişik şekillerde değerlendirilmiştir.

Tartışmalar, 1950’li yıllarda kurumsalcılarla sosyolojik davranışçı bakı-

⁴ Ibid, sy. 111.

⁵ Ibid, sy 111.

⁶ 2014 seçimlerinde 32 parti yarıştı, 28 parti Temsilciler Meclisi’ne girdi ve 13 parti de koalisyon kurdu.

şı benimseyen yazarlar arasında oldukça net görüş ayrılıklarına dayanmaktaydı. Bir taraf sayıyı doğrudan seçim sistemi ve anayasal normların ürünü olarak görürken, diğer taraf sosyal bölünmelerin bir yansıması olarak görmekteydi⁷.

Bu bağlantı üzerine yazan ilk kurumsalcılar arasında, Duverger hiç şüphesiz önemli bir yer tutmaktadır. Duverger, sosyolojik etkenleri tamamen inkâr eden bir kurumsalcı değildir. 50'li yılların başında Duverger, **parti sistemlerini doğumunda üç temel etken tespit etmekteydi: sosyo-ekonomik, ideolojik ve teknik etkenler**⁸. Bu etkenlerden, sosyo-ekonomik olanlar, sosyal sınıf yapısının siyasi partiler arasındaki bölünmeler üzerindeki etkisini ifade ederken, ideolojik olanlar kimi zaman daha dolaylı olmakla beraber sosyal sınıf çatışmalarını işaret etmekteydi. Bu iki dinamik daha ziyade bir toplumdaki sosyal bölünmelerin mahiyetine işaret ederken, teknik nedenlerle kast edilen ise kurumsal dinamiklerin parti sayısı ve yapısı üzerindeki doğrudan etkisiydi. En önemli teknik etken olarak da seçim sistemlerinin siyasi partilerin sayısı, kuvvetleri, ittifakları ve temsili üzerindeki etkisi belirlenmekteydi⁹.

Duverger, seçim sistemlerinin fren ya da hızlandırıcı olarak tarif ettiği muhtemel etkilerini, Duverger kanunları olarak üç ana başlıkta tespit etmişti: “a. Nispi temsil sistemi sert, bağımsız ve istikrarlı partilerden kurulu çok parti sistemini; b. iki-turlu çoğunluk usulü ise yumuşak, bağımlı ve nispeten istikrarlı partilerden meydana gelen çok parti sistemini; c. basit çoğunluk usulü ise iki parti sistemini teşvik etmektedir”¹⁰.

Duverger'nin kanunları, kendisinin Avrupa'dan seçtiği örnekleri açıklayabilse de dünyada birçok ülke bu kanunların dışına çıkabilmekte, basit çoğunlukla seçim yapılmasına rağmen iki-parti sisteminin oluşmadığı ya da nispi temsil bulunmasına rağmen çok parti-sistemi yerine iki-parti sistemine sahip olan örnekler görülmektedir¹¹. Seçim sistemlerinin otomatik olarak parti sayısını belirleyebildiği savı amprik örnekler karşısında çürümektedir. Nitekim Duverger'nin seçim sistemlerinin siyasi parti yapısına etkisini

7 A. Ware, *Political Parties and Party Systems*, Oxford University Press, 1996, sy. 184.

8 M. Duverger, *Siyasal Partiler*, AÜHF Yayınları, 1970, sy. 220.

9 Ibid., sy. 221.

10 Ibid., sy. 221.

11 Ware, *Political Parties and Party Systems*, sy. 191-192.

açıklamak için geliştirdiği basitleştirilmiş kanunları, partileri nasıl saydığı meselesi başta olmak üzere birçok bakımdan alanda daha sonra çalışan araştırmacılar tarafından teorik ve ampirik açıdan eleştiri konusu yapılmıştır.¹²

Bugün yeni-kurumsalcı ekol, sosyolojik yaklaşımın bazı bulgularını daha kuvvetli biçimde kabul ederken; seçim sistemlerinin etkisinin çok daha sınırlı biçimde başka bileşenlerle birlikte ortaya çıktığı fikrini benimser hale gelmiştir.¹³ Seçim sistemleri, partileri ve parti sistemlerini birçok başka dinamiğin karmaşık iletişimi sonucu etkilerler ancak tek başına belirleyemezler.¹⁴

Öncelikle sosyal bölünme ve çatışmaların ki bunlar merkez-çevre, laiklik-din, tarım/toprak-endüstri, işveren-işçi çatışmaları ekseninde meydana gelebilirler, partilerin temsil ettikleri toplumsal tabanı oluşturmada çok önemli bir etkiye sahip oldukları artık genel kabul görmektedir¹⁵. Ancak bu temel kırılmalar günümüzde partiler arasındaki tüm düşünsel ayrılmaları ifade edemezler.

Siyasi partiler arasındaki düşünsel farklılıkları ve kırılmaların demokratik ülkelerde genellikle yedi temel mesele çerçevesinde gerçekleştiği gözlenmiştir: sosyo-ekonomik, din/laiklik, şehir-taşra farklılığı, rejime destek, kültürel-etnik farklılıklar, dış politika, postmateryalist (çevreci) mevzular¹⁶. Bunlardan sosyo-ekonomik olanlar genellikle klasik sağ-sol kırılmasına denk düşen makro-ekonomik konulardaki farklılıklar üzerinden gerçekleşmektedir. Bu farklılıklar altmışlardan sonra azalma yoluna gitse de çok yaygın biçimde karşımıza çıkan bir bölünme unsurudur¹⁷. Rejime destek olma ya da karşıt olma soğuk savaş yıllarının sosyalist ve komünist partilerinin karşılaştıkları bir temel mesele iken dış politika da “bir komşu” ile yaşanan

¹² Bkz: G.W. Cox, *Making Votes Count: Strategic Coordination in the World's Electoral Systems*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, sy. 14-26; G. Sartori, “The Party Effects of Electoral Systems”, Diamond, Larry- Gunther, Richard (eds.), *Political Parties and Democracy*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2002, sy. 91-92.

¹³ Ware, *Political Parties and Party Systems*, sy. 184,196-197.

¹⁴ SY. Morgenstern- J. Vazquez-D'Elia, “Electoral Laws, Parties, and Party Systems in Latin America”, *Annual Review of Political Science*, Cilt 10, 2007, sy. 164.

¹⁵ Ware, *Political Parties and Party Systems*, sy. 186.

¹⁶ A. Lijphart, *Patterns of Democracy Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, New Haven-London, 1999, sy. 79.

¹⁷ Ibid., sy. 79,82.

sorunların yaşamsal olduğu ülkelerde ve zamanlarda bu da partiler arasında temel bir kırılma olabilmektedir¹⁸. Örneğin, Orta Doğu’da Arap-İsrail ilişkilerine bakış her iki taraf açısından da böylesi temel bir meseledir.

Bahsettiğimiz kırılmalar, partiler arasındaki rekabetin hangi düşüncel çerçevede gerçekleşeceğini ve bunun sosyal tabanını belirlerler. Söz konusu sosyal taban ve düşünsel çatışmalar örgütlenerek temsil kabiliyeti kazanır ve siyasi parti sistemlerinin alt yapısını oluştururlar. Bu aşamada seçim sistemleri, birçok unsuru ile birlikte siyasi aktörlere belli yol haritalarını çizmede etki ederler ancak tek başına mevcut bir sosyal kırılmayı ne yok edebilir ne de yaratabilirler. Ancak unutmamak gerekir ki toplumda tabanı bulunan her sosyal yapı ya da özellik siyasi bir temsil ya da kırılma konusu haline dönüşmemektedir.

Bu noktada siyasi parti sistemleri üzerinde çok önemli bir başka davranışsal faktörün daha etkisi 1960 yılında E. E. Schattschneider tarafından ileri sürülmüştür¹⁹: Siyasi liderlerin toplumsal bölünme ve kırılmaları birleştirerek değişik sosyal ittifaklar geliştirme veya söz konusu bölünmelerden bazılarını daha fazla görünür hale getirebilme potansiyelleri. Bu görüş, siyasi parti sistemlerinin sosyal kırılmaların otomatik bir uzantısı olmaktan ziyade politikacıların davranışsal etkisi ışığında biçimlenmiş bir yansıması olduğunu kabul etmektedir.

Gerçekten de toplumlarda mevcut etnik, sosyal, dini, sınıfsal birçok kırılmadan bazıları bazı toplumlarda daha fazla öne çıkmış gözükmemektedir. Elbette liderler olmayan kırılmaları yaratamazlar, ancak içlerinde bunlardan bazılarını daha fazla görünür kılma becerisine sahip bulunanlar çıkabilir. Dolayısı ile davranışsal bir dinamik olarak lider etkisi de dikkate alınmayı hak etmektedir.

Günümüzde seçmenlerin üç temel etki ile oy kullanmakta oldukları kabul görmektedir: sosyal hiyerarşi ile bağlı bulundukları diğer kişilerin etkisi ile (bireysel bağ); sosyal bağlılık sonucu yani etnik, dini ya da sınıfsal kimliklerin yansıması olarak ve son grupta da partilerin politikalarının, liderlerinin veya imajlarının etkisi ile²⁰. Bu son gruptaki seçmen kitlesini liderlerin

¹⁸ Ibid., sy. 85-86.

¹⁹ E. E. Schattschneider, *The Semi-Sovereign People: a Realist’s View of Democracy in America*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1960.

²⁰ Ware, *Political Parties and Party Systems*, sy. 200-201.

mobilize etmesi ve parti tabanına dâhil etmesi daha kolay olmakla birlikte ikinci gruptaki gibi kimliklere yönelik siyasetin hâkim olduğu hallerde bu bağı dağıtmak hep en zoru olmaktadır. Kimlikler üzerinden oy devşirildiği hallerde bu destek şarta ya da rakiplerin ne yaptığına ya da söylediğine bağlı olmadığından, sosyal bir aidiyetten çıktığından değişimi de oldukça zor olmaktadır. Buna sırtını yaslayan partiler açısından da oldukça rahat bir oy kaynağı yarattığı söylenebilir.

Tüm bu sosyolojik ve davranışsal dinamikler, bir ülkede mevcut tarihsel gelişim içinde kurumsal dinamiklerle belli şartlarda etkileşime girerek siyasi bölünmeleri yaratırlar. Diğer bir deyişle sosyolojik ve davranışsal dinamiklerle etkileşim halinde olmakla birlikte kurumlar da partilerin yapısını, biçimini ve genel olarak parti sistemlerini etkileme gücüne sahiptir.

Seçim sistemlerinin ve diğer kurumsal faktörler parti yapısı üzerindeki etkisi meselesinde yeni-kurumsalcıların önde gelenlerinden Sartori, Duverger'nin kanunlarını gözden geçirerek diğer dinamiklerle birlikte tekrar yorumlamıştır. Bu noktada Sartori tarafından etkisi dikkate alınan önemli dinamiklerden ikisi, kurumsallaşma ve kutuplaşmadır²¹.

Sartori'ye göre bir ülkede kurumsallaşmış parti-sisteminin, seçim sisteminin olası etkisini durdurucu, önleyici gücünden söz etmek mümkündür²². Kısaca böyle bir ülkede salt seçim sistemini değiştirerek yerleşmiş parti yapısını ortadan kaldırmak ya da başka bir yöne yönlendirmek oldukça zordur. Kutuplaşma ise Sartori'ye göre, parti tipolojisinde kullandığı en belirleyici değişkendir. Bu şemada yapısal konsolidasyon olarak ifade edilen kurumsallaşma zorunlu şart, kutuplaşma ise bağımlı değişken olarak kullanılmaktadır²³.

Sartori bu değişkenleri kullanarak seçim sistemlerinin parti yapısı üzerindeki olası etkilerini ifade eden kendi kanunlarını ileri sürer. **Buna göre kısaca belirlemek gerekirse; ne basit çoğunluk sistemi otomatik olarak iki-parti sistemine ne de nispi temsil sistemi aşırı çok-parti sistemine neden olur.** Yukarıdaki değişkenler ve seçim çevrelerindeki seçmen kitlelerinin mevcut kırılmalar ışığındaki yoğunlaşmalarının derecesine göre saf basit

²¹ Sartori, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği Yapılar, Özendiriciler Ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme, Yetkin Yayınları, 1997, sy. 61-65.

²² Ibid., sy. 64.

²³ Ibid. sy. 61.

çoğunluk sisteminin seçim çevrelerinde basit çoğunluğun altındaki partileri elemesi ölçüsünde azaltıcı ve saf nispi temsil sisteminin ise parti dağılımını olduğu gibi yansıtıcı etkilerinden söz etmek daha doğru olacaktır.

Öte yandan parti sayısı üzerinde etkili olabilecek başka kurumsal faktörler bulunabileceğini de unutmamak gereklidir. Seçim sistemleriyle bağlantılı bir faktör olarak bölgesel/ulusal seçim barajları ve partilere yapılan devlet yardımını belli oy oranının üstündeki partilere özgülemek suretiyle küçük partilerin rekabet gücünü zayıflatmak hemen akla gelen kurumsal faktörlerden bazılarıdır²⁴.

Siyasi parti sayısını etkileyecek seçim sistemi tercihleri açısından başkanlık sistemi özelinde kimi savlar ileri sürülmüştür. Bu sistemde yasama ve yürütme seçimlerinin ayrı ayrı yapılıyor olması, her iki organ açısından kullanılan seçim sistemlerinin siyasi parti yapısı üzerindeki olası etkilerini daha karmaşık bir hale getirmektedir. Söz konusu etkiye ilişkin savlardan biri de yasama ve yürütme seçimlerinin aynı anda yapılmasının yasamaya girecek siyasi parti sayısını azaltıcı ve başkana olan desteği artırıcı etki yapacağıdır²⁵.

Bu iddialardan parti sayısını azaltıcı etkiye ilişkin olarak saha araştırması yapan yazarlar, aynı gün yasama ve yürütme seçimleri yapılması yönünde sistemlerinde doksanlardan itibaren değişiklikler yapan Brezilya, Arjantin, Şili, Ekvador'da söz konusu etkinin gözlenmediğini, siyasi parti sayısının azaldığına dair bir veri kaydedilmediğini tespit etmişlerdir²⁶. Partilerin kökleşmiş toplumsal tabanlarının bulunmadığı zamanlarda birçok politikacı parti kurup seçimlere girme fırsatı yakalayabilmektedir.²⁷ Seçmen tercihlerinin istikrar kazanmadığı ve dağıldığı bu yapılarda siyasi parti sayıları yüksek, değişken ve kurumsallaşma düzeyi düşük kalmaktadır.

Öte yandan yasama seçimleri ile yürütme seçimlerinin aynı gün yapıl-

²⁴ Ware, *Political Parties and Party Systems*, sy. 195-196.

²⁵ M. Shugart, "The Electoral Cycle and Institutional Sources of Divided Presidential Government", *American Political Science Review*, Cilt 89, Sayı 2, 1995, sy. 327-343; M.P. Jones, *Electoral Laws and Survival of Presidential Democracies*, Notre Dame University Press, Notre Dame, 1995.

²⁶ Morgenstern- Vazquez-D'Elia, "Electoral Laws, Parties, and Party Systems in Latin America", sy. 153.

²⁷ Ibid., sy. 154.

masının ve bunun için tek oy pusulası kullanılmasının başkanın partisine olan desteği yasamada arttıracak ileri sürülebilir²⁸.

Samuels ve Shugart, bu noktada aynı gün yapılan seçimlerde, birebir bir sonuç yaratmamakla birlikte, seçmenin yasama ve yürütmeyi bir ekip olarak görme eğilimini teşvik ettiğini tespit etmektedir²⁹. Tek oy pusulası da bu eğilimi artırıcı ilave bir etki yaratmaktadır. Burada hükümet sistemi ile etkileşen seçim sisteminin tesirini gözlemekteyiz.

Carey ise yaptığı veri analizinde aynı eğilimi tespit etmekle birlikte, bir takım nüanslara da vurgu yapmaktadır. Buna göre iki turlu başkanlık seçimlerinde yasama seçimlerinin ilk turla birlikte yapılması halinde, başkanlık seçimlerinin ilk tur sonuçları yasamaya yansımakta, ancak ikinci turda yarış dışı kalan oyların yönlendirilmesi ve/veya oluşan koalisyonlar başkanlık yarışının sonuçlarını başkalaştırabilmektedir³⁰. Bu bakımdan başkanın partisinin yasama içindeki desteğini maksimize edecek seçim tarihi istatistiksel olarak başkanların en yüksek popülariteye eriştikleri “balayı süresi”dir. Seçimleri kazanmalarını takip eden ay partisinin popülaritesi de en yüksek seviyede olmaktadır. Veri analizi gösteriyor ki aynı gün yapılan seçimler yasama sandalyelerini ortalama %7 artırırken, balayı döneminde bu artma %19'lara ulaşabilmektedir³¹.

Carey, ayrıca başkanlık seçimlerinde kullanılan seçim sisteminin tek turlu çoğunluk mu iki turlu çoğunluk mu oluşunun yarışan aday sayısını etkilediğini tespit etmektedir. İki turlu ise seçim sistemi yarışan aday sayısı artmakta; buna karşılık tek turlu basit çoğunluk sistemlerinde yarışan adayların arkasında seçim öncesi daha geniş koalisyonlar oluşmakta ve aynı gün yapılan seçimlerde yasama seçimlerinde nispi temsil kullanılsa bile yasama organında temsil edilen parti sayısı daha az olmaktadır³². Bu seçimlerde başkanın desteğini alan adayların seçilmesi çok daha yüksek bir olasılık olmaktadır. Buna karşın iki turlu seçimle başkanın seçildiği ve parti sayısı-

²⁸ D.J. Samuels – M.S. Shugart, *Presidents, Parties and Prime Ministers How the Separation of Powers Affects Party Organisation and Behaviour*, Cambridge University Press, 2010, sy. 129.

²⁹ *Ibid.*, sy. 129.

³⁰ John M. Carey, “The Impact of Constitutional Choices on the Performance of Presidential Regimes”, *Journal of Social Science and Philosophy*, Cilt 11, Sayı 1, sy. 97.

³¹ *Ibid.*, sy. 102.

³² *Ibid.*, sy. 101.

nın çok fazla olduğu sistemlerde yasama seçimleri ister aynı gün olsun ister başka bir zamanda yapılsın sonuçta oldukça bölünmüş, çok sayıda partiden oluşan yasama organları oluşmaktadır³³.

Elbette bu veriler diğer sosyolojik ve ekonomik alt yapısal dinamiklerin etkisini göz ardı etmeden okunmalıdır. Bir ülkede oluşan bir etki diğer bir ülkede söz konusu dinamiklerin etkisi ile azalabilmektedir.

Sonuç olarak, başkanlık sistemlerindeki organik ayrılık ya da çifte demokratik meşruiyet seçimlerde siyasi erek farklılığı yaratmaktadır. Bu noktada yarı-başkanlık sistemleri de başkanlık sistemleri ile benzeşmektedir³⁴. Ancak başka bazı kurumlarla bu ayrılık azaltılabilmektedir. Başkanın popülaritesi yasama seçim sonuçlarına etki ettiği ölçüde ve seçimlerdeki siyasi erek farklılığı eridiği ölçüde, parti içi çatışma düzeyi düşüş gösterebilmekte ancak tamamen ortadan kaldırılamamaktadır³⁵.

Başkanlık sistemlerine özgü seçim sistemlerinin siyasi parti sistemlerini etkilemesine ilişkin bir başka sav da başkanlık seçimlerinin mutlak çoğunluk gerektiren iki turlu biçimde gerçekleştiği hallerde, iki partili bir sistemin oluşması ihtimalinin basit çoğunluk esasına dayanan tek turlu sistemlere nazaran daha zayıf olduğudur³⁶. Bu önerme, kesin bir formül olmaktan ziyade sistem içindeki birçok başka değişkene bağlı olarak değerlendirilmelidir.

Öte yandan, bir ülkedeki siyasi parti sayısını ve kutuplaşma düzeyini dolayısıyla da siyasi parti sistemini etkileyebilecek olan dinamikler arasında yargısal parti kapatma kurumu unutulmamalıdır. Kıta Avrupa'sında anayasa mahkemelerine verilen ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından da belli hallerde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine uygun bulunan bu yetki, anti-sistem partilerinin (komünist, faşist, nasyonal-sosyalist, şiddet ve terör yoluyla siyasal yapıyı değiştirmeyi amaçlayanlar, çoğulcu demokratik düzene karşı olanlar gibi) kapatılması yoluyla parti sistemi üzerinde çok yönlü (kutuplaşmayı ve/veya sayıyı azaltıcı) etki yaratabilme potansiyeline sahiptir.

Öte yandan parti kapatma kurumunun otoriter bir araç olarak, parti yapısını yeniden tanzim etmek için kullanılması halinde, ertesinde rejimin

³³ Ibid.

³⁴ Samuels - Shugart, Presidents, Parties and Prime Ministers, sy. 255-256.

³⁵ Ibid., sy. 151.

³⁶ Ibid., sy. 152.

görece normalleşmesi ile tam tersi bir etki yaratabileceğini de unutmamak gereklidir. Örneğin; 12 Eylül 1980 askeri darbesi sonrası mevcut partiler kapatılmış, darbe yasaları çerçevesinde kurucuları veto sürecinden geçirilerek yeni partilerin örgütlenmesine izin verilmişti. Yeni anayasa ile de eski siyasi partilerin yönetici ve yasama üyeleri görevlerine göre siyasetten beşer ve onar yıllık sürelerde yasaklanmışlardı. Buna ilave olarak yüzde on ülke barajı, bölge barajı, rejimi pekiştirmeye yönelik geniş siyasi parti yasakları ve bunlara yaptırım olarak getirilen siyasi parti kapatma kurumu ile 1984 yılında eklenen yüzde on barajını aşan partilere devlet yardımı yapılması kuralları getirilmişti. Tüm bu düzenlemelerin kutuplaşma düzeyini ve parti sayısını azaltıcı etki yapması beklenmekteydi. Ancak eski siyasilere yönelik yasakların 1987 tarihli referandumla kalkması, bu siyasilerin yeniden örgütlenerek siyasi hayata dönmeleri, kısa vadede sağda ve solda aynı kulvarlarda eskisinden de fazla parti oluşmasına ve tam tersi parti sayısının tüm kurumsal faktörlere rağmen artmasına neden olmuştu. Elbette Türkiye’de askeri darbelerde gerçekleşen parti kapatmaların parti sisteminin kurumsallaşması üzerinde yarattığı olumsuz etkiyi de yadsımamak gerekir.

Siyasi parti sistemleri yalnızca siyasi parti sayılarına ilişkin bir sınıflandırma değildir. Seçim sistemlerini oluşturan kurallar, oyların sayılması yöntemleri, adaylık, listeler, seçim çevreleri gibi çok çeşitli bileşenlerle karşılıklı etkileşim halindedirler. Söz konusu bileşenlerin de siyasi parti yapılarına farklı yönlerden, diğer dinamiklerle etkileşerek nüfuz edeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu etkilerden biri de siyasi partilerin disiplinleri üzerindedir. Parti disiplini, siyasi partilerin yasama meclislerinde grup olarak, blok halinde oy kullanmasını tarif eder. Parlamenter sistemin kurumsal yapısı (güvenoyu/gensoru kurumları, parti gruplarının meclislerin ana aktörleri olması vs), parti disiplini üzerinde kurulu bulunduğu için her durumda tüm parlamenter sistemlerde bu disiplin mevcuttur.

Başkanlık sistemlerinin kurumsal yapısı ise tam tersi yönde etki yaratmaya müsait olarak kurguludur. Seçimlerin ayrı ayrı yapıyor olması, hükümetin kurulması ya da göreve devam edebilmesi için güvenoyuna gereksinim duymaması ve grup kavramının bulunmayışı daha en baştan partinin milletvekilleri için serbest bir iklim yaratmaktadır.

Öte yandan, tüm bu kurumsal etkiye rağmen dünyadaki başkanlık örneklerinde bu konuda bir yeknesaklığa rastlayamıyoruz. Kimi başkanlık sistem-

leri tamamen serbest/disiplinsiz partilerden oluşmakla birlikte, kimilerinde değişik derecelerde serbest parti özelliğinin aşıldığını ve parlamenter sistem benzeri disiplinli parti yapılarının oluştuğunu gözlemliyoruz. Özellikle koalisyonlara sıklıkla rastlanan çok parti sistemlerinde söz konusu koalisyonların devamı söz konusu disiplinin sürekliliğine bağlı olmaktadır.

Bu noktada Mainwaring ve Shugart, seçim sistemlerinin kimi özelliklerinin parti disiplini üzerinde etkisi bulunduğunu gözlemişlerdir. Yazarlara göre; nispi temsil sisteminin kapalı liste usulü var mı (seçmenin oyu partiye bütünüyle gidiyor, oransal olarak sırayla adaylara dağılıyorsa, yani adaylar birbiri ile yarışmıyorsa), parti liderleri listelere kimin gireceği konusunda son sözü söyleyebiliyor mu, liderler listelerdeki sıralama üzerinde kontrole sahip mi sorularının yanıtları disiplin düzeyini etkilemektedir³⁷. Bu üç sorunun cevabı evet ise bu durum parti disiplini artırıcı etki yaratmaktadır. Morgenstern ve Vazquez-D'Elia bu tezi doğrulayan verilerin Arjantin, Brezilya, Kolombiya ve Uruguay'da gözlemlendiğini kaydetmektedir.³⁸

Diğer taraftan çeşitli yazarlar, bu teze karşı veriler de ileri sürmektedirler. Karşı görüşe göre seçim sisteminin parti disiplini üzerindeki rolü abartılı bir varsayımdır. Zira Brezilya örneğinde seçim sisteminde bir değişme olmadığı halde geçen yirmi yıla yakın zaman içinde partiler artan oranda ideolojik tutarlılık ve disiplin sergilemeye başlamışlardır³⁹.

Morgenstern ve Vazquez-D'Elia, söz konusu türde değişimlerin seçim dışındaki faktörlerin (partili vekiller arasındaki ideolojik benzerlik, federalizm, vekillerin seçim çevrelerindeki gücü vs) etkisi oluşabileceğini kabul etmekle birlikte seçim sistemlerinin başlangıçtaki düşük parti disiplini teşvik eden iklimi yaratma potansiyeline sahip olduğu konusunda ısrarcıdır- lar⁴⁰.

Son olarak parti sayısını teke indiren sosyolojik bir kurum olarak patronajdan ve yandaşmacı (clientelist) ilişkilerden bahsetmek yerinde olacaktır.

³⁷ S. Mainwaring- M. Shugart, "Presidentialism and the Party System", Mainwaring, Scott-Shugart, Matthew (eds.), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 1997, sy. 394-439.

³⁸ Morgenstern- Vazquez-D'Elia, "Electoral Laws, Parties, and Party Systems in Latin America", sy. 159.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

Hâkim parti yapısı olarak bahsedilen, serbest seçimlerle iktidarın değişmesi- nin teorik olarak mümkün olduğu ama pratikte gerçekleşemediği demokratik yapılarda olsun (Kanada/1878-1896 Muhafazakâr Parti; 1920-1984 Liberal Parti sadece 12 yıllık fasıla ile yönetimdeydi) ve Japonya (Liberal Demok- rat Parti, 1955-2015'den bu yana 1993-94 ve 2009-2012 arasındaki fasılalar hariç), bunun yarı-demokratik ya da otoriter versiyonu olan hegemonyacı yapılarda (Sahra Altı Afrika ve Meksika-PRI: 1929-2000 arası tek başına, 2012'de tekrar başkanlık seçimlerini bu partinin adayı kazandı ama parti yasamada azınlık konumunda kaldı) olsun patronaj tek parti iktidarını per- çinleyen, devamını sağlayan, diğer partilerin rekabet gücünü büyük ölçüde azaltan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹.

