PROF. DR. METİN GÜNDAY ARMAĞANI

ATILIM ÜNİVERSİTESİ
Ankara 2020

Cilt II

PROF. DR. METİN GÜNDAY ARMAĞANI

2. CİLT

Ankara 2020

Prof. Dr. Metin Günday Armağanı II. Cilt

Atılım Üniversitesi Yayınları No :65
Hukuk Fakültesi Yayınları No :3
1. Baskı Eylül 2020 - Baskı Adeti : 175

ISBN: 2. Cilt 978-975-6707-62-3 (Tk)
ISBN: 978-975-6707-64-7 (2.c)

Atılım Üniversitesi Yerleşkesi
Kızılcaşar Mah. 06830 İncek - Ankara
Tel: 0312 586 80 00 - Faks: 0312 586 80 90
www.atilim.edu.tr - info@atilim.edu.tr

Bu yapıtın telif hakkı Atılım Üniversitesi'ne aittir. Her hakkı saklıdır. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerine göre Atılım Üniversitesi'nden yazılı izin alınmadan bu yapıtın, herhangi bir bölümü veya tamamı iktibas edilemez, fotokopi veya herhangi bir başka yöntemle çoğaltılamaz, dağıtılamaz ve basılamaz.

Yer Numarası
KKX74 .M48 2020

Konu Başlıkları
Law--Turkey.
Hukuk--Türkiye.
Gift books--Turkey.
Armağan kitaplar--Türkiye.

Tasarım ve Teknik Hazırlık
Remark İletişim Hizmetleri
Hilal Mah. Aleksander Dupçek Cad.
No: 28/9 Yıldız - ANKARA
T: 0312 436 27 28
info@remarkreklam.com

Baskı ve Cilt
Vadi Grafik Tasarım ve Reklamcılık Ltd. Şti.
İvedik Org. San. 1420. Cad. No: 58/1
Yenimahalle/ANKARA
Tel: 0 312 395 85 71
Sertifika No: 47479

Printed in Turkey

İÇİNDEKİLER

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÜVENCESİ OLARAK LAİKLİK
Mustafa Bayram Mısır 865

YETKİ DEVRİ KURUMUNUN İDARE HUKUKU VE BÜTÇE HAKKI BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİ
Zeynep Müftüoğlu 901

KAMU GÖREVLİLERİNİN MESLEKTEN ÇIKARILMALARINDA UYGULANAN KRİTERLERİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ
Zehra Odyakmaz - Bayram Keskin 917

YARGI İÇTİHATLARI KAPSAMINDA DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARINDA HUKUKİ BELİRLİLİK İLKESİ
Özge Okay Tekinsoy 963

4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNUN ELEKTRİK PİYASALARINDA AYRIMCILIK YAPMAMA VE AYRIŞTIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ AÇISINDAN UYGULANMASINDA YETKİ PAYLAŞIMI MESELESİ
Gamze Öz 993

İDARİ İŞLEMİN SEBEP UNSURU: YENİ BİR TANIM DENEMESİ
K. Burak Öztürk 1033

TÜRK CEZA HUKUKUNDA "TAM SORUMLU CUMHURBAŞKANI"
Özgün Özyüksel 1051

SİVİL İTAATSİZLİK
F. Helin Sadioğlu 1095

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ÜRETTİĞİ YAPAY BİR KAVRAM: "ORTAK KORUMA ALANI"
Fazıl Sağlam 1101

KAMU GÖREVLİLERİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE DİSİPLİN HUKUKUNUN SINIRI
Dilşad Çiğdem Sever 1165

HAYVAN DENEYLERİ VE ÇEVRE HUKUKUNDA ETİK YAKLAŞIMLAR
Fatma Didem Sevgili Gençay 1213

ROMA HUKUKUNDA ELEGANTIA IURIS KAVRAMI
Özlem Söğütlü 1237

İDARELER ARASI ACELE MAL DEVRİ
Nuray Sümer 1277

İŞ DENETİMİ VE İŞ HUKUKU YAPTIRIMLARI
Sarper Süzek 1291

EKONOMİDEKİ KRİZİN HUKUKTAKİ YANSIMALARI
Turgut Tan 1321

BİREYSEL BAŞVURU ÜZERİNE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BAŞVURUCUYA GENEL MAHKEMELERDE DAVA AÇILMASI YOLUNU GÖSTERMESİ HALİNDE GÖREVLİ YARGI YERİ (YOLU) SORUNU
Sema Taşpınar Ayvaz 1341

ÜNİVERSİTE ÖĞRETİM ELEMANLARININ GÖREVLERİNE SON VERİLMESİ USULLERİ AÇISINDAN 147'LER OLAYI VE SONUÇLARI ÜZERİNE
M. Ayhan Tekinsoy 1359

YENİ ANAYASAL SİSTEMDE YÜRÜTME'NİN DÜZENLEME YETKİSİ VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ
Ali D. Ulusoy 1399

ALMANYA'DA İDARİ YARGININ TARİHİ GELİŞİMİ*
Kamile Türkoğlu Üstün 1443

"GENEL AHLAK" KAVRAMININ BELİRSİZLİĞİNİN AŞILMASI VE İDARİ KOLLUK DÜZENLEMELERİNDE SOMUTLAŞTIRILMASI
Pınar Yaşar Şatıroğlu 1469

OLAĞANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ: KAMU GÖREVİNDEN İHRAÇLAR VE YOL AÇTIKLARI HUKUKA AYKIRILIK SORUNLARI
Serap Yazıcı 1501

ILO DENETİM ORGANLARI (SENDİKAL ÖZGÜRLÜKLER KOMİTESİ VE APLİKASYON KOMİTESİ) KARARLARI KAPSAMINDA KAMU GÖREVLİLERİNİN SENDİKA VE TOPLU PAZARLIK HAKKI
Gaye Burcu Yıldız 1555

HUKUK DEVLETİ VASITASI OLARAK ADLİ YARDIM VE İDARİ YARGI
Dilşat Yılmaz 1573

BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU ÖRNEĞİNDE "BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTE" VE "REGÜLASYON" ÜZERİNE KAVRAMSAL, KURUMSAL VE İŞLEVSEL BİR DENEME
Telekomünikasyon (Elektronik Haberleşme) Hukukunda Regülasyon
Serdar Yılmaz 1605

İDARENİN MALİ İMKÂNLARININ KORUNMASI SORUMLULUĞUNUN AĞIR HİZMET KUSURUNUN VARLIĞI KOŞULUNA BAĞLANMASI İÇİN YETERLİ BİR GEREKÇE OLARAK KABUL EDİLEBİLİR Mİ?
Ahmet Said Yücesan 1679

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÜVENCESİ OLARAK LAİKLİK*

Mustafa Bayram Mısır**

GİRİŞ

Türkiye'de laiklik, siyasal ve toplumsal alanda bütün modernleşme tarihini kapsayan ve devam eden bir tartışmanın konusudur. Bu tartışma ister istemez, felsefe, insan bilimleri ve hukuk içinde de karşılık bulmuş, cumhuriyetin laiklik politikalarını eleştiren "laiklik karşısında sekülarizm" ya da "laikçilik/ laisizm karşısında laiklik" şeklinde özetleyebileceğimiz çok geniş bir literatür oluşmuştur[1]. Bu makalenin konusu, cumhuriyet dönemi laiklik politikalarını eleştirmek

---

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Av. Dr.

1 Bu geniş literatüre başvurarak yazılmış, Türk Devrimi'nin ilkesi olarak laikliği savunan ya da bunu "laikçilik" (bkz. Şerif Mardin, "Kollektif Bellek ve Meşruiyetlerin Çatışması", *Avrupa'da Etik, Din ve Laiklik,* içinde, Metis, İstanbul, 1995, s.11;) ya da "laisizm" (bkz. Elisabeth Özdalga, *Modern Türkiye'de Örtünme Sorunu, Resmi Laiklik ve Popüler İslam*, Sarmal, İstanbul, 1998, ss. 21-51) olarak görüp eleştiren yüzlerce makale vardır. Her birine ayrı ayrı atıf yapmak mümkün değil. İleri sürdüğü görüşlere tümüyle katılmamakla birlikte 2001 yılına olan kadar süreci tarihsel ve pozitif bağlamı ile özetlediğinden Anayasa Mahkemesi eski üyesi Yılmaz Aliefendioğlu'nun makalesine bakılabilir: Yılmaz Aliefendioğlu, "Laiklik ve Laik Devlet", *Demokrasi ve Laiklik* içinde*,* der. İbrahim Kaboğlu, İmge, Ankara, 2001, ss.73-123. Aliefendioğlu tarafından da laikçilik/ laiklik ya da laiklik/ sekürlerlik ayrımları ile yapılan tipikleştirmeler benimsenmiş görünmektedir. Her ülkenin tarihsel özgüllüğünü göz ardı ettiğinden, bu makalemizde, bu ayrımlara metodolojik olarak başvurulmamaktadır. Zira, "laik", "laikçi", "seküler" vb. tipolojiler, özellikle Türkiye'de, karşılaştırmalı çözümleme bakımından görebilecekleri işlevden çok siyasi ya da ideolojik mücadelede taraf belirleme saiki ile oluşturulmuştur. Bu makalede benimsenen görüşe göre, laiklik/ sekülerlik, evrensel bir ilkedir ve aynı tarihsel bağlama, moderniteye aittir; bu anlamda, aynıdır. Elbette her ülkede farklı bir gelişim süreci olmuştur. Ancak, oluşturulan bu tipolojiler, farklı laiklik tarihlerini açıklamakta da başarılı değildir. Bu nedenle bu makalede bu türden tipikleştirmelere dayanan tartışmalara özellikle değinilmemektedir. Ayrıca, Tanör, "laikçi" kavramının yanlış bir çeviriye dayandığını göstermiştir (bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku* (II. Baskı), YKY, İstanbul, 1993, s.85; Bülent Tanör, "Laiklik, Cumhuriyet ve Demokrasi", *Demokrasi ve Laiklik* içinde*,* der. İbrahim Kaboğlu, İmge, Ankara, 2001, ss.23-34). Genellikle laikçilik sözcüğü ile, devletin dini denetim altına almak için başvurduğu baskıcı laiklik uygulamalarını kasteden Türk yazarların atıf yaptığı Jean Baubérot da (*Dünyada Laiklik*, çev. Ertuğrul Cenk Gürcan, Dergah Yayınları, İstanbul, 2008) eserinde bu terimi kullanmamaktadır. Laiklik ilkesinin tarihselleştirilmeksizin anlaşılamayacağını vurguladıktan sonra, Rousseau türü sivil yurttaşlık dini olarak laikliği eleştirerek Locke türü *ayrılıkçı* (din ve devlet ayrılığını savunan) laikliği benimseyen yazar,

için gündeme getirilen tartışmalarda ileri sürülen görüşlerin anayasal laiklik ilkesi, özellikle de ifade özgürlüğü bağlamındaki etkisi ve önemi ile sınırlıdır.

Bilimsel eserlere baktığımızda, anayasal laiklik ilkesinin daha çok "ulusal egemenlik ilkesinin demokratik bir sonucu"[2] olarak ele alındığı, pozitif kapsamı açıklanırken ise "her bireyin din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi" olduğuna "din ve devlet işlerinin"[3] ya da "din ve dünya işlerinin ayrılığına"[4] vurgu yapıldığı görülmektedir. Taha Parla'ya göre, "laikliğin üç beylik tanımı" vardır: "1) din ve siyaset ayrılığı (*separation*), 2) dinin devletin kontrolüne alınması (*control*) 3) dinin hükmünün azaltılması (*disestablishment*)"[5]. Bilimsel eserlerin büyük çoğunluğunda, bu tanımlar eşliğinde, laikliğin demokratik bir devlet için taşıdığı öneme vurgu yapılmakla ve bu anlamda insan haklarının gerçekleşmesi ile laiklik arasındaki sıkı ilişkiye dikkat çekilmekle birlikte, özel olarak ifade özgürlüğü ile olan sıkı ilişkisine ya hiç yer verilmediği ya da genel olarak insan hakları ile olan ilişkisi açıklanırken yer verildiği[6] görülmektedir.

Halbuki, ifade özgürlüğü ihlallerinin kaynaklarından biri de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında ifade edildiği üzere[7] siyasi iktidarın dinsel taassubu[8] desteklemesidir. AİHM yargıcı Luis Löpez Guerra'nın vurguladığı üzere dini konularda ifade özgürlüğünün sınırları konusunda "gri bölgeler" bulunmaktadır: "Dine dair yargıların, sözlerin, ifadelerin ve görüşlerin dini duygulara, inançlara, kurumlara açıkça karşı olduğu, fakat nefret söylemi sayılabilecek düzeylere gelmediği, yani o dinin mensuplarının toplum ya da birey

---

Fransa'ya özgü laiklik sözleşmesinden söz etmektedir. Baubérot, Türkçe baskıya yazdığı Önsöz'de de, laikçi ifadesine yer vermemekte, Fransız örneğinde ve Türk örneğinde ulus inşası sürecinde laikliğin bir sivil din gibi algılandığı bir eşik olduğunu eleştirel bağlamda vurgulamaktadır. Yazar, Türkiye'ye de kendine özgü demokratik bir laiklik sözleşmesini gerçekleştirebilmesini önermektedir. Eser, laikliğin ve laik değerlerin savunusuna hasredilmiştir.

2 Cemal Bali Akal, "Kutsal Canavar", söyleşiyi yapan Lütfi Sunar, *Kimlik Bedenin Hapishanesidir* (II. Baskı) içinde*,* der. Reyda Ergün – Cemal Bali Akal, içinde, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.180.; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *age*, s.85 vd. ; Taner Timur, "Laiklik", *Siyaset Bilimi* içinde, der. Gökhan Atılgan ve E. Attila Aytekin, Yordam, İstanbul, 2012, ss.141-156.

3 Ergun Özbudun, "Laiklik ve Din Hürriyeti", *Demokratik Anayasa* içinde*,* der. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, Metis, İstanbul, 2012, ss.169-227.; Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi,* Say Yayınları, İstanbul, 1988, s.156 vd.; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku,* Ekin, Bursa, 2000, s.137 vd.

4 Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi,* Say Yayınları, İstanbul, 1988, s.156 vd.; Bülent Tanör, *Kuruluş*, Cumhuriyet gazetesi armağanı, İstanbul, 2015, s.119 vd.; A. Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku,* Turhan, Ankara, 1993, s.139 vd.

5 Taha Parla, *Din Devlet Demokrasi*, Metis, İstanbul, 2017, s. 192.

6 Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin, Ankara, 1993, s.30; Cem Eroğul, *Anatüzeye Giriş*, İmaj, Ankara, 2012, s.307.

7 Luis Löpez Guerra, "Dine sövme ve hakaret fiilleri: Dini duyguların incitilmesi mi, özgürlüğe saldırı mı?", *İfade Özgürlüğü (Sir Nicolas Bratza'ya Armağan)* içinde, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi Yayını, Ankara, 2012, ss.285-295.

8 *Fanatizm, bağnazlık*. İslam Ansiklopedisi'nin taassup maddesinde, Tehânevî'ye referansla " 'herhangi bir tarafa bağlılıktan dolayı delili apaçık ortaya konduğunda bile gerçeği kabul etmeme' şeklindeki tanım terimin belirtilen geniş kapsamına uygundur" denilmektedir. Mustafa Çağrıcı, "Taassup", *İslam Ansiklopedisi, Cilt: 39* içinde, TDV Yayınları, İstanbul, 2010, s.285.

olarak dışlanmasını ya da ortadan kaldırılmasını kışkırtmadığı ya da savunmadığı durumlar"da[9] korunacak olan, "kutsal sayılan din duyguları" mı yoksa ifade özgürlüğü müdür? Anılan gri bölgede bulunan Türk Ceza Kanunu hükümleri[10] ceza yargıcı tarafından "kutsal sayılan din duyguları"nı koruma lehine uygulandığında ifade özgürlüğü ihlallerine sebep olabilmektedir[11]. Bu durumla baş edebilmek için düşünce dünyamızın, "din özgürlüğünü düşünce özgürlüğü ile birlikte düşünmeye alış"ması gerekir[12].

İfade özgürlüğü, feodal üretim tarzından kapitalist üretim tarzına, feodal mutlakıyetçi devletten modern kapitalist devlete geçilirken, feodal ayrıcalıkları sürdüren din ve feodal despotizme karşı kazanılmıştır. Bu nedenle laiklik ilkesinin tümüyle yerleşmediği ya da modernleşme süreçleri siyasal ve toplumsal hayatın dinselleşmesi ile sekteye uğratılarak laiklik ilkesinin tartışmalı kılındığı, özetle, modernite öncesi değerlerin hakim olduğu toplumlarda, ifade özgürlüğünün güvencelerinin sağlanmış olacağı söylenemez[13]. Toplumsal, siyasal, hukuksal ve bilimsel alanda laiklik ilkesine yönelik normatif tartışmalar eşliğinde ortaya çıkan ve somut karşılığını siyasal alanın radikal bir dönüşümünden çok eğitim sistemine yapılan müdahaleler ile laik eğitim ve hukukta aşınmada bulan güncel dönüşümlerin de ifade özgürlüğüne yönelik sonuçları olacaktır. Özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve diğer kanunlarda yer alan ifade özgürlüğü sınırlamalarının varlığı[14] gözetildiğinde, bu dönüşümün, "kutsal din duyguları" gerekçesi ile ifade özgürlüğüne ilişkin yeni kısıtlamalar doğuracağı bir kehanet sayılmamalıdır[15].

[9] Guerra, agm, s.286.

[10] Örneğin, TCK m.216. Bu suç tipinin Türk ceza hukuku bağlamında değerlendirilmesi için bkz. Aykut Ersan, "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama", TBB Dergisi, 2014(111) : ss.77-106.

[11] Bkz. 16 nolu dipnot. Ayrıca, Gülalp, age, s. 115 vd.

[12] Haldun Gülalp, *Laiklik, Vatandaşlık, Demokrasi,* Metis, İstanbul, 2018, s. 98.

[13] Samir Amin, *Modernite, Demokrasi ve Din,* çev. F. Başkaya, U. Günsür, G. Öztrük, Yordam, İstanbul, 2017

[14] Hatta, Türk Ceza Kanunu'ndaki "ayrımcılıkla ilgili düzenleme de dini yaşam tarzını mutlaklaştırmaya yol açacak niteliktedir" Gülalp, age, s. 118. Türk Ceza Kanunu'nda ve diğer kanunlarda yer alan ifade özgürlüğü sınırlamaları için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz ve Haydar Burak Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı* (Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı), Düşünce Suçu(!?)na Karşı Girişim, Yazıhane Yayınları, İstanbul, 2004; Hüsnü Öndül, *Türkiye'de İfade Özgürlüğü: Mevzuat ve Yargı Gözlem Raporu*, http://www.dusun-think.net/dosya/rapor/ihop-ifade-ozgurlugu-raporu.pdf, indirilme tarihi: 15.05.2017, s.9-13.

[15] Aynı yönde görüş için bkz. Gülalp, age, s.115 vd. Bu suç tipinin yarattığı ifade özgürlüğü ihlalleri için bkz. Guerra, agm. Bu yazının münhasıran konusunu oluşturmadığı için makalede somut örneklere odaklanmayı tercih etmemekle birlikte; tipik bir örnek olarak, beş ciltlik *İslamiyet Gerçeği* kitabının yazarı Erdoğan Aydın Tatlav'ın AİHM başvurusunda verilen 02/05/2006 tarihli ifade özgürlüğü ihlali kararı gösterilebilir (Bkz. Tatlav/ Türkiye kararı, Başvuru No: 50692/99). Yargı süreci devam eden ve ifade özgürlüğünün dinsel gerekçelerle ihlaline güncel bir örnek olup olmayacağı tartışılan ikinci bir örneği anmakta yarar görüyoruz. Zira, bu makale, bu ve benzeri tartışmalarla, doğrudan ilişkilidir: Fransa'da Charlie Hebdo adlı mizah dergisine 7 Ocak 2015 günü köktendinci bir örgüt tarafından gerçekleştirilen kanlı terör saldırısı sonrasında, bu dergi ile dayanışmak amacıyla derginin yayınladığı karikatürlerden birini gazeteciler Hikmet Çetinkaya ve Ceyda Karan *Cumhuriyet* gazetesindeki köşelerinde yayınladılar. Aralarında Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın kızları Esra Albayrak, Sümeyye Erdoğan, oğlu Bilal Erdoğan, damadı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı Berat Albayrak, danışmanı Mustafa Varank'ın da bulunduğu 1280 kişi karikatürü

Bu sorunlar ortaya çıktığında[16], hukuksal bağlamda hangi değerlerin üstün tutulması gerektiğine dair normatif bir tartışmayı da beraberinde getirecektir. Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizmi de bu doğrultuda ilerlemektedir. Bu nedenle, bu makalede, tartışmaya ışık tutmak üzere, pozitif hukuk bağlamı ve bu bağlamda ortaya çıkan tartışmalar kısaca özetlendikten sonra, yine kısaca ifade özgürlüğü ile laiklik arasındaki ilişki bu iki değerin belirdiği tarihsel dönemin düşünürlerinden Benedictus Spinoza ve Marquis de Condorcet'nin argümanları içinde görünür kılınmaya çalışılacak ve akabinde demokratik toplumlarda ifade özgürlüğünün ontolojik temelinin laiklik olduğu, Anayasa Mahkemesi yargısal aktivizmi de değerlendirilerek vurgulanacaktır.

I- Pozitif Hukukta Laiklik ve Tartışılan Değerler

1982 Anayasası sistemi içinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasada belirlenmiş niteliği olarak laikliği ele alan yazarların laikliğe ilişkin tanımları genellikle Ergun Özbudun'u izler. Özbudun'a göre, "Anayasamızın 2'nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan laikliğin, (a) din hürriyeti, (b) din ve devlet işlerinin ayrılığı olarak iki cephesi vardır"[17]. Özbudun ve onu izleyenler yazarlar, din hürriyetinin vicdan ve ibadet hürriyetlerini ayrı ayrı içerdiğini, Anayasa'da vicdan hürriyetinin mutlak, ibadet hürriyetinin ise kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu menfaatlerini korumak amacı ile sınırlanabilir şekilde düzenlendiğini, benimserler. Bu yazarlarca, din ve devlet işlerinin ayrılmasının hukuksal görünümü, "resmi bir devlet dininin olmaması, devletin bütün dinlerin mensuplarına eşit davranması, din kurumlarıyla devlet kurumlarının ayrılmış olması, devlet yönetiminin din kurallarından etkilenmemesi" olarak betimlenmek-

köşelerine taşıdıkları için Karan ve Çetinkaya hakkında suç duyurusunda bulundu. Açılan davada, bu gazeteciler 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 216 ncı maddesi gereğince 2 yıl cezaya çarptırıldılar. Karara karşı kanun yollarına başvurulduğuna dair haberler basında yer aldı (Bkz. https://www.kisa.link/MWZF). Türk Ceza Kanunu'nun 216 ncı maddesinin somut olaydaki uygulamasının ifade özgürlüğü ihlali olduğuna dair iddia henüz Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi denetiminden geçmemiştir. Dolayısıyla tartışma sürmektedir.

16 Kemal Gözler, laik hukukun kemirildiği kanısındadır: "Öncelikle belirtmek isterim ki, (…) Türkiye'de İslâm hukuku tehlikesinin olduğunu, Türkiye'de İslâm hukukuna, belki daha doğru bir deyimle, İslâm hukuku görünümlü sahte bir hukuka geçilebileceğini düşünüyorum. Ancak bu geçişin, birden bire, tek bir gecede, bir hükûmet darbesiyle veya devrim yoluyla olacağını sanmam. Bu geçiş, adım adım, lâik hukuk sistemi kemirilerek, lâik hukukun kurumları tedrici bir şekilde İslâmî veya sözde İslâmî kurumlarla değiştirilerek olacaktır. Nasıl lâik eğitim sistemimiz, belli bir ölçüde dinî eğitim sistemiyle adım adım değiştirilmiş ise, pek muhtemelen hukukumuz da adım adım bu sözde İslâm hukuku ile değiştirilecek. Türkiye'ye İran usûlü devrim yoluyla bir İslâm hukuku getirilmeyeceği açık. Türkiye'de İslâm hukuku, pek muhtemelen lâik hukukun içten içe çürütülmesiyle adım adım gelecek. Türkiye'de demokrasi nasıl adım adım gerilemiş ise, lâiklik de öyle adım adım geriliyor. Türkiye'de nasıl ifade hürriyetimizi adım adım kaybetmiş isek, lâik hukukumuzu da aynı şekilde adım adım kaybediyoruz. Türkiye'de lâik hukukumuzun kemirilmesi süreci çoktan başladı." Kemal Gözler, "İslâm Hukukunun Değeri-2: Lâik Hukukun Kemirilmesi, İslâm Hukukunun Eleştirisi ve Savunulması", http://www.anayasa.gen.tr/islam-hukuku-2.htm, indirilme tarihi : 15/01/2020.

17 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2000, s.76.; Ergun Özbudun, *Anayasa Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2014, s.57.; Serap Yazıcı, *Anayasa Hukuku I*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2014, s.110.; Gözler, age, s.137 vd.

tedir[18].

Bu yaklaşımın köklerinin Ali Fuat Başgil'in laiklik anlayışında bulunduğu söylenebilir. Başgil'e göre "Türk Devrimi"[19] bitmiş, tamamlanmış, sonuçlarını doğurmuş olması anlamında "geride kalmış" bir tarihsel olgudur. Bu nedenle laikliği devam eden bir devrimin temel hedefi ya da ilkesi olarak görmeyen ve pozitif hukukta bir yer edinmesini uman Başgil, 1950'de Demokrat Parti'nin iktidara gelmesinden hemen sonra yazdığı *Din ve Laiklik* adlı eserinde, Batı'daki kurumlaşmış laiklik örneklerinden yola çıkarak laikliği, devlet ve dinin ayrılması, devletin din işlerine karışmadığı gibi din ve mezhepler karşısında tarafsız kalması, buna karşılık, dinin de devlet işlerine karışmaması ve belli bir özerklik içinde ahlaki ve manevi yaşamın düzeni olarak varlığını sürdürmesi olarak tanımlamıştır[20]. Bu tanımda öne çıkan, laikliğin "din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi"ne indirgenmiş olmasıdır. 1956 tarihli makalesinde de, münhasıran din ve vicdan hürriyetini ele alarak, bu özgürlüğün inanma hakkı; ibadet ve dua hakkı; eğitim, öğretim, yayın ve yayma hakkı (talim, tedris, neşir ve telkin hakkı) ve dinin emirlerini yerine getirme hakkı vücuda getirdiğini, inanma hakkının mutlak olduğunu, diğerlerinin ise kamu düzeni ile sınırlanabileceğini ileri sürmüştür[21].

Bu yaklaşımı Özbudun, Türkiye'de "pasif laiklik"[22] ilkesinin ilk formülü olarak kabul etmekte ve pasif laikliği demokratik düzenin vazgeçilmez bir gereği olarak benimsemektedir[23]. Esasen bu, köklerini Locke'a kadar götürebileceğimiz *ayrılıkçı* (din ve devlet işlerinin ayrılığını benimseyen) laiklik görüşüdür[24]. Gerçekten de Başgil'in yukarıda aktardığımız tanımı ve din ve vicdan hürriyetinin sınırlarına ilişkin makalesi[25] birlikte okunduğunda, Özbudun'un benimsediği şekliyle "pasif laiklik" taraftarı olduğu söylenebilir. Özbudun'a göre, dayatmacı ve pasif laiklik, özetle şöyledir:

Dayatmacı laiklik, kökleri aydınlanmacı ve pozitivist felsefede olan, devlete toplumu laikleştirme misyonunu yükleyen, dinin kamusal görünürlüğünü (*public visibility*) bireysel vicdanlar ve mabetlerle sınırlandırmayı amaçlayan kapsayıcı bir ideoloji adeta bir sivil dindir. Buna karşılık pasif laikliğin temeli, devletin din olgusu karşısında tarafsız bir konum alması, değişik inanç grupları karşısında eşit

18 Özbudun, 2014, age, s.57-59; Yazıcı, age, s.110; Gözler, age, s.137 vd.

19 Buradaki "Türk Devrimi"nden kasıt, objektif olarak Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulması sürecidir. Gerçekte bu sürecin bir devrim mi yoksa Prusya tipi bir geçiş mi olduğuna dair tartışma için bkz. Mustafa Bayram Mısır, "Meşrutiyetten Cumhuriyete: Kapitalizme Prusya Tipi Geçiş", 2002, Praksis (5): 217 – 255.

20 Ali Fuat Başgil, *Din ve Laiklik*, Yağmur, İstanbul, 2009, s.160 vd.

21 Ali Fuat Başgil, "Din Hürriyeti: Türk Anayasasının 75. Maddesi Üzerinde Etüd", Medeni Hukuk Profesörü A. Samim Gönensoy'a Armağan, İstanbul, 1955, ss. 228-262.

22 Özbudun, kavramlaştırmayı Ahmet T. Kuru'dan almıştır. Bkz. Ahmet T. Kuru, *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye,* Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

23 Ergun Özbudun, 2012, agm, s.170, 3 nolu dipnot.

24 Jean Baubérot, age., s.35 vd.

25 Ali Fuat Başgil, agm.

mesafede durması ve ayrım yapmaması, belli bir dinin kurallarını kamu gücünü ve kamu kaynaklarını kullanarak toplumun tümüne dayatmaya kalkışmaması ve kamu düzenini koruma amacı dışında dinin kamusal görünürlüğüne müdahale etmemesidir[26].

Bu yaklaşım, liberal değerleri öne çıkarmakla birlikte, salt normatif düzeyde kalmakta, Bülent Nuri Esen'in işaret ettiği objektif tarihsel duruma kayıtsız kalmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nde laikliğin kavranışı ve algılanışı bakımından Esen sorunu şöyle tarihselleştiriyor:

Bu iki müessese, *Saltanat ve Hilafet,* yok edilince devlet bünyesinde yeni bir kuruluşa ihtiyaç vardır. Siyasi rejimi ifade eden Saltanatın yerine millet egemenliğinin müesseseleşmiş rejimi olan "Cumhuriyet" gelecektir. Yeni devletin yaşaması Hilâfetin ortadan kalkmasına bağlı olduğu için Hilâfet kaldırılacak, yerine devlet hayatının ana kuralı olarak "Laiklik" gelecektir. Devlet idaresi şeklinin Cumhuriyet olması, Saltanatın kaldırılmasının tabiî neticesi; Hilâfetin kaldırılması ise, zaten fiilen mevcut olmayan dini iktidarın hukuken de sona ermesidir. 431 sayılı Kanun çıkarılmakla (3 Mart 1924) laik devlet devri resmen de başlamış olacaktır[27].

Gerçekten de, tarihsel ve pozitif bağlamı ile birlikte ele alındığında, fiilen gerçekleşmiş bulunan ve Tanör'ün ifadesi ile, başka türlü olması da mümkün olmayan[28] laiklik uygulamaları vardır.

Metin Günday, *İdare Hukuku* derslerinde anılan objektif tarihsel durumun mevcut pozitif hukuka yansımasının yarattığı farklılığı, Atatürk'ün laiklik devrimi ile, tıpkı Batı laikliği gibi din ve mezhep ayrımı yapmayan, resmi bir dini bulunmayan, din kuralları ile yönetilmeyen bir devlet düzeni öngörüldüğünü tespit ettikten sonra açıklıyor:

Ancak Atatürk laikliğinde, dinsel kurallar devlet ve hukuk düzeninden arındırılır iken, devletin dinsel hizmetlerden uzak kalmamasına da özen gösterilmiş ve din hizmetleri bir kamu hizmeti olarak kabul edilerek, merkezi idare içinde bir kuruluşa, (…) Diyanet İşleri Başkanlığına verilmiştir. Dinsel hizmetlerin, tıpkı Batıda olduğu gibi, kamu hizmeti olmaktan çıkarılarak dinsel topluluklara (=cemaatlere) verilmemesinin nedeni, İslam dininin niteliğinden kaynaklanmıştır. Dinsel hizmetlerin cemaatlere verilmesi halinde, bu cemaatlerin büyük bir güç haline gelerek devlet ile çatışmalarının kaçınılmaz olacağı ve böylece dinin kişilerin iç dünyalarından, vicdanlarından dışa taşarak yeniden toplumsal işlevine kavuşacağı düşünülmüştür[29].

---

26 Ergun Özbudun, agm, s.172.
27 Bülent Nuri Esen, *Türk Anayasa Hukuku* (II. Baskı), Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1971, s.67.
28 Bülent Tanör, "Laiklik, Cumhuriyet ve Demokrasi", agm, s.26. Ayrıca bkz. Aliefendioğlu, agm.
29 Metin Günday, *İdare Hukuku* (X. Baskı), İmaj Yayınları, Ankara, 2011, s.54-55.

Günday'a göre, Atatürk'ün laiklik devrimi ile pozitif hukuka yerleşen laikliğin öğeleri, resmi bir devlet dininin bulunmaması, devlet yönetiminin ve toplumsal ilişkilerin din kurallarına tabi olmaması ve devletin din hizmetlerini bir kamu hizmeti olarak düzenlemesidir[30]. 1961 Anayasası'nda benimsenen laik devlet ilkesi de, pasif laiklik savunucularının eleştirisinin aksine, örneğin Server Tanilli[31] gibi yorumcu ve savunucuları tarafından genellikle bu içerikle ele alınmıştır.

Tartışmanın odağında, *ayrılık* ilkesi yer almaktadır. Pasif laiklik savunucuları, tarihsel ve pozitif bağlamda ele alındığında, Türkiye'de laikliğin *ayrılık* ilkesi yerine, devletin dinle ilişkisini düzenleyici/ denetleyici olarak sürdürmesine, bunun da ideolojik nedenlere dayandığını ileri sürmüşlerdir. Örneğin, Tarık Zafer Tunaya'ya göre, Türk Devrimi devam etmektedir ya da normatif olarak devam etmesi gerekmektedir[32]. Burada sorun, pasif laiklik yanlılarının basitleştirdiğinden biraz daha karmaşık bir hal alır. Zira, Türk Devrimi'nin hedefinin ve temel ilkesinin laiklik olduğunu düşünen 1961 Anayasası döneminin güçlü eğilimi için, laiklik ilke ve değerlerinin devletçe korunması yanında toplumun laikleştirilmesi, başka deyişle devrimin devam etmesi, topluma bir ideolojinin aşılanması için değil bizatihi demokratik düzenin devamı için gereklidir. Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde verdiği ve 1982 Anayasası döneminde de tekrar ettiği -ve 2012 yılında verdiği, 4+4+4 olarak bilinen milli eğitim sisteminde köklü değişiklikler öngören kanunun Anayasaya uygun olduğunu belirleyen kararına[33] kadar sürdürdüğü- laiklikle ilgili kararlarına bakıldığında, Mahkemenin "militan demokrasi"[34] olarak nitelenen bu eğilimi sürdürdüğü, Türk Devrimi'nin dayandığı laiklik anlayışını madden açıklamayı, bu anlayışın dayandığı felsefi ve siyasal değerleri görünür kılmayı tercih etmiş olduğu görülür.

Bu tartışma, Anayasa Mahkemesinin ilk laiklik kararını verdiği, 1961 Anayasası döneminde de, sadece iki taraflı olmamıştır. Sıddık Sami Onar[35], bu tartışmada, laiklik ilkesine pozitif hukuk bağlamında yeni bir yaklaşım önerir. Onar'a göre, "Lâiklik prensibi Devletin din aleyhine bir cephe alması demek değildir. Bu, Devlet ve idare teşkilâtının bitaraflılığının ve vicdan hürriyetinin tabiî bir neticesidir. Lâikliğin hukuk bakımından ifade ettiği mâna Devletin din işlerine müsbet veya menfî bir şekilde yani lehte veya aleyhte müdahale etmemesi demektir. Binaenaleyh Devlet teşrî sahada teokratik esaslarla bağlı olmadığı

30 Age, s.58-59.
31 Server Tanilli, Devlet ve Demokrasi, Say Yayınları, İstanbul, 1988.
32 Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku,* Filiz Kitabevi, İstanbul, 1968, s.1005 vd.
33 AYM, Esas Sayısı: 2012/65, Karar Sayısı: 2012/128, Karar Günü: 20.9.2012, Resmi Gazete Tarih - Sayı: 18.04.2013 - 28622.
34 Vural Savaş, *Militan Demokrasi,* Bilgi, Ankara, 2000.
35 Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt, III. Bası*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, ss. 717-724.

gibi, kanun koyarken bunları dinî esaslara uydurmak mecburiyetinde değildir"[36]. Onar'ın görüşü izlendiğinde, laikliğin "bir değer sistemi değil hukuk devletinin temel yapıtaşı olduğu"[37] açıkça anlaşılır.

Anayasa Mahkemesi özellikle "Türban kararı" olarak bilinen 1989 kararında, laikliği hukuk devletinin ve demokratik düzenin temel yapıtaşı olarak kabul ederek, Tanör'ün ve Tanilli'nin vurguladığı üzere "din ve devlet işlerinin ayrılığı" yerine "din ve dünya işlerinin ayrılığı"nın[38] Türk laikliği için daha doğru bir ifade olacağını söylememize olanak sağlayan bir gerekçe kaleme almıştır:

Bireylerin anayasal özgürlüklerinden inanç, din, mezhep veya felsefi tutum nedeniyle ayrımsız yararlandığı, akılcılığı esas alan bir süreç olan aydınlanma koşullarının sağlandığı toplumlarda laik ve demokratik değerler özümsenir, siyasal, sosyal ve kültürel yaşam da buna bağlı olarak evrensel değerlerin egemen olduğu çağdaş bir görünüm kazanır. Laikliğin bu işleviyle toplumsal ve siyasal barışı sağlayan ortak bir değer olduğu açıktır. Bireylerin özgür vicdani tercihlerine dayanan ve sosyal bir kurum olan dinler, siyasal yapıya egemen olmaya başladıkları veya ulusal irade yerine siyasal yapının hukuksal kurallarının meşruiyet temelini oluşturdukları anda toplumsal ve siyasal barışın korunması olanaksızlaşır. Hukuksal düzenlemelerin katılımcı demokratik süreçle ortaya çıkan ulusal irade yerine dinsel buyruklara dayandırılması, birey özgürlüğünü ve bu temelde yükselen demokratik işleyişi olanaksız kılar. Siyasal yapıya egemen dogmalar öncelikle özgürlükleri ortadan kaldırır. Bu nedenle çağdaş demokrasiler, mutlak hakikat iddialarını reddeder, dogmalara karşı akılcılıkla durur, dünyayı dünyanın bilgisiyle açıklayabilecek toplumsal ve düşünsel temelleri yaratır, din ve devlet işlerini birbirinden ayırarak, dini siyasallaşmaktan ve yönetim aracı olmaktan çıkarır.

Bu gerekçenin kuramsal ve tarihsel kökleri, 1924 Anayasası döneminden çok 1961 Anayasası döneminde bulunur[39]. Tarık Zafer Tunaya'ya göre laiklik, "Batıda olduğu gibi bir *taklit* eseri olarak Türk Devrim kadrosuna sokulmuş, yabancı bir madde değildir ve devrimciliğin zaruretlerinden doğmuştur"[40]. Türkiye için laiklik, devrimci ilerlemeyi koruma ilkesi olup, "sadece *din-devlet ayrılığı değildir*. Aynı zamanda, dinci çevrelerin siyasi hayata karışmalarını, vatandaşların siyasi eylemlerine 'din adına' fakat aslında *kendileri ve çevreleri adına* baskı yapmalarının kontrolüdür."[41]

---

36 Age, s.719.
37 Gülalp, age, s. 102.
38 Tanör, age., s.119.
39 Gülalp, age, s. 104, 105 ve 114.
40 Tunaya, age, s.1005.
41 Age, s.568-569.

Tanilli de, İslam dini ve Hristiyanlık arasındaki farklılıklara vurgu yaparak "…böylece laik devlet, yalnız mezhepler arasında ayrım gütmeyen, resmi bir dini olmayan, dini kurallarla iş görmeyen bir devlet olarak yetinmemeli, aynı zamanda dinin vicdanlara itilmesi için gerekli önlemleri de alabilen bir devlet olmalıdır"[42] görüşünü savunmuştur. Anayasa Mahkemesinin laikliği hukuk devletinin ve demokratik düzenin yapıtaşı kabul eden 1989 tarihli kararı bu iki görüşü de içermektedir[43].

Anayasa Mahkemesi 2008 yılında verdiği kararda da "Atatürk devrimlerinde önemli bir yer tutan laiklik ilkesinin değerlendirilmesinde", "Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlarda ulaşılan sonuçların göz önünde bulundurulması gerekir" ilkesinden yola çıkarak 1961 Anayasası döneminde benimsediği ve 1989 kararında tekrar ettiği görüşü esas olarak sürdürmüş[44] ise de Anayasa

---

42 Tanilli, age, s.157.

43 AYM, Esas Sayısı: 1989/1, Karar Sayısı: 1989/12, Karar Günü: 7.3.1989, R.G. Tarih - Sayı: 05.07.1989 – 20216 : "Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolâstik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumlan yapılsa da, gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretide de paylaşılmaktadır. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Onurunu üstün tutarak bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset-vicdan ayrımını gerekli kılarak vicdan ve dinsel inanç özgürlüğünü sağlayan ilkedir. Dinsel düşünce ve değerlendirmelerin geçerli olduğu dine dayalı toplumlarda siyasal örgütlenme ve düzenlemeler dinsel niteliklidir. Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim, aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur. Düşünce ve inanç alanlarının ayrılması dinin kutsallığına en uygun durumdur. Dünya işlerinin hukukla, din işlerinin de kendi kurallarıyla yürütülmesi ilkesi, batı demokrasilerinin dayandığı temellerden birisidir.
Lâik anlayış, devletin, göreviyle ilgili düzenlemelerinin salt günlük yaşamla ilgili olmasını gerektirdiği gibi içeriklerinin de mutlaka dinsel doğrultuda olmasını gerektirmemektedir. Dine uygunluğunun aranması, zorunluluğu yoktur. Düzenlemenin kaynağı din değildir. Din ve dünya işlerinin ayrılmasıyla vicdan, din ve ibadet özgürlükleri daha belirginleşmekte ve özgür biçimde korunmuş olmaktadır.
Türkiye'de lâiklik ilkesinin uygulanması, rejimleri değişik kimi batılı ülkelerdeki lâiklik uygulamalarından farklıdır. Lâiklik ilkesinin, her ülkenin içinde bulunduğu koşullarla her dinin özelliklerinden esinlenmesi, bu koşullarla özellikler arasındaki uyum ya da uyumsuzlukların lâiklik anlayışına da yansıyarak değişik nitelikleri ve uygulamaları ortaya çıkarması doğaldır. Klâsik anlamda, dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması tanımına karşın, İslâm ve Hıristiyan dinlerinin özelliklerindeki ayrılıklar gereği, ülkemizde ve batı ülkelerinde oluşan durumlar ve ortaya çıkan sonuçlar da ayrı olmuştur. Dini ve din anlayışı tümüyle farklı bir ülkede lâiklik uygulamasının, batıyla geniş ilişkiler içinde bulunulsa da batı ülkelerindeki gibi olması, lâikliğin aynı anlam ve düzeyde benimsenmesi beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki ayrılığın olağan karşılanması gereken sonucudur. Kaldı ki, aynı dini benimseyen batı ülkelerinde bile devletlerin lâiklik anlayışı ayrılıklar göstermiştir. Lâiklik kavramı, değişik ülkelerde ayrı ayrı yorumlandığı gibi, kimi dönemlerde, kimi kesimlerce de kendi anlayışları ve siyasal tercihleri gereği değişik biçimde yorumlanabilmiştir. Yalnızca felsefî ve ideolojik bir kavram olmayıp yasalarla yaşama geçirilerek hukuksal bir kurum niteliğini kazanan lâiklik, uygulandığı ülkenin, dinsel, sosyal ve siyasal koşullarından etkilenmekte, kendisi de onları etkilemektedir. Türkiye için lâiklik anlayışı, tarihsel gelişimi nedeniyle özellik taşımakta, Anayasa ile benimsenen yapısıyla, batıdan ayrı biçimde ele alınsa da, özenle korunması zorunlu bir ilke olarak yaşatılmaktadır."

44 Anayasa Mahkemesi sadece bu (AYM, Esas Sayısı: 2008/16, Karar Sayısı: 2008/116, Karar Günü: 5.6.2008, R.G. Tarih-Sayı: 22.10.2008 – 27032) kararında değil, "Türban kararı" olarak bilinen dini inanç gereği başörtüsü takılmasına izin veren bir düzenlemeyi başkalarının hak ve özgürlükleri, dinin araçsallaştırılması

Mahkemesinin bu kararı önceki kararından farklıdır. Bu kararda, bu eğilimi sürdürmekten ziyade eleştirileri gözetmek istemiş, laikliğe Onar gibi pozitif hukuk bağlamında bir temel önermeye çalışan Zeki Hafızoğulları'nın metodolojisine[45] yaklaşmıştır. Hafızoğulları, Türkiye'de laiklik ve ifade özgürlüğünü birlikte ele alan[46] nadir hukukçulardan biridir. Laikliğin "bir yandan evrenin ve evrende insanın bir algılanması biçimi olarak", "öte yandan da bir toplumun siyasal bir tezahürü olan Devletin zorunlu kurucu unsuru olan egemenlik unsuruna ve ayrıca Devletin hukukuna izafe edilen bir nitelik olarak" algılandığını belirterek Türkiye'deki anlayışa uygun şekilde laikliği hukukî açıdan, "hukukun maddî kaynağının beşerî irade, şekli kaynağının, kanun, örf ve adet ve hakimin hukuk yaratması olması" olarak tanımlamaktadır[47]. Bu tanım laikliği ulusal egemenlik ilkesi ile birlikte kavrayışın bir türüdür[48] ve gerek bu tanımda gerekse de Anayasa Mahkemesinin 2008 kararında, Tunaya ve Tanilli'de görüldüğü şekliyle devlete verilen bir ödev olarak laikleştirme önerisi yoktur. Bir laikleştirme önerisi içermemekle birlikte, önceki kararlarında olduğu gibi 2008 kararında da Anayasa Mahkemesinin *dinsel baskının sona erdirilmesi bağlamında devlet müdahalesini uygun bulduğu* da kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesi 2008 kararında, "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen laik Cumhuriyet ilkesinin, egemenliğin ulusa ait olduğu, ulusal irade dışında herhangi bir dogmanın siyasal düzene yön vermesine olanak bulunmadığı, hukuksal kuralların dinsel buyruklar yerine demokratik ulusal talepler esas alınarak aklın ve bilimin öncülüğünde kabul edildiği, çoğunluk ya da azınlık dinine, fel-

ve kamu düzeni bakımından Anayasa'ya aykırı bulduğu 07.03.1989 günlü, E.1989/1, K.1989/12 sayılı kararında, dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimlerin Anayasa karşısında geçerli olamayacağını belirten 09.04.1991 günlü, E.1990/36, K.1991/8 sayılı kararında, 16.1.1998 günlü, E. 1997/1 (SPK), K. 1998/1, Refah Partisi kararında ve 22.6.2001 günlü, E. 1999/2 (SPK), K. 2001/2 sayılı Fazilet Partisi kararında bu değerleri tekrar etmektedir. Bu kararda, Mahkeme, laiklik ilkesi bağlamında pozitif hukuk çerçevesini şöyle belirlemiştir: "Anayasanın Başlangıç kısmının 5 inci paragrafında "laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı", 14 üncü maddesinde "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiç biri(nin)... laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde" kullanılamayacağı, 42 nci maddesinde "Eğitim ve öğretim(in) Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre Devletin gözetim ve denetimi altında" yapılacağı ve "eğitim ve öğretim hürriyeti(nin), Anayasaya sadakat borcunu ortadan" kaldırmayacağı hükme bağlanmış, 174 üncü maddesinde de Türkiye Cumhuriyeti'nin laik niteliğini koruma amacını güden inkılâp yasalarının iptal edilemeyeceği öngörülmüştür. Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasına göre 'Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.' Anayasa koyucu ülkenin koşullarını dikkate alarak dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri siyasi çıkar yahut nüfuz sağlamak amacıyla kullanılmasını laiklik ilkesinin korunması bakımından zorunlu görerek yasaklama yolunu seçmiş ve temel hak ve özgürlüklerin kapsamı dışında bırakmıştır."

45 Zeki Hafızoğulları, *Laiklik, İnanç ve Düşünce Hürriyeti,* Us-A Yayıncılık, Ankara, 1997.

46 Hafızoğulları, age.

47 Zeki Hafızoğulları, "Laiklik Düşüncesi, Tanımı, Kapsamı, Sınırları ve Hukuk Düzenimizde Laiklik", Ankara Barosu Dergisi, 2003(1): 13-23. Ayrıca bkz. Hafızoğulları, age.

48 Özgün bir düşünce olduğuna dair tez için bkz. Bülent Hayri Acar, "Hafızoğullarının Laiklik Kuramı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016: 3053-3116.

sefi inançlara veya dünya görüşlerine mensup olup olmadıklarına bakılmaksızın, din ve vicdan özgürlüğünün ayrımsız ve önkoşulsuz olarak herkese tanındığı ve anayasada öngörülenin ötesinde herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığı, dini veya din duygularının kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklandığı, devletin tüm işlem ve eylemlerinde dinler ve inançlar karşısında eşit ve tarafsız davrandığı bir cumhuriyeti öngördüğü"nü benimsemektedir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararları verirken, bilimsel ve anayasal savunusunu tipik olarak Tunaya ve Tanilli'de bulduğumuz bir çizgiyi, laikleştirme önerisi yönünden törpülemekle birlikte, tutarlı olarak izlediğinde de kuşku yoktur. Mahkemenin andığımız kararlarına yönelik temel eleştiri de diğer çizgiden gelmiştir. Özbudun bu kararları Türkiye'deki pozitivist/ aydınlanmacı/ dayatmacı laiklik anlayışının devamı olarak görerek, bu kararlarda yer verilen tespitleri "pozitivist ve dayatmacı laiklik anlayışının güçlü savunusu" olarak nitelemiştir[49].

2008 yılından sonra 2010 Anayasa Referandumu ile kabul edilen anayasa değişikliğine ilişkin 5982 sayılı Kanun'un yürürlüğü ile Anayasa Mahkemesinin üye yapısı değiştiği gibi, siyasal ortam da değişmiştir. Anayasa Mahkemesi, pasif laiklik taraftarlarının geliştirdiği eleştirilerden de beslenerek, görüş değişikliğine gitmiştir. Mahkeme, görüş değişikliğini, milli eğitim sisteminde köklü değişiklikler yaparak, eğitimi dinselleştirdiği yönünde eleştirilen, 4+4+4 diye maruf kanuna karşı ana muhalefet partisi CHP'nin açtığı iptal davasını reddettiği kararın gerekçesinde, 2012 yılında, açıklamıştır. Bu kararı ile Mahkeme, devletin dinler karşısında tam olarak tarafsız kalamayacağı, toplumun çoğunluğunun dini duygularını gözetmek zorunda olduğu ve İslam dini eğitiminin devletin temel görevi olduğu gibi, önceki laiklik görüşünden tümüyle aksi yönde bir laiklik görüşü benimsemiştir[50].

[49] Özbudun, 2012, age, s.188.

[50] Bu kararı (AYM, Esas Sayısı: 2012/65, Karar Sayısı: 2012/128, Karar Günü: 20.9.2012, Resmi Gazete Tarih - Sayı: 18.04.2013 - 28622) ile Anayasa Mahkemesi yerleşik görüşünde köklü bir değişikliğe gitmiştir. Mahkeme, izleyen kararlarında da bu karara atıfla anılan yönelimi derinleştirerek sürdürdüğünden kararın ilgili bölümünü olduğu gibi aktarmada yarar görüyoruz:
"Laiklik, 1937 yılından itibaren anayasalarımızda yer alan temel ilkelerden biridir. Bu kavramı tanımlarken ve unsurlarını ortaya koyarken, sistematik yorum yöntemi kullanmak suretiyle Anayasa'nın konuya ilişkin tüm hükümlerini bütüncül bir yaklaşımla değerlendirmek gerektiği açıktır. Laiklik kavramı, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 13., 14., 68., 81., 103., 136. ve 174. maddelerinde yer almaktadır. Söz konusu maddelerde laiklik, devletin dini inançlar karşısındaki konumunu belirleyen siyasal bir ilke olarak düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, laiklik, bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliğidir.
Laikliğin tarihsel gelişimi incelendiğinde, din olgusuna yönelik yaklaşım farklılıklarına bağlı olarak, kavramın iki farklı yorumu ve uygulamasının bulunduğu görülmektedir. Bunlardan, katı laiklik anlayışına göre din, bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur.
Laikliğin daha esnek ya da özgürlükçü yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsetmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. Laik bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan

özgürlüğünün güvencesidir.

Dinler ve inançlar, mensuplarının yaşam biçimlerini, kimliklerini ve diğer insanlarla ilişkilerini etkiler. Din ve inanç yönünden toplumların çeşitlilik arz ettiği, toplumda farklı dinlerin, inançların ya da inançsızlıkların bulunduğu da tarihsel ve sosyolojik bir gerçekliktir. Bu nedenle, demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir.

Laiklik, devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan, devletin din ve inançlar karşısındaki hukuki konumunu, görev ve yetkileri ile sınırlarını belirleyen anayasal bir ilkedir. Laik devlet, resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir. Devletle dinin ayrılığı, din ve vicdan hürriyetinin bir gereği olmanın yanında, dinin siyasi müdahalelerden korunması ve bağımsızlığını sürdürmesi için de gereklidir.

Farklı dini inançlara sahip olanlar ya da herhangi bir inanca sahip olmayanlar laik devletin koruması altındadır. Nitekim Anayasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde yapılan tanıma göre, 'Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen lâiklik, her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dinî inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tâbi kılınmaması anlamına gelir.' Devlet, din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleşebileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır. Bu anlamda laiklik, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Negatif yükümlülük, devletin bir dini ya da inancı resmî olarak benimsememesini ve bireylerin din ve vicdan hürriyetine zorunlu nedenler olmadıkça müdahale etmemesini gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük ise devletin, din ve vicdan hürriyetinin önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir.

Laikliğin devlete yüklediği pozitif yükümlülüğün kaynağı, Anayasa'nın 5. ve 24. maddeleridir. Anayasa'nın 5. maddesine göre, Devletin, temel amaç ve görevlerinden biri 'kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.'

İnsan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalarda da korunan din ve vicdan hürriyeti, bireyin manevi gelişimine hizmet eden temel hak ve hürriyetlerin başında gelmektedir. Din eğitimi ve öğretimi, Anayasa'nın 24. maddesinde din ve vicdan hürriyetinin bir gereği olarak kabul edilmiştir. Bu maddede, öncelikle din eğitimi ve öğretiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı, din kültürü ve ahlak öğretiminin ilk ve ortaöğretimde okutulan zorunlu dersler arasında olduğu, bunun dışındaki din eğitim ve öğretiminin ise ancak kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlı olduğu belirtilmektedir.

Laik devlet, dinler karşısında tarafsız olmakla birlikte, toplumun dini ihtiyaçlarının karşılanması konusunda kayıtsız değildir. Laiklik ilkesi, doğup geliştiği Batı'da, dinin toplumsal ve kamusal alandan tamamen dışlanması sonucunu doğurmamış, dini ihtiyaçların karşılanmasına yönelik devlet politikalarını beraberinde getirmiştir. Devlet okullarında ve özel okullarda öğrencilere din eğitim ve öğretiminin verilmesi bu politikaların başında gelmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Türkiye hakkında verdiği 9.10.2007 günlü kararında devlet okullarındaki din eğitimi konusunda karşılaştırmalı hukuku da incelemiştir. AİHM'nin tespitlerine göre, Avrupa Konseyine üye inceleme konusu 46 ülkeden 43'ü devlet okullarında öğrencilere din dersleri sunmaktadır. 46 ülkeden 26'sında bu eğitim zorunlu dersler arasındadır. Ancak, bu zorunluluğun biçim ve derecesi ülkelere göre değişmektedir. Bazı ülkeler, din derslerini mutlak olarak zorunlu tutarken, diğerleri ise bu derslerden muafiyetlere ve alternatif derslerin alınmasına imkân tanımaktadır. (Hasan ve Eylem Zengin/ TÜRKİYE, Başvuru No: 1448/04, K.T: 09.10.2007, par. 30-34).

Türkiye'de, 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile başlayan süreçte din eğitimi veren okulların devlet tarafından kurulması öngörülmüş ve bu alanda özel okulların açılması yasaklanmıştır. 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 3.maddesi uyarınca, 'din eğitimi-öğretimi yapan kurumların aynı veya benzeri özel öğretim kurumları açılamaz.' Dolayısıyla, devlet bir taraftan din eğitimi-öğretimi yapan kurumların açılması, diğer taraftan da okullardaki din eğitimi ve öğretimine ilişkin zorunlu ve seçmeli dersleri belirleme konusunda tekel konumundadır. Bireylerin devlet kurumları dışında din eğitim ve öğretimi alabilecekleri kurumsal alternatiflerinin bulunmadığı gerçeği, laikliğin devlete yüklediği pozitif yükümlülüğü daha anlaşılır ve önemli hale getirmektedir.

Buna göre, dava konusu kural, devletin din eğitimi konusunda üstlendiği pozitif yükümlülüğün bir gereğidir. Kuralla getirilen isteğe bağlı seçmeli derslerin, kişilerin kendi isteği ve küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebi kapsamında sağlanacak olan din eğitim ve öğretiminin gereği olduğu açıktır.

Öte yandan, kanun koyucunun 'Hz. Peygamberimizin Hayatı' ismini tercih etmesi zorunlu olarak İslam dini ile devlet arasında bir aidiyet ilişkisinin kurulması sonucunu doğurmaz. Her şeyden önce, kuralla getirilen

Mahkeme bu kararında, Başgil'in ya da Özbudun'un pasif laiklik görüşünü benimser gibi görünmekle birlikte, önceki görüşüne tam aksi yönde, laikleştirmenin değil İslam dini öğretiminin devletin pozitif yükümlülüğü olduğu sonucuna varmasının pasif laiklikle de bağdaştırılması güçtür. Aksine, bu makalenin izleyen IV nolu başlığında da tartışılacağı üzere, bu kararı ile Anayasa Mahkemesi, devletin laikleştirme görevi olmadığını, bunun baskıcı laiklik olduğunu tespit ettikten sonra, çoğunluk dini olan Sünni İslam'ın gereklerini yerine getirmeyi pozitif yükümlülük olarak devlete verdiğinden laiklik ilkesinin terkine kapı aralamıştır. Onar, henüz 1961 Anayasası döneminde, böyle bir anayasal yorumun doğabileceğini öngörerek, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın anayasal kurum olarak düzenlenmesini haklı olarak eleştirmişti. Zira, "lâik bir Devlette dinî azınlık olamıyacağı için" Sünni İslam'ın çoğunluk olmasının anayasal bir kurala dayanak gösterilmesi "de Anayasa esasları ile bağdaşamamaktadır."[51]

Anayasa Mahkemesinin bu tercihi, en çok, ifade özgürlüğü bağlamında sorunlar yaratmaya matuftur. Mahkemenin bu yeni yönelimi, Spinozacı anlamda, din, inanç, ifade özgürlüğü karşıtlıklarını[52] yeniden gündemleştirmekte, bu da bizi, makalenin izleyen bölümlerinde, ister istemez ifade özgürlüğünün dayandığı değerleri tekrar hatırlamakla yükümlü kılmaktadır.

isteğe bağlı seçmeli bir derstir. Dersin muhatabı da bu dersi seçecek olan öğrencilerdir. Dolayısıyla, dersin isminin o dersi seçecekler dikkate alınarak belirlendiği anlaşılmaktadır. İkincisi, diğer isteğe bağlı seçmeli ders olan 'Kur'an' dersinin yanına yüceltme ifadesi olan 'Kerim' sıfatının eklenmesine benzer şekilde 'Hz. Peygamberimizin Hayatı' isminin kullanılmasının, aidiyetlik kurmaktan ziyade, o dinin mensuplarının kutsallarına saygıyı ifade etmektedir.

Kaldı ki, bir bütün olarak bakıldığında, Türkiye'de baştan beri laiklik ilkesinin anayasal düzeyde ve uygulamada Devlet ile İslam dini arasındaki kurumsal ilişkiyi mutlak surette dışladığı da söylenemez. Anayasa, resmî bir dine yer vermemekle birlikte, çoğunluk dininin mensuplarının inanç, ibadet ve eğitim gibi ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik resmî mekanizmalar öngörmüştür. Anayasa'nın 136. maddesi, Diyanet İşleri Başkanlığını 'laiklik ilkesi doğrultusunda' özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirmek üzere, genel idare içinde yer alan bir anayasal kurum olarak tanımlamıştır. 1965 tarihli 633 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca, bu anayasal kurumun amacı, 'İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek' olarak belirlenmiştir.

Benzer şekilde, Anayasa'nın 174. maddesinde 'Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden' ve Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı güvence altına alınmış bulunan inkılap kanunlarının başında '3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu' gelmektedir. Bu Kanun'un 4. maddesine göre, 'Maarif Vekaleti yüksek diniyat mütehassısları yetiştirilmek üzere Darülfünunda bir İlahiyat Fakültesi tesis ve imamet ve hitabet gibi hidematı diniyenin ifası vazifesiyle mükellef memurların yetişmesi için de aynı mektepler küşat edecektir.' Buradaki 'imamet' ve 'hitabet' gibi kavramların İslam dinine ait kavramlar olduğu, dolayısıyla Milli Eğitim Bakanlığına tevdi edilen görevin, bu dinin mensuplarının dini hizmetlerini yerine getirecek kişileri yetiştirecek eğitim kurumlarının açılması görevi olduğu açıktır.

Sonuç olarak, Anayasa, dini hizmetleri toplumsal bir ihtiyaç olarak görmekte ve devlete bu ihtiyaçların karşılanması yönünde yükümlülükler yüklemektedir. Anayasa'nın 24. maddesinde din eğitimi ve öğretiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılmasına dair düzenleme de bunu göstermektedir. Anayasa'da ifadesini bulan laiklik ilkesi, bir yandan dinin devletin esaslarını belirlemesini engellemekte, diğer yandan da din eğitim ve öğretimi dâhil dini hizmetlerin devlet eliyle verilmesine imkân tanımaktadır. Bu nedenle, dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 24. maddeleriyle uyum içindedir."

51 Onar, age, s.721.

52 Bkz. Cemal Bali Akal, *Varolma Direnci ve Özerklik: Bir Hak Kuramı için Spinoza'yla,* Dost, Ankara, 2016. Özellikle "Din, inanç ve ifade özgürlüğü karşıtlıkları" başlıklı 3. Bölüm.

II- İfade Özgürlüğü Bağlamında 'Değerler' Tartışmasının Temelleri

İfade özgürlüğü, felsefi olarak genellikle liberal bir hümanizma geleneği içinde konumlandırılmaya çalışılır. Doğal hukuk geleneği içinde görülebilecek bu felsefi temellendirmeler[53] karşısında, özgün bir Spinozacı gelenekten söz etmek mümkündür. Spinoza ifade özgürlüğünü tabii hukuk geleneği içinde anlayıp gerekçelendirmez. Spinoza'ya göre, egemen bir devlet, rasyonel ve istikrarlı şekilde varlığını sürdürmek, yıkılmamak istiyorsa, yurttaşlarına ifade özgürlüğünü sağlamak zorundadır. Böylece Spinoza'nın ifade özgürlüğünü insanı önceleyen bir doğal hak teorisi olarak değil, demokratik siyasi bütünün ilkesi olarak kurguladığını söyleyebiliriz. Basitçe, Spinoza'ya göre bir demokratik siyasi bütünün varlığının koşulu ifade özgürlüğüdür.

Baruch (Benedictus) Spinoza, on yedinci yüzyılda Hollanda'da yaşayan, Yahudi kökenli ancak *herem* (Yahudi cemaati dışına çıkarılma) cezasına çarptırılmış bir filozoftu. Steven Nadler, bu cezanın Spinoza'nın devrimci felsefesine verildiğinden emindir. Nadler'e göre sadece çağdaşları arasında değil, bütün bir felsefe tarihinde de, "laik, demokratik ve hoşgörülü bir toplumun," Spinoza'dan "daha güçlü ya da etkili savunucusu" yoktur[54]. Spinoza'nın 1670 tarihli ifade özgürlüğü sorununu ele aldığı, yaşadığı dönemde "skandal" çıkaran *Teolojik-Politik İncelemesi*nde, bugün laiklik olarak benimsenen temel değerlerin neredeyse eksiksiz olarak savunulduğu görülür.

Nadler, Spinoza'nın *Teolojik-Politik İnceleme*'yi 1660'lı yıllarda Hollanda Cumhuriyeti'nde dini otoritelerin artan gücü ve nüfuzu nedeniyle kaleme aldığını yazıyor. Hollanda Reformcu Kilisesi'ndeki muhafazakâr ve hoşgörüsüz unsurlar, iç meselelerde her zamankinden daha kısıtlayıcı politikalar ve uluslararası ilişkiler için daha çatışmacı bir yaklaşım için baskı yapıyorlardı. Kilise, hem devlet politikaları hem de vatandaşların özel hayatları üzerindeki etkisini arttırmaya çalışıyordu. Spinoza, bu durumun "Cumhuriyet" içinde "gerçek özgürlük" politikasını tehdit ettiğinden ve Avrupa'nın en genç ve en kozmopolit ulusunun liberal gelenekleriyle tutarsız olmasından korkuyordu[55].

Bu nedenle eserinde ifade özgürlüğünün bugün bildiğimiz anlamına yakın bir savunusuna girişti. Dünyada ve özellikle Cemal Bali Akal ve Reyda Ergün'ün katkıları ile Türkçe'de de hatırı sayılır bir Spinoza literatürü oluşmuş ise de[56], bu-

---

53 Bkz. Suat Kamber, *İfade Özgürlüğü*, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, http://buder.org.tr/Kutuphane/suatkamber.pdf, indirilme tarihi: 15.05.2017, s.3-6.

54 Steven Nadler, "Spinoza On Freedom, Toleration & Charlie Hebdo", http://www.thecritique.com/articles/spinoza-on-freedom-toleration-charlie-hebdo/ , indirilme tarihi: 15.07.2017.

55 Agy.

56 İfade özgürlüğü bağlamında bkz. Cemal Bali Akal ve Z. Efe Antalyalı, *Spinoza Hukukçuya Ne Söyler?,* Zoe, İstanbul, 2019. Gerard Duprat, *Düşünce Özgürlüğü ve Hoşgörü,* çev. İsmail Yerguz, Dost, Ankara, 2013.

rada, doğrudan Spinoza'nın eserine müracaatla konuyu ele alacağız.

Eserinin Giriş bölümünde incelemesinin neredeyse eksiksiz bir özetini sunan Spinoza, felsefe ile din arasında kesin bir ayrım yaparak, felsefi düşünmenin, başka deyişle aklın, dinin tekeline alınmasına, ama aynı şekilde de teolojik önermelerin akılla sınanmasına mesafeyle yaklaşır. Bu konuyu eserinin XV. Bölümünde işleyecek, "felsefe de teoloji de birbirinin hizmetinde olamamalıdır; ikisi de, diğerinin itirazı olmaksızın kendi alanında hüküm sürmelidir" sonucuna varacaktır[57].

İnsanların işler yolundayken kendilerini bilge sandıklarını ancak işler sarpa sardığında herkesten fikir sormaya başladıklarını gözleyerek, insanların yalnızca korkuları onlara hâkim olduğu müddetçe hurafenin pençesine düştüklerini; *multitude*'yi, kalabalığı yönetmek için hurafeden daha etkin bir şey olmadığını saptar. Bu yüzden kalabalıklar hurafeye, batıl inançlara "din maskesi altında, büyük bir kolaylıkla, bazen krallarına tanrılar gibi tapınmaya, bazen de insan türünün başbelalarıymışçasına onlardan nefret etmeye itilir… Monarşik yönetimin en büyük sırrı ve tüm çıkarı, insanları aldatmakta ve onları dizginlemesi gereken korkuya din maskesi takmakta yatar"[58].

Spinoza, din maskesi takmış batıl inançların, hurafelerin, zihnin tüm hayalleri ve çılgınlığın tüm atılımları gibi, umut, kin, öfke ve hileden beslenerek son derece çeşitli ve istikrarsız olacağını, çünkü, kaynağını akıldan değil yalnızca duygudan ve duyguların en güçlüsü olan korkudan aldığını belirtir. Spinoza'nın bu durumu bir tür siyasal karışıklık teorisi olarak kurduğunu görürüz. Kalabalıkların, niteliği gereği korkunun sürekli beslediği hurafenin tek türüne sürekli inanmaları mümkün olmadığı gibi en çok hoşlarına giden şey "yeni olan ve henüz hayal kırıklığı yaratmamış olan" olduğundan, dahası "hep aynı derecede sefalet içinde yaşadıklarından, asla uzun süre sakin duramazlar". Bu da istikrarsızlıklara ve tüyler ürpertici savaşlara neden olur[59].

Din ile dünya işlerinin ayrılmasına böylece kapı aralayan Spinoza, aşağıda Anayasa Mahkemesi kararlarını incelerken göreceğimiz üzere, "dinin vicdani alana sürülmesi"nin de ilk örneğini verir. Spinoza'ya göre, gerçek din, "Tanrının vahyedilmiş sözü", "belli sayıda kitaptan ibaret değildir", "peygamberlere vahyedilmiş olan, tanrısal zihne ilişkin basit bir kavramda yatar: Tanrı'ya temiz bir yürekle itaat etmek, adalet ve yardımseverliği geçekleştirmek…" Spinoza, bugün laiklik diye bildiğimiz değerleri kuran filozoflar kuşağına ait ancak onlardan bir adım önde olduğundan, şunu okuyunca da şaşırmayız: "Vahyedilmiş bilginin

---

57 Benedictus Spinoza, *Teolojik-Politik İnceleme,* çev. Cemal Bali Akal ve Reyda Ergün, Dost, Ankara, 2012, s.229.

58 Age, s.45.

59 Agy.

itaatten başka hedefi yoktur. Dolayısıyla, hedefiyle olduğu kadar, temelleri ve amaçlarıyla da tabii bilgiden ayrılır. Böylece onda tabii bilgiye ortak olan hiçbir yan bulunmaz"[60]. Spinoza, bunu kitabının XIII. Bölümünde ayrıca ele alacak ve *Kutsal Kitap*'ın "en ağır çalışan kafanın bile alabileceği pek basit şeyler içerdiği" ve bunların "tanrısal tabiat hakkında yalnızca insanların belirli bir yaşama usulünü izleyerek takdir edebileceklerinden fazlasını öğretmeyeceği" sonucuna varacaktır. Bunun bilimsel bilginin, dinsel bilgiden ayrışması ve dahası özgürleşmesi yolunda atılmış büyük bir adım olduğunda kuşku yoktur.

Spinoza'nın laiklik doğrultusunda attığı adımlar, devletin temellerini *Kutsal Kitap*'tan koparark devam eder. Burada Spinoza, büyük oranda Hobbes'u tekrar etmektedir ancak, farklı olarak, esasen, dünyevileştiği oranda Hobbes'ta da mevcut bulunan demokratik ilkeyi, yurttaşı egemene meşruiyet veren bir özne olarak belirgin kılarak gösterir: "Emri verenin değil de tüm halkın esenliğinin yasa olduğu bir devlet ve siyasi bütünde, her konuda üstün güce itaat edene, kendine yararı olmayan bir köle değil, uyruk denmelidir"[61]. Bunun bir adım ötesi, yurttaştır, "hiç kimse üstün güce her şeyi devredemez"[62]. Burjuva devrimleri, bu siyasi programı neredeyse eksiksiz izleyecektir[63].

Bu incelemede konumuz, Spinoza düşüncesini -bütün boyutlarıyla- tanıtmak değil, laiklik doğrultusunda attığı ve bugün pozitif hukukta tartışma başlığı olmayı sürdüren adımları görünür kılmaktır. Spinoza kitabının XIX. Bölümünde bunu neredeyse kusursuzca yapar, siyasi bütünün en başından itibaren peygamberlerden ve peygamberlikten ayrı ve üstün güç olduğunu gösterir. Böylece, "dinin dışa yönelik uygulamalarının devletin huzuru ile bağdaşması" gerektiği sonucuna varır[64].

Dinin bağdaşması gerekenin ne olduğunu son bölümde öğreniriz: İfade özgürlüğü. Çünkü ifade özgürlüğü devletin huzuru için gereklidir. Spinoza, böylece bir karışıklık teorisiyle en baştan mahkûm ettiği hurafeyi öldürme görevini devlete, "istikrar istiyorsan hurafeyi öldürmek zorundasın" diyerek, verir. Spinoza, bu son bölümde, ifade özgürlüğünün herhangi bir yönetimin refahı, istikrarı ve güvenliğine zarar gelmeden tanınabileceğini ve yalnızca düşünce özgürlüğü gerçekleştiğinde yönetimin refah, istikrar ve güvenlik sağlayabileceğini kanıtladığı savındadır:

1. İnsanların düşündüklerini söyleme özgürlüğü ellerinden alınamaz.

2. Bu özgürlük, üstün gücü kullananların hakkı ve otoritesi tehlikeye atılma-

60 Age, s. 49.
61 Age, s. 237.
62 Age, s. 243 vd.
63 Bu konuda bkz. Amin, age.
64 Spinoza, age, s. 272 vd.

dan her insana tanınabilir. Her insan da, bu özgürlükten kendisine devlet içinde yeni bir hak yaratma ya da yürürlükteki yasalara karşı harekete geçme yetkisi çıkarmazsa, üstün gücü kullananların hakkını tehlikeye atmadan, söz konusu özgürlüğe sahip olabilir.

3. Her insan bu özgürlüğe devletin huzuruna zarar vermeden sahip olabilir ve bu özgürlük, kolayca önüne geçilemeyecek hiçbir sakınca doğurmaz.

4. Her insan bu özgürlüğe, dine bağlılığı da tehlikeye atmadan sahip olabilir.

5. Spekülatif şeyler hakkında çıkarılan yasalar bütünüyle yararsızdır.

6. Son olarak gösterdik ki, bu özgürlük, devletin huzuruna, dine bağlılığa ve üstün gücü kullananların hakkına zarar vermeden tanınabileceği gibi, ayrıca, bütün bunların ayakta kalması isteniyorsa, onun tanınması zorunludur da.[65]

Spinoza etrafında toplanan ve bir okul oluşturan filozofların kolaylıkla saptayabileceği üzere, Spinoza düşüncesini ifade özgürlüğünü modern devletin ilkesi kılarak laikliği inşa savunuculuğuna indirgemek zordur; bu zorluk, Spinoza'nın dünyevileşmeyi daha sonra Fransız devrimcilerinin yapacağı gibi gerektiğine dine karşı savaş açarak değil, dinle barışarak[66] kurmaya çalışmasından doğar. Spinozanın temellendirmesinin ikinci güçlüğü, Étienne Balibar'ın, *Spinoza ve Siyaset*[67] adlı çalışmasında odaklandığı, mutlak egemen devlet ile bu devletin istikrar sağlamak istiyorsa en geniş düşünce özgürlüğünü sağlaması gerekliliği arasındaki çelişkidir. Ancak bu zorluklar düşünce alanına aittir; Spinoza bir kere kapıları açtıktan sonra, kendi suretinde bir dünya kurmak isteyen burjuvazi durmayacak, gerekirse ifade özgürlüğünü de dinle birlikte bastırarak, feodal ayrıcalıklarla birlikte kilise ayrıcalıklarını da kendi siyasal ve toplumsal devrimi ile süpürüp geçecektir. Ta ki, burjuvazi siyasi iktidarı fethedip yönetmeye başladığında, dünyevileşme kendi ayağına dolanıp da tekrar kilise ile barışana kadar.[68]

İfade özgürlüğü ile laikliğin karşılıklı belirlenime dayalı sıkı ilişkisinin ve çağımızdaki öneminin kavranabilmesinde, dünyevileşme sürecinin zorluklarını görünür kılan Condorcet'nin *İnsan Zekâsının İlerlemeleri Üzerine Tarihi Bir Tablo Taslağı* adlı eserine başvurmak yararlı olabilir. Bu eser laikleşme sürecinin anlamı üzerine yürütülen tartışmalar bakımından da yol göstericidir. Condercet, 1789 Deviminden sonra Fransız devrimcileri arasında Cumhuriyet fikrini yayan güçlü bir hatip ve kalem olarak temayüz etti. 21 Haziran'da başlayarak 15 Temmuz 1791'e kadar süren büyük Cumhuriyetçi dalga, büyük oranda Condercet'nin ese-

65 Age, s.291.

66 Bkz. Manfred Walher, "Kutsal Kitap'ın Otoritesi ve Devlet Mantığı. Teolojik-Politik İnceleme'de Spinoza'nın Din ve Siyaset İlişkisinin Barışlandırılmasına Yönelik Müdahalesi", *Spinoza Günleri. Teolojik-Politik İnceleme Etrafında* içinde, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, ss. 57-74.

67 Étienne Balibar, *Spinoza ve Siyaset*, çev. Sanem Soyarslan, Otonom, İstanbul, 2016, s.41 vd.

68 Bu konuda bkz. Timur, 2012, agm.

riydi. Alphonse Aluard, *Fransa İnkılabının Siyasi Tarihi*'nde, "Zamanın en büyük mütefekkiri, ansiklopedicilerin tilmizi ve varisi sayılan Condorcet'nin vakti ile kendi hocaları olan filozoflar tarafından Fransa'da tatbiki imkânsız ve tehlikeli olduğu söylenen cumhuriyeti telkin edişi bir hadise oldu" diye anlatıyor[69].

Condorcet'nin eseri, Aydınlanma ürünü hümanizma ve ilerleme düşüncesinin başyapıtlarından biridir. Kapitalist üretim tarzının zaferi ile karakterize olan modernliği[70], metafizik bir bakış açısından ele alan Condercet'ye göre, insan zekâsı, çocukluktan olgunluğa doğru bir ilerleme içerisindedir. Bu ilerleme tarihi tabloda sadece tedricen ya da düz bir çizgi içinde doğrusal olarak gerçekleşmemiştir; insan zekâsı, özellikle devrimlerle gerçekleşen sıçramalar ile ilerlemeye devam etmiştir. Fransız Devrimi çağında yaşamış olan Condercet'ye göre, kendi çağındaki insan zekâsını ileriye sıçratan bilimsel, toplumsal ve siyasal devrimlerin önündeki en büyük engel, hurafeye karışmış din ve despotizmdir. Condorcet'ye göre Fransa'da ve diğer ülkelerde despotizm, korkunun, felaket ve sefaletin ağırlığı altında ruhları alçaltmış, uyuşturmuştur[71]. Buna rağmen uygarlığın doğal ilerlemeleriyle gelişen ve çocukluğunun bağlarından kurtulan insan zekâsı, "hürriyetin deha meşalesini ateşlemek üzere" "hakikate doğru", dinç adımlarla ilerleyecek, "felsefe ilerlemeleriyle bilimlerin yayılması tablosu… bütün insan soyunu kucaklayacak devrimin teminatı olan bir devrim doğuracağı zamana ulaştıracaktır"[72].

Felsefe ve bilimdeki ilerlemeler dinsel hoşgörüsüzlüğün elinden kurtulduğunda, *multitude*, kalabalıklar, her insanın artık ve ancak insanlığın ortak dileğinin bir ifadesi olarak çoğunluğun iradesi altında yönetilmeye rıza göstermesi aşamasına geldiler ve,

Böylece, insanları biri idare etme, öbürü boyun eğme; biri aldatma, öbürü aldanma ile ödevli iki sınıfa ayırmaya artık cesaret edilemedi: Hepsinin eşit menfaatleri üzerinde eşit olarak aydınlanma, bütün hakikatleri bilme hakkı olduğunu, doğrudan doğruya kendi üzerinde kurdukları hükümetlerin, onlardan bu hakikatlerin bir tanesini bile gizlemeye hakkı olmadığını tanımak gerekti.[73]

Condercet'nin burada sözünü ettiği, bilim özgürlüğüdür. Hurafe ve önyargıları yıkıp geçen bilim özgürlüğü, insan soyunun "yeni peşin yargılarla eski

69 Alphonse Aluard, *Fransa İnkılâbının Siyasi Tarihi Cilt 1*, çev. Nazım Poroy, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2011, s. 201.

70 Modernlik için bkz. Amin, age; Tülin Bumin, *Tartışılan Modernlik: Descartes ve Spinoza*, YKY, İstanbul, 2016; Mustafa Bayram Mısır ve Ecehan Balta, Modernizm, Postmodernizm ve Sol, Öteki, Ankara, 1998; Mustafa Bayram Mısır, "Postmodernizm", *Kavram Sözlüğü* içinde, der. Fikret Başkaya, Özgür Üniversite, 2005.

71 Marquis de Condorcet, *İnsan Zekasının İlerlemeleri Üzerine Tarihi Bir Tablo Taslağı II*, çev. Oğuz Peltek, M.E.B., İstanbul, 1990, s. 3.

72 Age, s. 4 ve s. 8.

73 Age, s. 10.

bilgisizliğine bir daha dönmesine meydan vermeyecek olan felsefenin sonuncu adımıdır"[74]. Spinoza'ya göre de, ifade özgürlüğü "bilimlerin ve sanatın gelişmesi açısından çok önemlidir. Çünkü bu alanlarda, sadece yargılarında özgür olanlar ve peşin fikirli olmayanlar başarıyla at koşturabilir"[75].

Spinoza, burada bugün toplumun çoğunluğu karşısında genellikle bir azınlık konumunda olan farklı fikirlerin korunması gereğine de vurgu yapmaktadır. Spinoza'ya göre, fikir özgürlüğüne sınır getiren, "şu ya da bu fikir aleyhinde konuşmayı ya da yazmayı yasaklayan" yasalar, "çoğu zaman, özgür mizaçlı insanlara katlanamayan ve edindikleri çarpık bir otoriteyle, kışkırtılmaya hazır halk tabakalarının sofuluğunu kolayca kudurganlığa dönüştürüp, onları istedikleri kişinin üstüne saldırtabilenlerin öfkesini yatıştırmak, daha doğrusu bu öfke karşısında geri adım atmak için konmuştur"[76]. Spinoza, bu türden yasaların demokratik siyasi bütünü yok edecek şekilde yaralayacağı kanısındadır. Düşünen kişi, özgür mizaçlı kişidir. Bu türden yasalar, dalkavukları sevindirseler bile, "yasaların mahkûm ettiği fikirlerin sağlıklı olduğuna inanan" özgür mizaçlı dürüst kişiler, bu "yasalara itaat edemezler. Buna karşılık, söz konusu fikirleri yanlış diye reddedenler, onları mahkûm eden yasaları bir ayrıcalık olarak kabul eder ve öylesine göklere çıkarırlar ki, sonradan yönetici istese bile bu yasaları kaldıramaz"[77]. Sonuçta, düşünme özgürlüğünü kullanarak bu yasalara karşı çıkan kişi idam sehpasına götürüldüğünde, idam sehpası bir otorite kaynağı olmaktan çıkar, o kişi ise bir kahraman olacaktır. Kahraman olacaktır çünkü, özgür düşünceli bu kişiler, "yalvarıp yakararak cezadan kurtulmaya çalışmazlar, utanç verici bir eylemde bulunmadıklarından vicdan azabı çekmezler ve iyi bir dava uğruna ölmenin bir ceza değil, bir onur olduğunu düşünürler ve özgürlük uğruna can verdikleri için göğüsleri kabarır"[78]. Spinoza, bu yüzden demokratik bir siyasi bütün için, "Kötülerin yüreğine dehşet salması gereken idam sehpasının, en büyük metanetin sergilendiği ve sonucunda tüm seyircilere, yönetimi utanca boğan bir erdem ve yüce gönüllülük örneğinin sunulduğu parlak bir tiyatro sahnesine dönüşmesinden daha tehlikeli ne var?"[79] diye sorar.

Aynı bağlamda Condercet, "Siyasette, ahlakta görülen bütün yanılmaların temeli, fizik yanılmalara bağlı olan felsefe yanılmalarıdır. Her din sistemi, tabiata aykırı her türlü acaiplik, mutlaka tabiat kanunlarını bilmemekten ileri gelir" diye yazar. Bilimlerin en büyük başarısı, peşin yargıların yıkılması, bütün nesillerdeki çocuklarını hurafenin dehşeti, zorbalığın korkusuyla saçma inanışlarla yanlış

74 Age, s. 16.
75 Spinoza, age, s. 288.
76 Age, s. 289.
77 Age, s. 288.
78 Age, s. 289.
79 Age, s. 299.

yollara sokan insanlığa karşı insanın kendi zekasını ayaklandırmasıdır[80]. Bu ayaklanmanın sonuçlarını göremeyen hükümetler gereğini yapamadıklarından, insanlar bu kez de siyasal olarak ayaklandılar ve böylece, "aklın, hürriyetin tezelden kazandığı zafer de insan soyunun öcünü aldı"[81].

Burada Condercet'nin aşırı ağdalı dilinden sıyrılarak, yine Condercet'nin izinden sonuçları özetleyecek olursak; böylece, insanın doğuştan gelen hakları ve bu hakların mutlaklığı, kişi tarafından terk edilemezliği ve zamanla ortadan kaldırılamaması benimsendi; düşünme, yazma hürriyeti, serbest ticaret ve endüstri hürriyeti tanındı ve halkın yükü hafifletildi; yabancı dinlere karşı devlet tarafsızlaştırıldı ve ceza kanunları kaldırıldı; barbarca zulümler ve işkence son buldu; daha yumuşak ceza kanunları ve suçsuzluk karinesini güvence altına alan hukuk sistemi benimsendi; daha sade, akla ve doğaya uygun bir medeni kanun istenci belirdi. Şimdi yine Condercet, daha doğrusu çeviren Oğuz Peltek'in belagatine dönelim:

… peşin yargılarla siyaset uydurmaları arasında yer alan dinlere karşı gösterilen aldırışsızlık, ikiyüzlülüğe, taassuba karşı beslenen kin, peşin yargılara hor bakma, bilgi ışıklarını yaymaya çalışma; bu ilkeler, yalnız feylesofların eserlerinde kalmadı, öğretimin din dersinden, yazıdan çok ileriye götürüldüğü topluluğun bütün sınıflarına geçerek, ortak bir meslek, ne Makyavelci ne de budala olmıyan insanların bayrağı oldu. (…) İnsanlık duygusu, yani insan soyunu rahatsız eden bütün kötülüklere karşı şefkatli, canlı bir acıma duygusu, devlet kurumlarında, hükümet işlerinde, özel işlerde, tabiatın kaçınılmaz acılarına yeni yeni acılar katan her şey karşısında duyulan bir korku duygusu, bu ilkelerin tabiî bir sonucuydu; bu duygu, bütün yazılarda, bütün söylevlerde kendini gösteriyor, mutlu tesiri, yavaş yavaş, despotizme boyun eğen milletlerin kanunlarında, devlet kurumlarında bile göze çarpıyordu.[82]

Condercet, ilerleme düşüncesine bağlıydı ve dünyanın daha iyi bir yer olacağını düşünüyordu. Tümüyle yanıldığı söylenemeyeceği gibi tümüyle haklı çıktığı da elbette söylenemez. Geride bıraktığımız yüzyılın son çeyreğine damgasını vuran modernlik tartışması esası itibariyle buna ilişkindi.

Ancak, bugün uzayı keşfe çıkan insanlığın elinde, başta Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi olmak üzere, bu doğrultuda gelişen, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Roma Statüsü ve Uluslararası Ceza Mahkemesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Kyoto Protokolü vb. büyük bir birikim vardır. Bu birikim,

80 Condorcet, age, s. 54.

81 Age, s. 29. "Hükümetinin idaresizliği, bu devrimi çabuklaştırdı; felsefe, bu devrimin ilkelerine çeki düzen verdi; halk kuvveti, onun hareketlerini durdurabilecek engelleri yıktı attı." Age, s. 32.

82 Age, s. 24-25.

henüz uluslararası sözleşme niteliği kazanmayan Toprak Ana Hakları Bildirgesi gibi, bize göre daha ileri bir adım olarak nitelenebilecek girişimlere de esin olmaktadır.

Bir ilerlemeci olan Condercet, muhtemelen, dönemsel geri çekilmelerden ziyade bu büyük birikime bakarak onu ileriye taşıma düşüncesinin kapitalist uygarlığın kendi çöküşü eşiğinde yaydığı kötümserlikten çok daha anlamlı olduğunu ve insan zekâsı, başka deyişle uygarlık, kapitalizmi de aşma kapasitesine sahip olacağından yanılmadığını düşünürdü[83].

Ancak tarihin, düz çizgisel bir ilerleme mantığına uyduğu söylenemez. Moderniteye büyük önem veren Amin, çağımızda sosyal hareketlerin, muğlak, çelişkili karakterini gözlediği eserinde, sosyal hareketlerin ilerici ve gerici karakterde olabildiğini ileri sürerek dünya tarihsel bağlamda teokrasi tehlikesinden söz etmekte, ılımlı ya da radikal görünümleri ile bir bütün olarak siyasal İslam'ı da, "insanları özgürleşmeye değil tabi olmaya davet eden", "temelde gerici, dolayısı ile toplumların ilerleme ve kurtuluş mücadelesine katılması mümkün" olmayan bir akım olarak nitelemektedir[84].

III- Tartışılan Değerler ve İfade Özgürlüğü

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 19'uncu maddesinde, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 9'uncu maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10'uncu maddesinde koruma altına alınan ifade özgürlüğü, demokratik toplumların temelidir. AİHM kararlarında ifade edildiği[85] şekliyle ifade edilirse; ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun asli temellerindendir, bu, toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturur. Bu bakımdan ifade özgürlüğü, başlı başına bir değerdir, toplantı ve gösteri hakkı vb. diğer haklar yönünden de kurucu bir nitelik taşır. İfade özgürlüğü, 10. maddenin

83 "…Condorcet, cenneti gökyüzünden yeryüzüne indirmiş ve insanın mutluluğunun yalnızca bu dünyada olanaklı olabileceğini savunmuştur. Condorcet, insanın bilim aracılığıyla bu dünyayı er geç kendi cenneti yapacağını düşünmektedir. İnsanın bu son amacına doğru ilerlemesi on basamakta gerçekleşir. 'Gelecekteki insan aklının ilerleme dönemi' diye adlandırdığı son dönem, uluslar arasındaki eşitsizliğin ortadan kaldırılmasıyla görülecektir. Bu dönem İnsanlığın mükemmelliği elde ettiği dönemdir. Mükemmellik, savaşın ortadan kalktığı, eğitimin serbest ve eşit olduğu, evrensel bir dilin oluşturulduğu, bütün insanların ekonomik gereksinimlerini bol bol karşıladıkları, ussal yeteneklerini aşırı derecede geliştirdikleri ve sonunda ölümü kendi denetimleri altına aldıkları ve soylu bir ölümsüzlüğe ulaştıkları, sanatlar, bilimler ve ahlaklardaki süre giden ilerlemeye karşılık gelir." Kubilay Aysevener, "Bir İlerleme Tasarımı Olarak Tarih", Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, 2001, (41:1): 171-186.

84 Amin, age, s. 61-70, 89.

85 Bu konuda çok sayıda çalışma bulunmakta olup bkz. Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İHAS: Açıklama ve Önemli Kararlar -Cilt II-*, Avrupa Konseyi ve Yargıtay Başkanlığı ortak yayını, http://www.insanhaklarihukuku.com/wp-content/uploads/2016/01/İHAS-Açıklama-ve-Önemli-Kararlar-cilt-2-Doğru-Nalbant.pdf, indirilme tarihi: 15.05.2017; Vahit Bıçak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Avrupa Komisyonu ve LDT ortak yayını, Ankara, 2002.; Monica Macovei, *İfade Özgürlüğü: İHAS 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ifade_ozgurlugu.pdf, indirilme tarihi: 15.05.2017.

sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz (Handyside/ Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72). Bu makalenin de konusunu oluşturan sorun ise, bu hakkın, örneğin, Anayasa'nın ve AİHS'nin koruduğu başka haklarla, örneğin adil yargılanma hakkı, özel hayatın korunması hakkı, özellikle de, vicdan ve din özgürlüğü (AİHS 9'uncu maddesi) ile çelişmesi halinde, dengenin nerede aranacağı, hangi değerin korunmasına öncelik verileceğidir.

Pozitif hukuk bağlamında, Anayasa'da yapılan 2001 değişikliklerinden itibaren, ifade özgürlüğü denildiğinde, hukuken anlaşılması gereken şeyin, AİHS ve AİHM içtihatları ile yerleşmiş bulunan ifade özgürlüğü olduğu söylenebilir. Anayasa'da ifade özgürlüğü, sırasıyla "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti", "Bilim ve sanat hürriyeti" ve "Basın hürriyeti" başlıklı 26, 27 ve 28'inci maddelerde düzenlenmiştir. Genel kabul gördüğü üzere, bu özgürlükler, kanaat sahibi olmayı dokunulmaz değer, başka deyişle mutlak olarak içerir. Kanaatleri açıklama ve yayma ile bilgilere ulaşma (haber alma hakkı, basın özgürlüğü vb.) ise mutlak nitelikte kabul edilmez, sınırlanabilir[86]. AİHS'nin 10 uncu maddesi birinci fıkrasında da, ifade özgürlüğünün üç unsuru, kanaat sahibi olma özgürlüğü, bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü, bilgi ve kanaat açıklama özgürlüğü teminat altına alınır. Kanaat sahibi olma özgürlüğü mutlak koruma görürken, diğerleri yönünden AİHM de müdahaleyi kabul etmektedir.

AİHM, müdahalenin meşru olup olmadığını denetlerken üç kriter kullanmaktadır. İlki, müdahalenin yasaya dayanıp dayanmadığı (örneğin bkz. Gawęda / Polonya, Başvuru No. 26229/95; Sunday Times / Birleşik Krallık, Başvuru No. 6538/74); ikincisi, müdahalenin ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu emniyeti, kamu düzeninin sağlanması ve suç ilenmesinin önlenmesi, sağlığın korunması, ahlâk, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli tutulması kaydıyla alınmış bilginin açıklanmasının engellenmesi ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması nedenlerinden birine meşru olarak dayanıp dayanmadığı (örneğin bkz. Observer ve Guardian / Birleşik Krallık, Başvuru No. 13585/88; Handyside/ Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72); üçüncüsü, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı (örneğin bkz. Długołęcki / Polonya, Başvuru No. 23806/03; Tolstoy Miloslavsky / Birleşik Krallık, Başvuru No. 18139/91; Handyside/ Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72).

Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru anayasa sistemine girdiğinden ve

[86] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, age., s.168-169.

bireysel başvuru yargılamalarına başladığından beri AİHM standartlarını/ testini uygulamaktadır. Ancak, laiklik ilkesini yeniden yorumladığı kararında benimsediği, devletin "çoğunluğun dinine yönelik pozitif yükümlülükleri", "çoğunluğun kutsal din duyguları" gibi kavramlarla birlikte ele alındığında, kamu düzeninin sağlanması ve genel ahlak sınırlama nedenleri söz konusu olduğunda korunacak değerler yönünden bir ucu açıklığın doğduğunu düşünmekteyiz. AİHM içtihatları da, toplumsal bir baskı söz konusu olduğunda, korunacak değerler yönünden bir dengeyi gözettiğinden, "'Yeni Türkiye'de bu denge nasıl kurulacaktır?" sorusu, günceldir. Bu tartışma ister istemez bizi pozitif hukukun dışına çıkarır ve tarihsel temelleri hatırlamaya, değerler tartışmasına götürür. AİHM'nin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin kararlarında Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk sıralarda yer aldığı[87] gözetildiğinde, sorunun önemi daha da berraklaşır: Anayasa Mahkemesinin eski laiklik kararlarında öne çıkardığı değerler, bu tartışmaya somut bir cevap veriyordu. Bilim ve sanat hürriyeti kapsamında bir kişinin evrime ilişkin düşüncelerini açıklaması karşısında toplumun bir kesiminin göstereceği tepki nedeniyle ifade özgürlüğünün sınırlanmasının kabul edilemeyeceği, bu gerekçelerden derhal anlaşılır. Esasen AİHM içtihatlarında da bu yönde hiçbir belirsizlik yoktur[88]. Ancak Türkiye'de tartışmanın henüz başladığı unutulmamalıdır.[89]

Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan, ifade özgürlüğü önüne kişilerin mahremiyetinin, şan ve şerefinin korunması, terörizm ve internet bağlamında çıkan sorunları üç örnek kararda nasıl aştıklarını özetlediği, AİHM'de yaptığı konuşmada ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temeli olduğuna dair görüşlerini açıklamıştır. AİHM'in ifade özgürlüğü ve Anayasa Mahkemesinin laiklik kararlarında gördüğümüz çizgide, "düşünen ve konuşan varlıklar olarak

87 1956-2016 yıllarını kapsar devlet bazlı istatistik sonuçları için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2016_ENG.pdf

88 "İlk bakışta, dini konularla ilgili ifadelerin hukukun tartışmasız olarak kabul edilebilir ya da kabul edileme/ gördüğü türlerinin (yazı, soz, resim ya da diğer sanatsal ifadeler üzerinden) tespiti görece kolaydır. Bu bakımdan, çağdaş toplumlarda dini inanışların 'tarafsız' analizleri ya da doktrine dayalı eleştirileri nedeniyle ifade özgürlüğünün kısıtlanması artık kabul edilemez bir durumdur. Dini konularla ilgili herhangi bir yayın yapmadan önce Devlet'in olurunu ya da Kilise'nin icazetini (nihil obstat) almak gereken günler geride kalmıştır. Günümüzün demokratik anayasal sistemlerinde belirli fikirlerin öğretilmesine, sadece o toplumda yaygın dini inanışlara karşı olduğu için hukuki, cezai ya da idari yaptırım uygulanması da (ABD'de 1920'lerdeki 'maymun davaları' ile Darwinci kuramların yargılanması gibi) artık kabul görmemektedir." Guerra, agm, s.286. Bu makale teknik anlamda bir insan hakları hukuku makalesi olmadığından değinilmemekle birlikte, bu sorundaki temel AİHM içtihatları arasında Otto Preminger Institute/Avusturya, Wingrove/ Birleşik Krallık, Giniewski/Fransa, Klein/Slovakya, İ.A./ Türkiye, Aydın Tatlav/ Türkiye, sayılabilir. Bkz. Guerra, agm.; Doğru ve Nalbant, age, s. 191 vd.

89 "Venedik Komisyonu, İfade Özgürlüğü ve Din Özgürlüğü başlıklı (2008)026 nolu raporunda, "dinsel kin içeren nefret söylemi" ile dinsel değerlere ya da dine hakaret benzeri ifadeler arasında bir ayrım yapmıştır. Venedik Komisyonu, "dinsel kin içeren nefret söylemi"nin yaptırıma konu olmasının gerekli olduğunu belirtirken; diğer tarz ifadelerin cezalandırılmasını amaçlayan bir suç oluşturmanın gerekli olmadığını belirtmiştir. Aynı raporda Komisyon, "blasfem" adı verilen bir dini ya da dinsel değerleri aşağılamaya yönelik suçların, çoğu Avrupa Konseyi'ne üye devlette olduğu gibi tamamen kaldırılması gerektiğini vurgulamıştır." Doğru ve Nalbant, age, s. 192; Ayrıca bkz. Guerra, agm, s.294-295. Rapor için, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2008)026-e par. 89.

kendimizi gerçekleştirmek" değerine atıf yaptığı bu konuşmada, bunun "için ifade özgürlüğüne gereksinimimiz vardır. Bu nedenle, söz konusu özgürlüğün reddi, insanoğlunun doğasının ihlali olacaktır" demekte, ancak değerler tartışmasına girmemektedir.[90]

Tam da burada, ifade özgürlüğüne ilişkin Spinozacı temeller ve Aydınlanma değerlerine dönmek bir zorunluluktur. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin, 2012 yılındaki kararı ile terk ettiği yerleşik laiklik kararlarında öne çıkardığı, pozitif bir özgürlükler hukuku tartışması yapıldığında bazılarınca "aşırı ideolojik" bulunabilecek değerler, ifade özürlüğünün varoluşsal temelidir. Bu değerler, moderniteye aittir, özü itibariyle Spinozacıdır. Türkiye'de yurttaşlığın ve birlikte yaşamanın olası yegâne temelidir. Bu değerler toplamının bir bütün olarak adı da laikliktir. Anayasa Mahkemesi 2008 kararında, bunu, "Anayasa Mahkemesinin birçok kararında ayrıntılı olarak açıklanan laiklik ilkesi düşünsel temellerini Rönesans, Reformasyon ve Aydınlanma dönemlerinden alır. Çağdaş demokrasilerin ortak değeri olan bu ilkeye göre, siyasal ve hukuksal yapı, dogmalardan arındırılarak akılcılığı ve bilimsel yöntemleri esas alan katılımcı demokratik süreçlerin ürünü olan ulusal tercihlere dayanır"[91] diyerek ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, bu kararı verdiği dönemde de, bir Condercet basireti ve öngörüsü gösterememiş, bu değerlere dayanarak tıpkı Condercet gibi ileriye,

---

90 Bu konuşmanın Giriş bölümünü olduğu gibi aktarıyorum: "İfade özgürlüğünün demokrasi için halen bir ön koşul olup olmadığı sorusuna verilecek müspet cevap, hem araçsal hem de esasa ilişkin gerekçelere işaret etmek durumundadır. İfade özgürlüğü en az üç nedenle demokrasi için halen bir ön koşuldur. İlk olarak, demokratik bir toplumun gerekleri olan çeşitliliği ve çoğulculuğu sürdürebilmek için ifade özgürlüğüne sahip olmamız gerekir. Milliyet, etnisite, din, ideoloji, yaşam biçimi ve bu gibi başkaca yönlerden çeşitlilik arz eden bir toplumda yaşıyoruz. Çağdaş demokrasi çoğulcu olduğundan ve olması gerektiğinden, farklı ve sıklıkla birbiriyle uyumsuz yaşam biçimlerinin, fikir ve ideolojilerin birlikte yaşayabilmesi gereklidir. İfade özgürlüğü, bu denli çeşitli ve çoğulcu toplum ve siyasetin korunması ve sürdürülebilmesi için etkin bir araçtır. İfade özgürlüğü kişinin başkalarına seslenme özgürlüğüdür. Bireyler arasında diyalogun bir önkoşulu olan konuşma eylemi, bizleri toplum içinde birbirimize muhatap kılmaktadır. Bu nedenle, kişinin sessizliğe mahkûm edilmesi onu başkalarına seslenmekten mahrum kılmaktadır. Lyotard'a göre, ölüm cezası açık biçimde yanlıştır; çünkü o "konuşanın konuşma topluluğundan dışlanmasını çağrıştırır". Bir başka ifadeyle, öldürmek "diğerinin muhataplık rolünü reddetmek" anlamına gelmektedir. Lyotard'ın bu görüşü, terörizm için de geçerlilik arz edebilir; zira terörizm, yalnızca yaşam hakkına değil, ifade özgürlüğüne yönelik olarak da ciddi bir tehdittir. Terör, kişileri konuşma topluluğundan ayıran bir şiddet eylemidir. Üç gün önce, Türkiye terörizmin bu yıkıcı ve elim etkisini bir kez daha tecrübe etmiştir. İki intihar bombacısı Ankara'da en az 97 sivili katletmiştir. Katledilenlerin hiçbir surette diğerlerine seslenme imkânı olmayacak. Katledilenlerin çoğu barış gösterisi hazırlığı içerisindeydi. Terörizm, üzerlerine kara bir sessizlik gibi çöktü. Bu nedenle, terörizmle mücadele ifade özgürlüğünün korunmasının bir ön koşuludur. İkinci olarak, demokrasi herkesin fikirlerini ifade etmek suretiyle katılabileceği özgür bir kamusal etkileşim ortamı gerektirir. Yasaların yapımı süreci dâhil olmak üzere karar alma sürecine, ancak belli politikalar konusunda görüşlerimizin özgür ifadesi yoluyla katılım sağlayabiliriz. Bu nedenle, ifade özgürlüğü, 'demokratik bir yönetim biçiminin işleyişi için vazgeçilmez' bir siyasi değerdir. Son olarak, ifade özgürlüğü demokratik toplumun gerçekleştirilmesinde yalnızca bir araç olarak değil, kendi içerisinde bir amaç olarak görülmektedir.(…)" Zühtü Arslan, "İfade Özgürlüğü, Demokrasi ve Zorluklar", http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/etkinlikler/pdf/baskankonusma_16102015.pdf, indirilme tarihi: 15.05.2017.

91 AYM, Esas Sayısı: 2008/16, Karar Sayısı: 2008/116, Karar Günü: 5.6.2008, R.G. Tarih-Sayı: 22.10.2008 – 27032.

daha da gelişmiş bir özgürlükler ülkesine kapı aralamak yerine, daha açık deyişle laikliği keskin bir *ayrılık* görüşü ile yeniden tanımlamak yerine, korku ve kaygılara teslim olarak geriye, muarızlarının haksız şekilde "laikçilik" diye küçümsediği korumacı bir konuma sürüklenmiştir. Bu durum, daha sonra doğurduğu reaksiyon ile Anayasa Mahkemesinin 2012 yılında verdiği ve artık laiklik ilkesinin mevcut olup olmadığına dair tartışmalara da kapı aralayan kararına sebebiyet vermiş ise de, Mahkemenin önceki kararlarında hayat bulan değerlerin önemini azaltmaz.

IV- Anayasa Mahkemesinin İki Ayrı Kararı ve İfade Özgürlüğü

Anayasa Mahkemesinin iki ayrı kararı yukarıda aktarılmıştır.

Mahkeme, "Türban kararı" namı ile maruf, aktardığımız kararlarının gerekçesinde ifade özgürlüğünün temeli olan değerlere güçlü bir şekilde vurgu yapmakla birlikte, sonuçta geliştirdiği yargısal aktivizm, ifade özgürlüğü değeri ile değil, Spinoza'nın diliyle söylersek, "her insanın neye inanması gerektiğini belirleyen ve şu ya da bu fikir aleyhine konuşmayı ya da yazmayı yasaklayan bir yasa" gibi değerlendirilerek eleştirilmiştir[92]. Anayasa Mahkemesinin aktardığımız bu kararında, demokratik toplum gereklerine dayanarak, Türkiye toplumunu İslam dininden kaynaklanan kültürel kökleri içinde değerlendirmek sureti ile başkalarının özgürlüğünü, özellikle de fikir özgürlüğünü korumak amacı güdüldüğü anlaşılmaktadır.

Mahkeme, "4+4+4 kararı" namı ile maruf, aktardığımız kararının gerekçesinde ise sadece din ve vicdan özgürlüğü ile din ve vicdan özgürlüğü gereğince devletin pozitif yükümlülüğüne vurgu yaparak, argümantasyonunu tümüyle ifade özgürlüğü bağlamı dışına çıkardı. Böylece, siyasal İslam'ın projesine yargısal aktivizmi ile alan açmış oldu. Bu yoldan, anayasa yargısında da Gözler'in aktardığımız ifadesi ile "laik hukukun kemirildiği" bir evreye geçildiği, söylenebilir.

Mahkemenin eski kararlarının, ilkinin 12 Eylül Cuntasının lideri Kenan Evren'in, ikincisinin, CHP'nin başvurusu üzerine alınmış olması, bu kararların ifade özgürlüğü için önemini görünmez kılacak bir tartışmaya konu edilmesini doğurduğu da bir gerçek: Bu durum, daha açık deyişle, eski rejim ile yeni rejim arasındaki mücadele, tartışmaları rayından çıkardı ve özellikle liberaller arasında beliren Adalet ve Kalkınma Partisi hükümetlerinin demokratik reformculuğunu destekleme arzusu, tartışmalardaki hâkim eğilimi belirledi. Söz konusu reformun gerçekliği bir yana bu eğilim daha kötü bir sonuca, içinde İslami başörtüsü de olmak üzere, laiklik, temel hak ve özgürlükler rejimi, ulusal sorun gibi her biri bir yönüyle ifade özgürlüğüne bağlanan Türkiye demokrasisinin devam edegelen anayasal sorunlarının demokratik değerler ve hukukun üstünlüğü içinde çözü-

[92] Kararın bu yönde dengeli bir eleştirisi için bkz. Özbudun, 2012, agm.

müne değil, Anayasa Mahkemesinin eski "yargısal aktivizmine" karşı Adalet ve Kalkınma Partisi hükümetlerinin *de facto* çözümlerine destek vermeye yönelen bir liberal düşünce tarzına kaynaklık etti.

Bu düşünce tarzı, "dinin politikadan ayrılması demek olan laikliğin önemini kavrayamadı. Oysa laiklik, politikanın özgür keşif alanı haline gelerek, modern anlamda demokrasinin ön koşulunu oluşturur"[93]. Liberal eleştirmenler, laikliğe sırtlarını o kadar dönmüşlerdi ki, siyasal İslam'ın geliştirdiği *de facto* çözümlerin "çok sık ifade edilen laikliğin aşırılıklarına tepkinin bir sonucu"[94] olmadığını ve siyasal İslam'ın politik projesine hizmet edeceğini görmekle birlikte, sadece laikliğin sekülerlikten ayrı bir şey olmadığını değil, demokrasinin ön koşulu olduğunu da göz ardı ettiler. *De jure* çözümlerin yerini *de facto* çözümler aldığında, rejimin anayasal niteliğinin, hukuk devleti ilkesinin ve hukukun üstünlüğünün zarar göreceğini en fazla Anayasa Mahkemesi kararlarının liberal eleştiricilerinin bildiği ya da bilebileceği umulurdu. Ama öyle olmadı; aslında laik düşünsel evrenin parçası olması gereken[95] aralarında bir kısım anayasa hukukçuları ve siyasilerin olduğu bu liberal eleştiriciler, Anayasa Mahkemesinin yerleşik görüşlerinin ifade özgürlüğü bağlamında taşıdığı önemi ihmal ederek, bu kararları, "yargısal aktivizm", "jüristokrasi tezahürü" ya da "yargı vesayeti"[96] olarak değerlendirdi ve mahkûm etti. Anayasa Mahkemesi de değişen yapısı içinde bu eleştiriler doğrultusunda önceki görüşlerinden döndü. Özbudun'un benimsediği formül ile Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 2008 kararlarındaki yorumunu "katı laiklik" olarak görerek "esnek ya da özgürlükçü laiklik" doğrultusunda bir değerlendirmede bulunarak, süregiden felsefi, siyasal, toplumsal ve hukuki tartışma içinde bir adım daha ileri gitti ve hem de tam aksi amaca hasredilmiş bir Devrim Kanunu olan Tevhid-i Tedrisat Kanunu'nu kanıt göstererek Türkiye Cumhuriyeti'nin İslam dinini, özellikle de çoğunluk mezhebini, Sünni İslam'ı öğretme ve yayma yönünde pozitif yükümlülüğü olduğu sonucuna vardı:

…bir bütün olarak bakıldığında, Türkiye'de baştan beri laiklik ilkesinin anayasal düzeyde ve uygulamada Devlet ile İslam dini arasındaki kurumsal ilişkiyi mutlak surette dışladığı da söylenemez. Anayasa, resmî bir dine yer vermemekle birlikte, çoğunluk dininin mensuplarının inanç, ibadet ve eğitim gibi ihtiyaçlarını

93 Amin, age, s.61.

94 Agy.

95 Bkz. Daryush Shageyan, *Yaralı Bilinç*, çev. Haydun Bayrı, Metis, İstanbul, 2018. Shageyan, geleneksel toplumlar bağlamında İran örneğini tipikleştirmesinin nedenini, "kutsal olanın dünyaya siyasal olarak giriş yapması, hangi biçim altında olursa olsun, kaçınılmaz olarak İran'la aynı seyri arzedecektir" diyerek açıklıyor. Age, s.183. Shageyan'a göre: "İran entelijensiyası eski rejimin temelini yıkarken hedefini şaşırmıştır: Bilinçsiz bir şekilde, üzerinde oturduğu dalı kesmiştir. Çünkü Şahlık rejimine muhalif olan laikler, yine de rejimle aynı kültürel takımyıldızında bulunuyorlardı, oysa teokrasi ile modernlik arasında, aksine, galaksileri ayıran astronomik uzaklıklar vardır.", age, s.98.

96 Bu konuda bkz. Mustafa Bayram Mısır, "Yargı Darbesi Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Not", Ankara Barosu Dergisi, 66 (3): 49-59.

karşılamaya yönelik resmî mekanizmalar öngörmüştür. Anayasa'nın 136. maddesi, Diyanet İşleri Başkanlığını 'laiklik ilkesi doğrultusunda' özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirmek üzere, genel idare içinde yer alan bir anayasal kurum olarak tanımlamıştır. 1965 tarihli 633 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca, bu anayasal kurumun amacı, 'İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek' olarak belirlenmiştir.

Benzer şekilde, Anayasa'nın 174. maddesinde 'Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden' ve Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı güvence altına alınmış bulunan inkılap kanunlarının başında '3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu' gelmektedir. Bu Kanun'un 4. maddesine göre, 'Maarif Vekaleti yüksek diniyat mütehassısları yetiştirilmek üzere Darülfünunda bir İlahiyat Fakültesi tesis ve imamet ve hitabet gibi hidematı diniyenin ifası vazifesiyle mükellef memurların yetişmesi için de aynı mektepler küşat edecektir.' Buradaki 'imamet' ve 'hitabet' gibi kavramların İslam dinine ait kavramlar olduğu, dolayısıyla Milli Eğitim Bakanlığına tevdi edilen görevin, bu dinin mensuplarının dini hizmetlerini yerine getirecek kişileri yetiştirecek eğitim kurumlarının açılması görevi olduğu açıktır.

Sonuç olarak, Anayasa, dini hizmetleri toplumsal bir ihtiyaç olarak görmekte ve devlete bu ihtiyaçların karşılanması yönünde yükümlülükler yüklemektedir. Anayasa'nın 24. maddesinde din eğitimi ve öğretiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılmasına dair düzenleme de bunu göstermektedir. Anayasa'da ifadesini bulan laiklik ilkesi, bir yandan dinin devletin esaslarını belirlemesini engellemekte, diğer yandan da din eğitim ve öğretimi dâhil dini hizmetlerin devlet eliyle verilmesine imkân tanımaktadır.

Bu gerekçede, pasif laiklik ilkesinin benimsendiğini ve ötesine geçilmediğini söylemek de güçtür. Aksine, gerekçede, baskıcı laiklik/ özgürlükçü laiklik gibi bir ayrıma gidilmekle birlikte bunun tümüyle retorik olarak kaldığı, "esnek ya da özgürlükçü laiklik" bağlamında *ayrılık* görüşüne hiç yer verilmediği, dolayısı ile Başgil ya da Özbudun'da gördüğümüz şekli ile bir laiklik görüşü benimsenmediği gibi Onar'daki gibi dinsel nitelikli kamu hizmetleri yönünden din ve mezhepler karşısında *eşitlik ve ayrılık* ilkesinin de benimsenmediği; aksine, devletin dinle ilişkisinin dinsel kamu hizmetleri dolayımı ile kopmaz bir ilişki olarak tanımlandığı, din eğitiminin de temel bir dinsel kamu hizmeti olarak belirlendiği, bu bağlamda devletin çoğunluk dini ve mezhebi olan Sünni İslam eğitimi vermesinin görevi olduğu sonucuna varıldığı; özetle, çubuğun, devlet ile dini kurumlar ve pratikler arasındaki ilişki tarzı değiştirilmeksizin, tersine, devletin Sünni İslam'a hizmet yükümlülüğüne doğru büküldüğü, görülmektedir.

Özetle; Anayasa Mahkemesinin, dinsel baskının sona erdirilmesi bağlamında devlet müdahalesini uygun bulmaktan, Sünni İslam inancının öğretiminin devletin temel yükümlülüğü olduğuna varan, *devletin dinler karşısında tam olarak tarafsız kalamayacağı, toplumun çoğunluğunun dini duygularını gözetmek zorunda olduğu ve Sünni İslam dini eğitiminin devletin temel görevi olduğu* gibi, önceki laiklik görüşünden tümüyle aksi yönde bir kavrayışa evrilen yeni laiklik görüşü, köklü bir değişikliktir. Bu değişim, sadece anayasal laiklik ilkesinin cumhuriyetin hukuk devrimi ile karakterize olan ve kökleşen anlayışından kopuş olmayıp, aynı zamanda da toplumsal ve siyasal gerçekliğe tekabül etmemekte; özellikle, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ile AİHM'in din ve vicdan özgürlüğü ile zorunlu din derslerine ilişkin kararlarını[97] da görmezden gelerek, başta Alevilik olmak üzere farklı din ve mezhepler karşısında din ve vicdan hürriyetinin açık ve ağır ihlallerine sebebiyet verecek bir temellendirmeye dayanmaktadır. Halbuki Anayasa Mahkemesi, karşısına gelen sorunu, anayasa ve idare hukuku geleneğinde yer alan, yukarıda aktarıldığı üzere, özellikle Onar tarafından ortaya konulan[98] temellendirme yöntemi ile Türkiye'de laikliğin kendi evrimi içinde edindiği pozitif bağlamını[99] muhafaza ederken ayrılıkçı görüşü mantıksal sonuçlarına götürerek çözebilirdi.

Bu yeni gerekçe ile birlikte, Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarının pozitif hukuk dünyasında halen daha var olup olmadığını da tartışmak gerekir. Anayasa Mahkemesinin eski kararları, AİHM içtihadına dönüştüğünden ve son karar ile konuları yönünden farklılıklar taşıdığından aslında pozitif hukukta yer almaya devam ettiği ileri sürülebilecek ise de; bu kararların, halen geçerli ve yürürlükte olmadığını kabul etmek gerekir. Laiklik ilkesinin anayasal yorumundaki bu dönüşümü, Türkiye'deki "Anayasasızlaştırma"ya ilişkin tartışmalar[100], nihayet, 15 Temmuz 2016'da gerçekleşen askeri darbe girişiminin bir dini cemaat ürünü olduğunu gerçeği ile birlikte değerlendirdiğimizde, geldiğimiz noktayı "tasvir"le yetinmemek, "tahlil"e çalışmak gerekir. Özellikle de 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını 19'uncu kez değiştiren Kanunun yürürlüğü ile birlikte, bu Kanunun gerekçesinden 1961 Anayasası ile getirilen vesayetçi rejimin aşılmasına yönelik irade açıkça anlaşıldığına göre, Anayasa Mahkemesinin pasif laiklik doğrultusunda imiş gibi görünen başka bir laiklik yorumunu benimsemesinin, mevcut yargısal aktivizmi içinde laiklik ilkesinin ve ifade özgürlüğü-

97 Makale münhasıran pozitif hukuk incelemesi olmadığından, insan hakları hukuku bağlamında BM İnsan Hakları Komitesi ile AİHM'in zorunlu din dersi kararlarının sonuçları ve gereklerini ele alan şu teze bakılabilir: Özge Demir, *Zorunlu Din Dersi Bağlamında Türkiye'de Zorunlu Din Dersi ve Muafiyet Sistemi,* İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, 2018.

98 Onar, age.

99 Laikliğin anayasa hukukunda pozitif anlamı için bkz. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, age; idare hukukunda poizitif anlamı için bkz. Günday, age.

100 Kemal Gözler, "1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (Versiyon 4)", www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf (Konuluş Tarihi: 1 Haziran 2016).

nün laiklik ilkesi ve bu ilkenin içeriğine ilişkin tartışma ve görüşler bağlamında ilgasına sürüklenmesi ihtimali küçümsenebilir değildir. Gerçekten de, "pasif laiklik" de sonuçta ve ancak Spinozacı değerlere dayanarak anlaşılıp uygulandığında, ifade özgürlüğünün güvencesi olabileceğine göre, eski görüşünden dönen Anayasa Mahkemesinin sadece "pasif laiklik" ilkesini benimsemesi değil, büsbütün laiklik ilkesini işlemez hale getirebilecek *yepyeni* bir gerekçe kaleme alması riski tümüyle yoktur, denilemez. 2012 kararında buna, "esnek laiklik" diye bir ad da koymuştur.

İfade özgürlüğü tartışması da, laiklik tartışması ile birlikte bitmemekte, burada yeniden başlamaktadır. Yeniden başladığı yerde ise, eski tartışmanın sürdürülmesi olanağı yoktur. 1961 Anayasası döneminde konuyu kamu hizmetleri yönünden ele alan Onar'ın geliştirdiği eleştiri, bugün, tartışmanın başlaması gereken yerdir. Onar, din hizmetlerini kamu hizmetleri kapsamında görmekle[101] birlikte, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Anayasa'da düzenlenmiş olmasını laiklik ilkesine aykırı görür: "…bu hüküm Diyanet İşleri Başkanlığının mahiyetini, fonksiyonunu, genel idare teşkilâtı içindeki yerini, yetkilerinin sınırlarını da göstermektedir. Bugün bu teşkilât yalnız Sünnilerin ihtiyaçlarıyla meşgul olmaktadır. Gerçi bizim de mensubu olduğumuz Sünni mezhebi memleketimizde din ve mezhep bakımından çoğunluğu teşkil etmektedir. Fakat bu durum Devletin diğer din ve mezheplerle ilgilenmemesi için yeter bir sebep değildir. Çünkü…, lâik bir devlette din ve mezhep çoğunluğu veya azınlığı olamaz. Devletin bütün din ve mezheplere karşı tarafsız olması gerekir"[102]. Dipnotta da, "Tatbikatta bu teşkilâtın din ve mezhep, vicdan hürriyetini de ihlâl ederek Şiiliğe karsı cephe aldığı esefle

[101] "…Devlet kanun, tüzük, yönetmelik gibi kaide-tasarrufları veya diğer işlem ve eylemlerini, tasarruflarını ve fiillerini dinî bir esasa istinat ettirmek mecburiyetinde olmadığı gibi, fonksiyonlarını ifada teokratik esaslarla, dinî kaidelerle bağlı değildir, din Devleti bağlamaz. Ancak bu devletin din işleriyle ilgilenmemesi değildir: Devlet iki bakımdan dinle ilgilenir; a) polis bakımından; yani maddî sükûn ve huzuru, sağlığı ihlâl edecek, halk arasında huzursuzluk ve heyecan uyandıracak veya siyasî gösteri halini alacak âyinlere müsaade etmez, bu polis kavramının ve fonksiyonunun tabiî bir neticesidir ve eskiden beri tatbik edilmektedir. Meselâ İranlıların Muharrem âyinlerindeki kanlı hareketleri veya cenazelerin yüzleri açık bir surette nakledilmeleri veya din propagandası suretiyle vicdan hürriyetini ihlâl edecek fiiller, muhtelif din ve mezhep mensupları arasında soğukluk, münakaşa ve mücadele uyandıracak hareketler birer polis vak'ası teşkil eder ve idarenin müda-halesini icap ettirir. b) Bugün çok genişlemiş olan kamu hizmeti anlamı gözönünde tutulursa kollektif bir ihtiyaç şeklinde görünen ibadet ihtiyacının şahsî, aynî ve maddî vasıtalarını sağlamak ve bunun için gerekli kamu hizmeti teşkilâtını kurmak lâiklik prensibine aykırı olmaz. Söylediğimiz gibi lâiklik prensibi dinin Devlet işlerine karışmasını kabul etmez, yoksa her kollektif ihtiyacın karşılanışı gibi dinî ihtiyaçların karşılanması da lâiklik prensibini bozmaz. Nitekim bugün Amerika, İngiltere, Fransa gibi müslüman olmayan devletler bir İslâm topluluğunun kollektif ihtiyacını karşılamak için cami yapmakta veya yapılmasını sağlamaktadırlar.
Din ve vicdan hürriyetini kabul eden bir Anayasa muayyen bir dini veya mezhebi kabul eden bir topluluğun dinî kollektif ihtiyaçlarını ya kendilerinin karşılamalarına ve bir cemaat teşkilâtı kurarak Devlet içinde Devlet veya nereye kayacağı belli olmayan bir cemaat kurmalarına müsaade edecek veyahut bu sistemi kabulde siyasî, içtimaî mahzurlar görürse din ve vicdan hürriyeti neticesinde ortaya çıkan kitlelerin kollektif ihtiyaçlarını karşılayacak hizmetleri kendisi ihdas edecektir. Ancak bu teşkilâtın tarafsız olması, imanla değil sadece ihtiyaçla uğraşması lâzım gelir", Onar, age, s.722-723.

[102] Onar, age, s.724.

görülmektedir" diye belirtir. Burada Şiilik ile kastedilen, Alevi yurttaşlardır.

Anayasa Mahkemesi, son kararı ile, laiklik ilkesi bakımından son derece sakıncalı olan çoğunluğun din ve mezhebinin gözetilmesi gerekçesine dayanmakla yetinmemiş; varlığı laiklik ilkesi yönünden tartışmalı olan bir kamu hizmeti teşkilatının, Diyanet İşleri Başkanlığının, benimsememesi gerekirken benimsediği, belirli bir din ve mezhebin yayılması görevini devlete vermektedir ki, bunun laiklik ilkesi ile birlikte ifade özgürlüğü üzerindeki etkisinin olumlu olacağı, söylenemez.

Anayasa Mahkemesinin hali hazırdaki mevcut yargısal aktivizminde, AİHM kararlarından çok, Adalet ve Kalkınma Partisi hükümetleri tarafından dile getirilen "kurucu liderlik" misyonunun etkisi görülmektedir. Bunun 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen askeri darbe girişiminin yarattığı anti-demokratik sonuçları aşma ile ilgili olduğu umulabilirse de, "kurucu liderlik" misyonu çok daha önce "Erdoğan Siyaseti ve Kurucu Cumhurbaşkanlığı Misyonu" adlı broşürde "Türkiye'de Erdoğan'ın siyasi fonksiyonunun tam olarak 'düzen kurucu' bir rol oynamak olduğu" açıkça yazılarak ilan edilmiş ve "Erdoğan'ın 'kurucu' cumhurbaşkanlığı, yeni yapıların inşasının daha da ileri bir boyuta taşınacağı bir dönem olacaktır" denilmiştir[103].

Sözü edilen broşürde yeni Türkiye üç boyutta, kurucu cumhurbaşkanını niteleyen özellikler ile betimlenmektedir. Buna göre, yeni Türkiye'de, kurucu Cumhurbaşkanı, ilk boyutta, *kapsayıcı ve farklılıklara saygılı post-Kemalist bir milletin inşa edilmesi*ni, ikinci boyutta, *muhafazakâr-demokrat millet ile uyumlu, ulus-devletin sınırlarını zorlayan post-Vestfalyan bir siyasi birim arayışı etrafında bölgesel dönüşümün gerçekleştirilmesi*ni, son olarak, *küresel düzlemde farklı medeniyetleri tanıyan ve yaşam şansı veren demokrat-çoğulcu bir uluslararası toplumun yaratılması*nın dolayımı olacaktır.[104]

Bunun, Anayasa Mahkemesinin kararlarında pasif laiklik görüşünü dahi sürdürmesini olanaksız kılacak ve ifade özgürlüğünün güvencesi olan laik anlayışta kırılmalara sebebiyet verebilecek bir ideolojik, kültürel ve siyasal yönelim olduğunu söylemek, herhalde gereksizdir. Bu yüzden, Anayasa Mahkemesi, "esnek laiklik" yorumu ile siyasal İslam karşısında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına sebebiyet verebileceğinden bu olasılığı da tartışmak gerekir.

Sonuç: İfade Özgürlüğünün Güvencesi Laikliktir

Bu makalede, Türkiye'de laikliğin kendine özgü bir tarihsel ve pozitif bağ-

[103] Nebi Miş ve Ali Aslan, "Erdoğan Siyaseti ve Kurucu Cumhurbaşkanlığı Misyonu", Analiz, Eylül 2014, Sayı:109, Seta Vakfı, http://file.setav.org/Files/Pdf/20140909181641_erdogan-siyaseti-ve-kurucu-cumhurbaskanligi-misyonu-pdf.pdf, indirilme tarihi: 15.05.2017.

[104] Agy.

lamı olduğu, bunun da kendi evrimi içinde 1961 ve 1982 Anayasaları dönemindeki Anayasa Mahkemesi kararlarında benimsenen gerekçelere yansıdığı kabul edilmektedir. Bu evrim sonucunda Anayasa Mahkemesi, mükemmel olmamakla birlikte, 2008 tarihli kararı ile laiklik anlayışı bakımından kendi temelleri ile çelişmeksizin eleştirileri de gözeten bir çözüm doğrultusunda ilerliyor görünüyordu. 2012 kararı ile ise Anayasa Mahkemesi, pasif laiklik görüşünün de ötesinde geçerek, laiklik ilkesini, karardaki ifade ile söylersek "esnetti" ve tartışmalı hale getirdi. Bu durum, ifade özgürlüğü ile laiklik arasındaki karşılıklı belirlenim içeren sıkı ilişkiye dair düşünme ve tartışmayı, hem pozitif hukuk alanında hem de hukuk felsefesi alanında yeniden gündeme getirmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları incelendiğinde, ifade özgürlüğünü demokratik toplumun temel değeri olarak kabul ettiği, görülmektedir[105]. Keza, Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan yukarıda da bir bölümünü aktardığımız konuşmasında, şöyle demektedir:

…ifade özgürlüğü demokratik toplumun gerçekleştirilmesinde yalnızca bir araç olarak değil, kendi içerisinde bir amaç olarak görülmektedir. İfade özgürlüğünün bu esasa ilişkin ya da kurucu gerekçesi, bireylerin ahlaki sorumlulukları ile ilgilidir. Ahlaken sorumlu özneler olarak bireylerin özgürce fikir almaları ve bu fikirleri ifade edebilmeleri gerekmektedir. Bu nedenle, ifade özgürlüğünün keyfi olarak sınırlandırılması, demokratik toplumun ahlaken sorumluluk taşıyan hür özneleri olarak bireylerin radikal özerkliklerini ihlal edecektir. İfade özgürlüğüne, düşüncelerimizin iletilebilmesinin yegâne aracı olduğundan da değer veriyoruz. Düşünme eylemi, insan varoluşunun kalbinde yer alır. Descartes'in 'Düşünüyorum, öyleyse varım' şeklinde çevrilen Cogito'su bu varoluşsal kesinliği ifade eder. Descartes'ten çok daha önce, Mevlana Celaleddin Rumi, düşünceyi insanoğlunun özü olarak değerlendirmiştir. Rumi, 'insanın düşünceden ibaret olduğunu, geri kalanının ise yalnızca et ve kemik' olduğunu kaydeder. Düşünen ve konuşan varlıklar olarak kendimizi gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne gereksinimimiz vardır. Bu nedenle, söz konusu özgürlüğün reddi, insanoğlunun doğasının ihlali olacaktır[106].

Hem Anayasa Mahkemesinin ifade özgürlüğünü demokratik toplumun temel değeri kabul eden bireysel başvuru kararlarında hem de yukarıdaki konuşmada, bu makalenin konusu olan din kaynaklı bağnazlık ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışmaya ilişkin bir çözüm yoktur. Konuşmasında Arslan'ın Mevlana üzerinden geleneğe vurgu yaptığı, ifade özgürlüğünü ise, özellikle, ilk ve son cümlede Spinozacı karakteri içinde, ancak bunu devlet sorumluluğundan bireysel

[105] Bkz. Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/201 ; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128,7/7/2015 vb.

[106] Arslan, agy.

ahlaki sorumluluk düzeyine çekerek savunduğu, söylenebilir.

Spinoza'nın devlete pozitif yükümlülük olarak dini yaymayı değil, dini kısıtlamalar (din kaynaklı bağnazlık) karşısında ifade özgürlüğünü korumayı yüklediği açıktır. Söz konusu olan siyasal İslam ve politik projesinin ifade özgürlüğü üzerinde yarattığı sınırlayıcı etki olduğunda ise, Spinozacı bağlamdaki bir ifade özgürlüğü anlayışının da yeterli olmayacağı, söylenebilir. Balibar, Spinoza üzerine eserinin ikinci bölümünde, Spinoza düşüncesinde Hobbesçu bir Leviathan olarak beliren mutlak egemen devlet ile bu devletin yurttaşlarına mümkün olan en fazla düşünce ve ifade özgürlüğünü sağlaması gereği arasındaki çelişkiyi izler[107]. Spinozacı yazında, burada bir çelişkiden çok, diyalektik bir ilişki bulunduğu da ileri sürülmüştür[108]. Bunun argümanlarını Spinoza'nın eserinin sonunda buluyoruz. Spinoza'nın akıl yürütmesi şöyledir:

İlk olarak, siyasi bütün ya da egemen, insanın kafasına hükmedemez, bunu fiziken yapamaz, tabiri caizse beyin nakli yapamaz, bu nedenle, birinin inançlarını tamamen kontrol etmek kesinlikle imkânsızdır. Bir devlet, siyasi bütün bunu yapmaya kalkarsa, o kendi uyruklarına karşı şiddet uygulamış olur. Böyle bir şiddeti uygulayarak uyruklarını baskı altına alan rejimlerin var olabileceği düşünülse bile, bu olsa olsa "monarşik bir siyasi bütünde mümkün olacaktır; toplu olarak tüm halkın ya da halkın büyük çoğunluğunun elindeki demokratik siyasi bütünde değil…"[109]

İkinci olarak, düşünme, insanın doğal yeteneği ve hakkıdır. Bir siyasi bütün ya da egemen, kişiye, doğru ya da yanlış diye reddetmesi gereken şeyi ya da Tanrı'ya tapınmak için hangi fikirleri benimsemesi gerektiğini empoze etmeye kalktığında da yaptığı şey, kendi uyruklarına şiddet uygulamakla kalmaz, kişinin doğal hakkına müdahaleye, onu gaspa dönüşür. Bunun kişilerde isyanı körükleyeceği muhakkaktır.

Üçüncü olarak, devletin amacı, insanları akıllı varlıklardan hayvanlara ya da otomatlara dönüştürmek değildir, tersine, "insanların kinle, öfkeyle, hilekarca rekabete girmeden ve kötüniyetli bir çatışmaya sürüklenmeden, özgür aklı kullanmaları"dır, özgürlüktür.[110]

Son olarak, demokratik bir siyasi bütünde egemene devredilen şey, yargıda bulunmak ve akıl yürütmek değil, yalnızca ve yalnızca, içinde azınlığın karşı

[107] Balibar, age, s. 41.

[108] "İnsanlığın zaaf ve yanılgıları karşısında en ciddi eleştiriyi geliştirirken bile, Spinoza'nın ilahi ve beşeri, seçkinler ve halk, kutsal ve laik, özgürlük ve itaat, bilgi ve sevgi arasında kurduğu diyalektik, nihayetinde, insanın başkaları ile dayanışma içindeki, insanı insana Tanrı kılan, gücünün bir savunmasını oluşturur." Nancy K. Levene, *Spinoza's Revelation: Religion, Democracy, and Reason*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, s.297.

[109] Spinoza, age, s.284.

[110] Age, s.285.

oyunun da bulunduğu ortak karara uygun hareket etmektir. Herkes de böylece bu karara uyar, buradaki itaat, yargıda bulunmayı ve akıl yürütmeyi devretmediği için daha iyisini keşfettiklerinde bu kararları değiştirme otoritesini saklı tutmalarından doğar.

Balibar, burada Spinoza'ya sormakta haklıdır; egemen mutlak olduğuna göre ya ifade özgürlüğüne ilişkin sözünü tutmazsa? Gerçekten de, ifade özgülüğünü savunan bu argümanların iyice pragmatik olduğunu belirtmek gerekir; Spinoza, baskıcı yönetimin istikrarsızlığını göstermek için psikolojik ilkelere ve ampirik gözlemlere güvenir.

Balibar, *Spinoza ve Siyaset*'in Türkçe baskısına yazdığı Önsöz'de "Eşitlik ve özgürlük değerlerini toplumun ve bizzat vatandaşların kolektif pratikleri üzerinde temellendirme yolundaki en radikal girişimlerden biri olan Spinoza'nın siyaset felsefesine göre demokrasinin koşulları, gerek tarihin güçlerine, gerekse bilginin ve kamuya açık akılcı tartışmanın dönüştürücü gücüne dair seküler (*laik*, b.n.) bir anlayıştan ayrı düşünülemez"[111] demektedir.

Türkiye'de siyasal İslam akımının laiklikle olan uyuşmazlığı siyasi iktidarın da desteği ile ifade özgürlüğüne yönelik bir tehdide dönüşürse, Anayasa Mahkemesinin hali hazırda benimsediği ifade özgürlüğü korumasına ne olacaktır? Amin, radikaller denilen siyasal İslam akımıyla, daha ılımlı bir görüntü verme gayreti içinde olanlar arasındaki farkın önemsiz olduğunu, "her ikisinin de projesinin aynı olduğunu"[112] ileri sürmektedir. Haldun Gülalp'e göre de, ılımlı İslam ile radikal İslam ayrımı özgül bir siyasal konjonktürün ürünüdür ve günümüzde, böyle bir ayrım anlamsızdır: Artık, "laikliğin tek bir evrensel içerik taşıdığı, radikal de olsa ılımlı da olsa İslamcı siyasetin laikliğe aykırı olduğu, siyasal bir ilke olarak laikliğin korumayı amaçladığı toplumsal barışın İslamcı siyasete alan açmak yoluyla sağlanamayacağı açıkça görülmüş olmalıdır."[113]

Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin, tartıştığımız kararlarından sonra bilimsel, sanatsal ya da siyasal herhangi bir düşünce açıklaması ya da yaşam biçimi, siyasal İslam'ın politik projesi ile çatıştığında, siyasal İslam'ın politik projesine mi, laiklik ve demokrasiye mi bağlı kalacağı ifade özgürlüğü bakımından kritik önemde bir sorudur. Sadece *ahlaken sorumlu özneler olmamız,* ifade özgürlüğünün yeterli bir garantisi değildir. İfade özgürlüğünün somut garantisi hukuk devleti ve onun temel ilkesi olan anayasal laikliğe sahip çıkacak yargısal koruma mekanizmalarıdır.

111 Balibar, age., s.9.
112 Amin, age, s.69.
113 Gülalp, age, s.121.

KAYNAKÇA

Acar, Bülent Hayri. "Hafızoğullarının Laiklik Kuramı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016: 3053-3116.

Akal, Cemal Bali. "Kutsal Canavar", söyleşiyi yapan Lütfi Sunar, *Kimlik Bedenin Hapishanesidir* (II. Baskı) içinde, der. Reyda Ergün – Cemal Bali Akal, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.

Akal, Cemal Bali. *Varolma Direnci ve Özerklik: Bir Hak Kuramı için Spinoza'yla,* Dost, Ankara, 2016.

Akal, Cemal Bali ve Z. Efe Antalyalı, *Spinoza Hukukçuya Ne Söyler?*, Zoe, İstanbul, 2019.

Aluard, Alphonse. *Fransa İnkılâbının Siyasi Tarihi Cilt 1*, çev. Nazım Poroy, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2011.

Aliefendioğlu, Yılmaz. "Laiklik ve Laik Devlet", *Demokrasi ve Laiklik* içinde*,* der. İbrahim Kaboğlu, İmge, Ankara, 2001, ss.73-123.

Amin, Samir. *Modernite, Demokrasi ve Din,* çev. F. Başkaya, U. Günsür, G. Öztürk, Yordam, İstanbul, 2017.

Arslan, Zühtü. "İfade Özgürlüğü, Demokrasi ve Zorluklar", http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/etkinlikler/pdf/baskankonusma_16102015.pdf, indirilme tarihi: 15.05.2017.

Aysevener, Kubilay. "Bir İlerleme Tasarımı Olarak Tarih", Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, 2001, (41:1): 171-186.

Balibar, Étienne. *Spinoza ve Siyaset*, çev. Sanem Soyarslan, Otonom, İstanbul, 2016.

Başgil, Ali Fuat. *Din ve Laiklik*, Yağmur, İstanbul, 2009.

Başgil, Ali Fuat. "Din Hürriyeti: Türk Anayasasının 75. Maddesi Üzerinde Etüd", Medeni Hukuk Profesörü A. Samim Gönensoy'a Armağan, İstanbul, 1955, ss. 228-262.

Baubérot, Jean. *Dünyada Laiklik*, çev. Ertuğrul Cenk Gürcan, Dergah Yayınları, İstanbul, 2008.

Bıçak, Vahit. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Avrupa Komisyonu ve LDT ortak yayını, Ankara, 2002.

Bumin, Tülin. *Tartışılan Modernlik: Descartes ve Spinoza*, YKY, İstanbul, 2016.

Condorcet, Marquis de. *İnsan Zekasının İlerlemeleri Üzerine Tarihi Bir Tablo Taslağı II*, çev. Oğuz Peltek, M.E.B., İstanbul, 1990.

Çağrıcı, Mustafa. "Taassup", *İslam Ansiklopedisi, Cilt: 39* içinde ss.285-2869, TDV Yayınları, İstanbul, 2010.

Demir, Özge. *Zorunlu Din Dersi Bağlamında Türkiye'de Zorunlu Din Dersi ve Muafiyet Sistemi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018.

Doğru, Osman ve Atilla Nalbant. *İHAS: Açıklama ve Önemli Kararlar -Cilt II-*, Avrupa Konseyi ve Yargıtay Başkanlığı ortak yayını, http://www.insanhaklarihukuku.com/wp-content/uploads/2016/01/İHAS-Açıklama-ve-Önemli-Kararlar-cilt-2-Doğru-Nalbant.pdf, indirilme tarihi: 15.05.2017.

Duprat, Gerard. *Düşünce Özgürlüğü ve Hoşgörü*, çev. İsmail Yerguz, Dost, Ankara, 2013.

Ersan, Aykut. "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama", TBB Dergisi, 2014(111) : ss.77-106.

Eroğul, Cem. *Anatüzeye Giriş*, İmaj, Ankara, 2012.

Esen, Bülent Nuri. *Türk Anayasa Hukuku (II. Baskı)*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1971, s.67.

Gemalmaz, Mehmet Semih ve Haydar Burak Gemalmaz. *Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı,* Düşünce Suçu(!?)na Karşı Girişim, Yazıhane Yayınları, İstanbul, 2004.

Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin, Bursa, 2010.

Gözler, Kemal. "1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (Versiyon 4)", www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf (Konuluş Tarihi: 1 Haziran 2016).

Gözler, Kemal. "İslâm Hukukunun Değeri-2: Lâik Hukukun Kemirilmesi, İslâm Hukukunun Eleştirisi ve Savunulması", http://www.anayasa.gen.tr/islam-hukuku-2.htm, indirilme tarihi : 15/01/2020.

Gözübüyük, A. Şeref. *Anayasa Hukuku*, Turhan, Ankara, 1993.

Guerra, Luis Löpez. "Dine sövme ve hakaret fiilleri: Dini duyguların incitilmesi mi, özgürlüğe saldırı mı?", *İfade Özgürlüğü (Sir Nicolas Bratza'ya Armağan) içinde*, ss.285-295, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi Yayını, Ankara, 2012.

Günday, Metin. *İdare Hukuku (X. Baskı)*, İmaj Yayınları, Ankara, 2011.

Gülalp, Haldun. *Laiklik, Vatandaşlık, Demokrasi,* Metis, İstanbul, 2018.

Hafızoğulları, Zeki. "Laiklik Düşüncesi, Tanımı, Kapsamı, Sınırları ve Hukuk Düzenimizde Laiklik", Ankara Barosu Dergisi, 2003(1): 13-23.

Hafızoğulları, Zeki. *Laiklik, İnanç ve Düşünce Hürriyeti*, Us-A Yayıncılık, Ankara, 1997.

Kamber, Suat. *İfade Özgürlüğü*, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, http://buder.org.tr/Kutuphane/suatkamber.pdf, indirilme tarihi: 15.05.2017.

Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin, Ankara, 1993.

Kuru, Ahmet T. *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

Levene, Nancy K. *Spinoza's Revelation: Religion, Democracy, and Reason*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Macovei, Monica. *İfade Özgürlüğü: İHAS 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ifade_ozgurlugu.pdf, indirilme tarihi: 15.05.2017.

Mardin, Şerif. "Kollektif Bellek ve Meşruiyetlerin Çatışması", *Avrupa'da Etik, Din ve Laiklik* içinde, Metis Yayınları, İstanbul, 1995.

Mısır, Mustafa Bayram. "Meşrutiyetten Cumhuriyete: Kapitalizme Prusya Tipi Geçiş", 2002, Praksis (5): 217 – 255.

Mısır, Mustafa Bayram ve Ecehan Balta. *Modernizm, Postmodernizm ve Sol*, Öteki, Ankara, 1998.

Mısır, Mustafa Bayram. "Postmodernizm", *Kavram Sözlüğü* içinde, der. Fikret Başkaya, Özgür Üniversite, 2005.

Mısır, Mustafa Bayram. "Yargı Darbesi Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Not", Ankara Barosu Dergisi, 66 (3): 49-59.

Miş, Nebi ve Ali Aslan. "Erdoğan Siyaseti ve Kurucu Cumhurbaşkanlığı Misyonu", Analiz, Eylül 2014, Sayı:109, Seta Vakfı, http://file.setav.org/Files/Pdf/20140909181641_erdogan-siyaseti-ve-kurucu-cumhurbaskanligi-misyonu-pdf.pdf, indirilme tarihi: 15.05.2017.

Nadler, Steven. "Spinoza On Freedom, Toleration & Charlie Hebdo", http://www.thecritique.com/articles/spinoza-on-freedom-toleration-charlie-hebdo/ , indirilme tarihi: 15.07.2017.

Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt, III. Bası*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

Öndül, Hüsnü. "Türkiye'de İfade Özgürlüğü: Mevzuat ve Yargı Gözlem Raporu", http://www.dusun-think.net/dosya/rapor/ihop-ifade-ozgurlugu-raporu.pdf, indirilme tarihi: 15.05.2017.

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2000.

Özbudun, Ergun. "Laiklik ve Din Hürriyeti", *Demokratik Anayasa* içinde, der. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, ss.169-227, Metis, İstanbul, 2012.

Özbudun, Ergun. *Anayasa Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2014.

Parla, Taha. *Din Devlet Demokrasi*, Metis, İstanbul, 2017.

Özdalga, Elisabeth. *Modern Türkiye'de Örtünme Sorunu, Resmi Laiklik ve Popüler İslam*, Sarmal, İstanbul, 1998.

Savaş, Vural. *Militan Demokrasi*, Bilgi, Ankara, 2000.

Shageyan, Daryush. *Yaralı Bilinç*, çev. Haydun Bayrı, Metis, İstanbul, 2018.

Spinoza, Benedictus. *Teolojik-Politik İnceleme*, çev. Cemal Bali Akal ve Reyda Ergün, Dost, Ankara, 2012.

Tanilli, Server. *Devlet ve Demokrasi*, Say Yayınları, İstanbul, 1988.

Tanör, Bülent. "Laiklik, Cumhuriyet ve Demokrasi", *Demokrasi ve Laiklik* içinde, der. İbrahim Kaboğlu, İmge, Ankara, 2001, ss.23-34.

Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. *Türk Anayasa Hukuku (II. Baskı)*, YKY, İstanbul, 1993.

Timur, Taner. "Laiklik", *Siyaset Bilimi* içinde, der. Gökhan Atılgan ve E. Attila Aytekin, ss.141-156, Yordam, İstanbul, 2012.

Tunaya, Tarık Zafer. *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1968.

Walher, Manfred. "Kutsal Kitap'ın Otoritesi ve Devlet Mantığı: Teolojik-Politik İnceleme'de Spinoza'nın Din ve Siyaset İlişkisinin Barışlandırılmasına Yönelik Müdahalesi", *Spinoza Günleri Teolojik-Politik İnceleme Etrafında* içinde, der. Cemal Bali Akal ve Reyda Ergün, ss. 57-74, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.

Yazıcı, Serap. *Anayasa Hukuku I*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2014.

Yazıcı, Serap. *Anayasa Hukuku I*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2014.

YETKİ DEVRİ KURUMUNUN İDARE HUKUKU VE BÜTÇE HAKKI BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİ

Zeynep Müftüoğlu*

GİRİŞ

İdare hukuku anlamında yetki devri kısaca, Anayasa'da, kanunda veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile verilen yetkiyle donatılmış bir makamda bulunan kamu görevlisinin, bu yetkisini başka bir makama devretmesi olarak tanımlanabilir. Bütçe hakkı ise halkın kamu gelirleri ve kamu giderleri üzerinde söz sahibi olması ve bunları denetleyebilmesi şeklinde özetlenebilir. İlk bakışta biri idare hukukuna biri de mali hukuka ait bu kavramların aynı çalışmada bir araya gelmesi bağlantısızmış izlenimi verebilir fakat bütçe hakkı unsurlarının hayata geçirilme şekli kendi içinde birbirini takip eden devirler içerdiğinden, bu devirlerin idare hukuku anlamında yetki devrinden ayrıştırılmasında fayda bulunmaktadır.

Çalışmanın amacı idare hukuku anlamında yetki devri ve bütçe hakkı-bütçe yetkisi arasında ortak görünen noktaları ortaya çıkararak bunların esasına inmek ve aslında birbirinden çok farklı olan niteliklerine ışık tutmaktadır. Söz konusu amaca ulaşmak için çalışmada yetki devri ve bütçe hakkı-bütçe yetkisi arasında karşılaştırmalı bir yöntem benimsenmektedir. Anılan amaca ulaşmak için çalışmanın ilk kısmında idare hukuku anlamında yetki devrinin tanımı, unsurları, esasları ve kapsamı ortaya konmaktadır. Ardından bütçe hakkının tarihi gelişimi üzerinden aşamaları ve unsurları açıklanmaya çalışılmakta, bütçe hakkı-bütçe yetkisi farklılaşmasının nedeni ve içeriğinin ortaya çıkarılması hedeflenmektedir. Çalışmanın son kısmında ise bütçe hakkının hayata geçirilmesi ve bütçe yetkisi-

* Dr. Öğr. Üyesi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı, zeynep.muftuoglu@atilim.edu.tr

nin kullanılması sürecinde, yetki devri gibi anlaşılmaya açık hususlar ele alınarak bu kavramların birbirinden farklılaştığı noktalara ışık tutulmaya çalışılmakta, bütçe hakkı ve bütçe yetkisinin idare hukuku anlamında yetki devri karşısında hangi noktada durduğuna cevap aranmaktadır.

I. İdare Hukukunda Yetki Devri Kurumu

Bütçe hakkı kavramı ile ilişkili hususların, idare hukuku anlamında yetki devri kurumu ile karşılaştırılabilmesi için öncelikle bu yetki devrinin kapsam ve koşullarının ortaya konmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

A. İdare Hukukunda Yetki Devri Kavramı

İdare hukukunda, kural olarak, bir yetki sadece bu yetkinin verildiği kişi veya makam tarafından kullanılabilmektedir ve bu makamdaki kişinin, söz konusu yetkiyi şahsen kullanması gerekmektedir[1]. İdare hukukunun ilkeleri gereği, idari karar alma yetkisi Anayasa, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanmaktadır. Bu nedenle bir yetki ile donatılan bir makam veya görevlinin, bu yetkiyi devretmesi, yetkinin dayanağı olan Anayasa, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yetkiyi devreden makam veya görevli tarafından değiştirilmesi etkisinde olacaktır[2]. Fakat yetki devri (ve imza devri), bu durumun istisnasını oluşturmaktadır[3]. Anayasa Mahkemesi, idare hukuku anlamında yetki devrinin gerekliliğine *"... Bugünkü durumda, bakanlığın bütün işlemlerini Bakanın bizzat yapması olanağı bulunmadığından, kimi konulara ilişkin yetkilerini, sorumluluk kendi üzerinde, kalmak üzere emrinde çalışan yüksek memurlara kullandırması zorunluluğu bulunmaktadır"* şeklinde bir yaklaşımla bakmaktadır. Mahkeme aynı zamanda "*... Bakanlar Kurulu'nun toplantılarına katılmak, kararnameleri imzalamak, başka bir bakanlığa vekalet etmek, yönetmelik çıkarmak, atama yapmak, disiplin cezası vermek, Uyuşmazlık Mahkemesine başvurmak, idarî vesayet gibi önemli yetkiler devredilemez, ancak Bakan tarafından kullanılabilir. Bu ayrık konular dışındaki yetkiler ise kamu hukukunda yetki devri esaslarına göre Bakan tarafından devredilebilir"* şeklinde bir ayrım yapmaktadır. Böylelikle yetki devrinin hangi koşullarda gerçekleştirilmesinin uygun olacağına dair hüküm kurmaktadır[4]. Kısaca *"karar alma yetkisinin kişi ismi belirtmeksizin bir makam-*

---

1 Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, s. 859; Metin Günday, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2011, s. 140.

2 Günday, s. 140.

3 Age., s. 140; Gözler, s. 859. Ayrıca "yetki devri"nin "iktidar devri" ve "imza devri" kavramlarını içeren bir üst kavram olduğuna dair açıklama için bkz: Gözler, s. 859, 860.

4 "*…Anayasa'da, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatının yasayla düzenlenmesi öngörülmektedir. Yasa'da biçimi ve sınırları belirli bir yetki devri öngörüldüğüne göre, bunun Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığı açıktır. Yürütme görevini eylemli biçimde (fiilen) elinde bulunduran ve bakanlık örgütünün son hiyerarşik âmiri olan bir Bakanın, bakanlığına büro memuru, hizmetli gibi personeli atamasının Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır."* Anayasa Mahkemesi, 27.04.1993, E. 1992/37, K. 1993/18.

dan diğer bir makama devredilmesi[5]*"* olarak tanımlayabileceğimiz yetki devri, idari işlemin yetki unsuru ile ilgili bir durum olup, devir işleminin konusu karar alma yetkisinin devridir[6].

B. İdare Hukukunda Yetki Devrinin Koşulları

İdare hukukunda yetki devri kurumunun şartları ve özelliklerine bakılacak olursa, işin özü gereği, bu devrin ancak devredilecek yetkiye sahip makam tarafından yapılabileceği görülecektir. Ayrıca idare hukukunda yetki devri ancak aynı tüzel kişilik içindeki makamlar arasında yapılabilmektedir[7]. Bunun nedeni yine idare hukukunun doğasından gelmekte, idare hukukunda kararlar kamu görevlilerinin şahsına değil tüzel kişilik adına alındığından bir karar alınmasına dair yetkinin devrinin de yine aynı tüzel kişilik içinde yapılması gerekmektedir. Yetki devrinin aynı tüzel kişilik içinde yapılması gerekliliği, yetki devredecek ve devralacak kişilerin aynı hiyerarşik zincir içinde olmasını, yetkiyi devralan kişinin devredecek kişinin hiyerarşisine tabi olmasını da kapsamaktadır[8]. Fakat aynı hiyerarşik düzen içinde olmak ve devralanın, devredenin hiyerarşisine tabi olması yeterli olup *"yetki devredilecek görevliler için sınıf ve derece koşulu bulunmamaktadır*[9]*."*

Tüzel kişilik ve hiyerarşi koşulu sağlansa bile yetki devri ancak bu devre Anayasa, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile izin verilmiş olması halinde mümkündür. İdare hukukunda yetki kanunla verildiğinden, bunun devredilebilmesi için de yine kanunun açık izni gerekmektedir[10]. 6771 sayılı Türkiye

---

5 Gözler, s. 860.

6 Age., s. 861.

7 Genel kural bu şekilde olmakla birlikte 31.10.2006 tarih ve 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun Yetki Devri başlıklı 15. maddesinin iptali istemini de içeren iptal davasında Anayasa Mahkemesi, *"Bakanlığın hangi yetkilerini, kimlere, hangi süreyle devredebileceği"* hususlarının kanunda belirtilmiş olmasını yeterli görmüştür. Bu gerekçe ile Mahkeme, Kanun'da yer alan, Bakanlığın gerekli gördüğü hallerde Kanun'un 5-8. maddelerinde yer alan "*yetkilerini, kısmen veya tamamen Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebilir"* hükmünü Anayasa'ya uygun bularak iptal istemini reddetmiştir. Mahkeme'nin bu kararından sonra idare hukuku anlamında yetki devrinin ancak aynı tüzel kişilikte yer alan makamlar arasında yapılabileceği kuralının da esnediğini söylemek mümkündür. Anayasa Mahkemesi, 13.01.2011, E. 2007/2, K. 2011/13.

8 Gözler, s. 862- 864.

9 Şeref Gözübüyük; Turgut Tan, **İdare Hukuku**, C.I, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Turhan Kitabevi, 2010, s. 175.

10 Gözler, s. 866, 866. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin kanunda yetki devrine izin verilmiş olma koşulu için aradığı şartlar için bkz: *"İtiraz konusu kuralda 'Bakanlığın bu Kanun gereğince yerine getirmekle yükümlü olduğu görev ve yetkiler'den bahsedilerek, devredilebilecek görev ve yetkilerin hangileri olduğunun genel olarak gösterilmekle yetinildiği, Bakanlığın Kanun'dan doğan görev ve yetkilerinin hangilerini hangi makam veya merciye ne şekilde ve ne süreyle devredebileceğine ilişkin temel ilkelerin, sınırların ve kapsamının belirlenmediği, yürütme organının yetki devrine dair usul ve esasları belirlemede tam yetkili hale geldiği, bunun da idarenin görevlerinde belirsizlik, görevlendirme ve yetkilendirmede keyfilik gibi sonuçlara götürebileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, itiraz konusu kuralla Bakanlığa verilen yetkinin, yasamaya tanınmış ve devredilemez olan asli düzenleme yetkisinin devri niteliğini taşıdığı açıktır."* Anayasa Mahkemesi, 08.11.2012, E. 2021/27, K. 2012/173.

Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[11] (6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu) ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisinde geldiği nokta göz önüne alındığında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile verilen yetkinin devri durumuna da değinilmesi yerinde olacaktır. Mevcut durumda, yetkinin kanun ile verilmesi durumunda devrine ilişkin hükmün yine kanunla düzenlenmesi gerektiğini, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmü ile devrinin sağlanamayacağını söylemek gerekmektedir. Fakat bir yetkinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile verilmesi durumunda bu yetkinin devrinin kanun ile de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de düzenlenmesi mümkün olmaktadır.

Yetki devrine izin veren yasal dayanağın, bu devri sadece belli konular için sınırlaması durumunda ise devrin sadece izin verilen alan için mümkün olduğu ve fakat çizilen sınırın dışında kalan yetkilerin devrinin hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir[12]. Yetki devrinin ancak Anayasa, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile izin verilmesi halinde gerçekleştirilebilmesi kuralının, bu iznin sadece idari fonksiyon için verilebileceği şartı ile birlikte göz önünde tutulması gerekmektedir. Bunun anlamı, yetki devrinin sadece *"idari makamların idari fonksiyon alanında kalan görev ve yetkiler alanında"* yapılabilmesi, *"idari makamın yasama veya yargı ile ilgili görev ve yetkisi var ise bu idari makam bu görev ve yetkisini yetki devriyle kendi astlarına"* devredememesi gerektiğidir[13].

Yetki devrinin bir diğer koşulu ise yetki devredecek makamın tüm yetkilerini devredememesi, yetki devrinin ancak *"belirli ve sınırlı konularda[14]"* geçerli olmasıdır. Yetki devrinin, belirli konularla sınırlandırılmasının yanında yazılı şekilde ve yeterli açıklıkta, soru işareti ve belirsizliğe yer bırakmayacak doğrultuda yapılması zorunluluğu da bulunmaktadır[15]. Bu nedenle kanun, yetki devrine izin verse dahi söz konusu yetki devrinin yapıldığının kabul edilmesi için yetkisini devredecek makamın bu devre, idari işlemi ile izin vermesi aranmaktadır[16].

Yukarıda sayılan koşulların gerçekleşmesi halinde yetki devri yapılabilmekte, yetki devri ile karar alma yetkisi devredilmekte, yetkiyi devreden makamın, devir konusuna dair işlemlerde karar yetkisi kalmamaktadır. Buna paralel şekilde, devir işlemi gerçekleştikten sonra verilen kararlar, yetkiyi devralan kişinin kendi kararları olarak hüküm doğurmaktadır. Bunun anlamı, yetki devri ile so-

---

11 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G. 11.02.2017, S. 29976.

12 Gözler, s. 866, 872.

13 Age., s. 873.

14 Gözübüyük; Tan, s. 175. Ayrıca bu durumun neden olacağı "tam yetki devri" ve "makam ikamesi" açıklamaları için bkz: Gözler, s. 875.

15 Gözler, s. 876, 877.

16 Gözübüyük; Tan, s. 175.

rumluluğun da devredilmesi ve konusu karar alma olan bu devir ile birlikte alınacak kararlarda artık işlemin gerçek yapıcısının yetkiyi devralan olarak kabul edilmesidir[17]. Yetki devri, geçici nitelikte olup[18], yetki geri alınana kadar, asli yetkili makam tarafından kullanamamasına neden olur[19]. Bu nedenle yetki devri ve sorumluluk geçişi, devredilen yetkinin geri alınmasına kadar geçerli kalır.

C. İdare Hukukunda Yetki Devrinin Benzer Kavramlar İle Karşılaştırılması

İdare hukukunda yetki devri kurumu, yetki genişliği ile karıştırılabilmektedir. Yetki genişliği Anayasa Mahkemesi tarafından *"merkezi idarenin taşra teşkilatının başındaki amirlerin, merkezden emir ve talimat beklemeksizin, kendi başlarına merkez adına karar alabilme yetkileri[20]"* şeklinde tanımlanarak "*görevlerin bir bölümünün yürütülmesi için gerekli kararları almak ve uygulamak gibi kamu gücünden doğan yetkilerin, yasa ile, bir bölge ya da hizmetin başında bulunan memura tanınması yöntemi[21]"* olarak açıklanmaktadır. Bu tanımlardan da yola çıkarak yetki genişliği, *"merkezde toplanmış yetkilerin bir bölümünün, gene merkezin denetimi altında, merkezdeki ve taşradaki bazı yüksek görevlilere aktarılması[22]"* şeklinde özetlenebilir. Yetki genişliğinde de merkezi otoritenin yetkilerinin bazılarının alt makamlara aktarılması söz konusudur. Buna rağmen yetki genişliği, yetki devrinden temek birkaç noktada farklılaşmaktadır. Örneğin yetki genişliğinin kapsamı, yetki devri ile devredilebilecek hususlardan daha geniştir. Ayrıca yetki genişliği için anayasal ve yasal dayanak yeterli olup, ayrıca bir idari işleme ihtiyaç bulunmamaktadır. Bir başka farklılaşma ise yetki genişliği için sınıf ve derece koşulu bulunması yani yetki aktarımının üst düzey görevlilere gerçekleştirilebilmesidir[23]. Buradan yola çıkarak vurgulamak gerekir ki yetki genişliği Anayasa ile sadece valilere tanınmış bir yetki olup merkezi idareye ilişkin bir kavramdır.

Yetki devri, bir yandan da imza devri ile benzerlikler göstermektedir. İmza devri, *"karar alma yetkisinin ismen belirlenmiş bir kamu görevlisinden yine ismen belirlenmiş bir başka kamu görevlisine devredilmesidir ki, devreden görevli devri geri almaksızın devrettiği konuda istediği zaman karar alabilir[24]."* Yetki devri ile imza devrinin ortak noktalarını, konularının karar alma yetkisi olması, kanun ile (artık Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de) öngörülmesinin zorunlu olması ve

---

17 Gözler, s. 883, 886, 887.
18 Gözübüyük; Tan, s. 175.
19 Gözler, s. 860.
20 Anayasa Mahkemesi, 18.01.2007, E. 2005/32, K. 2007/3.
21 Anayasa Mahkemesi, 22.06.1988, E. 1987/18, K. 1988/23.
22 Gözübüyük; Tan, s. 174.
23 Age., s. 175.
24 Gözler, s. 860.

devrin yasaklanmamış olması, sınırlı konular için geçerli olmaları, geçerli olması için yeterli açıklık ve yazılılık aranması ve son olarak da ilgililere duyurulmalarının gerekmesi olarak listelemek mümkündür. Fakat imza devri yetki devrinden, bir makamdan makama değil, ismen belirli bir kamu görevlisinden ismen belirli bir kamu görevlisine devredilmeyi içerdiğinden aslında oldukça farklı bir niteliğe sahiptir. Aynı zamanda imza devrinde tarafların değişmesi devri sona erdirmekte, karar alma yetkisi terk edilmemekte ve hiyerarşik gücün ve işlemin gerçek sahibi hala devreden kamu görevlisi olarak kalmaktadır. Bu nedenle imza devrinde sorumluluk hem devreden hem devralan makama ait olmakta ve alt devir mümkün olmamaktadır[25]. Tüm bu sayılan gerekçelerle ortak noktaları olmasına rağmen yetki devri ve imza devri birbirinden birçok esaslı noktada ayrılmaktadır.

II. Bütçe Hakkının Unsurları Ve Hayata Geçirilmesi

Çalışmanın odak noktasında bulunan idare hukuku anlamında yetki devri ve bütçe hakkı karşılaştırmasının yapılabilmesi için yetki devri kurumunun ardından bütçe hakkının içeriği ile unsurlarının analiz edilmesi uygun olacaktır.

A. Bütçe Hakkı Kavramı

Bütçe günümüzde birçok işlev üstelenmekte, geleceğe dair bir plan, kaynak dağıtımı gereci, etkinliğin sağlanması aracı, ekonomik gelişmenin güvencesi, gelir dağıtımı mekanizması, politikaların kamu sektöründeki ifadesi niteliği taşımaktadır[26]. Bütçe, Feyzioğlu tarafından "*kamu gelirleri ve giderlerinin önceden verilmiş iznini kapsayan; devletin belli bir süre içindeki gelir ve giderlerini tahmini olarak belirleyen, gelirlerin toplanmasına, giderlerin yapılmasına izin veren bir tasarruf[27]"* olarak aktarılmaktadır. Erginay tarafından, *"devletin ve kamu tüzel kişilerinin belli bir dönemi kapsayan gelir ve gider tahminleri"* olarak tanımlanmakta, *"bu gelir gider tahminlerinin uygulanmasına izin veren bir hukuki tasarruf"* olarak belirtilmektedir[28]. Bulutoğlu, bütçeyi *"kamu hizmeti sipariş listesi[29]"* ve kamu hizmetlerinin *"yakıtı[30]"* olarak nitelendirmekte, Gürsoy ise *"bütçe mali imkanları gösteren bir mali vesika[31]"* olarak görmektedir.

---

25 Age., s. 889; Günday, s. 140, 141.

26 Overseas Development Institute (ODI), "**Why Budgets Matter: The New Agenda of Public Expenditure Management**", ODI Briefing Paper, May 2004, s. 2, https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/2023.pdf (E.T. 15.04.2019).

27 Allix, Ergard, **Traité elémentaire de Sicence des Finances et de Législation Financiére Finançaise**, 6. Bası, Paris, 1931; René Stourm, Le budget, 6. Bası, Paris, 1909, s. 4. (Aktaran: Bedi Necmeddin, Feyzioğlu, **Nazari Tatbiki Mukayeseli Bütçe**, Fakülteler Matbaası, 1984, s. 13).

28 Akif Erginay, **Kamu Maliyesi**, 18. Baskı, Savaş Yayınları, 2010, s. 8; Feyzioğlu, s. 14.

29 Kenan Bulutoğlu, **Kamu Ekonomisine Giriş**, 7. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2008, s. 77.

30 Kenan Bulutoğlu, **Kamu Bütçesi Kamu Harcamaları Kamu Borçları**, Batı Türkeli Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 11.

31 Bedri Gürsoy, "1876 Anayasasının Mali Hükümleri", **Prof. Dr. Hakkı Sur'un Anısına Armağan,** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1983, s. 181.

Bütçe hakkı ise bütçe kavramının günümüz anlamı ile kullanılmaya başladığı zamandan yüzyıllar öncesine dayanmakta ve özetle, devletin toplayacağı kamu gelirleri ve gerçekleştireceği kamu harcamaları üzerinde ve bunların denetiminde halkın söz sahibi olması anlamına gelmektedir. Bütçe hakkı, Sayar ve Gürsoy'un tanımlarından yola çıkarak, vergi ve benzeri kaynaklardan elde edilen gelirler aracılığı ile gerçekleştirilecek kamu harcamalarının cins ve miktarını belirleme ve onaylama hakkı olarak da açıklanabilir[32]. Bütçe hakkı, Edizdoğan ve Çetinkaya'nın tanımlamasından yola çıkarak ise toplumsal ihtiyaç olarak belirlenen ihtiyaçların hayata geçirilmesinde toplanacak kamu gelirlerinin ne cins ve nasıl olacağı ile bu geliri kimin, nasıl, ne zaman kullanacağı sorunu olarak da gösterilebilir[33].

B. Bütçe Hakkının Gelişimi ve Unsurları

Bütçe hakkının, demokrasi ile yaşıt olduğunu ve hatta demokrasinin beşiği olduğunu söylemek de mümkündür[34]. Bu hakkın temelleri, 13. yüzyılda İngiltere'de atılmış, kral ve halk arasında 1215 yılında Büyük Hürriyet Fermanı'nın[35] (Büyük Ferman[36]-Magna Carta Libertatum) imzalanması ile kralın yetkileri, soyluların ve din adamlarının lehine sınırlandırılmıştır. Magna Carta ile temsili demokrasi doğmuş, tarihte parlamentoların kazandığı ilk yetki vergilendirme yetkisi olmuştur[37]. Böylelikle halkın kamu gelirleri üzerinde söz sahibi olmasının ilk temelleri atılmıştır. Ardından, 17. yüzyılda, parlamentonun, kralın savaşta kullanılmak üzere talep ettiği vergi yetkisine bu gelirin sadece savaş için kullanılması şartı getirmesi ile halkın kamu harcamaları üzerinde söz sahibi olması da sağlanmıştır[38]. Bütçe hakkının ilk iki unsuru olan halkın kamu gelirleri ve giderleri üzerinde söz sahibi olması ancak bu gelir ve giderlerin parlamentolar tarafından denetlenebilmesi ile mümkün olabilmektedir. Söz konusu hakkın doğumundan sonra aradan geçen yüzyıllarda halkın gelişen demokrasi bilinci toplanan gelir ve gerçekleştirilen harcamalar üzerinde denetim yapılması gerekliliğine dair taleplerin doğmasını sağlamış, yine 17. yüzyılda parlamentoya gelir ve giderleri her sene tekrar görüşüp onama hakkı tanınmasıyla bütçe hakkının son aşaması da tamamlanmıştır[39].

---

32 Nihad Sayar, **Amme Maliyesi Devlet Bütçe Prensipleri ve Tatbikatı**, C. I, Sermet Matbaası, 1954, s. 17; Gürsoy, "**1876 Anayasası**", s. 181.

33 Edizdoğan, Nihat; Çetinkaya, Özhan; **Kamu Bütçesi**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 7. Baskı, Bursa, 2016, s. 21.

34 Bulutoğlu, **Kamu Bütçesi Kamu Harcamaları Kamu Borçları**, s. 75.

35 Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, C. I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Haziran 2011, s. 746.

36 Gürsoy, s. 57.

37 Inter-Parliamentary Union, **Parliaments**, Casell and Company Ltd. London, 1962, s. 203; Maddicott, s. 166.

38 Gürsoy, s. 59.

39 Adam Przeworski; Tamar Asadurian; Anjali Thomas Bohlken, "The Origins of Parliamentary Responsibility", **Comparative Constitutional Design**, Ed. Tom Ginsburg, Cambridge University Press, 2012, s. 105, 106; Edizdoğan; Çetinkaya, s. 20, 21; Feyzioğlu, s. 19; Sayar, s. 20, 21; Paul Silk, **Financial**

İngiltere'de yaşanan gelişmeler 18. yüzyıldan itibaren Fransa, Almanya gibi ülkelerde etkisini göstererek Kıta Avrupası'na yayılmış, ardından da Amerika'ya sıçrayarak zamanla tüm dünyayı etkisi altına almış ve günümüzde adeta demokrasinin göstergelerinden biri haline gelmiştir.

Ülkemiz, bütçe hakkının oluşması ve tam anlamıyla benimsenmesi bakımından oldukça geriden gelmektedir. Süreci Osmanlı Devleti'nden başlatmak mümkün olmakla birlikte, o dönemde atılan adımlar gerçek anlamda bir bütçe hakkından bahsedilmesi için yeterli olmayıp, ülkemizde bütçe hakkının sağlandığından bahsedilebilmesi için Cumhuriyet'in ilanının beklenmesi gerekmiştir. 1924 Anayasası'nın hükümleri bütçe hakkının "tam ve sarih" ifadeleri şeklinde nitelendirilmekte, bu Anayasa bütçe hakkına en geniş, gelişmiş ve açık biçimde yer verdiği şeklinde yorumlanmıştır[40]. Keza 1961 Anayasası da bütçe hakkını en açık şekilde ifade eden ve gereklerini, en modern şekli ile tespit ve ifade eden bir anayasa olarak yorumlanmaktadır[41]. 1982 Anayasası ise bütçe hakkının varlığından bahsedilebilmesi için gereken aşamaları içerir görünmekle birlikte bu aşamaların hayata geçirilmesi için ihtiyaç duyulan araçların niteliğinde ve uygulanmasında sorunlar yaşanmaktadır.

Tarihi gelişimine bakıldığında bütçe hakkı, halkın kamu maliyesini kontrol etme talebi ve ihtiyacından doğmuş ve bu ihtiyaç, günümüzde temsili demokrasinin hayata geçirilmesinde en etkili ve önemli araçlardan biri olarak görülen parlamentoların oluşmasını sağlamıştır[42]. Özünde halka ait olan bütçe hakkı, halkın seçtiği temsilciler aracılığı ile parlamentolarda kullanılmaktadır. Parlamentolar, kullandıkları bu bütçe yetkisi ile bütçeyi onaylamakta, içeriğine izin vermektedirler. Bu izin, hangi kamu harcamalarının yapılacağını, hangi gelirlerin toplanacağını, ne kadar borçlanma yapılacağını kapsamaktadır. Bu nedenle, bütçe hakkının halka ait olduğunu ve fakat seçilen temsilciler aracılığı kullanımının halk tarafından parlamentolara devredildiğini ve parlamentoların bütçe yetkisini kullandığını söylemek mümkündür[43].

III. İdare Hukuku Anlamında Yetki Devri Ve Bütçe Hakkı Devir Mekanizmalarının Karşılaştırılması

Bütçe hakkının hayata geçirilme şeklinin idare hukuku anlamında bir yetki devrine meydan verip vermediği tartışmasında, hakkın hayata geçirilmesi sürecini iki farklı noktadan ayrı ayrı ele almakta fayda bulunmaktadır. Bunlardan ilki,

Control and Accountability, How Parliament Works, 4th Edition, Longman, 1993, s. 161.

40 Edizdoğan; Çetinkaya, s. 26; Feyzioğlu, s. 32; Gürsoy, s. 93.

41 Feyzioğlu, s. 33; Gürsoy, s. 64.

42 Nami Çağan, "Anayasa Çerçevesinde Kamu Maliyesinin Parlamenter Kontrolü", **Anayasa Yargısı Dergisi,** S. 1, C. II, Ankara, 1985, s. 199.

43 Nami Çağan, "Modern Bütçe Sürecinde Parlamentonun Rolü", **Bütçe Sürecinde Parlamentonun Değişen Rolü Uluslararası Sempozyum Bildiriler ve Makaleler**, 8-9 Ekim 2008, TBMM Basım Evi, 2009, s. 183.

halkın kendisine ait olan bütçe hakkını, temsilciler aracılığı ile parlamentoya devretmesinin niteliği, ikincisi ise parlamentonun bu devir ile kullanmaya başladığı bütçe yetkisine dayanarak yürütme organına gelecek yıl için kamu geliri toplama ve kamu harcaması gerçekleştirme onayı verme aşamasıdır.

A. Bütçe Hakkında Halk ve Parlamento Arasında Gerçekleşen Devrin İdare Hukuku Anlamında Yetki Devri ile Karşılaştırılması

Bütçe hakkı, doğası ve sahip olduğu unsurları gereği, kişilerin doğrudan kullanabilmesi bakımından fiziki ve demografik zorluklar barındırmaktadır. Her bir kişinin, ülkede toplanacak her bir gelir ve gerçekleştirilecek her bir harcama üzerinde birebir söz sahibi olması ve ardından bunları denetlemesi nüfus, teknik bilgi, siyasi hayatın doğası, böyle bir katılımın fiziki yetersizlikler bakımından imkansızlığı gibi her biri ayrı ayrı tartışılabilecek ve sayısı artırılabilecek birçok zorluk ve hatta imkansızlık barındırmaktadır. Bu nedenle bütçe hakkı, günümüzde yükselen bir değer olan katılımcılık ilkesinin ve bu ilkenin hayat geçirilmesi için oluşturulan araçların gittikçe büyüyen bir önem kazanmasına rağmen, neredeyse tüm ülkelerde parlamentolar aracılığı ile yerine getirilmektedir. Bu süreçte halk, seçimler aracılığı ile kendilerine yakın gördükleri görüşe oy vererek temsilcilerinin parlamentoda yer almasını sağlamakta, görüşleri temsilciler aracılığı ile parlamentoda ses bulmaktadır. Halk, özünde kendine ait olan bu hakkı temsilciler aracılığı ile parlamentolara devretmekte, söz konusu hak temsilciler aracılığı ile kullanılmakta ve parlamentoda somutlaşmaktadır. Seçimler aracılığı ile temsilcilere devredilen bu hak sayesinde parlamento bütçe yetkisi kullanmaktadır. İşleyen bu mekanizmada halkın kendisine ait olan bütçe hakkını, parlamentolara devretmesi, özünde bir devir işlemi olmakla birlikte içeriği açığından idare hukuku anlamında bir yetki devrinden tamamen farklı bir özellik göstermektedir.

İdare hukuku anlamı ile yetki devrinde ve bütçe hakkının halktan parlamentoya devrinde karar alma yetkisinin devri ortak nokta gibi görünmektedir. Halbuki yetki devrinde, yürütme organı içinde aynı tüzel kişiliğe ve hiyerarşik zincire tabi iki makam arasında olma koşulu bulunmaktadır. Bütçe hakkında ise hakkın halktan parlamentoya devredilmesi bu iki devrin niteliğinin tamamen farklı olduğunu ortaya koymaktadır. Aynı şekilde yetki devri için kanunla izin verilmiş olma, yazılılık ve yasaklanmama aranmaktadır. Halbuki bütçe hakkının parlamentoya devri için kanunla izin verilmesi gibi bir şartın aranması söz konusu değildir. Bir başka farklılık da, yetki devrinde devir gerçekleşmekle devreden makamın karar alma yetkisini terk etmesi durumudur. Bütçe hakkında böyle bir terk söz konusu değildir. Halkın kendisine ait olan bütçe hakkını temsilciler aracılığı ile parlamentoya devretmesinin, bu hakkı kullanmaktan vazgeçme niteliğinde değildir. Bilakis halk, gelişen demokrasi bilinci, artan doğrudan katılım

araçları ve yükselen katılımcılık ilkesi sayesinde haklarını kullanmaya devam edebilmektedir. Değinilebilecek son bir farklılık da idare hukuku anlamında yetki devrinde işlemin gerçek sahibi devralan makamdır. Bütçe hakkında ise halk bu hakkı parlamentoya devretse dahi, halkın bu hakkın gerçek sahibi olması durumu değişmemektedir. Özetle, görüleceği üzere, bütçe hakkına sahip olan halkın bu hakkı parlamentoya devretmesindeki devir, idare hukuku anlamında bir yetki devri olmaktan çok uzaktır.

B. Bütçe Hakkında Yasama Organının Yürütme Organına Verdiği İzin ve Onayın İdare Hukuku Anlamında Yetki Devri ile Karşılaştırılması

Bütçe hakkının hayata geçirilme şeklinin idare hukuku anlamında bir yetki devrine meydan verip vermediği tartışmasında değinilebilecek ikinci nokta da bütçe yetkisi kullanmakta olan parlamentonun, yürütme organına kamu gelirlerinin toplanması için verdiği iznin, kamu harcamalarının gerçekleştirilmesi için verdiği onay sürecinin bir yetki devri niteliğinde olup olamayacağıdır. Özellikle sosyal devlet ilkesinin doğması ile devletin ekonomik hayatta üstlendiği roller hızla artmış, devlet sosyal nitelik kazanmıştır. Devletin kazandığı bu yeni nitelik, ekonomiye etkin ve zamanında müdahale zorunluluğu doğurmuştur[44]. Bu ihtiyaçlar, yasama ve yürütme organı arasında mevcut güçler ayrılığı dengesini yürütme organı lehine bozmuştur[45].

Dengelerin değiştiği süreçte, özellikle 19. yüzyılın başından bu yana parlamentolar, yürütme organı ile arasındaki ilişkinin ve kuvvetler ayrılığının uygun şekilde dengeye oturtulamadığı[46]; 20. yüzyıl ortalarından bu yana ise tarihi görev ve amacını yerine getirmesinde başarısız olduğu[47] gerekçesi ile eleştirilmektedir. Bu eleştiri, parlamentoların artık sadece "kamu gücünü kullanan siyasal iktidara meşruiyet zemini hazırlayan bir araç[48]" olarak işlev gördüğü şeklinde de dile getirilmektedir. Getirilen bu eleştiriler günümüzde bir "temsili demokrasi krizi"

---

44 Nami Çağan, "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, C. 37, 1980, s. 134.

45 Erdoğan Teziç, "Batı Demokrasilerinde 'Yürütme'nin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi", **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi,** Y. 1, s. 2, Ağustos 1980, s. 91, 94; Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), 1993, s. 285, 286.

46 Christoph Möller, **The Three Branches, A Comparative Model of Seperation of Powers**, Oxford University Press, 2012, s. 110. Bir hukuk devletinde yasama ve yürütme arasında kuvvetler bölüşümünün olması gereken durum ile geldiği durum karşılaştırması için bkz: Daniel H. Levine, "Rule of Law, Power Distribution and the Problem of Faction in Conflict Interventions", **The Rule of Law in Comparative Perspective**, Ed. Mortimer Sellers, Tadeusz Tomaszewski, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justie No:3, Springer, 2010, ss. 147-175.

47 Jean Blondel, **Comparative Government, An Introduction**, 2nd Edition, Prentice Hall, 1995, s. 250, 251; Rodney Brzier, **Constitutional Reform**, Clarendon Press, 1991, s. 38-65; Martin Loughlin, **Foundation of Public Law,** Oxford Univesity Press, 2012, s. 452-456; Rogers; Walters, s. 363-365.

48 Hakan Yılmaz; Mustafa Biçer, "Başkanlık ve Parlamenter Hükümet Sistemlerinde Bütçe Sürecinde Hesap Verebilirlik: Anayasa Değişikliği ile Türkiye'de Öngörülen Yeni Yapı", Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Kamu Yönetiminde Değişim, Ed. Yüksek Demirkaya, Hiper Yayın, 2018, s. 383.

yaşandığı şeklinde yorumlanmakta, söz konusu olumsuzluklar parlamentoların kullanmakta olduğu mali yetkilere de sirayet etmektedir.

Organlar arasında meydana gelen denge değişikliğinin mali yetkilere yansımasında ilk etkilerden biri vergilendirme yetkisinde gözlemlenmiştir. Vergilendirme yetkisi, devletin ekonomik hayata müdahale araçlarının başında geldiğinden, hızlı karar alma ihtiyacı karşısında yürütme organına birtakım yetkiler tanınmaya başlanmıştır. Birçok devlet, anayasalara konan hükümler aracılığı ile vergilendirme yetkisini, belirli düzeylerde, yürütme organına devri düzenlenmiştir[49]. Ülkemizde de 1961 Anayasası'nın 61. maddesine 1971 yılında eklenen fıkrada, 94 ve 126. maddelerde yürütme organına vergilendirme yetkisi konusunda bir yetki devri gerçekleştirildiği görülmektedir. Aynı şekilde 1982 Anayasası'nın Vergi Ödevi başlıklı 73. maddesinde, Piyasaların Denetimi Ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi başlıklı 167. maddesinde yürütme organına yetki tanınmaktadır. Mali yetkilerde yaşanan denge değişikliği yasama organından yürütme organına kayan bir değişiklik olduğundan teknik olarak idare hukuku anlamında bir yetki devrine meydan vermemektedir.

Ekonomik ve sosyal hayatın gereklerine ve hızına uyum sağlamak için mali yetkilerin kullanımında yürütme organına, üst paragrafta da verilen örneklerde olduğu gibi, sınırları Anayasa ve yasalarla çizilen aktarımlar olmakla birlikte, yasama organının kullandığı bütçe yetkisi bakımından bir devir söz konusu değildir. Bütçe yetkisinin kullanımında parlamento yürütme organı tarafından kendisine sunulan gelecek yıla dair tahminleri içeren gelir-gider tekliflerini incelemektedir. Bu tekliflerin kabul edilmesi, parlamentonun yürütme organına, gelecek mali yılda, tahminde yer alan kamu gelirlerini toplaması için izin ve kamu harcamalarını gerçekleştirmesi için onay vermesi anlamına gelmektedir. Yasama organının, gelir ve giderlere dair izin ve onayı her yıl bütçe kanunu ile veriyor olması, yetki devrindeki kanunla öngörülme şartı ile benzerlik taşıyor gibi görünebilir. Halbuki yetki devrinde devrin kanun ile öngörülmüş olması, bu devrin gerçekleştirilebilmesi için zorunlu koşuldur. Bütçe yetkisinin içinde bulundurduğu izin ve onay ise bütçe hakkının amacına ulaşabilmesi ve anlam ifade edebilmesi için ihtiyaç duyulan yıllık olma ilkesinden kaynaklanmaktadır. Bütçe kanunu ile gelir ve giderlere dair izin ve onayın her yıl yeniden aranması yasama organının yürütme organını sınırlandırmasının ve denetlemesinin bir aracıdır. Bu açıklamadan da görülebileceği üzere bütçe yetkisi ile verilen izin ve onay, idare hukuku anlamındaki gibi bir 'karar alma yetkisinin terki' niteliği de taşımamaktadır ve hatta böyle bir nitelik taşımaması gerekmektedir.