Patronaj kurumunun çeşitli yöntemleri mevcuttur. Patronajın en masum görünümü atamalarda karşımıza çıkar ve siyasi yönetim elinin kontrol al- tına alınması suretiyle tek partinin iktidarının devamını sağlamaya yönelik bir araç olarak iş görür⁴². Bunun dışında iktidarın imkânlarını kullanarak siyasi sadakat ve taraftar edinmeye yönelik diğer araçlar, ekonomik ve idari olabildikleri gibi yarı-demokratik veya otoriter rejimlerde muhalifleri hukuk devleti aygıtı dışında cezalandırmaya yönelik de olabilmektedirler.

Siyasi parti sistemlerinin hükümet sistemleri ile olan etkileşimi konu- sunda en basit ölçüm, partilerin hükümete katılımları (tek parti veya deği- şik ölçeklerde koalisyon hükümeti olması) ve hükümetlerin görev süreleri arasındaki korelasyona yöneliktir⁴³. Böylelikle hükümet istikrarı ve temsil adaleti bakımından da bir tahlil yapılmaya çalışılmaktadır. Hükümetlerin gö- rev süreleri konusunda her parti sisteminde başarılı veya başarısız örnekler bulmakla birlikte tek parti hükümetleri çıkaran hâkim parti sistemleri ile iki- parti sistemini daha başarılı kabul etmektedir⁴⁴. Temsil kabiliyetinin yük- sekliği ile uzun hükümet süresi arasında ise ters bir çizgi bulunduğu, diğer bir deyişle yürütmeye katılan parti sayısı azaldıkça görev süresinin uzadığı ileri sürülmektedir⁴⁵.

41 Ware, Political Parties and Party Systems, sy. 196.

42 Ibid.

43 J. Blondel, Party Systems and Patterns of Government in Western Democracies, Canadian Journal of Political Science, C.1, S.2, 1968, sy. 198.

44 Ibid.

45 Ibid, sy. 200.

Elbette bu ölçümler siyasal sistemin kutuplaşma seviyesi, partilerin kurumsallaşma düzeyleri, etkili yönetimi göstermesi açısından yasama faaliyetlerinin çıktılarının analizi gibi ilave verileri ayrıca dikkate almadıkları için eksik ve hükümetlerin görev süresine ilişkin sonuçları yaratan gerçek sebeplerin tespiti bakımından olduğu gibi bazen de yanıltıcı sonuçlara ulaştırmaktadır.

Hükümet sistemleri ile parti sistemlerinin etkileşiminin yönü bakımından bugün gözlemlerimiz dünyanın değişik yerlerinde, farklı kutuplaşma ve kurumsallaşma seviyeleri gösteren yapılarda test edilebilmektedir. Elimizdeki verilerin çeşitliliği kurumların politik davranışları etkileme gücü bakımından da ilginç bilgiler sunmaktadır.

Öte yandan siyasi parti sayıları ve bir bütün olarak parti sistemleri, hükümet sistemlerinin performansını oldukça ciddi biçimde etkilemektedir. Örneğin, çok parti sistemi özellikle de aşırı çok parti sistemi tüm hükümet sistemlerini ama özellikle de başkanlık sistemin işleyişini oldukça olumsuz etkileyen, tıkanmaya sevk eden bir faktör olarak tespit edilmektedir⁴⁶. Çok parti sisteminde partilerin başkanlık yarışına etki edebilmesi çok daha yoğun biçimde diğer partilerle işbirliği içinde olmasına bağlıdır⁴⁷. Bu seçim işbirliği yasama-yürütme seçimleri öncesi oluşan koalisyonlar şeklinde rejimin işleyişinde bir yön belirlerken kutuplaşmanın yüksek, parti kurumsallaşmasının düşük olduğu aşırılaşmış yapılarda bu tarz koalisyonların kuruluşu çok zorlaşacağından rejim de sıkıntıya girebilecektir. Esasında aşırı çok parti sistemi, her türlü rejim de muhtemel krizlere kapı arayan bir siyasal yapıya işaret etmektedir.⁴⁸

Öte yandan tek parti tahakkümü şeklinde ortaya çıkan hegemonyacı ya da baskın partilerin varlıkları, iktidarın el değiştirmemesine ve buna bağlı olarak demokrasinin ve hukuk devletinin ciddi zarar görmesine neden olan bir yapı olarak belirmektedir. Patronaj ve kutuplaşmadan beslenen bu yapılar gücün tek elde toplanmasına, kontrol-denge mekanizmalarının yok olmasına yol açmaktadırlar. Kendi varlıklarının devamını sabitlemeye yönelmekte,

⁴⁶ S. Mainwaring, "Presidentialism in Latin America", Latin American Research Review, Cilt 25, Sayı 1, 1990, sy. 168.

⁴⁷ Ware, Political Parties and Party Systems, sy. 193.

⁴⁸ Sartori, Parties and Party Systems, sy. 124.

kurumsal elbise olarak başkanlık sistemini alarak yozlaştırmakta ve rekabetçi otoriter rejimleri oluşturmaktadırlar.

Demokrasinin işleyişi ve çoğulcu özgürlükçü rejimin devamı bakımından en elverişli yapılar ise ılımlı çok parti yapılarının varlığına bağlı olarak oluşmaktadır. Siyasi katılımı teşvik eden bu yapılarda, günümüz Şili’inde gözlediğimiz gibi kutuplaşma düzeyinin düşüklüğü, işleyen koalisyonlara ve gelişen demokrasilere ön ayak olamamaktadır.

Son olarak iki parti sistemleri parlamenter sistemlerde iktidarın düzenli el değiştirmesine, ABD başkanlık sisteminde gözlendiği gibi bölünmesine neden olarak kontrol-denge mekanizmaları yaratmaktadır. Bölünme yasamaya, başka partinin yürütmeye başka partinin hâkim olamamasıyla ortaya çıkan bir iktidar paylaşımı olarak tezahür etmektedir. Ancak ifade etmek gerekir ki seçmeni iki partiye sıkıştıran her türlü formül temsili eksilterek çoğulculuğu da azaltacaktır.

Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları

Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK*

Değerli Konuklar;

Öncelikle hepinizi saygı ile selamlıyorum.

Türkiye'nin güncel anayasal sorunlarının konuşulduğu bu toplantının aynı zamanda Erdoğan Teziç Hocamızı anma toplantısı olarak düzenlenmesi çok anlamlı. Bu anma toplantısını bilimsel bir toplantıya dönüştürerek düzenleyenlere teşekkür ediyorum. Anayasa hukukumuzda büyük katkıları nedeniyle duayan anayasa hukukçusu “Teziç Hocamızı” huzurunuzda saygı ve sevgi ile anıyorum.

Türkiye'nin güncel anayasal sorunları deyince; siyasal gelişmeleri ve özellikle siyasal partileri bunun dışında tutmak mümkün değil. Anayasa hukuku uygulamaları genellikle ya siyasal gelişmelerden etkileniyor ya da siyasal gelişmelere yön verebiliyor. Siyasal gelişmelerin en dinamik ve öncü aktörü ise kuşkusuz siyasal partilerdir. Siyasal partiler görece pozitif anayasa hukukunun ilgi alanına daha geç dönemde girmiş olsalar da, anayasal kurumların işleyişini ortaya çıktıkları dönemden itibaren etkilemeye başlamışlardır.

Günümüzde siyasal partiler olmadan demokratik rejimlerin işlemesinin mümkün olamayacağı ortak kabul gören bir anlayıştır. Gerçekten de demokratik işleyişin merkezi bir aktörü olarak partiler, siyasal katılımın örgütlü düzeyde gerçekleştirildiği mekânlardır. Öyle ki anayasal rejimin işleyişi, kuvvetler ayrılığı, hükümet sistemi ve parlamentoların işleyişinde partilerin belirleyici bir rol oynadıkları görülüyor. Bu nedenle, siyasal parti olgusunun anayasal ve siyasal rejim üzerindeki etkileri partiler hukukunun güncel sorunlarına da yansımaktadır.

(*) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

Ben tebliğimde siyasal partiler hukukunun güncel sorunlarına değinmeden önce partilerin tanımı ve kuvvetler ayrılığı ile olan ilişkisi üzerinde duracağım.

I) Partilerin Ortaya Çıkışı ve Tanımı

İlk olarak Batı’da XIX. yüzyılın sonlarına doğru beliren partiler, seçme hakkının yaygınlaşmasına ve parlamentoların egemenliklerini kabul ettirmesine bağlı olarak ortaya çıkmıştır. Parlamentoların yaygınlaşması, siyasal yaklaşma ekseninde parlamentolarda siyasal gruplar oluşmasına neden olmuştur. Parlamento üyeleri eylemlerinde uyum sağlayabilmek ve tekrar seçilebilmek için ortak niteliklerine göre gruplaşma gereğini duymuşlardır¹.

Klasik liberal anlayış, siyasal birim olarak yalnızca bireyi kabul ettiğinden siyasal bir olgu olarak ortaya çıkan partileri görmezden gelmiş onu hukuk alanına dâhil etmekten kaçınmıştır. Bu nedenle partiler, liberal bireyciliğin de etkisiyle uzunca bir süre hukuksal tanıma görmemişler ve varlıklarını siyasal bir olgu olarak sürdürmüşlerdir. Hatta hukuksal düzenlemelere konu olduğu erken dönemde bile parti-dernek ayrımının yapılmadığını ve bu kurumlara alelade dernek statüsünün uygulandığını ve seçim örgütleri düzeyinde algılandığını görüyoruz.

Ancak, oy hakkının yaygınlaşması, parlamentoların siyasal karar alma süreçlerinde belirleyici bir rol almaları, partileri demokratik siyasal yaşamın baş aktörleri haline getirmiştir. Giderek demokrasi “*partiler demokrasisi*”; devlet de “*partiler devleti*” olarak anılmaya başlanmıştır. I. ve II. Dünya Savaşları arasında Almanya ve İtalya’da ortaya çıkan totaliter partilerin, demokratik usullerden de yararlanarak iktidara gelmeleri ve demokratik düzeni baskı ve şiddet yoluyla yıkarak demokrasiye son vermeleri partilerin özel hukuk kurallarına bağlanmasını gerektirmiştir. Böylece yapılan hukuksal düzenlemelerle, hem demokratik rejimin partilere karşı korunması hem de partilerin devlete karşı hukuksal güvenceyle donatılması yoluna gidilmiştir.

Siyasal partilerin demokratik düzen içindeki önemi ve özgün yapısı, onları benzer sivil toplum örgütlerinden farklılaştıran yönleri, üzerinde uzlaşılabilen bir siyasal parti tanımı yapılmasını gerektiriyor. Ancak, siyasal parti

¹ Partilerin kökeni konusunda bkz. Maurice DUVERGER, **Siyasi Partiler**, Çev. Ergun Özbudun, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993, s. 15 – 31; Ergun ÖZBUDUN, **Siyasal Partiler**, AÜHF Yayını:440, 4. bası, Ankara, 1983, s. 19-35.

tanımına geçmeden önce, *parti* kavramı üzerinde kısaca durmak istiyorum. “Parti” sözcüğü dilimize Fransızcadan geçmiş olup bir bütünün parçasını ya da başkalarından ayrılışı ifade eder. Eski dilde *fırka* sözcüğünün yerine geçen *parti* bu anlamıyla belirli sorunlar karşısında bir grup insanın diğerlerinden ayrı bir grup oluşturması anlamına gelir. Parti sözcüğü Latincedeki “pars” sözcüğünden türetilmiş olup İngilizcede *party*, Fransızcada *parti*, Almancada ise *partei* olarak ifade edilmektedir. Parti sözcüğü, tarihte günümüzdeki anlamından farklı biçimlerde de kullanılmıştır. Gerçekten de, “partiler” sözcüğü yalnızca modern demokrasilerde kamuoyuna yön veren geniş halk örgütlerini değil, ilk çağ Cumhuriyetlerini bölen hizipleri, Rönesans İtalya’ında bir komutanın etrafında toplanan orduları, Fransız Devrimi’nde bazı meclis üyelerinin bir araya geldikleri kulüpleri ve anayasal monarşilerin mülkiyet esasına dayanan seçimlerini hazırlayan komiteleri ifade etmede kullanılmıştır².

La Palombara ve Weiner siyasal partilerin tanımında şu dört ölçütü kullanmaktadırlar³: 1) Sürekli bir parti örgütünün varlığı, 2) Örgütün merkezle düzenli ilişkiler içinde yerel düzeyde faaliyet göstermesi, 3) Gerek ülke çapında gerekse yerel düzeyde tek başına veya ortaklaşa siyasal iktidarı ele geçirme ve elde tutma yönünde bilinçli çaba, 4) Değişik yollarla seçmenler arasından taraftar kazanma ya da herhangi bir biçimde halkın desteğini kazanma çabası.

Siyasal partilerin her şeyden önce bir fikir ve eylem birliği olduğunu ifade eden Tunaya’ya göre⁴; “Parti, belirli bir siyasal program üzerinde birleşmiş kimselerin, bu programı özellikle normal seçim yollarıyla gerçekleştirmek gayesini güderek kurmuş oldukları bir dernektir”. Buna karşın Kapanı, siyasal partilerin tanımında “seçim”, “serbest yarışma” gibi unsurlara ağırlık tanınmanın, otoriter ve totaliter sistemlerdeki partileri “siyasal parti” saymamak gibi sosyal gerçeklere aykırı bir sonuç doğuracağını ileri sürmek-

² Maurice DUVERGER, **Siyasi Partiler**, s. 15. Parti sözcüğü olumsuz anlamıyla çatışma sonucunu bölünme ve hizipleşmeye yol açan ayrılıklar için de kullanılıyor. MAYO buna örnek olarak Macaulay’in idealize edilmiş eski Roma’sını gösteriyor. Bkz. Henry B. MAYO, **Demokratik Teoriye Giriş**, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını, Çev. Emre Kongar, Ankara, 1964, s. 123.

³ Joseph LA PALOMBARA – Myron WEINER, **Political Parties and Political Development**, Princeton University Press, Princeton, 1966, s. 6 ; akt. Münici KAPANI, **Politika Biliimine Giriş**, s. 161.

⁴ Tarık Zafer TUNAYA, **Türkiye’de Siyasi Partiler**, İstanbul, 1952, s. 11.

tedir. Bu açıdan değişik parti tiplerini kapsayacak biçimde fonksiyonel bir tanım öneren yazara göre⁵; siyasal partiler, “bir program etrafında toplanmış, siyasal iktidarı elde etmek ya da paylaşmak amacını güden, sürekli bir örgüte sahip kuruluşlar”dır. Aynı biçimde Özbudun da siyasal parti tanımında, “serbest seçimler” unsuru yerine “halkın desteğini sağlama” unsurunu benimsemektedir. Çünkü bu destek, her zaman yarışmacı bir seçim yoluyla ifade bulmayabilir. Dolayısıyla, tek-partiyi ve plüralist rejimlerdeki totaliter ve ihtilalci partileri dışta bırakmayacak bir tanım öneren Yazara göre⁶, siyasal partiler; “halkın desteğini sağlamak suretiyle, devlet mekanizmasının kontrolünü ele geçirmeye veya sürdürmeye çalışan, sürekli ve istikrarlı bir örgüte sahip siyasal topluluklar”dır.

1982 Anayasası partileri demokratik siyasal yaşamın vazgeçilmez unsurları olarak nitelendirmekle birlikte açık bir tanıma yer vermemiştir. Ancak bu Anayasa’nın hükümleri doğrultusunda kabul edilen 24.04.1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasal Partiler Yasası siyasal partiyi tanımlamıştır (md.3): *“Anayasa ve Kanunlara uygun olarak, milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yolu ile, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık programları ile milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir devlet ve toplum içinde çağdaş medeniyet seviyesine ulaşma amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanmış tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır.”*

Siyasal partilerin ortaya çıkışı ve tanımına ilişkin yaptığımız bu açıklamalardan sonra şimdi partiler hukukunun güncel sorunları üzerinde durabiliriz.

II) Partiler Hukukunun Güncel Sorunları

Günümüzde, siyasal sistemin en dinamik kuruluşları olarak partilerin seçim sistemleri; kuvvetler ayrılığı, hükümet modelleri, siyasal istikrar gibi konular üzerinde doğrudan etkili olduklarını kabul etmek gerekir. Partilerin demokratik işleyişteki rollerinin aşırı ölçüde artması, bu kuruluşların toplum ve devlet hayatı üzerinde giderek daha büyük etki kazanmalarına yol açmıştır. Bu çerçevede, özellikle siyasal katılım yollarının partilerin tekeline geçmesi, yasama-yürütme ayrılığının iktidar-muhalefet ayrılığına dönüşme-

⁵ Münci KAPANİ, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, 5. Bası, Ankara, 1989, s. 160.

⁶ Ergun ÖZBUDUN, *Siyasal Partiler*, s. 4.

si, devletin partileşmesi ya da partinin devletleşmesi gibi olumsuz etkiler ortaya çıkabilmektedir. Partilerin siyasal kurumlar üzerinde yarattığı etkiler, devlet ve toplum ile olan ilişkileri çok boyutlu bir görünüm kazanmıştır.

Ne var ki, partilerin hukuksal rejimini düzenleyen yasal ve anayasal hükümler böylesine karmaşık ve çok boyutlu siyasal ilişkileri dengeleyecek yeterlilikte değildir. Kaldı ki bu tür bir işlevi salt hukuksal düzenlemelerde aramak da yanıltıcı olabilir. Bununla birlikte, partilerin kaynaklık ettiği ya da en azından ilişkili olduğu bu yeni sorunların tanımlanması, tartışılması ve çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi gerekiyor.

Bu sorunları aşağıda yer alan başlıklar altında değerlendirebiliriz.

1) Siyasal Partiler ve Kuvvetler Ayrılığı Sorunu

Günümüzde yasama - yürütme işlevlerine ve ilişkilerine yön veren siyasal partilerdir ve bu özellikleriyle kuvvetler ayrılığını iktidar-muhalefet ayrılığına dönüştürmüşleridir. Nitekim özellikle parlamenter hükümet sisteminde, parlamentoda çoğunluğu elinde bulunduran iktidar partisi, hem yasama faaliyeti hem de yürütme faaliyeti üzerinde doğrudan etkili olabilmektedir. Hatta sert kuvvetler ayrılığına dayanan başkanlık sisteminde bile, kuvvetler arasındaki ilişkiler Başkanın parlamento çoğunluğu ile aynı partiden olup olmamasına göre değişiklik gösterebilmektedir.

Siyasal parti olgusu, kuvvetler ayrılığını siyasal ve hukuksal olmak üzere iki yönlü dönüştürmüştür. Siyasal yön; özellikle parlamenter rejimlerin yasama - yürütme ayrılığından ziyade parti olgusuna bağlı olarak iktidar - muhalefet ayrılığı biçiminde işlemesi ile kendini göstermektedir. Yasama çoğunluğu ile hükümetin aynı partiden olması ve disiplinli parti yapıları yasama ve yürütme kuvvetlerinin iktidar partisinde birleşmesini mümkün kılarken; muhalefet ile iktidar arasındaki siyasal ayrılığı berraklaştırmış ve güçlendirmiştir. Parti olgusunun etkili olduğu ikinci yön; kuvvetler ayrılığı ilkesinin “yargı bağımsızlığı” na dönüşmüş olmasıdır. Artık günümüzde yasama, yürütme ve yargı ayrılığından ziyade yargının yasama ve yürütme karşısındaki bağımsızlığı öne çıkmaktadır. Daha açık bir ifadeyle kuvvetler ayrılığı “yargı bağımsızlığı” olarak anlaşılmaktadır.

Yasama çoğunluğuna sahip iktidar partisi aynı zamanda hükümete de egemen olduğundan, parlamentonun hak ve özgürlük lehine siyasal iktidarı yasa ile sınırlama misyonu zayıflamış; buna karşın yasama ve yürütme kar-

şısında hak ve özgürlüklerin yargı organları tarafından korunması daha büyük bir önem kazanmıştır. Parlamentonun yasama iradesi, anayasa yargısı tarafından denetim altına alınırken yürütme organının da idari yargı tarafından denetlenmesi önemini artırmıştır. Parti disiplini etkisiyle parlamentonun hükümeti denetleme işlevini yerine getirememesi, yürütmenin daha sıkı kayıtlarla yargı tarafından denetlenmesi ihtiyacı doğurmuştur. Dolayısıyla, kuvvetler ayrılığı yasama-yürütme-yargı ayrılığı olmaktan ziyade, yargının yasama ve yürütme karşısında bağımsızlığına dönüşmüştür. Sonuç olarak, kuvvetler ayrılığının dönüşümünün siyasal sonucu iktidar-muhalefet ayrılığı; hukuksal sonucu ise “yargı bağımsızlığı” biçiminde kendini göstermektedir.

2) Parti içi Demokrasi Sorunu : “Oligarşinin Tunç Yasası”

Parti içi demokrasi, bir siyasal parti içinde demokratik ilkelere uygun olarak siyasal faaliyette bulunma özgürlüğünü ifade eder. 1982 Anayasası da “*siyasi partilerin faaliyetleri, parti içi düzenlemeleri ve çalışmaları demokrasi ilkelerine uygun olur.*” (md. 69/I) diyerek, parti içi demokrasiye anayasal bir nitelik kazandırmıştır. Hatta 2820 sayılı SPY (md.93); parti içi çalışmaların parti yönetimi, denetimi, parti organı için yapılacak seçimlerin, yetkili organlar tarafından alınan kararların ve yapılan eylem ve işlemlerin parti üyeleri arasındaki eşitlik ilkesine ve demokrasi esaslarına aykırı olamayacağını kesin bir dille ifade etmiştir.

Bununla birlikte, başta partiler olmak üzere, örgütlü siyasal yapıların zamanla oligarşik eğilimler gösterdiği bilinen bir gerçektir. Büyük ve karmaşık örgüt yapısı, hızlı ve etkin karar alma gereksinimi, uzmanlık gerektiren siyasi faaliyetlerin artması ve liderin kutsanması eğilimi nedeniyle, parti içindeki belirli bir azınlığın demokratik olmayan yöntemlerle çoğunluğu yönetmesi söz konusudur. Alman siyaset sosyologu Robert Michels bu olguyu, “*oligarşinin tunç yasası*” (das eherne Gesetz der Oligarchie) olarak nitelendiriyor⁷. Aynı şekilde, partilerin içyapılarını esas itibarıyla otokratik ve oligarşik olarak niteleyen Duverger, partinin yönetici sınıfının parti tabanı ile arasında az çok kendi içine kapanmış bir kast meydana getirme eğilimi olduğunu, hatta seçimler yoluyla bu kastın genişlediğini ifade ediyor⁸.

⁷ Bkz. Robert MICHELS, *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie - Untersuchungen über die oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens*, Kröner Verlag, Stuttgart 1970, 24-86.

⁸ Maurice DUVERGER, *Siyasi Partiler*, s. 536-537.

Ülkemizde ise partilerin gerek adayların belirlenmesi sürecinde gerek politika üretimi konusunda gerekse toplum ile parti arasındaki iletişim kanallarının açık tutulması noktasında parti içi demokrasi ilkesinin yeterince işletilemediği görülmektedir. Günümüzde partiler, adayların belirlenmesinde önseçim yöntemini tercih etmemekte; merkez yoklaması ile adaylarını belirlemektedir⁹. Oysa en azından belli oranlarda aday adaylarının belirlenmesinde önseçim yönteminin yasa ile zorunlu kılınması parti içi demokrasi açısından bir katkı sağlayabilir¹⁰. Parti özgürlüğü çift yönlü bir özgürlük olduğuna göre (kurumsal/bireysel) genel ve yerel seçimlerde adayların tespit edilmesi yetkisi parti tüzel kişiliği ile parti üyeleri arasında paylaştırılmalıdır. Aksi takdirde, adayların belirlenmesi konusunda parti üyelerinin dışlanmasına yol açacak her türlü düzenleme, mevcut anayasal düzenlemeler karşısında parti içi demokrasi ilkesine aykırılık oluşturur.

Parti içi demokrasi konusunda gözlemlenen diğer bir sorun, partideki yetkili organların bazı kritik ve önemli konularda alması gereken kararları almaktan kaçınması ve bu konuda yetkiyi parti liderine delege etmesidir. Üyelerden başlayarak aşağıdan yukarıya doğru yapılan bu tip yetki ve inisiyatif devirleri parti merkezini ve liderini aşırı ölçüde güçlendiren oligarşik bir etki yaratmaktadır. Bu etki altında parti merkezi ve lideri adayları belirlerken; kendilerine itaat edebilecek, tanınmamış, kişisel şöhreti olmayan, adaylığını tamamen lidere borçlu olduğu hissini yaratabilecek kişileri tercih etmektedirler¹¹.

Hatta kimi durumlarda, aday, seçimden önce tarihsiz istifa mektubu vermeye zorlanarak, seçildiği takdirde partinin sadık bir adamı haline gelmeye hazır hale getirilmektedir¹². Sonuçta parti içi oligarşik eğilimler, parti içi demokrasinin çok dar bir alan ile sınırlandırılmasına, görev ve yetkilerin

⁹ Aslında 22.04.1983 tarihli SPY, genel ve yerel seçimlerde parti adaylarının belirlenmesinde partinin o seçim çevresinde bütün kayıtlı üyelerinin katılacağı bir önseçim yöntemini zorunlu kılıyordu. Ancak bu Yasa'ya 10.06.1983 tarihli ve 2839 sayılı bir Yasa ile geçici bir madde eklenmiştir. Buna göre; yapılacak ilk milletvekili genel seçimlerinde önseçimin yapılmayacağı hükme bağlanmıştır. Daha sonra 28.03.1986 tarih ve 3270 sayılı Yasa ile 37 maddede değişiklik yapılarak yasa gereği önseçim yapma zorunluluğu kaldırılmıştır.

¹⁰ Bülent TANÖR, **Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri**, TÜSİAD yayını, 1997, s. 35.

¹¹ Maurice DUVERGER, **Siyasi Partiler**, s. 268.

¹² Maurice DUVERGER, **Siyasi Partiler**, s. 266.

belli kişilerde toplanmasına (Ämterkumulation), parlamentoda ya da parti gruplarında kararların belirli bir yönetici grup tarafından önceden belirlenmesine, farklı düşünenlerin dışlanması ya da baskı altına alınmasına neden olmaktadır¹³.

Son olarak; parti içi demokrasiyi tehdit eden olgulardan bir tanesi de parti içi muhalefetin *nifak* ve *fitne* kaynağı olarak gösterilmesi ve itibarsızlaştırılmasıdır. Bu yöntemle parti içi muhalefetin baskı altına alınarak bertaraf edilmesi söz konusu olabilmektedir.

3) “Partikrasi ve Parti Tekeli” Sorunu

Partilerin toplum ve devlet hayatında oynadıkları bu önemli roller, “partiler demokrasisi” ve “partiler devleti” gibi kavramlarla ifade edilmiştir. Hatta Alman partiler hukuku uzmanı MORLOK, geline aşamada partilerin gereğinden fazla güç ve etkiye sahip olmalarını “*aşırı partiler devleti*” (Parteienstaatübermass)¹⁴ kavramıyla ifade etmektedir.

Günümüzde, demokrasi yalnızca partiler sistemi olarak değil; bir “partikrasi” olarak değerlendirilmektedir. Yani gerçek iktidar alanının, hükümet ve parlamentodan parti yöneticilerine kaydığı ve iktidarın parti yöneticilerinde toplandığı bir parti tiranlığı, bir *partikrasi* söz konusudur¹⁵.

Aşırı partiler devleti ya da partiler demokrasisi olgusunun görünüş biçimleri ve yol açtığı bazı sorunlar şöyle sıralanabilir:

* *Yasama yetkisinin kötüye kullanılması*: Özellikle iktidardaki siyasal partiler, parlamentodaki parti grupları aracılığıyla yasama yetkisini kontrol gücüne sahip olduklarından, bu güçlerini kendi menfaatlerine kullanabilmekte ya da siyasal rakipleri üzerinde baskı aracına dönüştürebilmektedirler. Örneğin; seçim yasalarının yapılmasında, mali yardımlardan yararlandırılmasında ya da parti kapatma rejimi konusunda partilerin kendine avantajlı konum (selbstbedienung) yaratmaya çalışması.

¹³ Martin MORLOK, “Für eine zweite Generation des Parteienrechts”, *Mitteilungen des Instituts für Deutsches und Europäisches Parteienrecht, Fern Universität Hagen*, Heft: 4, s. 57.

¹⁴ Martin MORLOK, “Für eine zweite Generation des Parteienrechts”, s. 56.

¹⁵ Giovanni SARTORI, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, (Çev. Tunçer Karamustafaoglu, Mehmet Turhan), Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.162.

* *Yürütme gücünün kötüye kullanılması*: Özellikle İktidar partileri açısından, siyasal gücün demokratik rekabeti baskı altına alacak biçimde kötüye kullanılması söz konusu olabilmektedir. Siyasal gücün kamuoyunu etkileyecek biçimde kötüye kullanılması da söz konusu olabilir. Örneğin, yerel seçimlerde rakip partilerin adaylarına oy verilmesi durumunda merkezi hükümetin bu yerel birimlere hizmet götürmeyeceği yönünde telkinde bulunulması ya da iktidar olanaklarını kullanarak seçmenlere oy karşılığında haksız menfaat sağlanması.

* *Kamu yönetiminde liyakat ilkesinin zedelenmesi*: Devlet yönetiminde personel atama ve terfilerinin görevin gerektirdiği nitelikler ve liyakat esasına göre değil, salt partizan tutumlarla belirlenmesi biçiminde ortaya çıkmaktadır.

* *Parlamentar denetimin işlevsiz kılınması*: Parlamentonun en temel işlevlerinden biri de siyasal denetim işlevidir. Parlamento; soru, meclis araştırması, meclis soruşturması ve gensoru gibi siyasal denetim araçları hükümeti denetleyebildiği ölçüde bu işlevini yerine getirir. Ancak partili kimliğin parlamenter kimlikten ağır basması, parti disiplini, siyasal ikbal hırsı gibi nedenlerle parlamentoda çoğunluğu elinde bulunduran parti, hükümeti korumak güdüsüyle siyasal denetimi frenleyebilmektedir. Siyasal partilerin işlevlerinin artmasına bağlı olarak; parlamentolar, karar süreçlerinde bireysel fikirlerin müzakere edildiği platformlar olma özelliklerini yitirmişleridir. Parlamentolar tek tek üyelerden değil, parti gruplarına ve liderlerine mutlak surette boyun eğen iktidar ve muhalefet refleksleri ile hareket eden üyelerin bulunduğu platformlara dönüşmüşlerdir.

* *Bağımsız Adaylık Sorunu*: Partilerin siyasal alanda oluşturdukları tekelin yarattığı bir sorun da seçilme hakkının parti bağı olmaksızın kullanımında ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, demokrasi *partiler demokrasisi* olunca; siyasal katılımı partiler dışında bireysel olarak gerçekleştirmek; örneğin, seçimlere bağımsız aday olarak katılmak son derece güçtür. Çünkü birincisi, adayların tanıtım ve propaganda yapması her şeyden önce mali bir gücü gerektirmektedir. Partiler gerek üye aidatı, gerekse devletten aldıkları mali yardım ile adaylarına bu imkânı sağlarken, bağımsız adaylar için böyle bir destek söz konusu değildir. İkincisi, seçmenler seçim sisteminin de etkisiyle, adaylardan ziyade partilere oy vermeye eğilimlidirler. 1983 ile 2018 yılları arasında yapılan milletvekili seçimlerine baktığımızda, bağımsız adayların seçimlerde bir varlık gösteremediğini gözlemliyoruz.

Tablo- Türkiye’de Milletvekili Genel Seçimi Sonuçları (1983 - 2018)

Seçim Yılı	1983	1987	1991	1995	1999	2002	2007	2011	2015H	2015K	2018
Toplam Millet Vekili Sayısı	400	450	450	550	550	550	550	550	550	550	600
Parti Listesinden Seçilenler	400	450	450	550	547	541	524	515	550	550	600
Bağımsız Seçilenler	0	0	0	0	3	9	26	35	0	0	0
Bağımsız Oy Oranı (%)	1,1	0,4	0,1	0,5	0,9	1	5,2	6,6	1,1	0,1	2

4) Partiler arası Siyasal Rekabetin Yıkıcılığı:

Devletin faaliyet alanlarının genişlemesine koşut olarak, parti faaliyetleri de önemli ölçüde genişlemiştir. Devletin büyümesi, partiler için yeni etki alanları yaratmıştır. Bu aynı zamanda, yeni yolsuzluk fırsatlarının doğmasına zemin hazırlamaktadır. Yolsuzlukların organize biçimde yapılması parti örgütleri aracılığıyla sağlanmaktadır.

Yıkıcı siyasal rekabetin belli başlı görünüş biçimleri şöyledir:

* Parlamentoda çoğunluğu elinde bulunduran parti ya da partilerin, seçim sisteminde oynamalar yaparak, kendilerine avantaj yaratacak düzenlemeler yapmaları¹⁶.

* Yerel seçimlerde, rakip partilerin adaylarına oy verilmesi durumunda merkezi hükümetin bu yerel birimlere hizmet götürmeyeceği yönünde telkinde bulunulması.

* İktidar olanaklarını kullanarak seçmenlere oy karşılığında haksız menfaat sağlanması.

* Siyasal partilerin yasaklanması ve kapatılması konusundaki düzenlemelerde değişiklik yapmak suretiyle, rakip partileri sindirmek ya da elimine etmek¹⁷.

¹⁶ Siyasal rekabetin sık sık seçim sisteminde yapılan değişikliklerle zedelenmesi Türkiye’de de haklı eleştirilere uğramıştır. Bu sakıncayı önlemeye yönelik bir tedbir olarak 2001 yılında 4709 sayılı Yasa ile Anayasa’da (md.67/son) değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliğe göre; “Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz.”

¹⁷ Örneğin, Almanya’da aşırı sağcı Alman Ulusal Partisi (NPD) hakkında 2001 yılında Federal Hükümet Federal Anayasa Mahkemesine kapatma davası açmıştı. Daha sonra yargılama esnasında NPD’nin kapatılması için İçişleri Bakanlığına bağlı Anayasayı Koruma Dairesi’nin

* Parti içi seçimlerde parti yönetiminin ya da belirli hiziplerin baskı, siyasal rüşvet ya da şantaj yoluyla haksız rekabete yol açmaları. Genel Başkanlık yarışında, mevcut parti liderine rakip olan ya da olabilecek partilileri haksız yöntemlerle devre dışı bırakmak, parti içi seçimlere hile karıştırmak.

* Genel ve yerel seçimlerde kendi menfaatine sonuç elde etmek amacıyla yolsuzluk yapmak ve seçimlere hile karıştırmak.

* Partilere yapılan mali yardım, devlet televizyonu ve radyoları aracılığıyla yapılan propaganda ve reklam konularında haksız rekabet uygulamaları.

* Milletvekillerinin parlamentoda belirli bir yönde oy kullanmalarını ya da rakip partiye geçmelerini temin etmek amacıyla siyasal rüşvet teklifi.

* Siyasi casusluk yöntemleriyle rakip parti ya da partilerin seçim, adaylar, parti faaliyetleri ve stratejileri konusunda yasadışı yollarla bilgi sızdırma ve telefon görüşmelerinin gizlice dinlenmesi¹⁸.

* Seçim barajları da özellikle parlamentoda sağlam çoğunluklara sahip iktidar partileri tarafından yıkıcı siyasal rekabet aracı olabilmektedir. Bu bağlamda ülkemizde uygulanan yüzde on seçim barajı küçük partiler açısından haksız rekabete yol açmaktadır. 1982 Anayasası; “seçim kanunları temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir.” (md. 67/6) hükmünü taşımaktadır. 2017 Anayasa değişikliği ile “Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi” kabul edilmiş olup hükümet istikrarı

ajanlarının parti yöneticisi kılığında faaliyet yürüttüğü ve ajan parti yöneticilerinin söz ve eylemlerin kapatma davasında delil olarak kullanılmak istendiği ortaya çıkmıştı. Yüksek Mahkeme söz konusu nedenlerle davanın usulen düşmesine karar vermişti. Ancak Alman hukukunda parti kapatma davalarının siyasal organlar tarafından açılması siyasal rekabet açısından haksızlıklara yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Nitekim Federal Hükümet tarafından gerek SRP gerekse KPD hakkında kapatma davası açılmış olması karşısında, bu partiler tarafından yapılan savunmada Federal Hükümetin parti kapatma davası açma yetkisini muhalefet partilerini sindirmek ve tasfiye etmek amacıyla kötüye kullandığı iddia edilmiştir. Ayrıntı için bkz. Ekrem Ali AKARTÜRK, “Almanya’da Parti Yasaklama Rejimi ve Alman Anayasa Mahkemesinin NPD Hakkında Verdiği Karar Üzerine Düşünceler” *Legal Hukuk Dergisi*, Ekim 2004, sayı: 22, s. 2835 -2856.

¹⁸ Nitekim ABD’de 1972 ve 1974 yılları arasında yaşanan ve tarihe “Watergate skandalı” olarak geçen olay, bu konuya çarpıcı bir örnektir. Cumhuriyetçi Parti’den Başkan Richard Nixon, rakibi Demokrat Parti’nin telefonlarını gizlice dinletmiş ve olay bir hırsızlık nedeniyle tesadüfen ortaya çıkınca, Başkan Nixon istifa etmek zorunda kalmıştı.

anayasa ile güvence altına alınmıştır. O halde, seçim kanunlarının temel referansı hükümet istikrarı değil, parlamento seçimlerinde temsilde adaletin sağlanması olmalıdır.

5) Parti Yasaklama Rejiminden Kaynaklanan Sorunlar

Partiler hukukumuzun güncel sorunlarından bir kısmı da parti yasaklama rejimimizden kaynaklanıyor. Ülkemizde parti yasaklama pratiğinin üç temel dinamiği bulunuyor: Birincisi, aşırı yasakçı anayasal ve yasal mevzuattır. Çünkü parti kapatma kararlarının önemli bir bölümü önemsiz ve gereksiz yasaklara dayalı olarak verilmiştir (Kongreyi zamanında yapmamak, parti adında “komünist” sözcüğünün yer alması, Diyanet İşleri Başkanlığının kaldırılmasının savunulması vs.). Ancak bu saptama ağırlıklı olarak eski mevzuat açısından geçerlidir. Bugün itibarıyla aşırı yasakçı mevzuatın aşıldığını daha makul bir seviyeye getirildiğini söyleyebilirim. Özellikle, 1995 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile parti yasaklama nedenlerinin çerçevesinin somutlaştırılarak daraltılması, partiye ve mensuplarına yönelik daha orantılı yaptırım türlerinin öngörülmesi, 2004 yılında yapılan değişiklikle AİHS gibi uluslararası sözleşmelerin iç hukuka üstün sayılması, hatta AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmesi bu alanda atılmış kayda değer adımlardandır. 1995 ve 2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri sayesinde, partilerin kapatılması eskiye oranla zorlaştırılmış ve parti kapatma yerine fiille orantılı bir yaptırım olarak partinin devlet yardımıdan yoksun bırakılması imkânı getirilmiştir. Bu olumlu gelişmeler, Türkiye’deki parti kapatma pratiğinin daha makul bir seviyeye oturmasına olanak sağlamıştır. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi açısından, AİHM’nin bu alanda verdiği kararların yol gösterici ve standart belirleyici niteliği etkili olmuştur. Bununla birlikte, parti yasaklama yaptırımlarında eşitsizlik/orantısızlık içeren anayasal hükümler varlığını halen sürdürmektedir:

i) Mali yardım alan partiler açısından iki farklı yaptırım söz konusudur: kapatma ve mali yardımdan yoksun bırakma. Buna karşın, mali yardım almayan partiler bakımından tek yaptırım kapatmadır. Oysa mali yardım alsın ya da almasın bütün partiler açısından geçerli olmak üzere aykırılığın ağırlığı ile orantılı yaptırım modelleri öngörülebilirdi (seçimlere girmekten men etme, geçici faaliyet yasağı koyma vb).

ii) Bir partiye salt tüzük veya programının anayasaya aykırılığı nedeniyle kapatma yaptırımı uygulanabilmektedir. Oysa eylemleriyle test edil-

medikçe salt tüzük ve programa dayalı aykırılıktan dolayı kapatma yaptırımını uygulanmamalı; kapatma yaptırımını Mahkemenin vereceği ihtar kararına uyulmaması koşuluna bağlanmalıdır.

iii) Anayasa’da kapatma nedenleri ile mali yardımdan yoksun bırakma nedenleri aynıdır (Ay. md. 68/4). Söz konusu hüküm özü itibarıyla zaten ağır filleri kapsamaktadır. Ayrıca SPY’nin emredici hükümleri için herhangi bir yaptırım söz konusu değildir. O halde Ay. md.68/4’e aykırılığın tek yaptırımını kapatma olarak kalmalı, kapatma dışında kalan SPY’nin emredici hükümlerine aykırılıklar konusunda ise mali yardımdan yoksun bırakma da dahil daha hafif yaptırımlar öngörülmelidir.

Ülkemizdeki parti yasaklama pratiğinin ikinci temel dinamiği ise, partilerimizin anayasanın öngördüğü ortak değer ve ilkeler konusunda oydaşma sağlayamamış olmasıyla ilgilidir. Özellikle, devletin laik ve üniter yapısı konusunda belirli siyasal partilerin Anayasa ile öngörülen politik alanın sınırlarını zorladığı görülüyor. Nitekim, kapatılan partilerin önemli bir bölümü ya laikliğe aykırılık ya da bölünmez bütünlük ilkesine aykırılıktan dolayı kapatılmıştır. Türk parti sisteminin aşırı parçalanmış, ideolojik olarak kutuplaşmış, uzlaşma kültüründen yoksun ve lider hegemonyasına dayalı yapısı, liberal-demokratik değerler temelinde ortak bir payda yaratılmasına izin vermemiştir.

Parti kapatma pratiğinin üçüncü dinamiği ise Anayasa Mahkemesinin dengeli tutarlı ve özgürlük eksenli bir yaklaşımı istikrara kavuşturamamış olmasından kaynaklanıyor. Anayasa Mahkemesinin özellikle SPY’nin 104 ve 108. maddelerini iptal etmesi parti yasaklama rejimini etkisiz ve anlamsız hale getirmiştir.

SPY mad. 104/2 iptali¹⁹: SPY’nin 101. maddesi dışında kalan emredici hükümlere aykırılık halinde Anayasa Mahkemesi önce ihtar, eğer ihtara uyulmazsa mali yardımdan yoksun bırakma yaptırımının uygulanması kararı verebiliyordu (md.104). Ancak Anayasa Mahkemesi 11.06.2009 tarihinde verdiği bir kararla 2820 sayılı Siyasal Partiler Yasası’nın (SPY) 104 maddesinin 2.01.2003 tarihli ve 4778 sayılı Yasa ilde değişik ikinci fıkrasının ikinci tümcesini iptal etmiştir. SPY’nin iptal edilen tümceyi de içeren 104. maddesi şöyledir:

¹⁹ AYM Kararı, E. 2008/5, K.2009/81, Kt. 11.06.2009; Resmi Gazete, 07.07.2009 -27281

“(Değişik 1. fıkra: 4445 - 12.8.1999) Bir siyasi partinin bu Kanunun 101 inci maddesi dışında kalan emredici hükümleriyle diğer kanunların siyasi partilerle ilgili emredici hükümlerine aykırılık halinde bulunması sebebiyle o parti aleyhine Anayasa Mahkemesine, Cumhuriyet Başsavcılığınca re’sen yazı ile başvurulur.

(Değişik 2. fıkra: 4778 - 2.1.2003/m.12) Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlere aykırılık görürse bu aykırılığın giderilmesi için ilgili siyasi parti hakkında ihtar kararı verir. Bu yazının tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde aykırılık giderilmediği takdirde, Cumhuriyet Başsavcılığı o siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması için Anayasa Mahkemesine re’sen dava açabilir.”

Anayasa Mahkemesinin söz konusu hükmü iptal etmesi, SPY’nin kapatma dışında öngördüğü emredici kuralların yaptırımsız kalmasına yol açmıştır.

SPY mad. 108 İptali²⁰: 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası’nın 108. maddesi şöyleydi: “Bir siyasi partinin kapatılması için dava açıldıktan sonra o partinin yetkili organı tarafından verilen kapanma kararı, Anayasa Mahkemesinde açılmış bulunan kapatma davasının yürütülmesine ve kapatma kararı verilmesi halinde doğacak hukuki sonuçlara hükmedilmesine engel değildir.” Bu hükmün amacı, hakkında kapatma davası açılan bir partinin kapanma kararı alarak kapatma davasının olumsuz sonuçlarından kaçınmasını önlemeye dönüktü. Anayasa Mahkemesi, 8.12.2010 tarihli toplantısında SPY’nin md 108. maddesini Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. 108. maddenin iptal edilmesi, hakkında kapatma davası açılmış bir partinin kendini feshederek kapatılma riskini ortadan kaldırıp kapatma kararının diğer olumsuz sonuçlarına maruz kalmasını engelleyebilecek bir sonuç yaratmıştır. Kuşkusuz böyle bir sonucun Anayasa’da yer alan parti yasaklama rejimini nedenli etkisiz kılacağı malumdur.

Yüksek Mahkeme, SPY md.108 hükmünü iptal etmek suretiyle parti yasaklama rejiminde Anayasa’da öngörülmeyen yeni bir uygulamaya yol açmıştır. Anayasa’da öngörülen parti kapatma rejimi böylece hakkında kapatma davası açılmış ve dava sürecinde kapanma kararı almış bütün partiler açısından hükümsüz hale getirilmiştir.

²⁰ AYM Kararı, E. 2010/17; K. 2010/112; Kt. 8.12.2010; Resmi Gazete: 05.02.2011-27837.

Anayasanın 69. maddesi açık bir şekilde, “Siyasî partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır.” hükmünü ihtiva ettiğine göre, hakkında kapatma davası açılmış bir partinin dava sürecinde kapanma kararı alması hem savcılık makamının kapatma davası açma yetkisini hem de bu davalara bakmakla görevlendirilmiş Anayasa Mahkemesinin yargılama faaliyetinde bulunmasını anlamsız ve gereksiz kılar²¹. Sonuç olarak; SPY’nin 108. maddesinin iptali nedeniyle, kapatma davası sürecinde kapanma kararı alan davalı parti açısından, Anayasa’nın 68. ve 69. maddesinde öngörülen yasak ve yaptırımlar etkisiz hale gelmiştir.

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

²¹ Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Ekrem Ali AKARTÜRK, “Anayasa Mahkemesinin SPY Md.108 Hakkında Verdiği İptal Kararının Parti Yasaklama Rejimi Üzerindeki Etkileri”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı: 10 cilt:2, 2013, s. 65-77.

Egemenlik Teorisi ve Anayasayı Değiştirme Sorunu

Prof. Dr. Oktay UYGUN*

İlk anayasamız olan Kanuni Esasi 1876 tarihli­dir. Kanuni Esasi’den bu yana beş yeni anayasa ve bir o kadar da kapsamlı anayasa değişikliği yaptık. Bu uzun tarihsel arka plana ve zengin deneyime rağmen, kamu hukukçuları olarak hala anayasayı nasıl ve ne ölçüde değiştirebileceğimizi tartışıyoruz. Bu tartışmanın varlığı; anayasacılık hareketi, egemenlik anlayışı ve iktidarın sınırlanması gibi konularda siyasal kültürümüzün ne denli zayıf olduğunun çarpıcı bir göstergesi olarak ele alınabilir. Neredeyse bir buçuk asra yaklaşan anayasa deneyimimiz; anayasanın önemi, işlevi ve niteliği konusunda farklı toplum kesimleri arasında ortak bir anlayışın oluşmasına zemin hazırlamış görünüyor. Anayasayı ulusun ortak değerlerini yansıtan, insanların eşitliği ve özgürlüğünü koruyan üstün bir hukuk belgesi olarak görmekten çok uzağız. Ülkemizde ilk kez 1990’lı yıllarda, yeni ve özgürlükçü bir anayasa yapma talebi farklı toplum kesimleri arasında yaygın kabul görmeye başladı. 1995, 2001 ve 2004 tarihlerinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde farklı siyasal partilerin uzlaşmasıyla önemli anayasal değişiklikler yapılabil­di. İlerleyen yıllarda ise, toplumsal kutuplaşmaya paralel olarak uzlaşma kül­türü zayıfladı ve anayasa değişikliği veya tümüyle yeni bir anayasa yapma konusu, iktidarı ele geçiren kesimin toplumun geri kalanına dayatacağı bir toplum projesine dönüştü. Bu kutuplaşma ortamında, özellikle anayasanın değiştirilemez maddeleri yoğun biçimde tartışılmaya başlandı: TBMM anayasanın değiştirilemez maddelerini değiştirebilir mi? Demokratik usullerle tümüyle yeni bir anayasa yapılabilir mi? Bu ve benzeri sorulara verilecek cevaplar “egemenlik”, “anayasanın üstünlüğü”, “kurucu iktidar” gibi ilke ve kavramlara yüklediğimiz anlamlara bağlı olarak değişir. Bu makalede, ilk olarak söz konusu ilke ve kavramların egemenlik teorisinde ve farklı hukuk

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

teorilerinde nasıl ele alındığı incelenecek ardından tümüyle yeni bir anayasa yapılabilmesi imkânı üzerinde durulacaktır. Konuya “egemenlik” kavramını açıklığa kavuşturarak başlayabiliriz.

Egemenlik Kavramı

Siyasal iktidarı *egemenlik* kavramıyla nitelendiren ilk düşünür Jean Bodin’dir. 1576 tarihli ünlü eseri *Devletin Altı Kitabı*’nda, yaşadığı dönemde Avrupa’daki *mutlak monarşileri* “egemen” sıfatıyla tanımlar. Bunlar içinde, özellikle Fransız krallarının, feodal beylik, Papalık ve Roma–Cermen İmparatorluğu’na karşı verdikleri savaşıardan galip çıkarak içte ve dışta kesin üstünlüklerini sağlamaları dikkat çekicidir. Bodin, Fransız monarşisinin bu üstünlüğünü nitelemek için Latince “en üstün iktidar” anlamına gelen *superanus* sözcüğünün Fransızcadaki karşılığı olan *souveraineté* (egemenlik) sözcüğünü kullanır.¹ Bodin, kitabında, döneminin egemen iktidarlara olarak Fransa, İspanya, İngiltere, İskoçya, Etiyopya, Osmanlı, İran ve Rusya’yı gösterir.²

Bodin’dan bu yana, “egemenlik” kavramı iki boyutu açısından ele alınır: Pozitif egemenlik ve negatif egemenlik. Pozitif egemenlik, bir devletin kendi ülkesi ve yurttaşları üzerinde en üstün otoriteye sahip olmasını ifade eder. Buna *iç egemenlik* denir. Negatif egemenlik ise, devletin herhangi bir dış otoritenin kontrolü altında bulunmaması anlamına gelir. Egemenliğin negatif yönü, *dış egemenlik* veya *bağımsızlık* kavramlarıyla da adlandırılır.³ Devlet iktidarı, gerçekten, pozitif ve negatif egemenlik anlamında “mutlak” olabilir mi? Bu soruya evet cevabı verildiğinde, egemen iktidarın anayasayı dilediği gibi değiştirebileceği de kuşkusuzdur. Fakat burada bir ayrım yapmamız gerekir: Demokratikleşme sürecine paralel olarak egemenlik yetkisi hanedanlardan halka veya millete geçmiştir. Dolayısıyla, egemenliğin sahibi

¹ Münici Kapani, Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi, 2001, s. 56

² Jean Bodin, Jean (1955), Six Books of the Commonwealth, (Translated by M. J. Tooley), Basil Blackwell, Oxford, 1955, (II:5)

³ K.W.B. Middleton, “Sovereignty in Theory and Practice”, In Defense of Sovereignty (Ed. W. J. Stankiewicz), Oxford University Press, New York, 1969, s.149 vd. Pozitif-negatif egemenlik terimi otoritenin niteliği; iç-dış egemenlik terimi ise otoritenin kullanıldığı yer göz önüne alınarak formüle edilen kavramlardır. Middleton, Türkçe eserlerde genellikle benimsenen iç ve dış egemenlik ayrımının yerine, nitelik yönünden yapılan ayrımı tercih ediyor. Gerekçeleri için bkz; a.g.m. s.149, dp.15

olan halkın/milletin yetkisiyle, bu yetkiyi kullanan organların (seçilmiş temsilcilerin) yetkisini ayrı ayrı ele almak gerekecektir. Bu durum, yürürlükteki bir anayasaya göre seçilen bir parlamentonun mevcut anayasayı tümüyle kaldırıp yeni bir anayasa yapıp yapamayacağı bakımından önem taşır. Özellikle, anayasa bazı hükümlerinin değiştirilemeyeceği esasını kabul etmişse, egemenlik yetkisi kullanan organların bu konudaki yetkisinin sınırlarını belirlemek daha da önem kazanır. Biraz sonra bu hususu ele alacağız. Şimdi, egemenlik teorisinin kurucusu Bodin'in, sonrasında, bu teoriyi daha güçlü şekilde savunan Hobbes'un görüşlerinde devlet iktidarının ne ölçüde "mutlak" olduğuna biraz daha yakından bakalım. Ardından, egemenlik teorisini demokratikleştiren Rousseau'nun görüşlerini ele alacağız.

Jean Bodin'den itibaren "egemenlik" kavramı kamu hukukunda, siyaset felsefesinde ve siyaset biliminde uzun süre merkezi bir kavram olmuştur. Günümüzde, çoğu bilim dalının soyut, tanımlanamaz nitelikte, mistik ve metafizik bir kavram olduğu gerekçesiyle bu kavramı kullanmaktan vazgeçtiğini görüyoruz. Bununla birlikte, anayasalar hala bu kavram üzerinden devlet iktidarını düzenlediğinden ve uluslararası hukukta da kullanılmaya devam edildiğinden, egemenliğin kamu hukukunda eski önemini korumaya devam ettiğini söyleyebiliriz.

Bodin'e göre, devleti diğer iktidar yapılarından ayıran temel unsur *egemen bir iktidar* olmasıdır. Egemenlik, yurttaşlar üzerindeki en yüksek, en mutlak ve en sürekli güçtür. Egemenliğin mutlak olması, onu sınırlayan başka bir iktidarın olmadığını ifade eder: Gelenekler, insan yapımı yasalar, kişiler veya kurumlar egemeni sınırlayamaz. Egemen, kendi koyduğu yasalarla da bağlı değildir, çünkü o, istese de kendi elini kolunu bağlayamaz. Egemenlik başkalarından emir almamaktır. Başka bir güç tarafından sınırlanan iktidar egemen olmaktan çıkar. Yasalar egemenin buyruğudur ve egemen yasaları koyarken senato veya halk meclisi gibi bir kurumun onayını almak zorunda değildir⁴. Duguit'nin belirttiği gibi, "*gerçekten de, egemenlik yalnızca kendisi tarafından belirlenebilecek bir iradeyse, bundan açıkça, onun ne üstün güç ne de rakip tanıyacağı sonucu çıkar. Egemenlik sınırsız ya da mutlaktır; çünkü öyle olmasaydı, onu sınırlayacak bir başka iradeye bağımlı olurdu ve dolayısıyla, yalnızca kendisi tarafından belirlenmekten çıkardı. (...) Egemenlik her zaman buyurucu bir iradedir. Belli bir toprak üzerindeki*

⁴ Bodin 1995, (Six Books of the Commonwealth, I:8)

bütün öteki iradelere üstün olan bir iradedir. Bunun sonucunda da, öteki iradelerle sözleşme aracılığıyla ilişkiye girmez, yalnızca buyruklar aracılığıyla ilişkiye girer.(...)”⁵

Egemenlik Sınırsız Bir Yetki midir?