Parlamentonun yürütme organına verdiği izin ve onay, yürütme organının

[49] Çağan, "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", s. 134.

hareket alanının kapsamını belirliyor olmakla birlikte bu sınırlama yetki devri anlamındaki devir niteliğinde olmayıp, yasama organının yürütme organı karşısında konumundan kaynaklanmaktadır. Kaldı ki zaten 1982 Anayasası'nın Türkiye Büyük Millet Meclisinin Görev ve Yetkileri başlıklı 87. maddesinde "*bütçe ve kesin hesap kanun tekliflerini görüşmek ve kabul etmek",* TBMM'nin *"kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak*" görev ve yetkisine ek olarak tekrar ayrıca yer almaktadır. Bu maddenin varlığı karşısında, bütçe yetkisinin yasama organı tarafından kullanılan bir yetki olduğunu ve nitelik olarak yürütme organına devredilmeye açık bir yetki olmadığını söylemek gerekmektedir.

C. Bir Önceki Yılın Bütçesinin Yeniden Değerleme Oranına Göre Artırılarak Uygulanacağı Bütçenin İdare Hukuku Anlamında Yetki Devri ile Karşılaştırılması

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasa'nın 161. maddesine eklenen yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerleme oranına göre artırılarak uygulanacağı bütçe türüne de değinmekte fayda bulunmaktadır. Söz konusu bütçenin hukuki niteliğine dair soru işaretleri bulunduğundan, bu düzenleme, yasama ve yürütme organı arasındaki denge ve yetki açısından özellik arz etmektedir.

Anayasa'nın Bütçe ve Kesinhesap başlıklı 161. maddesinde olağan mali yıl bütçesi ve geçici bütçe, 'kanun' olarak kaleme alınmakta ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu[50]'nda da bu iki bütçe türünden 'kanun' olarak bahsedilmektedir. 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile getirilen yeniden değerleme oranına göre artırılarak uygulanacak bütçe hakkında ise hiçbir ibareye yer verilmemektedir. Olması gereken bakımından ele alındığında Anayasa'ya eklenen bu bütçe türünün kanun niteliğinde olması gerektiği tartışmasızdır. Bu durum, söz konusu bütçenin yasama sürecinden geçmeden bir yürütme organı işlemi ile mi yapılacağı şeklinde düşüncelere yol açmaktadır. Bütçenin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya cumhurbaşkanı kararı gibi işlemlerle uygulamaya alınması ihtimali taşımaktadır. Anayasa'ya eklenen bu üçüncü bütçe uygulamasına dair birçok tartışmalı nokta bulunmakla birlikte[51] hukuki niteliğinin kanun olmaması ihtimali bile tek başına bütçe hakkı bakımından oldukça sakıncalı sonuçlara yol açabilecek durumdadır[52].

---

50 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, R.G. 24.12.2003. S. 25326.

51 Ayrıntılı bilgi için bkz: Zeynep Müftüoğlu,"1982 Anayasasının 161. Maddesinde Öngörülen "Bir Önceki Yılın Bütçesinin Yeniden Değerleme Oranına Göre Artırılarak Uygulanacağı Bütçe" Türünün Hukuki Niteliği Üzerine Değerlendirme", **Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan**, Atılım Üniversitesi Yayınları No: 63, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 1, Ankara, 2020, ss. 405-427, https://www.atilim.edu.tr/tr/law/page/3548/yayinlar (E.T. 25.06.2020).

52 Ayrıntılı bilgi için bkz: Zeynep Müftüoğlu, "1982 Anayasası'nın 161. Maddesinde Yer Alan Bütçe Uygulamalarının Bütçe Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi", **IX. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu Bildiriler Kitabı,** Atılım Üniversitesi Yayınları No: 64, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 2,

Anayasa'nın 161. maddesinde 'Geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerleme oranına göre artırılarak uygulanır" düzenlemesini, bu bütçe türünün yürütme organı işlemi ile yapılacak olması ihtimali üzerinden değerlendirmeye ihtiyaç bulunmaktadır. Bütçe hakkının kendi içinde halktan parlamentoya gerçekleşen devir aşamasının ortadan kalkacağını söylemek mümkündür. Yasama organının yürütme organına her sene kamu gelirlerinin toplanması için verdiği izin ve kamu harcamalarını gerçekleştirmesi için verdiği onay aşaması da söz konusu olmayacaktır. Bu durumda karşımıza Cumhurbaşkanı'nın, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya cumhurbaşkanı kararı ile bütçe düzenlemesi durumunda idare hukuku anlamında bir yetki devri mi olacağı sorusu çıkmaktadır.

İdare hukuku anlamında bir yetki devri olabilmesi Anayasa, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden kaynaklanabilmektedir. Cumhurbaşkanının, söz konusu bütçenin uygulanması konusunda kullandığı yetki Anayasa'dan kaynaklanmakla birlikte, bu yetkinin de teknik anlamda bir yetki devri olduğundan bahsedilemeyecektir. Çalışmanın ilk bölümünde de ele alındığı üzere idare hukuku anlamında bir yetki devrinin varlığından söz edilebilmesi için bu devrin aynı tüzel kişilik içindeki makamlar arasında yapılıyor olması gerekmektedir. Bu gereklilik, yetki devredecek ve devralacak kişilerin aynı hiyerarşik zincir içinde olmasını kapsamaktadır. Anayasa ile yürütme organına bütçe hakkında verilen yetki, aynı tüzel kişilik ve hiyerarşik zincir içinde bir devir içermemektedir. İdare hukukunda yetki devrinden bahsedilebilmesi için aranan koşullardan, bu devrin sadece idari fonksiyon için verilebileceği şartı da söz konusu bütçe yetkisinde bulunmamaktadır. Burada idari fonksiyon içinde bir devir değil, yasama organı tarafından yerine getirilmesi gereken bir izin ve onay aşamasının atlanarak, yürütme organının doğrudan işlem kurması durumu doğmaktadır. Dolayısı ile idare hukuku anlamında yetki devrinin sadece idari makamların idari fonksiyon alanında kalan görev ve yetkiler alanında yapılabilmesi koşulu da burada bulunmamaktadır. Çalışmada sıklıkla tekrarlandığı üzere, parlamento tarafından kullanılan bütçe yetkisi, halka ait olan bütçe hakkının kullanılabilmesi için seçimler aracılığı ile bu hakkın parlamentoya devredilmesinden doğmaktadır. Anılan nedenle parlamentonun kullanmakta olduğu bütçe yetkisinin niteliği yasama organının bir fonksiyonu olup içeriği, idare hukuku anlamında yetki devri ile devredilmeye açık bir yetki değildir. Söz konusu bütçe uygulaması idare hukuku anlamında yetki devri olmayıp bütçe hakkı bakımından sakıncalı bir düzenleme olarak varlık göstermektedir.

Ankara, 2020, ss. 89-108 https://www.atilim.edu.tr/tr/law/page/3548/yayinlar (E.T. 25.06.2020).

SONUÇ

Çalışmada idare hukuku anlamında yetki devri kurumu ile bütçe hakkı kavramı ile hakkın hayata geçirilmesi mekanizmasında oluşan bütçe yetkisi kavramları incelenmiştir. Bu inceleme sırasında bütçe hakkı, parlamentoya devri ve parlamentonun yürütme organına izin ve yetki vermesi aşamaları bakımından iki farklı aşamada analiz edilmiştir. Yapılan analizde yapılan karşılaştırmalarda görüleceği üzere bütçe hakkının gerçek sahibi olan halktan parlamentoya devredilmesi idare hukuku anlamında yetki devrinden farklı özellikler taşımaktadır. Aynı şekilde yasama organının, yürütme organına gelecek yılda kamu gelirlerini toplama izni ve kamu harcamalarını gerçekleştirme onayı vermesi de idare hukuku anlamında yetki devrinden nitelik olarak farklıdır. Bütçe hakkı ve bütçe yetkisi mekanizmalarında bulunan devir, ilkinde halkın yasama organına devri, ikincisinde yasama organının yürütme organına izin ve onay vermesi şeklindedir. Çalışmada son olarak incelen nokta ise Anayasa'nın 161. maddesinde yer alan bir önceki yılın bütçesinin yeniden değerleme oranına göre artırılarak uygulanacağı bütçe olup, idare hukuku anlamında yetki devrine meydan vermemekte, geleneksel bütçe hakkı-bütçe yetki unsurlarını zedeleyici özellikler taşımaktadır.

KAYNAKLAR

Blondel, Jean, Comparative Government, An Introduction, 2nd Edition, Prentice Hall, 1995.

Brzier, Rodney, Constitutional Reform, Clarendon Press, 1991.

Bulutoğlu, Kenan, Kamu Ekonomisine Giriş, 7. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2008.

Bulutoğlu, Kenan, Kamu Bütçesi Kamu Harcamaları Kamu Borçları, Batı Türkeli Yayıncılık, İstanbul, 2004.

Çağan, Nami, "Modern Bütçe Sürecinde Parlamentonun Rolü", Bütçe Sürecinde Parlamentonun Değişen Rolü Uluslararası Sempozyum Bildiriler ve Makaleler, 8-9 Ekim 2008, TBMM Basım Evi, 2009.

Çağan, Nami, "Anayasa Çerçevesinde Kamu Maliyesinin Parlamenter Kontrolü", Anayasa Yargısı Dergisi, S. 1, C. II, 1985, ss. 199-224.

Çağan, Nami, "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, C. 37, 1980, ss. 129-151.

Edizdoğan, Nihat; Çetinkaya, Özhan; Kamu Bütçesi, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 7. Baskı, 2016.

Erginay, Akif, "Anayasamızın Mali Hükümleri", Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, S. 9, 2012, ss. 19-28,

Erginay, Akif, Kamu Maliyesi, 18. Baskı, Savaş Yayınları, 2010.

Feyzioğlu, Bedi Necmeddin, Nazari Tatbiki Mukayeseli Bütçe, Fakülteler Matbaası, 1984.

Gözler, Kemal, İdare Hukuku, C. I, Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.

Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Haziran 2011.

Gözübüyük, Şeref; Tan, Turgut, İdare Hukuku, C.I, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Turhan Kitabevi, 2010.

Günday, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2011.

Gürsoy, Bedri,"1876 Anayasasının Mali Hükümleri", Prof. Dr. Hakkı Sur'u Anısına Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1983, ss. 159-197.

Inter-Parliamentary Union, Parliaments, Casell and Company Ltd., 1962.

Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), 1993.

Loughlin, Martin, Foundations of Public Law, Oxford Univesity Press, 2012.

Möller, Christoph, The Three Branches, A Comparative Model of Seperation of Powers, Oxford University Press, 2012.

Müftüoğlu, Zeynep, "1982 Anayasasının 161. Maddesinde Öngörülen "Bir Önceki Yılın Bütçesinin Yeniden Değerleme Oranına Göre Artırılarak Uygulanacağı Bütçe" Türünün Hukuki Niteliği Üzerine Değerlendirme", Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Atılım Üniversitesi

Yayınları No: 63, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 1, Ankara, 2020, ss. 405-427, https://www.atilim.edu.tr/tr/law/page/3548/yayinlar (E.T. 25.06.2020).

Müftüoğlu, Zeynep, "1982 Anayasası'nın 161. Maddesinde Yer Alan Bütçe Uygulamalarının Bütçe Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi", IX. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Atılım Üniversitesi Yayınları No: 64, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 2, Ankara, 2020, ss. 89-108 https://www.atilim.edu.tr/tr/law/page/3548/yayinlar (E.T. 25.06.2020).

Overseas Development Institute (ODI), "Why Budgets Matter: The New Agenda of Public Expenditure Management", ODI Briefing Paper, May 2004, https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/2023.pdf (E.T. 15.04.2019).

Przeworski, Adam; Asadurian, Tamar; Bohlken, Anjali Thomas, "The Origins of Parliamentary Responsibility", Comparative Constitutional Design, Ed. Tom Ginsburg, Cambridge University Press, 2012.

Robert, Rogers; Walters, Rhodri, How Parliament Works, Routledge, 2015.

Sayar, Nihad, Amme Maliyesi Devlet Bütçe Prensipleri ve Tatbikatı, C. I, Sermet Matbaası, 1954.

Silk, Paul, Financial Control and Accountability, How Parliament Works, 4th Edition, Longman, 1993.

Teziç, Erdoğan, "Batı Demokrasilerinde 'Yürütme'nin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi",

İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, Y. 1, s. 2, Ağustos 1980, ss. 91-106.

Yılmaz, Hakan; Biçer, Mustafa, "Başkanlık ve Parlamenter Hükümet Sistemlerinde Bütçe Sürecinde Hesap Verebilirlik: Anayasa Değişikliği ile Türkiye'de Öngörülen Yeni Yapı", Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Kamu Yönetiminde Değişim, Ed. Yüksek Demirkaya, Hiper Yayın, 2018, ss. 365-412.

KAMU GÖREVLİLERİNİN MESLEKTEN ÇIKARILMALARINDA UYGULANAN KRİTERLERİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Zehra Odyakmaz[*]
Bayram Keskin[**]

GİRİŞ[***]

Türk idare hukukunda meslekten çıkarma cezası verilmesine ilişkin olmak üzere bir kısmı mevzuat, bir kısmı da yargı kararları ve doktrin tarafından geliştirilen; kanunîlik ilkesi, bağlı yetki, takdir yetkisi, ölçülülük ilkesi, savunma hakkı ilkesi, yargı yolu ilkesi, mâsûmiyet karînesi, aynı eyleme birden fazla idarî yaptırım uygulanmaması ilkesi gibi ilkeler bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından meslekten çıkarma kararları, disiplinel ve disiplinel olmayan ihraç şeklinde değerlendirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Eskelinen ve Baka meslekten çıkarma davalarında sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin uygulanabilirliği sorununu ele almakla kalmamış, meslekten çıkarma kararlarına ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8., 10., 11. ve 13. maddeleri bakımından da konuyu incelemiştir. Bu kararlarda Mahkeme, kişilerin özel hayatlarına müdahalenin var olup olmadığı, müdahalenin yasal bir dayanağının bulunup bulunmadığı, müdahalenin

[*] Prof. Dr., Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi.
[**] Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi.
[***] Kısaltmalar: ABTHŞ. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı; ADİDK. Avrupa Doğru İdarî Davranış Kanunu; age. Adı geçen eser; agm. Adı geçen makale; agt. Adı geçen tez; AİHM. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; AİHS. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; bkz. Bakınız; C. Cilt; DMK. Devlet Memurları Kanunu; KHK. Kanun Hükmünde Kararname; md. Madde; no. Numara; prg. Paragraf; RG. Resmî Gazete; s. Sayfa; S.Sayı; Y. Yıl.

amaçla orantılı olup olmadığı yönünde değerlendirmeler yapmıştır.

Çalışmamızın **konusu**; Türk hukukunda kamu görevlilerinin meslekten çıkarılmalarında uygulanan kriterlerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı bakımından değerlendirilmesidir.

Türk hukukunda - istisnalar dışında – daha önce örneğini görmediğimiz Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri ile disiplinel olmayan meslekten çıkarma kararları verilmiştir. Bu kararlara karşı yargı yolunun kapalı olduğu şeklinde tartışmalar yaşanırken, 685 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi[1] ile Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu[2] kurulmuştur. Bu durumda kanun hükmünde kararnamelerle meslekten çıkarma kararlarına yönelik olarak iç hukuk yolunun tüketilmesi yıllar alabilecek, ancak bu süreçten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde başvuru yapılabilecektir.

Bu kapsamda, çalışmamızın **amacı**; ülkemizde yaşanan bu gelişmelerin sonucunda idare hukuku ve özellikle disiplin hukuku ilkeleri gözetilerek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin benzer olaylara ilişkin kararlarını ortaya koymak ve önerilerimizi dile getirmektir.

Çalışmamızda özellikle **vurgulamak istediğimiz husus** ise; kamu görevlilerinin meslekten çıkarılmaları sürecinde göreve son verme yetkisini elinde bulunduran şahıs veya makamların, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti, sosyal devlet, insan onuru, itibar hakkı gibi kavramları daima gözönünde bulundurmaları ve ona göre hareket etmeleri gerektiğidir.

I. DİSİPLİN KAVRAMI VE DİSİPLİNİN AMACI

Disiplin kavramı; "birlikte çalışabilmek", "mevcut kurallara uygun davra-

---

1 685 sayılı Olağanüstü Hal KHK için bkz. 23 Ocak 2017 tarihli ve 29957 sayılı RG. Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Değiştirilerek Kabûl Edilmesine Dair 01.02.2018 tarihli ve 7075 sayılı Kanun için bkz. 8 Mart 2018 tarihli ve 30354 (mükerrer) sayılı RG., 5.Tertip Düstur, C.59.

2 7075 sayılı Kanun'un (685 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin) 2. maddesine göre Komisyonun görevleri şunlardır:
"(1) Komisyon, olağanüstü hal kapsamında doğrudan kanun hükmünde kararnameler ile tesis edilen aşağıdaki işlemler hakkındaki başvuruları değerlendirip karar verir.
a) Kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilâttan çıkarma ya da ilişiğin kesilmesi.
b) Öğrencilikle ilişiğin kesilmesi.
c) Dernekler, vakıflar, sendika, federasyon ve konfederasyonlar, özel sağlık kuruluşları, özel öğretim kurumları, vakıf yükseköğretim kurumları, özel radyo ve televizyon kuruluşları, gazete ve dergiler, haber ajansları, yayınevleri ve dağıtım kanallarının kapatılması.
ç) Emekli personelin rütbelerinin alınması.
(2) Olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnamelerle gerçek veya tüzel kişilerin hukukî statülerine ilişkin olarak doğrudan düzenlenen ve birinci fıkra kapsamına girmeyen işlemler de Komisyonun görev alanındadır.
(3) Bu maddede belirtilen işlemlere bağlı olarak olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnamelerde yer alan ilâve tedbirler ile kanun yollarının açık olduğu işlemler hakkında ayrıca başvuru yapılamaz."

nılmasını sağlayacak bir eğitim", "insanın diğer insanlarla işbirliği yapabilmesi ve bu işbirliğinin şartlarını hazırlayabilmesi"[3] olarak tanımlanmaktadır.

İdare hukuku bakımından disiplin kavramı; "Kamu hizmetlerinin belli bir düzen içerisinde yürütülmesinin, verimli ve zamanında iş görülmesinin sağlanması için kamu görevlilerinin uymakla yükümlü oldukları anlayış ve davranış kalıpları" olarak ifade edilmektedir[4].

211 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 13/1. maddesinde disiplin şu şekilde tanımlanmıştır: *"Disiplin: Kanunlara, nizamlara ve âmirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir*."

Disiplinin amacı; yapılması istenen işlerin, fiillerin gerçekleştirilmesini, yapılması istenmeyen fiillerin ise memur için yasaklanmasını temin etmektir. Bu şekilde kamu görevlisinin görevine bağlanması ve kamu hizmetlerinin en iyi şekilde yürütülmesinin sağlanması amaçlanmaktadır[5].

Disiplinsizlik kavramı ise; "kamu hizmetini bozan eylemler demeti" olarak tanımlanabilmektedir. Disiplinsizlikler, diğer bir deyişle disiplin suçları, "hizmet suçları" veya "hizmet kusurları" olarak da tarif edilmiştir[6].

Disiplin suçu; en genel anlamıyla, özel bir yükümlülükle kamu makamlarına bağlı olan kimselerin bu yükümlülüklerini ihlâl etmesidir. Disiplin suçunun memur hukukundaki anlamı; hizmete dönük kusurlu memur eylemleridir.

Disiplin cezaları; hukuksal niteliği bakımından birel ve subjektif idarî işlemlerdir. Etki ve sonuçlarını yalnızca muhatabı olan memur üzerinde gösterirler. Disiplin cezaları memurun özgürlüğünü kısıtlamaz, görevinden kaynaklanan haklarını sınırlar veya ortadan kaldırırlar[7].

---

[3] DİNLEN, Aziz: Devlet Memurları Kanunu'na Göre Disiplin Suç ve Cezaları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1987, s. 1; ESENDEMİR, Ferit Deniz: 682 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Çerçevesinde Meslekten Çıkarma Disiplin Cezası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Şubat 2018, s.3. https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp, (Erişim Tarihi: 28.10.2019).

[4] ÇİÇEK, Hayrettin: Devlet Memurları Hakkında Disiplin Soruşturması: Türkiye Uygulaması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2011, s. 4.

[5] ÇİÇEK, Hayrettin: agt., s.6; ESENDEMİR, Ferit Deniz: agt., s.5 (Örneğin 211 sayılı Kanun'un 13/2. maddesi "*Askerliğin temeli disiplindir*" şeklinde düzenlenmiştir).

[6] ESENDEMİR, Ferit Deniz: agt., s.4; SÖKMEN, Uğur: Kamu İdaresinde Soruşturma Kovuşturma, Ankara 2009, s. 157.

[7] GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2017, s.627-633; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK: İdare Hukuku, 21.Bası, İstanbul Ağustos 2019, s.235; ASLAN, Zehreddin: 657 Sayılı Yasaya Göre Disiplin Suç ve Cezaları, İstanbul 2002; ERCAN, İsmail: Memurlara Verilen Disiplin Cezaları, Yargı Yolu ve Anayasa'nın 129/3. Maddesindeki Düzenleme, İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi, Avukatlık Tezi, İstanbul 2004; KARAN, Nur: Devlet Memuriyetinin Sona Ermesi, Ankara 2003; PINAR, İbrahim: Memur Suçlarında Adlî ve İdarî Soruşturma Usûlleri, 2002; SAĞLAM, Mehmet: Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması, Ankara 2003; SANCAKDAR, Oğuz: Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Ankara 2001; TUTUM, Cahit: Memur Güvenliği, Ankara 1972.

Disiplinin ve disiplin cezasının bir başka amacı; memurun kamu hizmetini yaparken sadece kamu yararını gözetmesi ve kurumuyla uyum içinde çalışmasının sağlanmasıdır. Ayrıca benzer disiplinsizliklerin gelecekte, hem disiplinsizliğe sebep olan memur hem de diğer memurlar tarafından tekrarlanmasına engel olmaktır [8].

A. Disiplin Cezalarının Türleri

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller yer almaktadır. Bu maddeye göre disiplin cezaları; uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarmaktır.

657 sayılı Kanun'un 125/E maddesine göre;

"Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller ise şunlardır:

a) İdeolojik veya siyasî amaçlarla kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, kamu hizmetlerinin yürütülmesini engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak,

b) Yasaklanmış her türlü yayını veya siyasî veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek,

c) Siyasî partiye girmek,

d) Özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek,

e) Savaş, olağanüstü hal veya genel âfetlere ilişkin konularda âmirlerin verdiği görev veya emirleri yapmamak,

f) (Değişik: 13/2/2011-6111/111 md.) Âmirlerine, maiyetindekilere ve iş sahiplerine fiilî tecavüzde bulunmak,

g) Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak,

h) Yetki almadan gizli bilgileri açıklamak,

ı) Siyasî ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek,

j) Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak,

[8] ESENDEMİR, Ferit Deniz: agt., s.6. Anayasa Mahkemesi'nin disiplin cezalarını tanımladığı 3 Nisan 2014 tarihli ve 2013/1614 numaralı Şengül Kayan başvurusu için bkz. 22 Mayıs 2014 tarihli ve 29007 sayılı RG. (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1614). (Erişim Tarihi:10.06.2018).

k) 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanun'a aykırı fiilleri işlemek".

B. Disiplin Hukukunda ve Meslekten Çıkarma Cezalarında Uygulanan İlkeler

1. Kamu Görevlileri İçin Meslekten Çıkarma Cezasının Anayasal ve Yasal Dayanakları

1982 Anayasası'nın *"Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence"* başlıklı 129/2. maddesi uyarınca, *"Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma tanınmadıkça disiplin cezası verilemez"*; 129/3. maddesi uyarınca da *"Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz".*

Ayrıca, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E maddesinde, *"Devlet memurluğundan çıkarma cezası" hükme bağlanmıştır.* 657 sayılı Kanun'un 129/2. maddesi gereğince memurun bağlı olduğu kurumun Yüksek Disiplin Kurulu tarafından memura **"***soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma"* olanağı verilmesi şart olup; bu savunmanın da Kanun'un 130. maddesinin emrettiği usule uygun olması gerekmektedir [9].

Kanun'un 130. maddesi devlet memuru hakkında savunma almadan disiplin cezası verilemeyeceğini, soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere süre vermesini âmirdir.

2. Kanunîlik (Yasallık) İlkesinin Tanımı

Suç adı verilen insan davranışının ve bunun karşılığında uygulanacak yaptırımın kanunla belirlenmesine kanunîlik ilkesi denir.

Kanunîlik ilkesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini içerir. "Suçta kanunîlik ilkesi", hiç kimsenin kanunda suç olarak belirtilmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılmamasını; "cezada kanunîlik" ise hiç kimseye kanunda yer almayan bir cezanın verilmemesini ifade eder[10].

Kanunîlik ilkesi, suç ve cezaların kanunla konulması ve usulüne uygun ola-

---

[9] BARKIN, Ersan: "Olağanüstü Hal İlânına Dayalı Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnameler ve Meslekten Çıkarma Kararlarının Hukukî Değerlendirilmesi", https://www.cbthukuk.net/ohal-ilanina-dayali-cikarilan-kanun-hukmunde-kararnameler-ve-meslekten-cikarma-kararlarinin-hukuki-degerlendirilmesi/ (Erişim Tarihi: 28.11.2019). Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, 17.02.2011 tarihli ve E.2007/1846, K.2011/66 sayılı kararında, *"Anayasa hükmü, gerekçesi ve Anayasa Mahkemesi kararı karşısında, disiplin cezaları ile ilgili olarak savunma hakkı kullandırılmadan disiplin cezası verilmesinin hukuken olanaklı olmadığı"na karar vermiştir*.

[10] KAYA, Cemil: "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", Amme İdaresi Dergisi, C. 38, S. 2, Y.2005, s.63.

rak herkes tarafından öğrenilmesinin sağlanmasına (belirlilik ilkesi) denilmektedir. Dolayısıyla kanunîlik ilkesi, kişi hürriyetini ve insanların keyfî muamelelerden korunmasını sağlama amacını gütmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7/1. maddesi hükmüne göre, "*Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez"*.

1982 Anayasası'nın 38/1. ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2/1.maddeleri hükümlerine göre "*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*".

Disiplin hukukunda kanunîlik ilkesi geçerli midir? Disiplin cezalarının kanunîlik ilkesi kapsamında kalıp kalmadığına ilişkin öğretide farklı görüşler ve içtihat vardır. Anayasa'nın 128. maddesi "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*" şeklindedir. Anayasa'da açıkça disiplin suç ve cezalarının kanunla düzenlenmesi öngörülmemiştir. Ancak 128. maddede geçen "diğer özlük işleri" ifadesi disiplin suç ve cezalarını da kapsamaktadır. Başka bir deyişle Anayasa'ya göre disiplin suç ve cezaları kesin olarak kanunla düzenlenmelidir.

Devlet Memurları Kanunu'nda **disiplin suçları** açısından kanunîlik ilkesi geçerli değildir. Devlet Memurları Kanunu'nun 125/4. maddesi, Anayasa'nın bu hükmüne aykırı olarak "*Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren eylem ve durumlara nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir*" hükmünü içermektedir. Devlet Memurları Kanunu'nun bu hükmü kanaatımızca Anayasa'ya aykırıdır. Çünkü Anayasa yasallık (kanunîlik) ilkesinden sözederken mutlak bir yasallıktan sözetmektedir, yani istisna sözkonusu değildir. Oysa ki 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda kanunîlik ilkesinden ödünler verilerek kıyasa müsaade edilmiştir.

Disiplin cezalarında kanunîlik ilkesi geçerlidir. İdare; Kanun'da düzenlenen beş tür cezanın dışında bir cezayı memura veremez. Ayrıca Kanun'da öngörülen cezaların oranları, Kanun'a aykırı olarak değiştirilemez (takdir edilemez) [11]. Henüz bu konuda açık ve genel bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. İşte bu noktada kanunun idareye vereceği yetki ile idareye tanıyacağı takdir hakkının çerçevesi önem kazanmaktadır. Zira memura uygulanacak yaptırımlar konusunda idareye tanıyacağı takdir yetkisinin geniş veya dar olması, uygulanacak yaptırım-

[11] ODYAKMAZ, Zehra- Ümit KAYMAK: İdare Hukuku, age., s.236-237.

ların da idarî yargı tarafından denetiminin sınırını belirleyecektir[12].

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına göre, "*...Disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır*"[13]. Anayasa Mahkemesi'nin başka bir kararında *"... Disiplin işlemleri, Anayasa ... hükümleri gereğince kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlardır*" [14] denilerek disiplin cezalarının kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Anayasa'nın 38/3. maddesi ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı hükmünü içermektedir.

3. Bağlı Yetki

İdare hukukunda, belirli şart ve durumların gerçekleşmesi hâlinde idarenin mutlaka belli bir çözüm şeklini benimseyerek belli bir idarî işlemi yapmak zorunda olmasına "bağlı yetki" denilmektedir. Bağlı yetki durumunda idarenin yapabileceği tek davranış, kanunun işaret ettiği kararı almaktan, almamaktan veya o yönde hareket etmekten, etmemekten ibarettir. Örneğin Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Kabûl Edilmesine Dair 31.01.2018 tarihli ve 7068 sayılı Kanun'un (682 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname[15] 8/3-(b/2). maddesi hükmüne göre, idare; memurun "*Resmî belge veya göreve ilişkin evrakı kaybetmek*" eylemini tespit ettiği takdirde, aylıktan kesme cezasını bağlı yetkiyle uygulamak zorundadır. Ancak dört ilâ on gün arasında uygulanacak ceza verilmesi hususunda ise takdir yetkisine sahiptir[16].

4. Takdir Yetkisi

Takdir yetkisi; idarenin, belli şart ve durumların ortaya çıkması halinde belli bir işlemi yapıp yapmamak veya kanunda ya da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde öngörülen çeşitli çözümler arasında bir tercih yapmak konusunda serbestîye ya da belli konuda bir işlem yapabilmek için hangi şartların ve du-

---

12 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/2. maddesine göre, "*İdarî yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdarî mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler*".

13 Anayasa Mahkemesi'nin 04.04.1991 tarihli ve E.1990/12, K.1991/7 sayılı kararı için bkz.13 Ağustos 1991 tarihli ve 20959 sayılı RG. Karar için bkz. ASLAN, Zehreddin: age., s.43. Ayrıca Danıştay 12. Dairesinin 26 Aralık 2006 tarihli ve E.2003/3174, K.2006/6690 sayılı kararı. http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/, (Erişim Tarihi: 19.06.2018).

14 Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2015 tarihli ve E.2014/100, K.2015/6 sayılı kararı. (http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ 48959878-088a-45bc-8ad1-878dd71ec299?excludeGerekce=False&wordsOnly=False).

15 682 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi için bkz. 23 Ocak 2017 tarihli ve 29957 sayılı RG.
Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Kabûl Edilmesine Dair 31.01.2018 tarihli ve 7068 sayılı Kanun için bkz. 8 Mart 2018 tarihli ve 30354 (mükerrer) sayılı RG.

16 ESENDEMİR, Ferit Deniz: agt., s.24.

rumların ortaya çıkması gerektiğini belirtmek imkânına sahip olmasıdır [17].

O halde takdir yetkisi, en az iki karar, düzenleme yahut davranış arasında idarenin sahip olduğu seçim yapma veya belirleme imkânıdır. İdarenin takdir yetkisine sahip olabilmesi için bu yetkinin idareye kanunla ve açıkça verilmiş olması gerekir. Takdir yetkisinin uygulanmasında idare, sınırlı da olsa bir seçim yapma ve olguları değerlendirme serbestliğine sahiptir. Örneğin Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Kabûl Edilmesine Dair 7068 sayılı Kanun'un (682 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname) 10/8. maddesine göre, "*Görevde uyumak fiili devlet veya kişilerin zarara uğramasına yol açmışsa durumun niteliğine ve ağırlığına göre meslekten çıkarma cezası uygulanabilir*". Bu hükme göre idare, öncelikle memurun yaptığı iddia edilen görevde uyumak eyleminin gerçekte var olup olmadığına bakacak ve ayrıca söz konusu eylem nedeniyle devlet veya kişilerin zarara uğrayıp uğramadığını tespit edecektir. Bu tespitlerden sonra idare, "*durumun niteliğini ve ağırlığı*"nı değerlendirerek, yani takdir yetkisini kullanarak memura meslekten çıkarma cezasını uygulayabilecektir[18]. Ancak bu maddede yer alan "*durumun niteliği ve ağırlığı"* ibaresi muğlâk olup sınırının ne şekilde belirleneceğine ve idarenin takdir yetkisinin hangi sınırlarda kullanılabileceğine dair açıklık içermemektedir. Bu durumun ise idare hukukunun temel ilkelerinden olan "*hukuk güvenliği"*nin [19] sağlanması açısından zorluk doğurabilecek nitelikte olduğu değerlendirilebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında "hukukî öngörülebilirliği"; "hukukî güvenliğin" bir parçası saymış[20], "hukuk güvenliği" için normların öngörülebilir şekilde düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir[21].

5. Disiplin Hukukunda ve Meslekten Çıkarmada Geçerli Olan Diğer Bazı İlkeler

Disiplin hukuku alanında doğrudan uygulanacak bir idarî usûl kanunu bulunmamaktadır[22]. Bu boşluk idare hukukunda yargı içtihadı, doktrinin görüşleri

17 ODYAKMAZ, Zehra- Ümit KAYMAK: İdare Hukuku, age., s.66-67.

18 ESENDEMİR, Ferit Deniz: agt., s.25.

19 "Hukukî güvenlik"le ilgili olarak bkz. ÖZDEMİR, Selman: "İdarî İstikrar Kavramının Kullanımı Üzerine Bir Değerlendirme", Türk İdare Dergisi, Y.91, Haziran 2019, S.488, s.395-433.

20 Anayasa Mahkemesi'nin 13.11.2014 tarihli ve E.2013/95, K.2014/176 sayılı kararı için bkz. 13 Mart 2015 tarihli ve 29294 sayılı RG.

21 Anayasa Mahkemesi'nin 04.12.2014 tarihli ve E.2013/84, K.2014/183 sayılı kararı için bkz. 13 Mart 2015 tarihli ve 29294 sayılı RG.

22 İdarî Usûl Kanunu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra:"Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar", Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.2, Aralık 1997, s.1-21; ODYAKMAZ, Zehra: "İdarî Usûlden Beklediklerimiz", s.2-5, T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C. Başbakanlık Basımevi; ODYAKMAZ, Zehra: "Demokratik Yönetim İçin İdarî Usûl Yasası", s.203-208, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller 2002, Law Scope Conferences and Panel Discussions 2002, 3, Ankara Barosu Yayınları, ABA Publications, 602 sayfa; ODYAKMAZ, Zehra: "Şeffaf Yönetime Doğru",

ve idarenin genel uygulamaları ile oluşan temel ilkelerle doldurulmaya çalışılmaktadır.

Yukarıda sayılanlar dışında disiplin hukukunda; eşitlik, şahsîlik, kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması, gizlilik, çelişme, tarafsızlık, lehe olan hükmün uygulanması, aleyhe düzeltme yasağı, gerekçe, kılık değiştirmiş disiplin cezası verme yasağı, objektif sorumluluk yasağı [23]gibi pek çok ilke bulunmaktadır. Bu çalışmamızda uygulamada daha fazla kullanılan ilkelere yer verilmesi tercih edilmiştir.

a. Ölçülülük İlkesi

Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken âdil denge, ölçülülük ilkesi olarak adlandırılır. Bu ilkenin unsurlarını da "elverişlilik", "zorunluluk" ve "orantılılık" ilkeleri oluşturmaktadır. Ölçülülük ilkesinin üç unsurunun bulunduğu, Anayasa Mahkemesi kararlarında ve öğretide olduğu gibi 2001 Anayasa değişikliği sırasındaki görüşmelerde de ifade edilmiştir. Orantılılık unsuru ile kast edilenin; amaç ile kullanılan araç arasındaki denge olduğu söylenebilir[24]. Başka bir deyişle ölçülülük ilkesi; suç adı verilen hukukî ihlâl ile onun sonucu olan ceza arasında, güdülen amaç ve kullanılan araç yönünden âdil ve makûl bir dengenin bulunmasını ifade eden ilkedir. Kanun'a göre, geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi almış olan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir. Bir derece hafif olan cezanın uygulanması idarenin takdirindedir [25].

Her olayın koşulları bir diğerinden farklı olacağından disiplin âmirleri, uygun ve ölçülü bir ceza belirlerken olayın özelliklerini dikkate almalıdır. İdare kişinin; hayatına, malvarlığına veya Anayasa'nın koruması altında bulunan herhangi bir hürriyetine dokunan tarzda bir disiplin cezası veremeyecektir[26]. İdare, sahip olduğu yetkiyle, yaptırım uygulamaya karar verirken ve takdir yetkisini kullanırken de ölçülülük ilkesine uygun hareket etmelidir. Danıştay bir kararında, disiplin cezası ile eylem arasında âdil bir denge bulunmadığından dolayı, memura verilen disiplin cezasında hukuka uyarlılık bulunmadığına hükmetmiştir[27].

Strateji (Yimder Bülteni), Y.1, S.2, s. 3.

23 ERYILMAZ, Ali: Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil, Ankara 2013, s. 195-197.

24 Danıştay 12. Dairesinin 23.02.2017 tarihli ve E.2016/8855, K.2017/461 sayılı kararına göre, "***Elverişlilik*** *ilkesi, yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını,* ***zorunluluk*** *ilkesi yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve* ***orantılılık*** *ilkesi ise yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında bulunması gereken orantıyı ifade etmektedir*". http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/, (Erişim Tarihi: 20.06.2018). Ayrıntılı bilgi için bkz. ESENDEMİR, Ferit Deniz: agt., s.26.

25 ODYAKMAZ, Zehra – Ümit Kaymak: İdare Hukuku, age., s.237. Memurların disiplin rejimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C.II, Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Bursa Mayıs 2019, s.772-840.

26 GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, age., s.775.

27 Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 11.06.1999 tarihli ve E.1998/468, K.1999/751 sayılı kararı

Ölçülülük ilkesi, herhangi bir genel kanunî düzenlemede açıkça yer almamış olsa bile idarî yaptırımların, "hukukun genel prensipleri"ne de uygun olma zorunluluğu bulunmasından ötürü, gözönüne alınması gereken bir ilkedir[28].

b. Savunma Hakkı İlkesi

"Savunma hakkı" ilkesi, disiplin hukukunda vazgeçilemeyecek temel ilkelerin başında gelmektedir[29]. Bir diğer ifadeyle savunmasız ceza olmaz ilkesine göre savunma alınmadan disiplin cezası verilemez. Savunma alma, idare açısından mutlak bir yükümlülük iken memur için aynı durum sözkonusu değildir. Çünkü savunma vermek memur için bir yükümlülük değil, bir haktır. Savunma yapmamak; memura yüklenen, isnadedilen eylemlerin işlendiğini ikrar anlamına gelmez. Bu nedenle savunma vermediği için memura ayrıca disiplin cezası verilemez [30]. Daha önce de belirtildiği üzere 1982 Anayasası'nın 129/2. maddesi hükmüne göre, "M*emurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez*". [31]

657 sayılı Kanun'un 130/1. maddesine göre de, "*Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez*". Yine anılan Kanun'un 130/2. maddesi hükmüne göre, "S*oruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır*". Suçüstü durumunda bile idare, hemen disiplin cezası veremez. Bu yedi günlük süre en az (asgarî) süreyi belirtmektedir. O halde ihlâlin büyüklüğü, savunma yapmanın güçlüğü gözetilerek daha uzun bir savunma süresi tanınabilir. Memur savunmasını yazılı yapabileceği gibi sözlü olarak da yapabilir.

Danıştay'ın istikrarlı içtihadında savunma hakkının tanınıp tanınmaması haricinde, savunma hakkının içeriği de denetim kapsamındadır. "*Disiplin cezasıyla cezalandırılması için hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin savunması alınırken disiplin suçunu oluşturan eylemi açık bir şekilde belirlenmeli, disiplin*

için bkz. ARSLAN, Ahmet–Emin SINMAZ-Tuncay DÜNDAR: Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu "Emsal" Kararları, C.1, Ankara 2007, s. 230.

28 ESENDEMİR, Ferit Deniz: agt., s.28; ERDİNÇ, Burcu: "İdarî Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezaî Yaptırımlarla Karşılaştırılması", Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 2012, s.252. Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak Anayasanın 13. maddesinde açıkça yer almaktadır. 1982 Anayasası'nın 13.maddesi: "… *Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

29 ORMAN, Harun: Memur Disiplin Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s.69.

30 ODYAKMAZ, Zehra – Ümit Kaymak: İdare Hukuku, age., s.237.

31 Benzer hüküm, Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Kabûl Edilmesine Dair 7068 sayılı Kanun'un 31/1. maddesinde "*Disiplin âmirleri veya disiplin kurulları tarafından savunma alınmadan disiplin cezası verilemez"* şeklinde yer almıştır.

suçu oluşturan eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlâl ettiği ortaya konulmalıdır. ... Aksi durumda hangi disiplin suçunu, ne zaman ve ne şekilde işlediği tam olarak ortaya konulamayan ilgilinin Anayasa ile güvence altına alınan savunma hakkının kısıtlanacağı açıktır." [32]

c. Yargı Yolu İlkesi

İdare kanunla kendisine tanınan idarî yaptırım uygulama yetkisini idarî bir işlem şeklinde kullanmaktadır. Bu idarî işlem, memur hakkında hukuken yapıcı (inşaî) bir sonucun doğmasına neden olmaktadır[33]. Bu nedenle idarî işlemlerin birçoğunda olduğu gibi disiplin cezası kararları da yargı denetimine tâbi tutulmuştur.

1982 Anayasası'nın 125/1. maddesinde, "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" hükmü bulunmaktadır. Yine 657 sayılı Kanun'un 135/2. maddesine göre "*.....ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idarî yargı yoluna başvurulabilir*". Benzer hüküm Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Kabûl Edilmesine Dair 7068 sayılı Kanun'un 32/1. maddesinde "*Kesinleşen disiplin cezalarına karşı iptal davası açılabilir*" şeklinde yer almıştır. Buradaki ilginç husus, 7068 sayılı Kanun'da yalnız "**iptal davası**" açılabileceğinin düzenlenmiş olmasıdır. Bununla birlikte Anayasa'nın 125. maddesinde herhangi bir istisna veya sınırlama öngörülmemiştir. Bu nedenle idare mahkemelerinin önlerine gelebilecek tam yargı davalarını da karara bağlamaları gerektiği değerlendirilmektedir. Burada ilgili, özellikle **insan onurunun** zedelendiğini iddia ederek manevî tazminat talebinde bulunabilmelidir.

d. Yargı Yolunun İdarî İşlemde Gösterilmesi Zorunluluğu

Yargı yolu ilkesini hayata geçirmeye yönelik olarak düzenlenen ve 1982 Anayasası'nın 40/2. maddesine 2001 yılında eklenen fıkra ile "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*" hükmü getirilmiştir. Bu sebeple memur hakkında tesis edilip kendisine tebliğ edilecek her türlü disiplin işlemlerinde ilgilinin, özellikle aleyhine olan hususlara karşı müracaat edebileceği idarî veya yargısal yol ve merciler ile başvuru süreleri açıkça belirtilmelidir[34].

e. Mâsûmiyet Karînesi

1982 Anayasası'nın 38/4. maddesi hükmüne göre "*Suçluluğu hükmen sabit*

[32] Danıştay 12. Dairesi'nin 23.03.2011 tarihli ve E.2008/7024, K.2011/1314 sayılı kararı için bkz. http://emsal.danistay.uyap. gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/, (Erişim Tarihi: 21.06.2018); SÖKMEN, Uğur: age., s.22.

[33] GÜNDAY, Metin: age., s.123-128.

[34] KAYA, Cemil: age., s.74.

oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz". Mâsûmiyet (suçsuzluk) karinesi, kişinin suçluluğu ispatlanıncaya kadar mâsûm sayılmasını ifade eder.

"Kuşkudan sanık yararlanır" şeklinde de ifade edilen bu ilke, suç işlediği yönündeki iddia kuşkudan, şüpheden uzak biçimde kesin olarak saptanmadıkça failin suçlu sayılmamasını ifade eden ilkedir [35].

Mâsûmiyet karînesine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/2. maddesinde, Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi'nin 14/2. maddesinde, 1789 Fransız Devrimi'nin ardından, insan haklarını korumak amacıyla yayımlanan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 9. maddesinde de yer verilmiştir [36].

Bu karîne, ceza hukukunun en temel ilkelerindendir. Mâsûmiyet karînesi, disiplin hukukunda açıkça düzenlenmemiştir. Ceza hukuku ilkelerinin başında gelen ve Anayasa'nın 15/2. maddesinde çekirdek hakların arasında sayılan mâsûmiyet karînesinin disiplin hukukunda ve özellikle özgürlüğü kısıtlayıcı disiplin cezalarının uygulandığı sahalarda da uygulanması gerekmektedir [37].

f. Aynı Eyleme Birden Fazla Yaptırım Uygulanamaması İlkesi (Non Bis In Idem İlkesi)

Ceza hukukunda, kişinin işlediği bir fiilden ötürü birden fazla cezaya çarptırılmaması anlamına gelen non bis in idem (*ne bis in idem* veya *mükerrer cezalandırma yasağı*) ilkesi gereğince, kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılamaz[38].

Tek eyleme tek ceza da denilen bu ilkenin idarî yaptırım alanındaki düzenlemesi ise 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinde yer almaktadır[39].

---

35 ODYAKMAZ, Zehra – Ümit Kaymak: İdare Hukuku, age., s.238.

36 ESENDEMİR, Ferit Deniz: agt., s.31. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi md.9: "*Her insan suçlu olduğuna karar verilinceye kadar masum sayılacağından, tutuklanmasının zorunlu olduğuna karar verildiğinde, yakalanması için zorunlu olmayan her türlü sert davranış yasa tarafından ağır biçimde cezalandırılmalıdır*."

37 MEMİŞ, Pınar: "Âdil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Mâsûmiyet Karînesi", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003, s. 93.

38 KARAHANOĞULLARI, Onur: "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 8, S. 3, Y.1999, s.63; Anayasa Mahkemesi'nin 05.03.2015 tarihli ve E.2014/124, K.2015/24 sayılı kararı. http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/7d7cf76b-e56f-4c39-a50d-56a1bcd1ec3a?exclude Gerekce=False&wordsOnly=False. Bu ilke ceza mevzuatımızda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 44/1.maddesinde, *"İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır"* şeklinde düzenlenerek dolaylı da olsa kabûl edilmiş bulunmaktadır.

39 ESENDEMİR, Ferit Deniz: agt., s.33. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15.maddesi: "*(1) Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir. (2) Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır.*

Söz konusu ilkenin idarî yaptırım hukukunda da geçerli olduğu hem literatürde hem de yargı içtihadında[40] genel olarak kabûl edilmektedir. Ayrıca 657 sayılı Kanun'un disiplin hukuku uygulamasında da bu ilkenin açık düzenleme olmasa dahî teamül hâline geldiği savunulmaktadır[41].

Bu ilke adlî suç oluşturan eylemlere ceza mahkemeleri tarafından aynı zamanda adlî yaptırımlar (ceza veya güvenlik önlemi) uygulanmasına engel değildir. Yalnızca, aynı disiplin ihlâline aynı idare tarafından birden fazla disiplin cezası verilmesine engeldir. Bu nedenle de eylem iki ayrı kurumun düzenini bozuyorsa her iki kurum da ayrı disiplin cezası verebilir [42].

g. Gizlilik İlkesi

Disiplin soruşturmasını yürüten idarenin soruşturma konusu ile ilgili bilgileri, soruşturmanın esenliği için açığa vurmamasına gizlilik ilkesi denir.

Disiplin soruşturmasında gizlilik asıldır. Bu ilke üçüncü kişiler için geçerli olup, soruşturulan memur açısından sözkonusu değildir [43]. Ancak Devlet Memurları Kanunu; memurlara dosyasını görme ve içindeki bilgi ve belgelerden kopya alma hakkını tanımamıştır. Kanun yalnızca hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memurlara, soruşturma belgelerini inceleme hakkı vermektedir [44].

h. Geçmişe Yürümezlik İlkesi

Geçmişe etkili bir şekilde disiplin cezası verilemeyeceğini açıklayan ilkeye geçmişe yürümezlik ilkesi denir. Bu ilke gereğince memura geçmişe etkili disiplin cezası verilemez. Memuriyete girmeden önce işlenmiş suçlardan dolayı disiplin hükümlerine dayanarak bir ceza verilemez[45]. Anayasa'nın 38/1. maddesine göre "*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*."

---

(3) Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.".
Benzer hüküm 7068 sayılı Kanun'un 4/2.maddesinde "*Aynı fiil nedeniyle bu Kanunda yazılı disiplin cezalarından birden fazlası verilemez*" şeklinde düzenlenmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasına göre memurun eyleminden ötürü kendisine başka bir mevzuat kapsamında bir "idarî yaptırım" uygulanması, aynı fiilden disiplin cezası verilmesine engel olmayacaktır.

40 Anayasa Mahkemesi'nin 12.07.2017 tarihli ve E.2017/95, K.2017/119 sayılı kararı. (http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ 1cb7e9c3-e849-4043-ae17-cd08ac75d6b2?excludeGerekce=False&wordsOnly=False).

41 ESENDEMİR, Ferit Deniz: agt., s.32.

42 SANCAKDAR, Oğuz: age., s.312.

43 AKYILMAZ, Bahtiyar – Murat SEZGİNER – Cemil KAYA: İdare Hukuku, Ankara 2009, s.389.

44 ODYAKMAZ, Zehra – Ümit Kaymak: İdare Hukuku, age., s.238, (657 sayılı DMK'nin 129/2.maddesi).

45 AKYILMAZ, Bahtiyar ve diğerleri: age., s.387.

6. 685 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle Getirilen Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu (Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair 01.02.2018 Tarihli ve 7075 Sayılı Kanun)

Olağanüstü hal süresinde çıkarılan çeşitli olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ve "667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname[46] ile yetkilendirilmiş kurumlar"ın verdikleri kararlarla binlerce kamu görevlisi meslekten ihraç edilmiş; bu ihraç kararlarının tâli sonucu olarak, bu statüye bağlı malî haklar başta olmak üzere diğer hakları da süresiz şekilde kısıtlanmıştır.

685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (7075 sayılı Kanun) yürürlüğe girmesinden önce meslekten çıkarma kararlarına karşı idarî yargıya yapılan başvurular, Türkiye'nin hemen her yerinde, idare mahkemeleri tarafından, "*Kanun Hükmünde Kararnameler her ne kadar bir yürütme organı tarafından yapılmış olsa da fonksiyonel anlamda yasa niteliğinde olan Kanun Hükmünde Kararnamelerin denetiminin idarî yargı merciileri tarafından yapılması mümkün değildir*" gerekçesiyle reddedilmiştir[47].

Türkiye'de yargı yolunun kapalı olması gerekçesiyle yapılan başvurularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Zihni/Türkiye davasında (Başvuru no. 59061/16) verdiği pilot kararla, "*Başvurunun iç hukuk yolları tüketilmediği için kabûl edilemez bulunmasına*" hükmetmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararında, idare mahkemelerinde olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle kamu hizmetinden çıkarma yaptırımına ilişkin davaların devam ettiği, bu başvuruların sonuçlarının henüz belli olmadığı, dolayısıyla başvurunun yapıldığı tarih itibariyle idarî yargı yolunun etkili bir iç hukuk yolu olmadığı şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aynı kararda, 23.09.2012 tarihinde Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklikle olağan iç hukuk yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açıldığı, başvurucunun ileri sürdüğü hususların ise bu yolun somut durumda etkili bir başvuru olmadığını kanıtlamaya yeterli olmadığını belirtmiştir[48].

Venedik Komisyonu'nun Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri

---

46 667 sayılı KHK için bkz. 23 Temmuz 2016 tarihli ve 29779 sayılı RG.

47 ALTIPARMAK, Kerem: "Ölü Doğan Çocuk: 685 sayılı KHK ile Kurulan Olağanüstü Hal Komisyonu", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, Y.2017, s.69-70.

48 ALTIPARMAK, Kerem: agm., s.70. 1982 Anayasası'nın 148. maddesinin 2. ve 3.fıkraları: "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*" "*Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.*"

Hakkındaki 12 Aralık 2016 tarihli görüşü[49] ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin 7 Ekim 2016'da yayınladığı Memorandum'dan[50] sonra 685 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuştur.

Komisyonun etkili bir hukuk yolu olarak kabûl edilmesinden daha ziyade öncelikle bir filtre görevi yaparak mahkemelere gidecek başvuruların azaltılmasını sağlayacağı görüşü yaygındır[51]. Komisyonun kuruluşu sırasında başvuru dosyalarının iki yıl içinde karara bağlanması hedeflenmekteydi. Önünde halen binlerce dosya bulunan Komisyonun görev süresi 23 Ocak 2019 itibariyle bir yıl uzatılmıştır.[52]

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İtalya'daki Pinto Komisyonu'nu, bazı başvurularda "hükmettiği tazminat miktarının azlığı" ve "başvuruları beş yıldan uzun bir süre içinde ancak inceleyebileceği" gerekçesiyle 2006 yılında verdiği **"**Scordino/İtalya kararı" ile etkili bir iç hukuk yolu olarak görmediğini belirtmek gerekmektedir. [53]

Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu'nun görev süresi uzatılmış olsa dahî başvuruların çokluğu nedeniyle incelemenin uzun süreceği de dikkate alındığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Komisyon'u etkili iç hukuk yolu olarak görmeye devam edip etmeyeceği hususu belirsizliğini korumaktadır. Komisyon sürecinin birkaç yıl, 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (7075 sayılı Kanun) 11. maddesi gereğince bu karara karşı açılacak idarî yargı davasının da istinaf ve Danıştay dâhil ortalama üç yıl sürebileceği düşünülebilir. İhraca ilişkin olarak başvurulan yasa yolları bir bütün olarak kabûl edildiğinden, kanun hükmünde kararnameler ile ihraç edilen kişinin Anayasa Mahkemesi'ne yapacağı bireysel başvuru dâhil iç hukuk yollarını tüketmesinin makûl sürede

---

49 https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-tur

50 https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/10/26/AK_Insan_Haklari_Komiseri_Memorandum_TR.pdf

51 ALTIPARMAK, Kerem: agm., s.71.

52 İlk ihraçların üzerinden 3 yıldan fazla bir süre geçmiş durumdadır. Fiilen 22 Mayıs 2017 tarihinde çalışmaya başlayan Komisyon 17 Temmuz 2017 tarihinde başvuruları kabûl etmeye başlamıştır. Komisyonun görev süresi 685 sayılı KHK'nin 3. maddesi uyarınca 2 yıl olarak öngörülmüş ise de 7075 sayılı Kanun'un 3. maddesi gereğince Cumhurbaşkanlığı kararı ile 23 Ocak 2019 tarihinden itibaren 1 yıl süre ile uzatılmıştır. 25 Ekim 2019 itibariyle yapılan başvuru sayısı 126.200, verilen karar sayısı 92.000, verilen kabûl sayısı 8.100, ret sayısı 83.900, incelemesi devam eden başvuru sayısı 34.200'dür. Bu rakamlara göre Komisyon çok fazla sayıda olmasa da göreve iade kararları vermiştir. https://ohalkomisyonu.tccb.gov.tr/duyurular.

53 Örneğin İtalya'da benzer bir ihtiyaca karşılık vermek amacıyla 89/2001 sayılı Pinto Yasası çıkarılmış, ancak kurulan tazminat komisyonu iyi işlemediği için büyük bir başarısızlık yaşanmış ve yeniden başa dönülmüştü. Bu komisyonun tahakkuk ettirdiği tazminat miktarlarını "gülünç" bulan bir grup İtalyan vatandaşı yeniden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş ve mahkeme 2006 tarihli ünlü "Scordino/İtalya" kararında (https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-23731%22]}) başvurucuları haklı bulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararında, Pinto Yasası'nın uygulamada toplam 9 İtalyan vatandaşının uzun yargılamalardan kaynaklanan mağduriyetlerini gidermekte yetersiz kaldığına hükmetmiştir. http://www.hurriyet.com.tr/tazminat-komisyonu-italya-da-yurumedi-ya-turkiye-de-23071391,.

tamamlanması pek mümkün görülmemektedir.[54]

Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12.06.2017 tarihinde aldığı bir kararla[55], Olağanüstü Hal Komisyonu'nu etkili bir iç hukuk yolu olarak kabûl etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararından sonra Anayasa Mahkemesi 17.07.2017 tarihinde verdiği kararlarla, meslekten çıkarılmaya ilişkin 70.771 başvuruyu 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen Olağanüstü Hal Komisyonu ve yargı yolu çerçevesinde, iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabûl edilemez bulmuştur[56].

II. HUKUK DEVLETİ OLABİLMEK VE İNSAN ONURU AÇISINDAN KAMU GÖREVLİLERİNİN MESLEKTEN ÇIKARILMALARI KONUSUNUN ÖNEMİ

A. Hukuk Devleti, İnsan Hakları, İnsan Onuru Kavramları ve Kamu Görevlilerinin Meslekten Çıkarılmaları

Çağımızda hemen hemen bütün devletler hukuk devleti olma ve aynı zamanda bir hukuk devleti olarak anılma çabası içindedirler. Kendi koyduğu kurallara kendisi de uyan ve uymak zorunda olduğunu bilen devlet şeklinde çok kısaca tanımlayabileceğimiz hukuk devletinin unsurlarından biri olan ve aynı zamanda hukuk devleti kavramı ile iç içe girmiş bulunan insan hakları, kavram olarak çok boyutlu bir yapıya sahip olmakla birlikte kısaca; kişinin sırf bir insan olduğu için sahip bulunduğu haklardır. Bu haklar aynı zamanda en üstün ahlâkî değerleri güvence altına alırlar. İnsan hakları insanın kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlerdir. Bu temel hak ve hürriyetler insan haklarının yürürlükte bulunan hukuktaki benimsenmiş olan ilkeleridir. İnsan hakları sayılan temel haklara örnek olarak konumuzla kısmen ilgili bulunan kanun önünde tanınma ve kendini savunma gibi haklar gösterilmektedir.

Kamu görevlilerinin meslekten çıkarılmaları konusuna daha doğrusu meslekten çıkarılmaları sırasında uygulanan kriterler konusuna "**insan onuru**" açısından da değinmeyi uygun görüyoruz.

1982 Anayasası insan onurunun korunması ilkesine önem vermiş ve bazı maddelerinde bu kavramı doğrudan veya dolaylı düzenlemiştir[57]. Anayasada gü-

---

54 ALTIPARMAK, Kerem: agm., s.71-72.

55 https://tr.sputniknews.com/columnists/201706121028856440-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi-Olağanüstü Hali-daha-sonra-degerlendirecek-khk-anayasa-mahkemesi/.

56 Anayasa Mahkemesi'nin benzer kararları için bkz. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2016-29085.pdf; http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2016-36550.pdf; https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2016-25923.pdf http://www.hurriyet.com.tr/gundem/aym-acikladi-70-bin-771-basvuru-reddedildi-40540803.

57 İnsan onuru konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÖREN, Zafer: Anayasa Hukuku, T:C.Anayasası ve TBMM İçtüzüğü Eki İle 2017 Anayasa Değişiklikleri Işığında Gözden Geçirilmiş ve Geliştirilmiş 4. Baskı, Ankara 2019, s. 548-563.

vence altına alınan insan onuruna saygı ile her insanın ilk temel hakkı olarak kabul edilen kişilik hakkının korunması amaçlanmaktadır. İnsan onuru, insanın özgür ve bilinçli olarak bağımsız karar vermesini ve çevresine etkili olmasını hedeflemektedir. Bu ilke ile insana, sırf insan oluşu nedeniyle manevî ve sosyal bir değer verilmesi ve saygı gösterilmesini isteme hakkı tanınmaktadır. Herkes için de başkalarının insan onuruna zarar vermeme konusunda bir davranış emri içermektedir. [58]

Z. GÖREN; insan onurunu düzenleyen kuralın sübjektif bir kamu hakkını mı içerdiği, yoksa değerler hiyerarşisinde sadece yüksek basamakta yer alan bir anayasal değeri mi anlatmak istediği sorusunu sormakta, genelde bir sübjektif kamu hakkı olarak anlaşıldığı cevabını vermekte, insan onurunun korunmasının diğer temel haklar karşısına bir anayasal ilke olarak çıkartıldığında da önemli sonuçlara varılabileceğini ifade etmekte, F.Almanya anayasa hukukunda bir kanun ile sınırlandırılabilme şartına bağlanmamış temel hakların insan onurunun korunması ilkesi ile sınırlandırıldığını eklemektedir. Temel haklar içinde en üst basamakta değerlendirilen ve Anayasamızın değiştirilemeyecek kurallarından olan insan onurunun korunması ilkesinin, anayasa hukukumuzda özel sınırlama nedenleri dışında ek bir sınırlama nedeni olarak da kabûl edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

İnsan onuru kavramının zaman içinde oluşan değişikliklere bağlı olarak biçimlendiğini de gözönünde bulunduran GÖREN; insan onurunu insanı toplum fonksiyonlarının objesi olmaktan koruyan bir ilke ve sınırlamanın sınırı olarak ele almakta, korunmasının Anayasa'nın 4.maddesi ile garanti altına alındığını ifade etmekte, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkıyla olan ilişkisine değinmektedir.

GÖREN'e göre; insan onuru içeriğinin sübjektif dünya görüşü ve ideolojik durum gözönünde tutularak belirlenmesinden kaçınılmalıdır. F.Almanya Anayasa Mahkemesi'nin, devletin insan onurunun korunması konusundaki yükümlülüğünün sadece yoksulluğa karşı koruma değil, aynı zamanda insan haklarını aşağılama, küçük düşürme, zulüm gibi saldırılara karşı koruma olduğu yolundaki görüşü; bu kuralın diktatörlüğün neden olduğu haksızlıklara karşı bir tepki normu olarak anlaşılması düşüncesinden kaynaklanmaktadır.[59]

O halde bu açıklamalardan sonra kamu görevlilerinin işten çıkarılma sürecine, sebeplerine ve çıkarılmalarına bizim de insan onuru kavramı ve içeriği açısından yaklaştığımız takdirde hukuka aykırı olarak verilen kararların azalacağını düşünmekteyiz. Özellikle takdir yetkisi, ölçülülük ve savunma hakkı ilkelerinin, yetkililer tarafından; kamu görevlilerinin onurlarının, itibarlarının, hattâ aileleri-

[58] GÖREN, Zafer: age., s.548-549.
[59] GÖREN, Zafer: age., s.551-557.

nin, çocuklarının da onurlarının zedelenmemesine dikkat edilerek uygulanmasına azamî özen gösterilmesi gerekmektedir.

B. Ulusal Mevzuat ve İnsan Onuru

1. 1982 Anayasası

Anayasa'nın Başlangıç kısmının 6.paragrafında "*Her Türk vatandaşının… onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*…." belirtilmekte, 176.maddesinde "*Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirtilen Başlangıç kısmı anayasa metnine dâhildir*" hükmü yeralmaktadır.

Anayasa'nın "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı 2.maddesine göre "*Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına saygılı …. lâik ve sosyal bir hukuk devletidir*."

Anayasa'nın "Devletin temel amaç ve görevleri" başlıklı 5.maddesine göre; devletin varlığının korunması, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunun sağlanması, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan her türlü engellerin kaldırılması, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin amaçları ve görevleri arasındadır. Bu maddenin gerekçesinde "*Devlet; ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir. Sosyal devlet…her şeyden önce insana ve insanın düşünce hakkına saygılıdır ve bu sınırlar içerisinde ferdin hak ve hürriyetlerinin kullanılmasını sınırlayan engelleri ortadan kaldırmak onun başlıca görevleri arasındadır*" denilmektedir.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin niteliği" başlıklı 12.maddesine göre; herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu için kanaatimizce bir insan hakkı olarak kabûl ettiğimiz yargılanma ve Anayasa'nın 36.maddesinde düzenlenen savunma hakkı kişinin rızası hilâfına elinden alınamamalıdır; bu hak kutsaldır, en vazgeçilemez temel haktır.

Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" başlıklı herkesin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirmesini düzenleyen 17. maddesini yine insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesine devletin görevleri açısından değinen Anayasa'nın 5.maddesi ile bağlantılı olarak yorumladığımızda yargılanmayı istemek, savunma hakkını kullanmak kişinin manevî varlığını korumasının tabiî bir sonucudur. 17. maddenin gerekçesinde kişinin sahip olduğu hak ve özgürlüklerin bu maddeden başlayarak önem dereceleri gözönünde tutularak belirlendiği vurgulanmıştır.

Son yıllarda uluslararası hukukta sıkça dile getirilen "itibar hakkı" Anayasa'nın 5. ve 17.maddelerinde yer alan kavramları da kapsamaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2007 yılında özel hayata saygı gösterilmesi hakkının gelişimini etkileyecek bir kararla[60], Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesinin bir şahsın itibarına uygulanmasını kabûl etmiştir. "İtibar hakkı"nın ulusal mahkemeler tarafından korunması yükümlülüğünü getiren Mahkeme, bu hakkın, kişinin bireysel kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir parçası olduğunu ifade etmiştir[61].

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36.maddesi yukarıda belirtildiği üzere, herkesin yargı mercileri önünde savunma hakkına sahip olmasını düzenlemiştir. Meslekten ihraçlarda ilgili; bazen hak arama hürriyetini ve en tabiî bir insan hakkı olan savunma hakkını kullanamamaktadır. Kaldı ki, 2001 yılında yapılan değişiklikle Anayasa'nın 36.maddesine "âdil yargılanma hakkı" da eklenmiştir [62].

Kamu görevlilerinin meslekten çıkarılmaları konusunu Anayasa'nın "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" başlıklı 41.maddesi açısından inceleyecek olursak; güçlü aile yapısına sahip Türk toplumunda her anne-babanın evlâtlarına şerefli, haysiyetli, temiz isim bırakmak istediğini görürüz. Dolayısıyla kamu görevlilerinin meslekten çıkarılmaları süreci yalnız kendilerini değil, bütün ailesini ve hattâ gelmiş-geçmiş ve gelecek soyunu da ilgilendirmektedir. Ailenin korunması, kişinin aile fertlerine karşı hak ve ödevlerini de içerir. Meslekten çıkarılma sırasında yapılan bir haksızlık, titizlikle korunması gereken aileyi temelinden sarsabilecektir.

Anayasa'nın 41.maddesinin başlığı daha önce "Ailenin Korunması" iken 2010 yılında "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları"[63] olarak değişmiştir. O halde meslekten çıkarılma konusunu çocuk hakları bakımından ele aldığımızda da bir çocuk için şerefli bir anne-babaya daha doğrusu haksız bir suç isnadından veya haksız bir işten çıkarılma sürecinden sonra lâyıkıyla aklanmış bir anne- babaya sahip olmanın en tabiî hak olduğunu düşünüyoruz[64].

---

60 AİHM'nin 12556/03 no.lu Pfeifer-Avusturya başvurusuna ilişkin 15.11.2007 tarihli kararı. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-83294%22]} (Erişim tarihi: 28.11.2019).

61 AİHS'nin "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlıklı 8.maddesi: "*1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir*."

62 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile eklenen ek ibare için bkz. 17 Ekim 2001 tarihli ve 24556 2.mükerrer sayılı RG.

63 Çocuğun temel haklarının Anayasa'da korunması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÖREN, Zafer: age., s.532-548.

64 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Kasım 1989 tarihli ve 44/25 sayılı kararıyla kabûl edilip

Kişi muris sıfatıyla eşine ve evlâtlarına yalnızca mâmelek değil, manevî miras olarak şeref ve haysiyet de bırakır.

Anayasa'nın "Milletlerarası Antlaşmaları Uygun Bulma" başlıklı 90.maddesini "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36.maddesiyle birlikte değerlendirmek gerekir. Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu düzenleyen 90.maddeye göre; Türkiye Cumhuriyeti'nin onayladığı ve İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya dair Avrupa Sözleşmesi'nin (11 no.lu Protokol ile Değişik Metin) "Âdil Yargılanma Hakkı" başlığını taşıyan 6.maddesine göre herkes âdil ve alenî olarak yargılanma hakkına sahiptir.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" başlıklı 15.maddesi de milletlerarası hukukun ihlâl edilmemesini öngördüğüne göre, iki maddeyi bir arada değerlendirmek gerekir.

Anayasa'nın 15.maddesi savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde dahî temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen durdurulabilmesine veya Anayasa'da öngörülen tedbirlerin alınabilmesine milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlâl edilmemesi kaydıyla cevaz vermiştir. Halbuki milletlerarası hukukun tanıdığı ve çok önem verdiği âdil yargılanma hakkına - yukarıda sayılan olağanüstü haller yokken ve 15 Temmuz darbe girişimi bu sayılan durumların hiçbirine girmezken - riayet edilmemesi anayasaya aykırılık olur.

2. 14 Mart 2019 Tarihli Türk Yargı Etiği Bildirgesi

Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından karar altına alınan Yargı Etiği Bildirgesi; hâkimler ve savcıların insan onuruna saygılı oldukları, insan haklarını korudukları, bağımsızlıklarıyla âdil yargılanmanın ve hukuk devletinin güvencesi oldukları, tarafsız hareket ettikleri, mahremiyeti gözettikleri, mesleğe yaraşır şekilde davrandıkları gibi hususları ayrıntılı bir şekilde altbaşlıklarla düzenlemektedir[65].

C. Uluslararası Mevzuat ve İnsan Onuru

10 Aralık 1948 tarihli **İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi**'nin muhtelif maddelerinde "itibar (dignity)" kavramı geçmektedir[66].

---

imza, onay ve katılıma açılan, Türkiye'nin de 4058 sayılı Onay Kanunu ile onayladığı Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 16.maddesinin 1.fıkrasında da çocuğun onur ve itibarına değinilmektedir. "*Hiçbir çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişimine keyfî ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz*". 4058 sayılı Onay Kanunu için bkz. 11 Aralık 1994 tarihli ve 22138 sayılı RG.

65 Türk Yargı Etiği Bildirgesi için bkz.14 Mart 2019 tarihli ve 30714 sayılı RG.

66 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 1.maddesinde bütün insanların onur ve hakları bakımından eşit olduğu, 22.maddesinde herkesin onur ve kişiliğinin serbestçe gelişimi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının gerçekleştirilmesi hakkına sahip bulunduğu, 23.maddenin 3.fıkrasında herkesin kendisi

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı Nice'de 7 Aralık 2000 tarihinde imzalanmıştır. Aralık 2009'da Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesinden bu yana Şart, Antlaşmalar ile aynı yasal değere sahiptir. Şart insan onurunun (human dignity) ihlâl edilemeyeceği, saygı gösterileceği ve korunması gerekliliğiyle başlamakta ve çeşitli maddelerinde konuya (Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı md.1) doğrudan ve dolaylı değinmektedir[67].

Aynı şekilde Avrupa Parlâmentosu tarafından 2001 yılında kabûl edilen **Avrupa Doğru İdarî Davranış Kanunu** da Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 41.maddesi ile örtüşmektedir[68].

IV. DİSİPLİNEL OLMAYAN MESLEKTEN ÇIKARMA KARARLARI

Disiplinel olmayan meslekten çıkarma kararlarıyla ilgili Türk idare hukukunda ayrıntılı bir düzenleme ve öğretide de açıklama bulmak pek mümkün değildir. Bazı kanunlarda özel düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 69. maddesinin son fıkrasında ifade edilen "*Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmese ve hükümlülüğü gerektirmese bile, mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde meslekten çıkarma cezası verilir*" hükmü gibi hükümler önem kazanmaktadır. Gerçekten, soruşturma konusu olan fiil suç teşkil etmese bile, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından hâkimlik mesleğinin ve kamuoyunda da yargı organlarının saygınlığına zarar verecek nitelikte görülürse, meslekten çıkarma cezası verilebilmektedir[69].

---

ve ailesi için insan onuruna yaraşır, âdil ve elverişli bir ücrete hakkı olduğu ifade edilmektedir.
"İtibar (dignity)" kavramının doğrudan kullanılmadığı bazı maddelerin dolaylı da olsa kamu görevlilerinin haksız olarak meslekten çıkarılmalarına dayanak yapılabilecek anlam ve içerikte olduğu gözükmektedir. Meselâ 8.madde herkesin; temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yargı yoluna başvurma hakkı olduğunu düzenlemektedir.
10.madde herkesin; kendisine bir suç yüklenirken davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı olduğuna ilişkindir.
11.madde ise kendisine suç yüklenen herkesin; savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılamaya hakkı olduğuna değinmektedir.

67 ABTHŞ'nin 7.maddesi özel hayata ve aile hayatına saygıyı, 11.maddesi ifade özgürlüğünü, 12.maddesi toplanma ve dernek kurma özgürlüğünü, 20.maddesi kanun önünde eşitliği, 47.maddesi etkili bir kanun yoluna başvuru ve âdil yargılanma hakkını, 48.maddesi mâsûmiyet karinesini ve savunma hakkını, 49.maddesi ölçülülük ilkesini, 50.maddesi aynı suçtan dolayı iki kere yargılanmama veya cezalandırılmama hakkını düzenlemektedir. Bizi daha ziyade ilgilendirecek olan "İyi yönetilme hakkı" başlıklı 41.maddedir. 41.madde herkesin; kendisini olumsuz biçimde etkileyecek önlemler alınmadan önce dinlenilme hakkını, herkesin; gizliliğin meşrû yararlarına ve meslek sırlarına saygı göstermek kaydıyla dosyasına erişme hakkını, idarenin kararlarının gerekçelerini belirtme yükümlülüğünü düzenlemektedir.

68 ADİDK'de ölçülülük (orantılılık)(md.6), yetkililerin tarafsız ve bağımsız olması (md.8), bireylerin hak ve menfaatlerini ilgilendiren konularda yetkili kişinin karar verme sürecinin tüm aşamalarında karşı tarafın (dinlenilme) ve savunma hakkına saygı gösterilmesi (md.16), kararların gerekçelerini belirtme yükümlülüğü (md.18), yetkilinin ilgililere talep ettikleri bilgileri vermesi (md.22) hususları düzenlenmektedir.

69 Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Savcı Ferhat Sarıkaya'nın Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 69. maddesinin son fıkrasına göre meslekten ihracına karar vermiştir. http://www.hukuki. net/archive/index.php?t-9857. html, (Erişim Tarihi: 19.06.2018).

Disiplinel olmayan meslekten çıkarma kavramı, Türk idare hukuku için yeni bir kavramdır. 15 Temmuz 2016 darbe girişiminden sonra Danıştay[70] ve Anayasa Mahkemesi[71] ilk kararlarında, "*Meslekten veya kamu görevinden çıkarma; adlî suç veya disiplin suçu işlenmesi karşılığında uygulanan yaptırımlardan farklı olarak"* ifadesini kullanmışlar, kanun hükmünde kararnameye dayanılarak yapılan ihraçların disiplin hukuku içinde olmadığını ve disiplinel olmayan ihraç sınıfına girdiğini açıkça belirtmişlerdir.

Disiplinel olmayan meslekten çıkarma, aşağıda ayrıntılarını vereceğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Vilho Eskelinen kararı ile daha fazla hayat bulmuştur.

Ancak darbe girişiminden sonra çıkarılan olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin neredeyse tamamında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu başta olmak üzere ilgili kanunlardaki meslekten çıkarma usûlleri bertaraf edilerek, disiplinel olmayan meslekten çıkarma cezaları yer almıştır. 667 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi'nden başlayarak 681 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi'ne[72] kadar geçen zamanda çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerle disiplinel olmayan ihraç kararları verilmiştir.

IV. MESLEKTEN ÇIKARMA KARARLARININ YER ALDIĞI OLAĞANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİNİN NİTELİĞİ VE YARGISAL DENETİMİ SORUNU

Disiplinel olmayan ihraçların olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile yapılmış olması ve bu kanun hükmünde kararnamelerin TBMM'nde kanunla kabûl edilmiş olması karşısında, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin niteliği ve yargısal denetiminin de incelenmesi gerekmektedir. 1982 Anayasası'nın mülga 120. maddesine göre anayasal düzeni ortadan kaldırmaya yönelik belirtilerin ortaya çıkması halinde, yine Anayasa'nın mülga 121/3. maddesi hükmüne göre, "*Olağanüstü hâl süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir"*di.

Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin denetimi konusun-

---

70 Danıştay 5. Dairesinin 04.10.2016 tarihli ve E. 2016/8196, K. 2016/4066 sayılı kararı. https://legalbank.net/belge/madde-15/1327923/ilgili-mahkeme-kararlari

71 Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun, Anayasa Mahkemesi üyeleri Alparslan Altan ve Erdal Tercan'ın hukukî durumlarıyla ilgili verdiği 04.08.2016 tarihli ve E. 2016/6, K. 2016/12 sayılı kararı (prg.79) için bkz. http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/717f7c20-b696-4379-84f6-dfb568f8844a?excludeGerekce=False&wordsOnly=False.

72 667 sayılı KHK için bkz. 23 Temmuz 2016 tarihli ve 29779 sayılı RG. 681 sayılı KHK için bkz. 6 Ocak 2017 tarihli ve 29940 (Mükerrer) sayılı RG.

da ise Anayasa'nın 148/1.maddesi "….*olağanüstü hâllerde ... çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılamaz*" şeklindeydi. 2017 yılında yapılan değişiklikten sonra 148/1.maddeye göre "*Anayasa Mahkemesi kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin .....Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar….Ancak olağanüstü hallerde….çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılamaz*."

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde onaylanan metin kanun hâline geldiğinden tartışmasız şekilde Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tâbi olacaktır[73]. Anayasa Mahkemesi de geçmişteki içtihadında; olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onay aşamasından sonra diğer kanun hükmünde kararnameler gibi kanuna dönüşeceklerini ve bu kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenebileceğini, bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesinin Anayasa'nın çizdiği sınırlar dâhilinde çıkarılmış bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi mi, yoksa adı olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olmakla birlikte yer, konu ve zaman yönünden yetki kurallarına açıkça aykırı olarak çıkarılmış bir olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi mi olduğunu belirleyebileceğini kabûl etmiştir[74].

Anayasa Mahkemesi 15 Temmuz darbe girişiminden sonra, Anayasa'nın 148/1.maddesinde yer alan "*... Olağanüstü hâllerde, ... çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılamaz*" hükmüne istinaden, 668 ve 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin soyut norm denetimi yetkisi dışında kaldığı yönünde kararlar vermiştir[75].

[73] KUZU, Burhan: Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul 1985, s.384-410; ESENDEMİR, Ferit Deniz: agt., s.46-47.

[74] GÜNDAY, Metin: "Olağanüstü Hal İhraç Kanun Hükmünde Kararnameleri ve Hukukî Durum", Ankara Barosu Dergisi, S.1, Y.2017, s. 32–33. Anayasa Mahkemesi'nin 10.01.1991 tarihli ve E.1990/25, K.1991/1 sayılı kararı. (http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b1077894-6c60-4143-b866-5918178b684e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False); Anayasa Mahkemesi'nin 22.05.2003 tarihli ve E.2003/28, K.2003/42 sayılı kararı için bkz. 16 Mart 2004 tarihli ve 25404 sayılı RG. Anılan kararlarda Anayasa Mahkemesi, "*Anayasa'ya göre, sıkıyönetim ve olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri üzerinde tek denetim, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin denetimidir. ... Anayasa koyucu olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin daha çabuk bir yöntemle incelenmesini amaçlamaktadır. Meclis bu kararnameleri hemen görüşecek, gerekli görürse değiştirecek ve bu kararnameler onaylanmış biçimleriyle diğer kanun hükmünde kararnameler gibi yasaya dönüşecektir. Bu yasalar ise Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebilecektir. Anayasa, denetim yasağını olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin yasalaşmadan önceki evresi için koymuştur*" kanaatindedir. Kanunlaşan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin yargısal denetimi konusunda daha fazla bilgi için bkz. BARIN, Taylan: "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması ve Sınırlanması Arasında: Kanunlaşan OHAL KHK'larının Yargısal Denetimi", Ankara Üniversitesi SBF. Dergisi, s.3-31.

[75] Anayasa Mahkemesi'nin 12.10.2016 tarihli ve E.2016/166, K.2016/159 sayılı kararı için ve Anayasa Mahkemesi'nin 12.10.2016 tarihli ve E.2016/167, K.2016/160 sayılı kararı için bkz. 4 Kasım 2016 tarihli ve 29878 sayılı RG.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, hakkında bir karar verilmeyen olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin idarî işlem niteliğinde oldukları kabûl edilirse[76], olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle veya bu olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin tanıdığı yetkileri kullanarak tesis edilen birel veya düzenleyici nitelikteki işlemlerin de Anayasa'nın 125/1. maddesine göre idarî yargı denetimine tâbi olmaları gerektiği açıktır[77].

Bu kapsamda, doğrudan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile meslekten çıkarılan kamu görevlilerinin göreve iade edilmeleri için açtıkları iptal davalarında Danıştay görevsizlik kararı vermiş ve dosyayı ilk derece mahkemesine göndermiştir. Bu kararda Danıştay, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerine dayalı olarak yapılan kamudan ihraç işlemini yargı denetimi dışında kalan bir işlem olarak değerlendirmemiştir.

Danıştay'ın anılan kararlarından sonra yürürlüğe konan 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kamudan ihraç işlemlerine karşı doğrudan dava yoluna başvurmadan Komisyona zorunlu idarî başvuru yolu (685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 1/3. maddesi) öngörülmüştür. Diğer yandan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerine dayanarak ilgili kamu idaresi veya ilgili kurullar tarafından meslekte kalmalarının uygun olmadığına, meslekten ihraç edilmelerine karar verilenler ise ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da dava açabileceklerdir (685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 11/2. maddesi)[78].

Olağanüstü halin koşullarının gerektirdiği hallerde bile, bireysel işlemlerin düzenleyici işlemlerle yapılması uygun olmayacaktır. Bu bağlamda düzenleyici bir işlem olan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle kişiye özel düzenleme yapmak, hukuk tekniği açısından yanlış olacaktır[79].

---

76 ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 14. Bası, Ankara, 2013, s.371.

77 ESENDEMİR, Ferit Deniz: agt., s.52-53.

78 ESENDEMİR, Ferit Deniz: agt., s.54-56. 685 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 1/3. maddesi: "*Komisyonun görev alanına giren konularda daha önce herhangi bir yargı merciine başvurmuş veya dava açmış olanlar için de 7. maddedeki usûl ve süreler uygulanır*." 685 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 11/2. maddesi: "*22/7/2016 tarihli ve 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 üncü maddesinin birinci fıkrası ile 18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilenler, kararın kesinleşmesinden itibaren altmış gün içinde ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'a dava açabilir*".

79 GÖZLER, Kemal: "15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme", Ankara Barosu Dergisi, S.1, Y.2017, s.6-7.

V. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA YER ALAN MESLEKTEN ÇIKARMA CEZALARINA İLİŞKİN TEMEL İLKELER

A. Meslekten Çıkarma Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanabilirliği Kapsamında İncelenmesi

Bir uyuşmazlığa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ve dolayısıyla âdil yargılanma hakkı güvencelerinin uygulanabilmesi için, önce bahse konu uyuşmazlık türünün Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamına girdiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabûl edilmelidir[80]. Diğer bir deyişle 6. madde kapsamında bulunmayan bir uyuşmazlıkta, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve diğer mahkemeler nezdinde âdil yargılanma hakkı ile ilgili Sözleşme güvenceleri ileri sürülemeyecektir.

Sözleşme'nin 6/1. maddesinde geçen "*medenî haklara ve yükümlülüklere ilişkin uyuşmazlık*" ibaresi nedeniyle idarî yargının görev alanına giren uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 6/1. maddesi kapsamında bulunup bulunmadığı hususunda tereddüt bulunmaktaydı. Aşağıda inceleyeceğimiz kararlardan sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; 6. maddenin "kamu görevlileri ile kamu kurumları arasında ortaya çıkan personel hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar" bakımından da uygulanabileceğine karar vermiştir.

---

[80] AKBULUT, Emre: "Kamu Görevlileriyle İlgili İdarî Davalarda Âdil Yargılanma Hakkının Uygulanabilirliği: Pellegrin'den (1999) Baka'ya (2016) İHAM Perspektifi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.2017, S.29, s.226. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olan AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan âdil yargılanma hakkı, esasen "*Mahkemeye erişim hakkı, çekişmeli yargılama hakkı, silâhların eşitliği ilkesi, gerekçeli karar hakkı, makûl sürede yargılanma hakkı*" gibi çok sayıda hak ve güvenceyi kapsamına almaktadır. Âdil yargılanma hakkının ve kapsamına aldığı güvencelerin içeriği, anlamları ve uygulanma koşulları da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ile ortaya çıkmaktadır. AİHS'nin 6.maddesi: " *1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makûl bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir. 2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır. 3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgarî haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.*"

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. Maddesi Kapsamında Kamu Görevlileri

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına göre – idarî davalara konu olanlar da dâhil olmak üzere – ceza davaları dışındaki herhangi bir uyuşmazlığın Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi için iki koşul bir arada gerçekleşmelidir: Bu çerçevede, "iç hukukta tanınan veya en azından tanındığı ileri sürülebilen bir hakka ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olmalı" ve "sözkonusu hak medenî nitelik taşımalı"dır[81].

Bu tanımdan anlaşılacağı üzere Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına göre; iç hukukta dava konusu edilebilecek şekilde tanınmış bir hak yok ise, bu hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır[82]. 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ihraçlarla ilgili olarak yargı yolu kabûl edildiğinden bu madde hükmüne göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ihraçlar nedeniyle yapılan başvuruları ancak iç hukuk yolu tüketildikten sonra inceleyebilecektir. Kamu görevlileriyle ilgili idarî uyuşmazlıklar açısından asıl önemli husus, 6.maddenin 1. fıkrasının uygulanmasıyla ilgili ikinci koşula ilişkindir. Çünkü bu tür uyuşmazlıklar niteliği gereği doğrudan veya dolaylı olarak kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu gücü/otoritesi/egemenliği kullanımıyla bağlantılı olduğundan, bunların 6. madde anlamında "medenî" bir hak veya yükümlülüğe ilişkin olmadıkları iddia edilebilecektir.

Sözleşme'de geçen 'medenî' ibaresi, taraf devletin iç hukuk mevzuatındaki yorumlamaya bağlı bir terim olmayıp, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku'nun otonom bir kavramıdır (König v. Almanya 1978) ve uyuşmazlığın Sözleşme'nin 6/1. maddesi kapsamında olup olmadığı hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından belirlenecektir[83]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına bakıldığında, Sözleşme'nin 6. maddesinde geçen "medenî" ibaresinin ne anlama geldiği konusunda Mahkeme'nin genel bir tanım yapmaktan kaçındığı görülmektedir[84]. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi diğer hususlarda olduğu gibi bu durumda da içtihadı ile yol göstermektedir. "Kamu görevlilerine ilişkin idarî uyuşmazlıkların hangi hallerde 6. madde kapsamında kabûl edileceği"ne ilişkin genel bazı kriterlerin belirlendiği Pellegrin, Eskelinen ve Baka kararlarını bu anlamda incelemek gerekmektedir.

---

81 AKBULUT, Emre: agm., s.228; DOĞRU, Osman-Atillâ NALBANT: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 1, Ankara 2012, s.609.

82 DOĞRU, Osman-Atillâ NALBANT: age., s.611; AKBULUT, Emre: agm., s.229; AİHM'nin 8848/80 no.lu Benthem/Hollanda başvurusu ile ilgili 23.10.1985 tarihli kararı, prg.32.

83 DOĞRU, Osman-Atillâ NALBANT: age., s.610; MOLE, Nuala- Catharina HARBY: The Right to A Fair Trial, A Guide to the Implementation of Article 6 of the ECHR, Human Rights Handbooks No.3, Belgium: Council of Europe, 2006, s.11, https://rm.coe.int/168007ff49 (Erişim Tarihi: 20.06.2018).

84 AKBULUT, Emre: agm., s.229.

2. Pellegrin/Fransa Kararı: Başvurucunun Medenî Hak ve Yükümlülükleri ile İlgili Uyuşmazlık ve Egemenlik Yetkisinin Kullanılması Kriteri

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1999 yılında verdiği Pellegrin/Fransa[85] kararında, idare ile kamu görevlileri arasında yaşanan uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında "medenî hak ve yükümlülüklerin belirlenmesiyle ilgili uyuşmazlık" şeklinde tanımlanıp tanımlanmayacağını ele almıştır.

Mahkeme'nin Pellegrin kararında belirlediği ölçüte göre, kamu görevlileriyle ilgili bir uyuşmazlığın 6. madde kapsamında medenî hak ve yükümlülüklere ilişkin bir uyuşmazlık olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, uyuşmazlığın niteliğine göre değil, kamu görevlisinin kadrosuna bağlı görev ve yetkilere göre belirlenecektir. Diğer bir deyişle kamu görevlisinin kadrosunun uhdesinde bulunan yetkiler, kamu hukukundan kaynaklanan yetkiler ise veya kadroya bağlı görevler devletin genel menfaatlerinin korunmasına yönelik görevler ise, bu kamu görevlilerinin devletin egemenlik yetkisinin kullanımına katıldıkları ve bu görevliler ile idare arasında göreve ilişkin olarak gündeme gelen uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 6/1. maddesinin kapsamı dışında kaldıkları kabûl edilecektir[86].

Pellegrin kararına göre silâhlı kuvvetler ve polis kadroları ile kamu düzeninin korunmasına yönelik görevlerin icra edildiği diğer kadrolar, yargı erkinin kullanılmasına ve vergi yönetimine ilişkin kadrolar, diplomatik kadrolar ve bakanlıklara, bölgesel ve yerel yönetimlere, merkez bankalarına ve diğer kamu kurumlarına ait olup mevzuat hükümlerinin hazırlanması, uygulanması ve uygulanmasının denetlenmesi gibi görevlerin icra edildiği kadrolar "devlet egemenliğinin kullanımına katılan" kadrolar kapsamında kabûl edilecektir.

3. Vilho Eskelinen/Finlandiya Kararı: Uyuşmazlığın İki Aşamalı Teste Tâbi Tutulması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Pellegrin kararındaki egemenlik yetkisine katılma veya egemenlik yetkisini kullanma kriterini gözden geçirmiş, 2007 yılında Vilho Eskelinen ve diğerleri v. Finlandiya[87] kararı ile yeni bir kıstas ortaya koymuştur.

Öncelikle davalı Finlandiya Hükûmeti, uyuşmazlık konusu hakkın varlığına ve sivil niteliğine itiraz ederek somut olayda Sözleşme'nin 6. maddesinin

---

85 AİHM Büyük Daire (Grand Chamber)'nin 28541/95 no.lu Pellegrin/Fransa başvurusu ile ilgili 08.12.1999 tarihli kararı.

86 AKBULUT, Emre: agm., s.234-235. Mahkemenin değerlendirmesi için bkz. Pellegrin/Fransa kararı, prg.64-67.

87 AİHM Büyük Daire (Grand Chamber)'nin 63235/00 no.lu Vilho Eskelinen ve diğerleri/Finlandiya başvurusu ile ilgili 19.04.2007 tarihli kararı.

uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi başvuruyu 6. maddenin uygulanabilirliği noktasında incelemiş, başvurucuların iç hukukta ileri sürebilecekleri bir hakkın var olduğu tespitini yaptıktan sonra, bu hakkın sivil nitelik taşıyıp taşımadığını ele almıştır. Mahkeme'ye göre somut uyuşmazlık, Pellegrin kararı ile benimsenen kriterin uygulamada normal olmayan sonuçlar doğurabileceğini göstermektedir. Çünkü Pellegrin kararında, polis memuru olan ve bu nedenle kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanımına katılan başvurucular 6. maddenin 1. fıkrasında öngörülen teminattan yararlanamayacak iken; büro görevlisi olan başvurucu, herhangi bir kamusal yetki kullanmadığı için anılan madde kapsamındaki güvencelerden faydalanacaktır. Halbuki; başvuruculaların tamamı açısından maddî uyuşmazlık konusu aynıdır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre Pellegrin kararı uygulamada, istenildiği gibi bir hukukî öngörülebilirlik ortaya koyabilmiş de değildir[88].

Mahkeme, Eskelinen kararında kamu görevlileri ile kamu otoriteleri arasındaki uyuşmazlıkların "medenî hak ve yükümlülüklere ilişkin uyuşmazlık" olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğinin belirlenmesi noktasında, Pellegrin kararıyla ortaya koyduğu ölçütü önemli ölçüde değiştirmiş ve iki aşamalı yeni bir ölçüt benimseyerek, 6. maddenin uygulama alanını genişletmiştir.

Birinci aşamada; bir yandan başvurucu kamu görevlisi, iç hukuk uyarınca açık bir şekilde mahkemeye erişme hakkından mahrum edilmiş olmalıdır. İkinci aşamada; diğer yandan Sözleşme'nin 6.maddesinde güvence altına alınan haktan yoksun bırakma (kısıtlama) devletin menfaati ile ilgili haklı sebeplere dayanmalıdır. Başka bir anlatımla ikinci aşamada bu kısıtlılık olgusu, "*somut uyuşmazlığın niteliği*" açısından "*haklı görülebilirlik*" testinden geçirilecektir. İkinci aşama testin uygulanmasında, başvurucunun hangi kamu hizmetinin yürütülmesinde veya hangi kadroda çalıştığı değil, kamu görevlisi ile idare arasındaki somut uyuşmazlığın niteliği gözönünde bulundurulacaktır[89]. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 6. maddesinin bir memura uygulanmasının kısıtlanabilmesi için, taraf devletin; ihtilâfın konusunun devlet otoritesinin kullanımı ile ilgili olduğunu ispatlaması ya da ilgili ile devlet arasında özel bir güven ya da sadakat ilişkisinin varlığını ortaya koyması gerekmektedir[90]. Bu halde "İhtilâf konusunun kamu hukukundan kaynaklanan yetkilerin kullanılmasıyla ilgili olup olmadığı" sorunu çözülecektir. Bu sorunun olumlu şekilde çözümünden sonra, devlet ile başvurucu arasındaki özel güven ve sadakat bağından hareketle "mahkemeye erişim hakkını sınırlandırma" olgusunu haklı gösteremediği sonucuna ulaşılacaktır[91].

88 AKBULUT, Emre: agm., s.239.
89 AKBULUT, Emre: agm., s.241-242.
90 DOĞRU, Osman-Atillâ NALBANT: age., s.613.
91 AİHM'nin 58222/09 no.lu Jurıčić / Hırvatistan başvurusu ile ilgili 26.07.2011 tarihli kararı (Mahkeme, bir idare mahkemesi hâkiminin Anayasa Mahkemesi üyeliği için yaptığı başvuru sonrasında Parlâmento

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği Eskelinen kararından sonra Pellegrin kararının geçerliliği kalmamıştır. Nitekim Mahkeme, Eskelinen kararından sonra kamu görevlilerinin meslekten ihracı ile ilgili vermiş olduğu kararlarda sadece Eskelinen kararına atıf yapmaktadır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yakın zamanda verdiği Baka/Macaristan kararında da Eskelinen kararında belirlediği ilkeleri uygulamıştır.

4. Baka/Macaristan Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi Baka kararı ile Macaristan Yargıtay Başkanı'nın görevine son verilmesine ilişkin başvuru üzerine kamu görevlileriyle ilgili idarî nitelikli uyuşmazlıklarda âdil yargılanma hakkının uygulanabilirliği sorununu tekrar ele almış ve Eskelinen içtihadı ile ortaya konulan ilkelerin geçerliliğini ve uygulanma biçimlerinin sağlamasını yapmıştır[92].

Baka başvurusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İkinci Dairesinin 27.05.2014 tarihinde verdiği karardan[93] sonra Macaristan Hükümeti karara itiraz etmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Dairesi, Eskelinen kriterleri çerçevesinde somut olayda başvurucunun iç hukukta ileri sürebileceği bir hakka dair somut nitelikte bir uyuşmazlık bulunduğu tespitini yapmıştır: Baka kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi, -İkinci Daire'den farklı olarak- Eskelinen kriterlerinden birincisi olan "*iç hukukta mahkemeye erişimin açıkça engellenmesi*" kriteri bakımından iki önemli tespitte bulunmuştur. İlk tespite göre, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde yapılan başvuruya konu uyuşmazlık bakımından iç hukukta dava açma hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı, söz konusu uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarihe göre değil, öncesine göre belirlenecektir*"[94]. Buna göre iç hukukta uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce mahkemeye erişimin açıkça kısıtlanmadığı hallerde, Eskelinen kriterlerinden birincisi gerçekleşmemiş sayılacak ve Sözleşme'nin 6/1. maddesi uygulanacaktır.

Büyük Daire'nin Baka kararında ortaya koyduğu ikinci tespit, iç hukukta mahkemeye erişimin açıkça engellenmiş sayılabilmesi için söz konusu engellemenin genel bir nitelik taşıması gerektiğidir. Bunun anlamı belirli bir şahsa yönelik, genel nitelikte olmayan yasal düzenleme ile mahkemeye erişimin kısıtlanması, Eskelinen kriterlerinin gerçekleşmesi bakımından yeterli sayılamayacaktır.

---

tarafından üye seçilmemesine ve diğer bir adayın Anayasa Mahkemesi üyesi olarak belirlenmesine ilişkin uyuşmazlığı bile Sözleşme'nin 6/1. maddesi kapsamında değerlendirmiştir). Farklı kararlar için bkz. AİHM'nin 22412/05 no.lu Nazsız/Türkiye başvurusu ile ilgili 26.05.2009 tarihli kararı ve 59773/00 no.lu Suküt/Türkiye başvurusu ile ilgili 11.09.2007 tarihli kararı.

92 AİHM Büyük Daire (Grand Chamber)'nin 20261/12 no.lu Baka/Macaristan başvurusu ile ilgili 23.06.2016 tarihli kararı; AKBULUT, Emre: agm., s.244-245.

93 AİHM İkinci Daire'nin 20261/12 no.lu Baka/Macaristan başvurusu ile ilgili 27.05.2014 tarihli kararı, prg.7-31.

94 AKBULUT, Emre: agm., s.246-248.

Baka kararındaki yeni ilkeye göre, bir kamu görevlisi ile kamu kurumu arasında ortaya çıkacak uyuşmazlık kural olarak Sözleşme'nin 6/1. maddesi kapsamında medenî haklara ilişkin bir uyuşmazlık kabûl edilecek ve kamu görevlisi bu uyuşmazlıkta âdil yargılanma hakkına ilişkin Sözleşme güvencelerinden yararlanacaktır.

Bu kuralın aksi, ancak iki koşulun bir arada gerçekleşmesi durumunda geçerli olabilecektir. Bu koşullar;

1- Uyuşmazlık konusunu oluşturan hak veya yükümlülük açısından kamu görevlisinin mahkemeye erişiminin iç hukukta açıkça sınırlandırılmamış olması (Eskelinen kararı), bu sınırlamanın kamu kurumu ile kamu görevlisi arasında uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce var olması (Baka kararı) ve yine söz konusu sınırlamanın dayanağının genel nitelik taşıması, belli bir şahsa yönelik olarak ihdas edilen özel bir norm olmaması (Baka kararı) ve

2- İlgili kamu görevlisi açısından mahkemeye erişimin kısıtlanmasının, kamu görevlisi ile idare arasındaki somut uyuşmazlığın niteliği göz önünde bulundurularak haklı gösterilebilmesidir (Eskelinen kararı). Anılan iki koşuldan herhangi birinin gerçekleşmediği ya da birinci koşul bakımından Baka kararıyla ortaya konulan ilkelere aykırılığın olduğu her durumda kural uygulanacak ve uyuşmazlığın idarî niteliği gerekçe gösterilerek, ilgili kamu görevlisinin âdil yargılanma hakkı güvencelerinden yararlanması engellenemeyecektir[95].

Türk idarî yargı mercilerinin; kamu görevlileriyle ilgili derdest tüm davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin her iki kararı uyarınca - Sözleşme'nin 6. maddesi ile güvence altına alınan silâhların eşitliği prensibi, çekişmeli yargılama hakkı, gerekçeli karar hakkı, makûl sürede yargılama gibi - âdil yargılanma hakkı kriterlerini uygulamaları gerektiği düşünülmektedir. Ayrıca Eskelinen ve Baka kararları gereğince, iç hukukta mahkemeye erişimin mümkün olduğu kamu görevlileriyle ilgili hiçbir uyuşmazlıkta, memurun niteliği veya uyuşmazlığın özelliği öne sürülerek 6. madde teminatının uygulanamayacağı ileri sürülemeyecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Eskelinen ve Baka içtihadının Türk idare hukuku açısından önem arzeden diğer bir yönü ise, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 2014-2015 yıllarında çıkarılan ve belli kadrolardaki kamu görevlilerinin tamamının görevine aynı anda son verilmesini öngören kanun hükümlerine ilişkindir (6524 sayılı Kanunla 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda yapılan değişiklikler gibi)[96]. Bu durumda kamu görevlilerinin gö-

[95] AKBULUT, Emre: agm., s.250.

[96] 15.02.2014 tarihli ve 6524 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun için bkz. 27 Şubat 2014 tarihli ve 28926 mükerrer sayılı RG; 11.12.2010 tarihli ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu için bkz. 18 Aralık 2010 tarihli ve 27789 sayılı RG.

revlerine yasa kuralı ile son verildiği için, ilgililer görevlerine son verilmesine karşı idare mahkemeleri nezdinde dava açamamaktadırlar. Bu durum görünürde Eskelinen kararına konu olan koşullardan birincisinin, yani *"iç hukukta uyuşmazlığın dava konusu edilmesinin açıkça kısıtlanması"* şartının yerine getirildiği izlenimini yaratmaktadır. Ancak görevden alınma gerçekleşmeden önce iç hukukta var olmayan dava açma kısıtlamasının sonradan, uyuşmazlık konusu tasarrufla aynı anda ortaya çıkması, Mahkeme'nin Baka kararında belirttiği ilkeler doğrultusunda yeterli kabûl edilemeyecektir. Bunun sonucunda görevine yasa hükmü ile son verilen ve bu nedenle Anayasa gereği göreve son verme işleminin iptali istemiyle iç hukukta idarî dava açamayan kamu görevlileri, yasanın yürürlüğe girmesinden önce, görevden alınma şeklinde tesis edilen işlemlere karşı dava açmalarının iç hukukta mümkün olması sebebiyle - görevlerine devam etmelerinin iç hukukta ileri sürülebilir bir hak oluşturduğunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabûl edilebilmesi koşuluyla - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde Sözleşme'nin 6. maddesine dayanarak başvuruda bulunabileceklerdir [97].

B. Meslekten Çıkarma Kararlarının Tesisinde ve Yargı Yolu İncelenmesinde Âdil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. Maddesi)

Yukarıdaki meslekten çıkarma kararlarına 6. maddenin uygulanabilirliğine ilişkin temel taşı teşkil eden Pellegrin, Eskelinen ve Baka kararları haricinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu kararların tesisi, kanıtların değerlendirilmesi ve kabulü ile bu kararlara ilişkin yargı yolu incelemesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre ihlâl kararları vermiştir.

Açıkça keyfî olmadıkça, belirli bir kanıt türünün, örneğin iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilmiş kanıtların kabûl edilebilir olup olmadığına veya başvurucunun suçlu olup olmadığına karar vermek, Mahkeme'nin işi değildir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dördüncü derece temyiz mercii değildir. Mahkeme'nin cevap vermesi gereken soru, kanıtların elde edilme yolu dâhil, yargılamanın bir bütün olarak âdil olup olmadığı sorusudur. Bu, söz konusu 'hukuka aykırılığın' ve eğer Sözleşme'deki bir hakkın ihlâli söz konusu ise tespit edilen ihlâlin niteliğinin incelenmesini de içerir (Khan/Birleşik Krallık, Allan/Birleşik Krallık)[98].

Bu kapsamda ifade etmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; Sözleşme'nin 6/1. maddesi dâhilinde bir yargısal sürecin âdil olup olmadığına

[97] AKBULUT, Emre: agm., s.251-252.

[98] DOĞRU, Osman-Atillâ Nalbant: age., s.637-641. AİHM'nin 35394/97 no.lu Khan/Birleşik Krallık başvurusu ile ilgili 12.05.2000 tarihli kararı prg.34-37; AİHM'nin 48539/99 no.lu Allan/Birleşik Krallık başvurusu ile ilgili 5.12.2002 tarihli kararı, prg.42-43.

karar verirken, yargısal sürecin tamamını dikkate almaktadır. Olayın mahkemeye yansımasından önce gerçekleşen bazı usûlî eksiklikleri - yargı aşamasında bağımsız mahkemeler tarafından tamamlandığı takdirde - âdil yargılama ihlâli olarak görmemektedir.[99]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu kararlar doğrultusunda, meslekten çıkarma kararlarında hukuka aykırı elde edilmiş kanıtların elde edilme yöntemini sorgulamayacaktır. Ancak bu idarî kanıtlara karşı idarî savunma hakkı verilmemesi veya yargılama aşamasında etkin bir şekilde kullandırılmaması, tanık dinletme hakkı verilmemesi ve delillerin ihraç edilen kişiye gösterilmemesi gibi hususlar karşısında, disiplin soruşturması, disiplinel olmayan ihraç kararı ve idarî yargı kararlarını doğrudan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. maddesine aykırı bulma durumu sözkonusu olabilir. Kaldı ki; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir kararında [100], delillerin değerlendirilmesinde açık keyfîlik ve haksızlık olduğu gerekçesiyle Türkiye'nin aleyhine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başka bir kararında da idarî yargıda, davacı şahsın beyanının duruşmada alınmaması ve tanık dinletme hakkının kısıtlanması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından uygulanan idarî para cezasına ilişkin başvuruda, duruşma yapmamayı haklı gösterebilecek istisnaî durumlar haricinde, başvuranların "kendisinin dinlenmesi" ve özellikle sözlü olarak kendisini savunma, aleyhindeki beyanları dinleme, tanıkları sorgulama ve karşı sorgulama imkânlarından faydalanabildiği bir duruşma usulü gerçekleştirilmesine özel bir önem atfetmekte olduğunu vurgulamıştır[101]. Duruşmayı da doğal olarak sadece davanın taraflarının dinlendiği bir oturum olarak değil, tanıkların ifadelerine başvurulan, çapraz sorgu imkânının tanındığı bir hak olarak görmektedir. Bu anlamda Türk idarî yargı sisteminde – idarî para cezaları ve vergi cezalarına karşı – idarî yargıda açılan davalarda tanık dinlenmemesi Sözleşmeye aykırılık oluşturmaktadır[102]. Bu nedenle meslekten çıkarma kararlarında şahsın kendisinin dinlenmesi veya gösterdiği tanıkların dinlenmesinin reddedilmesi halinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin evleviyetle Avrupa

---

99 AİHM'nin 20772/92 no.lu Helle v. Finlandiya başvurusu ile ilgili 19.12.1997 tarihli kararı, prg.54, www.hudoc.coe.int (Erişim Tarihi: 26.06.2018).

100 AİHM'nin 22909/93 no.lu Waldberg/Türkiye başvurusu ile ilgili 06.09.1995 tarihli kararı (Başvurucu Diyarbakır'da yaşamaktadır ve evinde yapılan aramada ele geçirilen el yazması notların kendisine ait olmadığını ısrarla savunmasına rağmen, notlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmamıştır).

101 AİHM'nin 11529/02 no.lu Turan/Türkiye başvurusu ile ilgili 4 Mart 2008 tarihli kararı.

102 ARDIÇOĞLU, Artuk: "İdari Yargıda Tanık", Yaklaşım Dergisi, S. 215, Y.2010; http://www.adaletbiz.com/idari-yargida-tanik-makale,65.html (Erişim Tarihi: 19.06.2018).

İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. maddesinin ihlâline karar verebileceği değerlendirilmektedir.

Mahkemenin resmî internet sitesinde yayınlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi rehberinde, "*Mahkemeye başvuru hakkı ve erişim hakkı mutlak değildir. Sınırlamalara tâbi olabilirler; ancak söz konusu sınırlamalar, bireye bırakılan erişimi, söz konusu hakkın özüne halel getirecek derecede kısıtlamamalı veya indirgememelidir"*[103] açıklaması yer almaktadır. Ancak bu açıklama ve aşağıda yer alan Haralambie/Romanya kararı birlikte değerlendirildiğinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, istihbarat raporlarının ilgili kişiden saklanmaması ve bu raporlara karşı kamu görevlilerinin tezlerini ileri sürebilmesi için kendilerine açık, pratik ve etkin fırsat tanınması gerekmektedir. Yargılama safhasında bu tezlerin ileri sürülebilmesi için açık, pratik ve etkin fırsat tanınmadığı takdirde doğrudan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. ve 8. maddeleri ihlâl edilmiş olacaktır[104].

Buna benzer Joksas/Litvanya kararında[105], başvuran şahsî görüşleri nedeniyle orduda ayrımcılığa maruz kaldığını ileri sürerek, idarî yargı mercii önünde yaş haddi nedeniyle emeklilik kararına itiraz etmiş ve mahkemeden, "başvuranın taburunda olup yaş nedeniyle ordudan çıkarılması gereken diğer askerler hakkında bilgi toplayıp analiz etmeleri"ni talep etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucuya herhangi bir disiplin yaptırımı uygulanmamış olması, başvuran ve diğer askerlerin emeklilik yaşına geldikleri halde sözleşmeleri sona erinceye kadar görevde kalmaya hak kazanmaları, başvuranın aksine, diğer kişilerin askerî meslek ihtisas kodlarının bulunduğunu kaydederek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. ve 14. maddelerine dayanarak yapılan başvuruyu reddetmiştir.

Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararında; başvuranın durumu ile sözleşmeleri sona ermeden önce emeklilik yaşları gelmiş olduğu halde görevlerine devam etmelerine izin verilen diğer askerlerin durumu arasında bir kıyaslama yapmanın zarurî olduğunu, yerel mahkemelerin başvurana delil edinme konusunda yardımcı olmadığını, başvurana davasını savunabilmesi için gerekli imkânlar sağlanamadığını, dolayısıyla yerel mahkemeler önündeki yargılamalar bir bütün olarak ele alındığında, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin anlamı dâhilinde âdil ve kamuya açık bir duruşma yapılması koşulunu karşılamadığını belirterek Avrupa

---

103 AİHM'nin 12964/87 no.lu De Geouffre de la Pradelle / Fransa başvurusu ile ilgili 16.12.1992 tarihli kararı, prg. 28.

104 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf, (Erişim Tarihi: 19.06.2018).

105 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mahkeme İçtihadına İlişkin Bilgi Notu, S.168, Kasım 2013, s.21, https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2013_11_168_TUR.pdf, (Erişim Tarihi: 19.06.2018). AİHM'nin 25330/07 no.lu Joksas/Litvanya başvurusu ile ilgili 12.11.2013 tarihli kararı.

İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Sonuç olarak, yukarıdaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, meslekten çıkarma kararlarında istihbarat raporlarına karşı kamu görevlilerinin tezlerini ileri sürebilmesi için kendilerine açık, pratik ve etkin fırsat tanınmaması; başvurucunun dinlenmemesi veya gösterdiği tanıkların dinlenmemesi, hükmü etkileyecek delillerin toplanmaması veya delillerin değerlendirilmesinde açık keyfîlik ve haksızlık olması gibi yargılamanın bir bütün olarak âdil olmadığı ve savunma haklarına riayet edilmediği durumlarda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (ve duruma göre 8. maddesi) ihlâli oluşabilecektir.

C. Meslekten Çıkarma Cezalarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/2. Maddesi (Mâsûmiyet Karinesi) Kapsamında İncelenmesi

Özel hayata ve aile yaşantısına saygı Sözleşme'nin 8. maddesi ile teminat altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre meslekî hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetler de özel hayat kapsamı içerisindedir.[106] Bu anlamda ihraç kararlarına karşı yapılan başvuruların özel hayat alanında kabûl edilerek 8.madde kapsamında da inceleneceği değerlendirilmektedir. Bu kamu görevlilerinden sadece haklarında disiplin soruşturması yanında ceza soruşturması ve kovuşturması açılan, haklarında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilen veya beraat kararı verilen memurların bu yola başvuracağı düşünülebilir. Ancak yürütme ve yargı organları temsilcilerinin salt beyanları karşısında meslekten çıkarma kararları ile birlikte mâsûmiyet karînesi itirazı öne sürüldükten ve iç hukuk yolu tüketildikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde başvuru konusu yapılabilir. Zira Olağanüstü Hal Komisyonunun ret kararlarına karşı ve 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ihraç edilen bazı kamu görevlileri açısından idarî yargı yolu açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; yargıcın yargılama dışında suçlayıcı ifadeler kullanması (Kyprianou/G.Kıbrıs)[107], kamu görevlilerini soruşturmada suçlayıcı ifadelerde bulunulması (Allent ve Ribemont/Fransa)[108] ve devlet başkanının soruşturmaya müdahale eder nitelikteki açıklamaları nedeniyle (Panteleyenko/Ukrayna)[109] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/2. maddesindeki mâsûmiyet karînesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

---

106 AİHM'nin 18650/05 no.lu Sodan/Türkiye başvurusu ile ilgili 02.02.2016 tarihli kararı, prg.37, www.hudoc.coe.int (Erişim Tarihi: 19.06.2018).

107 AİHM'nin 73797/01 no.lu Kyprianou/G.Kıbrıs başvurusu ile ilgili 15.12.2005 tarihli kararı.

108 AİHM'nin 15175/89 no.lu Allent ve Ribemont/Fransa başvurusu ile ilgili 10.02.1995 tarihli kararı.

109 AİHM'nin 11901/02 no.lu Panteleyenko/Ukrayna başvurusu ile ilgili 29.06.2006 tarihli kararı.

D. Meslekten Çıkarma Cezalarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Kapsamında İncelenmesi

Meslekten çıkarma cezalarına karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde yapılan başvurularda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin haricinde, 8. madde başvuruları ve bu maddenin ihlâl edildiği isnadı önemli yer tutmaktadır. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 8., 9., 10. ve 11. maddelere ilişkin verdiği ihlâl kararlarında öncelikle müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra müdahalenin dayandığı bir mevzuat bulunup bulunmadığı tespitini yapmaktadır. Diğer bir deyişle Mahkeme, yukarıda bahsettiğimiz kanunîlik ilkesini 8 ilâ 11. madde başvurularında uygulamakta ve mevzuata ilişkin saptama yapmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi daha sonra müdahaleyi, meşrû bir amaca sahip olma, ölçülülük, müdahalenin haklılığı ve demokratik toplumda gereklilik kriterleri uyarınca incelemektedir. Ayrıca, kanun hükmünde kararname benzeri devredilmiş yasama yetkisi sonucu ortaya çıkan düzenlemelerin (delegated legislation) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından "yasa" olarak görülmediği belirtilmektedir[110].

1. Arzu Özpınar/ Türkiye Kararı

Hâkim olarak görev yaparken Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararıyla meslekten ihraç edilen Arzu Özpınar'ın başvurusu üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir[111]. Arzu Özpınar, 1997 yılında mesleğine Erzurum'da başlayan ve 1999 yılında Mersin'in Gülnar ilçesine atanan bir yargıçtır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki dava, onun Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararıyla meslekten çıkarılması sürecinde, bazı temel haklarının ihlâl edilip edilmediği konusuna ilişkindir.[112]

Başvuruyu 8. madde çerçevesinde inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilk olarak Özpınar hakkında yürütülen soruşturma sürecinde 8. maddeden kaynaklanan haklarına bir müdahalenin olduğunu tespit etmiştir.

---

110 HARRIS, David - Michael O'Boyle - Ed BATES- Carla BUCKLEY: Law of the European Convention on Human Rights, 3. Bası, Oxford: 2014, s.495, Oxford University Press. (Ancak bu eserde devredilmiş yetkiye dayanılarak yapılan düzenlemelerin neden yasa olarak kabûl edilmediği belirtilmemiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararına atıf yapılmamıştır).

111 AİHM'nin 20999/04 no.lu Özpınar /Türkiye başvurusu ile ilgili 19.10.2010 tarihli kararı. http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C2S1ceviri2.pdf. (Erişim Tarihi: 22.11.2019).
AİHS'nin 8.maddesi: "*1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir*."

112 KUYUCU, Nisan: "Muhafazakârlığın Hedefinde Bir Kadın Yargıç, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Özpınar Kararı", Ankara Barosu Dergisi, S.4, Y.2015, s.294-295.

Mahkemeye göre, Özpınar sadece meslekî nedenlerden değil, özel yaşamındaki davranışları ve sosyal ilişkileri sebebiyle kimi zaman onur zedeleyici olabilen ve yalnızca tanık beyanlarına dayanan ithamlarla karşılaşmıştır. Bir müdahalenin varlığı tespit edildikten sonra, bu müdahale kanun tarafından öngörülme, meşrû bir amaca sahip olma ve demokratik toplumda gereklilik kriterleri uyarınca incelenmiştir. (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 8. madde başvurularında standart olarak bir müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra, bu müdahaleyi kanun tarafından öngörülme, meşrû bir amaca sahip olma ve demokratik toplumda gereklilik kriterleri uyarınca incelemektedir). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; soruşturmada incelenen davranışların çoğunun Özpınar'ın meslekî faaliyetleriyle ilgili olmadığını, meslekî faaliyetleriyle ilgili iddiaların ise kanıtlanamadığını, tek delil olarak sunulan tanık beyanlarının da onun onurunu zedeleyici ifadeler içerdiğini, Özpınar'ın savunma hakkının kısıtlandığını tespit ederek, 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi meslekten çıkarma cezası verilmesine ilişkin soruşturmanın başvurucunun meslekî faaliyetleri ile ilgili olmadığını ve bu ceza verilirken savunma haklarının kısıtlandığını tespit etmiştir.

Bu ihlâl kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, etkili iç hukuk yolu bulunmadığı iddiasıyla ilgili olarak da, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun tarafsızlığı ve bağımsızlığına ilişkin şüphelerin yanı sıra Hâkimler ve Savcılar Kurulu incelemesi sırasında Özpınar hakkındaki iddialardan özel hayatına müdahale niteliğinde olanlarla meslekî yaşamıyla ilgili olanlar arasında bir ayrıştırma yapılmamış olduğunu gözönünde bulundurmuştur. Bu nedenle de, Özpınar'ın 8. madde ihlâli iddiasıyla ilgili etkili bir iç hukuk yoluna sahip olmadığı gerekçesiyle, Mahkeme 13. maddenin de ihlâl edildiğine karar vermiştir.[113]

2. Volkov/Ukrayna Kararı

Volkov / Ukrayna[114] davasında Mahkeme, önce bir devlet memurunun işten çıkarılmasına ilişkin inceleme yaparken diğer iki unsura dayanmıştır:

-İşten çıkarılmasının başvuranın ve ailesinin maddî refahında somut sonuçlara yol açıp açmadığı, kişinin yakın çevresini etkileyip etkilemediği,

-Başvuranın işten çıkarılma nedeninin iş hayatındaki onuruna zarar verip vermediği hususu.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; "özel hayat" kavramı kişisel

---

[113] AİHS'nin 13.maddesi: "*Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlâl edilen herkes, söz konusu ihlâl resmî bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahî, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir*".

[114] AİHM'nin 21722/11 no.lu Volkov / Ukrayna başvurusu ile ilgili 27.05.2013 tarihli kararı, prg. 166.

kimlikle ilgilidir ve kişinin cinsiyeti kimliğinin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu nedenle, sadece cinsiyete dayanarak işten çıkarma kişinin kimliği, öz algılama, öz saygı ve sonuç olarak özel hayatında olumsuz etkilere sahiptir. Mahkeme, bu nedenle, başvuranın sadece cinsiyetine dayanılarak işten çıkarılmasının özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiği görüşündedir [115]. Bunun yanında, başvuranın işini kaybetmesinin kendisinin ve aile hayatının maddî refahında hissedilir sonuçlara yol açmış olabileceğinden dolayı başvuranın işten çıkarılması, "yakın çevresini" etkilemiştir[116]. Başvuran, işini kaybetmesi neticesinde sıkıntı ve kaygı duymuştur. Ayrıca, başvuranın işten çıkartılması, profesyonel düzeydekiler de dâhil olmak üzere diğer insanlarla olan ilişkilerini ve niteliklerinin cevap verdiği işi yapma yetisini etkilemiştir. Bu nedenle, Mahkeme, 8. maddenin başvuranın şikâyetine uygulanabilir olduğu görüşündedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işten çıkarılmadan önce hâkim olarak görev yapan başvuran Oleksandr Volkov'un (benzer nitelikte Emel Boyraz) kendisinin ve aile hayatının maddî refahında hissedilir sonuçlara yol açmış olabileceğinden meslekten ihracının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesini ihlâl ettiğine karar vermiştir[117]. Bu kararlar ile somut olayın özelliklerine göre, savunma alınmadan meslekten ihracına karar verilen, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 4. maddesi ile bir daha kamu hizmetlerinde çalışamayacaklarına karar verilen, işten çıkarılmalarının memurun ve ailesinin maddî refahında yol açtığı somut sonuçlar ile çeşitli gerekçelerle ayırımcılığa uğrayan kamu görevlilerinin başvuruları karşısında, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ve duruma göre 14. maddesi yorumuyla) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin nasıl bir karar vereceği merak konusudur.[118]

3. Haralambie/Romanya Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Haralambie/Romanya kararında başvurucu, komünist rejim sırasında gizli servis tarafından hakkında oluşturulmuş dosyanın kendisine gösterilmesi talebinin engellenmesinden şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, 8. madde ihlâlini tespit ederken, nakledilen dosyanın kapsamı veya arşiv sistemindeki eksikliklerin başvurucunun talebinin karşılanmasındaki altı yıllık gecikmeyi haklı gösteremeyeceği gerekçesine dayanmamıştır[119]. Avrupa İnsan

---

115 AİHM'nin 33985/96 ve 33986/96 no.lu Smith ve Grady / Birleşik Krallık başvurusu ile ilgili 27.12.1999 tarihli kararı, prg. 71.

116 AİHM'nin 55480/00 ve 59330/00 no.lu Sidabras ve Džiautas/Litvanya başvurusu ile ilgili 27.07.2004 tarihli kararı, prg. 48.

117 AİHM'nin 61960/08 no.lu Emel Boyraz/Türkiye başvurusu ile ilgili 02.12.2014 tarihli kararı, https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-153150&filename=CASE%20OF%20EMEL%20BOYRAZ%20v.%20TURKEY%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf.

118 AİHS'nin 14.maddesi: "*Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.*"

119 AİHM'nin 21737/03 no.lu Haralambie/Romanya başvurusu ile ilgili 27.10.2009 tarihli kararı, ht-

Hakları Mahkemesi; bu kararda istihbarat raporlarının ilgili kişiden gizlendiği sonucuna varmış ve ilgiliye istihbarat raporlarına karşı tezlerini açık, etkin ve pratik olarak sunması fırsatı verilmemesinin 8. madde ihlâli olduğuna karar vermiştir.

E. Meslekten Çıkarma Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi Kapsamında İncelenmesi

1. Vogt/Almanya Kararı

Kamu görevlisine meslekten çıkarma cezası verilmesi ve ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin dengede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin en önemli kararlarından biri, Vogt/Almanya kararıdır. Bu karar, öğretmenlik görevinde daimî kadroya atanan başvurucu hakkında sonradan yapılan disiplin soruşturmasında, Alman Komünist Partisi üyesi olduğu ve okul dışında bu parti lehine siyasal faaliyette bulunduğu gerekçesiyle anayasaya sadakatsizlikten memuriyet görevine son verilmesine ilişkindir[120]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, müdahalenin haklılığını ele almış, memur kişinin ifade özgürlüğü ile demokratik bir devletin kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirirken Sözleşme'nin 10/2. maddesinde gösterilen meşrû amaç arasında âdil bir denge kurup kurmadığını değerlendirmiştir[121].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; başvurucu Vogt'un ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı göstermek için Alman Hükümetinin ileri sürdüğü gerekçelerin konuyla ilgili olduğu, fakat demokratik bir toplumda gerekliliğini ikna edici bir şekilde ortaya koymak için yeterli olmadığı sonucuna varmıştır[122]. Kararda meslekten çıkarmanın çok ağır olduğu, Almanya'da bir orta öğretim öğretmeni için memuriyet dışında öğretmenlik kadrolarının çok az olduğu, başvurucunun güvenlik riski taşımayan bir kadroda görev yaptığı, başvurucuya yönelik öğrencilerine belli görüşü aşılamak için konumunun getirdiği avantajdan yararlandığına dair hiçbir eleştiri yapılmadığı ve başvurucunun üye olduğu Alman Komünist Partisi'nin Federal Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmadığı be-

---

tps://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-2909811-3196312&filename=003-2909811-3196312.pdf .

120 SAĞLAM, Abdi: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.25, Y.2016, s.89.

121 AİHM'nin 17851/91 no.lu Vogt /Almanya başvurusu ile ilgili 26.09.1995 tarihli kararı.
SAĞLAM, Abdi: agm., s.90. AİHS'nin 10.maddesi: "*1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tâbi tutmalarına engel değildir. 2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tâbi tutulabilir*."

122 SAĞLAM,Abdi: agm., s.91-97.

lirtilmiştir. Devlete belirli bir takdir alanı tanınmış olsa bile, başvurucu Vogt'u disiplin yaptırımıyla orta öğretim öğretmenlik kadrosundan çıkarmanın, izlenen meşrû amaçla orantısız olduğu sonucuna varmış ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edildiğine hükmetmiştir[123].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Vogt/Almanya kararında; Young, James ve Webster/Birleşik Krallık[124] ve 26.04.1991 tarihli Ezelin/Fransa [125] kararlarını tekrar ederek, kamu görevlisi olan Bayan Vogt'un, Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından yukarıda belirtilen ilkeler gereğince, Sözleşme'nin 11. maddesinin de korumasından yararlanacağını belirtmiştir. Başvurucu, kendi kişisel görüşüne göre Alman Komünist Partisi üyeliğinin sadakat ödeviyle bağdaşmaz olmadığı gerekçesiyle kendisini bu partiden soyutlamayı ısrarlı bir şekilde reddettiği için memuriyetten çıkarılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bu durum Sözleşme'nin 11/1. maddesiyle korunan hakkın kullanılmasına bir müdahaledir. Böyle bir müdahale, son cümlesindeki istisna dışında, Sözleşme'nin 10/2. maddesindeki şartlarla aynı olan Sözleşme'nin 11/2. maddesindeki şartları yerine getirmedikçe, 11. maddeye bir aykırılık oluşturur. Bu noktada Mahkeme, söz konusu görevlinin işgal ettiği kadroyu dikkate alarak, bu maddedeki "devlet idaresi" deyiminin dar yorumlanması gerektiğini kabûl etmiştir. Öğretmenler, Sözleşme'nin 11/2. maddesi bakımından "Devlet idaresi"nin bir unsuru olarak kabûl edilseler bile – ki Mahkeme mevcut davada bu sorunu karara bağlamayı gerekli görmemiştir – başvurucu Vogt'un memuriyetten çıkarılması, Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından daha önce gösterilen gerekçelerle, izlenen meşrû amaçla orantılı değildir ve Sözleşme'nin 11. maddesi de ihlâl edilmiştir[126]. Bu karar (aynı şekilde Young, James ve Webster/Birleşik Krallık kararı), darbe girişimi sonrası yasalara uygun kurulmuş sendika üyeliği nedeniyle mesleklerinden ihraç edilen kamu görevlileri açısından emsâl teşkil edebilecek niteliktedir. Somut olaya göre her dosya kendi içerisinde ayrıca değerlendirilecek olmakla birlikte, idare tarafından hazırlanacak dosyalarda, yargılama aşamasında ilgili kişinin meslekten ihracını haklı gösterecek tüm yasal deliller belirtilmelidir. Aksi takdirde Avrupa

---

123 DOĞRU, Osman-Atilla NALBANT: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 2, Ankara 2013, s.327-331.

124 AİHM'nin 7601/76 ve 7806/77 no.lu Young, James ve Webster/Birleşik Krallık başvurusu ile ilgili 13.08.1981 tarihli kararı, prg.57.

125 AİHM'nin 11800/85 no.lu Ezelin/Fransa başvurusu ile ilgili 26.04.1991 tarihli kararı, prg. 37.

126 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişinin seçmediği takdirde dezavantajlı olacağı bir derneğe üye olmaya zorlanamayacağına karar vererek bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinin ihlâli olduğuna karar vermiştir. AİHS'nin 11.maddesi: "*1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir. 2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tâbi tutulamaz. Bu madde, silâhlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir*."

İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. ve 11. maddeleri ile geçmiş içtihadını dikkate alarak ihlâl kararı vermesi mümkündür.

2. Sacit Kayasu/ Türkiye Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sacit Kayasu/ Türkiye ihlâl kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. ve 13. maddelerinin ihlâl edildiğine karar vermiştir[127]. 12 Eylül Darbesinin lideri olan General Kenan Evren'in anayasal suç işlediğine dair iddianame hazırladığı için Adana Cumhuriyet Savcısı Sacit Kayasu, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından görevden ihraç edilmiştir. Hâkimler ve Savcılar Kurulu; Kayasu'nun evine davet ettiği gazetecilere açıklama yaptığı ve iddianame suretlerini dağıttığı gerekçesiyle 29 Mart 2000 tarihinde yargılanmasına izin vermiş; 30 Mart 2000 tarihinde de kınama cezası ile tecziye etmiştir. Bu arada Adana Cumhuriyet Başsavcılığı, Anayasa'nın geçici 15. maddesi uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu'nun 15 Mayıs 2001 tarihli kararına uyan Yargıtay 9. Ceza Dairesi de, 11 Aralık 2002 tarihinde Kayasu'ya "görevi kötüye kullanmak" ve "askerî kuvvetleri tahkir ve tezyif" isnadıyla verdiği cezayı ertelemiştir. 20 Nisan 2000'de savcılık görevinden uzaklaştırılan Kayasu, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun 27 Şubat 2003'te verdiği kararla meslekten ihraç edilmiştir.

Kayasu/Türkiye kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin sağladığı korumanın genel olarak meslekî alanı, özel olarak da devlet memurlarını kapsadığını hatırlatmaktadır (Vogt-Almanya, Wille-Lihtenştayn, Fuentes Bobo-İspanya, Cauza Guja-Moldova, Harabin-Slovakya). [128]

Kayasu'nun; iddianamenin bir örneğini basına vermesi ve akabinde ihracı olayında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devlete sadakat yükümlülüğü ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi değerlendirmiş ve müdahalenin meşrû amaç ile orantılı olmadığına hükmederek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

---

[127] AİHM'nin 64119/00 ve 76292/01 no.lu Sacit Kayasu/ Türkiye başvurusu ile ilgili 13.11.2008 tarihli kararı, http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-121588&filename=001-121588.pdf , (Erişim Tarihi: 22.11.2019). AİHS'nin 10.maddesi için bkz. Dipnot 121. AİHS'nin 13.maddesi: "*Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlâl edilen herkes, söz konusu ihlal resmî bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahî, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir*."

[128] AİHM'nin 17851/91 no.lu Vogt/Almanya başvurusu ile ilgili 26.09.1995 tarihli kararı; AİHM'nin 28396/95 no.lu Wille/Lihtenştayn başvurusu ile ilgili 28.10.1999 tarihli kararı; AİHM'nin 39293/98 no.lu Fuentes Bobo/İspanya başvurusu ile ilgili 29.02.2000 tarihli kararı; AİHM'nin 14227/04 no.lu Cauza Guja/ Moldova başvurusu ile ilgili 12.02.2008 tarihli kararı; AİHM'nin 58688/11 no.lu Harabin/Slovakya başvurusu ile ilgili 20.11.2012 tarihli kararı.

3. Pitkevich/Rusya Kararı

Rusya'da Evanjelik Kilisesi mensubu bir hâkim, mahkeme çalışanlarını Kiliseye üye kaydetmesi, duruşmalarda herkese açık alanda ibadet etmesi, bazı davaların taraflarına mensubu olduğu kilisenin propagandasını yapması nedeniyle meslekten çıkarılmıştır. Başvurucunun, başvurusunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir. Ret gerekçesinde ise başvuranın kişisel inancı nedeniyle değil, hâkimliğe yakışmayan tavırları nedeniyle meslekten çıkarıldığını belirtmiştir[129]

SONUÇ ve ÖNERİLER

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi gereğince Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kanun hükmünde olduğundan ve aynı konudaki ulusal bir kanunla çatışması halinde uygulanma önceliğine sahip bulunduğundan, Türk mahkemeleri yargılama yaparken Sözleşme hükümlerini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını dikkate almak durumundadır.

Türk idare hukukunda meslekten çıkarma cezası verilmesine ilişkin, bir kısmı mevzuat, bir kısmı da yargı kararları ve doktrin tarafından geliştirilmiş ilkeler bulunmaktadır. Kanunîlik ilkesi, bağlı yetki, takdir yetkisi, ölçülülük ilkesi, savunma hakkı ilkesi, yargı yolu ilkesi, mâsûmiyet karînesi, aynı eyleme birden fazla idarî yaptırım uygulanmaması ilkesi gibi ilkeler bunlardan bazılarıdır.

Gerek Anayasa Mahkemesi, gerek Danıştay'ın kararlarında kanunîlik ilkesi, ölçülülük ilkesi, savunma hakkının kısıtlanmaması ve mâsûmiyet karînesi gibi ilkeler zaman zaman yer bulmuştur. Yüksek yargı mercileri, kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına genellikle atıf yapmasalar da bu kararların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kriterlerine kısmen uygun olduğu söylenebilir. Bununla birlikte son yıllarda çıkarılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile pek çok kamu görevlisi, ek listelerle terör örgütleri ile irtibat ve iltisakları[130] olduğu gerekçesiyle meslekten ihraç edilmişlerdir. Bu ihraçların sayısının fazla olması, meslekten ihraçlarda disiplin dosyasının ilgili kişiye gösterilmemesi ve savunma hakkı tanınmaması gibi hususlar Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Konseyi organları olan Venedik Komisyonu raporları[131] ve Avrupa Konseyi İnsan

---

129 AİHM'nin 47936/99 no.lu Pitkevich/Rusya başvurusu ile ilgili 08.02.2001 tarihli kararı**,** http://echr.ketse.com/doc/47936.99-en-20010208/(Erişim Tarihi:16.11.2019).

130 **İltisak**: Kavuşma, bitişme, birleşme. Bkz. Türkçe Sözlük, 10. Baskı, Ankara 2005, s.960, Türk Dil Kurumu; Türkçe Sözlük, Geliştirilmiş Dördüncü Baskı, Ankara Mart 2018, s.796, Dil Derneği.
İrtibat: Bağlantı. Bkz. Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, age., s.980; Türkçe Sözlük, Dil Derneği, age., s.815.

131 Venedik Komisyonu, 15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişimi Sonrasında Çıkarılan 667 ila 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler Hakkında Görüş, 12.12.2016. https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-tur.

Hakları Komiserinin raporunda[132] eleştiri konusu olmuştur.

Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile yapılan meslekten çıkarma kararları sebebiyle Türk idare hukuku, disiplinel olmayan ihraç adı verilen yeni bir meslekten çıkarma türü ile tanışmıştır. Bu disiplinel olmayan ihraç kararlarına yargı yolunun ilk başta kapalı olması ve başvuruların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gitmeden evvel iç hukuk yolu oluşturulması amacıyla 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuştur. Ancak Komisyonun yapısına ilişkin bazı eleştiriler bu Komisyonun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından etkili bir iç hukuk yolu kabûl edilmeyen İtalya'daki Pinto Komisyonu gibi değerlendirilebileceği düşüncesini doğurmuştur.

Bu nedenle, özellikle disiplinel olmayan ihraç kararlarında ve olağanüstü hal nedeniyle kamu görevlilerine yönelik alınan önlemlerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kriterlerinin dikkate alınmasında fayda olduğu düşünülmektedir. Bunun yanı sıra dikkat edilmesi gereken hususlardan bir diğeri de özellikle idarî yargılama aşamasında âdil yargılanma ilkesinin bir bütün olarak ele alınıp tüm kurallarına riayet edilmesi, kararların hukukî delillerle gerekçelendirilmesi ve makûl sürede bitirilmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki davalarda ülkemiz aleyhine ihlâl kararı verilme olasılığını azaltacaktır.

Son söz olarak; ilgili makamların ve şahısların kamu görevlilerinin meslekten çıkarılmaları sürecini yönetirken ve kriterleri kullanırken insan onurunun; anayasa tarafından korunan değerlerin en üst basamağında bulunması gerektiğini hep hatırlamalarını dilemekteyiz.

[132] Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muižnieks tarafından hazırlanan Türkiye'de Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlerin İnsan Hakları Etkilerine İlişkin Memorandum, 07.10.2016, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/10/26/AK_Insan_Haklari_Komiseri_Memorandum_TR.pdf.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Emre: "Kamu Görevlileriyle İlgili İdarî Davalarda Âdil Yargılanma Hakkının Uygulanabilirliği: Pellegrin'den (1999) Baka'ya (2016) İHAM Perspektifi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.7, S.29 (Ocak 2017).

AKYILMAZ, Bahtiyar – Murat SEZGİNER – Cemil KAYA: İdare Hukuku, Ankara 2009, Seçkin Yayınevi.

ALTIPARMAK, Kerem: "Ölü Doğan Çocuk: 685 sayılı KHK ile Kurulan Olağanüstü Hal Komisyonu", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, Y. 2017.

ARDIÇOĞLU, Artuk: "İdarî Yargıda Tanık", Yaklaşım Dergisi, Kasım 2010, S. 215, http://www.adaletbiz.com/idari-yargida-tanik-makale,65.html (Erişim Tarihi: 19.06.2018).

ARSLAN, Ahmet–Emin SINMAZ-Tuncay DÜNDAR: Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu "Emsal" Kararları, 1. C., Ankara 2007, Turhan Kitabevi.

ASLAN, Zehreddin: 657 Sayılı Yasaya Göre Disiplin Suç ve Cezaları, İstanbul 2002.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. Madde Rehberi: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf, (Erişim Tarihi: 02.12.2019).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mahkeme İçtihadına İlişkin Bilgi Notu, S.168, Kasım 2013, https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2013_11_168_TUR.pdf, (Erişim Tarihi: 02.12.2019).

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muižnieks Türkiye'de Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlerin İnsan Hakları Etkilerine ilişkin Memorandum 07.10.2016, http://www.aihmiz.org.tr/files/Memorandum.pdf (Erişim tarihi: 28.11.2019).

BARIN, Taylan: "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması ve Sınırlanması Arasında: Kanunlaşan OHAL KHK'larının Yargısal Denetimi", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, s.3-31.

BARKIN, Ersan: "Olağanüstü Hal İlânına Dayalı Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnameler ve Meslekten Çıkarma Kararlarının Hukukî Değerlendirilmesi", https://www.cbthukuk.net/ohal-ilanina-dayali-cikarilan-kanun-hukmunde-kararnameler-ve-meslekten-cikarma-kararlarinin-hukuki-degerlendirilmesi/. (Erişim Tarihi: 28.11.2019).

ÇİÇEK, Hayrettin: Devlet Memurları Hakkında Disiplin Soruşturması: Türkiye Uygulaması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2011.

DİNLEN, Aziz: Devlet Memurları Kanunu'na Göre Disiplin Suç ve Cezaları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1987.

DOĞRU, Osman-Atilla NALBANT: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.1, Ankara 2012, Yargıtay Başkanlığı Yayınları.

DOĞRU, Osman-Atilla NALBANT: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.2, Ankara 2013, Yargıtay Başkanlığı.

ERCAN, İsmail: Memurlara Verilen Disiplin Cezaları, Yargı Yolu ve Anayasa'nın 129/3. Maddesindeki Düzenleme, İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi, Avukatlık Tezi, İstanbul 2004.

ERDİNÇ, Burcu: "İdarî Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezaî Yaptırımlarla Karşılaştırılması", Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 2012.

ERYILMAZ, Ali: Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil, Ankara 2013, Hukuk Adamları Birliği Yayınları.

ESENDEMİR, Ferit Deniz: 682 Sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Çerçevesinde Meslekten Çıkarma Disiplin Cezası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Şubat 2018.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. II, Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Bursa Mayıs 2019, XLVIII + 1663 sayfa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.

GÖZLER, Kemal: "15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme", Ankara Barosu Dergisi, S. 2017/1.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 11. Bası, Ankara 2017, xxxiv+670 sayfa, İmaj Yayınları.

GÜNDAY, Metin: "Olağanüstü Hal İhraç Kanun Hükmünde Kararnameleri ve Hukukî Durum", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, Y. 2017, s.29-38.

HARRIS, David- Michael O'BOYLE- Ed BATES- Carla BUCKLEY: Law of the European Convention on Human Rights, 3. Edition, Oxford 2014, Oxford University Press.

KARAHANOĞULLARI, Onur: "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", Çağdaş Yerel Yönetimler, C.8, S.3, Temmuz 1999.

KARAN, Nur: Devlet Memuriyetinin Sona Ermesi, Ankara 2003.

KAYA, Cemil: Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler, Amme İdaresi Dergisi, C.38, S.2, Haziran 2005.

KUYUCU, Nisan: "Muhafazakârlığın Hedefinde Bir Kadın Yargıç, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Özpınar Kararı", Ankara Barosu Dergisi, S.4, Y.2015, s.43-57.

KUZU, Burhan: Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul 1985, Üçdal Neşriyat.

MEMİŞ, Pınar: Âdil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Mâsûmiyet Karînesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003.

MOLE, Nuala- Catharina HARBY: The Right to A Fair Trial, A Guide to the Implementation of Article 6 of the ECHR, Human Rights Handbooks No.3, Belgium: Council of Europe,2006, https://rm.coe.int/168007ff49 (Erişim Tarihi: 28.11.2019).

ODYAKMAZ, Zehra: "Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar", Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.2, Aralık 1997, s.1-21.

ODYAKMAZ, Zehra: "İdarî Usûlden Beklediklerimiz", s.2-5, T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C. Başbakanlık Basımevi.

ODYAKMAZ, Zehra: "Şeffaf Yönetime Doğru", Strateji (Yimder Bülteni), Y.1, S.2, s. 3.

ODYAKMAZ, Zehra: "Demokratik Yönetim İçin İdarî Usûl Yasası", s.203-208, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller 2002, Law Scope Conferences and Panel Discussions 2002, 3, Ankara Barosu Yayınları, ABA Publications, 602 sayfa.

ODYAKMAZ, Zehra – Ümit KAYMAK: İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 21.Bası, İstanbul Ağustos 2019, XXXI+465 sayfa, Oniki Levha Yayınları:498.

ORMAN, Harun: Memur Disiplin Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 14. B., Ankara 2013, Yetkin Yayınları.

ÖZDEMİR, Selman: "İdarî İstikrar Kavramının Kullanımı Üzerine Bir Değerlendirme", Türk İdare Dergisi, Y.91, Haziran 2019, S.488, s.395-433.

PINAR, İbrahim: Memur Suçlarında Adlî ve İdarî Soruşturma Usûlleri, 2002.

SAĞLAM, Abdi: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 25, Şubat 2016.

SAĞLAM, Mehmet: Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması, Ankara 2003.

SANCAKDAR, Oğuz: Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Ankara 2001.

SÖKMEN, Uğur: Kamu İdaresinde Soruşturma Kovuşturma, Ankara 2009, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları.

TUTUM, Cahit: Memur Güvenliği, Ankara 1972.

Venedik Komisyonu, 15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişimi Sonrasında Çıkarılan 667 ilâ 676 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri Hakkında Görüş, 12.12.2016, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-tur (Erişim Tarihi:02.12.2019).

YARGI İÇTİHATLARI KAPSAMINDA DİSİPLİN SUÇ VE CEZALARINDA HUKUKİ BELİRLİLİK İLKESİ

Özge Okay Tekinsoy*

GİRİŞ

Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmiştir. Söz konusu anayasal düzenlemede idari ve cezai yaptırım ayrımı yapılmadığı, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin idari yaptırımlar bakımından da geçerli olduğu gerek yargı içtihatları gerekse doktrin tarafından kabul edilmektedir. Ceza hukuku alanındaki suç ve cezalardan farkı bağlamında disiplin cezalarında suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin nasıl uygulanması gerektiği konusu idare hukuku alanında birçok akademik çalışmada konu edildiği halde, disiplin suç ve cezalarında hukuki belirlilik ilkesi, kanunilik ilkesinden ayrı olarak pek incelenmemiş, aynı oranda tartışılmamıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin şartlarından biri de devlet faaliyetlerinin belirliliği ve hukuki güvenlik ilkesidir. İdare hukukunda hukuki belirlilik ilkesi, idarenin işlem ve faaliyetlerinin bireyler ve gruplar tarafından bilinebilir ve öngörülebilir olmasını ifade etmektedir. Disiplin hukukunda hukuki belirlilik ilkesi ise hangi davranış ve fiillerin disiplin suçu oluşturduğunun ve disiplin suçu oluşturan fiillerin karşılığında hangi disiplin cezalarının verileceğinin öngörülebilir ve bilinebilir olmasını gerektirir. Ceza hukukundaki suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile hukuki belirlilik ilkesi de sağlanmaktadır. Bu da kanunda açıkça suç olarak düzenlenmemiş olan bir davranış veya fiile ceza verilememesinden kaynaklanmaktadır. Oysa disiplin hukukunda kanunda öngörülmeyen bir ceza verilemeyeceği kuralı, ceza hukukundaki gibi kesin olarak uygulanmakla birlikte disiplin suçları bakımından ceza hukukundakiyle aynı öl-

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

çüde bir belirliliğin aranmadığı yargı içtihatları ile ortaya konmaktadır. Bununla birlikte disiplin suçları bakımından hukuki belirlilik ilkesinin ya da kanunilik ilkesinin geçerli olmadığı gibi bir yaklaşım benimsemek, hukuk devleti açısından mümkün olmamalıdır. Bu anlamda gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay kararlarında disiplin hukuku alanında hukuki belirlilik ilkesinin nasıl uygulandığı ve denetlendiği bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Burada yargı içtihatlarının konuyla ilgili yaklaşımını ortaya koymak bakımından örnek olabilecek sayıda karara yer verilmiştir; bu konudaki kararların hepsine yer vermek, sayının çok olmasından ötürü mümkün olamamıştır.

I. Disiplin Hukukunda Kural İşlemler Bakımından Hukuki Belirlilik İlkesinin Uygulanması

A- Hukuki Belirlilik İlkesinin Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi İle İlişkisi

Anayasa Mahkemesi hukuki belirlilik ilkesini, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin ön koşullarından biri olarak kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme, çok sayıda kararında hukuki belirlilik ilkesini tanımlamış ve yorumlamıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre,

"*Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını taşımaktadır. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Bir başka deyişle hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır*."[1]

Anayasa Mahkemesi, kararlarında belirlilik ilkesinin hukuki güvenlik ilkesi ile bağına vurgu yapmaktadır.

"Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yap-

[1] AYM, E.2016/198, K.2017/144, T.18.10.2017, www.anayasa.gov.tr (Makalede atıfta bulunulan ve bireysel başvuru kararları dışındaki tüm Anayasa Mahkemesi kararları www.anayasa.gov.tr'den alınmıştır)

tırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar."[2]

"*Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.*"[3]

Ceza hukuku alanında suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, suç olarak nitelendirilen eylemlerin ve bu eylemlere verilecek cezaların açık ve kesin biçimde kanun düzeyinde belirlenmesidir. Bu anlamda ceza hukukunda hukuki belirlilik ilkesi ile suç ve cezalarda kanunilik ilkesi bütünüyle örtüşmekte, başka bir ifadeyle hukuki belirlilik ilkesi, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile uygulanmış olmaktadır. Ceza hukuku alanında Anayasa Mahkemesi'nin -belirlilik ilkesi için yaptığı tanım ve açıklamalara bakarak- suç ve cezaların kanuniliği ilkesini, hukuki belirlilik ilkesine başvurmamakla birlikte onun unsurları ile tanımladığını söylemek yanlış olmaz.

"*Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz" denilerek suçun kanuniliği ilkesi; üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" ifadesine yer verilerek cezanın kanuniliği ilkesi getirilmiştir. Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri gerektiği düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır*."[4]

Anayasa'nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayrım yapılmamakla birlikte Anayasa Mahkemesi, hukuki belirlilik

---

2 AYM, E.2013/67, K.2013/164, T.26.12.2013; AYM, E.2017/143, K.2018/40, T. 02.05.2018.
3 AYM, E.2013/110, K.2014/8, T.16.01.2014.
4 AYM, E.2015/85, K.2016/3, T.13.01.2016.

ilkesinin kanunun düzenlediği alan bakımından farklı uygulanması gerektiğini, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E-g maddesinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlediği davada şu şekilde ifade etmiştir:

"Belirlilik ilkesinin gerekleri, düzenlemenin yapılacağı alana ilişkin koşulların getirdiği zorluklara göre değişebilmektedir. Birtakım kavramların bazı alanlar için kullanılması durumunda belirlilik ilkesinin gerekleri yerine getirilmiş sayılırken, aynı belirlilik oranı diğer bir alan için yeterli olmayabilir. Ceza hukukuna ilişkin kanunilik ve belirlilik unsuru ile disiplin hukukuna ilişkin kanunilik ve belirlilik unsuru arasında farklılık olabilir. Bu farklılık her bir hukuk disiplini içinde de ortaya çıkabilir. Konunun daha kesin ve açık bir düzenlemeye imkân tanımaması hâlinde, kanun koyucu zorunlu olarak genel düzenleme yapabilir.

Bir alanın kanunla düzenlenmesinin zorunlu olması, buna karşın kanun tekniği açısından daha somut düzenleme ve daha belirgin kavram kullanma olanağı bulunmaması veya bir kanunun veya hükmün düzenlediği alanın daha fazla somutlaştırılması ve netleştirilmesi zor birçok olguyu kapsaması durumunda belirlilik ilkesine uyulduğu kabul edilebilecektir. Ancak, kullanılan hukuksal kavram veya kavramlar en azından yargılama ya da hukuksal yorum yöntemleriyle somutlaştırılabilir olmalıdır."[5]

Anayasa Mahkemesi, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E-g maddesinin[6], Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Kararda davaya konu kuralda belirsiz olduğu ileri sürülen "memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin" tümünün önceden öngörülmesinin ve tespitinin olanaksız olduğu ve söz konusu hareketlerin tek tek ortaya konulmasının mümkün olmadığını ve daha kesin ve açık bir düzenleme yapılmasına imkan olmadığını söyleyen Anayasa Mahkemesi, anılan kavramların kullanılmasında belirlilik ilkesine aykırılık bulunmadığı, disiplin cezası gerektiren hareketlerin, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak derecede yüz kızartıcı ve utanç verici olması gerektiği düzenlenerek çerçevesinin çizildiği, kaldı ki itiraz konusu kural dayanak alınarak tesis edilen idari işlemlere karşı yargı yolunun açık olduğu, belirsiz olduğu ileri sürülen kavramlar ve bu kavramların belirttiği hareketler yargı kararları yoluyla da somutlaştırıldığı gerekçesiyle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olmadığını kabul etmiştir.

---

5 AYM, E.2013/110, K.2014/8, T.16.01.2014.

6 **Madde 125-**Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır: (…) E- Devlet memurluğundan çıkarma: Bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır. Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır: (…) **g) Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak,"**

Kararda ayrıca, idarenin faaliyetlerinin çok çeşitli, karmaşık ve değişken olması nedeniyle disiplin cezasını gerektirecek fiillerin tümünün kanunda tek tek belirlenmesinin güç olduğu, söz konusu düzenlemede memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler denilmek suretiyle disiplin cezası gerektiren fiil ve hareketlerin çerçevesinin çizildiği ve bu gerekçeyle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 38. ve 128. maddelerine de aykırı olmadığı vurgulanmıştır.

4458 sayılı Gümrük Kanunun Geçici 6/1-(3) maddesinin ikinci paragrafının[7] Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı olduğu iddia edilen davada Anayasa Mahkemesi, yukarıda bahsedilen karardaki gerekçeyi tekrar etmiş, bunun dışında "*idari suçun kanunda tanımlanmış ve karşılığında bir cezanın gösterilmiş olması yeterli olup suç sayılan eylem ve cezası kanunda açıkça gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organına kimi kararlar almak üzere yetki vermesi idari kararlarla suç ihdası ve dolayısıyla kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelmemektedir."* şeklinde ifade ettiği gerekçeyle, açıkça hukuki belirlilik ilkesi açısından değerlendirme yapmamış olsa da belirtilen kapsamda idareye takdir yetkisi verilmesini Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de hukuka aykırı bulmamıştır[8].

2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin b fıkrasının[9] Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen davada Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu düzenlemenin birinci cümle-

---

[7] **Geçici Madde 6-** (…) 3. Mesleki kurallara, mesleğin vakar ve onuruna aykırı fiil ve harekette bulunanlarla, görevin gerektirdiği güveni sarsıcı harekette bulunan meslek mensupları hakkında, ilk defasında uyarma, tekrarında ise kınama cezası uygulanır. (4) Görevini bağımsızlık, tarafsızlık ve dürüstlükle yapmayan **veya kusurlu olarak yapan ya da bu Kanunda yer alan mesleğin genel prensiplerine aykırı harekette bulunan** meslek mensupları için geçici olarak mesleki faaliyetten alıkoyma cezası uygulanır.(…)

[8] AYM, 2015/22, K.2015/37, T.01.04.2015; 4667 sayılı Avukatlık Kanununun 134. maddesinin "Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır." şeklindeki düzenlemesinin "meslek kurallarına" ibaresinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlediği davada aynı gerekçeye yer verilmiştir. Ayrıca söz konusu davada Anayasa Mahkemesi "*Kanun koyucunun avukatlık mesleğine ilişkin genel kurallara Kanun'da yer verdikten sonra meslek kuralları hakkında özel olarak ayrıntılı düzenlemeler yapma konusunda Türkiye Barolar Birliğini yetkilendirdiği anlaşılmaktadır. Her somut olayın özelliğine göre farklı şekilde tezahür edebilecek olan meslek kurallarına aykırılık teşkil edebilecek durumları sınırlı sayma yöntemiyle kanun metninde tek tek belirlemek mümkün olmadığı da dikkate alındığında Kanun'la verilen yetki çerçevesinde Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu tarafından kabul edilmek suretiyle oluşturulan, yayımlanmak suretiyle herkes tarafından ulaşılabilir kılınan ve uluslararası alanda da genel kabul gören meslek kurallarının belirsiz olduğu söylenemez."* şeklinde ifade ettiği gerekçe ile hukuki belirlilik ilkesine ilişkin değerlendirmede bulunmuştur. AYM, E.2017/129, K.2018/6, T.18.01.2018.

[9] Dava konusu madde 53/b: Öğretim elemanları, memur ve diğer personele uygulanabilecek disiplin cezaları uyarma, kınama, yönetim görevinden ayırma, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezalarıdır. Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.

sini, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile hukuki belirlilik ilkesi yönünden ayrı ayrı değerlendirmiş ve Anayasa'ya aykırı olmadığını şu şekilde ifade etmiştir: "*Kanun koyucu, kural ile yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim elemanları, memurlar ve diğer personele uygulanabilecek disiplin cezalarını sayma yoluyla belirleyerek düzenlemiştir. Dolayısıyla, dava konusu kuralın uygulanması açısından kapsama dâhil personel için herhangi bir belirsizlik bulunmadığı gibi hukuk devleti ilkesi ile kanunla düzenleme esasını öngören suçta ve cezada kanunilik ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.*"[10]

Dava konusu fıkranın ikinci cümlesi, yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim elemanları, memurlar ve diğer personelin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkilerinin, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenleneceğini belirlemiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, dava konusu kuralda bu hâliyle öğretim elemanları, memurlar ve diğer personel için getirilmiş herhangi bir kanuni güvence bulunmadığı gibi yasal olarak belirlilik de sağlanmamış olup kural, disiplin uygulamaları ile ilgili olarak genel ilkeleri ortaya koymamakta, disiplin cezalarını gerektiren hâl ve durumları belirlememektedir. Anayasa Mahkemesi yasal olarak belirliliğin sağlanamadığını belirtmesine rağmen, dava konusu kuralı Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile 128. ve 130. maddeleri kapsamında kanuni düzenleme esasına aykırı bularak iptal etmiştir.

Söz konusu karardan, iptal edilen kuralın ilk cümlesi ile ilgili olarak, disiplin cezalarında hukuki belirlilik ilkesinin kanuni düzenleme ve dolayısıyla suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile sağlandığı; disiplin suçları yönünden ise hukuki belirliliğin bütünüyle düzenleyici işleme bırakılması durumunda, bunun bir kanunla düzenleme sayılmayacağı ve bu durumun Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında hukuki belirlilik ilkesine değil 38. maddede düzenlenen suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturacağı sonucu çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun 56. maddesinin "*Televizyon Kurumu personelinin işe alınmasındaki usul, şartlar, atanma, terfi, nakil, işe son verme**, disiplin cezaları** ve sicil ile ilgili konuları personel yönetmeliğinde düzenlenir.*" şeklindeki birinci fıkrasında öngörülen "*... disiplin cezaları …*" ifadesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada, yukarıda bahsedilen 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinin b fıkrasını iptal ettiği kararda kurduğu gerekçenin neredeyse aynısını kabul etmiştir[11]. Yüksek Mahkeme, disiplin cezaları ile ilgili konuların, düzenlenecek yönetmelikle belirlenmesini öngören itiraz konusu kuralın, yaptırım türlerini ve yaptırım konusu

[10] AYM, E. 2014/100, K. 2015/6, T. 14.01.2015.
[11] AYM, E. 2016/182, K. 2017/111, T. 14.06.2017.

eylemleri yasal düzeyde belirlemediğini ve bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede imkân tanınmadığını; bu yönüyle kuralın, Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen *"suçta ve cezada kanunilik"* ilkesine ve Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında hükme bağlanan *"kanuni düzenleme"* ilkesine aykırılık oluşturduğunu belirterek iptal kararı vermiştir. Bu kararda da hukuki belirliliğin asgari düzeyde sağlanmamış olması, düzenlemenin "kanunilik" niteliğini ortadan kaldırmaktadır.

B- Düzenleyici İşlemler Bakımından Hukuki Belirlilik İlkesi

Anayasa Mahkemesi, disiplin suç ve cezalarının belirlenmesinin düzenleyici işlemlere bırakılıp bırakılamayacağını birçok kararında tartışmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatında "*belirlilik ilkesinin yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade ettiği, yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanabileceği, aslolanın muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığı olduğu*" vurgulanmıştır[12]**.**

Disiplin cezası verilecek fiillerin yani disiplin suçlarının doğrudan kanunla belirlenmesi yanında, kanunun çizdiği çerçeve içinde ve kanuni bir dayanak olması şartıyla düzenleyici işlemlerle de belirlenebileceği, Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir.

Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğünün kanuni dayanağı olan 3201 Sayılı Emniyet Teşkilat Kanununun gerek disiplin kurulları, gerekse yetkili makamlarca re'sen verilecek disiplin cezalarını gerektiren fiil ve hareketler ile cezaların derece ve miktarının, polislik mesleğinin haiz olduğu önem ve özellik gözetilerek düzenlenecek tüzükle belirleneceği; *Devlet memurluğundan çıkarma* cezasının, tüzükle belirlenecek hususların kapsamı dışında tutulduğunu öngören 83. maddesinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanmasının işin mahiyetine uygun düşmediğini; bu bağlamda, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, idari suçlar yönünden de suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin ka-

[12] AYM, E.2015/41, K.2017/98, T. 04.05.2017.

nunda yer almasının yeterli olmadığını; bu tür düzenlemelerin içerik bakımından belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerektiğini; bu açıdan kanunun metninin, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olması gerektiğini ifade ederek hukuki belirlilik ilkesinin gereklerini kastetmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir[13].

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası, *"Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır."* şeklindedir. Bu düzenleme uyarınca memurlar ve diğer kamu görevlileri, özlük hakları bakımından kanuni güvenceye kavuşturulmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre bu bağlamda emniyet teşkilatı mensuplarının statü haklarını doğrudan etkileyen disiplin işlemlerinin, *"diğer özlük işleri"* kavramı kapsamına girdiğine kuşku bulunmamaktadır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi şu gerekçeyle dava konusu düzenlemenin ilk cümlesinin iptaline karar vermiştir:

"(...) disiplin cezalarını gerektiren fiil ve hareketlerin, düzenlenecek tüzükle belirlenmesini öngören itiraz konusu kural, yaptırım konusu eylemleri yasal düzeyde belirlememekte ve bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede imkân tanımamaktadır. Bu yönüyle kural, Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "suçta kanunilik" ilkesine ve Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında hükme bağlanan "kanuni düzenleme" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır."

Anayasa Mahkemesi aynı gerekçeyle "*Banka personelinin hizmete alınmaları, görev ve yetkileri, nitelikleri, atanma, ilerleme, yükselme, görevden alınma şekilleri,* ***disiplin esasları,*** *yükümlülükleri, unvan ve sayıları Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenir.*" şeklindeki mülga 14.10.1999 tarihli ve 4456 sayılı Türkiye Kalkınma Bankası Anonim Şirketinin Kuruluşu Hakkında Kanunun 15. maddesinin, 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 150. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendiyle değişiklik yapılmadan önceki ikinci fıkrasında yer alan *"...disiplin esasları,..."* ibaresinin Anayasa'nın 38. ve 128.

[13] AYM, E.2015/85, K.2016/3, T.13.01.2016; Aynı değerlendirme daha önce Anayasa Mahkemesi'nin 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 53/b maddesini iptal ettiği kararda da yer almıştır. AYM, E. 2014/100, K. 2015/6, T.14.01.2015.

maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir[14].

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 48. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "*37 ilâ 46 ncı maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanırlar."* şeklindeki düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen davada Anayasa Mahkemesi, hukuki belirlilik ilkesini doğrudan Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında anmamakla birlikte söz konusu ilkeye kararında şu şekilde yer vermiştir: *"İnsan haklarına önem veren bir ceza infaz sisteminin amaçlarına ulaşabilmesi için, öncelikle Anayasa ve uluslararası belgelerde kabul edilen hukukun temel ilkelerine uygun kurallara dayanması zorunludur. Ceza infaz kurumlarında uygulanacak disiplin yaptırımlarının da aynen diğer ceza yaptırımları gibi belirlilik ve kanunilik ilkelerine uygun şekilde düzenlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle bu kurumlarda bulunan hükümlü ve tutukluların hangi fiillerinin disiplin suçu oluşturduğunu açık olarak bilmeleri gerekmektedir."* Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*İtiraz konusu kuralla, Kanun'un 37 ilâ 46. maddelerinde yer almayan fiillerle ilgili olarak da disiplin cezasının uygulanabileceğinin öngörülmesi belirsizliğe neden olmaktadır. Zira, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutuklular, hangi fiilleri işlerlerse haklarında disiplin cezası uygulanabileceği konusunda duraksamaya sevk edilmektedir. Bu şekilde bir belirsizliğin kabul edilmesi ise hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmaz.*" Sonuç olarak Yüksek Mahkeme itiraz konusu kuralı Anayasa'nın 2. ve 38. maddesine aykırı bulmuştur[15].

Disiplin suç ve cezalarında hukuki belirlilik ilkesinin asgari olarak kanun düzeyinde sağlanması gerektiğini Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda alıntılanan kararlarında yaptığı değerlendirmeden çıkarabiliriz. Ancak bu değerlendirme daha çok 38. madde çerçevesinde yapılmış, bazı kararlarda doğrudan 2. madde kapsamında ifade edilmiştir.

Konumuzla ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarından, disiplin suçları kapsamında kanunilik ilkesinin geçerli olmadığı sonucunu çıkarmak mümkün görünmemektedir. Anayasa Mahkemesi disiplin hukuku alanında, yaptırım konusu fiillerin kanun düzeyinde belirlenmesini ve kanuni çerçevenin, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek boyutta olmasını, Anayasa'nın 38. maddesinin gereği olarak kabul etmektedir. Adli suçlarla farklılık ise hukuki belirliliğin kanun düzeyinde sağlanması ile ilgili olarak ortaya

---

14 AYM, E.2018/14, K.2018/112, T.20.12.2018.
15 AYM, E.2013/28, K.2013/106, T. 03.10.2013.

çıkmaktadır. Disiplin suçlarında hukuki belirliliğin kanunda asgari düzeyde sağlanması ve ayrıntıların düzenleyici işlemlere bırakılması yeterli olarak kabul edilirken, adli suçlarda belirliliğin bütünüyle kanunda sağlanması gerekmektedir. Ayrıca disiplin suç ve cezalarının kanuniliği ilkesi, memurlar ve öğretim elemanları bakımından, Anayasa'nın 38. maddesi dışında 128. ve 130. maddeleri kapsamında da uygulanması zorunlu bir ilkedir. Bu alanda, disiplin suç ve cezalarının belirlenmesini düzenleyici işleme bırakan kanun hükümleri, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Disiplin cezaları açısından ise belirlilik ve kanunilik ilkesinin adli cezalarda olduğu gibi birlikte sağlandığı söylenebilir.

II. Disiplin Hukukunda Bireysel İşlemler Bakımından Hukuki Belirlilik İlkesinin Uygulanması

Mevzuatta disiplin suçunu oluşturan davranışın ne olduğunun yorum yapılamayacak ölçüde belirli olması dışında, disiplin suçunun sarkıntılık, taciz gibi yoruma açık kavramlar ile tanımlandığı, "öngörülmüş olan disiplin suçlarına benzer nitelik ve ağırlıkta davranış" gibi kıyas yöntemi ile belirlenebileceği durumlarda hukuki belirlilik ilkesi, ancak disiplin cezasının yargısal denetiminde yargı yerlerinin uygulayacağı ilke ve esaslar ile sağlanmış olacaktır.

A. Disiplin Suç ve Cezasının İşlemde Açıkça Ortaya Konulması Zorunluluğu

Danıştay hukuki belirlilik ilkesini, birçok kararında, disiplin suçu oluşturan eylem ve davranışın, ne olduğunun açıkça ortaya konularak gerçekleştiğinin kesin olarak kanıtlanması ve söz konusu disiplin suçu için hangi disiplin cezasının verilmesi gerektiğinin idare tarafından belirlenmesi şeklinde anlamaktadır. Memura verilen disiplin cezası aleyhine açılan bir davada, disiplin hukuku alanında hukuki belirlilik ilkesinden ne anlaşılması gerektiğini şöyle belirtmiştir:

"*İlkenin esası, kişilerin yasak eylemleri ve bunlar karşılığında verilecek cezaları önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanmaktadır. Suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılması da yeterli olmayıp kuralların kuşkuya yer vermeyecek biçimde açık ve sınırlarının da belli olması gerekir. Bu bağlamda cezanın kanuniliği ilkesi, her şeyden önce o suçun kanun tarafından "tanımlı" olmasını gerekli kılar.*

(...)

Dava konusu olayda, davacıya isnat edilen "amirlerine, mahiyetindekilere ve iş sahiplerine fiili tecavüzde bulunmak" eylemi sebebiyle 657 Sayılı Kanun'un 125/E- (f) bendi uyarınca devlet memurluğundan çıkarılma cezasıyla cezalandırılması teklifinin Milli Eğitim Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulunun 23.08.2011 gün ve 39964 Sayılı kararıyla "ilgiliye isnat oluna fiillerin doğruluk kazanmadı-

ğı" gerekçesiyle reddedilmesi üzerine dosyanın tekrar görüşülerek İl Milli Eğitim Disiplin Kurulunca alınan karar ve 657 Sayılı Kanun'un 126*/3. maddesi uyarınca atamaya yetkili amir olan Vali tarafından verilen olur üzerine davacının, soruşturmaya konu olan hangi eylem veya eylemleri sebebiyle 657 Sayılı Kanun'un 12. maddesinin (D) bendinin hangi alt bendi kapsamında cezalandırıldığı davaya konu işlemde ortaya konulamamış, bu eylem veya eylemlerin sübuta erdiğine dair hukuki değerlendirme yapılmamış, bu haliyle suçun ve cezanın belirginliği ilkesi ihlal edilmiştir."*[16]

Başka bir kararında ise; "*Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi uyarınca, ceza yaptırımına bağlanan her bir fiilin tanımının yapılması ve kanunun ne tür fiilleri suç sayarak yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Sözü edilen suç tanımlaması yapıldıktan sonra, suçun karşılığı olan cezanın ve suç sayılan fiili gerçekleştiren kamu görevlisinin hangi disiplin kuralını ihlal ettiğinin açık bir şekilde ortaya konulması da zorunludur. Söz konusu fiil, mevzuatta öngörülen tanıma uymuyorsa verilen disiplin cezasının hukuka aykırı olacağı açıktır.*" diyerek hukuki belirlilik ilkesi ile ilgili olarak kural işlemler açısından benimsediği yaklaşımı ifade ettikten sonra, "*Uyuşmazlık konusu olayda, davacının sarkıntılık fiiline ilişkin somut bir tespitin bulunmadığı, disiplin soruşturması kapsamında alınan tanık polis memuru ifadelerinin davacı lehine olduğu, davacıya izafe edilen eylemin sübuta erdiğinden bahsedilemeyeceği ve bu haliyle isnat edilen davranışların sarkıntılık fiili olarak değerlendirilmesine hukuken imkan bulunmadığı anlaşılmaktadır.*"[17] sonucuna varmıştır.

Danıştay, disiplin cezası işleminin sebep ve konu unsurlarının açık bir şekilde ortaya konulması zorunluğu açısından yaklaştığı hukuki belirlilik ilkesinin, aynı zamanda işlemin hukuka uygunluk denetiminde yapılacak hukuki nitelendirmeler açısından da zorunlu olduğunu bir kararında şu şekilde ifade etmiştir: "*Cezaların açık ve belirgin olması, açılan iptal davalarında hukuki nitelendirmeler ve muhakeme açısından kolaylık sağlayacak, aksi bir durum ise uyuşmazlık hakkında hukuki değerlendirme yapmayı olanaksız kılacaktır.*"[18]

Bu yaklaşımıyla Danıştay, hukuki belirlilik ilkesinden idarenin disiplin cezası işleminin sebep ve konu unsurlarını açıkça belirlemesini anlamaktadır. Fakat bu yaklaşım, özellikle mevzuatta hangi davranışların disiplin suçu oluşturduğu konusunda idareye bir değerlendirme yetkisi bırakıldığı durumlarda, işlemin sebep unsurunu belirleyecek, yani disiplin suçunu oluşturan fiil ve davranışın hukuki nitelendirmesinde kullanılacak hukuki ölçütler açısından bir değerlendirme

[16] D.12.D. E.2014/3080, K.2016/4512, T. 11.10.2016, www.kazancı.com (Makalede atıf yapılan tüm Danıştay kararları www.kazancı.com 'dan alınmıştır.)

[17] D.5.D, E. 2016/16961, K. 2018/18171, T. 10.12.2018.

[18] D.12.D, E.2013/7372, K.2014/3573, T. 9.5.2014.

içermemektedir. Oysa hukuki belirlilik ilkesi, disiplin cezasının yargısal denetiminde, idarenin bir davranışın disiplin suçu oluşturup oluşturmadığı ile ilgili olarak hukuki bir değerlendirme yaptığı, dolayısıyla teknik olarak takdir yetkisi kullandığı durumlarda, disiplin cezasının kanuni sebebini oluşturan kural işlemin kapsamını ve nasıl uygulanacağını belirleyen hukuki ölçütler kullanmayı gerektirir kanısındayız.

Danıştay, disiplin cezalarının yargısal denetiminde, doğrudan hukuki belirlilik ilkesi ile ilişkilendirmemekle birlikte idarenin bu alandaki takdir yetkisini belirli ölçütler kullanarak sınırlandırmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen içtihadında[19] belirttiği gibi, belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade eder. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir.

B. Bireysel İşlemlerde Hukuki Belirliliği Sağlayan Ölçütler

Disiplin cezalarının hukuka uygunluk denetiminde Danıştay'ın ve temel hak ve hürriyetleri sınırlayan nitelikteki disiplin cezaları bakımından bireysel başvuru kararları kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin en sık başvurduğu ilke ölçülülük ilkesi olmaktadır. Temel hak ve özgürlükleri sınırlayan disiplin cezalarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin hak ve özgürlüklerin kapsamı ve bunları sınırlayan hukuki işlemlerin hukuka uygunluk ölçütleri konusunda koyduğu standartlar özellikle bireysel başvuru kararlarında Anayasa Mahkemesi tarafından uygulanmaktadır.

1. Ölçülülük İlkesi

Danıştay, disiplin cezalarının yargısal denetiminde ölçülülük ilkesinin uygulanması gerektiğini, yakın tarihli bir kararında çok açık bir biçimde şöyle ifade etmektedir*:*

"*Disipline konu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin gözetilmesi de hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge "ölçülülük ilkesi" olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır.*

"Elverişlilik ilkesi", öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "zorunluluk ilkesi" öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve "orantılılık ilkesi" ise, öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir.

[19] AYM, E.2015/41, K.2017/98, T. 04.05.2017.

İdareler(in), kamu görevlileri hakkında disiplin cezasını tayin ve takdir ederken, suç ve ceza arasındaki hassas dengeyi gözetmesi gerekmektedir. Disiplin cezası vermeye yetkili olan organlar, mevzuata bağlı kalmakla birlikte, evrensel hukuk normlarından olan ölçülülüğün alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurlarını da göz önünde bulundurmalıdır."[20]

Söz konusu kararda Danıştay, "Suç işlemek amacıyla kurulan örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmamakla birlikte yardım etmek ve göreve dair sırları açıklamak" suçundan Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanmakta olan bir zabıt katibi hakkında, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak suçunu işlediği gerekçesiyle verilen memuriyetten çıkarma cezasını, ölçülülük ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Danıştay, "*İncelenmekte olan uyuşmazlıkta, davalı idarece işlemin sebep unsuru olarak gösterilen fiillerin, "Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" hükmü kapsamında görülerek davaya konu disiplin cezasının verildiği anlaşılmakta ise de davacının sübut bulan; dava dosya bilgilerinin yetkili olmayan kişilere açıklanması şeklindeki fiilinin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak suçu olarak nitelendirilmesi mümkün olmamıştır*." diyerek maddi olayın hukuki nitelendirmesini hukuka aykırı bulduğunu belirttikten sonra; Devlet memuru sıfatına, vakarına ve bulunduğu görevin hassasiyetine uygun hareket tarzı içinde değerlendirilmesi mümkün olmayan fiillerin de cezasız bırakılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Danıştay'ın bu değerlendirmede, disiplin suçu olarak nitelendirilen fiilin yürütülen kamu hizmetine ve hizmetin yürütüldüğü kurumun düzenine etkisini dikkate aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Danıştay, somut olayda, memurun işlediği fiilin Devlet memuru sıfatına, vakarına ve bulunduğu görevin hassasiyetine uygun hareket tarzı içinde değerlendirilmesi mümkün olmayan nitelikte bir fiil olması itibarıyla bir disiplin suçu oluşturduğunu kabul etmiş ve idare tarafından verilen memuriyetten çıkarma cezasını ölçülülük ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir.

Söz konusu kararda ölçülülük ilkesinin tanım ve unsurlarının da karar metnine alınmasına rağmen, "elverişlilik" ve "zorunluluk" unsurlarının disiplin cezalarının yargısal denetiminde uygulama alanı bulmadığını görüyoruz. Disiplin cezalarının yargısal denetiminde ölçülülük ilkesinin "orantılılık" unsuru işlevsel olmakta ve yargı içtihatlarında bu unsur, daha çok verilen disiplin cezası ile disiplin suçu olarak nitelendirilen fiilin arasında adil bir denge bulunması gerektiği şeklinde ifade edilmektedir.

Dava konusu işlemin özellikle memuriyetten çıkarma cezası olduğu durum-

[20] D.5.D, E. 2016/18117, K. 2017/24013, T. 12.12.2017.

larda, Danıştay'ın pek çok iptal kararının gerekçesi ölçülülük ilkesine aykırılık olarak karşımıza çıkmaktadır. Disiplin cezasının yargısal denetiminde ölçülülük ilkesine aykırılık değerlendirmesi, çoğu kararda sebep unsurunu oluşturan fiilin bir disiplin suçu olduğunu fakat bunun idare tarafından yapılan hukuki nitelendirmesinin yanlış olduğu tespitini içermektedir. Şu iki karar buna örnektir:

"(…) *davacının Başbakan'ın konvoyu geçerken "o.....çocuğu" şeklinde bağırdığı hususunun sübuta erdiği anlaşılmakla birlikte, davacının eyleminin memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareket olarak nitelendirilmesi suretiyle 657 Sayılı Kanun'un 125. maddesinin (E) bendinin (g) alt bendinde yer alan fiil kapsamında görülerek meslekten çıkarılmasının ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacağı sonuç ve kanaatine varılmıştır.*"[21]

"(…) *davacının eyleminin disiplin cezası verilmesini gerektirdiği tartışmasız olmakla birlikte, 657 Sayılı Kanun'un 125/E-(f) maddesinde yer alan Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile bu bağlamda "fiili tecavüz" olarak nitelendirilen itme eylemi arasında adil bir dengenin bulunmadığı açık olduğundan, davacının Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına dair işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.*"[22]

Disiplin suçunun açık bir şekilde kanunda düzenlendiği yani idarenin, fiilin hukuki nitelendirmesi bakımından bir takdir yetkisinin bulunmadığı bazı durumlarda da Danıştay ölçülülük ilkesini uygulamaktadır. Örneğin iptali istenen işlemin, bir öğretmenin 4,5 gün özürsüz, kesintisiz göreve gelmediğinden bahisle, 657 sayılı Kanunun 125/D-b maddesi uyarınca 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası olan bir davada Danıştay, "*Bir memur hakkında takdir edilen disiplin cezası ile, ilgilinin eylemi arasında adil bir denge bulunması ilkesi disiplin hukukunun temel ilkelerindendir.*" dedikten sonra "*bu dengenin kurulurken olayın oluş biçimi, ilgilinin suç kastının bulunup bulunmadığı, irade dışı etkenlerin eylemin meydana gelmesine etkisi gibi hususların göz önünde bulundurulması*" gerektiğini ifade etmiştir[23]. Danıştay, davacının söz konusu disiplin suçunu işlemesine sebep olan olay ve durumları kararına şu şekilde esas almıştır:

"*Olayda, davacının görev yerinden farklı bir yerde ikamet eden eşini tedavi ettirmek için 26.10.1993 günü hasta sevk kağıdı aldığı, ulaşım zorluğu nedeniyle 27.10.1993 günü ... Devlet Hastanesine ulaştığı, araya Cumhuriyet Bayramı ve hafta sonu tatili girmesi nedeniyle tedaviye ancak 1.11.1993 günü başlanabildiği, her ne kadar bu hususu yeterli delillerle ortaya koyamıyor ise de, neticede eşine*

[21] D.12.D, E.2016/8859, K. 2017/321, T. 15.02.2017
[22] D.12.D, E.2016/8855, K. 2017/461, T. 23.02.2017.
[23] D.8.D, E.1995/3680, K. 1997/3928, T. 11.12.1997.

hasta teşhisi konulduğu, tedavinin gecikmesi ve davacının göreve devamsızlığında araya giren resmi tatilin de etkili olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, idare mahkemesince dava konusu işlemin, verilen ceza ile eylem arasında adil bir denge bulunmadığı gerekçesiyle iptal edilmesi gerekirken davanın reddi yolunda verilen temyize konu kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır."

657 sayılı Kanunun bir derece hafif disiplin cezası verme yetkisini düzenleyen 125/3 maddesinin uygulanması konusunda değerlendirme yapılmadığı gerekçesiyle ilk derece Mahkemesinin kararını bozduğu bir davada Danıştay, eylem ile verilen ceza arasında adil bir denge bulunması koşuluna atıfta bulunsa da gerçek anlamda ölçülülük ilkesinin uygulandığı tartışmalıdır[24]. Söz konusu davada Danıştay, kamyon işleten davacının işlediği fiilin 657 sayılı Kanunla Devlet memurlarına yasaklanan ve disiplin suçu olarak düzenlenen "ticaret yapma" fiilini oluşturduğunu kabul etmiş fakat bir derece hafif disiplin cezası verilip verilmeyeceği konusunda göz önünde bulundurulması gereken hususları belirterek, bunların ilk derece mahkemesi tarafından değerlendirilmediğini belirtmiştir. Bu durumda, bir derece hafif ceza uygulanması gerektiği halde uygulanmaması suç ve ceza arasında adil bir denge olmadığı şeklinde yorumlanmış olmaktadır. Danıştay'a göre,

"Olayda davacının kusurlu eylemi nedeniyle disiplin cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık yok ise de, eylem ile verilen ceza arasında adil bir denge bulunması disiplin hukukunun gereğidir.

Davacıya verilen disiplin cezasının ceza verilmesine neden olan eylemin oluş biçimi samimi ikrar ve ifadeleri geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmalarının olumlu olup, olmadığı ve sicilleri değerlendirilerek daha alt bir cezanın verilip verilemeyeceği hususu dikkate alınmaksızın davanın reddine ilişkin idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır."

Ölçülülük ilkesi, disiplin hukukunda hukuki belirlilik ilkesinin yargı içtihatları ile sağlanmasında en önemli ve en etkili hukuki araçtır. Bu ilkenin somut olaylara uygulanması ile öncelikle hangi fiillerin hangi disiplin suçunu oluşturduğu, başka bir ifadeyle fiillerin hukuki nitelendirmesi belirli hale gelmekte ve hangi disiplin suçuna hangi disiplin cezasının verileceği meselesinde ise ne gibi hususların göz önüne alınması gerektiği belirlenmektedir.

2. Temel Hak ve Hürriyetler Alanında Anayasal İlkeler ve Avrupa Standartları

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına iliş-

[24] D.8.D, E. 1994/7699, K. 1996/3386, T. 25.11.1996.

kin kanun koyucuya yönelik olarak getirilen ölçütlerin, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikteki idari işlemlerin de hukuka uygunluk şartları olduğu gerek yargı içtihatlarında gerekse öğretide kabul edilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca idari işlemlerin yargısal denetiminde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri de uygulanacaktır. Disiplin cezalarının bir bölümü de temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte olduğundan, söz konusu ölçütler özellikle disiplin suçlarına ilişkin hukuki belirliliği sağlamada çok önemli bir işleve sahiptir.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, "*Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerekir. Açıktır ki (demokratik toplum düzeninin gerekleri) altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvurulan araç arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama" ve "ölçülülük ilkesine aykırı olmama" biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır.*"[25]

Üyesi olduğu sendikanın talebiyle bir siyasi partinin toplantısına sendika temsilcisi sıfatıyla katılan bir öğretmene, 657 sayılı Kanunun 125/D-o maddesinde düzenlenen siyasi parti yararına faaliyette bulunmak suçunu işlediği gerekçesiyle verilen aylıktan kesme cezasına karşı açılan davada Danıştay, disiplin suçu olarak nitelendirilen fiili ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirerek bu konudaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına ve Anayasa Mahkemesi kararlarına atıfta bulunmuş ve verilen cezanın demokratik toplum gereklerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal kararı vermiştir[26].

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 2013 yılında verdiği bir kararda, üyesi bulunduğu sendikanın yetkili kurullarınca alınan karara uyarak 1 gün göreve gelmeme eyleminin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/C-b maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti için Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS'nin 11. maddesini uygulamış; AİHM'nin 05.09.2009 tarihli, Kaya ve Seyhan/Türkiye kararına atıfta bulunmuştur[27]. Kurul, sonuç ola-

[25] *Hulusi Özkan*, B.N. 2015/15638, T. 15.11.2018; *Z.A.*, B.N. 2015/6302, T. 12.09.2019, www.lexpera.com (Makalede atıf yapılan tüm bireysel başvuru kararları www.lexpera.com 'dan alınmıştır.)

[26] D.12.D, E.2016/3449, K.2016/6362, T. 13.12.2016.

[27] "*Eğitim-Sen üyesi öğretmenlere, 11/12/2003 tarihinde KESK'in çağrısına uyarak, parlamentoda tartışılmakta olan kamu yönetimi kanun tasarısını protesto etmek üzere düzenlenen bir günlük ulusal eyleme katılmaları nedeniyle 11/12/2003 tarihinde göreve gelmedikleri için uyarma cezası verilmesinin, her ne kadar bu ceza çok küçük olsa da, sendika üyelerinin çıkarlarını korumak için meşru grev ya da eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir nitelik taşıdığı, öğretmenlere verilen disiplin cezasının "acil bir sosyal ihtiyaca" tekâbül etmediği ve bu nedenle "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığı sonucuna*

rak göreve gelmeme eyleminin özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek fiili kapsamında değerlendirilemeyeceğine ve sendikal faaliyet kapsamında bir gün göreve gelmemek fiilinin mazeret olarak kabulü gerektiğine, disiplin suçu teşkil etmeyen fiili nedeniyle davacıya 657 sayılı Kanunun 125/C-b maddesi uyarınca aylıktan kesme cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan disiplin cezalarına ilişkin bireysel başvuru kararlarında, yürütülen hizmetin ve kurumun özelliklerini ve gereklerini her somut olayda dikkate almakta ve başvuranın sınırlanan özgürlüğü karşısında mesleki hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülüklerinin yerine getirilmesindeki üstün yararın, derece mahkemeleri tarafından gösterilebilmiş olmasını aramaktadır. Aşağıda alıntılanan kararın gerekçesinde bu ölçüt uygulanmıştır.