Egemenlik teorisindeki “mutlak”, “sınırsız” gibi güçlü ifadelerle rağmen, mantıksal bir çelişkiye düşmeksizin devlet iktidarının sınırsız olduğunu savunmak kolay değildir. Nitekim, Bodin egemenliğin mutlak olmasından, kralın hiçbir kurala bağlı olmadığı anlamının çıkartılamayacağını söyler: *“Mutlak iktidarın bütün yasalardan bağımsızlık anlamına geldiğinde ısrar edersek, bütün krallar Tanrısal, doğal ve hatta bütün uluslar için geçerli bazı pozitif yasalara tabi olduğundan, yeryüzünde egemen olarak nitelendirilebilecek tek bir hükümdar bile bulamayız.”*⁶ Görüldüğü gibi Bodin, egemenliği yurttaşlar üzerindeki en yüksek, en mutlak ve en sürekli güç olarak tanımlasa da, siyasal iktidarın tanrısal, doğal ve hatta bütün uluslar için geçerli bazı pozitif yasalara tabi olduğunu söylemekten de geri kalmamıştır.

Bodin’in egemenlik teorisini daha da mutlak hale getirmeye çalışan düşünür Thomas Hobbes’tur. Bodin, iktidarı doğal yasalarla sınırlamaya ve özel mülkiyeti dokunulmaz kılmaya gayret ederken Hobbes, en küçük hak taleplerinin bile çatışmaya ve iç savaşa götürebileceği endişesiyle, bireylerin devlete karşı ileri sürebilecekleri hakları olduğu görüşünü reddeder. Devlet iktidarının doğal haklarla sınırlı olduğu yönündeki liberal bakış açısını kabul etmez. *“Uyruğun özgürlüğü, egemenin yasaklamamış olduğu işlerdedir”* diyen Hobbes, özgürlükleri bütünüyle devletin takdirine bırakmış görünür. *“Egemenin hangi gerekçeyle olursa olsun, bir uyruğa yapabileceği hiç bir şey adaletsizlik veya haksızlık olarak adlandırılmaz”* sözüyle de bu tutumunu güçlendirir⁷. Fakat Hobbes, sık sık, devletin neden bu denli geniş yetkilere sahip olduğunu hatırlatır; bu yenilmez canavar (*Leviathan*) genel savaş durumuna son vermek için meydana getirilmişti. Dolayısıyla, uyrukların devlete karşı yükümlülükleri toplum sözleşmesi ile devrettikleri haklardan ve egemen iktidarın kuruluş amacından, yani barışı sağlama gayesin-

⁵ Leon Duguit, “Egemenlik ve Özgürlük”, (Çev. D. Köse, S. Koç) Devlet Kuramı (Der. C. B. Akal), Dost Kitabevi, Ankara, 2000, s.383

⁶ Bodin 1955, (Six Books of the Commonwealth, I: 8)

⁷ Thomas Hobbes, Leviathan (çev. S. Lim), YKY, İstanbul, 1993, s.156, 159 (Leviathan I: XXI)

den türetilmelidir. Sözleşme yapılırken bireyler sahip oldukları doğal hakkı, Hobbes'un deyişiyle, "*kendi hayatını korumak için kendi gücünü dilediği gibi kullanma özgürlüğü*"nü devreder. Bu özgürlük, kuşkusuz pek çok insan eylemini içerir; ama bunların tümünün devredilmesi söz konusu değildir. Bunlar içinde devletin kuruluş amacı ile doğrudan bağlantılı olan biri var ki, onun devredilmesi söz konusu değildir: "*Hiç kimsenin (...) bırakmış veya devretmiş kabul edilemeyeceği bazı haklar vardır. İnsan, canını almak için kendisine cebren saldıranlara direnmek hakkını bırakamaz.*"⁸

Jean Bodin ve Thomas Hobbes, egemenlik teorisini mutlak monarşi olarak adlandırılan yönetimler için formüle etmişlerdi. 18. yüzyılda Fransız düşünürler J. J. Rousseau ve E. Sieyes, bu teoriyi demokratikleştirecek *halk egemenliği/milli egemenlik* teorisine dönüştüreceklerdir. Rousseau, doğrudan demokrasiyi savunduğu *Toplum Sözleşmesi* adlı eserinde, tabiat halinde yaşayan insanların oybirliğiyle bir sözleşme imzalamasıyla, o anda sözleşmeyi imzalayanların kişisel varlığı yerine toplantıdaki oy sayısı kadar üyesi olan tüzel ve kolektif bir bütünü geçirdiğini belirtir. "Genel irade" olarak adlandırılan bu kolektif bütünün iradesi mutlak, devredilmez, bölünmez, temsil edilmez ve yanılmazdır.⁹

⁸ Hobbes 1993, s.98 (Leviathan I: XIV) Acaba birey, bu hakkını devlete karşı da kullanabilir mi? Devletin uyruklarına ölüm cezası verebileceği kabul edildiğine göre, bu hak ne ifade eder? Hobbes, devletin kişiye ölüm cezası verme yetkisiyle kişinin kendi canını kurtarmak için direnme hakkı arasında bir çelişki görmemektedir. Kişi başkalarının canını korumak için devlete karşı gelemez ama kendi canını korumak için direnebilir: "Hiç kimse, suçlu veya masum başka birini savunmak için devletin kılıcına direnmek özgürlüğüne sahip değildir; çünkü böyle bir özgürlük, egemenden bizi koruma araçlarını alır, hükümetin gerçek özünü tahrip eder. Fakat çok sayıda insan toplu olarak egemen güce haksızca direnmişler veya beklenen cezası ölüm olan büyük bir suç işlemişler ise, bir araya gelip birbirlerini kollamak ve savunmak özgürlüğüne sahip midirler? Kesinlikle sahiptirler; çünkü yaptıkları şey canlarını korumaktır ki, suçsuzlar gibi suçlular da bunu yapabilir." Hobbes 1993, s.161 (Leviathan II: XXI) Devlet, barışı ve güvenliği sağlamak için bireyi öldürme yetkisini toplum sözleşmesinden alır, birey ise kendi hayatını kurtarmak için direnme hakkını kendi tabiatından alır. Hobbes'a göre ortada bir çelişki yoktur çünkü Hobbes yaşam hakkını liberal düşünürlerin anladığı anlamda bir doğal hak görmemektedir. Herkes, hayatını kurtarmak için elinden gelen her şeyi içgüdüsel olarak (veya güçlü arzularla) yapar. Bu tutum insan tabiatının belirlediği bir davranış biçimidir ve bu anlamıyla doğaldır. Fakat hayatta kalmak için verilen bu mücadele, devlete bir yükümlülük getirmediği için liberal teorinin kabul ettiği anlamda dokunulmaz bir yaşam hakkı söz konusu değildir.

⁹ Jean-Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi* (Çev. V. Günyol) Adam Yayınları, İstanbul, 2001, s.26, 29, 35, 109

Rousseau’da genel irade, egemen iradedir. Egemenliği en üstün irade olarak tanımlamış olsalar da, Bodin ve Hobbes’ta egemenlik bazı sınırlara veya çelişkilere sahipti. Bodin, özel mülkiyet ve kamu topraklarının devredilmezliği gibi bazı konuları, açıkça egemen iradenin yetkisi dışına çıkartmıştı. Hobbes’ta egemen güce bu tür sınırlar çizilmemekle birlikte, egemen güç yetkisini bir sözleşmeyle bireylerden almaktaydı; aslında, egemenliğin kaynağı sözleşme anına kadar bir halka dönüşmemiş olan bireylerdir. Egemen gücün yetkisini sözleşmeye uygun kullanıp kullanmadığı, gücü kullanan ile gücün kaynağı arasındaki iradelerde bir farklılık olup olmadığı sorgulanabilecektir. Rousseau, egemenlik teorisini bu çelişki ve sınırlardan kurtarır; egemenliğin kaynağı ile kullanımı arasındaki farkı ortadan kaldırır. Egemenliğin sahibi olan halk, aynı zamanda iktidarı da kullanmakta, yasaları bizzat kendi yapmaktadır. Doğrudan demokrasinin geçerli olduğu bu sistemde, adeta, halkın yaptığı her yasa ile toplum sözleşmesi yenilenmektedir. Halkın iradesi olan genel irade, fiilen bütün sınırlamalardan kurtulmuş olarak hüküm sürer. Rousseau’nun egemenlik teorisinde, genel irade “yanılmaz” ve “hata yapmaz” özelliği ile de donatıldığından, çok daha güçlü bir meşruiyete sahiptir ve mutlak iktidar veya egemen iktidar bakımından mümkün olabilecek en eksiksiz, en mükemmel durumu yansıtmaktadır. Egemenlik teorisi mantıksal sonucuna; gerçek ve eksiksiz bir mutlak iktidar anlayışına Jean-Jacques Rousseau ile kavuşmuştur.¹⁰

Egemenlik ve Hukukun Üstünlüğü İlkesi

Çağdaş demokratik rejimlerde, yönetenlerin hukukla bağlı olduğu esasını içeren ve yurttaşlara hukuk güvenliği sağlamayı temel amaç edinen hukukun üstünlüğü (veya hukuk devleti) ilkesi, devlet içinde herhangi bir organın mutlak ve sınırsız yetkilere sahip olması düşüncesiyle çelişir. Bodin’in, “*egemenlik yurttaşların, uyrukların ve hukukun üstünde olan üstün bir kuvvettir*” sözü, hukukun üstünde bir güç kabul etmeyen, hukukun üstünlüğünü esas alan çağdaş demokrasi anlayışı ve hukuk devleti ilkesi ile taban tabana zıt bir ifadedir. Mutlak, sınırsız egemenlik anlayışını, demokratik olsun veya olmasın “hukuk düzeni” ile bağdaştırmak kolay değildir. İnsanlar üzerinde hukuki bir otorite sahibi olduğunu iddia eden herhangi bir yönetici, aynı zamanda, yönetimini meşrulaştıracak iktidarının kaynağına esas oluşturacak

¹⁰ Oktay Uygun, Devlet Teorisi, On İki Levha Yayınları, 2017, s.240-242

bazı hukuki dayanakları olduğunu kabul ediyor demektir. Yöneticinin bu hukuki dayanaklara aykırı davranmaması, işin doğası gereğidir. İktidarının varlık nedenini oluşturan bu hukuki esaslar, otoriteye sahip olmanın önkoşuludur. Bu nedenle, hukuki bir otoritenin sınırsız, mutlak nitelikte olması kendi içinde çelişen bir önermedir. Ancak keyfi bir otorite sınırsız ve mutlak olduğunu ileri sürebilir.¹¹

Nitekim, yukarıda incelediğimiz gibi, mutlak egemenlik kuramının savunucuları olan Thomas Hobbes ve Jean Bodin’de bile egemenlik bazı sınırlara sahiptir. Hobbes’a göre, egemen güç yurttaşların güvenliğini sağlamak zorundadır. Bu görevi yerine getirmediğinde, yurttaşların itaat borcu sona erer. Bodin’e göre, tanrısız ve doğal yasalara karşı çıkmak egemen gücün iktidarı içinde değildir. Keyfi vergi toplanması, özel mülkiyetin kaldırılması doğal yasalara aykırıdır. Ayrıca, egemenin iktidarı elde edilmiş biçimi (tahta geçişte ardıllık ilkesi) ve kamusal toprakların başkalarına devredilememesi gibi kurallar da egemen gücü sınırlar. J. J. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*’nde mutlak, bölünmez, devredilmez, temsil edilmez ve yanılmaz niteliklere sahip genel iradenin ortaya çıkabilmesi için pek çok ön koşul sıralar¹². Geçmişte kralların kutsallığını ilân eden, onları dokunulmaz varlıklar olarak nitelendiren düşünürler, Hobbes’tan daha ileri giderek, yurttaşların her koşulda istisnasız itaatlerini öngörmüş olsalar bile, kralların tanrısız yasalarla bağlı olduğunu söylemekten geri kalmamışlardır¹³. Bütün bu görüşler dikkate alındığında, en mutlak haliyle anlaşıldığı dönemlerde bile egemenlik teorisinin devlet iktidarına bazı sınırlar çizdiği görülüyor. Söz konusu sınırlar, günümüzdeki anlamına yakın biçimde anayasal nitelikte ilkeler olarak görülebilir.

Pozitivizm ve Egemenlik Teorisi

Siyasal iktidarın niteliği ve sınırları konusuna farklı hukuk teorileri farklı açılardan bakmıştır. 19. yüzyıldan itibaren baskın görüş haline gelen pozitivist yaklaşımlar, genellikle egemenlik teorisinin “mutlak” ve “sınırsız” bir iktidar modelini destekler niteliktedir. Özellikle, T. Hobbes, J. Bentham ve J. Austin gibi *iradeci pozitivizm* savunucuları, hukuku yalnızca egemen

¹¹ Middleton 1969, s.146

¹² Bkz: Uygun 2017b, s.242-243

¹³ Middleton 1969, s.146

iradenin buyrukları olarak gören bir anlayışı benimsemiştir.¹⁴ Bu yaklaşımıyla iradeci pozitivizm, *hukukun üstünlüğü ilkesi* ile temel bir uyumsuzluk içindedir. Bu teori yasa koyucunun iradesini adeta tabulaştırmakta; içeriği sorgulanmadan ona uyulmasını beklemektedir. Oysa bu irade kötü, zararlı ve keyfi olabilir; hukukun işlevleri olan düzeni, barışı, güvenliği ve adaleti sağlamaktan çok uzak olabilir. Çağdaş hukuk devleti, bu olasılığa karşı yurttaşların hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla hukukun üstünlüğü ilkesini temel alır. Anayasa Mahkememizin deyişiyle, “*hukuk devletinde, kanun koyucu organ da dahil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hakimiyeti vardır*”¹⁵. Üstün olan yasa koyucunun iradesi değil, hukuktur:

“Hukuk devletin temel unsuru, bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa’ya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde kanun koyucu organ da dâhil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hâkimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lâzımdır. Zira, kanunun da üstünde kanun koyucunun bozamayacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır ve kanun koyucu bunlardan uzaklaştığı takdirde meşru olmayan bir tasarrufta bulunmuş olur. Hukukun ana prensiplerine dayanmayan, devletin amacı ve varlığı sebebiyle bağdaşmayan ve sadece belli bir anda hâsıl olan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunlar, toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır. Böyle bir kanun hukukun yüceliğini temsil etmez. Böyle bir kanunun kabulünü ve uygulanmasını hukuk devleti tasarrufu niteliğinde saymak da mümkün değildir.”¹⁶

Anayasa Mahkemesi, yasa koyucunun iradesinin ürünü olmayan *hukukun genel ilkelerini* anayasa üstü normlar olarak görmekte ve devleti bunlarla bağlı kabul etmektedir. Mahkeme’ye göre, “*yasaların, Anayasa’nın açık kurallarından önce hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerde benimse-*

¹⁴ Oktay Uygun, *Hukuk Teorileri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.56-61

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E.1963/124; K.1963/243; K.T.11.10.1963; RG.4.12.1963/11572

¹⁶ Anayasa Mahkemesi, E.1963/124; K.1963/243; K.T.11.10.1963; RG.4.12.1963/11572

nen ilkelerine uygun olması şarttır”¹⁷. Bu ilkelerin yasa koyucu tarafından bozulması ya da değiştirilmesi mümkün değildir¹⁸. Hukukun genel ilkeleri anayasa üstü normlar olmakla birlikte, bütünüyle anayasanın dışında kabul edilmemiştir. Yasama faaliyetinin hukukun genel ilkelerine uygun olması gereği, aynı zamanda anayasada belirtilen *hukuk devleti ilkesinin* bir sonucudur. Diğer bir deyişle, anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkelere yön veren ve onlara egemen olan hukukun genel ilkeleri, hukuk devleti ilkesi sayesinde, bir anlamda, anayasal ilkeler haline dönüştürülmüştür¹⁹. Ergun Özbudun’a göre, 1961 ve 1982 Anayasaları hukukun genel ilkelerinden söz etmese de yargıcın bu ilkeleri bir hukuk kaynağı olarak kullanmasına olanak tanır: Anayasa’nın 138. maddesi, “*hakimler... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*” demektedir. Burada Anayasa ve kanun kavramından başka “*hukuk*” kavramına da yer verilmiş olması, anayasa koyucunun yazılı hukukun ötesinde bazı genel hukuk ilkelere pozitif bir değer yüklediğini gösteriyor. Ayrıca, Anayasa’daki bu hüküm olmasaydı bile, hukuk devleti ilkesinin hukukun genel ilkelerini özünde barındırdığını kabul etmek gerekecekti.²⁰

Devlet ve Hukuk

Hukuk teorileri, devlet ile hukuk arasındaki ilişkiyi iki türlü kurmuştur: Birinci durumda devlet hukuka bağlıdır, onunla sınırlıdır. İkinci durumda hukuk devlete bağlıdır, onun tarafından belirlenir. Doğal hukuk teorisi doğal hukuku devletin ve pozitif hukukun üzerinde konumlandığından, devleti hukukla sınırlar. Bu teoride doğal haklar devlet iktidarının sınırını oluşturmakta ve bu sınır aşıldığında iktidar meşruiyetini yitirmektedir. Anayasa Mahkememiz, yukarıda alıntılanan görüşleriyle doğal hukukçu yaklaşımı benimsemiştir. Benzer yaklaşımı 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi’nde de görmek mümkündür. Bildirge, hiçbir iktidarın değiştire-

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, E.1963/166, K.1964/76, AYMKD 1, s.237

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, E.1963/124; K.1963/243, AYMKD 1, s.429

¹⁹ Bkz. Oktay Uygun, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul, 1992, s.147-149.

²⁰ Bkz: Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.132. Mahkeme’nin hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak kullanmasının yerindelik denetimine yol açacağı yönündeki eleştirisi için bkz: Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2010, s.423

meyeceği, kanıtlanması gerekmeyen apaçık gerçeklerden söz eder: “*Şu gerçekleri kendilerinde apaçık olarak kabul ediyoruz: Tüm insanlar eşit yaratılmıştır, Yaratanları tarafından kendilerine, aralarında yaşam hakkı, özgürlük hakkı ve mutluluğu arama hakkı olan bazı devredilmez haklar verilmiştir* (par.2).”

İradeci pozitivizm ise devlet iktidarını sınırlayan görüşlere karşı çıkar: Devlet iradesi hukukun kaynağıdır. Egemen olarak nitelendirilen devlet iktidarı hukukla, ahlakla veya başka bir şeyle sınırlı kabul edilmez. İradeci pozitivizmin savunucularına göre, hukuk kurallarının somut ve gözlemlenebilir tek kaynağı vardır: Yasa koyucunun (egemenin, devletin) iradesi. Bentham’ın deyişiyle; doğal hukukçuların savunduğunun aksine, hiçbir hukuk kuralı doğadan çıkmaz. Hukuk, her zaman ve her yerde devlet iradesinin ürünü olan ve devlet otoritesi ile yaptırıma bağlanan kuralları bütünüdür. Daha somut olarak, hukuk egemen iradenin koyduğu emir ve yasaklardır. Bu nedenle, pozitif hukukun üzerinde başka bir hukuk yoktur.²¹

Hukuka pozitivist yaklaşan teorilerden biri olan *Normativizm*, egemen iktidarla hukuk ilişkisini iradeci pozitivizmden farklı biçimde açıklar. Bu te-
orinin kurucusu olan Avusturyalı hukukçu *Hans Kelsen* (1881-1973), iradeci pozitivistler gibi, hukuku gerçek bir bilim düzeyine yükseltmeyi amaçlar: Bunun için, *Saf Hukuk Kuramı*²² adını taşıyan çalışmasında hukuku bütün hukuk ötesi unsurlardan arındırır. Kelsen, kendisini pozitivist olarak görmekle birlikte, diğer pozitivistlerden önemli ölçüde ayrılır. İradeci pozitivizm hukukun kaynağını devletin iradesi olarak görmüştü. Kelsen ise hukuk kurallarının kaynağını ne devletin ne de toplumun iradesine dayandırır. Ona göre, “irade” hukukun kaynağı olamaz. Kelsen’in saf hukuk teorisinde, hukukun kendisinden başka bir temeli yoktur. Atama, görevden alma, disiplin cezası, vergi tarhi, trafik cezası gibi hakkımızda uygulanan hukuki bir işlem geçerliliğini, muhtemelen, o konuyu düzenleyen bir yönetmelikten alır. Yönetmelik, geçerliliğini ilgili yasadan alır. Yasa da geçerliliğini anayasadan alır. Anayasanın geçerliliği bir önceki anayasaya, onunki de devletin kuruluşuna uzanan ilk anayasaya kadar götürülebilir. Böylece, her normun geçerliliği hiyerarşik olarak bir üstte bulunan norma dayanır. Normlar hiyerarşisi içinde yükselirken, artık ilerleyemeyeğimiz bir nokta gelir; bu nokta ilk anayasanın geçerliliğini dayandıracağımız normdur. Kelsen, bu noktada yani

²¹ Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2009, s.243-244, 276

²² Hans Kelsen, Saf Hukuk Kuramı (Çev. E. Uzun) Nora Kitap, İstanbul, 2016

anayasanın üzerinde bir temel normun (*Grundnorm*) bulunduğunu varsaymamız gerektiğini söyler. Varsayımsal temel norm geçerliliğini başka bir normdan almaz; tersine, tüm normlar hiyerarşik biçimde sıralanarak temel norma bağlanır ve geçerlilik kazanır²³. “*Temel norm, hukuki süreç içinde yaratılmadığı, çıkartılmadığı, koyulmadığı için pozitif bir hukuk normu olarak değil, hukuk yapımına dair her şeyin, esasında, pozitif hukuka ait her sürecin varsayılması koşulu olarak geçerlidir*”²⁴.

Normativist bakış açısıyla, devlet iktidarı *egemen* olarak nitelendirildiğinde, ortaya ciddi bir çelişki çıkar: Devlet iktidarı egemen ise, devlet aygıtını çalıştıran ve devletin işlevlerini gerçekleştiren egemenin hukuk kurallarını da belirleyecek gücü olmalıdır. Aksi halde, iktidar egemen değildir. Devlet iktidarının böyle bir gücü varsa, devletin hukukla bağlı olmadığını kabul etmek gerekir. Ancak normativizme göre, devlet kendisini egemen kılan, hukukla sınırlamayan bu yetkisini de bir normdan almış olmalıdır. Hukuki değeri olan tüm yetkiler, tüm kurallar yalnızca üst bir normdan kaynaklanabilir. Devlet iktidarı yetkisini bir normdan alıyorsa, egemen olan söz konusu normdur, devlet değil.

Kelsen’e göre, devlet-hukuk ilişkisi bakımından ortaya çıkan bu çelişki sahte bir durumdur: Gerçekte ortada bir çelişki yoktur. Çünkü, devlet ve hukuk aynı şeydir. Aralarında üstünlük veya bağımlılık gibi bir ilişki yoktur. Hukuk, siyasal iktidarın teknik bir uygulamasıdır. Tersinden söylersek, yalnızca bu tekniğe göre düzenlenmiş ve uygulanan iktidara devlet denir²⁵. Kelsen, devletin ve hukuk sisteminin ayırdedici unsurunun aynı cebri eylemler olduğunu belirtir:

“Daha yakından baktığımızda, onun (devletin) cebri bir sosyal sistem olduğunu görürüz. Devletin de, hukuk sisteminin de alametifarıkası aynı cebri eylemlerdir. Bu iki sistem birbiriyle özdeş olmak durumundadır, çünkü aynı sosyal topluluğun iki farklı sistem tarafından inşa edilmiş olması mümkün değildir. Öyleyse, devlet, bir hukuk düzenidir. Ne var ki, her hukuk düzeni devlet olarak nitelendirilemez; bu niteleme sadece hukuk düzeni belli organları yarattığında kullanılır. Hukuk sistemi belli bir merkezilik ölçüsüne ulaştığında, devlet olarak nitelendirilir.”²⁶

²³ Kelsen 2016, s.68-70

²⁴ Kelsen 2016, s.71

²⁵ Michel Troper, Hukuk Felsefesi (Çev. I. Ergüden), Dost Kitabevi, Ankara, 2011, s.98

²⁶ Kelsen 2016, s.124

Hukuk ile devleti özdeş kabul etmenin önemli bir sonucu, artık devleti hukuk marifetiyle meşrulaştırmanın mümkün olamayacağıdır. Doğal hukuk teorisinin en güçlü iddialarından biri, devlet iktidarının yalnızca doğal hukuk ve doğal haklarla sınırlı olduğunda meşru görülebileceğidir. Aksi durumda, devlet iktidarının bir eşkıya çetesinin iktidarından farkı kalmaz. Kelsen'e göre, meşrulaştırma ilişkisi ancak hukuk ile devlet birbirinden ayrıldığında kurulabilir. Oysa hukuk ve devlet aynı şeydir: *"Mantıksal açıdan tutarlı bir hukuki pozitivizmin bakış açısından, hukuk, aynen devlet gibi, insan davranışına dair cebri bir sistemden başka bir şey olarak kavranamaz. Devlet, öyleyse, hukuki çerçevede anlaşılmalıdır, hukukun bizatihi kendisinden ne eksik ne fazla."*²⁷

Normativist ve iradeci pozitivizmin anayasa değişikliğine yaklaşımı nasıl yorumlanabilir? Normativizmde, anayasanın değiştirilemez maddeler içermesi, yasa koyucu bakımından mutlak bir engel oluşturur. Değiştirilemez maddeler, parlamentoyu belirli noktalarda yetkisiz kılmaktadır. Normativist pozitivizmde yasa koyucu organ da dahil olmak üzere bütün kamusal organlar, hukuki sonuçlar doğuracak işlemlerini bir norma dayanarak gerçekleştirebilir. En üstün norm olan anayasa bu konuda bir yasak alan yaratmışsa, o alanda yasa koyucunun işlem yapamayacağı tabiidir. Buna rağmen yeni bir anayasa yapılmak isteniyorsa söz konusu hareket hukuki değil, tamamen siyasi ve sosyolojik düzlemde ele alınmalıdır. Çünkü artık hukuki alanın dışına çıkmış, mevcut anayasanın otoritesi yok sayılmıştır. Hareket başarıya ulaşırsa, yani yaratılan hukuk boşluğu yeni anayasa ile doldurulabilirse, yeni ve farklı bir hukuk düzenine geçilir. Hukuk ve hukukçu yalnızca eski ve yeni hukuk düzeninde bir etkiye sahiptir; aradaki hukuk boşluğunda hukukun bir rolü ve hukukçunun bir etkisi yoktur. Hukuk boşluğunun ardından gelen yeni mevzuat da hiyerarşik biçimde temel norma bağlanarak tam ve yetkin bir hukuk düzeni haline gelecektir.

İradeci pozitivizm konuya normativizmden farklı yaklaşır. Bu farklılığın temelinde, hukukun kaynağının egemen irade olarak görülmesi fikri yatar. Normativizmde tüm devlet organları hukuk ile mutlak biçimde bağlı kabul edilirken, iradeci pozitivizmde devlet hukukun yaratıcısıdır. Hukuku yaratan devlet iktidarının, kendisini kendi iradesiyle geri dönüşü olmayacak biçimde sınırlaması kabul edilebilir bir durum değildir. Bodin'in dediği

²⁷ Kelsen 2016, s.133

gibi, egemen güç istese de kendi elini kolunu bağlayamaz. Aynı biçimde, yasakoyucunun bir takım doğal hukuk ilkeleriyle kısıtlanması da kabul edilmez. Pozitivistlere göre, böyle bir yaklaşım doğal hukuku ve bu hukukun dayandığı etik değerleri hiyerarşik olarak pozitif hukukun üstüne yerleştirmek anlamına gelir. Oysa bu teoriye göre, hukuk kurallarının din veya ahlak kurallarından ayırdedici özelliği devletin iradesiyle ortaya çıkması ve devlet gücüyle uygulanmasıdır. Özetle, iradeci pozitivizm bakımından, devlet iktidarının, egemen karakteri nedeniyle her zaman tümüyle yeni bir anayasa yapabilme iktidarı da vardır.