Bir polis memuru, bilinen bir sosyal paylaşım sitesinde bazı polis memurları tarafından oluşturulan sayfada yer alan bir konu başlığının altına yazdığı ve paylaştığı düşünce ve yorumların, polis meslek disiplini ve etiği ile bağdaşmayan bir fiil olması nedeniyle, görev dışında yasaklanan tutum ve davranışlarda bulunma suçunu işlediği gerekçesiyle idare tarafından kınama cezası ile cezalandırılmıştır. Memurun idari işlemin iptali talebiyle açtığı davada ilk derece mahkemesi, söz konusu ifadelerin polislik mesleğinin etiği ile bağdaşmadığını kabul ederek davayı reddetmiştir. Söz konusu kararla ilgili olarak polis memuru, bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemesinin yargısal denetiminin yetersiz olduğunu belirttikten sonra, başvurucuya verilen kınama cezasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığına ve Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine şu gerekçelerle karar vermiştir:

"*40.* (…) *Somut olayda ilk derece mahkemesi, başvurucunun ifade özgürlüğü ile ifadeyi kullanma biçiminin kurumsal disiplinle uyumlu, sırrı ifşa etmeyen nitelikte ve dengeli olmasının sağlanması için mesleki hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülükleri arasında denge kurma işlemi yapmamıştır. Mahkeme, bahse konu ifadelerin meslek etiği ile bağdaşmadığını belirtmekle yetinmiş; ifadelerin ne anlamı üzerinde durmuş ne de kullanıldığı bağlamı incelemiştir.*

41. Emniyet Teşkilatı iç güvenlik hizmeti vermesi sebebiyle silah ve benzeri araçlar kullanma yetkisi olan, idari işlerin yanında adli işler ile ilgili de hassas yetkileri bulunan bir teşkilattır. Silahlı kuvvetlere benzer özellik gösteren bu

varmış, bunun sonucu olarak, bu davada, başvuranların AİHS'nin 11. maddesi anlamında gösteri yapma özgürlüğünü etkili bir şekilde kullanma haklarının orantısız olarak çiğnendiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir." DİDK, E. 2009/63, K. 2013/1998, T. 22.05.2013.

yönleriyle teşkilat içindeki hiyerarşik kuralların sivil devlet memurlarının tabi olduğu kurallara kıyasla daha katı olması doğaldır. Bununla birlikte bu husus teşkilatın veya hiyerarşik üstlerin eleştirilemeyeceği anlamına da gelmemektedir.

42. Sosyal medyada yorum yaptığı konunun başlığı ile kurduğu cümlelerden yola çıkarak başvurucunun Emniyet Teşkilatının yönetiminden duyduğu memnuniyetsizliği ve sitemini herhangi bir yöneticinin ismini zikretmeden dile getirdiği görülmektedir. Başvurucunun kullandığı ifadelerin teşkilata yönelik bir sırrı ifşa eder niteliği olmadığı gibi teşkilata zarar verecek veya itibar kaybı oluşturacak ağırlığı olduğu da söylenemez.

43. Sonuç olarak ilk derece mahkemesi başvurucunun ifade özgürlüğü karşısında mesleki hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülüklerinin yerine getirilmesindeki üstün yararı gösterebilmiş değildir. İlk derece mahkemesince başvuruya konu şikâyete olayın bütünselliği içinde bakılmamış; somut olayın kendi şartlarının neler olduğu, sosyal medyada tartışılan konunun ne olduğu, başvurucunun hangi amaçla düşünce açıklamasında bulunduğu, başvurucunun beyan tarzı, beyanın muhtemel sonuçları ve varsa kamu hizmetine veya kamu kurumunun disiplinine etkileri göz önünde bulundurulmamıştır (bkz. § 40). Başvurucunun sözlerinin olayın bağlamından ve somut ifade açıklamasının bütünlüğünden kopartılarak ele alınması suretiyle ortaya konan gerekçenin ilgili ve yeterli kabul edilmesi mümkün değildir. Ayrıca yukarıdaki hususlar dikkate alındığında başvurucunun kullandığı ifadeler nedeniyle kınama cezası ile cezalandırılmasının demokratik toplumda gerekli olduğu da değerlendirilmemiştir.

44. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."[28]

Alıntı yapılan kararda AİHM'nin konuyla ilgili yaklaşımına şu şekilde yer verilmiştir: *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), polis memurlarının ifade özgürlüğüne yönelik bir kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin devletin egemenliği altındaki diğer bireylere uygulandığı gibi bu kişilere de uygulanacağını özellikle vurgulamaktadır (Rekvényi/Macaristan [BD], B. No: 25390/94, 20/5/1999, § 43). Bununla birlikte AİHM demokratik bir toplumda gerekliliği tartışılmaz olan durumlarda ordu, emniyet veya diğer bazı alanlarda siyasi ve toplumsal faaliyetlere sınırlamalar getirilmesinin mümkün olduğunu gözetmektedir (İsmail Sezer/Türkiye, B. No: 36807/07, 24/3/2015, § 52; Vogt/Almanya [BD], B. No: 17851/91, 26/9/1995, §§ 51-53)."*

Anayasa Mahkemesi, mesleki hayat çerçevesinde kişilerin özel hayatı hakkında sorgulanmasının ve bunun doğurduğu idari sonuçlarla kişilerin davranış

[28] *Hulusi Özkan*, B. N. 2015/18638, T.15.11.2018.

ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmalarının, özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale olduğunu kabul etmektedir[29]. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*Bireyin kamusal bir göreve talip olmasıyla bazı kısıtlamalara tabi tutulmayı kabul ettiği varsayılmakta ise de sadece mahrem alan kapsamında kalan davranışları nedeniyle birtakım yaptırımlara maruz kalması, özel hayatın gizliliği hakkı yönünden ancak kamusal menfaatin söz konusu yaptırımı gerekli kıldığı ve anılan davranışa oranla ölçülü olduğu takdirde kabul edilebilir*."[30]

İdari ve yargısal makamlarca "evli olduğunu bildiği kişiyle ilişki yaşaması nedeniyle hizmet dışında bir memurun özel hayatına göstermesi gereken özen ve dikkati göstermediği" tespiti yapılan ve Yargıtay'da zabıt kâtibi olan bir aday memurun, 657 sayılı Kanunun 125/B-d maddesinde öngörülen "hizmet dışında devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak" fiili uyarınca almış olduğu kınama cezası nedeniyle 657 sayılı Kanunun 57. maddesi uyarınca memuriyetle ilişiği kesilmiş; memur Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun evli bir kişiyle ilişki yaşaması şeklindeki özel hayatına dair fiillerinin mesleki hayatı memur olarak görev yaptığı kurum üzerindeki olumsuz etkileri ve risklerinin ikna edici gerekçelerle açıklanamadığı; verilen kınama cezasının sonuçları bakımından ölçüsüz olduğu, yani başvurucuya verilen disiplin cezası kapsamında sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlanan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır[31].

Anayasa Mahkemesi, özel hayatın gizliliği hakkının cinsellik ve mahremiyet hakkı gibi yönleri söz konusu olduğunda idarenin takdir yetkisinin daha dar tutulması gerektiğini ve bu alanlara yönelik müdahalelerin haklı olduğunun kabul edilebilmesi için özellikle ciddi gerekçelerin varlığının bulunması gerektiğini başka kararlarında da vurgulamaktadır[32].

13.01.1985 tarihli ve 18634 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan mülga Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin "*Yükseköğretim Kurumundan Çıkarma Cezasını Gerektiren Disiplin Suçları*" başlıklı 10. maddesinin (e) bendinde *"Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller"*den biri de *"Kanundışı kuruluşlara üye olmak, bu kuruluşlar adına faaliyet yapmak veya yardımda bulunma"* olarak ifade edilmiştir. Bir üniver-

---

29 *Serap Tortuk*, B. N. 2013/9660, T. 21.01.2015, § 37; *Bülent Polat*, B.N. 2013/7666, T. 10.12.2015, § 63; *Ata Türkeri*, B.N. 2013/6057, T. 12.12.2015, § 33.

30 *Sevilay Sümer,* B.N. 2016/7091, T. 18.07.2019.

31 *Sevilay Sümer*, B.N. 2016/7091, T. 18.07.2019.

32 *Z.A.*, B.N. 2015/6302, T. 12.09.2019.

site öğrencisinin belirli bir terör örgütünün gençlik yapılanması içinde nevruz kutlamalarına katıldığı, marş söyleyip slogan attığı gerekçesiyle verilen yüksek öğretim kurumundan çıkarma cezasına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi "*Yükseköğrenimde disiplinin ve güvenliğin sağlanması için disiplin tedbirlerinin uygulanması idarenin takdir alanı içinde olup bu, makul ve kabul edilebilir bir tedbirdir. Bu çerçevede kanun dışı kuruluşlar adına faaliyette veya yardımda bulunma eylemini işlemiş olması nedeniyle başvurucunun yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasıyla cezalandırılması, kurum içi disiplinin korunması ve yükseköğrenimde öğrenim gören kişilerin güvenliği açısından kabul edilebilir bir tedbirdir. Bununla birlikte disiplin yaptırımı nedeniyle yükseköğretimden çıkarılan öğrencilerin başka eğitim kurumlarına başvurma imkânlarının bulunması da müdahalenin orantılılığı bakımından büyük önem taşımaktadır*." demiştir[33]. Söz konusu kararda, 2547 sayılı Kanunun 54. maddesinin (g) fıkrasındaki *"Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilen öğrenciler, bir daha herhangi başka bir yükseköğretim kurumuna alınamazlar*." şeklindeki düzenlemenin, yükseköğrenim hakkından yararlanmayı imkânsız hâle getirerek hakkın özüne dokunduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 13. ve 42. maddelerine aykırı görülerek 2011 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğine değinilmiş, fakat başvurucunun 2006'dan 2011'e kadar başka bir yüksek öğretim kurumuna başvuru imkânının olmaması bir ihlal sebebi olarak değerlendirilmemiştir[34].

Anayasa Mahkemesi, iş bırakma eylemlerine ilişkin olan bireysel başvurularda, başvuruculara üyesi oldukları Sendikanın tüm Türkiye'de yaptığı göreve gelmeme çağrısına katılarak mazeretsiz olarak göreve gelmedikleri gerekçesiyle disiplin cezası uygulanmasını, sendika hakkına bir müdahale kabul ederek -uygulanan ceza her ne kadar hafif bir ceza olsa da- *toplumsal bir ihtiyaç baskısına tekabül etmediği,* bu nedenle *demokratik bir toplumda gerekli olmadığı* sonucuna varmış ve ihlal kararı vermiştir[35].

Demir yolu ulaşım hizmetlerinde görev yapan sendika üyesi bir kısım personelin, seslerini duyurabilmek için bir günlük iş bırakma eylemine ek olarak, kendi görev sahalarında değil de başka bir yolda bulunan Mavi Tren'in teşkil manevrasını yapmak üzere depoya alınması esnasında makinenin önüne oturarak depoya alınmasını engelledikleri ve seferin tehir edilmesine neden oldukları olay nedeniyle aldıkları disiplin cezalarının adil yargılanma, toplantı ve gösteri yürü-

---

33 *Selçuk Taşdemir*, B.N. 2013/7860, T. 03.03.2016.

34 AYM, E.2009/59, K.2011/69, T.28.04.2011.

35 *Tayfun Cengiz,* B. N. 2013/8463, T. 18.09.2014; *Mehmet Çağdaş Serttaş*, B. N. 2013/8516, T. 06.01.2015; *Nihat Çan*, B. N. 2013/8745, 06.01.2015; *Ayşe Yılmaz*, B.N. 2013/8805, T. 06.01.2015; *Selma Baş*, B.N. 2014/1946, T. 06.1.2015; *Hayati Aktop ve diğerleri*, B.N. 2014/4199, T. 10.06.2015; *Selda Demir Taze*, B.N. 2014/7668, T. 10.06.2015; *Abidin Aydın Tüfekçi,* B.N. 2013/1315, T. 15.04.2015. (Karar künyeleri *Tonguç Özkan ve diğerleri*, B.N. 2015/1261, T.26.09.2019, §33'den alınmıştır.)

yüşü düzenleme hakkı ve örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürdükleri bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, başvurucuların iddialarının bir bütün olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Disiplin cezasına esas fiil ise ilgili Yönetmelikte[36] "*personel arasında iş ahengini bozarak tahrik ve teşvikte bulunmak ve görev yeri sınırları içerisinde herhangi bir yeri toplantı tören ve benzeri amaçlarla izinsiz kullanmak veya kullandırmak"* şeklinde tanımlanan eylem olarak nitelendirilmiştir[37]. Söz konusu bireysel başvuru kararında, derece mahkemelerinin konuyla ilgili kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ve mevzuat hükümlerine yer verdikten sonra ölçülülük değerlendirmesi yaptıkları belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre "*somut olayda, (...) eylemin sonuçlarının toplantı hakkının yol açabileceği ve katlanılması gereken belli bir düzeye kadar olan karışıklıktan öteye geçtiği, başkalarının haklarının engellenmesi noktasında ağır bir külfete yol açtığı, dolayısıyla Sendika kararında belirtilen iş bırakma eylemini aşar suretteki bu eylemleri nedeniyle başvuruculara disiplin cezası verilmesi şeklindeki müdahalenin kamu düzeninin korunması amacı bakımından zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiği kabul edilmelidir. Ayrıca eylemin amacı ve niteliği ile verilen disiplin cezası birlikte dikkate alındığında müdahalenin kamu düzeninin korunması meşru amacıyla orantılı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Açıklanan gerekçelerle şikâyet edilen disiplin cezasının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu sonucuna varılmış olup başvuruculaların Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.*"

B. Belirsiz Kavramlara Dayanan Disiplin Cezaları

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/C-ı maddesinde; "Hizmet içinde Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak" eylemi, aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil ve haller arasında sayılmıştır.

Bir Devlet hastanesinin kadrosunda görev yapmakta olan bir uzman doktorun, alkollü şekilde araç kullanmak suretiyle kaza yaparak, alkometreye üflemeyerek ve istenildiği zaman kan vermeyerek memuriyet vakarına yakışmayan tutum ve davranışlar sergilediği gerekçesiyle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/C-ı maddesi uyarınca 1/15 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılması işlemine karşı açtığı davada Danıştay şu şekilde karar vermiştir: "*Olayda, davacının, alkollü şekilde araç kullanmak suretiyle kaza yaptığı, alkometreye üflemediği ve istenildiği zaman kan vermediği şeklinde sübut bulan fiille-*

[36] 22.06.1993 tarihli ve 21615 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan mülga TCDD Personel Yönetmeliği.
[37] *Tonguç Özkan ve diğerleri*, B.N. 2015/1261, T.26.09.2019.

rinin Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte bulunduğu sabit olmakla birlikte, söz konusu eylemin doktorluk görevi ile ilgisi bulunmadığı ve anılan fiillerin mesai saatleri dışında gerçekleştiği de göz önüne alındığında, "hizmet dışında" gerçekleştiğinin kabulü gerekmekte olup, söz konusu fiilin "hizmet içinde" gerçekleştiğinden bahisle aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına dair işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır."[38] Danıştay bu davada, mesai saatleri dışında ve dolayısıyla hizmet dışında işlenen bir fiilin Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsıcı nitelikte olabileceğini kabul ederek çelişkiye düşse de, yürütülen hizmetle ilgisi olmayan ve mesai saatleri dışında işlenen bir fiilin Devlet Memurları Kanununun 125/C-ı maddesi kapsamında cezalandırılamayacağını kabul ederek, normun kapsamını bu açıdan belirlemiş olmaktadır.

657 sayılı Kanunun 125/E-g maddesinde öngörülen "memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler"den ne anlaşılması gerektiğiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi, "*Fıkrada genel bir belirleme yapılmış ve disiplin cezası gerektiren hareketlerin, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak derecede yüz kızartıcı ve utanç verici olması gerektiği düzenlenerek çerçeve çizilmiştir. Kaldı ki, itiraz konusu kural dayanak alınarak tesis edilen idari işlemlere karşı yargı yolu açık olup belirsiz olduğu ileri sürülen kavramlar ve bu kavramların belirttiği hareketler yargı kararları yoluyla da somutlaştırılmaktadır*." demiştir[39].

Yukarıda ölçülülük ilkesi ile ilgili olarak bahsedilen bir kararında Danıştay'ın, ilk derece mahkemesinin davayı reddeden kararını bozma gerekçesi belirsiz kavramların somut olayda nasıl uygulandığına ilişkin olarak da dikkat çekicidir[40]. Adliyede zabıt kâtibi olan bir memurun dava dosya bilgilerini yetkili olmayan kişilere açıklaması şeklindeki fiilinin idare tarafından 657 sayılı Kanunun 125/E-g maddesi kapsamında "memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" şeklinde nitelendirilmesinin mümkün olmayacağını belirten Danıştay, kararını maddi olayı niteliksel açıdan belirlemekten ziyade onun disiplin cezasının ağırlığı ile oranını değerlendirmek suretiyle vermiştir. Danıştay, memurun fiilini 657 sayılı Kanunun 125/A-e maddesinde uyarma cezasını gerektiren disiplin suçlarından biri olarak düzenlenen "Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak" olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir[41].

---

38 D.12.D, E.2014/4359, K.2017/6170, T. 30.11.2017.

39 AYM, E.2013/110, K.2014/8, T.16.01.2014.

40 D.5.D, E. 2016/18117, K. 2017/24013, T. 12.12.2017.

41 "(…) *dava dosya bilgilerinin yetkili olmayan kişilere açıklanması şeklindeki fiilinin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak suçu olarak nitelendirilmesi mümkün olmamıştır.*

Sonuç olarak, Danıştay'ın disiplin cezasının maddi sebebi olan olayı niteliksel olarak belirsiz kavramlarla açıklamaya ya da soyut bir şekilde belirsiz kavramların anlam ve kapsamını belirlemeye çalışmaktan ziyade disiplin suçu oluşturan fiilin verilen disiplin cezası ile dengeli ya da orantılı olup olmadığı hakkında değerlendirme yaptığını söyleyebiliriz.

C. Kıyasla Tesis Edilen Disiplin Cezaları

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinde disiplin cezaları ve suçları tek tek sayılmış, 4. fıkrada ise "sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezası verilir." hükmü ile idareye kıyas yoluyla disiplin suçu yaratma yetkisi verilmiştir. Bunun dışında çeşitli disiplin yönetmeliklerinde kıyas öngörülmüştür[42]. Böyle bir kıyas imkanının amacı, idareye mutlak bir takdir yetkisi vermek değil, disiplin suç ve cezalarının amaç ve işlevine uygun olarak hizmetin yürütülmesini olumsuz yönde etkileyecek ve kurumun düzenini bozacak nitelikte fiillere yaptırım uygulamak olsa gerektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda alıntılanan birçok kararında, idarenin faaliyetlerinin çok çeşitli, karmaşık ve değişken olması nedeniyle disiplin cezasını gerektirecek fiillerin tümünün kanunda tek tek belirlenmesinin güç olduğu belirtilmiştir. Böyle bir güçlük nedeniyle öngörülmüş olan kıyasın uygulanmasıyla verilen disiplin cezalarında hukuki belirliliği ise bunların yargısal denetiminde uygulanan hukuka uygunluk ölçütleri sağlayacaktır. Yine de kanunda öngörülen disiplin suçları nitelik ve ağırlık yönünden belirlenmiş bir sıralama içinde düzenlenmediğinden, kıyas yapılmasında güçlükler ortaya çıkacağı açıktır.

Adliyede zabıt katibi olarak görevli bir memurun aynı adliyede görevli ve evli olan bir memura duygularını itiraf ederek onu sevdiğini söylemesi, kadın memurun sert tepki vererek kendisini reddetmesine rağmen duygularını açıklamaya ve tacize devam etmesi neticesinde hakkında disiplin soruşturması açılmış ve 657 sayılı Kanunun 125. maddesinin dördüncü fıkrası uygulanarak üç yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmiştir. Ayrıca memur

---

Ancak Devlet memuru sıfatına, vakarına ve bulunduğu görevin hassasiyetine uygun hareket tarzı içinde değerlendirilmesi mümkün olmayan fiillerinin de cezasız bırakılmaması gerekmektedir.
İdareler, kamu görevlileri hakkında disiplin cezasını tayin ve takdir ederken, suç ve ceza arasındaki hassas dengeyi gözetmesi gerekmektedir. Disiplin cezası vermeye yetkili olan organlar, mevzuata bağlı kalmakla birlikte, evrensel hukuk normlarından olan ölçülülüğün alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurlarını da göz önünde bulundurmalıdır."

[42] Örneğin Yükseköğretim Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin "Öngörülmemiş Disiplin Suçları" başlığını taşıyan 10. maddesi uyarınca Yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma ve çıkarma cezasını gerektiren disiplin suçları dışında, uyarma ve kınama cezası verilmesini gerektiren eylemlere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezaları verilir. Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliğinin "Onur Kurullarının Takdir Hakkı" başlıklı 7. maddesinin ilk fıkrası, "Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren eylem ve durumlara nitelik ve ağırlık itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezaları verilir." şeklindedir.

hakkında cinsel taciz suçlamasıyla açılan kamu davasında, Ankara 7. Sulh Ceza Mahkemesi, sanığın eyleminin sübut bulduğundan ceza tayin edilerek neticede hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Danıştay'a göre, " (…) *ilgilinin eyleminin 657 sayılı Yasa'nın 125/D-d maddesi*[43] *kapsamında nitelendirilemeyeceği, ancak aynı Kanun'un 125/4. maddesi olan ''Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesi gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden ceza verilir." hükmü kapsamında değerlendirilebileceği; zira kademe ilerlemesinin durdurulması cezası gerektiren hal ve fiiller ile; davacının cezaya konu olan eylemi arasında nitelik ve ağırlık itibari ile benzerlik bulunduğu anlaşılmış olup, bu nedenle davalı idarece tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunma(maktadır).*"[44]

Bilgisayar işletmeni kadrosunda görevli bir memurun bir sosyal paylaşım sitesindeki kişisel hesabından yaptığı siyasi içerikli bir paylaşım nedeniyle açılan disiplin soruşturması neticesinde 657 sayılı Kanunun 125/4. maddesi kapsamında aynı Kanunun 125/E-a ve 125/E-b maddelerinde sayılan fiil ve hallere nitelik ve ağırlık itibariyle benzerlik gösteren fiiller işlediği bahsiyle memura "Devlet memurluğundan çıkarma" cezası verilmiştir. İstanbul İdare Mahkemesi şu gerekçeyle iptal kararı vermiştir:

"Uyuşmazlık konusu cezanın tayininde, fiilin "nitelik ve ağırlık" bakımından benzer eylem olduğunun tesbitine yönelik olarak, disipline aykırı eylemin 657 sayılı Kanun'un 125. Maddesi E fıkrası (a) (b) bentlerinde yer alan hangi eyleme "benzer" nitelikte bir eylem olduğuna ilişkin somut bir belirleme yapılmadığı görülmektedir. Ayrıca, uyuşmazlık konusu Yüksek Disiplin Kurulu kararında; memuriyetten çıkarma cezasının bireyin tüm hayatını derinden etkileyeceği hususu yanısıra davacının önceki memuriyet hayatındaki durumu dikkate alınarak, geçmiş hizmetleri ve sicillerinin kararda tartışılmayarak, bir alt ceza uygulaması açısından gerekli değerlendirme yapılmadığı gibi, bir alt cezanın tatbik edilmemesinin gerekçesinin de ortaya konulmadığı görülmektedir. Bu durumda, davacıya atfedilen eylemin ve karşılığında tayin edilecek cezanın belirlenmesinde, bir alt ceza uygulanması hususu tartışılıp bu konuda bir değerlendirme de yapılmadan ve yukarıda bahsedilen ilkeler uyarınca somut bir değerlendirme yapılmaksızın, soyut olarak kıyas yoluyla "meslekten çıkarma" cezası ile tecziyesine ilişkin tesis edilen dava konusu işlemde usül yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmaktadır."[45]

---

[43] Madde 125/D-d: Amirine veya maiyetindekilere karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareketler yapmak.

[44] D.12.D, E. 2010/2490, K. 2014/1650, T. 17.03.2014.

[45] İstanbul 7. İdare Mahkemesi, E:2017/1446, K:2018/1198, T. 29.06.2018, *içinde* İstanbul BİM, 2.İDD, E. 2018/2927, K. 2019/829, T. 24.04.2019.

Yukarıdaki karara karşı yapılan istinaf başvurusunu inceleyen İstanbul Bölge İdare Mahkemesi ise kararında "*Olayda, davacının yukarıda aktarılan paylaşımı yaptığı açık ve ihtilafsız olup, bu paylaşımın disiplin hukukunun ruhuna ters düşen ve disiplin cezası ile cezalandırılması gereken bir fiil olduğu konusunda en ufak bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, bu fiilin nitelik ve ağırlığı itibariyle en çok benzer olduğu alt bent, 125. maddenin 1. fıkrasının D bendinin (o) alt bendi, yani 657 sayılı Kanun yukarıda aktarılan 125/D-o maddesi olduğu, davacının fiilinin 125/E-a ve 125/E-b maddelerine değil, 125/D-o maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu durumda, davacının fiilinin ölçülülük ve elverişlilik ilkelerine aykırı olarak benzer eylem kapsamında 125/E-a,b alt bentleri uyarınca değerlendirilmek suretiyle Devlet Memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına dair tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.*" diyerek İstanbul İdare Mahkemesinin kararını sonucu itibarıyla hukuka uygun bulmuştur.

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi yukarıda bahsedilen kararında "*disiplin hukukunun ruhu"* şeklinde hukuki olmayan bir ifadeye yer vermekle birlikte disiplin hukukunda kıyasın nasıl uygulanacağına ilişkin belirliliği sağlamaya elverişli bir ölçüt olarak ölçülülük ilkesini uygulamıştır.

5525 sayılı Memurlar İle Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanunun 1. maddesindeki "Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit veya nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçlar veya istimal ve istihlâk kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçları sebebiyle görevleriyle sürekli olarak ilişik kesilmesi sonucunu doğuran disiplin cezaları (…) bütün sonuçlarıyla affedilmiştir." şeklindeki düzenlemede geçen "…*gibi yüz kızartıcı suçlar…*" ifadesinin, söz konusu Kanun kapsamında, kıyasa izin verip vermediği hakkında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun iki çelişkili kararı bulunmaktadır. 5525 sayılı Kanun kapsamında hangi fiillerin yüz kızartıcı suç olduğunun belirlenmesi, fiile bağlanacak olan disiplin cezasının belirlenmesi açısından değil, Kanun ile affedileceği öngörülen disiplin cezalarının hangileri olduğunun belirlenmesi açısından gerekli olmaktadır.

İdari Dava Daireleri Kurulu, 12.11.2014 tarih ve E.2012/482, K.2014/39921650 sayılı kararında, "*Burada yer verilen 'gibi yüz kızartıcı suçlar' ibaresindeki "gibi" sözcüğü, yüz kızartıcı suç olarak anılan Kanunda sayma yoluyla belirtilen "Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit veya nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas suçlarından biri"ni ifade etmek üzere kullanılmıştır. Aksi yorum-*

la, "gibi" sözcüğünün, "sayılanlara benzer suçları" ifade ettiğinin kabul edilmesi, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası ile 657 Sayılı Kanun'un 18. maddesi uyarınca memurların memurluklarının sona erdirilmesine dair durumların bizzat kanunda düzenlenmesi gerektiğine dair memur güvencesine aykırı olduğu gibi; idarelere, Kanunda gösterilen suçlar dışında benzer suçların yüz kızartıcı suç sayılması konusunda, ölçütleri belirsiz, geniş bir takdir yetkisi tanınması sonucunu da doğurabilecektir." ifadelerine yer vererek, 5525 sayılı Kanunda sayma yoluyla belirtilen eylemler arasında yer verilmeyen "intihal" fiilinin yüz kızartıcı suç olarak kabul edilemeyeceğine ve bu fiile dayanılarak verilmiş davaya konu disiplin cezasının, nitelik itibarıyla 5525 sayılı Kanunun kapsamına girdiğine karar vermiştir. Oysa 04.03.2013 tarih ve E.2009/652, K.2013/751 sayılı bir diğer kararında, "cinsel taciz ve sarkıntılık" fiili sebebiyle hakkında kamu görevinden çıkarma cezası verilen davacının fiilinin, 5525 sayılı Kanunda sayılan suçlardan olmamasına rağmen şeref ve haysiyet kırıcı suçlar kapsamında olduğu, dolayısıyla 5525 sayılı Kanun ile öngörülen disiplin affından faydalanacak disiplin cezaları kapsamında bulunmaması sebebiyle davaya konu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir[46].

SONUÇ

Disiplin suç ve cezalarında hukuki belirlilik ilkesi suç ve cezaların kanuniliği ilkesinden farklı bir ilke olmakla birlikte onunla da ilişkisi olan bir kavramdır. Ceza hukuku alanında suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin sağlanabilmesi bakımından hukuki belirlilik ilkesinin de kanunda gerçekleşmesi zorunludur. Başka bir deyişle hukuki belirlilik ilkesi kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Disiplin hukukunda ise iki ilke arasındaki bu çakışma sadece disiplin cezaları için geçerlidir. Disiplin cezalarında kanunilik ilkesi ile belirlilik ilkesi de sağlandığından disiplin hukukunda hukuki belirlilik ilkesi açısından esas mesele hangi fiillerin disiplin suçu olduğu, disiplin suçlarından hangisine dahil olduğu ve karşılığında hangi disiplin cezalarının verileceği meselesidir.

Anayasa Mahkemesi, disiplin suçlarında hukuki belirliliğin yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de sağlanabileceğini kabul etmektedir. İdarenin bir davranışın disiplin suçu oluşturup oluşturmadığı ile ilgili olarak hukuki bir değerlendirme yaptığı, dolayısıyla teknik olarak takdir yetkisi kullandığı durumlarda idari yargı yerleri, disiplin cezasının sebep unsurunu oluşturan bu değerlendirmenin hukukilik denetimi dolayısıyla disiplin suçlarında belirlilik ilkesinin gerçekleşmesini sağlamaktadır. Danıştay, disiplin cezalarının yargısal denetiminde ölçülü-

[46] Bu kararlar bizzat Danıştay'ın şu kararından alınmıştır: D.5.D, E.2016/18117, E.2017/24013, T.12.12.2017

lük ilkesine başvurmakta, idare tarafından tesis edilen disiplin cezası ile disiplin suçu, yani somut olarak bu cezanın verilmesine neden olan fiil arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını araştırmaktadır. Danıştay belirsiz kavramlarla tanımlanmış disiplin suçlarında, belirsiz kavramların anlam ve içeriğini belirleyerek ya da disiplin suçu oluşturan fiilin hukuki nitelendirmesini bağımsız bir şekilde yaparak değil de tesis edilen disiplin cezasının, disiplin suçunu oluşturan fiille olan orantısını ya da dengesini gözeterek hangi fiillerin hangi disiplin suçu oluşturduklarını belirleme yoluna gitmektedir. Mevzuatın kıyasla disiplin suçu yaratma izni verdiği durumlarda da Danıştay'ın belirliliği sağlamada kullandığı ölçüt yine suç ve ceza arasında kurulması gereken adil denge anlamında uygulanan ölçülülük ilkesi olmuştur.

Anayasa Mahkemesi de disiplin cezalarıyla ilgili bireysel başvuru kararlarında, ölçülülük ilkesi yanında demokratik toplum düzeni ölçütünü ve AİHM'nin içtihatlarını istikrarlı bir şekilde uygulamaktadır.

Disiplin suçlarında hukuki belirlilik ilkesi, disiplin cezalarının yargısal denetiminde uygulanan hukuka uygunluk ölçütleri ile mümkün olduğundan, bu kapsamda özelikle Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay kararlarında içtihat birliğinin sağlanmasının özel bir öneme sahip olduğu açıktır.

KARARLAR

AYM, E.2009/59, K.2011/69, T.28.04.2011.

AYM, E.2016/198, K.2017/144, T.18.10.2017.

AYM, E.2013/67, K.2013/164, T.26.12.2013.

AYM, E.2017/143, K.2018/40, T. 02.05.2018.

AYM, E.2013/110, K.2014/8, T.16.01.2014.

AYM, E.2015/85, K.2016/3, T.13.01.2016.

AYM, E.2015/22, K.2015/37, T.01.04.2015.

AYM, E.2017/129, K.2018/6, T.18.01.2018.

AYM, E. 2014/100, K. 2015/6, T. 14.01.2015.

AYM, E. 2016/182, K. 2017/111, T. 14.06.2017.

AYM, E.2015/41, K.2017/98, T. 04.05.2017.

AYM, E.2018/14, K.2018/112, T.20.12.2018.

AYM, E.2013/28, K.2013/106, T. 03.10.2013.

D.8.D, E.1995/3680, K. 1997/3928, T. 11.12.1997.

D.8.D, E. 1994/7699, K. 1996/3386, T. 25.11.1996.

D.12.D. E.2014/3080, K.2016/4512, T. 11.10.2016.

D.12.D, E. 2010/2490, K. 2014/1650, T. 17.03.2014.

D.5.D, E. 2016/16961, K. 2018/18171, T. 10.12.2018**.**

D.12.D, E.2013/7372, K.2014/3573, T. 09.05.2014.

D.5.D, E. 2016/18117, K. 2017/24013, T. 12.12.2017.

D.12.D, E.2016/8859, K. 2017/321, T. 15.02.2017

D.12.D, E.2016/8855, K. 2017/461, T. 23.02.2017

D.12.D, E.2014/4359, K.2017/6170, T. 30.11.2017.

D.12.D, E.2016/3449, K.2016/6362, T. 13.12.2016.

DİDK, E. 2009/63, K. 2013/1998, T. 22.05.2013.

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 2.İDD, E. 2018/2927, K. 2019/829, T. 24.04.2019.

Hulusi Özkan, B.N. 2015/15638, T. 15.11.2018.

Z.A., B.N. 2015/6302, T. 12.09.2019.

Serap Tortuk, B. N. 2013/9660, T. 21.01.2015.

Bülent Polat, B.N. 2013/7666, T. 10.12.2015.

Ata Türkeri, B.N. 2013/6057, T. 12.12.2015.

Sevilay Sümer, B.N. 2016/7091, T. 18.07.2019.

Selçuk Taşdemir, B.N. 2013/7860, T. 03.03.2016.

Tayfun Cengiz, B. N. 2013/8463, T. 18.09.2014.

Mehmet Çağdaş Serttaş, B. N. 2013/8516, T. 06.01.2015.

Nihat Çan, B. N. 2013/8745, 06.01.2015.

Ayşe Yılmaz, B.N. 2013/8805, T. 06.01.2015.

Selma Baş, B.N. 2014/1946, T. 06.01.2015.

Hayati Aktop ve diğerleri, B.N. 2014/4199, T. 10.06.2015.

Selda Demir Taze, B.N. 2014/7668, T. 10.06.2015.

Abidin Aydın Tüfekçi, B.N. 2013/1315, T. 15.04.2015.

Tonguç Özkan ve diğerleri, B.N. 2015/1261, T.26.09.2019.

4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNUN ELEKTRİK PİYASALARINDA AYRIMCILIK YAPMAMA VE AYRIŞTIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ AÇISINDAN UYGULANMASINDA YETKİ PAYLAŞIMI MESELESİ

Gamze Öz*

Giriş

Bu çalışmada Rekabet Kurulu'nun ("RK") 2017-2019 yılları arasında elektrik piyasalarında faaliyet gösteren bazı şirketler hakkında, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("RKHK") 6.maddesi kapsamında verdiği ihlal kararları belirli bir açıdan incelenmiştir. Bu kararlara konu olan ihlal iddiaları arasında, ilgili dağıtım şirketlerinin dikey bütünleşik yapısı nedeniyle kendi grup şirketleri lehine ayrımcılık yapılması veya bu etkiyi doğuran sonuçlar ortaya çıkması (bundan sonra "ayrıştırma yükümlüğü ve ayrımcılık yapmama" şeklinde ifade edilecektir) halinde, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu ("EPDK") ile RK'nun yetkileri ilgili mevzuat ve yargı kararları çerçevesinde incelenecektir. Yazının konusu RK'nun elektrik piyasalarında yakın dönemde aldığı ihlal kararlarında yer alan belirli iddialarla sınırlı olduğundan, bu kararlar bütün yönleriyle değil, sadece sözkonusu iddialar bakımından ilgili kurumlar arasında yetki meselesinin düşündürdükleri ile sınırlandırılmıştır.

I. Rekabet Hukukunun Elektrik Piyasalarında Serbestleşme ve Özelleştirme Süreçlerinde Rolü

Aşağıda incelenecek olan RK kararlarında yer alan ayrıştırma ve ayrımcılık

* Doç. Dr., Orta Doğu Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

yapmama yükümlülüğü konusu elektrik piyasalarında ilk kez, özelleştirme sürecinde tartışılmaya başlanmıştır. Bu nedenle Türkiye'de elektrik piyasalarında özelleştirme ve serbestleşme uygulamalarında rekabet hukukunun rolüne aşağıda kısaca yer verilmiştir.

Türkiye'de elektrik hizmetlerinin tamamı 1980'li yıllara kadar kamu tekeli olarak dikey bütünleşik yapıda faaliyet gösteren TEK çatısı altında toplanmış[1], 1980'li yılların sonlarına doğru teknolojik gelişmelerin yanısıra liberal ekonomi politikalarının uygulanması ve kamu tekellerinin özelleştirilmesiyle elektrik piyasalarında da serbestleştirme süreci başlamıştır[2]. İlgili piyasaların yapılanmasında sektörel düzenlemelerin yanısıra piyasalarda rekabeti tesis etmeye yönelik ilkeler de sürecin başından itibaren önemli rol oynamıştır[3]. Enerji piyasalarının dönüşümüne ilişkin sektörel mevzuat çalışmaları tamamlanmadan ve RK'nun kurulmasından önce Anayasa Mahkemesi TEK'in özelleştirilmesine ilişkin 3974 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali istemiyle açılan davada verdiği iptal kararında, kanunu Anayasa'nın diğer hükümlerinin yanısıra piyasaların denetimine ilişkin 167.maddesine de aykırı bulmuş[4]; kararda rekabetin ve tüketicinin korunmasına ilişkin olarak aşağıdaki gerekçeye yer vermiştir: *"Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler...Buna göre, piyasalarda fiilen oluşacak tekelleşme ya da kartelleşme ile birlikte anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmenin de önlenmesi görevi Devlet'e verilmiştir. Madde gerekçesinde, tekel benzeri gruplaşmalarında tekelleşme kapsamında görüldüğü; tekelleşmenin önlenmesinin tüketim sektörü yanında hizmet sektörü yönünden de gerekli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca tekelleşme ve kartelleşmenin zararlarından bireyleri ve toplumu korumak, Anayasa'nın 5. maddesinde Devlet'in temel amaç ve görevleri arasında öngörülen "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" görevleriyle de doğrudan ilgilidir.*

Anayasa'nın 172. maddesinin 167. madde ile çok yakın ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle konuyu 172. madde yönünden de irdelemek gerekmektedir. Anayasa'nın 172. maddesinde Devlet'e ayrıca tüketicileri koruyucu önlemleri almak görevi de verilmiştir. Devletin, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemek görevi temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. 172. madde ile Devlet'e verilen

[1] B.Tatlı; Türkiye Elektrik Pazarında Güncel Gelişmeler ve Avrupa Birliği Komisyonunun Cez Kararı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi İÜHFD Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018, s.78-90.tencies and sectoral regulators-ışığında sektörel düzenlemenin malıdır: ni özel kanunda yetki şekilde işaret etmiştir: davranış

[2] E.Serhat Güney, Restructuring Competition and Regulation in the Turkish Electricity Industry, Investment Climate and the Role of Competition Policy in Turkey, TEPAV, Ankara 2005, s.20-28.

[3] G. Öz AB ve Türkiye'de Enerji Piyasalarında Rekabet Hukukunun Uygulanması; AB'nin Enerji Politikası ve Türkiye, s.45-65 Ulusal Araştırmalar Vakfı Yayını, Mayıs 2004.

[4] Anayasa Mahkemesi E.1994/43; K.1994/42-2, K.G. 9.12.1994. R.G.24.01.1995-22181.

tüketicileri koruma görevi ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet koşullarının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, tam rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşme ya da kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Bu nedenle özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemeye, tüketicileri korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur.

Özelleştirilecek kuruluş tekel konumunda ise, kamu tekelinin yerini özel tekelin alması kaçınılmazdır. Kamu tekeli durumunda, mal ya da hizmet üretimine Devlet'in doğrudan karışması olanağı varken, özel tekel durumunda bu olanak sözkonusu olmayacak, mal ve hizmet fiyatları kamu tekelinde olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi kalite de olumsuz etkilenecektir.

Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı gibi temel kamu hizmeti üreten ve doğal tekel niteliği taşıyan ve stratejik yönden önemli olan TEK'in özelleştirilmesi, önlem alınmadığında, özel tekelleşme olanağı sağlanması, başka bir anlatımla kamu hizmetlerinin özel sektöre devri anlamına gelir.

Bu nedenle Yasa'da elektrik üretim, iletim ve dağıtım hizmetlerinin belirli sermaye gruplarının elinde toplanmayı tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleyecek önlemlerin alınması gerekir. Oysa, TEK'in hisse ve varlıklarının satılarak özelleştirilmesi öngörülen ek 1. maddenin son fıkrası ile bu fıkrada sözü edilen ve ek 4. maddeyle göndermede bulunulan 3291 sayılı Yasa'da tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyici hiç bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durum, ek 1. maddenin son fıkrası ile ek 4. maddeyi Anayasa'nın 167. ve 172. maddelerine aykırı kılmaktadır."

Rekabetin sağlanması ve tüketicinin korunmasına ilişkin özel hükümlerde sektörel düzenlemelere[5] Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından sonra eklenmiştir[6]. RKHK'nun uygulanması bakımından mevzuatta herhangi bir sektöre ilişkin istisna olmadığından, Kanun enerji piyasaları da dahil olmak üzere bütün sektörlere aynı şekilde uygulanmaktadır[7].

---

[5] Bu kapsamda EPK yürürlüğe girmeden önce 2001 yılında yürürlüğe giren 4628 sayılı Kanun ve 4046 sayılı Özelleştirme Kanununda enerji piyasalarında rekabet kurallarının gözetilmesine ilişkin özel hükümler yer almış; örneğin 4046 sayılı Özelleştirme Kanununa, özelleştirme uygulamalarında esas alınmak *üzere "d) Oluşabilecek tekelci bir yapının olumsuz etkilerinin önlenmesi,"* şeklinde bir ilke eklenmiş; 16.maddesine de "Özelleştirme Uygulamaları sonucu Rekabetin Korunması" başlıklı özel bir düzenleme eklenmiş, bu hüküm daha sonra 3/7/2005 tarih ve 5398 sayılı Kanunun 11.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca bkz. G.Öz, Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumunun Rolü, Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, 1999, Rekabet Kurumu Yayını s.46-56, https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/etkinlik-yayinlari/5-pdf

[6] Anayasa Mahkemesi kararlarında tekelleşme ve kartelleşme için ayrıca bkz. İlhan Baytan, Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları, Genişletilmiş ve güncellenmiş 2.baskı, 2009, s.112-114.

[7] RKHK'nun uygulanmasına ilişkin tek istisna, 5411 s. Bankacılık Kanununun 19.maddesinde Rekabet Kurulu'nun yetkileri bakımından öngörülmüştür. Buna göre belirli koşulları taşıyan banka birleşme ve devralmalarına RKHK'nun 7, 10. ve 11. maddeleri uygulanmayacak ve bu tür banka birleşme ve devralmaları

Enerji piyasalarında 2000'li yılların başından itibaren yapılan mevzuat değişiklikleriyle pazarda rekabetin sağlanması ve korunması da amaçlanmış, bu amaca 4628 sayılı Kanun'un yanısıra hem EPDK'nun düzenlemelerinde hem de RK kararlarında yer verilmiştir[8]. RK, elektrik piyasalarında özelleştirme sürecinde "*Dağıtım ve perakende satış faaliyetlerini dikey bütünleşik bir şekilde devredilmesinin, özellikle geçiş dönemi sonrasındaki serbestleştirme sürecinde rekabetin tesisi bakımından bazı sakıncaları beraberinde getireceği*" yönünde görüş bildirmiş, bu görüşle elektrik dağıtım özelleştirmelerine nihai izin koşulu olarak *"Geçiş döneminin sonuna kadar dağıtım faaliyetlerinin ve diğer elektrik piyasası faaliyetlerinin hukuki olarak ayrıştırılması…"* koşulunu getirmiştir[9]. Elektrik piyasalarındaki dikey bütünleşme ve dikey ilişkiler üretim, toptan satış ve perakende satış faaliyetlerinin tamamını etkilemektedir. Enerji piyasalarında gerçekleştirilen özelleştirme işlemlerinin yasal dayanağını oluşturan 4046 sayılı Yasada ve sektörel düzenlemelerde elektrik piyasalarının rekabetçi yapısını oluşturmaya yönelik hükümler yer almış, 4046 sayılı Yasanın 2/(d) maddesinde *"... oluşabilecek tekelci yapının olumsuz etkilerinin önlenmesi..."* özelleştirmenin ilkeleri arasında sayılmış, 4628 sayılı Kanundan sonra 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 1.maddesinde de *"... rekabet ortamında faaliyet gösteren..."* elektrik piyasasından sözedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 6446 sayılı Kanunun bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada, EPK'nun 10/(7) maddesinin son cümlesinin de iptali istemine ilişkin olarak aşağıdaki tespitleri yapmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, elektrik piyasalarında dikey bütünleşik yapının olası sakıncalarına ve ayrıştırma yükümlüğünün gerekçeleri ile dağıtım şirketinin kendi grup şirketleri lehine ayrımcılık yapmasının piyasadaki rekabet düzenine etkisine işaret etmektedir. Kararın bu bölümü bu çalışmanın konusuyla doğrudan ilişkili olduğundan aşağıda aynen alıntılanmıştır:

"... Dava konusu kuralla, görevli tedarik şirketinin piyasada rekabeti kısıtlayıcı veya engelleyici etki doğuran davranış veya ilişkilerinin tespiti halinde Kurulun, görevli tedarik şirketinin yönetiminin yeniden yapılandırılması veya dağıtım şirketiyle sahiplik ya da kontrol ilişkisinin belli bir program dahilinde kısıtlandırılmasını ya da sonlandırılmasını da içeren tedbirleri alacağı kurala bağlanmıştır. Tedarik şirketleri, herhangi bir bölge sınırlaması olmaksızın serbest tüketicilere toptan veya perakende satış faaliyetlerinde bulunabilme imkanına sahip olmakla birlikte dağıtım şirketi tarafından yürütülmekte olan peraken-

RK'nun iznine tabi olmayacaktır.

8 Bkz. RK'nun 16.12.2010 tarih, 10-78/1643-608 ve 10-78/1645-609 sayılı; 08.04.2010 tarih, 10-29/437-163 ve 10- 29/440-166 sayılı; 11.03.2010 tarih, 10-22/296-106, 10-22/297-107 ve 10-22/298-108 sayılı 03.03.2011 tarih ve 11- 12/240-77 sayılı kararları.

9 RK'nun B.50.0.REK.0.05.00.00-120/628 sayılı ve 21.07.2005 tarihli görüşü.

de olarak elektrik satış faaliyetleri yine bu dağıtım şirketlerince kurulan görevli tedarik şirketi tarafından yerine getirilmektedir. Görevli tedarik şirketleri, ilgili dağıtım bölgesinde bulunan serbest tüketici olmayan tüketicilere Kurul tarafından onaylanan perakende satış tarifeleri üzerinden elektrik enerjisi satışı yapmaktadır.

Dava konusu kuralın gerekçesinden, dağıtım şirketince kendi bölgesinde faaliyet göstermesi amacıyla kurulan görevli tedarik şirketinin ilgili dağıtım bölgesinde tekel oluşturmasının engellenmesi ve böylelikle rekabet ortamı oluşturularak hem tüketicilerin hem de ilgili dağıtım bölgesinde faaliyet göstermek isteyen tedarik şirketlerinin korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda dava konusu kural uyarınca, herhangi bir bölge sınırlaması olmaksızın serbest tüketicilere toptan veya perakende satış faaliyetlerinde bulunabilme imkanına sahip tedarik şirketlerinin, ilgili dağıtım bölgesindeki faaliyetlerinin engellenmesinin önüne geçilebilecektir. Başka bir anlatımla ilgili dağıtım bölgesinde dağıtım faaliyetlerini gerçekleştirecek olan dağıtım şirketinin ve onun bünyesinde bulunan görevli tedarik şirketinin özel sektör tekeli oluşturmasının önlenmesinin ve dağıtım faaliyeti ile perakende satış faaliyetlerinin ayrıştırılmasının sağlanmasının hedeflenmiş olduğu açıktır..."

Rekabet kurallarının özelleştirme sürecinde uygulanması gerektiğine ilişkin tartışmalar, Rekabet Kurumu'nun gündemine akaryakıt dağıtımı piyasasında gerçekleştirilen özelleştirmelerle gelmiş, özelleştirme yoluyla gerçekleştirilecek devralma işlemlerinin de RKHK'nun 7.maddesi ve 1998/1 sayılı Birleşme ve Devralamalara ilişkin Tebliğ kapsamında devralma işlemi sayılarak kontrol edileceğine dair ilk uygulamayı takiben özelleştirme yoluyla devralmalarda izlenecek usüle ilişkin özel tebliğ de yürürlüğe konulmuştur[10]. Bu süreçte denetim usulü, hem işlem gerçekleştirilmeden RK'nun görüşünün alınması ve hem de ihale sürecinden sonra RK'ndan izin alınması şeklinde iki aşamalı olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede RK, elektrik piyasalarında ihale süreçleri öncesinde 1998/4 sayılı Tebliğ çerçevesinde çok sayıda görüş ve RKHK 7.madde, 1998/1 ve 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralamalar Tebliğleri[11] kapsamında ihale sürecini takiben izin kararı vermiştir. RK'nun elektrik piyasalarında özelleştirme sürecinde görüş ve takiben de 1998/1 sayılı Tebliğ'de yer alan ölçütleri sağlayan işlemlere izin verilmesi, hukuki niteliği ve sonuçları bakımından RK'nun elektrik piyasalarındaki yetkilerinin, sadece *ex post* denetim ile sınırlı olmayıp, piyasalarda rekabetçi ya-

[10] 1998/4 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ

[11] Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 2010/4 sayılı Tebliğ ile değişik 1998/1 sayılı Tebliğ

pıyı tesis edebilmek için *ex ante* müdahale yetkisi olduğunu da göstermektedir[12].

RKHK'nun 7.maddesindeki birleşme ve devralma kontrolü usulünün, niteliği gereği - bütün piyasalar bakımından- *ex ante* bir denetim usulü olduğu söylenebilecek ise de; RK'nun özelleştirme suretiyle devralma işlemine izin kararı öncesinde görüş verme yoluyla müdahalesi dikkate alındığında; ilgili kurumların görev ve yetkilerinin, öğretide ve RK kararlarında dikkat çekildiği gibi her zaman *ex post* olmadığı söylenebilir. Bu açıdan RK'nun özelleştirme süreçlerinde görüş bildirmek ve akabinde RKHK 7.maddesi çerçevesinde izin usulü; öğretide sıkça belirtildiği gibi özelleştirme süreçlerindeki rolleri itibarıyla "sektörel düzenlemenin ve denetimin *ex ante"*; "rekabet hukukunun ve RK'nun yetkilerinin ise her zaman *ex post"* olduğu yönündeki genel önermenin[13] istisnalarından biri olarak yorumlanabilir. Bu anlamda vurgulamak gerekir ki, özelleştirme süreçlerinde devralmaların RK tarafından RKHK 7.maddesi kapsamında incelenerek izne tabi olması; rekabet otoritelerinin birleşme ve devralmalara ilişkin yetkileri bakımından olağan dışı bir yetkidir.

Yukarıda özetlenen yetkileri çerçevesinde RK, TEDAŞ'ın 21 bölgeye ayrılarak özelleştirilmesine yönelik olarak vermiş olduğu (21.07.2005 tarihli) görüşünde, geçiş döneminin sonuna kadar dağıtım faaliyetlerinin ve diğer elektrik piyasası faaliyetlerinin hukuki olarak ayrıştırılmasını nihai izin koşulu olarak belirlemiştir. Ayrımcılık yapmama ve ayrıştırma yükümlülüğüne işaret edilen bu kararlar, elektrik dağıtım piyasalarında ilgili sektörel düzenlemelere ve sonraki tarihli RK kararlarına ilişkin öncü kararlar niteliğindedir.

TEDAŞ (1998) Kararı ile TEDAŞ'a ait 17 görev bölgesindeki dağıtım şirketlerinin işletme haklarının devrine ilişkin 1998 tarihli kararında[14] RK, elektrik piyasasında rekabetin sağlanabilmesi için ticaret faaliyetinin, dağıtım faaliyetinden ayrı olarak değerlendirilmesi ve ticaret bölümünün kısmen de olsa rekabete açılması; dağıtım şirketlerine bölgelerinde münhasırlık tanıyan hükmün, imtiyaz sözleşmelerinden çıkarılması; dağıtım şirketleri ve TEDAŞ arasında imzalanacak enerji satış anlaşmalarında düzenlenen sabit fiyat uygulaması yerine, fiyatın yalnız alt ve üst sınırlarının belirlenmesi ve bu sınırlar dahilinde şirketlerin istedikleri fiyatları uygulamasının sağlanması; imtiyaz sözleşmelerine eşit durumdaki alıcılara ayrımcı davranılmamasını öngören bir ibarenin eklenmesi ve son olarak, işlem sonrasında faaliyete geçecek şirketlerin üretim ve işletme haklarını devretmesi halinde RK'dan izin alınması hükmünün imtiyaz sözleşmelerine eklenmesi koşulları ile işleme izin vermiştir. Alternatif temin kaynaklarına açık bir sistemin

---

12 H. Ercan – G. Öz; "Avrupa Birliği ve Türkiye Elektrik Piyasalarına İktisadi ve Hukuki bir Bakış", AB'nin Enerji Politikası ve Türkiye, Mayıs 2004, s. 200.

13 Rekabet Kurumu Elektrik Toptan Satış Ve Perakende Satış Sektör Araştırması, s. 112, Ocak 2015, https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/10-elektrik-toptan-satis

14 Rekabet Kurulu'nun 16.10.1998 tarihli ve 87/693-138 sayılı kararı.

benimsenmesi, dağıtım ve ticaret faaliyetlerinin birbirlerinden ayrı olarak değerlendirilmesi ve ticaret bölümünün kısmen de olsa rekabete açılması amaçlandığı bu kararla RK'nun, henüz EPDK'nın olmadığı dönemde rekabeti sağlamak için getirdiği koşullar daha sonra 4628 sayılı Kanun'da yer almıştır.

TEDAŞ (2005) Görüşü[15] ile TEDAŞ'ın 21 bölgeye ayrılarak özelleştirilmesine ilişkin bu görüşte de dağıtım faaliyetlerinin, diğer elektrik piyasası faaliyetlerinden hukuki olarak ayrıştırılması RK'nun nihai izin koşulu olarak belirlenmiştir. Hukuki ayrıştırma ile dikey bütünleşme nedeniyle dağıtım şirketlerinin kendi bağlı şirketleri lehine ayrımcı davranmasının ve bağımsız üretim ve perakende şirketlerinin piyasa dışında kalmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. RK'nun bu görüşünden sonra 4628 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmış ve dağıtım şirketlerinin, 01.01.2013 tarihinden itibaren üretim ve perakende faaliyetlerini ayrı tüzel kişilikler altında göstermeleri yasal bir yükümlülük haline getirilmiş; RK'nun görüşünde yer alan ilkeler, 2008 yılında Elektrik Piyasası Kanunu'nda yapılan değişiklikte de dikkate alınmıştır[16]. Bu düzenlemeyle dikey bütünleşik yapıdaki elektrik şirketleri bakımından ayrımcılık yapmama yükümlüğü düzenlenmiş, dikey bütünleşik yapıları nedeniyle dağıtım şirketlerinin kendi üretim şirketleri lehine ayrımcı davranması, bağımsız üreticilerin piyasa dışında kalması ve dağıtım şirketlerinin kendi perakende müşterileri lehine rakip perakende şirketlerin müşterilerini dışlaması olasılığı 4628 sayılı Enerji Piyasası Kanununda[17] düzenlenerek, EPDK'nun piyasa aktörlerinin davranışlarını rekabet yönüyle de denetlemesine ilişkin yetkileri genişletilmiştir. Hukuki ayrıştırma konusu, RK'nun görüşünde belirtilen esaslar da dikkate alınarak 2012 yılında EPDK'nun Dağıtım ve Perakende Satış Faaliyetlerinin Hukuki Ayrıştırılmasına İlişkin Usul Ve Esaslara ilişkin kararında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir[18].

Hukuki ayrıştırmanın, serbestleşme sürecinin en önemli aşamalarından biri olması nedeniyle ayrıştırmanın sadece tüzel kişilik ayrıştırmasından ibaret kalmaması ve etkin uygulanması için geliştirilen öneriler arasında, organizasyonel yapının ayrıştırılması, yönetimsel bağımsızlığın sağlanması, insan kaynaklarının ve finansal kaynakların ayrıştırılmasına dikkat çekilmiş; şeffaflık ve bilgi değişi-

15 Rekabet Kurulu'nun 21.07.2005 tarih ve 05-48/695-M sayılı görüşü.

16 09.07.2008 tarih ve 5784 sayılı Kanun.

17 TBMM'nin ilgili komisyonundaki çalışmalar sırasında 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 1. maddesinde sıralanan tanımlar kısmında, "Kontrol" tanımında bir değişikliğe gidilerek önemli bir başka düzenleme yapıldı. Kontrol tanımı, Rekabet Kurumu'nun o dönemdeki Birleşme ve Devralmalar Tebliğindeki (1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ) haliyle yasa taslağına eklenmiş ve devamında da yasalaşmıştır. Böylece, "sermayenin ve ticari mal varlığının yarıdan fazlası" şeklinde statik-kısıtlı tanımdan vazgeçilerek, "belirleyici etki" kavramını da göz önüne alan dinamik bir tanıma geçilmiş ve daha düşük oranlarla sağlanan kontrollerin de varlığını ve etkilerini dikkate alan ve rekabet hukukundakine paralel bir "kontrol" tanımı benimsenmiştir.

18 Dağıtım ve Perakende Satış Faaliyetlerinin Hukuki Ayrıştırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında EPDK Kararı (12.09.2012)

mi hususlarında mevzuatta yer alması düşünülen tedbirler hakkında AB'ndeki uygulamalardan da yararlanılarak uyum programları yürütülmesi[19], serbestleşme sürecinde devletin rolü korunmakla beraber "işleyebilir rekabet" ortamının sağlanmasının ana hedef olması gerektiği belirtilmiştir[20].

Elektrik piyasalarının serbestleştirilmesinde, sektörel düzenlemelerle de dağıtım şirketleri bakımından hukuki ayrıştırmaya ilişkin hükümler getirilmiş, elektriğin dağıtımı ve son kaynak tedariği faaliyetlerinin elektrik dağıtım şirketlerinin bünyesinde toplayan dikey bütünleşik yapının değişmesi öngörülmüştür. EPDK'nca bu amaçla çıkarılan "Dağıtım ve Perakende Satış Faaliyetlerinin Hukuki Ayrıştırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar"ı uyarınca[21], dağıtım şirketleri, son kaynak tedarikçisi olarak yürüttükleri faaliyetleriyle buna ilişkin işletmelerini, hukuki ayrıştırma kapsamında bu amaca özgü olarak kurulan görevli tedarik şirketlerine devretmiştir. Bu süreçte elektrik piyasalarında serbestleşme politikalarını hayata geçirmek üzere çok sayıda düzenleme yapılmış, 01.01.2013 tarihine kadar üretim, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerini bir arada yürüten teşebbüslerin ayrışması ve söz konusu faaliyetleri farklı tüzel kişilikler altında sürdürmesi ve ayrıca belirlenmiş olan dağıtım ve üretim varlıklarının özelleştirilmesi düzenlenmiştir[22]. Hukuki ayrıştırma sonucunda elektrik dağıtım ve görevli tedarik şirketleri hukuki ve yönetsel olarak birbirinden ayrı şirketler olarak yapılandırılmıştır. Bu durumu dikkate alan RK, kararlarında bu pazar yapısının rekabet açısından sakıncalı olabileceğine işaret etmiştir[23].

Sektörel düzenlemelerde yapılan değişikliklerle şirketlerin hukuki yapılarında değişiklik olmasına karşın, hukuki ayrıştırma için fiilen bir geçiş dönemi öngörülmemiş, böylece elektrik dağıtım ve görevli tedarik şirketlerinin bir kısmı devam edegelen fiili durumlarını sürdürmeye, aynı fiziki ortamı ve bilgi sistemini kullanarak hizmet vermeye devam etmişlerdir. Daha sonra Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği Geçici Madde 4'te gereğince, dağıtım şirketlerinin, görevli tedarik şirketleri ile aynı fiziksel çalışma ortamı ve bilgi sistemlerini kullanmasına geçici olarak (1.1.2016 tarihine kadar) izin verilmiş, 2016 yılından itibaren de dağıtım şirketlerinin muhasebe, finans, hukuk, insan kaynakları gibi birimlerinin hizmetlerinin ana şirketten ve ana şirketin kontrolünde olan diğer yavru şirketlerden temin edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Elektrik piyasasında faali-

19 Rekabet Kurumu Elektrik Toptan Satış ve Perakende Satış Sektör Araştırması, Ocak 2015, s.v.

20 Rekabet Kurumu Elektrik Toptan Satış ve Perakende Satış Sektör Araştırması, Ocak 2015, s.16.

21 Rekabet Kurulu'nun 12.09.2012 tarih ve 4019 sayılı kararı.

22 3096 sayılı Kanun; 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun; 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu 2004/3 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı-Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Strateji Belgesi (Strateji Belgesi); 2009/11 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı- Elektrik Enerjisi Piyasası ve Arz Güvenliği Stratejisi Belgesi.

23 Rekabet Kurulu'nun 10.01.2013 tarih ve 13-03/21-13 sayılı kararı.

yet gösteren aktörler de söz konusu bu düzenlemelere yapısal ve organizasyonel değişiklilerle uyum sağlamaya çalışmışlardır[24].

II. İlgili kararlar

RK'nun ayrıştırma ve ayrımcılık yapmama yükümlülüğünü ele aldığı sözkonusu kararlar sırasıyla;

i) Akdeniz Elektrik Dağıtım A.Ş. ("Akdeniz EDAŞ"), CK Akdeniz Elektrik Perakende Satış A.Ş. CK AKDENİZ ("CK Akdeniz") ve AKDEN Enerji Dağıtım ve Perakende Satış Hizmetleri A.Ş. ("AKDEN")[25] hakkında;

ii) Enerjisa Enerji A.Ş., İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım A.Ş., Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş., Toroslar Elektrik Dağıtım A.Ş., Enerjisa İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Perakende Satış A.Ş., Enerjisa Başkent Elektrik Perakende Satış A.Ş., Enerjisa Toroslar Elektrik Perakende Satış A.Ş. hakkında[26];

iii)BEREKET Enerji Grubu A.Ş. GDZ Enerji Yatırımları A.Ş. - Aydem Elektrik Perakende Satış A.Ş. - ADM Elektrik Dağıtım A.Ş. - Gediz Elektrik Perakende Satış A.Ş. - GDZ Elektrik Dağıtım A.Ş ("GEDİZ AYDEM)[27] hakkında açılmış olan soruşturmalar sonucunda verilmiş olan kararlardır.

İncelemeye konu kararların dayanağı olan soruşturmaların üçü de ilgili şirketler hakkında şikayet üzerine açılmış olup, soruşturma sonunda RK, RKHK 6.maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanıldığına ve idari para cezasına karar vermiştir.

Çalışmanın konusu, yukarıda belirtilen bu kararlarda tespit edilen ihlallere konu olan ortak iddialardan "hukuki ayrıştırma" ve "ayrımcılık yapmama" yükümlülüğüne ilişkin olarak EPDK'nın ve RK'nun görev ve yetkilerinin yargı kararları çerçevesinde tartışılması ile sınırlı olduğundan, ilgili RK kararlarının ana hatlarını özetleyen bir tablo ile ihlal iddialarının tamamını oluşturan bir listeye aşağıda yer verilmiş, tartışma bu iki iddia bakımından yetki meselesi ile sınırlı tutulmuştur.

II.1. İlgili ürün pazarı

RK kararlarında ilgili pazarı belirlerken, sektörel düzenlemede yer alan görev tanımlarından yola çıkmıştır. 6446 sayılı Kanun'un "Toptan ve Perakende Satış Faaliyetleri" başlıklı 10/4. maddesinde "*Görevli tedarik şirketi, ilgili dağıtım bölgesinde bulunan serbest tüketici olmayan tüketicilere Kurul tarafından onaylanan perakende satış tarifeleri üzerinden elektrik enerjisi satışı yapar.*"

[24] Rekabet Kurumu Elektrik Sektör Raporu, s.112.
[25] Rekabet Kurulu'nun 20.02.2018 tarih ve 18-06/101 sayılı kararı.
[26] Rekabet Kurulu'nun 08.08.2018 tarih ve 18-27/461-224 sayılı kararı.
[27] Rekabet Kurulu'nun 01.10.2018 tarih ve 18-36/583-284 sayılı kararı.

hükmü yer almaktadır. Bu hükümden görevli tedarik şirketlerinin serbest tüketici limitinin altında kalan tüketicilere yapılacak elektrik tedariki üzerinde yasal bir tekel hakkı bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu nitelikteki tüketicilerin alternatif tedarik kaynaklarına ulaşması mümkün olmadığından, "serbest tüketici limitinin altında kalan tüketicilerle yapılan elektrik perakende satışı"' ayrı bir ilgili ürün pazarı olarak belirlenmiştir.

İlgili alt pazarlar incelenirken mesken, ticarethane ve sanayi tüketicileri olmak üzere yapılan ayrımda tüketicilerin farklı tarifelere tabi olup, farklı fiyatlar üzerinden elektrik tüketmeleri ve tüketicilerin tüketim hacimlerinin de birbirinden farklılaşması dikkate alınmıştır. 6446 sayılı Kanun ile kendisine verilen yetkiler çerçevesinde EPDK, Elektrik Piyasası Lisanslama Tebliği ile elektrik piyasalarındaki her bir faaliyeti (i) üretim (ii) iletim (iii) dağıtım (iv) toptan satış (v) perakende satış (vi) pazarlama ve işletim (vii) ihracaat ve (viii) ithalat olarak belirlemiş ve bu faaliyetlerin lisanslama koşullarını da ayrıca düzenlemiştir. RK ise kararlarında ilgili alt pazarları, EPDK'nın Lisanslama Tebliğinde belirlediği faaliyet kategorilerinden daha dar tanımlamıştır.

II.2. İlgili coğrafi pazar

RK, elektrik dağıtım faaliyetini özel veya kamu teşebbüsü tarafından gerçekleştirilmesi arasında bir ayrım gözetmeksizin, doğal tekel olarak tanımlamaktadır. Aşağıda sunulan tablodan görüleceği üzere RK'nun üç kararında da dağıtım şirketlerinin mevzuatla belirlenen görev alanları aynı zamanda ilgili coğrafi pazarı oluşturmaktadır. Yasal düzenlemenin getirdiği bu coğrafi tanımdan hareketle her bir dağıtım şirketi faaliyet gösterdiği coğrafi bölgede yasal tekel oluşturmakta ve RKHK anlamında hakim durumda kabul edilmektedir. Bu açıdan özelleştirme süreçlerinde RK, coğrafi pazarda yaratılan bu doğal ve yasal tekel konumu itibarıyla devralmaların bizatihi bir hakim durum yaratmadığı görüşüyle dağıtım bölgelerinin özelleştirilmesine ilişkin (Başkent[28],Sakarya[29], Meram[30], Aras[31], Osmangazi[32], Yeşilırmak[33] and Çoruh[34], Fırat[35], Vangölü[36], Uludağ[37], Çamlıbel[38]) kararlarında ilgili coğrafi pazarı dağıtım şirketinin münhasıran görevlendirildiği bölge ile sınırlandırmış ve devralma işlemlerine izin vermiştir.

---

28 Rekabet Kurulu'nun 08-50/746-302 sayılı ve 14 Ağustos 2008 tarihli Başkent kararı.
29 Rekabet Kurulu'nun 08-50/747-303 sayılı ve 14 Ağustos 2008 tarihli Sakarya kararı.
30 Rekabet Kurulu'nun 08-69/1115-432 sayılı ve 4 Aralık 2008 tarihli Meram kararı.
31 Rekabet Kurulu'nun 08-69/1116-433 sayılı ve 4 Aralık 2008 tarihli Aras kararı.
32 Rekabet Kurulu'nun 10-01/1-1 sayılı ve 6 Ocak 2010 tarihli Osmangazi kararı.
33 Rekabet Kurulu'nun 10-01/2-2 sayılı ve 6 Ocak 2010 tarihli Yeşilırmak kararı.
34 Rekabet Kurulu'nun 10-22/298-108 sayılı ve 11 Mart 2010 tarihli Çoruh kararı.
35 Rekabet Kurulu'nun 10-69/439-165 sayılı ve 8 Nisan 2010 tarihli Fırat kararı.
36 Rekabet Kurulu'nun 10-29/440-166 sayılı ve 8 Nisan tarihli 2010 tarihli Vangölü kararı.
37 Rekabet Kurulu'nun 10-29/438-164 sayılı ve 8 Nisan 2010 tarihli Uludağ kararı.
38 Rekabet Kurulu'nun 10-29/437-163 sayılı ve 8 Nisan 2010 tarihli Çamlıbel kararı.

İlgili karar	İlgili coğrafi pazar	Soruşturmaya konu şirketler	İhlal gerekçeleri	Karar
20.02.2018 tarih ve 18-06/101-52 sayılı karar	EDAŞ'ın münhasıran yetkili bulunduğu Antalya, Isparta ve Burdur illeri	Akdeniz Elektrik Dağıtım A.Ş. CK Akdeniz Elektrik Perakende Satış A.Ş. ve AKDEN Enerji Dağıtım ve Perakende Satış Hizmetleri A.Ş.	RKHK 6.maddesinin ihlali gerekçesiyle	2016 mali yılı gayri safi gelirleri esas alınarak; Akdeniz Elektrik Dağıtım A.Ş.'ye 11.814.184,76 TL CK Akdeniz Elektrik Perakende Satış A.Ş.'ye 26.341.333,17 TL idari para cezası
08.08.2018 tarih ve 18-27/461-224 sayılı karar	İlgili şirketlerin GTŞ olarak faaliyet gösterdiği iller dikkate alınarak, Ankara, Bartın, Çankırı, Zonguldak, Kastamonu, Kırıkkale ve Karabük Adana, İçel, Hatay, Osmaniye, Gaziantep ve Kilis ve İstanbul Anadolu Yakası	Enerjisa Enerji A.Ş., İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım A.Ş., Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş., Toroslar Elektrik Dağıtım A.Ş., Enerjisa İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Perakende Satış A.Ş., Enerjisa Başkent Elektrik Perakende Satış A.Ş. Enerjisa Toroslar Elektrik Perakende Satış A.Ş.	RKHK 6.maddesinin ihlali gerekçesiyle	2017 mali yılı gayri safi gelirleri esas alınarak; Enerjisa İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Perakende Satış A.Ş.'ye 32.812.761,75 TL, Enerjisa Başkent Elektrik Perakende Satış A.Ş.'ye 38.499.247,43 TL idari para cezası
01.10.2018 tarih ve 18-36/583-284 sayılı karar	GDZ EDAŞ'ın münhasıran yetkili bulunduğu İzmir ve Manisa ileri ve ADM EDAŞ'ın münhasıran yetkili bulunduğu Aydın, Denizli ve Muğla illeri	Gediz Elektrik Perakende Satış A.Ş. Aydem Elektrik Perakende Satış A.Ş.	RKHK 6.maddesinin ihlali gerekçesiyle	2017 mali yılı gayri safi gelirleri esas alınarak, Aydem Elektrik Perakende Satış A.Ş.'ye 19.433.652,71 TL Gediz Elektrik Perakende Satış A.Ş.'ye 25.696.400,76 TL idari para cezası

Tablo 1 : İlgili RK kararlarına ilişkin özet tablo.

II.3. İddialar :

RK kararlarında, RKHK 6.maddesinin ihlal edildiği idiasına dayanak olarak çok sayıda piyasa davranışı tespit edilmiştir. Kararlarda RKHK'nun 6.maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelenen piyasa davranışları arasında, doğrudan lisans sahiplerine getirilen yükümlülükler arasında da sayılan hukuki ayrıştırma ve ayrımcılık yapmama yükümlülüğü de vardır[39]. RK hukuki ayrıştırmaya rağmen pazardaki rekabet üzerinde tehditlerin devam edebileceğini şu şekilde ifade etmiştir: "*Hukuki ayrıştırmaya karşın dağıtım ve perakende şirketlerinin aynı ekonomik bütünlük altında faaliyet göstermesi, sektörel düzenlemeler ne kadar sıkı olursa olsun, dağıtım biriminin çıkar çatışması ve ayrımcılık yapma güdüsünü tümüyle ortadan kaldıramayacak ve öncül düzenlemelerin getirdiği önlemler ahlaki tehlike (moral hazard) durumunun gerçekleşmesiyle dolanılabilinecek ve dağıtım pazarındaki hâkim durumun kötüye kullanılması bir risk olarak devam edecektir. Bu çerçevede, dağıtım şirketlerinin, dağıtım faaliyetindeki tekel konumlarını kullanarak üretim, toptan ve perakende satış faaliyetlerindeki rekabeti bozmaya yönelik davranış ve uygulamalar içinde olup olmadıklarının, rekabet hukuku kapsamında denetimine ihtiyaç duyulmak-*

[39] Konuyla ilgili ihlal iddiaları için bkz ilgili kararlar bölümü.

tadır[40]*."*

İlgili kararları, ayrımcılık yapmama ve ayrıştırma yükümlülüğü açısından kurumların yetkileri yönüyle incelemeye geçmeden önce, aşağıda ihlal olarak nitelenen piyasa davranışlarına başlıklar halinde yer verilmiştir.

2.3.1. CK Akdeniz kararında ihlal olarak nitelenen piyasa davranışları

CK Akdeniz ve Akdeniz Edaş ve AKDEN kararında ihlal olarak nitelenen piyasa davranışları şu şekilde sıralanmıştır:

➢ AKDENİZ EDAŞ ile CK AKDENİZ arasında, bağımsız tedarikçilerden elektrik almakta olan tüketicilerin tüketim ve iletişim bilgileri gibi mevcut sektörel mevzuat ve ilgili Kurul kararları uyarınca CK AKDENİZ'in sahip olmaması gereken nitelikte rekabete duyarlı bilgilerin CK AKDENİZ'in erişimine açılmasının söz konusu olduğu;

➢ AKDENİZ EDAŞ'ın bu bilgileri yalnızca CK AKDENİZ ile paylaşarak CK AKDENİZ lehine diğer tedarik şirketlerinin aleyhine bir avantaj sağladığı ve serbest tüketici ilgili pazarlarındaki rekabeti kısıtladığı;

➢ Dağıtım faaliyeti kapsamında sayaç okuma faaliyetinde bulunan AKDENİZ EDAŞ personelinin CK AKDENİZ adına serbest tüketiciler ile sözleşme imzaladığı, AKDENİZ EDAŞ ve CK AKDENİZ'de çeşitli pozisyonlarda yer alan bazı personelin her iki şirket için de hizmet verdiği, CK AKDENİZ'in müşterilerine göndereceği SMS'ler ve sözleşme basımına yönelik işlemleri AKDENİZ EDAŞ'ın gerçekleştirdiği ve bahse konu davranışlar yoluyla AKDENİZ EDAŞ'ın CK AKDENİZ'e rekabetçi avantaj sağlayarak Akdeniz elektrik dağıtım bölgesindeki elektrik enerjisi perakende satış pazarındaki rekabeti kısıtladığı;

➢ CK AKDENİZ, AKDENİZ EDAŞ ve AKDEN arasında sözleşme ve sair protokoller aracılığıyla kurulan ilişkilerin, taraflar arasında akdedilen protokollerin amacını aşarak elektrik enerjisi perakende satış pazarında CK AKDENİZ lehine rekabetçi avantajlar yarattığı;

➢ Söz konusu yapının işleyişi ile AKDENİZ EDAŞ bünyesinde bulunan rekabete duyarlı bilgilerin CK AKDENİZ'in erişimine açılması ve AKDENİZ EDAŞ'ın CK AKDENİZ'e rekabeti kısıtlayıcı nitelikte avantaj sağlamasına olanak tanınması yoluyla elektrik tedarik pazarındaki rekabetin engellendiği;

➢ AKDENİZ EDAŞ tarafından tedarikçisini değiştiren tüketiciler için değişim gerçekleştikten sonra sıfır veya yüksek yükleme yapılmasına ilişkin uygulamalarının, AKDENİZ EDAŞ'ın, Akdeniz elektrik dağıtım bölgesinde sahip olduğu hâkim durumunu elektrik enerjisi perakende satış alt pazarındaki rekabeti

[40] RK'nun Enerjisa Kararı s.189.

kendisiyle dikey bütünleşik yapı içinde olan CK AKDENİZ lehine kısıtladığı;

➢ CK AKDENİZ'in azami sözleşme alma kapasitesi ile serbest tüketici portföyünde gerçekleşen muazzam artış miktarları arasındaki boşluğun müşterilerin sözleşmesiz ve habersiz olarak CK AKDENİZ'in serbest tüketici portföyüne dahil edilmesine işaret ettiği;

➢ CK AKDENİZ'in bilinçli ve sistematik bir şekilde tüketicilerden PSS ve ikili anlaşmaları bir arada alarak ilgili pazarları rakiplere kapattığı;

➢ CK AKDENİZ'in, ödeme kanallarının kapatılması ve usulsüz kullanım bildirimi yollarıyla tüketicileri kendisi ile ikili anlaşma imzalamaya zorladığı;

➢ CK AKDENİZ'in yıllık tüketimi serbest tüketici limitini geçmeyen, diğer bir ifadeyle, kendi tedarikçisini seçme hakkına kavuşmamış tüketicilerle ikili anlaşma imzalayarak veya söz konusu tüketicileri doğrudan kendi serbest tüketici portföyüne kaydettiği;

➢ CK AKDENİZ'in, serbest tüketici limitinin altında kalan tüketicilere yapılan elektrik enerjisinin perakende satışı ilgili pazarındaki hâkim durumunun kendisine sunduğu münhasır yetki ve olanakları kullanarak henüz serbest tüketici olmamış ya da bu hakkı kullanmamış tüketicileri, rakiplerin erişimine kati surette kapattığı, böylelikle söz konusu tüketicileri kendi serbest tüketici portföyüne katmak için diğer tedarikçilerle fiyat ve diğer hizmetler üzerinden girmesi gereken rekabetçi yarışı bertaraf ettiği;

➢ CK AKDENİZ'in, serbest tüketici mobilizasyon sürecini ortadan kaldırmak ve tüketici seçim mekanizmasını işlemez hale getirmek suretiyle ilgili pazarları rakiplere kapattığı ve dolayısıyla düzenlenen tarifeden elektrik enerjisi hizmeti alınan tüketicilere yönelik ilgili pazarındaki hâkim durumunu, serbest tüketici ilgili pazarlarındaki rekabeti engellemek amacıyla kötüye kullandığı;

➢ CK AKDENİZ'in, müşterilerle ikili sözleşme yaparken, tarih atılması gereken IA-02 Form'larının tarih bölümlerini bilinçli bir şekilde boş bırakarak müşterilere imzalatmasının, müşterilerin başka tedarikçilere geçişini zorlaştırmaya yönelik olduğu ve böylelikle CK AKDENİZ'in serbest tüketicilere yönelik ilgili pazarlardaki hâkim durumunu tedarikçi değişimini engellemek amacıyla kötüye kullandığı;

➢ CK AKDENİZ'in serbest tüketici portföyünde bulunan borçlu tüketicilere kesme bildirimi yapılması bağlamında, AKDENİZ EDAŞ tarafından CK AKDENİZ'e rekabetçi avantaj sağlanması faaliyeti içinde bulunan AKDENİZ EDAŞ ve CK AKDENİZ'in ilgili pazarlardaki hâkim durumlarını, CK AKDENİZ'e serbest tüketici ilgili pazarlarında finansal avantaj sağlayacak

şekilde ve rekabetçi yarışı CK AKDENİZ lehine manipüle ederek kötüye kullandıkları;

➢ Türkiye elektrik piyasasının kronik kriz dönemleri olarak adlandırılabilecek yaz ve kış dönemlerinde CK AKDENİZ'in GTŞ olarak sahip olduğu yetkileri kullanarak hem serbest tüketici ilgili pazarlarındaki hem serbest tüketici limitinin altında kalan tüketicilere yapılan elektrik enerjisinin perakende satışı ilgili pazarındaki hâkim durumlarını koordineli bir şekilde kötüye kullanarak CK AKDENİZ'in birtakım müşterilerini K1-K2 portföyleri arasında kendi lehine olacak şekilde kaydırması ve bu suretle sanayi müşterilerine yapılan elektrik enerjisi perakende satış hizmeti pazarındaki rekabeti kısıtladığı;

➢ CK AKDENİZ'in, kurumsal tüketiciler ile yaptığı sözleşmeler kapsamındaki taahhütlerin doğrudan ya da dolaylı olarak otomatik olarak kendiliğinden uzamasına yönelik düzenlemelerin serbest tüketicilerin tedarikçi değiştirmelerini engelleyici etkiye sahip olduğu ve dolayısıyla ilgili pazarları diğer tedarikçilere kapayıcı nitelikte oldukları;

➢ CK AKDENİZ ve AKDENİZ EDAŞ hakkında Kurul'un almış olduğu 22.10.2014 tarihli, 14-42/762-338 sayılı kararda ve bu karar uyarınca gönderilen görüş yazısında CK AKDENİZ ve AKDENİZ EDAŞ'ın ivedilikle sonlandırması ve kaçınması gereken davranışlar ayrıntılı bir şekilde yer verilmiş olduğu; buna rağmen CK AKDENİZ ve AKDENİZ EDAŞ'ın, yaşanan mevzuat değişiklikleri ve Kurum görüşleri doğrultusunda davranış ve uygulamalarını değişen koşullara uyarlayarak rekabetin engellenmesi amacına hizmet edecek şekilde sürdürdüğü;

➢ Serbest piyasa mekanizmasını üstün kılan en önemli unsurlardan birisinin tüketici hâkimiyeti olduğu, bu hâkimiyetin pazarlardaki rekabetçi yarışın ne şekilde ve hangi yöne doğru cereyan edeceğini belirleyerek bu yarıştan hangi teşebbüslerin üstün olarak çıkacağına hangi teşebbüslerin geride kalarak pazarı terk edeceğine dinamik bir şekilde karar verdiği, bu bağlamda tüketici hâkimiyetinin omurgasını oluşturan tüketici seçim mekanizmasını işlevsiz kılmaya yönelik her türlü müdahalenin, toplumun kaynaklarının etkin kullanılmasını önleyerek ekonomik gelişmeyi ve iktisaden daha üst düzey refah düzeyine geçişi engelleyici sonuç doğuracağı; bu çerçevede, CK AKDENİZ, AKDENİZ EDAŞ ve AKDEN'den oluşan dikey bütünleşik yapının perakende elektrik piyasasındaki rekabeti kısıtlamaya yönelik eylem ve uygulamalarının, sadece diğer tedarikçi şirketlere ilgili pazarları kapayan sonuçlar doğurmadığı, bunun yanı sıra ve esasen, serbestleşme süreci ile tesis edilmesi ve sağlıklı-etkili bir şekilde işlemesi hedeflenen tüketici hâkimiyetinin ilgili pazarlara yerleşmesini ve bu pazarlarda asıl karar verici güç olarak işlemesini engelleyici nitelikte olduğu;

➢ AKDENİZ EDAŞ ve CK AKDENİZ'in inceleme konusu eylem ve uygulamalarının etki ve sonuçlarının bilincinde olduğu, yine de bu eylem ve uygulamalarına ilgili pazarlardaki mevcut hâkim durumlarını rekabet karşıtı yollarla daha da güçlendirme veya muhafaza etme niyetiyle devam ettiği gerekçesiyle RKHK 6.maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle idari para cezasına karar verilmiştir.

CK Akdeniz hakkında RK tarafından verilen karar iptal davasına konu edilmiş, Ankara 23. İdare Mahkemesi davayı reddetmiştir[41]. Mahkeme kararında RK'nun yetkisi tartışılmamıştır.

2.3.2. ENERJİSA kararında ihlal olarak nitelenen piyasa davranışları

ENERJİSA kararında ihlal olarak nitelenen piyasa davranışları aşağıdaki özetlenmiştir[42]:

ENERJİSA dağıtım şirketleri ile perakende şirketleri arasında her ne kadar ayrıştırma ilkelerine aykırılığa işaret eden birtakım hususlar tespit edilmiş ise de söz konusu aykırılıkların rekabete duyarlı bilgilerin GTŞ'lerin erişimine açılması suretiyle RKHK 6. maddesi kapsamında ihlal niteliği taşıdığı yönünde bir sonuca ulaşılamamıştır. Bununla birlikte;

➢ AYEDAŞ'ın AYESAŞ ile ikili anlaşması bulunan müşterilerin borçlarına ilişkin olarak müşterilere AYESAŞ adına borç ihbarnamesi bıraktığı, bu bağlamda AYEDAŞ ve "dağıtım seviyesinden sisteme bağlı olan sanayi müşterilerine yapılan elektrik perakende satış", "ticarethane müşterilerine yapılan elektrik perakende satış" ve "mesken müşterilerine yapılan elektrik perakende satış" pazarlarında AYESAŞ lehine potansiyel rekabetçi avantajlar sağladığı;

➢ BAŞKENT, TOROSLAR ve AYESAŞ'ın bilinçli ve sistematik bir şekilde henüz serbest tüketici limitini geçmemiş tüketicilere yönelik olarak MHM'lerdeki PSS veya diğer abonelik işlemleri esnasında, söz konusu tüketicilerin BAŞKENT, TOROSLAR veya AYESAŞ'ın ikili anlaşma portföyüne geçişine olanak sağlayan "deklarasyon" uygulaması yoluyla pazarı rakiplere kapattıkları;

➢ BAŞKENT, TOROSLAR ve AYESAŞ'ın müşterilerle yaptığı ikili sözleşmeleri ve anılan sözleşmelerin ekinde bulunan IA-02 Form'larını tarihsiz olarak aldığı, ayrıca sözleşmesi olmayan müşterileri serbest tüketici portföyüne kaydettiği, söz konusu uygulamaların tüketicilerin başka tedarikçilere geçişini zorlaştırmaya yönelik olduğu ve böylelikle BAŞKENT, TOROSLAR ve AYESAŞ'ın serbest tüketicilere yönelik ilgili pazarlardaki hâkim durumunu te-

41 Ankara 23.İdare Mahkemesi 26.12.2019 tarih ve E.2018/43 2019/3245 K.

42 Rekabet Kurulu'nun 08.08.2018 tarih ve 18-27/461-224 s. kararı

darikçi değişimini engellemek amacıyla kötüye kullandıkları;

➢ BAŞKENT, TOROSLAR ve AYESAŞ'ın müşterilere yanlış bilgi verilmesi veya abone olmayan kişilere imza attırılması suretiyle serbest tüketici sözleşmesi gerçekleştirdiği, ancak bu uygulamaların sistematik olmadığı ve hataların giderildiğinin görüldüğü, bununla birlikte söz konusu uygulamalara son verilmesi amacıyla uyarı yazısının gönderilmesinin gerekli olduğu;

➢ BAŞKENT, TOROSLAR ve AYESAŞ'ın yönettikleri K1 portföyüne dayanarak sanayi müşterileriyle "ELEKTRİK ENERJİSİ SATIŞ SÖZLEŞMESİNE EK PROTOKOL" imzaladığı, söz konusu protokol kapsamında ilgili müşterilerin korumalı olarak ikili anlaşma portföyünden K1 portföyüne geçirildiği ve protokol neticesinde BAŞKENT, TOROSLAR ve AYESAŞ'ın BTŞ'lerin yapması mümkün olmayan bir kazanç ve tasarruf elde ettikleri ve ayrıca bu yolla ilgili pazarda rekabeti kısıtladıkları;

➢ BAŞKENT, TOROSLAR ve AYESAŞ'ın bireysel müşterilerle 2015 Ocak - 2016 Aralık tarihleri arasında yaptığı ikili anlaşma sözleşmelerdeki taahhütlerin otomatik uzama hükümleri içerdiği ve söz konusu sözleşmelerin serbest tüketicilerin tedarikçi değiştirmelerini engelleyici etkiye sahip olduğu ve dolayısıyla ilgili pazarları diğer tedarikçilere kapayıcı nitelikte oldukları;

➢ BAŞKENT, TOROSLAR ve AYESAŞ'ın, serbest tüketici limitinin altında kalan tüketicilere yapılan elektrik enerjisinin perakende satışı ilgili pazarındaki hâkim durumunun kendisine sunduğu münhasır yetki ve olanakları kullanarak henüz serbest tüketici olmamış tüketicileri, rakiplerin erişimine kapattığı, böylelikle söz konusu tüketicileri kendi serbest tüketici portföyüne katmak için diğer tedarikçilerle fiyat ve diğer hizmetler üzerinden girmesi gereken rekabetçi yarışı bertaraf ettiği;

➢ AYEDAŞ, BAŞKENT EDAŞ ve TOROSLAR EDAŞ'ın sayaçların okunması konusunda aynı ekonomik bütünlük içinde bulundukları GTŞ'lerin lehine, BTŞ'lerin aleyhine olacak ayrımcı bir davranış gösterdiğine ilişkin herhangi bir bulguya ulaşılamadığı;

➢ BAŞKENT, TOROSLAR ve AYESAŞ'ın, serbest tüketici mobilizasyon sürecini ortadan kaldırmak ve tüketici seçim mekanizmasını işlemez hale getirmek suretiyle ilgili pazarları rakiplere kapattığı ve dolayısıyla düzenlenen tarifeden elektrik enerjisi hizmeti alınan tüketicilere yönelik ilgili pazarındaki hâkim durumunu, serbest tüketici ilgili pazarlarındaki rekabeti engellemek amacıyla kötüye kullandığı;

➢ BAŞKENT, TOROSLAR ve AYESAŞ'ın elektrik perakende satış piyasasındaki rekabeti kısıtlamaya yönelik eylem ve uygulamalarının, sadece diğer

tedarikçi şirketlere ilgili pazarları kapayan sonuçlar doğurmadığı, bunun yanı sıra ve esasen, serbestleşme süreci ile tesis edilmesi ve sağlıklı-etkili bir şekilde işlemesi hedeflenen tüketici hâkimiyetinin ilgili pazarlara yerleşmesini ve bu pazarlarda asıl karar verici güç olarak işlemesini engelleyici nitelikte hâkim durumlarını kötüye kullanılması niteliği arz ettiği;

➢ AYEDAŞ, AYESAŞ, BAŞKENT ve TOROSLAR'ın inceleme konusu eylem ve uygulamalarının etki ve sonuçlarının bilincinde olduğu, yine de bu eylem ve uygulamalarıyla ilgili pazarlardaki mevcut hâkim durumlarını kötüye kullandığı ve bu suretle de RKHK'nun 6. maddesini ihlal ettiği tespit edilmiştir.

2.3.3. Bereket Enerji-Gediz–Aydem kararında ihlal olarak nitelenen piyasa davranışları

Bereket-Gediz-Aydemkararında ihlal olarak nitelenen piyasa davranışları kararda aşağıdaki şekilde sıralanmıştır[43]:

➢ AYDEM ve GEDİZ'in 2015 yılında serbest tüketiciler ile yapılan sözleşmeler ve daha sonraki dönemlere etkilerinin devam etmesi nedeniyle de 2013 ve 2014 yıllarında serbest tüketiciler ile yapılan sözleşmeler kapsamındaki taahhütlerin doğrudan ya da dolaylı olarak otomatik olarak kendiliğinden uzamasına yönelik düzenlemelerin serbest tüketicilerin tedarikçi değiştirmelerini engelleyici etkiye sahip olduğu ve dolayısıyla ilgili pazarları diğer tedarikçilere kapayıcı nitelikte ve etkide oldukları;

➢ AYDEM ve GEDİZ'in Şubat 2016-Ocak 2017 döneminde halihazırda serbest tüketici limitini geçmemiş tüketicilerden ikili anlaşma aldığı bu yolla AYDEM ve GEDİZ'in serbest tüketici limitinin altında kalan tüketicilere yapılan elektrik enerjisinin perakende satış pazarındaki hakim durumlarını serbest tüketici ilgili pazarlarındaki rekabeti kısıtlamak suretiyle kötüye kullandıkları;

➢ GEDİZ'in elektrik piyasasına yönelik ikincil mevzuatın kendisine tanıdığı usulsüz kullanım durumunda elektrik kesme yetkisini, Ağustos 2016-Ocak 2017 döneminde ikili anlaşmalar tarafında kendisine tahsilat anlamında avantaj sağlamak için kullandığı;

➢ Yukarıdakilerin yanısıra hem Aydem hem de Gediz bölgesinde ADM EDAŞ ve GDZ EDAŞ'ın AYDEM ve GEDİZ'in erişimine rekabete duyarlı bilgileri açtığı tespitine yol açabilecek sistematik bir davranış ortaya konulamadığı; GDZ EDAŞ, ADM EDAŞ'ın doğal tekel olarak yürüttüğü faaliyetleri ile GEDİZ ve AYDEM'e rekabeti kısıtlayıcı nitelikte avantaj sağlandığını gösterir sistematik bir teşebbüs politikasının ortaya konulamadığı; AYDEM ve GEDİZ'in sözleş-

---

[43] Rekabet Kurulunun 18-36/583-284 sayılı ve 01.10.2018 tarihli kararı.

melerinde rastlanılan tarih ve imzasız sözleşme veya IA-02 Formu alınmasının söz konusu şirketlerce benimsenmiş sistematik bir uygulama olmadığı, sözleşme örneklemi üzerinden yapılan incelemeler sonucunda söz konusu münferit uygulamaların rakiplerin faaliyetlerini zorlaştıracak bir boyuta ulaşmadığı, bu haliyle AYDEM ve GEDİZ'in söz konusu davranışlarının ilgili pazarlarda bir rekabet ihlali ortaya koymaya yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır.

III. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ile Rekabet Kurumu'nun Yetkileri

1. Genel olarak

Öğretide, düzenlemeye tabi piyasalarda sektörel düzenlemelerin çerçevesinde sektörel düzenleyicilerin yetkileriyle RK'nun görev ve yetkileri arasındaki farklılığa ve yetkinin sınırlarına işaret etmek üzere yer verilen *ex ante – ex post* yetki ayrımı, bu kurumların görev ve yetkilerini belirleyen hukuk kurallarının tasarımı aşamasında, düzenlemeler yürürlüğe girmeden önce dikkate alınması gereken bir husustur. Bu teorik ayrım uygulamada büyük ölçüde karşılık bulmasına karşın konu pozitif hukukta her zaman bu şekilde düzenlenmeyebilmekte; ilgili kurumların görev ve yetki alanı yasa koyucunun belirlediği sınırlarla, konunun açıkça düzenlenmediği hallerde de yargı kararıyla belirlenmektedir.

Sektörel düzenlemeye tabi piyasalarda, düzenleyicinin fonksiyonları ile rekabet otoritesinin işlevleri karşılaştırıldığında, teorik olarak düzenlemeye tabi piyasalarda sektörel düzenleyici kurumların işlevi, ilgili piyasaların teknik yönden düzenlenmesi şeklinde açıklanmaktadır. Bu nedenle de ilgili kurumların düzenleme yetkileri *ex ante,* buna karşılık rekabet kurumlarının yetkisinin, piyasalarda rekabetin sınırlandırılması halinde başvurulan yani *ex post* müdahale etmeye imkan veren, piyasada rekabetin bozulmasının ortaya çıkardığı sonuçları telafi etmeye yönelik olduğu kabul edilmektedir.

Farklı hukuk sistemlerinde bu konudaki düzenlemelere bakıldığında, sektörel düzenleyicilerle rekabet kurumları arasında yetki dağılımının ve kurumlararası ilişkilerin nasıl olması gerektiğine dair izlenen tek bir model olmayıp, ilgili hukuk düzeninde yasa koyucunun tercihleri doğrultusunda farklı modellerin uygulanmakta olduğu görülmektedir[44]. Hatta aynı ülkede dahi bazen düzenlemeye sektörlerde, sektörel düzenleyicilerle rekabet kurumu ilişkisinde standart bir modelden bahsetmek mümkün olmayabilmekte[45], piyasalara özgü dinamiklerin farklı olması bir yana, özellikle yetki meselesi yasa koyucunun tercihleriyle fark-

[44] W. Blumenthal; The relationship between Competition Agencies and Other Units of Government; remarks before the Ministry of Commerce, Asian Development Bank and OECD; International Seminar: Review of Anti Monopoly Law; 2006.

[45] Türk hukukunda da Rekabet Kurumu ile sektörel düzenleyici kurumlar arasındaki etkileşime ilişkin her bir kurumla Rekabet Kurumu'nun işbirliği süreçleri protokollerle sağlanmaktadır.

lılaşabilmektedir[46]. Sektörel düzenlemeye tabi piyasalarda rekabet hukukunun uygulanmasında piyasalara *ex post* veya *ex ante* müdahale yetkileri, rekabet otoriteleri ile sektörel düzenleyicilerin görev alanları belirlenirken dikkate alınmakla beraber, bazı sistemlerde her iki kurumun da bu konuda yetkileri olabilmekte; bazen de düzenleyici kurum ilgili piyasada rekabetin sağlanması ve korunması konusunda da yetkilendirilmiş olabilmekte; tercih edilen bir model olmamakla beraber ilgili piyasalarda rekabet kuralları açıkça veya üstü örtülü biçimde yürürlükten kaldırılmış olabilmektedir[47]. Türkiye'de enerji piyasalarına ilişkin düzenlemelerde yer alan rekabet kuralları ile telekomünikasyon, bankacılık ya da sermaye piyasası alanındaki sektörel düzenlemelerde yer alan kurallar da birbirinden farklıdır[48].

Yukarıda belirtilen genel teorik çerçeve Türk hukukunda, kısmen dikkate alınmış, elektrik piyasalarında rekabet kurallarının uygulanmasında RK'na da EPDK'ya da hem *ex ante* hem *ex post* yetkiler verilmiştir. Zira öğretide genel olarak yetkilerinin *ex post* olduğuna işaret edilen RK'nun *ex ante* yetkileri olduğu gibi[49], yetkilerinin *ex ante* olduğu ifade edilen EPDK'nın da piyasalara *ex post* müdahale etmesine imkan verecek düzenlemeler de vardır.

Genel yetki konusunun yanısıra, Türk hukukunda Rekabet Kurumu'nun, sektörel düzenleyici kurumlarla etkileşimine (işbirliği-görüş alışverişi-bilgilendirme vb) yasal düzenlemelerde zorunlu bir usul ve yetki kuralı olarak yer verilmesi istisnaidir[50]. Rekabet Kurumunun sektörel düzenleyicilerle işbirliği yapması gereken konular, çeşitli tarihlerde RKHK kapsamında çeşitli sektörlerde yürütülen inceleme/soruşturmalar sırasında ortaya çıkan ihtiyaçlardan da hareketle, bu kurumlarla yapılan protokoller suretiyle yürütülmektedir[51]. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, idarenin işleyişinde kolaylık sağlamakla birlikte hukuk sistemimiz bakımından protokoller bağlayıcı normlar olmadığı gibi kanunda düzenlenen yetki meselesine aykırı düzenlemeler içermesi, kanunla verilen yetkileri sınırlandırması veya değiştirmesi de mümkün değildir. O nedenle Protokol konusu olan işbirliği usulleri, yetki konusuna ilişkin olmayıp, yetkinin yasada belirlenmiş olduğundan hareketle, yetkinin kullanılması sırasında gerekli

---

46 Hakan Ercan-Gamze ÖZ; Avrupa Birliği ve Türkiye Elektrik Piyasalarına Hukuki Bir Bakış; AB'nin Enerji Politikası ve Türkiye; sf.196.

47 I. Laurance; Relationship between antitrust agencies and sectoral regulators "Who should regulate and how should they regulate? Bonn/ICN, 2007.

48 Gamze Öz; AB ve Türk Rekabet Hukukunun Bankacılık Alanında Uygulanması; Ankara 2015, s.21-23.

49 Bkz. RKHK 7.madde ve 1998/4 sayılı Tebliğ.

50 10 Kasım 2008 tarih ve 27050 tarihli RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu 11(b) maddesinde böyle bir hüküm yer almaktadır; Buna göre *"... Bu Kanun ve bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere aykırı olarak, elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallerini denetlemek, yaptırım uygulamak, mevzuatın öngördüğü hallerde elektronik haberleşme sektöründe rekabet ihlallerine ilişkin konularda Rekabet Kurumundan görüş almak,*"

51 www.rekabet.gov.tr

işbirliğine ilişkin olarak düzenlenmiş alanlardır.

RK'nun elektrik piyasalarında da RKHK'nu uygulamakla görevli olduğu, ilgili mevzuat ve yargı kararları çerçevesinde izahtan varestedir. O nedenle burada EPDK'nın rekabet hukukunu da ilgilendiren yetkileri dikkate alınarak yapılan değerlendirmeler, RK'nun elektrik piyasalarında yetkili olmadığı yönünde genel bir tespit içermemektedir. Buradaki tartışma, münhasıran hukuki ayrıştırma ve ayrımcılık yapmama yükümlülüğüne ilişkin olarak, EPDK'nın sektörel düzenlemelerde yer alan görev ve yetkilerinden hareketle, bu iddiaların sözkonusu olduğu RK kararları bakımından EPDK ve RK'nun yetkilerinin ilgili mevzuat ve yargı kararları çerçevesinde tartışılması ile sınırlıdır.

2. Sektörel düzenlemelerde yer alan ayrıştırma ve ayrımcılık yapmama yükümlülüğü açısından Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ile Rekabet Kurumu'nun yetkileri

RKHK'nda yer alan genel kuralların elektrik piyasalarında da uygulanmasının yanısıra 6446 sayılı EPK ve ilgili yönetmelik ve kararlarda da elektrik piyasalarında rekabeti düzenleyen ve EPDK'nın denetimine imkan veren hükümler vardır. Başta 6446 sayılı Kanunun ilgili hükümleri olmak üzere, bu sektörel düzenlemelerden hareketle, elektrik piyasasında rekabetin tesisi ve korunması konusunda RK'nun yetkilerinin her konuda ve her koşulda münhasır olduğunu ifade etmek mümkün görünmemektedir. Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi, öğretide rekabet otoritelerinin yetkilerinin *ex post* sektörel düzenleyicilerin yetkilerinin *ex ante* olduğuna ilişkin görüş, kural koyucular bakımından yönlendirici olup, her zaman bu önermeye uygun düzenleme yapılmadığı, farklı ülkelerin uygulamalarında da görülmektedir[52]. Türk hukukunda da RK yetkilerinin de bazı hallerde sektörel düzenleyicilerin yetkileriyle örtüştüğü ve bunun da RK ile sektörel düzenleyicilerin yetkilerinin sınırları konusunda belirsizliğe sebebiyet verdiği öğretide ve uygulamada ifade edilmiştir[53].

Yukarıda da belirtildiği üzere, RK'nun 2005 tarihli TEDAŞ görüşünde, da-

---

[52] Örneğin, sektörel düzenleyici kurumların sınırlı düzenleme yetkilerine sahip olduğu Fransa'da rekabet otoritesi pek çok kararında, enerji piyasalarında şebekeye erişim hakkından doğan uyuşmazlıklarda son sözü kendisinin söylemesi gerektiğini ifade etmiş; İngiltere'de ise rekabet otoritesi ile sektörel düzenleyiciler, rekabet hukuku kurallarının birlikte uygulanması, yetki bölüşümünün ise somut olay çerçevesinde değerlendirilmesi yönünde bir uygulama pratiği geliştirmişlerdir.

[53] İzak Atiyas; *".... In Turkey the competition authority and sector-specific regulators have quasi-concurrent powers over anti-competitive behavior in the regulated industries. Of course, the existence of concurrent powers is likely to increase regulatory uncertainty whenever the respective agencies reach conflicting verdicts on specific issues. Separation of powers may also lead into inter- agency conflict and push agencies into a power struggle to maximize their jurisdiction...."* İzak Atiyas; **Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform,** 1. Bası, TESEV Yayınları, 2006; Selen Y.Şahin, Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki, Rekabet Dergisi, 2010 Cilt: 11, Sayı: 4, s.7-57; Rekabet Kurumu Elektrik Sektör Raporu 2015, s.118.

ğıtım faaliyetlerinin, diğer elektrik piyasası faaliyetlerinden hukuki olarak ayrıştırılmasının RK'nun nihai izin koşulu olduğu ifade edilmiş ve söz konusu görüşte yer verilen bu husus daha sonra 4628 sayılı Kanun'da hükme bağlanarak, dağıtım şirketlerinin, 01.01.2013 tarihinden itibaren üretim ve perakende satış faaliyetlerini ayrı tüzel kişilikler altında göstermeleri gereği sektörel düzenlemelerde öngörülen yasal yükümlülük haline getirilmiştir. RK'nun özelleştirme yoluyla devralmalara ilişkin görüş ve izin kararlarında yer verilmiş olan "hukuki ayrıştırma" ve "ayrımcılık yapmama", sektörel düzenlemelerde de açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve 6446 sayılı EPK kapsamında faaliyet gösteren şirketlerin yükümlülükleri arasında açıkça sayılmıştır. Bu durumda RK'nun 1998 ve 2005 tarihli görüşleri ve ilgili kararlarını takiben ortaya çıkan gelişmeleri dikkate alarak aşağıdaki tespitleri yapmak mümkündür:

i. RK'nun her iki Görüşünde yer alan hususlar, hem Özelleştirme İdaresi ve hem de ilgili şirketler tarafından, piyasalarda özelleştirme ve devralma süreçlerinde dikkate alınmıştır.

ii. RK'nun her iki Görüşünde yer alan hususlar, daha sonra yasa koyucu tarafından da dikkate alınarak enerji mevzuatında yapılan değişikliklerle kanunlaşmıştır.

iii. RK'nun bu görüşlerini takiben sektörel yasal düzenlemede yer alan bu hususlara ve sakıncalarına RK'nun Elektrik Sektör Raporunda (2014) konuyla ilgili olarak piyasalarda karşılaşılan güçlükler arasında işaret edilmiştir.

Rekabet Kurumu'nun *".... Elektrik piyasası mevzuatında dağıtım faaliyeti bakımından benimsenen hukuki ayrıştırma yönteminin etkinliğinin sağlanabilmesi bakımından, uygulamanın tüzel kişilik ayrıştırmasından ibaret kalmaması; ilgili mevzuatta, fonksiyonel ayrıştırmayı içeren detaylı ikincil düzenlemelerin yapılması ve ayrıştırma uygulamalarının etkin bir denetime tabi tutulması gerekmektedir...."* görüşü de çeşitli platformlarda ifade edilmiş[54], olmasına karşın, herhangi bir düzenlemeye konu edilmemiştir.

Ayrıştırma ve ayrımcılık yapmama elektrik piyasası mevzuatında yapılan değişikliklerle lisans sahiplerinin hak ve yükümlülükleri arasında da yer almış ve dağıtım lisansı sahiplerinin yükümlülükleri arasında açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Böylece hukuki ayrıştırma ve ayrımcılık yapmama yükümlülüğü, gerçekleştirme usulünün belirlenmesi, izlenmesi, denetlenmesi ve gerektiğinde uygulanacak yaptırımlar bakımından açıkça EPDK'nun görevli ve yetkili kılındığı konular haline gelmiştir.

Bu nedenle RK bir işlem tesis etmeden önce, RK'nun düzenleme ve de-

[54] Rekabet Raporu, Rekabet Kurumu Yayını 2012; sf.8.

netleme yetkisinin sınırları belirlenirken, konunun mevzuatta nasıl düzenlendiği; sektörel düzenlemelerde EPDK'ya bu konularla ilgili olarak verilen görev ve yetkinin kapsamı ve sınırları değerlendirilmeli; EPDK'nın bu yetkileri çerçevesinde herhangi bir işlem tesis edip etmediği araştırılmalıdır.

RKHK'nu ve incelenen konu bakımından da Kanunun 6.maddesini, sektörel düzenlemelerle karşılaştırırken öncelikle belirtmek gerekir ki 6446 sayılı Kanun, özel olarak elektrik piyasasında elektrik üretimi iletimi dağıtımı toptan ve perakende satışı, ithalatı ve ihracatı, piyasa işletimi ile bu faaliyetlerle ilişkili tüm gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerini kapsamak üzere 30.03.2013 tarihinde yürürlüğe konulmuş olan bir kanundur. Bu maddelerden hareketle, 6446 sayılı Kanunun elektrik piyasalarını düzenleyen özel kanun olduğu tespitini yapmak mümkündür.

Ayrıca 6446 sayılı EPK'un 1.maddesinin açık ifadesinden den anlaşılacağı üzere, Kanunun amacı *"... elektrik piyasasında elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu biçimde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin yapılmasının sağlanmasıdır"*[55]. Bu çerçevede *"elektrik piyasasının rekabet ortamında faaliyet göstermesi"* sektörel bir düzenleme olan 6446 sayılı Kanunun amaçları arasındadır.

Bunun yanısıra 6446 sayılı EPK'nun ilgili maddeleri ile değişik 4628 sayılı Kanunla kurulan ve bu yasal düzenlemelerle görevlendirilmiş olan EPDK'nın, diğer enerji piyasalarında olduğu gibi elektrik piyasasında da geniş düzenleme ve denetleme yetkileri vardır. 6446 sayılı EPK'nun 30.maddesi ile değiştirilen 4628 sayılı EPK 9/a maddesi gereğince oluşturulan Elektrik Piyasası Daire Başkanlığı'nın görev ve yetkileri arasında da *"...rekabet şartlarını oluşturmak..."* açıkça sayılmıştır. Kanunun genel gerekçesi de bu amacı destekler niteliktedir. Bu çerçevede EPDK'nın ilgili pazardaki yetkilerinin sadece piyasaların genel olarak düzenlenmesi ile sınırlı olduğunu söylemek mümkün değildir. 6446 sayılı EPK ve ilgili diğer mevzuat hükümleri incelendiğinde, EPDK'nun piyasalarda rekabet ile ilgili konularda sadece genel olarak yetkilendirilmiş bir kurum olmayıp, özellikle de hukuki ayrıştırma ve ayrımcılık yapmama yükümlülüğü konularında özel olarak düzenlenmiş yetkileri olduğu görülmektedir.

6446 sayılı Kanunun Dağıtım Faaliyeti başlıklı 9/(1).maddesinde ise *"Dağıtım faaliyeti, lisansı kapsamında, dağıtım şirketi tarafından lisansında*

[55] 6446 sayılı EPK'nun 1.maddesi gereğince *"Bu Kanunun amacı; elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için,* ***rekabet ortamında*** *özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin yapılmasının sağlanmasıdır..."*

belirlenen bölgede yürütülür. Dağıtım şirketi, lisansında belirlenen bölgede sayaçların okunması, bakımı ve işletilmesi hizmetlerinin yerine getirilmesinden sorumludur. Piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişiler bir dağıtım şirketine ve dağıtım şirketi piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişilere doğrudan ortak olamaz. Dağıtım şirketi, dağıtım faaliyeti dışında bir faaliyetle iştigal edemez. Dağıtım faaliyetiyle birlikte yürütülmesi verimlilik artışı sağlayacak nitelikteki piyasa dışı bir faaliyetin yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir. Genel aydınlatma, dağıtım sistemi teknik ve teknik olmayan kayıplarını karşılamak amacıyla kullanılmak üzere elektrik enerjisi satın alınması ile sistem teknik ve teknik olmayan kayıplarını karşılamak için sözleşmeye bağlanan enerjinin gerçekleşmeler nedeniyle fazlasının satışı bu hükmün istisnasıdır."

6446 sayılı EPK 9/(2).maddesinde de *"Dağıtım şirketi, lisansında belirtilen bölgedeki dağıtım sistemini elektrik enerjisi üretimi ve satışında rekabet ortamına uygun şekilde işletmek, bu tesisleri yenilemek, kapasite ikame ve artırım yatırımlarını yapmak, dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm dağıtım sistemi kullanıcılarına ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda eşit taraflar arasında ayrım gözetmeksizin hizmet sunmakla yükümlüdür."*

6446 sayılı EPK'nun Toptan ve Perakende Satış Faaliyetlerini düzenleyen 10/(7).maddesinde *"...Görevli tedarik şirketinin piyasada rekabeti kısıtlayıcı veya engelleyici etki doğuran davranış veya ilişkilerinin tespiti hâlinde ilgili tedarik şirketi, Kurulca öngörülecek tedbirlere uymakla yükümlüdür. Kurul, bu tedarik şirketinin yönetiminin yeniden yapılandırılması veya dağıtım şirketiyle sahiplik ya da kontrol ilişkisinin belli bir program dâhilinde kısıtlandırılmasını ya da sonlandırılmasını da içeren tedbirleri alır."* hükmü yer almaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, görevli tedarik şirketinin piyasada rekabeti bozucu nitelikte davranışlarının tespit edilmesi halinde EPDK'nun yaptırım yetkileri, şirketin yönetim ve sermaye yapısına müdahale edebilecek kadar geniştir.

6446 sayılı EPK'nun Denetim başlıklı 15.maddesinde saklı tutulan istisnai durumlar dışında, dağıtım şirketleri hariç, elektrik piyasası faaliyetlerinin EPDK tarafından, elektrik dağıtım şirketlerinin faaliyetlerinin denetiminin ise Bakanlık tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Ayrıca 6446 sayılı Kanunun madde gerekçelerinde de hukuki ayrıştırma ve ayrımcılık yapmama yükümlülüklerinin nedenlerine ve sonuçlarına açıkça yer verilmiştir.

Yukarıdaki düzenlemelere ek olarak 6446 sayılı EPK'nun "Yaptırımlar ve Yaptırımların Uygulanmasında Usul" başlıklı 16.maddesinde ise EPDK'nın hangi hallerde, hangi yaptırımları hangi usulü izleyerek uygulayacağı düzenlenmiştir. RK, EPDK tarafından bu yetkilerine dayanılarak yapılan işleme işaret ederek,

28.03.2016 tarihli kararı ile CLK Akdeniz'in[56], 6446 sayılı EPK'nun 6446 sayılı EPK'nun Toptan ve Perakende Satış Faaliyetlerini düzenleyen 10/(7).maddesinde yer alan *"... piyasada rekabeti kısıtlayıcı veya engelleyici etki doğuran davranış veya ilişkilerinin tespiti hâlinde ilgili tedarik şirketi, Kurulca öngörülecek tedbirlere uymakla yükümlüdür. Kurul, bu tedarik şirketinin yönetiminin yeniden yapılandırılması veya dağıtım şirketiyle sahiplik ya da kontrol ilişkisinin belli bir program dâhilinde kısıtlandırılmasını ya da sonlandırılmasını da içeren tedbirleri alır."* şeklindeki hükmüne dayandırılarak EPDK tarafından hakkında idari para cezasına hükmedilmiş olduğunu dikkate almıştır[57].

Akdeniz Elektrik Dağıtım A.Ş. hakkında da, CK lehine rekabeti bozucu engelleyici faaliyetlerde bulunmak suretiyle 6446 sayılı EPK'nun 9. maddesini ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinin 33/2(c),(d),(l),(ö) maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle, EPDK tarafından hakkında idari para cezasına hükmedilmiştir[58]. Burada da EPDK, ihlal tespiti ve idari para cezası kararını açıkça *"...6446 sayılı EPK ve ilgili mevzuata aykırı olarak ve rekabeti bozucu etki yaratacak şekilde faaliyette bulunmak..."* şeklinde gerekçelendirmiştir.

6446 sayılı Kanunun Lisans Esasları başlıklı 5/4(b) maddesi "*bir dağıtım ya da iletim lisansı sahibinin, gerçek ve tüzel kişilere, eşitler arasında ayrım gözetmeksizin sisteme erişim ve sistemi kullanım imkanını sağlayacağına dair hükümlerin", bu maddede sayılan diğer hususlarla beraber EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikte yer alacağını"* düzenlemiştir[59].

Ayrımcılık yapmama ve hukuki ayrıştırma yükümlüğü, 6446 sayılı EPK'nun yanısıra EPDK tarafından yayımlanan başta Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği[60] olmak üzere ilgili düzenleyici işlemlerde de açıkça düzenlenmiştir. Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin, Yaptırımlar Lisansın İptali başlıklı 27/6(b) maddesinde "*Kurul tarafından mevzuat veya piyasa yapısının gerekleri doğrultusunda belirlenen yükümlülüklerin süresi içinde yerine getirilmemesi halinde yenilenebilir enerji kaynakları için verilen üretim lisansları iptal edilebilir"* hükmü yer almaktadır. Yönetmeliğin 29.maddesine göre ise *"eşitler arasında ayrım gözetmeksizin hizmet sunmak"* lisans sahiplerinin yükümlülükleri arasındadır. Yönetmeliğin özellikle dağıtım lisansı sahiplerinin hak ve yükümlülüklerine ilişkin 33.maddesinde de hukuki ayrıştırma yükümlüğü ve ayrımcılık yapmama açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

---

56 Devralma işlemi gerçekleştirilmeden ve hukuki yapısı değişmeden önceki ünvanı.

57 EPDK'nın 43986725 E.21424 sayı 28.03.2016 tarihli kararı.

58 EPDK'nın 43986725-663.07 E.21425 sayı ve 28.04.2016 tarihli kararı.

59 İlgili kanun maddelerinde yer alan koyu renkli vurgular, maddede hukuki ayrıştırma, ayrımcılık yapmama yükümlülüğü ve rekabetin sınırlandırılması halleri ile ilgi kısımlara dikkat çekmek için yazar tarafından eklenmiştir.

60 Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği 25., 36., 37.maddeler.

Bu düzenlemelerde piyasada faaliyet gösteren şirketler açısından birer yükümlülük olarak öngörülen bu hususların ihlal edilmesi halinde EPDK'nın bu konudaki yetkileriyle uygulanacak yaptırımlar 6446 sayılı Kanun ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde açıkça düzenlenmiştir. EPDK bu hükümlerin ihlali halinde elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketler hakkında idari para cezası kararı vermek, ihlalin niteliğine göre yönetim ve sermaye yapısı değişikliği gibi yapısal tedbirler almak ve lisans iptali gibi ciddi ve ağır yaptırımlar uygulamak şeklinde geniş yetkilerle donatılmıştır.

Yasa koyucu ve EPDK bu iki konuya ilişkin olarak 6446 sayılı EPK ve ilgili düzenlemlerle, öğretide ve RK kararlarında dikkat çekildiğinin aksine sadece *ex ante* kurallar koymakla yetinmemiş, ayrıca ve özellikle rekabet hukuku ihlallerine ilişkin özel hükümler ve bu hükümlere uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımlar öngörmek suretiyle, EPDK'na piyasada rekabet düzeninin ihlal edilmesi halinde uygulanacak yetkiler verilmiştir. Bu çerçevede elektrik piyasalarına ilişkin mevzuat çerçevesinde EPDK'nın ve RK'nun yetki alanlarına ilişkin başka hükümler üzerinde durmak, yasa koyucunun bu konudaki iradesini yansıtmak bakımından da açıklayıcı olacaktır.

Örneğin sektörel düzenlemenin amacına ve EPDK'nın bu konudaki yetkilerinin kapsamına uygun olarak yatırımların mali karşılıklarının temin edilmesine ilişkin kurallar münhasıran elektrik mevzuatı kapsamında düzenlenmiş, yine aynı şekilde ön lisans ve lisans verilmesine ilişkin koşulların belirlenmesi konusunda da münhasıran EPDK yetkilendirilmiştir[61]. Kanun gereği münhasıran EPDK'nın görev ve yetkileri kapsamında olan konulara, dağıtım şirketlerinin, sistemin yenilenmesi, bakım onarım ve işletme için gerekli olan her türlü araç ve gereç ve sistem otomasyonunu kapsayan yatırımlar da dahil olmak üzere bakım-onarım, yatırım ve planlarının gerçekleştirilmesinin izlenmesi örnek verilebilir. Yetki konusunun açıkça düzenlendiği bir başka örnek de 6446 sayılı EPK'nda yer almaktadır. Buna göre dağıtım şirketleri bakımından, 6446 sayılı EPK'nun 15.maddesinde bir istisna hükmü öngörülmek suretiyle Kanun kapsamında elektrik dağıtım şirketlerinin denetiminin Kurum değil, Bakanlık tarafından yapılacağı belirtilmiştir. 6446 sayılı 15.Maddesinde ayrıca Borsa İstanbul A.Ş. tarafından işletilecek olan piyasalara ilişkin olarak da Sermaye Piyasası Kanununun hükümlerinin saklı tutulacağı belirtilerek kanun koyucu esas itibarıyla ilgili diğer yasalarla 6446 sayılı EPK'nun kapsamını ve ilgili kurumların yetkilerinin sınırlarını açıkça düzenlemiş olmaktadır.

Öte yandan elektrik piyasalarında gerçekleşecek birleşme ve devralmalar için EPDK'nın da izninin aranıyor olması, birleşme ve devralmalar konusunda

[61] 6446 s. EPK 16/3(b) ve 5-6.maddeler.

her iki Kurumun da farklı açılardan ayrı ayrı değerlendirme yapacağını göstermektedir.

Öte yandan dağıtım lisansı sahibine getirilen yükümlülükler arasında *"... faaliyetlerini rekabet ortamına uygun şekilde işletmek ve mevzuata uygun olarak eşit taraflar arasında ayrım gözetmemek..."* ise Yönetmelikte açıkça düzenlenmiştir. Elektrik piyasasına ilişkin düzenlemelerde dağıtım şirketinin kendisinden hizmet alan tüketiciler arasında hiçbir ayırım gözetmeden hizmet sunması gereği; bir başka ifade ile, dağıtım şirketi kendisinden hizmet alan tüm tüketicilere eşit davranma zorunluluğunun, Kurul tarafından verilmiş olan lisansın bir gereği olduğu; dolayısıyla bu konuda denetim yapma, hatta lisansının iptal edilmesi de dahil olmak üzere her türlü yaptırım uygulama yetkisinin EPDK'nın görev ve yetkisi alanında olduğu hem mevzuatta hem öğretide ifade edilmiştir[62].

6446 sayılı EPK'un 5.maddesinde düzenlenen lisans esasları arasında dağıtım şirketinin "eşitler arasında ayrımcılık yapmamaya" ilişkin olarak düzenleme yapma yetkisi vermekte; bu maddeye dayanılarak Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliği'nin kapsamına ilişkin 2.maddesinde de dağıtım şirketleri bakımından "ayrım gözetmeme ilkesi" açıkça düzenlenen yükümlülükler arasında yer almaktadır[63]. Bu husus aynı zamanda Hukuki Ayrıştırmanın Usul ve Esaslarına ilişkin bir EPDK kararıyla[64] da özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden de anlaşıldığı gibi, ihlal iddiasına konu olan örneğin ayrımcılık yapmama yükümlülüğü, 6446 sayılı Kanun ve ona dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemlerde özel olarak düzenlemiş; buna aykırı olabilecek davranışlara da EPDK tarafından yaptırım uygulanabileceği de hükme bağlanmıştır.

Bu düzenlemeler ışığında RK ile EPDK'nın yetkilerinin yasa konusu olduğu, ancak konunun yasa koyucu tarafından açıkça düzenlenmediği veya bir çatışma olduğu hallerde yetki meselesinin yargı kararları ile çözümleneceği açıktır. Bu ayrımdan hareketle yetkilerin kapsamı öğretide bu kurumların işlevleri üzerine geniş bir alanyazına da konu olan tartışmayı ortaya çıkarmış olmakla beraber, her hukuk sisteminde ilgili yasal düzenlemelerin amacı, kapsamı ve bu çerçevede ilgili kurumlara verilen yetkilerin sınırları mevzuat çerçevesinde değerlendirilmeden bu konuda bir tespit yapmak mümkün değildir. Kararlarda da yer verildiği üzere, yetki meselesinin yasa koyucunun konuyu nasıl düzenlediği dikkate alınmaksızın, her zaman ve her koşulda sektörel düzenleyici için *ex ante*

---

62 O. Sevaioğlu; Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları; s.61

63 Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliği 02.01.2014 tarih ve 28870 sayılı RG; 2.maddesinde *"Bu Yönetmelik, eşit taraflar arasında ayrım gözetilmemesi ilkeleri çerçevesinde, dağıtım şirketi ile dağıtım sistemi kullanıcılarının yükümlülüklerini; uymaları gereken tesis tasarım ve işletme kurallarını, dağıtım sisteminin planlanması ve işletilmesi hususlarında ilgili taraflarca uyulacak usul ve esasları kapsar"* hükmünü içermektedir.

64 Hukuki Ayrıştırmaya ilişkin Usul ve Esaslar Hakkında 12.09.2012 tarih ve 4019 sayılı EPDK Kararı

ve rekabet otoritesi için de *ex post* şeklinde tasnif edilmesi de mümkün değildir.

Bu açıklamalar ışığında bu iki kurumun ilgili piyasalardaki yetkilerinin her durumda çok açık düzenlenmiş olmayabileceği, bazen çakışabileceği olasılığını dikkate almak gerekir. Böyle bir durumda kanun koyucunun bu konudaki iradesini ortaya koymak bakımından yorum ilkelerine başvurulması ve konuyla ilgili yargı kararlarında yapılan tespitlerin dikkate alınması gerekir.

İlgili RK kararlarında RK ile EPDK'nun ihlal iddiasına konu olan eylemlerine yönelik görev ve yetkilerine soruşturulan şirketler tarafından itiraz edilmiş, RK kararında da, bu itirazlara cevaben bu konudaki tartışmalarda Danıştay kararlarının yol gösterici olacağı ifade edilmiştir.

Her ne kadar RK kararlarında yetki konusunda, ayrıca ABD ve AB uygulamalarına da ayrıntılı olarak yer verilmiş ise de, bu örnekler ancak yasal bir düzenleme yapılacağı aşamada hangi modelin daha elverişli/etkin/uygun olabileceğinin tartışıldığı süreçte dikkate alınabilir. Bu aşamada dahi, bu sistemlerden ABD federal hukuk sistemi olması, AB ise üst hukuk niteliği ve sektörel düzenleyici olmaması gerekçeleriyle Türk hukuku bakımından model oluşturması güç örneklerdir.

RK'nun yetki meselesine ilişkin yer verdiği, telekommünikasyon piyasalarında RK'nun ve sektörel düzenleyicinin yetkilerinin tartışıldığı kararlardan biri olan Danıştay kararında Danıştay 13. Dairesi[65]:

"... Bununla birlikte anılan mevzuatın verdiği yetki doğrultusunda 5.9.2004 tarih ve 25574 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Telekomünikasyon Kurumu Tarafından işletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları ile Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin ilgili maddelerinde Telekomünikasyon Kurumu'na da Rekabet Kurulu'nun görev alanına girebilecek bazı ihlaller konusunda yaptırım uygulama yetkisi verilmiş olduğu görülmektedir..." şeklinde karar vermiştir.

Danıştay, her iki düzenlemeyi genel ve özel kanun olma niteliği açısından değerlendirmiş, RK ile düzenleyici kurumun piyasadaki işlevlerine de yer vermiştir. Buna göre:

"...Belirtilen hükümlerin ve anılan Kurum'ların yetki ve görev alanlarının birlikte değerlendirilmesinden; Rekabet Kurulu'nun istisnasız bir şekilde tüm mal ve hizmet piyasalarındaki rekabet ihlallerini tespit etmek ve yaptırım uygulamak konusunda yetkili ve görevli kurum olduğu, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un bu konudaki genel nitelikli kanun olduğu, ancak telekomü-

---

[65] Danıştay 13.D, 13.02.2012, E.2008/13184, K.2012/359.

nikasyon sektörünü düzenleyen mevzuatta da rekabetin korunması yönünde ve rekabet ihlali de sayılabilecek nitelikte davranışlar karşısında idari yaptırım uygulanması yönünde hükümler bulunduğu açık olmakla birlikte, telekomünikasyon mevzuatında öngörülen istisnai haller dışında, Rekabet Kurulu'nun genel olarak rekabetçi olmayan davranışların ortaya çıkmasından sonra ihlalin tespiti ve yaptırım uygulaması yoluna gidebileceği, Telekomünikasyon Kurumu'nun ise telekomünikasyon piyasasının rekabetçi bir yapıya kavuşmasını sağlamak amacıyla, piyasa koşullarını önceden yaptığı sektöre özgü düzenleyici işlemler ve aldığı tedbirler vasıtasıyla sağlamakla görevli olduğu, yapacağı düzenlemelerin genel olarak piyasanın yapısal sorunlarını gidermeye yönelik teknik düzenlemeler niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Rekabet Kurulu'nun piyasalarda yapısal problemler sebebiyle kendiliğinden veya kamusal müdahalelerle ortaya çıkan aksaklıklara doğrudan müdahale ve düzenleme yetkisi bulunmayıp, bu görev ve yetkinin ilgili piyasada görevli ve yetkili regülasyon kurumlarına, düzenlenmemiş sektörlerde ise devlete ait olduğu da kuşkusuzdur. Rekabet Kurulu'nun bu noktada görev ve yetkisi 4054 Sayılı Kanunun ilgili maddelerini ihlal eden teşebbüs ve teşebbüs birliği davranışlarının cezalandırılması olup, belirtilen konularda ise anılan Kanun'un 27. maddesi çerçevesinde görüş bildirme görev ve yetkisi bulunmaktadır...

Bu bağlamda; bir piyasanın düzenleyici ve denetleyici bir kurumun regülasyonuna tabi olmasının o piyasada yer alan faaliyetlerin 4054 Sayılı Kanun kapsamı dışına çıkamayacağı, Rekabet Kurulu'nun 4054 Sayılı Kanun çerçevesinde tüm mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakimolan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetimleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamakla görevlendirilmiş olduğu, söz konusu düzenleyici kurumların piyasa hakkındaki tasarruflarında rekabetçi bir piyasa düzeni sağlamakla yükümlü olmalarında rağmen, piyasada gerçekleşen rekabet ihlallerinin tespit ve idari yaptırıma tabi tutulması, Kanun veya ikincil düzenlemede öngörülen istisnalar dışında, 4054 Sayılı Kanun kapsamında Rekabet Kurulu'nun görev alanına girdiği görülmektedir...."

Yukarıdaki Danıştay kararında yer alan bu değerlendirmeden hareketle, EPDK ile RK'nun iddia konusu ihlaller bakımından yetkilerinin sınırlarının belirlenmesinde de RKHK ile elektrik piyasalarına ilişkin mevzuatın birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Yorum kuralları gereğince, sektörel düzenlemeler rekabet hukuku karşısında özel nitelikli kurallar olarak ele alınacaktır. EPK ile RKHK'nun yürürlük tarihleri açısından yapılacak bir değerlendirmede, 6446 sayılı EPK, RKHK'ndan sonra yürürlüğe girmiş olduğundan, bu değerlendirme de yasa koyucunun daha yakın tarihli iradesini göstermesi bakımından, sektörel

düzenlemeye öncelik verilmesine ilişkin yorumu pekiştirmektedir.

Yukarıdaki Danıştay 13.Daire Kararından hareketle yetki konusunda şu tespitleri yapmak mümkündür:

a. bir piyasada sektörel düzenleyici kurum olması, o piyasada yer alan faaliyetleri 4054 Sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarmayacağı,

b. 4054 sayılı Kanunun genel nitelikli kanun olduğu,

c. Sektörel (telekomünikasyon sektörünü düzenleyen) mevzuatta da rekabetin korunmasını amaçlayan ve ihlal edilmesi halinde idari yaptırım uygulanmasına ilişkin hükümler olduğu;

d. telekomünikasyon mevzuatında öngörülen istisnai haller dışında, RK'nun görevli ve yetkili olacağı

e. Telekomünikasyon Kurumu'nun ise telekomünikasyon piyasasının rekabetçi bir yapıya kavuşmasını sağlamak amacıyla, piyasa koşullarını önceden yaptığı sektöre özgü düzenleyici işlemler ve aldığı tedbirler vasıtasıyla sağlamakla görevli olduğu,

f. Telekomünikasyon Kurumu'nun yapacağı düzenlemelerin genel olarak piyasanın yapısal sorunlarını gidermeye yönelik teknik düzenlemeler niteliğinde olduğu;

g. Rekabet Kurulu'nun piyasalarda yapısal problemler sebebiyle kendiliğinden veya kamusal müdahalelerle ortaya çıkan aksaklıklara doğrudan müdahale ve düzenleme yetkisi bulunmayıp, bu görev ve yetkinin ilgili piyasada görevli ve yetkili regülasyon kurumlarına;

h. söz konusu düzenleyici kurumların piyasa hakkındaki tasarruflarında rekabetçi bir piyasa düzeni sağlamakla yükümlü olmalarında rağmen, piyasada gerçekleşen rekabet ihlallerinin tespit ve idari yaptırıma tabi tutulması, Kanun veya ikincil düzenlemede öngörülen istisnalar dışında, 4054 Sayılı Kanun kapsamında Rekabet Kurulu'nun görev alanına girdiği

Danıştay kararlarında da açıkça ifade edildiği üzere *"... Bu bağlamda; bir piyasanın düzenleyici ve denetleyici bir kurumun regülasyonuna tabi olmasının o piyasada yer alan faaliyetlerin 4054 Sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarmayacağı, Rekabet Kurulu'nun 4054 Sayılı Kanun çerçevesinde tüm mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetimleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamakla görevlendirilmiş olduğu, söz konusu düzenleyici kurumların piyasa hakkındaki tasarruflarında rekabetçi bir piyasa düzeni sağla-*

makla yükümlü olmalarında rağmen, piyasada gerçekleşen rekabet ihlallerinin tespit ve idari yaptırıma tabi tutulması, Kanun veya ikincil düzenlemede öngörülen istisnalar dışında, 4054 sayılı Kanun kapsamında Rekabet Kurulu'nun görev alanına girdiği görülmektedir....[66] *"*

Danıştay kararında göreve ilişkin olan bu ifadenin, ilgili düzenlemelerin amacı, işlevi, yürürlük tarihleri özel ve genel nitelikli oluşu dikkate alınarak aşağıdaki şekilde yorumlanması mümkündür: Rekabet Kurulu'nun kararlarını verdiği tarih itibarıyla, Danıştay kararında belirtildiği gibi *piyasada gerçekleşen rekabet ihlallerinin tespit ve idari yaptırıma tabi tutulması,* "kanun veya ikincil düzenlemelerde bu konuda bir istisna yok ise", o zaman RKHK kapsamında RK'nun görev alanında olacaktır. RK kararlarında ihlale konu hukuki ayrıştırma yükümlülüğüne aykırı olan ve ayrımcılık olarak nitelenen davranışlara ilişkin denetim yapma ve yaptırım uygulama görevi 6446 sayılı EPK'nda ve ilgili mevzuatta açıkça EPDK'nın görev ve yetkileri arasında düzenlenmiş olduğuna göre, Danıştay kararlarında belirtilen *"kanun veya ikincil düzenlemede yer alan istisnalar"* şeklinde ifade edilen hükümler; ilgili iddialar bakımından, bu koşulu sağlamakta yani RK'nun görev alanına bir istisna oluşturmaktadır.

Kanaatimizce Danıştay 13.Dairesinin bu kararındaki yorumu ve istisnai özel düzenlemelere yapmış olduğu vurgu bu kararlardaki yetki meselesinin çözümünde şu şekilde yorumlanmalıdır: 6446 sayılı EPK'nda ve ilgili mevzuatta düzenlenmiş olan özel hükümler, Danıştay kararında soyut olarak ifade edilen istisnai özel düzenleme niteliğini haizdir, bu nedenle de Danıştay kararı ışığında sektörel düzenlemenin uygulanması gerekmektedir.

Danıştay 13.Dairesi *"... piyasada gerçekleşen rekabet ihlallerinin tespit ve idari yaptırıma tabi tutulması, Kanun veya ikincil düzenlemelerle öngörülen veya öngörülebilecek istisnalar dışında, RKHK RK'nun görev alanına girmektedir..."* ifadesiyle de esas itibarıyla sonraki tarihli kanun veya ikincil düzenlemelerde yer alabilecek istisnalar da olabileceğini öngörmekte ve bu olasılığa işaret etmektedir. Danıştay kararında yer alan "...öngörülebilecek..." ifadesiyle, yasa koyucunun sonraki tarihli düzenlemelerle yaratılabilecek istisnalar da olasılık dahilinde dikkate alınmaktadır. Bu yorumdan hareketle, ilgili Danıştay kararına dayanarak görevli olduğuna işaret eden RK kararlarında esasen, yargı kararında açıkça yer alan bu husus gözardı edilmektedir. Nitekim soruşturma konusu iddialar bakımından, tam da Danıştay 13.Dairesinin kararında ifade edildiği şekilde "...kanun ve ikincil düzenlemelerle piyasada gerçekleşen rekabet bozucu davranışların ihlallerinin tespiti ve idari yaptırıma tabi tutulması konusunda" 6446 sayılı EPK ve ilgili ikincil düzenlemelerde yer alan ve (başta 6446 sayılı Kanun ve kanuna da-

[66] Danıştay 13.D, 8.5.2012, 2008/14245 E. ve 2012/960 K.

yanılarak çıkarılan ilgili Yönetmelik ve İlkeler olmak üzere) her biri, RKHK'na göre sonraki tarihli olan özel düzenlemelerle EPDK görevli kılınmıştır.

Danıştay kararında ifade edilen ve Danıştay'ın öngörülü biçimde ifade ettiği olasılıklardan da anlaşılacağı üzere yasa koyucunun oluşturabileceği bu istisnai haller, her zaman yetkiyi (banka birleşme ve devralmalarına ilişkin istisnada olduğu gibi) açık bir hükümle bertaraf etmemekte, bu irade sonraki tarihli özel kanunda düzenleme yapmak suretiyle tezhür etmektedir. Burada yasa koyucu bu alandaki istisnai hükümlere, hem 6446 sayılı Kanunda ve hem de ilgili yönetmelik ve ilkelerde tutarlı bir biçimde yer vererek düzenlemiştir. Bu nedenle 6446 sayılı EPK'nda ve ilgili mevzuatta yer alan hükümlerin, tam da Danıştay kararında ifade edilmiş olan *"istisnalara"* örnek oluşturduğu söylenebilir.

Kanaatimizce yukarıdaki yorum ve değerlendirmelerden hareketle kararda konu edilen bu iki tür iddia bakımından RK'nun bu hususları inceleme konusu dışında bırakması ve aralarında yapmış oldukları Protokol gereğince EPDK'yı konudan haberdar etmesi gerekirdi. RK'nun enerji piyasalarına ilişkin kararları, özelleştirme sürecinde verdiği görüşler ve nihayet elektrik sektör raporu bu alanda EPDK ile etkileşim içinde olmak gerekliliğini ortaya koymuş, karşılıklı işbirliği, bilgi paylaşımı ve enerji piyasalarında rekabetçi bir yapı oluşturmayı hedefleyen RK ile EPDK arasında kurumlar arası etkileşimi düzenleyen bir Protokol yapılmıştır[67].

Elektrik piyasalarına ilişkin sektörel mevzuatta yer alan ayrıştırma yükümlüğü ve ayrımcılık yapmama ve bunların ihlal edilmesi halinde EPDK tarafından alınacak idari tedbirlere ilişkin düzenlemelerin, Kanun ve ikincil mevzuatta düzenlenmiş istisnalar olduğu yorumundan hareketle; ilgili ihlal iddiaları bakımından RK'nun değil, ilgili sektörel kurallar çerçevesinde EPDK'nın yetkili olduğu şeklindeki yaklaşım hem kanun koyucunun iradesine ve hem de Danıştay kararlarına daha uygundur.

Nitekim bu yorumu destekleyen bir başka husus da özellikle ayrıştırma yükümlüğü ile ilgilidir. Kanaatimizce ayrıştırma (hukuki-fiili-muhasebe vb) niteliği ve denetimi açısından piyasanın yapısal sorunu olduğundan; yine Danıştay kararındaki tespitlerden hareketle "*..Rekabet Kurulu'nun piyasalarda yapısal problemler sebebiyle kendiliğinden veya kamusal müdahalelerle ortaya çıkan aksaklıklara doğrudan müdahale ve düzenleme yetkisi olmadığından..."* bu konuda da yetkinin ilgili piyasada düzenleyici kuruma ait olması gerektiğine ilişkin tespit de EPDK'nın görevli olduğu yönünde bir yorum yapılmasını gerektirmektedir.

Yetki konusunda bir çatışma olduğu hallerde, kanun koyucunun yetki so-

[67] 28 Ocak 2015 tarihli Protokol için bkz www.rekabet.gov.tr

rununu, kurumların görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemelerde tercihini açıkça ortaya koyarak veya daha sonra yapılacak düzenlemelerde açıkça düzenleyerek belli oranda bertaraf etmesi mümkündür[68].

Elektrik piyasaları düzenlemeye tabi diğer sektörle karşılaştırıldığında, yasa koyucunun iradesinin düzenlemeye tabi diğer piyasalardan farklı tezahür ettiğini görmek mümkündür. Şöyle ki bankacılık gibi bazı sektörel düzenlemelerde rekabet ilkeleri görece genel olarak düzenlenmişken, 6446 sayılı EPK'nda ve ilgili yönetmeliklerde bu konu şirketlere yönelik (ilkeler, yükümlülükler, yaptırımlar, yetki şeklinde) yükümlülükler ve EPDK'nın görevleri arasında açıkça sayılmış, uyulmaması halinde alınacak yapısal tedbirler de dahil olmak üzere ağır yaptırımlara bağlanmıştır.

Bu bağlamda 6446 sayılı EPK'nun 10/7.maddesi gereğince *"...Görevli tedarik şirketinin piyasada rekabeti kısıtlayıcı veya engelleyici etki doğuran davranış veya ilişkilerinin tespiti hâlinde ilgili tedarik şirketi, Kurulca öngörülecek tedbirlere uymakla yükümlüdür. Kurul, bu tedarik şirketinin yönetiminin yeniden yapılandırılması veya dağıtım şirketiyle sahiplik ya da kontrol ilişkisinin belli bir program dâhilinde kısıtlandırılmasını ya da sonlandırılmasını da içeren tedbirleri alır..."*

Kanunun 10/7.maddesinden hareketle şu değerlendirmeleri yapmak mümkündür: Görevli tedarik Şirketinin piyasada rekabeti kısıtlayıcı engelleyici davranışları konusunda açıkça Kurul'a yaptırım uygulama yetkisi verilmiştir. Bu yaptırımlar, ilgili yönetmelikte yer alan idari para cezalarının yanısıra yönetimin yeniden yapılandırılmasından, dağıtım şirketiyle sahiplik ya da kontrol ilişkisinin belli bir program dahilinde kısıtlandırılması veya sonlandırılmasına kadar varabilir.

Denetim yetkileri açısından 6446 sayılı EPK'nun 15.maddesinde öngörülen açık hükümle yetki alanına istisna getirilmesine karşılık, sektörel düzenlemelerin ilgili kurumlara yetki veren hükümleri incelendiğinde, kanun koyucunun bazı hallerde düzenlemeden kaynaklanan yetkileri her koşulda saklı tutmak veya örtülü yürürlükten kaldırma yoluyla uygulanmaması olasılığını bertaraf etmek için kanunda bu konunun özel olarak düzenlediği hükümlere rastlamak mümkündür. Örneğin bu nitelikte bir düzenleme 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 2/2. maddesinde yer almaktadır. Buna göre *"... Bu Kanunda ve bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan ve diğer kanunlarda bu Kanunun uygulanmayacağının belirtildiği hâllerde genel hükümler uygula-*

[68] C. Sarıçiçek; Rekabet Uzmanı, Sektörel Düzenlemelerin Varlığında Rekabet Hukuku Uygulaması http://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=-904bcc31-5966-4f50-8710-9683619284d2

nır." RKHK ve 6446 sayılı EPK'da bu şekilde bir hüküm de yer almamaktadır.

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, kararlarda yer alan iddia konusu bazı fiillerin, sonraki tarihli özel kanun olan 6446 sayılı EPK'nda ve ilgili yönetmelikte açıkça düzenlenmiş ve bunlara uyulmaması halinde uygulanacak olan yaptırımlar konusunda da EPDK'nın açıkça yetkilendirilmiş olması durumunda, bu kapsamdaki iddiaların RK tarafından RKHK 6.maddesinin uygulanması suretiyle değil, EPDK tarafından 6446 sayılı EPK'nun ilgili maddelerinin uygulanması suretiyle denetlenmesine imkan veren hukuki yorum tartışılmaya değer bir argüman olarak ortaya çıkmaktadır.

Bir kez daha önemle altını çizmek gerekir ki, burada RKHK'nun genel olarak elektrik piyasalarında yetkili olmadığına dair bir yorum yapılmadığı gibi, her koşulda genel bir kanun olduğu yönünde bir yorum yapılmamaktadır. Keza örneğin Danıştay 7. Dairesi, Rekabet Kurumuna alınan taşıtların vergilerine ilişkin bir davada, ilgili vergi kanununun hükümleriyle birlikte değerlendirilmesi sonucunda *"... 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 63'üncü maddesinin son fıkrası hükmüne göre, kuruma alınacak taşıtların taşıt alım vergisi ile damga resminden muaf olduğu. Finansman Kanununun 3'üncü maddesine 3089 sayılı Kanunla eklenen ve Bu kanunda yer almayan istisna ve muaflıkların hükümsüz olduğu yolundaki hükmün 4054 sayılı Yasanın yukarıda değinilen hükmünü etkilemesinin düşünülemeyeceği, bu konuda özel kanun durumundaki 4054 sayılı Kanunun, genel kanun niteliği taşıyan 1318 sayılı Kanun hükümleri yerine uygulanması gerekeceği..."* gerekçesiyle RKHK'nun, özel ve sonraki tarihli kanun olduğundan sözkonusu uyuşmazlıkta bu nedenle RKHK'nun uygulanması gerektiğini belirtmiştir[69].

Ayrıca yukarıda belirtildiği ve burada da tekrar edeceğimiz üzere, burada özel kanun olan 6446 sayılı EPK'nun, her koşulda ve her olay bakımından RKHK kapsamında RK'na verilen görev ve yetkileri tamamen ortadan kaldırdığı yönünde bir değerlendirme de yapılmamaktadır. Burada özel olarak hukuki ayrıştırma ve ayrımcılık yapmama yükümlüğüne ilişkin iddiaları ele alış biçimi ve değerlendirmesi yönüyle ilgili kararlarda RK tarafından, bu yükümlülüklerin dayanağı olan yasal düzenlemelerin tamamen göz ardı edildiği izlenimi veren yaklaşımına dikkat çekilmektedir.

RK'nun soruşturma konusu iddiaları karara bağlamadan önce, adeta bir ön mesele olarak ilgili sektörel düzenlemeler ışığında yetki konusunu; gerekirse EPDK'nun konuyla ilgili görüşüne de başvurarak incelemesi gerekirdi. Zira bu konuların açıkça ve sonraki tarihli özel kanunda düzenlenmiş olması; EPDK'ya bu kuralların ihlal edilmeleri halinde yaptırım uygulama yetkisi verilmiş ve

[69] Danıştay 7.D, 2.3.1999, 1998/1822 E. ve 1999/0 K.

EPDK'nın da bu yasal çerçevede, soruşturulan şirketler hakkında (soruşturma konusu ile örtüşen) bu hükümleri ihlal ettikleri gerekçesiyle yaptırım uygulamış olması dikkate alındığında; RK'nun RKHK'nun 6.maddesi'ni bu iddialar bakımından uygulamak konusunda yetkili olup olmadığını gerekçelendirmesi beklenir.

RK, bu konudaki yetkisini, Danıştay 13.Dairesinin yukarıda yer verilen ve sektörel düzenlemeye tabi bir başka piyasaya ilişkin kararlarına dayanarak desteklemektedir. Oysa kanaatimizce Danıştay'ın RK kararlarına dayanak olan kararları, RK'nun kararlarda yansıttığı yorumun aksine, burada tartıştığımız görüşü destekler nitelikte olup, RK'nun ilgili pazardaki ayrımcılık yapmama ve ayrıştırma yükümlülüğü konusundaki yetkisini tartışılır hale getirmektedir.

RK ile EPDK arasındaki Protokol'ün işlevselliği ve sorun teşkil eden alanlara etkin ve şeffaf çözümler önerip önermediği konusu bu çalışmanın kapsamında değildir. Ancak belirtmek gerekir ki burada ele alınan yetki tartışması yasanın yukarıda tartışılan açık hükümleri karşısında, kurumlar arası koordinasyon konusu değildir. Zira ilgili mevzuatın EPDK'ya açıkça görev verdiği bu hallerde; EPDK'nın kanunda belirtilen yetkileri kapsamında faaliyet göstermesi gerekeceğinden; RKHK çerçevesinde belirlenen yetkilerin kullanılmasına ilişkin koşulların da; ihlal konusu davranışın münferit veya sistematik olup olmamasına; EPDK'nın 6446 sayılı EPK'ndan kaynaklanan yetkisini kullanılıp kullanmadığına veya EPDK tarafından kullanılan yetkiler kapsamında uygulanan yaptırımların caydırıcı olup olmadığına göre belirlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle Protokolle düzenlenen/düzenlenecek konular ilgili mevzuatta yer alan yetki konusunda değişiklik yapılamayacağından, Protokol ancak bu yetkilerin kanunda öngörüldüğü şekilde kullanılması sırasında, kurumlar arası diyalog ile amaçlanan usul ekonomisinin gerekleri, eşgüdüm, etkinlik, şeffaflık gibi amaçlara hizmet edecektir.

Bununla beraber yetki bakımından her iki kurumun da yetkili olabileceği hallerin ortaya çıkma olasılığı her sektör bakımından sözkonusudur. Danıştay 13.Dairesi, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararında her iki düzenleyici kurumun da görev alanına giren konularda kurumların yetki alanlarına ilişkin şu tespiti yapmıştır[70]:

"Telekomünikasyon Kurulu'nun aldığı tedbirler ve yaptığı düzenlemelerle mevcut rekabet ihlalinin etkilerinin sona ermesi ve rekabetçi zararın tamamen ortadan kalkması ve konunun salt telekomünikasyon mevzuatını ilgilendiren teknik bir hususa ilişkin olması halinde Rekabet Kurulu'nun soruşturma açıp açmama konusunda bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte, bu takdir yetkisinin 4054 Sayılı

[70] Danıştay 13. D., 2008/13184 E. 2012/359 K. sayılı kararı.

Kanun'un öngördüğü amaca ve hukuka uygun bir şekilde kullanılması gerektiği, şikâyet konusu fiiller hakkında yukarıda anılan mevzuat hükümleri uyarınca Telekomünikasyon Kurumu tarafından aynı fiil hakkında uygulanabilecek idari yaptırımların ise Rekabet Kurulu tarafından dikkate alınması ve genel olarak iki Kurum'un işbirliği içerisinde bulunması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır."

Elektrik piyasasının içinde bulunduğu serbestleşme, özelleştirme ve rekabete açılma süreçlerinde, EPDK ve RK önemli roller üstlenmiştir. Elektrik piyasalarında perakende ve dağıtım faaliyetlerinin yasal olarak ayrıştırılmasına rağmen, mülkiyet ayrıştırmasının mevcut olmadığı dolayısıyla, bu gibi davranışların önlenmesi amacıyla görevli perakende şirketlerinin ve dağıtım şirketlerinin faaliyetlerinin izlenmesinde EPDK tarafından dikkatli bir şekilde denetleme işlevinin yerine getirilmesi ve EPDK ile RK arasında güçlü bir koordinasyonun sağlanması yararlı olacağından[71], EPDK ve RK'nun enerji piyasasının teknik ve hukuki yapısını göz önünde bulundurarak, düzenleme yapmadan önce işbirliği içinde, görüş alışverişinde bulunması gereklidir. EPDK ve Rekabet Kurumu'nun, enerji sektöründe rekabetin sağlanması konusunda görev ve yetkileri olup, iki kurumun benzer, birbirini tamamlayan, bazen de örtüşen yetki alanları olması nedeniyle kurumlar arası işbirliği zorunludur. Bu nedenle yasa koyucunun belirlediği yasal sınırlara aykırı olmamak koşuluyla ilgili mevzuatın uygulanmasında RK ve EPDK arasında bilgi paylaşımı, işbirliği ve koordinasyon Protokol ile sağlanmaktadır.

SONUÇ YERİNE

Yukarıda incelediğimiz çerçevede RK'nun elektrik piyasalarında vermiş olduğu ihlal kararlarına konu edilen ihlal iddialarından ayrımcılık yapmama ve ayrıştırma yükümlülüğünün ilgili mevzuat ve Danıştay kararları çerçevesinde değerlendirilmesinin düşündürdüklerini özetlemek gerekirse;

1. 6446 sayılı EPK ve ona dayanılarak çıkarılan ilgili sektörel düzenlemelerde inceleme konusu kararların adeta bel kemiğini oluşturan ayrımcılık yapmama ve hukuki ayrıştırma yükümlülüğü ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yer almakta ve bu kurallara uyulmaması halinde de uygulanacak yaptırımlar düzenlenmektedir.

2. Aynı iktisadi bütünlük içinde yer alan şirketlerin hukuki ayrıştırmanın piyasadaki etkileri çerçevesinde grup şirketleri lehine ayrımcılık yapması, RK tarafından RKHK'nun 6.maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması sayılarak ihlal kararı verilmiştir.

---

[71] http://documents.worldbank.org/curated/en/907111468189259524/pdf/ACS14951-REVISED-Box393232B- PUBLIC-EnergyveryFinalTURKISHR.pdf

3. 6446 sayılı EPK ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan ilgili Yönetmelik ve EPDK kararlarında *ayrımcılık* yapmama ve hukuki ayrıştırma yükümlüğü açıkça düzenlenmiş olup, gereklerinin yerine getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırımlar da sektörel düzenlemelerde açıkça belirtilmiştir.

4. 6446 sayılı EPK ile EPDK'ya bu yükümlülükleri düzenleme, gereğinin yerine getirilmiş olup olmadığını izleme, denetleme ve yerine getirilmemesi halinde yönetim ve sermaye yapısına müdahale etmek gibi yapısal tedbirlerle lisansın iptali de dahil olmak üzere ciddi yaptırımlar uygulama yetkileri verilmiştir.

5. Ayrımcılık yapmama ve hukuki ayrıştırma yükümlülüğü dağıtım lisansı faaliyetleri kapsamında lisans yükümlülükleri arasında düzenlenmiş; bu yükümlülüklerin işlevi ve önemi ilgili sektörel düzenlemelerin gerekçelerinde ifade edilmiş, ayrıca Anayasa Mahkemesi kararlarına da konu edilmiştir.

6. 6446 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatta hukuki ayrıştırma ve ayrımcılığa ilişkin ayrıntılı hükümler, 4054 sayılı RKHK'nun 6.maddesi ile karşısında sonraki tarihli özel düzenlemeler olduğundan, bu bakımdan da iddia konusu bir kısım davranışlar bakımından 6446 sayılı EPK'nun uygulanması gerekir.

7. Kararlarda RK'nun yetkili olduğuna dayanak olarak gösterilen Danıştay 13. Dairesi kararında *"... Bu bağlamda; bir piyasanın düzenleyici ve denetleyici bir kurumun regülasyonuna tabi olmasının o piyasada yer alan faaliyetlerin 4054 Sayılı Kanun kapsamı dışına çıkamayacağı, Rekabet Kurulu'nun 4054 Sayılı Kanun çerçevesinde tüm mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetimleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamakla görevlendirilmiş olduğu, söz konusu düzenleyici kurumların piyasa hakkındaki tasarruflarında rekabetçi bir piyasa düzeni sağlamakla yükümlü olmalarında rağmen, piyasada gerçekleşen rekabet ihlallerinin tespit ve idari yaptırıma tabi tutulması, Kanun veya ikincil düzenlemede öngörülen istisnalar dışında, 4054 Sayılı Kanun kapsamında Rekabet Kurulu'nun görev alanına girdiği görülmektedir..."* hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla konuyla ilgili olarak RK kararında belirtilen Danıştay kararlarında yer alan tespitler, RK kararında yer alan yorumların aksine, kanun koyucunun yapmış olduğu düzenlemeye uygundur.

8. Danıştay 13.Dairesinin*"... piyasada gerçekleşen rekabet ihlallerinin tespit ve idari yaptırıma tabi tutulması, Kanun veya ikincil düzenlemelerle öngörülen veya öngörülebilecek istisnalar dışında, RKHK RK'nun görev alanına girmektedir...."* ifadesi, esas itibarıyla kanun veya ikincil düzenlemelerde yer alabilecek istisnalar olabileceğine, bu nitelikte istisnalar olması halinde de, bu istisnai hükümlerin uygulanması gerektiğine işaret etmektedir. 6446 sayılı EPK'nda yer

alan ve Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve diğer düzenlemeler de bu kapsamda istisnai düzenlemelerdir.

9. Sektörel bir düzenleme olması durumunda, salt sektörel düzenlemenin varlığı RKHK'nun ve Rekabet Kurulu'nun bu Kanundan kaynaklanan yetkilerini topyekün bertaraf etmemektedir.

10. Buna karşın yasa koyucunun rekabet ihlali olduğu iddia edilen bir konuyu, sektörel düzenleme ile özel olarak ve sonraki tarihli bir kanunda açıkça düzenlemiş olması durumunda; sonraki tarihli özel düzenlemenin uygulanması gerektiğinden, yorum ilkeleri ve Danıştay kararlarından hareketle, RK kararlarında yer alan ayrımcılık yapmama ve ayrıştırma yükümlülüğü bakımından 6446 sayılı Kanun ve ilgili sektörel mevzuatın uygulanması gerektiği kanun koyucunun amacına ve ilgili yargı kararlarına daha uygun bir yorum olacaktır.

Kısaltmalar

4628 sayılı Kanun	4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun
EPK veya 6446 sayılı Kanun	6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu
EPDK	Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
RG	Resmi Gazete
RK	Rekabet Kurulu
RKHK veya 4054 sayılı Kanun	4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	sayılı
sf.	sayfa

KAYNAKÇA

İzak Atiyas; ATİYAS, İzak: **Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform**, 1. Bası, TESEV Yayınları, 2006

İlhan Baytan, **Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları**, Genişletilmiş ve güncellenmiş 2.baskı, 2009.

W. Blumenthal; "The relationship between Competition Agencies and Other Units of Government; remarks before the Ministry of Commerce" Asian Development Bank and OECD; International Seminar: Review of Anti Monopoly Law; 2006.

Hakan Ercan – Gamze Öz; "Avrupa Birliği ve Türkiye Elektrik Piyasalarına İktisadi ve Hukuki bir Bakış", **AB'nin Enerji Politikası ve Türkiye**, Mayıs 2004.

E.Serhat Güney, "Restructuring Competition and Regulation in the Turkish Electricity Industry", **Investment Climate and the Role of Competition Policy in Turkey**, TEPAV, Ankara 2005.

Ian Laurance; "Who should regulate and how should they regulate?" Relationship between antitrust agencies and sectoral regulators-" Bonn/ICN, 2007.

Gamze Öz; "AB ve Türkiye'de Enerji Piyasalarında Rekabet Hukukunun Uygulanması"; **AB'nin Enerji Politikası ve Türkiye**, s.45-65 Ulusal Araştırmalar Vakfı Yayını Mayıs 2004.

Gamze Öz; **AB ve Türk Rekabet Hukukunun Bankacılık Alanında Uygulanması**; Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Gamze Öz, "Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu'nun Rolü", **Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu**, 1999, Rekabet Kurumu Yayını s.46-56, https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/etkinlik-yayinlari/5-pdf

Rekabet Kurumu Elektrik Toptan Satış Ve Perakende Satış Sektör Araştırması, Ocak 2015.

Can Sarıçiçek; "Sektörel Düzenlemelerin Varlığında Rekabet Hukuku Uygulaması", http://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=904bcc31-5966-4f50-8710-9683619284d2

Selen Y. Şahin, "Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki", **Rekabet Dergisi**, 2010 Cilt: 11, Sayı: 4.

Burçak Tatlı; Türkiye Elektrik Pazarında Güncel Gelişmeler ve Avrupa Birliği Komisyonunun Cez Kararı, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018.

http://documents.worldbank.org/curated/en/907111468189259524/pdf/ACS14951-REVISED-Box393232B-PUBLIC-EnergyveryFinalTURKISHR.pdf

http://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=904bcc31-5966-4f50-8710-9683619284d2

https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/10-elektrik-toptan-satis

İDARİ İŞLEMİN SEBEP UNSURU: YENİ BİR TANIM DENEMESİ

K. Burak Öztürk*

İdare hukuku öğretisinde, idari işlemin sebep unsuru, idareyi o işlemi yapmaya sevk eden bir etken olarak tanımlanmakta; hukuk kurallarınca önceden belirlenmiş olan sebebin, işlemden önce gelen ve işlemin dışında gerçekleşen maddi olay ve olguları ya da hukuksal durum veya işlemleri kapsadığı belirtilmektedir. Yine öğretide, idari işlemlerin mutlaka sebebe dayanması gerektiği, sebepsiz idari işlem olamayacağı hususu önemle vurgulanmaktadır[1].

Sebep unsuru, idareye takdir yetkisi tanınan durumlarda özellikle önem kazanmakta; bir idari işlemin hangi sebeplere bağlı olarak yapılacağının dayanak yasal düzenlemelerde açıkça öngörülmeyip belirsiz ve soyut kavramlarla belirtildiği ya da hiç belirtilmediği hallerde idarenin işlemini haklı kılan maddi va-

---

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

1 İdare hukuku alanında yazılmış genel eserlerin birçoğunda bu anlayışı yansıtan açıklamalara rastlamak mümkündür. Örnek olarak bkz. Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. B., İmaj Yayınevi, 2015, s. 152 v.d.; İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, 2004, s. 454 v.d.; Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler**, Turhan Kitabevi, 2011, s. 431 v.d.; Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 9.B., Savaş Yayınevi, 2018, s. 387 v.d.; Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, 3. B., Ekin, 2019, C. I, s. 1008 v.d.; Ali D. Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, 2. B., Yetkin Yayınları, 2019, s. 397 v.d. Bu anlayışın, önemli ölçüde Fransız hukukundan etkilendiğini söylenebilirse de (örnek olarak bkz. Marcel Waline, **Droit administratif**, 9e éd., Editions Sirey, 1963, s. 472 v.d.; André de Laubadère / Jean-Claude Venezia / Yves Gaudemet, **Traité de droit administratif**, 15e éd., L.G.D.J., 1999, C. I, s. 585 v.d.), Fransız hukukunda sorunun idari işlem kuramından çok yargısal denetimin yoğunluğu açısından ele alındığını; hatta son yıllarda yazılan genel eserlerin bir bölümünde, "idari işlemlerin hukuki rejimi"ne ayrılan başlıklarda, işlemin sebep, konu ve amaç unsurlarına hiç değinilmediğini gözlemlemek mümkündür. Örnek olarak bkz. X. Dupré de Boulois, "Les actes administratifs unilatéraux", in **Traité de droit administratif** (dir. Pascale Gonod / Fabrice Melleray / Philippe Yolka), Dalloz, 2011, C. 2, s 158-215). Ayrıca Fransız öğretisinde, "sebep" karşılığında kullanılan farklı kavramların (*motif, mobile, cause*) pozitif hukuku açıklamak yönünde herhangi bir katkı sağlamadıkları gibi, "saik" ve "amaç"la karıştırılarak belirsizlik yaratmaya müsait oldukları belirtilmiş; bunun yerine, "işlem tesisinin nesnel koşulları" (*conditions objectives d'édiction*) kavramının kullanılması önerilmiştir. Bkz. Charles Eisenmann, **Cours de droit administratif**, L.G.D.J., 1982, C. II, s. 282-289.

kıaları[2] ortaya koyması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, işlemin sebebinin belirsiz kavramlarla gösterildiği durumlarda, bu maddi vakıaların sözü edilen belirsiz kavramlara altlanabilir olması; sebebin hiç gösterilmediği durumlarda ise, idarece ortaya konan sebeplerin işlemi kamu yararı ya da normun amacından hareketle belirlenen "hizmet gerekleri" gibi daha spesifik kavramlar yönünden haklı kılması zorunludur[3]. Aksi takdirde, işlem sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olacak ve idari yargı yerlerince iptal edilecektir.

Öğretide yaygın olarak benimsenen bu anlayışın doğal sonucu, idari işlemlerin sebep unsuru yönünden yargısal denetiminin "işlemi haklı kılan sebepler"in varlığı üzerinden yapılmasıdır. Bununla birlikte, idari yargı kararlarında sebep unsurunun yargısal denetimine ilişkin olarak her zaman bu doğrultuda bir yaklaşımın sergilendiği söylenemez. Danıştay'ın aynı dairesinin kısa sayılabilecek bir zaman aralığında verdiği birbiriyle çelişen iki yakın tarihli karar, bunu açıkça ortaya koymaktadır. Danıştay'a göre, "…*takdir yetkisinin kullanımının mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleriyle sınırlı olduğu ve bu açıdan yargı denetimine tabi bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindendir (...) davalı idareler tarafından dava konusu atama işleminin tesis edilmesine sebep olabilecek geçerli hiçbir somut gerekçe ve sebep ortaya konulamadığından, kamu yararı ile hizmet gereklerine aykırı olarak kullanılan takdir yetkisi uyarınca kurulan dava konusu işlemde hukuka uyarlık (...) görülmemiştir*"[4]. Aynı Danıştay dairesinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76'ncı maddesinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkta verdiği bir başka kararında ise şu ifadeler yer almaktadır: "*657 Sayılı Kanun'un 76. maddesiyle memurların naklen atanmaları konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği hususunun yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır (...) Uyuşmazlık konusu olayda, davalı idarece takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığına dair herhangi bir somut bilgi ve belge bulunmadığı anlaşılmakta olup (...) dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık (...) görülmemiştir*"[5].

Görüldüğü üzere, alıntılanan kararlardan ilkinde, yukarıda kısaca özetlenen

[2] Maddi olay ve olgular yanında hukuki durum ve işlemlerin de bir idari işlemin sebebini oluşturabileceğiaçık olmakla birlikte, bu çalışmanın konusu bakımından sakınca doğurmaması nedeniyle, bunların tümünün (hukuki durum ve işlemler de dahil), sebebini oluşturdukları işlem yönünden "maddi vakıa" olarak nitelenmesi tercih edilecektir.

[3] Bu anlayışın kapsamlı ve ayrıntılı biçimde savunulduğu eser için bkz. Metin Günday, **İdarenin Takdir Yetkisi** (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara, 1982.

[4] Danıştay 2. D, 23.5.2019, E. 2017/4035, K. 2019/3216 (Kazancı).

[5] Danıştay 2. D, 18.2.2019, E. 2016/6608, K. 2019/632 (Kazancı).

yaklaşım doğrultusunda, idari işlemin sebebini oluşturan (işlemi haklı kılan) somut olay ve olguların idarece ortaya konulması gerektiği esası benimsenmekte; bunların bulunmaması nedeniyle, işlemin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır. İkinci kararda ise, işlemi haklı kılan sebepler üzerinde durulmamakta; tam tersine, işlemin kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olarak tesis edildiğini kanıtlayan somut bilgi ve belgelerin bulunmaması nedeniyle, işlemin hukuka uygun olduğuna hükmedilmektedir.

Sonuçları itibariyle karşıt kutuplarda yer alan bu iki kararın ortak paydası ise, sebep unsuruna ilişkin sorunu hangi vakıaların ortaya konması ve kanıtlanması gerektiğine ilişkin bir meseleye indirgemiş olmalarıdır. Birinci kararda işlemin hukuka uygun olduğunu gösteren vakıalar; ikinci kararda ise, işlemin hukuka aykırı olduğunu kanıtlayan vakıalar esas tutulmaktadır. İlk kararda sergilenen yaklaşımın öğretide de genel olarak benimsenen anlayışa paralel olduğu düşünüldüğünde[6], bu anlayışla hiçbir suretle bağdaşmayan ikinci kararın yanlış olduğunu, "idare hukukunun bilinen ilkeleri"nden bir sapma oluşturduğunu söylemek mümkündür[7]; ancak burada öğretide genel kabul gören anlayışın da, gerek idari işlem kuramı, gerek idari yargı denetiminin niteliği açısından tutarlı ve sağlam bir çerçeve oluşturmaya elverişli olmadığından, bir anlamda, bu tür sapmaları mümkün kıldığı kanısındayım.

İdari işlemin sebep unsuru yönünden yapılacak tutarlı bir analiz, idarenin, yargısal denetimden önce, idari işlemin tesisi aşamasında sebep unsurunun belirlenmesindeki rolüne odaklanmalıdır (2). İdari işlemlerde sebebe bağlılık ilkesinin (1) de tam anlamıyla geçerli kılınmasını sağlayan bu analiz, idari işlem kuramı ve yargısal denetim açısından da farklı sonuçları beraberinde getirebilecektir (3).

1. İdari İşlemlerde Sebebe Bağlılık İlkesi

İdare hukuku öğretisinde idari işlemin sebep unsurunun, yukarıda da belirtildiği gibi, idareyi o işlemi yapmaya sevk eden etkenleri ifade ettiği kabul edilmektedir[8]. Bu bağlamda, özel hukuk işlemleri yönünden de işlemi yapan özel hukuk kişisini o işlemi yapmaya sevk eden sebeplerden söz edilebileceği, ancak

[6] Danıştay'ın daire ve kurullarının bu doğrultuda verdikleri çok sayıda karar mevcut olduğu gibi (farklı dönemlere ilişkin örnekler için bkz. Cemil Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 206 v.d.), öğretide de "Danıştay içtihatlarıyla geliştirilmiş temel kural"ın bu yönde olduğu belirtilmektedir (bkz. Ulusoy, s. 398).

[7] Bununla birlikte ikinci karardaki yaklaşımın da tümüyle yeni ve ayrıksı olduğu düşünülmemelidir. 1990'lı yıllardan bu yana Danıştay'ın farklı daire ve kurullarının, takdir yetkisinin "*ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması*" hâlinde işlemin iptali gerekeceğini belirttiği kararlarına da rastlanmaktadır. Örnek olarak bkz. Danıştay 5. D, 25.1.1995, E. 1994/6864, K. 1995/428; Danıştay İDDGK, 23.10.1998, E. 1996/32, K. 1998/382; Danıştay 2. D, 12.5.2005, E. 2004/1587, K. 2005/1661; Danıştay 12. D, 7.10.2009, E. 2009/5547, K. 2009/5193; Danıştay 5. D, 7.10.2015, E. 2014/7529, K. 2015/7545; Danıştay İDDK, 18.2.2019, E. 2017/2260, K. 2019/616 (Kazancı).

[8] Bu nitelemeye yargı kararlarında da rastlamak mümkündür. Örnek olarak bkz. Danıştay 13. D, 14.2.2019, E. 2018/4015, K. 2019/408 (Kazancı).

hukukun özel hukuk işlemlerinin sebebi ile ilgilenmediği ya da bunlara hukuki değer tanımadığı[9]; oysa idari işlemler yönünden sebep unsurunun objektif hukuk kurallarıyla önceden belirlendiği ve sebepsiz idari işlem olamayacağı vurgulanmaktadır[10].

İdari işlemlerin sebebe dayanması zorunluluğunu, idare hukukunun varlık nedeni ve kamu gücü – kamu yararı ilişkisi çerçevesinde açıklamak mümkündür. İdare hukukunun özel hukuk karşısındaki özerkliğini ve idare hukuku kurallarına konu olan ilişkilerin özel hukuktakinden farklı bir düzenlenişe gereksinim duyduğunu gösterdiği ileri sürülen hususların başında, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanma olanağı gelmektedir[11]. Özel hukuk ilişkilerine egemen olan ve ilişkinin taraflarının hukuksal anlamda eşitliği temeline dayanan anlayıştan farklı olarak, idare hukuku alanında idarenin ilişkinin karşı tarafına göre üstün konumda olduğu ifade edilmekte; idare hukuku ilişkilerinin eşitsiz niteliği vurgulanmaktadır[12]. Bu eşitsizliği yaratan faktörlerden belki de en önemlisi, idarenin sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarıdır. İdari işlemler söz konusu olduğunda, tek yanlı iradesini ilişkinin karşı tarafına dayatabilme, tek yanlı iradesiyle işlemin ilgilisi üzerinde hukuki sonuç doğurabilme olanağı ile tezahür eden kamu gücü, idare hukuku ilişkilerinin ayırt edici unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukuk devleti ilkesinin ve idare hukuku disiplininin gelişimi, bir yönüyle, kamu gücünün sınırlandırılarak ehlileştirilmesi ve bu suretle meşrulaştırılması çabasını somutlaştırmaktadır[13]. Bu bakımdan, hukuk kurallarıyla çerçevelenmiş ve sınırlanmış bir yetki kullanımını sağlamak amacıyla kamu gücü, bir yandan yasallık ilkesi ile bağlanmakta; diğer yandan, bir amaç ile ilişkilendirilerek koşullanmaktadır. Öncelikle, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanarak faaliyette bulunabilmesi için, faaliyet alanının bir kanun ile önceden düzenlen-

[9] Aslında özel hukuk alanındaki kazandırmalar yönünden – kural olarak – dikkate alınmayan unsurun "saik" olduğu; buna karşılık, "*kazandırma ile doğrudan doğruya takip edilen, kazandırmaya hukuki karakterini veren (...) tipik amaç*" anlamında hukuki sebebin önem taşıdığı; borçlanma işlemlerinin kural olarak sebebe bağlı olduğu belirtilmektedir. Bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. I, 4. B., Filiz Kitabevi, 2008, s. 118-119. Bununla birlikte, bu anlamda hukuki sebebin, işlemin sebebinden ziyade kazandırmanın sebebini esas alması bakımından, idari işlemin sebep unsuru ile tam olarak örtüşmediği söylenebilir.

[10] Günday, İdare Hukuku, s. 153; Gözler, C. I, s. 1008. Bununla birlikte öğretide, sebepsiz idari işlemler de olabileceği, ilgili hukuk kurallarının işlemin sebebini göstermediği ve sebep gösterilmesi gereğini de öngörmedikleri durumlarda, hiçbir sebebe dayalı olmadan yapılan işlemin hukuka uygun olacağı savunulmuştur. Bkz. Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, 3. B., İsmail Akgün Matbaası, 1966, C. I, s. 297-298.

[11] İdarenin özel hukuk ilişkilerinin tâbi olduğu düzenlemelerden farklı kurallara bağlı kılınmasının, tüm hukuk sistemleri yönünden geçerli "evrensel bir gerçeklik" olduğu; hukuk sistemleri arasındaki farklılığın, kamu gücüne ilişkin özel kuralların uygulama alanlarının farklı olmasından kaynaklandığı hakkında bkz. Jean-Bernard AUBY, "A propos de la notion d'exorbitance du droit administratif", in **L'exorbitance du droit administratif en question(s)** (études réunies par Fabrice Melleray), L.G.D.J., 2004, s. 9-24.

[12] Günday, İdare Hukuku, s. 29; Özay, s. 12; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, İdare Hukuku, s. 2. Fransız öğretisinde aynı yönde açıklamalar için bkz. Francis-Paul Bénoit, **Le droit administratif français**, Dalloz, 1968, s. 57.

[13] Fransız idare hukukunda bu çabanın en belirgin örneklerini, iptal davasının 19'uncu yüzyıldaki gelişim sürecinde görmek mümkündür. Bkz. Grégoire Bigot, **Ce droit qu'on dit administratif…**, Éditions La Mémoire du Droit, 2015, s. 51 v.d.

miş olması zorunludur; bir başka ifadeyle, anılan normların izin verdiği ölçüde idare kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanabilir[14]. Kamu gücünü sınırlayan diğer önemli faktör ise, bu gücün ancak belirli bir amaç doğrultusunda kullanılabilmesidir; hukuk devleti ilkesi, idarenin keyfi yetki kullanımına izin vermez. Aynı zamanda kamu gücünün varlık nedenini de gösteren bu amaç, en geniş anlamda, kamu yararıdır. İdareye kamu yararını gerçekleştirebilmesi için kamu gücü tanınmıştır; idarenin eşitsiz ilişkiler kurarak tek yanlı iradesini karşı tarafa dayatma olanağına sahip olmasını haklı gösterebilecek tek geçerli açıklama, kamu yararını başka türlü sağlamanın imkansızlığı olabilir.

Bir yandan, idealist ve indirgemeci yönleriyle meşrulaştırıcı bir mit yaratmaya yönelirken[15] diğer yandan, geleneksel liberal idare hukuku anlayışının da esasını oluşturduğu[16] yadsınamayacak olan bu açıklamalar, idari işlemlerin sebebe bağlı olması zorunluluğunun anlamını da ortaya koymaktadır. Bu zorunluluğun altında yatan mantık, kamu gücü kullanımının belirli bir amaca (kamu yararına) yönelik olmasıdır. Kamu gücünü meşrulaştıran bu amaç olduğuna göre, idarenin idari işlem yaparak belirli bir hukuki sonuç doğurmasını mümkün kılan da bu amacı gerçekleştirmeye elverişli ve yeterli bir sebebin varlığıdır[17]. İdarenin herhangi bir sebebe dayanmadan da işlem yapabileceği kabul edildiği takdirde, idari işlem yapma yetkisi ile idari faaliyetin amacı arasındaki bağ ortadan kalkmakta; bu yetkinin meşruiyeti sorgulanır hâle gelmektedir.

Gerçekten, yasallık ilkesi de dikkate alındığında, idareyi belirli bir alanda faaliyette bulunabilmesi ve işlem tesis edebilmesi için yetkilendiren yasal düzenlemelerin, belirli bir amaca ulaşmak için bu yetkilendirmeyi yaptığını kabul etmek zorunludur. Yukarıda kamu gücünü sınırladığı belirtilen iki faktörün (yasallık ilkesi ve kamu yararı amacı) birlikteliği, kimi zaman, idari işlemin dayandığı yasal düzenlemede kamu yararı amacı doğrultusunda işlemin yapılmasını gerekli kılan sebebin açıkça öngörülmesi sonucunu doğurmaktadır[18]. Bununla birlikte, ilgili yasal düzenlemede sebep unsurunun belirsiz kavramlarla ifade edildiği ya da hiç belirtilmediği durumlarda, sebebin belirlenmesi bakımından, düzenlemenin (normun) amacı da önem kazanmaktadır.

---

14 2017 Anayasa değişiklikleri ile hukukumuza giren cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yasallık ilkesini ne ölçüde dönüştürdükleri meselesi, bu çalışmanın kapsamını aştığı gibi, ele alınan temel sorunla da doğrudan ilgili değildir.

15 Hukuk devleti ilkesinin "iktidar"ı hukuk düzenini oluşturan kurallar tarafından tanınan bir yetkiye dönüştürerek tahakküm ilişkilerini gizleyen yönü hakkında bkz. Jacques Chevallier, **L'État de droit**, 5e éd., Montchrestien, 2010, s. 62 v.d.

16 Fransa'da idare hukukunun oluşturulması sürecinde idari yargıcın liberal bir perspektife sahip olduğu belirtilmektedir. Bkz. Patrice Chrétien, "La science du droit administratif", in **Traité de droit administratif** (dir. Pascale Gonod / Fabrice Melleray / Philippe Yolka), Dalloz, 2011, C. 1, s. 79 v.d.

17 Günday, **İdare Hukuku**, s. 153.

18 Bu durumda da, sebeple amaç arasındaki bağ ortadan kalkmamakta; ancak yasal düzenlemenin açıklığı karşısında, sebebin amaca uygunluğunun değerlendirilmesine gerek kalmamaktadır. Burada, bir anlamda sebep – amaç ilişkisini yasa koyucu değerlendirerek, amaca uygun sebebi açıkça ortaya koymaktadır.

Bu noktada, idari işlemin sebebi yönünden belirleyici olan "amaç" ile kast edilenin ne olduğu üzerinde durmak zorunludur. Yukarıda da belirtildiği gibi, bütün idari işlemlerin genel amacının kamu yararı olduğu söylenebilir. Ancak soyut ve geniş kapsamlı bir kavram olarak idari faaliyetin tümünün yöneldiği hedefi ifade eden kamu yararı kavramı, yasallık ilkesi ile birlikte düşünüldüğünde; somut bir idari işlemin dayandığı yasal düzenlemenin amacının da, o idari işlemin sebebi yönünden belirleyici olduğu görülmektedir[19].

Burada sözü edilen "amaç", idari işlemin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi bakımından bağımsız bir unsur olarak karşımıza çıkan ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2'nci maddesinde de ifadesini bulan "maksat"tan farklıdır. İdari işlemin maksat unsuru, işlem tesis edilirken ulaşılmak istenen amacı ifade eden ve işlemi yapan kamu görevlisinin zihninde oluşan sübjektif bir öge olarak görülmektedir[20]. Burada sözü edilen amaç ise, idari işlemin dayandığı hukuk normunun objektif amacıdır. Bu amaç, işlemi tesis eden kamu görevlisinden bağımsız olarak, normla birlikte var olan nesnel amaçtır. Bu açıdan, işlemin bir unsurunu oluşturmaz; ancak işlemin yapılmasını mümkün kılan sebeplerin varlığının ortaya konması bakımından asıl referans budur[21].

Bu açıklamalar ışığında, sebep unsurundan söz edildiğinde "işlemin amaçla uyumlu olarak yapılmasını mümkün kılan" sebebin kastedildiği savunulabilir. Burada asıl önemli soruyu sormak gerekiyor: Bu sebebi tespit ederek işlemin bir unsuru haline getiren kimdir? İşlemi tesis eden idare mi, işlemi denetleyen yargı organı mı?

2. İdari İşlemin Tesisi Aşamasında Sebep Unsuru ve İdarenin Rolü

Yukarıda sorulan sorunun doğru yanıtı, herhalde "idare"dir; işlemin dayandığı sebeplerin işlemin tesisi sürecinde idare tarafından tespit edileceği açıktır. Bununla birlikte, öğretide ve kimi yargı kararlarında benimsenen anlayışın bizi bu yanıttan büyük ölçüde uzaklaştırdığı ve istenen bu olmasa da, idari işlemin sebep unsurunun belirlenmesi görevinin yargıca aktarılması sonucunu doğurduğu kanısındayım.

Bu sonucun doğmasına yol açan temel etken, sözü edilen anlayışın temelindeki bir çelişkidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, sebep unsurunun, işlemden önce gelen ve işlemin dışında gerçekleşen maddi vakıaları kapsadığı savunulmakta-

19 Günday, **Takdir Yetkisi**, s. 143: "*İdarenin yapacağı işlemin konusunu ve bu işlemden beklenen amacı ortaya koyan bir yasa kuralı (...), idarî işlemin sebebini hiç göstermemiş olsa bile, ancak idarî işlemin amacının gerçekleşmesini mümkün ve gerekli kılan koşulların varlığı halinde yapılacak belli konulu bir işlem ile idarî işlemden beklenen amaca ulaşılabileceğini zımnen de olsa kabul etmiş demektir*".

20 Akyılmaz / Sezginer / Kaya, **İdare Hukuku**, s. 405-406'da, maksat unsurunun sübjektif yönü nedeniyle bu unsurdaki hukuka aykırılığın tespitinin diğer unsurlardaki hukuka aykırılık hallerinden daha güç olduğu belirtilmektedir.

21 İşlemin maksat unsurunun denetlenmesindeki güçlük, normun amacı yönünden geçerli değildir; zira bu amaç, normun yorumlanması suretiyle belirlenmekte olup denetimin konusunu değil ölçüsünü oluşturmaktadır.

dır[22]. Aynı zamanda sebebin, idari işlemi oluşturan unsurlardan biri olduğu tartışmasız kabul edildiğine göre, işlemin içinde yer alması gerekir; zira bir bütünün unsurunun, onun dışında bulunması mantıksal olarak mümkün değildir. Öğretide, herhalde bu çelişkiyi de aşmak için, işlemin kurulmasından önce dışında yer alan sebebin, kurulmasından sonra bir anlamda işleme dahil olduğu belirtilse de[23], bu dönüşümün nasıl gerçekleştiği açıklanmaya muhtaçtır.

Kanımca buradaki sorun, sebep unsurunun tanımlanması ve kavranmasındaki bir yanılgıdan kaynaklanmaktadır. İdari işlemin sebebini oluşturduğu savunulan, ondan önce gelen ve dışında gerçekleşen maddi vakıalar, aslında sebebin kendisini değil, deyim yerindeyse hammaddesini oluşturmaktadır. İdare işlemini tesis ederken, bu hammaddeyi işlemekte; uygulayacağı hukuk kuralını yorumlayarak bu kurala altlanıp altlanamayacağını belirlemek amacıyla maddi olayın hukuki nitelendirmesini yapmakta ve bunu anlamlandırmakta[24]; böylece hukuk kuralı ile ilişkilendirmek suretiyle normun amacı doğrultusunda işlemi haklı kılan sebebi de ortaya koymuş olmaktadır. İşte sebep, idare tarafından işlem yapılırken gerçekleştirilen hukuki akıl yürütme sürecinde ortaya çıkan işlenmiş üründür[25]. Bu süreci, maddi vakıanın hukuki vakıaya dönüştürülmesi olarak adlandırmak da mümkün olup[26], bu anlamıyla "hukuki vakıa"nın, idari işlemin içinde yer aldığı ve onun ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu açıktır.

Sebebe bağlılık ilkesinin gerekleri de bizi bu sonuca götürmektedir. Sebep, idareyi işlem yapmaya sevk eden bir etken olduğuna ve bütün idari işlemler yönünden sebebe bağlılık ilkesi benimsendiğine göre, idarenin belirli yönde işlem tesis etme iradesinin doğması için, öncelikle birtakım maddi vakıaların varlığını tespit etmiş ve bunları normun amacı çerçevesinde işlemin tesisini mümkün kılan vakıalar olarak nitelendirmiş olması gerekir. İdari işlemlerin daha ziyade konu unsuru ile tanımlanması, bir başka ifadeyle doğurdukları hukuki sonuçla görünür

---

22 Sebep unsuruna ilişkin bu anlayış, yargı kararlarında da benimsenmektedir. Örnek olarak bkz. Danıştay 13. D, 13.03.2019, E. 2018/1498, K. 2019/759 (Kazancı): "*İdare hukukunda sebep denildiğinde, idari işlemden önce gelen, idari işlemin dışında, idareyi böyle bir işlem yapmaya yönelten etkenler anlaşılır*".

23 Yahya Kazım Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2012, C. I, s. 349: "*...sebep öğesi, aslında idari işlemin kurulmasında, işlemin dışında, ancak kuruluş ile birlikte işlemin içinde ya da bünyesinde yer alır. Sebep öğesi, idari işlemin kurulmasından önceki aşamada gündemdeki yerini alır ve işlemin kurulması ile birlikte, deyim yerinde ise işleme dahil olur*".

24 Aslında, hukuki nitelendirme de "maddi vakıanın yorumu" olarak görülebileceğinden, yürütülen bu faaliyetin genel olarak "yorum faaliyeti" olarak adlandırılması mümkündür. Bkz. Michel Troper, "Interprétation", in **Dictionnaire de la culture juridique** (dir. Denis Alland / Stéphane Rials), P.U.F., 2003, s. 845. İşlem yapma sürecinde idare tarafından gerçekleştirilen hukuki nitelendirme faaliyetine ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz. Charles Vautrot-Schwarz, **La qualification juridique en droit administratif**, L.G.D.J., 2009.

25 Hukuki akıl yürütme sürecinde vakıaların hukuk tarafından "işlenmesi" hakkında bkz. Clemens Jabloner, "How the Facts Enter Into the Law", in **The Normative Force of the Factual** (ed. Nicoletta Bersier Ladavac / Christoph Bezemek / Frederick Schauer), Springer, 2019, s. 100 v.d.

26 Hans Kelsen, **Pure Theory of Law** (trans. Max Knight), University of California Press, 1967, s. 239'da, bir maddi vakıanın, somut olayda yetkili organ tarafından araştırılarak tespit edilmek suretiyle hukuk alemine ulaştığı, hukuki vakıaya dönüştüğü, hatta hukuki vakıa olarak yaratıldığı belirtilmektedir.

hâle gelmesi, bu sonuca yönelen iradenin belirli bir sebebe bağlı olarak ortaya çıktığı gerçeğini gizlememelidir; bir maddi vakıa ile hukuki sonuç arasında, doğal ve kendiliğinden bir ilişki bulunduğunu iddia etmek olanaksızdır. Bu ilişkiyi kuran, idarenin hukuki akıl yürütme faaliyetidir.

Sebebin idari işlemin dışında tanımlanması ise, idari işlemin bir unsuru olduğu tartışmasız olan sebep ile işlem arasındaki bağı zayıflattığı gibi, idarenin işlemi yaptığı sırada gerçekleştirdiği, yorumlama ve hukuki nitelendirmeyi içeren ve bir anlamda sebebi işleme dahil eden hukuki akıl yürütme faaliyetinin görmezden gelinmesi sonucunu doğurmakta; bu akıl yürütme faaliyetinin ilk kez yargıç tarafından o işleme karşı açılan iptal davasında gerçekleştirildiği izlenimini uyandırmaktadır. Genel kabule göre, bütün idari işlemlerin sebebe dayanması zorunluluğunun yargısal denetim alanındaki yansıması, açılan iptal davalarında idarenin işlemin dayandığı sebepleri bildirmesi yükümlülüğüdür[27]. Türk hukukunda, kural olarak, idari işlemin gerekçesinin işlem metninde gösterilmesi anlamında "gerekçe ilkesi" benimsenmediği için[28], davacının çoğunlukla işlemin sebebini bilmeden dava açması söz konusu olmakta ve sebeplerin yargılama aşamasında idarece mahkemeye sunulması önem kazanmaktadır. İdari yargılama usulünde geçerli olan resen araştırma ilkesinin de idareyi bu yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayacak bir araç olarak yorumlanması[29] ile mahkemenin işlemi sebep unsuru yönünden denetlemesi mümkün kılınmaktadır. Ancak sebep unsuru ile işlemin dışında gerçekleşen maddi vakıalar kastedildiği için, işlemin sebeplerinin bildirilmesi de bu maddi vakıaların ortaya konması ile sınırlı olmakta; bu vakıaların gerçekliği ve/veya geçerliliğini denetleyen yargıç, hukuk kuralının yorumu ve maddi vakıaların nitelendirilmesini ise bizzat yapabilmektedir. Kuşkusuz idari yargıda açılan iptal davalarında, idarenin işlemini haklı kıldığını düşündüğü maddi vakıaları bildirmekle yetinmemesi; aynı zamanda bunların hukuki nitelendirmesini ve hukuk kurallarının yorumunu içeren bir akıl yürütme faaliyetinin sonuçlarını da mahkemeyle paylaşması mümkündür. Bununla birlikte, yargısal denetimi gerçekleştiren yargı organı, sebep unsuru yönünden maddi olay ve olgulara odaklanmakta; hukuk kuralının yorumu ve maddi vakıaların nitelendirilmesi yönünden idarenin değerlendirmesine belirleyici bir etki tanımaksızın, idarenin

---

27 Öğretide kimi yazarlar, ilgili yasal düzenlemelerde işlemin sebebinin belirtilmemesi ve sebeplerin idarece belirlenmesinin de öngörülmemesi durumunda, sebep unsurunun tümüyle idarenin takdirine bırakıldığını ya da bu durumda sebebin tümüyle sübjektif bir nitelik kazandığını ileri sürseler de, konuya ilişkin pasajların bütününe bakıldığında, bu yazarların kastının, idarenin işlemi yaparken sebep göstermemesi olduğu; yargılama aşamasında ise idarenin işleminin sebeplerini yargı organına bildirmekle yükümlü bulunduğu görüşünü benimsedikleri anlaşılmaktadır. Bkz. A. Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, **İdare Hukuku – Cilt II – İdari Yargılama Hukuku**, 8.B., Turhan Kitabevi, 2016, s. 464-465; Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, **Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, 2019, s. 1093-1094.

28 Bahtiyar Akyılmaz, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, 2000, s. 200.

29 Günday, **Takdir Yetkisi**, s. 108.

bildirdiği maddi vakıaları kendisi de işleyebilmektedir[30].

Hâl böyle olunca, idari işlemin yargısal denetiminde yargıcın rolü de, özel hukuk uyuşmazlıklarını çözen yargıcınkine yaklaşmaktadır. Özel hukuk uyuşmazlıklarında, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde yargıç, maddi olayların hukuki nitelendirmesini ve hukuk kurallarının yorumunu yaparak maddi olayı hukuk kuralına altlamakta ve uyuşmazlığı bu doğrultuda çözüme kavuşturmaktadır; taraflar, davada dayandıkları vakıaları ortaya koymak durumunda olsalar da, hukuki akıl yürütme faaliyeti tümüyle yargıç tarafından gerçekleştirilmektedir[31].

Aslında, maddi anlamda yargılama işlevinin vakıaların hukuki nitelendirmesini ve hukuk kurallarının yorumunu yapmak suretiyle bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak olarak tanımlanması[32], hukuki akıl yürütme faaliyetinin yargı organlarının tekelinde olduğu izlenimini oluşturmaya elverişlidir. Bununla birlikte, hukuk düzeninin birtakım maddi vakıalardan hareketle hukuk âleminde değişiklik meydana getiren (hukuki sonuç doğuran) bir kamusal işlem yapma yetkisini tanıdığı her organ ya da makam, bu akıl yürütme faaliyetini gerçekleştirmektedir. İdari işlem tesis etme yetkisiyle donatılmış bir makam yönünden de durum farklı değildir[33].

İptal davalarında yargıcın görevi, idarenin tesis ettiği işlemi denetlemek olup, bu denetim, idare tarafından yapılan (ya da yapıldığı varsayılan) hukuki nitelendirme, yorumlama ve altlama ameliyelerinin de denetlenmesini içerir. İptal davasında yargıç, maddi vakıalarla karşı karşıya kalan ve bunları nitelendirerek yorumladığı hukuk kurallarıyla ilişkisini kuran ilk organ değildir; bu faaliyet, daha önce idare tarafından gerçekleştirilmiştir[34].

---

30 Akyılmaz / Sezginer / Kaya, **İdari Yargılama Usulü**, s. 1101: "*İdarenin göstermiş bulunduğu sebep mevcut olmakla birlikte, bu sebebin nitelendirilmesinde hata yapılması,* ***idari işlemin yapılması için yeterli olmaması durumunda*** *da işlem sebep unsuru bakımından hukuka aykırı kabul edilir*" (vurgu tarafımdan eklenmiştir). Yazarlara göre, idarenin nitelendirmesinin hatalı olması, tek başına işlemi hukuka aykırı kılmaz; bunun için aynı zamanda, sebep işlemin yapılması için yeterli olmamalıdır. Bu durumda, idarenin hukuki nitelendirmesinin önemi olmamak gerekir; zira sebep idarece yanlış nitelense de yargıç kendi nitelendirmesini (sebebin işlemin yapılması için yeterli olması) yaparak işlemin hukuka uygun olduğuna karar verecektir.

31 Özel hukuk uyuşmazlıklarında yargıcın bu görevi, hakimin hukuku kendiliğinden uygulaması yükümlülüğüne (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m. 33) dayandırılmaktadır. Bkz. Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar Ayvaz / Emel Hanağası, **Medenî Usul Hukuku**, 5. B., Yetkin Yayınları, 2019, s. 162. Bu ilke, idari yargı alanında da geçerli olmakla birlikte, aşağıda da açıklanacağı gibi, anılan yükümlülüğün sonuçları iptal davalarının niteliği dikkate alınarak belirlenmelidir.

32 Francis Hamon / Michel Troper / Georges Burdeau, **Droit constitutionnel**, 27e éd., L.G.D.J., 2001, s. 142. Ayrıca bkz. Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Hukuku**, 13. B., Beta, 2013, s. 443 v.d.

33 Kelsen, s. 263'te, idarelerin kanunları uygulayarak işlem yapma yetkilerinin, içerik yönünden mahkemelerin yetkisinden farklı olmadığı; tek farklılığın, yetki kullanan organın niteliğine ilişkin olduğu belirtilmektedir.

34 Danıştay'ın da ayrıksı sayılabilecek kimi kararlarında benzer bir yaklaşımı benimsediği izlenimi uyanmaktadır: "*… idare, idari işlemlerin hangi sebebe ve hukuki nedenlere dayalı olarak tesis edildiğini ve hangi amaca yönelik olduğunu açıklamalıdır. Aynı zamanda, gösterilen sebep ve amacın gerekli ve yeterli inceleme, araştırma ve somut nedenlere dayanması gereklidir*", Danıştay 15. D, 6.3.2018, E. 2014/6132, K. 2018/2209 (Kazancı). Görüldüğü gibi bu kararda yüksek yargı organı, idarece işlemin sebeplerinin açıklanmasını, yalnızca maddi vakıaların bildirilmesi

Sebep unsurunun yargısal denetimine ilişkin yaygın anlayışta ise, yukarıda da belirtildiği gibi, idari işleme karşı açılan iptal davasında yargıç idarenin işleminin sebebi olarak gösterdiği maddi vakıaları "işlemek" görevini de üstlenmektedir[35]. Yargılama sürecinde işlemin hukuka uygun olduğunu gösteren sebeplerin idare tarafından mahkemeye bildirilmesi zorunluluğunu benimseyen bu yaklaşım, idare karşısında güçsüz konumda olan bireyi koruyan yönüyle önemli olsa da, bunun idari işlem kuramı ve idari yargıcın yetkisinin sınırı açısından iki sorunu beraberinde getirdiği söylenebilir. Bunlardan birincisi, bu yaklaşımın sebebe bağlılık ilkesinin bertaraf edilmesi potansiyelini taşımasıdır. Şöyle ki, bu anlayış idarenin herhangi bir sebepten bağımsız olarak harekete geçebildiği ve sonradan (tesis ettiği işlem dava konusu edildiğinde) dava konusu işlemini haklı kılan sebepleri geçmişte arayıp bulma "lüksü"ne sahip olduğu izlenimini yaratmaya elverişlidir.

Sözü edilen yaklaşımın idari yargıcın yetkisinin sınırı açısından yarattığı sorun ise, idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi yasağına ilişkindir. Fransız idare hukukunun doğuşu aşamasında benimsenen adli ve idari makamların ayrılığı prensibine dayanan ve faal idare ile idari yargının birbirinden ayrılması sürecinin ürünü olan bu yasak[36], 1982 Anayasasında da ifadesini bulmakta[37] ve genellikle yargı organının yetkisini, "iptal ettiği işlemin yerine hukuka uygun yeni bir işlem tesis edeme"mesi anlamında[38], idare lehine sınırlayan bir kural olarak algılanmaktadır[39]. Bununla birlikte, idarenin sebep unsurunun belirlenmesi ve değerlendirilmesi bakımından sahip olduğu takdir yetkisine yargının müdahale etmemesi gereğini, etkili yargısal denetim ilkesi ile birlikte düşündüğümüzde; idare bu takdir yetkisini hangi somut olay ve olgulara dayalı olarak kullandığını, bu olay ve olguları nasıl nitelediğini, yasa hükmünü ve normun amacını nasıl yorumladığını ortaya koymadığı takdirde, etkili bir yargısal denetimin gerçekleştirilebilmesi için, yargı organının kaçınılmaz olarak idarenin yerine niteleme, yorumlama, dolayısıyla akıl yürütme faaliyetine girişmesi gerekecektir. İdarenin yetki alanına girerek denetlenen işlemin sebep unsurunun oluşumuna düşünsel

ile sınırlı görmemekte; bir anlamda, hukuki akıl yürütme faaliyetini de sebep unsurunun oluşumuna ve dolayısıyla işlemin yapılış sürecine dahil etmektedir.

35 Akyılmaz / Sezginer / Kaya, İdari Yargılama Hukuku, s. 96'da, "*(d)avadaki maddi vakıaları hukuki açıdan değerlendirmek, bu vakıaların hukukî nitelendirmesi (tavsifi) ve takdirini yaparak hukuki sonuca ulaş*"mak, idarî yargı hakiminin yapacağı işler arasında sayılmaktadır.

36 Anılan süreç hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Jacques Chevallier, **L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active**, L.G.D.J., 1970.

37 Anayasa, m. 125/4: "*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, **idari eylem ve işlem niteliğinde** veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde **yargı kararı verilemez***" (vurgu tarafımdan eklenmiştir).

38 Akyılmaz / Sezginer / Kaya, İdari Yargılama Hukuku, s. 163.

39 Gözübüyük / Tan, s. 537'de bu kural, "*idari yargıda verilen iptal kararlarından rahatsızlık duyan idarenin bir tepkisi*" olarak değerlendirilmektedir.

düzeyde de olsa yargı organının katılmasını, "denetim" kavramıyla bağdaştırmak mümkün olmadığı gibi, takdir yetkisine müdahale niteliğinde görmemek de güçtür[40].

Yargı organının işlemin sebep unsurunun oluşumuna katkısının düşünsel düzeyde kalmayıp eyleme geçirilerek meşrulaştırılmasının örneğini ise, sebep ikamesinde ve yasal dayanağın değiştirilmesinde görmek mümkündür. Gerek Fransız gerek Türk hukukunda uygulama alanı bulan sebep ikamesi, yargıcın idarenin işlemini dayandırdığı sebeplerle yetinmeyerek, işlemi haklı kılması olası diğer sebepleri de araştırmasını ve böyle sebeplerin varlığı halinde işlemin hukuka uygun olduğu sonucuna vararak iptal talebini reddetmesini ifade etmektedir[41]. Sebep ikamesi yöntemine başvurduğunda yargıç, denetim işlevini tümüyle bir yana bırakmakta ve neredeyse idari işlemin tesisi sürecine katılmaktadır[42]. Zira, sebep unsurunun idari işlemin ayrılmaz bir parçası olduğu dikkate alındığında, idarece hiçbir şekilde dikkate alınmamış bir vakıayı ilk kez tespit ederek işleyen ve işlemin bu sebebe bağlı olarak geçerli olduğunu belirleyen yargı organının işlemin kurulmasındaki payı, idareninkinden bile fazladır[43].

Yasal dayanağın değiştirilmesi ya da yasal dayanak ikamesi ise, idarenin işleminin dayanağı olarak belirttiği yasal düzenlemelerin hukuka aykırı ya da yanlış olarak tespit edildiği durumlarda, mahkemece işleme dayanak olabilecek farklı bir düzenlemenin varlığı halinde işlemin hukuka uygun olduğuna karar verilmesini ifade etmektedir[44]. Yasal dayanak ikamesi, idarenin sebep unsuruna

---

40 Nitekim ayrıksı ve görece eski tarihli bir Danıştay kararında da, "*(t)akdir yetkisine dayanılarak tesis edilen işlemlerde idarece ileri sürülmeyen sebebe dayanılarak dava konusu işlemin incelenmesi(nin) idarenin yerine geçme sonucunu doğuracağından idare hukuku ilkeleriyle bağdaşma*"yacağı belirtilmekte ve ilk derece mahkemesinin idarece ileri sürülmeyen bir sebebe dayanarak davayı reddetmesinde idare hukuku ilkelerine uyarlık bulunmadığına karar verilmektedir. Bkz. Danıştay 5. D, 30.11.1988, E. 1987/463, K. 1988/2820 (Kazancı).

41 Sebep ikamesi hakkında ayrıntılı bilgi ve örnek yargı kararları için bkz. Burkay Can Kara, **İptal Davasında Sebep İkamesi** (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara Üniversitesi, 2018.

42 Sebep ikamesinin idari işlem niteliğinde yargı kararı verilmesi yasağına aykırı olduğu yönündeki görüş için bkz. Kara, s. 62. Öğretide, sebep ikamesi ile idarenin sebep araştırma yükümlülüğünün ikamesinin aynı anlama gelmediği; idarenin işlemi yapmadan önce sebep unsuruna ilişkin verileri araştırmamış olmasının işlemi hukuka aykırı kılacağı; buna karşılık idare bu yükümlülüğünü yerine getirdiği halde yetersiz ya da hatalı veriler kullanmışsa, mahkemenin yapacağı araştırmada bulacağı sebep unsuru verisinin işlemin hukuka uygun olduğunu gösterebileceği ileri sürülmektedir. Bkz. Onur Karahanoğulları, **İdari Yargı**, Turhan Kitabevi, 2019, s. 608. Bu yaklaşım, idarenin önce işlem yapma iradesini oluşturması, sonra bu iradesini destekleyen maddi vakıaları araştırması temeli üzerine kuruludur; oysa, bu durumda da, yukarıda belirtildiği gibi, sebepsiz idari işlem olabileceği kabul edilmiş olur. Ayrıca, bu anlayışta, idarenin maddi vakıa araştırma yükümlülüğü benimsenmekte ise de, bu maddi vakıaların işlenmesi sürecindeki işlevi ve bu işlevin hukuka uygun olarak yerine getirilmemesinin işlemin hukuka uygunluğu üzerindeki etkisi tümüyle görmezden gelinmektedir.

43 Sebep ikamesi uygulaması ile yargı organının, idarenin işlemin oluşumundaki etkisini tümüyle görmezden gelmesi, farklı bir açıdan bakıldığında, idarenin ciddiye alınmaması olarak da görülebilir. Oysa, Fransız Devlet Şûrası hükümet komiserlerinden Kahn'ın bir mütalaasındaki özlü ifadeyle, "*idare yanıldığında dahi ciddiye alınmayı hak eder*". Bkz. Kahn, concl. s. CE (Ass.) 12.1.1968 Min. Econ. Et Fin. / Dame Perrot, AJDA, 1968, s. 179'dan aktaran Bernard Pacteau, **Traité de contentieux administratif**, P.U.F., 2008, s. 362.

44 Yasal dayanak ikamesi hakkında bkz. Camille Broyelle, **Contentieux administratif**, 5e éd., L.G.D.J., 2017, s. 153; Kara, s. 29 v.d.

ilişkin maddi vakıaları işlerken kullandığı (yorumladığı) yasal düzenlemelerin de mahkemece değiştirilebilmesine olanak tanıdığından, idarenin işlem tesisi sürecinde gerçekleştirilmesi gereken hukuki akıl yürütme faaliyetinin yargı organınca üstlenilmesi sonucunu doğurabilmektedir.

İdarenin kamu yararına yönelik olarak faaliyette bulunuyor olması, yargı organının idari işlemi kurtarmaya dönük bu tür müdahalelerini[45] haklı kılmaya yetmez. Burada "kamu yararı" kavramının aldatıcı kapsayıcılığı da devreye girmekte; kavram, yargı organınca da korunması gereken bir değeri ifade eder tarzda yorumlanmaktadır. Oysa, idari işlemin amacı olarak kamu yararı, idari faaliyet ile gerçekleştirilmesi gereken teknik bir kavram olarak görülmelidir; yargısal faaliyetle amaçlanan kamu yararı ise bundan tümüyle farklıdır. İdari yargı organlarının etkinliğiyle kamu yararının sağlanması, ancak etkili bir yargısal denetim gerçekleştirildiği takdirde mümkün olabilir. Aslında, idari faaliyetle sağlanması gereken kamu yararını gözetmek kaygısıyla yargısal denetimi esneten ve etkisizleştiren yargı organı, yargısal faaliyetin amacı olan kamu yararını gerçekleştirmekten uzaklaşmaktadır.

Bu noktada, sebep ikamesi ile resen araştırma yetkisi arasında kurulmak istenen ilişkinin içerdiği çelişki üzerinde de durulmalıdır. Bir yandan, resen araştırma yetkisi, yukarıda da belirtildiği gibi idareyi işleminin dayandığı sebepleri mahkemeye bildirmeye zorlamanın bir aracı olarak görülmekte; diğer yandan, idarenin işlemi haklı kılmak bakımından yeterli olmayan sebepler bildirmesi durumunda, yargı organının işlemin yapılmasını haklı kılabilecek maddi vakıaları kendiliğinden araştırma olanağı da bu yetkiye dayandırılmaktadır[46]. Şayet bu yetki, mahkemeye işlemi haklı kılan her türlü maddi vakıayı, idarece ileri sürülmese de kendiliğinden araştırma olanağı tanıyorsa, idarenin işleminin dayandığı sebepleri bildirmekle yükümlü olması da anlamını yitirir. Bu yükümlülüğün bir anlam ifade edebilmesi için, sebep unsurunun hammaddesini oluşturan maddi vakıaların idarece – işlemin yapılmasından önce – tespit edilerek işlenmek suretiyle sebep unsuruna dönüştürüldüğünün kabulü zorunludur; bir başka ifadeyle, bu işleme/dönüştürme ameliyesi de işlemin bir parçası olup, işlemi haklı kılan sebep, dayanak maddi vakıalar değil, bu vakıaların idarece işlenmiş biçimidir[47].

---

[45] Fransız hukukunda sebep ikamesi ve yasal dayanak ikamesi yöntemlerine başvurulmasının, gereksiz iptal kararları verilmesini önleyen gerçekçi bir tutum olduğu belirtilmektedir. Bkz. Broyelle, s. 155; René Chapus, **Droit du contentieux administratif**, 13e éd., Montchrestien, 2008, s. 1006-1007.

[46] "*İptal davalarında, idari işlemler hakkında hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır. Özellikle vurgulanması gereken husus, yetki ve şekil unsurları yönünden hukuka uygun olduğu anlaşılan bir işlemin, idarece gösterilen sebeple sınırlı olarak yargısal denetiminin yapılamayacağı, işlemin, mevcut yasal düzenlemeler bütünlüğü içinde hukuka uygun bir sebebin bulunup bulunmadığının, idare hukukunun en belirgin ilkesi olan re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde incelenmesi gereğidir*", Danıştay 8. D, 21.12.2016, E. 2016/9553, K. 2016/11460 (Kazancı).

[47] Burada, yanlış anlaşılmaya yol açabilecek bir hususun açıklığa kavuşturulması zorunludur. İdari yargıcın da, adli yargıç gibi, hukuku resen uygulama yükümlülüğü bulunduğu açık olup, *"(u)yuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak*"

Hâl böyle olunca, mahkemenin maddi vakıaların gerçekliğini ve niteliğini kendiliğinden araştırabilmesi, idarece bu vakıaların hukuka uygun olarak işlenip işlenmediğinin belirlenmesine hizmet eder[48].

3. Sebep Unsuruna Tutarlı Bir Bakışın Olası Sonuçları

İdari işlemin tesis edilmesi sürecinde idari işleme dahil olan ve onun ayrılmaz bir parçasını oluşturan "sebep" algısı, idari yargı denetiminin de tutarlı ve doğasına uygun biçimde gerçekleştirilmesine olanak tanıyabilir. İdari işlemlerin sebebe bağlılığı ilkesini tam anlamıyla benimseyen ve sebep unsurunu idari işlemin dışında ya da öncesinde değil, ayrılmaz bir parçası olarak gören yaklaşımın en radikal sonucu, "sebep" ile "gerekçe"nin özdeşleşmesidir. Sebebin, idari işlemin dışında gerçekleşen, bir anlamda ona yabancı maddi vakıalar olmaktan çok, idarenin bunları işlemesiyle ortaya çıkan bir unsur olarak görülmesi ve bu "işleme"nin de maddi vakıaların tespiti, hukuk kuralının yorumlanması, vakıaların normun kapsam ve amacı yönünden nitelendirilmesi ameliyelerini içeren bir hukuki akıl yürütme faaliyetini ifade etmesi karşısında, bu anlamda sebebin gerekçe ile eş anlamlı olduğunu söylemek mümkündür. Gerekçe, salt işlemin yapılmasını mümkün kılan birtakım maddi vakıaların gösterilmesini değil, bunların hangi nedenle uygulanacak normun kapsamında görüldüğünün ve işlemden beklenen amaca ulaşmayı mümkün kıldığının da ortaya konmasını içermekte[49]; bu haliyle, işlenmiş sebebe karşılık gelmektedir[50].

Hukukumuzda gerekçe ilkesinin, yalnızca işlemin gerekçesinin işlem metninde gösterilmesi anlamında bir şekil kuralı olarak algılanması nedeniyle, sebep ile gerekçe kavramları arasındaki bağ zayıflamakta; bir yandan sebebin yalnızca idareyi işlem tesisine iten maddi vakıalara karşılık gelmesi nedeniyle gerekçenin sebepten geniş bir alanı kapsadığı savunulmakta; diğer yandan, işlem metninde

---

yargıcın görev ve yetkisi içindedir (Kâzım Yenice / Yüksel Esin, **İdari Yargılama Usulü**, Arısan, 1983, s. 538-539). Ancak, iptal davasında "uyuşmazlık konusu olay" dava konusu işlemin dayandığı maddi vakıalar değil, bir anlamda, işlemin kendisidir. Dolayısıyla, idarenin hukuki akıl yürütme faaliyetinin işlemin ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edildiği takdirde, idari yargıç bu akıl yürütme faaliyetini denetlerken hukuku uygular; maddi vakıaların doğrudan yargıç tarafından nitelendirilerek işlenmesi ise, iptal davaları bağlamında "hukuku uygulamak" olarak görülemez.

48 Nitekim öğretide de, "*resen araştırma yetkisinin idari işlem tesisi için idareye verilen araştırma ve inceleme yetkisinin idari yargı yerince kullanılmasını kapsam*a"dığı ve "*mahkemeye idarenin hiç yapmadığı veya eksik yaptığı bir araştırmayı idarenin yerine geçerek yapma yetkisi verme*"diği belirtilmektedir. Bkz. Melikşah Yasin, **İdari Yargılama Usulünde İspat**, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 22-23.

49 Zeliha Hacımuratlar, **İdari Usule Katılım** (yayınlanmamış doktora tezi), Ankara Üniversitesi, 2011, s. 249: "*İdare, işlemin gerekçesinde sadece vardığı sonucun sebebi olan maddi ve/veya hukuksal nedenleri saymakla yetinmeyecek; bu sonuca ulaşırken idari usul sürecinde yaptığı muhakemeyi de gösterecek, ilgililerin görüş ve iddialarını gerekçede tartışacak ve hangi menfaate hangi nedenle üstünlük tanıdığını açıklayacaktır*".

50 Danıştay kimi kararlarında sebep ile gerekçeyi aynı anlamda kullanmakta ise de, bu kararlarda sözü edilen sebep/gerekçe ile, maddi vakıaların kastedildiği görülmektedir. Örnek olarak bkz. Danıştay 13. D, 13.3.2019, E. 2018/1498, K. 2019/759 (Kazancı): "*İdari işlemin sebep unsuru, idareyi işlem yapmaya sevk eden saik, yani işlemin gerekçesidir. İdare hukukunda sebep denildiğinde, idari işlemden önce gelen, idari işlemin dışında, idareyi böyle bir işlem yapmaya yönelten etkenler anlaşılır*".

yer almasa da her işlemin sebebe dayanması zorunluluğu karşısında, sebepsiz işlem olamayacağı ancak gerekçesiz işlem olabileceği kabul edilmektedir[51]. Oysa, işlemin bir parçası olarak sebebin sadece maddi vakıalardan ibaret olmadığı ve bu vakıaların idare tarafından işlenmiş biçiminin sebep unsurunu meydana getirdiği kabul edilecek olursa, sebep ile gerekçe özdeşleşmekte ve bu anlamda gerekçesiz idari işlem olamayacağı da belirgin hale gelmektedir.

Bu özdeşleşme, gerekçe ilkesinin yalnızca bir şekil kuralı olarak görülmesini ve bu kurala ilgili yasal düzenlemelerde açıkça öngörülmediği sürece geçerlilik tanınmamasını da sorgulanır hale getirmektedir. Öğretide, daha çok iyi idare ilkesi ve işlemin ilgilisinin savunma haklarını gereği gibi kullanabilmesi yönlerinden ele alınan[52] bu durum, gerekçenin sebep unsurunu somutlaştırdığı kabul edilirse, idari işlem kuramı açısından da eleştiriye açık hale gelmektedir. Zira bu durumda, işlemin gerekçesinin işlem metninde gösterilmesi, salt bir şekil kuralı olmanın ötesinde, idari işlemin içeriğiyle ilgili bir soruna dönüşmektedir. İdarenin bir işlemi belirli bir sebebe bağlı olarak yaptığını, belirli maddi vakıaların idareyi bu işlemi yapmaya sevk ettiğini ve bu vakıaların işlemin tesis edildiği anda idare tarafından da dikkate alındığını gösteren veri, işlem metninde gerekçenin yer almasıdır. İşlem metninde gerekçe yer almadığı ve yalnızca yargısal denetim aşamasında idarece mahkemeye bildirildiği takdirde, işlemin sebebe bağlı olarak yapıldığını kesin olarak anlamak mümkün olmamakta; maddi hukuka ilişkin olması gereken sebep, yargılama ve ispat hukuku ile ilgili bir soruna dönüşmektedir. İdarenin yargılama aşamasında mahkemeye yalnızca işlemini haklı kılan maddi vakıaları bildirmesi halinde ise, yukarıda da belirtildiği gibi, artık idarece kullanılması gereken bir yetkinin yargı organına aktarılması söz konusu olmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında, idari işlemin sebebini idareyi işlem yapmaya iten maddi vakıaların idarece gerçekleştirilen hukuki akıl yürütme faaliyetiyle işlenmesi sonucunda oluşan bir unsur olarak gören yaklaşımdan doğan en tutarlı çözüm, gerekçenin işlem metninde yer almasıdır. Böylece sebep unsurunun da işlemin yapıldığı anda ortaya konması suretiyle, idari işlem tüm içeriğiyle karşımıza çıkmış olacaktır[53]. Bununla birlikte, gerekçenin işlemin şekil unsuruna ilişkin bir

---

51 Akyılmaz. s. 199 v.d.

52 Tekin Akıllıoğlu, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, TODAİE Yayınları, 1983, s. 106 v.d.

53 Bu noktada, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10'uncu maddesinde öngörülen zımni ret kurumunun bu analizi geçersiz hâle getirdiği olası itirazını da yanıtlamak gerekmektedir. Anılan düzenleme uyarınca, ilgililerin, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara yaptıkları başvurulara altmış gün içinde yanıt verilmemesi durumunda isteğin reddedilmiş sayılacağı öngörülmektedir. Bu durumda, aslında idare tarafından açıklanan bir irade bulunmadığı halde, kanun başvurunun altmış gün boyunca yanıtlanmamasına hukuki sonuç bağlamakta; bir anlamda, idareye farazî bir ret iradesi izafe etmektedir. Zımni ret işleminde, idarenin gerçek bir iradesinin ve dolayısıyla işlem metninin bulunmaması, bu işlemin sebepsiz (gerekçesiz) olarak yapıldığının kabulünü zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte, Anayasa'nın dilekçe hakkını öngören 74'üncü maddesi ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunun, dilekçelere en geç

husus olarak görülmesinde ısrar edilse dahi, en azından, işlem metninde gerekçenin yer almamasından kaynaklanan sakıncanın, yargısal denetim aşamasında sebeplerin idarece mahkemeye bildirilmesi suretiyle aşılmasını öngören uygulamaya şimdi olduğundan farklı bir gözle bakılması zorunludur.

Yukarıda da belirtildiği gibi, genel kabul, bir idari işleme karşı açılan iptal davasında idarenin mahkemeye dava konusu işlemin dayandığı sebepleri bildirmesi gerektiği ve yargıcın resen araştırma ilkesini uygulamak suretiyle bunu sağlayabileceği yönündedir. Burada özellikle resen araştırma ilkesinin de devreye sokulması ile[54], idarece işlemin sebeplerinin ortaya konması, ispat faaliyetinin bir parçası haline gelmektedir[55]. Kanımca, işlemin sebeplerinin mahkemeye bildirilmesinin ispat faaliyeti ile ilgisi bulunmamaktadır; bu, ispat faaliyetini önceleyen ve denetlenecek idari işlemin teşhisini sağlayan bir aşama olarak görülmelidir. İşlem sebepleriyle birlikte vardır; bu sebeplerin davacı tarafça ve mahkemece bilinmesi, sağlıklı bir yargılamanın ön koşuludur. Bu sebepler bir kez ortaya konduktan sonra ispat faaliyeti başlar; idari işlemin hukuka aykırı olduğunu iddia eden davacı, sebep unsuru yönünden bu iddiasını, idarenin dayandığı maddi vakıaların varlığı ve geçerliliği ile idarenin bu vakıaları işleme biçimini (hukuki nitelendirme, hukuk kuralının yorumu ve altlama ameliyelerini) sorgulamak suretiyle ileri sürer. Mahkemenin resen araştırma yetkisi de, yukarıda belirtildiği gibi, denetime konu idari işlemin belirtilen bu noktalarda hukuka uygun olup olmadığını değerlendirme amacıyla kullanılabilir; yargı organı, bu amaçla her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliğinden yapar[56]. Bununla birlikte, idarenin ileri sürmediği bir vakıayı bulup çıkarmak, idarenin hukuki nitelendirmesi yerine kendi tavsifini ikame etmek, idarenin hiç yapmadığı nitelemeyi onun yerine yapmak, resen araştırma yetkisinin kapsamında görülmemek gerekir; zira sayılan hallerde yargıç, sebepsiz idari işlem için "sebep" yaratmış olmaktadır.

* * *

otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verilmesi yükümlülüğü getiren 7'nci maddesi karşısında zımni ret kurumu, yalnızca idarenin kendisine yapılan başvuruya yanıt vermemesi durumunda ilgilinin yargı organları önünde hak arama özgürlüğünü kullanabilmesini sağlamak için benimsenen istisnai bir çözüm olarak görülebilir. Bu kurumun amacı, bir "sapma" halini olağanlaştırmak değildir; bu nedenle, zımni ret işlemi de, diğerlerinden farksız bir idari işlem türü olarak görülemeyeceğinden, idari işlem kuramının tutarlılığının sorgulanmasında test malzemesi olma gücünden yoksundur.

54 Öğretide resen araştırma ilkesinin, taraflarca getirilme ilkesinin karşıtı olarak görülmesi (Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz / Hanağası, s. 155), bu ilkenin ispat faaliyeti olan ilişkisini ortaya koymaktadır. İdari yargı özelinde de, resen araştırma ilkesinin "kanıtlama" başlığı altında ele alındığı görülmektedir. Örnek olarak bkz. Karahanoğulları, **İdari Yargı**, s. 555 v.d.

55 Onar, C. 3, s. 1979'da, "deliller ve ispat yükü" başlığı altında, idarenin, "*sebep unsurunu maddi olaylar teşkil ediyorsa bunların varlığını isbat etmek mecburiyetin*"de olduğunu belirtmektedir.

56 Bu açıdan bakıldığında, idarenin işlemini dayandırdığı maddi vakıalar dışındaki vakıalar da davacı tarafından ileri sürülebilir ya da mahkemece resen araştırılabilir; zira idarece dikkate alınmayan vakıalar da, dava konusu işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olduğunu ortaya koymaya elverişlidir. İptal davasında sebep unsuru yönünden denetlenen idarece işlenmiş sebep olduğu için, bu "işleme"yi bir biçimde sakatlayan her türlü maddi vakıanın ileri sürülmesi ve araştırılması mümkündür.

İdari işlemlerin sebebe bağlılığı prensibine tam anlamıyla geçerlilik kazandırılması ve sebebin gerçekten işlemin içinde yer alan bir unsur olarak görülebilmesi, ancak idarenin bu unsurun oluşumundaki işlevinin ve işlemin denetimini gerçekleştiren yargı organının rolünün yeniden tanımlanmasıyla mümkün olabilir. Kuşkusuz, bu çalışmada önerilen yeniden tanımlama denemesine idarenin işleyiş gerçekliğine uygun olmadığı gerekçesiyle itiraz edilebilir; her idari işlemin kapsamlı bir hukuki akıl yürütme sürecinin ürünü olmadığı ve belki de – idarenin işleyişinden kaynaklanan zorunluluklar nedeniyle – olamayacağı savunulabilir. Ancak bu çalışma da, pratik bir çözüm önermekten ziyade, öğretideki yaygın anlayışa içkin bir tutarsızlığa dikkat çekmek için kaleme alınmıştır. Bir yandan sebebin idari işlemin bir unsuru olduğunun belirtilmesi, diğer yandan işlemin dışında tanımlanması; bir yandan idari işlemin idare tarafından yapıldığı tartışmasız kabul edilirken, diğer yandan yargıcın da idarenin işlem yapma sürecinde gerçekleştirmesi gereken hukuki akıl yürütme faaliyetinin ortağı haline getirilmesi; bir yandan tüm idari işlemlerin sebebe bağlı olduğu savunulurken, diğer yandan yargısal denetimde yargıca bu bağlılığın büyük ölçüde ortadan kalkması sonucunu beraberinde getiren yetkiler tanınması sözü edilen tutarsızlığın farklı görünümleridir. Ne var ki, bu çalışmada önerilen yeniden tanımlama denemesi pratik ve gerçekçi bulunmasa da, hukuka uygun işlem tesis etmekte zorlanan bir idarenin eksik ve yanlışlarını düzeltmek için idari işlem tesis etme yetkisine bir anlamda ortak olan yargı organı imgesiyle kıyaslandığında, hukuk devleti ve etkili yargısal denetim ilkelerine daha uygun olduğu açıktır.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, TODAİE Yayınları, 1983.

Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, **Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, 2019, s. 1093-1094.

Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 9.B., Savaş Yayınevi, 2018.

Akyılmaz, Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, 2000.

Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 5. B., Yetkin Yayınları, 2019.

AUBY, Jean-Bernard, "A propos de la notion d'exorbitance du droit administratif", in **L'exorbitance du droit administratif en question(s)** (études réunies par Fabrice Melleray), L.G.D.J., 2004, s. 9-24.

Bénoit, Francis-Paul, **Le droit administratif français**, Dalloz, 1968.

Bigot, Grégoire, **Ce droit qu'on dit administratif…**, Éditions La Mémoire du Droit, 2015.

Broyelle, Camille, **Contentieux administratif**, 5e éd., L.G.D.J., 2017.

Chapus, René, **Droit du contentieux administratif**, 13e éd., Montchrestien, 2008.

Chevallier, Jacques, **L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active**, L.G.D.J., 1970.

Chevallier, Jacques, **L'État de droit**, 5e éd., Montchrestien, 2010.

Chrétien, Patrice, "La science du droit administratif", in **Traité de droit administratif** (dir. Pascale Gonod / Fabrice Melleray / Philippe Yolka), Dalloz, 2011, C. 1, s. 60-100.

Dupré de Boulois, Xavier, "Les actes administratifs unilatéraux", in **Traité de droit administratif** (dir. Pascale Gonod / Fabrice Melleray / Philippe Yolka), Dalloz, 2011, C. 2, s 158-215.

Eisenmann, Charles, **Cours de droit administratif**, L.G.D.J., 1982.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, 3. B., Ekin, 2019.

Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, **İdare Hukuku – Cilt II – İdari Yargılama Hukuku**, 8.B., Turhan Kitabevi, 2016.

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, 10. B., İmaj Yayınevi, 2015.

Günday, Metin, **İdarenin Takdir Yetkisi** (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara, 1982.

Hacımuratlar, Zeliha, **İdari Usule Katılım** (yayınlanmamış doktora tezi), Ankara Üniversitesi, 2011.

Hamon, Francis / Troper, Michel / Burdeau, Georges, **Droit constitutionnel**, 27e éd., L.G.D.J., 2001.

Jabloner, Clemens, "How the Facts Enter Into the Law", in **The Normative Force of the Factual** (ed. Nicoletta Bersier Ladavac / Christoph Bezemek / Frederick Schauer), Springer, 2019, s.

Kara, Burkay Can, **İptal Davasında Sebep İkamesi** (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara Üniversitesi, 2018.

Karahanoğulları, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler**, Turhan Kitabevi, 2011.

Karahanoğulları, Onur, **İdari Yargı**, Turhan Kitabevi, 2019.

Kaya, Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Kelsen, Hans, **Pure Theory of Law** (trans. Max Knight), University of California Press, 1967.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. I, 4. B., Filiz Kitabevi, 2008.

Laubadère, André de / Venezia, Jean-Claude / Gaudemet, Yves, **Traité de droit administratif**, 15e éd., L.G.D.J., 1999.

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, 3. B., İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Özay, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, 2004.

Pacteau, Bernard, **Traité de contentieux administratif**, P.U.F., 2008.

Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi, **Türk Anayasa Hukuku**, 13. B., Beta, 2013.

Troper, Michel, "Interprétation", in **Dictionnaire de la culture juridique** (dir. Denis Alland / Stéphane Rials), P.U.F., 2003, s. 843-847.

Ulusoy, Ali D., **Yeni Türk İdare Hukuku**, 2. B., Yetkin Yayınları, 2019.

Vautrot-Schwarz, Charles, **La qualification juridique en droit administratif**, L.G.D.J., 2009.

Waline, Marcel, **Droit administratif**, 9e éd., Editions Sirey, 1963.

Yasin, Melikşah, **İdari Yargılama Usulünde İspat**, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Yenice, Kâzım / Esin, Yüksel, **İdari Yargılama Usulü**, Arısan, 1983.

Zabunoğlu, Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2012.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA "TAM SORUMLU CUMHURBAŞKANI"*

Özgün Özyüksel**

GİRİŞ ve KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, halk tarafından 16 Nisan 2017 tarihinde oylanarak kabul edilen 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun ile kapsamlı değişikliklere uğramıştır. Özellikle hükûmet sistemini "başkalaştırılmış, çarpıtılmış, yozlaştırılmış bir başkanlık sistemine[1]", "başbakansız bir parlâmenter sisteme[2]", "sınırsız, denetimsiz, alaturka bir başkanlık sistemine[3]", "kuvvetlerin Cumhurbaşkanında birleşmesi esasına dayalı bir kuvvetler birliği hükûmet sistemine[4]", "reislik sistemine[5]" veya "mutlakî cumhurbaşkanlığı sistemine[6]" dönüştürdüğü ve Türkiye'yi "yarışmacı otoriter rejim (*competitive authoritarianism*)[7]"e sürüklediği gerekçesiyle Türk anayasa hukuku doktrininde yoğun eleştirilere maruz kalan bu Kanun, Anayasa'nın *"Sorumluluk ve sorumsuzluk hâli"* kenar başlıklı 105'inci maddesini de -başlığı dâhil olmak üzere- tümüyle tadil etmiş; söz konusu değişikliğin yürürlük tarihi olan 9 Temmuz 2018 tarihine dek çözülemeyen bir kısım meseleyi o veya bu yönde çözüme kavuşturmakla birlikte,

---

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Av., Galatasaray Üniversitesi SBE - Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi.

1 Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, 2018, s. 355.

2 Kemal Gözler, **Elveda Anayasa**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2017, s. 16.

3 Şeref İba, **Türk Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2018, s. 143.

4 GÖZLER, **Elveda Anayasa**, s. 19.

5 Prof. Dr. Fazıl Sağlam'ın yeni sistemi "Reislik sistemi" olarak nitelediği 13 Şubat 2017 tarihli mülâkat için bkz. http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/675505/_Bunun_adi_Reislik_sistemi_.html (Erişim tarihi: 20/03/2019)

6 Prof. Dr. Ece Göztepe tarafından yapılan bu niteleme için bkz. https://www.youtube.com/watch?v=KWx9fquM5jU (Erişim tarihi: 20/03/2019) Ayrıca bkz. https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2016/12/26/mutlaki-cumhurbaskanligi-geliyor/ (Erişim tarihi: 20/03/2019)

7 Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2017, s. 329; Ergun Özbudun, "Başkanlık Sistemi ve Türkiye", **Liberal Perspektif Analiz**, Sayı: 1, Özgürlük Araştırmaları Derneği Yayınları, 2015, s. 14. (http://www.diken.com.tr/wp-content/uploads/2015/06/%C3%96AD-Analiz-Ba%C5%9Fkanl%C4%B1k-Sistemi-ve-T%C3%BCrkiye-rev.9.pdf) Prof. Dr. Şule Özsoy Boyunsuz'un aynı yöndeki tahlillerini içeren 23/03/2017 tarihli mülâkat için bkz.: https://www.youtube.com/watch?v=LhpOFnbSIL4 (Erişim tarihleri: 20/03/2019)

Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğuna ilişkin olarak yeni tartışmalara yol açması kuvvetle muhtemel bir düzenleme getirmiştir.

Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğunun kapsamı ile bu sorumluluğun harekete geçirilmesi usûlünün "9 Temmuz 2018 öncesi ve sonrası bakımından karşılaştırmalı olarak" ele alınacağı bu makalede, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlarınca işlenebilecek suçların muhakemesi ve muhtemel cezaların infazına ilişkin başlıca hususlar irdelenerek uygulamada yaşanabilecek sorunlara yönelik bazı çözüm önerilerine yer verilecektir.

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlarının uluslararası hukuka ilişkin cezaî sorumluluğu ise, başka bir çalışmada incelenmek üzere, bu makalenin kapsamı dışında bırakılmıştır[8]

I. CUMHURBAŞKANININ CEZAÎ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

A. 9 Temmuz 2018 Öncesinde

Anayasanın 6771 sayılı Kanun ile değiştirilen ve "9 Temmuz 2018[9]" tarihinde yürürlüğe giren 105'inci maddesinin üçüncü fıkrasının değişiklik öncesindeki hâli *"Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tam sayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır."* şeklinde olup her ne kadar hükümde böyle bir ayrıma açıkça yer verilmemiş ise de, Cumhurbaşkanınca "görev süresi içerisinde" işlenebilecek suçlar "iki vücut teorisi[10]" çerçevesinde, "görev suçları-kişisel suçlar" biçiminde ikili bir ayrıma tâbî tutulmuştur[11]. Bu ayrım çerçevesinde, Cumhurbaşkanı, 9 Temmuz 2018 öncesi dönemde, "vatana ihanet niteliğindeki

---

8 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / R. Murat Önok, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 374-385. Ayrıca bkz. Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökcen / Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 2016, s. 169-170; Orçun Gündüz, "Cumhurbaşkanının Cezaî Sorumluluğu", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 8, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 172-173; Ludju Kalembo Rudy, **Devlet Başkanlarının Cezaî Sorumluluğu: Charles Taylor Örneği**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s. 70-90; Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 590.

9 AY m. 105'te yapılan değişikliklerin "birlikte yapılacak TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte" yürürlüğe gireceğini öngören 6771 sayılı Kanun m. 18/1-a hükmü uyarınca, AY m. 105'e ilişkin değişiklikler, Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın TBMM önünde ant içtiği 9 Temmuz 2018 günü yürürlüğe girmiştir.

10 Osman Serkan Gülfidan, **Cumhurbaşkanının Cezaî Sorumluluğu**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 123: *"... Avrupa geleneğinde devlet başkanı, birisi siyasî, diğeri doğal olmak üzere, birbirlerinden ayrılmaları mümkün olmayan iki vücudu haiz bir 'persona mixta' (karma kişilik) olarak kabul edilir. Kişiyi kurumdan, görevin zilyedini de görmekte olduğu vazifeden ayırmaya yarayan 'iki vücut' teorisine göre, siyasî vücuda ne derecede bağışıklık tanınırsa tanınsın, doğal vücut, olağan ceza yargılaması açısından yargılanabilir olma özelliğini muhafaza etmektedir."*

11 "Devletin sürekliliği ilkesi" sebebiyle her an vazife başında kabul edilen Cumhurbaşkanının işlediği suçlar arasında böyle bir tasnife gidilemeyeceği yolundaki görüş hakkında bkz. GÜLFİDAN, s. 122-123. Cumhurbaşkanının -göreviyle ilgili olsun olmasın- tüm suçlarından tam sorumlu tutulduğu "Portekiz" örneği için bkz. Kemal Gözler, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2016, s. 90-91.

görev suçları" ile "kişisel suçları" bakımından sorumlu, "vatana ihanet teşkil etmeyen görev suçları" bakımından ise sorumsuzdur[12,13]. Anılan düzenlemeye göre, Cumhurbaşkanının göreve gelmeden önce veya görevden ayrıldıktan sonra işlediği suçlar bakımından -kural olarak[14]- herkes gibi sorumlu olacağı hususunda ise duraksamaya yer yoktur[15].

1. "Vatana İhanet" Niteliğindeki Görev Suçları

"Görev suçu" kavramının anlamı öğretide çokça tartışılmış olup biz, bu kavramı, "görev ile suç arasındaki rabıta" ölçütünü yeterli kabul ederek "kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı suçlar" şeklinde tanımlıyor[16]; görev suçunu "memuriyet sıfatının unsur yahut ağırlaştırıcı neden kabul edildiği suçlar" biçiminde tarif eden daraltıcı yaklaşım[17] ile tanımın içerisine -kümülâtif yahut alternatif[18]

---

12 Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, 1992, s. 102; Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 133, kn. 192; Cengiz Derdiman, **Anayasa Hukuku**, Alfa Aktüel Yayınları, 2011, s. 508; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 2014, s. 189-194; Fatih Özkul, **1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 176; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 2017, s. 130-131; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75)**, Beta Yayıncılık, 2015, s. 108-109; İsmail Ercan, **Ceza Hukuku (Genel Hükümler-Özel Hükümler)**, Savaş Yayınevi, 2009, s. 58-60; Mahmut Koca / İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 743; Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt: 1, Der Yayınları, 2016, s. 346, kn. 524; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 352; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 140; Veli Özer Özbek / Mehmet Nihat Kanbur / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 192-195.

13 Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğunun 9 Temmuz 2018 öncesinde de "tam" olduğu yolundaki ayrıksı görüş için bkz. GÜLFİDAN, s. 166-168: *"... suç ve cezaların kanuniliği ilkesi karşısında, vatana ihanetten doğan sorumluluğun cezai mahiyette olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. (...) 1982 Anayasası, cumhurbaşkanının cezai sorumluluk rejiminin tespiti ile ilgili bir hüküm ihtiva etmemektedir. (...) 1982 Anayasası sisteminde, cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili veya ilgisiz bütün suçlarından dolayı, hiçbir istisnadan faydalanmaksızın sorumludur. 1982 Anayasası'nın cumhurbaşkanına cezai sorumluluk konusunda tanımış olduğu yegâne imtiyaz, göreviyle ilgili cezai sorumluluğunun gerçekleştirilmesi ile ilgili bir yargılama makamı imtiyazıdır. (...) Vatana ihanet prosedürü TBMM bünyesinde başlayan ve yine TBMM bünyesinde son bulan bir siyasi sorumluluk aracı olarak cumhurbaşkanının görev suçlarından ötürü yargılanması meselesiyle ilintili olmadığından ... cumhurbaşkanının görev suçlarından dolayı itham edilmesi görev ve yetkisi ... Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına ve Başsavcıvekiline aittir."*

14 Müstakbel yahut sabık cumhurbaşkanının suçu işlediği esnada sair bir dokunulmazlıktan (örneğin milletvekili olması sebebiyle milletvekili dokunulmazlığından) yararlanıyor olması bu kuralın istisnasıdır. 9 Temmuz 2018 öncesi için, aynı yönde bkz. Ömer Keskinsoy, **1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Statüsü ve Sorumluluğu**, Savaş Yayınevi, 2013, s. 107.

15 ÖZTÜRK/ERDEM, s. 131, kn. 190.

16 Aynı yönde bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 637.

17 Bu yorumun kısa izahı için bkz. Çetin Arslan, **Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi**, Yayımlanmış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997, s. 100-101. Bu yoruma yönelik haklı bir eleştiri için bkz. GÜLFİDAN, s. 125-126.

18 Benzer bir tanım için bkz. Bahri Öztürk, "Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi 'Yüce Divan'", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 12, 1995, s. 89: *"Görevden maksat ... kamu görevidir. (...) Görev suçundan söz edebilmek için, böyle bir iktidar ve yetkinin kullanılması veya buna kamu hukuku usûlüne uygun olarak katılınması sırasında suç işlenmeli veya suç bu iktidar ve yetkinin kullanılmasından veya buna katılınmasından kaynaklanmalıdır."* Ayrıca bkz. Ersan Şen / Bilgehan Özdemir, "Yüce Divan Yargılaması", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 1, 2012, s. 184-185: *"Kamu görevlisinin, kendisine verilen görevi kasten, kastı aşmak suretiyle veya ihmâlen usûlüne uygun olarak yerine getirmemesi veya mevzuata aykırı olarak görevi gereği yapmaması gereken bir şeyi yapması durumunda, görevle ilgili olan, hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirmiş olacaktır. İşte bu hukuka aykırı fiil bir suç*

olarak- "görev esnasında işlenmiş olma" şartını ilâve eden görüşe katılmıyoruz[19]. Buna göre, örneğin, Cumhurbaşkanının, kendisine muhalif bir gazeteciyi yargılayan bir ceza hâkimine "hukuka aykırı bir karar vermesi" hususunda açıkça talimat verdiği varsayımsal olayda, "âdil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (TCK m. 288)" niteliğindeki bu eylemin "görev suçu" sayılacağı muhakkak ise de, makamında kararname imzaladığı esnada telefonda bir akrabasına kişisel husûmeti sebebiyle hakaret eden Cumhurbaşkanının "görev suçu" işlediğinden söz etmek olanaksızdır.

6771 sayılı Kanun ile değişik AY m. 105/3'ün değişiklik öncesindeki şekline göre, Cumhurbaşkanı, yalnızca "vatana ihanet" teşkil eden görev suçlarından sorumlu olup bu nitelikte olmayan görev suçları bakımından -"şahsî cezasızlık sebebi[20]" niteliğindeki sıfatı nedeniyle- sorumsuzdur[21]. Ne var ki, "vatana ihanet" kavramı bu hükümde veyahut başka bir normda tanımlanmadığından, bu kavrama dayandırılan cezaî sorumluluğun "kanunîlik ilkesi" (AY m. 38) karşısındaki meşruiyeti öğretide tartışılmıştır. Konuya ilişkin olarak Fransız doktrininde savunulan ve "anayasacı görüş" olarak anılan ilk görüşe göre, Cumhurbaşkanının vatana ihanetten ileri gelen sorumluluğu tümüyle siyasî nitelikte olup yargılama neticesinde Cumhurbaşkanının "cezalandırılmasına" değil, yalnızca "görevden alınmasına" karar verilebilecektir[22]. Yine "anayasacı görüş" kapsamındaki bir başka görüşe göre, vatana ihanet "siyasî-cezaî (*politico-pénale*)" bir kavram olup bu hususta kanunîlik ilkesi ile bağlı olmayan yargılama makamı vatana ihanet suçunun unsurlarını ve yaptırımını belirlemeye ve huzurundaki sanıkları bu suçtan mahkûm etmeye yetkilidir[23]. Buna karşı ileri sürülen "cezacı" görüşe göre ise, va-

---

teşkil ettiği durumda görevle ilgili bir suçun varlığı gündeme gelecektir. (...) 'Görev suçu' gibi bir ibare de meseleyi açıklamaktan uzaktır. Bir suçun görev suçu olmasından değil, görev sırasında veya görevle ilgili olarak işlenip işlenmemesinden bahsedilebilir."

19 Aynı yönde bkz. DERDİMAN, s. 507: *"Anayasa'nın 148. maddesinde Anayasa Mahkemesinin, Cumhurbaşkanını ... 'görevleriyle ilgili suçlarından dolayı' yargılayabileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, suçun 'görev sırasında işlenmiş olması' değil, 'görev ile ilgili olması' esas alınmıştır."*

20 Aynı yönde bkz. Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 2016, s. 158; DÖNMEZER/ERMAN, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, 2016, s. 347, kn. 524; HAKERİ, s. 110, 129-131; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 742; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 133-134, kn. 193; Murat Yanık, **Yüce Divan**, Derin Yayınları, 2008, s. 99.

21 Aynı yönde bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 742-743; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 192; ÖZGENÇ, s. 630; SOYASLAN, 189; YANIK, s. 98-99. AY m. 105/1-2'nin değişiklikten önceki şekline göre, *"Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur. Cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamaz."*

22 GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 103.

23 *Amson, Besson, Desmottes, Foyer, Lindon* ve *Vedel* tarafından savunulan bu görüş hakkında bkz. Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s. 546. Bu görüşü 9 Temmuz 2018 öncesinde 1982 Anayasası bakımından savunan iki müellif için bkz. Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2007, s. 243: *"Yüce Divan, önüne gelen dava dolayısıyla, vatana ihanet suçunun içeriğini ve yaptırımını belirler."* Erdoğan Teziç, "Cumhurbaşkanının Sorumluluğu", **Tarih ve Demokrasi - Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan**, Cem Yayınevi, 1992, s. 279-280: *"Vatana ihanet bir ceza hukuku kavramı olmaktan çok, siyasî (politico-pénale) bir kavramdır;*

tana ihanet gerekçesiyle harekete geçirilen sorumluluğun cezaî mahiyet arz ettiği açık olmakla birlikte, vatana ihanet suçunun unsurları ve yaptırımı yasada gösterilmedikçe Cumhurbaşkanının cezalandırılmasına, hatta yargılanmasına dahi imkân bulunmamaktadır[24]. Nihayet, bu iki görüşü telif etmeye gayret eden dördüncü bir yaklaşıma göre, hangi eylemlerin "vatana ihanet" sayılacağı hususu "itham" ve "yargılama" ile yetkili mercilerin takdirinde olup suç teşkil etsin veya etmesin "vatana ihanet" olarak nitelenen herhangi bir eylem sebebiyle Cumhurbaşkanının görevden alınması mümkündür. Buna karşılık, siyasî sorumluluğu bu yolla harekete geçirilen Cumhurbaşkanının yine bu eylemi nedeniyle cezalandırılabilmesi için, "vatana ihanet" addedilen eylemin "unsurları ve yaptırımı yasada açıkça gösterilmiş bir suç tipi" ile örtüşmesi zorunludur[25].

Kanaâtimizce, AY m. 105/3 hükmündeki *"... suçlandırılır."* ibaresinde[26] sorumluluğun cezaî karakterine açık bir vurgu mevcut olup vatana ihanetten bahisle harekete geçirilen sorumluluğun cezaî nitelikte olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur[27]. Bununla birlikte, hangi eylemlerin vatana ihanet teşkil edeceği ve bu eylemlerin hangi yaptırımla karşılanacağı anayasa metninde gösterilmemiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, "vatana ihanet"in 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun üçüncü bâbının "Hıyanet" başlıklı birinci faslında (m. 54-60) tâdâdî olarak sayılan suçlarla sınırlı olarak anlaşılmasına imkân bulunmamaktadır[28]. Kimlerin "vatan haini" sayılacağını (m. 1), vatana ihanet edenlere verilecek cezayı (m. 2) ve bu kimseler hakkında yürütülecek ceza muhakemesinin usûlünü (m.

---

suçların kanuniliği ilkesi dışında olup, bunun yaptırımının ne olacağını da Yüce Divan belirler." Bu satırların ardından Teziç, kanaâtimizce çelişkili olarak, şöyle devam etmektedir: *"Yüce Divanın iki tür müeyyide uygulama imkânı olabilir. Biri siyasî nitelikte olup Cumhurbaşkanının görevinden azledilmiş olduğunu tespittir. İkincisi de, Cumhurbaşkanının yürürlükteki ceza hükümlerine göre suçlu görülerek mahkûmiyetine karar verilmesidir. (...) Cumhurbaşkanının Yüce Divana sevk edilmesi hâlinde ... görevine devam etmesi düşünülemeyeceğine göre, ... Cumhurbaşkanlığı makamında 'boşalma' olduğu kabul edilerek, yenisi seçilene kadar TBMM Başkanının vekillik etmesi gerekir."*

24 GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 103. Aksi görüş için bkz. GÖZÜBÜYÜK, s. 243.

25 Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, 2016, s. 509. Ayrıca bkz. ESMEIN Adhémar, **Eléments de droit constitutionnel français et comparé**, Cilt: 2, Paris, Sirey, Henry Nezard Tarafından Gözden Geçirilmiş Sekizinci Baskı, 1928, s. 226; VEDEL Georges, "La compétence de la Haute-Cour", **Mélanges dédies à M. Le professeur Joseph Magnol**, Paris, Libraire du Recueil Sirey, 1948, s. 393-422. (Aktaran: GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 104-105: *"Jean Foyer'in gözlemlediği gibi, Georger Vedel'in görüşü, vatana ihanetin siyasî özelliği ile kanunîlik ilkesini uzlaştırma avantajına sahiptir."*

26 Hükümdeki *"... suçlandırılır. "* ibaresine yönelik katılmadığımız bir eleştiri için bkz. DERDİMAN, s. 508: *"Anayasa'nın hükmünde geçen 'suçlandırılma' tâbiri ... yerinde değildir. Çünkü suçlandırma, suçun sübut bulduğu şeklinde de anlaşılabilir. Bunun yerine 'suçla itham olunma' gibi bir deyim tercih edilmeliydi."*

27 Aynı yönde bkz. Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2016, s. 331: *"... 'vatana ihanet' kavramının ceza hukuku kavramı olmadığı, ceza kanunlarına göre tanımlanmaması gerektiği, bunun siyasî nitelikte bir prosedür olduğu, vatana ihanetin aslında Cumhurbaşkanının görevlerini kötüye kullanmasının bir yaptırımı olduğu yolundaki görüş tutarsız bir görüştür. Zira, vatana ihanetle suçlandırma kurumu, Cumhurbaşkanının sorumluluğu şemasında, Cumhurbaşkanının siyasî sorumluluğu alanına değil, Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğu alanına girmektedir."*

28 Aynı yönde bkz. AKBULUT, s. 158; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 164.

4 vd.) tayin eden 29 Nisan 1920 tarih ve 2 sayılı Hıyanet-i Vataniye Kanununun[29] 12 Nisan 1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile yürürlükten kaldırılması ise, Türk anayasa ve ceza hukuku doktrininde görüş çatışmasına neden olmuştur[30].

Duguit tarafından benimsenen "cezacı görüş"ten mülhem bir fikre göre, Türk hukuk düzeninde "vatana ihanet" adında bir suç tipi mevcut bulunmadığından, 9 Temmuz 2018 öncesi dönemde, Cumhurbaşkanının vatana ihanet ile suçlanmasına ve bu iddia ile mahkûm edilmesine imkân bulunmamaktadır[31]. Aksi uygulamanın suç ve cezaların kanunîliği ilkesine aykırılık teşkil edeceğini savunan bu görüşe göre, TBMM'nin "vatana ihanet" ithamında bulunması hâlinde, Yüce Divana düşen, Cumhurbaşkanı hakkında beraât kararı vermekten ibarettir[32].

Vatana ihaneti "siyasî-cezaî" bir kavram olarak ele alanlardan[33] mülhem diğer bir fikre göre, TBMM üye tam sayısının en az üçte birince verilen teklife ve üye tam sayısının en az dörtte üçünce alınan itham kararına konu eylemler "fiilin işlendiği tarihte herhangi bir suç tipine uysun veya uymasın[34]" ceza muhakemesi konusu yapılabilecek; vatana ihanet suçunun unsurlarını ve yaptırımını ise nihaî olarak Yüce Divan saptayacaktır[35].

Bir başka fikre göre, "(devlete) sadakât borcunun ihlâli[36]" şeklinde anlaşılması gereken "vatana ihanet"ten maksat kısaca "devletin varlığına yönelen

---

29 **Mülga Hıyanet-i Vataniye Kanunu m. 1:** Makamı Muallayı Hilafet ve Saltanatı ve Memaliki Mahruseyi Şahaneyi yedi ecanipten tahlis ve taarruzatı defi maksadına matuf olarak teşekkül eden Büyük Millet Meclisinin meşruiyetine isyanı mutazammım kavlen veya fiilen veya tahriren muhalefet ve ifsadatta bulunan, haini vatan addolunur.**Mülga Hıyanet-i Vataniye Kanunu m. 2:** Bilfiil hıyaneti vataniyede bulunanlar selben idam olunur. Ferden zimethal olanlar ile müteşebbisleri kanunu cezanın kırk beşinci ve kırk altıncı maddesi mucibince tecziye edilirler.

30 YANIK, s. 100: *"Bu tartışmaları bitirecek adım, aslında Dönmezer'in hazırladığı Ceza Kanunu Tasarısında atılmıştı. Bu tasarıda, bir bölüm suçlar 'vatana ihanet' başlığı altında toplanmıştı."*

31 GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 331. Yüce Divanın Cumhurbaşkanını vatana ihanetten "yargılamaya" dahi yetkili olmadığı yolundaki ayrıksı görüş için bkz. Numan Biber, **Meclis Soruşturması ve Yüce Divan Yargılaması**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 118.

32 GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 331: *"... Anayasa Mahkemesi, 'Yüce Divan sıfatıyla çalışırken yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir.' Dolayısıyla Yüce Divanda Cumhurbaşkanının mahkûm edilebilmesi için, yürürlükteki bir kanun tarafından tanımlanan 'vatana ihanet' suçunu işlemesi gerekir. Vatana ihanet suçunu tanımlayan bir kanun ise bildiğimiz kadarıyla yoktur."* Aynı yönde bkz. Ş. Cankat Taşkın, "1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 23, Sayı: 92, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ocak-Şubat 2011, s. 404.

33 Bkz. dpn. 23.

34 Kanımızca, AY m. 38 hükmü dikkate alındığında, bu görüşe katılmaya olanak yoktur. Zira, bu görüşün kabulü hâlinde, toplumsal dayanışma gerektiren bir dönemde (örneğin savaş esnasında) halka önderlik etmek yerine intihara teşebbüs eden bir Cumhurbaşkanı, TCK'de suç sayılmayan bu eylemi sebebiyle "vatan haini" sayılıp ağırlaştırılmış müebbet hapse mahkûm edilebilecektir.

35 GÖZÜBÜYÜK, s. 243.

36 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 165; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2011, s. 139; Özgür Küçüktaşdemir, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Işığında Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu ve Dokunulmazlığı", **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan**, Cilt: 2, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, 2015, s. 770; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 192; TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 508; YILMAZ, s. 186.

suçlar[37]", "Cumhurbaşkanının ettiği yemine aykırı eylemleri[38]" olup devletin güvenliğine (TCK m. 302-308), anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine (TCK m. 309-316) karşı suçlar bu cümledendir[39,40]. Ancak, vatana ihaneti bu suç tipleriyle sınırlamak ceza siyaseti açısından doğru olmadığından, eylemin tavsifinin "kanunîlik ilkesi çerçevesinde[41]" her somut olayda TBMM tarafından yapılması ve bu nitelemenin Yüce Divan tarafından denetlenmesi izlenebilecek en isabetli yoldur[42].

Bizim de katıldığımız son bir görüşe göre ise, 9 Temmuz 2018 öncesindeki düzenleme çerçevesinde, Cumhurbaşkanının vatana ihanet gerekçesiyle suçlanması ve mahkûm edilmesi pekâlâ mümkün olup TBMM, Cumhurbaşkanının "kanunîlik ilkesi gereği, işlendiği tarihte TCK'de veya özel kanunlarda düzenlenen suç tiplerinden herhangi birine uygun düşen[43] ve 'Türkiye Cumhuriyeti Devletinin anayasal düzenine[44] sadakât borcunu ihlâl' niteliği taşıyan[45]" herhangi

37 Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayıncılık, 2011, s. 118; Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt: 1, Beta Yayıncılık, 1987, s. 243, kn. 409; Zeki Hafızoğulları / Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, 2017, s. 52; HAKERİ, s. 131; Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayıncılık, 2016, s. 196; ÖNDER, s. 102. Benzer bir tanım için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 131, kn. 190: *"Türk vatanının bütünlüğüne, devletin Anayasa ile kurulu rejimine karşı işlenen suçların tamamına vatana ihanet suçları denir."*

38 Orhan Aldıkaçtı, **Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı**, Kor Müessesesi, 1960, s. 220. (Aktaran: GÜNDÜZ, s. 163, dpn. 49.) TEZİÇ, "Cumhurbaşkanının Sorumluluğu", s. 279: *"Vatana ihanet ...* sui generis *politik bir kavram olup Cumhurbaşkanının üstlendiği görevlerin ağır biçimde ihmâlidir."*

39 DÖNMEZER/ERMAN, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, 2016, s. 348, kn. 525; GÜNDÜZ, s. 163; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 743; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 192: *"Hıyanet-i Vataniye Kanunu TMK ile yürürlükten kaldırıldığına göre, TMK'de yer alan suçların bu kanun yer alan suçların yerini aldığı söylenebilir. (...) Öte yandan, 22.05.1930 tarih ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun 'HIYANET' başlıklı birinci fasıl hükümleri de vatana ihanet kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda yardımcı olabilir."* Aynı yönde bkz. ZAFER, s. 109.

40 "Vatana ihanet" niteliğindeki suç tiplerinin "devletin varlığını ihlâl eden", "ülkenin bölünmez bütünlüğünü ihlâl eden" ve "Anayasal düzeni ihlâl eden" üç grup suçtan ibaret olduğu yolundaki daraltıcı yaklaşım için bkz. KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 770.

41 Aksi görüş için bkz. GÖZÜBÜYÜK, s. 243: *"Vatana ihanet bir ceza hukuku kavramı olmaktan çok, siyasal bir kavramdır. Yüce Divan, önüne gelen dava dolayısıyla, vatana ihanet suçunun içeriğini ve yaptırımını belirler."*

42 İBA, s. 250-251. Ayrıca bkz. ÖZKUL, s. 181-182: *"... vatana ihanet suçu kavramı cumhurbaşkanının görevini kötüye kullanması anlamına gelmektedir. ..., cumhurbaşkanının hangi fiillerinin vatana ihanet suçu oluşturacağının Anayasa veya ceza kanununda sayılmış olması, fiilde görevi kötüye kullanmanın ortaya çıkarılmasını daha da güç hale getirecektir. Örneğin, cumhurbaşkanının yasama organındaki çoğunluk ile farklı dünya görüşüne sahip olduğunu ve bu sebeple önüne gelen hiçbir kararnameyi imzalamadığını düşünelim. Burada artık cumhurbaşkanı anayasal görevini kasıtlı olarak yerine getirmemektedir ve TBMM tarafından Yüce Divan'a sevk edilmesi halinde, vatana ihanet suçundan yargılanıp hakkında mahkûmiyet hükmü kurulabilir. Yasama organının ve Yüce Divan'ın vatana ihanet durumunda esas ele alması gereken husus, görevden kaynaklanan fiildeki nitelik ve kast yoğunluğu olmalıdır. Dolayısıyla cumhurbaşkanının, vatana ihanet ile suçlandırılmasına yönelik önergeler TBMM tarafından gündeme alınmalı ve Yüce Divan'a sevk halinde yargılama yapılmalıdır."*

43 Komisyonun Yüce Divana sevk yönündeki raporunda ve TBMM Genel Kurulunun Yüce Divana sevk kararında hangi ceza normuna dayanıldığının açıkça gösterilmesi gerektiğini ifade eden TBMM İçtüzüğü m. 114/12 hükmü de bu görüşü doğrular niteliktedir.

44 Uluslararası toplumca "*jus cogens*" kabul edilen kuralları ihlâl eden soykırım, insan ticareti ve sair uluslararası suçlar (TCK m. 76-80) Anayasa'nın koruduğu temel hak ve hürriyetlerin de ağır ihlâli anlamına geldiğinden, kanaâtimizce, bu nitelikteki eylemler her hâlde "vatana ihanet niteliğinde birer görev suçu" kabul edilmelidir.

45 TBMM'nin tipe uygun her eylemi "vatana ihanet" addedemeyeceği ve bu niteleme için ayrıca "devlete sadakât borcu" kıstasını da esas alması gerektiği yolundaki görüş için bkz. ARSLAN, s. 80; ARTUK/GÖKCEN/

bir eylemini "vatana ihanet" olarak nitelemeye yetkilidir[46]. Yüce Divan sıfatıyla kovuşturmayı yürütecek olan Anayasa Mahkemesi ise, bu nitelemeyi denetleyememekle birlikte[47,48], "vatana ihanet" suçlamasına esas teşkil eden eylemin işlendiği tarihte yasalarca "suç" olarak tanımlanıp tanımlanmadığını ve eğer suç olarak tanımlanmış ise gerçekten Cumhurbaşkanınca işlenip işlenmediğini araştırmakla ve davayı usûlünce neticelendirmekle görevlidir.

2. Kişisel Suçlar

Cumhurbaşkanının kişisel suçları, bizim de esas aldığımız "görev ile suç arasındaki rabıta" ölçütüne göre, kısaca, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri ile ilgisi bulunmayan suçları ifade etmektedir. Her ne kadar, kimi yazarlarca[49],

YENİDÜNYA, s. 165; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 770; YILMAZ, s. 186. "Vatana ihanet" nitelemesi için tipikliği yeterli kabul eden aksi görüş için bkz. CENTEL/ZAFER/YENERER ÇAKMUT, s. 118; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2011, s. 140; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 192-193; ÖZGENÇ, s. 637; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 353; ZAFER, s. 108.

46 TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 508: *"Fransa'da 1958 Anayasa sisteminde Parlamentonun, Cumhurbaşkanını, yürürlükteki ceza hukukuna göre suç oluşturmayan bir fiilinden dolayı da 'yüksek ihanet' ile itham ederek Yüce Divana sevk etme yetkisi var. Oysa 1946 Anayasasına göre, yüksek ihanetin, yürürlükteki ceza kanunu ... çerçevesinde bir suç oluşturması gerekliydi."*

47 Aynı yönde bkz. DÖNMEZER/ERMAN, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, 2016, s. 348, kn. 526; ERCAN, s. 59; TEZİÇ, "Cumhurbaşkanının Sorumluluğu", s. 279; Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2015, s. 254. Yine bu yönde bkz. DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2011, s. 140: *"Yüce Divan ... TBMM'nin 'vatana ihanet' olarak nitelendirdiği fiilin sübuta erdiği sonucuna varırsa mahkûmiyet, aksi halde 'beraat' kararı verebilirse de, isnat edilen fiilin 'vatana ihanet' olmadığına karar veremez."*

48 Karşı görüş için bkz. Taner Candemir, "Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Sıfatıyla Yaptığı Yargılama", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2, Haziran 1995, s. 37; GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 99; GÖZÜBÜYÜK**,** s. 243; İÇEL, s. 196; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 743; ÖZTÜRK, s. 91; Yavuz Sabuncu, **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayınevi, 2007, s. 241; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 353; TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 509; Yekta Güngör Özden, "Cumhurbaşkanının Yargılanması", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 13, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 13. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 131-132, kn. 190: *"... TBMM'nin burada yaptığı iş iddia faaliyetidir; kamu davası açmaktır. O hâlde Yüce Divan ... TBMM'nin nitelemesi ile bağlı değildir. (...) Mahkemenin TBMM'nin nitelemesi ile bağlı olduğunu ileri sürmek mahkûmiyet kararını önceden ilân etmek demektir. Böyle bir düşünce, ne hukuk devleti ilkesi ne güçler ayrılığı ilkesi ne muhakemenin sonuna kadar sanığın suçsuz sayılması ilkesi ne de başka bir ilke ile bağdaşabilir. Bu sorunun bir de siyasal boyutu vardır; Meclis çoğunluğunun, kendilerinden olmayan Cumhurbaşkanı ile hesaplaşmak için vatana ihanet nitelemesini kötüye kullanması ihtimâli vardır. Gerçekten TBMM, basit bir ... fiilinden dolayı Cumhurbaşkanının vatana ihanet ettiğini ileri sürerse ne olacaktır? Yüce Divanın böyle bir niteleme ile bağlı sayılması bir hukuk devletinde akla dahi getirilemeyecek bir hususdur."*

49 9 Temmuz 2018 öncesindeki düzenlemeye göre Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından kesinlikle sorumlu tutulamayacağı yolundaki görüş için bkz. TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 507: *"... Cumhurbaşkanının vatan hainliği dışındaki suçlarda sorumsuzluğu kabul edildiği için, yargılama makamı gösterilmemiştir. Şahsî, yani görevliyle ilgili olmayan ... suçlarından dolayı da genel hükümlere tâbî olduğu ve yargılanabileceği söylenemeyeceği gibi, mevcut olmayan yasama dokunulmazlığı da kaldırılamaz."* Ayrıca bkz. Ali Rıza Çoban / Ali İhsan Erdağ, "Göreviyle İlgili Olmayan Kişisel Suçlarından Dolayı Cumhurbaşkanının Sorumluluğu ve Yargılanması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 21, Sayı: 75, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şubat 2008, s. 184: *"... görev suçu-kişisel suç ayrımı yapılmaksızın, sorumluluk hâlinin yalnızca vatana ihanetle sınırlandırılmış olması karşısında, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olmadığı rahatlıkla ileri sürülebilecektir. ... bu yaklaşım Anayasanın diğer hükümleriyle birlikte ele alındığında ... anayasa koyucunun iradesinin bu yönde olduğu anlaşılmaktadır. (...) Bu tezi destekleyen başka bir husus da, Anayasa'nın hiçbir yerinde kişisel suçlardan mahkûmiyetin Cumhurbaşkanının durumunu nasıl etkileyeceğine*

AY m. 105/3'ün "Cumhurbaşkanı 'sadece ve sadece' vatana ihanetten dolayı … suçlandırılabilir." şeklinde okunması gerektiği ve anayasa koyucunun, "vatana ihanet" niteliği taşımayan görev suçları gibi, kişisel suçları da cezaî sorumluluğun kapsamı dışında bıraktığı[50] savunulmuş ise de, öğretide Cumhurbaşkanının "vatana ihanet teşkil etmeyen görev suçları" haricinde bir sorumsuzluk sahasının bulunmadığı hususunda geniş bir mutabakat mevcuttur[51]. Kanaâtimizce de, AY m. 105'in 9 Temmuz 2018 öncesindeki hâlinde Cumhurbaşkanının kişisel suçlarına ilişkin açık bir düzenlemenin yer almaması[52] ve hukuk devletinde cezaî sorumsuzluğun istisna olması[53] sebebiyle, bu dönemde Cumhurbaşkanının işlediği kişisel suçlardan sorumlu olduğu açıktır[54].

---

ilişkin bir düzenlemenin yer almamasıdır. (…) Ancak bu yorum yöntemi her ne kadar anayasa koyucunun iradesinin Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından da sorumsuzluğu yönünde olduğunu gösterse de, bizce de amaçsal yorum yöntemine dayanılarak doktrindeki hâkim görüşe uygun olarak Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı cezaî sorumluluğunun kabulü gerekmektedir." Yine bu yönde bkz. Zeki Hafızoğulları / Bülent Acar, "Cumhurbaşkanı Seçilme Yeterliliğinin 'Suç İsnadı Altında Bulunmama' Koşulu", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 65, Sayı: 2, 2007, s. 32; **TEZİÇ**, "Cumhurbaşkanının Sorumluluğu", s. 278-279.

50 Salt fıkranın lâfzını esas alan bu yoruma göre, anayasa koyucu, "vatana ihanet" addedilmesi mümkün olmayan suçlar açısından Cumhurbaşkanını sorumsuz kılmış; görev suçu olsun veya olmasın "vatana ihanet" niteliğindeki eylemler içinse özel bir muhakeme usûlü öngörmüştür. Bu görüşe yönelik haklı bir eleştiri için bkz. DERDİMAN, s. 508.

51 DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2011, s. 140; DERDİMAN, s. 508; DÖNMEZER/ERMAN, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, 2016, s. 351, kn. 529; HAKERİ, s. 130-131; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 742-743; ÖNDER, s. 102; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 192-194; ÖZKUL, s. 169; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 133, kn. 192; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 352; ZAFER, s. 108-109. Ayrıca bkz. GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 87: *"Bazı anayasalar cumhurbaşkanlarının kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğunu ayrıca belirtmişlerdir. Örneğin 1976 Portekiz Anayasasına göre, Cumhurbaşkanı 'görevi dışında işlediği suçlardan dolayı …' normal mahkemeler önünde sorumludur. (m. 133/4) 1975 Yunan Anayasası da 'görevinin ifasıyla ilgisi olmayan fiillerinden dolayı …' olan ceza soruşturmalarının Cumhurbaşkanının görev süresinin sonuna kadar askıya alınacağını öngörerek, cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı ceza sorumluluğunu kabul etmiştir. (m. 49/1)"*

52 DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2011, s. 140: *"Anayasa'da bununla ilgili bir düzenlemenin bulunmaması, Cumhurbaşkanlığı makamına duyulan saygının sonucudur."* Aynı yönde bkz. DÖNMEZER/ERMAN, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, 2016, s. 351-352, kn. 530. GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 87: *"Cumhurbaşkanının … kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğunun ayrıca anayasalarda belirtilmesine gerek yoktur. Zira cumhurbaşkanlarına tanınan sorumsuzluk ilkesinin geçerlilik alanı zaten, mahiyeti gereği göreviyle ilgili eylem ve işlemleri içindir. (…) cumhurbaşkanını kişisel suçlarından bağışık tutan bir hüküm olmadıkça cumhurbaşkanının göreviyle ilgili olmayan kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğu sonucuna varılabilir."* Yine bu yönde bkz. Ahmet Emrah Akyazan, "Kanunîlik İlkesi Çerçevesinde Cumhurbaşkanının Cezaî Sorumluluğu", **Erzurumluoğlu Armağanı**, Ankara Barosu Dergisi Yayınları, 2012, s. 12.

53 GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 87: *"(…) cumhurbaşkanını kişisel suçlarından bağışık tutan bir hüküm olmadıkça cumhurbaşkanının göreviyle ilgili olmayan kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğu sonucuna varılabilir. Bu sonuca 'ceza kanunlarının mecburîliği ilkesi'nden hareketle de ulaşabiliriz."* Aynı yönde bkz. ÖZKUL, s. 169.

54 AKYAZAN, s. 11; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 163; DÖNMEZER/ERMAN, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, 1987, s. 245, kn. 410; GÖREN, s. 250; GÖZÜBÜYÜK, s. 243; GÜNDÜZ, s. 168; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 51; İBA, s. 251; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 777; ÖZDEN, s. 19; SOYASLAN, s. 192; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 352, 354; YANIK, s. 96-97; ZAFER, s. 109; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2014, s. 342; Nevzat Toroslu / Halûk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, 2018, s. 86; Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, 2009.

Cumhurbaşkanının kişisel suçlarına ilişkin sorumluluğunun ne şekilde harekete geçirileceği ise, öğretide 9 Temmuz 2018 tarihine kadar tartışılagelmiş ve üzerinde mutabakata varılamamış bir meseledir[55]. Meselenin çözümünde Cumhurbaşkanının "Devlet Başkanı" sıfatına dikkat çeken ilk görüşe göre, "Türkiye Cumhuriyetinin ve Türk Milletinin birliğini temsil" eden Cumhurbaşkanının, tıpkı bu dönemin "milletvekili" sıfatını taşımayan bakanları gibi, milletvekili dokunulmazlığından yararlandırılması zorunlu olup dokunulmazlık kaldırılmadıkça sorumluluğun harekete geçirilmesi mümkün değildir[56,57,58]. İkinci bir görüşe göre, Cumhurbaşkanınca işlenen tipik bir fiilin "vatana ihanet" teşkil edip etmediği hususunda dahi TBMM'nin suçlandırma kararı alması gerektiğinden, aynı itham usûlüne kişisel suçlar açısından da evleviyetle başvurulması icap etmektedir[59]. Üçüncü bir görüşe göre ise, Cumhurbaşkanının

[55] 9 Temmuz 2018 öncesi dönemde, Anayasa'da konuya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesini Cumhurbaşkanlığı makamına duyulan saygıya bağlayan görüş için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, 1987, s. 245, kn. 410; GÖREN, s. 250. Aynı konuda Fransa'da yaşanan tartışma ve bu tartışmanın çözümü hakkında bkz. ÖZKUL, s. 175-176: *"... Fransız Cumhurbaşkanı Jacques Chirac'ın Cumhurbaşkanı iken, Cumhurbaşkanı olmadan önce Paris Belediye Başkanıyken bazı eylemlerinin soruşturulması gerektiğinde, Cumhurbaşkanının adi suçlarından ötürü yargılanabilip yargılanamayacağı tartışma konusu olmuştu. Fransız Anayasasının 68. maddesinin yürürlükte olan düzenlemesinde, Cumhurbaşkanının görevi sırasındaki eylemlerinden sadece 'Yüksek İhanet' durumunda sorumlu olacağı öngörülmekte ve görevi dışındaki suç iddiaları karşısındaki konumuna yönelik bir anayasal hüküm bulunmamaktaydı. Ancak yargı organları, bu hükmü geniş yorumlayarak, Anayasanın, bir cumhurbaşkanını cumhurbaşkanlığı sırasında yalnızca 'Yüksek İhanet'ten sorumlu tutulabileceğini öngördüğünü kararlaştırmışlar ve Cumhurbaşkanlığı devam ederken Chirac'ın da başka bir eyleminden ötürü yargılanamayacağına karar vermişlerdi. Bu olay sonrasında Fransız Anayasasında bir değişiklik gerçekleştirilmiş ve şu anki 67 ve 68. maddelerde, cumhurbaşkanının görevi devam ederken hiçbir adli işleme tabi tutulamayacağı, bu tür işlemlerin görevinin sona ermesini izleyen bir ayın bitiminden sonra yapılabileceği açıkça öngörülmüştür."*

[56] GÖREN, s. 250; İÇEL, s. 196-197; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 743-744; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 783, 785; ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 2014, s. 342; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 354; YANIK, s. 98; Ferhat Yıldız, "Cumhurbaşkanının Cezaî Sorumluluğu", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 100, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 185; Necmi Yüzbaşıoğlu, **Anayasa Hukuku El Kitabı**, Beta Yayıncılık, 2007, s. 124. Bu görüşe yönelik haklı bir eleştiri için bkz. TOROSLU/TOROSLU, s. 86: *"Cumhurbaşkanı seçilen kişinin Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona ereceğinden (AY m. 101), dokunulmazlığın kaldırılması usûlüne başvurulamaz."* Yine Cumhurbaşkanının dokunulmazlıktan yararlanamayacağı yönünde bkz. Hasan Tunç, **Türk Anayasa Hukuku**, Gazi Kitabevi, 2018, s. 273.

[57] Cumhurbaşkanının kişisel suçları yönünden "sorumlu, fakat dokunulmaz" olduğu, bu dokunulmazlığın görev süresince hiçbir şekilde kaldırılamayacağı ve Cumhurbaşkanının ancak görevi sona erdikten sonra yargılanabileceği yolundaki görüş için bkz. ATAR, s. 272; İBA, s. 251; ÖZDEN, s. 19; ÖZGENÇ, s. 638-639: *"... Cumhurbaşkanının dokunulmaz olduğunu kabul etmek bir zorunluluktur. Ancak, Anayasa'da açık hüküm bulunmadığı için, milletvekilleriyle ilgili olarak dokunulmazlığın kaldırılması yönündeki Anayasa hükümlerini Cumhurbaşkanı bakımından işletme imkânının bulunmadığını düşünmekteyiz. (...) Cumhurbaşkanının göreviyle bağlantılı olmaksızın işlediği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında soruşturma açılabilir. (...) açılan soruşturmada bekletme kararı verilmesi gerekir. ... görevinin sona ermesi hâlinde, ... soruşturmaya ... devam edilebilir. (...) Anayasa'da açık hüküm bulunmadığı için, Cumhurbaşkanlığı görevinin devam ettiği süre zarfında da dava zamanaşımı işlemeye devam eder."*

[58] 1982 Anayasası m. 105'te 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu m. 41'deki gibi "milletvekili dokunulmazlığı"na açık yollama yapılmadığından, biz bu görüşe katılmıyoruz. **1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu m. 41/1, c. 3**: Reisicumhurun hususatı şahsiyesinden dolayı mesuliyeti lâzım geldikte, işbu Teşkilâtı Esasiye Kanununun masuniyeti teşriiyeye taâlluk eden 17'nci maddesi mucibince hareket edilir.

[59] ALDIKAÇTI, s. 335; Nur Centel / Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayıncılık, 2012, s. 60; TOROSLU/TOROSLU, s. 86. Ayrıca bkz. DÖNMEZER/ERMAN, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, 2016, s. 353, kn. 531: *"Herhâlde Cumhurbaşkanının kişisel fiillerinden dolayı genel usûllere göre kovuşturmaya başlamak söz konusu olmamalıdır. Bu gibi hâllerde oluşacak Anayasa teamülü, muhtemel olarak,*

kişisel suçlarının muhakemesinde milletvekilliği dokunulmazlığına (AY m. 83) yahut vatana ihanetle suçlandırmaya (AY m. 105) ilişkin normların tatbiki mümkün değilse de, Cumhurbaşkanı, icra ettiği görev sebebiyle "görev süresi sonuna kadar" "hakkında kovuşturma yapılamayan bir kimse" kabul edilmeli, görev süresinin bitiminden ("kovuşturma engeli"nin kalkmasından) sonra ise herkes gibi genel mahkemelerde yargılanmalıdır[60]. Öte yandan, ayrıksı bir görüşe göre, Anayasa'da bu konuda bir boşluk vardır ve bu boşluk giderilmedikçe konu çözümsüz kalacaktır[61]. Nihayet bizim de katıldığımız görüşe göre ise, 9 Temmuz 2018'e kadar, Anayasa'da, kişisel suçlarından herkes gibi sorumlu olan Cumhurbaşkanının bu tür suçlarına özgü herhangi bir ceza muhakemesi şartı öngörülmediğinden, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri ile ilgisi bulunmayan suçlarına ilişkin muhakeme herhangi bir özellik arz etmemekte, kısacası CMK'deki usûle tâbî bulunmaktadır[62,63].

---

vatana ihanet hâlinde kovuşturma bakımından uygulanacak usûle uygun olacaktır. Ne var ki, yakın zamanda da gündeme gelen bazı tartışmalardan anlaşılacağı üzere, bu konuda henüz bir teamül oluştuğunu söylemek mümkün değildir. Doktrinde de belirtildiği üzere, doğrusu, konuya ait açık bir maddeye mevzuatta yer vermektir."

60 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 168-169; GÜNDÜZ, s. 170; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 51; ÖNDER, s. 103; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 194-195; SOYASLAN, s. 193-194. Yazarlar, Cumhurbaşkanının görevde olmasını kişisel suçların muhakemesinde "soruşturma engeli" değil, yalnızca bir "kovuşturma engeli" saymaktadır. Bu çözümü açıkça benimseyen Portekiz, Yunanistan ve İsrail Anayasalarındaki ilgili düzenlemeler için bkz. GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 88. Ayrıca bkz. ÖZKUL, s. 174-175: *"Kanımızca her ne kadar Anayasada bir usul öngörülmemiş ise de, cumhurbaşkanının kişisel suçundan dolayı sorumluluğu gündeme geldiğinde, milletvekili dokunulmazlığı benzeri bir dokunulmazlıktan yararlanması uygun olacaktır. (...) 'milletvekili dokunulmazlığı' yerine 'milletvekili dokunulmazlığı benzeri bir dokunulmazlık' terimini kullanmamızın bazı gerekçeleri vardır. Şöyle ki; cumhurbaşkanına tanınan dokunulmazlığın milletvekili dokunulmazlığının aksine kaldırılamaması ve Anayasanın 83. maddesindeki ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ile, milletvekili seçilmeden önce soruşturulmasına başlanmış olması durumunda Anayasanın 14. maddesindeki fiillere ilişkin istisnaya da tabi olmaması gerekir. (...) kanun koyucunun bilerek bıraktığı bu boşluğu yargı içtihatları ile doldurmak yerine, anayasa değişikliği ile konu hakkında düzenleme yapmak bize doğru çözüm yolu olarak gözükmektedir."*

61 CANDEMİR, s. 37, dpn. 23'ten mülhem olarak ARSLAN, s. 83. Yine bu yönde bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 194. Somut olaya uygulanacak özel bir normun yokluğu hâlinde, *argumentum a completudine* (bütünlük argümanı) metodu uyarınca, ilgili genel normun tatbiki yoluna gidilmesi gerektiğinden, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Anılan yorum yöntemi için bkz. Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2010, s. 222.

62 Aynı yönde bkz. AKYAZAN, s. 13; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2011, s. 140; DERDİMAN, s. 509; GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 331; GÖZÜBÜYÜK, s. 243; GÜLFİDAN, s. 160; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 133, kn. 192.

63 Türk anayasa tarihinden örnekler için bkz. ÖNDER, s. 103: *"Uygulamamız da, cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumluluğunu kabul ederek ... Celâl Bayar'ın Amerika'dan beraberinde getirdiği silâh ve mermilerini yurda gümrüksüz sokması fiili sebebiyle cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir. (5. CD, 04/10/1962, 3607/3348)"* Ayrıca bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 330: *"2009 yılında ... Abdullah Gül'ün Cumhurbaşkanı seçilmeden önceki dönemde işlediği iddia edilen bir evrakta sahtecilik suçu hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdi. ... itiraz ... üzerine Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesi ... kovuşturmaya yer olmadığı kararını Cumhurbaşkanına kişisel suçlarından dolayı bir dokunulmazlık tanınmadığı ... gerekçesiyle kaldırdı. (9.6.2009) Bunun üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Adalet Bakanlığının kararın 'kanun yararına' bozulması istemli başvurusunu Yargıtaya gönderdi. (8.9.2009) Yargıtay 11. Ceza Dairesi, Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bu kararını 'kanun yararına' bozdu. (16.6.2010) ve böylece ... Gül hakkında ceza davası açılamadı. Ancak Yargıtay 11. Ceza Dairesi, söz konusu kararı, şikâyet edenin suçtan zarar görmediği ve dolayısıyla şikâyet etme hakkı bulunmadığı gerekçesiyle bozmuştur. (...) Dolayısıyla Yargıtayın bu kararı, görevdeki Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı yargılanamayacağı anlamına gelmemektedir."*

B. 9 Temmuz 2018 Sonrasında

6771 sayılı Kanun ile değiştirilen AY m. 105'in ilk ve son fıkralarına göre, *"Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tam sayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir. (...) Cumhurbaşkanının görevde bulunduğu sürede işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da bu madde hükmü uygulanır."* Hükmün lâfzından kolaylıkla anlaşıldığı üzere, önceden Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğuna ilişkin olarak yapılan "görev suçu-kişisel suç" ayrımı 9 Temmuz 2018 itibarıyla ortadan kaldırılmış[64]; bir yandan "tam sorumlu[65]" hâle getirilen Cumhurbaşkanı, diğer yandan güçlü ceza muhakemesi şartları (muhakeme engelleri) ile korumaya alınmıştır[66].

Değişikliğin görev suçları bakımından doğurduğu yenilik, Cumhurbaşkanının bundan böyle "vatana ihanet vasfını taşısın veya taşımasın" tüm görev suçlarından tam sorumlu olmasıdır[67]. Böylelikle, "Devlet Başkanı" sıfatı "vatana ihanet" sayılmayan görev suçları bakımından "şahsî cezasızlık sebebi" olmaktan çıkarılmış, "vatana ihanet" kavramının kanunîlik ilkesi yönünden yarattığı sorunlar "9 Temmuz 2018 sonrasında işlenen suçlarla sınırlı olmak üzere[68]" giderilmiştir[69].

Değişikliğin kişisel suçlar açısından doğurduğu yenilik ise, bu tür suçların muhakemesinin de -tıpkı 9 Temmuz 2018 öncesinde "vatana ihanet" niteliğinde kabul edilen suçların muhakemesinde olduğu gibi- ayrıca düzenlenmiş ve görev suçları ile aynı ve daha güçlü (AY m. 105'de gösterilen) şartlara tâbî kılınmış

---

64 Buna karşılık, söz konusu ikili ayrım, örneğin AY m. 148/7 hükmünde, Genelkurmay Başkanı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlarının cezaî sorumluluğu bakımından muhafaza edilmiş; bu kişileri görev suçlarından ötürü yargılama yetkisi yine Yüce Divanda bırakılmıştır.

65 Aynı yönde bkz. Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 156; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2018, s. 817; Ömer Keskinsoy, **Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku**, Monopol Yayınevi, 2018, s. 430; ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 2017, s. 317; TUNÇ, s. 272. Karşılaştırmalı hukukta cumhurbaşkanını cezaî açıdan "tam sorumlu" kabul eden bir başka örnek ("Portekiz" örneği) için bkz. GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 90-91.

66 Vahap Coşkun, "Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 36, 2017, s. 20: *"Kanunun savunucularına göre, Cumhurbaşkanının her suç için yargılanabilir hale gelmesi, hem cezai sorumluluğun kapsamını genişletiyor hem de cumhurbaşkanının yargılanmasını kolaylaştırıyor. Fakat maddeye derinlemesine bakıldığında bu tezin gerçekliğe pek tekabül etmediği fark ediliyor."*

67 Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğunun 9 Temmuz 2018 öncesinde de "tam" olduğu yolundaki ayrıksı görüş için bkz. GÜLFİDAN, s. 166-168. (Bkz. dpn. 13.)

68 9 Temmuz 2018 öncesinde Cumhurbaşkanlığı yapmış kişilerin o dönem işledikleri "vatana ihanet niteliğinde olmayan görev suçları"na müteallik sorumsuzlukları devam ettiğinden, "vatana ihanet" kavramı hâlen önemini korumaktadır. Bu konuda, ileride bkz. "AY m. 105 Hükmünün Zaman Yönünden Uygulanması" başlıklı kısım.

69 Görev suçlarında sorumluluğun kapsamını genişletmesi açısından olumlu bulduğumuz bu düzenleme, sorumluluğun tahriki açısından aradığı nitelikli çoğunluk ile ileride değinilecek diğer sorunlar sebebiyle ağır eleştirilere de müstahaktır.

olmasıdır[70]. Cumhurbaşkanının kişisel suçlarının ne zaman ve ne şekilde soruşturulup kovuşturulacağına ilişkin tartışmalara son vermesi bakımından olumlu karşılanabilecek bu değişiklik, Cumhurbaşkanını görev ve yetkileri ile ilgisi bulunmayan suçları yönünden bertaraf edilmesi güç bir zırha kavuşturarak pratikte sorumsuzlaştırması ve bu suçlara ilişkin kovuşturma yetkisini genel mahkemelerden alıp Yüce Divana vermesi sebebiyle haklı eleştirilere maruz kalmıştır[71].

Kanaâtimizce, gerek Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğunun kapsamına ilişkin olarak 9 Temmuz 2018'e dek süregelen tartışmalara son vermesi gerekse ziyadesiyle güçlü yetkilerle donatılan ve dilediği takdirde bir siyasî partiye "genel başkan" dahi olabilen cumhurbaşkanına sorumsuzluk sahası bırakmaması[72] açısından yerinde olan bu değişiklik, sorumluluğun tahriki önünde bertaraf edilmesi "mümkün, fakat gayrimuhtemel (*possible, but not probable*)" bir muhakeme engeli yaratması itibarıyla güçlü bir tenkiti hak etmektedir[73].

II. CUMHURBAŞKANININ CEZAÎ SORUMLULUĞUNUN HAREKETE GEÇİRİLMESİ USÛLÜ

A. 9 Temmuz 2018 Öncesinde

Cumhurbaşkanı, 9 Temmuz 2018 öncesinde, öğretideki hâkim görüşe[74] ve uygulamaya[75] göre, gerek görevdeyken gerekse göreve başlamadan önce işlediği tüm kişisel suçlarından sorumlu olup fikrimizce[76] bu tür (görev ve yetkileri ile

[70] Aynı yönde bkz. KESKİNSOY, **Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku**, s. 430; ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 2017, s. 318.

[71] ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 2017, s. 318; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 356: *"Bu düzenlemede dikkati çeken temel özellik, Cumhurbaşkanının sadece göreviyle ilgili işlediği suçlardan değil, işlediği her türlü suçtan dolayı, üstelik gerek soruşturma açma önergesi verilirken, gerek soruşturma açılması kararı alınırken, gerekse Yüce Divana sevk kararı verilirken, karar nisaplarının, adeta Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğunu işlevsiz kılacak ölçüde ağırlaştırılmış olduğudur. Bu düzenlemenin, bir hukuk devletinde, Cumhurbaşkanının özellikle görevi ile ilgili olmayan suçları bakımından sorunlu olduğu aşikârdır."* Yine bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 818-819: *"Cumhurbaşkanının kişisel suçları için neden ... TBMM ve ... Yüce Divan meşgul edilmektedir? (...) Yüce Divan ceza hâkimlerinden oluşmuş bir mahkeme değildir. (...) aranan ... yeter sayılar ... Cumhurbaşkanını sadece görevine ilişkin suçlarından dolayı değil, kişisel suçlarından ... da pratikte sorumsuz (...) 'kral' hâline getirir."* Aynı yönde bkz. COŞKUN, s. 21. Bize göre 9 Temmuz 2018'e kadar Cumhuriyet Başsavcılıklarına ait olan "Cumhurbaşkanının kişisel suçlarını soruşturma" yetkisi de, bu değişiklikle Cumhuriyet Başsavcılıklarından alınıp TBMM'ye verilmiştir.

[72] GÖZLER, s. 817; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 355-356: *"Bu yeni sistemde artık Cumhurbaşkanı tarafsız, hakem niteliğiyle yürütmenin sembolik başı değil; siyasî tercihleri, yetki ve sorumluluklarıyla tek başına yürütmenin kendisidir. Böyle olunca, Cumhurbaşkanının sorumluluğu da yetki ve görevlerine paralel olarak yeniden düzenlenmiştir."* Diğer yandan, "monist yürütmenin başı" olan Cumhurbaşkanı aynı zamanda "devletin başı" sıfatını da hâlen taşıdığından, anayasa koyucu, Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğunun tahrikini güçleştirmiştir.

[73] Milletvekili genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin artık birlikte yapılacağı ve Cumhurbaşkanının TBMM'de en çok sandalyeye sahip siyasî partinin bir mensubu -hatta şu anda olduğu gibi "genel başkanı"- olabileceği dikkate alındığında, Cumhurbaşkanı hakkında TBMM'ye soruşturma önergesi verilmesi olasılığının dahi hayli düşük olduğu söylenebilir.

[74] Aksi görüş için bkz. ÇOBAN/ERDAĞ, s. 184; HAFIZOĞULLARI/ACAR, s. 32; TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 507.

[75] Bkz. dpn. 63.

[76] Aynı yönde bkz. AKYAZAN, s. 13; DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2011, s. 140; DERDİMAN, s. 509; GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2000, s. 538; GÖZÜBÜYÜK, s. 243; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 133, kn.

ilgisi bulunmayan) suçlara ilişkin sorumluluğunun harekete geçirilmesinde izlenecek usûl, CMK'de gösterilen genel muhakeme usûlüdür.

"Vatana ihanet" niteliğindeki görev suçlarına ilişkin sorumluluğun hareketi geçirilme usûlü ise, AY m. 105/3 ile TBMM İçtüzüğü m. 114[77]'ün değiştirilmeden önceki şeklinde gösterilmiştir. "Ceza muhakemesi şartı" içeren bu hükümlere göre, görevde bulunan veya görevden ayrılmış Cumhurbaşkanının vatana ihanetten mahkûm edilebilmesi için; öncelikle TBMM üye tam sayısının en az üçte birinin (184 milletvekilinin) TBMM Başkanlığına yazılı suçlandırma önergesi vermesi, bu önergede "dayanılan ceza normu ile müsnet fiilin vatana ihanet olarak nitelenme gerekçesinin gösterilmesi", derhâl TBMM'nin bilgisine sunulan bu önergenin yedi gün sonraki birleşimde "Cumhurbaşkanının sözlü veya yazılı savunması alındıktan sonra" işaret oyuyla oylanması, TBMM'nin asgarî 413 milletvekilinin (üye tam sayısının en az dörtte üçünün) oyuyla Cumhurbaşkanını Yüce Divana sevk etmesi ve kovuşturmayı yürürlükteki kanunlara göre yürüten Yüce Divanın mahkûmiyet kararı vermesi gerekmektedir[78]. 9 Temmuz 2018 tarihine dek öğretide yaygın kabul gören -fakat bizim katılmadığımız- görüşe[79] göre, Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevi sevk ile sona ermekte ve Cumhurbaşkanı "beraât etse dahi" yeniden seçilmedikçe göreve dönememek-

192.

77 **TBMM İçtüzüğü m. 114'ün önceki şekli**: **(1)** Anayasa'nın 105'inci maddesinin son fıkrası gereğince, görevde bulunan veya görevden ayrılmış olan Cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı suçlandırılmasını isteyen önerge, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte birinin imzasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına verilir. **(2)** Bu önerge derhâl Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur; suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanına bildirilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulmasından başlayarak yedi gün sonraki birleşimin gündemine alınır. **(3)** Bu birleşimde, suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanının da dinleneceği bir görüşmeden sonra, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az dörtte üçünün oyuyla suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanının Yüce Divana sevkine karar verilebilir. Suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanı, isterse, savunmasını yazılı olarak gönderebilir. Bu savunma Genel Kurulda aynen okunur. **(4)** Birinci fıkrada söz konusu önerge ile üçüncü fıkrada söz konusu Yüce Divana sevk kararında, hangi ceza hükmüne dayanıldığı ve suçlandırılması istenen Cumhurbaşkanınca işlendiği ileri sürülen suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiği belirtilir.

78 Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğunun 9 Temmuz 2018 öncesinde de "tam" olduğu ve Cumhurbaşkanını görev suçlarına ilişkin olarak itham etme görevi ve yetkisinin TBMM'ye değil, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ile Başsavcıvekiline ait bulunduğu yolundaki ayrıksı görüş için bkz. GÜLFİDAN, s. 166-168.

79 Yüce Divana sevk edilen bakanların bakanlıktan düşeceğine ilişkin mülga AY m. 113/3 hükmünden hareketle, bakanlara kıyasla daha nitelikli bir çoğunlukla ve üstelik "vatana ihanet"le suçlanan Cumhurbaşkanının da Yüce Divana sevk kararı ile birlikte görevden düşmüş sayılacağı yolundaki görüş için bkz. ATAR, s. 271; ÇOBAN/ERDAĞ, s. 177; DERDİMAN, s. 508; DÖNMEZER/ERMAN, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, 1987, s. 243-244, kn. 409; Mustafa Erdoğan, **Türk Anayasa Hukuku**, Hukuk Yayınları, 2018, s. 171; GÖREN, s. 254-255; ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 2014, s. 343; SABUNCU, s. 241-242; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 354; TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 509; YILMAZ, s. 187; YÜZBAŞIOĞLU, **Anayasa Hukuku El Kitabı**, s. 125: *"... Meclisin dörtte üç çoğunlukla Yüce Divana sevk ettiği bir Cumhurbaşkanının, mahkûm olmasını beklemeden görevden düşmüş sayılması demokratik teamüller gereğidir."* Ayrıca bkz. ÖZKUL, s. 179-180: *"... vatana ihanet ile suçlanan cumhurbaşkanının, hiçbir görevini ifa edemeyeceği ortadadır. Bu sebeple, Anayasada açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, vatan ihanet ile suçlanıp Yüce Divan'a sevk edilen cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı sıfatını yitirdiğini kabul etmek gerekir. Ancak bu karar hangi organ tarafından alınabilir? Tereddütleri gidermek için Anayasal bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu açıktır."*

tedir[80].

Hemen aşağıda ve "AY m. 105 Hükmünün Zaman Yönünden Uygulanması" başlıklı kısımda etraflıca ele alınacağı üzere, 9 Temmuz 2018 öncesine ilişkin bu tahrik usûlü, 6771 sayılı Kanun ile ciddi değişikliklere uğramıştır.

B. 9 Temmuz 2018 Sonrasında

1. Soruşturma Evresi

a. Soruşturma Önergesinin Verilmesi

Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğunun harekete geçirilmesinde ilk adımı oluşturan "soruşturma önergesi" 6771 sayılı Kanun'un getirdiği, kendine has bir "olumlu ceza muhakemesi şartı[81]"dır. AY m. 105/1, c. 1 hükmü uyarınca, *"Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir."* AY m. 75'e göre *"Türkiye Büyük Millet Meclisi genel oyla seçilen altı yüz milletvekilinden oluşur."* Buna göre, Cumhurbaşkanı hakkında soruşturma açılabilmesi için önce TBMM'ye bir soruşturma önergesi verilmesi, bunun içinse 301 milletvekilinin bu yönde bir irade ortaya koyması gerekmektedir. TBMM İçtüzüğü m. 114'ün "6771 sayılı Kanun ile değişik AY m. 105" hükmüne uyumlulaştırılmış şeklinde[82] bu hususa açıkça yer verilmemiş ise de,

---

80 Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının "masumiyet karinesi uyarınca" görevine devam edeceği yolundaki -bizim de katıldığımız- görüş için bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 166; GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2000, s. 541; GÜLFİDAN, s. 137; GÜNDÜZ, s. 166; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 774; TAŞKIN, s. 404-405; TEZİÇ, "Cumhurbaşkanının Sorumluluğu", s. 280. Necmi Yüzbaşıoğlu, **Anayasa Hukuku Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2003, s. 101-102: *"... cezaî sorumluluğu amaçlayan bu sorumluluk hâli, suçlu bulunması hâlinde, Cumhurbaşkanının görevden uzaklaşmasına ve dolayısıyla siyasî sorumluluğa da yol açabilmektedir."* Yine bu yönde bkz. ÖZTÜRK, s. 93-94: *"... Yüce Divan, Cumhurbaşkanının görevine devam etmesinin sakıncalı olacağı kanısında ise, örneğin Cumhurbaşkanının delilleri kararlarabileceğinden endişe ediliyorsa 'işten el çektirme' koruma tedbirine (m. 49 AY, m. 137 vd. DMK) başvurabilir. Bir hukuk devletinde, yalnızca bir dava açılması işlemi, otomatik olarak kamu görevinden yasaklılık sonucunu doğurmaz. Bu nedenle, hakkında kamu davası açılan Cumhurbaşkanı, mahkûm edilmiş olmadıkça Cumhurbaşkanı sıfatını muhafaza eder."*

81 CENTEL/ZAFER, s. 570; Nevzat Toroslu / Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, 2017, s. 45-47: *"Kural, bir suç işlendiği haberi ... görevli makamlara ulaştığında, bunların kendiliklerinden harekete geçmeleri ve ceza muhakemesini başlatmalarıdır. Ancak, bazen bu faaliyetin yapılabilmesi, çeşitli suç ve ceza politikası nedenleriyle, birtakım şartların varlığına bağlanabilir. Bu şartlar gerçekleşmediği sürece muhakemeyi başlatmak veya devam ettirmek ve sanığı cezalandırmak mümkün değildir. Söz konusu şartlara 'ceza muhakemesi şartları' adı verilmektedir. (...) Ceza davasının açılabilmesi ve yargılamanın yapılabilmesi için gerçekleşmesi istenen şartlar müspet şartlardır. Örneğin, şikâyetin yapılması, iznin verilmesi gibi. Buna karşılık, ... gerçekleşmemesi istenen şartlar, menfi şartlardır. (...) Muhakeme şartları, etkilerine göre de ikiye ayrılabilir. Gerçekleşmemesi her türlü muhakeme faaliyetine engel olan şartlar ve gerçekleşmemesi sadece kovuşturmaya (yargılamaya) engel olan şartlar gibi."*; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 574: *"Muhakeme şartları gerçekleşmeleri bakımından muhakeme için şart, gerçekleşmemeleri bakımından da bir engeldir."*

82 **TBMM İçtüzüğü m. 114/1**: Görevde bulunan veya görevden ayrılmış olan Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir.

sözlük tanımı[83] itibarıyla önergenin yazılı olması zorunludur[84].

Kanaâtimizce, TBMM üye tam sayısının salt çoğunluğu, "soruşturmanın açılması" kararı için makbûl bir yeter sayı ise de, "soruşturma açılmasının istenmesi" bakımından yüksek bir eşik olup Cumhurbaşkanının suç işlediği yolundaki iddiaların TBMM gündemine alınabilmesini hayli zorlaştıran "gerçekleştirilmesi güç bir muhakeme şartı" niteliğindedir.

b. Soruşturmanın Açılması ve Sonuçları

AY m. 105/1, c. 2 ve TBMM İçtüzüğü m. 114/2-3 uyarınca; önergeyi en geç bir ay içinde görüşmek zorunda olan TBMM, derhâl bilgisine sunulan önergeyi yedi gün sonraki birleşimin gündemine alacak; sırasıyla, önergeyi verenlerden ilk imza sahibinin veya onun göstereceği bir diğer imza sahibinin, şahısları adına üç milletvekilinin ve -tercih etmesi hâlinde, o sırada görevde bulunsun veya bulunmasın- ilgili Cumhurbaşkanının konuşacağı bir görüşmeden sonra, üye tam sayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilecektir. Buna göre, 9 Temmuz 2018 öncesinde, TBMM üye tam sayısının üçte birinin (en az 184 milletvekilinin) teklifiyle doğrudan başlatılabilen soruşturma, bundan böyle asgarî 301 milletvekilinin önergesi ve 360 milletvekilinin kabulü ile açılabilecektir. Soruşturmanın başlatılabilmesi için aranan nitelikli çoğunluğun üye tam sayısının üçte birinden beşte üçüne çıkarılması "vatana ihanet" niteliğindeki görev suçları bakımından dahi eleştiriye müstahak iken, bu değişikliğin kişisel suçlar bakımından savunulmasına imkân yoktur. Zira, 9 Temmuz 2018 öncesinde, görev ve yetkileri ile ilgisi bulunmayan bir suçu işlediği şüphesiyle, hakkında yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından doğrudan doğruya soruşturma başlatılabilen Cumhurbaşkanının, bugün, bu basit muhakeme işlemine karşı -ilki "salt çoğunluk" ve ikincisi "beşte üç çoğunluk" olmak üzere- böylesine güçlü iki zırh ile donatılmış olması, Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğunun harekete geçirilmesini pratikte son derece güçleştirmekte ve Cumhurbaşkanının fiilen bir monark gibi sorumsuzlaştırılmak istendiğini düşündürmektedir[85].

Hükümde önergenin görüşülmesine ilişkin olarak belirlenen bir aylık âzamî süre "kesin süre" niteliğinde olup kanaâtimizce bu süreye uyulmaması hâlinde TBMM'nin "soruşturma açma" yetkisinin ortadan kalktığı kabul edilmeli ve bu eylemsizlik "soruşturmaya yer olmadığına dair örtülü bir karar" şeklinde anlaşılmalıdır. TBMM'nin, buna rağmen, bir aylık âzamî süre dolduktan sonra

---

83 TDK Güncel Türkçe Sözlük tanımına göre, önerge, *"Meclis, kongre vb. resmî bir toplantıda, herhangi bir konu veya sorunla ilgili olarak bir öneride bulunmak için üyelerden biri veya birkaçı tarafından başkanlığa verilen, oya sunularak karar verilmesi istenen yazılı kâğıt, takrir"* anlamına gelmektedir. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts (Erişim tarihi: 20/03/2019)

84 *"İmza"*dan söz edilen TBMM İçtüzüğü m. 114/3 hükmü de bu görüşü doğrular niteliktedir.

85 Aynı yönde bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 819-820; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 356.

soruşturma önergesini kabul edip neticeten "Yüce Divana sevk" kararı alması durumunda ise, bu esaslı hukuka aykırılık hâli, Yüce Divanın "iddianamenin iadesi" (AMKYUHK m. 57/3) yoluna gitmesiyle giderilmelidir[86]. Bununla birlikte, TBMM üye tam sayısının salt çoğunluğunun Cumhurbaşkanı hakkında yeni bir soruşturma önergesi (AY m. 105/1, c. 1) vermesine ise hiçbir engel bulunmamaktadır.

Soruşturmanın açılabilmesi için asgarî 360 milletvekilinin oyuna ihtiyaç olup oylamanın parti disiplininden uzak hareket etmeye olanak veren "gizli oylama[87]" usûlüyle yapılması isabetlidir. Gizli oylama yapılması yönündeki bu hüküm, şüphesiz, "emredici (aksi kararlaştırılamaz)" niteliktedir.

Hakkında soruşturma açılmasıyla "şüpheli" (CMK m. 2/1-a) statüsüne giren Cumhurbaşkanı, AY m. 104'te kendisine tanınan "seçimleri yenileme" yetkisini yitirecektir[88]. (AY m. 105/4) Buna karşılık, işbu hüküm, üye tam sayısının asgarî beşte üçünün oyuyla Cumhurbaşkanı hakkında soruşturma açılmasına karar veren TBMM'nin, yine aynı nitelikli çoğunlukla seçimleri yenileme (AY m. 116/1) kararı almasına engel oluşturmamaktadır. Bu hâlde, TBMM genel seçimi ile cumhurbaşkanı seçimi birlikte yapılacaktır. Hakkında soruşturma açılmış olan Cumhurbaşkanının yeniden Cumhurbaşkanı adayı olmasına ise bu bakımdan bir mâni bulunmamaktadır[89]; zira Cumhurbaşkanı bu aşamada henüz "hükümlü" (AY m. 101/1, 76/2) değil, "şüpheli"dir.

Nihayet, asgarî 360 üyenin soruşturma önergesini kabul etmesiyle "şüpheli" statüsüne giren Cumhurbaşkanı, kural olarak, CMK'nin bu muhakeme süjesi için öngördüğü tüm hak ve yükümlülüklerin sahibi ve muhatabı olacaktır. Aynı şekilde, "iddia makamı" olan TBMM, soruşturmayı yürütürken Anayasa ve TBMM İçtüzüğü'nün ilgili hükümlerinin yanı sıra, CMK'yi de dikkate almak mecburiyetindedir[90].

c. Soruşturmanın Yürütülmesi

AY m. 105/2 uyarınca, *"Soruşturma açılmasına karar verilmesi hâlinde,*

---

86 Yüce Divana sunulduğu tarihten itibaren on beş gün içinde iade edilmeyen iddianame "kabul edilmiş" sayılır ve kovuşturma evresi başlar. (CMK m. 174/1 ve 3)

87 **TBMM İçtüzüğü m. 148:** Milletvekillerine, beyaz, yeşil ve kırmızı renkte üç yuvarlak birden verilir. Bunlardan oy olarak kullanılacak yuvarlak, bunun için gösterilen kutuya atılır. Diğer iki yuvarlak ayrıca belirtilen yere bırakılır.

88 AY m. 105/4'te yer verilen "seçim kararı alma yasağı", fikrimizce, soruşturma ve kovuşturma evreleri boyunca sürecek; muhakemenin o veya bu şekilde sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Düzenlemenin yarattığı haklı bir endişe için bkz. COŞKUN, s. 22: *"... Meclisin soruşturma kararı vermesine kadar, Cumhurbaşkanı bu yetkisini kullanabilir. Dolayısıyla, hakkında 301 vekilin soruşturma açılmasını istediği bir Cumhurbaşkanı, Mecliste havanın aleyhine döndüğünü görür ve soruşturma kararının çıkacağını düşünürse, seçimlerin yenilenmesi yetkisini kullanıp Meclisi dağıtabilir ve yargılanmasının önüne geçebilir."*

89 Cumhurbaşkanı seçilme yeterliliğine ilişkin AY m. 101/1 hükmünde "suç isnadı altında bulunmamak" şeklinde örtülü bir şartın yer aldığı yolundaki "masumiyet karinesine aykırı" sav için bkz. HAFIZOĞULLARI/ACAR, s. 31-34. Bu şartı *de lege ferenda* savunan yazar için bkz. GÜNDÜZ, s. 171.

90 YANIK, s. 123.

Meclisteki siyasî partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her siyasî parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak on beş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi hâlinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir."

Komisyonun kurulma[91] ve çalışma[92] usûlüne yönelik bir eleştirimiz bulunmamakla birlikte, TBMM'deki siyasî partilerin Komisyona aday göstermekten kaçınması[93] olasılığına karşı bir önlem alınmamış olması ciddi bir eksikliktir. Diğer yandan, rapor teslimi için belirlenen üç aylık âzamî sürenin aşılması[94] ve akabinde Yüce Divana sevk kararı alınması hâlinde ise, fikrimizce, Yüce Divan, bu durumu "esaslı hukuka aykırılık" hâli kabul etmeli ve AMKYUHK m. 57/3 uyarınca "iddianamenin iadesi" yoluna gitmelidir[95]. Zira, üç aylık âzamî süre ile anayasa koyucu, şüphelinin ilânihaye töhmet altında kalmasını önlemeyi hedeflemektedir. Nitekim, Yüce Divan da bu kanaâttedir[96].

d. Soruşturma Komisyonu Raporunun Genel Kurulda Görüşülmesi

AY m. 105/3, c. 1-2 uyarınca, Komisyonun "Yüce Divana sevk" yönündeki[97] yahut aksi yöndeki[98] raporu, Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde milletvekillerine dağıtılır ve dağıtımından itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. TBMM İçtüzüğü m. 114'ün 10 ve 11'inci fıkraları uyarınca, bu görüşmede, komisyona, şahısları adına altı milletvekiline ve hakkında soruş-

91 **TBMM İçtüzüğü m. 114/4-5**.

92 **TBMM İçtüzüğü m. 114/6-7**: Soruşturma komisyonu üye tam sayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir. Komisyonun çalışmaları gizlidir. Bu komisyona kendi üyeleri dışındaki milletvekilleri katılamazlar.

93 YANIK, s. 247-250: *"... eski bakanlar İsmail Safa Giray ve Cengiz Altınkaya'nın ... vekilleri, Anayasa'nın 100. maddesinin Soruşturma Komisyonunun 15 üyeden oluşacağını belirten açık kuralına karşın, Anavatan Partisinin üye vermemesi nedeniyle Komisyonun 11 kişiyle oluşmasının Anayasaya ... aykırı olduğunu ... ileri sürerek, Yüce Divana sevk kararlarının yoklukla sakatlığının tespitine karar verilmesini istemişlerdir. (...) Yüce Divan, bu konudaki diğer bir içtihadını ise, eski bakan Yaşar Topçu hakkında ... vermiş (...) Meclis Soruşturma Komisyonlarının eksik üyeyle toplanmasını ve çalışmasını Anayasaya aykırı görmemiştir. Bu nedenle, bir parti Komisyona hiç (aday göstermese) veya eksik aday gösterse bile, onun yerine başka partiler aday göstermemelidir. Zira, Komisyonun toplantı ve karar yeter sayısı sağlandığı sürece, eksik üye sorun olmayacaktır. (...) Bununla beraber ... asgarî toplantı yeter sayısında ... üyeden oluşan bir komisyon kurulamıyorsa TBMM'nin önergeyi reddettiğini kabul etmek gerekir."*

94 Yüce Divan sanığı eski bakanlar İsmail Safa Giray ve Cengiz Altınkaya'nın "önceki düzenlemede yer alan âzamî dört aylık sürenin hak düşürücü süre olduğu" yolundaki iddiasına ve bu iddiaya müstenit itirazına ilişkin ret kararı için bkz. Yüce Divan, 12.04.1995, E. 1993/1, K. 1995/1. Aksi yönde bir başka karar için bkz. Yüce Divan, 26.05.2006, E. 2004/5, K. 2006/2. (Aktaran: YANIK, s. 251.)

95 Aynı yönde bkz. YANIK, s. 251.

96 Örneğin bkz. Yüce Divan, 26.05.2006, E. 2004/5, K. 2006/2.

97 TBMM İçtüzüğü m. 114/12 mucibince, komisyonun Yüce Divana sevk yönündeki raporlarında hangi ceza hükmüne dayanıldığının belirtilmesi zorunludur.

98 **TBMM İçtüzüğü m. 114/13**: Komisyonun Yüce Divana sevk etmeme yönündeki raporlarının reddi, ancak Yüce Divana sevke dair verilen ve sevk kararının hangi ceza hükmüne dayanacağını gösteren bir önergenin kabulüyle mümkün olur.

turma açılması istenen Cumhurbaşkanına söz verilir. Son söz "sınırsız konuşma olanağı[99]" tanınan Cumhurbaşkanına ait olup Cumhurbaşkanı "Genel Kurulda aynen okunmak üzere" TBMM Başkanlığına sunacağı yazılı bir savunmayla da yetinebilir. Görüşmeler tamamlandıktan sonra komisyon raporu Genel Kurulca karara bağlanır.

TBMM'nin Cumhurbaşkanını Yüce Divana sevk edebilmesi için üye tam sayısının üçte ikisinin (400 milletvekilinin) bu yöndeki gizli oyuna ihtiyaç olup karar yeter sayısına ulaşılamaması hâlinde eldeki oylama neticesi "kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (takipsizlik kararı)" olarak anlaşılmalıdır. "Yüce Divana sevk" için aranan nitelikli çoğunluğun, Cumhurbaşkanının yargılanmasını kabul edilemez ölçüde güçleştirdiği açıktır.

e. Cumhurbaşkanının Yüce Divana Sevki ve Sonuçları

TBMM, üye tam sayısının üçte ikisinin (400 milletvekilinin) "gizli oyuyla[100]" Cumhurbaşkanını Yüce Divana sevk etmeye karar verebilir. (AY m. 105/3, c. 2) TBMM İçtüzüğü m. 114/12[101] uyarınca, Yüce Divana sevk kararında, hangi ceza hükmüne dayanıldığı belirtilir. 105'inci maddede yapılan değişikliklerle genel olarak Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğunun tahrikini güçleştirme gayreti içerisinde görünen tâlî kurucu iktidarın, Cumhurbaşkanının Yüce Divana sevki için gereken nitelikli çoğunluğu üye tam sayısının dörtte üçünden üçte ikisine indirmesi şaşırtıcı ve de isabetli olmuştur[102]. Zira, soruşturma konusu suçu gerçekte işlemiş olsun veya olmasın, 400 milletvekilince itham edilen bir Cumhurbaşkanının Yüce Divanda yargılanmasında her hâlde yüksek bir kamu yararı vardır. Bu yargılama sayesinde, ya suçlu bir Cumhurbaşkanı mahkûm edilecek ya da suçsuz fakat töhmet altında bırakılan bir Cumhurbaşkanı beraât edecektir.

Anayasa'da öngörülen nitelikli çoğunluğa ulaşılamaması hâlinde ise, oylama neticesi ("Yüce Divana sevk etmeme kararı") "kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (takipsizlik kararı)" şeklinde anlaşılmalıdır[103].

---

99 Hüküm, şüpheli Cumhurbaşkanına "*filibuster*" olanağı tanıyor gibi gözükmekteyse de, kanımızca, sonu gelmeyen bir "son söz" konuşması, "hakkın kötüye kullanıldığı" gerekçesiyle, soruşturma makamınca (TBMM'ce) kesilebilecektir. Böyle bir durumda, Cumhurbaşkanının sözünün kesilmesinin "iddianamenin iadesi" (AMKYUHK m. 57/3) sebebi sayılıp sayılmayacağına şüphesiz Yüce Divan karar verecektir.

100 "Gizli oylama" usûlünün benimsenmesi, AY m. 105/1, c. 2'de olduğu gibi, burada da isabetli olmuştur. Aynı yönde bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 820.

101 **TBMM İçtüzüğü m. 114/12**: Komisyonun Yüce Divana sevk yönündeki raporları ile Genel Kurulun Yüce Divana sevk kararlarında hangi ceza hükmüne dayanıldığı belirtilir.

102 YANIK, s. 103: *"Aslında bu oran, hem 1961 Anayasasının ilgili 99. maddesinde hem de 1982 Anayasasının Danışma Meclisince hazırlanan metninde üçte iki iken, MGK tarafından hiçbir gerekçe gösterilmeden dörtte üç olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklikle, kurucu iktidar, daima askerlerden olacağı öngörülen Cumhurbaşkanının yargılanmasını zorlaştırmak istemiştir."*

103 İtiraz (CMK m. 173) yoluyla sulh ceza hâkimliği denetimine sunulamayan bu karar, Cumhurbaşkanı hakkında yeni bir soruşturma önergesi verilmesine (AY m. 105/1, c. 1) ve soruşturma açılmasına (AY m. 105/1, c. 2) engel

Hakkındaki iddianamenin Yüce Divanca kabulüyle[104] "sanık" (CMK m. 2/1-b) statüsüne giren Cumhurbaşkanının "Cumhurbaşkanı" sıfatını yitirip yitirmeyeceği evvelce öğretide[105,106,107] tartışmalı idiyse de, AY m. 105/5 hükmü, bu tartışmaya 9 Temmuz 2018 tarihi itibarıyla bir son vermiştir. Bu hükme göre, Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanı, görevinin sona ermesini sonuçlayan sair sebepler müstesna, "milletvekili -ve dolayısıyla Cumhurbaşkanı- seçilmeye engel" bir suçtan mahkûm edilinceye dek "Cumhurbaşkanı" sıfatını koruyacaktır[108]. Bununla birlikte, AY m. 106/3'te[109,110] yer alan *"... gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması ..."* ibaresi, bizce, "… gibi sebeplerle geçici olarak görevini icra edememesi …" şeklinde yorumlanmalı[111] ve hakkında başvurulan

---

teşkil etmez. Bununla birlikte, açılacak yeni soruşturma neticesinde Yüce Divana sevk kararı alınabilmesi (AY m. 105/3, c. 2) için "TBMM tarafından yürütülen soruşturmanın kendine özgü karakteri gereği" CMK m. 172/2'deki "sulh ceza hâkimliği kararı" şartı aranmasa da, aynı fıkrada olmazsa olmaz kabul edilen "yeni delil" şartı, bizce, mutlaka aranmalıdır. Aksi yönde bkz. Yüce Divan, 31.03.2006, E. 2004/1, K. 2006/1; Yüce Divan, 26.05.2006, E. 2004/5, K. 2006/2. (Haklı bir eleştiriyle birlikte aktaran: YANIK, s. 264-265: *"... Yüce Divanca verilen bu karar, ... CMUK'nin yürürlükte olduğu dönemde kısmen savunulabilirse de ... CMK'dan sonra geçerliliğini tamamen yitirmiştir. (...) Yeni bir delil ortaya çıkmadan, aynı fiille alâkalı açılacak davalarda Yüce Divan ... dava açan belgeyi iade edebilecektir.")*

104 TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 279: *"... Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmamakta, sadece kamu davasının açılması için iddianameyi düzenlemek ve ... mahkemeye vermekle görevlendirilmiş bulunmaktadır. Kamu davasını açan, iddianameyi kabul eden yetkili mahkemedir."* Katıldığımız bu fikre göre, Cumhurbaşkanı hakkındaki dava TBMM'ce değil, TBMM ve Yüce Divan'ın karma işlemiyle birlikte açılmaktadır. CMK'ye aykırı bulduğumuz aksi görüş için bkz. ARSLAN, s. 140; KESKİNSOY, **1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Statüsü ve Sorumluluğu**, s. 133; İsmail Köksuarı, **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri**, XII Levha Yayınları, 2009, s. 108-109: *"TBMM'nin Yüce Divana sevk kararı vermesi hâlinde, TBMM İçtüzüğünün 112. maddesinin altıncı fıkrasına göre 'dosya ... Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilir.' Bu kararla kamu davası açılmış sayılacak ve Meclis Başkanlığı dosyayı Anayasa Mahkemesine gönderecektir."*

105 Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevinin sona ereceği yolundaki görüş için bkz. ATAR, s. 271; ÇOBAN/ERDAĞ, s. 177; DERDİMAN, s. 508; DÖNMEZER/ERMAN, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, 1987, s. 243-244, kn. 409; GÖREN, s. 254-255; ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 2014, s. 343; SABUNCU, s. 241-242; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 354; TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 509; YILMAZ, s. 187; YÜZBAŞIOĞLU, **Anayasa Hukuku El Kitabı**, s. 125.

106 Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının "masumiyet karinesi uyarınca" görevine devam edeceği yolundaki -bizim de katıldığımız- görüş için bkz. dpn. 80.

107 İştirak etmediğimiz ayrıksı bir görüş için bkz. YILDIZ, s. 185: *"Cumhurbaşkanı, herhangi bir adî suçtan dolayı yargılandığı sırada görevine devam edebilmelidir. (...) Cumhurbaşkanı ... seçilme yeterliliği ile ilgili bir hususta yargılandığı sırada kanımca görevine devam edememesi gerektiği kabul edilmelidir."*

108 Aynı yönde bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 820. Düzenlemeye yönelik -katılmadığımız- bir eleştiri için bkz. COŞKUN, s. 21: *"Kanımızca, göreviyle bağlantılı bir suç ithamından ötürü Yüce Divan'a sevk edilmiş bir Cumhurbaşkanının görevinde kalması düşünülmemelidir. Kişisel bir suçtan dolayı yapılan yargılama ise, Cumhurbaşkanının görevini sürdürmesine mâni olmamalıdır."*

109 **AY m. 106/3**: Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hâllerinde, Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.

110 Hükme yönelik haklı bir eleştiri için bkz. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 357: *"Bu düzenlemede, demokratik hukuk devleti bakımından yadırganacak husus, halkın seçtiği Cumhurbaşkanına verilen tüm yetkilerin, geçici bir süre için de olsa, atamayla gelen Cumhurbaşkanı yardımcısı tarafından kullanılabilmesidir."* Aynı yönde bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 779-780: *"Herhangi bir temsilî niteliği olmayan, ... Cumhurbaşkanı tarafından atanmış olmaktan başka bir vasfı bulunmayan bir kamu görevlisine 'Cumhurbaşkanlığına vekâlet' gibi önemli bir temsilî görevin verilmesi eleştiriye açıktır. Eski sistemde bu göreve devletin iki numarası olan TBMM Başkanı vekâlet ederdi. Yeni sistemde Cumhurbaşkanlığına vekâlet kurumu, tenzil-i rütbeye uğramıştır."* Yine bu yönde bkz. ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 2017, s. 319.

111 Görevini "geçici olarak" icra edemeyen bir Cumhurbaşkanının görevden "ayrıldığı" söylenemez.

yakalama, gözaltı, tutuklama yahut sair bir koruma tedbiri dolayısıyla görevini muvakkaten icra edemeyen Cumhurbaşkanlığına, bu çerçevede, "yardımcısı[112]" vekâlet etmelidir. Öte yandan, sanık statüsüne giren Cumhurbaşkanının bu sıfatını "seçilmeye engel bir suçtan kesin hüküm giyene dek" koruması makûl[113] ise de, *de lege ferenda*, muhakeme sonuna kadar tedbiren görevden uzaklaştırılması ve TBMM Başkanlığınca kura ile seçilen bir milletvekilinin -yahut Cumhurbaşkanı seçimi esnasında yine halkoyuyla seçilecek bir Cumhurbaşkanı vekilinin[114]- Cumhurbaşkanlığına vekâlet etmesi uygun olacaktır. Zira, böyle bir durumda, kendi atadığı üyelerce yargılanan ve bu üyelerden birinin görevinin sona ermesi hâlinde Anayasa Mahkemesine yeni üye ataması muhtemel olan Cumhurbaşkanının göreve fiilen devam etmesi kadar, atamayla göreve gelen Cumhurbaşkanı yardımcısının ya da henüz aldığı "Yüce Divana sevk" kararı ile "Cumhurbaşkanının cezalandırılması yönündeki arzusunu ortaya koyan" TBMM'nin "seçeceği" bir kimsenin bu makama vekâlet etmesi de sakıncalı olacaktır.

Nihayet, "iddianame" niteliğindeki "Yüce Divana sevk" kararını Yüce Divana göndermekle dosya üzerindeki yetkisini kaybeden TBMM, Yüce Divanca henüz kabul edilmemiş olsa dahi, iddianameyi artık geri alamayacak ve aynı şekilde iddianamenin kabulü hâlinde davayı geri çekemeyecektir[115]. Bununla birlikte, AMKYUHK m. 57/3'e uygun olsun veya olmasın, Yüce Divanca bir şekilde iade edilen iddianameyi Yüce Divana yeniden gönderip göndermemek, şüphesiz, TBMM'nin ihtiyarındadır.

2. Kovuşturma Evresi (Cumhurbaşkanının Yüce Divanda Yargılanması)

a. Yargılama Makamı: "Yüce Divan" Sıfatıyla Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu

AY m. 148/6 uyarınca, *"Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanını ... görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar."* 6216 sayılı AMKYUHK'deki tanımıyla, Yüce Divan, *"Anayasanın 148 inci maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarında belirtilen kişilerin, görevleri ile ilgili suçlarından*

---

[112] AY m. 106/3 hükmü, sayısı AY m. 106/1'de sınırlandırılmamış olan Cumhurbaşkanı yardımcılarından hangisinin Cumhurbaşkanına vekâlet edeceği sorusunu da yanıtsız bırakmaktadır. (Aynı hususa dikkat çeken bazı yazarlar için bkz. ERDOĞAN, s. 171; ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 2017, s. 319.) Uygulamada bunun kararını, şüphesiz, Cumhurbaşkanı verecektir.

[113] Aksi görüş için bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 820: *"Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanı, görevinde kalmaya devam eder. Bu husus eleştiriye açıktır. Zira ... Yüce Divanın 12 üyesi Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Yargılanma süresi içinde olur da bu 12 üyeden birinin görev süresi dolarsa, yerine atanacak hâkim, sanık tarafından atanacaktır!"*

[114] ABD'den mülhem olarak bu yöntemi öneren bir yazar için bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 780.

[115] Aynı yönde bkz. YANIK, s. 200.

dolayı yargılamasını yapmakla görevli Mahkeme Genel Kurulunu" (m. 2/1-ı), Genel Kurul ise *"on beş üyeden oluşan kurulu"* (m. 2/1-d) ifade etmektedir. Anılan hükümlerden bir an için "Yüce Divanın Cumhurbaşkanını yalnızca görev suçları sebebiyle yargılayabileceği[116]" sonucu çıkarılabilirse de, "görev suçu-kişisel suç" ayrımına son veren AY m. 105 hükmü ile bu hükümler arasındaki çatışmanın kural olarak sonraki tarihli AY m. 105 lehine çözümleneceği açıktır.

Yüce Divana başkanlık etme görevi Anayasa Mahkemesi Başkanına ait olup başkan gerekli gördüğü takdirde vekillerinden birini bu görevi ifa etmesi için görevlendirebilir. (AMKYUHK m. 13/1-b) Cumhurbaşkanını yargılama yetkisinin, on beş üyesinin (AY m. 146/1) on ikisi Cumhurbaşkanınca atanan (AY m. 146/3) ve üyelerinin çoğu hukuk fakültesi mezunu dahi olmayan Anayasa Mahkemesine verilmesi, muhakemenin sıhhati bakımından son derece isabetsizdir[117]. Fikrimizce, bu görevin, ilk derece yargılama makamı olarak "TBMM Başkanlığı tarafından açık kura ile belirlenecek Yargıtay Ceza Dairesi", maddî ve hukukî denetim makamı olarak ise "Yargıtay Ceza Genel Kurulu" tarafından ifa edilmesi -*de lege ferenda*- yerinde olacaktır[118,119].

b. Kamusal İddia Makamı: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Vekili

Yüce Divanda savcılık görevini Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekili yapar. (AY m. 148/8, AMKYUHK m. 57/6, c. 1) Ayrıca, Yargıtay Cumhuriyet savcılarından görevlendirilenler de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya vekiliyle birlikte duruşmaya katılabilir. (AMKYUHK m. 57/6, c. 2) Öte yandan, mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve

---

116 Bu yönde bkz. COŞKUN, s. 21: *"Anayasanın 148. maddesi, AYM'nin Cumhurbaşkanını ancak görevleriyle ilgili suçlarından dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılayabileceğini belirtiyor. Dolayısıyla Meclis'te usûl engelleri aşılsa dahi AYM, Cumhurbaşkanını diğer (basit) suçlardan yargılayamaz."*

117 Aynı yönde bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 818, 820; GÜLFİDAN, s. 143-147.

118 YANIK, s. 35: *"1982 Anayasası hazırlanırken Yüce Divan görevinin hangi mahkemeye verilmesi gerektiği yoğun bir şekilde tartışılmıştır. Bütün bu tartışmalar ve öneriler neticesinde Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun hazırlayarak Millî Güvenlik Konseyine sunduğu Anayasa Tasarısında Yüce Divan görevinin Yargıtaya verilmesi öngörülmüşse de, MGK, tasarıdaki bu hükmü değiştirerek Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesine verilmesini kararlaştırmıştır."* Yine bu tartışmalar ile buna yakın birer öneri için bkz. ARSLAN, s. 65-67; 245-261; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 193.

119 Cumhurbaşkanını yargılama görevinin Temyiz Mahkemesine verildiği devletler için bkz. GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 98; YANIK, s. 46-48: *"Temyiz Mahkemesi sistemini kabul eden ülkelerde, Yüce Divan görevi ... Temyiz Mahkemesi tarafından yerine getirilmektedir. Bu ülkelerin bir kısmında Anayasa Mahkemesi olmasına (Portekiz, Romanya, İspanya) rağmen, bu görev Temyiz Mahkemesine verilmiş; bazılarında ise, tek yüksek mahkeme olarak Temyiz Mahkemesinin görev yaptığı gözlemlenmektedir. ... İsviçre'de ... Federal Yüksek Mahkeme ..., aynı zamanda Yüce Divan görevini de yapar."* Bu görevin Anayasa Mahkemesi yerine, bu amaçla özel olarak oluşturulmuş "Yüce Divan Mahkemesi"ne verildiği devletler için bkz. GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 98; YANIK, s. 48-54. Cumhurbaşkanını yargılama görevinin bu amaçla oluşturulmuş "*ad hoc*" bir mahkemeye verildiği devletler için bkz. GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 98. Bu görevin parlâmentolardan birine verildiği iki parlâmentolu devletler için bkz. GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 98-99.

tüzel kişiler ile mâlen sorumlu olanların CMK m. 237-243 çerçevesinde "bireysel iddia makamı" olarak davaya katılması mümkün[120] olup soruşturma önergesini TBMM'ye sunanlara da davaya katılma imkânı tanınması isabetli olacaktır.

c. Kovuşturma Usûlü

Cumhurbaşkanı hakkındaki Yüce Divan yargılamasının kural olarak üç ay, eğer bu mümkün olmaz ise -üç aylık ek süre dâhil- azamî altı ay içerisinde kesin olarak tamamlanması öngörüldüğünden (AY m. 105/3, son cümle; AMKYUHK m. 57/2), kovuşturmanın "özel dava zamanaşımı" niteliğindeki bu süre içerisinde tamamlanamaması, kanaâtimizce, Yüce Divanın cezalandırma yetkisini "derdest davayla sınırlı olmak üzere" kendiliğinden sona erdirecek ve hâkimlerin sorumluluğuna yol açabilecektir. Bununla birlikte, TBMM üye tam sayısının salt çoğunluğunun, genel dava zamanaşımı dolmadan, Cumhurbaşkanı hakkında yeni bir soruşturma önergesi (AY m. 105/1, c. 1) vererek muhakeme yürüyüşünü yeniden başlatmasına ise hiçbir engel bulunmamaktadır.

Genel Kurul, Yüce Divan sıfatıyla çalışırken yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir. (AMKYUHK m. 57/1) Duruşma devresine yön verecek başlıca kanunlardan biri, şüphesiz, CMK'dir. Ancak, AMKYUHK'de yer alan "özel norm" niteliğindeki diğer düzenlemeler ile Anayasa'daki "üst norm" niteliğindeki düzenlemelerin CMK hükümleri ile çatıştığı noktalarda, çatışmanın CMK aleyhine çözümleneceği muhakkaktır. Örneğin, bir ağır ceza mahkemesinin üç üyeyle toplanması zorunlu iken, on beş üyeli Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, mahkeme başkanının veya başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında -en az- on üye ile toplanabilmekte (AMKYUHK m. 21/1, c. 2) ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile her tür kararı alabilmektedir. (AY m. 149/1, c. 3-4; AMKYUHK m. 65/1)

Yüce Divan, CMK m. 174'te gösterilen "iddianamenin iadesi" sebeplerinden başka esaslı hukuka aykırılık hâllerinin bulunması durumunda da, iddianamenin[121] veya iddianame yerine geçen belgelerin iadesine karar verebilecektir. (AMKYUHK m. 57/3) İddianamenin henüz kabul edilmediği, bir başka deyişle kovuşturma evresinin başlamadığı ve dolayısıyla iddia makamını -Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı yahut vekilinin değil- hâlen TBMM'nin işgâl ettiği bu devrede[122], iddianamenin veya iddianame yerine geçen belgelerin iadesine ilişkin

120 "Yeniden inceleme" yoluna başvurabilecek kişileri sıralayan AMKYUHK m. 58/1'deki "katılan" ibaresi, CMK m. 237-243'ü dışlayıcı şekilde, "Yargıtay Cumhuriyet savcılarından görevlendirilenler"den (AMKYUHK m. 57/6, c. 2) ibaret olarak anlaşılamaz. Hükümde "katılan veya vekili"nden söz edilmiş olması da, bu tespiti teyit etmektedir.

121 30/03/2011 tarih ve 6216 sayılı AMYUHK yürürlüğe girmeden evvel, doktrinde (örneğin bkz. YANIK, s. 121 vd.) ve Yüce Divan kararlarında (örneğin YANIK, s. 125'ten naklen bkz. Yüce Divan, 12.04.1995, E. 1993/1, K. 1995/1; Yüce Divan, 05.10.2007, E. 2004/4, K. 2007/2.), Cumhurbaşkanının Yüce Divana sevkine dair TBMM kararı "dava açan belge" olarak anılıyor idiyse de, anılan Kanun bu kararı "iddianame" addetmiştir.

122 İddianamenin henüz kabul edilmediği bu devrenin, CMK m. 2/1-e'deki tanımıyla "soruşturma" evresine dâhil olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Ayrıca bkz. YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 558: *"... soruşturma evresinin*

karara karşı başvurulacak yol AY m. 148/9'da[123] gösterilen "yeniden inceleme" yolu olup bu yola başvurma yetkisi kanımızca -CMK m. 174/son[124] hükmüne kıyasen- TBMM'ye aittir[125].

Yine Yüce Divan, CMK m. 47/3 ve 125/3'teki sınırlamalara tâbî olmaksızın, devlet sırrı niteliğindeki her tür bilgi ve belgeyi talep edip inceleyebilecek; Yüce Divanın taleplerini yerine getirmeyenler hakkında genel hükümlere göre doğrudan soruşturma yapılabilecektir. (AMKYUHK m. 62)

AMKYUHK m. 57/4-5 uyarınca, Yüce Divanda sorgusu yapılmış olan sanık Cumhurbaşkanının, sonraki oturumlara gelmemesi ve Yüce Divan tarafından da duruşmada hazır bulunmasına gerek görülmemesi hâllerinde, duruşmadan bağışık tutulma talebi olmasa dahi, yokluğunda duruşmaya devam edilerek kamu davası sonuçlandırılabilir. Müdafi her zaman duruşmada hazır bulunabilir.

AY m. 149/6, c. 1[126] hükmünün mefhumu muhalifinden de anlaşılacağı gibi, Cumhurbaşkanı hakkındaki yargılama, "dosya üzerinden" değil, ceza muhakemesinin doğasına uygun olarak, "duruşmalı" şekilde yürütülecektir. Buna karşılık, "yeniden inceleme" dosya üzerinden yapılabilecektir. (AMKYUHK m. 58/3)

d. Kovuşturma Evresinin Sonunda Verilebilecek Kararlar

AY m. 105/3, AMKYUHK m. 57/2 ve CMK m. 223/1 uyarınca, Yüce Divan, âzamî altı ayın bitiminde duruşmanın sona erdiğini açıklayarak cezaî uyuşmazlığın esası hakkında bir karar (hüküm) yahut "hükmün açıklanmasını geri bırakma kararı" (CMK m. 231/5 vd.) vermek mecburiyetinde olup "hüküm"den maksat, beraât, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi veya düşmesi kararıdır. Hükmün -her mahkeme kararı gibi- "gerekçeli" olması zorunlu ise de, gerekçesi yazılmadan kamuya duyurulmasına bir engel bulunmamaktadır. (AMKYUHK m. 66/5)

üçüncü aşaması, kanunda açıkça adı belli edilmiş olmayan 'ara soruşturma aşaması'dır. Bu aşama, iddianamenin düzenlenmesi ile başlar ve kabul veya iade edilmesi ile son bulur." İddianamenin değerlendirildiği aşamayı soruşturma ve kovuşturma evresi arasındaki "müstakil bir ara muhakeme evresi" kabul eden ve tarafımızca kabul görmeyen görüş için bkz. CENTEL/ZAFER, s. 480-487; Yener Ünver / Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2015, s. 549-550.

123 **AY m. 148/9**: Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir.

124 **CMK m. 174/son**: İade kararına karşı Cumhuriyet savcısı itiraz edebilir.

125 **CMK m. 223/1**: "*Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür.*" (Aynı yönde bkz. KÖKÜSARI, s. 113-117; YANIK, s. 233.) İddianamenin iadesi kararı "hüküm (yargılamayı sona erdiren esasa ilişkin karar)" mahiyetinde olmadığından, "iddianamenin iadesi kararı" aleyhine yapılan yeniden inceleme başvurularında, *"Yüce Divan tarafından verilen hükme karşı yeniden inceleme başvurusu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekili, sanık, müdafi, katılan veya vekili tarafından yapılabilir."* şeklindeki AMKYUHK m. 58/1 hükmü değil, CMK m. 174/son hükmü uygulanacaktır.

126 **AY m. 149/6, c. 1**: Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışında kalan işleri dosya üzerinde inceler.

Mahkeme başkanının veya başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az on üye ile "Yüce Divan" sıfatıyla toplanan (AMKYUHK m. 21/1, c. 2) Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, hüküm dâhil her tür kararı toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla verebilmekte; oyların eşitliği hâlinde, başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş sayılmaktadır. (AY m. 149/1, c. 3-4; AMKYUHK m. 65/1) Buna göre, on üyeyle toplanan Yüce Divanda, en kıdemsiz üyeden başlayan oylamada "mahkûmiyet" ve "beraât" yönünde beşer oy kullanılması hâlinde, Cumhurbaşkanı, başkanın oyu dâhil toplam yalnızca beş oyla ağırlaştırılmış müebbet hapse mahkûm edilebilecektir. (AMKYUHK m. 65/1-3) Bir siyasî partinin devlet yardımından yoksun bırakılmasına ancak nitelikli çoğunluk (toplantıya katılanların üçte ikisinin oyu) ile karar verebilen Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun, Cumhurbaşkanını yalnızca başkan ve dört üyenin oyuyla mahkûm edebilmesi, kanaâtimizce, kabul edilemez bir durumdur.

e. Hükme Karşı Başvurulabilecek Olağan[127] Kanun Yolu: Yeniden İnceleme

Verilen hükmün "başvuru üzerine" Yüce Divanca[128] yeniden incelenmesi mümkün olup (AY m. 148/9) bu başvuru ancak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya vekili, sanık, müdafi, katılan yahut vekili tarafından yapılabilir. (AMKYUHK m. 58/1) Yeniden inceleme başvurusu, hükmün açıklanmasından itibaren on beş gün içinde Yüce Divana bir dilekçe verilmesi suretiyle yapılır. Hüküm yeniden incelemeye başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa, süre tebliğ tarihinden başlar. (AMKYUHK m. 58/2)

Yeniden incelemenin kural olarak dosya üzerinden yapılması öngörülmüş ise de, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının veya vekilinin, sanığın yahut katılanın istemi üzerine ya da re'sen duruşma açılması mümkündür. (AMKYUHK m. 58/3) Duruşma açılması durumunda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına veya vekiline, sanığa, katılana, müdafi ve vekile duruşma günü tebliğ edilir. Sanık,

---

127 Yüce Divan kararlarına karşı başvurulabilecek herhangi bir olağan kanun yolu bulunmadığı yönündeki görüş için bkz. Çağdaş Erol, **Türk Anayasa Hukukunda Yüce Divan**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 98, 99, 106, 116. Bizim de katıldığımız aksi görüş için bkz. BİBER, s. 113.

128 Bir hukukî çarenin "kanun yolu" sayılabilmesi için "kararın başka bir makamca incelenmesi" zorunlu olmadığından, yeniden incelemenin yine Yüce Divanca yapılıyor olması, bu hukukî çareyi "kanun yolu" olmaktan çıkarmaz. Aynı yönde bkz. TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 321-322: *"Yargılama makamı tarafından verilen bir kararın hatalı olduğu veya hukuka aykırı bulunduğu iddiası ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamı önüne götürülmesi şeklindeki hukukî çare, 'kanun yolu'na başvurmadır. (...) uyuşmazlığı çözecek makam, kural olarak, uyuşmazlık konusu olan kararı veren makamdan başka bir makamdır. Ancak istisnaî olarak uyuşmazlık, uyuşmazlık konusu olan kararı veren makam tarafından da çözülebilir. Yargılamanın yenilenmesinde olduğu gibi."* Yeniden incelemeyi hiçbir şekilde "kanun yolu" telâkki etmeyen görüş için bkz. ŞEN/ÖZDEMİR, s. 192: *"... Yüce Divan tarafından verilen kararlar, yine Yüce Divan tarafından yeniden incelenmektedir. Bu usûlün bir eksiklik olduğunu, kanun yolunun düzenlenmediğini ... söylemek hatalı olmayacaktır."*

duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafi ile de temsil ettirebilir. (AMKYUHK m. 58/4) Fikrimizce, sanıkça işgâl edilen makamın ehemmiyeti dolayısıyla yeniden incelemenin her hâlde duruşma açılarak yapılması daha uygun olup m. 58/4'te "müdafi" ibaresinin önünde yer alan ve "belgisiz sıfat" olan "bir" sözcüğünün, hatalı bir yorumla "asıl sayı sıfatı" şeklinde anlaşılarak savunma hakkının kısıtlanmasına dayanak kılınmaması adına, madde metninden çıkarılması yerinde olacaktır.

Duruşmada -sırasıyla- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya vekili, hazır bulunması hâlinde sanık, müdafi, katılan ve vekili iddia ve savunmalarını açıklar; yeniden inceleme başvurusunda bulunan tarafa önce söz verilir. Her hâlde son söz sanık Cumhurbaşkanınındır. (AMKYUHK m. 58/5) Başvuruda belirtilen hususlarla sınırlı olarak yapılan yeniden inceleme neticesinde başvuru yerinde görülür ise, aynı zamanda başvuru konusu hakkında da karar verilir. (AMKYUHK m. 58/son)

Yüce Divanın hüküm aleyhine yapılan "yeniden inceleme" başvurusu neticesinde verdiği karar kesin olup (AY m. 148/9; AMKYUHK m. 58/son) hüküm bu karar[129] ile kesinleşir ve kovuşturma evresi (CMK m. 2/1-f) sona erer. Hükme karşı başvurulabilecek yegâne olağan kanun yolunun "yeniden inceleme" yolu olması ve bu incelemenin yine Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca yapılması, Türk hukuk düzeninde 01/08/2016 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) ek 7 numaralı Protokolün ikinci maddesinin[130] ikinci fıkrasındaki istisna kapsamında "protokole uygun[131]" gözükmekle birlikte, fikrimizce, isabetsizdir[132]. Daha evvel de belirttiğimiz gibi, Cumhurbaşkanını yargılama görev ve yetkisinin, ilk derece yargılama mercii olarak "TBMM Başkanlığı tarafından açık kura ile belirlenecek Yargıtay Ceza Dairesi"ne, maddî ve hukukî

---

129 Yeniden inceleme yoluna süresi içerisinde başvurulamaması da, şüphesiz, kararı kesinleştirir. Yüce Divanca verilen hükmün zaten kesin olduğu ve aleyhine başvurulabilecek olağan bir kanun yolunun bulunmadığı yönündeki görüş için bkz. EROL, s. 98, 99, 106, 116.

130 **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) ek 7 numaralı Protokol m. 2/1:** Mahkeme tarafından ceza gerektiren bir suç nedeniyle mahkûm edilen herkes, mahkûmiyetinin veya hükmolunan cezanın yüksek bir mahkeme tarafından yeniden incelenmesini sağlama hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanımı, kullanımının dayanakları dâhil kanunla düzenlenir. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) ek 7 numaralı Protokol m. 2/2:** Kanunla belirlenmiş hafif nitelikli suçlar bakımından veya ilgili kişinin, ilk davada en yüksek mahkeme tarafından yargılanmış veya beraât kararına karşı yapılan itirazın ardından hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olması durumlarında, bu hak istisnalara tabidir.

131 Aksi görüş için bkz. GÜLFİDAN, s. 148: *"... ceza yargılaması bakımından, hukuk sistemimizde AYM'yi en yüksek yargı yeri saymak mümkün olmadığına göre, bahsi geçen istisnaların konumuz açısından bir önem taşımakta olmadıkları ortadadır."*

132 "Yeniden inceleme"yi "karar düzeltme" niteliğinde, etkisiz bir "olağanüstü kanun yolu" addeden görüş için bkz. YANIK, s. 330: *"... 'yeniden inceleme' adlı sistem, aslında karar düzeltme niteliğinde bir işlemdir. (...) Bu nedenle, öngörülen yeniden inceleme, ikinci kademe incelemesi olarak değerlendirilemez ve yargılanan kişiler yönünden güvence olarak kabul edilemez."* Ayrıca bkz. GÜLFİDAN, s. 149: *"... 2010 değişikliği, ilgili kararın kararı verenden başka ve daha yüksek bir mahkemece tekrar incelenmesi esasına dayanan evrensel bir kural olan iki dereceli yargılama mecburiyetinin gereklerini sağlayamamaktadır."*

denetim mercii olarak ise "Yargıtay Ceza Genel Kurulu"na verilmesi hâlinde, hem kovuşturma evresi ceza hukukuna vâkıf hâkimlerce yürütülecek hem de sanık "iki dereceli yargı hakkı"na kavuşturulmuş olacaktır[133].

III. CUMHURBAŞKANI HAKKINDA VERİLEN KESİNLEŞMİŞ MAHKÛMİYET KARARININ BAŞLICA SONUÇLARI ve İNFAZI

Sanık Cumhurbaşkanı hakkında verilen mahkûmiyet kararı "süresi içinde yeniden inceleme yoluna başvurulmaması" yahut "yeniden inceleme başvurusunun karara bağlanması" ile kesinleşecektir. (AY m. 148/9, c. 2) Kesinleşmiş mahkûmiyet kararının "Cumhurbaşkanının görevini sona erdirip erdirmeyeceği" ve "derhâl infaz edilip edilemeyeceği" birbiriyle bağlantılı meseleler olduğundan, bizce, kesin hükmün sonuçlarını anayasa hukuku ve ceza infaz hukuku bakımından sırasıyla ele almakta yarar vardır.

AY m. 105/5[134] uyarınca, kesin hükümle mahkûm edilen Cumhurbaşkanının görevi, ancak ve ancak mahkûmiyet "Cumhurbaşkanı seçilmeye engel" bir suça ilişkin ise sona erecektir. Anayasa koyucu m. 101/1'de Cumhurbaşkanı seçilmeye engel suçları tek tek saymak yerine, "milletvekili seçilme yeterliliği"ne atıf yaptığından, Cumhurbaşkanının görevinin sona erip ermediğinin tespitinde AY m. 76/2[135] esas alınacak; hükümde yer verilen *"gibi yüz kızartıcı suçlar"* ibaresi YSK[136] ve Anayasa Mahkemesi[137] kararları uyarınca dikkate alınmayarak "seçilmeye engel suçlar" maddede açıkça sayılan suçlardan ibaret olarak anlaşılacaktır[138]. Buna göre, örneğin ihaleye fesat karıştırma (TCK m. 235) suçundan hüküm

---

133 Buna yakın birer öneri için bkz. ARSLAN, s. 65-67; 245-261; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 193.

134 **AY m. 105/5**: Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanının görevi sona erer.

135 **AY m. 76/2**: En az ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, askerlikle ilişiği olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, Resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.

136 YSK, 12.02.1985, K. 1985/76: *"... ne Türk Ceza Kanunu ne de ceza doktrini, suçları 'yüz kızartıcı olanlar' ve 'yüz kızartıcı olmayanlar' biçiminde değerlendirmeye ve tasnife tâbî tutmuştur. (...) Aslında ... her suçun, az ya da çok bir yüz kızartıcı vasfı vardır. O hâlde, belli ve bilimsel kritere dayanmayan ve bu denli değişkenlik arz eden, tamamen izafî ölçüler içinde kalan ve fertlerin hukukuna geniş ölçüde etkili olan bir konuda yasa koyucunun, uygulamaya geniş değerlendirme ve takdir hakkı tanıdığını kabule imkân yoktur."* (Aktaran: Erdal Onar, "1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt: 14, 1997, s. 421. Ayrıca bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 461.) Onar'ın aktardığı diğer kararlar için bkz. YSK, 14.03.1987, K. 1987/109; YSK, 19.05.1990, K. 1990/141.

137 Anayasa Mahkemesi, 14.02.2013, E. 2011/63, K. 2013/28: *"... suç ve cezaların kanunîliği ilkesi gereği 'gibi' kelimesine dayanarak 'yüz kızartıcı suçlar' veya 'şeref veya haysiyeti kırıcı suçlar' kavramlarının kapsamını genişletmek mümkün değildir."* (Aktaran: GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 461.)

138 Aynı yönde bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 461; ONAR, s. 422. Aksi yönde bkz. YSK, 28.02.1984, K. 1984/114: *"... yüz kızartıcı mahiyetteki bütün suçların bir madde içinde gösterilmesi ... mümkün değildir. O sebeple 'gibi' sözcüğü konularak maddeye geniş bir uygulama alanı bırakılmak istenmiştir. Nitekim*

giyen bir Cumhurbaşkanının görevi hükmün kesinleşmesiyle birlikte "başka bir işleme gerek kalmaksızın" kendiliğinden sona erecek; kesin hükmün her biri ikişer ay on beşer günlük hapis cezasıyla müeyyidelendirilen dört farklı hakaret (TCK m. 125) eylemine istinaden verilmiş olması durumunda ise, "toplam[139]" hapis cezası bir yılı aşmadığından, Cumhurbaşkanı görevine devam edecektir.

Kesinleşmiş mahkûmiyet kararının ceza infaz hukukuna ilişkin sonuçlarına gelince; infazın konusu "mahkûmiyet hükmü" olup infazın koşulu kural olarak "mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi"dir[140]. (CGTİHK m. 4) Türk ceza hukukunda suç karşılığında uygulanan ceza türleri ise, hapis ve adlî para cezasından ibarettir. (TCK m. 45) Kural olarak, hükmedilen cezanın türü ne olursa olsun, bir mahkûmiyet hükmü kesinleştiği an "infazı kabil" bir hüküm hâline gelmektedir. Ancak, AY m. 105/5'te Cumhurbaşkanının "seçilmeye engel bir suçtan kesin hüküm giymedikçe" görevine devam edeceği öngörüldüğünden, CGTİHK hükümlerinin AY m. 105/5'in amacına uygun biçimde yorumlanması zorunludur. Buna göre, Cumhurbaşkanı hakkında hükmolunan ve seçilmeye engel teşkil etmeyen kesinleşmiş adlî para cezalarının infazı Cumhurbaşkanlığı görevinin icrasına engel oluşturmayacağından, bu noktada CGTİHK'ndaki genel ilke ve kurallardan ayrılmaya lüzum yoktur[141]. Buna karşılık, seçilmeye engel teşkil etmeyen kesinleşmiş bir hapis cezasının derhâl infazının Cumhurbaşkanının görevini sürdürmesine mâni olacağı ve AY m. 105/5 hükmünün amacına ters düşeceği muhakkaktır. Bu nedenle, bu gibi cezaların infazı bakımından, anayasa koyucunun "hükmün kesinleşmesi"nin yanında, "görevin sona ermesi" şeklinde ek bir örtülü şart aradığını kabul etmek ve infaz için görevin bitimini beklemek şarttır[142].

Mevzuatımızda Cumhurbaşkanına özgü bir infaz rejimi öngörülmediğinden, Cumhurbaşkanı hakkındaki kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü, "yerine getirilmesi onaylandıktan sonra" Yüce Divanca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına, oradan da ilgili yerel Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilecek[143] ve CGTİHK m.

Kurulumuzun 26/11/1963 gün ve 458, 24/12/1973 gün ve 2461, 01/01/1974 gün ve 391 sayılı kararlarında da 'gibi' sözcüğünün tahdidî olmadığı ... vurgulandıktan sonra 'bir suçun yüz kızartıcı olup olmadığını belli etmede kullanılacak ölçü, o suçun kendi unsurları bakımından yüz kızartıcı olup olmadığıdır.' denilmiştir. Yine Kurulumuz geçmişte zina suçunu da yüz kızartıcı bir suç olarak kabul etmiştir. O hâlde bütün bunlardan çıkartılacak sonuç, maddedeki 'gibi' sözcüğünün tadadî mahiyette bulunduğudur." (Aktaran: ONAR, s. 418.)

139 GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 459: *"... hakkında değişik suçlardan ve değişik tarihlerde hükmolunmuş hapis cezalarının toplamı bir yılı buluyorsa, ... kişinin milletvekili seçilme yeterliliği yoktur."*

140 Veli Özer Özbek, **İnfaz Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 69-70.

141 Dolayısıyla, adlî para cezası öngören bir hükmün kesinleşmesi hâlinde, mahkeme, kesinleşen ve yerine getirilmesini onayladığı cezaya ilişkin hükmü derhâl Cumhuriyet Başsavcılığına gönderecek ve ceza Cumhuriyet savcısının denetim ve gözetimi altında infaz edilecektir. (CGTİHK m. 5)

142 Aynı yönde bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 821. Keza, seçilmeye engel teşkil etmeyen bir suçtan kesin hüküm giymiş ve ardından -ilk kez yahut yeniden- Cumhurbaşkanı seçilmiş bir kimse hakkındaki hapis cezasının infazı da görev süresinin bitimine bırakılacak; AY m. 105/5 hükmü, hapis cezalarıyla sınırlı olmak üzere, infaz hukuku bakımından, AY m. 83/3 benzeri bir etki doğuracaktır. Buna karşılık, AY m. 83/3'ten farklı olarak, ceza zamanaşımı, aksi yönde bir hüküm bulunmadığından, görev süresince işlemeye devam edecektir.

143 Aynı yönde bkz. YANIK, s. 243.

5 uyarınca Cumhuriyet savcısı denetiminde ve gözetiminde infaz edilecektir.

IV. YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Anayasa Mahkemesinin "Yüce Divan" sıfatıyla hükme bağladığı uyuşmazlıklara ilişkin olarak, yargılamanın yenilenmesi, CMK m. 311-323 hükümlerine göre istenebilir[144]. (AMKYUHK m. 67/1[145]) Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, genel hükümlere göre değerlendireceği yargılamanın yenilenmesi istemini "esaslı ve kabule değer" bulursa, yargılamanın "lehe veya aleyhe" yenilenmesine karar verir. (AMKYUHK m. 67/3) Kanaâtimizce, yasa koyucunun Yüce Divan yargılamasının yenilenmesi hususunda CMK hükümlerinden ayrılmaması isabetli olmuş ise de, AMKYUHK m. 21/1[146], 21/2-a[147] ve 67 ile CMK m. 23/3[148] arasında ortaya çıkan ve "önceki genel norm niteliğindeki CMK m. 23/3'ün 'Yüce Divan yargılamasının yenilenmesi' yönünden 'uygulanamaz' kabul edilmesi" suretiyle çözümlenmesi gerektiğini düşündüğümüz "görünüşte normlar çatışması", uygulamada tereddüt yaratmaya müsaittir[149].

2011 tarih ve 6216 sayılı AMYUHK zikrolunan hükmüyle birlikte yürürlüğe girmeden evvel bu hususta açık bir norm bulunmuyor idiyse de, öğretide[150] ve Yüce Divan kararlarında[151], "aksi yönde (yargılamanın yenilenmesini yasaklayan) bir normun bulunmaması" gerekçe gösterilerek, yargılamanın yenilenebileceği kabul edilmişti.

---

144 GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 1158: *"Kanunların anayasaya uygunluğu denetimi usûlünde (iptâl ve itiraz davalarında) yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyeceği kabul edilmektedir. Zira Anayasa Mahkemesinin burada yaptığı şey, başlı başına bir 'dava' değil, bir denetim faâliyetidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu faâliyet esnasında kendisini 'davaya bakan mahkeme' olarak kabul etmemektedir."*

145 **AMKYUHK m. 67/1**: Mahkemenin siyasî parti kapatma davalarında veya Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre istenebilir.

146 **AMKYUHK m. 21/1**: Genel Kurul, Mahkemenin on beş üyesinden oluşur. Genel Kurul, Başkanın veya belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az on üye ile toplanır

147 **AMKYUHK m. 21/2-a**: Genel Kurulun görevleri şunlardır: … İptâl ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara bakmak.

148 **CMK m. 23/3**: Yargılamanın yenilenmesi hâlinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz.

149 KESKİNSOY, **1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Statüsü ve Sorumluluğu**, s. 168-169: *"... Yüce Divan bakımından bu sorun (...) çözülemeyecektir. Çünkü Yüce Divan sıfatıyla yargılana yapan Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun asgarî toplantı yeter sayısı dikkate alınarak mahkeme teşekkül etmiş olsa dahi, yeniden yargılama talebinin kabul edilmesi hâlinde, ilk yargılamada görev alanların ikinci yargılamaya katılamamaları gerekir. Bu durumda, kalan üyelerle Yüce Divanın teşekkülü mümkün değildir."* Yüce Divan yargılamasının yenilenmesine ilişkin AMKYUHK m. 67 hükmünü anlamsız ve işlevsiz kılan bu yorum kabul edilemez. (*"Argumentum a coherentia"* ve *"argument apagogique (intirdiction d'interprétation ab absurdo)"* hakkında bkz. GÖZLER, **Hukuka Giriş**, s. 222.)

150 Arzu Durmuş, **Siyasî Partileri Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak (Anayasa Mahkemesi Kararlarına Karşı Olağanüstü Kanun Yolları)**, Beta Yayıncılık, 2001, s. 52; GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 1158; KÖKÜSARI, s. 210-215; YANIK, s. 237-243.

151 Örneğin bkz. Anayasa Mahkemesi, 08.01.2008, E. 2003/6 (Değişik İş), K. 2008/4.

V. UYGULAMADA KARŞILAŞILMASI MUHTEMEL BAZI SORUNLAR

A. AY m. 105 Hükmünün Zaman Yönünden Uygulanması

6771 sayılı Kanun ile değiştirilen AY m. 105'in ilk ve son fıkralarına göre, *"Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tam sayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir. (...) Cumhurbaşkanının görevde bulunduğu sürede işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da bu madde hükmü uygulanır."*

Zaman yönünden uygulanması bakımından, AY m. 105 hükmü, öğretide ve uygulamada tartışmalara yol açacağa benzemektedir[152]. Görev suçları ile başlamak gerekirse; 9 Temmuz 2018 öncesinde Cumhurbaşkanlığı yapmış bir kimse, "Cumhurbaşkanı olduğu dönemde" işlediği "vatana ihanet niteliğinde olmayan görev suçları" bakımından "şahsî cezasızlık sebebi"nden yararlandığından, "tam sorumluluk" öngören AY m. 105 hükmü 9 Temmuz 2018 öncesinde görev yapan Cumhurbaşkanları için "maddî ceza hukukuna ilişkin aleyhe bir hüküm" teşkil etmekte ve hükmün geçmişe yürütülmesi mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, bu tarihten önce işlenen bu tür suçlar "Cumhurbaşkanı yönünden[153]" soruşturma konusu dahi yapılmamalıdır. Buna mukabil, eski Cumhurbaşkanları, eğer var ise, bu tarihten önce ve "Cumhurbaşkanı oldukları dönemde" işledikleri "vatana ihanet niteliğindeki görev suçları" yönünden gerek 9 Temmuz 2018 öncesi gerek 9 Temmuz 2018 sonrası "tam sorumlu" sayıldığından, AY m. 105'teki değişiklik bu tür suçlar açısından yalnızca muhakeme hukukuna ilişkin etki doğurmaktadır. Maddenin ilk ve son fıkraları birlikte yorumlandığında, sabık, mevcut ve müstakbel Cumhurbaşkanlarının "görevde oldukları dönemde" işledikleri "vatana ihanet niteliğindeki görev suçları" bakımından, AY m. 105 ile kendilerine "ömür boyu" tanınan bertaraf edilebilir korumadan (muhakeme engelinden) yararlanacakları anlaşılmaktadır.

Kişisel suçlara gelince; biz 9 Temmuz 2018 öncesinde, Cumhurbaşkanını

---

[152] Örneğin bkz. TUNÇ, s. 274: *"... bir kişinin Cumhurbaşkanı olmadan önce işlediği iddia edilen bir suç dolayısıyla hakkında bir ceza soruşturması başlatılabilir mi? Ya da başlatılan bir soruşturma devam ettirilebilir mi? Aynı şekilde, Cumhurbaşkanı seçilmiş fakat görevine başlamamış olan bir kişi hakkında aynı şekilde ... bir ceza soruşturması başlatılabilir ya da başlatılan bir suç soruşturması devam ettirilebilir mi? Bunlardan ayrı olarak, Cumhurbaşkanı seçilmeden önce bir suç işlediği iddia edilen bir kişi hakkında, Cumhurbaşkanlığı görevi sona erdikten sonra, iddia edilen suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yetkileri TBMM ve Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesinde mi, yoksa diğer adlî makamlarda mıdır? Bu soruların cevabı anayasada açıklığa kavuşturulmuş değildir."*

[153] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 742: *"... Cumhurbaşkanının fiili suç teşkil eden bir haksızlık oluşturmakta ancak şahsından kaynaklanan ve suçun işlendiği sırada mevcut olan sıfatı dolayısıyla cezalandırılamamaktadır. Şayet sorumsuzluk kapsamında kalan bir fiili Cumhurbaşkanı başkalarıyla birlikte işlemişse, bu kişilerin iştirak statüleri gereğince cezalandırılmaları şüphesiz mümkündür."*

"işlediği kişisel suçlar" bakımından "tam sorumlu" ve "CMK'deki genel usûle göre takip edilebilir bir kimse" kabul ettiğimizden, AY m. 105 hükmü bu tür suçlar açısından da salt muhakeme hukukuna ilişkin bir değişiklik getirmektedir. Buna göre, eski, bugünkü ve gelecekteki Cumhurbaşkanlarının 9 Temmuz 2018 öncesinde "görevde bulundukları dönemde" işledikleri kişisel suçların soruşturma ve kovuşturma konusu yapılabilmesi için, AY m. 105'teki muhakeme engellerinin usûlünce aşılması zorunlu olup bu muhakeme şartı da yine ömür boyu geçerlidir[154]. (AY m. 105/son) Buna karşılık, AY m. 105/son hükmündeki *"... görevde bulunduğu sürede işlediği ..."* ibaresi uyarınca, bu şart, 9 Temmuz 2018 öncesinde işlenen kişisel suçlardan yalnızca "görevdeyken" işlenenlerin muhakemesini "ömür boyu" engellemekte, "görevdeyken işlenmeyen kişisel suçlar[155]" açısından ise yalnızca "görev süresince" koruma sağlamaktadır. Bu durum ise, görevdeyken işlenmeyen kişisel suçların muhakemesinin "görevi başındaki Cumhurbaşkanı" bakımından TBMM ve Yüce Divanca, "görevi sona ermiş Cumhurbaşkanı" bakımından ise yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı ve ceza mahkemesince yürütülmesi şeklinde tuhaf bir netice doğurmaktadır.

B. Hakkında AY m. 105 Çerçevesinde Soruşturma yahut Kovuşturma Yürütülen Cumhurbaşkanının Görevinin Sona Ermesi

AY m. 105/son hükmü uyarınca, *"Cumhurbaşkanının görevde bulunduğu sürede işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da bu madde hükmü uygulanır."* Buna göre, kural olarak, görevi sona eren şüpheli yahut sanık Cumhurbaşkanı hakkındaki soruşturma veya kovuşturmaya AY m. 105 çerçevesinde devam edilecektir. Ancak, Cumhurbaşkanının görevini sona erdiren sebepler "Cumhurbaşkanlığı -ve dolayısıyla TBMM- seçimlerinin AY m. 77/1 yahut 116/1[156] çerçevesinde yenilenmesini müteakiben yeni seçilen Cumhurbaşkanının usûlünce ant içmesi[157]"nden ibaret olmadığından, özellik arz eden bazı durumlarla karşılaşılması muhtemeldir. Anayasa'da "Cumhurbaşkanlığı makamının boşal-

---

154 Aynı yönde bkz. KESKİNSOY, **Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku**, s. 430-431: *"... Cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğu bakımından görevi esnasında işlediği suçların tümü için geçerli olmak üzere hem görevi devam ederken hem de görevi sona erdikten sonra meclis soruşturması yolunun işletilmesi şarttır. (...) önemli olan, ilgili suçun görev esnasında işlenmiş olmasıdır."*

155 TUNÇ, s. 274: *"... Anayasa hükmü açıkça 'Cumhurbaşkanı hakkında işlediği iddia edilen bir suç hakkında' ifadelerine yer vererek suçun işlendiği tarih ile Cumhurbaşkanlığı görevinin başlangıç tarihi arasında bir ayrıma gitmemektedir. Buna göre, seçilmesi öncesinde işlediği iddia edilen suçlarını da bu kapsamda saymıştır. Fakat bu durum, hukuk devleti ilkesinin ihlâli niteliğini taşıyabilecek (...), Anayasanın eşitlik ilkesine uygun olmayacaktır."*

156 Hakkında soruşturma açılmasına karar verilen Cumhurbaşkanı, AY m. 105/4 uyarınca seçim kararı alamaz (AY m. 105/4) ise de, soruşturma makamı olan TBMM'ce asgarî 360 milletvekilinin oyuyla seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi mümkündür. (AY m. 116/1, c. 1) Bu hâlde TBMM genel seçimi ile Cumhurbaşkanı seçimi birlikte yapılacak (AY m. 116/1, c. 1) olup bu süreçte TBMM'nin soruşturmayı sürdürüp Yüce Divana sevk kararı ile neticelendirmesine bir engel bulunmamaktadır.

157 GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 771: *"... Cumhurbaşkanının göreve başlama anı olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda ant içmenin bittiği anı kabul etmek gerekir. Eski Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı sıfatı da bu an sona erer."*

ması hâlleri" tahdidî, hatta tâdâdî[158] olarak dahi sayılmadığından, bu sebeplerin tespiti bilimsel ve yargısal içtihada bırakılmıştır.

Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasına sebep hâllerden ilki "istifa"-dır[159]. Öğretide[160] TBMM Başkanlığı ile Yüksek Seçim Kuruluna birer dilekçe sunulması suretiyle kullanılması uygun görülen istifa hakkı "bozucu yenilik doğuran ve tek taraflı irade beyanıyla kullanılan bir hak" olup bu hakkın kullanılması Cumhurbaşkanı seçiminin 45 gün içinde (genel seçime bir yıl veya daha az kalmış ise TBMM genel seçimiyle birlikte) yenilenmesi sonucunu doğurmaktadır. (AY m. 106/2) Bu noktada, hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen Cumhurbaşkanının seçim kararı almasını yasaklayan AY m. 105/4 hükmünün "şüpheli" yahut "sanık" statüsündeki Cumhurbaşkanının istifa edebilmesine olanak tanımadığı bir an için düşünülebilirse de, "zorla çalıştırma yasağı"na aykırı düşen bu yorum bizce kabul edilebilir değildir. Dolayısıyla, istifa hakkını kullanan "şüpheli" veya "sanık" Cumhurbaşkanının görevi başka bir işleme gerek kalmaksızın sona erecek ve yeni Cumhurbaşkanı seçilene kadar Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanlığına vekâlet edecektir. (AY m. 106/2[161,162]) Müstafi Cumhurbaşkanı hakkındaki muhakeme ise usûlünce sürecektir. Seçilmeye engel teşkil etmeyen bir suçtan kesin hüküm giyen ve görevine devam eden Cumhurbaşkanının istifa etmesi durumunda, infazın ikinci-örtülü koşulu gerçekleştiğinden, hükmün infazına derhâl başlanacaktır. Öte yandan, suç isnadı altında bulunması, müstafi Cumhurbaşkanının yeniden Cumhurbaşkanı adayı olmasına hukuken engel teşkil etmez[163].

Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasına sebep hâllerden ikincisi "ölüm"-

---

158 AY m. 106'nın 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki hâlinde bu yöntem benimsenerek "ölüm" ve "çekilme" şeklinde iki örneğe yer verilmiş idiyse de, maddenin değişik hâlinin ikinci fıkrasında yalnızca "Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması"ndan söz edilmektedir.

159 Aynı yönde bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 775; GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 68.

160 GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 775: *"Cumhurbaşkanının istifa dilekçesini nereye sunacağı konusunda Anayasa'da bir hüküm yoktur. 2007 Anayasa değişikliğinden önce, Cumhurbaşkanının, istifa dilekçesini kendisini seçen makam olan TBMM Başkanlığına göndermesi gerektiği kabul ediliyordu. (...) Cumhurbaşkanının istifa dilekçesini bir yandan TBMM Başkanlığına, diğer yandan da seçim işlemlerini başlatacak olan Yüksek Seçim Kuruluna sunmasında yarar vardır."* Bizce, istifa etmek isteyen Cumhurbaşkanının bu yöndeki iradesini "Cumhurbaşkanı kararı" şeklinde açıklaması yeterli olacaktır.

161 **AY m. 106/2, c. 1-2**: "Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde, kırk beş gün içinde Cumhurbaşkanı seçimi yapılır. Yenisi seçilene kadar Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanlığına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır." Hükme yönelik haklı bir eleştiri için bkz. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 357: *"Bu düzenlemede, demokratik hukuk devleti bakımından yadırganacak husus, halkın seçtiği Cumhurbaşkanına verilen tüm yetkilerin, geçici bir süre için de olsa, atamayla gelen Cumhurbaşkanı yardımcısı tarafından kullanılabilmesidir."* Aynı yönde bkz. ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 2017, s. 319.

162 İşbu hüküm, sayısı AY m. 106/1'de sınırlandırılmamış olan Cumhurbaşkanı yardımcılarından hangisinin Cumhurbaşkanına vekâlet edeceği sorusunu da yanıtsız bırakmaktadır. Uygulamada bunun kararını Cumhurbaşkanı verecektir.

163 Cumhurbaşkanı seçilme yeterliliğine ilişkin AY m. 101/1 hükmünde "suç isnadı altında bulunmamak" şeklinde örtülü bir şartın yer aldığı yolundaki "masumiyet karinesine aykırı" sav için bkz. HAFIZOĞULLARI/ACAR, s. 31-34. Bu şartı *de lege ferenda* savunan yazar için bkz. GÜNDÜZ, s. 171.

dür[164]. Vefatın soruşturma evresinde gerçekleşmesi hâlinde, artık kovuşturma olanağı kalmayacağından, TBMM'nin soruşturmayı, CMK m. 172/1[165] hükmünü kıyasen tatbik suretiyle, "Yüce Divana sevk etmeme (takipsizlik) kararı" ile neticelendirmesi gerekecektir. Sanık Cumhurbaşkanının ölümü hâlinde, TCK m. 64/1 ve CMK m. 223/8-9 hükmü uyarınca -derhâl beraât kararı verilebilecek hâller müstesna- "kamu davasının düşürülmesine" karar verilecek; niteliği itibarıyla müsadereye tâbî eşya ve maddî menfaât hakkında ise davaya devam edilerek bunların müsaderesine hükmolunabilecektir. Nihayet, Cumhurbaşkanının ölmeden önce kesin hüküm giymiş olması durumunda, TCK m. 64/2 gereği, hapis ve henüz infaz edilmemiş adlî para cezaları ortadan kalkacak; ancak müsadereye ve yargılama giderlerine ilişkin olup ölümden önce kesinleşmiş bulunan hüküm, infaz olunacaktır[166].

"Cumhurbaşkanının görevini kesin olarak icra edemeyecek duruma gelmesi" de yine öğretide[167] ve uygulamada[168] Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasına sebep hâllerden kabul edilmektedir. Bazı anayasalarda[169] isabetli bir şekilde "açıkça" düzenlenen bu hâlin "suç işlendikten sonra" akıl hastalığı şeklinde ortaya çıkması soruşturmaya ve davanın açılmasına (TBMM'nin Yüce Divana sevk kararı almasına ve iddianamenin Yüce Divanca kabulüne) engel değilse de, kovuşturmaya (CMK m. 223/8-9) ve hükmün infazına (CGTİHK m. 16/1) engel teşkil edebilir[170]. Böyle bir durumda, görevin icrasına kesin engel olan

---

164 GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 775; GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 69.

165 **CMK m. 172/1, c. 1**: Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir.

166 **CMK m. 313/1-2**: Hükmün infaz edilmiş olması veya hükümlünün ölümü, yargılamanın yenilenmesi istemine engel olmaz. Ölenin eşi, üstsoyu, altsoyu, kardeşleri yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabilirler.

167 GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 776; GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 69; GÖZÜBÜYÜK, s. 246; ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 2014, s. 343.