Anayasanın Değiştirilemez Maddeleri

1982 Anayasasının 4. maddesi uyarınca; devlet şeklinin cumhuriyet olduğunu belirten 1. madde, cumhuriyetin niteliklerini belirten 2. madde ve devletin üniter yapısını, resmi dilini, bayrağını ve başkentini belirten 3. madde değiştirilemez. Bu tür değişmez maddeler başka anayasalarda da mevcuttur. Örneğin, Alman Anayasası federal devlet sisteminin ve anayasanın ilk 20 maddesinde düzenlenen temel haklar ve ilkelerinin değiştirilmesini yasaklamıştır. İtalyan ve Fransız anayasaları da “cumhuriyet” esasını değiştirilemez madde olarak düzenlemiştir. 2003 yılı itibarıyla, Avrupa Konseyi üyesi 14 ülkenin anayasasında değiştirilemez hükümler bulunduğu tespit edilmiştir. Bunlar; Almanya, Azerbaycan, Bosna Hersek, Ermenistan, Fransa, İtalya, Kıbrıs, Moldova, Norveç, Portekiz, Romanya, Türkiye, Ukrayna ve Yunanistan’dır. Diğer Avrupa Konseyi ülkeleri, sıkı koşullara bağlamış olsalar da, anayasalarının her bölümü ve hükmü için değişikliğe izin vermektedir²⁸.

Egemenlik teorisi bakımından anayasanın değiştirilemez hükümlerini değiştirmek veya tümüyle yeni bir anayasa yapmak “kurucu iktidar” kavramıyla açıklanabilir²⁹. Anayasayı anayasanın belirlediği esaslar doğrultusunda değiştiren iktidar *tali* veya *türev kurucu* iktidardır. Yürürlükteki anayasamızda çeşitli tarihlerde yapılan çok sayıda değişiklik, anayasanın 175. maddesinde belirtilen şekil ve şartlar altında tali kurucu iktidar sıfatıyla ha-

²⁸ Bkz: Miguel Revenga Sánchez, “The Move Towards A (And the Struggle for) Militant Democracy in Spain”, ECPR Conference, Marburg, 18-21, September 2003. Çevrimiçi: <http://www.essex.ac.uk/ecpr/events/generalconference/marburg/papers/10/7/Sanchez.pdf>.

²⁹ Bkz: Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta, İstanbul, 2016, s.177-211; Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.I, Ekin, Bursa, 2011 s.316-357

reket eden TBMM tarafından gerçekleştirilmiştir. Buna karşılık, anayasayı önceden konmuş hiçbir kuralla bağlı olmadan değiştiren iktidar *asli kurucu* iktidardır. Asli kurucu iktidarlara yeni bir devletin kurulması, mevcut anayasal düzenin darbe veya devrimle ortadan kaldırılması gibi durumlarda ortaya çıkabilir. Burada üzerinde durmak istediğimiz husus, bu tür olağanüstü durumlar söz konusu olmaksızın, demokratik usullere uygun olarak asli kurucu iktidar fonksiyonunun kullanılıp kullanılamayacağıdır.

Bu konuda dikkate almamız gereken ilk husus, 1982 Anayasası'nın TBMM'ye tümüyle yeni bir anayasa yapma yetkisi vermediğidir. Bu yetkiyi veren anayasalar vardır. Örneğin, İsviçre Anayasası anayasanın kısmen veya tümüyle değiştirilebileceğini belirtir ve her iki durum için ayrı ayrı usuller öngörür. 1982 anayasası, anayasa değişikliği konusunda TBMM'yi her koşulda anayasaya uygun hareket eden bir tali kurucu iktidar olarak görmüştür. Rousseaucu veya Sieyesçi bir egemenlik teorisi bakımından bu doğal görülebilir; çünkü TBMM egemenliğin sahibi değil, onu kullanan organlardan biridir. Egemenliğin sahibi Türk Milletidir. Anayasanın 6. maddesi uyarınca, *“egemenlik kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanır.”*

Jean Bodin, Thomas Hobbes, J. J. Rousseau ve E. Sieyes'in görüşleriyle şekillenen egemenlik teorisi bakımından, egemen varlığın (milletin) tümüyle yeni bir anayasa yapma yetkisi vardır. Tartışılması gereken husus, bu yetkinin yalnızca darbe, devrim, savaş veya yeni bir devletin kuruluşu gibi bir hukuk boşluğu söz konusu olduğunda kullanılabilecek bir yetki olup olmadığıdır. Sieyes'e göre, anayasayı değiştirmek milletin temsilcilerinin değil, o temsilcileri iş başına getiren milletin yetkisi dahilindedir. Millet'in bu konudaki iradesini yasama faaliyetini gerçekleştiren temsilciler dile getiremez; bunun için sadece anayasal sorunlarla uğraşacak *olağanüstü temsilciler* seçilmelidir. Sadece bu olağanüstü temsilciler mevcut anayasa hükümleri ile bağlı olmadan yeni bir anayasal düzen inşa edebilir. Sieyes, milletin yeni anayasal düzen inşa etme iradesini “kurucu irade” olarak adlandırır.³⁰

Yeni bir anayasanın yapılması yetkisinin kullanımını bir hukuk boşluğunun doğması şartına bağlamak, egemenlik teorisi ile ve bu teorinin egemen varlığa yüklediği sıfatlar ile bağdaşmaz görünüyor. Ancak bu durumdan bazı kamu hukukçularının savunduğu gibi, anayasalardaki değiştirilemez hüküm-

³⁰ Emmanuel Sieyes'in bu konudaki görüşleri için bkz: İlhan Akın, Kamu Hukuku, Beta, 1987, s.176-180, 184-185

lerin hukuki bir değerin bulunmadığı, yalnızca siyasi bir tavsiyeden ibaret olduğu sonucu çıkartılmamalıdır³¹. Anayasamıza göre, söz konusu değişiklik yasağı tali kurucu iktidar olan TBMM’yi kesin olarak bağlar. Bu yasağı aşmak için getirilen, TBMM’nin önce ilk üç maddenin değiştirilemeyeceğini söyleyen 4. maddeyi kaldırması, ardından ilk üç maddeyi değiştirmesi önerisi de, eskilerin “kanuna karşı hile” diye ifade ettiği yetkinin kötüye kullanım biçimlerinden biri, ağır bir anayasa ihlalidir.

Yeni Bir Anayasa Yapım Süreci

TBMM’nin anayasanın değiştirilemez maddelerini değiştirme veya tümüyle yeni bir anayasa yapma yetkisi bulunmadığına göre, bunu gerçekleştirmenin başka bir imkanı olup olmadığı incelenmelidir. Egemenlik teorisi çerçevesinde böyle bir imkan vardır: Hukuk düzeninde bir boşluk yaratılması veya anayasanın askıya alınması gibi bir durum söz konusu olmaksızın, tümüyle yeni bir anayasa yapma yetkisini yalnızca milletin kendisi kullanabilir. Milletin bu yetkiyi nasıl kullanacağına ilişkin ilkelere ve usullere anayasada yer verilmemiştir. Dolayısıyla, söz konusu ilkeler ve usuller demokratik esaslar dikkate alınarak egemenlik teorisinin yorumundan çıkartılmalıdır.

Egemenlik teorisi çerçevesinde, tümüyle yeni anayasanın yapılması bakımından TBMM’nin rolü oldukça sınırlıdır. Anayasa tarafından tali kurucu iktidar olarak yetkilendirilen TBMM’nin yeni bir anayasa yapımındaki rolü, egemenliğin sahibi olan milletin bu yetkiyi kullanabilmesi için gerekli hazırlıkları yapmaktan ibarettir. Bu hazırlıklar nelerdir? Farklı toplum kesimlerinin üzerinde uzlaşabileceği, demokratik usullere tamamen bağlı bir hazırlık süreci şöyle tanımlanabilir:

TBMM, egemenliğin sahibi olan milletin tümüyle yeni bir anayasa yapması için gerekli hukuki düzenlemeyi üç aşamalı bir program doğrultusunda yapabilir. Birinci aşamada, milletin mevcut anayasa yerine tümüyle yeni bir anayasa isteyip istemediğinin tespit edilmesidir. Bunu tespit etmenin en güvenli yolu bir *ön halkoylaması* yapmaktır. Bu halkoylamasında, millete yalnızca tümüyle yeni bir anayasa yapım sürecini başlatmayı isteyip istemediği sorulacaktır. Böyle bir hüküm, yürürlükteki İsviçre Anayasası’nda

³¹ Bu yöndeki görüşlerin eleştirisi için bkz: Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa, 2013, s.34-35

bulunmaktadır. Bu anayasa total bir değişiklik için ön halkoylamasını şart koşmakta, kısmi değişiklik için bunu aramamaktadır³². Siyasi partilerin parlamento seçimlerine hazırlanırken seçmene tümüyle yeni bir anayasa yapacakları vaadinde bulunması ve vaadi yapan partinin seçimden birinci çıkması veya kamuoyu yoklamalarının halkın çoğunluğunun anayasanın tamamen değişmesini istediğini tespit etmesi yeterli görülmemelidir. Hukukun üstünlüğü ve anayasanın bağlayıcılığı ilkesine bağlı çoğulcu-özgürlükçü demokrasilerde, bu tespitin hukuken bağlayıcı olan bir ön halkoylaması yapılmasına bağlanması en güvenli yoldur. Millet iradesinin yeni anayasa yapılması yönünde olduğunun tespiti bakımından, oylamaya seçmen sayısının yarısından bir fazlasının katılımı ve geçerli oyların yarısından fazlasının “evet” şeklinde olması asgari şart olarak aranmalıdır.

İkinci aşama, millet adına anayasa metnini hazırlayacak temsilcileri demokratik esaslara göre seçmektir. Bunun en güvenli yolu, yetkisi yalnızca yeni bir anayasa metni hazırlamak olan “kurucu meclis” seçmektir. Kurucu meclis üyeleri, Sieyes’in sözünü ettiği *olağanüstü temsilciler* konumunda olacaktır. Anayasa metnini mevcut parlamentonun hazırlaması yönündeki bir görüşü, anayasanın 4. ve 175. maddeleri ile bağdaştırmak kolay değildir. Kurucu meclis modeli benimsendiğinde, mevcut parlamento yasama yetkisini kullanmaya devam ederken, kurucu meclis de yeni anayasa metnini hazırlayacaktır. Anayasa metninin hazırlanması işini normal parlamentoya bırakmayıp bir kurucu meclise vermenin bazı önemli avantajları ve sağlam gerekçeleri vardır. İlk söylenmesi gereken, kuşkusuz, anayasa gibi egemenliğin nasıl ve hangi şartlarda kullanılacağını belirleyen önemli bir belgenin, millet tarafından doğrudan bu iş için yetkilendirilmiş temsilciler eliyle yapılmasının sağlayacağı meşruiyeti ve prestiji başka hiç bir yöntemin karşılayamayacağıdır. İkinci olarak, normal parlamento anayasa yapımında uzmanlığı olan kişileri ender olarak barındırır; doğal olarak, pek çok farklı meslekten ve uzmanlık kategorisinden üyelerden oluşur. Kurucu meclis kanunu ile bu meclisin, üstlendiği görevi yapacak donanıma sahip üyelerden oluşması sağlanabilir. Yaş, deneyim ve eğitim bakımından yüksek standartların arandığı bir mecliste, son derece teknik anayasa tartışmalarını yürütecek uzmanlık bilgisi ışığında, makul bir süre içinde, bir milletin geleceğini belirleyecek temel ilkelerin ve toplumsal dayanışmayı sağlayacak uzlaşma noktalarının

³² Bkz: Teziç 2016, s.205 ve dipnot 77

tespiti başarılabilir. Kurucu meclisin normal meclise göre güncel siyasi gelişmelerin baskısından uzak, konjonktürel dalgalanmalardan etkilenmeden, mevcut siyasi liderlerin etkisinde kalmadan, milletin uzun vadeli çıkarlarını düşünerek sağduyuyla ve serinkanlı bir yaklaşımla hareket etme potansiyeli çok daha yüksektir.

Kurucu meclis üyelerinin seçiminde mevcut % 10 seçim barajı veya herhangi bir baraj uygulanmamalıdır. Bu barajın konuluş amacı, hükümet istikrarının sağlanmasıydı. Kurucu meclis, kendi içinden bir hükümet çıkaramayacağına ve tek amacı bir anayasa metni hazırlamak olduğuna göre, toplumun bütün kesimlerini yansıtan, yüzde bir halk desteğine sahip ideolojik kesimlerin bile temsil edilebileceği bir platform olmalıdır. Kurucu meclis, konuları müzakere ederken çoğunlukçu bir yaklaşımdan uzak, uzlaşmacı bir yöntemle hareket etmelidir. Bunu sağlamak için, kararlar salt çoğunlukla değil, nitelikli çoğunlukla alınmalıdır. Nitelikli çoğunluğu gerekli kılan, yapılan işin doğasıdır: Çağdaş demokrasilerde anayasa bir toplumun kurucu belgesi, milletin ortak değerlerinin simgeleştiği üstün bir hukuk metnidir. Toplumun yalnızca bir kesiminin (bu kesim çoğunluk bile olsa) benimsediği değerleri barındıran bir metin “anayasa” niteliğini kazanamaz. Anayasalar, toplumun belli başlı bütün kesimlerinin ortak paydası olan değer, ilke ve hükümleri içeren ve bu yönüyle ulusal dayanışmayı kurallar biçiminde ifade eden belgelerdir. Milleti en geniş biçimde kucaklayacak nitelikteki söz konusu anayasa kuralları ancak uzlaşmacı bir yöntemle ortaya konulabilir. 1924 Anayasası’nı hazırlayan İkinci TBMM, anayasa maddelerini görüşmek için salt çoğunluk ile toplanıp, *üçte iki* çoğunlukla karar alacağı esasını benimsemişti. Böyle bir karar alma çoğunluğu kurucu meclis için de benimsenmelidir.

Üçüncü aşama, kurucu meclisin üye tamsayısının üçte ikisiyle kabul ettiği metnin halkoylamasına sunulmasıdır. Anayasa metni için halkoylaması, yurttaşların metnin içeriği konusunda tam olarak aydınlanmalarını sağlayacak özgür ve demokratik bir tartışma ortamının varlığı güvence altına alınarak yapılmalıdır. Halkoylamasında kabul edilen metin yürürlüğe girdiği tarihte, eski anayasa yürürlükten kalkacaktır. Böylece, bir hukuk boşluğu doğmadan, tümüyle demokratik usullerle, egemenliğin sahibi olan millet, kendisi için yeni bir anayasa yapmış olacaktır. Her üç aşamayı düzenleyen kanun, demokratik bir anayasa yapımı için zorunlu koşulları karşılayıp karşılamadığı, millet iradesinin özgür bir ortamda ortaya çıkmasına elverişli

olup olmadığı bakımından Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir. Söz konusu koşulları karşılamayan ön halkoylaması, kurucu meclis ve son halkoylaması kanunları, egemenliğin sahibi olan millet adına yapılmadığı ve onun iradesini geçerli kılmaya yönelik olmadığı için Anayasanın 4, 6 ve 175. maddesi çerçevesinde iptal edilebilir.

Yeni bir anayasa yapmak için yukarıda belirtilen üç aşamalı yöntem, içerdiği koşulları gerçekleştirmenin zorluğu nedeniyle eleştirilebilir. Ancak anayasa yapmak kolay bir iş değildir. Medeni Kanun, Ceza Kanunu ve Ticaret Kanunu gibi temel kanunların taslaklarının hazırlanması bile 10-15 yıl sürerken anayasayı bir-iki yıl içinde yapmayı hedeflemek ne derece mantıklıdır? Anayasa bir toplumsal uzlaşma belgesi olduğuna göre, bu uzlaşmayı sağlayacak yöntem ve içeriğin güvence altına alınacağı düzenlemelerin aranması zaruridir. Bu durum, başlı başına uzun bir süreç ve samimi bir çaba gerektirir.

Kestirme Yollar!

Bu noktada bazı anayasa hukukçularının ileri sürdüğü bir görüşün; anayasayı değiştirmek için bir tür *kestirme* yol önerisinin ele alınması yararlı olacaktır. Anayasanın değiştirilemez hükümleri ile ilgili olarak ileri sürülen bu görüşe göre, anayasa değişiklikleri Anayasa Mahkemesi tarafından içerik yönünden denetlenemeyeceği için değiştirilemez nitelikteki maddelerde yapılacak bir değişiklik Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında kalacaktır. Bu görüş taraftarları, Anayasanın 148. maddesinde belirtilen, Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa değişikliklerini yalnızca *şekil* bakımından denetleyeceğine ilişkin hükmü, gerekli şekil şartlarına uyarak, parlamentonun anayasanın değişmez hükümlerini de değiştirebileceği şeklinde yorumlamaktadır. Böyle bir durumda, Mahkeme, değişikliğe ilişkin düzenlemenin esasına giremeyecek, yalnızca teklifin iki defa görüşülmesi (md.175/1) ile teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği koşuluna uyulup uyulmadığını (m.148/2) denetleyecektir. Bu hükümler sayesinde, örneğin devletin üniter yapısının, hukuk devleti niteliğinin ya da Anayasanın 2. maddesinde gösterilen diğer özelliklerinin değiştirilebileceği savunulur.

Bu görüşün, anayasanın üstünlüğü ilkesi doğrultusunda görev yapan bir Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenmesinin pek mümkün olmadığını söylemek gerekir. Anayasanın 4. maddesi, ilk üç maddenin değiştirilemeyeceğini ve *değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğini* belirtmektedir. Buradaki

teklif edilemezlik koşulu, Mahkeme tarafından, teklif çoğunluğuna ilişkin olarak yapılacak *şekli* incelemede dikkate alınacaktır. Teklif edilemezlik esasa değil, şekle ait bir konudur. Dolayısıyla, Mahkeme şekil denetimi sırasında, böyle bir değişikliğin teklif edilemeyeceğinden hareketle, ilgili düzenlemeyi iptal edebilecektir. Kuşkusuz, teklif yasağının ihlali tespiti, Mahkemenin yasanın içeriğini görmesi ile mümkündür. Ancak Mahkemenin yasa metninin içeriğine ilişkin bu tespiti davanın özü değildir: İçeriğin kontrol edilmesi, şekle ilişkin bir yasağın ihlal edilip edilmediğinin saptanması için yapılmaktadır. Esasen, teklif edilemezlik durumunun, teklif verildiği anda TBMM Başkanı tarafından değerlendirilmesi ve Anayasanın ilk üç maddesine ne ilişkin değişiklik tekliflerinin işleme konmaması gerekir.

Anayasanın değiştirilemez hükümlerini gösteren ama kendisini “değiştirilemez hüküm” olarak belirtmeyen 4. maddenin değiştirilmesine ilişkin bir teklif verildiğinde ve bu teklifte ilk üç maddenin ya da bu maddelerde geçen temel ilkelerden birinin 4. maddenin kapsamı dışına çıkartılması öngörüldüğünde durum ne olacaktır? Yukarıda belirtildiği gibi, *kanuna (anayasaya) karşı hile* olarak nitelendirilebilecek böyle bir yöntemle anayasa değişikliğinin gerçekleştirilememesi gerekir³³. Bu yöndeki bir teklif, 4. maddenin konuluş amacından hareketle Meclis Başkanı tarafından reddedilmelidir. Teklifin yasalaşması ve Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi durumunda, Mahkeme’nin konuya teklif edilemezlik yasağı açısından bakacağı kuşkusuzdur. Mahkeme’nin başka türlü hareket edeceğini düşünmek gerçekçi değildir. Böyle bir anayasa değişikliğinin iptal yaptırımından kurulabilmesinin tek yolu, değişiklik aleyhine Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmaması durumudur. Cumhurbaşkanı veya Meclis üyelerinin (en az) beşte biri tarafından istenmediği sürece, ilgili değişiklik Anayasa Mahkemesi önüne götürülemez.

Günümüzde Milli Egemenlik Teorisinden Ne Anlamalıyız?

Tümüyle yeni bir anayasanın yapılabilirliği, egemenlik teorisi çerçevesinde yukarıda belirtildiği şekilde savunulabilir. Anayasamız milli egemenlik ilkesini benimsediği için bu açıklamanın hukuki bir değeri de vardır. Ancak milli egemenlik teorisinden günümüzde ne anlaşılması gerektiği

³³ TBMM’nin Anayasanın 4. maddesini değiştirebileceği yönündeki bir görüş için bkz: Gözler 2011, s.343-344. Böyle bir değişikliğin mümkün olmadığını savunan görüşler için bkz: Teziç 2016, s.200-204; Sağlam 2013, s.32-36

ayrıca tartışılmalıdır. Duguit'nin belirttiği gibi, bu teoriye göre, “egemenliğin hukuki kaynağı ulustur (...) Bu demektir ki, bir topluluk ulus olarak var olduğu anda, toprakları üstünde bulunan tüm bireyler üzerinde, tabii ve zorunlu olarak egemenlikle donatılmıştır”³⁴. Egemen irade bir, bölünmez, sürekli, mutlak ve sınırsızdır. Peki, bir insan topluluğunun (milletin) akıl ve vicdan sahibi kişiler gibi bir kişilik olduğu ve bu nedenle bir iradeye sahip olduğu nasıl kanıtlanabilir? Ayrıca, bu iradenin mutlak ve sınırsız olduğu nasıl temellendirilebilir? Duguit bunların kanıtlanamayacağını belirtir: “İnsan yüzyıllar boyunca, prenslerin gücünün ardına, bu gücü veren tanrısallığı yerleştirdi. 1789’da, yöneticilerin gücünün ardına, yeni bir metafizik bütünü, ulusun egemen kişiliğini koydu. Burada söz konusu olan yalnızca varsayımlardı; ama bunlar mistik özlemleri tatmin ediyordu”³⁵.

Milli egemenlik teorisi, kolayca fark edileceği gibi, ilahi egemenlik teorisinin laikleştirilmiş biçimidir. Bu teorinin kurucularının millet iradesine atfettiği mutlaklık, süreklilik, bölünmezlik ve yanılmazlık gibi özellikler tanrısal iradeye atfedilen özelliklerin aynısıdır. Laik egemenlik teorisinin savunucuları, yalnızca egemen iradenin sahibini değiştirmiş ama bu iradenin özelliklerine dokunmamışlardır. Carl Schmitt’in dediği gibi, “egemenlik de içinde olmak üzere, modern devlet teorisinin bütün önemli kavramları dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramlarıdır”³⁶. Saint Simon da benzer görüşlere sahiptir: “Halk iradesiyle egemenlik deyimi, yalnızca Tanrı lütfuyla egemenliğe karşı bir şey ifade eder. Bu karşılıklı iki dogma, yalnızca birbirlerine göre var olabilirler. Onlar, Reform’dan bu yana, tüm Batı Avrupa’da hüküm süren uzun metafizik savaşın kalıntılarıdır”³⁷.

Milli egemenlik teorisini formüle eden kurucu isimlerin en büyük çabası, asırlardır süregelen ve iktidarın kökeni konusunda tek meşru açıklama olarak görülen ilahi egemenlik teorisinin yerine, en az onun kadar güçlü olan laik bir versiyonunu koymaktı. Bu nedenle, milletin iradesi olduğu ve bu iradenin tıpkı tanrısal irade gibi mutlak, bölünmez, yanılmaz gibi özelliklere sahip olduğu ileri sürüldü. Bütün bu çabalar sonucu egemenlik gökten yere

³⁴ Duguit 2000, s.391

³⁵ Duguit 2000, s.395

³⁶ Carl Schmitt, Siyasal İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm (Çev. E. Zeybekoğlu) Dost Kitabevi, Ankara, 2002, s.41

³⁷ Du regime industriel’den aktaran, Duguit 2000, s.394

indirildi ve milletin/halkın iktidarın kaynağı olabileceği fikri meşruiyet kazandı. Artık sıra, bu teorinin mistifikasyonu için kullanılan sıfatların gözden geçirilmesine geldi. Çünkü, mutlak ve sınırsız bir iktidar yetkisi veren bu sıfatlar, kolayca rejimi bir diktatörlüğe dönüştürebilir. Uygulamada, milletin iradesi olarak beliren irade, seçimler veya halkoylamaları sonucunda ortaya çıkan *çoğunluk* iradesidir. Böyle bir *çoğunluk* iradesini mutlak ve sınırsız kabul etmeyi haklı gösterecek hiç bir gerekçe bulunamaz. *Çoğunluk* diktatörlüğü, en az azınlık diktatörlüğü kadar tehlikeli ve kabul edilemez bir rejimdir. Bu nedenle, çağdaş demokratik anayasalar *çoğunluğun* baskısını önleyebilecek pek çok kurum ve ilkeye yer verir: Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hukukun üstünlüğü ilkesi, yargı bağımsızlığı esası, dokunulmaz hak ve özgürlükler, tarafsız, özerk organlar ile meclisten çıkan yasaları iptal etme yetkisine sahip bir anayasa mahkemesi gibi. Demokrasinin *çoğunluk* diktatörlüğüne dönüşmesi engelleyen bu tür bariyerler sayesinde, rejim *çoğulcu* ve *özgürlükçü* demokrasi olarak işleme şansına kavuşur. Artık böyle bir rejimin, klasik egemenlik teorisinin mistisize ettiği *mutlak ve sınırsız iktidar* gibi fiksiyonlar üzerine kurulu olduğunu söylemek zorlaşır.

Günümüzde milli egemenlikten ve milli iradeden anlaşılan “mutlak” ve “sınırsız” bir iktidar değildir. Fransa’da doğan ve 1924 Anayasası’ndan itibaren “egemenlik kayıtsız şartsız milletindir” ifadesiyle bütün anayasalarımızı biçimlendiren bu formülle ifade edilen şey, Münci Kapani’nin dediği gibi, “*aslında siyasal iktidarın kaynağının halkta olduğunu belirtmekten ibarettir. Anayasa sadece halktan gelen, halka dayalı bir iktidar fikrini benimsediğini, bu ideale dönük olduğunu açıklamak istemiştir. ‘Egemenlik (...) milletindir’ deyiminin bunun ötesinde bir anlamı, klasik (egemenlik) teorisi ile bir ilişkisi yoktur*”³⁸.

³⁸ Kapani 2001, s.80 (Parantez içi ifade bana ait.)