168 ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 2014, s. 343; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 357: *"... Cumhurbaşkanı Cemâl Gürsel'in sağlık durumu nedeniyle, TBMM, 28/03/1966 tarihli ve 114 sayılı kararı ile, sağlık kurulu raporunu dikkate alarak Cumhurbaşkanlığı makamının boşaldığına ve yeni Cumhurbaşkanı seçiminin yapılmasına karar vermiştir."*

169 Örneğin bkz. **1958 Fransız Anayasası m. 7/5**: *En cas de vacance ou lorsque l'empêchement est déclaré définitif par le Conseil constitutionnel, le scrutin pour l'élection du nouveau Président a lieu, sauf cas de force majeure constaté par le Conseil constitutionnel, vingt jours au moins et trente-cinq jours au plus après l'ouverture de la vacance ou la déclaration du caractère définitif de l'empêchement.* (Ayrıntı için bkz. GÖZLER, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, s. 69.) Yine bkz. GÖREN, s. 255-256: *"Bazı ülkeler bu işi ... hükûmete bırakmışlardır. Örneğin Belçika'da kralın görevini yapamayacak bir duruma girdiğini saptayan hükûmet, bir naip atanması için parlâmentoya başvurabilir. (Belçika Anayasası m. 82.) Bazı ülkeler bu işi ... yasama organına bırakmışlardır. (Örneğin 1919 tarihli Alman Anayasası, eski Polonya Anayasası) Bazı ülkeler ise bu takdir yetkisini yargı organına bırakmışlardır. Örneğin ... ABD'de buna karar verecek olan merci Federal Yüksek Mahkemedir."*

170 Aynı yönde bkz. Güner Hande Ulutürk, **Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı Ve Kusur Yeteneğine Etkisi**, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 151; Yener Ünver, **Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989, s. 163.

akıl hastalığının "kovuşturmaya engel" olup olmadığının tespiti amacıyla Yüce Divan tarafından CMK m. 74 hükmü işletilecek ve gerekirse -derhâl beraât kararı verilebilecek hâller saklı kalmak üzere- "muhakemenin kovuşturma engeli kalkana dek durmasına" (CMK m. 223/8-9) karar verilecektir. Yeniden seçilmeye engel olmayan bir suçtan kesin hüküm giyen ve dolayısıyla görevine devam eden Cumhurbaşkanının kesin hükümden sonra göreve kesin engel teşkil eden bir hastalığa yakalanması hâlinde ise, hastalığın "akıl hastalığı" olup olmamasına göre CGTİHK m. 16'nın ilk[171] yahut ikinci[172] fıkrası uygulanacaktır. Nihayet, akıl hastalığının "suçun işlendiği an" mevcut olması durumunda, Cumhurbaşkanı hakkında "ceza verilmesine yer olmadığına" (CMK m. 223/3-a) karar verilerek güvenlik tedbirlerine başvurulabilecektir. (TCK m. 32/1, 57)

C. Dava ve Ceza Zamanaşımının Görev Süresince İşleyip İşlemeyeceği Sorunu

Anayasa'da Cumhurbaşkanınca işlenen suçlara ilişkin özel bir dava veya ceza zamanaşımı öngörülmediğinden, bu hususta TCK m. 66 ve devamındaki genel hükümler ile ilgili suç tiplerindeki özel hükümlere[173] başvurulacaktır.

TCK m. 67/1'e göre, *"Soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hâllerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne ... kadar dava zamanaşımı durur."* AY m. 105'te yer alan "asgarî 360 milletvekilinin soruşturma açmaya karar vermesi" ve "asgarî 400 milletvekilinin Yüce Divana sevk kararı vermesi" gibi şartlar "karar" niteliğinde birer ceza muhakemesi şartı olup "seçilen Cumhurbaşkanının usûlünce ant içmesi"nden "hakkında soruşturma başlatılması" kararı alınıncaya kadar, Cumhurbaşkanı hakkında dava zamanaşımı durur[174].

Ceza zamanaşımına gelince; evvelce belirtildiği gibi, seçilmeye engel teşkil etmeyen bir suçtan kesin hüküm giymiş ve ardından -ilk kez yahut yeniden- Cumhurbaşkanı seçilmiş bir kimse hakkındaki hapis cezasının infazı -AY m.

---

171 **CGTİHK m. 16/1**: Akıl hastalığına tutulan hükümlünün cezasının infazı geriye bırakılır ve hükümlü, iyileşinceye kadar Türk Ceza Kanununun 57'nci maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır.

172 **CGTİHK m. 16/2**: Diğer hastalıklarda cezanın infazına, resmî sağlık kuruluşlarının mahkûmlara ayrılan bölümlerinde devam olunur. Ancak bu durumda bile hapis cezasının infazı, mahkûmun hayatı için kesin bir tehlike teşkil ediyorsa mahkûmun cezasının infazı iyileşinceye kadar geri bırakılır.

173 Örneğin, TCK m. 76/4, 77/4, 78/3, 94/6 uyarınca, soykırım suçunda, insanlığa karşı suçlarda, bu suçları işlemek amacıyla örgütlenme suçlarında ve işkence suçunda zamanaşımı işlemeyecektir.

174 Aksi yönde bkz. ÖZGENÇ, s. 639: *"Anayasa'da açık hüküm bulunmadığı için, Cumhurbaşkanlığı görevinin devam ettiği süre zarfında da dava zamanaşımı işlemeye devam eder."* Dava zamanaşımının durması için "Cumhurbaşkanı hakkında soruşturma önergesinin verilmesi" gerektiği şeklinde yorumlanabilecek bir görüş için bkz. TOROSLU/TOROSLU, s. 495: *"Zamanaşımının durması izin, karar veya çözüm için başvurulmuş olmasını gerektirir."* Katılmadığımız bu düşünceye göre, dava zamanaşımı, soruşturma önergesinin verilmesi ile duracak ve bu önergenin olumlu veya olumsuz yönde karara bağlanmasıyla yeniden işlemeye başlayacaktır.

105/5'in gâî yorumuyla- görev süresinin bitimine bırakılmakta; anılan hüküm, hapis cezalarıyla sınırlı olmak üzere, infaz hukuku bakımından, AY m. 83/3 benzeri bir etki doğurmaktadır. Buna mukabil, m. 83/3'te "TBMM üyeliği süresince ceza zamanaşımının işlemeyeceği" açıkça belirtilmiş iken, AY m. 105'te yahut diğer bir hükümde bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır. Unutkanlıkla açıklanamayacak bu durum anayasa koyucunun tercihinin bir sonucu olup eleştiriye açıktır[175].

D. Soruşturma veya Kovuşturma Evrelerinde Koruma Tedbirlerinin Uygulanabilirliği Sorunu

TBMM üye tam sayısının salt çoğunluğunca (AY m. 105/1, c. 1) verilen soruşturma önergesinin üye tam sayısının beşte üçünün gizli oyuyla (AY m. 105/1, c. 2) kabulü üzerine "şüpheli" (CMK m. 2/1-a) ve üye tam sayısının üçte ikisinin gizli oyuyla (AY m. 105/3, c. 2) Yüce Divana sevk edildikten sonra hakkındaki iddianamenin kabulüyle "sanık" (CMK m. 2/1-b) statüsüne giren Cumhurbaşkanı hakkında koruma tedbirlerinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmaya değer bir mesele olup fikrimizce bu meselenin soruşturma ve kovuşturma evreleri yönünden ayrı ayrı irdelenmesi gerekmektedir.

Hemen ifade etmek gerekir ki, mevzuatımızda Cumhurbaşkanını koruma tedbirleri yönünden açıkça "dokunulmaz" kılan bir norm mevcut değildir. Hâl böyle olunca, ilk bakışta, Cumhurbaşkanının da, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde, her şüpheli ve sanık gibi koruma tedbirlerine maruz kalabileceği savunulabilir. Ne var ki, Cumhurbaşkanı hakkında yürütülen soruşturmanın usûlü CMK'de gösterilen soruşturma usûlünden hayli farklı olup bu evrede koruma tedbirlerine ilişkin CMK hükümlerinin uygulanabilirliği oldukça tartışmalıdır. Örneğin, soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına "Cumhuriyet savcısının istemi" üzerine "sulh ceza hâkimi tarafından" karar verilmesini öngören CMK m. 101/1 hükmünün TBMM tarafından yürütülen soruşturmada Cumhurbaşkanı hakkında doğrudan uygulanması, daha açık bir ifadeyle TBMM'nin bir sulh ceza hâkimliğinden tutuklama talep etmesi düşünülemez. Keza, anılan normun Cumhurbaşkanı hakkında kıyasen tatbiki suretiyle tutuklamanın başka bir makamdan istenmesi de söz konusu olamaz. Diğer yandan, TBMM'ce CMK'nin Cumhuriyet savcısını tek başına karar almaya yetkili kıldığı koruma tedbirlerine, örneğin gözaltı tedbirine Cumhurbaşkanı hakkında başvurulmasına da, yine, fikrimizce imkân yoktur. Zira, kamu hukuku alanında kişilerin ve organların yetkisizliği asıl, yetkili olması ise istisna olup kişilerin ve organların kendilerine

[175] 9 Temmuz 2018 öncesindeki düzenlemelere göre de, ceza zamanaşımının görev süresince işlediğine ve özel bir düzenleme ile bunun engellenmesi gerektiğine işaret eden bir yazar için bkz. YANIK, s. 103. Ayrıksı bir görüş için bkz. KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 772: *"Zamanaşımının ... kesilmesinin de cumhurbaşkanının görev süresi göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekir."*

verilmemiş (tanınmamış) bir yetkiyi kullanmaları AY m. 6/3[176] hükmüne açıkça aykırıdır[177]. Bu nedenle, bize göre, TBMM'nin Cumhurbaşkanı hakkında koruma tedbirlerine başvurması mümkün değildir[178].

Cumhurbaşkanının Yüce Divanca yargılandığı kovuşturma evresinde ise, koruma tedbirlerinin uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır[179]. Burada Yüce Divanın yetkisi, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun Yüce Divan sıfatıyla çalışırken yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapıp hüküm vermesini öngören AMKYUHK m. 57/1 hükmüne dayanmaktadır. Buna göre, örneğin, Yüce Divanın, yürüttüğü yargılamada, AMKYUHK m. 57/1 sevkiyle CMK m. 101/1, c. 1 hükmüne istinaden, Cumhurbaşkanını re'sen tutuklaması pekâlâ mümkündür[180]. Bununla birlikte, Yüce Divanın tutuklama kararı verirken, AİHS ve AİHM içtihadının yanı sıra, Cumhurbaşkanının işgal ettiği makamın önemini ve özellikle yargılama sonunda verilmesi muhtemel mahkûmiyet kararının Cumhurbaşkanının görevini sona erdirip erdirmeyeceğini göz önünde bulundurması zorunludur. Zira, örneğin birden çok kişinin ölümüne bilinçli taksirle sebebiyet verdiği iddiasıyla yargılanan ve 22 yıl 6 aya kadar hapsi istenen Cumhurbaşkanı, bu suçtan ötürü üst sınırdan cezalandırılıp kesin hüküm giyse dahi, AY m. 105/5 ve 76/2 uyarınca görevine devam edeceğinden, böyle bir yargılamada Cumhurbaşkanı hakkında tutuklama tedbirine başvurulması AY m. 105/5'e aykırılık oluşturacaktır.

E. Yargılamanın Yenilenmesi Dışındaki Diğer Olağanüstü Kanun Yollarına Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu

Olağanüstü kanun yolları "kesinleşmiş hüküm aleyhine başvurulabilen kanun yolları"nı ifade etmekte olup CMK'de "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının

---

176 **AY m. 6/3, c. 2**: Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.

177 Aynı yönde bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 1150-1151.

178 "Şüpheli" Cumhurbaşkanı hakkında koruma tedbirlerine başvurulmasını "hukuken mümkün, fakat siyaseten isabetsiz" kabul eden görüş için bkz. KESKİNSOY, **1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Statüsü ve Sorumluluğu**, s. 124-125: *"Ceza Muhakemesi Kanunundaki koruma tedbirlerinin soruşturma aşamasında tatbikine kanuni bir engel yoktur. Bu çerçevede, Cumhurbaşkanı için, önergeden ... Yüce Divana kadarki zamanı kapsayan ve soruşturma yerine kaim süreçte, siyasi saiklerle Cumhurbaşkanının ve Cumhurbaşkanlığının yıpratılmasına müsaade edilmemesi gerekir. Ayrıca, teknik olarak henüz suç vasfı ortaya çıkmamış ve yasal dayanağı da olmayan bir suçun işlendiği hayaliyle hareket edilebileceği ihtimali de göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı bakımından koruma tedbirlerinin tatbik edilemeyeceğini ya da edilmemesi gerektiğini düşünüyoruz."*

179 Aynı yönde bkz. KESKİNSOY, **1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Statüsü ve Sorumluluğu**, s. 124: *"TBMM'nin kararıyla Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanı için ... yargılama izni çıktığına göre; tutuklama dâhil ... koruma tedbirlerinin uygulanmasına dair engelin ortadan kalktığı sonucuna ulaşılabilir. Çünkü daha çoğuna müsaade edilen bir şeyin daha azına evleviyetle müsaade edilmiş olur.*

180 Aynı yönde bkz. TAŞKIN, s. 392. Fikrimizce, koruma tedbirlerinin uygulanmasına dair kararlar aleyhine "yeniden inceleme" yoluna başvurulması mümkün olup Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda vereceği karar kesindir. (AY m. 148/9) Önerdiğimiz sistemde ise, ilk derece yargılama makamı "TBMM Başkanlığı tarafından açık kura ile belirlenecek Yargıtay Ceza Dairesi" olacak; dairece verilen tutuklama kararlarına karşı yine kararı veren daireye itirazda bulunulacak ve dairenin kararında ısrar etmesi hâlinde, itiraz, müteakip numaralı ceza dairesinin denetimine sunularak olası hatalar giderilebilecektir. Buna yakın bir öneri için bkz. ARSLAN, s. 65-67; 245-261.

itirazı[181]" (m. 308), "kanun yararına bozma" (m. 309-310) ve "yargılamanın yenilenmesi" (m. 311) şeklinde üç farklı olağanüstü kanun yoluna yer verilmiştir. Buna karşılık, AMKYUHK'de ise yalnızca "yargılamanın yenilenmesi"nden (m. 67) söz edilmiş ve bu yola sadece "siyasî parti kapatma davaları" ile "Yüce Divan sıfatıyla görülen davalar"da verilen kesinleşmiş hükümler aleyhine başvurulabileceği belirtilmiştir.

Bu çerçevede, anayasa ve yasa koyucunun, Cumhurbaşkanı hakkında Yüce Divanca verilen kesinleşmiş hükümler aleyhine başvurulmasına imkân verdiği yegâne olağanüstü kanun yolunun "yargılamanın yenilenmesi" yolu olduğunu kabul etmek gerekmektedir[182].

F. "Şüpheli", "Sanık" yahut "Hükümlü" Statüsündeki Cumhurbaşkanının Kendisi Hakkında Özel Af (AY m. 104/16) Çıkarıp Çıkaramayacağı Sorunu

AY m. 104/16 hükmüne göre, Cumhurbaşkanı "sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle" kişilerin cezalarını hafifletmeye ve kaldırmaya yetkilidir[183]. "Bireysel[184] (kişiye özgü[185]) özel af" niteliğini haiz olan ve devlet başkanlarına geleneksel olarak çoğunlukla tanınan[186] bu yetkinin kullanılması fiili "suç" olmaktan çıkarmadığından, affa rağmen kamu davasının açılması ve eğer derdest bir dava var ise bu davanın sonuçlandırılması gerekmektedir[187]. Zira, cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir. (TCK m. 65/3) Öte yandan, AY m. 104/16'da özel af yetkisinin hapis cezalarıyla sınırlandırılmamış olması dolayısıyla, Cumhurbaşkanı, örneğin sürekli hastalığı sebebiyle çalışamayan bir kimse hakkındaki kesinleşmiş adlî para cezasını da kaldırabilecektir. Bu yönüyle, AY m. 104/16'taki özel af yetkisi, TCK m. 65/2'de tanımlanan özel aftan daha kapsamlıdır. Buna karşılık, hapis cezası-

---

181 ÜNVER/HAKERİ, s. 873: *"Belirtelim ki, Y. Cumhuriyet Başsavcısının itirazı esasında henüz kesinleşmemiş bir karara karşı gidilen yol olduğundan, olağan kanun yollarından biridir. Ancak CMK, hatalı olarak bunu olağanüstü kanun yolları içinde düzenlemiştir. Bu ... hata kanunî değişiklikle giderilmelidir. (...) Yargıtay ise, bu kanun yolunu olağanüstü bir kanun yolu olarak kabul etmektedir."*

182 Aynı yönde bkz. YANIK, s. 243: *"... Yüce Divan kararlarına karşı ... diğer olağanüstü kanun yollarına başvurma olanağı yoktur. (...) kanun yararına bozma, iki dereceli genel ceza yargılamasına özgü bir kurumdur ve şartları gereği, Yüce Divan yargılamasında uygulanması söz konusu değildir. Bunun yanında (...) Yüce Divan, 22/05/1984 tarihli ve 1981/1 esas ve 1984/16 karar sayılı müteferrik kararında, Yüce Divanın temyiz mahkemesi sıfatıyla değil, esas mahkeme sıfatıyla verdiği kararların kesin olması nedeniyle, bunlara karşı düzeltme yoluna gidilemeyeceğini kararlaştırmıştır."* Yine bu yönde bkz. DURMUŞ, s. 47-52.

183 AY m. 169/3 uyarınca, münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamayacağı gibi, ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar da genel ve özel af kapsamına alınamaz.

184 İÇEL, s. 757; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 516; TOROSLU/TOROSLU, s. 489.

185 GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 794.

186 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt: 18 2001, s. 298-330.

187 İÇEL, s. 757; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 669; TOROSLU/TOROSLU, s. 491.

nı para cezasına çevirmeye imkân vermemesi[188] ve sebep itibarıyla sınırlandırılmış[189] olması bakımından ise, Cumhurbaşkanının özel af yetkisi, TBMM'nin özel af yetkisinin gerisindedir[190].

Her iki özel af da yalnızca hakkında kesinleşmiş ceza mahkûmiyeti bulunanlar hakkında hüküm ve sonuç doğurmakta ise de, şüpheli ve sanık statüsündeki kişileri de kapsayacak şekilde bir özel af çıkarılmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, soruşturma ve kovuşturma özel affa rağmen sürdürülecek, neticeten kesin hüküm giymesi durumunda kişi özel affın hükümlerinden yararlandırılacaktır[191].

Cumhurbaşkanının kendisi hakkında bireysel özel af çıkarıp çıkaramayacağı meselesi bu çerçevede ele alınacak olursa; öncelikle, Cumhurbaşkanının, soruşturma veya kovuşturma evresinde, "sürekli hastalık, sakatlık ve kocama" sebeplerinden birini veya birkaçını gerekçe göstermek kaydıyla, kendisi hakkında özel af (AY m. 104/16) çıkarmasına hukuken hiçbir mâni yoktur. Buna göre, örneğin, soruşturma önergesinin kabulünü müteakiben "hakkında verilmesi muhtemel cezanın tümden kaldırılmasına yönelik peşin bir özel af" çıkaran Cumhurbaşkanı hakkındaki soruşturmaya devam edilecek ve kovuşturma neticesinde kesin hüküm giymesi hâlinde, hükme konu suç "seçilmeye engel bir suç olsun[192] veya olmasın" Cumhurbaşkanı özel aftan yararlanacaktır. Keza, Yüce Divanın mahkûmiyet hükmünü açıklamasından bu hükmün kesinleşmesine kadarki süreçte[193] de Cumhurbaşkanı kendisi hakkında özel af çıkarmaya yetkilidir.

Kesin hüküm giymiş Cumhurbaşkanının kendisi hakkında özel af çıkarabilmesi içinse, şüphesiz, özel af yetkisine mesnet "Cumhurbaşkanı" sıfatını koruyor olması, daha açık bir ifadeyle kesinleşmiş hükmün "milletvekili -ve dolayısıyla Cumhurbaşkanı- seçilmeye engel bir suç"tan kaynaklanmaması icap etmektedir. Bununla birlikte, seçilmeye engel bir suçtan kesin hüküm giyen Cumhurbaşkanının kendisi hakkında önceden bir özel af çıkarmamış olması durumunda, AY m. 106/2 gereği yeni Cumhurbaşkanı seçilene kadar Cumhurbaşkanlığına vekâlet

188 Gözler, AY m. 104/16 ile "bir kimsenin cezasını kaldırma" yetkisiyle donatılan Cumhurbaşkanının "çoğu yapmaya yetkili olanın azı yapmaya da yetkili olduğu" yolundaki kural dolayısıyla, "hapis cezasını başka bir cezaya dönüştürme" yetkisine de sahip olduğunu savunmaktadır. Bkz. GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 795.

189 GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, 2018, s. 794: *"Burada numerus clausus bir sayma yapılmıştır. Anayasada sürekli hastalık, sakatlık, kocama 'gibi' sebepler denmemiştir. Dolayısıyla bunlara benzetilerek yeni özel af sebepleri yaratılamaz."*

190 İÇEL, s. 757; TOROSLU/TOROSLU, s. 489.

191 Aynı yönde bkz. İÇEL, s. 757: *"Özel affın uygulanabilmesi için ortada bir ceza mahkûmiyetinin bulunması gerekir. Kamu davası devam ederken, bir şekilde özel af çıkarılmışsa, sanık mahkûm olduğu takdirde özel af uygulanabilir. Bu nedenle, özel af yasası çıkmış olsa dahi, yargılamaya devam edilip sanığın mahkûm olması durumunda özel yasasının uygulanması gerekir."*

192 Özel affa konu suçun "Cumhurbaşkanı seçilmeye engel bir suç" olması durumunda, kesin hüküm giyen Cumhurbaşkanının görevinin sona ereceği muhakkaktır. (AY m. 105/5 ve TCK m. 65/3)

193 "Olağan kanun yolu" niteliğindeki "yeniden inceleme" yoluna başvuru imkânının bulunduğu bu süreç de yine kovuşturma evresine dâhildir.

ederek Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanacak olan Cumhurbaşkanı yardımcısının, kendisini bu göreve atayan sakıt (AY m. 105/5) Cumhurbaşkanını affetmesi mümkün ve dahi kuvvetle muhtemeldir[194].

Sebebi itibarıyla sınırlandırılmış bulunan bu bireysel özel af yetkisi, Cumhurbaşkanı yahut Cumhurbaşkanlığına vekâlet eden Cumhurbaşkanı yardımcısı tarafından -uygulamada ve öğretide "Cumhurbaşkanı kararı" olarak isimlendirilen- bireysel bir işlem ile kullanılacak[195] olup bu nitelikteki kararlara karşı açılacak iptâl davası "ilk derece mahkemesi olarak" Danıştayda görülecektir[196]. (2575 sayılı Danıştay Kanunu m. 24/1-a) Buna göre, örneğin, özel af yetkisinin AY m. 104/16'da sayılan sebeplerin yokluğunda kullanılması hâlinde, söz konusu karar iptâl edilebileceği gibi, kararı alan Cumhurbaşkanının -yahut Cumhurbaşkanlığına vekâlet eden Cumhurbaşkanı yardımcısının- cezaî sorumluluğuna da gidilebilecektir.

---

194 Cumhurbaşkanlığına vekâlet eden kimsenin "özel af" yetkisini kullanamayacağı yolundaki görüş için bkz. Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2858, Fakülteler Matbaası, 1981, s. 358: *"Cumhurbaşkanı Vekili 'devlet yönetiminin sürekliliği' gereği, sıradan işlemleri yapıp devlet çarkının dönüp gitmesine yönelik yetkileri kullanabilir ancak. Örneğin, Cumhurbaşkanı Vekili, TBMM'nce kabul edilen kanunları on gün içinde yayımlar. Ama kontenjan senatörü ataması düşünülemez. Belli nedenlerle af yetkisini de kullanmamalıdır."*

195 Aynı yönde bkz. Özen Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2018, Sayı: 1, Galatasaray Üniversitesi Yayınları No: 91, s. 8.

196 Aynı yönde bkz. ÜLGEN, s. 6: *"... Anayasa'da aslî düzenleme yetkisi kapsamında olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bireysel işlem niteliğindeki kararnameler ve türevsel nitelikteki kararnamelerin birbirinden ayrılması gerekir. Zira Anayasa'nın öngördüğü özel Cumhurbaşkanlığı kararnamesi rejiminden farklı olarak, Cumhurbaşkanlığının diğer işlemleri, yürütme/idare işlemlerinin yargı kolu olan idarî yargı tarafından denetlenmelidir."*

KISALTMALAR CETVELİ

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKYUHK	: Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun
AY	: Anayasa (1982 Anayasası)
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
CD	: Yargıtay Ceza Dairesi
CGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
E.	: Esas
K.	: Karar
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: Ve devamı
YSK	: Yüksek Seçim Kurulu

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 2016.

Akyazan, Ahmet Emrah, "Kanunîlik İlkesi Çerçevesinde Cumhurbaşkanının Cezaî Sorumluluğu", **Erzurumluoğlu Armağanı**, Ankara Barosu Dergisi Yayınları, 2012.

Aldıkaçtı, Orhan, **Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı**, Kor Müessesesi, 1960.

Arslan, Çetin, **Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi**, Yayımlanmış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1997.

Artuk, Mehmet Emin / Gökcen, Ahmet / Yenidünya, Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 2016.

Atar, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, 2009.

Biber, Numan, **Meclis Soruşturması ve Yüce Divan Yargılaması**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

Candemir, Taner, "Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Sıfatıyla Yaptığı Yargılama", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2, Ankara Barosu Yayınları, Haziran 1995, s. 31-40.

Centel, Nur / Zafer, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayıncılık, 2012.

Centel, Nur / Zafer, Hamide / Yenerer Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayıncılık, 2011.

Coşkun, Vahap, "Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 36, 2017, s. 3-30.

Çoban, Ali Rıza / Erdağ, Ali İhsan, "Göreviyle İlgili Olmayan Kişisel Suçlarından Dolayı Cumhurbaşkanının Sorumluluğu ve Yargılanması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 21, Sayı: 75, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şubat 2008, s. 177-189.

Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2011.

Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Derdiman, Cengiz, **Anayasa Hukuku**, Alfa Aktüel Yayınları, 2011.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt: 1, Beta Yayıncılık, 1987.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, Cilt: 1, Der Yayınları, 2016.

Durmuş, Arzu, **Siyasî Partileri Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak (Anayasa Mahkemesi Kararlarına Karşı Olağanüstü Kanun Yolları)**, Beta Yayıncılık, 2001.

Ercan, İsmail, **Ceza Hukuku (Genel Hükümler-Özel Hükümler)**, Savaş Yayınevi, 2009.

Erdoğan, Mustafa, **Türk Anayasa Hukuku**, Hukuk Yayınları, 2018.

Erol, Çağdaş, **Türk Anayasa Hukukunda Yüce Divan**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

Gören, Zafer, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2015.

Gözler, Kemal, **Elveda Anayasa**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2017.

Gözler, Kemal, **Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2016.

Gözler, Kemal, **Hukuka Giriş**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2010.

Gözler, Kemal, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt: 18, 2001, s. 298-330.

Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000.

Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2018.

Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2016.

Gözübüyük, Şeref, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2007.

Gülfidan, Osman Serkan, **Cumhurbaşkanının Cezaî Sorumluluğu**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

Gündüz, Orçun, "Cumhurbaşkanının Cezaî Sorumluluğu", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 8, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 153-176.

Hafızoğulları, Zeki / Acar, Bülent, "Cumhurbaşkanı Seçilme Yeterliliğinin 'Suç İsnadı Altında Bulunmama' Koşulu", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 65, Sayı: 2, 2007, s. 31-34.

Hafızoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, 2017.

Hakeri, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 2017.

İba, Şeref, **Türk Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2018.

İçel, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayıncılık, 2016.

Keskinsoy, Ömer, **Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku**, Monopol Yayınevi, 2018.

Keskinsoy, Ömer, **1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Statüsü ve Sorumluluğu**, Savaş Yayınevi, 2013.

Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Köküsarı, İsmail, **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri**, XII Levha Yayınları, 2009.

Küçüktaşdemir, Özgür, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Işığında Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu ve Dokunulmazlığı", **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan**, Cilt: 2, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, 2015, s. 753-788.

Onar, Erdal, "1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1997, s. 387-465.

Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, 1992.

Özbek, Veli Özer, **İnfaz Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2014.

Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2014.

Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2014.

Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2017.

Özbudun, Ergun, "Başkanlık Sistemi ve Türkiye", **Liberal Perspektif Analiz**, Sayı: 1, Özgürlük Araştırmaları Derneği Yayınları, 2015, s. 1-14.

Özden, Yekta Güngör, "Cumhurbaşkanının Yargılanması", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 13, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 17-19.

Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Özkul, Fatih, **1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

Öztürk, Bahri, "Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi 'Yüce Divan'", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 12, 1995, s. 59-108.

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2014.

Rudy, Ludju Kalembo, **Devlet Başkanlarının Cezaî Sorumluluğu: Charles Taylor Örneği**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.

Sabuncu, Yavuz, **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayınevi, 2007.

Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 2014.

Şen, Ersan / Özdemir, Bilgehan, "Yüce Divan Yargılaması", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 1, 2012, s. 177-192.

Tanilli, Server, **Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2858, Fakülteler Matbaası, 1981.

Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, 2018.

Taşkın, Ş. Cankat, "1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 23, Sayı: 92, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ocak-Şubat 2011, s. 384-418.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2014.

Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, 2016.

Teziç, Erdoğan, "Cumhurbaşkanının Sorumluluğu", **Tarih ve Demokrasi - Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan**, Cem Yayınevi, 1992, s. 277-280.

Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, 2017.

Toroslu, Nevzat / Toroslu, Halûk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, 2018.

Tunç, Hasan, **Türk Anayasa Hukuku**, Gazi Kitabevi, 2018.

Ulutürk, Güner Hande, **Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı Ve Kusur Yeteneğine Etkisi**, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

Ülgen, Özen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2018, Sayı: 1, Galatasaray Üniversitesi Yayınları No: 91.

Ünver, Yener, **Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989.

Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2015.

Yanık, Murat, **Yüce Divan**, Derin Yayınları, 2008.

Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Yıldız, Ferhat, "Cumhurbaşkanının Cezaî Sorumluluğu", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 100, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 182-187.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, **Anayasa Hukuku Temel Kavramları ve Türk Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2003.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, **Anayasa Hukuku El Kitabı**, Beta Yayıncılık, 2007.

Zafer, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75)**, Beta Yayıncılık, 2015.

Çevrimiçi Kaynaklar

"Bunun Adı Reislik Sistemi", Cumhuriyet Gazetesi, Şükran Soner, 13/02/2017, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/675505/_Bunun_adi_Reislik_sistemi_.html (Erişim tarihi: 20/03/2019)

Yavuz Sabuncu Anayasa Sempozyumu II. Oturum, Siyasal ve Siyasal, 11/10/2017, https://www.youtube.com/watch?v=KWx9fquM5jU (Erişim tarihi: 20/03/2019)

"Mutlakî Cumhurbaşkanlığı Geliyor", Gazete Duvar, Özlem Akarsu Çelik, 10/01/2017, https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2016/12/26/mutlaki-cumhurbaskanligi-geliyor/ (Erişim tarihi: 20/03/2019)

"Başkanlık Sistemi ve Türkiye", Özgürlük Araştırmaları Derneği Yayınları, Ergun Özbudun, Mayıs 2017, http://www.diken.com.tr/wp-content/uploads/2015/06/%C3%96AD-Analiz-Ba%C5%9Fkanl%C4%B1k-Sistemi-ve-T%C3%BCrkiye-rev.9.pdf (Erişim tarihi: 20/03/2019)

Şule Özsoy Boyunsuz: Türkiye'de halen var olanın adı yarışmacı otoriter rejim, Medyascope TV, 25/03/2017, https://www.youtube.com/watch?v=LhpOFnbSIL4 (Erişim tarihi: 20/03/2019)

SİVİL İTAATSİZLİK

F. Helin Sadioğlu*

Sivil itaatsizliği genellikle hükümetin politikalarında ya da yasalarında bir değişim yaratma amacıyla ortaya konulan yasaya karşı, kamusal, şiddet içermeyen ve vicdani bir eylem olarak kavramaktayız. Sivil itaatsizlik, yasaya itaatsizliği adalet duygusuna hitap eden yollarla göstermeyi sağlar. Sivil itaatsizliğin şiddet içermeyen doğası adil olmayan uygulamalara barışçıl yollarla bir karşı koyma, direnme ve değiştirme niteliği taşır. Sivil itaatsizlik, eylemi gerçekleştiren kişi-kişilerin bu eylemlerinden doğacak yasal cezaları kabul etmeleri ve mukavemet etmenin düşünülmemesi anlamında da şiddet içermez. Sivil itaatsizlik adalet duygusuna seslenen bir siyasal eylem olduğu için böyle bir eylemin adaletin esaslı ve bariz bir şekilde ihlal edildiği durumlarda, olaylarda, uygulamalarda başvurulan bir yöntem olduğu da görülmektedir.

Sivil itaatsizlik, yeni sistem kurma amacı taşıyan bir faaliyet değildir; var olan düzende birtakım değişiklikler yaratma, demokratik açılımlar yapma etkinliğidir. Sivil itaatsizlik, modern demokratik hukuk devletinde demokratikleşme unsurlarından biridir. Sivil itaatsizlik özü gereği yasalara aykırıdır. Çünkü yasanın adil olmaması sonucu ortaya çıkan haksızlıklara karşı bir mücadeledir. Sivil itaatsizlik eylemleri karşı taraf üzerinde bir baskı ve rahatsızlık oluşturur. Yani bu eylemler fiziksel olarak bir şiddet oluşturma yerine karşı tarafı psikolojik olarak baskılamaktadır. Sivil itaatsizlik eylemleri sistemin tümünü değiştirmeye yönelik değildir. Sadece haksızlığa yol açan kural ve yasaya yöneliktir. İktidar tarafından çıkarılan bazı yasa ve uygulamalar adil olmayabilir, etik değerlerden uzak olabilir, hakkaniyete aykırı olabilir, hürriyetleri kısıtlayıcı olabilir. İşte sivil itaatsizlik de bu özellikleri taşıyan yasa ve uygulamalara karşı eylemlikler geliştirir.

Hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri koruyan ve halkı keyfi uygulamalardan koruyan devlet modelidir. Dolayısıyla iktidarın keyfi uygulamaları, insan

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi.

haklarına saygı duymayan yasalar çıkarması durumlarında hukuk devleti ilkesi çiğnenmiş olur. Hukuk devleti ilkesine aykırı davranılması sonucu vatandaşlar zarar görmektedir. Zarar gören vatandaş haklarını aramak için çeşitli yollara başvurur. Bütün yasal yolları tükettikten sonra hala istediği sonuca ulaşamayan vatandaşın bir sonraki adımı bu keyfi uygulamalara uymama olacaktır. İtaatsizlik uymama olarak da nitelendirilebilir. Vatandaşın seçtiği bu itaatsizlik bir direniş örneğidir. Ancak, itaatsizlik bir şey ‘’yapmama’’ ile ilgili bir direniştir. Yani devletin uy dediği yasaya uymamadır. Bu nedenle buna pasif direniş de denebilir.

Bir tür pasif direniş olan sivil itaatsizlik vatandaşın şiddete başvurmadan, organize olarak, harekete geçmesiyle sistemde değişiklik talebidir. Sivil itaatsizlik eylemlerinde sistemdeki adalete, vicdana ve etiğe aykırılığın giderilmesi güdüsüyle hareket edilir. Sistemin şiddet içermeyen direnişle baş edebilmesi zordur. Çünkü onu kolluk kuvvetleriyle etkisiz hale getiremeyecektir. Aksi takdirde bu orantısız güç kullanımını doğuracaktır ve tepkilere neden olacaktır. Sivil itaatsizlikte bir kamuoyu oluşturmak çok önemlidir. Barışçıl ve şiddet içermeyen bir direniş örneği olması nedeniyle kitlelerin ilgisini çekmesi olasıdır. Kamuoyu oluşması ses getirme açısından önem taşımaktadır. İktidarlar ses getiren eylemlere müdahale etme konusunda daha çekingen davranmaktadır. Sivil itaatsizlikte kamuoyunun önemi büyüktür. Bir direniş ne kadar ses getirirse o kadar ciddiye alınacaktır. Dolayısıyla kamuoyu amaca ulaşmayı kolaylaştıracaktır. Ayrıca kitleleri etkilemek adına mizah kullanımı yaygındır. Mizah kitlelere çabuk yayılır ve devamı getirilir. Mizah sivil itaatsizliğin içinde bulunabilir. Sivil itaatsizliğin içinde bulunan mizah, iktidara karşı halkın elinde güçlü bir argümandır.

Sivil itaatsizlik kavramı ilk olarak Hanry David Thoreau tarafından 1848 yılında kullanılmıştır. Sivil itaatsizlik, haksızlığa uğradığını düşünen bireylerin, toplulukların ve kitlelerin haksızlığı ortadan kaldırmak üzere giriştikleri şiddet içermeyen ve kamuya açık eylemleriyle kendini gösterir.

İnsanlar tarih boyunca hak ve hürriyetlerini korumak için birçok yola başvurmuşlardır. Bilinen en eski yöntemlerden biri ise ‘’direniş’’tir. İnsanların doğasında direniş vardır. Sivil itaatsizlik de bir direniş biçimidir. Pasif bir direniş biçimi olan sivil itaatsizliğin öne çıkan unsuru şiddetsizliktir.

Hayrettin Ökçesiz şu şekilde bir genel tanıma varmaktadır: “Sivil itaatsizlik, hukuk devleti idesinin içerdiği üstün değerler uğruna kamuya açık ve yasaya aykırı olarak gerçekleştirilen, bu sırada üçüncü kişilerin daha üstün bir hakkını çiğnemeyen, barışçıl bir protesto edimidir.”

Gücü elen alan-elinde bulunduran iktidarlar zamanla ‘’hukuk devleti ilkesi’’nden uzaklaşabilir. Kamu yararından ziyade keyfi uygulamalara gidebilir.

Bunun sonucunda haksızlığa uğrayan bireyler, yasalara uymama yoluna gidebilir. Bu itaatsizlik (uymama) bütün sisteme değil bazı yasalara karşı olan bir direniştir. Yani sivil itaatsizlik sistemin bütününe karşı bir direniş değildir. Hakkaniyete ve vicdan uymayan yasalar ve uygulamalar için söz konusu olur. Sivil itaatsizlik kendi içinde bir haklılığı, akla ve vicdana uygunluğu ve yaratıcılığı barındırır. Şiddet içermemesi, barışçıl olması, başkalarının haklarına saldırmaması gibi özellikleri ve yöntemleri bakımından kamuoyunun dikkatini çekme ve desteğini kazanma gayreti de vardır.

Yasalar her zaman ve her koşulda adil kabul edilemez. Bazen yasalar toplumun vicdanına ve etiğe aykırı olabilir. Bu takdirde yasalara karşı direnme söz konusu olacaktır. Bu direnişin pasif kolu sivil itaatsizlik olarak adlandırılır. Sivil itaatsizlikte şiddete başvurulmaz. Dolayısıyla sistemin buna karşı tepkilerini zorlaştırır. Sivil itaatsizliğin önemli bir unsuru olan şiddetsizlik, kolluk kuvvetlerinin müdahalesini güçleştirir. Eğer direniş şiddet içerikli olursa buna aktif direniş denir ve bu durum eylemi sivil itaasizlikten çıkarır. Bu durumda sistemin (kolluğun) şiddet eylemini sonlandırması kolaylaşır. Çünkü şiddete karşı yasadan aldıkları yetki ve gücü kullanacaklardır. Kullanılan güç direnişi kırmaya yetecektir ve eylem sonlandırılacaktır. Oysa sivil itaatsizlikte bunlara yol açacak yöntemler yoktur.

Yasalar adil ve vicdana uygun olmalıdır. Adil olmayan ve etik değerlerden uzak yasalar ve kurallar itaatsizliği doğurabilir. Hukuk sistemi adil olmalıdır. Adaletten uzaklaşan hukuk sistemine karşı tarih boyunca bireyler, çeşitli topluluklar, azınlıklar, haksızlığa uğrayanlar, yasalara ve bunların uygulamalarına uymama yoluna gitmişlerdir.

İktidarın devasa gücü karşısında oldukça zayıf kalan insanlar, bireysel olarak, bunun yanı sıra çeşitli topluluklar, sivil toplum kuruluşları adaletsizliği deşifre etmek, haksız uygulamalar ve düzenlemeler karşısında sesini yükseltmek, kamuoyu oluşturmak amacıyla sivil itaatsizlik yollarıyla çeşitlik eylemsellikler içine girebilirler.

İktidarın sivil itaatsizliği gayrimeşru sayması, daha ileriye götürüp suç sayması hatta terör suçu sayması da sık karşılaşılan bir durumdur. Bunlara son vermek için elindeki tüm güçleri ve imkanları kullandığı görülmektedir. Gayrimeşru saydığı, yasa dışı ilan ettiği bu tür etkinlik ve eylemlere karşı takındığı tutum ve kullandığı yöntemlerin de meşruluğu hatta yasalara uygunluğu da tartışabilir bir durumdur. Sivil itaatsizlik, iktidarı zora sokması ve birtakım değişiklikler yapmaya zorlaması yönüyle de bir dirençle karşılaşır. Bu eylemselliklerin çok yaygınlaşmaması için polisiye tedbirler uygulanır. Bu yönüyle şiddete maruz kaldığı da sıkça görülen bir durumdur. Elbette iktidara karşı bir eylemsellik içine giren-

ler, iktidar tarafından hoş görülmeyip çeşitli baskılara maruz kalmayı da göze almışlardır. Sivil itaatsizlik zaten haksızlığa uğrayanların haksızlık karşısındaki duruşudur. Dolayısıyla iktidarın hoş görüsünden uzak ve bir an önce son verilmesi gereken bir eylem tarzıdır. Adil görmedikleri yasalara karşı birtakım sivil itaatsizlik eylemlerinde bulunan muhaliflerin bu eylemlerinin sonuçlarını göze almaları doğal ve olasıdır.

Sivil itaatsizlik birtakım çarpıcı ve farklı yöntemlerle gerçekleştirilebilir. Sivil itaatsizlik eylemleri kendi içinde sempatik, zaman zaman mizahi unsurlar da barındırır, barışçıl yöntemler kullanır. Ayrıca kitleleri etkilemek, kendi yanına çekmek, haklılığını ve meşruiyetini göstermek adına da mizah unsurlarına başvurur. Sivil itaatsizliğin içinde bulunan mizah, iktidara karşı yasal ve barışçıl bir protesto biçimidir.Sivil itaatsizlik, çeşitli eylem biçimleri geliştirirken günümüzde sosyal medyanın, yazılı ve görsel medyanın da ilgisini ve desteğini kazanmak amacıyla zaman zaman mizaha da başvurur. Mizah kitlelere hızlı ve kolay yayılan ve talepleri dile getiren, meramı anlatan bir araçtır. Sivil toplum kuruluşlarının birçok eylemde skeçlere yer vermesi de buna bağlanabilir. Bu örnekte de görüldüğü gibi sivil itaatsizlik bu denli zararsız ve şiddetten uzak özellikler içermektedir.

Sivil itaatsizlik eylemleri kişisel çıkar yerine genelin yararını gözetir. Sivil itaatsizlik eylemleri şeffat eylemlerdir. Eylem görünür bir biçimde yapılır. Eylemlerin kamuya açıklığı sivil itaatsizliğin bir özelliğidir. Sivil itaatsizlik eylemlerinin amacı karşı tarafı yenmek değildir. Asıl amaç haksızlığı doğuran nedenleri ve uygulamaları değiştirmektir. Sistem bu zeka ürünü; şiddetsiz, barışçıl ve çözüme yönelik direnişle başa çıkmakta zorlanır. Yakın zamanda Türkiye'den bir örnek olarak ''Gezi Parkı-Duran Adam'' bir sivil itaatsizlik örneğidir. Bu, halkın yaratıcılığı sonucu ortaya çıkmış olan bir direniş örneğidir. Bunlara ek olarak boykotlar, grevler, oturma eylemleri, iş yavaşlatma, emre itaatsizlik gibi çeşitli eylem türleri de sivil itaatsizlik yol ve yöntemlerinden kabul edilebilir.

Dünyada ise Gandhi'nin 1930'da tuz vergisine karşı başlattığı ''Tuz Yürüyüşü'', 1917 Yılında St. Louis'de iki yüzü aşkın siyahinin öldürülmesinin ardından Harlem'de toplanan 8 bin kişi tarafından bandolu ve kadınların beyaz, erkeklerin siyah kıyafetler giyerek yaptığı protesto, 5 Haziran 1989'da, Pekin'deki Tiananmen Meydanı'nda tankların önünde tek başına durarak tankların geçişini engellemeye çalışan gencin eylemi de sivil itaatsizlik eylemlerine örnek gösterilebilir.

Sivil itaatsizlik meşru mudur? Hak savunması ve hak arayışı bağlamında meşruiyete sahiptir. Sosyal ahlak normlarına ve kamu vicdanına aykırı bir tutum sergilememesi açısından da meşruiyete sahiptir. Barışçıl ve çözüme yönelik ol-

ması, şiddete başvurmaması, başkalarının hak ve özgürlüklerine tecavüz etmemesi bakımından da meşruiyete sahiptir. Sivil itaatsizler karşı çıktıkları haksız uygulamalara, kurallara, yasalara karşı elbette bir uyumsuzluk ve otoriteye boyun eğmeme durumu taşırlar. Bu durum sivil itaatsizliğin yasal olmadığı sonucunu çıkarmakla beraber meşru olmadığı anlamına asla gelmez. Yasal olmayan nasıl ve ne denli meşru olur, çelişkisi ve çatışması da elbette akla gelebilir. Ancak, çevrecilerin doğanın, hayvanların korunmasına yönelik giriştikleri eylemliklerin; insan hakları savunucularının kadın ve çocuk haklarını korumak üzere giriştikleri eylemliklerin; zorunlu askerliğe ve savaşa karşı çıkanların eylemliklerinin; sansüre, işsizliğe, zamlara, gelir dağılımındaki adaletsizliğe, ağır vergilere, adaletsiz ve keyfi uygulamalara, bireysel ve devletsel ve nükleer silahlanmaya karşı girişilen eylemliklerin yasal olup olmadığı tartışma konusu olabilir. Ama bunların meşru olmadığını hangi hukuk ya da hangi vicdan kabul edebilir?

Sivil itaatsizlik özü gereği şiddete başvurmaz. Şiddet iktidarın tehlikeye girdiği ve kendini güvende hissetmediği anda yine iktidar tarafından ortaya çıkarılır. Sivil itaatsizlik iktidara karşı yapıldığı ve muktedir olmadığı için zaten şiddete başvurmaması olağandır. Sorunlarının çözümü için başvurdukları yöntem genellikle pasif eylemlerdir. Örneğin açlık grevi, oturma eylemi, protesto, boykot gibi pasif direniş eylemleridir. Bunların hiçbiri şiddet içeren eylem tarzlarından değildir. Kolluk tarafından kendilerine uygulanan şiddete şiddetle karşılık vermeyip pasif savunma içinde bulunurlar. Bu özelliği ile de çeşitli muhalif gruplarının, yerel ve uluslararası sivil toplum örgütlerinin sempatisini ve desteğini kazanırlar. Sivil itaatsizliğe başvuranlar aynı zamanda hem kendileri hem de kamuoyu için bir formasyon oluştururlar. Eylemleri kamuoyunun dikkatini çeker, onları bilgilendirir ve bir farkındalık ve duyarlılık oluşturmaya da yarar.

Salt çoğunluğun desteğini almak suretiyle iktidara gelmiş hükümetlerin her eyleminin sonucunun demokratik olduğunu kabul etmek saflıktır. Salt çoğunluğun desteğini arkasına alan iktidarların çıkardıkları her kanunun, kararnamelerin, genelgelerin ve bunların uygulamalarının demokratik olduğunu savunması ve bunu her durumda dillendirmesi sıkça karşılaştığımız bir durumdur. Yani varolan düşünce çoğunluğun oyunun alındığı sürece yapılanların direkt olarak hukuka uygun kabul edilmesi, yasal ve meşru sayılması sonucunun doğmasıdır. Bu salt çoğunluğu oluşturanların kısa vadede herhangi bir konuda bir sivil itaatsizlik içine girmeleri elbette beklenemez. Ancak salt çoğunluğun dışında kalan ama aslında kendi içinde oldukça büyük bir çoğunluk teşkil eden diğerleri-ötekiler için herhangi bir zamanda herhangi bir konuda ya da uygulama karşısında sivil itaasizlik içine girmeleri ve eylemsellik süreci başlatmaları oldukça mümkün ve doğaldır. Ötekileştirilen ve hakları göz ardı edilen bireyler, topluluklar, azınlıkta kalan kesim sivil itaatsizlik yoluna başvurur. Zorunlu askerliğe karşı alınan tutum

ve savaş karşıtlığı gibi tutumlar, tek tip giysi uygulamasına karşı, adil olmayan yargılanmaya karşı, sansür vb. durumlarda insanlar, evrensel insan hakları normları çerçevesinde ve yurttaşlık bilinciyle bireysel olarak sivil itaatsizliğe başvurabilirler.

‘’Yasaya karşı her türlü siyasal eylemin sivil ya da yurttaş itaatsizliği olmadığını belirten Jose Bove ve Gilles Luneau sivil ya da yurttaş itaatsizliğine ilişkin altı ölçütü şu şekilde sıralamaktadırlar:

1- *Kişesel ve sorumluluğu üstlenilen bir eylemdir: İtaatsiz kişi yaptığı eylemin farkındadır ve olası yasal riskleri üstlenmeye hazırdır.*

2- *Çıkar gözetmeyen bir eylemdir: Kişisel çıkar yerine genel yarara ilişkin bir yaasaya itaatsizlik edilir.*

3- *Kolektif bir direniş eylemidir: İtaatsizlik kural olarak tek başına yapılmaz, kolektif olarak örgütlenir ve uygulanır. Bu anlamda da bir toplumsal dayanışma eylemidir.*

4- *Şiddetsiz bir eylemdir: Burada amaç rakibi askeri olarak yenmek değil, inancını ve eylemini değiştirmektir. Rakibe saygı gösterilir ve bir saldırı olacaksa da sembolik düzeyde tutulur.*

5- *Şeffat bir eylemdir: İnsani ve kurumsal tüm yollar denendikten sonra son care olarak itaatsizlik eylemine başvurulur. (Jose Bove ve Gilles Luneau, s. 167-168)*

Jose Bove ve Gilles Luneau bu eylemlerle varılmak istenen iki amaç olduğunu belirtmektedir. Birincisi devlet iktidarı ya da politikadır. Politik iktidarlara seslenebilmek için devletin koyduğu kurallara karşı itaatsizlik gösterilir. İkinci amaç ise kamuoyunda taraftar aramak ve meşruiyet kazanmaktır. Bu yöntem dolayısıyla toplumu başka türlü, barışçıl ve sivil yoldan inşa etmenin yoludur; kısaca sivil itaatsizlik bir hak talebidir. ‘’ (**Cogito**, sayı: 67, 2011)

KAYNAKÇA

Sivil İtaatsizlik Özel Sayısı, **Cogito**, sayı: 67, 2011

Jose Bove ve Gilles Luneau, **Sivil İtaatsizliğe Çağrı,** 2006, s. 167-168

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ÜRETTİĞİ YAPAY BİR KAVRAM: "ORTAK KORUMA ALANI"*

Fazıl Sağlam**

GİRİŞ

"*Ortak Koruma Alanı*", Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 148/3 maddesinde yer alan "*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki** herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlâli*" ibaresini hukuken kabul edilemez bir ölçüde daraltarak ürettiği yapay bir kavramdır. Böyle bir kavram, ne Anayasa'da ne de bireysel başvurunun Anayasa'ya giriş sürecinde yer almıştır. Bu bağlamda tartışmasız olarak, sadece tek bir sınırlama boyutundan söz edilebilir: Anayasa koyucu, Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlükleri bireysel başvurunun kapsamı içinde benimsememiş, bu başvuruyu yalnızca AİHS'nde de bir karşılığı olan anayasal haklarla sınırlı tutmuştur. Ama bu daraltma, Anayasa koyucunun tercih ettiği bir daraltmadır. Oysa Anayasa Mahkemesi'nin ürettiği "ortak koruma alanı" kavramı, Anayasa'nın öngörmediği ve AİHS'nin de cevaz vermediği ikinci

---

* Metin GÜNDAY'la dostluğumuz, Almanya'daki doktora eğitimi döneminde başlar. Doktora çalışmalarımızı farklı kentlerde ve farklı üniversitelerde sürdürmüş olsak da ATÖF (Almanya Türk Öğrenci Federasyonu), bizleri birbirine yakınlaştıran bir işlev yerine getirmiştir. Türkiye'ye dönüp A.Ü. SBF'de göreve başladıktan bir-iki yıl sonra Metin de doktorasını tamamlayıp döndü ve A.Ü. Hukuk Fakültesinde göreve başladı. Ankara'da birbirimize daha yakındık. Ailecek sık sık görüşür olduk. Ortak gezilerimiz oldu. İyi tanıdığınızı sandığınız bir insanı seyahatte çok farklı bir kişilikle görebilirsiniz. Ama Metinle seyahat, onun kişiliğini daha da üst düzeyde doğrular; tadına doyum olmaz bir yaşantı olur. Güler güzüyle insana huzur verir. Doçentlik hazırlığına başladığım dönemde yeniden Almanya'ya gitme ihtiyacını hissettim. Doktora sürecini Köln Üniversitesi'nde tamamlamıştım. Bu kez aklımda Heidelberg vardı. Metin'in Heidelberg ile ilgisini biliyordum. Ona danıştım. İşte o görüşme benim akademik yaşamıma önemli bir yön çizdi. Friedrich MÜLLER'le çalışmamı bana ısrarla öneren Metin Günday'dır. Bu sayede sağlam bir metodik temel kazandım. "Temel Hakların Sınırlanması ve Özü" başlıklı doçentlik tezim ve ondan sonraki çalışmalarım bu temele dayanır. Bu açıdan Metin'e ne kadar teşekkür etsem azdır. İstanbul'a döndükten sonra da dostluğumuz devam etti. Avukatlık yaşamımızda da ortak davalarımız oldu. Metin için çıkarılacak bir Armağan'a katkıda bulunmak bana onur veriyor. Umarım ona yaraşır bir yazı olmuştur. Kendisine daha nice sağlıklı, huzurlu ve mutlu yıllar diliyorum.

** Prof. Dr., Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

bir daraltma boyutunu birlikte getirmektedir. Anayasa Mahkemesi bunu istemiş olsun ya da olmasın, bu kavram, objektif anlamıyla, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin koruma alanının Anayasa'da öngörülmeyen bir ölçüde daraltılması sonucunu doğurmaktadır. Öte yandan "ortak koruma alanı" kavramının doğal bir sonucu olarak bireysel başvuruların hukuksal dayanağını AİHS'nin asgari koruma alanı ile sınırlı tutmak, aynı zamanda bu sözleşmeye de aykırı bir anlayış ve uygulamaya dönüşmektedir. Bu tespitlerle bağlantılı olarak makalenin amacını, gerek klasik yorum kuralları açısından ve gerekse anayasa hukukuna özgü norm somutlaşması açısından bu yanlış uygulamanın bir tablosunu çizme ve olası çıkış yollarına işaret etme olarak özetleyebiliriz.

Bunu sağlayabilmek için önce "AİHS Kapsamı" kavramının kökenini ve Anayasaya giriş sürecini incelemek (I), daha sonra "ortak koruma alanı" kavramının Anayasa Mahkemesi kararlarındaki nicel ve nitel görünümünü belirlemek (II) ve üçüncü bir bölümde de uygulamanın yanlışlığını kanıtlayıcı argümanlar üzerinde durmak ve metodik olarak doğru olan çizgiyi belirlemek (III) yerinde olacaktır.[1]

I. "AİHS Kapsamı". Tarihsel Kökeni ve Anayasaya Giriş Süreci

A. "AİHS Kapsamı" Kavramının Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

1) Kavramın Anayasaya Girişinden Önceki Aşama

a) TOBB'nin Anayasa 2000 Başlıklı Anayasa Önerisi[2]

Bu formül ilk kez, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin talebi üzerine "*Ergun Özbudun, Fazıl Sağlam, Tekin Akıllıoğlu ve Yavuz Sabuncu*"dan oluşan bir Bilim Kurulu'nun hazırladığı "Anayasa 2000" başlıklı Anayasa Modelinin 152 a maddesinde yer almıştır: "*Herkes, kanun yollarının tüketilmiş olması şartıyla kamu gücü tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kapsamındaki hak ve özgürlüklerden birinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine Anayasa şikâyetinde bulunabilir.*" Bu öneride yer alan "AİHS kapsamı" gerekçede şöyle açıklanmaktadır: "*Anayasa şikâyeti anayasada öngörülen tüm temel hak ve özgürlükler bakımından da öngörülmüş değildir. Burada kıstas olarak anayasa şikâyeti kabul edilmiştir. Böylece AİHM'nin bu sözleşme ile ilgili çizdiği çerçeve, Anayasa Mahkemesi açısından doğrudan bir referans noktası oluşturmaktadır. / Ülkemizde bu kurumun AİHS'ye atıfla kabulü, AİHM'ye ülkemizden*

---

[1] Bu çalışma ile ilgili olarak teşekkür borçlu olduğum kişiler var. Başta Çiğdem Sever olmak üzere yayın ve editör kurulu üyelerine özel olarak teşekkür ederim. Bana, Armağan'ın baskı aşamasına kadar büyük bir sabır ve anlayış gösterdiler. Ayrıca yazımı baştan sona okuyarak hata ve eksikliklere dikkatimi çeken Anayasa Mahkemesi emekli üyesi Fulya Kantarcıoğlu'na, Av. Serkan CENGİZ'e ve Dr. Muhammed Erdal'a da şükranlarımı sunarım.

[2] **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi: ANAYASA 2000**, (TOBB talebi üzerine Ergun ÖZBUDUN, Fazıl SAĞLAM, Tekin AKILLIOĞLU ve Yavuz SABUNCU'nun ortak çalışmasıyla hazırlanmıştır.), TOBB Yayını, Ankara 2000.

yapılan başvuruların, sorunun içerde çözülmesi için ek bir yol yaratılmış olması nedeniyle, azalmasına yol açacağı ve AİHS'nin iç hukukumuza etkisinin kurumsallaşmasına yardımcı olacağı düşünülmektedir."

b) TBB 2001 Anayasa Önerisi[3]

"AİHS kapsamı" formülünün yer aldığı ikinci kaynak TBB'nin 2001 Anayasa Önerisi'dir. Bu önerinin 165. maddesi "Bireylerin Doğrudan Başvurusu" başlığını taşımaktadır: "*Herkes; kamu gücü tarafından, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerden birinin ihlal edildiği iddiasıyla yasa yollarının tüketilmiş olması kaydıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*" Dikkat edilirse TOBB önerisindeki "*AİHS'nin kapsamındaki hak ve özgürlükler*" formülü, burada daha açık ifade ile "*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin kapsamındaki anayasal hak ve özgürlükler"* şeklinde kaleme alınmış, böylece asıl denetim ölçüsünün AİHS değil, Türk Anayasası'nda yer alan hak ve özgürlükler olduğu konusunda hiçbir kuşkuya yer bırakılmamıştır. Esasen TOBB gerekçesinde de Anayasa şikâyetinin anayasada öngörülen tüm temel hak ve özgürlükler için öngörülmediği, hangi hak ve özgürlüklerin anayasa şikâyetine dayanak oluşturacağı sorusunun çözümü için "AİHS kapsamı"nın bir "kıstas olarak" kabul edildiği açıkça belirtilmektedir. Ayrıca anayasa şikâyeti kurumunun *"AİHS'ne atıfla"* kabul edildiği şeklindeki ifade de aynı gerçeği yansıtmaktadır. Görülüyor ki "kıstas" ve "atıf" sözcüklerinden, özdeşlik içeren "ortak koruma alanı" anlamını çıkarmak mümkün değildir.

c) Anayasa Mahkemesi Önerisi

"AİHS kapsamında" formülünün yer aldığı üçüncü metin, Anayasa Mahkemesi'nin kendisiyle ilgili anayasa maddelerine yönelik değişiklik önerisidir. Anayasa'nın 148. maddesi ile ilgili değişiklik önerisinde 6. fıkra olarak yer alan kural aynen şöyledir: "*Herkes, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerden birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla ve kanun yollarının tüketilmiş olması koşulu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir.*" Bu ifade, TBB 2001 Anayasa Önerisiyle anlam olarak örtüşmektedir. Maddenin gerekçesi ise "AİHS kapsamı"nın ne için kullanıldığını çok açık bir biçimde göstermektedir:

> "*Anayasa şikâyeti, ilke olarak klasik haklarla sınırlı tutulmaktadır. Ancak, Anayasanın temel haklara ilişkin üçlü sınıflaması içinde bunları ayırmanın zorluğu karşısında Anayasa şikâyeti yoluyla sağlanacak korumanın*

[3] **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, TBB Yayını Ankara 2001 (Bu çalışma, TBB talebi üzerine Attila SAV, Fazıl SAĞLAM, İbrahim KABOĞLU, İl Han Özay, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Rona AYBAY, Ülkü AZRAK, Yavuz SABUNCU, , Yekta GÜNGÖR ÖZDEN, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU ve Zafer ÜSKÜL'ün ortak çalışmasıyla hazırlanmıştır.).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulması uygun görülmüştür. Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasıyla da bir paralellik kurulmuştur."

Görülüyor ki burada temel amaç, anayasa şikâyetinin ilke olarak klasik haklarla sınırlı tutulmasıdır. Şu halde Anayasa şikâyeti yoluyla sağlanacak korumanın AİHS kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulmasının amacı, klasik hak ve özgürlük yapısındaki sosyal ve ekonomik hakları, devlete olumlu bir edim yükleyen haklardan ayırmaktır. AİHS bunun yalnızca bir ölçüsüdür. Bu ölçünün kullanılmış olması, Anayasa'nın temel haklara ilişkin üçlü sınıflaması içinde bu ayırımı yapmanın zorluğundan, yani sadece pratik nedenlerden kaynaklanmıştır.

d) TBB 2007 Anayasa Önerisi[4]

"AİHS kapsamı" formülünün yer aldığı 4. metin TBB 2007 Anayasa Önerisi'dir. Ancak bunun incelemesine geçmeden önce TBB'nin başlattığı bir başka çalışmadan söz etmek gerekir. Bu çalışma, konunun aydınlatılması bakımından çok önemli bir tarihsel değere sahiptir:

aa) TBB 2007 Anayasa Şikâyeti Komisyonu Raporu

Anayasa Önerisi çalışmasından önce TBB İnsan Hakları Merkezi, oluşturduğu bir komisyona "*Anayasa Şikâyetinin Türkiye'de Yüksek Yargı Organlarınca Benimsenmesini ve Sağlıklı Bir Biçimde Uygulanmasını Sağlayacak Adımların Atılması Konusunda Görüşler*" başlıklı bir rapor hazırlatmıştır. (Soyadı sırasına göre komisyon üyeleri: Ece GÖZTEPE ÇELEBİ, Burak ÇELİK, Selin ESEN, Ahmet MUMCU, Yavuz SABUNCU, Fazıl SAĞLAM, ve Talay ŞENOL)

Bu komisyonda yapılan uzun tartışmalar sonunda "AİHS kapsamı" formülünün yol açabileceği yanlış anlamaları önlemek ve bu formülle neyin kastedildiği konusunda belirginliği sağlamak üzere, anayasa şikâyeti başvurusuna dayanak olacak temel hak ve özgürlüklerin tek tek belirtilmesi, bir başka seçenek olarak tercih etmiştir. Rapordaki ifade aynen şöyledir: "*Taslaklarda yer alan formül yerine formülün içeriğini esas alarak anayasa şikâyetinin koruyacağı hak ve özgürlüklerin tek tek belirtilmesinin belirginlik ilkesi yönünden daha yararlı olacağı görüşü benimsenmiştir*" [5]

[4] TBB 2007 Anayasa Önerisi, 2007 yılında alfabetik sıraya göre Rona AYBAY (Başkan), Süheyl BATUM, Faruk BİLİR, Ece GÖZTEPE, Korkut KANADOĞLU, Fazıl SAĞLAM, Oktay UYGUN ve Koordinatör Üye: Avukat Teoman ERGÜL'den oluşan bir komisyon tarafından yenilenmiştir. Bu çalışma için bkz. **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, TBB Yayını, 4. Baskı, Ankara 2007.

[5] Bu raporun en son metni, bilgisayarıma kayıtlı çalışma belgeleri arasında yer almaktadır. Rapor metni ayrıca bir çok anayasa hukukçusuna gönderilmiştir. Ancak tüm çabalarıma rağmen rapor metnine TBB ve İHM sitelerinde ulaşamadım. Yalnızca bir avukatın sitesinde ulaşılabilir olduğunu tespit ettim: http://www.metinozderin.av.tr/anayasa-sikayetinin-turk-yargisindaki-islerligine-iliskin-gorusler/ Oradaki metinle bendeki orijinal metin aynıdır.)

Ne var ki bu raporun tüm Anayasa Hukukçuları önünde tartışılmasını sağlamak üzere planlanan Çalıştay, olayların hızlı akışı içinde gerçekleştirilememiştir. O sırada AKP'nin isteği üzerine ÖZBUDUN Komisyonunun hazırladığı anayasa taslağına alternatif bir taslak hazırlamanın öncelik ve acilliği vardı. Ne yazık ki bu baskı ve zorunluluk altında TBB, alternatif anayasa önerisine öncelik vermiştir. TBB'nin seçtiği bir bilim heyetince 4 aylık bir süre içinde hazırlanan Anayasa Önerisi'nde bu tavsiye, ne yazık ki ihmal edilmiştir. Bu ihmalde belki de Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği formüle destek vermek düşüncesi ağır basmış olabilir.

bb) TBB 2007 Anayasa Önerisi

TBB 2007 Anayasa Önerisi'nin 166/1. maddesinde benimsenen anayasa şikâyeti formülü, gerek metin ve gerekse gerekçe açısından Anayasa Mahkemesi'nin önerisine paralel düştüğü gibi, Anayasa'nın 148. maddesine üçüncü fıkra olarak eklenen bireysel başvuru formülü ile de özdeştir.

"*Madde 166- Herkes, anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği savıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. …*"

Bu kuralın gerekçesi incelendiğinde Anayasa Mahkemesinin gerekçesindeki çizginin daha ayrıntılı biçimde açıklandığı görülmektedir:

> *"Gerek TOBB'nin ve gerekse TBB'nin hazırladığı Anayasa taslaklarında anayasa şikâyeti, AİHS'nin koruduğu hak ve özgürlüklere karşılık olarak Türk Anayasası'nda yer alan temel hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulmuş, Anayasa Mahkemesi de sunduğu taslakta aynı formülü benimsemiştir. Aslında bu formül, Türk Anayasası'nın haklar kataloğundaki uyumsuzlukların zorladığı pratik bir çözümdür. Çünkü sosyal ve ekonomik haklardan kullanılmaları devletin olumlu bir edimine bağlı olanlar, ilke olarak anayasa şikâyeti kurumu ile korunmaya elverişli değildir. Ancak Anayasamızın sosyal ve iktisadi haklar bölümünde yer alan sendika, grev ve toplu sözleşme gibi hakların kullanımı, ilke olarak Devletin olumlu bir edimine bağlı olmayıp, bu tür haklar yapıları itibariyle klasik haklardan farksızdır. Bu tür hakların ya tek tek sayılması ya da AİHS'ndeki haklarla paralellik kurularak açıklanması gerekiyordu. Yukarda anılan taslaklarda ikinci yol daha pratik ve esnek olduğu düşüncesiyle tercih edilmiştir.* ***Bu formülle kastedilen AİHS'ndeki hakların ihlali değil, Türk Anayasasında bunlara tekabül eden hak ve özgürlüklerin ihlalidir****".* [6]

[6] Bu çalışmada tırnak içinde gönderme yapılan tüm alıntılarda, Anayasa metinlerinde ve AYM kararlarında ve ilgili gerekçelerde kalın harfli vurgular tarafımdan yapılmıştır..

e) Yavuz Sabuncu ve Selin Esen Çalışması[7]

Bu çalışma, Anayasa Mahkemesi'nin kendi önerisinin tartışmasını sağlamak amacıyla düzenlediği Kuruluş günü seminerinde sunulan bildirilerden biridir. Bildiride, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlükler"* ifadesinin Anayasamızda yer alan hak ve özgürlüklerden hangilerini içerdiği sorusuna açıklık getirilmeye çalışılmaktadır. Denilebilir ki bu çalışma, öğretide "*AİHS kapsamındaki anayasal hak ve özgürlükler*"i somutlaştırma amacıyla hazırlanmış ilk çalışmadır.

Bu çalışmada altı çizilen ilk nokta, anayasa şikâyetinin hukuki niteliği ile ilgilidir: "*Öteki ülke raporlarında da belirtildiği gibi, anayasa şikayetinin ikili bir işlevi vardır. Birinci işlevi, kişilerin sübjektif haklarını koruması, ikinci işlevi ise kararlar aracılığıyla kimi anayasal sorunlara açıklık getirilmesi, anayasa düzeninin korunmasına, yorumlanmasına ve geliştirilmesine katkıda bulunmasıdır.*"

Hiç kuşku yok ki bu anlamda bir koruma, Anayasa Mahkemesi'nin uyguladığı anlamda "ortak koruma alanı" ile sağlanamaz. Kişiyi kendi anayasasının sağladığı fazla haklardan yoksun bırakmak, koruma işlevi ile hiçbir şekilde bağdaştırılamaz. Kısacası Anayasa Mahkemesi içtihadı, herşeyden önce anayasa şikâyeti kurumunun en önemli işlevini etkisiz kılmaktadır.

Bildiride bu cümlenin hemen arkasında anayasa şikâyetinin sözü geçen işlevine açıklık getirilmektedir: "*Anayasa şikayeti için;1) Bir temel hakkın kamu gücü tarafından ihlal edildiğine yönelik bir iddianın varlığı gerekir.2) Bu iddia Anayasada sayılan temel haklardan birinin ihlal edildiğine yönelik olmalıdır. Dolayısıyla, bu yolun işletilebilmesi tüm haklar bakımından değil, yalnızca bu haklar bakımından söz konusu olacaktır.*"

Görülüyor ki, anayasa şikâyeti yolu, AİHS'ndeki hak ve özgürlükler bakımından değil, Anayasamızda bu haklara karşılık gelen hak ve özgürlükler esas alınarak işletilecektir. Anayasa Mahkemesi önerisinde yapılan sınırlama bundan ibarettir. Bildiride, bu sınırlama kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerin, ayrıca bir de AİHS'nin koruma alanı daha dar olduğu gerekçesiyle ikinci bir kez sınırlamaya uğrayacağına ilişkin en küçük bir ima söz konusu değildir.

Bildiride başvuruya konu olacak hak ve özgürlükler somutlaştırılırken, bunun ölçü, ilke ve seçenekleri özet olarak şöyle açıklanmaktadır: Bu hak ve özgürlüklerin ilke olarak "klasik" haklarla sınırlı tutulması doğru bir yaklaşımdır. Bir başka olasılık da, sakıncalı olmakla birlikte, 148. maddede anayasa şikayetine yer verirken, hangi hakların bu şikâyete konu olabileceğini ilgili yasaya bırakmaktır.

[7] Yavuz SABUNCU – Selin ESEN ARNWINE, "*Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli – Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu*" başlıklı bildiri: Anayasa Yargısı 21, Ankara 2004, s.229-246 (SABUNCU-ESEN 2004).

Sabuncu ve Esen'e göre, AYM önerisindeki formüle göre bireysel başvuru yoluna konu olabilecek temel hak ve özgürlükler şöyle sıralanabilir:

- *Yaşam hakkı (AİHS md.2): An. m. 15/2 (savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümlerle, ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşama hakkına ...dokunulamaz); 17/1 (herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir); m. 38/9 (savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları dışında ölüm cezasını yasaklayan hüküm)*
- *İşkence ve benzeri kötü ya da onur kırıcı muamele yasağı (AİHS md.3): An. m. 17.*
- *Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (AİHS md.4): An. md. 18.*
- *Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (AİHS md.5): kişilerin keyfi olarak yakalanamamasını ve tutuklanamamasını ifade eden söz konusu hak, An. md. 19 ile güvenceye alınmıştır.*
- *Adil yargılanma hakkı (AİHS md.6): "Herkesin ... adil yargılanma hakkına sahip" olması ilkesi, 2001 yılında Anayasada yapılan değişiklikle 36. md. ye eklenmiştir. Adil yargılanma hakkı, başvurana uyuşmazlığının çözümü için bir yargı yerine başvurabilme hakkını ve bu başvurunun etkin olması kuralını; davanın hakkaniyete uygun olarak dinlenmesi hakkını (sanığın, suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa zamanda ve anladığı dilde, ayrıntılı olarak haberdar edilmesi; sanığın savunmasını hazırlamak için gerekli süre ve kolaylığa sahip olması; bazı durumlarda sanığın re'sen tayin olunan bir avukatın yardımından yararlanabilmesi; sanığın kendisini bizzat ya da seçeceği bir avukat yardımıyla savunabilmesi; sanığın yargılamaya katılma olanağına ve duruşmada dinlenen tanığa soru sorma olanağına sahip olması; yargılamada ya da yargılama dışında kullanılan dili anlayamayan ya da konuşamayan sanığa ücretsiz olarak bir çevirmen sağlanması ve sanığı suçlayan tüm belgelerin çevrilerek sanığa verilmesi davanın hakkaniyete uygun olarak dinlenmesi hakkı içinde yer alır.); makul sürede yargılanma hakkını da içerir. Ayrıca, suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen An. md. 38'de adil yargılanma hakkı ile doğrudan bağlantılı bazı güvenceler bulunmaktadır. Bunların dışında mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen An. md. 138; hakimlik ve savcılık teminatını düzenleyen An. md.139; hakimlik ve savcılık mesleğini düzenleyen An. md. 140; duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olmasını hükme bağlayan An. md. 141; mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenleneceğini belirten An. md. 142 de adil yargılama hakkının içinde yer almaktadır*
- *Suç ve cezaların yasallığı (AİHS md.7): An. md. 15/2 (...suç ve cezalar geç-*

mişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.) ve 38/1'de güvenceye alınmıştır.

- *Özel yaşama, aile yaşantısına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı (AİHS md.8): Anayasada özel ve aile yaşamın gizliliği ve buna saygı gösterilmesi md.20'de; konut dokunulmazlığı md. 21'de; ve haberleşme özgürlüğü md. 22'de düzenlenmiştir. Ayrıca md. 26/2, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılmasının...başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının ... korunması amacıyla sınırlanabileceğini belirtmektedir.*
- *Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (AİHS md.9) ile düşünceyi ifade özgürlüğü (AİHSmd.10): Düşünce ve kanaat özgürlüğü An. md. 25'te; din ve vicdan özgürlüğü An.md.24'te; düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü de An. md. 15/2; 25; ve 26'da düzenlenmiştir. AİHM, bir çok kararında devlet organlarının, dinsel inancı farklı kişilere yönelik ayrımcılık yapamayacağı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla An. md. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesi de din ve vicdan özgürlüğü ile bağlantılıdır. Düşünceyi ifade özgürlüğü AİHM tarafından geniş olarak yorumlanmakta ve sanat eserleri ya da filmler gibi konuların da söz konusu maddenin korumasından yararlandığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla düşünceyi ifade özgürlüğünün uzantısı niteliğinde olan birtakım haklar vardır. Örneğin, AİHS tarafından açıkça korunmamasına karşın basın özgürlüğü ile sanat ve bilim özgürlüğü düşünceyi ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir. Özel radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek de AİHM kararlarına göre haberleşme özgürlüğünün bir parçasıdır. Bu doğrultuda, bilim ve sanat özgürlüğünü (md. 27), basın özgürlüğünü (md. 28), süreli ve süresiz yayın hakkını (md. 29), basın araçlarının korunmasını (md. 30), kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkını (md. 31); özel radyo ve televizyonların kurulmasını ve işletilmesini olanaklı kılan (md. 133) ve düzeltme ile cevap hakkını (md. 32) düzenleyen Anayasa hükümlerine aykırılıkların de bireysel başvuru konusu olabilmesi gerekmektedir.*
- *Örgütlenme ve toplantı özgürlüğü (AİHS md. 11): Sözleşme, söz konusu düzenleme çerçevesinde sendika ve dernek ile toplantı kurma, bunlara üye olma özgürlüklerini güvenceye almaktadır. Siyasi partiler de AİHM kararlarında öteden beri örgütlenme özgürlüğünün içinde değerlendirilmektedir. Anayasanın dernek kurma özgürlüğünü (md. 33); toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını (md. 34); sendika kurma hakkını (md. 51); toplu iş sözleşmesi yapma hakkını (md. 53); grev hakkını ve lokavtı (md. 54); siyasi parti kurma, partilere üye olma ve üyelikten çıkma hakkını (md. 68) ve si-*

yasi partilerin uyacakları esasları (md.69) düzenleyen maddelerinin ihlali gerekçesiyle anayasa şikayetinde bulunulabilecektir.

- *Evlenme ve aile kurma hakkı (AİHS md. 12): Söz konusu düzenleme farklı biyolojik cinsiyete sahip kişilerin geleneksel evliliğini esas almakta; ailenin "kurulması"nı değil, mevcut aileyi korumaktadır. Bu çerçevede, "ailenin korunması" başlığını taşıyan An.md. 41 de anayasa şikayetinin konusu olabilecektir. Evlenme hakkı ise Anayasamızda düzenlenmemiştir.*
- *Etkili başvuru hakkı (AİHS md. 13): söz konusu düzenleme bir yargılama güvencesi içermekte ve ... Sözleşmenin başka hükümlerinin ihlal edilmesi halinde ileri sürülebilmektedir. Anayasanın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. ve 40. md.leri etkili başvuru hakkına ilişkin bir düzenlemedir.*
- *Ayırımcılık yasağı (AİHS md.14 ve Ek 12 no.lu protokol): An. md. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesine karşılık gelmektedir.*
- *Mülkiyet hakkı (AİHS Ek 1 no.lu protokol md. 1); An. md. 35'te düzenlenmiştir. AİHM kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesini de mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla Anayasanın kamulaştırma ve devletleştirme ilişkin düzenlemeleri (md. 46 ve 47) de bu bağlamda önem taşımaktadır.*
- *Eğitim ve öğrenim hakkı (AİHS Ek 1 no.lu protokol md.2): Söz konusu hüküm birinci cümlesi eğitim hakkını güvenceye almaktadır. AİHM kararına göre ilgili hüküm aynı zamanda ailenin çocuğu yetiştirme hakkını ve devletin, ailenin çocuğun nasıl yetiştirilmesi ve ne tür eğitim verilmesine ilişkin düşüncelerine saygı duyması zorunluğunu da içermektedir. İkinci cümle: "ebeveynin bu eğitimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre temin etme" hakkından söz etmektedir. Anayasanın 174. md.si uyarınca, Tevhid-i Tedrisat Kanununun hiçbir hükmü Anayasaya aykırı olarak anlaşılamaz ve yorumlanamaz. Türkiye, söz konusu protokolü Tevhid-i Tedrisat Kanunu hükümlerini saklı tutarak onaylamıştır.*
- *Serbest seçim hakkı (AİHS Ek 1 no.lu protokol md.3): Sözleşmenin ilgili maddesine göre, "Yüksek akid taraflar, teşrii organının intihabı hususunda halkın kanaatinin serbest olarak izharını sağlayan şerait dahilinde uygun sürelerle gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler". Buna göre, uygun sürelerle, serbest ve gizli oyla seçim yapılması ile bireysel seçim hakkı söz konusu maddede güvenceye alınmıştır. Anayasanın seçme ve seçilme hakkını (67. md.); TBMM'nin kuruluşunu (md. 75); milletvekili seçilme yeterliğini (md. 76); TBMM'nin seçim dönemini (md. 77); seçimlerin geriye bırakılmasını ve ara seçim usulünü (md. 78); seçimlerin genel yönetimi-*

ne (md.79); TBMM başkanlık divanının kuruluşu ve işleyişine (md. 94); Cumhurbaşkanı seçilme yeterliğini (md. 101); seçimini (md. 102); görev ve yetkilerini (md.104); yapılacak genel seçimler öncesinde geçici bakanlar kurulu oluşturulmasını (md.114) ve TBMM seçimlerinin Cumhurbaşkanı'nca yenilenmesini (md.116) düzenleyen hükümleri söz konusu serbest seçim hakkına ilişkindir. Anayasanın 67/2 maddesi AİHS'ni aşar biçimde "yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının" oy hakkını garanti etmektedir."

Bu liste bir bütün olarak değerlendirildiğinde "ortak koruma alanı" sınırlamasını haklı kılacak bir anlam içermemektedir. Aksine Anayasa'da AİHS'nde yer alan hak ve özgürlüklere karşılık gelecek hak ve özgürlükler, tüm ayrıntısıyla tek tek sayılmaktadır. Bunu açıkça görebilmek için listede 15 No.lu hak olarak zikredilen "serbest seçim hakkı" ile ilgili açıklamalara bakmak yeterlidir. Çünkü buradaki açıklamalar, Anayasa Mahkemesi'nin yasama meclisi seçimleri dışında seçme ve seçilme haklarını anayasa şikâyeti konusu dışında bırakan ünlü kararı ile tam bir çelişki içindedir.

SABUNCU-ESEN Bildirisinde katılmadığımız tek nokta, "AİHS kapsamı" formülünün zaman itibariyle ileriye yönelik uygulanma zorunluğunu yanlış değerlendirmiş olmasıdır. SABUNCU-ESEN, Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği formülün bu özelliğinden hareket ederek "AİHS kapsamı"" formülünün "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve sözleşmenin Türkiye'nin taraf olduğu ek protokolleri kapsamında yer alan bu Anayasa tarafından tanınmış hak ve özgürlükler*" şeklinde ifade edilmesini önermişlerdir. Formülün uygulanacağı tüm zamanları kapsama amacıyla yapılan bu yeni öneri yanlış bir varsayımdan kaynaklanmıştır. AİHS kapsamı formülü, bu varsayımın aksine, uygulanacağı tüm zamanları kapsamaya daha elverişle bir formüldür. Zira AİHS kavramı ilke olarak yapıldığı yılın ilk metnini değil, buna ek olan tüm protokolleri kapsar. Çünkü Sözleşme, ek protokolleri ile bir bütündür. Protokollerin ana metne eklenmesi, hak ve özgürlüklerin geçerliliği açısından bir farklılık ya da hiyerarşi yaratmaz, yalnızca, hak ve özgürlüklerin taraf ülkelerce benimsenme sürecini gösteren tarihsel bir çizgiyi yansıtır. Ama asıl işlevi, ana metne taraf olan ülkelerle ek protokollere taraf olan ülkeler arasındaki farklılıktan kaynaklanan pratik bir amaca hizmet etmesidir.

Türkiye'de anayasa şikâyetine konu olacak hak ve özgürlükler açısından bakıldığında ana metin ve ek protokol ayırımının hiçbir anlamı yoktur. Çünkü anayasa şikâyetine dayanak olacak hak ve özgürlükler -Türkiye ek protokollere taraf olsun ya da olması- AİHS ve eklerindeki hak ve özgürlükler değil, Anayasamızda bunlara karşılık olarak yer alan hak ve özgürlüklerdir. SABUNCU-ESEN'in bu önerisi, 2010 Anayasa Değişikliği gerçekleştikten sonra 6216 sayılı Anayasa

Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesine şöyle yansıtılmıştır: "*MADDE 45- (1) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*"

Ancak bu yansıma SABUNCU-ESEN'inkiyle özdeş değildir. Arada önemli bir nitelik ve vurgu farkı vardır. SABUNCU-ESEN önerisinde neyin esas alınacağı çok açık bir biçimde vurgulanmaktadır: "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve sözleşmenin Türkiye'nin taraf olduğu ek protokolleri kapsamında yer alan **bu Anayasa tarafından tanınmış** hak ve özgürlükler*"

Yasada yapılan eklemenin gereksizliğini bir başka makalemizde şöyle açıklamıştık: "

"*Öte yandan bu formülde yalnızca Sözleşme metni değil, Sözleşmeyi kendi yapısı içinde bütünleyen ek protokollerin de kastedilmiş olduğu kuşkusuzdur. Bu açıdan 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinde AİHS yanında "... ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller"in de eklenmiş olması aslında, anayasaya göre bir genişleme gibi gözükse de gerek norm programı ve gerekse normun nesnel (maddi) içeriği açıdan anlamsız hatta abes (absürd) bir daraltma niteliği taşımaktadır. Çünkü burada önemli olan, Türkiye'nin protokole taraf olması değildir. Burada uygulanacak olan protokol değil, ona tekabül eden anayasa kuralıdır. Türkiye taraf olsun ya da olmasın, bağlayıcı olacak olan protokoller değil, bu protokollerde öngörülen ve AİHS'nin ilk metnini tamamlayan hak ve özgürlüklerin, -varsa- Anayasa'daki karşılıklarıdır. Türkiye taraf olmadığı bir protokoldeki hak ve özgürlüğün Anayasa'da bir karşılığı mevcutsa, onu anayasa şikâyeti kapsamı dışına çıkarmanın hiçbir hukuksal mantığı ve dayanağı yoktur. Çünkü amaç, Anayasa'da yer alan klasik hak yapısındaki düzenlemeleri anayasa şikâyetinin dışına çıkarmak değil, bu kurumun alışılmış uygulama alanında zaten yer almayan ve devlet yükümlülükleri şeklinde formüle edilmiş bulunan hakları dışarda bırakmaktır. Bu açıdan aslında yasada yapılan şey anayasa şikâyetinin kapsamını genişletmek değil daraltmaktır. ... Böyle bir daraltma, hiç kuşkusuz Anayasa'daki formülün amaç ve kapsamına açıkça aykırıdır."*[8]

Bu gerekçeye anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini de eklemek gerekir. Çünkü anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, yasa ile ortadan kaldırılamaz.

Nitekim Sabuncu ve Esen' de Türkiye'nin henüz taraf olmadığı 4. ve 7[9].

[8] Fazıl SAĞLAM, "*Anayasa Şikâyeti – Anlamı Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında olası Sorunlar*": Ece GÖZTEPE – Aykut ÇELEBİ, *Demokratik Anayasa –Görüşler ve Öneriler*, Metis Yayınları İstanbul 2012, s. 419 – 465.

[9] Türkiye Cumhuriyeti 01.08.2016 tarihinde 7 nolu Protkol'ün tarafı olmuştur.

Protokollerde ve aynı zamanda Anayasa'da da yer alan hak ve özgürlüklerle ilgili olarak aynen şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

"1) Sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle kişi özgürlüğünü kısıtlama yasağı (AİHS Ek 4 no.lu protokol md.1): An. md. 38/8.

2) Seyahat ve yerleşme özgürlüğü (AİHS Ek 4 no.lu protokol md.2): An. md.23.3) Vatandaşların sınır dışı edilmesi ve ülkeye girmelerinin engellenmesi yasağı (AİHS Ek 4 no.lu protokol md.3): An. md.23/6.4) Eşler arasında eşitlik (AİHS Ek 7 no.lu protokol md.5): An. md. 41/1.5) Yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmeleri yasağı ile; Meşru yollardan ülkede bulunan yabancıların keyfi olarak sınır dışı edilmesi yasağı (AİHS Ek 4 no.lu protokol md.4;AİHS Ek 7 no. lu protokol md.1): An. md. 16 (milletlerarası hukuka uygun olma koşulu)6) Bir suçtan hüküm giyen kişinin üst mahkemeye başvurma hakkı (AİHS Ek 7 no.lu protokol md.2): An. md.36/1 ve 40/1 (hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma)7) Haksız hüküm giyen kişiye tazminat hakkı (AİHS Ek 7 no.lu protokol md.3): An. md.40.8) Aynı suçtan iki kere yargılanamama ve cezalandırılamama (AİHS Ek 7 no.lu protokol md.4): an. md. 36/1; md. 38.

Yukarıda sayılanlar dışında kalan anayasal haklar için ise bireysel başvuru yolu mümkün olamayacaktır."

Bu ifadenin karşıt kavramından bu protokollerdeki hak ve özgürlüklere Anayasa'da karşılık gelen hak ve özgürlükler varsa, onlar da anayasa şikâyetine konu olur" anlamı çıkmaktadır. Bu da gösteriyor ki SABUNCU – ESEN'in amacı, Türkiye'nin taraf olmadığı sözleşmelere dayanarak anayasal hakların kısıtlanmasını sağlamak değildir. Başka bir deyişle Türkiye'nin taraf olmadığı protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerden Anayasa'da bir karşılığı olanlar anayasa şikâyetine konu olacaksa, AİHS kapsamı" formülüne "Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller" ibaresini eklemenin bir anlamı yoktur. "AİHS kapsamına "Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller"i eklemek, hakları koruma bakımından bir genişleme sağlamaz; aksine Anayasa'ya aykırı bir daraltma getirir.[10] Nitekim SABUNCU-ESEN de 7. ve 4. Protokollere karşılık gelen anayasal hakları anayasa şikâyetine konu hak ve özgürlükler arasında saymakla böyle bir amaç gütmediklerini göstermiş olmaktadır.

f) Ece GÖZTEPE'nin SABUNCU-ESEN Çalışmasını Değerlendiren Makalesi[11]

aa) Bu makale, 2011 yılında yayımlanmış olmakla birlikte SABUNCU-

[10] Karş. ŞİRİN 2013, s. 427 vd.

[11] Ece GÖZTEPE ÇELEBİ, "*Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti) – 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun ilgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi*": TBB Dergisi Temmuz Ağustos 2011, s. 13 – 40.

ESEN çalışmasını temel almış olması bakımından bu bölümde ele alınması uygun olur. Bu bağlamda önemli bir noktanın vurgulanması da zorunludur. GÖZTEPE, "AİHS kapsamı" kavramının kullanılmış olmasını AİHS ile kurulan "organik bağ" olarak yorumlamaktadır.[12] Ancak bu nitelemenin, AYM'nin kullandığı anlamda "ortak koruma alanı" kavramıyla özdeş olmadığını, yazının bütünlüğünden anlayabiliyoruz. Tam aksine ilerideki bölümlerde GÖZTEPE'nin "ortak koruma alanı" kavramını, "*Ortak Kesişim Alanında En Küçük Ortak Bölen*" olarak eleştirdiğini[13] göreceğiz.

bb) GÖZTEPE, yeni yasal düzenlemeyi de gözönünde tuttuğu makalesinde SABUNCU-ESEN'in açıkladığı hususları bir tablo içinde karşılaştırarak AİHS'yi ölçü almanın gündeme getireceği bazı ciddi sorunlara işaret etmektedir. Tabloda göze çarpan en kapsamlı sorun, Türkiye'nin taraf olmadığı protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerdir. Şayet bunların, Anayasa'daki karşılıkları olarak gösterilen maddeler (AY m. 10, m.38/8, m. 23, m. 23/6, m.41/1, m. 16, m.36/1 ve 40/1, m. 40/III; m.36/1 ve 38) anayasa şikâyeti kapsamı dışında kalacaksa, yukarda "abes" (absürd) olarak ifade ettiğimiz durum tam olarak ortaya çıkmış olacaktır. Ne var ki yasanın açık lafzına karşı yorum (contra legem yorum) yapılamayacağından, 6216 sayılı Yasanın 45. maddesinde yer alan "*Türkiye'nin taraf olduğu"* ibaresinin, anayasaya aykırı olduğu her vesile ile gündeme taşınarak somut norm denetimi yoluyla iptalinin sağlanması için mücadele edilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi de, kendi önerisiyle ters düşmek istemiyorsa, önerinin bir çeşit resepsiyonu olarak Anayasa'ya alınmış bulunan formülü ölçüsüz bir biçimde daraltan "*Türkiye'nin taraf olduğu"* ibaresini iptal etmesi beklenir. Bunun için Anayasa Mahkemesi'nin kendi önerisinin gerekçesine bakması bile yeterlidir. Yukarıda açıkladığımız bu gerekçeyi burada tekrarlamaya gerek görmüyoruz.

cc) Ne var ki GÖZTEPE'nin tablosundaki III bölüm, yukarıda açıklanandan farklıdır. Bu bölümde AİHS ya da protokollerde yer almayıp, Anayasa'da güvence altına alınan haklardan söz edilmektedir. Bunlar AY m. 48 ve 49 (çalışma ve sözleşme hürriyeti ile çalışma hakkı ve ödevi), m.50 (çalışma şartları ve dinlenme hakkı), m. 60 ve 61 (sosyal güvenlik hakkı). M. 70 (kamu hizmetine girme hakkı) olarak belirlenmiştir. Bu soruna çözüm üretmek yukardakiler kadar kolay değildir. Sanırım "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki"* anayasal hak ve özgürlükler formülünü kaleme alanlar, bu hususu gözden kaçırmış ol-

---

12 " .. *Bireysel başvuru hakkını kapsamı AİHS mekanizmasıyla organik bağ içindedir",* agm, s.15; ancak aynı sayfada yer alan 4 No.lu dip notunda aynen şöyle denilmektedir: "Anayasa Mahkemesi'nin kendi görev alanıyla ilgili olarak 2004 yılında hazırladığı anayasa değişikliği önerisinde ve Türkiye Barolar Birliği'nin (TBB) hazırladığı 2001 ve 2007 tarihli anayasa önerilerinde AİHS ile ilişkilendirilen anayasa şikâyeti hakkı, bu makalenin yazarının aksine organik bir bağ olarak anlaşılmamaktadır.". Bu tespit adı geçen kaynaklarla ilgili değerlendirmemizi doğrular niteliktedir.

13 GÖZTEPE – ALPBAZ 2017, s. 116 vd..

malıdırlar. Bu haklar bakımından yorum yoluyla bir çözüm üretmek de mümkün gözükmemektedir. Burada kesin çözüm, yasada bir değişiklik yapılarak bunların da anayasa şikâyeti kapsamına alınmasıdır.

dd) GÖZTEPE'nin işaret ettiği sorunlardan yorum yoluyla çözülebilecek olanlardan da söz etmek yerinde olacaktır:

- "Evlenme ve aile kurma hakkı", Anayasa'da ayrı bir hak olarak düzenlenmemiş olsa bile, bu hakkın "Aile Türk toplumunun temelidir" kuralına içkin (kuralında mündemiç) olacağı açıktır. Aile, ilke olarak evlilikle kurulur. Türk toplumunun yapısı dikkate alındığında, toplumun temeli olarak benimsenen ailenin evlilik dışı bir birlik olarak düşünüldüğünü söylemek herhalde mümkün olmasa gerektir.
- Ayrımcılık yasağının AİHS uygulamasında ancak Sözleşme'de ilgili olduğu hakkın ihlâli iddiasıyla bağlantılı olarak ileri sürülebilecek olması, Türk Anayasası'ndaki eşitlik ilkesinin daha geniş ve daha güvenceli bir uygulama ortaya koymasına engel değildir. Her şeyden önce AİHS m. 53 buna engeldir.
- "Bunun gibi eşler arasında eşitlik" ilkesi ya da 2010 değişikliği ile gelen pozitif ayrımcılık olanağının anayasa şikâyeti konusu olacağı da kuşkusuzdur.
- Öte yandan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı ile sağlıklı bir çevrede yaşama, sosyal güvenlik ve sağlık haklar arasında gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse AİHM tarafından dile getirilen bütünlük anlayışı, anayasa şikâyeti incelemelerinde de kuşkusuz etkili olacaktır.

Bütün bu sorunlar bağlamında dile getirilen endişeler bizce gereksizdir. Bu endişelerde AİHS ve ek protokolleri ile Anayasa arasında hatalı olarak kurulan özdeşlik arayışının etkisi görmemek mümkün değildir. Öte yandan bu tür yorum sorunlarının büyük bir bölümünün çözümünde AİHS'nin 53. maddesi en önemli hukuksal dayanak niteliği taşımaktadır. İç hukukta veya Türkiye'nin taraf olduğu diğer uluslararası hukuk kaynaklarında tanınmış bulunan fazla hakları güvence altına alan bu madde, anayasa şikâyetinin kapsamı bakımından da belirleyici bir role sahip olacaktır.

B. "AİHS Kapsamı" Kavramın Anayasaya Girişinden Sonraki Aşama

1) İzmir Barosu Çalıştay Raporu

İzmir Barosu Başkanlığı'nın daveti üzerine 4 Şubat 2011 Cuma günü Prof. Dr. Fazıl Sağlam (Anayasa Mahkemesi eski üyesi), Doç. Dr. Ece Göztepe (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi), Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi öğretim üyesi), Av. Serkan Cengiz

(Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu üyesi) ve Av. Zeynep Sedef Özdoğan (İzmir Barosu üyesi) bir yuvarlak masa toplantısında bir araya gelerek, "Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Kanun Tasarısı"nın bireysel başvuruyla ilgili 45 ila 51. maddelerini, AİHM'nin yapısı ve içtihatları ile Almanya'daki anayasa şikâyeti kurumunu ve uygulamasını dikkate alarak incelemişlerdir. Rapor 15.02.2011 tarihinde İzmir Barosu Başkanlığına sunulmuştur.[14]

Bu raporda incelenen konuyla ilgili olarak şu görüş ve öneriler dile getirilmiştir:

6216 sayılı Yasanın 45/1. maddesine aşağıdaki ibarenin eklenmesi önerilmiştir: "*Bu hak ve özgürlüklerin kapsamının belirlenmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatları dikkate alınır. AİHM içtihatları, ulusal ve uluslararası hukuk tarafından tanınmış insan hakları ve temel hak ve özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek şekilde yorumlanamaz.*"

Bu önerinin gerekçesi şöyle ifade edilmiştir: "*Madde kenar başlığına uygun olarak, bireysel başvurunun bir hak olduğu şeklinde değişiklik önerilmiştir. Bu düzenlemenin temel amaçlarından birisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin öngördüğü yerellik (ikincillik/subsidiarity) ilkesinin anayasa şikâyeti yoluyla hayata geçirilmesidir. Sözleşme'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yorumlandığı şekliyle anlaşılmaması halinde bu amaç hasıl olmayacaktır. Bu nedenle, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamı" ifadesinin AİHM içtihatları ışığında anlaşılması gerekir. AİHS'in gereği de budur. Sözleşme'nin 46. maddesine göre "Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler". "Bununla birlikte, iç hukukun veya Türkiye'nin taraf olduğu diğer uluslararası hukuk kurallarının Sözleşme'den daha geniş bir kapsam belirlemesi mümkündür. Bu ihtimal karşısında yine AİHS'nin 53. maddesindeki formülün tasarıya alınması uygun görülmüştür. 53. maddeye göre "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamaz, ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz.*"

Acaba bu öneri benimsenmiş olsaydı, sorunlar ne ölçüde aşılabilirdi? GÖZTEPE'nin Tablo 2 ve 3'de belirlediği hak ve özgürlükler bakımından buna olumlu bir yanıt verilemez. Önce bu önerideki kuralın etkili olabilmesi için, ortaya çıkacak sorunun yoruma açık bir boyutu olmalıdır. Bir kere Türkiye'nin taraf olmadığı protokollerin Anayasa'daki karşılıkları, yasadaki abes daraltmayla

[14] https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/merkezler/anayasa-mah-kanun-tas-hak-gorus.pdf

anayasa şikâyeti kapsamı dışında bırakıldığından, bunlar açısından AİHM'nin içtihatları da ilke olarak yol gösterici olamayacaktır. Öte yandan AİHS ya da Ek-Protokoller'de yer almayıp Anayasa'da güvence altına alınan hakların AİHM'nin içtihatlarına konu olması da ilke olarak mümkün değildir.[15] Bunların dışında kalan sorunlarda adı geçen Çalıştay'da üretilen formülün yararlı olacağı söylenebilir. Ancak hemen belirtelim ki bu tür sorunlar, böyle bir formül olmadan da Anayasa Mahkemesi tarafından yorum yoluyla çözülebilirdi. Çünkü ek önerinin dayanağı olan AİHS'nin 53. maddesi, zaten Anayasa'ya girmeden de bizim açımızdan bağlayıcıdır. Bununla birlikte AİHM içtihatlarına yapılan göndermenin, Anayasa Mahkemesi'nin yorum konusunda daha serbest hareket etmesini sağlayacağı da kuşkusuzdur.

2) Tolga Şirin'in "Türkiye'de Anayasa Şikâyeti" Başlıklı Çalışması[16]

Tolga Şirin'in Haziran 2013'de yayımlanan, ama baskı süreci göz önünde tutulduğunda henüz AYM'nin "ortak koruma alanı" kavramını ortaya atmadığı bir aşamada kaleme alındığını varsayabileceğimiz bu çalışmasında şu görüşlerin altı çizilmektedir:

a) "*Anayasa'nın 148'inci maddesindeki 'Avrupa İnsan Hakları kapsamındaki' ifadesinin bir bütün olarak 'İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya dair Avrupa Sözleşmesi' ve onun ek protokolleri ile bu metinlere anlam ve değer katan yetkili organların yorumlarını, kararlarını ve değerlendirmelerini de içerecek genellikte Avrupa Konseyi bünyesindeki insan hakları koruma sistemini algılamak gerekirdi*"[17]

b) …. Yasa'nın 45/1 maddesinde Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin de zikredilmiş olması Anayasa'nın 148. maddesini daraltıcı niteliktedir. "*Anayasa'daki bir temel hak ve özgürlüğün … Anayasa Mahkemesi önüne taşınmasının Türkiye'nin bu hakkı içeren bir ek protokole taraf olması şartına bağlanması anlaşılır olmaktan uzaktır*"[18] "*Çünkü anayasa şikâyetinde dava konusu edilecek olan hak Anayasa'da düzenlenmiş olan, yani Anayasa'nın kişilere tanımış olduğu bir haktır. Anayasa'da yer almayıp da ek protokollerde yer alan bir hakkın/özgürlüğün anayasa şikâyetine konu edilmesi zaten mümkün değildir.*"[19]

c) Anayasa'nın 148. maddesi, "*anayasada hangi hakların anayasa şikâye-*

---

15 İlke bu olmakla birlikte "*yaşayan belge doktrini*" ile AİHS tarafından bazı maddelerde düzenlenen hakların kapsamı genişletilebilmektedir. Örnek kararlar: 1) Vicdani reddin AİHS m.9 kapsamında korunması: Bayatyan / Ermenistan, Başvuru No: 23459/03, Büyük Daire Karar Tarihi: 07.07.2011; 2) Memurların sendika hakkının da sendika özgürlüğü kapsamında benimsenmesi: Demir ve Baykara/ Türkiye, Başvuru No: 34503/97, Karar Tarihi: 12.11.2008. Kararlar, Serkan CENGİZ tarafından dikkatime sunulmuştur.

16 Tolga ŞİRİN, **Türkiye'de Anayasa Şikâyeti** (Bireysel Başvuru), XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 426 – 429.

17 ŞİRİN, age, s. 427.

18 Aynı yer

19 ŞİRİN 2013, s. 428.

tine konu edilebileceğinin tek tek sayılması yerine, genel olarak bir tasnifleme yöntemi olarak kavranmalıdır." [20]

Bütün bu açıklamaların odak noktası, AYM önüne taşınacak olan hak ve özgürlüklerin Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler olması ve "AİHS kapsamı" kavramının sadece bir "tasnifleme yöntemi" işlevi yerine getirmesidir.

Bu tespit, 2012 yılında yayımlanmış bulunan "*Demokratik Anayasa – Görüşler ve Öneriler"* başlıklı Kitapta yer alan ve yukarıda gerektiği ölçüde özetlediğim makalemdeki görüşlere paralel ve onu destekler niteliktedir.

C. 2010 Anayasa Değişikliğinden Önceki ve Sonraki Aşamalar İçin Ara Sonuç

Yukarıdaki incelediğimiz çalışmaların hiçbirinde "ortak koruma alanı" kavramına benzer ya da onu haklı ve gerekli kılan bir düşünceye rastlamak mümkün değildir. Esasen böyle bir yaklaşım, ilgili norm alanlarının yapısal özelliklerine de aykırı düşer.

II. "Ortak Koruma Alanı" Kavramının Anayasa Mahkemesi Kararlarındaki Nicel ve Nitel görünümü

KAZANCI İçtihat Bilgi Bankası üzerinden yaptığımız taramada "ortak koruma alanı" kavramının geçtiği 250'nin üzerinde karar tespit ettik. Bu kararların çoğunluğunda anılan kavram, inceleme ilkesi olarak zikredilmekle birlikte, uygulama konusu olayın çözümünde değerlendirme ölçüsü olarak kullanılmamıştır. Taradığımız kadarıyla içinde bu ölçünün gerekçeye dayanak olarak kullanıldığı karar sayısı 70'in üzerindedir.

Bu kararları üç ana kategoride toplamak mümkündür: Gerek Türk Anayasası'nda ve gerekse AİHS'de yer alan hak ve özgürlük alanları (A), Türk Anayasası'nda yer alıp da AİHS'de yer almayan hak ve özgürlük alanları (B), Anayasa Mahkemesi'nin "ortak koruma alanı" konusundaki "blok oy"unda çatlama: Karşı oy yazıları (C).

Gözden geçirdiğimiz kararlar açısından tüketici bir çalışma yapma amacı gütmedik. İncelediğimiz anayasal sorunu aydınlatabileceğine inandığımız örneklerle yetindik.[21] Şimdi bu üçlü grup içinde seçtiğimiz tipik örnekleri sırasıyla inceleyelim:

---

[20] Aynı yer.

[21] Önemli ayrıntılar, ilginç ve değişik karar türleri için bkz. .Ece GÖZTEPE, "*Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi*": KHP V -**Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru –** Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması, Hazırlayanlar Ece Göztepe – Mert Alpbaz, onikilevha yayını, İstanbul 2017, s. 114 – 135 (GÖZTEPE 2017); Tolga ŞİRİN, "*Anayasa Şikâyeti Hakkı: Üçüncü Yıl Değerlendirmesi*": aynı yer, s. 40 – 51 (ŞİRİN 2017).

A. Gerek Türk Anayasası'nda ve Gerekse AİHS'de Yer Alan Hak ve Özgürlük Alanları

Bu kategoride yer alan kararların birçoğunda AYM, Anayasa'ya ve AİHS'ne aykırı bir yol izlemekte ve "ortak koruma alanı" kavramı da bu yanlış çizginin bir çeşit şemsiyesi işlevi yerine getirmektedir.

Bu tür kararların en yaygın olanı, "adil yargılanma hakkı" alanında kendini göstermektedir. Bu nedenle incelemeye "adil yargılanma hakkı" ile başlamak yerinde olur.

1) Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

a) Mahkemeye Erişim Hakkı

Birbirinden oldukça farklı konuları içeren "adil yargılanma hakkı" konusundaki AYM kararları ile ilgili açıklamalarımıza "***mahkemeye erişim hakkı***" ile ilgili bir karardan başlamak doğru olur. Çünkü AYM, mahkemeye erişim hakkını Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı içinde değerlendirmektedir. Buradan başlamak, AYM'nin çoğunlukla "ortak koruma alanı" dışında değerlendirip kendisini konu bakımından yetkisiz gördüğü kararlardaki sorunu daha iyi görmemizi sağlayabilir.

AYM'nin 2013 yılında verdiği bir karar[22] hak ve özgürlük lehine yorum açısından ilginç bir örnek oluşturmaktadır. Mahkemenin esasa ilişkin gerekçesinden seçtiğimiz bölümler özetle şöyledir: [23]

" *Mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biridir. Mahkemeye ulaşmayı aşırı derecede zorlaştıran ya da imkânsız hale getiren uygulamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Dava açma ya da kanun yollarına başvuru için belli sürelerin öngörülmesi, bu süreler dava açmayı imkânsız kılacak ölçüde kısa olmadıkça hukuki belirlilik ilkesinin bir gereğidir ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Ne var ki, öngörülen süre koşullarının açıkça hukuka aykırı olarak yanlış uygulanması ya da yanlış hesaplanması nedeniyle kişiler dava açma ya da kanun yollarına başvuru hakkını kullanamamışsa mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini kabul etmek gerekir (59).*

"Yazılı bildirim esasının anayasal kural olarak düzenlenmesinin temel amacı, idari işlemler karşısında kişilerin hak ve çıkarlarının yargısal yolla korunması; bunun sağlanması için de dava açma hakkının kullanılmasının anayasal güvence altına alınmasıdır." (67)

---

22 AYM 07.11.2013, Başvuru No: 2012/660: RG. 10.12.2013 28847.

23 Bu çalışmada karar alıntılarının cümle sonlarında parantez içinde verilen rakamlar, alıntının yer aldığı paragraf numarasını göstermektedir.

"Usul kurallarının, hukuki güvenliğin sağlanması ve yargılamanın düzgün bir şekilde yürütülmesi sonucu adaletin tecelli etmesine hizmet etmek yerine kişilerin davalarının yetkili bir mahkeme tarafından görülmesi bakımından bir çeşit engel haline gelmeleri durumunda mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olacaktır". (68)

" Davanın süre bakımından reddi kararında ... başvurucunun atama işlemini çeşitli şekillerde öğrendiği ayrıntılı olarak açıklanmış olsa da 1602 sayılı Kanun'un 40. maddesinde idari işlemlere karşı dava açma süresinin işlemin tebliğinden itibaren altmış gün olduğu açık bir şekilde kurala bağlanmış ve 926 sayılı Kanun'un 120. maddesinde izinli veya raporlu iken atama işlemine ilişkin tebligat alınsa dahi atanılan göreve katılma zorunluluğuna ilişkin sürelerin izin veya rapor müddetinin bitiminde başlayacağı belirtilmiştir. Başvurucu da atama işlemi sırasında ve başvuru tarihine kadar sürekli sağlık raporları ile izinli sayılması nedeniyle yeni görev yerine katılmamıştır" (69).

"Başvuru konusu olayda dava açma süresinin başlangıcına ilişkin açık bir kanun hükmü vardır. Bu hükme verilecek olağan anlam bellidir ve başvurucu buna göre kendisine muamele edileceğini beklemektedir. Ancak derece mahkemesi, açık olan kanun hükmüne olağanın dışında farklı bir anlam verip buna göre uygulama yapmıştır. Bu uygulama yönünde yerleşmiş içtihat olduğu ne derece mahkemesi kararında belirtilmiş ne de Bakanlık görüşünde ileri sürülmüştür. Dolayısıyla başvurucunun dava açarken (hukuki yardımdan yararlansa bile) açık kanun hükmünden farklı bir şekilde kendisine muamele edileceğini beklemesini gerektiren bir durum eldeki belgelere göre bulunmamaktadır. Buna göre derece mahkemesinin yorumu öngörülemez niteliktedir" (72).

Bu kararda AYM'nin izlediği **doğru yorum çizgisini** gözönünde tuttuğumuzda, adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer kararların çoğunluğunda Ece Göztepe'nin deyimiyle "en küçük ortak bölen" çizgisini sürdürmesini anlamak ve değerlendirmekte güçlük çekiyoruz.

b) Suçtan Zarar Gören Kişilerin Yaptığı Başvurular

Bu yanlış çizginin en yaygın olduğu alan, "*üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler*"le ilgili kararlarda kendini göstermektedir. Bu tür kararların hareket noktası, sürekli tekrarlanan bir şablon gerekçedir:

"*Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir.*"[24]

[24] AYM BB, 06.02.2014, Başvuru No: 2013/3339: RG 15.03.2014 – 28942 (B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 20; B. No: 2012/1049,26/3/2013, § 22). Parantez içindeki karar bu bağlamda AYM'nin sürekli atıfta bulunduğu karardır.

Kararlarda bu varsayımın dayandırılabileceği herhangi bir hukuksal argüman yer almış değildir.[25] Bu yönüyle "gerekçe niteliği" eksiktir. Burada akla gelebilecek tek gerekçe, bütün belirsiz kavramlar için de geçerli olan gerekçedir: Belirsiz kavramların norm alanı yargı kararlarıyla somutlaşır. Bu açıdan AİHM kararlarından da yararlanılması doğaldır. Ne var ki bu yararlanma Anayasa'da güvece altına alınan bir hakkın koruma alanını daraltacak biçimde yapılamaz. Oysa AYM, bu gerekçenin hemen arkasından aynı konuyla ilgili çoğu kararlarında, AİHM'nin geliştirdiği bir norm alanını değil, AİHS'de sınırları açıkça belirlenmiş bir norm alanını Türk Anayasası'na monte etmektedir.

Bu konuda Mahkeme'nin "kasten yaralama suçu"nun mağduru olan bir kişinin yaptığı bireysel başvuru ile ilgili bir kararını örnek olarak seçtik. Kararın yukarıdaki gerekçeyi izleyen bölümlerinin ana hatları, yorum ve eleştirilerimizle birlikte şöyle toparlanabilir:

> "*Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. Maddesi*(nden)*... başvurucunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlığın tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular Anayasa ve Sözleşme kapsamı dışında kalacağından, bireysel başvuruya konu olamaz (B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 21; B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 23)"* (26).

AYM izleyen paragrafta AİHM kararlarına dayanarak bu kuralın istisnalarını zikretmektedir:

> " … Bu kuralın istisnaları, ceza davasında medeni hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmiş veya ceza davası sonucunda verilen kararın hukuk davası açısından etkili ya da bağlayıcı olması hâlleridir (Ferez/Fransa, 47287/99, 12/2/2004, § 70; B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 22; B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 24). (27)"

Görülüyor ki burada asıl dayanak, AİHM yorumu değil, Sözleşmenin 6. maddesinin doğrudan belirlediği norm alanıdır. Oysa Anayasamızın 36. maddesinde böyle bir alan sınırlaması yoktur. Bu nedenle insan haklarına ilişkin çok yanlı bir uluslararası andlaşmanın taraflarınca benimsenmiş ve belirlenmiş olan bir norm alanını iç hukuka, özellikle ulusal anayasaya yorum yoluyla aktarmak mümkün değildir. Bunun Türkçesi, Anayasa'nın değil Sözleşme'nin uygulanmasıdır.

[25] Aynı yönde: GÖZTEPE 2017, s. 120; Korkut KANADOĞLU, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 75, ancak yazarın izleyen cümlesinde AYM'nin bu içtihattan döndüğü yolundaki tespiti doğru değildir. Çünkü içtihattan dönme örneği olarak verdiği karar, ""*üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler*"le ilgili olmayıp, **yargılanmanın yenilenmesi** konusuyla ilgilidir.

Kararda daha sonra Sözleşmenin belirlediği norm alanında AİHM'nin geliştirdiği içtihatlarından örnekler verilmektedir. Burada açık bir yöntem hatası ile karşı karşıyayız. AİHM'nin sözleşme metnini hak ve özgürlük lehine geliştiren kararlar vermesi, sözleşme taraflarının kendi iç hukuklarında daha geniş bir hak alanı benimsemelerine engel değildir (AİHS m. 53). Böyle bir durumda AİHM'nin Sözleşme metnini yorum yoluyla hak lehine geliştirmesi, iç hukukta sağlanan daha geniş hak alanına bir katkı getirmez; aksine bu alanın daraltılması sorucunu doğurur. AYM'nin çok sayıda kararında yaptığı da tam anlamıyla böyle bir daraltmadır. Aşağıda aktardığımız gerekçe, bu yönde verilmiş birçok kararın şablon gerekçesidir:

> "*4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla başvurucunun ceza muhakemesi sürecinde medeni haklarını ileri sürme imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın etkileri ceza muhakemesi süreci ile sınırlı olup hukuk mahkemeleri açısından bağlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 25)* (28).
>
> *Başvurucunun talebi, suç işlediğini düşündüğü bir üçüncü kişinin cezalandırılmasıyla sınırlıdır. Başvurucu, üçüncü kişinin fiili nedeniyle medeni haklarına yönelik bir müdahalenin bulunduğunu düşünüyor ve buna ilişkin zararının giderilmesini istiyorsa, hukuk mahkemeleri önünde dava açma imkânı vardır. Kaldı ki başvurucu, Eskişehir 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde bir tazminat davası açmıştır. Ayrıca başvurucu, ceza yargılamasının kesin olarak sonuçlanmasından sonra ortaya çıkan yeni delillerin değerlendirilmesi için 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili kurallarına dayanarak, ceza mahkemesinden, koşullarının varlığı halinde yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabilir"* (29).

Burada Mahkeme, talepte bulunanın suçtan mağdur olan kişi olduğunu adeta unutmuş gibidir. Ceza hukukunda ceza davasının kamu adına açılması, suçun mağduru olan kişinin ceza davasına bu denli yabancılaştırılmasını açıklayamaz. Nitekim izleyen cümlede hukuk mahkemeleri önünde dava açma olanağından söz edilmesi de bu yabancılaşmanın bir başka ifadesidir. AYM kararı, Adli Tıp Kurumu raporuna göre kolundaki kırığın %19 oranında sürekli maluliyete neden olduğu belirlenen suç mağdurunun, suçlunun cezalandırılması yönündeki talebini konu bakımından yetkisiz olduğu gerekçesiyle incelemeksizin reddederken, sanki onun yerini tutarmış gibi tazminat davası açma yolunun açık olduğunu belirtmektedir.

> *" Öte yandan bir ceza davasında mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya*

katılan sıfatını haiz kişiler, ***kendilerine bir "suç isnadı" yapılmamış olması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinin koruma alanı dışında olmakla birlikte bu kişilerin, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı içinde kalan bir başka hak ihlali iddiasını bireysel başvuru ile Anayasa Mahkemesi önüne getirmeleri mümkündür****"* (30).

Gerekçenin kalın harflerle vurguladığımız bu bölümü açısından iki önemli noktaya dikkati çekmeden geçemeyeceğiz: Birincisi: AYM, "*bir ceza davasında mağdur, ... (kendisine) bir "suç isnadı" yapılmamış olması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinin koruma alanı dışında olmakla birlikte ..."* derken neye dayanmaktadır? 36. maddede bunu dışlayan bir ifade var mı? Madde aynen şöyledir: *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma" hakkına sahiptir. / Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."* Bu madde, yalnızca kendisine bir suç isnadı yapılanları mı koruyor? AYM burada, Anayasa'nın 36. maddesinin AİHS'nin 6.maddesine dayanarak "ortak koruma alanı" kavramıyla daralttığı norm alanını kastediyor olmalı. İkincisi: Dava konusu olguların hukuksal nitelemesi ile ilgili. Birçok kararında "*Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir*."[26] diyen Mahkeme'nin bir sonraki cümlede "*başvurucu, yargılama süreci ve varılan sonuca yönelen adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası dışında herhangi bir hak ve özgürlüğüne müdahaleden söz etmemektedir*" derken talihsiz bir çelişkiye düşmüş olmuyor mu?

c) Hrant Dink Kararı

AYM, Hrant Dink'in yakınları tarafından açılan davada da aynı çizgiyi izleyerek, aynı gerekçelerle kendisini konu bakımından yetkisiz görmüştür.[27] Bu davadaki farklı bir özellik şöyle özetlenebilir. Hrant Dink'in yakınlarının daha önce, AİHM'de açtıkları davada ihlal tespit edilmiş, ama ihlal kararının bir boyutu Türk Makamlarınca yerine getirilmemiştir. Bu durum AYM kararında şöyle açıklanmaktadır:

> "*AİHM, aynı olayla ilgili olarak açılmış olan Dink/Türkiye davasında yaptığı incelemede, Hrant Dink'in yaşamı üzerinde açık ve yakın bir tehlikenin mevcudiyeti konusunda güvenlik güçlerinin, ilgiliye karşı olası bir saldırının yüksek olduğunu bildikleri ya da bilebilecek durumda oldukları, fakat*

---

[26] Örneğin bkz. AYM BB 14.01.2014, Başvuru No: 2013/5062: RG 29.01.2014 – 28897; AYM BB 25.02.2015, Başvuru No: 2012/611: RG 22.05.2015 - 29363

[27] **"***Başvurucuların Anayasa'nın 36. maddesine dayanan ihlal iddialarının konusu, Anayasa'da güvence altına alınmış ve Sözleşme kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kaldığından, başvurunun bu kısmının "konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir* (94): AYM BB, 17.07.2014, Başvuru No: 2012/848: 12.11.2014 – 29173.

öngörülen tehlikenin vücuda gelmesini engellemek için başvurulması gereken önlemleri almadıkları sonucuna vararak, maddi yönden Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiş ve ihlal nedeni oluşturan diğer bir kısım hususları da dikkate alarak somut olayın koşullarında başvurucular Rahil Dink, Delal Dink, Arat Dink ve Sera Dink'e birlikte 100.000, başvurucu Hasrof Dink'e 5000 Avro ödenmesini uygun bulmuştur ... . Buna göre başvurucuların mağdur sıfatı sona erdiğinden aynı ihlal nedeninin ikinci bir kez Anayasa Mahkemesince incelenmesinde hukuki yarar bulunmamaktadır. (114).

AİHM aynı kararında Hrant Dink'in ölümünde ihmali olabilecek kamu görevlilerinin tespitine yönelik etkili bir soruşturma yürütülmediği gerekçesiyle yaşam hakkının usuli boyutunun da ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararın gereğini yerine getirmek Sözleşmeye göre Devletin ödevidir. .... (115).

Somut olayda Devlet Denetleme Kurulu Raporunda işaret edilen ve AİHM'in de ihlal nedeni olarak saptadığı hususlarda etkili bir soruşturmanın yapılmadığı görülmektedir. Dolayısıyla ihlale dayalı mağduriyetin de giderilmediği anlaşılmaktadır. Zira olaylar silsilesinde sorumluluğu olduğu iddia edilen kamu görevlilerinin etkili bir yargısal sistem kapsamında sorumluluklarının belirlenmesi ve gerekiyorsa cezalandırılmalarına ilişkin devletin pozitif ödevinin yerine getirilmesinde AİHM değerlendirmelerinin gereği gibi dikkate alınmadığı, sistem sorunları ve yöntem yanlışlıklarının giderilmesi çabalarının gerekli özen, ivedilik ve sorumluluk içinde yürütülmediği, buna ilişkin belirtilerin de tatmin edici olmaktan uzak olduğu saptanmıştır. Ayrıca soruşturma sürecinde ilgili kamu görevlilerinin ifadelerine bile başvurulmadan verilmiş olan takipsizlik kararlarının başlı başına ihlal nedeni olması karşısında, ... soruşturmanın, devletin pozitif yükümlülüğüne uygun olarak etkili bir şekilde yürütüldüğü söylenemez. (123)

Buna göre ... öldürülenin yakınlarının ancak kendi çabalarıyla soruşturma sürecinden haberdar olabildikleri ya da katılabildikleri, soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılamadığı anlaşılmış olduğundan, hakkın özüne zarar verecek şekilde yürütülen bu soruşturmanın bir bütün olarak etkisiz olduğunun kabul edilmesi gerekir. (124)

Açıklanan nedenlerle, ... Anayasa'nın 17. maddesinin öngördüğü Devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olan usul yükümlülüğün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir". (126)

Kararın yukarıda açıklanan gerekçesinde AYM doğru bir çizgi izlemiş ve

AİHM içtihatlarından yararlanarak Anayasa'nın 17. maddesinde açıkça yer almamış olan "devletin pozitif yükümlülüğü ve bunun sonucu olan usul yükümlülüğü" gibi kavramlara yer vermiştir. Öyle ki bu kavramların ihlalini 17. maddede güvence altına alınmış olan hakkın özünün ihlali olarak değerlendirmekten de çekinmemiştir. Esasen AYM'den beklenen de budur. Ancak kavramakta güçlük çektiğimiz nokta, bu karara tazminat istemi açısından bağlanan sonuçtur. Gerekçenin bu bölümü aynen şöyledir:

"*Başvurucuların aynı iddialar kapsamında yaptıkları başvurular sonucunda AİHM'in 14/9/2010 tarihli kararı ile 105.000 Avro (§ 36); İstanbul 10. İdare Mahkemesinin 27/10/2010 tarihli kararı ile de 100.000 TL tazminat ödenmesine (§ 52) karar verildiği tespit edildiğinden, bu konuda ayrıca bir tazminat ödenmesine gerek görülmemiştir.*" (129)"

Mahkeme gerekçesinin bu bölümünde AİHM ile İstanbul 10. İdare Mahkemesi'nin hükmettiği tazminatları gerekçe göstererek ayrıca tazminat ödenmesine gerek görülmediğini belirtmektedir. Mahkemenin gönderme yaptığı her iki mahkemenin kararları tarih bakımından birbirine oldukça yakındır. Bu nedenle İstanbul İdare Mahkemesi'nin kararı da, AİHM kararının uygulanmamış olması nedeniyle ortaya çıkan ihlalle ilgili değildir. Nitekim AYM kararında da İdare Mahkemesi kararına gönderme yapılarak hükmedilen manevi tazminatın Hrant Dink"in yaşam hakkının korunmasında idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle verildiği açıklanmaktadır[28]

Anayasa Mahkemesi'nin bir yandan "*AİHM kararı üzerine yeniden açılan soruşturmanın bir bütün olarak etkili olmadığına ve Anayasa'nın 17. maddesinin öngördüğü Devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olan usul yükümlülüğün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.*" derken, diğer yandan önceki tazminatların bu ihlali kapsamadığını unutarak, kendi tespit ettiği yeni bir ihlali karşılıksız bırakıp, farklı bir hak ihlaline dayalı önceki tazminatlarla yetinmesi, açık bir çelişkidir ve adeta "ortak koruma alanı" anlayışının bir başka yansıması olarak kendisini göstermektedir.

2) Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı

a) Genel Açıklama

aa) Anayasa'nın "Kanun Önünde Eşitlik" kenar başlıklı 10. maddesi şöyledir:

"***Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.***

[28] "Hrant Dink 'in **yaşam hakkının korunmasında idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu** sonucuna varılmıştır" denilerek, toplam 100.000 TL. manevi tazminat ödenmesine hükmedilmiştir." (anılan kararın 52. Paragrafı)

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

Bu madde ile bağlantılı olarak anayasa öğretisi ve uygulaması açısından vurgulanması gereken noktalar şöyle sıralanabilir:

- Eşitlik ilkesi, 1982 Anayasası'nda devletin genel esasları bölümünde 10. maddede düzenlenmiştir. Oysa bu ilkenin yeri, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi temel hak ve özgürlüklerin genel hükümleri içinde olmalıydı. Ancak bu düzenlemeye rağmen, eşitlik ilkesinin devleti bağlayan ve ona belli yükümlülükler getiren niteliği yanında, kişi açısından bir temel hak olduğu kuşkusuzdur. Maddenin genel esaslara aktarılmış olması, onun temel hak niteliğini etkilemez.
- Bu madde sistematik bir bütün olarak Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca "***yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan***" bir temel hukuk kuralıdır. Üstelik sonuncu fıkrasıyla bu bağlayıcılık devlet organları ve idare makamları açısından özel olarak vurgulanmıştır. Öte yandan kuralın anayasal bağlayıcılığının, "olağan kanun yollarının tüketilmesi" aşamasında da devam ettiği kuşkusuzdur.
- Eşitlik ilkesiyle bağlantılı olarak sistematik yorum uyarınca gözönünde tutulması gereken başka anayasal haklar da vardır. Eşit oy ilkesi (AY m.67/2, siyasal partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinin eşitlik ilkesine aykırı olamaması (AY m. 68/4), kamu hizmetine alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilememesi (AY m. 70/2), ailenin eşlerin eşitliğine dayanması ilkesi (AY m. 41), süreli yayınların, devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin veya bunlara bağlı kurumların araç ve imkânlarından eşitlik esasına göre yararlanması (AY m. 29/4), her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanması (Başlangıç 6);
- Ayrıca vurgulamak gerekir ki aynı eşitlik kuralı, AYM'nin verdiği iptal kararlarında en çok dayandığı temel hak kurallarından biridir.

bb) AİHS'nin "Ayırımcılık Yasağı" kenar başlıklı 14. maddesi ise aynen şöyledir:

"***Bu Sözleşme 'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.***"

cc) Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı açısından Anayasa ve AİHS arasındaki fark hemen göze çarpacak niteliktedir. Anayasa'da eşitlik ilkesi, fiili eşitsizlikleri de dengelemeye çalışan kapsayıcı bir anlamda koruma görürken, diğeri yalnızca AİHS'de tanınan özgürlüklerden yararlanmanın hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanması amacıyla sınırlı kalmakta ve bu özelliği nedeniyle de kendisine bağımsız bir hak niteliği atfedilmemektedir. İşlevi, Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri tamamlayıcı niteliktedir.

Anayasamızda AİHS'nin 14. maddesiyle benzer bir koruma alanına sahip gibi gözüken tek bir düzenleme, Başlangıç bölümünün 6. fıkrasında yer alan düzenlemedir: "*Her Türk vatandaşının **bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak** milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde **onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu; ..*** ". Ne var ki bu bile görünüşte bir benzerliktir. Bir kere Başlangıç'ın bu fıkrasında eşitlik sosyal adaletle bir arada zikredilmekle kastedilenin biçimsel bir eşitlik olmadığı, sosyal eşitliğe ağırlık verildiği açıkça vurgulanmaktadır. İkinci özellik doğuştan sahip olunan haklarla kurulan bağlantıdır. Üçüncü özellik, eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanılacak hak ve özgürlükler arasında -AİHS'den farklı olarak- eşitlik ilkesinin de yer almış olmasıdır. Hal böyleyken AYM, yukarıda Anayasa ile ilgili olarak betimlenen tabloyu adeta yok sayarak, AİHS'nin 14. maddesini Türk Anayasası'na adapte etmekle yetinmektedir.

Bu yaklaşım, Anayasa ile bağdaştırılamayacağı gibi, herhangi bir yorum kuralına da dayandırılamaz. Bunun gibi AY m. 10 ile AİHS m. 14'de güvence altına alınan hak alanlarının yapısal özellikleri ve nesnel içerikleri de birbiriyle bağdaşmaz niteliktedir. Birinde insan haklarına ilişkin uluslararası bir andlaşmanın tipik özelliği egemendir. Diğerinde ise iç hukuk düzeninin uluslararası andlaşma tipinden bağımsız içeriği ve yapısı kendini göstermektedir.

b) Örnek Kararlar

aa) AYM BB, 16.05.2013, Başvuru No: 2013/1337: RG 01.06.2013 – 28664

Bu karardan aldığımız aşağıdaki gerekçe bölümü eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin başvurularda AYM'nin şablon gerekçesi olarak yinelenmektedir. "*Ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiaların, bahsi geçen maddeler-*

deki ifadeler dikkate alındığında, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir. Bir başka ifadeyle ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, ihlal iddiasının, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı sorularına cevap verebilmesi gerekmektedir" (34)

Gerekçenin olaya uygulanışı ile ilgili bölümü şöyledir: "*Başvuru konusu olayda, (B) grubu polis amiri olan başvurucu tarafından, aynı görev ve yetkiye sahip oldukları (A) grubu polis amirleri ile aralarında özlük hakları ve kariyer yönünden farklılık yaratıldığı ve dolayısıyla ayrımcılık yasağının ihlal edildiği ileri sürülmekte ise de söz konusu ayrımcılığın hangi temel hak ve özgürlüğün kullanımına yönelik olarak gerçekleştiği belirtilmemiştir. Başvuru dilekçesinin içeriğinden de, başvuru konusu olayın Anayasa ve Sözleşme kapsamındaki hak ve hürriyetlerden her hangi biri ile bağlantısının kurulmadığı sonucuna ulaşılmıştır* (21).

Oysa burada temel sorun şurada kendini göstermektedir: Anayasamızda bağımsız bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan eşitlik ilkesi, AİHS'nin 14. maddesinin Anayasa'ya yapay olarak uyarlanması suretiyle bağımsız temel hak niteliğinden koparılmış olmaktadır. Konuya böyle yaklaşınca, "*ayrımcılığın hangi temel hak ve özgürlüğün kullanımına yönelik olarak gerçekleştiğini*" sormanın çoğu olayda bir anlamı kalmamaktadır. Böyle bir soruya cevap aramak ise kısır bir döngü içine girmekten başka bir sonuç veremez

bb) AYM BB, 06.05.2015, Başvuru No: 2012/775: RG 27.06.2015 – 29399

Bu dava, yukarıdakine göre daha farklı bir boyuttadır. Karar gerekçesine göre: "*Bireysel başvuru incelemesinde ayrımcılık yasağının bağımsız bir koruma işlevinin olmaması, bu yasağın genişletici bir yoruma tabi tutulmasına engel teşkil etmemektedir.* ***Anayasal bir hakkın ihlal edildiği iddiası tek başına incelendiğinde o hakkın ihlal edilmediği kanaatine varılabilirse de bu durum, o hakka ilişkin ayrımcı bir uygulamanın incelenmesine engel değildir****. Bu çerçevede, ilgili temel hak ve özgürlük ihlal edilmemiş olsa da o hakla ilgili bir konuda sergilenen ayrımcı tutumun, Anayasa'nın 10. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilir (İhsan Asutay, B. No: 2012/606, 20/2/2014, § 48*). (31)

Görülüyor ki burada Mahkeme, AİHM'ye paralel olarak ayırımcı uygulamayı bağlantı kurulan temel hak ihlal edilmemiş olsa bile denetleyebileceğini belirtmektedir. Bu yaklaşım, yukarıda işaret edilen kısır döngüyü kısmen aşılabilmesini sağlayabilir. Ancak, belirtmeye gerek yok ki bu genişletici yorum da Anayasa kaynaklı değildir. Esasen Anayasa kaynaklı olmasına da gerek yoktur.

Çünkü Anayasa'da bağımsız bir temel hak olan eşitlik ilkesinin -AİHS'de olduğu gibi- genişletici bir yorum üretilmesine gereksinimi yoktur.

cc) AYM BB 18.09.2014, Başvuru No: 2013/3170 : RG 04.12.2014 – 29195

Bu karardaki gerekçeye göre de "*ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, ihlal iddiasının, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı sorularına cevap verebilmesi gerekmektedir (B. "No: 2012/1049, § 33, 26/3/2013*" (34)

Olayda ayırımcı uygulama ile bağlantı kurulan temel hak, Anayasa'nın 46. maddesinde güvence altına alınmış bulunan "çalışma hakkı"dır. Çalışma hakkı, AİHS'nin koruma alanı içinde yer almadığından, Anayasaya göre bireysel başvuru konusu yapılamaz. Çünkü çalışma hakkı, "AİHS kapsamı" ölçüsünün dışında kalır. Böyle bir başvurunun AYM tarafından reddedilmesi, "AİHS kapsamı formülüne göre ilke olarak doğru bir karar olur. Nitekim kararda bu husus şöyle vurgulanmaktadır: "*Bireyin dilediği alanda çalışma özgürlüğü ve çalışma hakkı Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınmış olmakla birlikte AİHS'de düzenlenen haklardan değildir. AİHM de kamu hizmetine girme ya da dilediği kamu görevinde çalışma hakkının Sözleşme'de ya da protokollerinde korunan bir hak olmadığını açıkça ifade etmektedir. (B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 24)*" (31).

Aynı kararda gerekçenin devam eden bölümü içi boş bir söyleme dönüşmektedir: Olayı sırasıyla izleyelim: Olayda AİHS anlamında ayırımcılık yasağı ile bağlantı kurulabilecek olan temel hak çalışma hakkıdır. Ama çalışma hakkı AİHS'nin koruma alanı içinde değildir. Gerçek bu ise Mahkeme'nin "*başvurucu, işe alınmada asker kişi ve sivil ayrımı yapılarak eşitliğe aykırı hareket edildiğini, dolayısıyla ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmekte ise de söz konusu ayrımcılığın hangi temel hak ve özgürlüğün kullanımına yönelik olarak gerçekleştiğini belirtmemiştir. Başvuru dilekçesinin içeriğinden de, başvuru konusu olayın Anayasa ve Sözleşme kapsamındaki hak ve hürriyetlerden herhangi biri ile bağlantısının kurulmadığı sonucuna ulaşılmıştır.*" (35) şeklindeki bir gerekçenin ciddi bir anlamı olabilir mi?

Bu davada Mahkeme, en azından bir önceki karardaki gibi genişletici yorum denemesi yapabilirdi. "AİHS kapsamı" içinde yer almadığı için çalışma hakkının ihlal edilip edilmediğini konu bakımından yetkisizliği nedeniyle inceleyememiş olsa bile, AİHM uygulamasına kıyasen bu hak açısından bir ayrımcılık olup olmadığını değerlendirebilirdi. [29] Belki bu davada ulaşacağı sonuç, asker ve sivil

[29] Örnek: AİHM, Emel Boyraz / Türkiye kararı, Başvuru No: 61960/08, kararı dikkatime sunan: Serkan CENGİZ.. Bu kararda önce devlet memuru olarak güvenlik görevine atanan bir kadının, daha sonra bu göreve uygun düşmediği

çalışanı ile ilgili konum farklılığından ötürü yine aynı olurdu. Böyle olsa bile en azından Anayasa'nın bağımsız bir temel hak olarak güvence altına aldığı eşitlik ilkesini AİHS'deki dar çerçevesini kısmen kurtarma yönünde "masumane" bir adım atmış olurdu. Görülüyor ki AYM, kendisini AİHS'ye odaklanmış bir "**ortak koruma alanı**"nın dar perspektifine hapsedince, anayasa kökenli bir genişletici yorumu bile yapamaz hale gelmektedir.[30]

3) Seçme ve Seçilme Hakkı

a) Mansur Yavaş Kararı[31]

Bu açıdan ilk incelenmesi gereken karar, Mansur Yavaş kararıdır. Bilindiği üzere Mansur Yavaş, bir önceki yerel seçimlerde de CHP'den Ankara Belediye Başkanlığına aday gösterilmiştir. Melih Gökçek'in Ankara Belediye Başkanlığı'nı kazandığının ilan edilmesi üzerine, Mansur Yavaş, bu seçimin iptal edilmesi talebiyle Yüksek Seçim Kurulu'na başvurmuş, bu talebin reddi üzerine de serbest seçim, adil yargılanma hakları ile ifade özgürlüğünün ihlâl edildiği gerekçesi ile CHP ile birlikte Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin bu dava ile ilgili olarak verdiği karar, "ortak koruma alanı" kavramının en tipik uygulamalarından biridir. Mahkeme, genel yaklaşımına uygun olarak AİHS'in Türkiye'nin taraf olduğu Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesini ölçü norm olarak benimsemiştir. Bu madde şöyledir:*"**Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.**"*

Kendisini adeta bu maddenin sınırları içine hapseden Anayasa Mahkemesi, **"***AİHS kapsamında seçme hakkı ile korunan hakkın, **yasama organının seçimi ile ilgili olduğunu**, buna karşılık Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca **mahalli idare niteliğinde olan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçimiyle ilgili ihlal iddiaları, bağımsız bir hak olarak AİHS kapsamında değerlendirilmediğinden**, bu hakka yönelik ihlal iddialarının bireysel başvuru konusu yapılamayacağı***" sonucuna ulaşmış bulunmaktadır.

---

gerekçesiyle işten çıkarılmasıyla ilgilidir. Mahkeme gerekçesinden: "*Mahkeme, devlet memuru olarak atanan bir kişinin, işten çıkarılmasına ilişkin olarak, söz konusu işten çıkarılma 8. madde dâhil olmak üzere Sözleşme uyarınca haklarını ihlal ediyorsa, şikâyette bulunabileceğine tutarlı bir şekilde karar vermiştir. Devlet memurları Sözleşme kapsamı dışında tutulmamaktadır.*"(43). "*Mahkeme, başvuranın daha sonra güvenlik görevliliği işinden çıkartılmasının nedeninin görevinin gerektirdiği riskleri veya sorumlulukları üstlenememesi değil, yargı kararları olduğunu belirtmektedir. Dava dosyasında başvuranın TEDAŞ'ta güvenlik görevlisi olarak görevlerini cinsiyeti yüzünden yerine getiremediğine işaret eden hiçbir şey yoktur. (55). ... "Mahkeme, başvuranın mağduru olduğu söz konusu muamele farklılığının, cinsiyet ayrımcılığı teşkil ettiğine hükmetmiştir*". (56) .

30 Sosyal güvenlik hakkı ile ilgili benzer bir karar için bkz. AYM BB 07.07.2015, Başvuru No: 2013/1958: RG 17.08.2015 – 29448.

31 AYM BB 23.07.2014, Başvuru No: 2014/5425: RG 09.09.2014 – 29114.

Öte yandan eklemek gerekir ki Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadı yalnızca yerel seçimlerle sınırlı değildir. Ece Göztepe, Kamu Hukukçular Platformu'na sunduğu bildiride bu durumu şöyle açıklamaktadır:

> "*AYM'nin önüne gelen meslek odaları seçimleri, yerel seçimler ve cumhurbaşkanı seçimleri dolayısıyla yapılan başvuruların tamamı, 1. Protokol'deki seçimlerin sadece* ***"yasama organına"*** *yapılan seçimleri kapsadığı ve Anayasa'da ayrım yapılmaksızın güvence altına alınan seçme ve seçilme hakkının bu nedenle sadece yasama organına yapılan seçimlerle sınırlı olarak bireysel başvuru konusu yapılacağı belirtilerek reddedilmiştir.*"[32]

Bu yazı içeriğinde konuyla ilgili olarak yer alan genel eleştirileri bu vesile ile tekrarlamaya gerek görmüyoruz. Ama davanın özelliği nedeniyle vurgulanması yerinde olabilecek hususlara yer yer tekrara kaçma pahasına da olsa özel olarak değinmeden de geçemeyiz.

aa**)** Bu davadaki gerekçe, Anayasa Mahkemesi'nin Türk Anayasası'nda yer alan hak ve özgürlükleri değil, AİHS'de yer alan hak ve özgürlükleri ölçü norm olarak kullandığını somut bir ifadesidir. Oysa Anayasa'nın 148/3 maddesi, anayasa şikâyetine konu olacak hak ihlâlinin Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerle ilgili olduğunu açıkça belirtmektedir.

bb) Anayasa şikâyetinin kapsamını belirleme bakımından, her iki hukuk kaynağında yer alan hak ve özgürlükler arasında bir **özdeşlik** aramanın yol açabileceği absürd sonuçlar, bu davada somut olarak kendini göstermektedir. AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerin büyük bir bölümü Türk Anayasası'nda daha ayrıntılı olarak ve ***özel norm*** (*lex specialis)* niteliğinde ayrıştırılmış yeni haklar biçiminde düzenlenmiştir. Örneğin AİHS'de tek bir maddede ifade edilen toplanma ve dernek özgürlüğü, Türk Anayasası'nda dernek, sendika, siyasal parti, toplantı ve gösteri yürüyüşü hak ve özgürlükleri olarak ayrı maddelerde ele alınmıştır. Bunun gibi AİHS'de yer almayan birçok güvence kuralı, Türk Anayasası'nda belli hakların pozitifleşmiş ek güvenceleri olarak düzenlenmiştir. AİHS'deki hak ve özgürlüklerin etki ve kapsamını Türk Anayasası'nda daha da genişleten güvencelerin – AİHS'de yer almasa bile – anayasa şikâyeti kapsamında olacağı kuşkusuzdur. Bunların görmezden gelinmesine herşeyden önce anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi engeldir.

cc) Türk Anayasası'nda seçme ve seçilme hakları güvence altına alınırken AİHS'ye ek Protokol'den faklı olarak genel ve kapsayıcı bir formül kullanmıştır: "***Vatandaşlar … seçme ve seçilme … hakkına sahiptir***". Bu maddede "yasama organı seçimi" ya da "yerel yönetim organlarının seçimi" gibi bir alan sınırlaması

---

[32] GÖZTEPE 2017, s.121, kaynak kararlar için bakınız aynı yer, dip not 274.

yoktur. 1 No.lu Ek Protokol'ün 3. maddesinin Sözleşme taraflarını "***yasama organının seçilmesinde makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapma"*** ile yükümlü kılması, taraf devletin seçme ve seçilme hakkını daha geniş bir alanda güvence altına almasına engel değildir. Bunların anayasa şikâyeti konusu olması, bu başvuru yolunun temel hak ve özgürlükleri somut olayda da koruma amacında mündemiçtir.

dd) Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile Türk Anayasası yerine AİHS Ek Protokolü'nü uygulaması, **Anayasaya aykırı düştüğü kadar, AİHS'ye de aykırıdır**. Zira ilerde daha ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere AİHS'nin 53. maddesi, iç hukukta veya Türkiye'nin taraf olduğu diğer uluslararası hukuk kaynaklarında tanınmış bulunan **fazla haklara güvence** getiren bir içeriğe sahiptir.

ee) Son olarak açıkta kalan bir soruna bu vesile ile işaret etmek yerinde olur. Anayasa Mahkemesi, burada savunulan yaklaşımı benimseyip kendisini konu bakımından yetkili görmüş olsaydı nasıl bir karar verirdi? Anayasa Mahkemesi kararında, ***"bu dosya bakımından Anayasa'nın 79. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası yönünden bir değerlendirme"*** yapmadığını açıkça belirtmektedir. Bunun salt usulî bir nedenden mi kaynaklandığı, yoksa "Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaması" kuralını 6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesi kapsamında görüp görmediği konusunda görüş belirtmeyi "**ihsası rey**" olarak mı değerlendirdiği Mansur YAVAŞ kararında henüz belli değildir.

ff) Tolga Şirin KHP V. Toplantısına sunduğu bildiride bu durumu "AYM'nin YSK kararları aleyhine anayasa şikâyetlerinin yapılabileceğini zımnen kabul ettiği veya AYM'nin söz konusu meseleyi tartışmaktan kaçındığı şeklinde açıklamaktadır. Şirin'e göre,

> "*Her iki ihtimalde de AYM eleştiriyi hak etmektedir. Şöyle ki eğer YSK kararlarına karşı anayasa şikâyeti yapılabilecek ise bunun açıkça ortaya konması ve gerekçelendirilmesi gerekmekteydi. Mevcut durum, hukuk güvenliği ve şeffaflık sağlamamaktadır. Benim güncel kanaatim, AYM'nin bu denetimi yapabileceği yönündedir. Şöyle ki YSK seçim uyuşmazlıklarına bakan bir yargı merciidir. Yargısal denetim yapmak sadece dar anlamda ve ismen mahkeme olan organların (court) işi değildir. İsmi mahkeme olmayan, ancak yasayla kurulmuş, tarafsız ve bağımsız nitelik taşıyan ve yargılama usulüne ilişkin güvenceler taşıyan yapılar (tribunal) da bu işlevi görür. Danıştay ve Yargıtay üyelerinden müteşekkil YSK da bu niteliğe sahiptir. Nitekim YSK da bir kararında YSK'nın "yargı görevlerini yaparken veya yargı yetkilerini kullanırken, diğer yargı yerleri ile eşit konumda" olduğunu*

ifade etmiştir.[33] *Hal böyle olunca Anayasa'nın "Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz" şeklindeki 79/2'nci hükmü YSK kararlarının tıpkı diğer yargı kollarının nihai karar organları olan Yargıtay, As. Yargıtay, Danıştay, AYİM gibi nihai olduğunu ifade etmektedir. Bu bakımdan nasıl ki bu organların nihai kararlarına karşı anayasa şikâyeti yapılabiliyorsa YSK kararlarına karşı da yapılabilir*." [34]

Ne yazık ki Mansur Yavaş Kararı'ndan sonraki gelişmeler, Tolga Şirin'in hak ve özgürlük odaklı iyimser beklentisini ters bir yöne çevirmiştir.

b) Mansur Yavaş Kararından Sonraki Gelişmeler

AYM, 14.7.2015 tarihinde iki bireysel başvuru üzerine verdiği kararlarda Anayasa'nın 79. maddesinde geçen "başka bir mercie başvurulamaz" ibaresini "bireysel başvuruya da konu edilemez" biçiminde yorumlamış bulunmaktadır.[35]

AYM çoğunlukla verdiği kararda, *"Yüksek Seçim Kurulu kararlarının kesinliği ve bunlara uyulması tereddütlere yol açtığından bu maddeye Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağı esası getirilmiştir.*" şeklindeki madde gerekçesine dayanmaktadır. Mahkeme'ye göre bu gerekçe, Anayasa koyucunun YSK kararlarının kesin olması isteğini ve bu kararlar aleyhine "başka merci ve kanun yollarına" başvurulamaması yönündeki iradesini yansıtmaktadır (39). Yine AYM'ye göre önem taşıyan husus, YSK'nın yargısal nitelikte bir kurum olup olmaması değil, onun kararlarına karşı başka bir mercie başvurulmasının yasaklanmış olmasıdır (40). Bu çerçevede, YSK kararları bireysel başvuruya da konu edilemez.

Bu gerekçenin oldukça yüzeysel bir bakış açısını yansıttığını belirtmek gerekir. Aradan geçen 30 yıldan sonra AYM kararının hâlâ genetik (tarihsel) yoruma ve özellikle de madde gerekçesine dayanmaya çalışmasının ikna edici bir yönü yoktur. Çünkü herşeyden önce 1982 Anayasa Koyucusu'nun, 30 yıl sonra 2010 yılında yapılacak bir anayasa değişikliği ile anayasa şikâyeti yolunun açılacağını görmesi ve onu da kapsayacak bir kural koyması mümkün değildir.

Nitekim karşı oy yazılarından birinde kararın bu zaafı oldukça başarılı bir biçimde yansıtılmıştır:

---

33 YSK'nın 1963/618 sayılı kararı. Karş. Levent Gönenç, *'Yüksek Seçim Kurulu'nun Mahkeme Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme':* Cem Eroğul/İ. Ertuğrul/Selin Esen/Fazıl Sağlam/Murat Sevinç (der), Mümtaz Soysal'a Armağan, Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, ss. 281-292. (Bu dip not, bana ait olmayıp, ŞİRİN'in alıntı yapılan makalesinin 112 No.lu dip notunda gösterilmiştir).

34 ŞİRİN 2017, s. 55 vd.

35 AYM BB 17.07.2015, Başvuru No: 2015/8818: RG: 07.10.2015 - 29495; AYM BB 14.07.2015, Başvuru No: 2015/6723: RG: 07.10.2015 - 29495. Her iki karar da aynı tarihte verildiğinden çoğunluk gerekçesi ve karşı oy yazıları açısından bir farklılık yoktur. Bu nedenle incelememizde karşı oy yazılarının tam olarak yer aldığı 2015/6723 başvuru numaralı karar esas alınmıştır.

"*Anayasa'nın 79. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesindeki "başka bir mercie başvurulamaz" hükmünün kapsamına, bireysel başvuru yolunu ve bu duruma bağlı olarak Anayasa Mahkemesini de dahil etmek, Anayasa koyucunun amacına ve tarihsel yorum yöntemine de uygun değildir. Zira, sözkonusu hüküm, Anayasa'nın 18.10.1982 tarihinde kabul edilmesinden beri mevcuttur. Bireysel başvuru yolu ise, bilindiği gibi 12.09.2010 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile kabul edildi. Buna göre, Anayasa koyucunun 79. maddenin 2. fıkrasının son cümlesini kabul ederken, 28 yıl sonra kabul edilecek yeni bir hukuki yolu düşünüp kapsama bireysel başvuruyu ve Anayasa Mahkemesini de dahil etmek istediğini söylemek mümkün değildir.*" [36]

Karşı oy yazılarında çoğunluk kararını çürüten başka önemli argümanlar da yer almaktadır: Alparslan Altan ve Erdal Tercan'ın ortak karşı oy yazılarına göre:

"*Ülkemizde ... seçim yargısı açısından, YSK, ilçe ve il seçim kurullarının üst organı durumundadır. O nedenle de ilçe seçim kurulu kararlarına karşı il seçim kurullarında, il seçim kurullarının verdiği kararlara karşı YSK'da itiraz edilebilmekte ve YSK tarafından verilen kararlar da kesin kabul edildiğinden, başka bir mercie başvurulamamaktadır. Buna göre, YSK, seçim yargısı alanında en üst dereceli yargı organıdır, bizzat kendisi yargı organı olduğu için, verdiği kararlara karşı bir başka yargı organına örneğin Danıştay'a yahut Yargıtay'a başvurulması kabul edilmemiştir.* … (YSK kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamamasına ilişkin düzenleme, bu kurulca verilen kararların) "*bir idari işlem olmadığı, bir yargı kararı olduğu, o nedenle de bir başka yargı merciinde tekrar dava konusu yapılamayacağı, şeklinde anlaşılması gereklidir. ... Aksi takdirde, diğer yüksek yargı organı olan Yargıtay'ın, Danıştay'ın temyiz veya karar düzeltme üzerine verdiği kararların da kesin olduğu kabul edildiğinden, bunların da anayasa şikâyetine konu olamayacağını söylemek gerekir. Bu açıdan YSK ile örneğin Yargıtay'ın yahut Danıştay'ın verdiği kararlar arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Bu sonuç çerçevesinde, YSK'nın verdiği kararları, 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasındaki Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvuruya konu olamayacağına ilişkin hükmün kapsamında değerlendirmek mümkün değildir*."

Buraya kadar olan bölümü ile karşı oy gerekçesinin Tolga Şirin'in yukarıda aktardığımız görüşüne paralel düştüğünü söyleyebiliriz. Ortak gerekçe çoğunluk kararının kimi absürd sonuçlara yol açacağına da işaret etmektedir. Ortak gerekçeye göre,

---

[36] AYM BB, 14.7.2015, Başvuru No: 2015/6723, Alparslan Altan ve Erdal Tercan'ın ortak karşı oy yazısı.

"… S*eçim yargısı alanında görev yapan il seçim kurulları ve ilçe seçim kurulları kararlarına karşı herhangi bir sınırlama olmadığından bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir. Nitekim Mahkememiz, ilçe seçim kurulu kararına karşı yapılan bireysel başvuruda, ilçe seçim kurulunun yargısal bir organ olup olmadığını tartışmış, sonuçta yargısal bir organ olduğu ve kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulabileceğini kabul etmiş, somut başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur (İsmail Taşpınar, B.No.2013/3912, § 14 vd.). … Yine il veya ilçe seçim kurulu kararlarına karşı YSK'da itiraz yolu açıksa, Anayasa m. 148,3 ve 6216 sayılı Kanun m. 45,2 gereğince bireysel başvuruda bulunabilmek için bu yolun da tüketilmesi gereklidir. İl veya ilçe seçim kurulu kararlarına karşı YSK'da itiraz yoluna başvurulmuşsa, bu kez YSK'nun kararına karşı bireysel başvuruda bulunulamayacağı gerekçesiyle başvuru kabul edilemez bulunacaktır. Burada da bir kısır döngü (fasid daire) ortaya çıkmaktadır. Keza, ilçe veya il seçim kurulu kararlarına karşı YSK'da itiraz yolu kabul edilmeyen hallerde, sözkonusu kurulların kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulabilecektir. Burada da bir ikilem ortaya çıkmaktadır: İlçe veya il seçim kurulu kararlarına karşı YSK'da itiraz yolu açıksa bireysel başvuru yolu kabul edilemeyecek, itiraz yolu açık değilse kabul edilecektir. Anayasa m. 67'ye dayanan seçme ve seçilme hakkı için bu şekilde bir ikilem anlamsız olduğu gibi, bireysel başvurunun amacına ve niteliğine de aykırıdır*."

Bir başka çelişki, AİHS - Ek 1 No.lu Protokol'ün üçüncü maddesinde de düzenlenen seçme ve seçilme hakkına dayanılarak bu hakların korunması mümkünken, Türkiye'de bu korumanın AYM'nin kararı ile sağlanamaz duruma getirilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu çelişki ortak karşı oy yazısında şöyle ifade edilmiştir:

"… *Anayasa'nın 67. maddesinde düzenlenen seçme ve seçilme hakkı, ayrıca Türkiye tarafından kabul edilen Ek Protokol l'in 3. maddesinde düzenlendiğinden, AİHM içtihatları çerçevesinde bireysel başvuruya konu olabilmektedir. Bu bağlamda, Mahkememiz çoğunluğu tarafından kabul edilen görüş, YSK kararlarına karşı bireysel başvurunun mümkün olmayacağını kabul ettiğinden, seçme ve seçilme hakkı esas olarak bireysel başvurunun sağlayacağı korumanın kapsamı dışında bırakılmış olmaktadır. Bu durum da yine, bireysel başvurunun amacına ve kabul ediliş gerekçesine aykırıdır.*"

Karşı oy yazısında açıkça belirtilmeyen asıl çelişkinin altını çizmek gerekirse, AYM'ye yapacağı bireysel başvuru, AYM'nin çoğunluk gerekçesiyle geri çevrilen yurttaşın, AİHM'ye başvurmasına ve orada bir sonuç almasına hiçbir engel yoktur.

Osman Paksüt'ün karşı oy yazısı da, YSK'nın mahkeme niteliğinin altını çizmesi bakımından yukarda özetlenen ortak karşıoya paralel düşmektedir. Paksüt'e göre, YSK'nın görevlerinden bir kısmı idari nitelikte, bir kısmı ise seçim uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturacak yargısal niteliktedir.

> "*YSK'nın yargısal nitelikteki kararlarının, Anayasa'nın 79. maddesindeki "Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz" hükmünün kapsamında bulunduğu söylenemez. Yargısal fonksiyon icra eden bir kurulun yargısal nitelikteki kesin kararlarına karşı başka bir mercie başvurulamaması, esasen görevin doğası gereğidir. Nitekim Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ... kararlarına karşı da, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabulünden önce, her hangi bir mercie başvurulamamaktaydı. Bu nedenle, yürürlükteki Anayasa hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Anayasa'nın 79. maddesindeki hükmün amacının, YSK'nın idari nitelikteki kararlarının yargı denetimi dışında tutulmasını sağlamak olduğunun kabulü gerekir.*"[37]

Böylece Paksüt, karşı oy yazısında Anayasa'nın 79. maddesinin ikinci fıkrasındaki "*Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz*" hükmünün sadece idari nitelikteki kararlar yönünden geçerli olduğu" sonucuna ulaşmaktadır.

c) Mansur Yavaş Kararından Sonraki Gelişmelerin Değerlendirilmesi

Bütün bu tartışmada eksik gördüğümüz nokta, yapılan değerlendirmelerde pratik uyuşum ilkesinin hiç gözönünde tutulmamış olmasıdır. Sözünü ettiğimiz eksiklik, "*Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz*"[38] şeklindeki Anayasa kuralını, "*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler bireysel başvurunun konusu olamaz*"[39] şeklindeki yasa kuralının kapsamı içinde yorumlayan görüşler açısından özellikle önemlidir. Çünkü bu yorum tarzı, bireysel başvuru hakkını öngören Anayasa kuralını "*Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz*" kuralına feda eden bir anlayışı yansıtmaktadır. Yargıtay, Danıştay gibi bütün yüksek mahkemelerin kesinleşmiş kararlarına karşı bireysel başvuru yapmak mümkünken, seçim sürecinin yargısı olarak YSK kararlarına karşı bireysel başvuruyu saf dışı bırakacak bir yorum, pratik uyuşum ilkesine gözü kapayan bir yaklaşımdır. Çünkü pratik uyuşum ilkesi, birbiriyle çelişen anayasa kurallarının her birine optimal (azami) hukuksal etki sağlayacak bir çözümü zorunlu kılan bir yorum ilkesidir. Hareket noktası, anayasanın bütünlüğü ilkesi olup, anayasa kuralları arasında bir hiyerarşi bulunmadığını varsayar.

---

37 AYM BB 14.07.2015, Başvuru No: 2015/6723, Osman Paksüt'ün karşı oy yazısı, Kenar No: 16.

38 AY m. 79/2 son cümle.

39 6216 s. AYMK m.45/3 son cümlecik.

Öte yandan pratik uyuşum ilkesi açısından önemli bir başka noktaya da işaret etmek gerekir. AYM'nin YSK'yı yargı organı olarak görmeyen içtihadında değişme olasılığı gündeme gelmiş bulunmaktadır. Nitekim yukarıda özetlenen ortak karşı oylarda da buna yönelik açıklamaların yer aldığını görüyoruz. Ece Göztepe, Kamu Hukukçuları Platformu'nun V. Toplantısına sunduğu bildiride bu değişimi şöyle açıklıyor:

> "*Seçimlerle ilgili verilen bireysel başvuru kararlarındaki tek teselli ve umut, AYM'nin 1992 tarihinde verdiği, İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının "bir davaya bakmakta olan mahkeme" olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin kararından (*AYMK E.1992/12, K.1992/2 (18.02.1992). 2013-3912, §30.) *vazgeçmiş olmasıdır. Mahkeme, her ne kadar somut başvuruyu reddetmişse de, AİHM'nin içtihatları doğrultusunda İlçe Seçim Kurullarını "yargı yeri" (tribunal) olarak kabul etmiştir (*2013-3912, §30-32, 38 ve 48.). *Bu kararın gerekçesinden Yüksek Seçim Kurulu'na ilişkin bir istisna çıkarılabileceğini düşünmek için bir neden olmadığından, en azından bundan sonra, Yüksek Seçim Kurulu'nun "davaya bakmakta olan mahkeme" sıfatıyla seçim hukuku düzenlemelerinin anayasaya uygunluk denetimini somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürebileceği umudu doğmuştur.*"[40]

Bu görüş, gerek YSK ve gerekse AYM Genel Kurulunca da benimsenip gereği uygulamaya koyulursa, Tolga ŞİRİN'in YSK kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağına ilişkin Anayasa kuralının seçim yargısı işlevi açısından kesin hüküm niteliğini ifade ettiğine ve bu bakımdan Yargıtay ve Danıştay'ın nihai kararlarına karşı mümkün olan anayasa şikâyetinin YSK'nın kesinleşmiş kararlarına karşı da yapılabileceğine ilişkin görüşü ile aynı yöndeki ortak karşı oy yazılarında benimsenen gerekçelerin yerli yerine oturmuş olduğu söylenebilir.

Mahkeme'nin buna karşı görüş olarak ileri sürdüğü "*burada önem taşıyan husus, YSK'nın yargısal nitelikte bir kurum olup olmaması değil, onun kararlarına karşı başka bir mercie başvurulmasının yasaklanmış olmasıdır*" yolundaki çoğunluk görüşünü, pratik uyuşum ilkesi ile bağdaştırmak mümkün değildir. Çünkü bu durumda yeni bir anayasal hak arama yolu olan bireysel başvuru, bir başka anayasal kurala üstelik bir yasa aracılığı ile feda edilmiş olmaktadır. Yasaya böyle bir anlam vermek, Anayasaya açıkça aykırı düşer. Kaldı ki YSK'nın seçim yargısı işlevi dışında kalan idari işlemleri açısından "*başka bir mercie başvurulamaz*" şeklindeki denetim yasağı, anayasal işlev ve anlamını sürdürmektedir. Bu açıdan

---

[40] GÖZTEPE 2017, s.121 (bir karışıklığa yol açmamak amacıyla Göztepe'den aktarılan metin içinde yen alan 276 ve 277 No.lu dip notları yukarı parantez içinde ilgili oldukları yere aktarılmıştır.

PAKSÜT'ün YSK kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağına ilişkin kuralın yalnızca idari nitelikteki kararlar yönünden geçerli olduğu yönündeki karşı oy yazısı, pratik uyuşumu gözönünde tutan bir yaklaşımı yansıtır.

d) Cumhurbaşkanlığı Seçimi ve Parti Bağı [41]

Bu davada başvurucu, Recep Tayyip Erdoğan'ın 10.08.2014 tarihinde Cumhurbaşkanı seçildiğini[42] ve buna ilişkin mazbatanın YSK tarafından 15.08.2014 tarihinde TBMM Başkanlığına verildiğini, 15.08.2014 tarihi itibariyle Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanlığı görevinin hukuken sona erdiğini, bu nedenle de ilgili mevzuat uyarınca Adalet ve Kalkınma Partisi 1. Olağanüstü Kongresinin 27.08.2014 tarihinde yapılmasının hukuka aykırı olduğunu, buna ilişkin başvurduğu ilçe seçim kurulundan bir sonuç alamadığını belirterek Anayasa'da güvence altına alınan siyasi faaliyette bulunma hakkı ile insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devletinde yaşama hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve kongre işlemlerinin durdurulmasına karar verilmesini istemiştir.

Karar gerekçesine göre başvuruya konu iddiaların özü, üyesi olduğu partinin olağanüstü kongresinin hukuka aykırı şekilde yapıldığı iddiası ile ilgilidir. Oysa "AİHS kapsamında" korunan siyasi hak, doğrudan yasama organının seçimi ile ilgilidir. Bu bağlamda başvurucunun üyesi olduğunu belirttiği bir siyasi partinin kongresinin hukuka aykırı şekilde yapıldığı yönündeki iddiası yasama organının seçimi ile ilgili olmadığından, Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanında yer almamaktadır. Bu nedenle ileri sürülen ihlal iddiasının bireysel başvuru kapsamında incelenmesi mümkün değildir.

AYM'nin yukarıda açıklanan içtihadı çerçevesinde mahalli idare seçimlerinin AİHS'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin kapsamı dışında sayması, kendi iç mantığı içinde belki tutarlı sayılabilir. Ancak burada olay oldukça farklıdır. Özellikle cumhurbaşkanlığı sisteminin anayasallaşmasından sonra cumhurbaşkanlığı seçimi, yasama organının seçimi ile neredeyse eşdeğer hale gelmiştir. Yasama organı da Cumhurbaşkanı da genel seçimle seçilmektedir. Bu açıdan her ikisinin demokratik meşruiyeti de eş düzeydedir. Burada AYM'nin salt sözel yorumun dar kalıpları içinde karar vermesi uygun düşmez. AYM, AİHS ile ilgili bağlayıcı yorum yetkisine sahip değildir. Bu durum, AYM'nin AİHS'yi yorumlama konusunda daha çekingen davranmasını gerektirir. Kararda AYM'nin bu kabulüne destek olarak gösterdiği bir AİHM kararı yer almamıştır. AİHM'nin bu konuda genişletici bir yoruma gitmesi yadırgatıcı bir olasılık değildir.

---

41 AYM BB 08.09.2014, Başvuru No: 2014/13675: RG: 09.09.2014 – 29114.

42 Cumhurbaşkanlağı seçimi ile ilgili bir başka bireysel başvuru için bkz. AYM BB 04.11.2014, Başvuru No: 2014/11717: RG 13.01.2015 -29235.

e) Mühürsüz Oy Pusulaları İle İlgili Karar[43]

Bu kararın konusu, 16.04.2017 tarihli halk oylamasında mühürsüz oy pusulalarının YSK tarafından geçerli sayılmasına karşı yapılmış bir anayasa şikâyetidir. Başvurucu Yüksek Seçim Kurulu'nun bu yöndeki kararı ile seçme hakkının ve bununla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkemenin gerekçesi, öncekilerle aynı yöndedir:

"… *Ancak anayasal bir hak olarak düzenlenen halkoylamasına katılma hakkının bireysel başvuruya konu olabilmesi için aynı zamanda Sözleşme veya Türkiye'nin taraf olduğu ek Protokoller tarafından da korunması gerekir*" (15) / "*AİHM, Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde yer alan "yasama organı" kavramını ulusal parlamentolar ile sınırlı tutmamakta, sahip olduğu yetkilerin niteliğini değerlendirerek özü itibarıyla yasama yetkisi kullandığına karar verdiği ulusal ya da uluslararası organların seçimini de serbest seçim hakkı kapsamında görmektedir). Bununla birlikte anılan maddede düzenlenmiş olan serbest seçim hakkının sunduğu güvenceler, özü itibarıyla yasama yetkisi kullanan organların seçimleriyle sınırlı olup* ***halkoylamaları Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamında değildir*** *. Bu bağlamda Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamı dışında kalan başvuru konusu halkoylamasında serbest seçim hakkının ihlal edildiği iddiasının Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan bir hakka ilişkin olmadığı görülmektedir.*" (16).

Bir önceki kararla ilgili olarak yaptığımız eleştiri bu karar için evleviyetle geçerlidir. Çünkü 16.04.2017 tarihli halk oylaması, anayasa değişikliğinin zorunlu kıldığı bir oylamadır. Burada halk asli kurucu iktidar niteliğiyle olmasa da türev kurucu iktidarın, Meclis üye tam sayısının 2/3'i ile 3/5'i arasında kalan karar yeter sayısını tamamlama işlevi yerine getirmektedir. Bu işlev, yasamadan daha üst düzeyde bir demokratik amaca hizmet etmektedir. AYM'nin bu gerekçede dayandığı AİHM kararları bu özelliği kapsamamaktadır. Yasama organı ile ilgili genel seçimlere güvence getiren AİHS'nin, normal yasaların üstündeki bir anayasa değişikliğini güvence dışında bırakması mümkün değildir.

AYM bu gerekçeyi yeterli görmemiş olmalı ki daha önce aynı karar içinde yer vermediği bir başka yetkisizliği gerekçesine ekleme ihtiyacını hissetmiştir. Daha önce bireysel başvuruları "ortak koruma alanı" dışında kaldığı için konu itibariyle yetkisizlik nedeniyle reddeden AYM, bu kez kendisini ayrıca bir de iç hukuka göre konu bakımından yetkisiz bulmuştur. Gerekçenin ilgili bölümü şöyledir:

---

[43] AYM BB 07.06.2017, Başvuru No: 2017/20127: RG 07.07.2017 – 30117.

"*Öte yandan Yüksek Seçim Kurulu kararları, Anayasa'nın 79. maddesinin ikinci fıkrası gereği yargı denetimi dışında bırakıldığından Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvuru konusu olamayacağına dair 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca da başvurucunun iddialarının bireysel başvuruya konu edilmesi mümkün değildir (Atila Sertel [GK], B. No: 2015/6723, 14/7/2015, §§ 37- 40"*) (17).

AYM'nin bu gerekçede kullandığı özensiz ifade biçimini yadırgadığımızı belirtmek isteriz. Gerekçede YSK kararlarının "*Anayasa'nın 79. maddesinin ikinci fıkrası gereği yargı denetimi dışında bırakıldığından"* söz ediliyor. Anayasa'nın 79/2. maddesinin son cümlesi aynen şöyledir: "***Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz***." AYM'nin, dayandığı maddede yer almayan bir ifadeyi maddeye yüklemesi için önemli bir gerekçeye dayanması gerekir. Çünkü yüklenen anlam maddeyi doğru yansıtmamakta, maddeye adı konulmamış bir yorum getirmektedir. Her ne kadar bu yorumun yukarıda eleştirdiğimiz 2015/6323 ve 2015/ 8818 başvuru numaralı kararlarda işlendiği söylenebilirse de, yoruma ilişkin açıklama ve gerekçelerin o kararlarda olduğu gibi madde doğru yansıtıldıktan sonra yapılması yöntem açıklığının bir gereğidir. Adı geçen kararlarda yer alan ve yalnızca genetik yoruma dayandırıldığı anlaşılan bir yorumun ikna edici bir yanı olmadığı, yukarıda yeterince açıklanmış olup tekrara gerek görmüyoruz

B. Türk Anayasası'nda Yer Alıp AİHS'de Yer Almayan Hak Alanları

Bireysel başvurunun dayanağı olabilecek hak ve özgürlüklerle ilgili olarak anayasa koyucunun amaçladığı tek sınırlama ölçütü, bu kategoride kendisini göstermektedir. Eğer istisna kuralları dar yorumlanacaksa "AİHS kapsamı" kavramıyla kastedilen sınırlama da bundan ibaret olmalıdır. AYM, "ortak koruma alanı" kavramıyla bu sınırı ikinci, üçüncü boyutlarda genişletmekte ve Anayasal korumayı ölçüsüz bir oranda daraltmaktadır. Bu bölümde "ortak koruma alanı" kavramına gerek bırakmayan doğru uygulamanın örnekleri üzerinde durulacaktır.

1) Çalışma Hakkı – Çalışma Özgürlüğü

Bu alanda AYM BB, 02.10.2013, Başvuru No: 2013/1613: RG 15.11.2013 – 28822 sayılı kararı örnek seçtik. Bu karar, kamu personelinin liyakat ve yeteneği çerçevesinde dilediği alanda çalışma ve mesleğini seçme hakkı bulunduğu, kendisine bu imkânın tanınmaması nedeniyle anayasal haklarının ihlal edildiği iddiası ile ilgilidir. Gerekçeye göre:

"*Bireyin dilediği alanda çalışma özgürlüğü ve çalışma hakkı Anayasa'nın*

48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınmış olmakla birlikte AİHS'de düzenlenen haklardan değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de kamu hizmetine girme ya da dilediği kamu görevinde çalışma hakkının Sözleşme'de ya da protokollerinde korunan bir hak olmadığını açıkça ifade etmektedir (24). Buna göre ... kamu görevinde çalışma hakkı, Anayasa ve AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerin ortak koruma alanına girmediğinden, başvurucunun bu iddiasının "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir" (25**).**

Bu karar sonuç olarak doğru olmakla birlikte yine de özensiz ve eksik bir ifade içermektedir. Bir kere **kamu hizmetine girme hakkı**, çalışma hakkı, çalışma özgürlüğü, her biri Anayasamızda güvence altına alınmış olan farklı hak alanlarıdır. Başvuranın konumu ise kamu hizmetine girme hakkı kapsamında görünmektedir. Gerçi her üç hak da AİHS'nin tanıdığı haklardan değildir. Ancak somut olayda iç hukuk bakımından söz konusu olan, kamu hizmetine girme hakkı olduğu için, *lex specialis* niteliği ile onun kapsamı içinde kalınması, öncelikle metot açıklığının ve doğruluğunun bir gereğidir. Ama metot açıklığı ve doğruluğu yanında kamu hizmetine girme hakkı, AİHS ile bağlantı kurulabilecek bir başka içeriğe de sahiptir. Anayasa'nın 70/2. maddesine göre, "*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*." Şu halde kamu hizmetine girme hakkı, AİHS'de yer alan haklardan olmasa bile, yukarıda ifadesini bulan ayırım yasağı, AİHS m. 14'le bağlantı içindedir. Bir başka ifade ile kamu hizmetine girme hakkı, bu unsuru ile "***AİHS kapsamı***"na girer. 14. maddenin aradığı hak bağlantısı, bir iç hukuk uygulamasında AİHS'de yer alan haklarla sınırlı tutulamaz. Çünkü burada önemli olan hakkın kendisi değil, bu hakla ilgili olarak yapılan ayrımcılıktır. [44]

2) Ücrette Adalet

Anayasa Mahkemesi'nin AYM BB 14.01.2014, Başvuru No: 2013/5062: RG 29.01.2014 – 28897 sayılı kararının anahtar kavramı ücrette adalettir. Mahkemeye göre:

"*Çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri Anayasa'nın 55. maddesinde güvence altına alınmış olmakla birlikte AİHS'de düzenlenen haklardan değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*

[44] Benzer kararlar: AYM BB, 06.05.2015, Başvuru No: 2012/775: RG 27.06.2015 – 29399; bu kararda Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'ndan yararlanma isteminin reddi nedeniyle anayasal hakları ihlal edildiği ileri sürülerek yapılan bireysel başvuruda çalışma hakkın ihlaline yönelik iddia öncekilerle aynı gerekçeyle konu bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedilmiş: ancak Silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama hakkının ihlali iddiasına yönelik anayasa şikâyeti kabul edilerek silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. AYM BB 18.09.2014, Başvuru No: 2013/3170 : RG 04.12.2014 – 29195. Bu kararda sözleşmesinin feshi işlemi nedeniyle çalışma hakkının ihlal edildiğine yönelik başvurunu aynı gerekçeyle konu bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedilmiştir.

(AİHM) de adaletli ücret hakkının Sözleşme'de ya da protokollerinde korunan bir hak olmadığını açıkça ifade etmektedir (Bkz. Erdal Çalışkan/ Türkiye, B. No: 36062/04, 2/12/2008, § 17)" (34). Buna göre başvurucunun ihlal edildiğini ileri sürdüğü ücrette adaletin sağlanması hakkı, Anayasa ve AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerin ortak koruma alanına girmediğinden, başvurucunun bu iddiasının "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir" (35).

Bu kararda da "yapılan işe göre adaletli ücret" ilkesi, AİHS'de düzenlenen haklardan olmasa bile, somut olayın özelliğine göre ayrımcılık yasağı kapsamı içinde bir anayasal sorunla bağlantılı olmaya elverişli haklardandır.

3) Sosyal Güvenlik Hakkı

AYM BB 07.07.2015, Başvuru No: 2013/1958: RG 17.08.2015 – 29448 sayılı kararda başvurucu sosyal güvenlik hakkına dayanmıştır. Karar gerekçesine göre:

"*Başvurucu, emekli keseneği esas aylığına (6400) ek göstergenin uygulanması istemiyle 8/8/2002 tarihinde Sandığa yaptığı başvurunun reddi üzerine açtığı davada iptal isteminin reddedildiğini belirterek, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesinin ve 60. maddesinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (19).*

Sosyal güvenlik hakkı, Anayasa'nın 60. maddesinde güvence altına alınmış olmakla birlikte Sözleşme'de düzenlenen bir hak olmadığı açıktır. Dolayısıyla sosyal güvenlik hakkı bağımsız bir hak olarak Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında bulunmadığından, bu hakka yönelik ihlal iddiasının bireysel başvuru konusu yapılabilmesi mümkün değildir (28).

Burada aynı özellik, başvurucunun eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin somut iddiasında da kendisini gösteriyor. Sosyal güvenlik hakkı AİHS kapsamında olmayabilir. Ama sosyal güvenlikle ilgili herhangi bir uygulama, AİHS'de düzenlenen ayrımcılık yasağı ile bağlantılı olabilir.[45] Bu iddia ya da olgu değerlendirilmeden salt sosyal güvenlik hakkı AİHS kapsamında yer almadığı gerekçesiyle karar verilemez.

4) Tarih, Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması

AYM 17.09.2013, Başvuru No: 2013/1205: RG 01.11.2013 -28808 sayı-

[45] AİHM,Willis / Birleşik Krallık, Başvuru No:36042/97, 12.03.2002, kararı dikkatime sunan Serkan CENGİZ... Bu davanın konusu, sosyal güvenliğe ilişkin bir hakla ilgili olarak ayrımcılık yapıldığı iddiasıdır. Mahkeme, 14. maddenin ihlal edilip edilmediğini, yatırılan sigorta primlerinin mülkiyet hakkı ile bağlantısı dolayısıyla incelemiştir, bkz. Par. 34,35,36. Bu da AİHM'nin nakların korunmasında AYM'nden çok daha titiz ve esnek davrandığını göstermektedir.

lı kararda başvurucu, yaptığı şikâyette Anayasanın 63. maddesine dayanmıştır. Mahkeme gerekçesinde bu durum şöyle açıklanmaktadır:

> "*Başvurucu tarihi eser niteliğinde olan taşınmazının kamulaştırılması ve bir proje kapsamında restore edilmesiyle Anayasa'nın 63. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun başvuru dilekçesinde ifade ettiği tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması, Anayasa'da devlete bir ödev olarak yüklenmiş ve bu amaçla özel mülkiyete getirilecek sınırlamaların kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Bu hükümde bireysel bir hak düzenlemesi yer almadığı gibi AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinde de tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması hakkı yer almamaktadır***"** (59). "*Açıklanan nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 63. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddialarının Anayasa ve AİHS'nin* ***ortak koruma alanı*** *dışında kaldığı anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.*" (60)

Mahkemenin bu kararda "ortak koruma alanı" kavramını kullanmasına hiç gerek yoktu. Anayasa'nın 63. maddesinde düzenlenen hak alanının **AİHS kapsamı içinde yer almadığını** belirtmesi ilte olarak yeterliydi. Ama AYM'nin burada da ayrımcılık yasağı ya da mülkiyet hakkının ihlaliyle ilgili bir iddianın her zaman gündeme gelebileceğini gözönünde tutması ve bu alanda dahi kategorik bir ret eğiliminden kaçınması gerekir. [46]

---

[46] AİHM,Kozacıoğlu / Türkiye, Başvuru No: 2334/03, 19.02.2009, kararı dikkatime sunan: Serkan CENGİZ. Bu davanın konusu, başvuranlara ait bir binanın Adana Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu tarafından "kültür varlığı" olarak tescil edildikten sonra 23 Kasım 1998 tarihinde, kentsel sit alanı projesine dahil edilmesi ve daha sonra kamulaştırılmış olmasıyla ilgilidir. Başvurucu, değer takdiri ile ilgili süreçte binanın tarihi eser olarak tescilinin kendisine bir değer kaybı olarak yansıtıldığını ileri sürmüştür. AİHM'nin bu iddiayı haklı bulan gerekçeleri özü itibariyle şöyledir 'Kararı Dışişleri Bakanlığı'nın özet çevirisinden aldığımız için paragraf numaralarını veremiyoruz.): "*AİHM, Hükümet'in kültürel, tarihi, mimari ya da sanatsal değere sahip olarak nitelendirilen taşınmazların rayiç bedellerinin hesaplanmasındaki zorlukları vurgulayan iddiasını kabul edebilir. Sözkonusu meblağın belirlenmesi, çok sayıda faktöre dayanabilir ve bu meblağı piyasada aynı durumda olmayan ya da aynı mimari ve tarihi özelliklere sahip olmayan taşınmazlara kıyasla belirlemek her zaman kolay değildir. Ancak, sözkonusu zorlukların bu özelliklerin göz önüne alınmamasını hiçbir şekilde haklı gösteremeyeceği kanaatindedir*". Mahkeme, "kamulaştırılan bir taşınmazın değerinin, tescilli mülk olarak kaydedilmesi nedeniyle düştüğüne ilişkin Yargıtay içtihadını da aşağıdaki gerekçe ile benimsememiştir: "*AİHM, bu kıymet takdir sisteminin, devlete açık bir avantaj sağlaması nedeniyle adil olmadığını kaydeder. Kamulaştırma tazminatının belirlenmesinde nihai bir değer artışı dikkate alınmazken, mülkün tescilli oluşundan kaynaklanan değer kaybının, kamulaştırma*

5) Değerlendirme

Görülüyor ki her dört karar örneğinde de başvurucular, AİHS'de yer almayan, ama Anayasamızın güvence altına aldığı bir hak ve özgürlüğe dayanmışlardır. İşte bu örnekler açıkça gösteriyor ki anayasa koyucunun "AİHS kapsamı" kavramı ile bireysel başvurunun konusu dışında bıraktığı anayasal hak ve özgürlük alanları, bu ve benzer alanlardan ibarettir. Anayasa koyucunun "AİHS kapsamı" kavramıyla bunun dışında ikinci ve üçüncü bir sınırlama getirmek istediğine yönelik kabul ve varsayımlar hukuksal dayanaktan yoksundur. Öyle ki bu tür hak ve özgürlüklerde bile, AİHS'nin 14. maddesinde öngörülen ayırımcılık yasağı devreye girebilir, mülkiyet hakkı ya da AİHS'de yer alan başka haklarla ilgili bağlantı noktaları ortaya çıkabilir ve ilgili hak ve özgürlüklerin AİHS kapsamında değerlendirilmesini sağlayabilir.

C. Blok Oyda Kırılma: Karşı Oy Yazıları

AYM'nin ürettiği "ortak koruma alanı" kavramının, Anayasamızı geniş ölçüde uygulama dışında bırakması, Mahkeme içinde de tepkilere yol açmıştır. Zamanla karşı oy yazılarına dönüşen bu tepkiler ne yazık ki sorunun özüne inememiş, "ortak koruma alanı" kavramının yanlışlığını ve yapaylığını dile getirecek bir boyut kazanamamıştır. Tepki bu kavramın yarattığı adaletsizlikleri aşma çabasıyla sınırlı kalmıştır.

1) Adil Yargılanma Hakkının İhlali ve Karşı Oy Yazısı

"Mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan" sıfatını haiz kişilerin yaptığı bireysel başvuruların AYM tarafından yetkisizlik nedeniyle reddedildiğini yukarıda örnekleriyle açıklamıştık. Bu konuda onlarca karar örneği verilebilir. Bunların tümünü yansıtmak karar oylamasındaki bloklaşmayı gösterir, ama, makalede gereksiz bir şişkinlik yaratmaktan başka bir işe de yaramaz.

Kısacası bu kararlardaki şablon gerekçeler, uzunca bir süre Mahkeme'nin üzerinde oybirliği sağladığı görüşler olarak varlığını sürdürmüştür. Ne var ki bu alanda zamanla az da olsa karşı oy yazıları da gündeme gelmeye başladı. Bu konuda ilk karşı oy 2014 yılında[47], ikincisi 2017 yılında[48] verilen kararlarda

---

sırasında göz önüne alınmasını sağlar. Bu nedenle, bu tür bir sistem yalnızca külfetli bakım masraflarını üstlenen tescilli mülk sahiplerinin cezalandırılması olasılığını getirmez, aynı zamanda onları mülklerinin belirli özelliklerinden kaynaklanabilecek değer artışlarından mahrum bırakır. … Bu nedenle AİHM, yukarıda kaydedilenler ışığında, mülkten mahrum bırakma ve güdülen kamu yararı arasındaki orantılılık gereklerinin karşılanması için, tescilli mülkün kamulaştırılması halinde, sahibinin alacağı tazminat belirlenirken binanın belirli özelliklerini makul bir dereceye kadar göz önüne almanın uygun olduğu kanaatindedir."