KAYNAKÇA

- Akın, İlhan (1987) *Kamu Hukuku*, Beta, İstanbul
- Bodin, Jean (1955), *Six Books of the Commonwealth*, (Translated by M. J. Tooley), Basil Blackwell, Oxford
- Duguit, Leon (2000) “Egemenlik ve Özgürlük”, (Çev. D. Köse, S. Koç) *Devlet Kuramı* (Der. C. B. Akal), Dost Kitabevi, Ankara, s.379-400
- Gözler, Kemal (2010) *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa
- Gözler, Kemal (2011) *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* C.I, Ekin, Bursa
- Güriz, Adnan (2009) *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, Ankara
- Hobbes, Thomas (1993) *Leviathan* (Çev. S. Lim), YKY, İstanbul
- Kapani, Münici (2001) *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi
- Kelsen, Hans (2016) *Saf Hukuk Kuramı* (Çev. E. Uzun) Nora Kitap, İstanbul
- Middleton, K.W.B. (1969) “Sovereignty in Theory and Practice”, *In Defense of Sovereignty* (Ed. W. J. Stankiewicz), Oxford University Press, New York
- Özbudun, Ergun (2011) *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara
- Rousseau, Jean-Jacques (2001) *Toplum Sözleşmesi* (Çev. V. Günyol) Adam Yayınları, İstanbul
- Sánchez, Miguel Revenga, (2003) “The Move Towards A (And the Struggle for) Militant Democracy in Spain”, ECPR Conference, Marburg, 18-21, September 2003. Çevrimiçi: <http://www.essex.ac.uk/ecpr/events/generalconference/marburg/papers/10/7/Sanchez.pdf>.
- Sağlam, Fazıl (2013) *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa
- Schmitt, Carl (2002) *Siyasal İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm* (Çev. E. Zeybekoğlu) Dost Kitabevi, Ankara
- Teziç, Erdoğan (2016) *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul
- Troper, Michel (2011) *Hukuk Felsefesi* (Çev. I. Ergüden), Dost Kitabevi, Ankara
- Uygun, Oktay (1992) 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul
- Uygun, Oktay (2017a) *Hukuk Teorileri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul
- Uygun, Oktay (2017b) *Devlet Teorisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul

Erdoğan Teziç’in Gözünden Kuruluş Dönemi Anayasacılığımız*

Doç. Dr. Demirhan Burak Çelik**

Neden bu konu? Kuruluş dönemi anayasacılığımız pek çok bakımdan ilginç nitelikler taşır. Türkiye Cumhuriyeti’nin temellerinin atıldığı bu dönemde dört yıl içinde iki anayasa yapılmış olması; bu anayasaların ulusal egemenlik ve meclis üstünlüğü gibi konularda aynı yönde hükümler içermekle birlikte, özellikle idarî yapılanma konusunda bütünüyle farklı yönetim modelleri getirmesi gibi noktalar dikkate değerdir. Bu anayasaları ilgi çekici kılan bir başka yön de bu dönemde yapılan iki anayasanın da güncel anayasal sorunlar tartışılırken sıkça gündeme getirilmesidir. Gerçekten de farklı siyasal akımların farklı gerekçelerle bu anayasaları ya da bu anayasaların kimi yönlerini sahiplendikleri ya da reddettikleri görülmektedir. Söz gelimi 1921 ve 1924 Anayasalarının “hâkimiyet kayıtsız ve şartsız millettir” biçiminde ortaya koydukları ilke çoğu kez “milleti temsil eden çoğunluğun herhangi bir kayda bağlı olmaksızın yönetmesi” biçiminde anlaşılacak milliyetçi-muhafazakâr gelenek tarafından sahiplenilmiştir. Benzer biçimde, Kürt siyasal hareketi, geniş bir yerel özerklik ve yerinden yönetim düzeni getirmesi ve vatandaşlık tanımına yer vermemesi dolayısıyla 1921 Anayasasını sahiplenirken, merkezîyetçi ve tekçi bir yapı getirdiği gerekçesiyle 1924 Anayasasını eleştirmektedir. 1924 Anayasası, son dönemde anayasa yapım süreci açısından, olağan bir seçimle oluşturulmuş bir yasama organının bütünüyle yeni bir anayasa yapıp yapamayacağı tartışmasında ve öngördüğü hükümet sisteminin uygulamada yarı-başkanlık hatta başkanlık sistemi olduğu savıyla hükümet sistemi tartışmasında da gündeme getirilmiştir.

* Bu çalışma Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 9 Mayıs 2018’de düzenlenen “Prof. Dr. Erdoğan Teziç’i Anma Günü: Türkiye’nin Güncel Anayasa Hukuku Sorunları” başlıklı toplantıda sunulan bildirinin gözden geçirilmiş biçimidir.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

Konunun Erdoğan Teziç’le ilgisi nedir? Erdoğan Teziç denildiğinde akla ilk anda kanun kavramı, siyasal partiler, seçim sistemleri ya da anayasa hukukunun genel esasları gibi konular gelir. Kuruluş dönemi anayasacılığımız ise bu konular arasında değildir. Bununla birlikte Teziç, hem Anayasa Hukuku-Genel Esaslar kitabında, kuruluş dönemi anayasacılığına ilişkin kimi tartışmalara değinmiş hem de olgunluk döneminde konuya ilişkin özgül bir makale kaleme almıştır.¹ Dolayısıyla özellikle söz konusu makale üzerinden Teziç’in görüşlerinin ortaya konulması, hem Hoca’nın bu alandaki katkısına dikkat çekmek açısından yararlı olacak hem de bize Türkiye’de anayasa hukuku öğretisinin bu konuda geliştirdiği kimi ön kabulleri sorgulama olanağı verecektir. Teziç’in kuruluş dönemi anayasacılığına ilişkin görüşleri 1921 Anayasası (I), 1921’den 1924’e Geçiş (II) ve 1924 Anayasası (III) başlıkları altında ele alınacaktır.²

I - 1921 ANAYASASI

I. Dönem TBMM tarafından 20 Ocak 1921’de kabul edilen ve o zamana kadarki Osmanlı-Türk anayasa geleneğinden en esaslı kopuşu temsil eden 1921 Anayasasının başlıca özellikleri, egemenliğin kaynağını temelden değiştirmiş olması ve “ulusal egemenlik” ilkesini getirmesi, meclis üstünlüğü ve güçler birliği ilkelerini öngörmesi ve kendisinden önceki ve sonraki anayasalarda görülmemiş biçimde yerel yönetimlerin özerkliğine ve geniş bir yerinden yönetime yer vermesidir. Teziç 1921 Anayasasının bu özelliklerine

¹ Bkz. TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku-Genel Esaslar**, 20. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2016. TEZİÇ Erdoğan, “Cumhuriyet’in Kuruluş Döneminde Devletin Hukuki Yapısı”, içinde **Bugünün Bilgileriyle Kemal’in Türkiye’si-La Turquie Kamaliste**, Boyut, İstanbul, 2012, s. 170-173.

² Kuruluş dönemine ilişkin olarak bu konudaki başkaca birçok çalışma arasında ÇELİK Burak **Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler ve 1921 Anayasası**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007 ve ÇELİK Demirhan Burak **Kurucu İktidar, Hükümet Sistemi, Vatandaşlık ve İdari Yapılanma Tartışması Çerçevesinde 1924 Anayasası’nın Yapım Süreci**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016; DEMİRKENT Dinçer, **Bir Devlet İki Cumhuriyet**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017; DEMİRKENT Dinçer ve SEVİNÇ Murat, **Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, ÖZBUDUN Ergun, **1921 Anayasası**, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 1992 ve **1924 Anayasası**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012; TANÖR Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 4. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1999 ve TUNAYA Tarık Zafer, **Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)**, C. II, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.

de değindiği “Cumhuriyet’in Kuruluş Döneminde Devletin Hukuki Yapısı” makalesinde, “siyasi iktidarın gücünün millet temeline oturtulmasının Kanun-ı Esasi’nin üstü örtülü (zımnen) inkârı” anlamına geldiğini özellikle vurgular.³

Yerel yönetimler üzerinde de özel olarak durur yazar. Bu noktada 1921 Anayasası incelenirken genellikle dikkatten kaçan bir noktaya da vurgu yapar. Anayasada yerel yönetimlerin özerkliğinin sınırı olarak, merkezle yerel yönetimler arasındaki yetki paylaşımını denetleyecek bir makamın, umumi müfettişliklerin öngörülmüş olduğuna (md. 22-23) da dikkat çeker. “Yerel yönetimler için neden bu denli yerel özerklik?” sorusunu soran Teziç, bu soruyu da şu şekilde yanıtlar: “*Milli Mücadele dönemi, iç ve dış şartların kesiştiği bir zaman dilimidir. Dışa karşı verilen antiemperyalist mücadele sırasında içeride; Türkiye’deki bütün farklı kökenli insan gruplarını, başta Kürt kökenliler olmak üzere, aynı cephede bir araya getirmek ve gelecekte bölünmeleri önlemek için; kurucular aslında tekil (unitaire) bir yapıda, İmparatorluğun son kalıntılarının üzerinde modern milli bir devlet kurmak istemişlerdir.*”⁴

II- 1921’DEN 1924’E GEÇİŞ

1921’den 1924 Anayasasına geçiş konusunda, Teziç, Anayasa Hukuku-Genel Esaslar kitabında, Türkiye’de Anayasa Hukuku öğretisinde yaygın biçimde kabul edilmiş olan bir yargıyı yineler. Buna göre, 1924 Anayasasını yapan İkinci Dönem TBMM, anayasa hazırlamak amacıyla toplanmış olmayan olağan bir yasama organıdır. 1924 Anayasası, TBMM’de sunulmuş bir anayasa önerisi olmadan Kanun-ı Esasî Encümeninin (Anayasa Komisyonunun) girişimiyle hazırlanmıştır.⁶

Olağan bir yasama organı olarak seçilmiş bir meclisin yeni bir anayasa yapması nasıl mümkün olabilmiştir? Bunda herhalde, Ulusal Kurtuluş Savaşı dönemi anayasal birikiminin önemli bir etkisi vardır. Bu dönem boyunca gelişip pekişen, Meclisin “milletin yegane ve hâkiki mümessili” (biricik ve gerçek temsilcisi) olduğu inancı, TBMM’nin olağan bir yasama meclisi

³ TEZİÇ, 2012, s. 170.

⁴ TEZİÇ, 2012, s. 171.

⁵ Bu bölüm büyük oranda ÇELİK, 2016, s. 58-72’den alıntılanarak hazırlanmıştır.

⁶ TEZİÇ, 2016, s. 185.

olmasına karşın yeni anayasa yapabilmesini kolaylaştırmıştır.⁷ Yine aynı dönemin ürünü olan “‘her şeye kadir’ mutlak yetkili Meclis anlayışı” da TBMM’nin yeni anayasa yapma konusundaki yetkisinin fazlaca sorgulanmadan kabul edilmesine yol açmış olmalıdır.⁸

Teziç, bu konuda, Ulusal Kurtuluş Savaşı döneminde ortaya çıkan iki anayasalı düzen olgusuna da dikkat çeker ve bir yanda 1921 ve diğer yanda 1876 Anayasalarının varlıklarını sürdürüyor olmaları nedeniyle yeni bir anayasa yapmanın ikinci TBMM için bir zorunluluk olduğunu belirtir.⁹ Nitekim TBMM, yaptığı 1924 Anayasası ile kendisini bu iki anayasa ile de bağlı saymayarak ve ikisini birden yürürlükten kaldırarak (md. 104) aslî kurucu iktidar yetkisi kullanmakta olduğunu gösterecektir.

1924 Anayasasının yapım süreci değerlendirilirken, yeni anayasanın yapıldığı dönemde yürürlükte olan 1921 Anayasasının yumuşak bir anayasa olduğu gerçeği de gözden kaçırılmamalıdır. 1921 Anayasası’nın değiştirilmez hükümler içermemesi ve olağan yasalardan farklı bir değiştirilme ve kabul yöntemi öngörmemiş olması da, 1921’den 1924’e geçişi kolaylaştırmış olmalıdır. Bu noktada Teziç’in konuya ilişkin katkılarından birine özellikle dikkat çekilmelidir. Yazar, 1921 Anayasasının yumuşak bir anayasa olması nedeniyle, TBMM’nin iradesini sınırlayan bir kural bulunmadığını da vurgulamakta ve 1924 Anayasasını, “*T.C. Anayasaları içinde gerçek anlamda ‘asli kurucu Meclis’ tarafından yapılmış bir Anayasa*” olarak anmaktadır.¹⁰

Bu konunun egemenlik-kuruculuk ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmesi de olanaklıdır. Bu noktada, özellikle demokratik devrimlerle birlikte, egemenlik sorununun her şeyden önce bir kurucu iktidar sorunu haline geldiği belirtilmelidir.¹¹ Bir devrim sürecinde aslî kurucu iktidarın ortaya çıkıp yeni bir anayasa yapması ise, devrimi, “*hukuksal temelin değişmesi*”¹² olarak tanımlayan Burdeau’nun betimlemesiyle şu şekilde gerçekleşmekte-

⁷ TANÖR, 1999, s. 290.

⁸ ÖZBUDUN, 2012, s. 1.

⁹ TEZİÇ, 2016, s. 185.

¹⁰ A.g.e., s.185.

¹¹ BEAUD Olivier, **La Puissance de l’Etat**, PUF, Paris, 1994, s. 201. Egemenlik-kuruculuk ilişkisi konusunda ayrıntılı bilgi ve bu konudaki tartışmalar için özellikle bkz. a.g.e., s. 201-243.

¹² BURDEAU Georges, **Traité de Science Politique**, Tome III, LGDJ, Paris, 1950, s. 543.

dir: Yeni bir anayasal düzenin kurulması aşamasında, geçmişte öngörülmüş olan hukuksal yolların dışında zafer kazanan gücün, egemenin iradesini ortaya koyma iddiasıyla hareket ettiği görülmektedir. Bu güç, eski düzeni ortadan kaldırırken, aslında hala bir fiili yönetim durumunda bulunan kendi siyasal örgütlenmesini güçlendirmek ve bağımsızlaştırmak için bir anayasa yapmaktadır. Böylece bir yandan kendi fiili yönetimine sürekli ve resmi bir temel oluştururken öte yandan da devlet iktidarının kuruluşunu gerçekleştirilmektedir.¹³

Bu çerçevede, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş süreci bir bütün olarak ele alındığında, tıpkı ilki gibi, ikinci TBMM'yi de kurucu meclis kategorisinde değerlendirmek mümkün olabilir. Kurtuluş savaşını zafere ulaştıran, 1921 Anayasası'nın "hâkimiyet bilâ kayd ü şart milletindir" şeklindeki birinci maddesiyle egemenin kim olduğunu belirleyen, saltanatı kaldıran ilk TBMM, tüm bunları yaparken kurucu iktidar yetkisini nasıl kullandıysa; Cumhuriyet'i ilân eden, hilafeti kaldıran ve 1924 Anayasası'nı yapan ikinci dönem TBMM de aynı yetkiyi kullanmaya devam etmiştir.

Nitekim, aynı görüşü savunan Sağlam da bu konuda şöyle yazar:

*"...Ulusal Kurtuluş Savaşı'nın başlatılması, 'olağanüstü yetkilerle donatılmış bir meclisin kuruluşu ve güçler birliği ilkesini benimseyen 1921 Anayasası'nın yapılışı ile başlayan devlet kurma süreci, 2. TBMM'nin seçilmesi ile devam etmiş, Lozan Barış Antlaşması'nın imzalanması ile uluslararası boyut kazanmış, Cumhuriyet'in ilânı ve yeni bir anayasanın, 1924 Anayasası'nın yapılması ile tamamlanmıştır. Kavramsal kalıplara tam uymayan bu süreci bir bütün olarak değerlendirmek gerekir. Böyle bakılınca 1924 Anayasası'na kadar uzanan süreci, 'kurucu meclis' kategorisine yakın olarak değerlendirmek mümkündür."*¹⁴

Olağanüstü dönemin ürünü olan 1921 Anayasasının, bu dönemin temel sorunu olan ana kuruluşun belli yönlerine (egemenlik, meclis hükümeti, güçler birliği ve yerinden yönetim gibi) odaklanmış kısa bir metin olması ve tam bir anayasa sistematüğinden yoksun bulunması da, yeni meclisin yeni anayasa yapmaya yetkili olduğu inancını pekiştirmiş olsa gerektir. Nitekim

¹³ A.g.e., s. 218-219.

¹⁴ SAĞLAM Fazıl, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, s. 29.

gerek basının gerek ilgili meclis tutanaklarının taranması, TBMM'nin yeni anayasa yapma yetkisi konusunda genel bir kabulün bulunduğunu ortaya koyacaktır.¹⁵

Cumhuriyet'in ilân edildiği 29 Ekim 1923 tarihli toplantıda Teşkilâtı Esasiye Kanunun Bazı Mevzalarının Tadiline Dair Kanun teklifini hazırlayan Kanun-ı Esasî Encümeni adına söz alan Komisyon Başkanı Yunus Nadi (Abalıoğlu) Bey, önerilen değişikliğin daha kapsamlı bir tasarının belli bir bölümü olduğunu belirterek, birinci TBMM'nin 1921 Anayasası ile temelleri attığını, ikinci Meclisin ise Encümen tarafından parça parça Meclise sunulacak değişiklikler ile bu temelleri güçlendirip daha da ileriye taşıyacağını söyler ve hiçbir itirazla karşılaşmaz.¹⁶

Kanun-ı Esasî Encümeni tarafından kısmî değil, 108 maddelik kapsamlı bir anayasa teklifi Genel Kurul'a sunulacak; bu arada Encümen Mazbatasında (Komisyon Raporunda) da 29 Ekim 1923 tarihli beyana atıf yapılacaktır. Öte yandan, 1921 Anayasasının yapım sürecinden farklı olarak, bu kez, meclisin anayasa yapma yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda esaslı bir tartışmanın yaşanmadığı belirtilmelidir. Anayasa teklifi TBMM'de görüşülmeye başlandığı sırada, Saruhan mebusu Abidin Bey, birinci dönem TBMM ile ikincisi arasında fark bulunduğu, anayasaların kurucu meclisler tarafından yapılması gerektiği, mevcut TBMM'nin bu sıfatı haiz olmadığı görüşünü savunacak ise de bu düşünce itibar görmeyecek ve ikinci dönem TBMM yeni anayasayı görüşüp benimseyecektir.¹⁷

¹⁵ 1924 Anayasası'nın yapım sürecine ilişkin olarak, 1921 Anayasası değişikliğinin gündeme geldiği Ağustos 1923'ten, yeni anayasanın kabul edildiği Nisan 1924'e kadarki dönemi içeren kapsamlı bir basın taramasını içeren bir çalışma için bkz. ALPKAYA Faruk, **Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluşu**, İstanbul, İletişim Yayınları, 1998 (özellikle s. 54-73 ve s. 245-271). Bu konuda ayrıca bkz. SANCAKTAR Fatih Mehmet, "Türk Basınında Yeni Türk Devletinin İsmi Hakkında Yaşanan Tartışmalar (Eylül-Ekim 1923)", **Tarih Dergisi**, S. 56 (2012/2), s. 129-145.

¹⁶ Bkz. TBMM ZC, D. 2, C. 3, 29.10.1339 (1923), s. 90.

¹⁷ Abidin Bey bu görüşünü şu sözlerle ortaya koymuştur: "...her halde Türkiye Büyük Millet Meclisi ile ikinci Büyük Millet Meclisi arasında bâzı evsafı (nitelikleri) hususiye (özellik) ve fark irae etmektedir (göstermektedir). Avrupa'da, Amerika'da ve sair memleketlerde yani Kanunu Esasiyi kendisine düstur esas itihaz etmiş (almış) olan memleketlerde bu gibi asli kanunlar sureti katiyede behemehal o Devletin, o milletin Meclisi müessesası tarafından tertip ve tesbit olunur. Mahiyeti itibariyle, hüviyeti itibariyle Türkiye Büyük Millet Meclisi bizzat kendisine mahsus ve fakat tam ve kâmil mânasında bu evsafı haiz bir Meclisi müessesan değildir." Bkz. TBMM ZC, D. 2, C. 7, 09.03.1340 (1924), s. 229.

1921'den 1924'e geçiş süreciyle ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, 1924 Anayasasının TBMM'ye sunulmuş bir anayasa önerisi olmadan Kanun-ı Esasî Encümeninin girişimiyle hazırlanmış olup olmadığıdır. Tarihsel veriler, Cumhuriyet'in ilânını da içeren, ama bununla sınırlı kalmayıp 1924 Anayasası'na dek uzanan anayasa çalışmalarının, 1923 yazında, henüz seçimler bile tamamlanmadan, ikinci dönem TBMM açılma- dan ve dolayısıyla Kanun-ı Esasî Encümeni kurulmadan başlamış olduğunu göstermektedir. 1923 seçimleri Haziran-Ağustos ayları arasında yapılmış ve İkinci Dönem TBMM 11 Ağustos 1923'te açılmıştır. Oysa, dönemin basını ve kimi tanıklıklar, Ankara'da Ağustos, hatta Temmuz ayından itibaren ana- yasa çalışması için özel bir komisyon kurulduğunu ve bu komisyonun Anka- ra'daki İstasyon binasında, çoğu kez Mustafa Kemal Paşa'nın başkanlığında toplandığını ortaya koymaktadır.¹⁸ Öte yandan, İstasyon'daki çalışmalarının ardından, son şeklini Mustafa Kemal'in verdiği bir anayasa taslağının ha- zırlanmış olduğu ve söz konusu taslağın 1998 yılında gün yüzüne çıktığı da belirtilmelidir.¹⁹ Bu noktada son olarak değinilmesi gereken bir husus da Kanun-ı Esasî Encümeni içinde, anayasa taslağının doğrudan Meclis Genel Kurulu gündemine getirilmesinin uygun olup olmadığı tartışılmış olduğu ve usulen daha doğru olduğu düşüncesiyle iki ayrı anayasa teklifinin, Encü- menin bilgisi dahilinde TBMM'ye sunulmuş olduğudur. Bunlardan, İstanbul mebusu Ali Rıza, Urfa mebusu Ali Saip ve Antalya mebusu Ahmet Sâki Beylere ait olan teklif, "Teşkilât-ı Esasiye Kanununun Tâdilât-ı Ahiresini İkmale Medar Olmak Üzere Teklif Olunan Mevadd-ı Kanuniye" (Son Ana- yasa Değişikliğini Tamamlamak Amacıyla Teklif Edilen Kanun Maddeleri) başlığını taşımakta olup, Cumhuriyetin ilânı sonrasında, yasama-yürütme ilişkilerini düzenlemeyi amaçlayan kısmî bir değişiklik önerisinden ibarettir. Karesi mebusu Ahmet Süreyya Bey'in teklifi ise bütünlüklü bir anayasa öne- risidir.²⁰ Sonuç olarak, "Kanun-ı Esasî Encümeni, bir kanun teklifi yokken

¹⁸ Bu konuda bkz. ALPKAYA; EROZAN Boğaç, "Hukuk-ı Esasiye Ders Notları (1926-1927) Üzerine: Ahmet Ağaoğlu, Siyasal ve Entelektüel Bağlam", iç. **Ahmet Ağaoğlu ve Hukuk-ı Esasiye Ders Notları** (haz. Boğaç Erozan), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012; KA- RABEKİR Kâzım, **Günlükler (1906-1948)**, 2. Cilt, Yapı Kredi, İstanbul, 2009, s. 867; SER- TEL Sabiha, **Roman Gibi**, Ant Yayınları, İstanbul, 1969, s. 71.

¹⁹ Bkz. **Türkiye Cumhuriyeti İlk Anayasa Taslağı**, Tıpkıbasım, Boyut Yayınları, İstanbul, 1998.

²⁰ Bu tekliflerin tam metinleri için bkz. ÖZTÜRK Kâzım, **Türk Parlamento Tarihi: TBMM II. Dönem 1923-1927**, C. I, TBMM Vakfı, Yayınları, Ankara, 1993, s. 413-426.

tasarısını Meclis’e sundu” biçiminde özetlenebilecek bir değerlendirmenin, yukarıdaki tarihsel olgular karşısında geçerli olmadığı görülmektedir. Öte yandan, Encümenin çalışmalarına bu teklifler henüz Meclise sunulmadan başlamış olduğu da yine yadsınamaz bir olgudur.

III- 1924 ANAYASASI

1921 “Kurtuluş”un, 1924 “Kuruluş”un anayasasıdır. Bu Anayasa ile 1921’in öngördüğü ulusal egemenlik ilkesi aynen korunmuştur. Meclis üstünlüğü ve güçler birliği ilkeleri görünürde korunmakla birlikte sisteme Cumhurbaşkanlığı, Bakanlar Kurulunun bireysel ve ortaklaşa sorumluluğu gibi unsurlar eklenmiştir. 1924 Anayasası altında sistem, tek partili dönemde yürütmenin üstünlüğüne dayalı biçimde, çok partili dönemde ise parlamenter sistem özellikleri göstererek işlemiştir. 1924, 1921 Anayasasında öngörülen yerel özerkliklerden keskin bir dönüşü simgeler. Yine, 1921 Anayasası metnine açıkça yansımada uygulamada varlığını hissettiren çoğulcu vatandaşlık anlayışından da farklı bir yaklaşımı temsil eder.

1924 Anayasası dönemine ilişkin olarak Teziç’in, “Kuruluş Döneminde Devletin Hukuki Yapısı” makalesinde dikkat çektiği bir husus vurgulanmaya değer. Yazar, bu Anayasada yasama ve yürütme yetkilerinin TBMM’de toplanmasını ve millet adına egemenlik hakkını yalnız Meclisin kullanmasını öngördüğünü anımsatır. Münci Kapani’nin “Politika Bilimine Giriş” kitabına atıfla, bu düzenlemenin günümüze dek uzanan “milli irade efsanesi”ne zemin hazırladığını belirtir. Buna göre, söz konusu maddenin de etkisiyle, seçimler sonucunda iktidarı kullananların “milli irade”yi temsil ettikleri yönünde bir anlayış gelişmiştir. Temellerini büyük ölçüde “milli egemenlik nazariyesi”nde bulan bu yaklaşım millet iradesi ile meclis iradesini adeta birbirine kaynaştırır ve bütünleştirir. 1924 Anayasası döneminde Türkiye’de egemenlik anlayışı Meclis içinde çoğunluğa sahip siyasal parti tarafından kendi üstünde hiçbir güç tanımayan bir irade olarak kabul edilmiş; seçimlerden sonra sandıktan çıkan çoğunlukla bütün bir milletin temsil edildiği, buna karşı gelinmesi halinde de “milli iradeye” karşı gelineceği “popülist bir ifadeyle” sık sık dile getirilmiştir.²¹ Teziç’in 2012 yılında yazdığı makalede, bugün siyaset biliminde belki de en çok tartışılan kavram olan ve tam da ya-

²¹ TEZİÇ, 2012, s. 172. Yazar benzer görüşleri Anayasa Hukuku-Genel Esaslar’da da dile getirmiştir. Bkz. TEZİÇ, 2016, s. 112-114.

zarın ifade ettiği biçimde kendine özgü bir millet tanımı geliştirip sandıktan çıkan çoğunluğu milletle özdeşleştiren, bunun dışındakileri de “millet dışı” olmakla itham eden “popülizm” anlayışına vurgu yapması da ayrıca dikkate değerdir.²²

Erdoğan Teziç’in 1924 Anayasasına ilişkin değerlendirmeleri çerçevesinde son olarak vatandaşlık ile ilgili yazdıklarına değinmek gerekir. Bu konuda gerek “Cumhuriyet’in Kuruluş Döneminde Devletin Hukuki Yapısı” makalesinde gerekse “Anayasa Hukuku-Genel Esaslar”da, yazarın hemen hemen aynı ifadelerle anayasa hukuku öğretisindeki genel kabulleri dile getirdiğini söylemek yanlış olmaz. Buna göre, 1924 Anayasasının “Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla Türk itlak olunur” biçimindeki 88. maddesi ile aslında toplumdaki farklılıkları sosyolojik bir gerçek olarak kabul eder. Öte yandan maddede yer alan “Türk” sözcüğü bir sıfat değil, bir milletin adıdır; “dinî ve ırkî” bir anlam taşımaz. “Türk” sözcüğü hukukî açıdan yalnızca vatandaş karşılığı olarak kullanılmıştır.²³

1924 Anayasasının ilgili maddesinin 1961 (md. 54) ve 1982 Anayasalarındaki (md. 66) “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür” biçimindeki düzenlemeye göre, toplumdaki sosyolojik bir gerçek olarak kabul eder görüldüğü doğrudur. Öte yandan, gerek 1924 Anayasasının ilgili maddesinin kabul edildiği oturumun tutanakları gerek İskân Kanunu vb. yasal düzenlemelerde “Türk”ün doğrudan doğruya “ırkî” bir referansla kullanılması²⁴ gerekse bu dönemde gelişen diğer uygulamalar “Türk”ün

²² Günümüzdeki popülizm anlayışını ayrıntılı biçimde ve çeşitli ülke/lider örnekleri üzerinden inceleyen bu konudaki öncü çalışmalardan biri için bkz. MÜLLER Jan-Werner, **What is Populism**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016.