47 AYM BB 16.10.2014, Başvuru No: 2013/7789: RG 10.01.2015 – 29232

48 AYM BB, 01.02.2017, Başvuru No: 2014/11084: RG 14.03.2017 – 30007.

Celal Mümtaz Akıncı tarafından kaleme alınmıştır. Her iki karşı oy yazısı da adil yargılanma hakkı ile ilgilidir.

a) Bunlardan ilkinde başvurucular, trafik kazası sonucu oğullarının ölümüne sebep olan kişi hakkında açılan kamu davasında, iddianamede adları belirtilmesine rağmen duruşma gününden haberdar edilmediklerini**,** davaya katılma hususunun bu sebeple sorulmadığını, mahkemede kendilerini ifade edemediklerini, oğullarının ölümüne sebep olan kişinin yargılanmasına katılma haklarının ellerinden alındığını, beyan ve delillerine başvurulmadığını belirterek, Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve yargılanmanın yenilenmesi talebinde bulunmuşlardır. Başvurunun konu itibariyle yetkisizlik nedeniyle reddine ilişkin çoğunluk kararı aynı şablon gerekçelere dayandırılmıştır. Bunlarla ilgili eleştirimizi tekrarlamayı gerekli görmüyoruz. Bunun yerine aşağıda AKINCI'nın karşı oy gerekçesinin önemli bölümlerini aktarmakla yetiniyoruz:

- Davaya katılma hakkı mağdurun davaya katılmasına karar verilmesinden ibaret basit bir işlem değildir. Davaya katılma doktrinde "kişinin açtığı tali ceza davası" olarak kabul edilmektedir.
- Sanığın davaya katılamaması, ondan savunma alınmaksızın karar verilmesi, adil yargılanma hakkının açık bir ihlali olarak görülürken, Anayasa'nın 36. maddesindeki "Herkes...davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" ifadesine rağmen, mağdur yönünden (Sözleşme kapsamına girmediğinden bahisle) bu hakkın kabul edilmemesi adalete ve yargıya güven sorunu yaratmaktadır.
- "… Kamu olarak biz senin yerine haklarını savunuyor ve koruyoruz" demek, hakkın yerine geldiği konusunda kişiye yeterli güveni verememektedir. Mağdur, yargılamaya bizzat ve temsilcisi ile katılarak, … yargılamanın adil olduğu kanaatine kavuşabilmeli, içinde bir şüphe kalmadan varılan sonuçtan tatmin olabilmelidir. Mahkemelerin ve yargının tüm süjelerinin adil olmalarının yanında, adil görünme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu özenin gösterilmesi halinde silahların eşitliği, dolayısıyla da adil yargılanma ilkelerinin bir anlamı olacaktır.
- Mahkememiz silahların eşitliği ilkesini; "*davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir. (B.No:2013/1134, 16.5.2013, P 32*) diyerek açıklamakta, Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca incelediği birçok kararında da, ilgili hükmü AİHS'nin

6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dahil edilen silahların eşitliği ilkesine Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (B.No:2012/13,2.7.2013 P: 38).

- Oğullarının yaşamını yitirdiği bir olayda, sanıkların ve iddia makamının sahip olduğu haklara aynı koşullarda başvurucuların sahip olamaması, kendilerinin sanıklar ve iddia makamı karşısında zayıf bir konumda kalmaları, iddialarını mahkeme önünde ifade etme imkanına sahip olamamaları; AİHS 6. maddesi, AİHM içtihatları ve Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık teşkil edecek niteliktedir. …"

Görülüyor ki bu karşı oyda AKINCI, çoğunluk kararındaki şablon gerekçeyi daha çok "silahların eşitliği" ilkesiyle aşmaya ve AİHS çerçevesinde de ihlal bulunduğuna bir dayanak aramaya çalışmaktadır. Bu çaba bir bakıma çoğunluğun "ortak koruma alanı" kavramıyla yapay olarak yarattığı çifte daraltmanın bir anlamda karşı argümanı izlenimini uyandırmaktadır. Oysa asıl sorun, "ortak koruma alanı" kavramının geçerli bir hukuksal dayanak olmaksızın hak alanını daraltıcı bir ilke düzeyine çıkarılmış olmasında yatmaktadır.

b) İkinci olayda ise başvurucu, kasten yaralama ve hakaret suçlarını işlediği iddiasıyla şikâyetçi olduğu sanık hakkında açılan ve katılan sıfatıyla yer aldığı kamu davasının makul sürede tamamlanmadığını, bu durumun adli makamların tutumundan kaynaklandığını belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş; ihlalin tespiti ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Burada da başvurunun konu itibariyle yetkisizlik nedeniyle reddine ilişkin çoğunluk kararı, aynı şablon gerekçelere dayandırılmıştır. Bunlarla ilgili eleştirimize gönderme yapmakla yetiniyoruz. Görüşlerimizi tekrarlama yerine AKINCI'nın karşı oy gerekçesinin önemli bölümlerini özetleyerek aktarmakla yetiniyoruz:

- Adil yargılanmaya ilişkin güvencelerin bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamının sınırlandırılması, başka bir ifadeyle daraltılması yanlış algılamalara, önemli hak kayıplarına, hakkaniyetsizliklere neden olmaktadır. Şüpheli/sanıkla ilgili, zamanaşımı sonucunda verilen "davanın ortadan kaldırılması kararı, zaten suç mağduru olan kişiyi bir kez daha yıkıma uğratmaktadır.

- Bireysel başvuruya konu şikâyetin şüpheli /sanığının makul olmayan soruşturma ve kovuşturma süreci nedeniyle başvuruda bulunması halinde kendisinden bir anlamda "özür dilenerek" tazminat verilirken, mağdur-katılana ise "sen sözleşmenin 6. maddesi kapsamına girmiyorsun o yüzden senin

başvurunla ilgili konu bakımından yetkisizim" denilerek başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı vermek vicdanları rahatsız etmekte, hakkaniyete uygun düşmemektedir.

- Makul süre şikayetlerinde, hukuk davalarında davacı - davalı ayrımı yapılmaksızın tazminat verilirken, ceza soruşturma ve kovuşturmalarında, şüpheli-sanığa tazminat verilip, (hatta bazen) aynı soruşturma veya kovuşturmanın şikayetçisine - katılanına tazminat vermemek, Anayasa Mahkemesinin "fail ve suçluları koruyup kollayan mahkeme" olduğu algısına da neden olmaktadır.
- Mahkememizin Sözleşme'nin 6. maddesi yerine Anayasanın 36. maddesindeki "Adil Yargılanma Hakkı"nda ifade olunan "HERKES" ibaresinden hareketle, (genişletici bir yorumla) şikayetçi - katılanlar lehine bir içtihat geliştirerek, ceza soruşturma ve kovuşturmalarında makul süre şikâyetlerinden dolayı, ihlalin tespiti ve talep halinde kendilerine tazminat ödenmesine karar vermesi, hakkaniyete uygun ve vicdanları rahatlatan bir karar olacaktır.

Görülüyor ki karşı oy gerekçesi, "ortak koruma alanı" kavramını "kerhen" kabul edip, ağırlıklı olarak hakkaniyete ve vicdanı rahatlatma düşüncesine sığınıyor. Oysa bize kalırsa burada asıl vicdanı sızlatan ve hakkaniyete aykırı düşen şey, kendi vatandaşını, kendi Anayasası'nın sağladığı daha fazla hak ve özgürlüklerden yoksun bırakan yorum ve uygulama hatasıdır.

2) Kıyılardan Yararlanma Hakkı ve Karşı Oy

Karşı oyun gündeme geldiği bir başka karar, aslında Türk Anayasası'nda yer alıp da AİHS'de yer almayan "Kıyıların korunması" hakkına dayalı bir anayasa şikâyeti başvurusuyla ilgilidir. Başvurucu, sakini olduğu Antalya – Kemer ilçesinin Göynük beldesinde devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kıyı şeridinin turistik işletmeler tarafından işgaline son verilerek toplumun kullanımına açılması gerektiği yolundaki kesinleşmiş İdare Mahkemesi kararının yıllardır uygulanmadığını belirterek, anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.[49] Başvurucu, mahkemeler tarafından verilen ve kesinleşen yürütmenin durdurulması ve idari işlemin iptali kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle Anayasa'da yer alan hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleri ile AİHS'nin 6. ve 8. maddelerinin, kıyıdan yararlanamaması nedeniyle Anayasa'nın 43. maddesinin ve AİHS'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi ile Ek 4 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de, AYM, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı olmadığı gerekçesiyle, şikâyetleri adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir (25).

[49] AYM BB 25.02.2015, Başvuru No: 2012/611: RG 22.05.2015 – 29363.

a) Çoğunluk Gerekçesi

Mahkemeye göre, "*Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsar. Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılamanın dışında olmakla birlikte onu tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır*" (32)

Bu umut verici girişten sonra Mahkeme yine şablon gerekçesini tekrarlamaktadır: Özetle, adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriği, Anayasamızda düzenlenmemiştir. Bu nedenle Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir. Buna göre, adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkeler ancak, medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklarda ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması sırasında geçerli olur. Bu haller dışında kalan başvurular Anayasa ve AİHS kapsamı dışında kalacağından, -bazı istisnalar saklı olmak üzere- bireysel başvuruya konu olamaz (33).

Bundan sonraki gerekçenin önemli bölümleri şöyle sıralanmaktadır:

"*Başvuru konusu uyuşmazlık, başvurucunun sakini olduğu beldede kıyının oteller tarafından işgali nedeniyle kıyıdan yararlanmasının engellenmesine ilişkin olup, söz konusu uyuşmazlığın başvurucu hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasına ilişkin olmadığı açıktır (35). Bir başvurunun "medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar" kapsamında sayılabilmesi için öncelikle bir mevzuat hükmü ya da içtihat yoluyla tanınmış ve savunulabilir şekilde ileri sürülebilen medeni bir hak ile ilgili uyuşmazlığın bulunması gerekir. Bu uyuşmazlık, gerçek ve ciddi bir uyuşmazlık olmalı; davanın sonucu da söz konusu hak için doğrudan belirleyici olmalıdır (37)*

Kıyıdan yararlanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 43. maddesine göre, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kıyılar, özel mülkiyete konu olamazlar. Doğasına uygun olarak, genellik, eşitlik ve serbestlik ilkeleri gereği herkesin ortak kullanımına açık bulunmalıdırlar ve bunlardan yararlanma, ancak kıyının herkese açık olması ile mümkün olabilir. Kıyıların ortak kullanımını düzenlemek, yararlanmaya ilişkin karar ve önlemleri almak kamuya ait bir yetkinin kullanılmasıyla olanaklıdır (45).

Kıyıdan yararlanma hakkı, ... niteliği bakımından medeni bir hak özelliği taşımamaktadır (46.) Öte yandan anılan mahkeme kararı üzerine işlemin iptal edilmesinin, başvurucunun kıyıdan yararlanma hakkına yönelik doğrudan ve kesin bir sonuç doğurmadığı da açıktır (47). Bu durumda, başvurunun "medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların" ya da bir

"suç isnadının" esasının karara bağlanması çerçevesinde ele alınabilmesinin ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki ilke ve güvencelerin bu başvuru yönünden uygulanabilirliğinin mümkün olmadığı görülmektedir (48).

Açıklanan nedenlerle, başvurucunun yargı kararının uygulanmadığı yönündeki ihlal iddiası bakımından adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin uygulanabilir olmadığı ve dolayısıyla Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanı dışında kaldığı anlaşılan başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşullan yönünden incelenmeksizin "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir (49)."

Burada da şablon gerekçe ile ilgili eleştirilerimizi tekrarlamaya gerek görmüyoruz. Gerekçenin olaya özgü bölümlerini yukarıda italik harflerle yansıtmaya çalıştık. Bunlarla ilgili olarak önce dikkatimizi çeken bir nokta üzerinde durmak isteriz. Kıyılardan yararlanma, Anayasamızda iktisadi ve sosyal hak ve özgürlükler bölümünde yer alan ve üçüncü kuşak haklar olarak nitelenen çevre haklarındandır. Evet, AİHS'de bir karşılığı yoktur. Bu nedenle AYM'nin adil yargılanma ile bağlantılı olarak tekrarladığı şablon gerekçe ile yetinmesi mümkünken, buna yeni gerekçeler ekleme çabasına girmesi, sanırım müzakerelerde kendini gösteren karşı oy eğilimini bir ölçüde karşılama ihtiyacından kaynaklanmış olmalıdır.[50] Engin Yıldırım ile Osman Paksüt'ün ortak karşı oy yazısındaki gerekçeler gözönünde tutulduğunda, çoğunluk gerekçesinin bunları karşıladığı söylenemez. Şimdi ortak karşı oy gerekçesini özetle yansıtmaya çalışalım:

b) Karşı Oy Gerekçesi

Karşı oy gerekçesinin hareket noktası ne yazık ki hukuken yanlış bir tespitle başlamaktadır:

"***Kıyılardan yararlanma, bir hak şeklinde düzenlenmiş olmaktan ziyade, kıyıların statüsü ve kıyılardan yararlanmanın esasları konusunda yasa koyucuya sınırlamalar getirmiştir****. Bu yönüyle bakıldığında, Anayasa'da düzenlenmiş olan madenler, ormanlar, meralar, piyasalar, kooperatifler gibi konularda ayrı ve bağımsız haklardan (maden hakkı, orman hakkı, piyasa hakkı, kooperatif hakkı gibi) söz edilemeyeceği açıktır. Buna göre,* ***"kıyılardan yararlanma hakkı" ancak Anayasa'daki temel haklarla birlikte ve temel hakların kullanımının pratikte anlam kazanması suretiyle değerlen-***

[50] Kaldı ki AİHM, (yine Serkan CENGİZ'in dikkatime sunduğu) "Okyay ve Diğerleri / Türkiye, Başvuru No:36270/97, 12.05.2005" sayı ve günlü kararında, adil yargılanma hakkını AYM'ne göre çok daha genişletici bir yorumla ele almakta ve ihlalin dayanağı olarak açıklamaktadır. "Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama" hakkı ile ilgili bu davanın gerekçesinden ilgili bölümler: *"AİHM, yerel mercilerin, Aydın İdare Mahkemesi'nin 30 Aralık 1996 tarihli kararı akabinde 3 ve 6 Haziran 1998 tarihlerinde Danıştay tarafından verilen onama kararına 6/1, madde etkisinden yoksun bırakılmıştır uygulama ve makul süre bağlamında uygun hareket etmediği kanısındadır.; dolayısıyla 6/1 madde etkisinden yomsun bırakılmıştır (74). / Buna göre AİHS'nin 6/1. Maddesi ihlal edilmiştir (75)*".

***dirilebilecek, genel hak ve özgürlükler kapsamında bir olgudur.*"**

Bu gerekçenin ilk cümlesi, Anayasamıza egemen olan hak ve özgürlükler sistemiyle bağdaşmamaktadır. Madde "Kıyılardan Yararlanma" başlığını taşıyor. Bu yararlanmanın süjesi kuşkusuz başta yurttaşlar olmak üzere o ülkede yaşayan kişilerdir. Yasa koyucuya yönelik sınırlamalar da haktan yararlanacak olanların bu haklarını güçlendirmeye yönelik sınırlamalardır. Örneğin kıyılardan yararlanmada kamu yararının belirleyici olması, kıyılarda özel mülkiyet kurulmasını engeller. Kıyıların ilke olarak kamuya açık olmasını sağlar ve kıyılardan eşitlik ilkesiyle bağdaşmayan "***kişiye özel***" yararlandırma yollarını engeller. Bugün kıyılarda "lebi derya" ev ya da arazi sahibi olanlar bu statülerini kazanılmış hak ilkesine borçludurlar. Gerekçenin son cümlesinde geçen ***"kıyılardan yararlanma hakkı" ancak Anayasa'daki temel haklarla birlikte ve temel hakların kullanımının pratikte anlam kazanması suretiyle değerlendirilebilecek, genel hak ve özgürlükler kapsamında bir olgudur."*** şeklindeki ifade AİHS odaklı bir düşüncenin ürünü olup karşı oy yazarlarının hâlâ "ortak koruma alanı" kavramının etkisinden kendilerini kurtaramadıklarını gösterir.

Oysa Anayasamızda temel hak ve özgürlükler sisteminde yer alan hak ve özgürlüklerden yalnızca bir bölümü, klasik hak yapısında ve özelliğindedir. Ama, klasik hak yapısıyla tanımlanmamış olsa da 10. madde de dahil olmak üzere 12. ile 74. maddeler arasındaki her düzenleme, ilgili hak süjelerine üstün ve bağlayıcı nitelikte hak alanları sağlar. Üstelik bunlar, her biri eşdeğerde bir bütündür. Aralarında hiyerarşik bir ilişki yoktur. Kıyılardan yararlanmanın çevre haklarının önemli bir unsuru niteliği taşıdığını görebilmek için KKTC AYM'nin iki yıl kadar önce verdiği karardaki bir cümleye dikkati çekmek isteriz.

"kıyı şeridine kadar uzanan arazileri tasarruflarında tutan ve/veya mülk sahibi olanların, ***kıyı şeridine yurttaşların ulaşabileceği şekilde tertibat almaları*** *gerekmektedir"*.[51]

Yukarıdaki başlangıç paragrafı bizleri yine de kötümser bir bakışa yöneltmemelidir. Karşı oy yazanların hukukçu olmayışından kaynaklandığı anlaşılan bu hatalı yaklaşım, daha sonra yazacaklarının bir önkoşulu değildir. Çünkü somut olayı ifade özgürlüğünün bir görünümü ya da özel yaşama müdahalenin bir türü olarak tanımlamak için kıyıdan yararlanmanın bir hak olduğunu yadsımak gereksizdir. Bu nedenle karşı oy gerekçesinin izleyen paragrafının (7) başlarında yer alan bazı cümleleri[52] aynı hatalı yaklaşımın gereksiz bir devamı niteliğinde

[51] KKTC AYM 01.06.2017, 2/2016 (D.8/2017).

[52] "*Başvuruculaların amacı kişisel olarak kıyıdan yararlanmak değildir. Aksi halde, sahilden denize girmek veya kumsalda yürümek için, oradaki işletmelerin sahiplerine veya yöneticilerine karşı talepte bulunur ve talepleri yerine getirilmediğinde, bir geçit hakkı elde etmek için adli yargıda dava açabilirlerdi. Hal böyle olsa idi uyuşmazlığın ve açılacak davanın medeni hak kapsamında sayılacağında da tereddüt yoktu. Dolayısıyla başvuruculaların idari yargıda açtıkları dava, bir "kıyı hakkı" davası değildir*"

görüyoruz ve gerekçenin asıl ağırlıklı bölümünü yansıtmayı ve işlemeyi daha anlamlı buluyoruz.

Karşı oy gerekçesinde göre, başvurucuların idari yargıda açtıkları dava özetle şöyle tanımlanmaktadır:

> " (Başvurucuların çabası) *ifade hürriyeti"ni kullanarak yaptıkları ... bir ilke mücadelesinin, yargısal bir kararla takviye edilerek, savundukları tezin doğruluğunun kanıtlanmasına yöneliktir. (Başvurucular)..., salt kişisel "kıyıya erişim hakkı" adına değil, ülkemizi ve kıyılarını etkileyen genel bir olumsuzlukla mücadelede, fikir ve savlarına yargısal dayanak sağlamak için dava açmışlardır*.
>
> *İfade hürriyetinin salt laf söyleme veya yazı yazma olarak anlaşılamayacağı, aksine, savunulan görüş ve tezler, ortaya atılan iddialar doğrultusunda toplumdaki algılama, karar alma ve uygulama süreçlerini somut biçimde değiştirme hakkını da kapsadığı açıktır. Kazanılan dava sonucunda kesinleşen hükmün yerine getirilmemesi, her şeyden önce, başvurucunun görüşleri doğrultusunda sonuçlar elde etmeyi de kapsayan ifade özgürlüğüne pratikte vurulmuş bir darbedir.*
>
> *Bu nedenle başvurucuların, AİHS'nin 10. ve Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan haklarının ihlal edildiğine karar vermek gerekir"* (7).

Karşı oy gerekçesi, çoğunluğun "*başvurucunun elde ettiği mahkeme kararının, "kıyıdan yararlanma hakkına" yönelik doğrudan ve kesin bir sonuç doğurmadığı yolundaki*" gerekçesini de doğru bulmamaktadır. Buna ilişkin karşı oy gerekçesi şöyledir.

> "*Dosyadan anlaşıldığına göre, kıyılara çeşitli tesis ve engeller koyarak, ayrıca güvenlik görevlileri de yerleştirerek kişilerin kullanımına kapatan işletmelerin yarattığı durum, başvurucu yönünden de açık ve fiili bir engellemedir. Yargı kararının uygulanmasıyla bu genel durum ortadan kalktığında, başvurucu için de somut engellemeler ortadan kalkmış olacaktır. Başvurucunun bu engellemeleri kaldırmak için daha önce bizzat fiziki bir mücadeleye girmiş olmasını beklemek makul ve adil değildir. Kaldı ki "kıyıdan yararlanma hakkı", sadece ikametgahı kıyılarda olan vatandaşların değil, tüm vatandaşların hakkıdır* (8)."

Karşı oy gerekçesinde yer alan bir başka argüman, başvurucunun özel yaşamanın kısıtlandığı yolundaki iddiasının çoğunluk kararında karşılanmamış olmasıdır. Özel yaşam, gerek AY m. 20'de ve gerekse AİHS m. 8'de güvence altına alınmış bir hak alanıdır ve bundan doğan uyuşmazlığın da "medeni hak" kapsamında bulunduğu kuşkusuzdur. Ayrıca özel hayata saygı hakkının ihlali-

ne ilişkin iddia, kıyılardan yararlanma hakkından bağımsız, ama onunla ilişkisi gözetilerek hakların bütünlüğü ilkesine göre ele alınması gereken bir iddiadır (9). AİHM, "medeni hak ve yükümlülükler" kavramına sürekli olarak gelişen bir anlam yüklemektedir. AİHM'ye göre, bir hakkın medeni hak ve yükümlülükler kapsamında olup olmadığına, o hakkın mevzuatta nerede düzenlendiğine bakarak değil, o hakkın özüne bakılarak karar verilmelidir. Bir hakkın kullanımının birey ve kamu gücü arasındaki ilişkiyi nasıl etkilediği değerlendirilmeksizin, uyuşmazlığın medeni hak kapsamında olup olmadığına kategorik olarak karar verilmemelidir. (11).

Bu vesile ile belirtelim ki yukarıda II A 3 c başlığı altında "*AYM, AİHS ile ilgili bağlayıcı yorum yetkisine sahip değildir. Bu durum AYM'nin AİHS'yi yorumlama konusunda daha çekingen davranmasını gerektirir.*" derken benzer bir ihtiyatlı yaklaşımın altını çizmiştim.

Karşı oy gerekçesinin bundan sonraki bölümünde AİHS'nin zaman içinde 6. maddesindeki medeni haklara ilişkin uyuşmazlık kapsamına dahil ettiği konular sıralanmakta (12) ve bu içtihatlar örnek gösterilerek AYM'nin bu alanda "kategorik olarak karar" vermesinin doğru olmadığı kanıtlanmaya çalışılmaktadır. Ayrıca bu alandaki esnekliğin bir örneği olarak AİHM"nin TAŞKIN Kararına gönderme yapılmaktadır. Gerekçenin bundan sonraki bölümü asıl ağırlıklı argümanları oluşturduğundan bunları aynen yansıtmanın daha uygun olacağını düşündük:

"*AİHM, 30.3.2005 tarihli Taşkın ve Diğerleri v. Türkiye, 46117/99 kararında AİHM, altın madeni işletiminden doğan çevresel ihtilafı Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında korunan özel hayata müdahale yönünden incelemiş ve başvuruculaın çevresel etkilerle ilgili özet hayat şikayetlerini kabul edilebilir bulmuş, Türkiye'nin 8. maddeyi ihlal ettiğine, ayrıca bu konudaki yargı kararlarını uygulamamakla da 6. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. / AİHM'nin Taşkın v. Türkiye kararında, başvuruculaın doğrudan ve yakın bir risk altında olup olmadıklarına bakılmamıştır. Mahkeme, başvuruculaın evlerinde yaşama hakkına, özel ve aile yaşamlarını etkileyecek şekilde bir müdahalenin varlığına hükmederek (prevent them from enjoying their homes in such a w ay as to affect their private and family life) 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (13).*

Taşkın kararında AİHM ayrıca, başvuruculaın yargıya başvurmalarının "ellerindeki son çare" olduğuna işaret etmiştir (a.g.karar, para. 133). Çevresel konularda devletin geniş bir takdir hakkına sahip olmadığını belirten Mahkeme, bu hususu da AİHS Madde 6. kapsamındaki medeni hakkın sınırlarını tespit ederken, başvurucular lehine değerlendirmiştir (14).

Başvuru konusu olayda da kıyıların bazı işletmelerce özel kişiler aleyhine

İşgal edilmesinin, o bölgede yaşayan kişilerin özel yaşam kalitesini olumsuz yönde etkilediğinde şüphe bulunmamaktadır (15).

Yukarıdaki açıklamalar karşısında, başvurucunun hak ihlali iddiasının "kıyılardan yararlanma hakkı" şeklinde basit bir tasnifle incelenmesi ve "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle reddedilmesi yerine, ifade özgürlüğü ve özel yaşamın korunması hakları kapsamında bir hak arayışı olarak incelenmesi, özgürlükler ve hukuk devleti lehine yorumlanması gerekirdi. / İdare mahkemesinin, kıyılardaki müdahalenin kaldırılması için verdiği ve kesinleşmiş olan kararının uygulanmaması suretiyle başvurucunun özel yaşamının ihlal edildiğine, ayrıca, kararın uygulanmamasının, mahkemeye erişim hakkının uzantısı olan kararların icrasını isteme hakkının ortadan kaldırılmasına yol açtığından, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermek gerekir (16).

Nihayet karşı oy gerekçesi, AİHM'nin TAŞKIN kararının 136. paragrafındaki tespiti tekrarlayarak noktalanmaktadır: *" ... yargı kararlarının fiilen boşa çıkarılması, hukukun üstünlüğü ve hukuk güvenliği ilkelerine dayalı olan hukuk devletine zarar verecektir*" (*17).*

Bu karşı oy yazısında ortak koruma alanı kavramına doğrudan yapılmış bir itiraz yer almış değildir. Ama bu yolun yanlışlığına dolaylı olarak değinildiğini söyleyebiliriz.

III. "AİHS Kapsamı" Kavramının Yorum ve Norm Somutlaşması Kuralları Açısından Değerlendirilmesi

1) Tarihsel, Sözel, Sistematik ve Amaçsal Yorum Kuralları Açısından Yorumda Sapma

a) Sözel Yorum

Anayasa Mahkemesi yorumunun maddenin sözüne aykırı olduğunu iki sağlam gerekçeyle özetleyebiliriz. Birincisi Anayasamız AİHS'yi değil, Anayasanın uygulanmasını emrediyor. *"Herkes, **Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden**, AİHS kapsamındaki **herhangi birinin** kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir*. …" Şu halde Anayasa'nın 148/3. maddesindeki bu formülle kastedilen, AİHS'deki hakların ihlali değil, Türk Anayasası'nda bunlara tekabül eden (bunların karşılığı olan) hak ve özgürlüklerin ihlâlidir.[53]

İkinci aykırılık gerekçesi, 148/3. maddenin açık ifadesine dayanmaktadır: Dikkat edilirse, maddede, anayasal hak ve özgürlüklerinden "*herhangi birinin"* kamu gücü tarafından ihlali ifadesi kullanılıyor. Anayasa koyucu, Anayasa

[53] Ayrıntılar için SAĞLAM 2017 s. 6-15.

Mahkemesi'nin çıkardığı anlamı kastetmiş olsaydı, "*Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS kapsamındakiler"* ya da *"AİHS kapsamında olanlar*" gibi daha somut bir ifade kullanması gerekirdi. O zaman belki bir ölçüde Anayasa Mahkemesi'nin daraltıcı yorumunu tartışmak mümkün olabilirdi. Ama hak alanı, **Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden herhangi birisi** olarak somutlaştırıldığına göre, artık bu alanında ikinci bir daraltma yapılamaz. Çünkü zaten ilk daraltma, AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerle kurulan bağlantı nedeniyle yapılmıştır. Bireysel başvuru Türkiye'de henüz uygulanmaya başlamadan 10 yıl kadar önce, bunların hangi anayasal haklar olduğunun bir listesini çıkaran SABUNCU-ESEN'in, bu listede yer alan hak ve özgürlüklerin AYM tarafından ikinci bir daraltmaya tâbi tutulacağını akıllarından bile geçirmediklerini, yukarıda "AİHS kapsamı" ile ilgili tarihsel aşamaları ele alan incelememiz yeterince göstermiş olmalıdır.

b) Tarihsel-Genetik Yorum

2010 Anayasa Değişikliği gerekçesinde "***AİHS kapsamı***" ile neyin kastedildiğine ilişkin bir açıklama yer almamıştır. [54] Gerekçe anayasa maddesini tekrarlamakla yetinmektedir. Bununla birlikte gerekçede dikkati çeken bir başka vurgu, hem genetik yorum ve hem de onunla bağlantılı olarak dönemin türev kurucu iktidarının amacını açıkça göstermesi bakımından önemlidir. Gerekçede **Venedik Komisyonu'**nun 2004 yılında kamuoyuna duyurulan bireysel başvuruya ilişkin Anayasa Değişikliği önerisini olumlu karşıladığının altı çizilmektedir.

İşte burada sözü edilen anayasa değişikliği önerisi, AYM'nin benimseyip gerekçelendirdiği öneridir. O zaman bu gerekçeyi 2010 Anayasa Değişikliğini yapanların da esas aldığı gerekçe olarak değerlendirmek gerekir.

Nitekim bu konu Anayasa Mahkemesi önerisinin tartışıldığı 26-27 Nisan 2004 tarihli sempozyumda[55] gündeme gelmiştir. Venedik Komisyonu delegesi PACZOLAY, konuşmasında Anayasa şikâyeti tabirinin genelde ulusal anayasalarda tanımlanan hakların korunması için kullanıldığını, AYM taslağının İngilizce çevirisinden ise anayasal hak ve özgürlüklerin değil, AİHS'de düzenlenen hak ve

[54] 2010 Anayasa Değişikliğine ilişkin 5982 sayılı Yasa'nın Anayasa'nın 148. maddesine eklediği 3. fıkranın gerekçesi şöyledir: "*Türkiye'de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir. / Diğer yandan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004(6) Sayılı Tavsiye Kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınmasının gerekliliğine değinilmiş; aynı şekilde, Venedik Komisyonu da 2004 yılında kamuoyuna duyurulan bireysel başvuruya ilişkin Anayasa değişikliği önerisini olumlu bulduğunu ifade etmiştir." / Türkiye'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır. Bu amaçlarla yapılan değişiklikle, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması ve teminat altına alınması için, vatandaşlara bireysel başvuru hakkı tanınmakta ve Anayasa Mahkemesine de bu başvuruları inceleme ve karara bağlama görevi verilmektedir. …*"

[55] Bu sempozyumda sunulan bildiriler ve tartışmalar, Anayasa Yargısı'nın 21 sayısında yayımlanmıştır, bkz. Anayasa Yargısı 21, Anayasa Mahkemesi Yayını Ankara 2004 (Anayasa Yargısı 21),

özgürlüklerin korunduğu gibi bir izlenim edindiğini, oysa Türk Anayasası'nda sayılan hak ve özgürlüklerle karşılaştırıldığında, bunun sınırlı bir koruma alanı sonucunu doğuracağını belirterek bu belirsizliği eleştirmektedir. [56] PACZOLAY, bu anlamı, tartışma bölümünde daha açık bir ifadeyle tekrarlamaktadır: "***anladığım kadarıyla Anayasa'da bulunan haklar değil, sadece AİHS'de bulunan haklar bu kurumca korunacak***".[57] Bu anlayış, AYM'nin "ortak koruma alanı" anlayışına benzemektedir. Ancak hiç kuşku yok ki Venedik Komisyonu delegesi. AYM'nin Taslağını bu anlamıyla benimsememiş, aksine bu belirsizliğin açıklığa kavuşturulmasını istemiştir. Şu halde 2010 Anayasa Değişikliği gerekçesinde Venedik Komisyonu'nun olumlu bulduğu belirtilen husus, AYM'nin sonradan ürettiği "ortak koruma alanı" anlayışı değil, bunun tam tersidir.

PACZOLAY'ın konuşmasından sonra Taslağı hazırlayan AYM üyelerinden biri olarak söz aldım ve bu yanlış anlamayı düzeltmeye çalıştım.: Orada yaptığım açıklama özetle şöyledir: "*Tartışmanın yanlış bir yöne girmesini önlemek bakımından söz aldım. ... Kastettiğimiz AİHS'de yer alan hak ve özgürlükler değil, ... Türk Anayasası'nda yer alan hak ve özgürlüklerdir. Bir örnekle açıklayalım: AİHS m.11'de dernek ve toplanma özgürlüğü yer alıyor. Anayasamızda ise bunun apayrı maddelerde somutlaştırıldığını görüyoruz: dernek, sendika, siyasal parti özgürlüğü vb. Bunların herhangi birinin ihlali iddiasıyla başvuru yapılabilecek. Yanlış anlama belki de şuradan kaynaklanıyor: Sosyal hakların büyük çoğunluğu devlete verilmiş ödev niteliğinde. Oysa anayasa şikâyeti, klasik haklarla ilgili bir başvuru yolu. Sosyal haklar arasında sendika hakkı gibi klasik hak yapısında olup ta sosyal haklar bölümünde yer alan haklar da var. Bu durumda elimizde iki olasılık vardı ya Anayasa'nın kişi hakları ve siyasal haklar bölümlerine gönderme yapacaktık, ama o zaman klasik hak yapısındaki sosyal haklar devre dışı kalacaktı, ya da anayasa şikâyetine konu olabilecek hakları tek tek sayacaktık. Biz hakları tek tek sayma yerine, AİHS'de yer alıp da bize yansımış olan, yani bize ayrıntılı hükümlerle yansımış olan bütün hükümleri bir sınır olarak aldık. Böyle bir sınırın kalması yararlıdır. Ama bu sınır korkulduğu gibi korumayı daraltmayacaktır."* [58]

Hattâ bu konuşmanın arkasından söz alan o dönemin Anayasa Komisyonu Başkanı Burhan Kuzu, şunu ekleme ihtiyacını hissetti: "*Sayın Sağlam'ın müdahalesi çok yerinde oldu. Aynı endişe ve sorular benim zihnimde de vardı. Bu durumda bir temel hakkın ihlali kararı AİHS'nin değil onun referansta bulunduğu Türk Anayasası'ndaki (temel hakkın) ihlali dolayısıyla olacak*."[59]

---

[56] Anayasa Yargısı 21, s. 196 – 198.
[57] Aynı yer s. 212.
[58] Aynı yer s. 213 vd.
[59] Aynı yer s. 214.

"AİHS kapsamı" formülünün yaratabileceği sakıncaların en aykırı anlamıyla dile getirildiği bir aşamada sıcağı sıcağına yapılan bu konuşmaların ertesi günü, SABUNCU–ESEN'in sunduğu bildiriden sonra AYM'nin Anayasa Değişikliği taslağı, öğleden sonraki panelde bütünüyle tartışmaya açıldı. Orada yaptığım konuşmada daha önce sunulan bildiri ve tartışmaların ışığı altında "AİHS kapsamı" formülü ile neyi kastettiğimizi daha ayrıntılı olarak açıklama fırsatını buldum. Konuşmanın bu formülle ilgili bölümünü biraz kısaltarak aşağıda aktarıyorum:

"*Bu formülde **Anayasamızda AİHS'de öngörülen haklara tekabül eden hakları esas aldık**. Bu yaklaşım bir zorunluluktan kaynaklandı. Anayasamız çok sayıda sosyal hak içeriyor. ... Sosyal haklar bölümünde yer verdiğimiz birçok hak, örneğin sendika ve grev hakkı klasik hak yapısında. Devlet görevi olarak formüle edilmiş sosyal haklar ise nitelikleri gereği anayasa şikâyetine konu olamaz. Tabii bu bir yorum gerektirecek. Ama bu zorunluluk, tek tek saymanın sakıncalarını taşımıyor. Üstelik gelişmeye elverişli bir esnekliğe de sahip. Yavuz ve Selin, formülün içerdiğini düşündükleri hak ve özgürlükleri bir güzel somutlaştırdılar. ... Bu somutlaştırmada bazı eksiklikler olabilir, ama bu yönden ilk adımı attılar ve çok önemli bir işi yerine getirdiler, adeta anayasa şikâyetine konu olabilecek hakların bir fotoğrafını çektiler.*"[60]

Bütün bu açıklamalardan ortaya çıkan çıplak gerçek şudur:

-- 2010 Anayasa Değişikliği'nin 148. maddesine 3. fıkra olarak eklenen değişikliğin gerekçesinde "*2004 yılında kamuoyuna duyurulan bireysel başvuruya ilişkin Anayasa Değişikliği önerisi*", görevli olduğum sırada Anayasa Mahkemesi tarafından hazırlanmış olan değişiklik önerisidir.

-- Gerekçeye göre bu öneriyi olumlu bulduğu belirtilen Venedik komisyonu temsilcisi PACZOLAY, İngilizce metninden okuduğu "AİHS kapsamı" sözcüğünü, sanki AYM, Türk Anayasası'ndaki hak ve özgürlükleri değil de AİHS'nde yer alan hak ve özgürlükleri esas alacakmış gibi bir anlam çıkarmış ve bunu eleştirerek alışılmış uygulamanın ulusal anayasalarda yer alan hak ve özgürlükler olduğunu vurgulama ihtiyacını hissetmiştir. Sempozyumda kendisine bunun bir yanlış anlama olduğu, bu formülle *AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerin değil, ... Türk Anayasası'nda bunlara tekabül eden hak ve özgürlüklerin kastedildiği, bununla güdülen amacın Devlet görevi olarak formüle edilmiş sosyal hakları klasik haklardan ayırmak gibi pratik bir amaca hizmet ettiği* açıklandıktan sonra PACZOLAY'ın görüşü, bütünüyle olumlu bir değerlendirmeye dönüşmüştür. Kısacası AYM'nin geliştirdiği "ortak koruma alanı" anlayışına 148. maddenin gerekçesi hiçbir şekilde destek ya da dayanak olamaz. Aksine bu gerekçe, toplantıda savunduğumuz ve daha çeşitli vesilelerle kaleme aldığımız yazılarda dile

[60] Aynı yer s. 306.

getirdiğimiz düşünceleri doğrular niteliktedir.

c) Sistematik Yorumla Bağlantılı Olarak Amaçsal Yorum

aa) Anayasa'nın 148. maddesine 2010 Anayasa Değişikliği ile eklenen 3. fıkranın son cümlesine göre: "***Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmesi şarttır***". Dava yollarının tüketilmesi koşulu, temel hak ve özgürlüklerin ihlali ile ilgili sorunların diğer mahkemelerce çözülebileceği varsayımına dayanmaktadır. Başka bir deyişle hak ihlali iddiasına konu olan anayasal sorunun dava yollarının tüketilmesi aşamasında diğer yüksek mahkemelerce bir çözüme kavuşturulmasına engel yoktur. Üstelik bu mahkemeler, Anayasa Mahkemesi'ni biçimsel bir ölçüt olarak bağlayan "AİHS kapsamında" formülünün öngördüğü kısmi sınırlamaya da tâbi olmadan salt Anayasa'ya ve iç hukuka dayanarak böyle bir koruma sağlayabilecektir. Derece Mahkemeleri bunu yapabilirken, 2010 Anayasa Değişikliğini yapan türev kurucu iktidarın "AİHS kapsamı" formülü ile biçimsel ölçütün ötesinde AİHM'nin asgari koruma alanı ile ikinci bir sınırlamaya tabi kılmayı amaçlamış olabileceği düşünülemez. Ne hukuk mantığı ne de eşyanın doğası böyle bir kabule cevaz verebilir.

bb) Bireysel başvuru yolunun Anayasa'da güvence altına alınmış bulunan temel hak ve özgürlüklere, soyut ve somut norm denetimine göre daha iyi ve daha somut bir koruma sağlama amacına hizmet ettiği kuşkusuzdur. Nitekim bir önceki dip notta aktardığımız gerekçede de bu husus çok açık bir biçimde vurgulanmaktadır: "*Türkiye'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin* ***daha iyi korunmasını*** *sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır.*" Nitekim aynı gerekçede bireysel başvuruları inceleme görevinin, "***Anayasa Mahkemesine, özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonunun yüklenmesi***" olarak değerlendirilmesi de "daha iyi koruma" amacının bir başka yönden doğrulanmasıdır.

Özellikle normal mahkemelerin Anayasa'ya dayanarak zaten sağlayabilecekleri bir korumanın, Anayasa Mahkemesi aşamasında "ortak koruma alanı" kavramıyla önemli ölçüde daraltılmış olmasını "daha iyi koruma" amacıyla bağdaştırmak mümkün değildir.

d) Sistematik Yorumun AİHS Ayağı**: m. 53 - Maddenin "AİHS Kapsamı"nı Belirleyici Niteliği**

Kaldı ki "AİHS kapsamı" kavramını, kendi anayasasının daha çok güvence getiren hükümlerini yok sayacak kadar kutsallaştırmak, herşeyden önce AİHS kapsamı" kavramına aykırıdır. Zira Sözleşme'nin 53. maddesi, AİHS kapsamını belirleyici bir öneme sahiptir. Bu madde iç hukukun sağladığı daha geniş hak

alanlarını daraltacak bir yoruma izin vermemektedir. 53. madde aynen şöyledir: "*Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme'ye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlükleri sınırlayamaz veya onlara aykırı düşecek biçimde yorumlanamaz.*". Benzer düzenlemeler BM yapısı içinde bağıtlanan "İkiz Sözleşmeler"de de var.[61] Yani bu kurallar, insan haklarını uluslararası düzeyde korumanın bir çeşit alfabesidir.

AYM'nin Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan "AİHS kapsamı" terimini "ortak koruma alanı" olarak tanımlarken, bu **kapsamı asıl belirleyen kuralı,** AİHS'nin 53. maddesini nasıl ihmal ettiğini anlamak mümkün değildir.[62]

2) Anayasa Hukukuna Özgü Yorum İlkeleri[63]

"AİHS kapsamı" kavramının objektif anlamını araştırmak için, klasik yorum ilkeleri yanında, bu ilkeleri, Anayasa Hukukunun özellikleriyle tamamlayan anayasaya özgü yorum ilkelerini de gözönünde tutmak gerekir. Anayasanın normatif gücü, "in dubio pro libertate", anayasanın bütünlüğü ve onu somutlaştıran pratik uyuşum ilkesi anayasaya özgü yorum ilkelerinin belli başlı türleridir.

"**Anayasanın normatif gücü**" anayasal sorunların çözümünde anayasa kuralına optimal bir etki sağlayacak biçimde yorum yapılmasını öngörmektedir. Bu ilke, **anayasanın üstünlüğü ilkesinin (AY m. 11) doğal bir sonucu** sayılmak gerekir. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, normal yasa yorumunun ötesinde bir boyuta sahiptir. Çünkü normal bir yasayı yorumlarken anayasaya özgü yorum türlerine gereksinim duyulmayabilir. Normal yasaların yorumunda klasik yorum yöntemleriyle yetinmek mümkündür. Ama Anayasa'nın yorumu devreye girince anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı (anayasanın normatif gücü), belirleyici bir rol oynamaya başlar. Bu belirleyicilik temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda daha da etkili bir boyut kazanır. Çünkü temel haklarla ilgili kurallar geleneksel hukuk dallarına göre çok daha büyük bir yoğunlukla nesneye, nesnel yaşam ilişkilerine bağlıdır. Örneğin her biri ayrı bir temel hak ve özgürlüğün konusu olan "düşünce", "bilim", "sanat", "dernek", "siyasal parti", "sendika", "aile" gibi kavramlar, nesnel yaşam ilişkilerinin birer kesiti olarak kendilerini düzenleyen kuralların maddi içeriğini oluşturmaktadır. Bu kuralların anlamı, dü-

---

61 "Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme" ile "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 5/2. maddelerinde de aynı kural yer almaktadır: "*Bir ülkede kanun, sözleşmeler, yönetmelik ya da teamül ile tanınmış ya da var olan temel insan haklarından hiç biri, bu Sözleşme'nin bu gibi hakları tanımadığı ya da daha az ölçüde tanıdığı gerekçesiyle sınırlanamaz veya kaldırılamaz.*"

62 Bu konuda AİHM'nin "Okyay ve Diğerleri / Türkiye, Başvuru No:36270/97, 12.05.2005" sayı ve günlü kararından bir cümleyi kalın harflerle aktarmayı yeterli görüyoruz: "**Bu durumda AİHM, 6/1. madde bağlamında 'medeni hak' kavramının, AİHS'nin 53. maddesi kapsamında, iç hukukta kullanılabilir bir hakkı kısıtlar gibi yorumlanamayacağını not eder"**

63 Bu başlık altında yer verilen yorum türleri ve ilgili kaynaklar için bkz. Fazıl SAĞLAM, Anayasa Hukuku Ders Notları, YDÜ Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa 2013 (SAĞLAM 2013), s. 52 – 56.

zenledikleri nesnel (maddi) alanın nitelik ve özellikleriyle belirlenir. Başka bir deyişle bu tür kuralların anlamı, sözel görünümünden çok, düzenlediği yaşam ilişkileri üzerinde somutlaşmakla ortaya çıkar. Bu yaşam ilişkilerinin sürekli değişime uğraması ve hızla gelişmesi, doğal olarak kuralın anlamına yansır. Bu bağlamda bir anayasa kuralı metninin, düzenlediği alandan bağımsız, kendine yeterli bir anlamından söz etmek doğru değildir. Bu nedenledir ki norm alanını daraltan bir yaklaşımın, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve onun öğretideki teknik terimi olan "anayasanın normatif gücü" ilkesiyle bağdaştırılabilmesi için yine anayasadan kaynaklanan açık bir istisna normu gereklidir. Kanaatimizce "AİHS kapsamı" bu nitelikte değildir. Kaldı ki bu nitelikte sayılsa bile istisna normu olarak dar yorumlanması gerekir. AYM'nin sürekli ve yaygın uygulamasıyla "AİHS kapsamı" ile eş anlamda kullandığı "Ortak koruma alanı", dar yorum sınırlarını ölçüsüz bir oranda aşmış durumdadır.

Tereddüt halinde özgürlük lehine yorum ("in dubio pro libertate") ilkesi, bu söylediğimizi daha da somutlaştıran bir ilkedir. Günümüzde anayasaların temel işlevi, hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasıdır. Yasaların temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunamaması, bu güvenceye tanınan önceliğin bir ifadesidir. Bu anlamda **özgürlük asıl, sınırlama ise istisna**dır. Bunun sonucu olarak da, **hak ve özgürlükleri sınırlayan hükümler dar yorumlanır**

"**Anayasanın bütünlüğü**" ilkesi, anayasanın **tutarlı bir bütün** olarak algılanmasını gerektirir. Bu nedenle **anayasada göze çarpan tutarsızlıklar, bu bütünlüğü ayakta tutacak biçimde yorumlanmalıdır**. Anayasanın bütünlüğü ilkesinin doğal uzantısı, "**pratik uyuşum ilkesi**"dir (praktische Konkordanz). Bu ilkeye göre, birbiriyle çelişen anayasa kuralları, herbirine **optimal anayasal etki** sağlayacak bir denge gözetilerek yorumlanır. Bu yorumda, belli bir çıkar ya da değerin diğerine tercih edilmesine yol açacak bir tartı yapılmaz. Aksine, çatışan anayasa normlarından birini diğerine feda etmeden, her birine optimal etki sağlayacak çözümler aranır. Bu uygulama, her somut duruma göre ölçülülük ilkesi gözönünde tutularak yapılır.

Bireysel başvuruya (anayasa şikâyetine) konu olabilecek anayasal hak ve özgürlüklerin "AİHS kapsamı" kavramı ile sınırlanması, klasik hak yapısındaki hak ve özgürlükleri devlet yükümlülüğü olarak ifade edilmiş hak sosyal haklardan ayırmanın ölçütü olarak anlaşıldığı takdirde, anayasa kuralları arasında bir çatışma oluşmaz. Çünkü klasik hak yapısındaki hakların kullanımı devletin olumlu bir edim yerine getirmesi koşuluna bağlı değildir. Aksine devletin, ilgili hakka katkı sağlama, onu güçlendirme dışında bu tür hak alanlarından uzak kalması asıldır. Bunlarda özgürlük ön plandadır. Diğer hak grubunda ise hakkın kullanımı devletin anayasal yükümlülüğünün yerine getirilmesi ölçüsünde ger-

çekleşebilmektedir. İşte anayasa şikâyeti anlamındaki bireysel başvurunun ulusal ve uluslararası düzeyde ilke olarak klasik hak alanlarında uygulanma bulması, bu yapısal farklılıktan kaynaklanır.

Buna karşılık "AİHS kapsamı" kavramı, "ortak koruma alanı" uygulamasında görüldüğü gibi AİHS'nin asgari koruma alanı olarak daraltıldığı zaman, bu yorum, anayasa kuralları arasında, özellikle anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi, hakkın özünün korunmasına ilişkin anayasal güvencelerle açık bir çatışmaya dönüşmektedir. Böyle bir uygulamada, ilgili hakkın doğrudan Anayasa'da pozitif hukuka dönüştürülmüş özü olarak yer alan ek güvenceler tasfiye edilebilmekte[64], demokratik devletin kurucu unsurlarından olan seçme ve seçilme hakları, yasama organının seçimi olarak daraltılmakta, Cumhurbaşkanlığı seçimi ve/veya anayasa değişikliğine ilişkin halk oylaması bile seçme ve seçilme hakkının dışında bırakılabilmektedir. Böylece Anayasa'da AİHS'ye göre daha fazla güvence getiren hak alanları, sanki ölü hükümlermiş gibi ihmal edilmektedir. Bu durum Anayasa içinde yapay olarak yaratılmış bir çatışmadır. Bu çatışmada temel hak ve özgürlükleri AİHS'ye göre daha fazla koruyan Anayasa hükümleri, AYM tarafından anayasanın bütünlüğü ve pratik uyuşum ilkesine açıkça aykırı bir biçimde AİHS'nin asgari koruma alanlarına feda edilmektedir.

AYM bir an önce bu hatalı yoldan dönmelidir. Hatadan dönünceye kadar da en azından AİHM'nin, Sözleşme'deki hak alanlarını genişleten ve geliştiren uygulamasının gerisinde kalmamaya özen göstermelidir.

SONUÇ

1) "Ortak koruma alanı" Anayasa'da yer almayan ve anayasal dayanağı da bulunmayan bir kavramdır. Bu kavram, Anayasa Mahkemesi yorumunun bir ürünüdür. Ne var ki Mahkeme, böyle bir yorumu haklı kılacak makul ve ikna edici bir gerekçe ortaya koyamamıştır. Buna rağmen anılan kavram, Mahkeme tarafından anayasal bir veriymiş gibi kullanılmaktadır.

2) Anayasa'nın seçtiği ve kullandığı terim, "AİHS kapsamı" terimidir. Bu terimin ortaya çıkışı ve çeşitli anayasa modellerinde benimsenmesiyle ilgili aşamaların hiçbirinde "ortak koruma alanı" anlamına işaret edecek herhangi bir veri ya da bulgu söz konusu olmamıştır.

3) "Ortak koruma alanı" kavramı, bireysel başvuru yolunun anayasal gerekçelerinde de yer almamıştır. Aksine madde gerekçesinde, AYM'nin 2004

[64] ŞİRİN 2017, s.47: "… AYM, Anayasa'nın lafzı hilafına toplanma özgürlüğünün izin usulüne bağlanması, toplanma hakkının özüne dokunmaz" şeklinde bir sonuca dahi ulaşabilmiştir" Şirin bu tespitinde Ali Rıza Özer ve diğerleri kararının 123. paragrafına gönderme yapmaktadır. Burada söz konusu olan yalnızca "anayasanın lafzı hilafına " karar verilmiş olması değildir. İlgili haklara önceden izin almadan (AY m. 34/1, 68/3) ya da önceden izin almaksızın (AYm.33/1, m.51/1) kullanma güvencesinin getirilmiş olması, bu hakların doğrudan Anayasa tarafından pozitifleştirilmiş asgari özünü oluşturur. Ayrıntılar için bkz.SAĞLAM 1982, s.156 vd.

yılındaki önerisinden söz edilmektedir. Bu önerinin gerekçesinden "ortak koruma alanı" anlamını çıkarmak olanaksızdır.

4) Temel hak ve özgürlükleri AİHS'ye göre daha fazla koruyan Anayasa hükümleri, AYM tarafından anayasanın bütünlüğü ve pratik uyuşum ilkesine açıkça aykırı bir biçimde AİHS'nin asgari koruma alanlarına feda edilmektedir.

5) Anayasa şikâyeti başvurularının konusu, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerdir. Ama, anayasa koyucu, devlet ödevi olarak formüle edilmiş sosyal, ekonomik ve kültürel haklarla klasik hak yapısı içinde yer alan hak ve özgürlükleri ayırmak amacıyla anayasa şikâyetini, AİHS ve ek protokollerinde yer alıp da Anayasa'da bir karşılığı bulunan anayasal haklarla sınırlı tutmuştur. İşte "AİHS kapsamı" teriminin işlevi, bunun ayırıcı bir ölçütü olmasıdır.

6) Anayasa koyucunun bu ölçüte göre bireysel başvurunun konusu dışında bıraktığı alanlar dışında, hiçbir anayasal hak ve özgürlük, "ortak koruma alanı" adı altında ikinci ve üçüncü bir sınırlamaya tabi tutulamaz. Böyle bir yaklaşım, gerek sübjektif ve gerekse objektif anlamıyla anayasa koyucunun iradesine aykırı düşer.

7) Öte yandan bu aykırılığın en aşırı ucu, Anayasamızda yer alan ve ilgili olduğu hakkın özünü oluşturan "önceden izin alma yasağı, sansür yasağı" gibi ek güvencelerin, "ortak koruma alanı" nedeniyle uygulama dışına itilmesidir. Bu tarz bir uygulama, öz güvencesinin mutlak koruma alanının ihlali sonucu doğurur. Hiçbir yorum kuralı böyle bir sonuca izin veremez.

KAYNAKÇA

I. Makale ve Kitaplar

Anayasa Yargısı 21, Anayasa Mahkemesi Yayını Ankara 2004 (Anayasa Yargısı 21)

Ece GÖZTEPE ÇELEBİ, "*Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti) – 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun ilgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi*": TBB Dergisi Temmuz Ağustos 2011, s. 13 – 40) (GÖZTEPE 2011).

Ece GÖZTEPE, "*Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi*": Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru – Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması, Yayına Hazırlayanlar Ece GÖZTEPE – Mustafa Mert ALPBAZ (GÖZTEPE 2017)

Kamu Hukukçuları Platformu/V. Toplantı: **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru** – Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması, Yayına Hazırlayanlar Ece GÖZTEPE – Mustafa Mert ALPBAZ, OnikiLevha Yayını Nisan 2017 (GÖZTEPE-ALPBAZ 2017)

Korkut KANADOĞLU, ***Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru***, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015.

Yavuz SABUNCU – Selin ESEN ARNWINE, "*Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli – Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu*" başlıklı bildiri: Anayasa Yargısı 21, Ankara 2004, s.229-246 (SABUNCU-ESEN 2004)

Fazıl SAĞLAM**,** ***Temel Hakların Sınırlanması ve Özü,*** AÜ SBF Yayını, Ankara 1982 (SAĞLAM 1982).

Fazıl SAĞLAM, "*Anayasa Şikâyeti – Anlamı Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında olası Sorunlar*": Ece GÖZTEPE – Aykut ÇELEBİ, *Demokratik Anayasa –Görüşler ve Öneriler*, Metis Yayınları İstanbul 2012, s. 419 – 465 (SAĞLAM 2012).

Fazıl SAĞLAM, ***Anayasa Hukuku Ders Notları***, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa 2013 (SAĞLAM 2013).

Fazıl SAĞLAM, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, YDÜ Hukuk Fakültesi Yayını, Lefkoşa 2013 (SAĞLAM 2013)

Fazıl SAĞLAM, "*KHP V. Toplantısı Açış Bildirisi*": KHP Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru – Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması, Yayına Hazırlayanlar Ece GÖZTEPE – Mustafa Mert ALPBAZ, OnikiLevha Yayını Nisan 2018 (SAĞLAM 2017)

Tolga Şirin, **Türkiyede Anayasa Şikâyeti** (Bireysel Başvuru), XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 426 – 429 (ŞİRİN 2013).

Tolga ŞİRİN, Anayasa Şikâyeti Hakkı: 3. Yıl Değerlendirmesi: KHP V - **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru –** Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması, Hazırlayanlar Ece Göztepe – Mert Alpbaz, onikilevha yayını, İstanbul 2017, (ŞİRİN 2017).

II. Raporlar:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi: ANAYASA 2000, (TOBB talebi üzerine Ergun ÖZBUDUN, Fazıl SAĞLAM, Tekin AKILLIOĞLU ve Yavuz SABUNCU'nun ortak çalışmasıyla hazırlanmıştır), TOBB Yayını Ankara 2000 (Anayasa 2000)

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, TBB Yayını Ankara 2001 (Bu çalışma, TBB talebi üzerine Attila SAV, Fazıl SAĞLAM, İbrahim KABOĞLU, İl Han Özay, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Rona AYBAY, Ülkü AZRAK, Yavuz SABUNCU, , Yekta GÜNGÖR ÖZDEN, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU ve Zafer ÜSKÜL'ün ortak çalışmasıyla hazırlanmıştır.) (TBB 2001 Anayasa Önerisi).

TBB İHM tarafından 2007 tarihinde oluşturulan komisyon raporu: "*Anayasa Şikâyetinin Türkiye'de Yüksek Yargı Organlarınca Benimsenmesini ve Sağlıklı Bir Biçimde Uygulanmasını Sağlayacak Adımların Atılması Konusunda Görüşler*", (Soyadı sırasına göre komisyon üyeleri: Ece GÖZTEPE ÇELEBİ, Burak ÇELİK, Selin ESEN, Ahmet MUMCU, Yavuz SABUNCU, Fazıl SAĞLAM, ve Talay ŞENOL) (TBB Anayasa Şikâyeti Komisyonu Raporu)

TBB 2007 Anayasa Önerisi, 2007 yılında alfabetik sıraya göre Rona AYBAY (Başkan), Süheyl BATUM, Faruk BİLİR, Ece GÖZTEPE, Korkut KANADOĞLU, Fazıl SAĞLAM, Oktay UYGUN ve Koordinatör Üye: Avukat Teoman ERGÜL'den oluşan bir komisyon tarafından yenilenmiştir. Bu çalışma için bkz. **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, TBB Yayını, 4. Baskı, Ankara 2007 (TBB 2007 Anayasa Önerisi).

Anayasa Mahkemesinin 2004 yılında Mahkemeyle ilgili Anayasa Maddeleri Üzerinde Hazırladığı Gerekçeli Anayasa Önerisi (Anayasa Yargısı'nın 21. sayı, bu öneri ile ilgili bildiri ve Tartışmalardan oluşmuştur.) (AYM Anayasa Değişikliği Önerisi)

İzmir Barosu'nun daveti üzerine: Kerem ALTIPARMAK, Serkan CENGİZ, Doç.Dr.Ece Göztepe, Sedef ÖZDOĞAN, Fazıl SAĞLAM'dan oluşan Çalışma Grubu Raporu: (http://izmirbarosu.org.tr/DuyuruDetay.aspx?ID=6307&Tip=Haber) (İzmir Barosu Çamıştay Raporu): https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/merkezler/anayasa-mah-kanun-tas-hak-gorus.pdf

III. Metinde İşlenen Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları:

AYM BB 06.02.2014, Başvuru No: 2013/3339: RG 15.03.2014 - 28942.

AYM BB 07.11.2013, Başvuru No: 2012/660: RG. 10.12.2013 - 28847.

AYM BB 14.01.2014, Başvuru No: 2013/5062: RG 29.01.2014 - 28897;

AYM BB 25.02.2015, Başvuru No: **2012/611**: RG 22.05.2015 – 29363.

AYM BB 16.05.2013, Başvuru No: 2013/1337: RG 01.06.2013 – 28664.

AYM BB, 06.05.2015, Başvuru No: 2012/775: RG 27.06.2015 – 29399.

AYM BB, 18.09.2014, Başvuru No: 2013/3170: RG 04.12.2014– 29195.

AYM BB 07.07.2015, Başvuru No: 2013/1958: RG 17.08.2015 – 29448.

AYM BB 23.07.2014, Başvuru No: 2014/5425: RG 09.09.2014 – 29114.

AYM BB 17.07.2015, Başvuru No: 2015/8818: RG: 07.10.2015– 29495.

AYM BB 14.07.2015, Başvuru No: 2015/6723: RG: 07.10.2015– 29495.
AYM BB 08.09.2014, Başvuru No:2014/13675:RG:09.09.2014 – 29114.
AYM BB 04.11.2014, Başvuru No:2014/11717:RG:13.01.2015 - 29235.
AYM BB 07.06.2017, Başvuru No:2017/20127: RG07.07.2017 – 30117.
AYM BB 02.10.2013, Başvuru No: 2013/1613: RG 15.11.2013 – 28822.
AYM BB 06.05.2015, Başvuru No: 2012/775: RG 27.06.2015 – 29399.
AYM BB 18.09.2014, Başvuru No: 2013/3170: RG 04.12.2014 – 29195.
AYM BB 14.01.2014, Başvuru No: 2013/5062: RG 29.01.2014 – 28897.
AYM BB 07.07.2015, Başvuru No: 2013/1958: RG 17.08.2015 – 29448
AYM BB 17.09.2013, Başvuru No: 2013/1205: RG 01.11.2013 -28808.
AYM BB 16.10.2014, Başvuru No: 2013/7789: RG 10.01.2015 – 29232.
AYM BB 01.02.2017, Başvuru No: 2014/11084:RG 14.03.2017– 30007.
KKTC AYM 01.06.2017, 2/2016 (D.8/2017).

KAMU GÖREVLİLERİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE DİSİPLİN HUKUKUNUN SINIRI

Dilşad Çiğdem Sever*

GİRİŞ

Temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin sınırının belirlenmesinde müdahale edilen eylemin niteliği, yeri, zamanı ve etkisi gibi pek çok koşulun yanı sıra ilgili hak ve özgürlüğü kullanan kişinin nitelikleri veya statüsü de önemli bir etken olabilir. Kişinin konumu kimi zaman hakkın sınırlarının genişlemesine, kimi zaman daralmasına yol açabilecektir. Örneğin bir hükümlünün belli hak ve özgürlükleri hükümlü olmayanlara göre daha dar, bir gazetecinin basın özgürlüğü gazeteci olmayanlara göre daha geniş yorumlanabilecektir. Bu tür durumlara bir örnek de kamu görevlilerinin hak ve özgürlükleri meselesidir. Özel bir statü ilişkisi olarak nitelenen kamu görevliliği nedeniyle bu kişiler belli haklardan yararlanmada disiplin hukuku örneğinde olduğu gibi bazı sınırlamalara tâbi olabilmektedir. Kamu görevlilerinin disiplin hukuku araçlarıyla sınırlandırılan özgürlüklerinden biri de ifade özgürlüğüdür.

Türkiye'de kamu personel rejimine ilişkin mevzuatın önemli bir kısmının eski tarihli olması nedeniyle disiplin hukuku konusunda bazı sorunlar yaşanabilmektedir. En yaygın kullanım alanı bulunan 1963 tarihli Devlet Memurları Kanunu'nun kabulünden sonra yeni bir Anayasa ve bu Anayasada -özellikle 2001 ve 2004 yılında- yapılan köklü değişikliklere karşılık önemli hükümlerinin bu değişime cevap verememesi karşısında hem Anayasaya, hem de insan haklarına ilişkin güncel uluslararası gelişmelere uygunluk bakımından sorunlar yaşanmaktadır. Üstelik bu sorunlar sadece eski tarihli normlarda değil, disiplin hukukuna ilişkin yeni bazı normlarda da görülebilmektedir. Bunların bir kısmı normun kendisinden, bir kısmı ise normların çerçeve hüküm niteliğinde olması veya belirsiz kavramlar içermesi nedeniyle normun yorumlanmasından kaynaklanabilmektedir.

* Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünün sınırları konusundaki tek sorun elbette bundan ibaret değildir. Teknolojik gelişmeler ve özellikle sosyal medya kullanımının yaygınlaşması karşısında ifade özgürlüğünün sınırına ilişkin tartışmaların içeriği ve uyuşmazlıkların sayısında önemli bir artış yaşanmıştır. Diğer yandan, ifade özgürlüğünün demokrasi açısından önemi nedeniyle bu konu AİHM kararlarına daha fazla yansımış ve Mahkeme'nin de bu konudaki içtihadı da zamanla dönüşmüştür.

Çalışmada kamu görevlisi terimi, memurlar ve diğer kamu görevlilerini içerecek şekilde, yani kamu hukuku bağıyla istihdam edilen personeli kapsar biçimde kullanılmıştır. Üç milyon kişiyi geçen bu kategorideki personelin tamamı bakımından ifade özgürlüğünün sınırı elbette aynı ilke ve esaslara tâbi değildir. İşlevleri ve konumlarının özelliğine bağlı olarak hem uygulanacak mevzuat, hem de sınırlamanın sınırı bakımından standartlar değişkenlik gösterebilecektir. Bu kapsamda, bağımsızlık ve tarafsızlık görünümünün daha kritik öneme sahip olduğu yargıçlık/savcılık, kullandıkları güç ve güvenliğin sağlanmasındaki işlevleri nedeniyle siyasi faaliyetleri ve bilgileri ifşa etmeleri sınırlandırılan kolluk personeli ve akademik özgürlüklerin önemi nedeniyle akademisyenlerin ifade özgürlüklerinin sınırı arasında önemli farklar olabilmektedir.

Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması çok çeşitli biçimlerde olabilecekse de çalışma kapsamında en çok dava konusu olan disiplin suçları ile ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sorunu ele alınmıştır. Disiplin suçlarının da tamamı değil, kategorik olarak ifade özgürlüğünün dışında kalan haksız iftira, taciz veya tehdit içeren sözler ya da gerçeğe aykırı ifadelere ilişkin disiplin suçları kapsam dışında bırakılmıştır. Konu ele alınırken sınırın çizilmesinde belli kriterler getirilebilmesi adına ilgili mahkeme kararları incelenmiştir. Kararlar seçilirken konunun kapsayıcı olması nedeniyle sadece Danıştay kararları değil, konuyla ilgili önemli görülen bazı AYM ve AİHM kararları da incelenerek bu mahkemeler arasındaki farklılıklara da değinilmeye çalışılmıştır.

I. Kamu Görevlilerinin Haklarının Sınırı Sorunu

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür". Bu maddede bir kamu görevlisi tanımı veya işlevsel bir sınırlama bulunmamakla birlikte birinci fıkra ile belli hizmetlerin mutlaka kamu görevlisi eliyle görülmesi gerektiği belirtilmiş, ancak bir sınırlama getirilmemiştir. Bu fıkradan belli hizmetlerin mutlaka kamu görevlilerine gördürülmesi gereğinden hareketle kamu görevlilerinin

kamu hukuku ilişkisiyle[1] istihdam edildiği, ayrıca 1961 Anayasası'ndan farklı olarak[2] memurlar ve diğer kamu görevlileri olmak üzere iki kısma ayrıldığı anlaşılmaktadır. Bu madde ilk yürürlüğe girdiğinde diğer kamu görevlilerinin kapsamı konusu tartışılmışsa da bu konudaki yaygın görüş diğer kamu görevlilerinin; sözleşmeli personel, artık uygulaması olmayan geçici personel ve Devlet Memurları Kanunu'nun birinci maddesinin son fıkrasında özel kanunlarına tâbi olduğu belirtilen personel[3] olduğu yönündedir. Maddenin devamında malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu hüküm de kamu görevliliğinin statüter niteliğine vurgu yapmaktadır.

Kamu görevlisi statüsü, istihdam ilişkisinin özelliği nedeniyle bir yandan belli güvenceleri içerirken diğer yandan işçilerden farklı olarak daha fazla yükümlülük içerir. İş güvencesinin kapsamı, özlük haklarına ilişkin düzenlemeler, disiplin hukukuna tabi olma, hem mali hem cezai sorumluluk rejimi gibi temel bazı niteliklerle betimlenen bu hukuki rejim işçilere göre önemli farkları içerir. Bu hukuki rejimin beraberinde getirdiği en önemli sorulardan biri de kamu görevlilerinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırıdır. Kamu görevlileri insan haklarının öznesi olmakla birlikte; örgütlenme özgürlüğü, sendikal haklar, ifade özgürlüğü, özel hayata saygı hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı gibi haklar bakımından farklı normlara tâbi olabilmekte; özellikle disiplin hukuku ile haklarının sınırı daraltılabilmektedir. Danıştay bir kararında durumu şu şekilde ifade etmiştir: "*Devlet memurluğu, gücünü kamudan alarak, kamu yararı amacıyla güvenceli bir şekilde yerine getirilen kamu hizmetidir. Devlet Memurları, kamu gücüne sahip olması ve ifa ettikleri hizmetin kamu hizmeti niteliğinden dolayı diğer vatandaşlara nazaran daha sıkı bir disiplin sistemine tabi tutulmaktadırlar. Bir başka ifadeyle memurun kamu hizmetinin bir ajanı olduğu için her yönüyle nesnelliği ve yansızlığı teminat altına alma iradesini göstermesi gerekmektedir, bu aynı zamanda demokratik bir toplum düzeninin de teyidi mahiyetindedir*".[4]

---

1 Günday'a göre, "genel idare esaslarına göre" terimi kamu hukuku rejimi ve kamusal yönetim usullerini ifade eder. Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınları, 2013, s. 582.

2 1982 Anayasası yürürlüğe girdiğinde bu ayrım da eleştirilmiştir. Lütfi Duran, "*Anayasa Mahkemesine göre Türkiyenin Hukuk Düzeni (II)*", **AİD**, C.19, S. 2, s. 18.

3 Maddeye göre "Anayasa Mahkemesi üye ve yedek üyeleri ile raportörleri; hakimlik ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanlar, Danıştay ve Sayıştay meslek mensupları ve Sayıştay savcı ve yardımcıları, Üniversitelerin, İktisadi ve Ticari İlimler Akademilerinin, Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademilerinin, Devlet Güzel Sanatlar Akademilerinin, Türkiye ve Orta - Doğu Amme İdaresi Enstitüsünün öğretim üye ve yardımcıları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası üyeleri, Genelkurmay Mehtaran Bölüğü Sanatkarları, Devlet Tiyatrosu ile Devlet Opera ve Balesi ve Belediye Opera ve tiyatroları ile şehir ve belediye konservatuvar ve orkestralarının sanatkar memurları, uzman memurları, uygulatıcı uzman memurları ve stajyerleri; Spor-Toto Teşkilatında çalışan personel; subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş ve sözleşmeli erbaş ve erler ile Emniyet Teşkilatı mensupları özel kanunları hükümlerine tabidir".

4 12. Daire, E. 2015/1109, K. 2018/3615, T. 4.10.2018.

Kamu görevliliği statüsü konusunda ülkelerin mevzuatı farklılaşmakta ve AİHM nezdinde de bu konuda ülkelerin takdir yetkisinin geniş olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, ileride değinilecek AİHM kararlarında da atıf yapılan Avrupa Konseyi'nin (2000)10 sayılı Kamu Görevlilerinin Davranış Kurallarına ilişkin Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararında[5] bazı ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkeleri gözetmek üzere kamu görevlilerinin hak ve özgürlüklerinin sınırının da farklılaşması mümkündür. Bu sınırlamalarda karşımıza çıkan temel soru, bu sınırlamanın açık ve öngörülebilir bir şekilde yasayla öngörülüp öngörülmediği, meşru bir amaca sahip olup olmadığı, demokratik bir toplumda gerekliliği ve ölçülülük ilkesine uygunluğu olacaktır.

Kamu görevlilerinin hak ve özgürlüklerinin sınırı bakımından akla gelen en önemli örneklerden biri özel hayata müdahale şeklinde ortaya çıkar.[6] Bu konuda akla ilk gelen örnekler evlilik yasakları veya sınırlamalarıdır. Konu ilk olarak 1961 Anayasası döneminde 1969 yılında Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanunu'nda yer alan ve askerlik yükümünü yedek subay olarak yapmanın yabancı ile evli olmama veya birlikte yaşamama koşuluna bağlanmasına ilişkin hükümle Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş ve Mahkeme hükmü Anayasaya aykırı görmemiştir. Mahkemeye göre, bu yasak "*evlenmeyi kayıtlayıcı nitelikte olmayıp sadece kendi isteğiyle bu durumu yaratmış olanların, askerlik yükümlerini yerine getirmeleri şeklini değiştirmiş bulunmaktadır. Bu sonuç yurt savunmasının temelini teşkil eden askerlik görevinin bir gereği olmak üzere kanun koyucunun takdirine dayanmaktadır*".[7] Mahkeme, 1979 yılında verdiği bir kararda ise Hakimler Kanunu'nda yer alan ve hakim olmak için yabancı ile evli olmama koşuluna ilişkin hükmü ise kamu hizmetine girme hakkı ve eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir.[8] Mahkeme, son olarak, 2014 yılında Dışişleri Bakanlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'da yer alan ve evlenmenin izne bağlanması ve izinsiz evlenenlerin istifa etmiş sayılacağına ilişkin hükmün iptaline karar vermiştir.[9] Mahkemenin değerlendirmesine göre, "*izin alma yükümlülüğü öngörülmesinde kamu yararı bulunduğu yadsınamaz. Ancak, evlenilen kişi hakkında dış politika hizmetlerinin gerektirdiği güvenlik esasları yönünden herhangi bir olumsuz tespitin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, salt evlilik öncesi izin almamasından dolayı, kişinin belli bir süre kamu hizmetine girmesine engel olan memuriyetten istifa etmiş sayılma yaptırımının öngörülmesinin, ulaşılmak istenen amaç karşısında orantılı bir tedbir olduğu söylenemez*".

---

5 Recommendation No. R (2000) 10 of the Committee of Ministers to member states on codes of conduct for public officials, https://rm.coe.int/16806cc1ec

6 Bu konuda bir çalışma için bkz. Turan Yıldırım ve Nur Kaman, "Kamu Görevlilerinin Özel hayatı," **İdare Hukuku Konferansları** , cilt.18, İstanbul, Türkiye, ss.155-172, 2016.

7 E. 1964/36, K.1964/77, 25.12.1964, RG: 21.4.1965/11981.

8 E. 1979/19, K. 1979/39, 9/10/1979, RG: 16.1.1980/16871.

9 E. 2013/158, K. 2014/68, 27.3.2014, R.G.: 09.04.2014/28967.

Mahkeme bu şekilde izin alma yükümlülüğünün kendisinin değil, öngörülen sonucun ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu vurgulamıştır.[10]

Özel hayata ilişkin esas tartışmalı alan disiplin suçları bakımından karşımıza çıkar. Bu konudaki ilk uygulama çerçeve hüküm olarak nitelenebilecek "memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" gibi disiplin suçlarında özel hayat kapsamına giren eylemlerin disiplin cezası ile karşılaşması; ikinci durum ise daha açık biçimde özel hayata ilişkin davranışların disiplin suçu olarak belirlenmesidir.

Bu iki duruma ilişkin Danıştay'ın verdiği iki karar önemlidir. Bunlardan birincisi, 4357 sayılı Kanuna göre bir öğretmene verilen kıdem indirme cezasına ilişkindir. Danıştay "*telefonla müstehcen mesajlar göndermek ve internet üzerinden görüşme programı aracılığı ile uygunsuz görüntüler göstermekten ibaret olan fiilin, 657 sayılı Kanun'un 124/2. maddesi uyarınca memur disiplin hukukunu ilgilendiren bir yönünün bulunmadığı*" gerekçesiyle disiplin cezasının iptal edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.[11] Kararı önemli kılan esas nokta, Mahkemenin disiplin cezalarının çerçevesini çizer nitelikteki DMK 124/2'de yer alan "kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile" ifadesinden hareketle disiplin cezası uygulanması için bu amacı bir öncül olarak görmesi ve disiplin hukukunun sınırını bu şekilde çizmesidir.

Bir başka olayda ise bir öğretmenin eşcinsel olduğu yönündeki ihbar üzerine açılan disiplin soruşturmasında öğretmenin mesleğini etkileyecek veya özel hayatını hizmete yansıtacak herhangi bir davranışı görülmemekle birlikte eşcinsel olması nedeniyle kamu görevinden çıkarılması cezası verilmiştir. İdare mahkemesi, 4357 sayılı Kanunun 7/e maddesinde belirtilen "Öğretmenlik mesleğiyle ilgili işler bakımından haysiyetsizliği, iffetsizliği ve vazifesine bırakılmasına mani bir suiistimal sabit olan öğretmenler bir daha meslekte ve teşkillerinde kullanılmamak üzere meslekten çıkarılırlar" hükmüne uygun bir karar verildiğinden davanın reddine karar vermiştir. Buna karşılık Danıştay "*Davacının mahremiyet alanı içerisinde rızasıyla eşcinsel ilişkiye girmesinden ibaret olan fiilinin, 657 sayılı Yasa'nın 124/2. maddesi uyarınca Memur Disiplin Hukukunu ilgilendiren bir yönünün bulunmadığı ve disiplin suçu oluşturmadığı, söz konusu fiilin bir disiplin suçu olarak değerlendirilerek davacının meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasının Anayasa'nın 20/1. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca "özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının" ihlali sonucunu*

[10] İlgili Kanun'un ismi 703 sayılı KHK ile "Dışişleri Bakanlığı Personeline İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun" olarak değiştirilmiş ve ilgili hüküm iptal edildikten sonra bir düzenleme de yapılmamıştır. Dışişleri Bakanlığı'nın düzenlendiği 1 sayılı CBK'nın 160/1-ç bendinde "Meslek memurlarının mesleğe alınmaları ile görevde yükselme usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar yönetmelikle düzenlenir" hükmüne yer verilmiştir. Yönetmeliklerde ise bu konuda bir düzenleme yapılmamıştır.

[11] Danıştay 12. Daire, E. 2012/8980, K. 2016/1586, T. 23.3.2016.

doğuracağı anlaşıldığından" ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.[12] Mahkeme ayrımcılık yasağı bakımından bir tartışma yapmamışsa da karar, ilgili hükmün yorumlanmasında sisteme uygun yorum ilkesini gözeterek Anayasa ve AİHS'e uygun yorum yapılması gereğini vurgulaması ve disiplin hukukunun konusunun sınırlarını belirlemesi bakımından önemlidir.

Benzer şekilde, bir polis memurunun kendi evinde rızaya dayalı eşcinsel ilişkiye girdiği gerekçesiyle 657 sayılı Kanun'un 125/E-g hükmü uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali talebiyle açtığı davada isnat edilen fiillerin sabit olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiş ve karar onanmış; karar düzeltme aşamasında ise ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına oyçokluğu ile karar verilmiştir.[13] Kararın gerekçesinde "... *disiplin kurallarının temel olarak idarenin iç düzeninin korunması fonksiyonunu üstlendiği göz önüne alındığında, kamu görevlilerinin hizmet dışındaki fiillerinin memur disiplin hukukunun alanına girmesi için bu düzeni bozan, kamu hizmetinin iyi ve düzenli şekilde sunulmasını olumsuz şekilde etkileyen bir yönünün bulunması gerekmektedir*" ifadesine yer verilmiş; Anayasa'nın 20. maddesi ile AİHS 8. maddeye dayanılarak "fiilinin 657 sayılı Yasa'nın 124/2. maddesi uyarınca Memur Disiplin Hukukunu ilgilendiren bir yönünün bulunmadığı ve disiplin suçu oluşturmadığı" belirtilmiştir.

Buna karşılık, yine eşcinsel olması nedeniyle meslekten çıkarılan ve disiplin affı ile göreve dönmek isteyen bir öğretmenle ilgili –daha yakın tarihli- bireysel başvuru kararında Anayasa Mahkemesi başvurucunun öğretmen olmasının özel hayata saygı hakkının sınırlarının farklı değerlendirilmesine yol açacağını kabul etmiştir:

"*…başvurucunun atanmak istediği mesleğin ilköğretim çağındaki çocukların eğitilmesini içeren öğretmenlik mesleği olduğu da dikkate alınmalıdır. Öğretmenlik mesleği, niteliği gereği çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri ve haklarının korunması ile yakından bağlantılıdır. Bu bağlamda öğretmenlik mesleğinin muhatap kitlesinin çocuklar olması nedeniyle gözetilmesi gereken menfaatlerden birinin çocukların sağlıklı yetiştirilmeleri ve haklarının korunması olduğu dikkate alındığında öğretmenlik mesleğinin daha özellikli bir konumu olduğu açıktır. Bu nedenle küçük çocukların eğitilmesinde öğretmen olarak çalışmak isteyenlerin diğer kişilerin tabi olmadığı bazı sınırlamalara tabi olmaları doğaldır.*"[14]

Kararda çocuğun üstün yararına dayanılmışsa (par. 71) da çocuğun üstün yararı ile kamu görevlisinin özel hayatı arasında Mahkemenin nasıl bir bağlantı

---

12 Danıştay 12. Daire, E. 2011/750, K. 2014/7169, T. 7.11.2014.
13 Danıştay 12. Daire, E. 2013/8324, K. 2014/1882, 21.03.2014.
14 Z. A. başvurusu, 2013/2928, 18.10.2017.

kurduğu açıklanmamış; esas olarak "başvurucunun özenli sayılamayacak davranışları sonucu kendisi tarafından kamunun bilgisine açılmış olmasına, dolayısıyla küçük bir kasabada okul çalışanları, öğrenciler ve veliler tarafından bilinir olmasına önem atfedildiği, idare tarafından bu durumun öğretmenlik sıfatıyla bağdaşmayan iffetsizlik oluşturduğu" değerlendirmesine dayanılmıştır. (par. 74) Kararın Engin Yıldırım imzalı karşıoyunda devletlerin cinsel yönelim ayrımcılığının önlenmesine ilişkin yükümlülükleri ve doğrudan konuyla ilgili çeşitli AİHM kararlarına[15] atıfla "*Kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri*" kabul edilse de olayda görevden çıkarmanın gerekçesinin tamamen kişinin cinsel yönelimi olduğu ve heteroseksüeller bakımından bu tür bir sınırlama getirilmezken eşcinsellere getirildiği açık olduğundan bu sınırlamanın ayrımcı olduğu vurgulanmıştır. Mahkeme'nin kamu görevlisinin eşcinsel olmasının çocuğun üstün yararına aykırı olduğu değerlendirmesinin kendisi bir ayrımcılık içermektedir. Bu kararla Mahkeme, kişinin eşcinsel olduğunun bilinmesinin kamu görevinden çıkarmaya gerekçe olabileceğini kabul etmiş olmaktadır.

Özel hayata ilişkin mevzuattaki en önemli sınırlandırmalardan biri de polisler ve askerlerin disiplin normlarında getirilen "gayri tabii mukarenette bulunmak"[16] disiplin suçudur. Söz konusu düzenlemede yer alan "doğal olmayan ilişki" ifadesi uygulamada eşcinsel ilişkileri içerecek şekilde kullanılabileceğinden bu norm cinsel yönelim ayrımcılığı örneği olabilecektir. Askeri Yargıtay 1. Dairesi özellikle bu temelde hükmün Anayasa'nın 2., 10. ve 20. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla[17] konuyu Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirmişse de Mahkeme, cinsel yönelim ayrımcılığı tartışması yapmaksızın sınırlamanın ölçülü, demokratik toplumda gerekli ve hakkın özüne dokunmayan bir sınırlama olduğuna karar vermiş ve askerlerin diğer kamu görevlilerinden farklarına vurgu yapmıştır.[18]

---

15 *Sidabras and Di iautas v.Litvanya,* 55480/00 ve 59330/00, 27/07/2004, par. 46, 48-50; *Mateescu v. Romanya.* No: 1944/10, 14/01/2014, § 20; *Niemietz v. Almanya,* B. No: 13710/88, 16/12/1992, par. 29; Özpınar *v. Türkiye,* B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 29; *Oleksandr Volkov v. Ukrayna,* B. No: 21722/ 11 , 9/1/2013, par. 165,166.

16 Bu ifadenin kullanıldığı ilk düzenleme Askeri Ceza Kanunu'nun 153'üncü maddesinin ikinci fıkrasıdır: "Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetleri'nden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir." Bu eylem Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun "Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler" başlıklı 20. Maddesinde disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Benzer şekilde emniyet mensupları için de 2018 yılında kabul edilen Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 8. Maddesinin (6) fıkrasının (cc) bendinde de meslekten çıkarma cezasını gerektiren fiil olarak sayılmıştır.

17 Yargıtay başvurusunda AİHM'in konuyla doğrudan ilgili Birleşik Krallık hakkındaki kararlarına da atıf yapılmıştır: Smith ve Grady (Başvuru no:33985/96, 33986/96- Karar Tarihi: 27.09.1999), Lustig-Prean ve Beckett (Başvuru no:31417/96 ve 32377/96- Karar Tarihi: 27.09.1999), Beck, Coop ve Bazaley (Başvuru no:48535/99, 48536/99, 48537/99-Karar Tarihi: 22.10.2002), Perkins ve R. (Başvuru no:43208/98, 44875/98- Karar Tarihi:22.10.2002).

18 "Askerlik mesleği, disiplin ve fedakârlık temeline dayanır. Bundan dolayı bu görevi ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tâbi tutulmaları olağan karşılanmaktadır. Kaldı ki kişiler askerlik mesleğini seçmekle birlikte artık sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askerî disiplinin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş olmaktadır". (par. 17)

Bununla birlikte, Mahkeme, daha önce müstehcenlik suçu hakkında verdiği bir karara atıf yapmış[19] ve bu kararda yer aldığı şekliyle doğal olmayan ilişkinin "*tüm toplum düzenlerinde doğal olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, toplumun ahlâkî standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan cinsel davranışlar*" olduğuna işaret etmiştir. Anılan Kararda da söz konusu suça ilişkin eşcinsel ilişki nedeniyle açılan davalar ve verilen kararlar görmezden gelinerek "*kanun metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında söz konusu davranışların şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan hatta bizatihi kendisinin suç olarak kabul edildiği düzeye ulaşmış cinsel davranışları ifade ettiği*" belirtilmiştir.[20]

Bir başka özel hayat müdahalesi olarak da sayılabilecek sınırlandırma ise kamu görevlilerinin kılık kıyafet kısıtlamalarıdır. Kamu görevlilerinin kılık kıyafetleri ile ilgili sınırlandırmalar güvenlik, kamu hizmetinin gerekleri, tarafsız görünüm veya saygınlığın zedelenmesi gibi nedenlerle kamu hizmeti ile ilgili olması halinde mümkün olabilecektir. Kıyafetteki dini öğeler –özellikle başörtüsü- söz konusu olduğunda din ve inanç özgürlüğüne, hatta dini inancını ifade etme özgürlüğüne[21] ilişkin bir sınırlamayı ifade eden bu kurallara ilişkin tartışmalar AİHM'in de önüne çok sayıda başvuru ile ve farklı ihlal iddialarıyla gelmiştir.[22] Türkiye'de ulusal mahkemelerde disiplin hukuku alanındaki davalarda da farklı dönemlerde farklı kararlar verilmiştir.[23] Günümüzde başörtüsü konusunda mev-

19 AYM, E.2014/118, K.2015/35, 1.4.2015.

20 Bununla birlikte, Yargıtay'ın konuyla ilgili yaklaşımında 2017'den sonra bir değişim yaşanmıştır. (Bu yönde bulunabilen ilk karar: 18. Ceza Dairesi, E. 2016/17404, K. 2017/2557, 8.3.2017)

21 AİHM'e giden bir başvuruda başvurucu ifade özgürlüğü ihlalini de ileri sürmüşse de Mahkeme konuyu 10. Madde üzerinden değil, başörtüsünü çıkarmayı reddederek işten atılması nedeniyle 8. madde üzerinden incelemiştir. Ebrahimian v. Fransa, 26.11.2015.

22 AİHM'in önünde kamu görevlilerinin veya işçilerin dini işaret taşımalarının yasaklanması örnekleri dışında, ilköğretim öğrencilerinin veya üniversite öğrencilerinin başörtüsü yasağı, kamusal alanda çarşaf vb. kıyafetler giyme yasağı, kimlik kartlarında veya vizelerde başı açık fotoğraf zorunluluğu, mahkemelerde avukat, tanık veya sanık olarak bulunurken belli yasaklar gündeme gelmiştir. Mahkeme birkaç istisna dışında konuyu din özgürlüğü (md. 9) üzerinden değerlendirmektedir. Yurttaşlara kamusal alanda getirilen yasaklarda ölçülü olmayan müdahaleler hakkında ihlal kararı vermişse de (Ahmet Arslan vd. kararı, 23.1.2010; Hamidović v. Bosna-Hersek, 5.12.2017; Lachiri v. Belçika, 18.9.2018) genel eğilim bu konuda devletlerin takdir marjının geniş olduğu gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğu veya ihlal bulunmadığı yönündedir. Türkiye'yle ilgili en fazla başvuru öğrenci sınırlandırmalarına ilişkin olmuştur. Örneğin üniversite öğrencilerine ilişkin Leyla Şahin kararı, 10.11.2005; lise öğrencilerine ilişkin Köse vd. kararı, 24.1.2006. Leyla Şahin kararı üzerinden AİHMin bu yaklaşımını eleştiren bir çalışma için bkz. Kerem Altıparmak, ve Onur Karahanoğulları, "Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin v. Türkiye, AİHM v. Hukuk, Düzenleyici İşlem v. Kanun", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, 3, (2004), s. 249-276. Kamu görevlilerine ilişkin Türkiye'yle ilgili en önemli karar ise başörtüsüne izin verilmeyen bir öğretim üyesinin yaptığı başvurudur. Mahkeme, başkalarının hak ve özgürlüğünün korunması amacı ve bu konuda devletlerin takdir marjına dayanarak başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Kurtulmuş kararı, 24.1.2006.

23 Memura başörtüsü nedeniyle verilen disiplin cezasının hukuka uygun olduğuna ilişkin bir karar için bkz. 8. Daire, E.1998/5912, K.2000/4951, 27.6.2000. Öğrencilere başörtüsü nedeniyle verilen disiplin cezalarına ilişkin çok sayıda dava örneği için bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 332 vd. Danıştay'ın bu yaklaşımı 2010'dan itibaren değişmiştir.

zuattaki sınırlandırmalar kaldırılmış, geçmişteki sınırlandırmalarla ilgili olarak da Anayasa Mahkemesi çeşitli başvurularda ihlal kararı vermiştir.[24] Kamu görevlilerinin dini işaretler taşımalarına ilişkin sınırlandırmalar değerlendirilirken; o dinin veya işaretin tarafsız görünüm açısından konumu ve radikal bir nitelik taşıyıp taşımadığı, başkalarının özgürlükleri üzerinde bir baskı unsuru haline gelip gelmediği dikkate alınmalı ve bu açılardan makul nedenler yoksa ölçüsüz olduğu ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kabul edilmelidir.[25] Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili en önemli kararı olan B.S. kararında ifade ettiği gibi, bu değerlendirmede dini anlamda da çoğulcu ortamın ve herkesin dini inancını ifade etme imkanının korunmasının demokrasi bakımından önemi de dikkate alınmalıdır. Kararda yönetmelikle getirilen kılık kıyafet sınırlandırmalarının hiçbirinin kanunilik şartını taşımadığı; "*başörtüsü kullanmasının saldırgan, başkalarının inançlarına müdahale eden nitelikte, baskıcı ve/veya tahrik edici olduğu ya da kendi inancını zorla dayatma amacı bulunduğu veya kurumsal işleyişi tahrip ettiği, birtakım karışıklıklara ve düzensizliklere neden olduğu*"na (par. 102) ilişkin hiçbir emare olmadığından bir zorunlu toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği belirtilmiş, cezanın ölçüsüz olmasına da dayanılmıştır. Mahkemenin bu değerlendirmesi özel hayat müdahalesi anlamında kanunla getirilmeyen ve genel yasak niteliğinde olan etek boyu, dar pantolon, sakal gibi sınırlamalar bakımından da geçerli olabilecektir.

Bunlar dışında, bazı maddelerde hizmetle doğrudan ilgisi olmayan eylemlerin de disiplin normu olarak düzenlendiği ve bu şekilde disiplin hukukunun özel hayatı kapsayabildiği görülmektedir. Bu tür hükümler uygulanırken ve yargısal denetimi yapılırken hizmetle dolaylı da olsa bir bağlantı bulunması ve kamu görevlisinin sıfatı ile yürüttüğü hizmetin mutlaka gözetilmesi gerekir.

Danıştay'ın önüne gelen bir davada arkadaşlarıyla piknik yaparken etraftaki lokanta işletmecileri ile tartışan polislerin eylemleri Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'nün 6. maddesinin B/5 bendinde yer alan "hizmet dışında resmi sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem ve davranışlarda bulunmak" kapsamında değerlendirerek ceza verilmiştir. Danıştay bu durumu şu şekilde değerlendirmiştir:

"*Disiplin kurallarının, temel olarak idarenin iç düzeninin korunması fonksiyonunu üstlendiği göz önüne alındığında, kamu görevlilerinin hizmet dışındaki özel hayatına yönelik fiillerinin memur disiplin hukukunun alanına girmesi için*

[24] Kamu görevinden başörtüsü nedeniyle çıkarılan B.S. başvurusu (2015/8491, 18.7.2018) Bir üniversite öğrencisinin başörtüsü nedeniyle ilişiğinin kesilmesi nedeniyle din özgürlüğü ve eğitim hakkının ihlal edildiği hakkında Sara Akgül kararı (22.11.2018, 2015/269), başörtülü avukatın mahkeme salonundan çıkartılmasının ayrımcılık yasağı ve din özgürlüğünü ihlal ettiği hakkında Tuğba Arslan başvurusu, 2014/256, 25.6.2014.

[25] Türkiye'deki başörtüsüne ilişkin hiçbir yasakların kanunla düzenlenmediği için kanunilik ilkesi bakımından da Anayasaya aykırı olduğunu belirtmek gerekir.

bu düzeni bozan, kamu hizmetinin iyi, objektif ve düzenli şekilde sunulmasını olumsuz şekilde etkileyen bir yönünün bulunması gerekmekte olup, hizmet dışındaki fiillerin kamu hizmetinin iyi, objektif ve düzenli şekilde sunulmasını olumsuz şekilde etkilediğinin veya emniyet personeline duyulan saygınlık ve güven duygusunu sarstığının somut olarak ortaya konulması gerekmektedir…. olayın tamamen davacının özel yaşantısına ilişkin olduğu, idarenin işleyişine etki eden ve idarenin iç düzenini etkileyen bir yönünün bulunmadığı görülmüştür". [26]

Kamu Denetçiliği Kurumu da evlilik dışı doğan çocuğunu idareye bildiren polise disiplin cezası verilmesine ilişkin işlem hakkında verdiği tavsiye kararında sırf özel hayat nedeniyle disiplin cezası verilmesinin özel ve aile hayatına saygı hakkına aykırı olduğu belirtilmiş; ayrıca "*hizmet dışında resmi sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem ve davranışlarda bulunmak" eyleminin torba bir hüküm olduğu ve İdarenin bu fiilin içerisini istediği şekilde doldurarak kişilere disiplin cezası verdiği gözetildiğinde Anayasamızın özünü oluşturan "belirlilik" ilkesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında üzerinde durulan "yasallık" ilkesine aykırı olduğu*" belirtilmiştir.[27]

Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bir bireysel başvuruda ceza infaz kurumunda memur olan kadın başvurucunun, "Silivri'de bir bayan gardiyanın aşk maceraları" başlıklı görüntünün internette yayıldığı duyumu üzerine eylemi "memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" olarak değerlendirilmiş ve kamu görevinden çıkarılmıştır. Mahkeme değerlendirmesinde "*özel hayat kavramının salt mahremiyet alanına işaret etmeyip, bireylerin özel bir sosyal hayat sürdürmelerini güvence altına almakta olduğu gerçeği karşısında, özellikle kamu görevlilerinin meslekî yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Bununla birlikte bu kişilerin de, diğer bireyler için öngörülen sınırlamalarda olduğu gibi, asgari güvence ölçütlerinden istifade etmeleri gerekir*" dedikten sonra idare ve mahkemelerin görüntülerin lojmanda çekilmesi vurgusunu değerlendirmiştir: "*ilgili disiplin kararları ve yargısal karar gerekçelerinde lojman olarak tahsisli bir konut olduğu vurgusu yapılsa da,*

[26] DANIŞTAY 5. DAİRE, E. 2016/17558, K. 2018/18298, T. 13.12.2018. Yine bir başka kararda aynı norma göre verilen bir ceza "hizmet dışında özel yaşamına ilişkin olan M.B ile ilişkisinin ve annesinin lojman sakinleri ile tartışmasının bir disiplin suçu olarak değerlendirilmesinin Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca "özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı"nın ihlali " olarak nitelendirilmiş (5. DAİRE, E. 2016/17588, K. 2018/15468, T. 12.9.2018); iki polis arasındaki bir telefon görüşmesi üzerine aynı norma dayanarak verilen disiplin cezasının özel hayatın ihlali olduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur. (5. DAİRE, E. 2016/19861, K. 2018/14359, 21.5.2018)

[27] KDK, Başvuru No: 2015/3362, 04.12.2015. Kararın konusuna ilişkin çok benzer bir dava açılıp dava, 12. Daire'nin, E. 2010/7553, K. 2011/6177, T. 23.11.2011 tarihli onama kararıyla sonuçlanmıştır. Dikkat çekici olan, 12. Daire'nin sonraki tarihli kararlarından farklı olarak bu karardaki dayanağı özel hayatın korunması değil, evlilik birliği kurma niyetidir: "birlikte yaşadığı ve koruması altında çocukları olduğu anlaşılan kadınla ve çocuklarıyla yasal bir aile kurmaya çalışan davacının, bu kadının ve çocuklarının zarar görmesine yol açacak şekilde disiplin cezasıyla cezalandırılmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır".

başvurucunun mahremiyet alanında cereyan eden ve rızası ile alenileştirildiğine dair bir bulgunun saptanmadığı özel yaşam eylemlerine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır". Mahkeme, bu gerekçelerle söz konusu müdahalenin Anayasa'nın 10., 20. ve 38. maddelerinde tanınan hakları ihlal ettiğine karar vermiştir.[28]

Kamu görevlilerinin işyerlerinde kamera ile izlenmesine yönelik düzenlemeye ilişkin açılan bir davada konuyla ilgili AİHM kararlarına da atıfla "özellikle kişilerin iş yerinde ve çalışma ortamında yani kamusal bir alanda bulunsa da, özel hayatın profesyonel aktiviteler ve dış dünya ile ilişkileri de kapsayan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "sosyal özel hayat" olarak adlandırdığı bir alanı da kapsadığı ve bu alanın da korunması gerektiği, kamera sistemleri ile kişilerin sosyal özel hayatlarının izlenmesinin "ciddi bir müdahale" olarak kabul edilmesi gerektiği, kişilerin güvenliği veya işverenin hakları başka yollarla korunamıyorsa ancak son çare olarak kamera sistemlerinin kişilerin çalışma alanlarını görecek şekilde kurulmasının kabul edilebilir olacağı tespitlerine yer verilmiştir".[29] Danıştay söz konusu kararında yasal dayanak yokluğu, izlemenin kapsamının genişliği ve yeterli güvence sağlanmaması gibi gerekçelerle özel hayata ölçüsüz ve yasal olmayan bir müdahale olduğundan düzenlemenin iptaline karar vermiştir.[30]

Kamu görevlilerinin haklarının sınırı bakımından bir diğer tartışma da sendikal haklara ilişkindir. Sendikal haklardan toplu sözleşme hakkı 2010 Anayasa değişikliğiyle tanınmış olmakla birlikte, grev hakkı hala tanınmamıştır. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 26. maddesine göre, "Devlet memurlarının kamu hizmetlerini aksatacak şekilde memurluktan kasıtlı olarak birlikte çekilmeleri veya görevlerine gelmemeleri veya görevlerine gelip de Devlet hizmetlerinin ve işlerinin yavaşlatılması veya aksatılması sonucunu doğuracak eylem ve hareketlerde bulunmaları yasaktır." Kamu görevlilerinin grev hakkı bulunmamasına karşılık, sendikaların işe gelmeme çağrısına uyarak işe gelmemeleri durumunda disiplin cezası verilmesinin Anayasaya ve AİHS'e uygun olup olmadığı konusunda hem Danıştay, hem Anayasa Mahkemesi'nin önüne çok sayıda başvuru/dava gelmiştir.

Kamu görevlileri bakımından genel grev yasağı devam etmekle birlikte bu konuda AİHM'in verdiği Karaçay v. Türkiye kararının[31] "ilginç" sonuçları olmuştur. AİHM söz konusu kararda grev çağrısına uyan kamu görevlisine uyarma disiplin cezası verilmesinin caydırıcı etkisine vurgu yaparak ihlal kararı vermiştir

---

28 K.Ş. başvurusu, Başvuru no: 2013/1614, 03.04.2014. Daha sonra verilen çok benzer bir karar için bkz. SERAP TORTUK başvurusu**,** Başvuru no. 2013/9660, 21/1/2015, R.G.: 3/6/2015-29375.

29 Atıf yapılan AİHM kararları: Antovic ve Mirkovic v. Sırbistan ve Karadağ (Başvuru No. 70838/13) ve Lopez Ribalba ve Ötekiler v. İspanya (Başvuru No. 1874/13).

30 10. DAİRE, E. 2015/2696, K. 2018/776, T. 20.2.2018.

31 Başvuru No: 6615/03, 27.3.2007. Benzer bir karar için bkz. Kaya ve Seyhan - Türkiye kararı (Başvuru no. 30946/04, 15.09.2009).

ve bu bakımdan tüm benzer durumlara uygulanabilir nitelikte bir karardır. Bu karardan sonra Anayasa Mahkemesi de benzer bir yaklaşımla disiplin cezası verilmesi yoluyla sendikal haklara müdahale edilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiş[32] ve sonrasında çok sayıda kararında bu içtihadını sürdürmüş; Danıştay da bu konudaki içtihadını değiştirmiştir.[33] Bu konuda da başka bazı örneklerde olduğu gibi,[34] mevzuat AİHS'e uygun hale getirilmemişse de mahkemelerce yaratılan "fiili durum"la meselenin AİHM'in önüne gidilmeksizin "çözülmesi" yolu tercih edilmiştir. Bu durum, hukuk sistemi açısından ciddi riskleri içermektedir. Her şeyden önce sendikal bir hak olan grev hakkı[35] hala mevzuatta tanınmadığı gibi mahkemenin içtihadında bir dönüşüm olması ile bu uygulama ortadan kalkabilecektir. Keza Danıştay 2019 yılında verdiği bir kararında 2013 Haziran'ında Eğitim-Sen'in "İnsanca Yaşam, Güvenceli İş ve Gelecek" talebiyle işe gitmeme çağrısına uyarak işe gitmemesi nedeniyle disiplin cezası verilmesi kararının hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Mahkemenin gerekçesi şu şekildedir: "*kamu görevlilerinin ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin iyileştirilmesi amacını taşıyan eylemlerin AİHS'nin 11. maddesi kapsamında korunması gerekmekle birlikte, sendika kararı bulunsa dahi, yukarıdaki amaçları gerçekleştirmeye yönelik olmayan eylemlerin AİHS'nin 11. maddesi kapsamında korunması gereken haklardan olmadığı"… "bir kamu görevlisinin hangi faaliyetlerin sendikal faaliyet kapsamında olduğunu ayırt etme becerisine sahip olması gerektiği açık olup, uyuşmazlık konusu olayda davacının görevine gelmeme nedeninin, Gezi Parkı eylemlerini desteklemek ve Gezi eylemcileri ile dayanışma sağlamak olduğu hususu sabit olup, kamu görevlilerinin, ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin ve bu kapsamda özlük ve parasal haklarının, çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi amacını taşımayan*" eylem olduğu için sendikal hak kapsamında değildir.[36] Diğer yandan, her kamu görevlisinin grev hakkının kapsamı aynı olamayacağından mahkemelerin bu konuda adeta norm koyar gibi kriterler geliştirilmesi gibi bir durum ortaya çıkabilecek ve birbirinden farklı kararlar verilebilecektir. Yakın tarihli bir bireysel

[32] Tayfun Cengiz başvurusu, Başvuru No: 2013/8463, 18/9/2014, R.G.: 4/12/2014-29195.

[33] İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2013/4031, K. 2014/975, T. 20.3.2014; 12. Daire, E. 2012/11200, K. 2016/698, T. 16.2.2016; 12. Daire, E. 2016/2488, K. 2016/5547, T. 29.11.2016; 12. Daire, E. 2016/5722, K. 2016/5443, T. 29.11.2016.

[34] Bunun tipik örneği evlenen kadının soyadı örneğinde yaşanmıştır. AİHS'e açıkça aykırı olan Medeni Kanun 187. Maddesi hala yürürlükte olmasına ve nüfus memurluklarınca uygulanmasına karşılık Anayasa Mahkemesi 90. maddeye göre "zımnen ilga" edilen bu hükmün uygulanma kabiliyeti olmadığına hükmettiğinden (AYM, 2013/2187, par. 14) mahkemeler Medeni Kanun'u ihmal ederek evli kadınların kendi soyadını taşımasına hükmetmektedir.

[35] Doktrinde kamu görevlilerinin iş bırakmalarının grev hakkı olarak nitelenmemesi gerektiğini belirten yazarlar olmuştur. Bunun gösterilen en önemli nedeni grev hakkına karşılık lokavt hakkının gündeme gelebilmesi ve yasada grev hakkının tanınmamış olması nedeniyle bir sendikal faaliyet olarak iş bırakma kavramının bir ölçüde güvence getirmesidir. (Bu yönde Ahmet Canbolat, "Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sendikal Faaliyet Kapsamında İş Bırakması", *TAAD*, Yıl: 11, Sayı: 40, s. 118-119; Beyoğlu, 84).Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi de grev hakkına dayanılan başvurularda açıkça grev hakkı kanunda tanınmadığından iş bırakma ifadesini tercih etmektedir.

[36] 12. Daire, E. 2015/2177, K. 2019/1344, T. 26.2.2019, KİBB.

başvuru kararında TCDD çalışanlarının iş bırakma eylemi nedeniyle disiplin cezası verilmesine ilişkin başvuruda ihlal kararı vermemesinin nedeni, trenin önüne oturma eylemi yapıldığından konunun toplantı gösteri yürüyüşü hakkının sınırları içinde değerlendirilmesidir.[37] Ayrıca, konuyla ilgili bir düzenleme yapılmadığı için hukuki belirlilik konusunda da önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, doktrinde de ifade edildiği gibi, "kamu görevlileri arasında bir ayrım gözetilerek, aksaması halkın tamamının veya bir bölümünün yaşamını, güvenliğini veya sağlığını tehdit edecek "temel kamu hizmetleri" gören kamu görevlilerine grev kısıtlaması getirilmesi daha uygun olacaktır".[38]

Kamu görevlilerinin haklarının sınırı bakımından ifade özgürlüğü ile yakın ilişkisi olan örgütlenme ve toplantı-gösteri yürüyüşü hakkı da tartışma konusu olabilmekte, bazen bu haklar iç içe geçebilmektedir. Örneğin bir bakanın telekonferansla katıldığı bir panelde 4+4+4 sistemini protesto eden Eğitim-Sen üyesine protestosu nedeniyle kurumun huzur, sükun ve çalışma düzenini bozma gerekçesiyle disiplin cezası verilmesi işlemi idari yargıda iptal edilmemişse de Anayasa Mahkemesi bu işlemin örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.[39]

Kamu görevlilerinin hak ve özgürlüklerinin sınırının kamu görevlisi olmayanlara göre farklı bir biçimde çizilmesi her şeyden önce bir eşitlik ilkesi üzerinden tartışılmalıdır.[40] Buna göre, kamu görevlilerinin hak ve özgürlüklerinin diğerlerine göre daha dar çizilmesi için makul ve objektif bir haklı sebebin bulunması gerekir. Diğer yandan, bu müdahalenin bu haklı sebep gözetilerek ölçülü olması ve demokratik bir toplumda zorunlu bir ihtiyaca cevap veren gerekli bir müdahale olması gerekir.

II. Devlet Memurları Kanunu'nda Yer Alan Disiplin Hükümlerinde İfade Özgürlüğü

Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü son yıllarda diğer haklara göre daha fazla tartışma konusu olmaya başlamıştır. Bunun en önemli nedeni sosyal medya[41] kullanımının yaygınlaşması ve medyanın teknolojik gelişmelere paralel olarak dönüşmesidir. Hatta bu dönüşümün etkisiyle kamu görevlilerinin sosyal medya üzerinden yaptıkları açıklamaların niteliği pek çok ülkede hukuk gündeminde

---

37 Tonguç Özkan vd. kararı, 2015/1261, 26.9.2919, RG: 6.11.2019. Aynı sendikanın iş bırakma çağrısına uyarak TCDD çalışanlarınca yapılan başka bir başvuruda ihlal kararı vermiştir. İsmail Aslan vd. başvurusu, 2013/7197, 8.9.2015.

38 Cem Ümit Beyoğlu, "*AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı*", **TBB Dergisi,** 2018 (135), s. 91.

39 Veysel Kaplan başvurusu, 2015/13524, 26.9.2019, RG. 6.11.2019/30940.

40 Turan Yıldırım, "*Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih*", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, 2018, s. 471.

41 Facebook, twitter, instagram vb. sosyal ağlar ile grup paylaşımı içeren whatsup benzeri uygulamaların medya kapsamında mı olduğu, yoksa içerik üretimi sayılmayacağı için sosyal ağ olarak nitelendirilmesi gerektiği konusunda çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Çalışmada sosyal medya terimi bunların tamamını kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

yerini almıştır.[42] Diğer yandan, Türkiye'de bireysel başvuru yolunun açılması ve AİHM'in önüne gelen farklı başvurularla içtihadının değişmesi ve çeşitlenmesi de bu konudaki davaların sayısının artmasında bir başka faktör olmuştur. Bu davaları diğer hak ve özgürlüklerle ilgili davalardan ayrıştıran bir unsur da ifade özgürlüğünün AİHS 10/2'de belirtildiği üzere aynı zamanda belli görev ve sorumlulukları da içermesi[43] ve kamu görevlileri bakımından bu görev ve sorumlulukların diğer kişilere göre nasıl çizileceğinin belirlenmesi gereğidir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun disiplin cezalarına ilişkin çeşitli hükümlerinde ifade özgürlüğünün kullanılmasını sınırlandırabilecek nitelikte hükümler bulunmaktadır. Kamu görevlilerinin farklı bir hukuki rejime tabi olması olağan olsa da, kamu görevlilerinin de ifade özgürlüğünden faydalandığı dikkate alınmalı ve ifade özgürlüklerinin sınırı Anayasa'nın 13. maddesi doğrultusunda çizilmelidir. Bu doğrultuda bir müdahale, kişinin yürüttüğü kamu görevi, ifadelerin niteliği, ifadenin söylendiği bağlam, ifadenin kamu hizmeti ile ilişkisi ve etkisi de dikkate alınarak ölçülü ve demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır. AİHM ve AYM kararlarına yansıyan davalarda en önemli kriter müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması, bir başka deyişle bir toplumsal zorunluluğa karşılık gelmesidir. Ayrıca, disiplin hukuku özelinde sınırlandırmanın yasallık kriterini taşıyıp taşımadığı da değerlendirilmelidir.

657 sayılı Kanun'da ifade özgürlüğünü sınırlayabilecek düzenlemelerden bazıları "Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak" (125/A-e), "Kurumların huzur, sükün ve çalışma düzenini bozmak" (125/B-l) ve (E-a) "İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükün ve çalışma düzenini bozmak", "Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak" (125/D-ı), "Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak" (125-B/d) örneklerinde olduğu gibi geniş kapsamlı hükümler olabileceği gibi "siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri[44], afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek" (125/E-b) örneğinde olduğu gibi doğrudan ifade özgürlüğüne ilişkin olabilmektedir.

Disiplin normlarında karşımıza çıkan birinci mesele, normların önemli bir

---

42 Lorenz Langer, "*Staatliche Nutzung von Social Media-Plattformen*", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2014, s. 946-959.

43 Bu konuda bir çalışma için bkz. Abdi Sağlam, "*AİHS'ye Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı*", **TAAD**, Yıl:7, Sayı:25, s. 89 vd.

44 Yükseköğretim Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nde yer alan yükseköğretim kurumlarında "izinsiz bildiri dağıtma" disiplin suçuyla ilgili Danıştay Sekizinci Dairesinin 30104/2014 günlü, E:2013/11920 sayılı kararıyla ifade özgürlüğüne dayanarak yürütmenin durdurulmasına karar verdiğini, İdari Dava Daireleri'nin itirazı bu hüküm bakımından E. 2014/843 ve 3.11.2014 tarihli kararıyla reddettiğini, ancak daha sonra 8. Daire'nin 29.11.2018 tarihli ve 2013/11920, 2018/7538 sayılı kararıyla aynı Dairenin hükmü iptal etmediğini de not etmek gerekir.

kısmının çok eski olması ve buna bağlı olarak Anayasa değişiklikleri veya uluslararası standartları gözetmeyen bir niteliğe sahip olmasıdır. Disiplin hukukunda çerçeve hüküm veya belirsiz kavramların kullanılması özellikle bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması sonucunu doğuruyorsa önemli sakıncaları içerebilmektedir. Doktrinde bazı yazarlarca disiplin suçları bakımından kanunilik ilkesinin disiplin cezaları kadar katı bir ilke olmadığı ve disiplin suçlarının yönetmelikle de düzenlenebileceğine ilişkin görüşler ileri sürülmüşse de,[45] Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, 38. maddesinin 1. ve 3. Fıkralarında düzenlenen suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, 13. maddesinde yer alan kanunilik koşulu ile kamu görevlilerine ilişkin 128/2 hükmü[46] bir arada ele alındığında disiplin suçlarının da kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Son yıllarda Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan güvencelerin hem disiplin suçları, hem de disiplin cezaları bakımından uygulanması gerektiğinden hareketle kanunilik ölçütünü daha katı biçimde uygulamaktadır.[47] Bu bakımdan, disiplin suç ve cezalarının kanunla belirlenmesi gerekmekle birlikte, kanunilik ilkesinin çerçeve hükümlere veya kıyasa engel olup olmadığı da bir başka meseledir. Bu konuda 125. maddede yer alan "yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir" hükmü bu bakımdan değerlendirilmeye muhtaçtır. İleride de değinileceği gibi, uyarma ve kınama gibi ve doğrudan bir temel hak ve özgürlüğü sınırlandırmayabilecek disiplin cezalarına karşılık gelen eylemler çerçeve hükümlerle ifade edilebilecekse de meslekten çıkarma gibi çalışma hakkına önemli bir sınırlama getiren disiplin suçlarında Anayasa'nın 13. maddesi gereği kanunilik ilkesinin katı biçimde uygulanması gerekecektir.

İfade özgürlüğünün sınırlarında kamu görevlisinin yürüttüğü kamu hizmetinin niteliği ve potansiyel etkisi de önem taşır. Bu konuda en ayırt edici kamu hizmetlerinden biri çocukların eğitilmesi konusunda objektif görüntünün özel öneme sahip olduğu ve hizmet sunulanın çocuk olması nedeniyle farklı bir etki potansiyelini, kendi görüşlerini aşılama riskini içeren eğitim kamu hizmetidir. Danıştay, bir kararında bir öğretmenin sınıf ortamında ''Ben kürdüm ve aleviyim, beni yok sayamazsınız, andımızı okumak zorunda değilim.'' ve ''Din dersi zorunluluğunun kaldırılması için Ankara'ya gideceğim, herkesin kendi dinini seçmeli ders olarak alması gerektiği, kendi kızının da din dersi görmesini istemediği''

[45] Ali Ulusoy, **İdari Yaptırımlar**, s. 86 vd.; Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, *C. II,* 2. Baskı, s. 763-764.

[46] Anayasa Mahkemesi bu hüküm ekseninde inceleme yapmamışsa da kanımızca maddede yer alan kamu görevlilerinin "hakları ve yükümlülükleri"nin kanunla düzenleneceğine ilişkin ibare disiplin hukukunu da içerecektir. Disiplin normları bir yandan kamu görevlilerinin haklarının sınırını çizmek, diğer yandan yükümlülüklerini belirlemek gibi bir işleve sahiptir.

[47] Bu konuda bazı örnekler için bkz. Yükseköğretim Kanunu'nun 53. Maddesinin iptaline yönelik E. 2014/100, K. 2015/6 sayılı kararı ile Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 83. Maddesinin iptaline yönelik E. 2015/85 ve K. 2016/3 sayılı kararı ve TRT Kanunu'ndaki disiplin hükmünün iptaline yönelik E. *2016/182, K. 2017/111, 14.6.2017 sayılı kararı.*

şeklinde sözler söylemesi üzerine verilen disiplin cezası hakkında açılan davada Danıştay, "öğretmen olan davacının etki ettiği kitlenin öğrenci oluşu, kullanmış olduğu ifadelerin ise bu kitle üzerindeki etkisi düşünüldüğünde, bu ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmadığı"na karar vermiştir.[48] Öğretmenler özelindeki bu yaklaşım özellikle sınıf ortamında ayrımcı, dışlayıcı söylemler ya da nefret söylemi veya öğrencilerin siyasi anlamda endoktrine edilmesi anlamına gelecek, belli bir şekilde davranmaya zorlayacak, öğrencilerin özgürlüklerini ya da kendi görüşlerini oluşturma iradesini ortadan kaldırabilecek söylemler açısından geçerli olabilecektir.

Bununla birlikte, öğretmenlerin sınıf dışında siyasi faaliyetlere katılmalarının bu kapsamda bir sınırlandırmaya yol açmaması gerekecektir. AİHM'in kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü ve bununla bağlantılı olarak örgütlenme özgürlüğü açısından en önemli kararı olarak nitelenebilecek Vogt kararı da bir öğretmene ilişkindir.[49] Daha önce Ahmed vd. v. Birleşik Krallık davasında da vurgulandığı üzere ifade özgürlüğüne ilişkin temel ilkelerin devlet memurları için de geçerli olduğunu belirten Mahkeme'ye göre,

"konumları gereği devletin bu kişilere mahremiyet zorunluluğu getirmesi meşru ise de sonuç olarak bu kişiler de birey olarak Sözleşmenin 10. maddesinin sağladığı güvencelerden yararlanırlar. Bu durumda AİHM'nin, her davanın kendine özgü koşullarını dikkate alarak, bireyin ifade özgürlüğüne ilişkin temel hakkı ile demokratik bir devletin, kamu hizmetinin 10/2 maddesinde sayılan amaçları yerine getirmesini gözetmek şeklindeki meşru çıkarı arasında adil dengenin gözetilip gözetilmediğini denetlemesi gerekmektedir. AİHM bu denetimi yaparken, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda madde 10/2'de öngörülen görev ve sorumlulukların müdahalenin yukarıda sayılan amaçlarla orantılı olup olmadığını değerlendirmek için ulusal makamlara tanınan belli bir takdir yetkisini haklı kılan özel bir önemi olduğunu dikkate almaktadır" (Par. 53)

Olayda başvurucu bayan Vogt, Komünist Parti üyeliği ve siyasi parti faaliyetleri nedeniyle kamu görevinden çıkarılmıştır. Mahkeme, değerlendirmesinde anayasal düzene aykırı siyasi faaliyetleri olmadığını ve siyasi faaliyetlerini derslerine ya da öğrencilere yansıtmadığını vurgulamış (Par. 55) ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Karar, erken dönemde temel ilkeleri belirlemesi bakımından önemlidir.

İfade özgürlüğüne müdahaleler çok çeşitli şekilde olabilecekse de çalışmada siyasi faaliyetler ile tarafsızlık ve sadakat kavramı arasındaki özsel ilişki nedeniyle bu kapsamda olabilecek davalar ile siyasi faaliyetlerin önemli bir görünümü

---

48 12. Daire, E. 2015/1109, K. 2018/3615, T. 4.10.2018.

49 Vogt v. Almanya, 17851/91, 26.09.1995.

haline gelebilen sosyal medya kullanımı ve son olarak kamu görevlilerinin haber uçuran olmasına ilişkin norm ve davalar ele alınmıştır.

a. Sadakat Yükümlülüğü, Tarafsızlık ve Devlete Bağlılık

Kamu görevlilerini ifade özgürlüğü açısından ayırt edici kılan en önemli özellikleri, kamu görevlilerinin bağlı oldukları kurumun (Devletin) temsilcisi olarak taraflı davranması veya bu tür bir intiba yaratması ihtimalinin sakıncalarıdır. Ancak, bu noktada tarafsızlıkla bağlantılı olarak kullanılagelen sadakat (*Loyalität*) ile bağlılığın (*Treuepflicht*) farklı iki anlama sahip olduğunu ve kamu görevlilerinin devlete sadakat yükümlülüğünden bahsedilemeyeceğini belirtmek gerekir. Sadakat, bağlılıktan daha yoğun bir ilişkiyi ifade eder ve itaat ilişkisini çağrıştıran bir anlama sahiptir. Bir hukuk devletinde itaat edilmesi gereken esas değer ise anayasa başta olmak üzere hukuk normlarıdır ve ancak devletin hukuk düzenine sadakatten bahsedilebilir; devlete sadakat ifadesi Anayasa'nın 137. maddesinde yer alan "Kanunsuz Emir" hükmü de dikkate alındığında hatalı bir ifadedir. Zaten pozitif hukuk da bunu destekler biçimdedir: Devlet Memurları Kanunu sadakati ve devlete bağlılığı ayrı iki maddede düzenlenmiştir. 6. maddeye göre, "Devlet memurları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına sadakatla bağlı kalmak ve milletin hizmetinde Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını sadakatla uygulamak zorundadırlar". "Tarafsızlık ve devlete bağlılık" başlıklı 7. maddeye göre ise, "Devlet memurları siyasi partiye üye olamazlar, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamazlar; görevlerini yerine getirirlerken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar; hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamazlar ve bu eylemlere katılamazlar". Bu yasakla bağlantılı olarak Kanun'un 125. maddenin (D)-o bendinde "*Herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak*" da disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Maddenin içeriğinin son derece geniş olması hükmün siyasi ifade özgürlüğü ve siyasi partiler dışında genel anlamda örgütlenme özgürlüğü açısından tartışılmasını gerektirecek niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un benzer bir düzenlemeyi içeren 25. maddesi[50] hakkında verdiği ret kararında "Başkanlık personelinin tarafsızlıkları konusunda kuşku uyandıracak her türlü siyasi faaliyetten uzak kalmalarını sağlamak amacıyla ihdas edilen kuralın zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı açıktır. Bu nedenle kuralla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama ölçüsüz olmadığı gibi demokratik

[50] "Siyasetle ilgilenme: Madde 25- (1) Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluşunun her derecesinde görev alan personel, Memurin Kanununun hizmetliler için yasak ettiği siyasi faaliyetten başka, dini görevi içinde veya bu görevin dışında, her ne suretle olursa olsun, siyasi partilerden herhangi birini veya onların tutum ve davranışını övemez ve yeremez. (2) Bu gibi hareketleri tahkikatla sabit olanların, ilgili ve yetkili mercilerce işine son verilir."

toplum düzeninin gerekleriyle de çelişmemektedir" gerekçesine yer vermiştir.[51] Başkanlık personelinin dini bir görevi yerine getirmesi nedeniyle siyaset yasağının daha geniş tutulması mümkündür.

Bir BİM kararında halkoylamasına ilişkin olarak sosyal medyada paylaşılan "*17 Nisan günü savaşı kazanınca, bunların karıları ve kızları GANİMET olarak EVETçilere HELALDİR*" ifadelerinin ifade özgürlüğü sınırını aştığına ve siyasi parti yararına veya zararına faaliyette bulunma kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar verilmiştir.[52] Gerçekten de, bu ifadeler şiddeti teşvik (hatta TCK anlamında halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu) niteliğinde olduğundan ifade özgürlüğü kapsamında değildir. Başka bir BİM kararında da kamu görevlisinin seçimler öncesinde kişisel facebook hesabından belli bir partiye oy vermek gerektiğine ilişkin ya da bir partinin uygulamalarını kötülemeye yönelik sözler de bu kapsamda değerlendirilmiştir.[53] Bir başka BİM kararında ise oğlu adına açılmış ve kendi telefonuyla bağlantılı olduğu için kendisi tarafından kullanıldığı ileri sürülen sosyal medya hesabından cumhurbaşkanı aleyhine paylaşımların "siyasi parti zararına faaliyet" kapsamında kabul edilemeyeceğine karar vermişse de söz konusu eylemin disiplin suçu olduğuna işaret etmiştir.[54] Söz konusu kararda öncelikle facebook hesabının kamu görevlisi oğlu adına olması nedeniyle cezaların şahsiliği ilkesi bakımından bir sorun bulunmaktadır. Diğer yandan, hesabı kişinin kendisinin kullandığı varsayıldığında da ifade özgürlüğü bakımından esas sorun, bir kamu görevlisinin kendi adına olmayan veya anonim bir hesaptan yaptığı paylaşımların bu madde kapsamında ya da genel olarak disiplin hukuku kapsamında görülüp görülemeyeceğidir. Kamu görevlilerinin siyasi parti üyelik yasağı ve bir siyasi parti lehine ya da aleyhine fiilen faaliyette bulunma yasağının arkasında yatan amaç, tarafsız görünümün korunmasıdır ve başka bir isimle veya anonim olarak yaptığı paylaşımların tarafsız görünümü zedeleme ihtimali yoktur. Aksi bir yorum, kamu görevlilerinin anonim olarak dahi siyasi ifadelerde bulunması yasağı gibi ölçüsüz ve hakkın özüne dokunan bir müdahaleyi içerecektir. Diğer yandan, cumhurbaşkanı ya da bir bakan bir siyasi partiyi temsil etmesine karşılık bir idari uygulamanın eleştirilmesi siyasi parti aleyhine faaliyet olarak yorumlanmamalıdır. Bu tür bir yorum parti ile devlet arasında bir özdeşlik kurulması

---

51 E. 2016/7, K. 2017/171, 13.12.2017, RG: 17.1.2018/30304, par. 24. Karara karşıoy yazan üç üyeye göre Anayasa'nın 136. Maddesi karşısında tarafsızlığı sağlamak üzere bu tür bir sınırlandırma elverişli olmakla birlikte orantılı değildir: "Yetkili merciye, fiilin ağırlığına, failin konumuna, fiilin etkisine, görev içinde veya dışında olup olmadığına bakmadan ve herhangi bir kademelendirme yapılmadan bu ağır yaptırımı (işine son verme-ÇS) uygulama yetkisi veren kuralın, ifade özgürlüğüne ölçülü bir sınırlama getirdiği söylenemez". (Karşıoy, par. 14)

52 İstanbul BİM, 2. İDD, E. 2018/2927 K. 2019/829 T. 24.4.2019.

53 Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2017/1213 K. 2017/1590 T. 14.11.2017. Bu paylaşımlar doğrudan amblemle evet pusulası şeklinde olabildiği gibi siyasi bazı değerlendirme veya tepkileri içerenler de vardır. Mahkeme tüm ifadeler ve fotoğraflar için toptan bir değerlendirme yapmışsa da kriter geliştirebilmek ve gerekçelilik açısından hangi ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında olduğunun veya olmadığının ayrı ayrı değerlendirilmeleri gerekir.

54 İzmir BİM, 2. İDD, E. 2017/7770, K. 2017/8158, 13.12.2017.

ve devletle ilgili siyasi hiçbir söz söylenemeyeceği gibi bir sonuca yol açacaktır. İleride değinileceği üzere, bu disiplin suçunun tamamen siyasi ifade yasağı olarak yorumlanması ifade özgürlüğünün ihlaline yol açabilecektir.

Uygulamada devlet aleyhine ifadelerin dahi siyasi parti yararına/zararına faaliyet olarak nitelenebildiği görülmektedir. Örneğin bir davada bir öğretmenin "*Soma'da madencinin, sınırda kürdün, cemevinde alevinin, sokakta vatandaşın katili devlettir*" şeklinde sosyal medya paylaşımı bu madde kapsamında kabul edilerek ceza verilmiş ve ilk derece mahkemesi tarafından dava reddedilmiş; istinaf aşamasında eylemin bu kapsamda nitelenemeyeceği gerekçesiyle bozulmuştur.[55] Yine başka bir olayda eylem son derece geniş yorumlanarak terör örgütü üyelerine ait resimlerin önünde fotoğraf çektirme ve bu fotoğrafları sosyal medyada paylaşma eylemini siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak olarak nitelenmiş; istinaf aşamasında ise eylemin aynı Kanunun 125-B/d maddesinde yer alan "Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak" fiili kapsamında kaldığı sonucuna varılmıştır.[56]

Maddenin uygulamadaki kapsamı hakkında ilginç bir örnek, bilgisayar işletmenliği yapan bir memurun (Zeki Çınar) Partizan isimli grubun pikniğinde oy kullanmama çağrısı içeren pankartların önünde fotoğrafı bulunmasının "tüm siyasi partiler aleyhine faaliyette bulunma" olarak nitelenerek disiplin cezası verilmesidir. İlk derece mahkemesi işlemi söz konusu oluşumun bir parti olmadığı gerekçesiyle iptaline karar vermiş, Danıştay kararı bozmuş ve Anayasa Mahkemesi başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.[57] Mahkeme, gerekçesinde sırf pankart içeriği nedeniyle bu sonuca varılamayacağını ve başvurucunun mesleğini yürütürken siyaset yasağına aykırı hareket etmediğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi (daha sonra yasaklanan) bir siyasi partinin çağrısıyla yapılan basın açıklamasına katılan ve aynı zamanda bir sendikanın sekreteri olan öğretmen Hasan Güngör'ün başvurusunda kamu görevlilerinin siyasi özgürlükleri konusunda şu gerekçeye yer vermiştir: *"Serbest seçimlerin bulunduğu bir ortamda bireyin, gerek siyasi tercihlerini yapabilme amacının doğurduğu ihtiyacı gerek siyasal ve toplumsal olaylarla ilgili bilgi edinme merakı gözardı edilemez bir durumdur*" (par. 28 ve 53) Mahkeme, başvurucunun "*bu türden sınırlamalara tabi tutulmasını gerektirecek veya başka güvenlik tehdidi oluşturan bir görevde bulunmadığı, görevinde tarafsızlığını ihlal edici tavır ve eylemlerinin bulundu-*

[55] Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2017/1619, K. 2017/1499, 2.11.2017.

[56] Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2017/155, K. 2017/145 T. 23.2.2017. Olayda kişi hakkında terör örgütü propagandası nedeniyle açılan davada beraat kararı verildiğini, Mahkemenin eylemin disiplin suçu olarak nitelenebileceğine karar verdiğini de belirtmek gerekir.

[57] Zeki Çınar kararı, 2016/3585, 12.6.2019.

ğuna ilişkin olarak okul idaresinden yakınmalar olmadığı"nı da vurgulamış (par. 51) ve başvurucuya verilen disiplin cezası nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.[58]

Normun uygulandığı çok benzer bir olayda Danıştay daha sonraki tarihlerde Anayasa Mahkemesi ile aynı tutumu sergilemiştir. Olayda bir partinin yöneticilerinin katıldığı bir basın açıklaması sırasında orada bulunan kamu görevlisine "*organizasyondaki kişilerle sendika yöneticisi sıfatıyla tanışmış olduğu, bir başka iş için olay yerinde bulunduğu sırada önceden tanışmış olduğu bu kişilere selam verdiği ve sadece bir süre konuştuğu*" gerekçesiyle disiplin cezası verilmiş ve ilk derece mahkemesi davanın reddine karar vermiştir. Buna karşılık Danıştay, *"davacının salt basın açıklamasına katılma şeklinde gerçekleşen eyleminin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ''İfade Özgürlüğü" başlıklı 10. maddesi ile güvence altına alınan ve sınırları belirtilen ifade özgürlüğü hakkının kullanımı kapsamında olduğu, hakkın kullanılma düzeyi itibariyle de başkalarının haklarını ihlal etmediği ve "siyasi parti yararına fiilen faaliyette bulunmak" eylemi kapsamında değerlendirilmesine hukuken olanak bulunmadığı*"na karar vermiştir.[59]

Yine bir başka davada bir kamu görevlisine sendikaların da davet edildiği bir siyasi parti toplantısına sendika adına katıldığı ve "delege listesi" olarak nitelenen belgeye imza attığı gerekçesiyle aynı maddeye dayanılarak disiplin cezası verilmiş; idare mahkemesi davayı reddetmiş, Danıştay da bu kararı onamışsa da karar düzeltme aşamasında kararını değiştirmiştir. Mahkeme yine konuyla ilgili benzer şekilde Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarına atıf yapmış ve söz konusu listenin bir katılımcı listesi mahiyetinde olduğu ve davacının bir siyasi parti üyeliği de olmadığından bahisle kararın bozulmasına karar vermiştir.[60] Bu kararlardaki dönüşüm Danıştay'ın Anayasa Mahkemesi'nin içtihadını takip ettiğinin göstergesi olarak yorumlanabilecektir.

Danıştay aynı gün verdiği bir başka kararda da, kamu görevlisinin basın açıklamasına katılması nedeniyle disiplin cezası verilmesini ifade özgürlüğüne dayanarak iptal etmiştir: "*görevinde tarafsızlığını ihlal edici tavır ve eylemlerinin bulunduğuna dair olarak bilgi ve belgenin olmadığı gibi demokratik eğilim dışına çıkan, şiddet içeren eylemlerde bulunduğuna dair açık bir tespitin bulunmadığı gibi yapılan organizasyonun içeriğine dair olarak ayrıntılı bir tespitin de mevcut olmadığı, davacının salt basın açıklamasına katılma eyleminin, 657 sayılı Kanun'un 125/D-(o) maddesinde düzenlenen "siyasi parti yararına fiilen faaliyette bulunmak" eylemi kapsamında değerlendirilmesine hukuken olanak bulunmadığından davacının anılan eylemi sebebiyle disiplin cezası ile cezalan-*

[58] Hasan Güngör kararı, 2013/6152, 24.2.2016.
[59] 12. DAİRE, E. 2016/1803, K. 2018/408, T. 5.2.2018.
[60] 12. Daire, E. 2016/3449, K. 2016/6362, T. 13.12.2016.

dırılmasına dair işlemde ve bu işleme karşı açılan davayı reddeden idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır".[61]

Kamu görevlilerinin siyasi parti üyelikleri ve siyasi faaliyetlerine getirilen sınırlandırmalar özellikle bir siyasi parti ile devletin bütünleşmesini (parti devletini) önlemek bakımından önemli bir ihtiyaca karşılık gelir.[62] Diğer yandan bu tür sınırlandırmalarda muhalefet hakkının[63] da gözetilmesi ve idare ile siyasi iktidarı temsil eden siyasi parti arasındaki bağlantılar dikkate alınarak bu tarafsız görünüm adı altındaki uygulamaların her türlü muhalefeti baskılamak anlamına gelmemesi gerekir. Maddenin lafzı neredeyse tüm siyasi söylemleri ve eleştirileri içerecek kadar geniş yorumlanmaya elverişli biçimde kaleme alındığı için bazı sorunlara yol açmaktadır. Bazı bireysel başvuru kararlarında ve sonrasında Danıştay'ın tutumunda maddenin dar yorumlanması eğilimi bulunsa da hangi faaliyetlerin bu kapsamda olduğunun öngörülmesi son derece güçtür. Diğer yandan, Danıştay içtihadının değişmesi riski ile birlikte değerlendirildiğinde, bu hükmün caydırıcı etkisi de dikkate alınmalıdır. Kamu görevlilerinin tarafsızlığı ile siyasi görüşlerini oluşturma ve ifade etme araçlarına sahip olmaları arasında makul dengenin gözetildiği öngörülebilir düzenlemeler yapılmalıdır.

Türkiye'de önce 2007, sonra 2017 Anayasa değişiklikleriyle birlikte tarafsızlığa ve aslında tüm kamu personel rejimine ilişkin önemli bir dönüşüm yaşandığı da yapılacak değerlendirmelerde dikkate alınmalıdır. 2007 değişikliklerinden sonra halk tarafından seçilen bir kişi haline gelen, 2017'den itibaren siyasi parti üyesi olabilen ve yürütmeyi tek başına temsil eden güçlendirilmiş bir cumhurbaşkanı ile birlikte kamu personel rejiminin tarafsız görünümü de önemli ölçüde zedelenmiştir. Bu yeni durum, parti-devlet bütünleşmesine yol açma riskini içerdiğinden kamu görevlilerinin –paradoksal görünse de- hem siyaset yasağını, hem de muhalefet hakkını daha da önemli hale getiren bir unsurdur.

b. Sosyal Medya Kullanımı

Sosyal medya veya ağların kullanımının hızla yaygınlaşmasıyla birlikte yapılan paylaşımların disiplin hukukunun konusu olması ve bu bağlamda ifade özgürlüğünün sınırı sorunu önemli bir konu haline gelmiştir. Yukarıda değinilen tarafsızlık meselesi ile de bağlantılı olan bu sorun, özellikle siyasi içerikli paylaşımlar bakımından önemli tartışmaları beraberinde getirmiş ve son yıllarda bu konuda verilen disiplin cezaları ve açılan davalarda önemli bir artış yaşanmıştır.

61 12. Daire, E. 2013/319, K. 2016/6344, T. 13.12.2016.

62 AİHM de siyasi parti yasaklarının veya tarafsızlığı sağlamaya yönelik önlemlerin kategorik olarak devletlerin takdir marjında olduğunu kabul etmektedir. Bu konuda erken tarihli ve önemli bir karar Ahmed vd. v. Birleşik Krallık kararıdır. (no.22954/93, 02.09.1998) Ancak yukarıda değinilen Vogt kararı ile AİHM'in bu konuda ilkeleri daha netleşmiştir.

63 Kavramı ve Türkiye'deki durumu inceleyen bir çalışma için bkz. Bülent Algan, **Muhalefet Hakkı ve Türkiye'deki Görünümü**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Diğer yandan, sosyal medyadaki demeçlerin haber kaynağı haline de gelebilmesi nedeniyle sosyal medyayla bağlantılı özgürlükler basın özgürlüğü ile de ilişkili olabilmekte ve daha yoğun bir koruma gündeme gelebilmektedir.

Sosyal medya paylaşımlarının disiplin hukuku ile ilişkisi görevle bağlantılı veya bağlantılı olmayan farklı disiplin suçları bağlamında olabilmektedir. Amiri veya kurumuna ilişkin paylaşımları DMK'da belirtilen "Amirine veya maiyetindekilere karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareket" olarak nitelenebileceği gibi[64] daha genel nitelikli "Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak" gibi eylemler kapsamına da girebilecektir. Örneğin bir davada sosyal medya üzerinden yaptığı paylaşımda yer alan ve "görevinin niteliği ve konumu itibariyle ifade hürriyeti çerçevesinde eleştiri boyutunu aşan" ifadelerin ölçülülük ilkesi gözetilerek kademe ilerlemesinin durdurulması karşılığı olan "amirlerine, maiyetindekilere, iş arkadaşlarına ve iş sahiplerine karşı küçük düşürücü ve aşağılayıcı fiil ve hareket" olarak değil, uyarma cezası karşılığı olan "Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak" olarak kabulü gerektiğine karar verilmiştir.[65]

Sosyal medya üzerinden yapılan açıklamalar hizmet dışında işlenen bir fiil olduğundan disiplin hukukunda bu tür fiillerin cezalandırılmasının sınırı özel önem taşımaktadır. Yukarıda değinildiği üzere, 657 sayılı Kanun'un 124. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile ..." ibaresi tüm disiplin cezalarının amacını ifade eder niteliktedir. Disiplin normlarında yer alan hizmet dışında işlenebilen disiplin suçlarının mutlaka kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle bağlantılandırılabiliyor olması ve bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına yol açıyorsa ölçülülük, hakkın özüne dokunmama ve demokratik toplumda gerekli olma ölçütlerine uygun olması gerekir.

Bir öğretmenin sosyal medya hesabından genel seçimlere ilişkin olarak yaptığı "*Yüce kralımız saray hizmetlerinde kullanmak üzere 400 vekil siparişinde bulundu. Ne diyelim saraya hizmetkar gönderenler utansın*" ifadesi nedeniyle "devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak" hükmü uyarınca uyarma cezası verilmesine ilişkin işlemi iptal eden ilk derece mahkemesi kararını bozarak davanın reddine karar veren Bölge İdare Mahkemesi bu tür bir açıklamanın "mesleki yaşamıyla bütünleşen özel hayat unsurları" kapsamına

[64] Bir davada kamu görevlisinin sosyal medyada başbakana yönelik olarak "vicdansız" ifadesini kullanarak yapmış olduğu bir paylaşım "Amirine ve maiyetindekilere, iş arkadaşları veya iş sahiplerine hakarette bulunmak" eylemi olarak nitelendirilerek disiplin cezası verilmesi ifade özgürlüğünün ihlali olarak görülmemiştir. Başbakanı tüm kamu görevlilerinin amiri kapsamında gören bu yaklaşım son derece sorunludur. Kararın tamamına erişmek mümkün olmadığından daha detaylı incelenememiştir. 12. Daire, E. 2015/1894, K. 2018/6633, 20.12.2018. Kararı aktaran Çınar Özkan, s. 573.

[65] İzmir BİM, 2. İDD, E. 2017/7635 K. 2017/7768 T. 15.11.2017.

girdiğine dayanmıştır.[66] Gerçekten de, -bu örnekteki gibi ifadelerde- kamu görevlilerinin özel hayat unsurları ile kamu görevliliği statüsü arasında bütünleşme olabilecekse de bu bütünleşmenin sınırları tüm özel hayattaki her tür siyasi ifadeyi içerecek kadar geniş yorumlanmamalıdır. Karardan kamu görevlisinin niteliği ve sosyal medya hesabının niteliği anlaşılmıyorsa da mahkemelerin her olayda hesabın açık ve erişilebilir bir hesap olup olmadığı, hesapta kişinin kimliğinin veya kamu görevlisi statüsünün belirgin olup olmadığı, kişinin yürüttüğü kamu görevi gibi unsurlara gerekçede mutlaka yer vermesi gerekir.

Bir başka davada Danıştay bir kamu görevlisinin facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde diğer kamu görevlisi E. T. hakkında; "*E. biliyor ..ona sorun..bu arada Sivas kangalları çok ürüyormuş.. ama ben kangalları severim.. Ona uygun kocabaş kafes yaptırdım.. Çok şeker.. Öptüm.. Öpüldünüz*.." ifadelerinin doğrudan ilgililere bir hakaret ve küçük düşürücü unsurlar içermediği gerekçesiyle ifade özgürlüğü sınırlarında kaldığına karar vermiş; demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerini birlikte kullanmıştır.[67]

Diğer yandan, Devlet Memurları Kanunu'nda "disiplin suçuna benzer nitelikte olduğundan hareketle disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir" hükmü nedeniyle kıyasen ceza verildiği ve sosyal medya paylaşımlarının bu tür kıyaslara konu olabildiği durumlar mevcuttur. Örneğin bir davada sosyal medya üzerinden yapılan siyasi paylaşımların 125/E-b maddesinde yer alan "Yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek" hükmündeki disiplin suçuna benzer olduğundan hareketle kişi kamu görevinden çıkarılmış ve ilk derece mahkemesi sebep ikamesi yoluyla kararı onamış; istinaf aşamasında tipiklik ilkesine vurgu yapılarak ve mahkemelerin sebep ikamesi yapmasının yerindelik deneyimi yasağına aykırı olduğunu ileri sürerek işlemin iptaline karar verilmiştir.[68] Öncelikle bir kamu görevlisinin siyasi amaçlı bir bildiriyi görevi dışında basması veya çoğaltması disiplin hukukunun tamamen dışında kabul edilmelidir. Oysa maddenin lafzı bu ayrımı yapmaya elverişli biçimde kaleme alınmamıştır ve bu haliyle ifade özgürlüğünü Anayasaya aykırı biçimde ihlal eder niteliktedir. Hatta kıyasa izin veren hüküm nedeniyle sendikal faaliyetlere ilişkin ve siyasi içeriğe sahip olabilecek bir e-mail atmak dahi bu kapsamda değerlendirilip disiplin cezası tehdidi ile karşılaşabilecektir.

---

66 Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2017/221 K. 2017/317 T. 23.3.2017.

67 Danıştay 12. Dairesi 13.12.2016 tarih ve E:2016/6667 K: 2016/6358. (Yayımlanmamıştır) Karara Sezal Çınar Özkan'ın makalesi aracılığıyla erişilmiştir. Sezal Çınar Özkan, "*AİHM İçtihatları Işığında Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü*", **Hacettepe HFD**, 9(2), 2019, s. 569.

68 Erzurum BİM, 1. İDD, E. 2018/2548 K. 2019/463 T. 13.3.2019

Buna karşılık, Danıştay'ın son yıllarda verdiği bazı kararlarda bireysel başvuru kararlarının etkisi altında kaldığını görmek mümkündür. Örneğin 2016 yılında verilen bir kararda bir devlet memurunun çalıştığı devlet hastanesinde bazı usulsüz işlemlerin yapıldığı ve kamu zararına neden olunduğu, bu işlemlerden de amir konumunda olan İl Sağlık Müdürünün haberi olduğunu belirten başvurular yapmış, sosyal medya hesabında da buna ilişkin bazı paylaşımlarda bulunmuş; bu paylaşımlar "amirine veya maiyetindekilere karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareket" olarak nitelendirilerek 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmiştir. İşlemin iptali talebiyle açılan davada Danıştay, Anayasa Mahkemesi'nin ve AİHM'in ifade özgürlüğü konusundaki değerlendirmelerini doğrudan alıntılamış ve ifade özgürlüğünün sınırları bakımından her iki mahkemenin geliştirdiği kriterlere atıf yapmıştır. Kararda bu tür ifadeler değerlendirilirken "a) basında yer alan yazı veya ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara dair bir tartışmaya sağladığı katkı, b) hedef alınan kişinin tanınmışlık düzeyi ve yazının amacı, c) ilgili kişinin yayından önceki davranışı, d) bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu, e) yayının içeriği, biçimi ve sonuçları ve f) yaptırımın ağırlığı"nın değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.[69] Kararda bu kriterlerden hedef alınan kişinin kamu görevlisi olması ve yayının içeriği birlikte değerlendirilmiştir. Gerekçede "siyasetçilerin veya kamusal yetki kullanan görevlilerin sade vatandaşlara göre eleştiriye daha açık olmaları kaçınılmazdır" değerlendirmesinin yanı sıra yayının içeriğinin ironi içerdiği ve aşağılayıcı bir fiil olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir. Mahkeme ayrıca ölçülülük ilkesine de karar gerekçesinde yer vermiş ve yaptırımın ağırlığına da vurgu yapmıştır. Bu karardaki kriterlerin her kararın gerekçesinde tartışılması disiplin hukuku ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin sağlanması açısından son derece önemlidir.

c. Kamu Görevlilerinin Haber Uçuran Olması

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından bir başka mesele de kamu görevlilerinin haber kaynağı olması ya da belli bilgilerin haber yapılmasına aracı olmasıdır. Basın özgürlüğü ile de yakından ilişkisi olan bu konu, bir yandan muhabirler açısından kaynağını açıklamama hakkıyla, diğer yandan kamuyu ilgilendiren konularda kamu görevlilerinin basına demeç ve bilgi vermesiyle ilişkilidir.

Konuyla ilgili olarak Avrupa Konseyi'nde 2010 yılında kabul edilen Parlamento kararı ve Haber Uçuranların[70] Korunması Hakkında Tavsiye

69 12. Daire, E. 2013/6667, K. 2016/6358, T. 13.12.2016.

70 "Whistleblower" terimi bazı kaynaklarda muhbir olarak çevrilmişse de bu ifade tercih edilmemiştir. Muhbir, belli olumsuz anlamları ve farklı bir işlevi içerecek şekilde "snitch" ifadesine de yakın olduğundan ve "whistleblower" ifadesinin kamu yararı ve şeffaflık ile ilgili ve bir suç, etik ihlal veya kamunun bilgisi olması gereken bir durum hakkında bilgi veren kişileri içeren özgün bir anlamı olduğundan haber uçuran olarak çevrilmiştir. Ancak, İngilizcede ilk defa kullanılan terimin kökeninin kamunun dikkatini çekmek üzere çalışan polis düdüğünden geldiğini belirtmek gerekir.

Kararı'nın[71] ardından Bakanlar Komitesi 2014 yılında kabul ettiği (2014)7 sayılı Tavsiye kararı[72] ile konuyu daha ayrıntılı düzenlemiştir. Buna göre haber uçuran, "kamuda veya özel sektörde çalışan ve işiyle ilgili olarak kamu yararına yönelen bir tehlikeyi raporlayan veya açığa çıkaran kişi"yi ifade eder. Bu bağlamda, haber uçuranların kamu görevlisi olması da mümkündür. Avrupa Birliği de ilk taslağı 2018 yılında hazırlanıp 2019 Nisanında kabul edilen Avrupa Birliği Hukukunun İhlalini Bildiren Kişilerin Korunmasına ilişkin Karar ile bu tür bildirimlerde bulunanları özel koruma altına almıştır.[73] Ulusal hukuk düzeyinde de bazı ülkelerde bu kişilerin korunmasına ilişkin özel normlar bulunsa da Türkiye'de bu tür bir özel düzenleme yoktur. Ceza Kanunu'nun 278. maddesinde suçu bildirmeme suçu düzenlenmiş olmakla birlikte bu tür kişilerin korunmasında etkili değildir. Öncelikle, haber uçuranların korunması bakımından mutlaka bir suç işlenmesinin ihbarı değil, etik bir ihlal, kötü bir uygulama veya kamunun bilgisi olması gereken bir konudaki bildirim de bu kapsamdadır. Diğer yandan, özel koruma hükümlerinin esas amacı bu kişilerin –ve bu kişiler dolayımıyla basın ile kamunun- ifade özgürlüğü üzerindeki caydırıcı etkinin giderilmesidir. Şeffaflık ve yolsuzlukla mücadele açısından da son derece önemli olabilecek bu caydırıcı etki ise ancak belli güvencelerin sağlanması ile mümkündür.

AİHM'in 2008 yılında verdiği Guja v. Moldova kararı[74] bir kamu görevlisinin bilgi sızdırmasıyla ilgili AİHM'e yapılan ilk başvuru olup, bu konuda son derece önemli bir emsaldir. Savcılık basın ofisinde çalışan Bay Guja, polislerin kötü muamele ettikleri iddialarıyla ilgili soruşturmaya ilişkin bir bakan ve meclis sözcüsünün savcılığa yazdığı mektupları bir gazeteye vermiş; bu eyleminin sorumluluğunu üstlenmiş ve işinden kovulmuştur. AİHM başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verirken kamu görevlilerinin eriştikleri bilgilerin gizli veya açıklanmaması gereken bilgiler olabileceği ve bu nedenle devletlerin takdir marjının geniş olduğunu kabul etmekle birlikte (par. 71), hem BM, hem Konsey'in yolsuzlukla mücadeleye ilişkin normları ile ILO'nun 158 sayılı Hizmet İlişkisinin Sonlandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 5-c hükmüne atıf yapmış ve ilgili kamu görevlisinin öncelikle kurumun içinde başvuru yapmasının beklenebileceğini, ancak bu tür bir başvurunun elverişsiz olduğu hallerde kamu yararı adına üçüncü kişilere yapılan bildirimin ifade özgürlüğü kapsamında kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. (par. 73) Mahkeme olayı altı kriter ışığında

---

71 1729 (2010) on the protection of "whistle-blowers" the Parliamentary Assembly of the Council of Europe ve Recommendation 1916 (2010).

72 (*Recommendation* CM/Rec(2014)7 *of the Committee of Ministers to Member States on The Protection of Whistleblowers)* 30 Nisan 2014 tarihinde bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir. Metne şu adresten erişilebilir: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c5ea5

73 Protection of persons reporting on breaches of Union law, P8_TA-PROV(2019)0366, http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0366_EN.pdf

74 14277/04, 12.02.2008.

incelemiştir: (a) Başvurucunun başka bir alternatifi olup olmadığı, (b) ifşa edilen bilginin kamu yararı açısından önemi, (c) bilginin özgün olup olmadığı, (d) savcılık makamına verdiği zarar, (e) başvurucunun iyi niyetli olup olmadığı ve (f) yaptırımın ağırlığı. (par. 80-96) Mahkeme, bu kriterleri uyguladıktan sonra; "*İfade özgürlüğü hakkının kamu yararıyla ilgili sorunlara, memurların ve diğer çalışanların, iş yerinde tespit ettikleri kanuna aykırı tutumları bildirme haklarına, çalışanların işverenlerine karşı ödev ve sorumluluklarının ve işverenlerin personeli yönetme hakkına dair öneminin bilincinde olan Mahkeme, söz konusu olan diğer çıkarları da tarttıktan sonra, başvuranın, ifade özgürlüğü hakkına özellikle de, bilgi verme hakkına yapılan saldırının, 'demokratik bir toplumda gerekli olmadığı*" sonucuna varmıştır.

Bir kamu görevlisiyle ilgili olmamakla birlikte Konsey'in 2010 tarihli Tavsiye Kararından sonra verilen ve Mahkemenin hem özel, hem kamuda çalışan haber uçuranlar için nasıl bir tutuma sahip olacağının izlerini taşıyan 2011 tarihli Heinisch kararı da haber uçuranların yaptırımla karşılaşması konusunda AİHM içtihadında önemli bir yere sahiptir.[75] Başvurucu bir geriatri kliniğinde çalışan ve işçi statüsünde bir hemşire olmakla birlikte karar Mahkeme'nin Avrupa Konseyi'nin konuyla ilgili Tavsiye kararlarına atıf yapması ve kamu ve özel sektör açısından aynı ilkelerin geçerli olduğunu belirtmesi açısından önemlidir. Başvurucunun, hastalar açısından olumsuz olan hastane koşulları ile çalışanların ağır çalışma koşullarına ilişkin hastane yönetimine yaptığı başvurular sonuçsuz kalmış ve konuyla suç duyurusunda bulunmuş; bu başvurusunun ardından da görevine son verilmiştir. Kararın gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: "*Mahkeme, çalışanların işyerinde yasadışı davranış veya haksızlığı açığa çıkarmasının, bazı durumlarda korumadan yararlanması gerektiğine karar vermiştir. Bu, özellikle ilgili çalışanın veya memurun, işyerinde neler olduğunun farkında olan ve bu nedenle işvereni veya genel olarak kamuoyunu en iyi şekilde uyararak kamu yararına hareket edecek kişiyi ifade eder*". (par. 63)

Haber uçuranların korunması kamu yararı için şeffaflık gereken konularda daha da önemli bir hal alır. Örneğin genel sağlık açısından risk oluşturan bir durum bildirilmesine rağmen ilgili makamlarca kamuoyunun bilgilendirilmemesi ve tedbir alınmaması durumunda konuyla ilgili bir doktorun kamuyu bilgilendirmesi veya haber kaynağı olması bunun tipik bir örneğidir.[76] Benzer şekilde yol-

[75] Heinisch v. Almanya, 28274/08, 21.07.2011.

[76] Bu konuda yakın tarihli bir örnek Çin'de koronavirüs konusunda kamuyu bilgilendirdiği için hakkında soruşturma açılan ve sonra virüs nedeniyle hayatını kaybeden Doktor Li Venliang örneğinde yaşanmıştır. https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51370050 Türkiye'de Sağlık Bakanlığınca yürütülen araştırmadaki bazı bulguları basına açıklaması nedeniyle 1 yıl 3 ay hapis cezasına mahkum edilen halk sağlığı uzmanı Bülent Şık vakası da halk sağlığına ilişkin olması nedeniyle ifade özgürlüğünün geniş yorumlanması gereken bir alan olduğundan ifade özgürlüğü ihlali sayılabilecek bir örnektir. https://www.dw.com/tr/kanser-raporunu-

suzluğun açığa çıkarılması, kamu açısından önemli olan bir suçun örtbas edilmeye çalışılması gibi durumlar da haber uçuranların korunması bakımından önemli örneklerdendir.

Türkiye'de basına bilgi vermekle ilgili DMK'da yer alan en önemli disiplin normu kınama cezası gerektiren bir fiil olarak düzenlenen **"**Yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç vermek" (125-B/m) hükmüdür. Bu maddede yer alan "yetkili olma" ölçütüne ilişkin hüküm ise aynı Kanunun 15. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, "Devlet Memurları, kamu görevleri hakkında basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç veremezler. Bu konuda gerekli bilgi ancak bakanın yetkili kılacağı görevli illerde valiler veya yetkili kılacağı görevli tarafından verilebilir". Maddedeki temel ölçüt DMK'ya tabi memurların kamu görevleri hakkında bilgi veya demeç vermenin izne bağlanmasıdır. Kamu görevleri hakkında ifadesi genel olarak o konuyla örneğin belli bir kamu hizmetine ilişkin anlamında değil, memuriyet sıfatı nedeniyle öğrendiği ve kamusallaşmamış bilgilerin ifşa edilmesi olarak anlaşılması gerekir.

Bir davada biyoloji öğretmeni olarak görev yapan ve Kürt Kültür ve Araştırma Vakfı'nın da başkan yardımcısı olan kişinin, kurumundan izin almadan ulusal televizyon kanallarından birinde Kürt Dili ders kitabına ilişkin açıklamalar yapmasından dolayı kınama cezası verilmiş; ilk derece mahkemesi davayı reddetmiş; Danıştay ise bozma kararı vermiştir. Kararda, davacının yaptığı açıklamalarının "kamu göreviyle ilgisinin bulunmadığı, bireysel görüşlerinin dile getirilmesine yönelik olduğu ve Anayasal ifade özgürlüğünün sınırlarının aşılmadığı, dolayısıyla söz konusu programa katılma konusunda kurumunu bilgilendirme ve izin alma yükümlülüğünün bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır".[77]

Madde ifade özgürlüğü açısından değerlendirildiğinde, getirilen bu genel yasağın sadece gizli bilgileri ya da devlet sırlarını değil, çok genel bir yasağı içermesi Anayasal sistemle ve AİHS'le uyumlu değildir. Yukarıda değinilen Guja kararında olduğu gibi açıklanmasında önemli bir kamu yararı olan veya zaten bilgi edinme hakkı kapsamında olan ve kamuoyunca bilinmesi beklenen bilgilerin açıklanmasının izne bağlanması demokratik bir toplumda gerekli değildir. Bu noktada, makul bir sınır olarak görülebilecek "gizli bilgiler" veya "devlet sırrı" gibi terimlerin Ceza Kanunu'nda ya da bu terimlere atıf yapılan diğer kanunlarda[78] net bir tanımının yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan belirsizliğin de genel

a%C3%A7%C4%B1klayan-%C5%9F%C4%B1ka-15-ay-hapis-cezas%C4%B1/a-50596671 (ET: 15.12.2019)

77 12. Daire, E. 2013/4, K. 2016/2974, T. 17.5.2016.

78 Konuyla ilgili en tanıma benzer nitelikte hüküm Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 62/3. hükmünde yer alır: "Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine zarar verebilecek, anayasal düzen ve dış ilişkilerde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler Devlet sırrı sayılır".

anlamda ifade özgürlüğü bakımından önemli bir sorun yaratabileceğine de dikkat çekmek gerekir.

III. Özel Kanunlarda Düzenlenen Bazı Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü

Kamu personel rejimi içerisinde en yaygın uygulama alanı olan kanun DMK olmakla birlikte, bu Kanuna tabi olmayan, diğer kamu görevlileri kapsamında ya da özel kanunlarla düzenlenen kamu görevlileri disiplin hukuku açısından da ayrı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Disiplin hukuku açısından bu ayrışma aynı zamanda bu mesleklerin işlevsel bazı özelliklerinden kaynaklanmaktadır ve ifade özgürlüğü özelinde de bu farkların izini sürmek mümkündür. İfade özgürlüğünün işlevsel olarak özel öneme sahip olduğu meslekler (akademisyenler), güvenlik ve istihbarat gibi nedenlerle mesleki gizliliğin yoğun olduğu meslekler (kolluk personeli) ile tarafsızlık ve bağımsızlığın öneminin daha fazla olduğu alanlarda (hakim ve savcılar) ifade özgürlüğünün sınırlarının farklı açılardan da değerlendirilmesi gerektiğinden bu mesleklere ayrı başlıklar altında kısaca değinilmiştir.

a. Akademisyenlerin İfade Özgürlüğü

Akademisyenlerin yürüttükleri faaliyet ve yine bu faaliyetlerin niteliği nedeniyle üniversiteler diğer kamu tüzel kişilerinden farklı bazı niteliklerle tanımlanmış ve akademisyenler de ayrı bir mevzuata tabi tutulmuştur. Hem kurumsal anlamda üniversitelerin, hem de akademisyenlerin farklı düzenlenmesinin amacı, bilimsel bilgi üretilebilmesinin önkoşulu olan akademik özgürlüklerin korunmasıdır. 1988'de Dünya Üniversiteler Servisi'nce kabul edilen Lima Bildirgesi'ne göre akademik özgürlük, "akademik çevre üyelerinin tek tek ya da toplu halde bilgiyi araştırma, inceleme, tartışma, belgeleme, üretme, yaratma, öğretme, anlatma ve yazma yoluyla edinmelerinde, geliştirmelerinde ve iletmelerindeki özgürlükler"i kapsar. Benzer şekilde UNESCO'nun 1997 tarihli Yüksek Öğretim Personelinin Statüsüne İlişkin Tavsiye Kararı'nda akademik özgürlük, "Başat öğretiyle kısıtlanmadan, öğretim ve tartışma özgürlüğüne, araştırma yürütme ve sonuçlarını yayma ve yayınlama özgürlüğüne, içinde çalıştıkları kurum ya da sistem hakkında görüşlerini özgürce ifade etme özgürlüğüne, kurumsal sansürden özgürlüğe ve profesyonel ya da temsili akademik organlara katılma özgürlüğüne hak" olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan, akademik özgürlüklerin en önemlisi ifade özgürlüğü olmakla birlikte, akademik organlara katılma ya da yürüteceği dersler konusundaki diğer özgürlükleri gibi başka özgürlükleri de içerir. Akademisyenlerin ifade özgürlüğü ise sadece akademik konularda, yani kendi

Bunun dışında Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Kişisel Verileri Koruma Kanunu, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, İdari Yargılama Usulü Kanunu gibi kanunlarda devlet sırrı ve/veya gizli belgeler bir istisna olarak düzenlenmişse de tanım yapılmamış, hatta devlet sırlarına karşı suçları düzenleyen Ceza Kanunu'nda ise sınırları çizilebilen bir tanım bulunmamaktadır. Bu nedenle 2012 yılında bir Devlet Sırları Kanunu tasarısı hazırlanmışsa da kanunlaşmamıştır.

uzmanlık alanlarında ürettikleri bilimsel bilgi içeren ifade özgürlüğünü değil, Tavsiye Kararında ve çeşitli AİHM kararlarında belirtildiği gibi içinde çalıştıkları kurum ya da sistem hakkında görüşlerini ifade etmeyi de içerir.[79]

Çalışmada akademisyen terimi, mevzuatta geniş bir anlama sahip olan öğretim elemanına karşılık gelecek şekilde kullanılmıştır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi bir kararında[80] bilimsel özerklik güvencelerinden yararlanma anlamında araştırma görevlisi statüsünün akademik kadro sayılamayacağını belirtmişse (par. 24-26) de bu görüşe katılmaya imkan yoktur. Mahkeme'ye göre *"akademik özerkliğin önemli koşullarından biri kadro güvencesidir. Üniversite kadrolarında görev yapan akademik personelin, bilimsel araştırmanın evrensel ilke ve yöntemlerine tabi olarak, herhangi bir müdahaleye maruz kalmaksızın araştırma çalışmalarını sürdürme ve çalışmalarında varmış olduğu sonuçları ve düşünceleri açıklama ve yayınlama özgürlüğü, akademik özerkliğin bir sonucudur*". Mahkeme devamında sadece öğretim üyelerinin bu kapsamda olduğunu ve akademik kadro olmayan araştırma görevlilerinin yıllık atanmalarının 130. maddeye aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu gerekçedeki en önemli sorun, bilimsel özerkliğin sadece akademik kadro olarak niteledikleri öğretim üyeleri bakımından bir güvence olduğuna yönelik ifadelerdir. Her şeyden önce, vakıf üniversitelerinde yıllık sözleşme ilişkisiyle çalışan tüm öğretim üyeleri ile devlet üniversitelerinde doktor öğretim üyeleri (ve değişiklik öncesinde yardımcı doçentler) tıpkı araştırma görevlileri süreli atamaya tabidir ve bu anlamda kadro güvencesine sahip değildir. Oysa daha doğru bir terim olarak akademik özgürlük, üniversitede hangi statüde olunduğuyla değil, faaliyetin niteliğiyle bağlantılı bir kavramdır ve gerçek anlamda bir üniversiteden bahsedebilmek için bilimsel araştırma ve/veya eğitim faaliyetlerini yürüten herkesin bu özgürlükten yararlanması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin en önemli kararı ise 2019 yılında verdiği ve 130. maddede bahsedilen bilimsel özerklik ve bu özerkliğin disiplin hukuku bakımından sonuçlarını değerlendirdiği kararıdır. Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde[81] öğretim elemanlarının disiplin sorumluluğu kapsamına 657 sayılı Kanun'da sayılan fiillerin tamamını dahil eden hükümlerin iptaline yönelik kararda devlet memurları için öngörülen bazı disiplin suçlarının öğretim elemanları bakımından uygulanmasının bilim özgürlüğüne ilişkin 27. madde, bilimsel özerkliği içeren 130. madde ve hukuk devletiyle ilgili 2. mad-

---

79 Bu nedenle, akademik ifade özgürlüğü terimi tercih edilmemiş; bağlamına göre sadece akademik özgürlük ya da akademisyenlerin ifade özgürlüğü ifadeleri kullanılmıştır.

80 AYM, E. 2017/156, K. 2019/37, 15.5.2019.

81 Söz konusu düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin 14.1.2015 tarihli ve E.2014/100, K.2015/6 sayılı kararıyla suç ve cezaların yasallığı ilkesine dayanarak 53. Maddenin ilgili hükmünü iptal etmesi üzerine 2.12.2016 tarihli ve 6764 sayılı Kanunla gerçekleştirildiğini de belirtmek gerekir.

deye aykırı olduğuna karar verilmiştir.[82] Mahkeme, gerekçesinde basına demeç vermek veya göreve geç gelmek gibi akademisyenler için uygulanamayacak örneklerden de yararlanarak devlet memurları ile akademisyenlerin aynı disiplin normlarına tabi olmasının bilim özgürlüğüyle bağdaşmadığına yer vermiştir.[83] Karar, disiplin hukukunda yürütülen hizmetin niteliklerinin dikkate alınması gereğini ve akademik özgürlüklerle disiplin normları arasındaki ilişkiyi gündeme getirmesi bakımından önemlidir.

Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye gündemi açısından son derece önemli bir bireysel başvuru kararı da Barış Bildirisi'ni imzalayan ve bu nedenle yargılanarak haklarında mahkûmiyet kararı verilen akademisyenlerle ilgili Füsun Üstel vd. kararıdır.[84] Her ne kadar karar imzacılar hakkında verilen ceza mahkûmiyetlerine ilişkin olsa da karar öncelikle akademisyenlerin ifade özgürlüğünün sınırları tartışması bakımından önemlidir ve ifade özgürlüğü sınırları içerisinde kalan bir ifadenin disiplin hukuku kapsamına da girmemesi gerekir. Eylemlerin idare hukuku ve ceza hukukunda doğurdukları sonuçlar arasında mutlak bir ilişki olmasa da bu bildiriye imza atmaları nedeniyle çok sayıda akademisyen hakkında soruşturmalar, işten çıkarmalar ve KHK'lerle ihraç kararları alınması nedeniyle kararın bu açıdan da değerlendirilmesi gerekir. Mahkeme, başvuru ve dava konusu bildirinin akademik özgürlük alanında değerlendirilmesi için imzacı akademisyenlerin çalışma alanlarıyla ilgili olmasını aramamış; bu davadaki akademik özgürlük tartışmasını ifade özgürlüğünün bir parçası olarak yürütmekle birlikte "*uzmanlık alanı dışında olsa dahi akademisyenlerin herhangi bir vatandaş gibi en kritik ve hassas politik meselelerde en güçlü görüşlere bile karşı çıkabilmesi*"ni (par. 112) akademik özgürlükle ilişkili görmüştür. Kararda üniversitenin bilimsel araştırma yapmak ve nitelikli insan gücü yetiştirmek amacını gerçekleştirebilmek için "düşünce açıklanmasının desteklenmesi"nin de şart olduğunu belirtilmiştir. (par. 111) Bu anlamda Mahkeme, akademisyenlerin ifade özgürlüğünün sıkı koruma altında olmasını üniversitenin varlık koşullarından biri olarak ifade etmiştir.

Mahkemenin çoğunlukla verdiği kararı ile AİHM'in yaklaşımı çok yakın olmakla birlikte kararın karşıoyunda kalan üyelerin atıf yaptığı (par. 2) AİHM kararına (Langner kararı[85]) da bu noktada yer vermek gerekir. Başvurucu Langner Toplu Konut İdaresi'nin seçilmiş müdürüne karşı bir toplantıda gerçekliği olmayan ağır ithamlarda bulunması ve bunları yazılı olarak da beyan etmesi nedeniyle görevine son verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüşse de

82 AYM, E. 2017/33, K. 2019/20, 10.4.2019.

83 Bu noktada Danıştay'ın 2547 sayılı Kanun'un disipline ilişkin 53. Maddesinin Anayasa Mahkemesi'nde iptal edilmesi üzerine YÖK'ün "genel kanun" olarak nitelediği Devlet Memurları Kanunu'nun uygulanacağına ilişkin düzenlemeyi iptal etmediğini ve bu kararla akademik özgürlükler konusunda ciddi sorunlara yol açtığını da not düşmek gerekir. Danıştay 8. Daire, 2016/1221 (YD ret).

84 AYM, Ayşe Füsun Üstel kararı, 2018/17635, 26.7.2019.

85 AİHM, Langner v. Almanya, 14464/11, 17/09/2015.

Mahkeme, kendisi de bir alt birimin yöneticisi olan başvurucunun ileri sürdüğü ağır ithamların doğru olmadığını bildiğini ve yazılı olarak bunları açıklama imkanı verilmesine rağmen bu tutumunu sürdürdüğü, ithamları ile toplantının bir alakası olmadığı ve kişisel bir saldırı niteliğinde olduğu gibi gerekçelerle müdahalenin 10. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir. Bu bakımdan, Langner kararı ile Füsun Üstel vd. başvurusundaki maddi vakalar arasında hiçbir benzerlik olmadığını belirtmek gerekir.

Doğrudan akademisyenlerin ifade özgürlüklerine ilişkin AİHM'e de çeşitli başvurular yapılmıştır ve bunların önemli sayılan bazıları Türkiye'ye ilişkindir. Bu konuda Türkiye'den yapılan ilk başvurulardan biri, Başkaya ve Okçuoğlu'nun yazdıkları bir kitap nedeniyle hapis cezasına çarptırılmalarının akademik ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine ilişkin 1999 yılında verilen karardır.[86] Yine Türkiye'yle ilgili Sorguç kararının (2009) başvurucusu, bir konferansta mesleğin gelişimini değerlendirmiş ve aynı zamanda yardımcı doçentlerin atanma sistemini belli bir örneği anlatarak eleştiren bir broşür hazırlamıştır. Başvurucunun broşürde bahsedilen kişinin açtığı tazminat davası sonucunda tazminat ödemeye mahkum edilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini belirten Mahkeme, akademik özgürlüğün kuruma veya sisteme ilişkin fikirlerini ve bilgileri le hakikati herhangi bir sınırlama olmaksızın ifade etmeyi de içerdiğini vurgulamıştır. (par. 21 ve 35) Yine 2014 tarihli bir kararına konu olan olayda Türkiye Bilimler Akademisi Etik Kurul'un başkanı ve aynı zamanda bir pediatrist olan Hasan Yazıcı, İhsan Doğramacı'nın kitabında intihal olduğuna yönelik bir makale yazmış ve konu bir gazetede de gündeme gelmiş; İhsan Doğramacı ise açtığı tazminat davasını kazanmıştır. Mahkeme, Doğramacı'nın konumu ile başvurucunun Etik Kurul'daki görevini de dikkate almış ve yine akademik özgürlüğe ilişkin yukarıdakilere benzer bir vurgu yaparak (par. 50) "*makalenin konusunun demokratik bir toplumda, toplumun bilgilendirilmekte meşru bir çıkarı olduğu önemli meselelere ilişkin olduğuna*" (par. 52) ve bu nedenle sınırlamanın 10/2 kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Yine Türkiye'yle ilgili başka bir kararda Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin eleştirilmesine ilişkin bir yazı nedeniyle mahkeme üyelerine tazminat ödemeye mahkûm edilen başvurucuya ilişkin Mustafa Erdoğan vd. kararında[87] da akademik özgürlüğün sadece akademik ya da bilimsel araştırmayla sınırlı olmadığını bir siyasi sistemin parçası olan kamu kurumlarının incelenmesi ve eleştirilmesini içerdiğini belirtmiştir. (par. 40) Bunun dışında çalıştığı üniversitenin Kenan Evren'i konuk etmesini kapısına astığı bir kağıtla protesto ettiği için uyarı cezası alan -ve dostane çözümle sonuçlanan- Dilek Hattatoğlu'nun başvurusu[88] ile derste anlattıkları nedeniyle görevine son verilip sınırdışı edilen

[86] Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye, 23536/94 24408/94, 08.07.1999.

[87] 346/04- 39779/04, 27.05.2014

[88] https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/207584-kenan-evren-i-protesto-ettigi-icin-ceza-alan-akademisyene-tazminat

akademisyenle ilgili Cox v. Türkiye[89] kararı da bu kapsamda anılabilecektir. 2018 yılında verilen Kula v. Türkiye kararında[90] da Mahkeme başka bir şehirde bir televizyon programına "izinsiz" katılmak üzere şehirden ayrılan akademisyene verilen disiplin cezasına ilişkin olarak 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, bu kararında da başvuruyla ilgili mahkeme kararlarında akademik özgürlüğe ilişkin bir değerlendirme yapılmamasını ve şehirden ayrılmasının kamu hizmetini aksattığına ilişkin bir veri olmadığını ve mahkeme kararlarının yarışan menfaatlerin dengelenmesine yönelmediğini belirtmiş, bu nedenle 10. Maddenin usuli güvencelerinin yerine getirilmediğine karar vermiştir. Karar, mahkemelerin bu tür disiplin cezalarının yargısal denetiminde ifade özgürlüğünün –özelde de akademik özgürlüklerin- sınırlarını gözetmemesinin de ihlale yol açacağını belirtmesi bakımından önemlidir. Mahkemeler bakımından bu belirlemenin en önemli kıstası, bu tür bir sınırlamanın zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelip gelmemesine, bir diğeri ise ölçülülük ilkesine ilişkin olacaktır. Örneğin 2547 sayılı Kanun'un 53/B-2-(n) hükmünde yer alan "Yükseköğretim kurumları içinde siyasi parti faaliyetinde bulunmak veya siyasi parti propagandası yapmak" disiplin suçu değerlendirilirken "siyasi parti propagandası" ibaresinin sosyal bilimler alanında bir akademisyenin ders anlatırken partilerle ilgili değerlendirmelerinde akademik özgürlüğünü sınırlamayacak şekilde yorumlanmasını gerektirir.

c. Kolluk Personelinin İfade Özgürlüğü

Kolluk personeli terimi[91] hem merkezi idare, hem mahalli idarelerde güvenliği sağlamak üzere görevlendirilen ve kolluk amiri veya makamı kapsamında olmayan kamu görevlilerini, yani polis, jandarma, bekçi, zabıta ve askerleri kapsar. Güvenlik faaliyetleri, kamu gücünün yoğunlaştığı ve pek çok durumda riskli bir faaliyet olduğundan hiyerarşi ilişkileri ile disiplin kuralları daha katıdır ve –disiplin normları da dahil olmak üzere- ilgili kurallar özel kanunlarla farklı biçimde düzenlenmiştir. Konuyla ilgili en önemli iki kanun Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personelin disiplin hukukunu düzenleyen Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun[92] ile Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'dur. Mahalle ve Çarşı Bekçileri Kanunu'nda bekçilerin disiplin hukuku açısından (md. 19/2) genel kolluk mevzuatına atıf yapılmıştır. Belediye zabıtalarına uygulanacak disiplin normları konusunda ise Anayasa

89 2933/03, 20.05.2010.

90 20233/06, 19.06.2018.

91 Yaygın kullanımı nedeniyle bu terim tercih edilmişse de kanımca kolluk kavramı güvenliği aşan bir anlama sahip olduğundan kamu güvenliği dışında kolluk faaliyeti yürüten kişiler de kolluk personelidir ve bu nedenle bu terim yerine güvenlik personeli ya da güvenlik teşkilatı gibi ifadeler daha uygun olabilecektir.

92 Kanun No.: 7068, Kabul Tarihi : 31/1/2018, RG: 8.3.2018. Bu Kanundan önce 1937 tarihli Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 83. maddesinde disiplin hükümlerinin Tüzükle düzenleneceği belirtilmişse de ilgili madde Anayasa Mahkemesi tarafından yasallık ilkesine aykırı bulunarak iptal edildiğinden (E. 2015/85, K 2016/2016/3, 13.1.2016) söz konusu Kanun yürürlüğe konmuştur.

Mahkemesi'nin 2018 tarihli bir kararından sonra[93] Belediye Kanunu'nda herhangi bir hüküm olmadığından Devlet Memurları Kanunu'nun uygulanması gerekmesine karşılık Belediye Zabıta Yönetmeliği'nde düzenlenen disiplin suç ve cezaları[94] Anayasaya aykırı olduğundan zabıtalar çalışma konusu dışında bırakılmıştır.

Disiplin hukuku bakımından incelendiğinde, sır saklama yükümlülüğünün daha fazla olabildiği ve kullandıkları yetkilerin niteliği itibariyle siyasi tarafsızlığın daha da önemli bir hal aldığı bu mesleklerde disiplin hükümlerinin daha kapsamlı ve fazla sayıda olduğu, ifade özgürlüğü bakımından da önemli sınırlandırmalar içerdiği göze çarpar. Örneğin dilekçe haklarının kullanımında dahi belli bir sırayla başvuru yapma zorunluluğu veya toplu dilekçe verme yasağı düzenlenmiş, çalışma arkadaşları hakkında kötü intiba yaratacak söz söylemek veya genellikle ifade özgürlüğü kapsamında görülen eleştiri disiplin suçu olarak düzenlenmiştir.[95] Hatta askerler söz konusu olduğunda disiplin alanının daha genişlediği, örneğin ketum davranmamanın da disiplin suçu olduğu görülür.[96] Kolluk personeli bakımından diğer kamu görevlilerine göre en temel farklardan biri de siyasi faaliyet yasaklarının daha geniş olmasıdır. Bunun en önemli nedeni silah kullanmaya varan yetkilere sahip birimler olmaları nedeniyle siyasi bir güç olarak örgütlenmeleri veya bu yönde bir intiba yaratmalarının yaratacağı sakıncalardır. Bu nedenle, iki Kanunda da siyasi faaliyetlere ve siyasi söylemlere sınırlandırmalar getirilmiştir.[97]

---

93 Anayasa Mahkemesinin 17.10.2018 tarihli ve E. 2018/110; K. 2018/99 sayılı Kararı ile meslekten çıkarılmalarının Yönetmelikle düzenlenebileceğine ilişkin hüküm Anayasanın 38 ve 128. Maddelerine aykırı olması nedeniyle iptal edilmiştir. Karar 28.5.2019'da yürürlüğe girmişse de Kanunda bir düzenleme yapılmadığı gibi mevzuat.gov.tr adresinde görünen Yönetmelik de değiştirilmemiştir.

94 Yönetmelik meslekten çıkarma dışındaki disiplin cezaları bakımından Devlet Memurları Kanunu'na atıf yapmış; meslekten çıkarmayı ise özel olarak düzenlemiştir.

95 Örneğin Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 8-1-g hükmüne göre, "Usulüne uygun olarak kendisine verilmiş olan bir emir üzerine; emrin uygun olmadığı, yanlış verildiği, yapılamayacağı ve benzeri şekillerde amirini alenen eleştirmek veya amire karşı itirazda bulunmak; 8/2-b: b) Mevzuatta belirlenmiş usul ve kurallara riayet etmeden sözlü, yazılı veya elektronik olarak müracaat veya şikâyette bulunmak; 8-2-g hükmünde "Amirleri, üstleri, aynı rütbedeki veya çalışma arkadaşları hakkında ve onların bulunmadığı ortamlarda, onların işlem, eylem ve kişilikleri hakkında kötüleyici veya konuştuğu kişilerde kötü intiba bırakacak tarzda olumsuz sözler söylemek", 8-4-a-4 hükmünde "Amirlerini, üstlerini, aynı rütbedeki arkadaşlarını, astlarını veya diğer mesai arkadaşlarını haksız yere şikâyet etmek; 8-4-a -6 hükmünde " Toplu olarak sözlü veya yazılı şikâyette bulunmak", 8-4-b- 5 hükmünde "Görev içinde veya dışında amir ya da üstlerinin eylem veya işlemlerini olumsuz yönde eleştirici nitelikte söz söylemek ya da yazı yazmak", 8-6- ü hükmünde"Mesleğin onur ve saygınlığını zedeleyici veya amir ya da üstlerinin eylem ve işlemlerini olumsuz yönde eleştirici nitelikte tek başına veya topluca bildiri dağıtmak…" disiplin suçu olarak düzenlenmiştir.

96 Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nda düzenlenen bazı disiplin suçları şu şekildedir: 16 ğ) Başkalarını kötülemek: Amirleri, üstleri veya çalışma arkadaşları hakkında ve onların bulunmadığı ortamlarda, onların işlem, eylem ve kişilikleri hakkında kötüleyici veya konuştuğu kişilerde kötü intiba yaratacak tarzda olumsuz sözler söylemektir. 17: d) Ketum davranmamak: Görevi ile ilgili gizli olmayan ancak açıklanmaması gereken bir bilgiyi yetkisiz kişilerin öğrenebileceği bir şekilde açıklamaktır.

97 Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 8-6-s hükmüne göre, "Siyasi partilerin yararına veya zararına çalışmak ya da siyasal eylemlerde bulunmak, görevli olmaksızın siyasal amaçla yapılacak açık veya kapalı yer toplantılarına ya da gösteri yürüyüşlerine katılmak" disiplin suçudur. Benzer şekilde, TSK Disiplin Kanunu'nun 18-ğ maddesinde Hizmetteyken siyasi içerikli

Anayasa Mahkemesi de emniyet teşkilatına ilişkin şu değerlendirmede bulunmuştur: "*...iç güvenlik hizmeti vermesi sebebiyle silah ve benzeri araçlar kullanma yetkisi olan, idari işlerin yanında adli işler ile ilgili de hassas yetkileri bulunan bir teşkilattır. Silahlı kuvvetlere benzer özellik gösteren bu yönleriyle teşkilat içindeki hiyerarşik kuralların sivil devlet memurlarının tabi olduğu kurallara kıyasla daha katı olması doğaldır. Bununla birlikte bu husus teşkilatın veya hiyerarşik üstlerin eleştirilemeyeceği anlamına da gelmemektedir*".[98] Mahkemenin bu kararına konu olan olayda bir polis memuru Facebook paylaşımında yer alan ""*...eyyyy rütbeli zevat Size de Ölüm Var Bize de... Bunun hesabını orada Allah zaten soracak burada da Emniyet-Sen...*" ifadeleri nedeniyle kınama cezası verilmiş; Mahkeme ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verirken şu gerekçeye dayanmıştır: "*Sosyal medyada yorum yaptığı konunun başlığı ile kurduğu cümlelerden yola çıkarak başvurucunun Emniyet Teşkilatının yönetiminden duyduğu memnuniyetsizliği ve sitemini herhangi bir yöneticinin ismini zikretmeden dile getirdiği görülmektedir. Başvurucunun kullandığı ifadelerin teşkilata yönelik bir sırrı ifşa eder niteliği olmadığı gibi teşkilata zarar verecek veya itibar kaybı oluşturacak ağırlığı olduğu da söylenemez*".[99] İfade özgürlüğü sınırlarının emniyet mensupları açısından daha dar olabileceği kabul edilmekle birlikte, yukarıdaki örneklere benzer şekilde, demokratik bir toplumda müdahalenin gerekliliğini değerlendirirken olay üzerinde itibar kaybı veya hizmeti tehdit edecek bir durum olup olmadığını dikkate almıştır.

30 Ağustos kutlamalarında çelenk sunumunun 40 dk boyunca tekrarının gerçekleştirildiği bilgisini içeren paylaşımda yer alan "*vatan hainliğinin çeşitleri bol ve çoktur. Bu da bir çeşidi... Polise tarih boyunca en çok zararı bu angut kafalı ucubeler vermiştir... İnşallah ilk kararnamede senin de adın emekliler listesinde olur...Sizlerden tek kurtuluş bu"* ifadeleri nedeniyle Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'nün 7. maddesinin (D) fıkrasının 3. bendine göre "görev içinde ya da dışında amir ya da üstlerinin eylem ya da işlemlerini eleştirici nitelikte söz söylemek ya da yazı yazmak" hükmü uyarınca verilen disiplin cezasına ilişkin olarak Danıştay söz konusu ifadelerin eleştiri niteliğinde olduğunu ve ifade özgürlüğü kapsamında olmadığını belirtmekle yetinmiştir.[100] Oysa, ifadelerin değerlendirilmesinde genel bir eleştiri niteliğinde mi olduğu, yoksa bu olayda olduğu gibi ifade özgürlüğü sınırlarını aşacak şekilde hakarete varan ve kişiselleşmiş ifadelere yer verilip verilmediği değerlendirilmelidir. Bu bakımdan, Danıştay ile Anayasa Mahkemesi'nin standartları ve gerekçelendirmede kullandığı kriterler farklı olabilmektedir.

konuşmak: Mesai içerisinde veya hizmete ilişkin durumlarda siyasi içerikli konuşmalar yapmak disiplin suçu olarak düzenlenmiştir.

98 Hulusi Özkan başvurusu, 2015/18638, 15.11.2018, RG: 5.12.2018/30616, par. 41.

99 Hulusi Özkan başvurusu, 2015/18638, 15.11.2018, RG: 5.12.2018/30616, Par. 42.

100 5. Daire, E. 2016/14676 K. 2019/2870 T. 17.4.2019.

Askerlerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırı söz konusu olduğunda askeri disiplin ve yürüttükleri görev açısından bu disiplinin öneminin de dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte, bu kişilerin de ifade özgürlüğü mümkün olduğunca korunması ve askeri disipline karşı gerçek bir tehdit varsa ifade özgürlüğünün sınırlandırılması gerekir.[101] AİHM'in bu konuda önüne gelen ilk başvurulardan biri ordu mensuplarına dağıtılmak istenen ve orduyla ilgili bir yayının dağıtımına izin verilmemesi ve bu yayını dağıtan bir kişiye disiplin cezası verilmesine ilişkin olmuştur.[102] Ordunun konuyla ilgili düzenlemelerine göre, bir yayının kışlada dağıtılabilmesi için "*ordunun anayasal görevleriyle minimum özdeşleşmesi, siyasi içeriği olmaması ve ordunun itibarı lehine veya en azından itibarını zedelemeyecek*" olması gerekir. (Par. 23 ve 77) Komisyon, daha önce verdiği Engels vd. kararındaki askeri disiplin vurgusundan[103] farklı olarak kışlada ifade özgürlüğü tartışması yapmış; söz konusu yayının eleştirel olmakla birlikte düşmanca olmadığı ve askeri disiplin açısından bir tehdit oluşturmadığını belirterek (par. 78-79) ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Askerlik hizmetini yerine getirirken orduyu ağır biçimde eleştiren[104] ve bir askere gönderilen bir mektubu nedeniyle disiplin cezası uygulanan *Grigoriades* kararında da ifade özgürlüğünün kışla kapısında kalmadığını (par. 45) belirten Mahkeme, kötü muamelelere tanıklık eden ve bu konuda şikayetleri sonucunda disiplin cezası alarak firar eden bir askerin bıraktığı bu mektubun sadece bir kişiye gönderilmesi ve bir kişi ya da duruma değil, genel olarak orduya ilişkin sert eleştiriler içermesi nedeniyle (par. 47) ifade özgürlüğüne bu tür bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir.[105]

A.T. kararında belirtildiği üzere Mahkeme yapacağı değerlendirmede, "*belirli kategorilere mensup kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile onların ifadeyi kullanma biçimlerinin "kurumsal disiplinle uyumlu" ve "sırrı ifşa etmeyen" nitelikte ve "dengeli" olmasının sağlanması için askerî hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülükleri arasında bir denge sağlanıp sağlanmadığını olayların bütünselliği içinde gözetecektir*". (par. 47) Karara konu olayda TSK İç Hizmet Kanunu'nda yer alan ve şikayetlerin en yakın amire, eğer bu amirden şikâyet olunacaksa bir derece üstündeki amire yapılacağına ilişkin hükme aykırı olarak doğrudan BİMER'e yapılan şikayet nedeniyle disiplin cezası verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.[106] Mahkeme, değer-

[101] Keza Anayasa'da veya AİHS 10. Maddede ifade özgürlüğünün askerler açısından daha sınırlı olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Mehmet Alkan, "*İfade Özgürlüğü Kışlanın Kapısında Mı?*", **TBB Dergisi**, 2018 (137), s. 25.

[102] Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya, B. No: 15153/89, 19.12.1994, par. 36.

[103] Engels vd. v. Hollanda, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8.6.1976.

[104] Mektupta ordu suçlu ve terörist bir aygıt olarak nitelenmiş; kurumsal anlamda tüm askerlik hizmetine yönelik ağır eleştiriler getirilmiştir.

[105] Grigoriades v. Yunanistan, 121/1996/740/939, 25.11.1997.

[106] A.T. kararı, 2014/12143, 16/11/2017, RG: 5.1.2018-30292.

lendirmesine sıralı şikayet usulü getirmesinin tek başına ihlale yol açmayacağın ifade etmekle birlikte başvurucunun "*şikâyet konusu ettiği hususların askerî yapı içinde ve sıralı amirler nezdinde çözülebilecek kişisel sorunlar olduğu, askerî makamlara zarar verecek veya itibar kaybı oluşturacak özellik taşımadığı, dilekçenin ulaştırıldığı BİMER'in kamu kurumlan içinde yer aldığı ve içeriğinin kamuoyuna yansıtılmadığı*" gibi unsurları dikkate alarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir.

Bununla birlikte, askerlik göreviyle bağlantılı olarak siyasi faaliyet kapsamında olabilecek ifadelerin koruma alanı daha dar olabilecektir. Anayasa Mahkemesi de Engin Kabataş başvurusunda bir eğitim seminerinde hükûmette olan siyasetçilere ve güncel siyasi konulara ilişkin beyanları nedeniyle cezalandırılmasının ifade özgürlüğüne aykırı olmadığına karar vermiştir.[107]

b. Hâkim ve Savcıların İfade Özgürlüğü

Diğer kamu görevlileri kapsamında sayılabilecek ve diğer tüm kamu görevlilerinden farklı olarak yargı erki içerisinde yargılama yetkisi kullanan yargıçlar, görevlerinin niteliği gereği farklı ilke ve esaslara tabidir. Bağımsızlığın sağlanması açısından getirilen teminatlar, yargılamaya ilişkin yetkileri bakımından hiyerarşik ilişkinin tamamen dışında olmaları, mali sorumluluk alanında farklı normlara tabi tutulmaları gibi belli özelliklerle tanımlanan hâkim ve savcılar, tüm bu özelliklerinin yanında disiplin hukukuna tabidir.[108] Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun disiplin hükümleri DMK'dan son derece farklı biçimde kaleme alınmış, hâkimlik mesleğine özgü düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte, uyarma, kınama ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarına ilişkin maddelerin son bentlerinde "nitelik ve ağırlıkları itibariyle yukarıda belirtilen benzeri eylemlerde bulunmak" şeklinde bir disiplin suçu öngörülmüştür. Ceza hukukunda var olan kıyas yasağına aykırı bir görünüme sahip olan hüküm hukuki belirlilik açısından son derece sorunludur ve idareye (yargı idaresi niteliğindeki HSK'ya) sınırları son derece belirsiz bir takdir yetkisi vermektedir. Disiplin normlarının çerçeve hüküm niteliğinde olmasının ötesinde doğrudan kıyasa imkan veren bu hüküm maddi anlamda kanunilik ilkesini karşılayacak nitelikte değildir.

Meslekten çıkarma cezası verilmesi belli koşullarla birden çok defa başka disiplin cezaları alınmasına bağlanmıştır. Buna göre, rüşvet alma nedeniyle iki defa disiplin cezası almak veya diğer hallerden dolayı bir derecede iki veya derece ve sınıf kaydı aranmaksızın üç defa yer değiştirme veya derece yükselmesinin durdurulması cezası alınması meslekten çıkarma cezasına yol açabilecektir. Sayılan bu disiplin cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olması mes-

[107] Engin Kabataş kararı, B. No: 2014/18587, 6.7.2017.

[108] HSK kararlarından sadece meslekten çıkarmaya ilişkin kararlara karşı yargı yoluna gidilebilmektedir. Bu nedenle konuyla ilgili ulusal mahkeme kararı bulmak son derece güçtür.

lekten çıkarma cezasına karşı etkili yargısal denetim yapılmasının önünde bir engeldir. Bunlar dışında, tıpkı diğer kamu görevlilerinde olduğu gibi belli suçlardan[109] veya altı aydan fazla hapis cezası gerektiren bir suçtan kesin hüküm giymiş olmak meslekten çıkarma cezası nedenidir. Hatta Kanun DMK ve diğer özel kanunlardan farklı olarak hâkimler ve savcılarda bir suçtan hükümlü olmayı önemli bir yasak nedeni olarak görmüş ve burada sayılanlar dışında hükümlülüğü gerektiren suç, mesleğin şeref ve onurunu bozan veya mesleğe olan genel saygı ve güveni gideren nitelikte görülürse, Kanunda daha alt derecede bir disiplin cezası öngörülmemiş olmak kaydıyla, cezanın miktarına ve ertelenmiş veya 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesindeki ceza veya tedbirlerden birine çevrilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, meslekten çıkarma cezası verileceği düzenlenmiştir. (md. 69/4)

Maddenin devamında "Disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hükümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası verilir" hükmüne yer verilmiştir. (md. 69/5) Bu iki fıkra birlikte değerlendirildiğinde bir hâkim veya savcının mesleğin onurunu zedeleyebilecek bir suç işlemesi durumunda meslekten çıkarılmasını mümkün kılan bir çerçeve hüküm (*Generalklausel*) olduğu görülmektedir. Türkiye'de literatürde çok tartışılan bir konu olmamakla birlikte, disiplin hukukunda bir temel hak ve özgürlüğün özüne dokunabilecek nitelikte müdahalelerde çerçeve hükümlerin kanunilik ilkesi bakımından yeterli olup olmadığı son derece önemlidir. Anayasa Mahkemesi'nin Avukatlık Kanunu 5. Maddesinin I. fıkrasının (c) bendinde yer alan ve "Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak" şartını mesleğe kabul şartı olarak belirleyen hükmü iptal kararında[110] kabul ettiği, ancak sonrasında DMK'da 125/1-E-g altbendinde yer alan "Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" hükmüyle ilgili olarak Anayasaya aykırı kabul etmediği[111] bu sorun kanunilik ilkesinin en önemli unsurlarından biri olan hukuki belirlilik açısından tartışılması gereken bir meseledir. Mahkeme önce Avukatlık Kanunu'yla ilgili iptal kararında "*mesleğe kabul edilmeme sonucunu doğuran nedenlerin tespiti noktasında barolara geniş bir takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kural(ın), avukat adayları için öngörülebilir olmadığı*" ve "*baroların keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığı*" gerekçeleriyle hukuki güvenlik

[109] Kanunun atıf yaptığı 8. Maddesinin (h) bendinde mesleğe giriş koşulu olarak belirlenen sular şunlardır: Taksirli suçlar hariç olmak üzere, (...) (2) üç aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı bir suçtan veya kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma.

[110] E. 2012/116, K. 2013/32, 28.2.2013.

[111] E. 2013/110, K. 2014/8, 16.1.2014.

ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğuna ve Anayasanın 2, 13 ve 48. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir. Daha sonraki kararında ise Mahkeme ilgili DMK hükmünü değerlendirirken bazı alanlarda belirlilik standartlarının farklı olabileceğini belirterek şu gerekçeye yer vermiştir:

"*Bir alanın kanunla düzenlenmesinin zorunlu olması, buna karşın kanun tekniği açısından daha somut düzenleme ve daha belirgin kavram kullanma olanağı bulunmaması veya bir kanunun veya hükmün düzenlediği alanın daha fazla somutlaştırılması ve netleştirilmesi zor birçok olguyu kapsaması durumunda belirlilik ilkesine uyulduğu kabul edilebilecektir. Ancak, kullanılan hukuksal kavram veya kavramlar en azından yargılama ya da hukuksal yorum yöntemleriyle somutlaştırılabilir olmalıdır".*

Mahkemenin bu yaklaşımı ile Kanundaki düzenleme bir arada değerlendirildiğinde, belli bir suç işlemeye bağlı olarak meslekten çıkarmayla ilgili düzenleme yapıldığından hangi suçların bu kapsamda olduğunun açıkça yazılması mümkündür. Diğer yandan, genel olarak meslekten çıkarmaya yönelik bir işlemin çalışma hakkı başta olmak üzere pek çok temel hak ve özgürlüğe ağır bir müdahale olduğu dikkate alındığında bu cezaya ilişkin disiplin suçlarında belirlilik standardının daha yoğun olması gerekecektir. Bu tür sonuçları olan bir işlem hakkında hem idareye, hem de mahkemelere sınırları belirsiz bir takdir yetkisi verilmemesi gerekir. Bu bakımdan, Kanun'un 65. maddesinde kınama cezası gerektiren "Hizmet içinde ve dışında, resmi sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak" disiplin suçundaki belirlilik standardı ile meslekten çıkarmaya ilişkin işlemdeki belirlilik standardı aynı olmayabilecektir.

Hâkimlerin ifade özgürlüğüne ilişkin AİHM'in önüne çeşitli davalar gelmiştir.[112] Bu davalarda ifade özgürlüğüne müdahale meslekten çıkarma olabileceği gibi, (mahkeme başkanlığı gibi) idari görevlere atamama veya başka bir disiplin cezası da olabilecektir. Hatta Mahkeme'ye göre, ifade özgürlüğü ihlali iddialarında bu tehdidin kendisinin, örneğin meslekten çıkarmayı gerektirebilecek bir soruşturma açılmasının caydırıcı etkiye sahip olmasının da ifade özgürlüğünü ihlal edebileceğini belirtmek gerekir.[113]

Konuyla ilgili eski tarihli sayılabilecek önemli bir ihlal kararı 1999 yılında verilen Wille v. Liechtenstein kararıdır.[114] Başvurucu İdare Mahkemesi başkanı

[112] Danıştay'ın konuyla doğrudan ilgili bir kararına erişilememiştir. Ancak Çınar Özkan'ın makalesinde bahsedilen bir kararda özel hayatındaki sohbetlerinde terör örgütü olan PKK'yı onaylayıcı ve övücü ifadeler kullanan hâkimin meslekten çıkarma cezasına ilişkin 12. Daire tarafından verilen iptal kararının bozulmasına ilişkin bir İDK kararına atıf yapılmıştır. İDDK, E. 2016/4580, K. 2017/1555, 05.04.2017. Kararın tamamını okumak mümkün olmadığından karar değerlendirilmemiştir.

[113] Taner Akçam v. Türkiye, 27520/07, 25.10.2011.

[114] Wille v. Liechtenstein, 28396/95, 28/10/1999.

Wille açık bir ders vererek Mahkemenin anayasal yetkileri konusunda bir beyanda bulunmuş; bu ifadesine ilişkin yapılan haberler üzerine Liechtenstein Prensi ile birbirlerine mektup göndermişlerdir. Wille daha sonra bu mektupların bir kısmını kamuoyuyla paylaşmış ve konuyla ilgili kamusal bir tartışma yaşanmış; süresi bittikten sonra Wille meclisçe seçilmesine rağmen Prens tarafından başkan olarak atanmamıştır. Prens, daha önceki deneyimleri doğrultusunda Bay Wille'nin Anayasaya sadık kalacağını düşünmediğini ve bu nedenle kendisini atamadığını da açıkça belirtmiştir. Mahkeme, tarafsızlık ve bağımsızlık konusunda hassas bir görünüme sahip olan adli makamların siyasi bir içeriği olabilecek kamusal açıklamalar yaparken, bu makamın sahibi tarafından kendi kendine önemli ölçüde kısıtlama olmasının doğal olduğunu vurgulamakla (par. 59) birlikte, başvurucunun ifadelerinin bir anayasa hükmü hakkında bir tartışmayı içerdiğini ve her ne kadar anayasa hukukunun doğası gereği bazı siyasi uygulamalara ilişkin olsa da bu durumun anayasal hiçbir tartışmanın dile getirilemeyeceği anlamına gelmediğini belirtmiştir. (par. 67) Mahkeme, bu konularda belli ölçüde bir takdir marjı olsa da yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğuna ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığına hükmetmiştir. Karar, devletlerin kamu görevlilerinin atanmasında kullandığı takdir marjı bakımından önemli olduğu kadar açıklama yapma yasağı bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri nedeniyle daha meşru görülebilecek hâkim ve savcıların ifade özgürlüğü bakımından özel önem taşır.

Konuyla ilgili sıkça atıf yapılan kararlardan biri de Sacit Kayasu v. Türkiye kararıdır.[115] Sacit Kayasu önce 12 Eylül darbesini gerçekleştirilenler hakkında ceza zamanaşımının bitmesine kısa bir zaman kala vatandaş sıfatıyla bir dilekçe yazmış ve bu nedenle kınama cezasına çarptırılmış; sonrasında savcı sıfatıyla Kenan Evren hakkında bir iddianame düzenlemiş ve bu iddianameyi basına sunarak basın açıklaması yapmıştır. Söz konusu iddianame bir ihbar olarak nitelenmiş ve kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Kayasu hakkında ise görevi kötüye kullanma ve Silahlı Kuvvetleri tahkir ve tezyifle suçlanmış, hakkında cezai ve idari soruşturma başlatılmıştır. Yargıtay Kayasu'nun görevi kötüye kullandığı gerekçesiyle[116] bir yıl hapsine ve hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine karar vermiş; HSYK da savcılık mesleğinden çıkarılmasına karar vermiştir. AİHM bu kararda da "yargı erkinin tarafsızlığının ve otoritesinin sorgulanabileceği her durumda yargısal makamların ifade özgürlüğünü ihtiyatla kullanmalarının beklendiğini" ifade etmekle birlikte, "*bir savcının ifade özgürlüğüne her türlü müdahalenin çok dikkatli bir inceleme gerektirdiğini*" özel olarak

115 Kayasu v. Türkiye, 64119/00 ve 76292/01, 13.11.2008.

116 Bu yargılama ve soruşturmalara dayanak yapılan hukuki argümanın Anayasanın Geçici 15. Maddesi nedeniyle darbecilerin yargılanamayacağı ve Kayasu'nun bu hükmü bile bile "siyasi amaçlarla" bu davranışlarda bulunduğuna ilişkindir. Kayasu, Evren'in sadece MGK üyesi değil, Genelkurmay Başkanı sıfatıyla yargılanabileceğini ve darbe öncesi davranışları için yargılanabileceğini iddia etmiştir.

vurgulamış ve söz konusu olaydaki müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme, özellikle basın açıklamaları konusunda adli makamların çok ihtiyatlı olması gerektiğini kabul etmekle birlikte olayda "kişisel kanaat beyanını aşan", Türkiye tarihi açısından genel menfaatle ilgili olan ve demokratik rejimdeki aksaklığın ortaya konulmasına ilişkin bir amaç bulunduğunu vurgular. Mahkeme başvurucunun savcı olması ile caydırıcı etki arasındaki ilişkiyi de şu şekilde ifade etmiştir:

"Yargıya mensup bir memura cezai bir yaptırım uygulanması doğası gereği yalnızca ilgili memur üzerinde değil icra ettiği meslek üzerinde de caydırıcı bir etki yapar. Toplumun adaletin tecelli edeceğine güven duyması için hâkim ve savcıların hukuk devleti ilkelerini etkili bir biçimde temsil etme kapasitesinin olduğuna inanması gerekir. Dolayısıyla bu caydırıcı etki bir hâkim veya savcının ifade özgürlüğü hakkı ile adaletin işleyişi çerçevesinde rekabet halinde olan başka her türlü meşru menfaat arasında adil bir denge kurulması için dikkate alınması gereken bir etkendir".

Disiplin hukukuna ilişkin olmamakla birlikte, bir adalet müfettişinin bir hâkim hakkındaki ve basına sızan disiplin soruşturması hakkında basına verdiği beyan nedeniyle açılan tazminat davasında tazminata mahkum edilmesinin ifade özgürlüğü açısından değerlendirildiği Poyraz v. Türkiye kararı hâkimlerin ifade özgürlüğünün sınırı açısından önemlidir. Bu başvuruda ihlal kararı vermeyen Mahkeme, bu kararda da "*Yargıçlar ve memurlar gibi kamu sorumluluğu taşıyan kişilerin ihtiyatlı davranma yükümlülüklerinin bulunduğunu ve somut olayda, bu ihtiyatlı davranma yükümlülüğünün başvurana üçüncü şahıslara hakaret edebilecek, onları kışkırtabilecek veya onurlarını zedeleyebilecek bir rapor içeriğinden açıkça uzaklaşma sorumluluğu yüklediğinin altını çizmektedir*".[117]

Albayrak v. Türkiye kararında AİHM, bir hâkimin mahkemeye uygun olmayan kıyafetlerle gelmesi, Kürt olduğunu belirtmesi ve Kürtçe konuşması, PKK ile bağlantılı bilinen Özgür Gündem gazetesi okuması gibi iddialarla görev yerinin değiştirilmesine ilişkin disiplin cezaları uygulanmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Kararda müdahalenin gerekli olup olmadığı konusundaki değerlendirmesini disiplin suçu olarak nitelenen eylemlerin yürütülen faaliyetle ilişkili olup olmaması üzerinden kurmuştur: "Mahkeme, dava dosyasının içeriğinde başvuranın PKK ile ilgili medyayı takip etmek de dahil olmak üzere hakkındaki iddiaların, hakim olarak önceki, halihazırda veya sonraki işlemlerinde yargılama üzerinde bir etkisi olduğuna ilişkin bir bilgi yoktur. Ayrıca, Hükümet tarafından başvuranın kendisini PKK ile açıkça ilişkilendirdiğini veya ilgili davalarla tarafsız bir şekilde ilgilenme kapasitesini sorgulayabilecek şekilde davranabileceğini gösteren hiçbir delil bulunmadığını da belirtmektedir. Mahkeme'ye

[117] 15966/06, 07.12.2010, par. 76.

göre, bunlar yetkililer tarafından alınan tedbirlerin gerekliliğini değerlendirmede temel faktörlerdir".[118]

Mahkemenin içtihadında bir dönüşüme işaret eden 2016 tarihli bir başka karar da eski AİHM hâkimi ve Macaristan Yüksek Mahkeme Başkanı Baka'nın anayasal reformlara ilişkin verdiği demeçlerin ardından yargı örgütlenmesinde değişiklik yapan bir kanun çıkarılması ve bu kanun uyarınca Baka'nın mahkeme başkanlığı görevinin üç buçuk yıl erken sona ermesi nedeniyle yaptığı başvurudur.[119] Daire incelemesinde Mahkeme, söz konusu müdahalenin bir kamu görevinde kalıp kalmamayla değil, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin olduğunu kabul ederek bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varırken bu uygulamanın başvurucunun eleştirilerinden kaynaklandığına vurgu yaparak bu tür uygulamaların ifade özgürlüğü üzerindeki caydırıcı etkisine dayanmıştır. (Daire kararı par. 101; Genel Kurul kararı par. 125) Kararda konuyla ilgili başka kararlarında olduğu gibi, adaletin güvencesi olan hâkimlerin diğer kamu görevlilerinden farklı olduğu ve özellikle tarafsızlık konusunda kamunun güveninin korunmasının özel önemi olduğu belirtilmiş; diğer yandan kuvvetler ayrılığı ve yargının bağımsızlığıyla ilişkisi nedeniyle bir hâkimin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin titizlikle incelenmesi ve yine caydırıcı etkisinin dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. (par. 164-166)

SONUÇ

Bazı eylemlerin disiplin suçu olarak belirlenmesi veya verilen cezanın kendisi bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması anlamına gelebilir. Bu bakımdan, disiplin hukuku değerlendirilirken bir temel hak ve özgürlüğü sınırlandıranlarla sınırlandırmayanlar arasında bir ayrım yapmak gereklidir. İşe geç gelmek nedeniyle verilen bir uyarma cezası ile bir ifadesi nedeniyle kamu görevinden çıkarma cezası verilmesi arasında hak ve özgürlük rejimi açısından bir fark gözetilmesi gerekir. Disiplin suç ve cezalarının bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması anlamına geldiği bu tür durumlarda söz konusu normların ve verilen cezaların kanunilik, ölçülülük ve demokratik bir toplumda gerekli olma gibi ölçütleri de karşılaması gerekir. Kanunilik ilkesi, Anayasa'nın 38. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında disiplin suç ve cezaları bakımından geçerli bir ilke olmakla birlikte 13. maddede düzenlenen kanunilik kriterinin de geçerli olduğu durumlarda daha katı bir kanunilik ilkesinin geçerli olması gerekir. Bu bakımdan, bir temel hak ve özgürlüğü sınırlandırmayan bir disiplin hükmünde çerçeve hükümler getirilmesi mümkünken kamu görevinden veya yükseköğretim kurumundan çıkarma gibi bir

[118] Albayrak v. Türkiye, 38406/97, 31.01.2008, par. 46.

[119] Baka v. Macaristan, 20261/12, Genel Kurul, 23.06.2016. Bu başvuruya benzer ve daha eski bir başvuru olan Harabin v. Slovakya kararında (62584/00, 29.06.2004) Mahkeme, başvurucunun Yüksek Mahkeme başkanlığı görevinden açıklamaları nedeniyle alınmasının Sözleşme kapsamında bir hakkın ihlali anlamına gelmediğine karar vermiştir. Bu bakımdan Mahkemenin içtihadında bir değişimden bahsedilebilir.

ceza düzenlenirken kanunda temel esasların (*Wesentlichkietstheorie*) açıkça belirtilmesi, idareye sınırsız bir takdir yetkisi alanı bırakmaması ve belli güvenceleri içermesi gerekir. Anayasa Mahkemesi de bazı kararlarında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: "*...ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir*." (Hayriye Özdemir, par. 58; B. S. Kararı, par. 83)

Temel hak ve özgürlüklere müdahale eder nitelikte bazı disiplin suçlarının çerçeve hüküm biçiminde kaleme alınması, belirsiz ve farklı mahkeme veya idarelerce farklı yorumlanabilecek bazı kavramları içermesi, kıyasa imkan vermesi gibi sorunlar temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ile disiplin hukuku arasında bazı çatışmaları gündeme getirebilmektedir. Kıyasa izin veren hükümler ya da kamu görevinden çıkarmaya karşılık gelen memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak davranış ve yukarıda değinilen bazı normlar bu niteliktedir ve kanuniliğin gerektirdiği güvenceleri içermemektedir.

Bununla birlikte, kamu görevlilerinin hak ve özgürlükleri bazı durumlarda kamu görevliliği statüsünün gerekleri doğrultusunda farklı bir sınırlandırma rejimine tabi olabilmektedir. Bunun tipik örneği de disiplin normlarında özel hayata saygı hakkı, ifade özgürlüğü ya da örgütlenme özgürlüğü gibi çeşitli hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmalardır. Ancak bu durum kamu görevlilerinin bu haklara sahip olmadığı anlamına gelmez. Disiplin suçlarını düzenleyen hükümler getirilirken ve bu normların yorumlanmasında kamu görevlileriyle ilgili bir özgürlüğün kullanımına genel yasak niteliğinde, öze dokunan ya da ayrımcı bir temele karşılık gelebilecek şekilde veya demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir sınırlandırma yapılamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında ifade ettiği gibi, "*Anayasa'nın 26. maddesinin asıl işlevi herkesin ifade özgürlüğünü korumaktır. Dolayısıyla devlet memurları da toplumun diğer bütün bireyleri gibi ifade özgürlüğünden yararlanır*". Mahkeme; "*görevine yansıtma, şiddete teşvik etme veya demokratik ilkelerin reddi söz konusu olmadığı sürece memurların ifade özgürlüğü çerçevesinde dile getirilen görüşlerinin veya bunların dile getirilme biçiminin yetkili makamların gözünde kabul edilemez olsa dahi ifade özgürlüğünün korumasından yararlanacağı"*nı kabul etmektedir. (Hasan Güngör, par. 46; Zeki Çınar, par. 40)

Bu tür sınırlandırmalarda; kamu görevlisi yürüttüğü görevin niteliği, ifadelerin özellikle kamu yararı açısından niteliği, ifadelerin yöneldiği kişi veya kurumların niteliği, ifadenin sonuçları, ifadenin içerdiği bilginin doğruluğu ve yöntemi gibi çok sayıda kriter dikkate alınmalıdır. Türkiye'de ifade özgürlüğünü sınırlandıran nitelikteki disiplin normları çoğunlukla bu tür ölçütleri dikkate alacak şekilde kaleme alınmamıştır. Bunun yanı sıra, ifadeler nedeniyle verilen

disiplin cezalarının yargısal denetiminde -Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları dışında- bu tür ölçütleri dikkate alan çok az karar vardır; bu bakımdan AİHS 10. maddenin gerektirdiği usuli güvenceler de yerine getirilmeyebilmektedir.

KAYNAKÇA

Algan, Bülent, **Muhalefet Hakkı ve Türkiye'deki Görünümü**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Alkan, Mehmet, "İfade Özgürlüğü Kışlanın Kapısında Mı?", **TBB Dergisi**, 2018 (137), s. 11-35.

Altıparmak, Kerem ve Karahanoğulları Onur, "Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin v. Türkiye, AİHM v. Hukuk, Düzenleyici İşlem v. Kanun", **Hukuk ve Adalet Dergisi**, 3, (2004), s. 249-276.

Beyoğlu, Cem Ümit "AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı", **TBB Dergisi** 2018 (135), s. 77-118.

Canbolat, Ahmet, "Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sendikal Faaliyet Kapsamında İş Bırakması", **TAAD**, Yıl: 11, Sayı: 40, s. 113-148.

Çınar Özkan, Sezal, "AİHM İçtihatları Işığında Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü", **Hacettepe HFD**, 9(2), 2019, 553-586.

Duran, Lütfi, "Anayasa Mahkemesine göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (II)", **AİD**, C.19, S. 2, s. 3-28.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, Ekin Yayınevi, C. II, 3. Baskı, 2018.

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınları, Ankara, 2013.

Langer, Lorenz, "Staatliche Nutzung von Social Media-Plattformen", **Aktuelle Juristische Praxis**, 2014, s. 946-959.

Sağlam, Abdi, "AİHS'ye Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı", **TAAD**, Yıl:7, Sayı:25, s. 79-105.

Ulusoy, Ali, **İdari Yaptırımlar**, Yetkin Yayınları, 2013.

Yıldırım, Turan ve Kaman, Nur, "Kamu Görevlilerinin Özel hayatı," **İdare Hukuku Konferansları**, C.18, İstanbul, 2016, s. 155-172.

Yıldırım, Turan, "Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, 2018, s. 453-481.

YARARLANILAN MAHKEME KARARLARI

AİHM, Ahmed vd. v. Birleşik Krallık, 22954/93, 02.09.1998.

AİHM, Ahmet Arslan vd. kararı, 41135/98, 23.1.2010.

AİHM, Albayrak v. Türkiye, 38406/97, 31.01.2008.

AİHM, Antovic ve Mirkovic v. Sırbistan ve Karadağ, 70838/13, 28.11.2017.

AİHM, Baka v. Macaristan, Genel Kurul, 20261/12, 23.06.2016.

AİHM, Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye, 23536/94 24408/94, 08.07.1999.

AİHM, Beck, Coop ve Bazaley v. Birleşik Krallık, 48535/99, 48536/99, 48537/99, 22.10.2002.

AİHM, Cox. V. Türkiye, 2933/03, 20.05.2010.

AİHM, Ebrahimian v. Fransa, 64846/11, 26.11.2015.

AİHM, Engels vd. v. Hollanda, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8.6.1976.

AİHM, Grigoriades v. Yunanistan, 121/1996/740/939, 25.11.1997.

AİHM, Guja v. Moldova, 14277/04, 12.02.2008.

AİHM, Hamidović v. Bosna-Hersek, 57792/15, 5.12.2017.

AİHM, Harabin v. Slovakya, 62584/00, 29.06.2004.

AİHM, Heinisch v. Almanya, 28274/08, 21.07.2011.

AİHM, Karaçay v. Türkiye, Başvuru No: 6615/03, 27.3.2007.

AİHM, Kaya ve Seyhan v. Türkiye, 30946/04, 15.09.2009.

AİHM, Kayasu v. Türkiye, 64119/00 ve 76292/01, 13.11.2008.

AİHM, Köse vd. kararı, 26625/02, 24.1.2006.

AİHM, Kula v. Türkiye, 20233/06, 19.06.2018.

AİHM, Kurtulmuş kararı, 65500/01, 24.1.2006.

AİHM, Lachiri v. Belçika, 3413/09, 18.9.2018.

AİHM, Langner v. Almanya, 14464/11, 17.09.2015.

AİHM, Leyla Şahin v. Türkiye, 44774/98, 10.11.2005.

AİHM, Lopez Ribalda vd. v. İspanya, 1874/13- 8567/13, 17.10.2019.

AİHM, Lustig-Prean ve Beckett v. Birleşik Krallık, 31417/96 ve 32377/96, 27.09.1999.

AİHM, Mateescu v. Romanya, 1944/10, 14.01.2014.

AİHM, Mustafa Erdoğan vd . v. Türkiye, 346/04- 39779/04, 27.05.2014

AİHM, Niemietz v. Almanya, 13710/88, 16.12.1992.

AİHM, Oleksandr Volkov v. Ukrayna, 21722/11, 9.1.2013.

AİHM, Özpınar v. Türkiye, 20999/04, 19.10.2010.

AİHM, Perkins ve R. v. Birleşik Krallık, 43208/98 - 44875/98, 22.10.2002.

AİHM, Poyraz v. Türkiye, 15966/06, 07.12.2010.

AİHM, Sidabras and Di iautas v.Litvanya, 55480/00 - 59330/00, 27.07.2004.

AİHM, Smith ve Grady v. Birleşik Krallık, 33985/96 - 33986/96, 27.09.1999.

AİHM, Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya, 15153/89, 19.12.1994.

AİHM, Vogt v. Almanya, 17851/91, 26.09.1995.

AİHM, Wille v. Liechenstein, 28396/95, 28/10/1999.

AİHM, Z. A. başvurusu, 2013/2928, 18.10.2017.

AYM, E. 1964/36, K.1964/77, 25.12.1964, RG: 21.4.1965/11981.

AYM, E. 1979/19, K. 1979/39, 9.10.1979, RG: 16.1.1980/16871.

AYM, E. 2012/116, K. 2013/32, 28.2.2013.

AYM, E. 2013/110, K. 2014/8, 16.1.2014.
AYM, E. 2013/158, K. 2014/68, 27.3.2014, R.G.: 09.04.2014/28967.
AYM, E. 2014/100, K. 2015/6, 14.1.2015.
AYM, E. 2014/118, K.2015/35, 1.4.2015.
AYM, E. 2015/85, K. 2016/3, 13.1.2016.
AYM, E. 2016/182, K. 2017/111, 14.6.2017.
AYM, E. 2016/7, K. 2017/171, 13.12.2017, R G: 17.1.2018/30304
AYM, E. 2017/156, K. 2019/37, 15.5.2019.
AYM, E. 2017/33, K. 2019/20, 10.4.2019.
AYM, E. 2018/110, K. 2018/99, 17.10.2018
AYM, Engin Kabataş kararı, B. No: 2014/18587, 6.7.2017.
AYM, Hasan Güngör kararı, 2013/6152, 24.2.2016.
AYM, Hulusi Özkan başvurusu, 2015/18638, 15.11.2018, RG: 5.12.2018/30616.
AYM, İsmail Aslan vd. başvurusu, 2013/7197, 8.9.2015.
AYM, A.T. kararı, 2014/12143, 16.11.2017, RG: 5.1.2018-30292.
AYM, B.S. başvurusu, 2015/8491, 18.7.2018.
AYM, Ayşe Füsun Üstel vd., 2018/17635, 26.7.2019.
AYM, K.Ş. başvurusu, Başvuru no: 2013/1614, 03.04.2014.
AYM, Sara Akgül başvurusu, 2015/269, 22.11.2018.
AYM, SERAP TORTUK başvurusu, 2013/9660, 21.1.2015, R.G.: 3.6.2015-29375.
AYM, Tayfun Cengiz başvurusu, 2013/8463, 18.9.2014, R.G.: 4.12.2014-29195.
AYM, Tonguç Özkan vd. kararı, 2015/1261, 26.9.2919, RG: 6.11.2019.
AYM, Tuğba Arslan başvurusu, 2014/256, 25.6.2014.
AYM, Veysel Kaplan başvurusu, 2015/13524, 26.9.2019, RG. 6.11.2019/30940.
AYM, Zeki Çınar kararı, 2016/3585, 12.6.2019.
Danıştay 10. DAİRE, E. 2015/2696, K. 2018/776, T. 20.2.2018.
Danıştay 12. Daire, E. 2010/7553, K. 2011/6177, T. 23.11.2011
Danıştay 12. Daire, E. 2011/750, K. 2014/7169, T. 7.11.2014.
Danıştay 12. Daire, E. 2012/11200, K. 2016/698, T. 16.2.2016;
Danıştay 12. Daire, E. 2012/8980, K. 2016/1586, T. 23.3.2016.
Danıştay 12. DAİRE, E. 2013/319, K. 2016/6344, T. 13.12.2016.
Danıştay 12. DAİRE, E. 2013/4, K. 2016/2974, T. 17.5.2016.
Danıştay 12. DAİRE, E. 2013/6667, K. 2016/6358, T. 13.12.2016.
Danıştay 12. Daire, E. 2013/8324, K. 2014/1882, 21.03.2014.
Danıştay 12. DAİRE, E. 2015/1109, K. 2018/3615, T. 4.10.2018.

Danıştay 12. DAİRE, E. 2015/1109, K. 2018/3615, T. 4.10.2018.
Danıştay 12. Daire, E. 2015/2177, K. 2019/1344, T. 26.2.2019.
Danıştay 12. DAİRE, E. 2016/1803, K. 2018/408, T. 5.2.2018.
Danıştay 12. Daire, E. 2016/2488, K. 2016/5547, T. 29.11.2016;
Danıştay 12. DAİRE, E. 2016/3449, K. 2016/6362, T. 13.12.2016.
Danıştay 12. Daire, E. 2016/5722, K. 2016/5443, T. 29.11.2016.
Danıştay 12. Dairesi, E. 2016/6667, K. 2016/6358, 13.12.2016.
Danıştay 5. Daire, E. 2016/14676 K. 2019/2870 T. 17.4.2019.
DANIŞTAY 5. DAİRE, E. 2016/17558, K. 2018/18298, T. 13.12.2018.
DANIŞTAY 5. DAİRE, E. 2016/17588, K. 2018/15468, T. 12.9.2018
DANIŞTAY 5. DAİRE, E. 2016/19861, K. 2018/14359, 21.5.2018)
Danıştay 8. Daire, 2016/1221 (YD ret).
Danıştay 8. Daire, E. 2013/11920, 30.04.2014.
Danıştay 8. Daire, E. 2013/11920, K. 2018/7538, 29.11.2018.
Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2013/4031, K. 2014/975, T. 20.3.2014.
Erzurum BİM, 1. İDD, E. 2018/2548, K. 2019/463, 13.3.2019.
Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2017/1213 K. 2017/1590 T. 14.11.2017.
Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2017/155, K. 2017/145 T. 23.2.2017.
Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2017/1619, K. 2017/1499, 2.11.2017.
Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2017/221 K. 2017/317 T. 23.3.2017.
İDDK, E. 2014/843, 3.11.2014 (YD).
İDDK, E. 2016/4580, K. 2017/1555, 05.04.2017.
İstanbul BİM, 2. İDD, E. 2018/2927 K. 2019/829 T. 24.4.2019.
İzmir BİM, 2. İDD, E. 2017/7635 K. 2017/7768 T. 15.11.2017.
İzmir BİM, 2. İDD, E. 2017/7770, K. 2017/8158, 13.12.2017.
KDK, Başvuru No: 2015/3362, 04.12.2015.
Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2016/17404, K. 2017/2557, 8.3.2017.

HAYVAN DENEYLERİ VE ÇEVRE HUKUKUNDA ETİK YAKLAŞIMLAR[*] [**]

Fatma Didem Sevgili Gençay[***]

GİRİŞ

Hayvanlar üzerinde yapılan deneylerin tarihi çok eski ve acımasızdır. Her ne kadar bu deneyler bilimin ilerlemesine büyük katkılar sağladılarsa da günümüzde bu çalışmalara denetimsiz bir şekilde devam edilmesi kabul edilemez. Ülkemizde hayvanların bilimsel araştırmalarda kullanılması öncelikle Hayvanları Koruma Kanunu[1]'nun dokuzuncu maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "*Hayvanlar, bilimsel olmayan teşhis, tedavi ve deneylerde kullanılamazlar. Tıbbi ve bilimsel deneylerin uygulanması ve deneylerin hayvanları koruyacak şekilde yapılması ve deneylerde kullanılacak hayvanların uygun biçimde bakılması ve barındırılması esastır. Başkaca bir seçenek olmaması halinde, hayvanlar bilimsel çalışmalarda deney hayvanı olarak kullanılabilir. Hayvan deneyi yapan kurum ve kuruluşlarda bu deneylerin yapılmasına kendi bünyelerinde kurulmuş ve kurulacak etik kurullar yoluyla izin verilir*." Hayvan deneyleri ile ilgili ayrıntılı düzenleme, bu maddeye dayanılarak ve uluslarası mevzuata uygun olarak, yönetmeliklerle yapılmıştır.

Günümüzde hayvan deneyleri yapılabilmesi için Hayvan Deneyleri Yerel Etik Kurullarından izin alınması gerekmektedir. Hayvan Deneyleri Merkezi Etik Kurulu ise yerel kurulların çalışmalarını denetleyen bir üst kurul niteliğindedir. Ayrıca tüm hayvanlar üzerinde deney yapılamamakta olup, deneyde kullanılabilecek hayvanlar hem tür olarak sınırlandırılmıştır hem de istisnalar bulunmakla beraber kural olarak deneylerde kullanılacak hayvanların özel merkezlerde yetiştirilmesi öngörülmüştür. Tüm bu kurallar, aşağıda açıklanacağı üzere, yapılan

---

[*] Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

[**] Bu çalışma, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 28 Nisan 2017 tarihinde düzenlenen "Hukukun Farklı Alanlarında Hayvanların Korunması Sempozyumu"nda sunulan bildiri esas alınarak hazırlanmıştır.

[***] Dr. Öğr. Ü., Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

[1] 01.07.2004 tarih ve 25509 sayılı RG.

deneylerin bilimsel değerini yükseltmek suretiyle hayvanları korumak iddiasındadır. Denilmektedir ki, deneyin bilimsel değeri yüksek olursa aynı deneyin tekrar tekrar ve başka bilim insanları tarafından yenilenmesi gerekmeyecek, yani hayvanlar aynı amaçla yapılan sadece bir deneyde kullanılacaktır. Bu şekilde, deneylerde kullanılan hayvan sayısı azalacak ve hayvanlar da korunmuş olacaktır. Bu çalışmada, günümüzde çevre hukuku alanında hakim etik yaklaşım olan antroposantrik yaklaşımın, hayvan deneyleri konusunda da geçerli olduğu şu plan dahilinde gösterilecektir:

I- Etik Yaklaşımlar Penceresinden Tarihsel Saptamalar

A- Vahşet Dönemi – Egosantrik Yaklaşım

B- Yirminci Yüzyıldan Günümüze Hayvan Deneylerine Bakış

1. "Acı çekme"de eşitlik

2. "Hayvan, İnsan değildir" karşı çıkışı

II- Mevzuatta Hayvan Deneyleri

A- Etik Kurullar

1. Etik kurulların nitelik ve kuruluşları

2. Etik kurul kararlarının hukuki niteliği

B- 3+1 R Kuralı

I- ETİK YAKLAŞIMLAR PENCERESİNDEN TARİHSEL SAPTAMALAR

İnsanların hayvan deneylerine yaklaşımı genel olarak çevre alanına hakim olan etik yaklaşımlarından elbette farklı olmayacaktır. Uzun yıllar insanlar, egosantrik yani benmerkezci yaklaşımla doğaya müdahale etmişler ve bu müdahale sonucunda çevre sorunsalı ortaya çıkmıştır. Sorunsalın farkına varılması çevre hukukunun doğmasını sağlamıştır. Hayvan deneyleri konusunda da uzun süre egosantrik yaklaşım hakim olmuştur.

A- Vahşet Dönemi - Egosantrik Yaklaşım

Egosantrik yani benmerkezci yaklaşım, insanın herşeyin merkezinde olduğunu, tüm çevresel varlıkların insan için varolduğunu ve etik yaklaşımı sadece insan hakkettiği kabulüyle insanın doğaya dilediğince müdahale edebileceğini savunan yaklaşımdır.[2]

Hayvan deneyleri açısından, "vahşet dönemi" olarak adlandırabileceğimiz

[2] Nükhet TURGUT, **Çevre Hukuku**, Savaş Yayınevi, 1998, s.36.

dönemde egosantrik yaklaşımın geçerli olduğu kuşkusuzdur. Hayvan deneyleri tarihinin en uzun dönemi, herhangi bir sınırlamanın olmadığı ve hayvanların acı çektiğinin görmezden gelindiği ve bu nedenle vahşet dönemi olarak adlandırdığımız dönemdir. Bilimsel kayıtlara göre ilk kez M.Ö. 400 yıllarında anatomik yapıyı görmek amacıyla hayvanlar üzerinde deney yapılmaya başlanmış[3] ve yakın zamana kadar hayvanlar üzerinde çalışmalar yapılmasına bir sınırlandırma getirilmemiştir. Bu dönemde hayvanların da sinir sistemlerinin olduğu ve bu nedenle bunu söyleyemeseler ve dışa vurmasalar da acı çektikleri göz ardı edilmiştir.[4] Aristo, bu yüzyılda insanlara en çok benzediğini düşündüğü maymun ve domuzlar üzerinde çalışmalar yapmış ve bu hayvanlardan elde edilecek bilgi ışığında insan vücudunun incelenebileceğini söylemiştir.[5]

Deneysel olarak tanımlanabilecek ilk çalışmalar, çeşitli organların fonksiyonlarını inceleme amacıyla Galen[6] tarafından gerçekleştirilmiş olan domuz ve köpeklerin bazı organlarını vücuttan ayırma deneyleridir.[7] 12. yüzyılda yaşamış olan İbni Zuhr ise bazı cerrahi yöntemleri insanlara uygulamadan önce hayvanlar üzerinde test etmiştir.[8]

17. yüzyıla kadar hayvanları deneylerde kullanmak insanların aklında herhangi bir ahlaki soru işareti bile yaratmamıştır. Üstünlüğünü tartışmasız kabul ettikleri insanların hayvanlara karşı hiçbir sorumluluğunun bulunmadığına inanılmıştır. Bu konuda Thomas Aquinas (1225-1274), bir başkasına ait olan hayvana kötü davranmanın yanlış olduğunu çünkü bu hayvanın başkasının malı olduğunu söylemiştir.[9] Aquinas, hayvanlara kötü davranan kişi sonrasında insanlara karşı da acımasız duygu ve hareketler geliştirebileceği için, hayvanlara acımasızca davranmayı doğru bulmamıştır.[10]

Acı ve ölümün anatomik ve fizyolojik yapıyı değiştirdiği inancı ve ayrıca,

---

3 Aristotales (M.Ö. 384-322) ve Eraistratus (m.Ö. 304-258) canlı hayvanlar üzerinde deneyler yapmışlardır. Rachel HAJAR, Animal Testing and Medicine, **Heart Views:** The Official Journal of Gulf Heart Association, 2011, Cilt. 12, Sayı. 1, s.42, (http://www.heartviews.org/temp/HeartViews12142-1826503_050425.pdf, erişim: 06.09.2018) .

4 Arzu BALKAN, Müjgan BALKAN, "Hayvan Çalışmalarında Etik, Laboratuar Standardizasyonu Ve Hayvanların Bakımı İle İlgili Yasal Zorunluluklar", **Turk Toraks Dergisi**, 2013, Cilt. 14 (Supplement 2), ss. 6-9 (http://www.turkthoracj.org/sayilar/123/buyuk/pdf_Toraksder_9121.pdf, erişim: 06.06.2018)

5 Henri MAURIN-BLANCHET, "L'experimentation Animale Au Cours Du Temps: Un Beau Sujet De Controverse", **Bulletin de la Société Française d'Histoire de la Médecine et des Sciences Vétérinaires**, 2007, Sayı: 7, s. 50-60. (http://www.histoire-medecine-veterinaire.fr/wp-content/uploads/2014/02/Bull-soc-fr-hist-med-sci-vet-2007-03.pdf, erişim:06.06.2018).

6 Galen, Roma'da yaşamış Yunanlı bir bilim adamıdır. Tıp dünyasında önemli bir isimdir. Hayvan deneylerini anatomi, fizyoloji, patoloji ve farmakoloji alanlarında yapmıştır (HAJAR, s.42).

7 Tuncay ALTUĞ, "Hayvan Deneyleri Etiği", **Sağlık Bilimleri Süreli Yayıncılık**, 2009; s.53-68. (http://uvt.ulakbim.gov.tr/tip/sempozyum7/altug.pdf, erişim: 06.09.2018)

8 HAJAR, s.42.

9 Nuno Henrique FRANCO, "Animal Experiments In Biomedical Research: A Historical Perspective", **Animals**, 2013,3, ss.238-273. (http://www.mdpi.com/2076-2615/3/1/238/htm, erişim :06.06.2018)

10 FRANCO, s.238-273.

ortaçağda kilisenin, kadavra üzerinde yapılan çalışmaları ve hayvanlar üzerinde yapılan deney sonuçlarının insanlara genellenmesini, yani insanların anatomik ya da fizyolojik yapılarına ilişkin önbilgi olarak kabul edilmesini, yasaklaması nedeniyle Rönesansa kadar hayvan deneylerine ara verilmiştir.[11] Yine de 1514-1564 yıllarında yaşamış olan Visalius, katolik kilisesinin kadavralar üzerinde çalışma yapılmasını yasaklamasının da etkisiyle, canlı hayvanlar üzerinde deneyler yapmıştır. 16. yüzyılda, modern bilimsel metodolojinin kurucusu olarak kabul edilen Francis Bacon (1561-1626) da canlı hayvanlar üzerinde yapılan deneylerin bilimsel geçerliliğini savunmuştur.[12]

17. yüzyıl boyunca hayvanlar üzerinde deneyler yapılmaya devam edilmiştir. Descartes (1596-1650), hayvanları "makina benzeri"[13] olarak tanımlamış ve hayvanların acı hissetme yetilerinin bulunmadığını, acı verici etkilere verdikleri tepkilerin tamamen mekanik olduğunu iddia etmiştir. Bu iddia bazı çağdaşları tarafından eleştirilmiş olsa da, henüz anestezinin keşfedilmediği o zamanlarda hayvanlar üzerinde çalışma yapan bilim insanları, bugün vahşi olarak nitelenecek deneyleri haklı göstermek için Descartes'ın bu iddiasından yararlanmışlardır.[14]

Spinoza (1632-1677), hayvanların yapısal olarak insanlardan farklı olduğunu, bu bakımdan da hayvanlara insanlara davranıldığı gibi davranılmasının gerekmediğini söylemiştir. O'na göre insanlar, hayvanlara karşı, kendi çıkarlarına uygun bir davranış şekli belirlemelidir.[15] Locke (1632-1704) ise, insanların hayvanlara karşı avantajlarının ve onlara hükmetme gücünün bulunduğunu ve üstelik bu hükmetme gücünün yani hakimiyetin sadece bir gerçeklik değil aynı zamanda bir hak olduğunu savunmaktadır.[16] Bu nedenlerle Spinoza ve Locke, havyanların hissetme yeteneğine sahip olduklarını inkar etmemiş[17] olsalar da, hayvan deneylerine de karşı çıkmamışlardır.

Immanuel Kant (1724-1804)'a göre insanı hayvanlardan ayıran en önemli yeteneği aklıdır. Aklı ile insan doğadan bağımsızlığını sağlar.[18] Kant, makina-benzeri görüşünü reddetmekle birlikte hayvanların bireysel farkındalığının olmadığını ve bu nedenle kendiliklerinden, içkin/içsel değere sahip olmayıp

---

11 MAURIN-BLANCHET, ss. 50-60.

12 FRANCO, ss.238-273.

13 Descartes, hayvanların mekanik hareketlerde bulunan birer makine/otomat gibi hareketlerde bulunduğunu, herhangi bir bilince veya zihinsel aktiviteye sahip olmadığını söyler bkz. Tom Regan, The Case For animal Rights, University of California Press, 1983, ss.3-4.

14 FRANCO, ss.238-273.

15 John GREY, "Use Them At Our Pleasure : Spinoza on Animal Ethics", **History of Philosophy Quarterly**, 2013, 30 (4), ss.367-388.

16 Gary STEINER, **Antropocentrism and Its Discontents: The Moral Status of Animals in the History of Western Philosophy**, University of Pittsbourg Press, 2010, s. 159.

17 FRANCO, ss.238-273.

18 Serkan KÖYBAŞI, Yeni Bir Anayasal Hak Süjesi Olarak Hayvan-I, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt 7, Sayı :13, 2018, s.103-156.

araçsal değerlerinin bulunduğunu ve insanların hayvanlara karşı sorumluluğunun bulunmadığını savunmuştur. Bu görüşlerine uygun olarak, bilimsel amaçla yapılacak hayvan deneylerinin kabul edilebilir olduğunu ancak hayvanlara karşı spor amaçlı acımasız davranışların meşru olmadığını belirtmiştir.[19]

18. yüzyılda Voltaire (1694-1778), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), Jeremy Bentham (1748-1832) ve Arthur Schopenhauer (1788-1860) artık hayvanların kendilerinin değerli olduğunu kabul etmişler[20] ve bu şekilde o zamana kadar hakim olan egosantrik yaklaşımdan kopmuşlardır. Özellikle Bentham, hayvanlarla ilgili olarak bugün de ünlü olan şu tespitini yapmıştır: "*Problem düşünüp düşünmedikleri ya da konuşup konuşmadıkları değil, acı çekip çekmedikleridir*".[21] Yine de 18. yüzyılda da bilim insanları canlı hayvanlar üzerinde deney yapılmasının insan için faydalı olup olmadığı üzerinde durmuştur ve bu yüzyılda da tıbbi ilerlemenin hayvan deneylerini gerekli kıldığı inancı devam etmiştir. O halde, yine insan odaklı düşünülmeye devam edilmiştir. Gerçekten de, insan merkezci yaklaşımda yani antroposantrik yaklaşımda, egosantrik yaklaşımdan bir adım ileri gidilerek tek ve biricik öneme sahip olan varlığın insan olduğu düşüncesi terk edilmiştir. Ancak, egosantrik yaklaşımda olanın tersine, doğaya yapılacak tüm müdahaleler onaylanmamış olsa da, insan yararına olduğu için ve insan yararına olduğu ölçüde çevresel varlıkların korunması gerektiği fikri hakim olmuştur. Hayvan deneyleri ile ilgili olarak bu yaklaşımın yansıması, hayvanların kendi değerleri kabul edilmekle birlikte, bu deneylerin yapılmasının insan sağlığı için elzem olduğu görüşüyle, hayvanların deneylerde kullanılmasının onaylanması şeklinde görünür.

19. yüzyıla gelindiğinde ünlü Fransız doktor Claude Bernard (1813-1878) sadece titizlikle yönetilmiş ve düzgün kontrol edilmiş hayvan deneylerinin fizyoloji ve patoloji alanında güvenilir bilgi verebileceğini söylemiştir. Sonraki yıllarda Bernard'ın etkisiyle tıp alanında bilimsel bilgiye ulaşma konusunda Alman tıp devrimi gerçekleşmiş ve hayvan deneyleri temelli biyolojik ve tıbbi bilgi 19. yüzyılın ikinci yarısında, önceden hiç görülmemiş şekilde artmıştır.[22] Bu şekilde en azından anlamlı hayvan deneyleri yapılmış olsa da, bu dönemde hala anestezinin bilinmediği unutulmamalıdır. Anestezik ve analjezik maddeler ancak 1850 sonrasında keşfedilmeye başlanmıştır.[23] Bernard'ın bu konudaki katkısı şöyle açıklanabilir: Benard, güvenilir bilgiye ulaşmanın yolunu göstererek gereksiz deneylerin yapılmasının önüne geçmiştir ve bu şekilde deneylerde kullanılacak hayvan sayısının düşmesine katkısı olmuştur.

---

19 FRANCO, ss.238-273.

20 FRANCO, ss.238-273.

21 "The question is not, Can they reason? Nor, Can they talk? But, Can they suffer?"

22 FRANCO, ss.238-273.

23 MAURIN-BLANCHET, ss. 50-60.

1822 yılında doğmuş olan Louis Pasteur'ün de hayvan deneyleri yaptığını belirtmekte fayda bulunmaktadır. Çünkü günümüzde hayvan deneyleri savunucuları tarafından ileri sürülen argümanlardan biri de, Louis Pasteur'ün hayvan deneyleri yapmamış olması durumunda bugün hala hayvanların kuduzdan ölüyor olacağıdır. Burada üstü çizilen nokta, hayvan deneylerinin sadece insan yararına değil aslında aynı zamanda hayvanların da yararına olduğudur. Bu haklı bir tespit olsa da elbette tüm deneyler bakımından doğru değildir.

20. yüzyılda tıp alanında hayvan deneyleri bilimsel yöntemlerle yapılmış ve hastalıklarla ilgili önemli bilgilere kavuşulmuştur. Bu yüzyılda yaşanan iki büyük dünya savaşının ve bilim insanlarının hayvanlara gereksiz acı çektirmeme konusunda çaba göstermesinin etkisiyle canlı hayvanların deneylerde kullanılmasına karşı olan gruplara kitle desteğinin azaldığı görülmüştür.[24] Şöyle ki, günümüzde hakim olan görüş hayvan deneylerinin zaruri olduğu yönündedir.[25] Ancak insanlar hayvanlara eziyet edilmesine de göz yummamaktadır. Hayvanlara deneylerde acımasızca davranılması nedeniyle deneylere karşı çıkan gruplar önceleri çok fazla destek görmüş olsa da bilim insanları hayvanlara gereksiz acı çektirmeme konusunda dikkatli davrandıkça, bu deneylere tamamen karşı çıkanlara verilen destek azalmıştır. Burada bir denge tutturulmaya çalışıldığı söylenebilir. Bilim insanları bugün hayvan deneylerinin tamamen terk edilemeyeceğini belirtmektedir.[26] O halde hayvanlara mümkün olan en az acıyı verecek yöntemlerin kullanılması, hayvan refahının mümkün olduğunca göz önünde tutulması şartıyla insanların hayvan deneylerine onay verdiği söylenebilir. İnsanlar genel olarak hayvanların kendileriyle eş değere sahip olduklarını, hayvanları araçsallaştırmanın etik olmadığını düşünmeye başladıkları zamana kadar mevzuatta bu yönde değişiklik yapılmayacak ve hayvanlar deneylerde kullanılmaya devam edilecektir.

B- Yirminci Yüzyıldan Günümüze Hayvan Deneylerine Bakış - Antroposantrik Yaklaşım

Çevre sorunsalının farkına varılması, bu sorunsalın ortaya çıkmasına neden olan çevresel varlıkların sınırsız olduğu ve insanların doğaya diledikleri gibi müdahale edebileceklerini savunan egosantrik anlayışın dönüşmesine yol açmış ve antroposantrik yaklaşım da denen insan merkezci yaklaşım ortaya çıkmıştır. Antroposantrik yaklaşımı egosantrik yaklaşımdan ayıran nokta artık insanın korunmaya değer biricik varlık olduğu düşüncesinin terk edilmiş olmasıdır. Bu görüşte değer atfedilen sadece insan değildir. İnsan dışındaki canlı ve cansız var-

[24] FRANCO, s. 238-273.

[25] Bu konuda yapılmış bir araştırma için Bkz. Simon FESTING, Robin WILKINSON, "The ethics of animal research", **EMBO reports**, 2007/8, ss.526-530. (http://embor.embopress.org/content/8/6/526.full, erişim : 07.01.2019)

[26] Nesrin ÇOBANOĞLU, İlke BEZEN AYDOĞDU, "Tıp Araştırmaları ve Hayvan Hakları Açısından Hayvan Deneyleri Etik Kurulları", **Türk Tıp Dizini**, s.112-118. (http://uvt.ulakbim.gov.tr/tip/sempozyum7/nesrin_ilke.pdf, erişim: 06.06.2018).

lıkların da değerlerinin olduğu ve korunmalarının gerektiği kabul edilmektedir. Bu şekilde insanların davranışlarına sınır konulabilecek, insanların dağaya sınırsız müdahalesi engellenecektir. Ancak doğaya verilen değer aslında araçsal bir değerdir çünkü insan hayatının devam edebilmesi için doğaya eskisi gibi sınırsız müdahale edilemeyeceğinin farkına varılmıştır.[27] Yani doğaya insan hayatı devam edebilsin diye değer verilmeye başlanmıştır. Bu yaklaşım farklılığının hayvan deneylerine yansıması elbette olmuş, aşağıda anlatılacağı üzere hayvanlar üzerinde yapılacak deneyler belli kurallara bağlanmıştır. Yani, vahşet dönemi dediğimiz ve doğaya sınırsız müdahale edilebilen yani egosantrik yaklaşımın hakim olduğu dönemde bilim insanları hayvanlar üzerinde dilediklerince deney yapabilirken, antroposantrik yaklaşım ile hayvanlara bir değer atfedilmiş ve insan yararı için, belli kurallara bağlı olmak koşuluyla hayvanlar üzerinde deney yapılabileceği kabul edilmiştir.

1. "Acı Çekme"de eşitlik

Antroposantrik yaklaşımla egosantrik yaklaşımdan bir adım öteye geçilmiş, çevresel varlıklara bir değer atfedilmiştir. Yine de, insan dışında canlılar ancak insanlar için önem taşıdıkları ölçüde değerli görülmüşlerdir. Yani çevresel varlıkların kendilerinden, içsel değerleri kabul edilmemiş, onlara araçsal değer verilmiştir. Antroposantrik yaklaşım, kainatın tek amacının insan olduğu inancıyla, insanı her şeyin merkezine almaktadır. Bu yaklaşımda sadece insanın değerlerine önem verilmektedir yani sadece ve sadece insanın değerleri önem taşımaktadır.[28] Nitekim antroposantrik yaklaşımda insan "*bir sıradüzen (hiyerarşi) içinde kavranan türlerin en üstünde yer alan, doğadan ayrı, öbür türlerin bağlı olduğu doğal ilişkilerden bağımsız bir varlık*"[29] olarak düşünülmektedir.

19. yüzyılda Voltaire, Jean-Jacques Rousseau, Jeremy Bentham ve Arthur Schopenhauer hayvanların içkin/içsel değerlerinin varlığını kabul etmişlerdir. Şüphesiz bu görüşlerin etkisiyle, hayvan hakları ile ilgili derneklerin 19. yüzyıl sonlarında kurulmaya ve etkili olmaya başladığı görülmektedir. Ancak 2. Dünya Savaşı sırasında özellikle toksikoloji alanında yapılan deneylerde hayvan kullanımı hat safhaya ulaşmış, Nazi Almanyasında, özellikle Rusya'da savaşan askerlerin soğuğa dayanıklılığı ya da biyolojik silahlar gibi savaş koşullarının gerekli kıldığı konularda hayvan deneyleri yapılmıştır.[30]

Hayvanların tıbbi deneylerde kullanımıyla ilgili en önemli gelişme olarak

27 TURGUT, s.37.

28 Mesut KAYAER, "Çevre ve Etik Yaklaşımlar", **Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi**, 2013,Yıl. 1, C. 1, S. 1, ss. 63-76 (http://www.siyasetekonomiyonetim.org/index.php/seyad/article/view/48/24, erişim: 06.06.2018).

29 KELEŞ, HAMAMCI, ÇOBAN, **Çevre Politikası**, İmge Kitabevi, 2012, s.74.

30 Ayrıntılı bilgi için: Elisabeth HARDOUIN-FUGIER, "L'animal de laboratoire sous le nazisme", **Dalloz**, 2002, s.3345.

1959'da Russell ve Burch'un, araştırmalarda hayvanların kullanımına ilişkin yazdıkları "The Principles of Humane Experimental Technique" adlı eserleriyle 3R Kuralının[31] kabul edilmesi gösterilebilir. Hayvanların deneylerde kullanılmasının etik boyutu bakımından 1789'da Jeremy Bentham tarafından yazılmış olan "Ahlak ve Yasama İlkelerine Giriş" (An Introduction to the Principles of Morals and Legislation) adlı kitabı özellikle, hayvanların ağrıyı hissetmediği görüşünü reddetmesi ve hayvanların da acı çektiği gerçeğine yaptığı vurgu bakımından önemlidir[32]. Albert Schweitzer'in "Yaşama Saygı Etiği" (The Ethics of Reverence for Life, 1952), Ryder'ın "Bilimin Kurbanları" (Victims of Science, 1970), Peter Singer'in "Hayvan Özgürleşmesi" (Animal Liberatian, 1975) ve Tom Regan'ın "Hayvan Hakları Lehine Savunma" (The Case for Animal Rights, 1983) adlı eserleri de hayvanların durumunun günümüzde ulaştığı noktaya gelmesinde önemli olmuşlardır.[33]

Singer, hayvanlar ve insanlar arasında farklar olabileceğini ama acı çekme konusunda eşit olduklarını söylemektedir. Yani Singer, hayvanların, acı ve haz hissetme kapasitelerinden dolayı, sokaktaki bir taşın aksine, menfaatleri olan varlıklar olduklarını; eğer bir canlı acı çekiyorsa bu acıyı görmezden gelmenin hiç bir ahlaki sebebinin olamayacağını; sadece acı çekme kapasitesinin ayırd edici özelliğinin kabul edilebileceğini, akıl sahibi olma ya da rasyonelliğin keyfi ölçütler olduğunu ve ten rengine göre ayrım yapmaktan bir farkının bulunmadığını söylemektedir.[34]

Singer akıl yürütmesini acı ve haz üstüne kurmuştur. Regan, Singer'dan bir adım ileri gitmiştir. Regan hayvanların, bir hayatın öznesi olarak içkin/içsel değere sahip olduklarını söylemektedir ve Singer'ı eleştirmektedir: Singer bir faydacı olarak hayvanların haklara değil menfaatlerinin zarar görmemesine ihtiyaçları olduğunu söylerken Regan, faydacılığın en fazla kişi için en çok mutluluğu araması nedeniyle, faydacı hesabın hayvanları feda edebileceğini ve bu bakımdan sakıncalı olduğunu söylemektedir.[35] Bu nedenle, her ne kadar hayvanların yaşam kalitesini yükseltse, onlara yapılan eziyeti azaltsa da, hayvan refahının hak oluşturmadığını ve hak temelli yaklaşımıyla hayvanlara insanınkilerle eş seviyede koruma sağlayacak haklar tanınması gerekliliğini savunmaktadır.[36]

---

31 3R Kuralı, R harfiyle başlayan 3 İngilizce kelimeden oluşmuştur. Bunlar Reduction, Refinement, Replacement'(türkçe karşılıklarıyla azaltma, iyileştirme,ikame)dir, makalenin son bölümünde anlatılacaktır.

32 Yukarıda da belirtildiği üzere Bentham şöyle demektedir : "Problem düşünüp düşünmedikleri ya da konuşup konuşmadıkları değil, acı çekip çekmedikleridir".

33 Aşkın YAŞAR, Halis YERLİKAYA, "Dünyada ve Türkiye'de Hayvan Haklarının Tarihsel Gelişimi", **Avrasya Veteriner Bilimleri Dergisi**, 2004, Cilt: 20, Sayı: 4, s. 39-46. (http://eurasianjvetsci.org/pdf/pdf_EJVS_153.pdf, erişim : 06.06.2018)

34 Peter SINGER, **Practical Ethics**, Cambridge University Press, 1993, s. 57-58.

35 Tom REGAN, **The Case for Animal Rights**, University of California Press, 1983 , s.229-230.

36 Serkan KÖYBAŞI, Yeni Bir Anayasal Hak Süjesi Olarak Hayvan-II, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt 7, Sayı: 14, 2018, s.357-422.

Hayvanların, çıkarları olduğu için ahlaki bir özne olduğunu öne sürerek hayvan refahı kavramını savunan Singer'ın düşüncesi çeşitli ülke mevzuatlarını da zamanla etkilemiştir[37]. Örneğin 16 Şubat 2015'te Fransız Medeni Kanunu'nda hayvanlar hissetme yeteneğine sahip canlılar olarak tanımlanmış, 2016 yılında ise Arjantin mahkemesi tarafından şempanze insan dışı hukuk öznesi olarak kabul edilmiş ve bu şekilde hayvanların eşyadan farkları ortaya konmuştur.[38] Almanya, Avusturya ve İsviçre Medeni Kanunlarında da aynı şekilde hayvanların "mal" olmadıkları kabul edilmiştir.[39]

2. "Hayvan, İnsan Değildir" Karşı Çıkışı

1970 sonrasında hayvan severlerin etkisiyle hayvanlar üzerinde yapılan deneyler yoğun olarak tartışılmıştır. Bu konuda, hayvan hakları savunucularının argümanlarından biri "*insan, hayvan değildir*" çıkışıdır. Bu itiraz şunu ifade etmektedir: İnsan hayvan olmadığına göre hayvanlar üzerinde yapılan ya da yapılacak deneyler insanlar için kesin bilgi veremezler. O halde hayvanlar üzerinde yapılan deneylerle elde edilen sonuçlar güvenilmezdir ve hatta hayvanlar ve insanlar belli maddelere farklı tepki verebileceği için tehlikelidir. Nitekim, hayvan deneylerini savunan tıp etiği uzmanları da "*ne kadar çok hayvan deneyi yapılırsa yapılsın, daha sonra denenen ilacın ya da denenen yöntemin ilk uygulandığı insanın, asıl denek olmaktan kurtulamayacağı*"[40]nı hatırlatmaktadır.

Her ne kadar, hayvanlar üzerinde yapılan deneyler gerçekten güvenilir değilse de, hayvanlar üzerinde araştırma yapılmadan kullanılan bazı ilaçların insanlara önemli zararlar verdiği örnekler de bulunmaktadır. Örneğin 1937 yılında ABD'de bir ilaç şirketi, dietilen glikol (DEG) kullanarak bir preparat hazırlamış ve bunu 'Elixir Sulfanilamide' olarak adlandırmıştır. Hiçbir hayvan testi yapılmadan kullanılan bu ilaç kitle zehirlenmesine ve yüzü aşkın kişinin ölümüne neden olmuştur. Bu olay ve diğer benzer felaketler kamusal isyana neden olmuş ve 1938 Federal Gıda, İlaç ve Kozmetik Yasası ile, ilaçların pazarlanmadan önce hayvanlar üzerinde güvenlik testlerinin yapılması zorunluluğu getirilmiştir.[41]

Bu olayların, hayvan deneylerinin zorunlu olduğunu gösterdiği kanısında olan Morrison, hayvan hakları savunucularının insanın hayvandan farklı olduğu ve bu nedenle hayvan deneylerinin zaten güvenilir sonuçlar veremeyeceği id-

---

37 KÖYBAŞI, s.357-422.

38 Jean- Pierre MARGUENAUD, Xavier PERROT, "Le Droit Animalier, De L'anecdotique Au Fondamental", **Dalloz**, 2017, s.996.

39 KÖYBAŞI, s.103-156. Yazar, her üç ülke kanununda hayvanların eşya olmadığına dair madde bulunmasına rağmen "özel hüküm bulunmadığı hallerde eşyalara ilişkin hükümlerin uygulanacağı"nın belirtilmiş olduğunu da eklemektedir. Bkz. s. 140.

40 Nüket ÖRNEK BÜKEN, "Hayvan Deneylerinde Araştırmacı Sorumluluğu Ve Deney Hayvanlarının Hakları", **Hacettepe Tıp Dergisi**, 2006, Cilt 37, Sayı 1, s.1-5.

41 HAJAR, s. 42

diasını tersine çevirerek, hayvanların insanlardan duygusal ve zihinsel kapasite olarak farklı olduğunu, bu bakımdan hayvanların insan olmadığını, hayvanlara karşı duyarlılığı anladığını ama bilim insanlarının öncelikli sorumluluklarının insanlara karşı olduğunu söylemektedir.[42] Yazar, hayvan deneylerinin neden zorunlu olduğunu anlatan makalesinde insanların hayvanlardan farklarını ortaya koymaya çalışmış, her tür gibi insan türünün de öncelikle kendi yaşamını devam ettirmek için uğraşması gerektiğini, yani hayvan haklarını savunurken kendi cinsini de korumayı ihmal etmemesi gerektiğini savunmuştur. Ayrıca insanın acı çekme konusunda tüm diğer türlerden farklı olarak sadece fiziksel acıyı değil, kendisi dışında bir insanın hastalık nedeniyle çocuğunu kaybetmesinin acısını da anlama yetisine sahip olduğunu belirterek, Singer'ın türcülük ile ilgili söylediklerine karşı çıkmıştır.[43] Bu itiraz, Bentham'ın acı çekme kapasitesinin varlığının eşit muameleyi gerektirdiği iddiasına karşı da öne sürülebilir niteliktedir. Şöyle ki, Morrison hayvanların acı çekme kapasitelerini reddetmese de, insanların empati duygusunun da varlığına dikkat çekmektedir. Yazar ayrıca hayvanların küçük insanlar olmadığını vurgulamakta, ancak insanların, kontrolleri altındaki hayvanlara karşı da sorumluluklarının olduğunu, nitekim iyi bilimin, yani güvenilir bilimsel sonuçlara ulaştıracak hayvan çalışmalarının, iyi hayvan bakımını gerektirdiğini belirtmektedir.[44]

Regan'a göre "Hayvanlar insan değildir" argümanı ile ifade edilen, insanların bir biyolojik türe mensupken, örneğin kurtların başka bir türe mensup olduklarıdır. Yazara göre, yalnızca farklı bir türe mensup oldukları için birinin hakları olup diğerinin haklarının olmadığını söylemek saçmadır ve bu şekilde türcülük yapmak, ırkçılık ya da cinsiyetçiliğe benzer bir ayrımcılıktır.[45] Regan akıl yürütmesine uygun olarak, nasıl ki hiç bir insan hakları savunucusu, insanlar üzerinde deney yapılmasını destekleyemezse hayvan hakları savunucularının da, hayvanlarla ilgili aynı görüşü savunacaklarını söyleyerek, şöyle devam etmektedir: "*Amaçlar araçları haklı kılmaz. İnsanların bu uygulamalardan büyük yararlar gördüğü ve hiç zarar görmedikleri doğru olsaydı bile, bu, herhangi bir laboratuvarda kafese düşme talihsizliğine düşmüş hayvanların haklarının ihlal edilmesi için haklı bir gerekçe olamaz*"[46].

Gary Francione'a göre de, insanın bir başkasının malı olamayacağını kabul etmemiz nasıl ki köleliği daha "insani" kurallara bağlamakla yetinmeyip ortadan kaldırmamızı gerektirdiyse, hayvanların temel haklara sahip olduklarını kabul et-

42 Adrian R. MORRISON, "Ethical Principles: Guiding The Use Of Animals In Research", **The American Biology Teacher**, 2003, Cilt. 65, Sayı. 1, s. 105-108.
43 MORRISON, s.105-108.
44 MORRISON, s.105-108.
45 Tom REGAN, **Kafesler Boşalsın**, İletişim, 2007, s. 99.
46 REGAN, s. 262.

memiz de onları kurumsal olarak sömürmemizin önüne geçmelidir.[47]

Bu görüşler günümüzde hakim olan antroposantrik görüşün ötesine geçen ekosantrik yaklaşımın bir ifadesidir. Ekosantrik yaklaşıma göre insanlar dahil tüm varlıklar yeryüzünün eşit düzeydeki öğeleridir ve insanlar diğer türlerden üstün değildirler. Her varlığın, insanın ona verdiği değerin ötesinde kendinden, yaradılışsal bir değeri vardır. Bu nedenle de çevresel varlıkların, insanlar için değil, içkin/içsel değerleri kabul edilerek, kendileri için korunmaları gerekmektedir.[48]

Bu yaklaşım hayvan hakları savunucularının görüşlerinin ifadesidir ve hayvanlar üzerinde yapılan deneylerin tamamen yasaklanmasını gerektirir. Günümüzde ise genel olarak hayvan deneyleri belli şartlar altında kabul görmektedir. Bu şartlardan birincisi hayvanın en az seviyede acı çekmesinin gözetilmesi, ikincisi ise, söz konusu çalışma ile, başka metodlarla elde edilmesi mümkün olmayan insani faydanın sağlanacak olmasıdır. Bu çerçevede hayvanın çekeceği acının deneyden beklenen fayda ile orantılı olması gözetilmektedir.[49] Ülkemizde, hayvan deneylerinden tamamen vazgeçmek mümkün görülmemiştir. Ancak uzun süremesi muhtemel acı, eziyet ve ızdırapla sonuçlanan ve düzeltilmesi mümkün olmayan uygulamalardan kaçınılması gerekliliği mevzuatta vurgulanmıştır. Hayvan deneylerini değerlendirecek etik kurulların ise, hayvanları ağır ve uzun süreli acıya maruz bırakacak deneylerin yapılmasına, etik ilkeler ile araştırmadan elde edilecek fayda ve hayvanların çekeceği acıyı dikkate alarak karar vermeleri gereği belirtilmiştir.[50] Görüldüğü üzere, belli şartlar altında olsa da hayvan deneylerine izin verilmektedir. O halde mevzuata hakim olan görüşün antroposantrik yaklaşım olduğu ifade edilebilir. Nitekim ekosantrik yaklaşım hayvan deneylerini hiçbir şartta kabul edilmemesini gerektirir.

II- MEVZUATTA HAYVAN DENEYLERİ

Tıbbi deneylerde hayvan kullanılması hakkındaki mevzuatın oluşmasını sağlayan süreç göz önünde bulundurulduğunda, mevzuata hayvan odaklı bir yaklaşımın hakim olması beklenebilir. Ancak bu yönde bir tespitte bulunmak aşağıda açıklanacağı üzere mümkün değildir.

Hayvan deneyleriyle ilgili öncelikle uluslararası mevzuatta önemli hükümler bulunmaktadır. Konu ile ilgili Avrupa Birliği direktiflerine uygun olarak iç hukukumuzda da çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

---

47 Gary L. FRANCIONE, **Hayvan Haklarına Giriş**, İletişim, 2008, s.35.

48 TURGUT, s.37.

49 Géraldine VIAL, Etienne VERGES, "La Régulation Des Recherches Précliniques: Une Analyse Humaniste De La Protection De Animaux D'expérimentation Par Le Droit Et L'éthique", **Revue Semestrielle De Droit Animalier**, 2009, Sayı.1, s.185.

50 Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik, 15.02.2014 tarih ve 28914 sayılı RG., m. 10/ n ve ö.

Uluslararası düzeyde Hayvan hakları konusunda en önemli metin, 15 Ekim 1978 tarihinde Paris'teki Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) Merkezi'nde ilan edilen Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi'dir. Beyannamede, deney hayvanları özelinde, "*hayvanlara fiziki ya da psikolojik acı çektiren deneyler yapmak hayvan haklarına aykırıdır. Tıbbi, bilimsel, ticari ve başka biçimlerdeki hertürlü deneyler için de durum böyledir*" hükmü bulunmaktadır. Ne var ki bu hüküm, hayvanların deneylerde kullanımı ile ilgili olarak pratikte bir değişiklik yaratmamıştır. 1982-1984 yılları arasında yapılan geniş kapsamlı uluslararası ve disiplinler arası çalışmalar neticesinde ise Avrupa Tıp Araştırma Konseyi tarafından "Hayvan Deneyleri Etik Yasası" yayınlanmıştır. Ancak bu metnin hukuki bağlayıcılığı bulunmamakta sadece bir rehber niteliği taşımaktadır. Sonuç olarak 1986 yılına kadar hayvan deneyleri, araştırmacıların kendi etik anlayışlarına göre ve çalıştıkları laboratuvarın kendilerine sunduğu maddi imkanlar dahilinde gerçekleştirilmiştir.[51] 1986 yılında ise, 86/609/EEC sayılı Avrupa Birliği Konsey direktifiyle bilimsel olarak kabul edilebilir ve hayvan kullanımını gerektirmeyen başka bir metodun mümkün olması durumunda hayvanların deneyde kullanılamayacağı kuralı getirilmiştir.[52] Burada bilimsel olarak kabul edilebilirliğin ne anlama geldiği soru işaretidir. Bu Konsey Direktifinde değişiklikler yapan 2003/65/EC sayılı Direktif 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Ancak bu direktifte de "bilimsel olarak kabul edilebilirlik" açıklanmamıştır.

Avrupa Birliği müktesebatında hayvanlar, kurucu anlaşmalardan Roma anlaşmasında meta olarak kabul edilmekte iken, Amsterdam anlaşmasında "*sezgi yetisine sahip*" varlıklar oldukları kabul edilmiştir. 2009 yılında yürürlüğe giren Lisbon sözleşmesinin 13. maddesinde ise başka zorunluluklar yanında araştırmalarda hayvanların refahının da gözönünde bulundurulması gereği belirtilmiştir. Deney hayvanlarının durumları ile ilgili asıl önemli gelişme ise, 2010 yılında, bilimsel amaçla kullanılan hayvanların korunmasına dair direktifin kabul edilmesidir (Directive 2010/63/EU). Direktifin gerekçesinin üçüncü paragrafında bilimsel amaçlarla kullanılan hayvanların refahının korunması topluluğun bir değeri olarak kabul edilmiş; bu hayvanların refah düzeyini arttırma gerekliliği de direktifin gerekçe kısmının altıncı paragrafında belirtilmiştir.[53]

1959 yılında zoolog William Russell ve mikrobiyolog Rex L. Burch'un "The Principles of Humane Experimental Technique" isimli eserleriyle kabul edilmiş ve aşağıda incelenecek olan 3R (Replacement, Reduction, Refinement) kuralı bu direktifle sadece etik prensipler olmaktan çıkıp mevzuatta kendilerine yer edinmişlerdir. Üstelik direktif 3R kuralının başlangıçta kapsadığı alanı da

51 VIAL, VERGES, s.185.

52 Art. 7, prg. 2 : ". An experiment shall not be performed if another scientifically satisfactory method of obtaining the result sought, not entailing the use of an animal, is reasonably and practicably available."

53 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32010L0063

aşarak laboratuvar hayvanlarının yetiştirilmesi ve bakımı konularını da içermektedir. Tüm bu koşulların tespiti ve denetimi ise bağımsız ve tarafsız kurullar tarafından yapılacaktır ki bu amaçla etik kurullar oluşturulmuştur.

Ulusal mevzuatta ilk olarak belirtilmesi gereken, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu[54]'dur. Bu kanuna dayanılarak, 2011 yılında Deneysel ve Diğer Bilimsel Amaçlar İçin Kullanılan Hayvanların Refah ve Korunmasına Dair Yönetmelik[55] ve 2014 yılında Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik[56] çıkarılmıştır.

Hayvanları Koruma Kanunu'nun 3. maddesinde deney, "*herhangi bir hayvanın acı, eziyet, üzüntü veya uzun süreli hasara neden olacak deneysel veya diğer bilimsel amaçlarla kullanılması*"; deney hayvanı ise "*deneyde kullanılan veya kullacak olan hayvan*" olarak tanımlanmıştır. Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte ise deney "*Bilimsel amaçlarla hayvanlar üzerinde gerçekleştirilecek her türlü prosedür veya prosedürler bütünü*"; deney hayvanı ise "*Prosedürlerde kullanılan, serbest yaşayan veya çoğalan larva biçimleri, canlı kafadanbacaklılar ve normal fetal gelişimlerinin son üçte birlik döneminden itibaren memeliler dahil, insan olmayan herhangi bir omurgalı canlı*" olarak tanımlanmaktadır. Kanunda ve yönetmelikte bahsi geçen "bilimsel amaçlar" da, Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğinin "*Deney hayvanının kullanılma amaçları*" başlıklı 5. maddesinde, uluslararası mevzuata da uygun olarak belirlenmiştir.[57]

Ulusal mevzuatla getirilen sisteme göre, her deneyde hayvan kullanımı mümkün olmayıp başka bir seçenek bulunmaması durumunda ve sadece bilimsel çalışmalarda hayvanlar denek olarak kullanılabilecektir. Bu kullanım ise yine belli kurallara bağlıdır. Öncelikle her hayvan bu çalışmalarda kullanılamamaktadır. Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin 11inci maddesinde, deneyde kullanılacak hayvanlar sayılmış, kedi, köpek gibi evcil türlerin, sokakta başıboş olanları dahil, deneylerde kullanılması yasaklanmıştır. Bu hayvanların deneylerde kullanılmasına, hayvanların sağlık ve refahı ile ilgili çalışmalarda ihtiyaç duyulması; çevre, insan ve hayvan sağlığına

54 01.07.2004 tarih ve 25509 sayılı RG.

55 13.12.2011 tarih ve 28141 sayılı RG. Bu yönetmelik ile, 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu ile 441 sayılı Tarım ve Köyişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye ve 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin icrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanuna dayanılarak hazırlanmış olan ve16.05.2004 tairh ve 25464 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Deneysel ve Diğer Bilimsel Amaçlar İçin Kullanılan Deney Hayvanlarının Korunması, Deney Hayvanlarının Üretim Yerleri ile Deney Yapacak Olan Laboratuvarların Kuruluş, Çalışma, Denetleme, Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik" yürürlükten kaldırılmıştır.

56 15.02.2014 tarih ve 28914 sayılı RG.

57 Yönetmeliğin uygulama talimatı "Deneysel ve Diğer Bilimsel Amaçlar İçin Kullanılan Hayvanların Refah ve Korunmasına Dair Yönetmeliğin Uygulama Talimatı" adıyla 12.12.2018 tarih ve E. 3679106 sayılı Bakanlık oluru ile yayımlanmıştır. Bu talimatta önemli teknik hususlar yer almaktadır.

karşı ciddi tehlike oluşturması ve çalışmanın amacının sadece başıboş hayvan kullanılarak gerçekleştirilebileceğine dair bilimsel gerekçeler sunulması hallerinde izin verilmiştir. İnsan dışı primatların (maymunların) deneylerde kullanılmasına, istisnai durumlarda ve prosedürün amacının maymunlar dışında bir tür kullanılarak gerçekleştirilemeyeceğine dair bilimsel bir gerekçe mevcutsa izin verilebileceği düzenlenmiş, büyük kuyruksuz maymunların ise deneylerde kullanılması tamamen yasaklanmıştır.

Deney hayvanlarının yetiştirilmesi ile ilgili kurallar da mevzuatta düzenlenmiş olup, bu kurallara, 3R kuralı anlatılırken değinilecektir.

Bilim insanlarının hayvanları denek olarak kullanmak istediklerinde yapmaları gereken ilk şey etik kuruldan onay almaktır.

A- Etik Kurullar

Bu başlık altında öncelikle bu kurulların nitelik ve kuruluşları, sonrasında ise kurul kararlarının nitelikleri incelenecektir.

1. Etik Kurulların Kuruluş ve Nitelikleri

Kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşlarda deney amacıyla kullanılacak hayvanların kullanımından önce alınması gereken izinler vardır. Bu amaçla Hayvan Deneyleri Merkez Etik Kurulu (HADMEK) ve Hayvan Deneyleri Yerel Etik Kurulları (HADYEK) oluşturulmuştur.

HADYEK'lerin kuruluşu yönetmeliğin 8inci maddesinde düzenlenmiştir. HADYEK kurulabilmesi için, kurum bünyesinde asgari olarak hayvanların tür özellikleri gözetilerek, stressiz ve sakin bir hayat sürdürebilecekleri, veteriner hizmetlerinin verildiği Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığından çalışma izinli bir deney hayvanı ünitesinin bulundurulması zorunludur. O halde hayvan deneyleri sadece HADYEK kurulması şartıyla, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığından çalışma izinli deney hayvanı ünitesi bulunan resmi ve özel kurum ve kuruluşlar ile yüksek öğretim kurumlarında yapılabilir.

Hadmek ise Hadyek'ler üzerinde merkezi bir üst kurul olarak görev yapmakta olup görevleri yönetmeliğin 7. maddesinde düzenlenmiştir.

Hayvan Deneyleri Etik kurulları özel kolluk benzeri bir görev yerine getirmektedir. Özel kolluk, özel bir kanunla kurulan ve belirli bir faaliyet kategorisine ilişkin olarak yetkili ve görevli olan kolluktur. Özel idari kolluk, yasal düzenlemeler çerçevesinde kamu düzeninin klasik unsurlarını aşan amaçlar için görevlendirilir. Hayvan Deneyleri Etik Kurulları da, Hayvanları Koruma Kanunu ve ilgili yönetmelikle kurulmuşlar ve özel koruma alanı olarak deneylerde kullanılacak hayvanlar hakkında yetkilendirilmişlerdir.

2. Etik Kurul Kararlarının Hukuki Niteliği

HADYEK kendilerine sunulan projeyi değerlendirecek ve neticede, "uygun", "düzeltilmesi gerekir", "şartlı olarak uygun" ya da "uygun değildir" kararı verecektir. Yönetmelikte başvuru sahibine kararın, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren kırk iş günü içinde yazılı olarak bildirileceği, bu sürenin projenin değerlendirilmesini de kapsadığı, projenin karmaşıklığı veya birden çok bilim dalını ilgilendirdiği hallerde, HADYEK'in sözü edilen süreyi bir defaya mahsus olmak üzere onbeş günü geçmeyecek şekilde uzatabileceği düzenlenmiştir. Belirtilen bu süreler kurulun hızlı karar almasını sağlamak amaçlıdır, verilen süreler içinde karar verilmemesine hukuki bir sonuç bağlanmamıştır.

"Düzeltilmesi gerekir" kararının verilmesi durumunda, proje düzeltildikten sonra tekrar HADYEK tarafından incelenecek ve yeni bir karar verilecektir. Bir kere düzeltilmesi gerekir kararı verilmiş olan proje ile ilgili olarak tekrar düzeltme istenmesi hususu yönetmelikte özel olarak düzenlenmemiştir. Bu durumda tekrar düzeltme istenmesi mümkün görünmektedir.

"Şartlı olarak uygun" kararı verilmesi durumunda proje, HADYEK tarafından belirlenecek bir süre boyunca, hayvan refahı birimi tarafından izlenip, istenen şartların yerine getirilip getirilmediği değerlendirildikten sonra, "uygun" ya da "uygun değildir" şeklinde karara bağlanır ve proje ile ilgili HADYEK'e rapor verilir.

HADYEK, bir projenin yapılabilirliğini sınamak amacıyla, az sayıda hayvan üzerinde, ön deneylerin yapılmasını da isteyebilir. Bu durumda kesin karar, "şartlı olarak uygun" kararı verilen projelerdeki usullere göre verilir.

HADYEK onay verdiği projeleri her zaman denetleyebilir ve bu denetim sonunda izni iptal edebilir. O halde HADYEK incelemelerinin bir süreç olduğu ve onay ya da red kararı ile tamamlanmadığı; aksine öncelikle "uygun" ya da "uygun değil" kararları dışında, "düzeltilmesi gerekir" ve "şartlı olarak uygun" kararının da verilebildiği görülmektedir. Şartlı olarak verilen onay kararı ile ilgili olarak özel bir inceleme ve değerlendirme aşaması öngörülmüştür. Ancak bu incelemenin dışında, hakkında "onay" kararı verilmiş projeler de her zaman denetlenebilecektir. Kısaca yerel etik kurulun iki aşamalı çalışma yapması beklenmektedir: Öncelikle çalışma başlamadan önce projenin uygunluğu ile ilgili bir karar verecektir ve uygun bulmadığı projeler hayata geçirilemeyecektir. Uygun bulduğu projelerle ilgili olarak ise Kurulun, süreci takip etme ve gerektiğinde araştırmayı sonlandırma yetkisi bulunmaktadır. Bu takip iki türlü söz konusu olabilmektedir: Bazı araştırmalarda Kurula düzenli gelişim raporu sunulması gerekirken, diğerlerinde Kurulun habersiz denetim yetkisi bulunmaktadır. Yönetmelikte, izin

verilmiş projelerde hayvan refahını olumsuz etkileyecek herhangi bir değişiklik olup olmadığının denetleneceği ve onaylanan projeye uyulmaması durumunda iznin iptal edeceği düzenlenmiştir.

Yönetmelik ayrıca, hayvan refahı birimini, iznin iptal edilmesi durumunda, projede kullanılan veya kullanılması öngörülen hayvanların refahının olumsuz yönde etkilenmemesini sağlamakla görevlendirmiştir. Ancak yönetmelikte, bu denetimlerin ne sıklıkta ve nasıl yapılacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu eksiklik denetimin habersiz yapılacak olmasıyla elbette ilişkilendirilebilir. Ancak yerel kurulların bu denetimleri hiç yapmaması da ihtimal dahilindedir. Elbette bu hususta yetkinin aynı zamanda görev olduğu söylebilir ancak yine de Kurulları bu hususta görevlendiren belirgin düzenlemeler yapılmasında fayda bulunmaktadır.

Bu konuda kabul edilebilecek bir diğer ihtimal ise şudur: Her HADYEK kendi çalışma usul ve esasları hakkında yönergesini hazırlayacağına ve bu yönergeyi HADMEK'in onayına sunacağına göre, bu yönergelerde denetim usulleri ve şekilleri düzenlenebilir ve bu yönde ciddi bir denetim öngörmeyen yönergeler HADMEK tarafından onaylanmayabilir. Ancak bu şekilde farklı uygulamalar yerine, denetimlerin yönetmelikle düzenlenmesi ve tüm HADYEK'ler tarafından aynı şekilde uygulanması yerinde olacaktır.

Yönetmeliğin HADMEK'in görevlerini düzenleyen maddesinden HADYEK kararlarına karşı HADMEK'e itirazda bulunulabileceği anlaşılmaktadır. Bu itiraz için özel bir usul öngörülmemiştir. HADMEK'in görevlerini düzenleyen yönetmeliğin 7nci maddesinin f bendinde itiraz şu şekilde düzenlenmiştir: "*HADYEK'lerin verdiği kararlara yapılan itirazları değerlendirmek, gerekli görülmesi halinde dosyaları yeniden incelemek üzere gerekçeleri ile birlikte ilgili HADYEK'e geri göndermek*". Bu maddeden HADYEK kararlarına karşı HADMEK'e itiraz başvurusunda bulunulabileceği, bu başvuru neticesinde HADMEK'in ya itirazı reddedeceği ya da, eğer itirazı haklı bulursa, dosyayı HADYEK'e gerekçesini de bildirerek yeniden incelenmek üzere geri gönderebileceği anlaşılmaktadır.

Bu itiraz usulü, aksine bir hüküm bulunmadığından, zorunlu idari başvuru değil, ihtiyari idari başvuru yolu olarak kabul edilmelidir. HADYEK kararları, araştırmacının, çalışmasında hayvan kullanıp kullanamayacağı, kullanabilecekse hangi hayvandan kaç tane kullanacağı konusunda, uyulması zorunlu ve hukuki sonuç doğuran nitelikte işlemler olarak icraidirler. Kesin ve yürütülebilir birer işlem olduklarından, genel kurallar çerçevesinde iptal davasına konu olabilirler. Hayvan hakları savunucuları da, bireysel dava açmaları durumunda menfaat ihlali olup olmadığı konusunda sorun yaşama ihtimalleri olduğu için, dernekleşerek

bu kurul kararlarının iptali talebiyle dava açma yoluna gidebilirler.

B- 3+1 R Kuralı

3R kuralı R harfiyle başlayan 3 İngilizce kelimeden oluşmuştur. Bunlar Reduction, Refinement, Replacement'dir.[58] 3R ilkesi Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4üncü maddesinde: "*Mümkün olan her durumda, canlı hayvan yerine bilimsel açıdan geçerli başka alternatif yöntem ya da deneme stratejisinin uygulanması, proje hedeflerinden ödün vermeden kullanılacak hayvan sayısının olabildiğince azaltılması, hayvana acı, eziyet, ızdırap çektirecek ve kalıcı hasar yapacak prosedürlerin iyileştirilerek hayvan refahının artırılması*" olarak tanımlanmıştır. Aynı yönetmeliğin, HADYEK'lere gelen projelerin değerlendirilmesine yönelik 15inci maddesinde ise bu projelerin 3R ilkesine uygunluk yönünden de inceleneceği düzenlenmiştir.

Reduction (azaltma), araştırmalarda kullanılan hayvan sayısının azaltılmasını öngörür. Amaç boş yere hayvan kullanmamaktır. Bunun için araştırmacıların öncelikle çok iyi literatür araştırması yapması ve önceden zaten yapılmış deneyler için yeni hayvanlar kullanmaması gerekir. Hayvan deneyleri etik kurulları bu konuda denetleyici rol oynayacaktır. Yeterli araştırma yapılmadığı durumlarda proje reddedilebilecek veya düzeltme talep edilebilecektir.

Çalışmalarda istatistiki olarak anlamlı sonuç verecek sayıda hayvan kullanılmalı, bu sayı ne fazla ne de az olmalıdır. Hayvan sayısının istatistiki olarak anlamlı bir değer verecek sayıdan az olması durumunda deneyin tekrarlanması gerekeceğinden, hayvanları korumak adına çok az sayıda hayvanın kullanılmasına izin vermek de nihayetinde, toplamda daha fazla hayvan kullanılması sonucunu doğuracaktır. Diğer yandan, deneyin istatistiki güvenilirliği bakımından gerekli sayıdan fazlasının kullanılması da, bu fazla sayıda hayvanın anlamsız yere zarar görmesine neden olacaktır. Bu nedenle "*deneyin planlanmasından önce araştırmacı istatistiksel olarak danışmalı, uygun bir istatistik çalışma yapabilmek için her gurupta yeterli sayıda ve en az hayvan kullanmalıdır*".[59] Bu aşamada Etik Kurulların çok önemli bir işlev yerine getirdikleri düşünülmekte; istatistik uzmanları tarafından hesaplanacak sayıda hayvan kullanılması konusunda araştırmacının projesinin denetlenmesi ve bu istatistiki bilgiler doğrultusunda hayvan kullanılmasına izin verilmesi ile gereksiz hayvan kullanımının önüne geçilmesi hedeflenmektedir.

---

58 +1 R, Resposability, türkçe karşılığıyla sorumluluk, aşağıda açıklanacaktır.

59 Engin KURT, "Bir Üniversiteye Ait Hayvan Deneyleri Etik Kurulu İncelemeleri: 13 Yıllık Çalışma Sonuçları", **Gülhane Tıp Dergisi**, 2015, Cilt: 57, Sayı: 4, s.392-396.

Çalışmalarda gereğinden fazla hayvan kullanımını önleyecek başka bir yol da bu çalışmaların eğitimli kişiler tarafından yapılması kuralıdır. Bu nedenle mevzuatta deney hayvanlarıyla çalışacak kişilerin özel eğitimlerden geçmiş olması gerekliliği düzenlenmiştir. Sadece, gerekli kurslara katılıp başarılı olarak sertifika almaya hak kazanmış olan araştırmacılar etik kurullara proje sunabilirler.[60] Bu kuralın getirilme nedeni, deneyimsiz kişilerin bazı hayvanları gereksiz yere telef edebileceği endişesidir.

Refinement (İyileştirme), hayvanların doğumlarından, deneylerde kullanımlarının sonlandırılmasına kadar geçen süreçte refahlarının (animal welfare) sağlanması ve mümkün olduğunca az acı hissetmeleri için gereken önlemlerin alınmasını öngörür. Refinement kuralının gerekleri Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığınca çıkarılan Deneysel ve Diğer Bilimsel Amaçlar İçin Kullanılan Hayvanların Refah ve Korunmasına Dair Yönetmelikle düzenlenmiştir. Bu Yönetmeliğin amacı "*deneysel ve diğer bilimsel amaçlar için kullanılacak hayvanların yetiştirilmesi, beslenmesi, barındırılması, bakılması; (...) prosedürlerde kullanılmak üzere izinli kuruluşlarda üretilmesi zorunlu türler, hayvan türlerini ve kuruluşların uyacağı esasları belirlemek, prosedürlerde kullanılmak üzere üretilen, tedarik edilen veya prosedürlerde kullanılan hayvanların refah ve güvenliklerini sağlamaktır*". (m.1)

Replacement (ikame), yerine başka birşey koyma, değiştirme anlamına gelir. Bu ilkeye göre, deneylerde mümkün olduğu ölçüde omurgalı hayvanların kullanılmaması tercih edilmelidir. Doku ve organ kültürlerinin kullanılması, omurgasız hayvanların kullanılması, embriyonlu yumurtanın kullanılması, bir hücrelilerin kullanılması, bilgisayar ve veri bankalarının kullanılması, matematik yöntemler, gönüllü insan kullanımı ve epidemiyolojik çalışmalar, eğitimde yapay modellerin ve filmlerin kullanılması gibi olanaklar öncelikle değerlendirilmelidir.[61] Ancak bu yöntemlerin hiçbirinin, en azından günümüzde, hayvan kullanımının tamamen yerine geçebilecek bir yöntem olmadığı, deneylerde hayvan kullanımını sınırlayacak, belki de ortadan kaldıracak asıl gelişmenin gen mühendisliği alanında kaydedilecek ilerleme ile insanın kendi kök hücrelerinin kontrol altına alınması, kendi bedenini, dokusunu, organ bankası haline getirebilmesi olduğu ifade edilmektedir.[62]

Son dönemlerde 3R kuralına bir dördüncü olarak **Responsibility** eklenmiştir. Responsibility, yani sorumluluk, deney hayvanlarıyla çalışan araştırmacıların hayvanlara karşı sorumluluklarının bilincinde olmalarını ve bu sorumluluğa

60 Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul Ve Esaslarına Dair Yönetmelik, m.15.

61 Tuncay ALTUĞ, "Hayvan Deneyleri Etiği", Sağlık Bilimleri Süreli Yayıncılık, 2009; s.53-68. (http://uvt.ulakbim.gov.tr/tip/sempozyum7/altug.pdf, erişim: 06.09.2018)

62 BALKAN, BALKAN, s. 6-9

uygun davranmalarını öngören bir ilkedir.[63] Bu alanda çalışacak kişiler gerekli eğitimleri almış ve yürürlükteki mevzuata hakim olmalıdır. Ayrıca, sadece kendi yapacakları araştırmayı ve ulaşacakları sonuçları önemsememeleri, kullandıkları hayvanların hayatlarının da değerli olduğunun farkında olmaları ve onlara karşı sorumluluk taşıdıkları bilinci ile çalışmalarını sürdürmeleri beklenmektedir.

3R kuralı günümüzde çok önemlidir. Gerçekten de vahşet dönemi olarak adlandırdığımız uzun yüzyıllar boyunca deney hayvanlarına nasıl acılar çektirildiği düşünüldüğünde, 3R kuralı hayvan refahını sağlamaya yönelik önemli bir adım olarak kabul edilmelidir. Ancak Serkan Köybaşı'nın "*Hayvan hakları adı altında kabul edilen düzenlemeler onlara gerçekten bir hak tanımamakta, yalnızca insanın kendi çıkarını üstün tutarak kurduğu sömürü düzeni içerisinde onların refahını artırmayı amaçlamaktadır*"[64] şeklindeki isyanına da hak vermemek elde değildir.

SONUÇ

Hayvan deneylerini savunanlar genellikle bu deneylerin sadece insanlara değil hayvanlara da yarar sağladığını vurgulamaktadır. Yukarıda değinildiği gibi, gerçekten de Pasteur hayvanlar üzerinde deney yapmasaydı belki bugün hala hayvanlar kuduzdan ölecekti. Yine de kabul edilmesi gerekir ki, hayvanlar üzerinde yapılan deneyler, bazen hayvanların yararı için yapılsa dahi, çoğu kez insanların yararı için yapılmaktadır ve bu deneylerin çoğu hayvanların ölümü ile sonuçlanmaktadır.[65] Kaldı ki, bu deneylerin etik bakımdan tartışılmasında da hep dile getirilen, insan için faydasının ne kadar önemli olduğudur. Hayvanlar üzerinde deney yapılması taraftarı olan kişiler bu deneylerin insan hayatı için önemi üzerinde durmakta ve özellikle bu deneyler sayesinde insan hayatının uzadığını vurgulamaktadırlar. Demek ki, deneylerin asıl amacı insan hayatını iyileştirmek, uzatmaktır ve bu amaç uğruna hayvanlar feda edilmekte, yani onların hayatına insan hayatına denk bir değer verilmemektedir. Mevzuatta da bu yönde düzenlemeler bulunmaktadır. Bu deneylerin yapılmasına izin verilmesi, başlı başına antroposantrik yaklaşımın görüntüsüdür.

Yukarıda anlatıldığı üzere deney hayvanları ile ilgili son yıllarda önemli düzenlemeler yapılmış, kullanılan hayvan sayısı denetim altına alınmış[66] ve bu

---

63 Yusuf ERGÜL, "Hayvan Deneylerinde Etik", Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, 2010, s.220-235. (http://dergipark.gov.tr/download/article-file/25384, erişim: 06.09.2018)

64 Serkan KÖYBAŞI, Yeni Bir Anayasal Hak Süjesi Olarak Hayvan-I, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 7, Sayı :13, 2018, s.103-156.

65 ÇOBANOĞLU, BEZEN AYDOĞDU, s. 112-118.

66 KURT, s.392-396. 1995 ve2005 yılları arasında Belçika'da laboratuvarlarda telef olan hayvan sayısında % 60 oranında azalma tespit edilmiştir (Jorseph-Paul BEAUFAYS, Les Alternatives à l'Expérimentation Animale, **Revue des Questions Scientifiques**, 2005, S.176, ss. 343-353).

hayvanların gördüğü muamele iyileştirilmiştir. Hayvanların hak öznesi olarak kabul edilmesi, bu deneylerin tamamen yasaklanmasını gerektirir. O halde bu "iyileştirmeler" hayvanlara hak tanınması ile değil, hayvan refahı ile ilgilidir. Hayvan refahı, hayvanların menfaat sahibi varlıklar olarak hissettikleri acı ve hazları ifade eder. Hayvan refahı düşüncesi hayvanların mümkün olduğunca acı ve eziyetten korunmasını amaçlar.[67] Günümüzde de deney hayvanlarının yetiştirilme, barındırma, bakılma ve sağlık koşulları ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Bu iyileştirmeler hayvan hakları savunucularının çalışmaları neticesinde gerçekleşmiş önemli gelişmeler olsa da, hatırlamak gerekir ki, çalışma sonucunda elde edilecek bilgilerin güvenilirliği, kullanılan hayvanın sağlık durumunun tam olarak bilinmesine bağlıdır. Bu anlamda Morrison "*bilim adamlarının hayvanlara insani muamele etmek için hertürlü nedeni vardır: çünkü iyi bilim kullanılan hayvanların sağlıklı olmasına bağlıdır*"[68] demekte çok haklıdır. Ancak bu cümle aynı zamanda, hayvanın içsel değerinin kabul edilmeyip, araştırmanın istatistiki değerini yükseltmek için doğru koşullarda beslendiği, her türlü sonucun yapılacak çalışmadan kaynaklandığının bilinebilmesi için hayvanın başka olumsuz dış etkilerden korunduğu, yani strese sokulmadığı ve iyi beslendiğinin kabulü olarak da görülebilir. Bu bakımdan tespit etmek gerekir ki, hayvanlara verilen değer tamamen araçsal bir değerdir.

Günümüzde hayvan deneylerinin tamamen yasaklanması mümkün görünmemekte, böyle bir yasağın şimdi getirilmesinin bilimsel gelişimi durduracağı söylenmektedir. Bu nedenle, deney hayvanlarına daha "insancıl" davranılmasını sağlamak amacıyla, etik kurullar oluşturularak, ve 3R kuralı kabul edilerek deney hayvanlarına hakettikleri saygının gösterilmesi ile bilimsel gereklilikler arasında denge kurulmaya çalışılmıştır.

Ancak 3R kuralı da etik problemleri tamamen çözmemektedir. Örneğin, bu kurala göre öncelikle hayvanın ikame edilip edilemeyeceğine bakılması gerekmektedir. Eğer hayvan kullanımı dışında bir yol mümkünse bu yol tercih edilmelidir. Bu anlamda ikamenin, 3R arasında kurulacak hiyerarşide daha üstte bulunduğu iddia edilebilir. Ancak, azaltma ve iyileştirme (reduction ve refinement) arasında sıralamanın nasıl yapılacağı hususu bu kadar net cevaplanamamaktadır. Deneysel ve Diğer Bilimsel Amaçlar İçin Kullanılan Hayvanların Refah ve Korunmasına Dair Yönetmeliğin 23. maddesinde, daha önce başka bir deneyde kullanılmış olan hayvanın hangi şartlarda tekrar kullanılmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Bu maddede, hafif ve orta şiddetli olarak gruplandırılan bir prosedür sonrası eski sağlık ve afiyetine kavuşmuş bir hayvanın, veteriner hekimin de uygun görüşü mevcutsa, yeni bir çalışmada kullanılabileceği belirtilmektedir.

67 ARIKAN, s.3.

68 MORRISON, s. 105-108.

Ancak eğer ilk çalışmanın düzelmez etkileri olmuşsa hayvan yeni bir çalışmada kullanılamayacaktır. O halde, ilk durumlarda azaltmanın (çünkü yeni bir hayvan kullanmak yerine aynı hayvanın tekrar kullanılması öngörülüyor yani toplamda kullanılan hayvan sayısı azaltılmış oluyor), diğerlerinde yani düzelmez etkilerin oluşması durumunda ise iyileştirmenin öncelikli olacağı görülmektedir. Tabii burada da gerçekten düzeltme mi öncelenmiş yoksa ilk prosedür kalıcı etki bıraktığı için ikinci prosedürde kullanılmasının araştırmanın bilimsel değeri üzerinde etkisi mi düşünülmüş diye de sorgulanabilir. Ayrıca, düzelmez etkilerin neler olduğu konusunda fikir ayrılıkları olması da mümkündür.

Kısaca, hayvanlar üzerinde deneyler yapılmaya devam edildiği sürece bu konuda yapılacak etik tartışma da devam etmeye mahkumdur.

KAYNAKÇA

Altuğ, Tuncay, "Hayvan Deneyleri Etiği", **Sağlık Bilimleri Süreli Yayıncılık**, 2009; s.53-68. (http://uvt.ulakbim.gov.tr/tip/sempozyum7/altug.pdf, erişim: 06.09.2018)

Arıkan, Engin, **Hayvan Hakları İnsan Hukuku**, Ekin Yayınevi, 2016.

Balkan, Arzu; Balkan, Müjgan, "Hayvan Çalışmalarında Etik, Laboratuar Standardizasyonu ve Hayvanların Bakımı İle İlgili Yasal Zorunluluklar", **Turk Toraks Dergisi**, 2013; Cilt 14 (Supplement 2), s.6-9.

Beaufays, Jorseph-Paul, "Les Alternatives à l'Expérimentation Animale, Le Principe des 3 <R> de Russell et Burch", **Revue des Questions Scientifiques**, 2005, S.176, ss. 343-353.

Çobanoğlu, Nesrin; Bezen Aydoğdu, İlke, "Tıp Araştırmaları ve Hayvan Hakları Açısından Hayvan Deneyleri Etik Kurulları", **Türk Tıp Dizini**, s.112-118.

Ergül, Yusuf, "Hayvan Deneylerinde Etik", **Arşiv Kaynak Tarama Dergisi**, 2010, ss.220-235.

Festıng, Simon; Wılkınson, Robin, "The Ethics of Animal Research", **EMBO Reports**, 2007/8, ss.526-530. (http://embor.embopress.org/content/8/6/526.full, erişim : 07.01.2019)

Francione, Gary L., **Hayvan Haklarına Giriş**, İletişim Yay., 2008.

Franco, Nuno Henrique, "Animal Experiments İn Biomedical Research: A Historical Perspective", **Animals**, 2013,3, ss.238-273.

Grey, John, "Use Them At Our Pleasure: Spinoza on Animal Ethics", **History of Philosophy Quarterly**, 2013, 30 (4), ss.367-388.

Hajar, Rachel, "Animal Testing and Medicine", **Heart Views: The Official Journal of Gulf Heart Association**, 2011, Cilt:12, Sayı:1, s.42.

Hardouın-Fugier, Elisabeth, "L'animal De Laboratoire Sous Le Nazisme", **Dalloz**, 2002, s.3345.

Isambert, François-André, "L'expérimentation Sur L'homme Comme Pratique Et Comme Représentation", **Actes de la Recherche en Sciences Sociales**, 1987, Sayı: 68, s. 15-30.

Kayaer, Mesut, "Çevre ve Etik Yaklaşımlar", **Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi**, 2013,Yıl. 1, C. 1, S. 2, s. 63-76.

Köybaşı, Serkan, "Yeni Bir Anayasal Hak Süjesi Olarak Hayvan-I", **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt 7, Sayı:13, 2018, s.103-156.

Köybaşı, Serkan, "Yeni Bir Anayasal Hak Süjesi Olarak Hayvan-II", **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt 7, Sayı:14, 2018, s.357-422.

Kurt, Engin, "Bir Üniversiteye Ait Hayvan Deneyleri Etik Kurulu İncelemeleri: 13 Yıllık Çalışma Sonuçları", **Gülhane Tıp Dergisi**, 2015, Cilt: 57, Sayı: 4, s.392-396.

Marguenaud, Jean- Pierre; Perrot, Xavier, "Le Droit Animalier, De L'anecdotique Au Fondamental", **Dalloz**, 2017, s.996.

Maurin-Blanchet, Henri, "L'experimentation Animale Au Cours Du Temps: Un Beau Sujet De Controverse", **Bulletin de la Société Française d'Histoire de la Médecine et des Sciences Vétérinaires**, 2007, Sayı: 7, s. 50-60.

Morrıson, Adrian R, "Ethical Principles : Guiding The Use Of Animals In Research", **The American Biology Teacher**, 2003, Cilt. 65, Sayı. 1, s. 105-108.

Örnek Büken, Nüket, "Hayvan Deneylerinde Araştırmacı Sorumluluğu ve Deney Hayvanlarının Hakları", **Hacettepe Tıp Dergisi**, 2006, Cilt 37, Sayı 1, s.1-5.

Regan, Tom, **Kafesler Boşalsın**, İletişim Yay., 2007.

Regan, Tom, **The Case For Animal Rights**, University of California Press, 1983.

Sınger, Peter, **Practical Ethics**, Cambridge University Press, 1993.

Steıner, Gary, **Antropocentrism and Its Discontents: The Moral Status of Animals in the History of Western Philosophy**, University of Pittsbourg Press, 2010.

Turgut, Nükhet, **Çevre Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 1998.

Vial, Géraldine; Verges, Etienne, "La Régulation des Recherches Précliniques: Une Analyse Humaniste De La Protection De Animaux d'Expérimentation Par Le Droit Et L'Ethique", **Revue Semestrielle de Droit Animalier**, 2009, Sayı.1, s.185.

Yaşar, Aşkın; Yerlikaya, Halis, "Dünyada ve Türkiye'de Hayvan Haklarının Tarihsel Gelişimi", **Avrasya Veteriner Bilimleri Dergisi**, 2004, Cilt: 20, Sayı: 4, s.39-46.

Yılmaz Turgut, Nükhet, **Çevre Politikası ve Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012.

ROMA HUKUKUNDA ELEGANTIA IURIS KAVRAMI

Özlem Söğütlü*

Cicero, de legibus II.19.47:

«...nam non solum scire aliquid artis est,
sed quaedam ars [est] etiam docendi... "
"...Çünkü, sadece bir şeyi bilmek değil,
aynı zamanda onu öğretmek de sanata dahildir.»

I. KONUNUN BELİRLENMESİ VE GİRİŞ

Antik Dünya halkları arasında Roma Halkı, hukukla en fazla iştigal eden halk olarak nitelendirilir. Bu, Romalıların içindeki hukuk hissine, hak duygusuna bağlanmaktadır[1]. Sürekli olarak hukuk içerisinde var olmak ve hukuksal düşünmek, Romalıların ayırt edici karakteriydi. Yaptıklarında ve planlarında, özellikle de politik dünya görüşlerini belirlemede hukuk, onlar için yaşamın ortasındaydı[2].

Nitekim, Cumhuriyet Dönemi'nde hukuk ilmi ile uğraşmak aristokratik bir görev olarak addedilmiş; soylu sınıfın eğitimlileri, halkın sevgisini kazanmak, onurlu bir yaşam sürmek ve saygınlıklarını korumak için günlük hukukî yükümlülükler üstlenmişlerdir (tanıklık yapmak, dostlara hukukî bilgi vermek ya da özel yargıçlık yapmak gibi)[3]. Bu durum *Digesta* 1.2.2.43'de (*Pomponius*), "*patrici'nin, asilzadenin, dava müdafaa edenin, uğraştıkları hukuku bilmemeleri*

* Prof. Dr., Hukuk Fakültesi, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Ankara, Türkiye.

1 K. Ayiter, "Roma Hukuku ve Bugünkü Hukuk", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1981)**, Yıl 2, Sayı 2, s. XIII-XVIII.

2 U. Lübtow, "De iustitia et iure", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 66 (1948)**, s. 467.

3 C. Lehne, "Die Stellung der Juristen im Formularverfahren", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 131 (2014)**, s. 311.

ayıptır" biçiminde ifade edilmiştir. Keza, *Horatius*, ideal insanı (*vir bonus*), hukukî bilgiye sahip olan ve yargıç, vatandaş ya da tanık olarak kendi vatandaşını destekleyen kimse olarak tanımlamaktadır[4]. Dolayısıyla, Romalılar nezdinde hukukî bilgiye sahip olmak, bir taraftan, her bir vatandaşın üstlenmesi gereken gündelik uğraşlardan birisi olarak benimsenmiş; diğer taraftan, politika ve yargı makamı önündeki aktif savunmada, sözlerin halkı etkileme gücünün bir aracı olarak görülmüştür[5].

Bu nedenlerle de Roma toplumunda hukuk ile doğrudan ilgili olanlar arasında hukukçular, her daim ön planda yer almış; her zaman yüksek otorite olarak kabul edilmişlerdir. Hukukçuların hukukî bilgileri ve sosyal konumları, hukuk dünyasında ortaya çıkan bütün sorunlarda, onların düşüncelerinin pratik hayata aktarılmasına yol açmıştır. Çünkü hukukçular, verdikleri hukukî görüşlerle, usul hukuku işlemlerini ve hukukî işlemleri biçimlendirme faaliyetleriyle doğrudan uygulama içerisinde yer almışlardır[6].

Roma hukukunun asıl gelişimini ise, rahip hukukçulardan farklarını belirlemek amacıyla laik olarak nitelendirilen Cumhuriyet Dönemi hukukçuları[7] ile *Principatus* Dönemi hukukçuları gerçekleştirmişlerdir.

Bu hukukçuların hukuk alanındaki bilgilerine ve hukuksal akıl yürütme yöntemlerine, gerekçelendirme mantıklarına dayanarak buldukları somut olay çözümleri "*eleganter*", bu çözüme ulaşan hukukçular ise "*elegantia iuris*"[8] olarak adlandırılmaktadır[9]. Çalışmamızın konusunu, içerisinde "*eleganter*" kavramlarının geçtiği *Digesta* metinleri oluşturmaktadır.

---

4 Horatius, **epistulae**, 1.16.39-43.

5 H. Karagöz, **Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı**, İstanbul 2010, s. 15-16 ve dn. 46; Lehne, s. 243; ayrıca bkz. Cicero, **de officiis**, II.19.66-68.

6 M. Kaser/R. Knütel/ S. Lohsse, **Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch**, 21. überarbeitete und erweiterte Auflage 2017, s. 24; M. Kaser, **Zur Methode der römischen Rechtsfindung**, Göttingen 1962 s. 57.

7 Karagöz, s. 9.

8 15 ve 16.yy.'larda Hümanist felsefe Roma hukukuna bakış açısını da etkilemiştir. Bu bakış açısıyla Roma hukukunu ele alan Hümanist Hukuk Okulu, Elegant Hukuk Okulu olarak da adlandırılmıştır. Hümanist doktrin, *Glossator*'lar ve *Post Glossator*'lar tarafından yorumlanırken bozulduğunu düşündükleri *Corpus Iuris Civilis*'i, hazırlandığı dönemin özelliklerini göz önüne alarak yorumlamış; bu çalışmayı yaparken, arkeolojinin, filolojinin, edebiyatın ve siyasal tarihin verilerinden yararlanmışlardır. Bu doktrinin amacı Roma hukukunu pratik gereksinimlere uygun hale getirmek değildi. Bu nedenle de sadece tarihsel bir bağlamda, hukuk dışı literatürü de dikkate alarak *Corpus Iuris Civilis*'i incelemişlerdir. Hukuk dışı literatürde yer alan hukuk kurallarının gün ışığına çıkarılması, hukuk dilinin inceliklerinin fark edilmesi ve hukuk kurallarını doğuran olayların ortaya çıkması açılarından çok yararlı olan bu yöntem, Roma hukukunun uygulama alanından uzaklaşmasına yol açmıştır. Bu okulun en önemli temsilcileri, İtalyan hukukçusu *Alciatus* ve Fransız hukukçusu *Cujas*'dır (W. Waldstein/ M. J. Rainer, **Römische Rechtsgeschichte**, 10. neu bearbeitete Auflage, München 2005, s. 256; Ö. Karadeniz-Çelebican, **Roma Hukuku, Tarihî Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması**, Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış Onyedinci Baskı, Ankara 2014, s. 80-82; P. Stein, „Elegance in Law", **Law Quarterly Review (LQR) 77 (1961)**, s. 250-251).

9 F. Wieacker, "Offene Wertungen bei den römischen Juristen", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 94 (1977)**, s. 2-3.

Digesta, Roma hukukuna ilişkin en önemli bilgi kaynağı olan *Corpus Iuris Civilis*'in (*Iustinianus* Derlemesi'nin) bölümüdür. *Digesta*, klasik dönem hukukçularının eserlerinden, toplumun gereksinimlerini karşılayabilecek bölümlerin alındığı, eskiyen kuralların kaldırıldığı ve kuralların yeni koşullara uyarlanarak, belli bir sistem içinde toplandığı parçalardan oluşmaktadır. *Digesta*'ya alınan parçaların, hangi hukukçunun, hangi eserinden alındığı bellidir. Bu sayede, Klasik dönem hukukçuları hakkında, onların hukuksal soruna nasıl yaklaştıkları hususunda bilgi edinme olanağı elde edilmiştir. *Digesta*'da Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının belli olaylar için verilmiş somut olay çözümleri, tanımları, *Edictum*'lar ya da kanunlar hakkındaki açıklamaları, kurumlara ilişkin bilgileri yer almaktadır[10].

Klasik Hukuk Dönemi hukuku gelenek ile yenilik dengesine dayanır. Klasik dönem hukukçusu, somut olayı çözüme kavuştururken ne diğer olaylara, ne farklı hukukî kavram ya da ilkelere dayanmış; sadece doğrudan somut olay adaletine ve somut olayda hukuk ahlâkının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmıştır[11].

Bununla birlikte, önceki ya da çağdaşı hukukçuların görüşlerinin korunması, somut olaydaki akıl yürütme yönteminin bilinmesi gerektiği inancındaysa bunlara da yer vererek hukukî geleneği aktarmıştır. Klasikler, devrimci bir anlayışla hukuku yeniden şekillendirmeyi değil, değerli olanı koruyarak, hukuku geliştirme taraftarıydılar[12]. Çünkü, onlara göre, miras kalmış olan hukuk ilkeleri Cumhuriyet Dönemi'nin laik hukukçularının saygınlığıyla çerçevelenmişti. Klasik Hukuk Hukuk Dönemi hukukçuları, bu geleneği aktarmak suretiyle de onların saygınlığını pekiştiriyor ve taçlandırıyorlardı[13]. Klasik Hukuk Hukuk Dönemi hukukçularına göre, Cumhuriyet Dönemi hukukçularının görüşleri tarihsel bir materyal değil, aksine güncel tartışmaların konusuydu. Çünkü, hepsi birlikte aynı hukukçu topluluğunun bir üyesiydiler ve hukukî bir tartışmaya da eşit durumda katılmaya yetkiliydiler[14].

Bu bağlamda, çalışmamızın konusunu oluşturan ve "*eleganter*" olarak nitelendirilen somut olay çözümleri ile "*elegantia iuris*" olarak adlandırılan hukukçular arasında hem Cumhuriyet Dönemi hem de *Principatus* Dönemi hukukçuları yer almaktadır. Bu hukukçuların övgüyle karşılanan hukukî bilgilerinin, alan hakimiyetlerinin ve akıl yürütme yöntemlerinin yer aldığı *Digesta* metinlerine geçmeden önce, onlar hakkında genel hatlarıyla bilgi vermenin gerekli olduğu kanaatindeyim.

---

10 Karagöz, s. 28.
11 Kaser, *Methode*, s. 59.
12 Lübtow, *ZRG RA 66*, s. 458.
13 U. Lübtow, "Cicero und die Methode der römischen Jurisprudenz", **Festschrift Wenger I (1944)**, s. 228-229.
14 T. Giaro, "Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der Römischen Jurisprudenz", **Bullettino Dell' Instituto Di Diritto Romano (BIDR) 90 (1987)**, s. 18.

II. CUMHURİYET DÖNEMİ HUKUKÇULARI

Roma hukuk ilmi, bağımsız hukuk yorumları ve sağlam hukukî bilgisi aracılığıyla, Cumhuriyet Dönemi'nde özellikle de M.Ö. 2. yy.dan itibaren hukuk sisteminin bir parçası olmuştur[15]. Klasik özel hukuk ilmi içtihadının temellerini atan bu hukuk ilminin sahipleri, Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları tarafından *veteres* (eskiler, kadimler) olarak anılmaktadır[16]. *Veteres*'lerin eserleri doğrudan günümüze gelmemekle birlikte, onlar hakkındaki en geniş bilgi *Pomponius*'a ait "*liber singularis enchiridii* (tek el kitabı)" adlı eserde yer almaktadır. Ayrıca, *Cicero*'nun eserlerinde de bu hukukçuların isimleri ve somut olay çözümleri hakkında bilgi yer almaktadır[17].

Cumhuriyet Dönemi'nin laik hukukçuları, dava sürecini şekillendirmek, davada tarafların söyleyecekleri sözleri belirlemek, *magistra*'dan hangi davayı talep edeceklerini saptamak (*agere*)[18] ve hukuksal sorunlara ilişkin görüş bildirmek (*respondere*) suretiyle yargılama sürecine hukukî katkı sağlamışlardır. Katkıları kuşkusuz bununla sınırlı olmayan hukukçular, yürürlükte olan hukuk kurallarını yorumlamak, açıklamak (*interpretare*), yorumladıkları hukuk kurallarına dayanarak hukuksal işlemleri biçimlendirmek ve geliştirmek (*cavere*) suretiyle hukukun uygulanabilir olmasını sağlamışlardır. Ayrıca ders verme (*auditores*) faaliyetleriyle de hukuk biliminin gelişimine katkıda bulunmuşlardır[19].

Cumhuriyet Dönemi hukukçuları, özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanan ve iki aşamalı olan *formula* usulünün hem devleti temsil eden *praetor* önündeki aşamasında (*in iure*) hem de özel yargıç (*iudex*) önündeki aşamasında (*apud iudicem*), danışman olarak *praetor* ve özel yargıca eşlik etmişlerdir[20]. Keza davanın taraflarına da, dostluk (*amici*) düşüncesiyle, kendileriyle bağımlılık ilişkisi içerisinde bulunanlara statüleri gereği ve hukuksal yardıma ihtiyaç duyanlara yardım etmenin bir görev olduğu anlayışıyla dava sürecinin nasıl yürütüleceği hususunda yardım etmişlerdir[21].

15 Wieacker, *ZRG RA 94*, s. 2.

16 Ayrıntılı bilgi için bakınız. Waldstein/ Rainer, s. 131-136; Karagöz, s. 9-15.

17 T. Mayer-Maly, **Römisches Recht**, zweite, erweiterte Auflage, Wien-New York 1999, s. 15-16 ve s. 26-27; Karagöz, s. 10-11.

18 Bu hukuksal faaliyetin, avukatın (*advocatus*) *oratores* faaliyeti ile karıştırılmaması gerekir. Özel yargıç önünde hukuksal uyuşmazlığın münakaşasını yapmak, davada hasım olanlara yol göstermek ve onları temsil etmek avukatın işidir ve bu iş *oratores* olarak adlandırılır. Şunu da belirtmek gerekir ki, hukukçuların büyük bir bölümü, mesleki kariyerlerinin ilk aşamasında avukat olarak faaliyette bulunmuşlardır (O. E. Tellegen-Couperus, "The so-called consilium of the praetor and the development of roman law", **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TvR) 69 (2001)**, s. 19-20; Lehne, s. 232).

19 Karadeniz-Çelebican, s. 64-65; P. Jörs/ W. Kunkel/ L. Wenger (neu bearbeitet von H. Honsell/T. Mayer-Maly/W. Selb), **Römisches Recht**, 4. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York 1987, s. 24-25; Waldstein/Rainer, s. 132; A. Schiller, "The Jurists and the praefects of Rome", **Revue Internationale des Droits de L'Antiquite (RIDA) 2. seri, tome 3 (1949)**, s. 319; Karagöz, s. 15-16 ve dn. 46.

20 F. Wieacker, "Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie", **Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico (IURA) 20 (1968)**, s. 472.

21 Lehne, s. 217 ve 221.

Hukukçular, taraflara, yargılama başlamadan önce, *formula*'yı biçimlendirmek amacıyla ya evlerinde[22] sözlü görüş (*testabantur*) bildirmiş ya da yargılamanın yapıldığı *forum* meydanında, resmi bir vasfı haiz olmayan mektupla[23] (*scribebant*) hukuksal sorunun çözümüne destek olmuşlardır[24]. Hukukçuların evleri, aynı zamanda, öğrencileriyle buluştukları ve onlara ders verdikleri, dolayısıyla da teori ve pratiğin içice geçtiği mekanlardı. Bu mekanlarda tartışılan sorunlar, siyasetten uzak ve özel hukuk sorunlarıyla sınırlı bir kapsama sahipti[25].

Bunun dışında, hukukçular, herhangi bir yargılama için yargılama gününde görüş isteyenlere yardım amacıyla *forum* meydanında bulunur ve kendilerine yöneltilen hukukî soruları yanıtlarlardı (*profiteri*). Yargılama makamı huzurunda yapılan konuşmadan farklı olan bu yardım türü, farklı görüşlerin kamusal alanda ileri sürülmesi, tartışılması biçiminde gerçekleşmekteydi[26]. Kamusal alanda hukuksal bir sorunun tartışılması (*disputatio fori*) biçiminde gerçekleştiği için, ders verme işlevine de sahip olan bu hukuksal yardım, hukuk okullarının kökenini oluşturmaktadır. Çünkü, hukuk öğrenmeye hevesli gençler, bu cevapları dinliyor; tartışmalara katılarak görüşlerini açıklıyor; kendi düşünme biçimine yakın bulduğu hukukçuyu takip etmeye başlayarak, o okula mensup bir hukukçu halini alıyordu[27].

Cumhuriyet Dönemi hukukçularının özel hukukun gelişimine asıl katkıları ise, yargılama gücünü elinde bulunduran *magistra*'lara (özellikle de *praetor*'lara) verdikleri *consilium* (hukukî görüş) aracılığıyla olmuştur. *Responsum* ya da *consilium* olarak Klasik Hukuk Dönemi kaynaklarında yer alan bu hukuksal faaliyet, *magistra* (özel hukuk yargılamasında *prateor*) ya da yargıç tarafından ve somut olaya ilişkin olarak sorulan hukuksal bir soruya, öğretinin verdiği hukuksal cevaptır[28].

Bu hukukçular, *ius gentium*'un (kavimler hukuku) yeni ilkelerini yaratmış; şekilden bağımsız hukukî işlemlerin dava edilebilirliğini sağlamış ve bu suretle *ius civile*'nin (vatandaş hukuku) katı şekilciliğini çözmüş; somut olay adaletini deyimleyen *aequitas* kavramını hukuk hayatına girdirmiş; hukukî işlemlerin te-

---

22 Evinde hukukî görüş bildirmek suretiyle yargılama sürecinde taraflara hukukî yardımda bulunan Cumhuriyet Dönemi hukukçuları arasında *Sex. Aelius Paetus Catus*, *M'. Manilius*, *Q. Mucius Scaevola*, *C. Livius Drusus*, *L. Licinius Crassus*, *T. Manilius Torquatus*, *Cn. Servilius Caepio*, *Q. Servilius Caepio*, *Sulpicius Rufus* yer almaktadır (bu hukukçuların politik ve hukuksal yaşamdaki yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. R. A. Baumann, **Lawyers in Roman Republican Politics**, München 1983, tüm çalışma).

23 *Cicero*'nun eserlerinde ve *Plinius*'un mektuplarında bu konuya ilişkin bilgiler yer almaktadır (Lehne, s. 225-226).

24 W. Kunkel, "Das Wesen des ius respondendi", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 66 (1948)**, s. 431; Lehne, s. 221-222; ayrıca bakınız *Digesta* 1.2.2.35 (*Pomponius*); Cicero, **de oratore**, III.133.

25 Lehne, s. 224.

26 Ayrıntılı bilgi için bkz. Lehne, s. 226-229.

27 Waldstein/Rainer, s. 132; Lübtow, *ZRG RA 66*, s. 467; ayrıca bakınız. *Digesta* 1.2.2.5 (*Pomponius*).

28 Lehne, s. 274-275.

meli olarak *bona fides*'i görmüş ve edim yükümlülüklerinin içeriğinin bu ilkeye göre saptanması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu ilkelerle biçimlenen ve oluşan somut olay çözümleri ise *praetor*'ların yargı yetkisinin yardımıyla hukuk kuralı halini alarak, hukuk düzeninin bir parçası olmuştur. Kıta-Avrupa'sı hukuk yaşamının gelişimi de bu ilkelere dayanmaktadır[29].

Yunan felsefesi, *veteres*'ler olarak adlandırılan bu hukukçuların hukukî faaliyetlerini ve düşünme tarzlarını etkilemiştir. Bu hukukçular, Yunan felsefesinin, özellikle de retorik, gramer, mantık, etik ve diyalektik metot[30] bağlamında *Aristo* felsefesinin etkisi altında kalmışlardır[31]. *Aristo* mantığı, genel kavramların sınıflandırılması, oluşturulması, belirlenmesi ve tanımlanması; hukukî düşünme ve gerekçelendirme; hukukun kaynakları (doğal hukuk -pozitif hukuk ayırımı, özel hukuk-kamu hukuku ayırımı, kanun hukuku-gelenek hukuku ayırımı gibi) bağlamında bu dönemin hukukçularını etkilemiştir[32]. *Veteres*'ler tarafından yapılan *genera* (genel) ve *species* (özel) ayırımı, haksız fiil ve sözleşme ayrımı, denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet ayırımı, *res corporales* (maddî eşya) ve *res incorporales* (maddî olmayan eşya) ayırımı, hukukî işlemlerin yorumunda sözden (*verba*) iradeye (*voluntas*) geçiş *Aristo* felsefesinin ürünüdür[33].

III. PRINCIPATUS DÖNEMİ HUKUKÇULARI

Principatus Dönemi hukukçuları, Roma hukukunu mükemmel kılan ve günümüzde hâlâ yaşamasını sağlayan, Klasik Hukuk Dönemi hukukçularıdır[34]. Bu hukukçular, çalışmalarıyla Roma hukukunu işlemiş, geliştirmiş ve ona, çağını

---

29 Waldstein/Rainer, s. 136.

30 Hukuk sanatının yardımcı aracı olarak diyalektik metot, hukukun gelişmesine hizmet etmiştir. Diyalektik metotta düşünme, önce kavram belirlemesiyle başlamaktadır (*definitiones*); herşeyden önce genel tür kavramlar (*genera*) ve onların münferit görünüm biçimleri veya münferit özel yapıları (*species*) ayırıma tabi tutuluyor. Bu basit parçalama yöntemiyle, belirli alanları sistematik bir biçimde düzenleme olanağı elde ediliyor. Çünkü, bu yöntem, farklılıklara göre ayırmaya (*differentia*) ve ortak özelliklere göre de bir araya getirmeye hizmet etmektedir. Bu yöntemle bulunan *genera* ve *species*'den hareketle de kurallara (*regulae*) ulaşılılıyor (Waldstein/Rainer, s. 134; Kaser, *Methode*, s. 68). Diyalektik metot sayesinde hukuk ilmi, münferit hukukî olay çözümleri ya da hükümleri arasındaki bağlantıları kavrıyor ve bundan hareketle genel hukuk düzenini oluşturma olanağını elde ediyordu (Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 24-25). Örneğin *veteres*'ler arasında yer alan Cumhuriyet Dönemi hukukçusu *Quintus Mucius Scaevola* tarafından M.Ö. 90'da ilk medenî hukuk sistemi kurulmuştur. *Scaevola*, dağınık bir halde bulunan ve aralarında benzerlikler gösteren somut hukuk olaylarından hareketle, bunların hepsine birden hâkim olacak soyut kurallara ulaşmıştır. *Genera* adı altında toplanan bu çalışma 18 kitaptan oluşmaktadır. *Scaevola*, sistematik eserler yazan, kavramlar için tanım (*definitiones*), ayırım (*distinctiones*, *divisiones*) ve sınıflandırma yapan ilk hukukçu olarak kabul edilmektedir (ayrıntılı bilgi için bakınız. Wieacker, *IURA 20*, s. 463-467).

31 Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bakınız. Karagöz, s. 34-60; ayrıca bakınız. H. Coing, "Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 69 (1952)**, s. 26-27; Wieacker, *IURA 20*, s. 449, s. 453-454.

32 Coing, s. 57-59.

33 M. Kaser, "Gaius und die Klassiker", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 70 (1953)**, s. 138-139; Coing, tüm çalışma, özellikle bakınız. s. 38 ve s. 56; Waldstein/Rainer, s. 134-135.

34 Ayrıntılı bilgi için bakınız. Karagöz, s. 15-23.

ve uygulama alanının sınırlarını aşan bir değer kazandırmışlardır. Bu değeri dolayısıyladır ki, bu hukukçuların faaliyetlerinin ürünü olan hukuk, "Klasik Roma Hukuku" olarak adlandırılmaktadır[35]. Bu hukukçuların oluşturduğu ve gerçekliğe dayanan hukuk kuralları, çok uzun bir süreçte oluşan Avrupa hukuk ruhunun önemli kazanımları arasında yer alır[36]. Nitekim, geçerliliğini asla kaybetmeyecek olan ve bu anlamda da belirli bir zamana ya da belirli bir çağa sığmayan, somut, hukukî ve mantıkî düşünmenin ürünü olan hukukun genel ilkeleri[37], bu hukukçuların hukuk dünyasına kazandırdıklarıdır[38].

Principatus Dönemi'nde hukuk yaratma faaliyetinin merkezinde, imparator adına hukuksal sorunlara cevap verme yetkisine (*ius respondendi ex auctoritate principis*) sahip hukukçular yer almışlardır. Bu hukukçular, *Augustus* tarafından tanınan ve sonraki imparatorlarca da devam ettirilen bu yetkilerine dayanarak hukuk yaratmışlardır. Sadece bazı hukukçulara ait olan *ius publice respondendi*, hukuksal görüşlerin kamunun (halkın) hizmetine sunulmasına yönelik *princeps* tarafından tanınan bir imtiyaz olarak nitelendirilebilir[39]. Bu yetki ile hukukçuların hukuksal faaliyetleri özellikle önem kazanmış ve böylece onlar, doğrudan yargı kararı veren organ olma vasfını da kazanmışlardır[40]. Hukuksal görüş bildirme faaliyetleri, hukukçuların sadece hukuk teorisyenleri değil, aynı zamanda hukuk uygulayıcıları ve hukuk yaratıcıları olarak da görünmesine izin vermiştir[41].

Ius publice respondendi yetkisi, *Principatus* Dönemi'nde, tek aşamalı olan yeni bir yargılama sistemine (*cognitio extra ordinem*) geçilmesi ve *praetor*'luk makamının ortadan kalkması nedenleriyle, yargıcın eksik olan hukukî bilgisini tamamlamak üzere imparator (*princeps*) tarafından yargılama sürecine eklemlenmiştir[42]. Bu dönemde geçilen yargılama sisteminde yargı örgütünün başında imparator yer almaktaydı. İmparator, kendi yargılama faaliyetinin içerisine hukukçuların görüşünü (*responsum* ya da *consilium*) katmış; böylece hukukun gelişimi hukuk bilimi aracılığıyla zorlanmıştır[43]. *Ius publice respondendi*, impa-

35 Karadeniz-Çelebican, s. 70; Waldstein/Rainer, s. 193.

36 Giaro, *BIDR 90*, s. 9.

37 Bunlar arasında "*genus non perit = cins yok olmaz*"; "*bis de eadem re ne sit actio = aynı konu hakkında iki defa dava olmaz*"; "*casum sentit dominus = kaza malike isabet eder*"; "*culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem = borçlunun kusuru oldukça borç mahfuzdur*"; "*dolus semper praestatur = kast daima sorumluluk doğurur*"; "*impossibilium nulla obligatio est = imkânsızlık borç doğurmaz*"; "*magna culpa dolus est = ağır kusur kasttır*"; "*neminem laedere = kimseye zarar verme*"; "*nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet = hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez*", "*vim vi repellere cuique licet = kuvveti kuvvetle defetmek caizdir*" gibi özel hukukun genel ilkeleri sayılabilir.

38 Giaro, *BIDR 90*, s. 9-10.

39 Kunkel, s. 429, s. 455.

40 M. Kaser, "Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre", **Festschrift Flume I (1978)**, s. 108; Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 26-27; Waldstein/ Rainer, s. 194.

41 P. Apathy/G. Klingenberg/M. Pennitz, **Einführung in das römische Recht**, 6. ergänzte Auflage, Köln/Weimar/Wien 2016, s. 23.

42 Schiller, s. 320-321; Lehne, s. 287.

43 Waldstein/Rainer, s. 190.

ratorun nihai makam olarak nihai kararı verme yetkisini hukukçularla paylaşması anlamına gelmektedir[44].

Responsum ya da *consilium* somut olay için önemlidir; yargıç, imparator adına hukukî görüş verme imtiyazı tanınan hukukçunun görüşüyle bağlı olduğu için, bu görüş, aynı zamanda somut olay hakkında verilen karar (*sententia*) gücünü taşır[45]. İmparator adına cevap verme yetkisine dayanılarak verilen hukukî görüşün bağlayıcılığının biçimsel koşulları ise, yargıç ya da *magistra* tarafından istenmesi, yazılı olarak verilmesi, mühürlenmesi, imparatorun onayını alması ve sadece münferit bir olaya ilişkin olması gerekiyordu[46]. Bu bağlayıcılığın kaynağı, kuşkusuz imparatorun onayıdır (*ex auctoritate principis*)[47]. Bu biçimde olmayan diğer bütün hukukî görüşlerin ise kanun gibi bağlayıcılığı olmamakla birlikte, yargıçlar nezdinde büyük bir öneme sahip oldukları ve genellikle de bunlara uyuldukları kabul edilmektedir[48].

Doktrinin ortak görüşte olması (*communis opinio doctorum*) özellikle bağlayıcılığı artıran bir faktördü. Doktrinin bu bağlayıcılığı onun otoritesi nedeniyle değil, haklılığı nedeniyledir (*non ratione auctoritaris, sed auctoritate rationis*)[49]. İmparator *Hadrianus* döneminde, birden fazla hukukçuya başvurulması ve hukukçuların aynı görüşte olması durumunda, somut olayın yargıcına, öğretinin görüş birliğinde olduğu bu görüşü takip etme zorunluluğu getirilmiştir. Bu şekilde belirli bir somut olay için verilen hukukî mütalaa içinde somutlaşan ve görüş birliğiyle oluşan hukukî görüşün benzer olaylar için de bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir[50].

Auctoritas ya da *iuris prudentium* olarak kaynaklarda yerini alan öğreti, Roma hukuku metinlerinde hukukun yaratıcı kaynakları arasında sayılmaktadır[51]. Çünkü, kanunda yer alan ve doğrudan uygulanan hukuk kuralları gibi; öğretinin yorum faaliyeti sonucunda anlamı belirlenerek somutlaştırılan, bazen genişletilerek bazen de daraltılarak oluşturulan hukuk kuralları da aynı geçerlik gücüne sahipti[52].

---

44 Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 26; Waldstein/Rainer, s. 194.

45 Lehne, s. 290; Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 27.

46 Ayrıntılı bilgi için bakınız Kunkel, s. 426-429; Kaser, *FS Flume*, s. 108 ve s. 118.

47 Kunkel, s. 440.

48 Karagöz, s. 25.

49 K. Gözler, **Hukuka Giriş**, Güncellenmiş ve Düzeltilmiş 15. Baskı, Bursa 2018, s. 183-184.

50 Kaser, *FS Flume*, s. 108; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 29.

51 Roma hukukunun yaratıcı kaynakları, hukukçu olanlar tarafından kanun hukuku, gelenek hukuku ve hukukçuların hukuku olarak sayılmaktadır [bakınız *Digesta* 1.1.7.pr. (*Papinianus*); *Gaius Institutiones* 1.2]. Hukuk dışı literatürde, örneğin *Cicero*'da, Roma hukukunun kaynakları, kanunlar, senato kararları, yargı kararları, hukukçuların hukuksal soruna ilişkin görüşleri, *magistra*'ların beyannameleri, gelenek hukuku ve hakkaniyet olarak sıralanmaktadır (bakınız. Cicero, **Topik**, V.28).

52 T. Giaro, "Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 111 (1994)**, s. 72-73.

Dünyanın hukuksal düşünüşünü etkileyen Klasik Dönem hukukçularının farkı, somut olayın çözümünde kendini gösterir. Klasikler, somut olayın çözümü sırasında, pozitif hukuk düzeninden kendilerini soyutlamışlar; Roma toplumunun kendilerine tanıdığı bağımsızlığa, çalışmaları sırasında elde ettikleri tecrübeye ve alanlarında sahip oldukları sağlam, rafine hukuk bilgisine ve rasyonelliklerine dayanarak somut olayı çözüme kavuşturmuşlardır[53].

Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları, kuramcı olmaktan çok, uygulayıcıydılar. Onlar, münferit, somut olayda var olan hakkın ne olduğu sorusuna yanıt aramışlardır. Bu bağlamda, Klasikler, hukuk bilimini, sıra sıra kavramlar veya teknik kuralların bir araya getirilmesi olarak değil, somut olayın en doğru biçimde çözüme kavuşturulması ve bu sırada gösterilen bilgelik ve sergilenen muhakeme yeteneği olarak kavramışlardır[54]. Ve Klasikler, pratik olarak eksiksiz bir hak gerçekliğine şekil vermişler, fakat, teorik olarak mükemmel bir yapı geliştirmemişlerdir[55].

Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının hukuk bilimi tanımı da bu anlayışın bir tezahürüdür.

> Digesta 1.1.10.2 (Ulpianus): "*Iuris prudentia est, divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*"
>
> Digesta 1.1.10.2 (Ulpianus): "Hukuk bilimi, dinî ve beşerî sorunların bilgisidir, hakkın ve haksızlığın bilimidir."

Roma hukuku, kanun hukukundan ziyade Anglo-Amerikan *case law* sisteminde olduğu gibi, karar hukuku olarak gelişmiştir. Somut olaylar yoluyla oluşan ve gelişen bir hukuk olma vasfını, Roma'nın her döneminde korumuştur. Kanun hukuku, hukukçuların yarattığı hukuk için sadece oldukça esnek bir sınır çizmiştir[56].

Bu bağlamda, hukukçuların hukuku ile kanun hukuku arasındaki ilişki günümüzdekinden daha farklıdır. Kıta Avrupa'sı Hukuk Sistemi'ne dahil olan hukuk düzenlerinde kodifikasyonlar, hukuk düzeninin kapalı, geniş yapısı için sağlam bir çerçeve olarak görülür ve hukukçulara da bu normları, bu çerçeve içinde hukuk bilimi ve hukukî görüşle geliştirme olanağı tanınır. Dolayısıyla hukukçu, çalışmalarını yaparken mevcut hukuk düzenine uygun olmasına dikkat etmelidir[57].

---

53 W. Waldstein, "Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen", **Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt (ANRW) II/15 (1976)**, s. 4-6; Giaro, *ZRG RA 111*, s. 84; Wieacker, *ZRG RA 94*, s. 1-3; Kaser, *Methode*, s. 54-56; Karadeniz-Çelebican, s. 71.

54 Lübtow, *ZRG RA 66*, s. 459, s. 462-464.

55 Karadeniz-Çelebican, s. 71; G. Dulckeit, "Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht", **Festschrift Schulz 1 (1951)**, s. 149.

56 Apathy/Klingenberg/Pennitz, s. 23.

57 Kaser, *Methode*, s. 54, s. 75.

Roma'da ise durum daha farklıydı. Onlar için de pozitif hukuk bağlayıcıydı. Ancak, istisnasız ölçüt, kuralın, günümüz hukukunda olduğu gibi, olan hukuk içerisinde aranması değil; olması gereken hukuk içerisinden de çıkarılabileceğidir[58]. Çünkü, Roma hukuku için doğal hukuk ya da pozitif hukuk ikiliği geçerli değildi; somut olayın çözümünün olan hukuk içerisinden çıkarılması da gerekli değildi; çözüm, doğal hukukun normlarında (*ius naturale*), hukuk ötesi düzen unsurlarında (*bonum et aequum*, *aequitas*, *fides*, *bona fides* gibi), eşyanın doğasında *(rerum natura*) ve insanın doğasında (*humana natura*) bulunabilirdi[59].

Bu anlayışı, Klasik Hukuk Dönemi hukukçusu *Paulus* şu sözlerle ifade etmektedir:

> Digesta 50.17.1 (Paulus): "*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat.*"
>
> Digesta 50.17.1 (Paulus): "Kuralın esası, daha önce mevcut olan bir şeyi ifade etmektir. Asla, hukuk kuralından (*regula*'dan) hukuk çıkarılamaz; ama kuralın kaynağı hukuktur."

Metinden anlaşılması gereken, kavramlar, hukukun konusu hakkında genel bir bakış elde etmeye, onu kısaca özetlemeye yarar; ancak hukuk normunun kaynağı olarak telakki edilemezler[60]. Çünkü, hukuk normunun kaynağı, yaşamın yaşayan sezgisi, yaşamın gerçek yansımasıdır[61]. Bu bağlamda, Klasiklerin, bir tarafta yaşamın gereksinimleri ve gerçekleri; öte tarafta genel hukuk kuralları, hukuksal-mantıksal düşünme arasında kaldıklarında, yaşam doğrultusunda karar verdikleri ve diğerlerini bir kenara koydukları saptaması yapılabilir. Onlara göre hukukun nabzı yaşamın nabzıdır ve hayat, en kuvvetli, en öngörülü kanunkoyucudan daha yaratıcıdır[62].

Hukukî pozitivizme karşı duruşu, Klasik Hukuk Dönemi hukukçusu *Iulianus*, şu sözlerle dile getirmektedir:

> Digesta 1.3.10 (Iulianus): "*Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri.*"
>
> Digesta 1.3.10 (Iulianus): "Ne kanunlar ne de senato kararları, ortaya çıkabilecek bütün hukukî sorunları kapsayacak biçimde yazılamazlar; aksine tipik olguların düzenlenmesiyle yetinilmek zorundadır."

58 Kaser, *FS Flume*, s. 119.

59 W. Waldstein, "Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht", **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 17 (1967)**, s. 6-8; Waldstein, *ANRW II/15*, s. 8.

60 U. Lübtow, **Das Römische Volk, Sein Staat und sein Recht**, Frankfurt am Main 1955, s. 569.

61 Lübtow, *FS Wenger*, s. 230.

62 U. Leptien, "Utilitatis Causa, Zweckmässigkeitsentscheidungen im römischen Recht", **Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI) 35 (1969)**, s. 71; Lübtow, *ZRG RA 66*, s. 463.

> Digesta 1.3.11 (Iulianus): "*Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est.*"
>
> Digesta 1.3.11 (Iulianus): "Ve bu nedenle de yürürlüğe giren düzenlemelerde ortaya çıkan boşluklar, ya yorum yoluyla ya da imparator emirnamesiyle doldurulmalıdır."

Roma hukukçuları için örnek, hukuk yaratmanın aracı değil, aksine normun uygulama alanını göstermenin aracıydı (*exempla nihil per se valent* = örneklerin kendi içinde bir değeri yoktur). Olaydan olaya değişen somut olay çözümleri söz konusuydu ve bir çözümün diğeri için bir bağlayıcılığı yoktu. Çünkü, Roma'da hukuk, münferit somut olay çözümünü takip etmez; aksine, hukuk, daima yeni örnekleri ortaya çıkarırdı[63].

Bu bağlamda, her somut olay, var olan çözümle özdeşleştirilmez; yeni olayın çözümü, önceki olayda yararlanılan ahlaka, değere, sosyal ya da özel hukuk politikasına, akla uygunluğa dayandırılır ve çözüme kavuşturulan önceki olayın amaç ya da değeri ile bir benzerlik kurulurdu[64]. Bu, hem o somut olayı değerlendiren hukukçunun siyasal, ekonomik, sosyal ve felsefî yaklaşımlarının farklı olmasından[65], hem de sadece o münferit olaydaki hakkın ne olduğunun saptanması ve/veya sadece o somut olaya ilişkin en doğru çözümün bulunması gerektiği düşüncelerinden kaynaklanmaktadır[66].

Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları, somut olaya ilişkin karar verirken, pozitif hukuk düzeninin dışında kalan, kökenini, ahlâkî değer yargılarının, Roma yaşamının pratik gereksinimlerinin, sosyal ve ekonomik amaçlara uygunluğun oluşturduğu birtakım değerlerden yararlanmışlardır (*fides*, *bona fides*, *bonum et aequum*, *humanum*, *utilitas* gibi)[67].

Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları, bazı olay çözümlerinde ahlaki ya da sosyal kanıtlara dayanmaksızın, doğrudan hukuk alanına özgü gerekçelendirme mantığı yürüterek, akıl yürütme yöntemlerini kullanarak bir çözüme ulaşmış ve bu yolla hukuk yaratmışlardır. Tutarlı argüman (*consequentia*) ve akla uygunluk (*ratio*), doğrudan hukuk alanı içerisinde kalan karar temelleridir. Bir hukukçu, diğer bir hukukçunun akıl yürütme yöntemini beğenir; görüşünü onaylar; hukukî görüşünü doğru, en iyi çözüm olarak değerlendirirse, bunu vurgulamak amacıyla

63 O. Behrends, "Wie haben wir uns die römischen Juristen vorzustellen?", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 128 (2011),** s. 91-93.

64 Wieacker, *IURA 20*, s. 456.

65 F. Wieacker, "Juristen und Jurisprudenz im Prinzipat", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 94 (1977)**, s. 333-343; Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb*)*, s. 30-36.

66 Kaser*, Methode*, s. 59, s. 63; Lübtow, *ZRG RA 66*, s. 459.

67 Ayrıntılı bilgi için bkz. Wieacker, *ZRG RA 94*, s. 1-8.

"*eleganter*" kavramını kullanırdı[68].

Klasik dönem hukukçusu, eserinde, diğer bir klasik dönem hukukçusundan yararlanmak, benzer bir amaç için bu hukukçunun görüşüne yer vermek suretiyle bu çözüm tarzını korurdu[69]. Çünkü, Klasikler, özellikle de *respondum* yetkisine sahip olanlar, genel olarak, doğru buldukları kanıtlanmış ilkelere sıkı sıkıya bağlı kalmakta; bunların kullanıldığı münferit olaya ilişkin kararlara eserlerinde yer vermek suretiyle onların genelleşmesini, içerdiği hukukî düşüncenin genel bir ilke olarak genişletilmesini ve aktarılmasını sağlamaktaydılar[70].

IV. ELEGANTIA KAVRAMI

Kavramın yalın hali "*elegantia*"dır ve "şehir kültürüne sahip", "eksiksiz bilgiye sahip", "zevk sahibi", "değerli", "işin ehli olarak hareket eden", "saygılı" anlamlarını taşımaktadır[71]. Hukuk metinlerinde "*elegantia*" kavramına, yani yalın haline değil, sıfat haline yani "*elegans*" (incelikli, zarif, akla uygun), "*elegentar*" (incelikli, zarif, akla uygun), "*elegantius*" (daha incelikli, daha rafine), *elegantissime* (çok incelikli) ve olumsuz anlamı olan *ineleganter* (incelikli olmayan, akla uygun olmayan) kavramlarına rastlanmaktadır[72].

Etimolojik olarak *elegantia* kelimesinin, seçmek anlamına gelen *eligere* fiilinden geldiği kabul edilmektedir. *Eligere* seçmek anlamına gelmekle birlikte, "*güzeli, iyiyi fark eden bir his aracılığıyla seçmek*" anlamıyla yerleşmiştir[73]. *Elegantia* kelimesinin olumlu anlamı, "iyi ve incelmiş bir zevkin sahibi olan"; olumsuz anlamı ise "müşkülpesent", "ince eleyip sık dokuyan"dır[74].

Roma yazınında hem olumlu hem de olumsuz anlamı birlikte kullanılırken, Yunan kültürünün[75] etkisiyle M.Ö. 2.yy.'dan itibaren sadece olumlu anlamı kul-

---

68 A. Berger, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, Philadelphia 1953, s. 451.

69 Kaser, *ZRG RA 70*, s. 132.

70 Kaser, *ZRG RA 70*, s. 171-172.

71 M. Radin, "Eleganter", **Law Quarterly Review (LQR) 46 (1930)**, s. 311; H. Ankum (Çeviren Kudret Ayiter), "Elegentia Iuris", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** (1971), C. 28, Sa. 1, s. 356.

72 Stein, s. 242; Ankum (Çev. Ayiter), s. 356.

73 Stein, s. 242.

74 Ankum (Çev. Ayiter), s. 355.

Günümüz batı dillerinde, zarif, ince bir zevkin sahibi olan, şık, güzeli bilen ve bulan bir ruha sahip olan insanları betimlemek için kullanılan kelimelerin (elegant, elegance, Eleganz gibi) kökenini de bu fiil oluşturmaktadır (Radin, s. 311). Türkçe'ye Batı dillerinden geçen ve Türk Dil Kurumu tarafından Türkçe Sözlük'te yer verilen elegant kelimesi için zarif, şık nazik, ince, kibar, mükemmel, zekice, çok iyi anlamları verilmiştir.

75 Roma Halkı, Pön Savaşları sırasında ve sonunda, çeşitli kültürlerle, özellikle de Yunan kültürüyle tanıştı. M.Ö. 2. yy.lardan itibaren Romalılar Yunan kültüründen haberdardılar ve birçokları da Yunanlıların yaşam tarzını benimsemişti. Yunan kültürü birçok düzeyde Roma yaşantısına sızdı. Roma özellikle Yunan edebiyatı, felsefesi, mimarisi ve sanatının etkisi altında kaldı. Yunan modelini izleyen atletizm oyunları (M.Ö. 186) Roma'da da yapılmaya başlandı. Yunan tiyatrosu ve Yunan komedyaları Roma sahnesi için uyarlandı [C. Freeman (Çeviren Suat Kemal Angı), **Mısır, Yunan ve Roma, Antik Akdeniz Uygarlıkları**, Ankara 2003, s. 386-387; Ş. Berki, **Roma Hukuku**, Ankara 1949, s. 22]. Romalılar, çocuklarını eğitim için Yunanistan'a gönderdiler; Yunanlı köleler, gerek köle gerekse de azatlı olarak Romalı çocuklarının yetiştirilmesi için kullanılmaya başlandı [M. Ventura, (Çeviren Şemsettin Talip), **Roma Hukuku**, C. I, İstanbul 1934, s. 72].

lanılmaya başlanmıştır.

Çünkü, bu dönemde, zengin Romalılar, sahip oldukları servet aracılığıyla Doğu'nun özellikle de Yunan kültürünün etkisi altında kalarak gösterişli bir yaşam tarzı sürmeye başladı. Daha önceki sade ve basit yaşamlarının aksine, büyük ziyafetler veriyor; ince, pahalı kumaşlardan dikilmiş elbiseler giyiyor; değerli taşlardan ziynet eşyası kullanıyor; az bulunur kokular sürüyor; fildişinden yapılmış özel ev eşyası kullanıyordu[76].

Bu durumu *Plutarkhos*, "*Bundan önce Roma rafine ve incelikli bu şeylere ne sahipti ne de bundan haberdardı ... ortalık vahşi silahlardan ve kanlı ganimetlerden geçilmiyordu*" sözleri ile ifade etmektedir[77]. Böylelikle bu yaşam tarzı, kelimenin olumsuz anlamının kullanılmamaya başlanması sonucunu doğurmuştur.

Roma'da, hem günlük dilde, hem edebî, hem felsefî, hem de hukukî metinlerde *elegans*, *eleganter* ve *elegantia* kavramlarının, M.Ö. 2.yy.'dan itibaren kullanılmaya başlandığı ve M.S. 2.yy.'un sonuna değin de bu kullanımın devam ettiği söylenebilir[78]. Bu tarihler, hukuk biliminin en yüksek seviyesine ulaştığı, felsefenin, retoriğin, hukuksal düşünmenin en yetkin olduğu dönemlerle örtüşmektedir.

Olumlu anlamının yerleşmesiyle birlikte gündelik dilde, "iyi davranan", "incelikli ve zarif", "zevk sahibi", "becerikli", "kıvrak" gibi değer verilen özellikler *elegantia* ile tanımlanmıştır[79].

Bu olumlu anlamın edebî eserlerdeki yansıması, "stil ve şekil bakımından takdir edilen", "dili güzel kullanan", "fikirlerini sarih bir biçimde ifade eden", "ahenkli ve uyumlu yazan", "kelimeleri doğru, berrak ve özenle seçen" yazarlar elegant yazı stilini benimseyen yazarlar olarak nitelendirilmiştir[80].

Cicero, komedinin nasıl olması gerektiği hususunu açıklarken *elegans* kelimesini kullanmış ve aşırı, abartılı, kaba ve küstah olmaması; kibar, zekice ve incelikli olması, üstün bir zekanın ışığının parlaması gerektiğini belirtmiştir[81].

Hukukî ve felsefî eserlerde *eleganter*, açık, net, uyumlu sözlerin yanında içeriğin de övgüye değer olduğunu, düşünce ve gerekçelerin doğru ve mantıklı

76 Talip Şemseddin, "Roma Tedkikleri II, Eski Roma'da Hususî Hayat: Eski Romalıların evleri ve ev hayatları", **Capitolium (1934)**, C. 1, Sa. 3, s. s. 185; S. M. Arsal, **Umumî Hukuk Tarihi**, Üçüncü bası, İstanbul 1948, s. 308; Berki, s. 22.

77 Freeman (Çev. Angı), s. 385.

78 Ankum (Çev. Ayiter), s. 355.

79 H. Wieling, "Eleganz und Sachzwang im Römischen Statusrecht", **Fundamina (editio specialis Ex iusta causa traditum Essays in Honour of Eric HPool) 11 (2005)**, s. 415, https://www.semanticscholar.org/paper/Eleganz-und-Sachzwang-im-r%C3%B6mischen-Statusrecht-Wieling/5dc591bcbf2cf0f6ad059428a667958c383bfeb3 (Erişim Tarihi 07.07.2019).

80 Ankum (Çev. Ayiter), s. 356; Stein, s. 242-243.

81 Cicero, **de officiis**, I.29.103-104.

olduğunu, işten anlayan, konunun ehli kimse tarafından ele alındığını ifade etmektedir. Felsefî bir düşünceyi elegant yapan, düşüncenin keskinliği ya da düşüncenin akla gelmeyecek bir ilkeyle gerekçelendirilmesiydi. Örneğin, Stoacılar, analitik düşünmeyle ve halka yönelik konuşma kültüyle, *eleganter* olarak değerlendirilmektedirler[82]. Bu bağlamda, özenli dilin, tutarlı, akla uygun, mantıklı düşünmeyle tamamlanması gerekirdi. Hukukî metinlerde, *eleganter* kelimesi, hukukçunun sözlerindeki sadeliği, uyumu ve tutarlığı ile somut olay çözümündeki öngörüyü ve keskin zekayı belirtmek için kullanılmıştır[83]. Nitekim, *Cicero*, hukukçu *Servius Sulpicius*'un verdiği bir hukukî görüşü değerlendirirken "ince, zarif bir akıl yürütme" övgüsünü kullanmıştır. Dolayısıyla, hukukî metinlerde, hukukçunun *eleganter* olarak nitelendirilmesi, bir kelime meselesi değil, bir düşünce meselesidir[84].

V. DIGESTA METİNLERİ

İçerisinde *elegantia* kelimesinin sıfat halinin geçtiği metinler[85] incelendiğinde, Cumhuriyet Dönemi hukukçularından *Scaevola*, *Nerva*, *Labeo*, *Servius*

---

82 Radin, s. 312.

83 H. G. Heumann/ E. Seckel, **Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts**, Jena 1926, s. 167.

84 Stein, s. 243-244.

85 Kaynaklar ve arama motoru yardımıyla, içerisinde *eleganter*, *elegans*, ***elegantius*,** *elegantissime,* ve *ineleganter* kavramlarının geçtiği metinler şöyle saptanmıştır: Digesta 1.1.1. pr. (Ulpianus) [*eleganter celsus*]; Digesta 1.16.6.3 (Ulpianus) [*divus Severus et imperator Antoninus elegantissime*]; Digesta 2.2.4 (Gaius) [*eleganter praetor*]; Digesta 2.14.1.3 (Ulpianus) [*eleganter pedius***]**; Digesta 2.14.7.2 (Ulpianus) [*eleganter Aristo***]**; Digesta 2.14.7.10 (Ulpianus) [*eleganter labeo*]; Digesta 2.14.10.pr. (Ulpianus) [*eleganter tractatur*]; Digesta 3.5.9 (Ulpianus) [*celsus eleganter*]; Digesta 4.2.9.1 (Ulpianus) [*eleganter pomponius*]; Digesta 4.4.3.1 (Ulpianus) [*ineleganter celsus*]; Digesta 4.3.7.pr. (Ulpianus) [*eleganter pomponius*]; Digesta 4.8.21.11 (Ulpianus) [*celsus ...eleganter tractat*]; Digesta 5.1.2.5 (Ulpianus) [*iulianus eleganter*]; Digesta 7.2.1.3 (Ulpianus) [*celsus et iulianus eleganter*]; Digesta 9.2.41.1 (Ulpianus) [*pomponius eleganter*]; Digesta 10.2.18.4 (Ulpianus) [*celsus...eleganter*]; Digesta 10.3.7.13 (Ulpianus) [*eleganter dicitur*]; Digesta 10.4.3.11 (Ulpianus) [*eleganter igitur definit neratius*]; Digesta 12.6.23.pr. (Ulpianus) [*eleganter pomponius*]; Digesta 13.1.12.pr. (Ulpianus) [*eleganter Marcellus definit*]; Digesta 13.1.12.1 (Ulpianus) [*eleganter ait interesse*]; Digesta 13.7.24.pr. (Ulpianus) [*Eleganter apud me quaesitum est*]; Digesta 15.1.9.4 (Ulpianus) [*eleganter pedius ait*]; Digesta 15.1.40.pr. (Marcianus) [*eleganter papirius fronto dicebat*]; Digesta 16.3.1.33 (Ulpianus) [*Eleganter apud iulianum quaeritur*]; Digesta 17.1.19 (Ulpianus) [*pomponius eleganter tractat*]; Digesta 17.2.14 (Ulpianus) [*eleganter pomponius scripsit*]; Digesta 18.2.4.5 (Ulpianus) [*eleganter scribit sabinus*]; Digesta 18.3.4.2 (Ulpianus) [*Eleganter papinianus... scribit*]; Digesta 21.2.21.1 (Ulpianus) [*iulianus...eleganter definit*]; Digesta 22.1.19.pr. (Gaius) [*eleganter computabitur*]; Digesta 24.1.7.4 (Ulpianus) [*Eleganter tractabitur*]; Digesta 24.3.14.1 (Ulpianus) [*Eleganter quaerit pomponius*]; Digesta 25.3.1.10 (Ulpianus) [*Eleganter autem apud iulianum...quaeritur*]; Digesta 26.7.61 (Pomponius) [*elegantius dicere poterit*]; Digesta 28.5.43 (Iulianus) [*ineleganter defendi*]; Digesta 29.2.40 (Ulpianus) [*Sed Marcellus eleganter distinguit***]**; Digesta 29.5.1.12 (Ulpianus) [*eleganter scaevola ait*]; Digesta 29.5.3.30 (Ulpianus) [*Eleganter Scaevola ait***]**; Digesta 31.66.1 (Papinianus) [*ineleganter probatum est*]; Digesta 32.52.7 (Ulpianus) [*eleganter nerva ait*]; Digesta 32.85 (Pomponius) **[*Et ideo elegans est illa distinctio*];** Digesta 34.2.2 (Africanus) [*non ineleganter dicetur*]; Digesta 34.2.21.1 (Pomponius) [*elegantiores sint et mundiores***]**; Digesta 35.1.81.pr. (Paulus) [*sed non ineleganter*]; 35.2.82 (Ulpianus) [*Unde eleganter dicitur***]**; Digesta 36.1.17.6 (Ulpianus) [*eleganter maecianus...ait*]; Digesta 36.1.69.pr. (Valens) [*non ineleganter videbatur*]; Digesta 37.8.1.16 (Ulpianus) [*eleganter scaevola tractat*]; Digesta 39.2.15.28 (Ulpianus) [*Eleganter quaeritur*]; Digesta 40.5.30.14 (Ulpianus) [*Eleganter quaeri potest*]; Digesta 45.1.137.7 (Venuleuis) **[*elegantius esse Labeo ait*]**; Digesta 46.3.8 (Paulus) [*non ineleganter scriptum esse pomponius ait*]; Digesta 46.3.103 (Maecianus**) [*Iulianus elegantissime putat*]**; Digesta 47.2.7.1 (Ulpianus) [*pomponius eleganter scripsit*]; Digesta 50.16.25.1 (Paulus) [*servius non ineleganter partis*].

Sulpicius ve *Sabinus*'un; Klasik Hukuk Dönemi hukukçularından *Pomponius*, *Celsus*, *Pedius*, *Aristo*, *Iulianus*, *Neratius*, *Marcellus*, *Octavenus*, *Papirius fronto*, *Priscus*, *Maecianus* ve *Papinianus*'un isimlerinin zikredildiği görülür[86]. Dolayısıyla, bu övgü kelimeleri *(eleganter*, *elegantissime*, *elegantius, elegans*) ne belirli bir hukukçuyla ne de belirli bir dönemle sınırlıdır.

Bununla birlikte, bu kelimelerin Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının metinlerinde sıklıkla karşımıza çıktığı olgusu da göz ardı edilemez[87]. Nitekim, bu övgü sözcüklerinin geçtiği *Digesta* metinlerine bu sözcüklerin *interpolatio*[88] ile eklenmemiş olduğu ve bu metinlerin Klasik Hukuk Dönemi'ne ait olduğu kabul edilmektedir. *Iustinianus*'un Derlemesi'nin diğer bölümlerini oluşturan *Institutiones* ve *Codex*'de bu kelimelerin kullanılmamış olması olgusu da bu kabullenişi teyid etmektedir[89].

Çalışmada, Roma hukukuna özgü sorunların çözüme kavuşturulduğu *Digesta* metinleri bir yana bırakılmış; günümüze yansıyan, günümüz hukuk kurumlarının, kavramlarının ve akıl yürütme yöntemlerinin oluşmasına katkıda bulunan bazı metinler incelenmiştir. Metinlerin her birinin farklı alanlara ilişkin olduğu ve keza her birinin ayrı bir çalışma konusu olabileceği gerçeği saklı tutularak, genel hatlarıyla bir bilgi verildiği belirtilmelidir.

1. Digesta 1.1.1.pr. (Ulpianus)

Ius (hukuk) kavramına ilişkin olan ve *Ulpianus* tarafından *elegant* olarak nitelendirilerek aktarılan en bilinen tanım, Klasik Hukuk Dönemi hukukçusu *Celsus*'a aittir ve *Digesta* bu tanımla başlamaktadır.

> Digesta 1.1.1.pr. (Ulpianus): "*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut* ***eleganter celsus definit****, ius est ars boni et aequi.*"
>
> Digesta 1.1.1.pr. (Ulpianus): "Hukuk öğrenimi görmek isteyenler, her şeyden önce *ius* (hukuk) kelimesinin nereden geldiğini bilmek zorundadırlar.

---

86 Bu hukukçuları zikreden *eleganter* kelimesinin geçtiği metinlerin bir çoğu Klasik Hukuk Dönemi hukukçusu *Ulpianus*'a aittir. Klasik dönem hukukunun en önemli son temsilcileri *Papinianus*'un öğrencileri olan *Paulus* ve *Ulpianus*'dur. *Digesta*'nın üçte biri *Ulpianus*'un, 6 da biri ise *Paulus*'un eserlerinden alınmış parçalardan oluşmaktadır. Dikkat çekici olan, *Paulus*'un metinlerinde *eleganter* kelimesinin hiç kullanılmamış ve fakat iki kez *ineleganter* [Digesta 35.1.81.pr. (Paulus); Digesta 46.3.8 (Paulus)]; kelimesinin kullanılmış olmasıdır. *Kipp*'in, *Paulus*'u "ince, mantıklı, bazen de aşırı mantıklı bir düşünür" olarak tanımlamasından (T. Kipp, **Geschichte der Quellen des Römischen Rechts**, Lepizig 1903, s. 121) hareketle, *Paulus*'un incelikli düşünen, mantıksal akıl yürütme yöntemlerini etkili kullanan, bu nedenle de diğer hukukçuların *elegant* çözümlerinden etkilenmeyen bir hukukçu olduğu yönlü bir değerlendirme yapılmaktadır (Ankum, s. 357; Stein, s. 248; Radin, s. 323).

87 Stein, s. 242.

88 Klasik Hukuk Dönemi hukukçuların görüşleri aktarılırken o anda yürürlükte olan hukuka uyarlanmıştır. Bilinçli olarak klasik dönem hukukçularının eserleri üzerinde yapılan bu değişikliklere *interpolatio* (önceleri *emblemata Triboniani*) adı verilmektedir.

89 Radin, s. 320-321; Ankum (Çev. Ayiter), s. 358.

Hukuk, *iustitia* olarak adlandırılan adaletten gelir: *Celsus*'un ustalıklı, güzel, anlamlı bir şekilde tanımladığı gibi, hukuk, iyiyi, doğruyu ve adili gerçekleştirme sanatıdır. "

Digesta'daki bu tanıma göre hukuk, iyinin, adilin ve doğrunun sanatıdır (*ius est ars boni et aequi*). *Celsus*'un tanımı ustalıklıdır; Çünkü, *Celsus*, sadece normlardan, yani biçimden oluşan hukuku, ete-kemiğe, ruha büründürmüştür.

Bu tanımı onaylayan diğer bir tanım *Paulus*'un metninde yer almaktadır.

Digesta 1.1.11 (Paulus): "*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale...*"

Digesta 1.1.11 (Paulus): "*Ius* teriminin birden fazla anlamı vardır: Hukuk, daima (evrensel olarak) adil, doğru ve iyi olandır. *Ius naturale*'deki anlamı budur..."

Celsus'un tanımını analiz eden *Lübtow*'a göre, hukuk, insana ilişkin hukukî ilişkiler arasında denge kuran, onurlu insanın (*vir bonus*) aklından ve hak duygusundan kaynaklanan normlardan oluşan bir sistemdir[90]. *Vir bonus*, hukukî düşünen insandır ve hukukî terbiyeyle biçimlenmiş sağduyunun (*common sense*) sahibidir. *Vir bonus*'un özellikleri ve davranışları da *bona fides*'in içeriğini oluşturmaktadır[91]. Bu tanıma göre, hukuk, ne normlar kompleksi ne de öğrenilmiş bir disiplindir; aksine, aklî bir olgudur[92].

Tanımda yer alan *aequitas*/*aequum* kavramı, somut olay adaletinin; *bonum* kavramı ahlaken doğru olandan öte, karakter sağlamlığının ve güvenilirliğin ifadesidir. Roma düşüncesinde "*bonum et aequum*", belirli, münferit bir hukukî uyuşmazlığın insaflı, makul, akla uygun ve adil çözüme kavuşturulması olarak anlaşılır[93]. Bu metinde "*bonum et aequum*" kavramlarının kullanılması, ahlakın hukuksallaşmasına tanıklık etmektedir[94].

Celsus'un tanımında "*bonum et aequum*" genel bir hakkaniyet ilkesi olarak işlev görmemekte, aksine hukukun kötü uygulanmasına karşı kullanılan son çare (*ultima ratio*) olarak belirmektedir. Çünkü, hukukun son şeklini tasarımcı bir hakkaniyet değil, ahlak ve metotla olgunlaşmış hukukçular verir[95].

Bu, teknik anlamda bir hukuk tanımı değil, aslında Yunan felsefesi mode-

---

90 Lübtow, *ZRG RA 66*, s. 532.

91 T. Mayer-Maly, "Vom Rechtsbegriff der Römer", **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 9 (1958)**, s. 158.

92 **Mayer-Maly**, *Rechtsbegriff*, s. 157.

93 Mayer-Maly, *Rechtsbegriff*, s. 158.

94 Giaro, *BIDR 90*, s. 23.

95 Wieacker, *Juristen*, s. 345-346.

line göre adalet idealinin tanımlanmasıdır[96]. Bu tanımda *ars*, mutat anlamında sanat değil; aksine Yunan felsefesi kökenli *techne* (beceri, zanaat) anlamındadır. İnsanın beceri ve zanaatla gerçekleştirdiği şeyler, Yunan felsefesinde "*techne*" kapsamında değerlendirilir. *Celsus*'a göre hukukçunun işlevi, bir zanaatkar gibi, hukuku bütünleştirmek ve onu sosyal koşullara uygun hale getirmektir[97]. Çünkü, Romalıların hukuk anlayışı, pozitivist değil, aksine, eşit durumda olanlara eşit davranma düşüncesinin ifadesi olan *aequum*'la hayata geçen değerlerdir. Bu anlamda hukuk, sosyal ve ekonomik koşullar çerçevesinde insanlar arasındaki ahlakî eşitliktir[98]. Onlara göre, hukukun işlevi, hukukun en yüksek ideali olan adaleti sağlamaktır. Yunan felsefesinden gelen ve Roma hukukunda da kök salan değerleri kullanarak verilen iyi ve hakkaniyetli kararlarla adalet sağlanır[99].

Nitekim, Klasik Hukuk Dönemi hukukçusu *Ulpianus Digesta* 1.1.10.pr.'da adaleti "*Herkese kendi hakkını vermeye ilişkin kesin ve devamlı bir irade*" (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*) olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla, adalet adil insanın özelliği ve sağlıklı bir iradedir[100]. Romalıların hukuk düşüncesini açıklığa kavuşturmaya yönelik bu metinde, bireyin hakkının verilmesi yanında, adalet iradesinin metanetliliğine vurgu yapılmakta; hukuksal güvenlik ve sürekliliğin sağlanması gerektiği belirtilmekte, ancak bu şekilde toplumun yararının gerçekleşeceğinin altı çizilmektedir[101].

2. Digesta 2.14.1.3 (Ulpianus)

Bu metinde *Ulpianus*, *Pedius*'un irade uyuşmasının bütün sözleşmelerdeki varlığına ve önemine dikkat çekmesini "*eleganter*" olarak nitelendirmekte ve şu sözlerle ifade etmektedir:

> Digesta 2.14.1.3 (Ulpianus): "*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt… adeo autem conventionis nomen generale est, ut* ***eleganter dicat pedius*** *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat…*"
>
> Digesta 2.14.1.3 (Ulpianus): "Uyuşma, anlaşma (*conventio*), bir hukukî işlemin düzenlenmesinde ya da tamamlanmasında, tarafların bir diğerinden hukuken istemeye hakkı olduğu her durumu kapsamına alan genel bir te-

---

96 H. Honsell, **Römisches Recht**, 8. Auflage, Berlin-Heidelberg 2015, s. 19.

97 Stein, s. 247.

98 Apathy/Klingenberg/Pennitz, s. 28.

99 Mayer-Maly, *Römisches Recht*, s. 5.

100 Lübtow, *SZ (66)*, s. 514.

101 F. Schwarz, "Begriffsanwendung und Interessenwertung im klassischen römischen Recht", **Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 152 (1952)**, s. 204; Georgesco, A. (Çev. Bülent Tahiroğlu), "Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1976)**, C. 47, Sa. 1-4, s. 589-590.

rimdir ... Bu anlaşma (*conventio*) kavramı, o kadar geneldir ki, *Pedius*'un ustalıkla belirttiği gibi, iradelerin uyuşmasını (rızayı) kapsamayan, ister bir şeyin verilmesiyle (re), isterse de sözlerle (verbis) doğmuş olsun, hiçbir sözleşme, hiçbir borç ilişkisi yoktur…"

Pedius'un *eleganter* övgüsünü hak eden derin hukuk bilgisi, sözleşmesel bir ilişkinin kurulması için sözleşmesel uyuşmanın kurucu unsur olduğunu saptamasıdır[102]. Klasiklere göre, sözleşmelerde borç doğurucu etkinin temelini irade uyuşması oluşturur[103]. Dolayısıyla, hiç kimse, edim yükümlüsünün iradesi, katılımı olmaksızın sözleşmesel bir yükümlülüğün ortaya çıkmasını sağlayamaz[104].

Klasiklerde, *consensus* ya da *conventio*, sözleşme yapma amacına yönelik irade uyuşması; bir hukukî amacı gerçekleştirmeye yönelik irade uyuşması olarak anlaşılmıştır[105]. *Pedius*'un övgüyle karşılanan bu saptaması, sadece rızaî sözleşmelerin değil, bütün sözleşmelerin temeli olarak görülür[106]. Metne göre, sözleşmesel ilişki hangi yolla, ister sözlerle (*verbis*), ister malla (*re*), isterse de yazıyla (*litteris*) kurulmuş olursa olsun, hepsinde de sözleşmesel bağ, bu dışsal biçimlerle değil, tarafların bağlanma iradelerinin uyuşmasıyla kurulur[107]. Yorum yoluyla tarafların iradelerinin uyuşmadığı (*dissens*) sonucuna ulaşılırsa bu durumda sözleşmenin kurulmadığı kabul edilir[108].

Ayrıca, bu metin, irade uyuşması olmaksızın kurulan borç ilişkilerinin -örneğin vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme gibi- sözleşme olarak nitelendirilemeyeceğinin; bunlardan doğan edim yükümlülüklerinin kapsamının, sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin kapsamına sahip olamayacağının; bu borç ilişkilerinde hukukî bağı kuranın irade uyuşması değil, hakkaniyet ya da güven olduğunun da saptanmasıdır[109]. Nitekim, sözleşmesel uyuşmanın sözleşmeye vücut vereceği saptaması, yükümlünün iradesi ve rızası olmaksızın doğan edim yükümlülüklerinin farklı bir borç kaynağı içerisinde sınıflandırılmasını (örneğin sözleşme benzerleri) sağlamıştır[110].

3. Digesta 2.14.7.2 (Ulpianus)

Klasik Hukuk Dönemi'nde, karşılıklılık esasına dayanan ve *Ius Civile*'nin

---

102 Waldstein, *ANRW II/15*, s. 58; Stein, s. 245.

103 C. A. Cannata, "Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit", **Collatio iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum I (1995)**, s. 66; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 68.

104 Waldstein, *Vorpositive*, s. 10.

105 M. Kaser, **Das Römische Privatrecht (Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht)**, 1. Abschnitt, 2. neu bearbeitete Auflage, München, s. 523; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 235.

106 T. Mayer-Maly, "Der Consens als Grundlage des Vertrages", **Festschrift Seidl zum 70. Geburtstag (1975)**, s. 128; Kaser, *RPR I*, s. 523; Cannata, s. 66; Dulckeit, s. 156.

107 Wieling, s. 416; Dulckeit, s. 155; Waldstein, *ANRW II/15*, s. 58.

108 Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 90, s. 122-123.

109 Waldstein, *ANRW II/15*, s. 60-61.

110 Waldstein, *Vorpositive*, s. 11.

tanıdığı sözleşmelerin (satım, kira, hizmet, istisna gibi) kapsamına girmeyen edimler üzerinde iki taraf karşılıklı olarak anlaşır ve taraflardan biri edimini ifa ederse, bu durumda bir borç ilişkisinin kurulduğu kabul edilmiştir. Böyle bir borç ilişkisinin kurulabilmesi, karşılıklı olarak edimler üzerinde uyuşan taraflardan birinin kendi edimini ifa etmesi koşuluna bağlıydı. Bu sözleşmesel ilişki, taraflardan birinin edimini ifa etmesi üzerine kurulduğu için rızaî sözleşme vasfını taşımamaktadır. Taraflardan birinin edimini ifa etmesi nedeniyle real sözleşme karakterini taşımakla birlikte, bunlarda kararlaştırılan edimler, *Ius Civile*'nin tanıdığı real sözleşmelerin edimlerinin hiçbirisinin kapsamına girmemektedir[111].

Klasik Hukuk Dönemi'nde, sözleşmenin diğer tarafı edimini ifa etmezse, edimini ifa etmesi için ona karşı açılmak üzere, edimi ifa eden tarafa *in factum* (*Ius Civile*'nin tanıdığı bir hakka dayanmayan, olguya dayanan) bir dava hakkı tanındı[112]. Bu olgular, tipik ve iyiniyet davalarıyla korunan sözleşmesel ilişkilerle (satım, kira, şirket gibi) benzerlik göstermekle, onlara bir yakınlık arz etmekle birlikte, onların bu tipik sözleşmeler içinde düzenlenmesi olanaklı değildi. Bu nedenle, münferit olgular olarak bunlara dava hakkı bahşedildi ve *formula*'nın "*demonstratio*" kısmında sadece olgu açıklandı[113].

Digesta 2.14.7.2'de *Ulpianus*'a ait olan ve *Aristo*'nun ustalıklı olarak nitelendirilen görüşünü aktaran metinde, bu konuya ilişkin olarak şu açıklamaya rastlamaktayız:

Digesta 2.14.7.2 (Ulpianus): "*Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa,* ***eleganter aristo*** *celso* ***respondit*** *esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc sunallagma esse et hinc nasci civilem obligationem...*"

Digesta 2.14.7.2 (Ulpianus): "Fakat, bu anlaşma, diğer tipik sözleşme tiplerinden birine girmese de bir hukukî sebebe dayanır (gene de belirli bir amaç için ifa edilmiş bir edim söz konusudur). *Aristo'*nun*, Celsus*'a, bir borcun doğduğu yanıtı ustalıklıdır. «Ben sana bir mal verdim, senin bana diğer bir malı vermen için; ya da ben sana bir şey verdim, senin bana bir şey yapman için» örneğinde olduğu gibi. Bu bir sinallagmadır. Ve bundan, bir özel hukuk borcu doğar…"

Metindeki örneklere bakıldığında, *Ius Civile*'nin tipik sözleşmelerine altlanamayan, "*veriyorum vermen için ya da veriyorum yapman için*" kapsamına giren bir borç ilişkisi söz konusudur. Bu metinden anlaşılan, *Aristo*'nun geleneksel çözümden, yani sebepsiz zenginleşme davasından (*condictio*'dan) hareket etme-

111 Kaser/Knütel/Lohsse, s. 290-291; Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 340-341.

112 B. Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul 2016, s. 249-250; Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 342.