²³ Bkz. TEZİÇ, 2012, s. 173 ve TEZİÇ, 2016, s. 136.

²⁴ 14/06/1934 gün ve 2510 sayılı İskân Kanununda Türklük açıkça bir soy ve ırk adı olarak kullanılmakta ve yasada “Türk soyundan olup Türk kültürüne bağlı olan kimselerden” ya da “Türk ırkından olanlar ya da olmayanlar”dan söz edilmektedir. Sözelimi ilgili yasanın 7/B maddesine göre muhacirlerden “Türk ırkından olmayanlar, Hükûmetten yardım istemeseler bile, Hükûmetin göstereceği yerde yurt tutmağa ve Hükûmetin izni olmadıkça buralarda kalmağa mecburdurlar. İzinsiz başka yere gidenler ilk defasında yerlerinden çevrilirler. Tekerrürü halinde İcra Vekilleri Heyeti kararla, vatandaşlıktan düşürülürler.” Aynı yasanın 12/B maddesine göre ise, “soyca Türk olup dilini unutmuş veya ihmal etmiş bulunan köyler ve aşiretler efradı, ahalisi Türk kültürüne bağlı köyler ile nahiye, kaza ve vilâyet merkezleri etrafına yerleştirilirler.” 2510 sayılı İskân Kanunu, 19/09/2006 gün ve 5543 sayılı İskân Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ne var ki, yetmiş iki yıl sonra kabul edilen yeni yasa bakımından da göçmen olarak kabul edilmenin başlıca koşulu “Türk soyundan ve Türk kül-

yalnızca vatandaşlık bağıını tanımlayan bir kavram olarak kullanılmadığını ortaya koymaktadır.

Kanun-ı Esasî Encümeni tarafından hazırlanan taslakta vatandaşlığa ilişkin maddenin “Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın Türk ıtlak olunur” biçiminde olduğu; ancak mebusların “Türk olmayanlara nasıl Türk dersiniz?” biçiminde özetlenebilecek bir yaklaşımla söz konusu düzenlemeye karşı çıktığı, sonunda bir ara formül olarak İstanbul mebusu Hamdullah Suphi Bey’in önerisi üzerine maddeye “vatandaşlık itibarıyla” sözcüklerinin eklendiği de bu noktada altı çizilmeden geçilmemesi gereken bir diğer gerçektir.

Hamdullah Suphi Bey, Türklüğe kabulün tek şartı olarak asimilasyonu gösterdiği uzun konuşmasında söz konusu tepkiyi şu şekilde dile getirmiştir:

“Onlar Türk olamazlar, hatta Meclis de firari Rum ve Ermenileri Türk yapamaz. Onlar da olmaz, imkânı yoktur. Arkadaşlar, Fransa’da Museviler vardır. Mektebi Fransız mektebidir. Lisanı Fransız lisanıdır. Hars itibarıyla Fransızdır, bu adamlara neslen Musevî olmakla beraber Fransız denir. Emin olabilirsiniz ki, bu adamlar Musevî ecattan gelmiş olduklarını hatırlamakla beraber Fransızlık hissiyatını taşırlar. İngilterede de neslen İngiliz olmayanlar vardır. Kullandıkları lisan İngiliz lisanıdır. Tahsil ettikleri mektep İngiliz mektebidir. Kültür itibarıyla, hars itibarıyla İngilizdirler. İstanbul’da son defa bulunduğum esnada birisi geldi, bana sordu, Meclisten böyle bir kanun teklif edildi, dedi. Benim Türk olmağım için ne yapmak lâzımdır, bize söyler misiniz? Bir mektep arkadaşımıdır, eskidenberi tanıdığım bir mektep arkadaşımıdır. Sizin Türk olmanız mümkündür dedim. İspanyadan tardedilte memlekete İspanyolca ile gelen Musevî, memleket lisanını kabul ettikten, Türk mektebini kendi mektebi addettikten sonra Türk olur. Fransadaki Musevî gibi, İngilteredeki Musevî gibi, nasıllı, Fransız oluyor ve İngiliz oluyor. Fakat kendisini kovan memleketin lisanını alır gelir de Anadolu ortasında Musevî olarak kalır, Musevî lisanını okur, hususî mektep yaparsa kanun bunları Musevî olmaktan menedebilir mi? Arkadaşlar; ikinci madde toprağımızın içinde yaşayan bir Ermeni ki, bilhassa Anadolulu olanlar bunun pek

türüne bağlı olmak”tır. İlgili yasanın 4. maddesinin ifadesiyle, “Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmayan yabancılar ile Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunup da sınır dışı edilenler ve güvenlik bakımından Türkiye’ye gelmeleri uygun görülmeyenler göçmen olarak kabul edilemezler.”

güzel şahididirler. Ayır bir mektebi yoktu, ayır bir terbiyeleri yoktu, ayır bir lisanları yoktu. Türk şiirlerini yazdılar, Türk manilerini söylediler, Türkiye ile mütehallik oldular (Türkiye'nin huylarını edindiler), bunlar Hristiyan Türkleri diye yadedilmek mümkün idi. Fakat araya propaganda girdi, araya nifak girdi; edebiyat, musiki, kilise, mektep tamamıyla asırların Türkleştirmiş olduğu Ermenileri bizden ayırmaya başladı. Şimdi ayır bir lisanı var, ayır bir mektebi var, kalbine ayır bir şey sokmuşlardır. Buraya Türktür diye bir maddei kanuniye geçiriniz, acaba aradaki farkı izale etmiş (gidermiş) olur muyuz? Ve hangimizi tatmin edebilirki, bunlar Türk olmuşlardır? Bana sual soran zata cevap verdim, dedim ki; Türk olmanız mümkündür. Başka memleketlerde, başka ekalliyetlerin yaptığını kabul ediniz, Fransada yaşayan Musevî nasıl Fransız gibi başka mektepten vazgeçmişse, nasıl başka lisan konuşmuyorsa, mekteplerinizi kapatınız, Ermeniliği terkediniz, Türk harsını kabul ediniz. Ondan sonra size Türk deriz. Fakat siz, lisan ayrılığını, mektep ayrılığını, devlet ayrılığını güdünüz, ondan sonra geliniz ve bana deyinizki, bizi Türk telâkki et. Eğer böyle muhalif iseniz elimden gelmez. Çünkü ruhumun inanmasına imkân yoktur.”²⁵

Hamdullah Suphi Bey'e göre maddenin bu şekilde kabulü, aleyhe kullanıma da yol açacaktır. Hamdullah Suphi Bey, “hükümet mücadele ediyor, ecnebler tarafından tesis edilmiş olan müessesatta çalışan Rumu, Ermeni-yi çıkarmaya çalışıyor” demiş ve “biz bunları Rumdur, Ermenidir diye çıkarmak istediğimiz vakit bize ‘Hayır, Meclisimizden çıkan kanun mucibince bunlar Türktür.’ derlerse ne cevap vereceksiniz?” diye sormuştur.

Bu itirazlar üzerine söz alan Encümen mazbata muharriri Celâl Nuri Bey, Hamdullah Suphi Bey'in söylediklerinin tamamına katıldığını belirterek başladığı konuşmasında, uluslararası yükümlülöklere işaret etmiş; “eskiden bir Osmanlı sıfatı vardır, bu sıfat cümleye şamildi. Bu sıfatı ortadan kaldırıyoruz. Yerine bir Türk Cumhuriyeti kaim olmuştur. Bu Türk Cumhuriyetinin de bilcümle efradı Türk ve Müslüman değildir” demiş ve “bunları ne yapacağız?” diye sormuştur. Celâl Nuri Bey'e göre, “ortada bir Rum var, bir Ermeni var, bir Yahudi var, türlü türlü anasır (unsurlar) var: Lehülhamdki akaliyettir (şükürler olsun ki azınlıktır).” Mazbata muharriri sorusunu yineleyip “bunlara eğer Türklük sıfatını vermeyecek olursak ne diyeceğiz?” deyince

²⁵ TBMM ZC, D. 2, C. 8-1, 20. 04. 1340 (1924), s. 909-910.

salondan “Türkiyeli” sesleri yükselmiştir. Bunun üzerine Celâl Nuri Bey, “*istirham ederim, Türkiyeli hiç bir manayı müfit değildir (yararlı anlamı yoktur). Kezalik şu kürsüde okuduğum Lozan muahedesinin 37 nci maddesi mucibince arada hiç bir fark olmayacaktır... Fark olmayınca şu Türktür şu Türkiyelidir demek ve ikiye ayırmak ahden mümkün değildir*” sözlerini sarf edecek ve sorusunu üçüncü kez yineleyecektir: “*Bunlara Türklük sıfatını vermeyelim de ne yapalım? Elimizde ikinci bir imkân var mıdır ve bu imkân uhud ile hukukudüvel ile kabili telif midir?*”²⁶

Öte yandan, Mazbata Muhariri Celal Nuri Bey, bu tartışma sırasında bir “öz vatandaş” tanımı da yapacaktır: “*Bizim öz vatandaşımız, Müslüman, Hanefiyül-mezhep, Türkçe konuşur bir zat.*” Bu öz vatandaş, Gümülcineli ise Yunandır ya da Manastırlı bir Sırpıtır veya Filibeli bir Müslüman Bulgar’dır. Uluslararası işlemlerde her zaman bu resmi sıfatı dikkate alınacak ve bu zatı yabancı devletlere karşı Türk Devleti değil o devlet himaye edecektir. Celâl Nuri Bey’in bu sözleri, tıpkı madde gerekçesinde olduğu gibi, milletin mensubu ile vatandaş birbine karıştırmaktadır. Aslında bir başka devletin vatandaşı olan bu kişinin “öz vatandaş olma niteliği”, “Müslüman, Hanefiyül-mezhep, Türkçe konuşur” olmasından gelmektedir.

Son olarak, Celal Nuri Bey’in 1924 Anayasasının kabulünden iki yıl sonra, 1926’da yazdığı *Türk İnkılâbı* başlıklı kitapta ortaya koyduğu düşüncelerin, Meclis kürsüsünden söylediklerinden çok daha çarpıcı olduğu da belirtilmelidir. Celâl Nuri İleri’ye göre, “*Yunan-Türk ahali ve arazi mübadelesi, harbin ferdasında [ertesinde], ıztırarî [zorunlu] bir şekilde vuku bulmuştur. Bundan sonra devlet esaslı bir (bir dahilî istimar [mamurlaştırma]) Colonisation intérieure [iç sömürgeleştirme-DBÇ] siyaseti takip edebilir... Böyle bir meslek [yol] takarrür eder ve onun plânı, programı celî [açık] hatlarla çizilirse (ve tavakkuf ettiği [gerektirdiği] iktisadî çare ve vasıtalar da bulunursa) Türkiye, kapılarını, tabiiyetinde olmayan Türklere ve temsili kabil yarı Türklere [?-DBÇ] pek geniş olarak açabilir... Bunların vatanımıza alınması Türkiye’yi altıda bir büyütme; bir hayli vilayet fethetmek demektir. Bu Türkler ve bize munis [yakın, alışı] olan yarı Türkler memleketimize gelir; lâıyıkıyla yerleşir ve vatanımızda on sene kadar haricî gavailden [musibetlerden, dertlerden] uzak kalarak hükümet her türlü nafi [faydalı] teşebbüsâta muvaffak olursa, bir nesilde, Anadolu’nun nüfusu otuz milyonu bulur.*”

²⁶ TBMM ZC, D. 2, C. 8-1, 20. 04. 1340 (1924), s. 910.

Yukarıda yer verilen tüm bu olgular Teziç'in temsil ettiği anayasa hukuku öğretimimizdeki genel eğilimin aksine, 1924 Anayasasının vatandaşlık tanımında da “Türk”ün “dinî ve ırkî anlamlardan arı”, yalnızca vatandaşlığı tanımlayan bir kavram olarak kullanılmadığını ortaya koymaktadır.²⁷

SONUÇ YERİNE

Burada dile getirilen görüşlerin bir kısmı Erdoğan Teziç'inkilerden farklı hatta ona taban tabana zıttır. Bununla birlikte aramızda olsaydı Teziç Hoca'nın bunları her zamanki hoşgörüsü ve yüzüne yayılan tebessümüyle ilgiyle dinleyeceğini ve tartışacağını biliyorum. Bu vesileyle, kendisini tanıtmaktan her zaman büyük onur ve mutluluk duyduğum Erdoğan Teziç'i bir kez daha saygıyla anarken son sözü kendisine bırakıyorum:

“ ‘Bütün hukuk düzenleri zaman içinde değişime uğrar’ cümlesini sık sık tekrarlarız. Aslında değişen toplum yapısıdır. Bu bakımdan, Cumhuriyetimizin kazanımlarındaki en temel eksiklik, ‘Hukuk Devleti’ ilkesinin içeriğini düzenleyebilmektir. Bunun sert çekirdeği de yargılamanın bağımsızlığı ve yargıç tarafsızlığıdır. Mutabakat ya da uzlaşma kapıları bu sihirli anahtarla açılabilir.”²⁸

²⁷ Bkz. İLERİ Celâl Nuri, **Türk İnkılâbı** (yay. haz. Recep Durmaz), Ankara: Atatürk Kültür Merkezi, 2000, s. 162-163.

²⁸ TEZİÇ, 2012, 173.

KAYNAKÇA

- ALPKAYA Faruk, **Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluşu**, İstanbul, İletişim Yayınları, 1998.
- BEAUD Olivier, **La Puissance de l'Etat**, PUF, Paris, 1994.
- BURDEAU Georges, **Traité de Science Politique**, Tome III, LGDJ, Paris, 1950.
- ÇELİK Burak **Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler ve 1921 Anayasası**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007.
- ÇELİK Demirhan Burak **Kurucu İktidar, Hükümet Sistemi, Vatandaşlık ve İdarî Yapılanma Tartışması Çerçevesinde 1924 Anayasası'nın Yapım Süreci**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- DEMİRKENT Dinçer, **Bir Devlet İki Cumhuriyet**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2017.
- DEMİRKENT Dinçer ve SEVİNÇ Murat, **Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017.
- EROZAN Boğaç, “Hukuk-ı Esasiye Ders Notları (1926-1927) Üzerine: Ahmet Ağaoğlu, Siyasal ve Entelektüel Bağlam”, iç. **Ahmet Ağaoğlu ve Hukuk-ı Esasiye Ders Notları** (haz. Boğaç Erozan), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.
- İLERİ Celâl Nuri, **Türk İnkılâbı** (yay. haz. Recep Durmaz), Ankara: Atatürk Kültür Merkezi, 2000.
- KARABEKİR Kâzım, **Günlükler (1906-1948)**, 2. Cilt, Yapı Kredi, İstanbul, 2009.
- MÜLLER Jan-Werner, **What is Populism**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016.
- ÖZBUDUN Ergun, **1921 Anayasası**, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 1992.
- ÖZBUDUN Ergun, **1924 Anayasası**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.
- ÖZTÜRK Kâzım, **Türk Parlamento Tarihi: TBMM II. Dönem 1923-1927**, C. I, TBMM Vakfı, Yayınları, Ankara, 1993.
- SAĞLAM Fazıl, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa.
- SANCAKTAR Fatih Mehmet, “Türk Basınında Yeni Türk Devletinin İsmi Hakkında Yaşanan Tartışmalar (Eylül-Ekim 1923)”, **Tarih Dergisi**, S. 56 (2012/2), s. 129-145.

SERTEL Sabiha, **Roman Gibi**, Ant Yayınları, İstanbul, 1969.

TANÖR Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 4. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1999.

TBMM ZC, D. 2, C. 3, 29.10.1339 (1923).

TBMM ZC, D. 2, C. 7, 09.03.1340 (1924).

TBMM ZC, D. 2, C. 8-1, 20. 04. 1340 (1924).

TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku-Genel Esaslar**, 20. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2016.

TEZİÇ Erdoğan, “Cumhuriyet’in Kuruluş Döneminde Devletin Hukuki Yapısı”, içinde **Bugünün Bilgileriyle Kemal’in Türkiye’si-La Turquie Kamaliste**, Boyut, İstanbul, 2012, s. 170-173.

TUNAYA Tarık Zafer, **Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)**, C. II, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.

Türkiye Cumhuriyeti İlk Anayasa Taslağı, Tıpkıbasım, Boyut Yayınları, İstanbul, 1998

Egemenliği Kullanan Bir Organ Olarak Anayasa Mahkemesi

Arş. Gör. Burcu Alkış*

Ne yazık ki Erdoğan Teziç Hoca'dan hiç ders alamamış bir öğrencisi olarak, hocayı saygı ve rahmetle anıyorum. Teziç Hoca'yı benim için farklı ve değerli kılan husus, teknik anayasa hukuku konusunda Türk öğretilerine sağladığı katkılardır. Türkiye'de çıkan kanunlar kısa vadeli, günlük gerekçelerle eleştirilirken, Anayasa Mahkemesinin kararları “siyasi” olmakla suçlanırken Teziç, eleştiri ve değerlendirmelerini her zaman hukuk zemininde kalarak yapmıştır. Kamu hukukunun temel kavramlarını anayasa hukukuna uygulayıp, anayasa hukukunun günlük siyaset tartışmalarından ibaret olmayan, kendine has bir mantığı ve sistemi olan bir bilim dalı olarak varlığını korumasında önemli bir rol oynamıştır.

Hocamızı andığımız bugünkü toplantıda da bu hukuk mantığından uzaklaşması en tehlikeli organ olan Anayasa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin verdiği bazı kararlar üzerine konuşmak istedim. Erdoğan Teziç, Cumhuriyet gazetesinde yayımlanan “*Usulün Saptırılması: Torba Kanun*” başlıklı bir yazı yazmış¹ ve bu yazıyı genişleterek TBB ve Özyeğin Üniversitesi tarafından düzenlenen Kanun Yapma Tekniği konulu sempozyumda bildiri olarak sunmuştur². Burada tüm kamuoyunu ve hukukçuları rahatsız eden “torba kanun” uygulamasının, hukuken usul saptırması (*détournement de procédure*) olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Fransız idare hukukunda doğan usul saptırması kavramı, idarenin bir işlemi o işlem için öngörülen usulle yapmayıp, süreci hızlandırmak veya denetimden kaçmak için kullanmaya yetkili olduğu başka bir usulle yapmasını ifade eder ve idari

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Erdoğan Teziç, “Usulün Saptırılması: Torba Kanun”, *Cumhuriyet*, 31.12.2014, s. 2.

² Erdoğan Teziç, “Torba Kanun”, *Kanun Yapma Tekniği (27-28 Mart 2015)*, Ankara, TBB Yayınları, 2016, ss. 335-342.

işlemin iptal sebeplerinden biridir. İdarenin “kötü niyetli” davranışı, işlemi amaç unsuru bakımından sakatlamaktadır. “Torba kanun” adı verilen uygulamanın da bu tanıma uyacak biçimde yasama sürecindeki aleniyeti, belirliliği ve şeffaflığı ortadan kaldırdığını ileri süren Teziç, şu ifadeleri kullanmıştır: *“Anayasa Mahkemesinin, anayasa yargısının bulunduğu bütün demokratik ülkelerde olduğu gibi, sahip olduğu içtihat yaratma kudreti ile torba kanun uygulamasını sonlandırması isabetli olacaktır.”* Bu satırları bugün okuduğumuzda, yüksek mahkemenin hocanın bu çağrısına cevap verip vermeyeceği, “icthad yaratma kudretini” kendisinde görüp görmediği hakkında bir değerlendirme yapmanın ilgi çekici olacağını düşündüm.

Anayasa Mahkemesinin içtihat yoluyla hukuk yaratma gücü olup olmadığı konusu hep tartışılmalıdır. Bir grup Mahkemenin yürüttüğü faaliyetin siyasi sonuçlarını da göz önüne alarak kendini sıkı sıkıya Anayasa ile bağlı sayıp burada öngörülen yetkilerinin dışına çıkmamaya azami özen göstermesi taraftarıyken, bir grup da Anayasa Mahkemesini, “anayasanın bekçisi” olarak, anayasal ilkelerin belirlenmesi ve anayasanın ruhunun korunması konusunda yetkili organ olarak görmüştür. Anayasa Mahkemesinin, bir anayasa organı olarak, Türk Milletinin egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre kullanan yetkili organlardan biri olduğuna şüphe yoktur. Anayasa, egemenliğin organlarca nasıl kullanıldığını göstermekle birlikte, egemenliği kullanan organların denetimini bağımsız ve tarafsız yargıya bırakarak yargı erkine özel bir önem atfetmiştir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın nasıl anlaşılması gerektiğini, Anayasa’da yer alan soyut ilke ve kuralları yorumlayacak olan organdır. Bir yargı organı olarak Anayasa Mahkemesinin görevi, idare gibi yazılı hukuk kurallarını uygulamaktan ibaret değildir; yazılı hukuk kurallarının nasıl anlaşılması gerektiğini ortaya koymak ve onları somutlaştırmaktır. Anayasa Mahkemesi, Kelsen’in ifadesiyle “negatif kanun koyucu” olarak, en az ona denk bir konumdadır ve içtihat yaratma gücünü de bu konumundan almaktadır. İçtihat yaratma gücü, yargılama faaliyetini egemenlik yetkisinin kullanımının görünümlerinden biri haline getirmektedir. Anayasa Mahkemesi, basit bir uygulayıcı-aracı organ olmakta öteye geçerek, bir uygulayıcı-yaratıcı organ olma niteliğini kazanmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti, sosyal devlet, laiklik gibi kavramları tanımlaması; temel hak ve özgürlüklerin içeriğini ve koruma alanını belirlemesi esasen birer içtihat yaratma faaliyetidir. Bunlar gibi kavramların tanımları Anayasada veya diğer mevzuatta yer almamaktadır. Bu içtihat

yaratma faaliyeti olmaksızın Anayasanın lafzı çoğu kez uygulanma kabiliyetini haiz olamayacaktır. Fakat Teziç Hoca'nın yazısında “*ic̣tihat yaratma kudreti*” ile kast ettiği, Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı vermek veya anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlenmek gibi konularda, Anayasada açıkça yazılı olmayan birtakım yetkileri kullanması ise, geline nokta hocanın yaptığı çağrının yanıtsız kalacağını söylemek hatalı olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi ne yazık ki 50 yılı aşkın süredir içini doldurduğu anayasa hukuku kurallarının içini boşaltacak, Anayasayı siyasal iktidarı sınırlayan bir belge olarak görmediği izlenimini uyandıracak bazı kararlar vermiş, son yıllarda müstakar içtihadından daha önce görülmemiş bir oranda dönmüştür. Anayasa Mahkemesinin “Türk milleti”nin tanımından Türkiye'nin sosyolojik yapısına kadar uzanan geniş bir yelpaze-deki konuları değerlendirerek verdiği kararlar, elbette yargılama faaliyetinin bunu gerektirmediği ileri sürülerek eleştirilebilir. Ancak Mahkemenin son içtihat değişiklikleriyle bir yargı organı olarak ihtiyatlı davranmanın ötesine geçtiği söylenebilir. Anayasa Mahkemesi tüm içtihat yaratma yetkisinden feragat ederek, anayasa organlarının egemenliği kullanmasına getirilen sınırları denetlemeyi, yani anayasa yargısının varlık sebebini hayata geçirmeyi reddeder bir tutum takınmıştır. Kullanacağım amiyane tabiri mazur görünüz, ancak Türk Anayasa Mahkemesi hayatı uçlarda yaşamaktadır; yıllar boyunca kendisine tanınan yetkilerin sınırlarını zorlayan bir organ olmakla eleştirilmişken bugün adeta Anayasanın kendisine verdiği yetkileri inkar eden bir organ konumuna gerilemiştir.

Anayasa Mahkemesinin hukuku yorumlayarak *ic̣tihat yaratma kudretin*-den vazgeçtiği izlenimini uyandıran üç kırılma anına denk gelen üç içtihat değişikliğinden bahsedeceğim.

Kanun hükmünde kararnameler rejimindeki içtihadi sınırlamaların kaldırılması

Anayasa Mahkemesinin 2011 yılında, 1990'dan beri istikrarlı bir biçimde uyguladığı, kanun hükmünde kararnamelerin ancak önemli, zorunlu ve ivedi konularda çıkarılması gerektiğine ilişkin içtihadından dönmesi, Anayasa Mahkemesinin egemenliğin nasıl kullanılması gerektiğini yorumlama yetkisinden vazgeçmesinin ilk sinyallerinden biri olarak verilebilir. Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini muhafaza etmek için yürütme organına kanunla eşdeğer genel düzenleyici işlemler yapma yetkisi verilmesi, koşul-

suz şartsız olarak tanınmamıştır. Anayasa, yasama organını açıkça bir yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermeye yetkili kılmışsa da, Anayasa Mahkemesi, henüz hukuk fakültesi birinci sınıftayken duyduğumuz “*hukuk kişiyi kendisine karşı dahi korur*” ilkesine benzer şekilde, yasama organını kendisine karşı korumuş ve yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının tamamen işlevsiz kalmaması için şu içtihatla bulunmuştur:

*“KHK uygulamasının yaygınlaştırılması, yetki yasalarına, kullanılma süreleri uzatılarak süreklilik kazandırılması ve hemen her konuda KHK’lerle yeni düzenlemelere gidilmesi, ivedilik koşuluna uyulmaması yasama yetkisinin devri anlamına gelir. Böylece, üç kamu erki arasındaki denge bozulur, yürütme organı yasama organına karşı üstün bir duruma gelir. Bu durum Anayasa’nın yukarıda açıklanan maddelerine aykırı düşer. Anayasa Mahkemesi, yakın tarihte verdiği bir kararında, ‘TBMM tarafından Bakanlar Kurulu’na KHK çıkarma yetkisinin ancak, **önemli, zorunlu ve ivedi** durumlarda verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da izlenimini verecek biçimde güncelleştirilip sık sık bu yola başvurulmaması Anayasa koyucunun amacına, kuşkusuz daha uygundur’ (AYM’nin 16.5.1989 günlü, E. 1989/4, K. 1989/23 sayılı kararı RG. 8.10.1989, Sayı. 20302) diyerek konuya açıklık kazandırmıştır.”* (AYM, E. 1988/64, K. 1990/2, 1.2.1990)

Bu içtihat, Anayasanın 91. maddesinde “önemli, zorunlu ve ivedi” durumlarda yetki kanunu çıkarılabileceği yönünde bir hüküm bulunmadığı, Anayasa Mahkemesinin Anayasada yer almayan bir yasak getirerek yetkisini aştığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Sadece Anayasa metnine bağlı kalınarak bu karar değerlendirildiğinde, söz konusu eleştiriler haklı görülebilir. Ancak Anayasanın temelinde bulunan kuvvetler ayrılığı, parlamentarizm ve Anayasanın açıkça öngörmüş olduğu yasama yetkisinin devredilmezliği ilkeleriyle birlikte Anayasayı okuduğumuzda, bu sonuca varılmasının hukuki dayanaktan yoksun olmadığını görebiliriz. Bu içtihat sayesinde yasama organının aslî kural koyucu organ olarak işlevini sürdürmesi, tüm düzenlemeleri yapma yetkisini tamamen yürütmeye vermemesi sağlanmıştır. Böylelikle Anayasa Mahkemesi, egemenliğin organlar tarafından ne şekilde kullanılması gerektiği hakkında bir yorum yapmış; kendi egemenlik yetkisini kullanarak erkler arasındaki dengeyi koruyacak bir içtihat geliştirmiştir.

Konu hakkındaki ilk ilke kararından 20 yıl sonra Anayasa Mahkemesi, 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde

Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu aleyhine açılan iptal davasını reddederken, kendi içtihadına dayanılarak ileri sürülen iptal gerekçesini incelemeye dahi gerek görmemiştir:

*“Bir başka anayasaya aykırılık iddiası ise, yetki yasası ve buna bağlı olarak KHK’ler çıkarılmasını gerektiren acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun bulunmadığına ilişkindir. Dava konusu yetki yasasıyla çıkarılması için izin verilen KHK’ler olağan kanun hükmünde kararnamelerdir. **Bu tür KHK’lerin çıkarılabilmesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasa’da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.** Bu itibarla, yetki kanunlarının ve KHK’lerin anayasaya uygunluğunun incelenmesinde **Anayasa’da öngörülme-yen yeni şartlar ihdas edilmesi mümkün olmadığı gibi, neyin ‘önemli’, ‘ivedi’ ve ‘zorunlu’ olduğuna anayasaya uygunluk denetimi yapan yargı organının karar vermesi de bu organın işlevine uygun değildir.** Ayrıca bu kavramların sübjektif nitelik taşıdığı ve göreceli olduğu da açıktır. Bu nedenle, yetki yasası ve buna bağlı olarak KHK çıkarılmasını gerektiren acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durum olup olmadığının incelenmesi, Anayasa’da öngörülen çerçevenin dışına taşacak ölçüde bir denetim yapılması anlamına gelebilecektir. Oysa yetki yasaları üzerindeki denetimin, Anayasa’da öngörülen çerçevenin sınırları içinde kalması gerekir. Bu nedenle, KHK çıkarılması için yetki verilen konunun acil, ivedi, önemli ve zorunlu olup olmadığının **incelenmesine gerek görülmemiştir.**” (AYM, E. 2011/60, K. 2011/147, 27.10.2011)*

Anayasa Mahkemesi, burada Anayasanın lafzının çizdiği sınırlara geri çekilmiştir. Lafzi yorum da bir hukuki yorum yöntemidir, ancak anayasa yargısındaki tek yorum yöntemi değildir. Anayasa Mahkemesi, 20 yıldır kanun hükmünde kararnameler konusunda “önemli, ivedi ve zorunlu” konularda uygulanma ölçütünü uygularken bundan neden bir anda vazgeçtiğine dair gerekçesini ortaya koymamış; kararı veren çoğunluk, önceki içtihadına atıfta dahi bulunmamıştır. Anayasa Mahkemesi, söz konusu ölçütlerle ilgili değerlendirmesini yaparken, iptal talebinde bulunanlar bu ölçütleri kendi kendilerine yaratıp Mahkemeden yetki kanununun bu ölçütleri karşılamaması sebebiyle iptalini istemişler gibi bir dil kullanmıştır. Mahkemeler içtihatlarını değiştirebilir, hukukun gelişmesi ve evrimi buna bağlıdır; ancak bir hukuk devletinde bu türden önemli bir içtihat değişikliğinde Mahkemenin neden bu sefer farklı bir karar verdiğini açıklaması beklenirdi. Karar gerekçesinde

yer alan ifadeler, öğretide ileri sürülen görüşleri yansıtsa da, Anayasa Mahkemesinin 20 yıl boyunca kendi işlevine uygun görmediği bir faaliyeti neden yerine getirmiş olduğu ve bu hatasının nasıl farkına vardığını hiçbir zaman bilemeyeceğiz¹. Bu karardan anladığımız tek husus, Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile içtihat yoluyla oluşturduğu ilkeleri tamamen terk etme ve yürüttüğü faaliyette kendini sınırlama eğiliminde olduğudur.

Göreve son veren kanunlar

İkinci olarak bahsetmek istediğim içtihat değişikliği ise, kamu görevlilerinin kanunla görevlerine son verilmesi veya görevlerinin değiştirilmesine ilişkin olan kararlardır. Anayasa Mahkemesi bir yandan Anayasanın lafzının çizdiği sınırlara çekiliyor gibi görünürken, bu konudaki kararlarında, bu sefer içtihat yaratma yetkisini kullanmıştır. Ne var ki netice olarak kanun koyucunun tasarruflarına müdahale ettiği bir alandan daha çekilmiştir. Yani Anayasa Mahkemesi, kendi egemenlik yetkisini yasamanın egemenlik yetkisi lehine sınırlamıştır.

Maddi anlamda kanun ve şekli anlamda kanun ayırımına göre bir değerlendirme yapıldığında, belli bir kişinin görevine son veren veya görevinde değişiklik yapan kurallar genel, soyut, objektif ve gayrişahsi özellikler taşımadığı için maddi anlamda kanun olarak değerlendirilemezler. Kamu hukukunda genel düzenleyici işlemler ile bireysel işlemler farklı hukuki rejimlere tabi olduğundan, bu ayırım önem taşımaktadır. Türk anayasa hukukunda daha ziyade şekli anlamda kanun anlayışı geçerli olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi esasen normları maddi anlamda değerlendirip nitelendirmekten vazgeçmemiştir. Mahkeme, sıklıkla “kendini norma verilen isimle bağlı saymama ve normun hukuki nitelemesini yapma”² yöntemine bağlı kalmıştır.

¹ Anayasa Mahkemesi, bir yetki kanunu ile ilgili olarak verdiği bir sonraki kararında ise, iptal dilekçesinde ileri sürülmüş olmasına rağmen, bu sefer “önemli, ivedi ve zorunlu” olma kriterini karar gerekçesinde tartışmayarak, bu ölçüte dayalı iptal gerekçelerini incelemeye değer görmediğini teyit etmiştir (AYM, E.2018/100, K. 2018/79, 5.7.2018).

² “Bir yasama metnine verilen ad, o metnin anayasal yargı denetimine tâbi olup olamayacağı konusunda tek ve yeterli ölçüt değildir. Yasama metninin içeriğinin ve özünün de göz önünde bulundurulması zorunludur. Yasama Meclisi’nce Anayasa’da öngörülenler dışındaki adlar altında ve başka yöntemler uygulanarak oluşturulan işlemlerin Anayasa Mahkemesi’nin denetimine bağlı olup olmadığı saptanırken, uygulanan yöntem kadar o metin veya belgenin niteliği üzerinde de durulup değer ve etkisinin belirlenmesi gerekir.” (AYM, E. 2002/152, K. 2002/94, 21.10.2002); “Anayasa Mahkemesi’nin bir çok kararında belirtildiği gibi, iptali istenilen bir yasama tasarrufunun Anayasal denetime bağlı tutulabilecek nitelikte olup

Bir hukuki tasarrufun bir genel düzenleyici işlem veya bireysel işlemle yapılması; kişilerin o işleme karşı başvurabileceği hukuk yollarını da etki-leyeceğinden önem taşımaktadır. Öyle ki Anayasa Mahkemesi de ilk başta kararlarında bu hususu göz önüne almıştır. Kamu görevlilerinin görevine doğrudan bir kanun hükmüyle son veren kanunları, yasama işlemlerine karşı bireylerin iptal davası açma imkanı olmadığından hak arama özgürlüğü ve hukuki güvenliğe aykırı olduğu için hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir³. Mahkemenin bu gerekçeyle verdiği iptal kararları şöyle sıralanabilir:

- 12.5.2001 tarih ve 4672 sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun başkan dışındaki üyelerinin görevlerine son verilmesi (AYM, E. 2003/112, K. 2006/49, 6.4.2006)

- 9.2.2006 tarih ve 5456 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun ile gümrük idaresinde çalışan bazı kişilerin farklı kadrolara atanması (AYM, E. 2007/97, K. 2010/32, 4.2.2010)

Anayasa Mahkemesi, bu kararlarda idari işlemle yapılması gereken bir tasarrufun yasama işlemiyle yapılmış olduğundan bahisle fonksiyon gaspı gerekçesine de dayanabilecekken, hak temelli bir değerlendirme yaparak iptal kararlarını vermiştir. Ancak kısa bir süre sonra Anayasa Mahkemesi, bu içtihadından “içtihadi bir yolla” dönmüş ve bazı kamu görevlilerinin görevine son veren kanunlar hakkındaki iptal taleplerini reddetmeye başlamıştır. Hakim Haşim Kılıç’ın 2010/32 sayılı kararda kaleme aldığı karşıoy gerekçesi, çoğunluğun görüşü halinde gelmiştir. Oluşan yeni içtihadı göre kamu hizmetinin görülmesi ile ilgili konularda kanun koyucunun takdir yetkisi vardır ve bu çerçevede kadrolara ilişkin gerekli gördüğü düzenlemeleri yapabilir.

olmadığı saptanırken sadece, onun bu tasarrufta bulunan organ tarafından nasıl nitelendirildiğine ve hangi ismin verildiğine veya bu işlemin nasıl bir yöntem izlenerek yapıldığına bakılması yeterli olmayıp, yapılış yöntemi ve adı ne olursa olsun hukuksal niteliği, etkisi ve doğurduğu sonuçlar da gözetilmelidir.” (AYM, E. 2007/45, K. 2007/54, 1.5.2007).

³ 28.3.2000 tarih ve 4552 sayılı Dernekler Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Türk Hava Kurumu’nun organlarının görevinin sona erdirilmesi hakkındaki kararında ise farklı olarak, Anayasanın dernek kurma özgürlüğünü güvence altına alan 33. maddesine dayanmış ve getirilen sınırlama maddede gösterilen sebeplere uymadığından iptal kararı vermiştir (E. 2002/43, K. 2003/103, 24.12.2003).

Kurumların yapısı veya statüsü değiştirildiğinde, “hukuki ve fiili zorunluluk varsa”, kanunla orada çalışanların görevlerine son verilebilir veya görevleri değiştirilebilir.

- 10.11.2005 tarihli ve 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu ile DİE başkanının görevine son verilmesi (AYM, E. 2008/105, K. 2010/123, 31.12.2010)

- 11.06.2008 tarih ve 5767 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu İle Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile birtakım TRT çalışanlarının görevlerinin sona ermesinin öngörülmesi (AYM, E. 2008/72, K. 2011/59, 30.3.2011)

- 23.8.2011 tarih ve 653 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname ile Bakanlıkta çalışan Dış Ticaret Kontrolörleri Kurulu Başkanının görevine son verilmesi ve başka bir kadroya atanması (AYM, E. 2011/126, K. 2012/110, 18.7.2012)

- 3.6.2011 tarih ve 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile bu Bakanlıkta çalışanların görevlerinin sona ermesi (AYM, E. 2011/82, K. 2012/150, 11.10.2012)

- 3.6.2011 tarih ve 640 sayılı Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılan Sanayi ve Ticaret Bakanlığında çalışanların Gümrük ve Ticaret Bakanlığındaki kadrolara atanması (AYM, E. 2011/87, K. 2012/176, 8.11.2012)

- 3.6.2011 tarih ve 639 sayılı Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bakanlık yöneticilerinin görevlerinin sona erdirilerek farklı kadrolara atanmaları (AYM, E. 2011/86, K. 2012/183, 22.11.2012)

- 29.6.2011 tarih ve 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılan bakanlıklarda çalışanların farklı kadrolara atanması (AYM, E. 2011/100, K. 2012/191, 29.11.2012)

- 11.10.2011 tarih ve 664 sayılı Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile

Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, Atatürk Kültür Merkezi, Türk Dil Kurumu ve Türk Tarih Kurumu yöneticilerinin görevlerinin sona ermesi (AYM, E. 2011/141, K. 2013/10, 10.1.2013)

- 4.10.2011 tarih ve 661 sayılı Avrupa Birliği Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname ile Kamu İhale Kurumunun yöneticilerinin görevlerinin sona ermesi (E. 2011/143, K. 2013/18, 17.1.2013)

- 25.8.2011 tarih ve 652 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile bakanlık çalışanlarının görevlerinin sona ermesi ve yeni kadrolara atanmaları (AYM, E. 2011/123, K. 2013/26, 6.2.2013)

- 11.10.2011 tarih ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile bazı Bakanlık çalışanlarının görevlerinin sona ermesi ve yeni kadrolara atanmış sayılmaları (AYM, E. 2011/150, K. 2013/30, 14.2.2013)

- 6524 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile bazı TAAD ve HSYK çalışanlarının görevinin sona erdirilmesi. (AYM, E. 2014/57, K. 2014/81, 10.4.2014)

Anayasa Mahkemesi, Gençlik ve Spor Bakanlığı çalışanlarının görevine son verilmesine ilişkin 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun hakkındaki kararında ise, bu kez herhangi bir teşkilat yapılandırmasına gidilmediği değerlendirmesine dayanarak, “hukuki ve fiili zorunluluğun” yokluğundan bahisle düzenlemeyi hukuki güvenlik ilkesine aykırı bulmuştur (AYM, E. 2015/61, K. 2016/172, 2.11.2016). Bu karar, Anayasa Mahkemesinin işlemlerin sebep unsurunu denetlemekten kaçındığı göz önüne alındığında, ayrıksı bir nitelik taşımaktadır. Mahkemenin, söz konusu ölçütü geliştirdikten sonra kanunla görevden almayı öngören bazı düzenlemeler hakkında bu ölçütü kullanmadan, doğrudan hukuki güvenlik ilkesine dayanarak iptal kararı verdiği de olmuştur (TÜBİTAK yöneticileri ve TÜBA üyelerinin görevlerine son verilmesi; AYM, E. 2011/115, K. 2012/177, 8.11.2012).

Anayasa Mahkemesinin bu içtihadından ne gibi çıkarımlar yapılabilir? Anayasa Mahkemesi, çıkarılan normun hukuki niteliğine bakmadan, kanun

koyucunun takdir yetkisine ve kanunun sebep unsurunun denetlenemezliğine dayanarak, kanun koyucunun istediği kişi hakkında istediği tedbiri almasına olanak sağlayacak bir içtihat oluşturmuştur. Mahkemenin “hukuki ve fiili zorunluluk” a yaptığı vurgu, hâlâ tamamen şekli kanun kavramının kabul edilmediğini gösterse de; bu içtihat sebebiyle yürütme, daha da doğru bir ifadeyle idare fonksiyonu ile yasama fonksiyonu arasındaki sınır adeta ortadan kalkmış bulunmaktadır. Öyle ki bahsedilen “hukuki ve fiili zorunluluk” bulunmadığı takdirde Anayasa Mahkemesi ilke olarak düzenlemeleri iptal edeceğini kabul etmekte ve 2016/172 sayılı kararında yaptığı gibi iptal etmektedir; ancak bu unsurun mevcudiyetinin denetlenmesi yerindelik denetimi olarak görüleceğinden Mahkeme bu konuda daha pasif bir tutum takınmaktadır. Kanun hükmünde kararnamelerle ilgili içtihadından dönerek yürütmenin yasama yerine geçmesine cevaz veren Anayasa Mahkemesi, bu sefer de yasamanın yürütme yerine geçmesine izin vermiş gibi görünmektedir. Anayasa Mahkemesi, devlet erkleri ve fonksiyonları arasında bulunması gereken ayrılığın sınırlarını belirlemekten kaçınmış ve bu sınırların daha da bulanıklaşmasına aracılık etmiştir. Üstelik bunu yaparken hukuk devleti ilkesinin içine “hukuki ve fiili zorunluluğun” mevcudiyeti halinde kanunların genel, soyut, objektif ve gayrişahsi olması gerekliliğine istisna getirilebileceği şeklinde bir yorumu içtihat yoluyla getirmiştir.

Bireysel işlem niteliği taşıyan kanunlar çıkarılması uygulamasının yaygınlaşmasıyla, kişilerin kanunlarla görevlerinden alınması ihtimalinin mevcut olduğu, Anayasa Mahkemesi kararlarında bile dile getirilir olmuştur: *“Dava konusu kuralda, Maliye Bakanlığının merkez teşkilatında daire başkanı, genel müdür yardımcısı ve başkan yardımcısı veya taşra teşkilatında defterdar kadrolarında çalışanların maliye uzmanı olarak atanmış sayılması değil, bu kadrolarda çalışanlardan kuralda belirtilen koşulları taşıyanların idare tarafından maliye uzmanı olarak atanabilmesi düzenlenmektedir. Dolayısıyla dava konusu kuralın uygulanabilmesi için idarenin idari bir işlem tesis etmesi gerekmektedir. Anayasa’nın 125. maddesi uyarınca kural olarak tüm idari işlemlerde olduğu gibi anılan idari işlemler yönünden de kişilerin yargı mercilerine başvurması mümkün olduğundan, kuralın hak arama özgürlüğünü zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.”* (E. 2013/114, K. 2014/184, 4.12.2014, par. 67); *“Dava konusu kuralla yönetici kadro veya pozisyonunda görev yapan kamu görevlilerinin kuralda belirtilen kadrolara atanmış sayılması değil, idari bir işlemle görevden alınması veya görev*

süresinin sona ermesi durumunda atanacağı pozisyonlar düzenlenmektedir. Dolayısıyla dava konusu kuralın doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunmaması olup kuralların uygulanabilmesi için idarenin kamu görevlileri hakkında işlem tesis etmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca kural olarak tüm idari işlemlerde olduğu gibi anılan idari işlemler yönünden de kişilerin yargı mercilerine başvurusu mümkün olduğundan kuralın hak arama özgürlüğünü zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.” (E. 2015/61, K. 2016/172, 2.11.2016, par. 124)

Söz konusu yaklaşımın “idari işlemlere karşı dava açılabilmesi olasılığı bulunduğu müddetçe idareye hukuka aykırı kararlar alma olanağı tanıyan kanun hükümlerinin iptal edilmesine gerek yoktur” şeklinde yeni bir anayasaya uygunluk sebebinin doğuşuna yol açtığını söylemek bile abartı olmayabilir. (İdareye verilen yetkilerin Anayasaya aykırılığını değerlendirirken yargı yolunun açık olmasını yeterli/ek bir güvence olarak gören kararlara örnek olarak: AYM, K. 2014/181; K. 2015/112, par. 44-45; AYM, E. 2015/41, K. 2017/98 4.5.2017, par. 315 ve 332)

Yaşadığımız olağanüstü hal boyunca birçok kişinin doğrudan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerine eklenen listelerde adlarının yazılması suretiyle görevden alınması şaşkınlıkla karşılandı; ancak yukarıdaki örneklerde de görüleceği üzere bu hukukumuzda ilk defa uygulanan bir teknik değildi. Öyle ki Hakim Osman Alifeyyaz Paksüt, 2010 yılında Anayasa Mahkemesinin DİE ile ilgili verdiği kararda kaleme aldığı karşıoy yazısında, “*iptali istenen yasama tasarrufunda Anayasa'ya aykırılık görülmemesi durumunda, aynı yöntemin, listeler halinde yüzlerce kamu görevlisi için de uygulanması yolunun açılabilmesi gözetilmeden verilen ret kararına katılmıyorum*” diyerek bu tehlikeye dikkat çekmiştir.

Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin denetim dışı bırakılması

Buradan da üçüncü ve son olarak Anayasa Mahkemesinin hukuk devletin koruyucusu olduğuna dair inancın kamuoyu nezdinde sarsılmasına neden olan içtihat değişikliğine geçmek istiyorum: 2016'da olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile ilgili verilen kararlar serisi.

Bu kararlar serisinin öncülü sayabileceğimiz bir karardan da bahsetmek gerekiyor: Anayasaya bir geçici madde eklenmesi suretiyle bazı milletvekilinin dokunulmazlığını kaldıran anayasa değişikliği ile ilgili karar. 6718 sayılı

Kanunun iptali istemiyle dava açan 70 milletvekili, bu kanunun maddi anlamda dokunulmazlığın kaldırılması niteliğinde bir parlamento kararı olduğunu ileri sürerek, Anayasa m. 85 uyarınca Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesini istemişlerdi. Ancak Anayasa Mahkemesi, milletvekillerinin bu iddiasını hiç değerlendirmeyip, denetimi istenen normun anayasa değiştirme usulüne göre çıkarılmış bir anayasa değişikliği olduğu, “*Anayasa’da açıkça öngörülmüş bir dava yolu kapsamında denetim olanağı bulunan ve özel koşullara tabi tutulan Anayasa’ya aykırılık iddiasının, iptali talep edilen kuralın parlamento kararı niteliğinde olduğu ileri sürülerek Anayasa’nın 85. maddesine göre milletvekillerinin münferit iptal taleplerine konu edilmesi, Anayasa’nın 148. maddesi hükmünün anlamsız ve işlevsiz hâle gelmesi sonucunu doğurur.*” gerekçesiyle davayı reddetmişti. (E. 2016/54, K. 2017/117, 3.6.2016) Peki dokunulmazlıkların kaldırılması işleminin Anayasa değişikliği ile yapılmasının, Anayasa m. 83 ve 85’i anlamsız ve işlevsiz hale getirdiği söylenemez mi?

Bu kararın yayımlanmasından kısa bir süre sonra ülkemizde olağanüstü hal ilan edilmesiyle Anayasa Mahkemesinin gösterdiği bu çekingen ve katı şekilci tavrın bedeli gittikçe ağırlaşmıştır. Anayasa Mahkemesi, 1991 yılında vermiş olduğu olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliği taşımayan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini denetleyeceği yolundaki içtihadından⁴, beklendiği üzere dönmüştür⁵. Oybirliğiyle verilen bu dönme kararında, olağan kanun hükmünde kararnamelerdeki aksine, önceki içtihat da değerlendirilmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi, daha önceki kararlarında tamamen hatalı hareket etmiş, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin niteliğini belirlerken aslında esas denetimi yapmış, Anayasanın olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenemeyeceği yolundaki 148. madde hükmünün amacına aykırı bir sonuç oluşturmuştur. Yani Anayasa Mahkemesi, 20 yılı aşkın bir süre boyunca bekçisi olması gereken, koruması gereken Anayasayı açık bir biçimde ihlal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kararıyla tamamen denetim alanının dışında bir alan yaratmıştır ve bunu yaparken sadece denetlemesi için önüne getirilen normun başlığına bakmakla yetinmiştir.

⁴ AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10.1.1991.

⁵ AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 12.10.2016 ve AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, 12.10.2016.

Kararda ilginç olan nokta, Mahkemenin “**Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen kuralın niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kuşkusuzdur. Bu çerçevede bir işlemin muhtevası esas alınarak maddi kritere veya işlemi tesis eden organ ve başvuru usuller esas alınarak şekli-organik kritere göre niteleme yapılabilir.**” dedikten sonra hiç ara vermeden “*Hangi kriter esas alınırsa alınsın yapılan nitelemenin Anayasa’nın çizdiği çerçevenin dışına çıkılması, başka bir ifadeyle olağanüstü hâl KHK’lerinin şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğurmaması gerekir.*” (par. 19) diyerek kendi kendine tanıdığı tüm yetkiyi ortadan kaldırmasıdır. Mahkemenin ifadeleri, bir oksimorona benzemektedir. Anayasa Mahkemesinin Anayasanın çizdiği sınırların dışına çıkmaması için şekli kriteri izlemesi, Anayasanın lafzını uygulaması zaten yeterli olacaktır. Bu durumda işlemlerin hukuki tavsifini yapma yetkisini hâlâ kendinde saklı tutmasının anlamı nedir? Anayasaya uygun hareket etmek için işlemleri maddi anlamda nitelendirmenin ne gibi bir katkısı olacaktır? Anayasa Mahkemesinin bu seferki içtihadan dönüşünü en azından gerekçelendirmeye çalışması takdire şayan olsa da, bu gerekçedeki eksiklikler üzerine uzun tartışmalar yapılabilir.

Oluşan yeni durumda Anayasa Mahkemesi, norm denetiminde önüne gelen normların sadece başlığına bakıp buna göre çok sınırlı bir denetim yapan bir mahkeme haline gelmiştir. Esasa girerek denetim yaptığı kararlarında da, karara gerekçe olan tüm savlarda “kanun koyucunun takdir yetkisi”ne yoğun bir şekilde vurgu yapmakta, neredeyse yalnızca buna dayanarak kanunları Anayasaya uygun bulmaktadır. Kanun koyucunun takdir yetkisi olduğu ve bunun kanunların sebep unsurunu oluşturduğu konusunda bir tartışma bulunmamaktadır; fakat o takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını denetlemek kimin görevidir? Bütün yargılama faaliyeti, devletin takdir yetkisini keyfi olarak kullanmasının önüne geçmek için yok mudur?

Bir-iki sene evvel İHAM kararlarını %79 oranında doğru tahmin eden bir yapay zeka geliştirilmişti⁶. Aradaki %21’lik farkın, halen hakimlere ve onların somut olayları ve hukuku yorumlamalarına ihtiyaç duyduğumuzu gösterdiği yorumu yapılmıştı. Anayasa Mahkememizin son yıllardaki karar-

⁶ Nikolaos Aletras, Dimitrios Tsarapatsanis, Daniel Preotiuc-Pietro, Vasileios Lamps, “Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective” *PeerJ Computer Science*, 2:e93, 2016.

larına baktığımızda, şekli kriter ve kanun koyucunun takdir yetkisi ölçütleriyle verileri işleyecek bir yapay zeka geliştirilirse çok daha yüksek bir tahmin oranına varacağını söyleyebiliriz. Anayasa normlarının yorumunda lafzi yoruma dayanacaksa, bir yorum ve değerlendirme faaliyeti olan yargılama faaliyetinden uzaklaştığımızı söyleyemez miyiz? Hukuki akıl yürütmeden arındırılmış, tamamen mekanik bir süreç de bizi aynı sonuca götürecektir. Anayasa Mahkemesi, tutumundaki bu değişikliğe rağmen, halen Anayasada veya herhangi bir kanunda kendisine açıkça yetki verilmemesine karşın yürürlüğün durdurulması taleplerini inceleyip bu konuda karar vermesini şaşırtıcı buluyoruz⁷. Madem Anayasa kuralları bu kadar açık ve aksini iddia etmek düşünülemez, Anayasa Mahkemesi neden Anayasada yer almayan bir yetkiyi kullanarak –yürürlüğü durdurma kararı vermese de- değerlendirme yapmaya devam etmektedir?

Erdoğan Teziç Hoca'nın temenni ettiği gibi Anayasa Mahkemesinin Anayasa ve hukuk kurallarını yorumlayarak, “torba kanun” yapma usulünü hukuk devleti ilkesine aykırı nitelikteki bir usul saptırması olarak yorumlayıp bu usule bir son vermesi, geline aşamada ne yazık ki mümkün görünmemektedir. Ele aldığımız üç içtihadı bakarak üç sonuç çıkarabiliriz:

- 1) Anayasa Mahkemesi, önüne gelen normun başlığında “kanun” yazıyor olmasını onu geçerli bir kanun saymak, kanun olarak nitelemek için yeterli bulacaktır.
- 2) Anayasada açıkça “torba kanun” usulünde kanun yapılması yasaklanmadığı için, bu konu kanun koyucunun takdir alanı içinde görülecektir.
- 3) Kanun koyucunun takdir alanını sınırlandırabilecek birtakım hukuki ilkeler ve güvenceler, içtihat yoluyla da açıklığa kavuşturulamayacaktır.

Hiç kimse kaynağını Anayasadan almadığı bir yetkiyi kullanamaz; ancak Anayasa Mahkemesinin varlık sebebi, Anayasayı yorumlayarak Anayasanın yetkili organlara verdiği yetkilerin ne olduğunu saptamaktır. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın kendisine vermiş olduğu egemenlik yetkisini bu şekilde kullanacaktır; bu da onu diğer yargı yerlerinden farklı kılan noktadır. Ne var ki Anayasa Mahkemesinin bu özel statüsü, günümüzde anlamını yi-

⁷ Yakın tarihli birkaç örnek için bkz. AYM, E. 2017/9, K. 2018/11, 14.2.2018; AYM, E. 2016/7, K. 2018/10, 14.2.2018; AYM, E. 2017/61, K. 2018/12, 14.2.2018; AYM, E. 2017/117, K. 2018/28, 28.2.2018; AYM, E. 2016/141, K. 2018/27, 28.2.2018.

tirmiş durumdadır ve Anayasa Mahkemesi, egemenlik yetkisini kullanan bir organ olmaktan ziyade, önündeki kanunları uygulamaktan ötesini yapmayan bir kamu kurumu görünümüne bürünmüştür.