113 Kaser, *SZ 101*, s. 86; Kaser, *SZ 83*, s. 37-38.

yerek, karşılıklık ilkesine (*sinallagma*) dayanarak bu olayda sözleşmesel ilişkisinin varlığını görmesi ve doğrudan *actio in factum* dava olanağının sağlanması gerektiği görüşünde olduğudur[114]. Bu, Klasiklerce de takip edilen görüş olmuştur. Bu bağlamda, Klasikler tarafından, *Ius Civile*'de tanınmayan edimleri içeren ve taraflardan birinin de edimini ifa etmesi üzerine kurulan borç ilişkisi, karşılıklılık ilkesi gereğince sözleşme olarak nitelendirilmiş ve *in factum* davalarla korunmaya başlamıştır. Böylece, Klasik Dönem hukukçuları, real sözleşmelerin kapsamını genişleten ve iyiniyet sözleşmeleri olarak kabul edilen isimsiz sözleşmelerin hukuk yaşamına girmesini sağlamışlardır[115].

4. Digesta 3.5.9.1 (Ulpianus)

Metin vekâletsiz işgörmeye ilişkindir. Kökeni özgeci bir davranışla arkadaşlara yardım etme düşüncesine dayanan vekâletsiz işgörme, tarihsel temelini, dostluk (*amicitia*) ve görev bilincinden (*officium*) alır[116]. Vekâletsiz işgörmenin hukukî sonuca bağlanması, bireylerin birbirleriyle dayanışma içerisinde bulunmalarını ve birbirlerine yardım ederek yaşamalarını emreden ahlak kuralıdır. Ancak, toplumsal ahlakın emrine uyarak, yetkisiz olarak bir başkasının hukuk alanına müdahale eden kimse, onun özgürlük alanına müdahale etmektedir[117]. Bu noktada hukuk devreye girerek, vicdanının etkisiyle, ahlakî bir ödevi yerine getirmek üzere harekete geçen ve başkasının işine karışan kimseye işi sonuna kadar götürmesini emretmektedir[118]. Hukuken hiç kimse bir başkasının işini yürütmekle yükümlü değildir. Bununla birlikte, özgecilik yaparak bir başkasının işini üstlenen kimse, diğerinin, yani işini üstlendiği kişinin yararını korumak zorundadır[119].

Bir başkasının işini dostluk ve görev bilinciyle üstlenmek her ne kadar ahlakî ise, bir başkasını, onun iradesi olmaksızın sınırsız bir yükümlülük altına sokmak da o kadar hukuk dışıdır. Nitekim doğal hukukun ve Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi'nin bireyci anlayışında, bir başkasının hukuk alanına müdahalenin caiz olmadığı özellikle vurgulanır. Bu anlamda da, vekâletsiz işgörme Roma hukukunun özgün buluşudur ve hukuk dünyasına bıraktığı önemli miraslardandır[120].

Roma hukuku, toplum yararı ile birey yararını dengelemek amacıyla, vekâ-

---

114 Cannata, s. 67-68.

115 Ayrıntılı bilgi için bakınız. Tahiroğlu, *RBH*, s. 249-252.

116 T. Mayer-Maly, "Probleme der negotiorum gestio", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 86 (1969)**, s. 421-422; B. Erdoğmuş, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul 2018, s. 48; Honsell, s. 157.

117 K., Avorel-Tunca, "Negotiorum Gestio'nun Koşulları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1987)**, C. III, Sa. 14, s. 38.

118 V. R. Sevig, "Borçlar Hukukunun Hakiki Kaynakları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1947),** Cilt 4, Sa. 1-4, s. 347; Erdoğmuş, s. 109.

119 G. Özdemir, **Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)**, Ankara 2001, s. 51.

120 Mayer-Maly, *ZRG RA 86*, s. 420-421.

letsiz olarak işi görülene (işsahibine), hukukî varlıklarını korumaya, bunları tehdit eden bir tehlikeden uzaklaştırmaya ya da bunların değerlerini artırmaya ilişkin, zorunlu ve faydalı işgörmenin sonuçlarına katlanma ve vekâletsiz işgörenin masraflarını ödeme yükümlülüğü getirmiştir[121].

Vekâletsiz işgörenin yapmış olduğu masrafı vekâletsiz işgörme davasıyla (*actio negotiorum gestorum contraria*) talep edebilmesi için, ya üstlenilen işin işsahibi açısından sonucunun başarılı olmalı ve onun malvarlığını aktif olarak artırması ya da objektif olarak işsahibinin yararına (*negotium utiliter gestum*) olması gerekirdi[122]. Bu durumda üstlenilen işin sonucunun işsahibi için yararlı olup olmaması/başarılı olup olmaması masrafın talep edilmesi noktasında önem taşımazdı. İşsahibine faydalı olan bir işin yapılması başarısızlıkla sonuçlanmış olsa dahi, vekâletsiz işgören masrafını isterdi. Örneğin, hastalanan köleyi tedavi ettiren vekâletsiz işgören, köle ölmüş olsa bile, yapmış olduğu masrafı vekâletsiz işgörme davasıyla (*actio negotiorum gestorum contraria*) talep edebilirdi[123]. Ancak, işsahibinin yararının, işin üstlenildiği anda, başlangıçta bulunması gerekirdi. Diğer bir deyişle, iş, işsahibinin yararına uygun (*utiliter coeptum*) başlamalıydı[124].

Konumuzla ilgili metin yukarıdaki açıklamaya ilişkindir.

Digesta 3.5.9.1 (Ulpianus): "*Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obit, aget negotiorum gestorum: idque et labeo probat. sed ut celsus refert, proculus apud eum notat non semper debere dari. quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi inpar sumptui deliquerit vel quam sibi necessariam non putavit? oneravit, inquit, dominum secundum labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. sed istam sententiam* ***celsus eleganter deridet****: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur. iuxta hoc est et, quod iulianus scribit, eum qui insulam fulsit vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. ego quaero: quid si putavit se utiliter facere, sed patri familias non expediebat? dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum.*"

121 Ayrıntılı bilgi, metinler ve görüşler için bakınız Avorel-Tunca, s. 73-76.

122 Kaser/Knütel/Lohsse, s. 288; ayrıca bakınız. *Digesta* 3.5.5.5 (*Ulpianus*); *Digesta* 3.5.48 (*Africanus*).

123 Honsell, s. 157; Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 350.

124 Kaser/Knütel/Lohsse, s. 288.

Digesta 3.5.9.1 (Ulpianus): "Vekâletsiz işgören, sadece başarılı olan, sonuca ulaşan işgörme aracılığıyla değil, yararlı olarak üstlendiği işgörme, iş başarısız olsa da, aracılığıyla da vekâletsiz işgörme davasını açabilir. Bu nedenle, bir evi onaran ya da hasta olan bir kölenin tedavisini üstlenen vekâletsiz işgören, bu ev yansa ya da köle ölse dahi, vekâletsiz işgörme davasını açma hakkına sahiptir. Ve bu görüşü *Labeo* da onaylamaktadır. Ancak, *Celsus*'un naklettiği gibi, *Proculus*, *Labeo* hakkındaki şerhinde, her daim bir dava hakkının tanınmadığına dikkati çeker. Vekâletsiz işgören, bakım masrafına yetişemediği için maliki tarafından terk edilmiş ya da maliki için tamiri yararsız görülmüş olan bir evin tamirini üstlenirse ne olacaktır? *Proculus*, bu durumda *Labeo*'nun görüşüne göre, herkes, kendisine zarar veren eşyasını terk etme hakkına sahipken, vekâletsiz işgörenin bu işgörme ile maliki bir yükümlülük altına soktuğunu söylüyor. Fakat, *Celsus*, *Proculus*'un bu açıklamasını, ustalıklı bir incelikle gülünç bulduğunu söylüyor. *Proculus*'un söylediği gibi, yararlı olan bir işi üstlenen herkes vekâletsiz işgörme davasını açabilir. Fakat, kim, zorunlu olmayan ya da aile babasına (işsahibine) yük getiren bir işi üstlenirse, bu, yararlı olmayan işgörmeye yol açar. *Iulianus*'un yazdığı gibi, yıkılmak üzere olan eve destek atan ya da hasta olan kölenin bakımını yapan vekâletsiz işgören, başarılı sonuç elde edilemese dahi, vekâletsiz işgörmeden doğan davayı açma hakkına sahiptir. Vekâletsiz işgörenin yararlı olduğuna inandığı iş, baştan itibaren aile babasının yararına hizmet etmiyorsa ne olacağını soruyorum. Benim görüşüme göre, böyle bir durumda vekâletsiz işgörenin vekâletsiz işgörme davasını açma hakkı yoktur. Çünkü, biz, başarılı sonucu göz ardı etsek de, vekâletsiz olarak üstlenilen iş en azından yararlı olarak başlamak zorundadır."

İlgili metinde *Proculus*, vekâletsiz işgörenin masraf talebi için, faydalı bir işi üstlenmesinin yeterli olduğu ve işin sonucunun başarılı ve faydalı olmasına gerek olmadığı yönlü *Labeo*'nun görüşüne katılıyor. Ancak bu görüşün gene de geniş bir kapsama sahip olduğunu belirterek, faydalı olan bazı işlerde dahi vekâletsiz işgörene dava hakkının tanınmaması gerektiğini belirtiyor. *Proculus*, kendisine çok fazla masraf gerektiren evini terk etme hakkına sahip olan malikin, bu evin işgören tarafından tamir ettirilmesi nedeniyle yükümlülük altına sokulduğunu; faydalı olmakla birlikte katlanması zorunlu olmayan bir yük altına sokulduğu için de vekâletsiz işgörme davasının tanınmaması gerektiği görüşünü ileri sürüyor[125].

Celsus, *Proculus*'un bu çıkarsamasında mantık hatası olduğundan hareketle

[125] Stein, s. 246.

bu görüşle dalga geçiyor[126]. *Celsus*, vekâletsiz işgörenin masraftan doğan tazminatının, arzu edilen, istenilen sonuç gerçekleşmese de ödenmesi gerektiğini; ancak, vekâletsiz olarak üstlenilen işin işsahibinin iradesine uygun olmaması durumunda bu masrafın talep edilemeyecağini; çünkü, bu durumda zorunlu olmayan ya da işi üstlenilenin malvarlığını dezavantajlı bir duruma sokan işgörme, zaten yararlı değildir demek suretiyle sorunu çözüme kavuşturuyor[127].

Metinde *Celsus*, *Proculus*'un mantık hatasına, kazuistik çaresizliğine karşı tutarlı bir akıl yürütmüş ve *Celsus*'un bu zihinsel faaliyeti, akıl yürütme yöntemi *Ulpianus* tarafından *elegant* olarak nitelendirilmiştir[128]. Bu akıl yürütmeden hareketle de *Ulpianus*, işin, işsahibinin yararına uygun olarak başlaması (*negotium utiliter coeptum*) gerektiği görüşüne ulaşmıştır[129].

5. Digesta 4.3.7.pr.-1 (Ulpianus)

Hile, taraflardan birinin, diğer tarafın ya da onun bilgisi dâhilinde üçüncü kişinin eylem ve davranışları ile kandırılarak, yanıltılarak bir hukukî işlem yapmaya sevk edilmesidir. Hukukî işlemin tarafı ya da onun bilgisi dahilinde üçüncü kişinin fiiliyle hukukî işlemin yapılması durumunda hile haksız fiiline ilişkin *Edictum* uygulanırdı. M.Ö. 1.yy.da hukukçu *Aquilius Gallus*'un biçimlendirmesiyle çıkarılan bu *Edictum* ile (*formulae de dolo Edictum*) "*dolus malus* (kötü hile)" haksız fiil olarak kabul edilmiş ve aldatarak hukukî işlem yapan kimse cezalandırılmıştır. *Cicero*'nun aktarımına göre, *actio doli* davasının yaratıcısı *Aquilius Gallus*, *dolus malus*'u, hileyi yapan tarafından "ortaya konulanın niyet edilenden farklı olması, başka bir şeyin gösterilip başka bir şeyin yapılması" (*esset aliud simulatum, aliud actum*) olarak tanımlamıştır[130].

Aldatma fiilinden itibaren bir yıl içerisinde açılması gereken hile davası (*actio doli*), ortaya çıkan zararın tazminine yönelik bir ceza davasıydı. Dava sonucunda mahkûm olan davalı, şerefsiz sayılırdı. Bu kadar ağır bir sonuç doğurduğu için, *actio doli'ye* başka bir hukuki çarenin mevcut olmadığı, başka bir davanın açılamadığı (*si alia actio not erit*) durumlarda başvurulabilirdi. Bu sebeple *actio doli* ikincil bir dava niteliği taşımaktaydı[131]. Hile davasının (*actio doli*) yanı sıra, def'i (*exceptio doli*) ve eski hale getirme (*restitutio in integrum*) olanakları da tanınarak, hukuksal korunma sağlandı. Hile durumunda hukukî işlem doğrudan

---

126 Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları, meslektaşlarının hukukî görüşlerini eleştirirken, çok nadiren gülünç (*ridiculum*), düşüncesiz, cahil (*stultum*) gibi ifadelere yer verirlerdi (bakınız. H. Hausmaninger/ R. Gamauf, **Casebook zum römischen Vertragsrecht**, mit einem Abschnitt zum Schadenersatzrecht der lex Aquilia, 7. Auflage, Wien 2012, s. 366).

127 Wieling, s. 417.

128 Wieacker, *Juristen*, s. 345; Ankum (Çev. Ayiter), s. 362.

129 Mayer-Maly, *ZRG RA 86*, s. 430.

130 Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 127; 128; Honsell, s. 173-174; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 72; ayrıca bakınız. Cicero, **de officiis**, III.14.60.

131 Mayer-Maly, *Römisches Recht*, s. 117; Honsell, s. 45 ve s. 174; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 72.

geçersiz olmamakla birlikte, *praetor*'un hukuksal korunma yolları aracılığıyla hukukî sonuç doğurması engellenmekteydi[132].

Konumuzla ilgili metinde dava konusu olan olay ilginçtir. Hukukî işlem ehliyeti sınırlı, 25 yaşından küçük küçüğün kölesi, kendisini, ona ait olan *peculium*'la birlikte satması konusunda yanıltıcı beyanlarda bulunarak, aldatarak satış sözleşmesini gerçekleştiriyor. Küçük, kölesini satmak istemektedir. Kölesini satmaya ilişkin iradesi sağlıklı bir biçimde oluşmuştur; bu irade de bir sakatlık söz konusu değildir. Ancak, köle aynı zamanda *peculium* sahibi olan bir köledir. Köle, efendisini aldatarak, *peculium*'la birlikte satılmasını sağlıyor. Küçük, alıcı ile satış sözleşmesini yapıyor ve kölenin mülkiyetini, *peculium*'la birlikte alıcıya naklediyor. Köle yeni maliki (alıcı) tarafından azat ediliyor. Somut olayda hile, yapılmak istenilen hukukî işleme değil, yan bir unsura yani *peculium*'un satılmasına ilişkindir. Yan unsura ilişkin bir hile ve üçüncü kişinin hilesi söz konusudur ve fakat satış sözleşmesinin karşı tarafı bu hileden haberdar değildir[133].

> Digesta 4.3.7.pr.-1 (Ulpianus): "***Et eleganter pomponius*** *haec verba "si alia actio non sit" sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. nec videtur huic sententiae adversari, quod iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere. 1. Secundum quae et si poenali actione indemnitati eius consuli possit, dicendum erit cessare de dolo actionem*."
>
> Digesta 4.3.7.pr. (Ulpianus): "Ve *Pomponius*, "başka bir dava tanınmazsa" ifadesini, eğer hak, hakkın ait olduğu kimseye başka bir şekilde bahşedilemezse olarak ustalıklı bir biçimde ele aldı. Ve bu görüş, *Iulianus*'un *Digesta*'sının 4. kitabında yazdığına aykırı değildir. 25 yaşın altındaki bir küçük, kölesinin tavsiyesiyle kandırılarak, kölesini kölesinin özel malvarlığıyla (*peculium*'u) birlikte satar. Bu durumda köleyi azat eden alıcıya karşı hileden dolayı bir dava hakkı tanınabilir mi? Çünkü, biz somut olayda alıcının hileden haberdar olmadığını anlıyoruz; bu durumda alıcı, satış sözleşmesinden doğan davayla sorumlu tutulamayacaktır. Ya da satış sözleşmesi, yaş küçüklüğünden aşırı yararlanma hükümlerine dayanılarak geçersiz mi sayılacaktır? Yaş küçüklüğüne atıfta bulunularak sorun çözülecek olursa,

[132] Kaser/Knütel/Lohsse, s. 73; Honsell, s. 45.

[133] A. Wacke, "Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 94 (1977)**, s. 237.

önceki halin iadesini gerektirecek hiçbir durum kalmamıştır; çünkü azat etme işlemine karşı eski halin iadesi olanağı sonuçsuzdur. 1. Bu durumda hileyi gerçekleştiren köleye karşı, tazminat olarak belirlenecek para cezasına ödeyebilecek konuma geldiği için bir ceza davasının tanınması gerekir."

Roma Devleti, Kartaca ile yaptığı savaşlar sonucunda hem çok genişlemiş hem de halkın refah düzeyi çok yükselmişti. Sınırların genişlemesi ve ekonomik olanakların artması, kompleks hukuksal ilişkilerin hukuk hayatına girmesine yol açmıştır. Bu ise, Roma'nın tarım toplumu olduğu dönemde tam ehliyetli olarak kabul edilen 14-25 yaş aralığındaki küçüklerin bu gelişmiş ekonomik yapı içerisinde korunması gereksinimini ortaya çıkarmıştır[134].

Bu yaş aralığındaki küçükler, yaş küçüklüğü, gençlik ve tecrübesizlikleri nedeniyle aldatılma olasılıkları daha yüksek olduğu için, M.Ö. 191'de çıkarılan *Lex Plaetoria* (daha sonraları *Lex Laetoria* olarak anılmıştır) ile koruma altına alınmışlardır. Bu kanun gereğince, aşırı yararlanılarak (*circumscriptis*) hukukî işlem yapan 14-25 yaş aralığındaki küçüğün bu durumunu öğrenen herkes, bu kanundan doğan davayı *actiones populares* (halk davası) biçiminde açarak küçüğün haklarını koruyabilirdi. *Actiones populares* olarak adlandırılan bu davaları, her Roma vatandaşı açma hakkına sahipti. Bu davalar, kamunun yararını, genelin yararını korumak amacıyla getirilmiş olan ceza davalarıydı. Küçüğün korunması genelin menfaatini sağlayacağı için *popular* dava olarak tanınmıştır. Küçüğü aldatarak, onun durumundan yararlanma kastıyla hareket ederek, ona zarar veren kimse bu dava gereğince para cezasıyla cezalandırılır; şerefsiz addedilir ve dava kimin tarafında açılırsa açılsın, para cezası küçüğe ödenirdi[135].

Bununla birlikte, salt ceza davası ve buna bağlı olarak cezalandırma, hukukî işlemin geçersizliği sonucunu doğurmazdı. Kanunu tamamlamak amacıyla *praetor* tarafından hukukî işlemin geçersizliğini sağlamak amacıyla def'i (*exceptio legis Plaetoriae*) ve eski durumun iadesi (*restitutio in integrum*) olanakları tanındı. Aşırı yararlanma kastıyla küçükle hukukî işleme girişen kişinin küçüğe karşı açtığı davada, küçüğe def'i olanağı sağlanmak suretiyle, bu hukukî işlemin sonuçlarına karşı küçük korunmuştur[136].

Bunun dışında *praetor*, ergen küçükle hukukî işlem yapılması ve küçüğün zarara uğradığını ileri sürmesi durumunda tarafları davet eder; durumu inceler ve küçüğün aldatılıp aldatılmadığını, sözleşmenin gereği gibi ifa edilip edilmediğini araştırırdı. Küçük aldatılmamış olmakla birlikte, bu hukuksal işlem küçüğün menfaatine uygun değilse hukukî işlemi geçersiz sayar, bütün sonuçlarını ortadan

134 A. Wacke, "Zum Rechtsschutz Minderjähriger Gegen Geschäftliche Übervorteilungen -besonders durch die exceptio legis Plaetoriae-", **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TvR) 48 (1980)**, s. 204.

135 Wacke, *TvR 48*, s. 204-205, s. 207.

136 Wacke, *TvR 48*, s. 205.

kaldırır ve önceki durumuna iade edilmesini (*restitutio in integrum*) emrederdi[137].

Somut olaya göre, hile hükümlerine dayanarak sözleşmenin iptalini sağlayabilmek için üçüncü kişinin hilesinden tarafın haberdar olması gerekir. Alıcı, durumdan haberdar olmadığı için alıcının hilesinden, yani taraf hilesinden söz edilemez. Bu durumda alıcıya karşı hileye dayanılarak dava açılamaz. Alıcının hileden haberdar olmaması nedeniyle sözleşmeye aykırılığa dayanarak satış sözleşmesinden doğan dava da açılamaz.

Somut olayda alıcıya karşı küçük *popular* davayı da açamaz; çünkü küçüğü aldatan alıcı değildir. Küçüğün eski hale iade olanağını kullanması söz konusu olamaz; çünkü köle azat edilmiştir. Klasik Hukuk Dönem hukukçusu *Iulianus*'a göre, bu durumda azat edilen köleye karşı, ortaya çıkan zararın tazminine yönelik, haksız fiil temelli hile davası açılabilirdi[138].

Hileyi düzenleyen *Edictum*'da yer alan "*si alia actio not erit*" (başka bir davanın açılamadığı) ifadesi *actio doli'*nin ikincil dava niteliğini betimler. Konumuzla ilgili *Digesta* metninde *Pomponius*, bu ifadenin, "*aldatılana başka bir yolla yardım etme olanağı yoksa, hakkını başka bir davayla teslim etme olanağı yoksa*" biçiminde anlaşılması gerektiğini belirterek mükemmel bir tanım yapmış ve bu tanımı da övgüye değer görülmüştür[139].

Bu metin, *Glossator*'lar Dönemi'nde yapılan sözleşmenin aslî unsurlarına ilişkin hile (*dolus causam dans contractui*) ve yan unsurlarına ilişkin hile (*dolus qui incidit in conrtactum incidens*) ayrımına temel oluşturmuştur. Sözleşmenin aslî unsurlarına ilişkin hilede, hile sözleşmenin kurulmasını belirlemekte ve olmasaydı aldatılanın asla böyle bir sözleşmeyi akdetmeyeceği ve sözleşmenin geçersiz olacağı kabul edilmekteydi. Buna karşın, yan unsurlara ilişkin hilenin, sadece sözleşmenin bazı modalitelerini etkilediği (özellikle karşı edimin yüksekliği); o olmasaydı da aldatılanın sözleşmeyi akdedeceği ve fakat farklı koşullarda akdedeceği, dolayısıyla da sözleşmenin geçerli olacağı ve fakat zararın tazminine yönelik bir davanın tanınacağı kabul edilmekteydi[140].

Ortak Hukuk'ta sözleşmenin aslî unsurlarına ilişkin hilede de olsa kesin hükümsüzlük yaptırımının tanınmasının, bu hukukî olanaktan aldatanın da yararlanacağı anlamına geleceği, bunun ise hiç kimsenin kendi hilesine dayanarak bir yarar elde edemeyeceği ilkesine aykırılık oluşturacağı görüşü savunulmaya başlanmıştır. *Digesta*'da hileye ilişkin bir metinde, bu ilke şöyle ifade edilmektedir:

Digesta 44.4.1.1 (Paulus): *«...ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis*

137 Kaser/Knütel/Lohsse, s. 98; ayrıca bakınız. *Digesta* 4.4.7.7 (Ulpianus).
138 Wacke, *ZRG RA* 94, s. 242-243.
139 Wacke, *ZRG RA* 94, s. 237.
140 Kaser/Knütel/Lohsse, s. 74; Wacke, *ZRG RA* 94, s. 237-238.

contra naturalem aequitatem prosit.»

Digesta 44.4.1.1 (Paulus):.. Hiç kimse, doğal hukukun adaletine karşı, kendi hilesine dayanarak özel hukuk hükümleri aracılığıyla bir yarar elde edemez.»

Bu görüşten ve bu ilkeden hareketle Ortak Hukuk'ta, hile durumunda hukukî işlemin geçerli olması gerektiği; isterse aldatılanın, teknik anlamda sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü ile aynı olmayan iptale dayanan sözleşmeden doğan davaya sahip kılınması gerektiği kuralına ulaşılmıştır[141].

Sözleşmenin iptaline yol açan böyle bir davanın tanınmasının amacı, hile olmasaydı davacının bulunacağı yeri belirlemektir. Bu davayla davacıya, hile olmasaydı bu sözleşmeyi hiç yapmayacaktı veya kendisine daha az yükümlülük yükleyen koşullarda bir sözleşme yapacaktı değerlendirmesini yapma olanağı tanınmaktadır. Birinci durumda davacı (aldatılan), sözleşmeyi iptal edecek ve ortaya çıkan zararını tazmin ettirecektir. Buna karşın, ikinci durumda kendi ediminin hakkaniyetli sınırlara indirilmesini sağlayacak bir tazminat talebinde bulunacaktır[142].

Roma hukukuna dayanan, *Glossator*'lar tarafından formüle edilen, Ortak Hukuk tarafından içeriği ve kapsamı belirlenen sözleşmenin aslî unsurlarına ilişkin hile (*dolus causam dans contractui*) ve yan unsurlarına ilişkin hile (*dolus qui incidit in conrtactum incidens*) ayrımı ve bu ayırıma bağlanan hukukî sonuçlar Fransız ve İtalyan hukukları başta olmak üzere birçok ülke hukukları tarafından kabul edilmiştir[143].

6. Digesta 15.1.40.pr. (Marcianus)

Marcianus'a ait olan bu metinde *Papirius fronto*, köleye veya aile evladına verilen *peculium*'u[144], doğan, büyüyen, azalan ve ölen bir insanla karşılaştırmaktadır. Burada *peculium*, bir insanın yani gerçek kişinin rolünü oynamaktadır. Bu nedenle de, günümüz tüzel kişi kavramına ulaşılmasına kaynaklık eden metinlerden biri olarak görülmektedir[145].

Digesta 15.1.40.pr. (Marcianus): "*Peculium nascitur crescit decrescit moritur, et ideo* ***eleganter papirius fronto dicebat*** *peculium simile esse homini.*"

Digesta 15.1.40.pr. (Marcianus): "*Peculium* doğar, büyür, azalır ve ölür. Bu nedenle *Papirius fronto*, ustalıklı olarak, *peculium*'u insana benzetiyor."

141 Wacke, *ZRG RA* 94, s. 239.

142 Wacke, *ZRG RA* 94, s. 240.

143 Kanunlar ve ülkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Wacke, *ZRG RA* 94, s. 243 ve dn. 60, s. 244.

144 *Peculium*, aile babası veya efendi tarafından, aile evlâdı ya da köleye, ticarî veya endüstri işlerinde kullanılmak, üçüncü kişilerle serbestçe hukukî işlemler yapılabilmesi için ayrılan, küçük bağımsız bir malvarlığıdır (ayrıntılı bilgi için bakınız. Ö. Karadeniz, "Roma Hukukunda 'Peculium' Müessesesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1986)**, Cilt 25, Sayı 3-4, s. 179-194).

145 Ankum (Çev. Ayiter), s. 359.

Metin, tüzel kişi kavramına esin kaynağı olmuştur. Çünkü, *peculium*, *pater familias*'ın malvarlığının bir parçası olmakla birlikte, aile evladı veya kölenin serbestçe hukukî işlemler yapması amacına özgülenen malvarlığıdır. Bu ve benzeri metinlerden hareketle *Glossator*'lar, belirli bir amaç için bir araya gelen birden fazla insana veya devamlı bir amaca özgülenen belirli bir mal topluluğuna kişilik tanınabileceğini kabul etmişlerdir[146]. Burada övgüye değer görülen tasvirin, resmin, benzetmenin güzel olmasıdır[147].

7. Digesta 17.2.14 (Ulpianus)

Roma hukukunda rızaî sözleşmeler arasında yer alan şirket sözleşmesi, iki veya daha fazla kişinin, hukuk düzeninin izin verdiği, her biri için yararlı, meşru ve ortak bir amaca, ortak araçlarla ulaşmak ve önceden belirlenen koşullar çerçevesinde kâr ve zararı paylaşmak üzere iradelerini açıklamalarıyla kurulurdu[148]. Rızaî bir sözleşme olan şirket sözleşmesinde taraflar, Latince "*societatem coire*" olarak kaynaklarda yerini alan ortak olma iradelerini herhangi bir şekle bağlı olmaksızın açıklayabilirlerdi. Ancak, bu ortaklık iradesinin şirket devam ettiği sürece varlığını sürdürmesi gerekirdi. Çünkü, ortaklardan birinin ortaklıktan ayrılması (*renuntiatio*) halinde şirket sözleşmesi sona ererdi[149].

Her ortağın hak ve yükümlülükleri aynı olduğundan, ortakların birbirine karşı açabileceği, *actio pro socio* olarak adlandırılan tek bir dava bulunmaktaydı. Bu davanın konusunu, kazancın paylaştırılmasına ve masrafların üstlenilmesine ilişkin talepler ve işin yürütülmesi sırasında verilen zararların tazmini talepleri oluştururdu[150].

Roma hukukuna göre her şirket bir zamanla sınırlıdır (*nulla societas in aeternum coitio est = hiçbir şirket sonsuz bir birleşme değildir*)[151]. Şirket sözleşmesi amacın gerçekleşmesi, kararlaştırılan zamanın tamamlanması, ortakların anlaşması, ortaklardan birinin ölümü ya da hak ehliyetini kaybetmesi (*capitus deminutio*'ya uğraması) veya iflasıyla sona ererdi[152].

Şirket sözleşmesinde şirkete getirilen mallar üzerinde müşterek mülkiyet kurulurdu; bu mallar üzerindeki müşterek mülkiyet ise ancak müşterek mülkiyetin taksimi davasıyla (*actio communi dividundo*) giderilebilirdi[153].

Konumuzla ilgili olan ise ortaklardan birinin şirketten ayrılma iradesiyle de

146 Stein, s. 249.
147 Wieling, s. 416.
148 Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 330.
149 Kaser/Knütel/Lohsse, s. 280.
150 F. Wieacker, "Das Gesellschafterverhältnis des klassischen Rechts", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA)** 69 (1952), s. 303-304.
151 Bakınız. *Digesta* 17.2.70 (*Paulus*).
152 Kaser, *RPR I*, s. 575.
153 Kaser/Knütel/Lohsse, s. 281; Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 333-335.

şirket sözleşmesinin sona ereceğidir. Her ortak, şirket sözleşmesinin yüklediği yükümlülükleri yerine getirmek ya da ayrılmak suretiyle kasıtlı olarak diğer ortaklara zarar vermemek koşuluyla, her zaman ortaklıktan ayrılma hakkına sahipti. Bu durumu, *Cassius*, "Bu suretle hareket eden ortak, kendini diğer ortaklardan kurtarmaz; diğer ortakları kendinden kurtarmış olur (*socios a se, non se a sociis liberat*)" sözleriyle ifade etmiştir[154].

Ortaklıktan ayrılma iradesi, ya açıkça, kesin olarak açıklanmalı ya da *actio pro socio* aracılığıyla bildirilmeliydi. Çünkü, bu davanın açılması da ayrılma iradesiyle aynı sonuçları doğururdu[155].

Konumuzu oluşturan *Digesta* metni yukarıda yapılan açıklamayla bağlantılıdır:

> Digesta 17.2.14 (*Ulpianus*): "*Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur. quid tamen si hoc convenit, ne abeatur, an valeat?* ***eleganter pomponius scripsit*** *frustra hoc convenire: nam et si non convenit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem. sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio. nec tenebitur pro socio qui ideo renuntiavit, quia condicio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur: aut quid si ita iniuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati?*"
>
> Digesta 17.2.14 (*Ulpianus*): "Ortaklar arasında müşterek mülkiyete konu olan malın belirli zaman süresince paylaşılmayacağı hususunda anlaşmaya varılırsa, bu anlaşma, bu süre zarfında ortaklığın sona erdirilemeyeceği anlaşması olarak kabul edilemez. Fakat, ortaklığın sona erdirilemeyeceği de kararlaştırılmışsa, bu durumda bu anlaşma geçerli midir? *Pomponius*, böyle bir anlaşmanın etkisiz olduğunu ustalıkla, akıllıca (isabetli bir biçimde) yazdı. Çünkü, böyle bir anlaşma yapılmamış olsa ve ortaklardan biri uygunsuz bir zamanda ortaklıktan ayrılmak istese, o ortağa karşı şirket sözleşmesinden doğan dava açılır. Fakat belirli bir süre zarfında ortaklığın sona erdirilemeyeceği anlaşması yapılmış olsa ve bu zamandan önce bir ortak, haklı bir nedenle diğer ortaklar tarafından ortaklıktan çıkarılacak olsa, bu durumda çıkarılan ortağa karşı şirket sözleşmesinden doğan dava açılamayacaktır. Çünkü, çıkarılan ortağa, şirket sözleşmesinin belirli bir hükmü uygulanmamıştır. Ya da bir ortak, ortaklık yükümlülüklerini çok fazla ihlal ediyorsa veya ortaklığa çok fazla zarar veriyorsa ona daha ne kadar katlanılabilecektir?"

[154] Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 333 ve dn. 23; ayrıca bakınız. *Digesta* 17.2.65.3 (*Cassius*).

[155] Honsell, s. 148; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 281.

Somut olayı incelediğimizde, şirkete getirilen mallar üzerindeki müşterek mülkiyetin giderilmesi davasının belirli bir süre zarfında açılmaması koşuluyla bir şirket sözleşmesinin akdedildiğini görüyoruz. Çünkü, ortaklığın giderilmesi *actio pro socio* ile talep edilirken, mallar üzerindeki müşterek mülkiyetin kaldırılması ancak *actio communi dividundo* ile mümkündü. Sözleşmedeki bu hükmün, bu süre zarfında ortaklıktan ayrılmamaya yönelik bir irade olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği Klasik Hukuk Dönemi hukukçusu *Pomponius*'a soruluyor.

Pomponius, şirket sözleşmesinde böyle bir hüküm yer alacak ve süresinden önce haklı bir nedenle ortaklığın giderilmesi davası açılacak olursa, ortaklığın dağılmasına yol açan davranışlarda bulunan ortağa karşı yükümlülüklerini yerine getirmediği ya da ortaklığa zarar verdiği iddiasının ileri sürülemeyeceğini ve zararın tazmin edilemeyeceğini belirtmektedir. Çünkü, kararlaştırılan süreden önce dava açılması, böyle davranışlar sergileyen ortağı, şirket sözleşmesinde kararlaştırılan hüküm uygulanmadığı için haklı konuma getirecektir. Keza, ortaklığın giderilmesi davası açılmayacak olursa da ortaklığa zarar veren ya da ortaklığın yükümlülüklerini ihlal eden ortağa diğer ortaklar katlanmak zorunda kalacaklardır.

Somut olayda akıl yürütme yöntemlerinden biri olan *reductio (argumentum) ad absurdum*'u görüyoruz. *Reductio (argumentum) ad absurdum*, olmayana ergi, saçmaya indirgeme yöntemidir. Saçma sonuçtan hareket etmek suretiyle düşüncenin yanlış olduğunu ortaya koymaya yarayan mantıksal bir süreçtir. *Pomponius*, böyle bir sözleşme hükmünün anlamsız, pratik ve rasyonel olmayan saçma sonuçlarını göstermek suretiyle geçersiz olduğunu saptamış ve bu akıl yürütme yöntemi ile de övgüye değer görülmüştür.

8. Digesta 24.3.14.1 (Ulpianus)

Roma hukukuna göre genel ahlâka aykırı (*contra bonos mores*) hukukî işlemler kesin hükümsüzdür. Genel ahlâktan anlaşılması gereken, toplumun tamamı tarafından doğru olarak kabul edilen davranış normları ve aslî değerleridir. Bu değerler, sadece belli dinsel ya da felsefi düşünceler değil, aynı zamanda da genel tarafından benimsenen ahlakî ilkelerdir. Dolayısıyla genel ahlak, kültürel deneyime, dinsel inanca ve felsefî düşünceye dayanır. Bu nedenle de ahlâkın içeriği, toplumdan topluma ve zamandan zamana değişir. Bu köklü, aslî değerlerin bağlayıcı olması için, pozitif hukuk tarafından telaffuz edilmiş olması, açıkça düzenlenmiş olması gerekmez[156].

Roma'da kişilik hakkı kavramı ve kişilik hakkını sınırlayan hukuksal işlemlerin geçerli olmayacağı gibi bir kural yer almadığı için, kişilik hakkı, genel ahlâk kapsamında korunmuştur. Yaşayan bir kimsenin mirasına ilişkin sözleşmeler, evlenme ya da boşanma özgürlüğünü kısıtlayan sözleşmeler genel ahlâka aykırılık

[156] Kaser, *RPR I*, s. 250; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 76.

nedeniyle geçersizdir[157]. Aslında, burada korunan kişilik hakkıdır.

> Digesta 24.3.14.1 (Ulpianus): "***Eleganter quaerit pomponius*** *libro quinto decimo ex sabino, si paciscatur maritus, ne in id quod facere possit condemnetur, sed in solidum, an hoc pactum servandum sit? et negat servari oportere, quod quidem et mihi videtur verum: namque contra bonos mores id pactum esse melius est dicere, quippe cum contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est, id esse apparet.*"
>
> Digesta 24.3.14.1 (Ulpianus): "*Pomponius*, *Sabinus*'un 16. Kitabında, kocanın, boşanma sırasında *beneficium competentiae* olanağını kullanmayacağına ve bütün malvarlığıyla (*in solidum*) karısına karşı sorumlu olacağına ilişkin olan karısıyla yaptığı anlaşmanın bağlayıcı olup olmadığı sorusunu ustalıklı bir biçimde yanıtlıyor. *Sabinus*, anlaşmanın bu anlaşmanın bağlayıcı olmadığına karar veriyor. Bu görüş bana doğru gözüküyor. Çünkü, kadın, kocasına göstermesi gereken saygıyı ihlal ettiği için böyle bir anlaşma genel ahlaka aykırıdır."

Somut olayımıza dönecek olursak, Roma evlilik hukukuna göre kadın evlenirken kocasına *dos* adı verilen bir miktar malvarlığı vermek zorundaydı. Koca, bu malvarlığını kadının menfaatleri doğrultusunda yönetir; boşanma söz konusu olursa, koca bu malvarlığını kadına iade etmekle yükümlüydü. Hukuk, bu konumdaki eski kocaya, kocanın, diğer borçları ödendikten sonra malvarlığından kalan kısım ile sorumlu olacağı (*beneficium competentiae*) doğrultusunda bir hukuksal koruma sağlamaktaydı. Dava konusu olan somut olay, evlenme sözleşmesi akdedilirken kocanın *beneficium competentiae* olanağını kullanmayacağı doğrultusunda irade açıklaması ve bu korumadan feragat etmesidir.

Klasik dönem hukukçusu *Pomponius*, tarafların menfaatlerini değerlendirmiş ve eski kocanın bu korumayı bir sözleşmeyle boşa çıkarmasını ahlaka aykırı (*contra bonos mores*) olarak değerlendirerek sözleşmeyi geçersiz saymıştır[158]. *Pomponius* bu dava aracılığıyla kuralın kapsamı, amacı ve sınırına ilişkin yeni bir bakış açısı ortaya koymuş ve bu bakış açısı da, *Ulpianus* tarafından *eleganter* olarak nitelendirilmiştir[159].

9. Digesta 32.52.7 (Ulpianus)

Somut olayda bir kütüphanenin (*biblioteca*) muayyen mal vasiyetine konu olması söz konusudur. Muayyen mal vasiyetine konu olan kütüphaneden ne anlaşılması gerektiği sorunu ortaya çıkar ve hukukçu *Nerva*'ya sorulur. *Nerva*, kütüphane kelimesinin, bazen sadece kitapların bulunduğu yeri, bazen sadece kitaplığı,

157 Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 118-119; Kaser, *RPR I*, s. 251.
158 Ankum (Çev. Ayiter), s. 359-360; Stein, s. 245.
159 Stein, s. 245.

bazen de kitaplık ve kitapların toplamını ifade ettiğini ve somut olayda kelimenin hangi anlama geldiğini ise vasiyette bulunanın iradesi belirler demek suretiyle soruyu yanıtlar.

> Digesta 32.52.7 (Ulpianus) "*Sed si bibliothecam legaverit, utrum armarium solum vel armaria continebuntur an vero libri quoque contineantur, quaeritur. Et* ***eleganter Nerva ait*** *interesse id quod testator senserit: nam et locum significari bibliothecam eo: alias armarium, sicuti dicimus "eboream bibliothecam emit": alias libros, sicuti dicimus "bibliothecam emisse."*
>
> Digesta 32.52.7 (Ulpianus): "Fakat bir kütüphane vasiyete konu olmuşsa, sadece kitaplığın mı yoksa sadece kitapların mı dahil edileceği sorulur. *Nerva*, ustalıklı bir biçimde, vasiyette bulunanın iradesinin hukuken korunan menfaat olduğunu söyler. Çünkü, "kütüphane" kelimesi bazen kitapların tutulduğu yeri belirtir; bazen kitapları içeren kitaplığı (fildişi kütüphane aldım örneğinde olduğu gibi); bazen de kitapların aidiyetini (bir kütüphane satın aldı örneğinde olduğu gibi) belirtir."

Yorum, Roma hukuku kökenlidir. Bu metin, lafzî (sözel) ve gaî (amaçsal) yorumun Roma hukukundaki güzel bir örneğini oluşturur. Sözel yorumun sözle başlayıp sözle bittiğini, kapsamını sadece sözlerin verebileceğini, ama ruhunu amacının belirleyeceğini göstermesi açısından sade, basit, ama bir o kadar da güçlü bir örnektir. O nedenle *Ulpianus* tarafından övgüye değer görülmüştür.

Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru, bir yandan Yunan retoriğinin, diğer yandan da Yunan felsefesinin etkisiyle, hukukî işlemin yorumunda sözlere mi (*secundum verba*) yoksa iradeye mi (*secundum voluntatem*) ağırlık verilmesi gerektiği tartışması ortaya çıkmıştır[160]. Söze bağlı, dolayısıyla da katı (*scriptum*) yorum ile kanunkoyucunun veya hukukî işlemin taraf ya da taraflarının iradesine (*voluntas*) uygun, yani hakkaniyetli yorum birbirinin karşısında yer almıştır[161].

Yunan retorikçileri tarafından geliştirilen, *Cicero* gibi filozoflar ve *veteres*'ler gibi hukukçular tarafından Roma hukuk hayatına aktarılan "*summum ius summa iniuria* (en büyük hak en büyük haksızlıktır/aşırıya götürülen her hak aslında haksızlıktır)" ifadesi de, bu tartışma sırasında kullanılmaya başlanmıştır.

> *Cicero*, *de officiis*, I.10.33: «*Existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud «summum ius summa iniuria» factum est iam tritum sermone proverbium.*»
>
> Cicero, *de officiis*, I.10.33: «Haksızlıklar çoğu kez yasanın aşırı zekice fakat kötü niyetle yapılmış bir yorumuna dayanan hilekârlıktan doğar. Bu yüzden

[160] Honsell, s. 26-27.

[161] E. Levy, "Literatur", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 48 (1928)**, s. 669.

«aşırı hak, aşırı haksızlık» konuşmada en çok kullanılan sözlerden olmuştur.»[162]

"*Summum ius summa iniuria* ifadesi, elifi elifine, sadece lafzıyla uygulanan hukuk kuralı haksızlığa yol açar; aşırı sert hukuk, büyük haksızlığa dönüşür; o nedenle de kanunkoyucunun veya hukukî işlemin yorumunda irade, amaç doğrultusunda tercihte bulunulmalıdır anlamındadır[163].

Bu tartışmaların sonunda, ticaret yaşamının şekilden bağımsız hukukî işlemlerinde tarafların edim yükümlülükleri *bona fides*'e göre belirlenmeye başlanmış ve sözlerden ziyade amaca, iradeye ağırlık veren bir uygulama yerleşmiştir. Klasiklerde de, şekle bağlı olmayan hukukî işlemler *bona fides*'e dayanılarak değerlendirilmiş ve bununla yargıca geniş bir serbesti alanı bırakılmıştır. Bu hukukî işlemlerde yorum, şekil kuralları tarafından engellenmemiştir. Sözlü sözleşme biçiminde yapılan *stipulatio* gibi şekle bağlı hukukî işlemlerde ise şekle bağlılık etkisini sürdürmüş ve bu tür işlemlerde Klasik hukukçular, kural olarak lafza bağlı yoruma bağlı kalmışlardır. Bununla birlikte, şekilden bağımsız sözleşmelerdeki serbest, irade doğrultusunda yorumun, şekle bağlı sözleşmelerin yorumunu etkilediğini metinler yardımıyla söylemek olanaklıdır[164].

Vasiyetnamede ise sorun daha farklıdır. Çünkü, vasiyetname şekle bağlı bir hukukî işlem olmakla birlikte, tek bir irade söz konusudur. Vasiyetname, tek taraflı, karşılıksız bir kazandırma olduğu için hukukî işlem güvenliğinin korunması (irade beyanında bulunulan tarafın güveninin korunması) düşüncesinin burada bir rolü yoktur Bu nedenlerle, vasiyetnamenin yorumunda, miras bırakanın gerçek arzusunun (*mens testantis*) dikkate alınması gerektiği düşüncesi ön plan geçmiştir[165].

İncelediğimiz metnin övgüye değer bulunması, aynı zamanda Cumhuriyet Dönemi hukukçusu *Nerva*'nın söze değil, iradeye bakılması gerektiğini belirtmesinden de kaynaklanmaktadır. Vasiyetin yorumunda, vasiyette bulunanın iradesi doğrultusunda yorum (*favor testamenti*) yapılacağını gösteren metinlerden birisidir.

VI. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Elegans, *eleganter* vb. kelimelerin kullanıldığı *Digesta* metinlerinden hareketle şu saptamalar yapılabilir:

---

162 Cicero (Latince Aslından Çeviren Cengiz Çevik), **de officiis (Yükümlülükler Üzerine)**, IV. Basım, İstanbul 2017, s. 16.

163 Lübtow, *ZRG RA 66*, s. 473.

164 Jörs/Kunkel/Wenger (neu bearbeitet von Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 89-90 ve s. 119-120; Honsell, s. 27; Kaser/Knütel/Lohsse, s. 61-62.

165 Kaser/Knütel/Lohsse, s. 62.

1. Bir hukukçu diğer bir hukukçunun sözlerini *eleganter*, *elegans* vb. olarak tanımlamışsa, bu söze çok büyük bir övgü getirmiş demektir[166]. Bu övgü sözcükleri, hem biçimsel açıdan (iyi formüle etmek, uygun örneği bulmak gibi) hem içerik açısından (hukukî çözümlemedeki net düşünme, problem çözümündeki mantık, akıl yürütme yöntemi, gerekçelendirme mantığı gibi) bir hayranlığa işaret etmektedir[167].

2. Karşılıklı menfaatlerin amaca uygun bir biçimde uzlaştırıldığı durumlarda, bu somut olay çözümü *eleganter* olarak nitelendirilmiştir[168].

3. Bir kavramın sadelik ve uyum içerisinde ve bir o kadar güçlü tanımlanması *eleganter* övgüsünü hak etmesine yol açmıştır[169].

4. Kimi metinlerde *eleganter* kelimesi, somut olaya ilişkin sorunun sağlam, açık bir biçimde sorulduğunu ve sorunun soruluş biçimindeki inceliğin ve bunun çözümü için öne konulan düşünce biçiminin hayranlık uyandırıcı olduğunu belirtmek için kullanılmıştır[170].

5. Bu bağlamda *eleganter* kelimesi hukukî metinlerde, "isabetli", "keskin zekalı", "gerçek bilgi sahibi" anlamlarına gelmektedir[171].

6. Bu kelimeler, hukuksal akıl yürütme gerçekleştirirken normun boşluğu içinde değil, aksine güncel hukuksal sorun içinde kalınması gerektiğinin göstergesidir.

7. Bu övgü sözcükleri, hayatın gereksinimlerini bilen, bu gereksinimleri karşılayacak hukukî çareler bulan, hukukun ruhunu kavrayan, hukuku geliştiren hukukçuların görüşlerini betimler[172]. Çünkü, Roma Devleti'nde hukuk biliminin görevi, eşyanın doğasını ve yaşamı gözden uzak tutmadan, gereksinimler doğrultusunda hukuku sürekli geliştirmek; zamanın ruhunu ve gereksinimlerini kavramak ve bunları karşılayacak hukuksal çareler bulmak ve bunu da hukuk tekniğiyle, hukuksal araçlarla gerçekleştirmektir[173].

8. Hukukun merkezinde, insanın, mümkün olabildiğince iyi bir Dünya'da ve hukuk düzeninde (sosyal bir varlık olarak insanın doğal, ahlakî ve rasyonel özelliklerine uygun, en iyi biçimi veren hukuk) yaşama çabası yatar[174].

166 Hausmaninger/Gamauf, s. 366.
167 Ankum (Çev. Ayiter), s. 363; Hausmaninger/Gamauf, s. 366.
168 Ankum (Çev. Ayiter), s. 356.
169 Stein, s. 242.
170 Ankum (Çev. Ayiter), s. 359.
171 Waldstein, *ANRW II/15*, s. 58.
172 Karşılaştırınız. Stein, s. 244, s. 247-248.
173 Karşılaştırınız. B. Tahiroğlu, "Aristo Düşüncesinin Roma Hukuku Üzerindeki Etkileri", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD) 2003,** C. 2, Sa. 1-2, s. 90.
174 O. Behrends,"Die geistige Mitte des römischen Rechts", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 125 (2008)**, s. 107.

9. Bu kelimeler, öğretinin bizzat kendisinin, amaçsız ölü bilgi yığını değil; aksine bilgelik, yaşam deneyimi, hukuksal konulardaki derinlik ve dürüstlük olduğunun göstergesidir[175].

10. Hukuk biliminin otoritesi (*auctoritas*), sadece alana özgü derin bilgiden, toplumun tanıdığı özel statüden ve politik yaşamı etkileme gücünden temellenmez; gerekçelendirme mantığı, akıl yürütme yöntemi de güçlü bir rol oynar[176].

11. Hukuk biliminin görevi, sadece gerçekliğin bulunması değil, aynı zamanda adaletin de gerçekleştirilmesidir[177]. Hukukun ve adaletin gerçekleştirilmesi ise, her türlü tarafgirliğin ve keyfiliğin bertaraf edilmesiyle mümkündür[178].

12. Hukuk ve adalet, her ideal ya da maddî amaca ulaşmanın aracı değildir. Hukuk ve adaletin kendine özgü bir değeri, bizzat kendisinin bağımsız amacı vardır. Adalet, sadece genelin yararını sağlayan objektif bir değer olarak telakki edilmelidir ve despotik iktidarın keyfiliği karşısında, mümkün olabildiği ölçüde, hukuk düşüncesi korunmalıdır[179].

13. Kıta Avrupa'sı özel hukuk sistemi, Roma hukuku geleneğine dayanır. Klasik Dönem hukuk öğretisi, Avrupa hukuk geleneğinin dogmatik yapısını oluşturur. Günümüz hukuk bilimi, hukuk nedir gibi hukuk teorisi sorusunun ve hukuk ne olmalıdır gibi hukuk felsefesi sorusunun yanıtını verme uğraşısında, Roma hukukçularının belirlediği bağlayıcı alan içerisinde kalmak zorundadır. Çünkü, bu alanda, akılla bulunmuş, adil ve doğru çözümler yer almaktadır[180].

14. Hukuk, tarihsel süreçte oluşan bir kültür olayıdır. Hukuk kültürüne en büyük katkılardan birini Roma hukuku yapmıştır ve günümüz özel hukukunun kökenini oluşturan kavram, kurum, kural ve sistematiğin temelini oluşturmuştur. Bu bağlamda, özel hukuk kanunlarında değişiklik yapılırken, tarihsel birikimi bir yana itecek, sistematik yapıyı bozacak değişikliklerden kaçınmak gerekir.

---

175 Karşılaştırınız. Lübtow, *Römische Volk*, s. 571.
176 Lehne, s. 240.
177 Giaro, *ZRG RA 111*, s. 68; von Lübtow, *ZRG RA 66*, s. 464-465; Waldstein, *Vorpositivie*, s. 22.
178 Sevig, s. 284-285.
179 Lübtow, *ZRG RA 66*, s. 514.
180 Giaro, *BIDR 90*, s. 11.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Ankum, H. (Çeviren Kudret Ayiter), "Elegentia Iuris", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1971)**, C. 28, Sa. 1, s. 341-363.

Apathy, P./Klingenberg, G./Pennitz, M., **Einführung in das römische Recht**, 6. ergänzte Auflage, Köln/Weimar/Wien 2016.

Arsal, S. M., **Umumî Hukuk Tarihi**, Üçüncü bası, İstanbul 1948.

Avorel-Tunca, K., "Negotiorum Gestio'nun Koşulları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1987)**, C. III, Sa. 14, s. 33-114.

Ayiter, K., "Roma Hukuku ve Bugünkü Hukuk", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1981)**, Yıl 2, Sayı 2, s. XIII-XVIII.

Baumann, R. A., **Lawyers in Roman Republican Politics**, München 1983.

Behrends, O., "Die geistige Mitte des römischen Rechts", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 125 (2008)**, s. 25-107.

Behrends, O., "Wie haben wir uns die römischen Juristen vorzustellen? ", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 128 (2011),** s. 83-129.

Berger, A., **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, Philadelphia 1953.

Berki, Ş., **Roma Hukuku**, Ankara 1949.

Cannata, C. A., "Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit", **Collatio iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum I (1995)**, s. 59-70.

Coing, H., "Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 69 (1952)**, s. 24-59.

Dulckeit, G., "Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht", **Festschrift Schulz 1 (1951)**, s. 148-190.

Erdoğmuş, B., **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul 2018

Freeman, C. (Çev. Suat Kemal Angı), **Mısır, Yunan ve Roma, Antik Akdeniz Uygarlıkları**, Ankara 2003.

Georgesco, A. (Çev. Bülent Tahiroğlu), "Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1976)**, C. 47, Sa. 1-4, s. 585-601.

Giaro, T., "Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der Römischen Jurisprudenz", **Bullettino Dell' Instituto Di Diritto Romano (BIDR) 90 (1987)**, s. 1-104 [Giaro, *BIDR 90*].

Giaro, T., "Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 111 (1994)**, s. 66-94 [Giaro, *ZRG RA 111*].

Gözler, K., **Hukuka Giriş**, Güncellenmiş ve Düzeltilmiş 15. Baskı, Bursa 2018

Hausmaninger, H./Gamauf, R., **Casebook zum römischen Vertragsrecht**, mit einem Abschnitt zum Schadenersatzrecht der lex Aquilia, 7. Auflage, Wien 2012.

Heumann, H. G./Seckel, E., **Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts**, Jena 1926.

Honsell, H., **Römisches Recht**, 8. Auflage, Berlin/Heidelberg 2015.

Jörs, P./Kunkel, W./Wenger, L. (neu bearbeitet von Honsell, H./Mayer-Maly, T./Selb, W.), **Römisches Recht**, 4. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York 1987.

Karadeniz, Ö., "Roma Hukukunda 'Peculium' Müessesesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1986),** Cilt 25, Sayı 3-4, s. 179-194.

Karadeniz-Çelebican, Ö., **Roma Hukuku, Tarihî Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması**, Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış Onyedinci Baskı, Ankara 2014.

Karagöz, H., **Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı**, İstanbul 2010.

Kaser, M., "Gaius und die Klassiker", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 70 (1953)**, s. 127-178 [Kaser*, ZRG RA 70*].

Kaser, M., "Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre", **Festschrift Flume I (1978)**, s. 101-123 [Kaser, *FS Flume*].

Kaser, M., **Das Römische Privatrecht (Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht)**, 1. Abschnitt, 2. neu bearbeitete Auflage, München 1971 [Kaser*, RPR I*].

Kaser, M., **Zur Methode der römischen Rechtsfindung**, Göttingen 1962 [Kaser, *Methode*].

Kaser, M./Knütel R./Lohsse, S., **Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch**, 21. überarbeitete und erweiterte Auflage 2017.

Kipp, T., **Geschichte der Quellen des Römischen Rechts**, Lepizig 1903.

Kunkel, W., "Das Wesen des ius respondendi", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 66 (1948)**, s. 423-457.

Lehne, C., "Die Stellung der Juristen im Formularverfahren", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 131 (2014)**, s. 216-312.

Leptien, U., "Utilitatis Causa, Zweckmässigkeitsentscheidungen im römischen Recht", **Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI) 35 (1969)**, s. 51-72.

Levy, E., "Literatur", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 48 (1928)**, s. 668-678.

Lübtow, U., "Cicero und die Methode der römischen Jurisprudenz", **Festschrift Wenger I (1944)**, s. 224-235 [Lübtow, *FS Wenger*].

Lübtow, U., "De iustitia et iure", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 66 (1948)**, s. 458-565 [Lübtow, *ZRG RA 66*].

Lübtow, U., **Das Römische Volk, Sein Staat und sein Recht**, Frankfurt am Main 1955 [Lübtow, *Römische Volk*].

Mayer-Maly, T., "Probleme der negotiorum gestio", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 86 (1969)**, s. 416-435 [Mayer-Maly, *ZRG RA 86*].

Mayer-Maly, T., "Der Consens als Grundlage des Vertrages", **Festschrift Seidl zum 70. Geburtstag (1975)**, s. 118-129 [Mayer-Maly, *FS Seidl*].

Mayer-Maly, T., "Vom Rechtsbegriff der Römer", **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 9 (1958)**, s. 151-173 [Mayer-Maly, *Rechtsbegriff*].

Mayer-Maly, T., **Römisches Recht**, zweite, erweiterte Auflage, Wien-New York 1999 [Mayer-Maly, *Römisches Recht*].

Özdemir, G., **Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)**, Ankara 2001.

Radin, M., "Eleganter", **Law Quarterly Review (LQR) 46 (1930)**, s. 311-330.

Schiller, A., "The Jurists and the praefects of Rome", **Revue Internationale des Droits de L'Antiquite (RIDA) 2. seri, tome 3 (1949)**, s. 319-359.

Schwarz, F., "Begriffsanwendung und Interessenwertung im klassischen römischen Recht", **Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 152 (1952)**, s. 193-215.

Sevig, V. R., "Borçlar Hukukunun Hakiki Kaynakları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1947),** Cilt 4, Sa. 1-4, s. 262-347.

Stein, P., „Elegance in Law", **Law Quarterly Review (LQR) 77 (1961)**, s. 242-256.

Şemseddin Talip, "Roma Tedkikleri II, Eski Roma'da Hususî Hayat: Eski Romalıların evleri ve ev hayatları", **Capitolium (1934)**, C. 1, Sa. 3, s. 182-187.

Tahiroğlu, B., "Aristo Düşüncesinin Roma Hukuku Üzerindeki Etkileri", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD) 2003**, C. 2, Sa. 1-2, s. 81-91.

Tahiroğlu, B., **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul 2016.

Tellegen-Couperus, O. E., "The so-called consilium of the praetor and the development of roman law", **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TvR) 69 (2001)**, s. 11-20.

Wacke, A., "Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 94 (1977)**, s. 184-246 [Wacke, *ZRG RA 94*].

Wacke, A., "Zum Rechtsschutz Minderjähriger Gegen Geschäftliche Übervorteilungen -besonders durch die exceptio legis Plaetoriae-", **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TvR) 48 (1980)**, s. 203-225 [Wacke, *TvR 48*].

Waldstein, W., "Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen", **Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt (ANRW) II/15 (1976)**, s. 4-100 [Waldstein, *ANRW II/15*]**.**

Waldstein, W., "Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht", **Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 17 (1967)**, s. 1-26 [Waldstein, *Vorpositive*].

Waldstein, W./Rainer, M. J., **Römische Rechtsgeschichte**, 10. neu bearbeitete Auflage, München 2005.

Wieacker, F., "Das Gesellschafterverhältnis des klassischen Rechts", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA)** 69 (1952), s. 302-344 [Wieacker, *ZRG RA 69*].

Wieacker, F., "Juristen und Jurisprudenz im Prinzipat", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 94 (1977**), s. 319-358 [Wieacker, *Juristen*].

Wieacker, F., "Offene Wertungen bei den römischen Juristen", **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZRG RA) 94 (1977)**, s. 1-42 [Wieacker, *ZRG RA 94*].

Wieacker, F., "Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie", **Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico (IURA) 20 (1968)**, s. 448-477 [Wieacker, *IURA 20*].

Wieling, H., "Eleganz und Sachzwang im Römischen Statusrecht", **Fundamina (editio specialis Ex iusta causa traditum Essays in Honour of Eric HPool) 11 (2005)**, s. 415-424 https://www.semanticscholar.org/paper/Eleganz-und-Sachzwang-im-r%C3%B6mischen-Statusrecht-Wieling/5dc591bcbf2cf0f6ad059428a667958c383bfeb3 (Erişim Tarihi 07.07.2019).

Latince Metinler için Yararlanılan Kaynaklar

Behrends, O./Knütel, R./Kupisch, B./Seiler, H. H., **Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung**, Band I-II, Heidelberg 1995, Band III, Heidelberg 1999.

Cicero (Latince Aslından Çeviren Cengiz Çevik), **Yasalar Üzerine**, III. Basım, İstanbul 2018.

Cicero (Latince Aslından Çeviren Cengiz Çevik), **Yükümlülükler Üzerine**, IV. Basım, İstanbul 2017.

Gordon, W. M. / Robinson, O. F., **The Institutes of Gaius**, London 1988.

Mommsen, T. / Krüger, P. / Watson, A., **The Digest of Justinian**, Vol. 1-4, Philadelphia 1985.

Otto, E./Schilling, B. /Sintenis, F. F., **Das Corpus Iuris Civilis**, 2. Auflage, Band 1-7, Leipzig 1831-1832.

Rado, T., **Gaius Institutiones (Borçlar Kısmı)**, İstanbul 1959.

Umur, Z., **Iustinianus Institutiones**, İstanbul 1968.

http://www.thelatinlibrary.com

http://droitromain.upmf-grenoble.fr/

http://www.forumromanum.org/literature/sallust/catilinae.html

İDARELER ARASI ACELE MAL DEVRİ*

Nuray Sümer**

GİRİŞ

Aciliyet gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde idareye özel mülkiyete tabi taşınmazlara el koyma yetkisi veren acele kamulaştırma usulü, idareler arası mal devri müessesesi bakımından öngörülmemiş idi ve 2016 yılında[1] 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen hükümle merkezi idarenin, aciliyet gerektiren bir güvenlik gerekçesinin[2] bulunması halinde olağan idareler arası mal devri usulünün dışına çıkarak diğer kamu tüzel kişilerinden mal edinme yöntemine ilişkin yeni bir usul belirlenmiştir. Buna göre, İçişleri Bakanlığı güvenlik gerekçesiyle diğer kamu tüzel kişilerine ait taşınmazların mülkiyetini ve irtifak haklarını Cumhurbaşkanı Kararı ile resen Hazine adına tescil ve İçişleri Bakanlığı'na tahsil ettirmektedir. Bu usul, bu çalışmada olağan idareler arası mal devri usulünden farklılaşması dolayısıyla farklı bir isim altında "idareler arası acele mal devri usulü" olarak nitelendirilmektedir.

Söz konusu düzenleme, Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş ve 20.12.2018 tarihinde Mahkeme tarafından karara bağlanması ile birlikte gündemi işgal etmiştir.[3] Yüksek Mahkeme, merkezileşme olgusunun "güvenlik gerekçesiyle" imar planlarına ve daha geniş ölçekte "mahalli müşterek ihtiyaç" kavramına yansımasının anayasaya uygun olduğunu belirterek iptal talebini reddetmiştir.[4] Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı, yerel yönetimlerin özerkliği ve idari vesayet yetkilerinin sınırları konusunda tartışma yaratacak ni-

---

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Arş. Gör., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

1 6745 sayılı Kanun, mad.32, R.G. 7.09.2016, Sayı: 29824.

2 Güvenlik gerekçesinin detayları, bu çalışmanın ilerleyen sayfalarında 'Güvenlik Perdesi' başlığı altında incelenmiştir. Bkz. II. Bölüm İkinci Kısım Güvenlik Perdesi.

3 R.G. 05.04.2019, Sayı: 30736.

4 Anayasa Mahkemesi, E. 2016/181, K. 2018/111, K.T. 20.12.2018, R.G. 05.04.2019, Sayı: 30736, para. 50-51.

teliktedir; lakin bu çalışma, en azından, doğrudan yerel yönetimlerin özerkliği ve idari vesayet yetkileri üzerinden Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirmesini içermemektedir. İptali talep edilen hükmün mahiyeti AYM kararının güncelliğinden de yararlanılarak daha dar bir esasta incelemeye tabi tutulacaktır. Buna göre, ilgili hüküm ile yeni bir idareler arası mal devri usulü belirlenmiştir.

Bu çalışmada "idareler arası acele mal devri" nitelemesiyle bu usulün kapsamı, gerektiğinde acele kamulaştırma ve istimval rejimiyle ortak unsurları da ortaya konularak ve yine gerektiğinde AYM kararına konu olan ihtilaf konularıyla birlikte belirlenmeye çalışılacaktır.

I. 'İDARELER ARASI ACELE MAL DEVRİ' NİTELEMESİ

İlgili hüküm, idareler arası mal devri usulüne ilişkin düzenlemeye yalnızca "tarafların idare olması" ve konusunun "mal devirleri" olması bakımından benzerlik göstermesi sebebiyle eklendiği iddia edilebilir; ancak bu usul 'idareler arası mal devri usulü' olarak nitelendirilmekten uzaktır. Bu başlık altında idareler arası mal devri usulüne ilişkin genel bilgiler ortaya konularak bu usulün yeni bir usul olarak nitelendirilme gerekliliği iddia edilecektir.

İdareler arası mal devri usulü, kamu tüzel kişiliğine ait malların[5] tahsis cihetinin değiştirilmesidir.[6] Buna göre, kamu tüzel kişilerinin başka bir kamu tüzel kişisine ait taşınmaz mal veya irtifak haklarına ihtiyaç duyması halinde[7], Kamulaştırma Kanunu'na göre belirlenen bedel üzerinden[8] anlaşma suretiyle veya devre ilişkin ihtilaf halinde Danıştay tarafından yerindelik denetimi ile daha üstün kamu yararının tespiti suretiyle uyuşmazlığın kesin hükme bağlanacağı belirtilmiştir.[9] İdarenin bütünlüğü ilkesine uygun olarak farklı idareler arasında

---

5 Anayasa hükmü, kamulaştırma usulünde maliki değil, mülkiyet rejimini esas almıştır. (Anayasa, mad.46) Buna göre kamulaştırmaya özel mülkiyete tabi taşınmazlar konu olmaktadır. Bu sebeple idarelerin özel mallarının idareler arası mal devri usulüne değil; kamulaştırmaya konu yapılması gerekliliği ifade edilmektedir. Bkz. Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2009, s. 936; aksi görüş için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, 2018, s. 600; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 11.Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2017, s. 256. Nitekim Danıştay da ikinci görüşü benimsemekte olup, kamu tüzel kişilerine ait malların kamulaştırılmasını *yok hükmünde* kabul etmektedir. Danıştay 6. Dairesi, E. 2001/ 6417, T. 23.12.2002.

6 Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.II, İsmail Akgün Matbaası, s. 1349.

7 Çalışma boyunca ilgili düzenleme konusu olan taşınmaz ve irtifak hakları tekrara düşmemek amacıyla yalnızca "taşınmaz" olarak belirtilecektir. Buna göre çalışmada taşınmaz kavramına "ayni hakları" içeren genel bir kavram olarak başvurulmuş olup; "taşınmaz ve irtifak hakları" olarak anlaşılmalıdır. Diğer taraftan kanun koyucunun ilgili hükümde "kaynak" irtifakını ayrıca belirtme ihtiyacı ise anlaşılamamaktadır. (Aynı şekilde, idareler arası mal devri usulünde de kaynak irtifakı terimine ayrıca yer vermiştir.) Zira kaynak irtifakı, irtifak haklarının bir türü olup; ilgili hüküm halihazırda irtifak haklarını kapsamaktadır. Kaynak irtifakının irtifak hakkının bir türü olduğuna ilişkin bilgi için bkz. Kemal Oğuzman, Özel Seliçi, S. Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 23.

8 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, mad. 8.

9 Düzenlemede açıkça "kesin karara bağlanacağı" ifade edilmiştir. Bkz. 2942 sayılı Kanun, mad. 30. Ancak söz konusu kesinlik, yargı organı sıfatıyla karara bağlamadığından bahisle kesin hüküm mahiyetinde olmayıp; idari anlamda bir kesinliktir. Bkz. Gözler, s. 952.

ortaya çıkacak ayni hakların intikaline ilişkin ihtilafların öncelikli olarak anlaşma usulüyle çözümlenmesi olağan usulün esasını teşkil etmektedir. Halbuki ilgili düzenlemede taşınmazların maliki olan diğer kamu tüzel kişilerinin muvafakatleri dahi aranmaksızın merkezi idarenin tek taraflı iradesi ile mülkiyete adeta el koyması söz konusudur. Dolayısıyla bu düzenlemede öngörülen usulün esasını anlaşma temelli mal devri usulü yerine, tek taraflı irade teşkil etmektedir.[10]

Söz konusu unsurlar, olağan idareler arası mal devri usulünde tarafların niteliği ve konusunun mal devri olması dışında benzerlikleri bulunmayacak kadar farklılaştırmaktadır. Bu halde sorulması gereken soru şudur: Bu usulün niteliği nedir? Söz konusu usulün, esasında başkalaşan yönleri dikkate alındığında acele kamulaştırma ve istimval hukuki rejimlerini birleştiren mürekkep bir usul olduğu iddia edilebilir. Şöyle ki merkezi idarenin "güvenlik sebebiyle" diğer kamu tüzel kişilerine ait mallarının intikali, aynı Kanunun 27. maddesi ile idareye "aciliyet halleriyle" sınırlı olarak özel hukuk kişilerine ait taşınmazların kıymet takdiri dışındaki işlemlerin sonradan tamamlanmak üzere taşınmaz mala el koyma imkânı getiren acele kamulaştırma usulü ile benzerlik arz etmektedir. Aciliyet gerektiren durum ise belirli bir hal ile sınırlandırılmıştır: Güvenlik hali. Diğer taraftan olağanüstü durumların varlığı ve bedele ilişkin hususların mülkiyetin intikali sonrasında tamamlanması yönüyle de idarenin olağanüstü mal edinme yöntemlerinden biri olan istimval hukuki rejimiyle ilişkilendirilebilir.[11]

II. İDARELER ARASI ACELE MAL DEVRİ USULÜNÜN UNSURLARI

2016 yılında getirilen bu düzenleme ile merkezi idare, güvenlik sebebiyle diğer kamu tüzel kişilerine ait malları Cumhurbaşkanı kararıyla Hazine adına tescil ve İçişleri Bakanlığına tahsis edebilmektir. Bu usulün tabiri caizse "belkemiğini" oluşturan iki unsur çalışmamızda incelenecektir: ilk olarak devrin sebebi olarak öngörülen "güvenlik gerekçesi" ve devre imkân veren Cumhurbaşkanı kararı. İkincisinin birinci unsuru ihtiva eden yönleri dikkate alındığında, öncelikli olarak

[10] Bu düzenlemede müstakil kamu tüzel kişiliğini haiz kamu idarelerinin veya kamu kurumlarının sahip olduğu taşınmazlar üzerinde tasarruf yetkisi Cumhurbaşkanı kararıyla sınırlandırılmakta; hatta ortadan kaldırılmaktadır. İdarelerin sahip olduğu taşınmazlar üzerindeki "kamu mülkiyeti" rejiminin buna imkân tanıdığı iddia edilebilir. Doktrinde yer alan görüşlere göre, "objektif hukuk kaidelerinden doğan denetim ve nezaret yetkisi olduğu" iddia edilmektedir. Diğer bir görüşe göre, mülkiyet rejiminin şumül ve hükümlerinin idare hukukuna göre tayin ve tespit edilmesi gerektiğinden "idare hukuku mülkiyeti" olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Son olarak "sınırlı mülkiyet" yaklaşımını benimseyen görüş uyarınca mülkiyetin kendisinin değil istimalinin idare hukukuna tabi olduğu ve buna göre idarenin malik sıfatıyla değil, hakimiyeti dolayısıyla hareket ettiği iddia edilmektedir. (Mülkiyet rejiminin niteliğine ilişkin doktrindeki farklılıklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Onar, s. 1322-1330.) Bu görüşler dikkate alındığında, idarenin kamu malları üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlıdır. Bu yetkinin sınırı ise kamu yararıdır. İlgili düzenleme uyarınca "güvenlik" sebebi, kamu yararını teşkil etmektedir.

[11] Söz konusu benzerlikler öngörülen usulün unsurları incelenirken ayrıca detaylandırılacaktır. Aciliyet gerektiren durumların karşılığı olarak değerlendirilen güvenlik sebebi için bkz. II. Bölüm İkinci Kısım Güvenlik Perdesi ve bedele ilişkin değerlendirmeler için bkz. II. Bölüm Birinci Kısım "Devir" İşlemi.

Cumhurbaşkanı kararı açıklanacaktır ve ardından güvenlik sebebi irdelenecektir.

A. MÜREKKEP TASARRUF[12]: CUMHURBAŞKANI KARARI

Bu başlık altında, güvenlik gerekçesi ile devlet tüzel kişiliğinin diğer kamu tüzel kişilerine[13] ait taşınmaz veya irtifak hakları "*Cumhurbaşkanı kararıyla resen Hazine adına tescil ve İçişleri Bakanlığına tahsis edilir*" hükmünün anlam ve kapsamı irdelenecektir. İlgili düzenleme, kamunun özel malları veya kamusal mallar ayrımı gözetilmeksizin doğrudan malik esasından hareket etmektedir. Buna karşın, Cumhurbaşkanı kararının muhtevasının kamunun özel malı veya hizmet malı kategorisine göre farklı değerlendirmeyi gerektiren mahiyeti dolayısıyla öncelikli olarak kamu malının niteliğine göre içeriğinin ortaya konulması zaruridir. Şöyle ki, kamu tüzel kişilerine ait hizmet malları mevzu bahis olduğunda Cumhurbaşkanı kararının; "tahsisin kaldırılması", "devir" ve "tahsis" işlemlerini ihtiva eden mürekkep bir tasarruf olduğu; kamunun özel malı statüsünde bulunan mallar bakımından ise tahsise konu yapılmaması dolayısıyla yalnızca "devir" ve "tahsis" işlemlerini içerdiği iddia edilebilir. Söz konusu işlemler ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

1. Hizmet Malları Bakımından "Tahsisin Kaldırılması" İşlemi

Cumhurbaşkanı kararıyla gerçekleştirilen işlemin muhtevasının hizmet malları söz konusu olduğunda tahsisin kaldırılmasını da içerdiği yukarıda ifade edilmiş idi. Kural olarak ilgili düzenlemeye konu edilen taşınmazlar, ilgili makam tarafından ve hangi usulle tahsis[14] edilirse, tahsisin kaldırılması işlemi de *yetkide*

---

[12] Bu çalışmada Cumhurbaşkanı Kararı, mahiyet itibariyle 'mürekkep tasarruf' olarak nitelendirilmektedir. Mürekkep tasarruf kavramı, birleşme anlamı dikkate alındığında idari işlem teorisi bakımından *prima facie* 'birleşik işlem'i ifade ettiği ve/veya birleşik işlem olmadığı konusunda tereddüt bulunmadığının anlaşılması halinde idari işlem teorisine 'yabancı' olması yönüyle eleştirilebilir niteliktedir. Bu sebeple tercih edilen kavramın izahı gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki başvurulan mürekkep tasarruf ifadesi, birleşik işlem terimini karşılamamaktadır. Birleşik işlem, iradelerin açıklanması bakımından öngörülen bir idari işlem türü olup (İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Filiz, İstanbul, 2017, s. 475-490.); aynı hukuki sonucun gerçekleşmesi amacıyla birden fazla iradenin bir araya gelerek oluşturduğu işlemdir. (Celal Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s. 22.) Halbuki idareler arası mal devri usulünde başvurulan Cumhurbaşkanı kararı, bu başlık altında açıklandığı üzere *tek bir irade açıklaması* ile oluşmaktadır. Bu sebeple de idari işlem teorisi bakımından birleşme işlem mahiyetini haiz değildir. Bu çalışmada başvurulan *mürekkep tasarruf* terimi, daha ziyade idare hukukunda birden fazla makam tarafından yapılması öngörülen birden fazla idari işlemi içeren tek iradeli (veya "yalın") işlem mahiyetindedir.

[13] İlgili hüküm, ilginç bir şekilde "*diğer kamu tüzel kişilerine ait*" tabiri yerine, "*kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler ve il özel idareleri dâhil mahalli idareler ve diğer kamu tüzel kişilerine ait*" şeklinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu, mahalli idareleri ise "belediyeler ve il özel idareleri dahil" olarak belirtme ihtiyacı duymuştur. Anayasa'nın 127. maddesi gereği *numerus clausus* ilkesine göre düzenlenen mahalli idareler, "belediye, il özel idaresi ve köylerden" oluşmaktadır. Kanun koyucunun "belediyeler ve il özel idarelerini" belirtme ihtiyacı, kanaatimizce çalışmanın ilerleyen kısımlarında ayrıca açıklanacağı üzere uygulanmak istenen bölgelerden kaynaklanmaktadır. Bkz. II. Bölüm İkinci Kısım Güvenlik Perdesi.

[14] Tahsis, idari işlemle, sözleşme ile veya zımni olarak gerçekleştirilebilir. Detaylı bilgi için bkz. Onar, s. 1345-1349; Nur Kaman, "Kamu Malları", in Turan Yıldırım Ed., **İdare Hukuku**, On iki levha, 7.Bası, 2018, s. 257-263.

ve usulde paralellik ilkesi gereğince aynı usul ile yapılmalıdır.[15] Ancak ilgili düzenleme bu hususa ilişkin açıklık ihtiva etmemektedir.

Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik uyarınca tahsis işlemi, "tahsis amacının değişmesi ile" tahsisi gerçekleştiren kamu idaresinin merkez veya taşra birimlerince resen kaldırılabilir.[16] Cumhurbaşkanı kararıyla devir ve tahsis işlemleri birlikte gerçekleşen taşınmaz hakkında mevcut tahsis, amacının değişmesiyle "resen" kaldırılabilir. Ancak söz konusu düzenlemede dahi tahsisin kaldırılmasına yönelik iradenin mevcudiyeti aranmaktadır. Burada teorik olarak devir işlemini takip eden yeni tahsis işlemine mündemiç "zımni bir tahsisin kaldırılması işlemi"nin yer aldığı iddia edilebilir. Bu değişiklik, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yapılacak imar planları düzenlemesiyle tamamlanacaktır.[17]

2. "Devir" İşlemi

İlgili düzenleme uyarınca devir işlemi Cumhurbaşkanı kararıyla resen gerçekleştirilmektedir. Buna göre Cumhurbaşkanı kararıyla birlikte tapu sicilinde taşınmaz Hazine adına doğrudan tescil edilecektir. Kural olarak mülkiyetin kazanımı, tapuya tescil ile olur;[18] ancak hukukumuzda mülkiyetin tescil dışı iktisap halleri de tanınmaktadır. Kamulaştırma müessesesi de bu hallerden biri olarak belirtmektedir.[19] Bu hallerde tapuya tescil, mülkiyetin devri için *inşai* değil, *açıklayıcı* mahiyettedir. Bu aşamada şu soruya cevap aranmalıdır: Olağan usul dışında öngörülen idareler arası mal devri düzenlemesinde, mülkiyetin Cumhurbaşkanı

---

15 Aynı şekilde olağan idareler arası mal devri usulünde de bu husus ihmal edilmiştir. Bu usulde de devre konu olan taşınmazlardan kamu hizmetine tahsis edilenlerin tahsis işlemi kaldırılmadan doğrudan anlaşma suretiyle veya Danıştay kararıyla mülkiyet geçişi öngörülmektedir.

16 Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesi tahsisin kaldırılma hallerini düzenlemektedir. Buna göre, "*tahsis işlemi;*
a) Kamu hizmetinin sona ermesi,
b) Taşınmazın tahsis amacı dışında kullanılması veya maliki kamu idaresinin izni olmaksızın üçüncü kişilere kullandırılması,
c) Taşınmazın en az iki yıl boş bırakılması veya hiç kullanılmaması,
ç) Taşınmazın tahsis amacının değişmesi,
d) İmar plânıyla, taşınmazın başka bir amaca ayrılması,
e) Yönetmeliğin 8 inci maddesinde belirtilen tedbirleri alma ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi,
f) Tahsis amacının ortadan kalkması halinde,
durumlarında, tahsis yapılan kamu idaresinin görüşü alınmaksızın tahsisi yapan kamu idaresinin merkez veya taşra birimlerince resen kaldırılabilir."

17 Bu özellik, esasında olağan idareler arası mal devri bakımından da geçerlidir. Olağan usule konu hizmet malları söz konusu olduğunda tahsisin kaldırılması işlemi ayrıca gerçekleştirilmemektedir. Bu halde de 'mürekkep bir tasarrufun' mevzu bahis olduğu; idarelerin anlaşmasında veya anlaşamamaları halinde "Danıştay'ın üstün kamu yararı belirlemesinin" zımni olarak tahsisin kaldırılmasını da içerdiği veya kanuni düzenlemenin buna imkân verdiği iddia edilebilir.

18 Türk Medeni Kanunu, mad. 705/1.

19 Türk Medeni Kanunu, mad. 705/2: "*Miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır*."

kararı ile geçtiği ve tapuya tescilin açıklayıcı mahiyette olduğu iddia edilebilir mi?

İlgili düzenlemede "kamulaştırma" müessesesine yer verilmekle birlikte idareler arası mal devrine yer verilmemiştir; ancak "kanunda öngörülen diğer haller" ifadesi ile olası durumlara açık kapı bırakılmıştır. Enteresan bir biçimde *"diğer kanunlarda öngörülen haller"* ifadesi değil, *"kanunda öngörülen diğer haller"* ifadesi tercih edilmiştir. Kanun koyucunun bu cümle kurgusu ile medeni kanunda yer alan diğer halleri mi, yoksa özel kanunlarda belirten hallerine mi atıf yaptığı mutlak bir açıklığı haiz değildir. Madde düzenlemesinde yer verilen istisnalar, örnek olsun "cebri icra" İcra İflas Kanunu'ndan, "kamulaştırma" müessesesi Kamulaştırma Kanunu'ndan, buna karşın "işgal" ise Medeni Kanun'dan doğan bir müessese olup bu örnekler de konuyu açıklığa kavuşturamamaktadır. Söz konusu düzenlemeyi *istisnaların ancak kanunla öngörülebileceği* şeklinde değerlendirmek isabetli olacaktır.[20] Bu değerlendirme doğrultusunda idareler arası acele mal devri usulünde güvenlik sebebi de dikkate alınarak, Cumhurbaşkanı kararıyla mülkiyetin devrinin "tescil dışı iktisap yollarından biri" olarak değerlendirilebileceği iddia edilebilir. Bunun sonucunda Hazine adına tapu kütüğünde yapılacak tescil işlemi inşai değil, açıklayıcı olacaktır.

Mülkiyetin devri meselesinde değerlendirilmesi gereken bir diğer önemli husus ise bedele ilişkindir. İlgili düzenlemede bedele ilişkin ihtilaflar, mülkiyet devri sonrasında bir aşama olarak kurgulanmıştır. Öyle ki acele kamulaştırma usulünde dahi öncelikli olarak tamamlanması gereken bir basamak olan bu işlem, ilgili düzenlemede bedel ihtilaflarının hallini mülkiyetin intikali sonrasında düzenlemesi yönüyle istisnai bir mahiyeti haizdir. Kamulaştırma süreci bitmeden idareye taşınmaza el koyma imkânı veren bir usul olan acele kamulaştırma usulünde dahi kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere mahkeme kararıyla taşınmaza el konmaktadır.[21] Oysaki idareler arası acele mal devrinde bedel tespiti ve belirlenen bedelin ödenmesi 'mülkiyetin tescilinin ardından' valilik tarafından resen yapılmaktadır. Bedelin tespiti ve ödeme işlemlerinin sonradan tamamlanması yönüyle bu usul, "istimval"[22] müessesesine benzetilebilir. Bilindiği üzere istimval, bireylerin muvafakati aranmaksızın çalışma yükümlülüğün öngörülmesi veya taşınırların mülkiyet veya kullanım hakkının veya taşınmazların kullanım hakkının geçici olarak idareye geçirilmesi olup, olağanüstü hallerde başvurulan istisnai bir rejimdir. İstimval rejiminde aranan olağanüstü hallerin varlığı bu müessese bakımından güvenlik gerekçesine hasre-

[20] Nitekim doktrinde kanunda belirtilen haller dışında tescilsiz kazanıma örnekler verilmektedir. Bkz. Oğuzman, s. 418-423; Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, Yetkin, 4.Bası, Ankara 2016, s. 259- 264.

[21] 2942 s. Kanun, mad. 27.

[22] İstimval müessesesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Yayla, **Türk İdare Hukukuna Göre İstimvalin Rejimi**, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 2016

dilmiştir; ancak istimval rejiminden farklı olarak kamu tüzel kişilerine ait taşınmazlar konu olmakta ve ayrıca taşınmazlar bakımından geçicilik karakterini haiz olmayıp; mülkiyet intikali söz konusudur. İstimval rejiminde taşınmaz kullanım değeri el koyma sonrasında kanuni faiz ile ödenmektedir.[23] Bu halde ödeme işleminin tescilden sonra gerçekleştirilmesi dolayısıyla takdir edilen bedelin bir nevi "tazminata" dönüştüğü iddia edilebilir.[24] İlgili düzenlemede yer alan "de" bağlacı bu iddiayı destekler niteliktedir. Kanun koyucu, Kamulaştırma Kanunu'nun bedel tespitinde ilgili hükümlerinin "de" uygulanacağını belirtmektedir. Maddenin tersi bir okumayla bedel tespitinde bu veriler dışında başka unsurların da dahil edilebileceği anlaşılabilir; ancak bu unsurların ne olduğunu yine bu düzenlemeden anlamak mümkün görünmemektedir. Bedelin sonradan ödenmesi dolayısıyla ödenecek tutarın taşınmazın rayiç bedelin yanı sıra, bedel ödeninceye kadar geçen süreçte oluşan "gecikme tazminatını" da kapsamına dahil ettiği iddia edilebilir. Esasında kanuni bir düzenlemenin uygulamasından kaynaklanması dolayısıyla idare hukukunda benimsenen "kusursuz sorumluluk olmaz" prensibinden hareketle, zararın tazmininin de gündeme gelmemesi gerekir. Ancak burada idarenin *kusursuz sorumluluğu*nun kabulü ile *hakkaniyet* temelinde[25] gecikme tazminatının da bedele dahil edilmesi gerekir.[26] Zira kamu tüzel kişilerinin iradeleri aranmaksızın doğrudan merkezi idare tarafından taşınmazlarına el konulmaktadır ve bedel müdahale sonrasında tazmin edilmektedir.

Bedel tespitinde değinilmesi gereken bir diğer husus ise, bedele ilişkin itirazların Danıştay tarafından karara bağlanmasıdır. Gerek kamulaştırma gerek olağan idareler arası mal devri usulünde bedele ilişkin itirazlar mülkiyet hakkının mutlak koruyucusu olan adli yargının alanına sokulmakta iken[27]; ilginç bir biçimde ilgili düzenlemede tersi bir yaklaşımla bedel ihtilaflarının Danıştay tarafından çözümlenmesi öngörülmektedir. Kanun koyucunun "Danıştay" tercihi, bedele ilişkin itirazların[28] mahiyeti ile birlikte değerlendirilmelidir.

Danıştay'ın danışma organı olarak mı, yoksa yargı organı sıfatıyla mı itirazları çözüme bağlayacağı ilgili düzenlemeden açıkça anlaşılmamaktadır. Söz konusu itirazların idari yargıda iptal davası şeklinde görüleceği kabul edilirse,

---

23 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu, (R.G. 27.10.1983, Sayı: 18204), mad. 16.

24 İstimval rejiminde olduğu gibi bedelin daha sonra ödenmesi dolayısıyla adeta "haklı bir tazminat" nitelemesi yapılabilir. İstimval rejiminde ödenen bedelin niteliği hakkında bkz. Onar, s. 1574.

25 Hukuka uygun idari işlemlerden sorumluluk çerçevesinde oluşan zararlar karşılanabilir. Gözler, C.II, s. 1255-1261.

26 İlgili hükümde bedel tespitinin "tescil işleminden itibaren altmış günlük süre içerisinde" tespit edileceği belirtilmiştir. Kanuni sürelerin uygulanması dolayısıyla "gecikme tazminatının" bu hesaba dahil edilmemesi gerektiği iddia edilebilir. Ancak burada hukuka uygun dahi olsa bu tazminat, mülkiyetin devri sonrasında bedelin ödenmesinin bir yaptırımı olarak değerlendirilebilir.

27 2942 s. Kanun, mad. 10 ve mad. 30/3-4.

28 İlgili düzenlemede "itiraz" terimi tercih edilmiştir. 2942 s. Kanun, mad. 30/son: "*Bedele ilişkin itirazlar Danıştay'a yapılır.*"

hukuka uygunluk karinesinden yararlanan bir idari işlemin dava açılmasına rağmen uygulanmaya devam edeceği de kural iken, cümlenin devamında yer alan "(*i)tirazlar tescil işlemini durdurmaz*" hükmünü ne şekilde yorumlamak gerekir? Benzer şekilde bu düzenlemede yer alan *"(m)ahkemelerce ihtiyati tedbir ve yürütmenin durdurulması kararları verilemez*" hükmü ne şekilde değerlendirilmelidir? İdareler arası acele mal devri usulünde idari yargıya konu olması muhtemel Cumhurbaşkanı kararı dışında bedel ihtilafları da söz konusu olabilir. Bedel ihtilaflarının şayet Danıştay tarafından kesin olarak karara bağlanacağı iddia ediliyorsa, bir adli yargı müessesesi olan *ihtiyati tedbir* kararına hangi aşamada başvurulacaktır ki başvurulması halinde de söz konusu düzenleme ile ihtiyati tedbir kararı verilmesi yasaklanmış olsun? Aynı doğrultuda, ilgili düzenlemede yer alan 3533 sayılı Kanun'un uygulanmayacağına ilişkin hüküm de bu kapsamda kafa karışıklığını derinleştirecek niteliktedir. Zira 3533 sayılı Kanun, genel ve özel bütçeli idareler arasında[29] adli yargının alanına dahil olan ihtilafların halli amacıyla tahkim usulünü öngörmektedir.[30] Dolayısıyla ilgili düzenleme bir bütün olarak ele alındığında, adeta Danıştay tarafından karara bağlanan bedel ihtilaflarının "adli yargıya konu yapılabileceği" gibi bir sonuca ulaşmak mümkün ise de bu yorumun çelişkili bir yaklaşım içerdiğini iddia etmek güç olmayacaktır.

Kanun koyucunun bu hususta olağan idareler arası mal devri usulüne *paralelimsi* bir usul öngördüğü veya öngörmeye çalıştığı iddia edilebilir. Zira Danıştay, olağan idareler arası mal devri usulünde idari görevi ile ihtilafları kesin olarak karara bağlamakta idi. İdareler arası acele mal devri usulünde ise yine Danıştay kurumuna müracaat edilmekte; ancak devre ilişkin ihtilafların değil, bedel ihtilaflarının karara bağlanması kararlaştırılmıştır. Kanaatimizce kanun koyucu tarafından bedel ihtilafları konusunda Danıştay'ın öngörülmesinin "ihmalen" ortaya çıktığı iddia edilebilir; bu halde söz konusu düzenlemenin isabetliliği tartışmaya açıktır.

3. İçişleri Bakanlığı'na "Tahsis" İşlemi

Cumhurbaşkanı kararına mündemiç tahsis işlemi bağlamında mülkiyeti Hazine'ye intikal eden taşınmazların İçişleri Bakanlığı'na tahsis edilmesi, Cumhurbaşkanı kararıyla gerçekleşmektedir. Hiç kuşkusuz tahsise ilişkin genel ilkelerin söz konusu düzenleme uyarınca da aranması gerekir. Söz gelimi Cumhurbaşkanı kararıyla tahsis konusu yapılan taşınmazın fiilen tahsis edilen amaç doğrultusunda kullanılmaması halinde, ilgili kamu tüzel kişisinin olağan

[29] Genel ve özel bütçe kapsamında yer alan idarelerin belirtildiği liste hakkında bkz. 5018 s. Kanun, (I) Sayılı Cetvel ile (II) Sayılı Cetvel.

[30] 3533 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler Ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yol ile Halli Hakkında Kanun, mad.1.

idareler arası mal devri usulünde öngörülen geri alma hakkını[31] kullanabileceği kabul edilmelidir.

Bu konuda değinilmesi gereken bir diğer husus ise tahsise uygun imar planı değişiklikleridir. Zira imar planları "*yerleşim ve konut politikalarıyla ilişkisi nedeniyle yerel gereksinimleri ön plana çıkaran*"[32] ve Anayasa'nın 127. maddesi gereği[33] kural olarak yerel idareler tarafından yapılan ve taşınmazın işlevini belirleyen işlemlerdir. İlgili düzenleme, İçişleri Bakanlığı'na tahsis edilen alanlarla ilgili gerekli imar planı değişikliklerini, Cumhurbaşkanı kararından sonra Çevre ve Şehircilik Bakanlığının gerçekleştireceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne konu olan ihtilafta ilgili düzenlemeye getirilen itirazlardan biri de yerel ve ortak bir ihtiyacın karşılanmasına yönelik imar planlarının düzenleme yetkisinin yerel yönetimlerde olduğu ve bu yetkinin "*süresiz*" Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na verilmesinin "*yerel yönetimlerin özerkliği"* ve "*idarenin bütünlüğü ilkesiyle*" bağdaşmadığıdır.[34] Anayasa Mahkemesi bu iddialara karşı, imar planları konusunda yetkili makamın anayasada tanımlanmadığını[35] ve bu hususun kanun koyucunun takdir yetkisinde bulunduğunu ifade ettikten sonra, "*mahalli ihtiyaçların ülkenin genel ihtiyaçlarıyla uyumlu olması gerektiğini*" ve planların "*merkezin vesayet yetkilerini kullanarak mahalli idarelerle birlikte gerçekleştirdiği*"[36] belgeler olduğunu[37]; imar planlarının "*çoğunlukla*"[38] mahalli müşterek ihtiyaçlar kurgulanarak yapılsa da "*bazı alanların o yörede yaşayandan daha çok toplumun genelini*" ilgilendirdiğini belirterek, güvenlik gerekçesinin ulusal çıkarların korunmasına yönelik olması dolayısıyla merkezi idareye yetki verilmesinin hukuka uygun olduğunu belirtmiştir.[39]

31 2942 s. Kanun, mad.30/ 5: *"(b)u suretle devir alınan taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır ve devir amacı veya devreden idarenin izni dışında başkaca bir kamusal amaçla kullanılamaz. Aksi takdirde devreden idare, 23üncü madde uyarınca taşınmaz malı geri alabilir. Bu husus tapu kütüğünün beyanlar hanesine şerh verilir*." Bu husus ayrıca 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 45.maddesi uyarınca "tapu kütüğüne şerh düşülmesi" şeklinde belirtilmiştir.

32 AYM, E. 2004/61, K. 2004/123, T. 8.12.2004.

33 Anayasa, mad. 127: "*Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir*."

34 AYM, E. 2016/181, para. 38.

35 Aynı Anayasa Mahkemesi, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen hükümle ilgili olarak başka bir kararında mekânsal planlama konusunda yetkinin anayasada tanımlanmadığını belirttikten hemen sonra, "yerel uygulanacak imar planları ile parselasyon planlarının, *birlikte yaşamaktan ve hemşerilik ilişkisinden doğan mahalli müşterek bir hizmet olduğu* göz ardı edilemez" olduğunu belirtmiştir. AYM, E. 2011/100, K. 2012/191, T. 29.11.2012, R.G. 22.2.2013. (Vurgu yazara aittir.) Aynı doğrultuda karar için bkz. AYM, E. 2011/126, K. 2012/110, T. 18.7.2012, R.G. 25.5.2013.

36 AYM, E. 2016/181, para. 51.

37 Anayasa Mahkemesi'nin '*imar planları konusunda merkezi idarenin vesayet yetkisini haiz olduğu'* iddiasının söz konusu karar kapsamında doğrudan ileri sürülebilecek bir argüman olduğu iddia edilemez. Zira yetkinin doğrudan kullanımı ile vesayet yetkisinin kullanımı farklı hususlardır. İdari vesayet yetkisi kanunla verilir ve sınırlı bir yetkidir. (Anayasa, mad.127)

38 AYM, E. 2016/181, para. 52.

39 AYM, E. 2016/181, para. 52.

İmar planlarını düzenleme yetkisinin yerel yönetimlerde olduğu kabul edilmekle birlikte[40], bu yetkinin mahalli idarelere tanınan münhasır bir yetki olmadığı ve ihtiyaçların niteliği gereği zaman zaman bu yetkinin merkezi idare[41] tarafından kullanılması söz konusudur. Nitekim Danıştay'ın başka bir uyuşmazlıkta verdiği kararda imar planlamasının "mutlaka ve yalnızca yerel bir gereksinim olarak nitelendirilmesinin zor olduğu" dile getirilmektedir.[42] Danıştay'ın bilhassa son yıllarda mahalli müşterek ihtiyaçlar kavramını dar yorumlama eğiliminde olduğu ve merkezi idarenin yetkilerinin genişlediği belirtilmektedir.[43] Bu minvalde Anayasa Mahkemesi'nin bahse konu kararının da bu yaklaşımının bir sonucu olduğu tespiti yapılabilir.

Belirtmek gerekir ki merkezi idare tarafından yapılması öngörülen plan değişiklikleri, bu düzenlemede adeta açıklayıcı bir mahiyettedir. Zira Cumhurbaşkanı kararıyla mülkiyetin nakli ve İçişleri Bakanlığı'na tahsis işlemi gerçekleşmektedir. İçişleri Bakanlığı'na tahsis edilen alana ilişkin yapılacak değişiklikler, imar planına işlenecektir. Bu halde imar planlarının fonksiyonu, öncesinde alınan Cumhurbaşkanı kararıyla gerçekleştiğinden kurucu değil, açıklayıcı olacaktır.

Son olarak, söz konusu kararın Cumhurbaşkanlığı makamının tesis ettiği genel düzenleyici işlem değil; ancak doğrudan doğruya Cumhurbaşkanı tarafından tesis edilen birel işlem mahiyetinde olduğu belirtilmelidir. Kuşkusuz yargı denetimi dışında bırakılan işlemler dışında her idari işlem gibi yargısal denetime konu olabilir.[44]

B. GÜVENLİK "PERDESİ": *ÜSTÜN KAMU YARARI* VEYA *MUTLAK KAMU YARARI*

Acele kamulaştırmanın dayanağı olan ve olağandışı durumların varlığını

[40] 3194 sayılı İmar Kanunu, mad.8/1 b: *"(i)mar planları; Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planından meydana gelir. Mevcut ise bölge planı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, belediye sınırları içinde kalan yerlerin nazım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır*."

[41] 3194 sayılı İmar Kanunu Kanun'un 9. maddesi, imar planlarında Bakanlığın yetkisini düzenlemektedir. Bunun dışında yargı kararlarıyla da merkezi idareye yetkinin ulusal nitelikte ihtiyaçlar halinde tanınacağına hükmedilmektedir. Bkz. Ülkenin konut ihtiyacını gidermek üzere kurulan Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'na gecekondu bölgeleriyle ilgili imar planları yapma yetkisinin verilmesinin anayasaya aykırı olmadığına ilişkin kararı hakkında, bkz. AYM, E. 2004/61, K. 2004/123, T. 8.12.2004.

[42] AYM, 1990/1, K. 1990/21, T. 17.7.1991. Karar hakkında değerlendirme için bkz. Turan Yıldırım, "Türkiye'nin İdari Teşkilatı", in Turan Yıldırım Ed., **İdare Hukuku**, On iki levha, 2018, s. 71 vd.

[43] Nur Kaman, "Yerel Yönetimlerin Yetkileri ve Sınırları", **Mahalli İdareler ve Revizyon İhtiyacı Sempozyumu**, 18-19 Mart 2019, Türkiye Adalet Araştırmaları Merkezi (TÜRKAD), Yayınlanmamış Tebliğ.

[44] Anayasa, mad.125: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." Ancak belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanı kararı hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilemez. Anayasa Mahkemesi önünde '*açıkça hukuka aykırı işlemler söz konusu olduğu yürütmenin durdurulması kararının verilmesinin yargısal denetimini kısıtladığı'* gerekçesiyle itiraz konusu yapılan hüküm, "*güvenlik gerekçesiyle acil ve kesintisiz olarak uygulanmasında kamu yararı gözetildiğinden Anayasa'nın 125.maddesinde yer alan yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayan istisnai hallerden olan milli güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması amaçlarına uygun olduğu*" gerekçesiyle reddedilmiştir. AYM, E. 2016/181, para. 49.

gerektiren aciliyet hali, idareler arası mal devrinde "güvenlik" sebebi ile somutlaştırılmakta ve sınırlandırılmaktadır. Merkezi idareye tanınan bu yetkinin dayanağı olarak belirtilen güvenlik sebebi *"sınırları belirsiz, muğlak bir ifade olduğu ve asli düzenleme yetkisinin yürütmeye devri anlamına geleceği"*[45] iddialarıyla tartışmaya açıktır. Taşınmaza "acele" el konulmasını gerektiren olağandışı durumlar, keyfi uygulamalara sebebiyet vermeyecek şekilde "belirli" olmalıdır. Hiç kuşkusuz bu belirliliğin mülkiyet hakkıyla doğrudan ilişkisi dolayısıyla kanunla sağlanması zaruridir.[46] Bu kapsamda düzenleme ile öngörülen "güvenlik" gerekçesinin tek başına hukuki belirlilik ilkesine uygun olduğu iddia edilebilir mi?

Anayasa Mahkemesi, ilgili düzenlemeye ilişkin kararında güvenlik gerekçesinin muğlak olduğuna ilişkin iddiaları cevapsız bırakmaktadır. Aynı şekilde kanuni düzenlemenin gerekçeleri incelendiğinde, bu düzenlemenin amacına veya sınırlarına ilişkin bir açıklamanın yer almadığı da görülmektedir. Bu hususa ilişkin yapılacak değerlendirmeyi düzenlemenin "merkezinde", yani "Mecliste" verilen önergeleri dikkate alarak ve düzenlemenin muhataplarını belirleyerek güvenlik gerekçesinin sınırlarını ortaya koymak, belki de değerlendirmeye konu olabilecek tek veri olması sebebiyle mümkün ve meşru kabul edilebilir.

Meclis gündemine alınan Diyarbakır Büyükşehir Belediyesi'ne ait taşınmazların İçişleri Bakanlığına ve Diyanet İşleri Başkanlığına bağlı İl Müftülüğüne tahsis edilmesine yönelik yazılı soru önergesi[47] ile getirilen tartışmalar ışığında, ilgili hükmün esasında ülkenin doğu ve güneydoğu bölgesinde uygulama alanı bulduğu ve bu yörede yaşanan güvenlik sorunları dolayısıyla getirildiği değerlendirilebilir. Bu kapsamda güvenlik gerekçesinin söz konusu bölgelerde "terör olayları sebebiyle ortaya çıkan güvenlik" şeklinde bir kapsamı haiz olduğunu belirlemek mümkündür; ancak bu gerekçenin bilhassa bu bölgeler bakımından "her an" uygulanabilir niteliği göz önünde tutulduğunda güvenlik gerekçesini ortaya koyacak maddi verilerin somut olarak ortaya konulmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Zira söz konusu bölgelerde güvenlik gerekçesi adeta aciliyet gerektiren hal gibi 'genel' bir niteliğe bürünmüştür. Yargının aciliyet gerektiren durumların belirlenmesinde olağan dışı sebeplerin varlığının açıkça ortaya konulması gerekliliği,[48] burada kıyasen güvenlik gerekçesinin somut vakıaları ihtiva etmesi olarak düşü-

---

45 AYM, E. 2016/181, s. 21, para. 38.

46 Bu kapsamda malikin hukuki niteliğinden bağımsız olarak düzenlenen '*herkesin mülkiyet hakkına sahip olacağı*'na ilişkin anayasa hükmü karşısında belirsizlik, mülkiyet hakkına müdahale niteliğinde olacaktır. Bu sebeple söz konusu alanın Anayasanın 104 /17 gereği Cumhurbaşkanı Kararnamesiyle düzenlenmemesi gereken alanlardan biri olduğunun kabulü gerekir. Detaylı bilgi için bkz. Tolga Şirin, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2019, s. 157-214.

47 HDP Diyarbakır Milletvekili Semra Güzel tarafından Cumhurbaşkanı Yardımcısı Fuat Oktay'a 28/2/2019 tarihinde yöneltilen yazılı soru önergesi metni için bkz. https://www2.tbmm.gov.tr/d27/7/7-10236s.pdf, 11.04.2019.

48 D. 6.D, E. 2016/820, T. 29.11.2016.

nülebilir. Bu noktada acele kamulaştırma usulünde acelelik kararının[49] karşılanmasını zorunlu kılan "özel ve istisnai"[50] sebepler[51], bu hüküm kapsamında güvenlik gerekçesini ortaya koyan özel ve istisnai maddi vakıalar şeklinde aranmalıdır.[52] Ancak bu halde yapılacak özel ve istisnai durum tespitinin ardından ortaya konulan güvenlik gerekçesi, olağan idareler arası mal devri usulünde öngörülen ve Danıştay tarafından tespit edilen üstün kamu yararı belirlemesini içererek[53] olağandışı bu usule hukuki kazandırabilir.[54]

Bir aşama ileri gidilerek şu soru sorulabilir: Somut vakıalarla ortaya konulduğu varsayılan üstün kamu yararı değerlendirmesinin, bedel tespitinin mülkiyet devrinden sonra gerçekleştirilmesi dolayısıyla adeta "mutlak kamu yararı"na dönüştürüldüğü iddia edilebilir mi? Taşınmaz malikinin hukuki niteliğinden bağımsız olarak mülkiyet hakkının karşılığı olarak öngörülen bedelin esasında mal edinme usulünün hukukiliğini sağlama amacı düşünüldüğünde, bu düzenleme ile adeta istimval rejiminde olduğu gibi bedelin "tazminata" dönüşmesi, ancak "mutlak kamu yararı" denkleminde hukuki temeli sağlanmış şeklinde değerlendirilebilir. Aksi halde merkezi idarenin "güvenlik gerekçesi" ile ve yine merkezi idare tarafından tespit edilen bedelle taşınmazın mülkiyetinin intikali kanunidir; ancak hukuki temeli sorgulanır hale gelir.

---

49 Cumhurbaşkanı tarafından alınması öngörülen karar, kamulaştırma kararı olmayıp; olağan yöntemler dışında gerçekleşmesine imkân veren "acelelik kararı"dır. Bu sebeple söz konusu kararın acele kamulaştırma kararı olarak değerlendirilmemesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Şahin, s. 66.

50 İstisna ve olağanüstü hâl kavramları konusundaki nüansa ilişkin detaylı bilgi için bkz. Cenk Y. Şahin, **Acele Kamulaştırma**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s.10-11. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin acele kamulaştırmanın "istisnai" hallerde değil, istisnai halin ancak "olağanüstü" duruma ilişkin ise uygulama alanı bulacağına ilişkin kararı için bkz. AYM, E. 2012/87, K. 2014/41, T. 27.2.2014, R.G. 26.7.2014, S. 29072.

51 Şahin, s. 100.

52 İlk bakışta bu iddiaya ilişkin şöyle bir itiraz da ortaya çıkabilir: "güvenlik hizmeti, herhalde yapılması gereken kamu hizmetlerinden önceliklidir; zira *Maslow*'un ihtiyaçlar piramidi teorisi gereği temel ihtiyaçlar öncelikle giderilmedikçe diğer ihtiyaçların karşılanması mümkün değildir." Ancak söz konusu alanda aynı anda "temel ihtiyaçlar" kategorisine dahil olan; örnek olsun bölgede ekmek üretimi yapan tek yer olması halinde, bu çatışmanın çözümünde başvurulacak araçlara ihtiyaç bulunmaktadır. Teori için bkz. Abraham H. Maslow, **A Theory of Human Motivation**, Midwest Journal Press, 2016.

53 Bu halde olağan idareler arası mal devri usulünde daha üstün kamu yararı belirlemesini yapan organ olan Danıştay'ın söz konusu usulde yer almaması dolayısıyla ortaya çıkan boşluk da – tam anlamıyla gerçekleştirilmese de- 'doldurulabilecektir'. Zira Danıştay 1. Dairesi, daha üstün kamu yararını değerlendiren tarafsız bir organ niteliğindedir. Halbuki bu usulde, merkezi idare somut gerekçeleriyle ortaya konulmamış tek başına fiktif bir güvenlik gerekçesine de dayanabilir. Bu belirlemenin hukuka uygunluğu ancak yargısal denetime konu olduğunda tespit edilebilir. Kanuni düzenleme Cumhurbaşkanı kararının sebep unsurunu "genel" itibariyle belirlemiş ise de acele kamulaştırma kararlarının yargısal denetiminde olduğu gibi kıyasen "güvenlik gerekçesinin" somut özel ve istisnai halleri kanaatimizce aranmalıdır.

54 Hukuki temel kavramı yerine, bu çalışma bakımından iddialı olacağı düşünülen ancak dipnotta değinmek suretiyle yer verilmesinin uygun olduğu değerlendirilen 'meşruiyet' kavramı da tercih edilebilir. Bir aşama ileri giderek, bu halde kanuni bir düzenlemenin aynı zamanda meşru addedilme(me)si tartışması gündeme gelecektir. Söz konusu tartışma ve kapsamlı bilgi için bkz. Kanunilik ve meşruiyet ayrımı için bkz. Carl Schmitt, Çev. Mehmet Cemil Ozansu, **Kanunilik ve Meşruiyet**, İthaki Yayınları, 2018.

SONUÇ YERİNE

Esasında söz konusu usul bu çalışmada, Fransız Hukuku'nda *Marcel Waline* tarafından ortaya atılan ve devlet tüzel kişiliğinin diğer kamu tüzel kişilerine ait taşınmazları resen tek taraflı iradesi ile kullanımına imkân veren "*mutations domaniale (kamu malının dönüşümü)*" tezi[55] ile benzerlik veya farklılıkları üzerinden kurgulanabilirdi. Ancak söz konusu teorinin ortaya atıldığı konjonktür[56] ve buna karşın Türk Hukuku bakımından 2016 yılında düzenlenen hükmün amacı dikkate alındığında konu "müstakil" olarak incelemeye tabi tutulmuştur.

İlgili düzenleme ile getirilen idareler arası mal devri, güvenlik halini spesifik bir aciliyet gerektiren bir durum olarak öngörmek suretiyle acele kamulaştırma usulü ve bedele ilişkin hususların mülkiyetin intikalinden sonra ödenmesi sebebiyle de istimval rejiminin özelliklerini birleştiren mürekkep bir usul mahiyetindedir. Bu çalışmada söz konusu düzenleme, "idareler arası acele mal devri" olarak nitelendirilmiştir. *Per faut aut nefas*[57], öngörülen usulün olağan usulden başkalaşan unsurları tespit edilmeye; dahası mevzuatın yeterli açıklığı ihtiva etmediği hallerde müessese, bu müesseseyi gerektiren olgularla birlikte açıklanmaya çalışılmıştır. Bir "paragraf"a hasredilen düzenlemenin bir paragraf ile sınırlandırılmaya çalışılırken kanun sistematiği açısından çelişkili ve belirsiz ifadelere yer vermesi dolayısıyla ortaya çıkması muhtemel sorunlara işaret edilmiştir.

Devlet tüzel kişiliğine tanınan bu otoriter yetkinin sınırlarının ve kapsamının açıkça belirlenmeyişinin mülkiyet hakkı temelinde çatışmalara yol açacağını öngörmek imkânsız değildir. Bilhassa merkez ile yerinden yönetim idareleri arasında çıkması muhtemel sorunların yerel yönetimlerin özerkliği ve makro ölçekte kamu yararının dengelenmesi suretiyle çözümü öngörülebilir; ancak söz konusu ilkeler yargının "aktivizmine" muhtaçtır. Yargının bu ilkeleri dikkate alarak *güvenlik gerekçesini*, acele kamulaştırma usulünde aranan "özel ve istisnai haller" sınırlamasına göre ve *bedel tespitini* ise sonradan ödenmesi dolayısıyla adeta "tazminat" nitelemesi ile değerlendirmesi, kanaatimizce bu usulün olağan usulden sapmayı gerektiren hukuki temelini oluşturacaktır.

---

55 Marcel Waline, **Les Mutations Domaniales**, Dalloz, Paris 1925.

56 1909 yılında Conseil d'Etat, mülkiyet devri olmaksızın ulusal çıkarlar gerektirdiğinde devlet tüzel kişiliğinin 'otoriter' yetkisini kullanabileceğine hükmetmiştir. Kamu Mülkiyeti Hakkında Kanun'un L2123-4 maddesinde, diğer kamu tüzel kişilerinin muvafakati aranmaksızın kamu yararı gereğince ve gerektirdiği süre boyunca devlet tüzel kişiliği, diğer kamu tüzel kişilerine ait malları tahsis etme yetkisini haizdir. Düzenleme için bkz.https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=FE1F81E0D9F17D3460244447FFEE91F0.tpdila17v_1?idArticle=LEGIARTI000006361227&cidTexte=LEGITEXT000006070299&dateTexte=20111125

57 (Lat.) İsabetli veya değil, doğrusuyla yanlışıyla.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat; KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2018

EREN, Fikret, **Mülkiyet Hukuku**, Yetkin, 4.Bası, Ankara 2016

ERKUT, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2009

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 11.Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2017

KAMAN, Nur, Yerel Yönetimlerin Yetkileri ve Sınırları", **Mahalli İdareler ve Revizyon İhtiyacı Sempozyumu**, 18-19 Mart 2019, Türkiye Adalet Araştırmaları Merkezi (TÜRKAD).

KAMAN, Nur, "Kamu Malları", in Turan Yıldırım Ed., **İdare Hukuku**, Oniki levha, 7.Bası, 2018, s. 247-293.

MASLOW, Abraham H., **A Theory of Human Motivation**, Midwest Journal Press, 2016.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.II İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz, İstanbul, 2017.

ŞAHİN, Cenk Yaşar, **Acele Kamulaştırma**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

SCHMITT, Carl, **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev. M.Cemil Ozansu, İthaki Yayınları, 2018.

ŞİRİN, Tolga, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019.

YAYLA, Ahmet, **Türk İdare Hukukuna Göre İstimvalin Rejimi**, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 2016.

YILDIRIM, Turan "Türkiye'nin İdari Teşkilatı", in Turan Yıldırım, Ed., **İdare Hukuku**, On ikilevha, 2018, s. 3-121.

WALINE, Marcel, **Les Mutations Domaniales**, Paris Dalloz 1925.

OĞUZMAN, K.; SELİÇİ, Ö., **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

ÖZDEMİR, Oktay S.; NOMER H. N., ERGÜNE M.Serkan, **Eşya Hukuku: Zilyetlik, Tapu Sicili, Rehin Hakları**, Onikilevha, İstanbul, 2019.

İŞ DENETİMİ VE İŞ HUKUKU YAPTIRIMLARI

Sarper Süzek*

I. İŞ HUKUKUNUN ETKİNLİĞİ

İş hukuku alanında devlet, işçileri korumak, işçi-işveren ilişkilerini adalete uygun bir biçimde düzenlemek, çalışma barışını sağlamak amacıyla (mutlak veya nispi) emredici kurallar öngörmüştür. İş hukukunun izlediği amaçların gerçekleştirilebilmesi ve emredici kuralların fiilen uygulanması, etkili yaptırımların getirilmesiyle mümkündür.

Ancak önemle belirtelim ki, iş hukuku ilke ve kurallarının yaşama geçirilebilmesini sağlayacak tek yöntem yaptırım uygulaması değildir. Yasa koyma tekniğindeki başarısızlıklar, güçlü bir iş denetimi sisteminin kurulamaması, yeterli bir iş güvencesi sisteminin bulunmaması, işçilerin işten çıkarılma endişesiyle yargıya başvurmaktan çekinmeleri, dava sayısının çokluğu, yargının yavaş işlemesi, ilgililerde yasalara uygun davranma alışkanlığının yerleşmemiş olması, kamuoyu ile medya kuruluşlarının bu konularda yeteri kadar duyarlı olmaması gibi nedenler, iş hukuku kurallarının fiilen uygulanmasına engel oluşturur. İş hukukunun amaçlarına uygun bir çalışma ortamının yaratılması, *iş hukukunun etkinliğinin sağlanması* arzu ediliyorsa bu gibi engellerin de ortadan kaldırılması gerekir.[1]

İş hukukuna özelliğini veren yönlerden biri de bu hukuk dalındaki yaptırımların çok sayıda, çeşitli ve kendine özgü nitelikler taşımasıdır. İş hukuku kurallarına aykırı davrananlara uygulanacak yaptırımlar hukuki, idari, cezai ve disipliner niteliktedir.

---

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 İş hukukunun etkisizliği konusunda bkz. *Couturier*, 80. *Teyssié*, 87-88. *Pélissier-Supiot-Jeammaud*, 49-50. *Virville*, 13 vd., 80 vd. *Javillier*, 375 vd. *Rivero-Savatier*, 40. *Grévy* 309 vd., 216 vd. *Rehbinder*, 171 vd., 224 vd. *Bıyıklı*, 14-15. *Yıldız*, 739 vd.

II. HUKUKİ YAPTIRIMLAR (ÖZEL HUKUKU YAPTIRIMLARI)

1. İşverenlere Uygulanan Yaptırımlar

İş hukukunda işverenlere uygulanan özel hukuk yaptırımları genellikle, hukuka aykırı işlemin geçersiz sayılması, işçilere verilen zararlar nedeniyle tazminat ödenmesi ve eski hâlin iadesi olarak ortaya çıkar. Hukuki yaptırımlar iş hukukunda da kural olarak genel hükümlerde benimsenen esaslar çerçevesinde uygulanırlar. Ancak birçok durumda genel hükümlerde öngörülen esaslardan farklı düzenlemelere tabi tutuldukları gibi iş hukukunun özelliklerinden kaynaklanan bazı değişimlere de uğrarlar. Burada sadece bu yaptırımların iş ilişkilerinde ortaya çıkan farklı özelliklerine yer verilecektir.

İş hukuku ve iş akdinin özellikleri, iş akdinin *geçersizliği* (butlan) yaptırımına borçlar hukukundan farklı hukuki sonuçlar bağlanmasını zorunlu kılar. Geçersiz bir sözleşme borçlar hukuku alanında kural olarak *geçmişe etkili (ex tunc)* hüküm ve sonuç doğurur. Başka bir deyişle, sözleşme baştan itibaren ölü doğmuş kabul edilir ve zaman içinde geçerli hâle gelmez. Oysa, yürürlüğe girmiş ve taraflar arasında uygulanmış bir iş akdinin baştan itibaren geçersiz sayılması, iş hukukunun işçiyi koruma amacına ve bu sözleşmenin sürekli borç ilişkileri kuran niteliğine uygun düşmez. Çünkü, iş akdinin baştan itibaren geçersiz sayılması hâlinde işçinin o zamana kadar çalışması karşılığında ve kıdemine bağlı olarak iş ve sosyal güvenlik mevzuatından doğan hakları talep edilemez hâle gelir. Bunun gibi, böyle bir durumda tarafların o ana kadar yerine getirdikleri edimlerin nedensiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi iş akdinin özellikleri nedeniyle çözülmesi olanaksız bir tasfiye sistemi yaratır. Bu nedenle, iş ilişkilerinde iş akdinin geçersizliğinin *geleceğe dönük (ex nunc)* etki göstereceği, geçersizlik anına kadar tıpkı geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğuracağı kabul edilir.[2]

Aynı şekilde, iş hukukunda bazı *tazminatlar* da genel sorumluluk hukukundan farklı esaslara tabi tutulmuşlardır. Sorumluluk hukukunun genel ilkesi, haksız fiil veya akde aykırılık nedeniyle zarara uğrayan kişinin tam zararının karşılanmasıdır. Hükmedilecek tazminatın amacı, mağdurun zarar meydana gelmeseydi içinde bulunacağı durumun mümkün olduğu kadar gerçeğe uygun bir biçimde sağlanmasıdır. Bunun gibi, genel hükümlere göre tazminata hak kazanabilmek için bir zararın varlığı zorunludur.

Oysa, iş hukukunda bazı hâllerde bu esaslardan uzaklaşılmış ve birçok tazminat *götürü* bir biçimde belirlenmiş olup, hiçbir zarar söz konusu olmasa bile talep edilebilir.[3] İş mevzuatında bazı tazminatların miktarı kesin ve götürü bir

[2] Bu konuda geniş bilgi için bkz. *Süzek*, 318 vd.

[3] İş hukukunda götürü tazminatlar konusunda bkz. *Radé*, 21 vd., 30 vd. *Grévy*, 133 vd. *Süzek*, Yaptırımlar, 166-167. *İstemi*, 2706 vd.

biçimde saptanmış, bazılarının ise asgari ve/veya azami haddi yasayla belirlenmiştir. İş Kanununda örneğin ihbar ve kötüniyet tazminatlarının miktarı, sırasıyla bildirim sürelerine ilişkin ücret veya bunun üç katı olarak götürü bir biçimde öngörülmüştür (İK 17/4,6). Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda sendikal nedenle ayrım yapılması veya iş akdinin feshi hâlinde, hükmedilecek sendikal tazminatın işçinin bir yıllık ücretinden az olamayacağı hükme bağlanmak suretiyle tazminatın asgari haddi saptanmıştır (STSK 25/3-5). Diğer yandan, iş güvencesi tazminatının sınırları, işçinin en az dört en fazla sekiz aylık ücreti olmak üzere yasayla belirlenmiştir (İK 21/1).

İş hukukunda bazı tazminatların götürü olarak saptanmasının ve genel sorumluluk hukuku ilkelerinden farklı düzenlemeler getirilmesinin nedeni, her şeyden önce hukuka aykırı bir işleme maruz kalan işçinin, hiçbir zararı olmasa da asgari bir tazminatın sağlanması yoluyla korunmasıdır. Bu şekilde işçi zararının varlığını ispat etme yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Götürü tazminatların bir diğer işlevi de önleyici olmaları, başka bir anlatımla işverenleri hukuka aykırı işlem yapmaktan caydırıcı bir özellik taşımalarıdır.[4] [5]

İş mevzuatında işverenlerce ödemelerde gecikme hâlinde genellikle *yasal faizin üzerinde* bir faize hükmedileceği öngörülmüştür. İşçinin ücretlerinin ve kıdem tazminatlarının ödenmemesi nedeniyle açılacak davalarda gecikme süresi için mevduata uygulanan en yüksek faiz (İK 34/1, EİK 14/11), toplu iş sözleşmesinin uygulanmamasına dayanan eda davaları (STSK 53/2) ile işçi ücretlerinden işverence kaynakta kesilen üyelik aidatlarının yetkili sendikaya süresinde gönderilmemesi nedeniyle açılan davalarda (STSK 18/3) da bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz işverenlerce ödenir.

Eski hâlin iadesi iş hukukunda daha nadiren uygulanan bir yaptırımdır. Borçlar hukuku alanında kural olarak kimsenin bir davranışta bulunmaya zorlanamayacağı, çünkü bunun o kişiye baskı uygulanmadan gerçekleştirilemeyeceği, böyle bir tutumun ise kişi özgürlüğünü ihlal edeceği görüşünden hareketle, yerine getirilmeyen yapma borçlarının tazminat borcuna dönüşmesi gerektiği genellikle kabul edilir. Bu kurala zaman içinde bası istisnalar getirilmişse de, borçlar hukuku alanında genellikle geçerliliğini sürdürdüğü söylenebilir.[6]

İş hukukunda söz konusu kural özellikle işverence iş akdinin geçersiz veya haksız feshi ve iş güvencesi bağlamında geniş bir biçimde tartışılmıştır. Öğretide bu durumdaki işçinin işe iadesine (*réintégration*), özellikle iş akdinin niteliğin-

---

4 *Grévy*, 136-137.

5 Anglo-amerikan hukukunda benimsenmiş olan, sözleşmenin cüretkârane ihlali hâlinde davacının uğradığı zarardan fazla tazminat talep edebilmesine olanak tanıyan cezalandırıcı tazminat konusunda geniş bilgi için bkz. *İstemi*, 2685 vd., 2708.

6 Bkz. *Grévy*, 116-117 ve orada belirtilen yazarlar. *Baycık*, 80-81 ve orada yer alan İsviçre öğretisi.

de kaçınılmaz olarak bulunan bağımlılık ilişkisinin engel oluşturduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre söz konusu durumda eski hâlin iadesi, iş akdinden kaynaklanan yönetim hakkının gerektirdiği işverenin otoritesi ile bağdaşmaz.[7] İş akdinin geçersiz veya haksız feshi hâlinde tazminat yaptırımı yerine işe iade uygulamaları fazla bir yaygınlık kazanmamışsa da,[8] bazı ülkelerin yasalarında yer almış bulunan işe iadenin günümüzde eskiye oranla ilke olarak daha az itirazla karşılandığı söylenebilir.[9] Hukukumuzda iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde geçersiz veya haksız fesihlerde işverene işe iade veya tazminat konusunda bir seçim hakkı tanınmış (İK 21/1), işyeri sendika temsilcilerinin haksız işten çıkarılmaları hâlinde ise işe iade yaptırımı getirilmiştir (STSK 24/3).

2. İşçilere Uygulanan Yaptırımlar

İş hukukunda işçilere uygulanan hukuki yaptırımlar esas itibariyle iş akdinin geçersizliği, tazminat ve işten çıkarmadır. İşçilerin işverene verdiği zararların *tazmini* konusunu genel olarak düzenleyen kurallar İş Kanununda yer almamıştır. Buna karşılık, Borçlar Kanununun 400. maddesinin 1. fıkrasında her ne kadar işçi, işverene verdiği her türlü zarardan sorumlu tutulmuşsa da, aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca işin *zarara yatkın bir iş* olması hâlinde de işçi hafif ihmalinden sorumlu tutulmaz.

Belirsiz süreli iş akdinin usûlsüz feshi hâlinde talep edilebilen götürü ihbar tazminatı sadece işçi tarafından değil, böyle bir feshe muhatap olan işveren tarafından da işçiden istenebilir (İK 17/4). Aynı şekilde, işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı nedeniyle iş akdini haklı nedenle fesheden (İK 27/II) işverenin işçiden tazminat hakkı saklıdır (İK 26/2).

İşçilere uygulanabilecek diğer hukuki yaptırım işten *çıkarmadır*. Davranışlarıyla geçerli bir fesih nedeni yaratan (İK 18/1) işçinin iş akdine işverence süreli fesih yoluyla; iş ilişkisine devamı katlanılmaz hâle getiren işçinin sözleşmesine ise haklı nedenle derhal son verilebilir (İK 25/II). Bu durumda işçiye fesih ve tazminat yaptırımlarının bir arada uygulanması da mümkündür. İşçiye uygulanabilecek disiplin cezaları aşağıda açıklanacaktır.

III. İDARİ YAPTIRIMLAR

İş mevzuatında öngörülmüş bulunan emredici kurallar kamu hukuku yaptırımları (idari yaptırımlar ve cezai yaptırımlar) ile desteklenmiştir. Devlet emredici iş hukuku kurallarını getirmekle yetinmemekte, bu kuralların uygulanmasını iş denetimi (teftişi) örgütü yoluyla izlemekte, kuralları ihlal edenleri kamu hukuku yaptırımlarına tabi tutmaktadır. İş mevzuatındaki idari yaptırımlar kural olarak

7 Bu konudaki görüşler için bkz. *Couturier*, 155 vd. *Grévy*, 120 vd., 172 vd. ve orada anılan yazarlar.
8 Bkz. *Alpagut*, 100 vd.
9 *Grévy*, 126, 174-175.

idari para cezası, işin durdurulması gibi idari işlemler biçiminde ortaya çıkar.

İdari yaptırımlar, yasaların yetki verdiği durumlarda, idarenin araya bir *yargı kararı girmeksizin* doğrudan bir işlemi ile *idare hukukuna özgü usûllerle* kararlaştırdığı ve uyguladığı yaptırımlardır. Hukuki ve cezai yaptırımlardan farklı olarak idari yaptırımların uygulanabilmesi için herhangi bir yargı kararına ihtiyaç yoktur.[10]

İdari yaptırımlar, uzun zaman alabilecek yargısal yol yerine, yaptırım uygulanmasında *sürat* ve *etkinliği* sağlayabilme üstünlüğüne sahiptirler. Bazı durumlarda kamu yararının korunması derhal önlem almayı zorunlu kılabilir. Örneğin, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 25. maddesi uyarınca işçilerin yaşamı açısından tehlikeli iş güvenliği eksikliklerinin varlığı hâlinde, bir idari yaptırım olarak işyerinin bir bölümünde veya tamamında işin durdurulması bu ihtiyaçtan kaynaklanır.

Buna karşılık, idarenin yargı organının aracılığı olmaksızın yaptırım uygulaması, anayasal kuvvetler ayrılığı ve yargılama ödevinin bağımsız yargı organınca yerine getirilmesi ilkelerine, bu ilkelerin kişi hak ve özgürlüklerini yürütme organına karşı güvence altına alan niteliğine ters düşebileceği gibi, ceza yargılamasının kişinin kendini etkili biçimde savunma olanağı tanıyan güvenceli usûl kurallarından yoksun kalmasına da yol açar. Bu nedenle, idarenin yaptırım uygulama yetkisi ve idari yaptırımlar mutlaka *önceden yasayla öngörülmüş* bulunmalı (yasallık ilkesi) ve idarenin kararına karşı yargı önünde *itiraz hakkı* tanınmalıdır.[11]

İdari yaptırımlar (para cezaları) idare tarafından, idare hukuku usûllerine göre, araya bir yargı kararı girmeksizin kararlaştırılıp uygulandıklarından bir ceza yaptırım değil *idari işlem* niteliği taşırlar.[12] Nitekim Anayasa Mahkemesi[13] ile Uyuşmazlık Mahkemesince[14] de isabetli olarak idari para cezalarının bir idari işlem (yaptırım) niteliği taşıdığı kabul edilmiştir.[15]

İş hukukunda idari yaptırımlar yaygın bir uygulama alanı bulur. İş yasalarının son kısmında söz konusu yasa kurallarını ihlal eden işveren veya işveren vekillerine uygulanacak idari para cezaları öngörülmüştür. İş Kanununun 98-

10 *Zanobini*, 26. *Özay*, 35-36. *Süzek*, İş Güvenliği 254.

11 *Laubadère*, 261, 263. *Duran*, 36-37. *Özay*, 42, 61. *Süzek*, İş Güvenliği 254-255. *Caniklioğlu-Canbolat*, 226.

12 Bu yöndeki görüşler ve idari işlemler hakkında genel bilgi için bkz. *Laubadère,* 262-263. *Zanobini*, 25-27. *Duran*, 395-397. *Günday*, 123 vd. *Özay*, 40-41, 49 vd.

13 AYM, 8.10.2002, 225/88, RG, 26.2.2003, S. 25032. AYM, 1.3.2006, 108/35, RG, 22.7.2006, S. 262236.

14 Uy. Mah., 12.7.1988, 11/19, RG, 26.10.1988, S. 19971. Aynı yönde, *Özay*, 104, dn. 292'de anılan Uyuşmazlık Mahkemesi kararları. Buna karşılık, Yargıtayın isabetsiz olarak idari para cezalarının ceza niteliğinde bulunduğu yolundaki kararları için bkz. YHDK, 14.12.1988, 10-895/1016, YKD, Temmuz 1989, 919. Y10HD, 27.12.1988, 7445/8020, YKD, Haziran 1989, 828. Y10HD, 19.1.1989, 8919/363, Çimento İşv., Mart 1989, 23.

15 İdari para cezasına dönüştürülmeden önce iş yasalarının son kısmında ceza yaptırımlarının yer alması konusunda geniş bilgi için bkz. *Bıyıklı*, 146 vd., 181 vd. *Süzek*, İş Güvenliği, 297 vd.

108., Deniz İş Kanununun 50-53., Basın İş Kanununun 26-27. ve 30., Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 78., İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 26. maddesinde bu yasa hükümlerin ihlal edenlere uygulanacak idari para cezaları yer almıştır.[16]

IV. CEZA YAPTIRIMLARI (SOSYAL CEZA HUKUKU)

Çalışma yaşamını düzenleyen kurallara aykırı hareket hâlinde uygulanacak ceza yaptırımlarını inceleyen hukuk dalına sosyal ceza hukuku denir. Sosyal ceza hukuku normları da caydırıcı özellikleri ile iş hukukunun etkinliğinin, fiilen uygulanmasının sağlanmasında önemli araçları oluştururlar.[17] İş yasalarında yer alan ceza yaptırımlarının idari para cezalarına dönüştürülmesi nedeniyle iş ilişkilerinde ceza hukukunun uygulama alanı daralmıştır. Türk Ceza Kanununda iş ilişkileri ile ilgili, ceza yargısı tarafından uygulanacak ceza yaptırımları yer almaktadır. Daha sonra görüleceği gibi, iş kazası sonucu ölümlerde ve yaralanmalarda kusurlu işveren ve işveren vekilleri Türk Ceza Kanununun 85-89. Maddeleri uyarınca sorumlu tutulurlar. Bunun gibi, bu yasada iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (m. 117), sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi (m. 118), işe almada ayrımcılık yapma (m. 122) gibi suçlar düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır.

V. DİSİPLİN CEZALARI

1. Disiplin Cezalarının Tabi Olacağı Hükümler

İş hukukunun bir özelliği olarak bu hukuk dalında, işverenlere belirli koşuların varlığı hâlinde işçilere disiplin cezası verme yetkisi tanınmıştır.[18] Hukukumuzda, Fransız hukukundan farklı olarak işverenin disiplin cezası uygulama yetkisinin koşullarını, sınırlarını, usûlünü, yargısal denetimini, bu yetkinin kullanılmasına karşı işçilere getirilen güvenceleri hükme bağlayan genel bir düzenleme yoktur.[19] Buna karşılık, İş Kanununda konu ile ilgili bazı hükümler yer almaktadır. Oysa, işverence tek taraflı olarak işçilere disiplin cezası verilebilmesi, bu hakkın kötüye kullanılması olasılığını güçlü hâle getirir. Bu nedenle, işverene tanınmış bulunan disiplin cezası uygulama yetkisinin koşullarının belirlenmesi, bu yetkinin kullanılmasının sınırlandırılması ve denetimi iş hukukunun önemli sorunlarından birini oluşturur.

Türk iş hukukunda bu konuda bir düzenlemenin yokluğu karşısında, disip-

16 Mevzuatımızda yer alan idari para cezaları için bkz. *Caniklioğlu-Canbolat*, 228 vd.

17 Bu konuda bkz. *Coeuret-Fortis*, 1 vd., 242 vd. *Cohen*, 14-15. *Javillier*, 375 vd., 378. *Rivero-Savatier*, 42. *Couturier*, 80-82. *Seilan*, 133 vd. *Bıyıklı*, 15 vd., 29 vd. *Yarsuvat*, 10 vd. *Süzek*, Yaptırımlar, 172 vd.

18 İşverenin disiplin cezası verme yetkisinin hukuki temeli konusunda görüş ve tartışmalar için bkz. *Catala*, 363 vd. *Rehbinder*, 57-58. *Coeuret-Gauriau-Miné*, 79-80. *Rivero-Savatier*, 181 vd. *Güzel*, 154. *Başbuğ*, 32 vd. *Doğan Yenisey*, 158 vd. *Elbir*, 12 vd., 16 vd.

19 Fransız İş Kanununda bu konuda getirilmiş ayrıntılı düzenlemeler için bkz. *Pélissier-Supiot-Jeammaud*, 795 vd. *Peskine-Wolmark*, 153 vd. *Teyssié*, 381 vd. *Javillier*, 194 vd. *Vennin*, 486 vd. *Gaudu-Vatinet*, 170 vd. *Rivero-Savatier*, 181 vd. *Gatumel*, 71 vd. *Marraud*, 57 vd.

lin cezalarının tabi olacağı esaslar, iş mevzuatında yer alan kurallar dışında iş hukukunun ilkeleri ile genel hükümler göz önünde tutularak belirlenebilecektir.[20] Ekleyelim ki, hukukumuzda toplu iş sözleşmelerine[21] ve iç yönetmeliklere uygulanan hükümlerle sınırlı da olsa bir disiplin hukukunun oluştuğu söylenebilir.

İş hukukunda, uyarı, kınama, ücret kesme cezası, işin ve işyerinin değiştirilmesi, geçici işten uzaklaştırma, terfi ettirmeme, işten çıkarma biçiminde ortaya çıkan disiplin cezalarının[22] uygulanabilmesi için aşağıda belirtilen koşulların gerçekleşmesi gerekir.

2. Disiplin Cezasının Koşulları

a) Hukuki Dayanağın Varlığı

İşçilere bir disiplin cezasının verilebilmesi için her şeyden önce bunun geçerli bir hukuki dayanağı bulunmalıdır. İş Kanununun 30. maddesine göre iş akitleri veya toplu iş sözleşmelerinde gösterilmiş bulunan nedenler dışında işçiye ücret kesme cezası verilemez. İşçi ücretlerinden bu yolda yapılacak kesintiler iki gündelikten fazla olamaz.[23]

Aynı şekilde işverenin, davranışlarına dayanarak işçiyi işten çıkarma nedenleri İş Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrası ile 25. maddesinin II. bendinde belirtilmiştir. Adı geçen hükümlerde öngörülmeyen bir nedene dayanarak işveren işçiyi geçerli veya haklı nedenle işten çıkaramaz.

Borçlar Kanununun 399. maddesi uyarınca "İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir". İşveren bu hükme dayanarak, aşağıda belirtilen diğer koşulların da varlığı hâlinde, işçilere ücret kesintisi ve işten çıkarma dışında disiplin cezaları ile ilgili bazı düzenlemeler getirebilir.[24]

Ülkemizde işçilerin işleyecekleri disiplin suçları ve bunlara uygulanacak disiplin cezaları genellikle iç yönetmeliklerde (personel yönetmeliklerinde), tip iş akitlerinde ve toplu iş sözleşmelerinin eklerinde yer almaktadır[25]. Bu hükümleri içeren genel iş koşullarının, bunları düzenleyen BK 20 vd. yer alan kurallara uygun bulunması gerekir.

b) Amacı ile Sınırlı Olması

İşçilere disiplin cezası verilebilmesinin diğer koşulu bu cezanın kendi amacı

[20] Bu konuda bkz. *Süzek*, Disiplin Cezaları, 10 vd.

[21] Fransız ve Kanada hukukunda toplu iş sözleşmeleri ile getirilen disiplin cezaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Moreau, 141 vd., 163 vd.

[22] Disiplin cezalarının türleri konusunda geniş bilgi için bkz. *Özdemir*, 475 vd. *Elbir*, 24 vd. *Taşkın*, 71 vd.

[23] Ücret kesintisi konusunda geniş bilgi için bkz. *Gülver*, 1368 vd.

[24] *Özdemir,* 474.

[25] Bu konuda İsviçre hukuku için bkz. *Hug*, 295 vd. *Rehbinder*, 57-58. *Vischer*, 23 vd.

ile sınırlı bulunmasıdır. Başka bir anlatımla, ancak *işyerinin düzeni ve disiplinini* sağlamak amacıyla disiplin cezası verilebilir. İşçinin işyerinin düzenini bozmayan davranışlarına bu yaptırım uygulanamaz. Örneğin işyerinin düzenini olumsuz yönde etkilemeyen işçinin özel yaşamı nedeniyle işveren tarafından disiplin cezası verilemez.[26]

c) İşçinin Kusuru

Bir disiplin cezasının uygulanabilmesi için işçinin *kusurlu* bulunması zorunludur. Disiplin cezasının zorlayıcı (cebri) niteliği kusurun aranmasını zorunlu kılar.[27] Eğer disiplin cezasının dayandığı hukuki metinde kusurun belirli bir ağırlıkta olması aranıyorsa, bu yaptırımın uygulanabilmesi için kusurun belirlenen ağırlıkta olması gerekir. Aynı şekilde, uygulanacak disiplin cezası işçinin kusuruyla orantılı (ölçülü) olmalıdır.[28]

Belirtelim ki, işçinin mesleki yetersizliği kural olarak kusurlu bir davranış olarak nitelendirilemeyeceğinden, disiplin cezasına konu oluşturmaz.[29] Bununla beraber, mesleki yetersizlik işçinin işinde yeteri kadar çaba göstermemesinden kaynaklanıyorsa kusurun varlığı kabul edilebilir.[30]

Toplu iş sözleşmeleri ile oluşturulan disiplin kurulu uygulamamızda disiplin suçunun tekerrürü hâlinde kademeli olarak üst cezaların verilmesi yoluna gidilmektedir. Yargıtayın şu kararında bu uygulama belirgin bir biçimde görülmektedir: "Görevini yapmadığı için Disiplin Kurulu kararı ile 27.3.1983 tarihinde ihtar ve 3.12.1983 tarihinde de yevmiye kesimi cezası alan işçinin, aynı fiilinden dolayı 27.12.1983 tarihinde çıkarma ile tecziyesinde mevzuata aykırılık yoktur".[31]

d) Kaynaklar Hiyerarşisine Uygun Bulunması

İş hukukunda kaynaklar hiyerarşisine göre daha aşağıda bulunan hukuk kaynağı üstte bulunana göre işçiye daha ağır bir disiplin cezası getiremez. Buna karşılık, alttaki hukuk kaynağı işçi lehine daha hafif bir disiplin cezası öngörebilir.[32] Bu nedenle, örneğin iç yönetmelikle getirilen disiplin cezasının iş yasası kurallarına -işçi aleyhine- aykırı olması mümkün değildir. Buna karşılık, örneğin İK 25/II uyarınca haklı nedenle derhal fesih yaptırımına yol açan (kamu düzenine aykırı olmayan) bir disiplin suçuna, toplu iş sözleşmesi, iş akdi veya iç yönetme-

26 *Gaudu-Vatinet*, 172. *Coeuret-Gauriau-Miné*, 84 vd. *Catala*, 376-378, 395. *Süzek*, Yaptırımlar, 170. *Başbuğ*, 202.

27 *Catala*, 392-394, *Pélissier-Supiot-Jeammaud*, 797-798. *Gaudu-Vatinet*, 171. *Rivero-Savatier*, 182. *Süzek*, Disiplin Cezaları, 11. *Akyiğit*, II, 1614, *Özdemir*, 478. *Elbir*, 54 vd.

28 Bu konudaki görüş ve tartışmalar ile yargı kararları için bkz. *Catala*, 392-394. *Rivero-Savatier*, 182. *Özdemir*, 478-479. *Süzek*, Yaptırımlar, 170. *Elbir*, 56 vd.

29 *Pélissier-Supiot-Jeammaud*, 802. *Marraud*, 61. *Elbir*, 55.

30 Bu konuda bkz. *Marraud*, 61.

31 Y9HD, 22.5.1986, 4460/5369, *Eşmelioğlu*, 25.

32 *Hug*, 306-307. *Süzek*, Yaptırımlar, 170. *Eşmelioğlu*, 12-13. *Akyiğit*, II, 1614.

likle daha hafif (geçerli fesih) bir disiplin cezası getirilebilir.

Nitekim Yargıtaya göre, toplu iş sözleşmesinde işçinin iki gün özürsüz işe gelmemesi hâlinde yevmiye kesme cezası öngörülmüşse, bu hükme rağmen işverence İK 17/II,f'ye (şimdi 25/II,g) uygun olarak işten çıkarma yaptırımının uygulanması haksız fesih sayılır.[33]

3. Disiplin Cezasının Uygulanması

İşveren yukarıda belirtilen koşullar çerçevesinde işçilere disiplin cezası uygulayabilir. İş mevzuatındaki hükümler dışında ülkemizde disiplin cezalarına ilişkin düzenlemeler toplu iş sözleşmeleri ve iç yönetmeliklerde de yer almaktadır. Toplu iş sözleşmelerinde düzenlenen disiplin cezaları, bu sözleşmelerde yer alan *disiplin kurullarınca* verilmektedir. Bu kurullar işçi ve işveren temsilcilerinin eşit katılımıyla oluşturulmakta, kurullara genellikle işverenin atadığı kişi başkanlık yapmakta, daha ender olarak dönüşümlü başkanlık sistemi uygulanmaktadır.

Disiplin kurulları sadece toplu iş sözleşmesinin tarafı sendika üyesi işçiler hakkında değil, işyerinde çalışan tüm işçiler hakkında karar verir. Çünkü Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrası uyarınca toplu iş sözleşmeleri ile sadece "ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım" konularında sendika üyeleri yararına işyerindeki diğer işçilerden farklı haklar ve hükümler getirilmesine izin verilmiştir. Bunların dışında kalan, örneğin yönetim hakkının kullanılması, işçinin mesleki ilerlemesi, çalışma süreleri, iş akdinin feshi ve *disiplin hükümlerinin uygulanması* gibi konularda işyerinde çalışan işçiler arasında toplu iş sözleşmeleriyle herhangi bir ayrım ve işlem yapılamaz.

Tüm disiplin cezalarının uygulanmasından önce, sözleşmede aksi yönde bir hüküm yer almadıkça, işçinin savunmasının alınmasının zorunlu olup olmadığı hususu öğretide tartışmalıdır.[34] Her ne kadar iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde işverence işçinin davranışları nedeniyle iş akdinin süreli feshinde işçinin savunmasının alınması gerekiyorsa (İK 19/2) da, işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı iddiasıyla yapılacak haklı nedenle derhal fesihlerde (İK 25/II) savunma alma zorunluluğu kanımıza göre isabetsiz olarak getirilmemiştir. Ancak, toplu iş sözleşmesi, iş akdi veya iç yönetmelikte disiplin cezası uygulanmadan önce işçiye savunma hakkı tanınmışsa kuşkusuz bu zorunluluğa uymak gerekir.[35]

---

[33] Y9HD, 30.1.1996, 26136/1031, İş ve Huk., Ağustos-Eylül 1996, 29-30. Aynı yönde, Y9HD, 8.9.1983, 4480/6674, *Eşmelioğlu*, 24. İş Kanunu ve toplu iş sözleşmesinde yer alan disiplin cezalarının karşılıklı durumunun tartışıldığı bir Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 13.11.1989, 6773/9789, Tekstil İşv., Aralık 1990, 16.

[34] Bu konuda bkz. *Catala*, 368. *Coeuret-Gauriau-Miné*, 89. *Pélissier-Supiot-Jeammaud*, 815. *Özdemir*, 480. *Taşkın*, 75-76. *Başbuğ*, 200-201.

[35] Toplu iş sözleşmesinde yer almasına karşın savunma almadan iş akdinin sona erdirilmesini, yapılan feshin geçerlilik şartı olarak kabul etmeyen Yargıtay kararı (Y9HD, 19.9.1995, 8687/26796, Tekstil İşv., Kasım 1995, Kararlar eki) ve Özdemir'in eleştirisi için bkz. *Özdemir*, 480-481.

4. Disiplin Cezasının Yargısal Denetimi

Disiplin cezaları yargı denetimine tabidir. İşçi disiplin cezasına karşı iş mahkemesine başvurabilir. Bu, kişinin yargı organı önünde anayasal hak arama özgürlüğünün doğal sonucudur (AY 36).[36] Verilen disiplin cezalarını kesin sayan, bunlar hakkında yargıya gidilemeyeceğini öngören sözleşme hükümleri geçersizdir.[37]

Buna karşılık, hukuk sistemimizde bu yönde açık bir düzenleme yer almadığından, iş mahkemesince işverenin verdiği disiplin cezasının iptali ve işvereni bu yönde bir işlem yapmaya zorlayıcı nitelikte karar verilmesi mümkün değildir. Nitekim Yargıtaya göre "İş hukukunda işverenin düzenleyici işlemlerde bulunmasını zorlayıcı nitelikte karar verilmesi olanağı yoktur. Mahkemece davacıya verilen ihtar davası sonucu, terfi ettirilmeme işleminin hatalı olduğunun karar yerinde belirtilmesi ile yetinilmesi gerekirken, terfiinin yapılmaması ve intibakının gerçekleştirilmesi şeklinde hüküm kurularak işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması, iş hukukunun ilkeleriyle bağdaşmaz".[38]

Hukukumuzda, işçinin örneğin hasız ücret kesintisi, geçici işten uzaklaştırma, terfi ettirilmeme gibi disiplin cezaları nedeniyle uğradığı zararları genel hükümlere göre tazmin ettirmesi mümkündür.

Hukuka aykırı işten çıkarmalarda işçinin iş güvencesi hükümlerinin kapsamına girip girmemesine göre farklı hukuki sonuçlar doğar. *İş güvencesine tabi olmayan* işçi, davranışları ileri sürülerek usûlsüz, haksız veya fesih hakkı kötüye kullanılmak suretiyle işten çıkarılmışsa, yapılan bu fesih geçersiz sayılmaz, buna karşılık işçi duruma göre feshe ilişkin tazminatları talep edebilir (İK 17/4, 6, BK 438).

İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş akdi, davranışları ileri sürülerek geçerli bir nedene dayanmadan veya haksız sona erdirilirse, işçi feshin geçersizliği nedeniyle işe iade davası açabilirse de, işe başlatmak ya da iş güvencesi tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süreye ilişkin ücreti ödemek konusunda işveren seçim hakkına sahiptir (İK 21).

Görüldüğü gibi, işten çıkarma yaptırımı hem hukuki yaptırım hem de bir disiplin cezası olarak her iki yaptırım türünün özelliğini taşımaktadır. Gerçekten, İK 18/1 veya İK 15/II'de sayılan nedenler ortaya çıktığında, işveren iş akdini süreli veya derhal fesih hakkını bir hukuki yaptırım olarak kullanabileceği gibi yasadan doğan bir disiplin cezası olarak da uygulayabilir. Başka bir deyişle, bu durumda işverenin hukuki yaptırım uygulama yetkisi ile disiplin cezası verme

[36] YHGK, 23.10.1987, 9-639/797, *Eşmelioğlu*, 25.
[37] *Rivero-Savatier*, 180. *Süzek*, Yaptırımlar, 171. *Eşmelioğlu*, 22.
[38] Y9HD, 14.5.1996, 1014/10093, İşv. Ağustos 1996, 16. Aynı doğrultuda Y9HD, 6.12.2010, 33308/36162.

yetkisi aynı olay nedeniyle örtüşür.[39]

Bazı durumlarda işverenin işten çıkarma hakkı toplu iş sözleşmeleri ile işçinin daha lehine olarak yasadan farklı bir biçimde düzenlenmekte ve bu konuda takdir yetkisi disiplin kurullarına bırakılmaktadır. İşverenin disiplin kuruluna başvurmaksızın derhal fesih hakkını kullanması bir haksız fesih sayılarak buna ilişkin yaptırımların uygulanması gerekir.[40]

İş hukuku yaptırımlarını hukuki, idari ve cezai yaptırımlar ile disiplin cezaları başlıkları altında incelemiş bulunuyoruz. Bu yaptırımları işyerinde örneğin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamış olması olayından hareketle, bir arada şu şekilde açıklayabiliriz: İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği eksikliklerinin bulunması hâlinde bir idari yaptırım olarak idari para cezası ödenmesi gerekeceği gibi bu durum bir hayati tehlike yaratıyorsa işin durdurulması yaptırımına da başvurulabilir. İşçinin bu önlemlerin alınmaması nedeniyle yaralanması veya ölmesi hâlinde kusurlu işveren veya işveren vekillerine Türk Ceza Kanunu uyarınca ceza yaptırımı uygulanır. Aynı şekilde, iş kazası sonucunda bir zarar meydana gelmişse işçi bir hukuki yaptırım olarak maddi ve manevi tazminat, ölümü hâlinde ise hak sahipleri destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler. Aynı olayda belirtilen yaptırımların duruma göre bir arada uygulanmasına bir engel yoktur. Bunun gibi, işçinin iş güvenliği önlemlerine uymaması veya işyerinin güvenliğini tehlikeye sokacak davranışlar içine girmesi, örneğin koruyucu malzemeyi kullanmaktan kaçınması, kendisine disiplin cezalarının uygulanmasına yol açabilir.[41]

VI. İŞ DENETİMİ (TEFTİŞİ) ve KAMUSAL YAPTIRIMLAR

1. İşin Yürütümü ve İş Sağlığı ve Güvenliği Denetiminin Tabi Olacağı Ortak Hükümler

a) İş Denetimi Örgütü

Etkili yaptırımlarla desteklenmiş güçlü bir iş denetimi, bir ülkedeki iş hukuku kurallarının yaşama geçirebilmesinin, bu hukuk dalının etkinliğinin sağlanmasının en önemli koşullarındandır. On dokuzuncu yüzyılın başlarından itibaren öngörülen ilk iş yasaları ile birlikte, etkili bir iş denetiminin bulunmaması hâlinde bu yasaların uygulama alanına geçirilebilmesinin mümkün olmadığı kısa zamanda görülmüştür. Bu durum, iş mevzuatı konusunda özel bilgiye sahip uzmanlardan oluşan resmî bir denetim organının oluşturulması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır.[42]

---

39 *Süzek*, Yaptırımlar, 17. İşten çıkarmanın bu çift karakterli norm olma özelliğinin Fransız hukukunda tartışılması için bkz. *Elbir*, 45 vd.

40 Bu konuda bkz. *Süzek*, Disiplin Cezaları, 15-16.

41 *Süzek*, Yaptırımlar, 183.

42 Bu konuda bkz. *Brun-Galland*, 22. *Rivero-Savatier*, 259. *Süzek*, İş Güvenliği, 10-11.

Gerçekten, yürürlükteki iş yasaları en iyi bir düzeyde de olsa, uygulanmalarını sağlayacak etkili bir denetim örgütünden yoksun bulundukları takdirde sadece kuramsal bir nitelik taşımaya ve kağıt üzerinde kalmaya mahkumdur. Öte yandan, bir ülkede gerek sosyal devlet anlayışının gerçekleşmesi gerek çalışma barışının kurulabilmesi sadece bu yönde hukuki düzenlemelerin getirilmesiyle değil, bunların uygulanmasının etkili bir biçimde denetlenmesiyle sağlanabilir. Bu nedenle, iş denetimi sosyal devletin iş ilişkilerine en somut ve doğrudan bir müdahale biçimi olarak ortaya çıkar.

Ülkemizde iş denetimi örgütünün yapısı, müfettişlerin nitelikleri, görev, yetki ve sorumlulukları, denetim ilkeleri, usûl ve yönetimlerine ilişkin konular esas itibariyle İş Kanununda (m. 91-97), 6.8.1969 tarihli İş Teftişi Tüzüğünde ve 31.10.2012 tarihinde yürürlüğe giren Çalışma Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde öngörülmüştür. 1.8.2004 tarihinde Askerî İşyerleriyle Yurt Güvenliği İçin Gerekli Maddeler Üretilen İşyerlerinin Denetim ve Teftişi Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, ülkemiz tarafından 5690 sayılı yasayla onaylanmış bulunan Sanayi ve Ticarette İş Teftişi Hakkındaki 81 Numaralı Milletlerarası Çalışma Sözleşmesi de iş denetimini düzenlemiştir.

İş Kanununun 91. maddesine göre "Devlet, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını denetler ve teftiş eder". Ülkemizde iş denetimi ödevini devlet adına Çalışma Bakanlığı yerine getirir.[43] Bu ödev bakanlık için de İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından yürütülür.[44] İş Teftiş Kurulu, müfettiş nitelik ve yetkisini haiz bir başkanla, iş müfettişleri ve iş müfettiş yardımcılarından oluşur (Tüz. 3/2, Yön. 5/1).

b) İş Müfettişleri

İş Kanununun 91. maddesinin 1. fıkrasında devlet tarafından iş denetimi ödevinin Çalışma Bakanlığına bağlı yetecek *sayı* ve *özellikte* denetlemeye yetkili iş müfettişlerince yerine getirileceği hükme bağlanmıştır.[45] Bakanlık içinde İş Teftiş Kuruluna bağlı olan müfettişler ikiye ayrılır. Sosyal bilimler okutulan fakültelerden mezun olanlar arasından seçilen iş müfettişleri iş mevzuatının iş sağlığı ve güvenliği dışında kalan hükümlerinin (işin yürütümü denetimi), buna karşılık mühendislik ve tıp fakülteleri mezunları arasından seçilen iş müfettişleri ise iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerin işyerlerinde uygulanıp uygulanmadığını denetlerler.

Ayrı konularda denetim yapmalarına karşın İş Teftişi Tüzüğü her iki dene-

[43] Çalışma Bakanlığı dışında diğer kamu kuruluşlarınca yapılan iş denetimleri hakkında bkz. *Süzek*, İş Güvenliği, 88 vd. *Bıyıklı*, 111 vd. *Bayram*, 75 vd.

[44] İş Teftiş Kurulu Başkanlığı konusunda geniş bilgi için bkz. *Süzek*, İş Güvenliği, 83 vd. *Kabakcı*, 363 vd. *Demir*, 153 vd.

[45] İş müfettişleri hakkında geniş bilgi için bkz. *Süzek*, İş Güvenliği, 117 vd. *Bayram*, 68 vd.

tim işlevini yerine getiren görevlilerin tümünü "müfettiş" olarak adlandırmıştır (Tüz. 2/d). O hâlde, ülkemizde iş denetimi, İş Teftişi Kurulunun çatısı altında toplanmış ancak işin yürütümü ve iş sağlığı ve güvenliği denetimlerini birbirinden bağımsız bir biçimde uygulayan, farklı iki alanda uzmanlaşmış müfettişler tarafından yerine getirilmektedir.

İş Kanununun müfettişlerde aradığı özelliklerin başında bunların yeterli bir *mesleki, teknik bilgi ve ehliyete* sahip olmaları gelir. Bu nedenle denetim görevine alınacak müfettişlerin her şeyde önce ilgili fakültelerden mezun olmaları gerektiği gibi yönetmeliğe göre yapılacak sınavı başarmaları da zorunludur (Tüz. 7, Yön. 15-29). Sınavı kazananlar müfettiş yardımcılığına atanırlar. Müfettiş yardımcıları, bu görevde en az üç yıl çalışmış olmak ve yaptıkları çalışmalar yönetmelik hükümlerine göre yeterli görülmek (Yön. 32-37) koşuluyla yeterlik sınavına (Yön. 38-39) girip başarılı olurlarsa, iş müfettişliğine atanırlar (Tüz. 6-7, Yön. 40). Ekleyelim ki, iş denetimi eğitimi devamlı bir süreçtir. Müfettişler hukuki ve teknik konularda sürekli eğitime tabi tutulmalı, mesleki bilgi ve ehliyetleri yenilenmeli ve artırılmalıdır.[46]

Bunun gibi, müfettişlerin iş denetimi sürecinde görevlerini her türlü dış etkiden ve endişeden *bağımsız* bir biçimde yerine getirmelerinin ve denetime ilişkin tüm davranışlarında tam bir *objektiflik ve tarafsızlığa* uymalarının sağlanması da gerekir.

Öte yandan, müfettişler işyerlerinde yaptırım uygulama yetkisi ile danışmanlık yapma görevi arasında makul bir denge kurmak durumundadırlar. Gerçekten, onaylamış bulunduğumuz 81 sayılı uluslararası çalışma sözleşmesinin 3. maddesine göre, iş denetimi örgütünün, işyerlerinde iş mevzuatının uygulanmasını sağlamak ödevi yanında işverenlere ve işçilere mevzuat hükümlerinin uygulanmasında teknik bilgiler vermek ve önerilerde bulunmak, diğer deyişle danışmanlık yapmak görevi de bulunmaktadır.[47]

Müfettişlerin bağımsızlığını, tarafsızlığını ve objektifliğini sağlamaya yönelik düzenlemeler 81 sayılı uluslararası çalışma sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri ile İş Teftişi Tüzüğünün 21. maddesinde yer aldığı gibi, bu durum iş denetiminin bir devlet ödevi olduğunu öngören İş Kanununun 91. maddesinin doğal sonucudur.[48]

İş müfettişleri, mesleki bilgi ve ehliyetleri yanında objektiflik ve tarafsızlık ilkelerine uydukları oranda işyerlerinde saygınlık kazanırlar. Ancak, müfet-

---

46 Bu konuda bkz. *Creux*, 67-78. *Blaise*, 392. *Bettenson*, 328, 345-347. *Süzek*, İş Güvenliği, 117 vd.

47 Bkz. *Javillier*, Ambivalance, 380. *Chetcuti*, 60. *Blaise*, 299. *Süzek*, İş Güvenliği, 154 vd. *Bayram*, 350-351. *Özdemir*, 29-30. *Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal*, 145-146.

48 Bkz. *Süzek*, İş Güvenliği, 121-122.

tişlerin saygınlığının ve etkinliğinin sağlanabilmesi için bunların yanında, haklı uygulamalarında iş denetimi örgütünün desteğini arkalarında hissetmeleri, uygulanacak yaptırımların yeterli ağırlıkta olması, uygun ücret ve çalışma koşulları ile iş güvencesine sahip bulunmaları da gerekir.[49] Hukukumuzda, işten çıkarılma konusunda Devlet Memurları Kanununun getirdiği güvencelerden (m. 18,76, 125) ve İş Teftişi Tüzüğünün bu konuları düzenleyen hükümlerinden (m. 8, 27) yararlanırlar.[50]

c) Denetim (Teftiş) Süreci

İş Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin 44. maddesine göre iş denetimi, Kurul tarafından işin yürütümü ve iş sağlığı ve güvenliği teftişleri için ayrı ayrı hazırlanır. İş teftişi faaliyetleri "programlı teftiş" ve "incelemelerden oluşan program dışı teftiş" olmak üzere ikiye ayrılır. Programlı teftişler, genel çalışma programı kapsamında programlanan ve çalışma hayatındaki sorunların değerlendirilmesi ve önceliklendirilmesi sonucu işyerlerinde gerçekleştirilen teftişlerdir (m. 45). İnceleme ise, programlı teftiş dışında çalışma mevzuatı ile ilgili talep üzerine veya Kurula intikal ettirilen evraklardan teftiş hizmetiyle bağdaşır nitelikte olanların teftiş programına alınması sonucu işyerlerinde gerçekleştirilen teftişlerdir (m. 46).[51]

İş denetimi işlevinin etkin bir biçimde yerine getirilebilmesi için İş Kanununun 91. maddesinde belirtildiği gibi iş müfettişlerinin ihtiyaca yetecek *sayıda* olması gerekir. İş Kanununun bu hükmünün amacı, iş denetimi örgütünde, işyerlerinin mümkün olduğu kadar *sık ve özenli* bir biçimde denetlenmesine olanak tanıyacak sayıda müfettişin görev yapmasının sağlanmasıdır. Aynı şekilde, İş Teftişi Tüzüğünün 17. maddesinin 4. fıkrasında da "İşyerlerinin teftişi, olanaklar ölçüsünde, kısa aralıklarla yapılır" denilmektedir. Ülkemizde mevcut müfettiş sayısı, yasanın ve tüzüğün bu hükümlerinin gerektirdiği gibi yerine getirilebilmesi için yeterli sayılamaz.[52]

İş müfettişleri, işyerlerinde iş mevzuatının uygulanması görevlerini yerine getirebilmeleri amacıyla birçok yetkiyle donatılmıştır. Bunlar, işyerine girme, işyerinde inceleme yapabilme, tesis ve tertipleri her zaman görme, ilgilileri dinleme, soru sorma ve gerçeğe uygun ifade ve bilgi alma, belgeleri ve delilleri inceleme, acil durumlarda gerekli önlemleri uygulayabilme, gerekli hâllerde zabıtanın

---

49 *Süzek*, İş Güvenliği, 122-123.

50 Geniş bilgi için bkz. *Günday*, 627 vd. *Süzek*, İş Güvenliği, 124-125.

51 İş denetimi türleri hakkında geniş bilgi için bkz. *Creux* ,90. *Süzek*, İş Güvenliği, 133 vd. *Bayram*, 97 vd. *Kaplan*, 335 vd. *Demir*, 151 vd.

52 Ülkemizde iş müfettişlerinin ve denetimlerin sayısının yetersizliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Süzek*, İş Güvenliği, m. 125 vd. *Akın*, İşyerinin Örgütlenmesi, 2-3. *Yıldız*, 742-744. Yabancı ülkelerdeki müfettiş sayısı ve denetimlerin sıklığı konusunda bkz. *Javillier*, Ambivalance, 384. *Chetcuti*, 69, dn. 30. *Brun-Galland*, 215. *Bettenson*, 325. *Creux*, 78-79. *Moran*, 175. *Fortuné*, 395, 398. *Süzek*, İş Güvenliği, 125 vd.

yardımına başvurabilme gibi yetkilerdir (İK 92/1, 97, İSGK 24/2).

İş müfettişlerinin yetkileri aynı zamanda işveren, işveren vekili ve işçilerin yükümlülüklerini oluşturur (İK 92/2, 96). İş Kanununun 107. maddesinde denetim esnasında yükümlülüklerini yerine getirmeyen veya müfettişlerin görevlerini yapmalarına engel olan işveren, işveren vekili ve diğer kimseler hakkında idari para cezaları öngörülmüştür.

Müfettişler görevlerini yerine getirirken bazı *yükümlülükler* de yüklenmişlerdir. Bunlar, denetim ödevinin uygulanmasına objektif ve tarafsız davranma, zorunluluk olmadıkça işyerinde yapılan işi aksatmama, şikayette bulunan kişilerin kimliklerini açıklamama, görevlerini yerine getirirken öğrendikleri işverenin meslek sırlarını saklama, denetledikleri işyerlerinin işverenleri ile herhangi bir kişisel bağının bulunmaması (İK 93, Tüz. 19-21) gibi yükümlülüklerdir.[53]

İş müfettişleri yaptıkları denetimlerde iş mevzuatına aykırı durumları saptadıkları takdirde ya mevzuata aykırılığın giderilmesi için işverene bir önel (süre) verecek veya derhal idari para cezası ya da ceza kovuşturması sürecini başlatacaklardır.[54] İş Teftişi Tüzüğü (m. 22/3) uyarınca müfettişler kural olarak *önel* vermek veya *yaptırım* uygulanması talebinde bulunmak konusunda takdir hakkına sahiptirler. Müfettişler takdir haklarını kullanırken, işyerinin genel durumunu ve özelliklerini, işverenin iyiniyetini, kusurunun derecesini, işyerinde daha önce denetimler yapılmışsa bu denetimlerde alınan sonuçları objektif olarak göz önünde tutmak durumundadırlar.[55]

İş Teftişi Tüzüğüne göre iş mevzuatına aykırılıkların ve eksikliklerin giderilebilmesi için sadece "bir" önel verilebilir. Bu önel mevzuata aykırılığın giderilmesi için uygun uzunlukta olmalıdır (Tüz. 22/3).[56] İşverenler bu önel içinde eksiklikleri aksaklıkları gidermek ve giderebildiğini il müdürlüklerine bildirmekle yükümlüdürler (Tüz. 22/4). Verilen önel sonunda işyeri tekrar denetlenecek, mevzuata aykırılığın giderilip giderilmediği belirlenecektir.

İş müfettişinin takdir yetkisini önel vermeksizin kovuşturmayı başlatmak yönünde kullanması veya verilen önel sonunda mevzuata aykırılıkların giderilmemesi hâlinde, müfettiş tarafından hazırlanan rapor bağlı bulunduğu grup başkanlığına sunulur (Tüz. 22). Bu aşamadan sonra kamusal yaptırımların yani idari ve cezai yaptırımların uygulanması süreci başlamış olur.

---

53 İş müfettişlerinin denetim sürecinde yetki ve yükümlülükleri konusunda bkz. *Blaise*, 395, 398. *Süzek*, İş Güvenliği, 148 vd., 161 vd. *Bıyıklı*, 127 vd.

54 Yaptırım uygulamaya geçmeden önce işverene önel tanınmasının leh ve aleyhindeki görüşler için bkz. *Javillier*, Ambivalance, 379. *Blaise*, 298. *Süzek*, İş Güvenliği, 297 vd. *Bıyıklı*, 143-145. *Kabakcı*, 400 vd.

55 Bkz. *Süzek*, Devletin Sorumluluğu, 48-50. *Fişek*, İşyeri Denetimi, 323.

56 Önellerin uzunluğu ve ülkemizde birden fazla önel verilmesi yönünde ortaya çıkan uygulamanın eleştirisi için bkz. *Süzek*, İş Güvenliği, 310 vd. Bu konuda yabancı ülkeler hukukundaki durum için bkz. *Creux*, 103, dn. 124. *Javillier*, Ambivalance, 379.

İş Kanununun 91. maddesinin 2. fıkrasında 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı yasayla değişiklik yapılmış, önceki düzenlemede yer alan, *iş akdi sona eren* işçilerin şikayetlerinin Çalışma Bakanlığı bölge il müdürlükleri tarafından incelenmesi[57] hükmü isabetli olarak kaldırılmıştır. Getirilen yeni düzenlemeye göre, işçilerin kanundan, iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan bireysel alacaklarına ilişkin başvuruları üzerine, *iş akdinin devam etmesi* kaydıyla 1. fıkra hükmü (iş müfettişlerince teftiş yapılması) uyarınca işlem yapılır. Böylece ilişkisi devam eden işçiler bakımından *şikayetler* bakanlık memurları tarafından yapılan incelemeye değil, *iş müfettişleri* tarafından işyerlerinde teftiş yoluyla yerine getirilecektir. Bununla beraber, müfettiş sayısının yetersizliği dikkate alınarak, hükümde bir teftiş zorunluluğuna değil teftişin "yapılabileceği" ifadesine yer verilmiştir.[58]

İş Kanununun 92. maddesinin son fıkrasına göre "Çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir.[59] İş müfettişlerince düzenlenen raporların ve tutulan tutanakların *işçi alacaklarına* ilişkin kısımlarına karşı, taraflarca yetkili *iş mahkemesine* itiraz edilebilir. İş mahkemesinin kararına karşı taraflarca *kanun yoluna* başvurulabilir. Kanun yoluna başvurulması iş mahkemesince hüküm altına alınan işçi alacağının tahsiline engel teşkil etmez".

d) İdari Para Cezalarının Uygulanması

İş Kanununun 98-108., Deniz İş Kanununun 50-53., Basın İş Kanununun 26-27. ve 30., Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 78., İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 26., Türkiye İş Kurumu Kanununun 104., Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 102. maddelerinde idari para cezaları yer almıştır.[60]

İş Kanununun 108. maddesi uyarınca idari para cezaları gerekçesi belirtilmek suretiyle, Çalışma Bakanlığı çalışma ve iş kurumu il müdürü tarafından; birden fazla ilde işyerleri bulunan işverenlere uygulanacak idari para cezası ise işyerlerinin merkez bulunduğu yerdeki çalışma ve iş kurumu müdürlüğünce verilir ve genel esaslara göre tahsil edilir.

İş denetimi sonucunda iş müfettişi tarafından yaptırım uygulanması talebiyle grup başkanlığına sunulan rapor, başkanlıkça çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne iletilir. Müfettiş tarafından hazırlanan rapor mevzuata uygun ise (Tüz. 22/son),[61] idari para cezası gerekçesi belirtilmek suretiyle *doğrudan il müdürlüğünce*

57 Değişikten önceki düzenleme ve eleştirisi için bkz. *Süzek*, B. 14, 885-886.

58 *Süzek*, 922-923.

59 Tutanakların geçerliliği konusunda bkz. YHGK, 4.2.2009, 9-2/48. Y9HD, 18.4.2005, 24899/13564, İHSGHD, 8, 1725-1726. Y9HD, 12.9.2005, 26424/29282, ÇT, 179-180.

60 İdari para cezaları konusunda geniş bilgi için bkz. *Akyiğit*, II, 2339 vd. *Caniklioğlu-Canbolat*, 228 vd.

61 Müfettiş raporlarının il müdürlüklerince hiyerarşik kontrolü konusunda geniş bilgi için bkz. *Süzek*, İş Güvenliği, 315 vd.

verilir (İK 108). Buna karşılık ceza yaptırımına tabi konularda ceza kovuşturması yapılmak üzere Cumhuriyet savcılığına başvurulur (Tüz. 225-6).

4857 sayılı İş Kanununun 108. maddesinin 2. fıkrasında müdürlükçe verilen idari para cezasına karşı yetkili idare mahkemesine itiraz edileceği hükme bağlanmıştı. Ancak, 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 578. maddesi ile, İş Kanununun anılan 108. maddesinin 2. fıkrası ve diğer iş yasalarının aynı yöndeki hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durumda 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3. maddesinin a bendinde bu kanunun "idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması hâlinde ... uygulanır" denildiğinden ve 5728 sayılı yasayla İK 108/2'de yer alan (itiraz merciinin idare mahkemesi olduğuna ilişkin) aksine hüküm yürürlükten kaldırıldığından, kanun yolu konusunda *Kabahatler Kanunu* ve bu yasanın 27. maddesi uygulanacaktır.[62]

Kabahatler Kanununun adı geçen maddesi uyarınca İş Kanunu ve diğer iş yasaları hükümlerinin ihlaline karşı uygulanacak "idari para cezası(na) ... ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği ve tefhimi tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde *sulh ceza mahkemesine* başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmaması hâlinde idari yaptırım kararı kesinleşir".

Kabahatler Kanununun bu düzenlemesine karşın iş ve sosyal güvenlik mevzuatında idarece verilen para cezalarına karşı itiraz merciinin sulh ceza mahkemeleri veya idari yargı değil, *iş mahkemeleri* olması gerektiği kanısını taşıyoruz.[63] Nitekim iş mevzuatında bazı hâllerde idari işlemlere, örneğin iş sağlığı ve güvenliği nedeniyle işin durdurulması kararına karşı iş mahkemesi görevlendirilmiştir (İSGK 25/4). İdari para cezaları iş ve sosyal güvenlik mevzuatının uygulanmaması nedeniyle verildiğinden, söz konusu mevzuatın ihlal edilip edilmediğini en iyi değerlendirebilecek durumda olan, bu konuda uzmanlaşmış iş mahkemeleridir. Bu nedenle, idari para cezalarına ilişkin uyuşmazlıklarda daha isabetli sonuçlara ulaşılabilmesi için yapılacak yasa değişikliği ile bu cezalara karşı itiraz mercii olarak iş mahkemelerinin yetkili kılınması uygun olacaktır. İş Mahkemeleri Kanunu tasarı taslağının 5. maddesinin b ve c bentlerinde idari para cezalarına yapılacak itirazların iş mahkemelerinde görüleceği belirtilmişken, 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesinin b fıkrasına getirilen istisna hükmü ile tüm idari para cezalarına itirazlar isabetsiz olarak iş mahkemelerinin görev alanı dışında tutulmuştur.

Kabahatler Kanununda idari para cezalarının *yeniden değerleme* oranında

62 Uy. Mah. 9.4.2012, 17/70, RG, 2.5.2012, S. 28820. Y22HD, 19.3.2013, 16995/5713.

63 *Laubadère,* 263. *Özay*, 137 vd. *Süzek*, B 2, 731. *Akyiğit*, Yargı Yeri, 178 vd., 183-184. *Caniklioğlu-Canbolat*, 275-277. *Akın*, İş Sağlığı, 330.

artırılması konusunda bir düzenleme getirilmiştir. Anılan yasanın 17. maddesinin 7. fıkrasına göre "idari para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usûl Kanununun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak uygulanır. Bu fıkra hükmü, nispi nitelikteki idari para cezaları açısından uygulanmaz".

Görüldüğü gibi, enflasyon nedeniyle cezaların etkinliğinin azalmasının önlenmesi amacıyla getirilen bu hüküm sadece *maktu* nitelikteki para cezalarına uygulanacak, *nispi* para cezaları yeniden değerleme dışında tutulacaktır. Nispi para cezaları, failin sorumlu olacağı ceza miktarı önceden belli olmayıp, miktarı neden olunan zarara, ihlal süresine, kişi sayısına göre değişen para cezalarıdır.[64] İş Kanununda yer alan para cezalarının bir bölümü işyerindeki *her işçi için* (İK 98/1, 100, 101, 103) veya *her ay için* (İK 98/2, 101) uygulandığından nispi niteliktedir.

e) Ceza Yaptırımlarının Uygulanması

İş denetimleri sonucunda müfettişlerce hazırlanan raporların il müdürlüğüne intikal ettirilmesi ve bu müdürlükçe Cumhuriyet Savcılığına başvurulması üzerine ceza mahkemesince ceza yaptırımları uygulanır (Tüz. 22/5-6). Ancak idari para cezalarından farklı olarak iş mevzuatına aykırı davranış sonucunda oluşan suçun mutlaka yapılan bir iş denetimi sonucunda Cumhuriyet Savcısının bilgisine sunulması gerekli değildir. Sosyal ceza mevzuatına aykırı bir suçun işlendiğinin haberini savcılık yapılacak bir ihbar veya şikayet üzerine de alabilir. Hatta savcılık herhangi bir ihbar veya şikayet söz konusu olmaksızın bir suçun işlendiğini örneğin basından haber alarak da harekete geçebilir.[65]

Türk Ceza Kanununun 85 ve 89. maddeleri iş kazası sonucu ölümlerde ve yaralanmalarda uygulanır. Aynı şekilde, Türk Ceza Kanununda iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (m. 117), sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi (m. 118), işe almada ayrımcılık (m. 122) suçları yaptırıma bağlanmıştır.

Cumhuriyet Savcısı yapacağı hazırlık soruşturmasının sonucunda kamu davası açmaya gerek bulunup bulunmadığına karar verir. Savcılık hazırlık soruşturması sonucunda kamu davasının açılması gerektiği sonucuna varmış olsa bile, Türk Ceza Kanununun 75. maddesindeki koşullar söz konusu ise, sanığa *önödeme* önerisinde bulunmak ve önödeme kabul edilip para cezası ödendiği takdirde kamu davasını açmaktan vazgeçmek durumundadır. Önödeme, anılan maddeye göre, yalnız adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasını gerektirmesine karşın, bu cezanın yasada öngörülen yasada öngörülen sınırı 3 ayı aşmayan suçun

[64] *Dönmezer-Erman*, II, 820. Süzek, B.2, 732.
[65] *Bıyıklı*, 148.

failine, belirli bir para ödemek suretiyle hakkında kamu davasının açılmasını önleme olanağı tanır.[66]

İş yasalarında daha önce yer alan ceza yaptırımları (adli para cezaları) idari para cezasına çevrildiğinden, bunlar il müdürlükleri tarafından verilecek, bir önödeme söz konusu olmayacak, itirazlar sulh ceza mahkemesinde görülecektir. Türk Ceza Kanununda öngörülmüş olan ve hapis cezası gerektiren sosyal ceza hukukuna ilişkin suçlardan *taksirle* işlenenler, bu yasanın 50. maddesinin 4. fıkrasına göre koşulları varsa adli para cezasına çevrilebilir.

2. İş Sağlığı ve Güvenliğine Özgü Denetim ve Kamusal Yaptırımlar

a) İş Sağlığı ve Güvenliği Denetimi

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 24. maddesine göre "bu kanun hükümlerinin uygulanmasının izlenmesi ve teftişi, iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili Bakanlık müfettişlerince yapılır. Bu kanunun kapsamında yapılacak teftiş ve incelemelerde, 4857 sayılı kanunun 92, 93, 96, 97 ve 107nci maddeleri uygulanır". İş sağlığı ve güvenliği denetimlerinde de uygulanan, İş Kanununun iş denetimi örgütü, iş müfettişleri, müfettişlerin ödevleri ve yükümlülükleri, denetim süreci, bu süreçte işverenin yükümlülüklerine ilişkin hükümler yukarıda açıklanmıştı. Burada sadece, iş sağlığı ve güvenliği denetimlerini yürüten müfettişler tarafından yapılan teftişler sonucunda uygulanan iş sağlığı ve güvenliğine özgü idari para cezaları, işin durdurulması ve kamu ihalesinden yasaklama yaptırımları ile ceza yaptırımları ele alınacaktır.

İş sağlığı ve güvenliği konusundaki idari yaptırımları birbirinden ayırmak ve açıklığa kavuşturmak için her şeyden önce iş sağlığı ve güvenliği denetimini[67] yürüten müfettişin teftiş esnasında işyerindeki *tehlikenin niteliğine* göre alacağı hukuki tavrı belirlemek gerekir. İşyerindeki tehlike *hayati* nitelikteyse, müfettiş ilgili komisyonu toplantıya çağırarak işin durdurulması yaptırımını harekete geçirmek durumundadır (İSGK 25). İşyerindeki tehlike hayati nitelikte olmayıp *yakın* bir tehlike özelliği taşıyorsa müfettişin işyerine tehlikenin giderilmesi için bir önel (süre) tanıma hakkı olmayıp, derhal idari para cezası sürecini başlatması gerekir (Tüz. 22/3). Tehlike ne hayati ne de yakın bir nitelik taşıyorsa müfettişe *takdir yetkisi* tanınmıştır. Müfettiş işyerinin iş sağlığı ve güvenliği açısından genel durumunu ve özelliklerini değerlendirerek eksiklerin giderilmesi için uygun bir önel verir ya da idari para cezasının uygulanması talebiyle çalışma ve iş kuru-

---

[66] Önödeme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Dönmezer-Erman*, III, 402 vd. *Bıyıklı*, 154 vd. *Süzek*, İş Güvenliği, 332 vd.

[67] İş sağlığı ve güvenliği denetimi, Avrupa Birliği ve yabancı ülkelerdeki denetim sistemleri ve denetimin uygulanması konusunda geniş bilgi için bkz. *Bettenson*, 324. *Süzek*, İş Güvenliği, 133 vd., 154 vd., 297 vd. *Bayram*, 7 vd., 35 vd., 112 vd. *Kabakcı*, 361 vd. *Fişek*, Sağlık Güvenlik 140 vd.

mu il müdürlüğüne başvurur (Tüz. 22/3).[68]

İş Kanununun 92. maddesinde iş müfettişlerine işyeri ve eklentilerini her zaman görmek ve inceleme yapmak yetkisi tanınmıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 24. maddesinin 2. fıkrasında ise bu yetkilere ek olarak müfettişler, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği konularında ölçüm yapmaya, bu amaçla *numune* almaya, *eğitim kurumları* ile *ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde* denetim yapmaya yetkili kılınmıştır. Buna karşılık aynı fıkrada, müfettişlerin mümkün olduğu kadar işi aksatmamak, işverenin ve işyerinin meslek sırları ile gördükleri ve öğrendikleri hususları tamamen gizli tutmakla yükümlü oldukları öngörülerek İş Kanununun 93. maddesinde yer alan düzenleme tekrarlanmıştır.

b) İş Sağlığı ve Güvenliği Yaptırımları

aa) İdari Yaptırımlar

aaa) İdari Para Cezaları

İş sağlığı ve güvenliği kurallarını ihlal eden işverenlere borçlar hukuku temeline dayanan özel hukuk yaptırımları (tazminatlar) yanında kamu hukuku yaptırımları yani idari ve cezai yaptırımlar uygulanır. İdari yaptırımlar, idari para cezası, işin durdurulması, kamu ihalesinden yasaklama, cezai yaptırımlar ise adli para cezası ve hapis cezası biçiminde ortaya çıkar.[69]

İş güvenliğine ilişkin *idari yaptırımların* uygulanabilmesi için işyerinde mutlaka bir iş kazası veya meslek hastalığının ve zararın meydana gelmiş olması gerekli değildir. İşverenlerin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına aykırı davranışları her zaman iş kazası ve meslek hastalığı ile sonuçlanmaz. İdari yaptırımlar, esas itibariyle *zarar meydana gelmeden* ve özellikleri gereği süratli ve etkin bir biçimde iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemeyi amaçlarlar. Bununla beraber, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin idari yaptırımların iş kazası ve meslek hastalığından sonra uygulanmalarına da bir engel yoktur. Buna karşılık, bu konuya ilişkin ceza yaptırımları işçinin iş kazası sonucunda *yaralanması* veya *ölümü* hâlinde ortaya çıkar.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 26. maddesinin 1. fıkrasında, bu yasada getirilen her yükümlülük veya her aykırılık ya da her ay için işyerinin yer aldığı tehlike sınıfını da göz önünde tutan idari para cezaları öngörülmüştür.[70] [71] İdari

[68] *Süzek*, İşçi Sağlığı, 47.

[69] İş sağlığı ve güvenliği yaptırımları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Süzek*, İş Güvenliği, 253 vd., 297 vd. *Demircioğlu*, 485 vd. *Özdemir*, 591 vd. *Erdoğan*, 71 vd. *Sarıbay Öztürk*, 261 vd., 349 vd.

[70] İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin idari para cezaları hakkında geniş bilgi için bkz. *Demircioğlu*, 489 vd. *Özdemir*, 635 vd. *Ekmekçi*, 164 vd. *Caniklioğlu-Canbolat*, 252 vd., 257 vd. *Seratlı*, 209 vd. *Sarıbay Öztürk*, 299 vd. *Demir*, 277 vd.

[71] Bir karşılaştırma olanağı sağlamak bakımından yabancı ülkelerde uygulanan para cezaları için bkz. *Süzek*, İş Güvenliği, 326 vd. Fransa'da bu konuda uygulanan para cezaları için bkz. *Virville*, 80 vd. *Boisselier-*

para cezaları (İSGK 14'te öngörülen SGK'ya yapılması gereken bildirim yükümlülüğüne aykırılık hâlleri dışında) gerekçesi belirtilmek suretiyle çalışma ve iş kurumu il müdürünce verilir. Bu idari para cezaları genel bütçeye gelir kaydedilir. Verilen idari para cezaları tebliğinden itibaren otuz gün içinde ödenir. İdari para cezaları tüzel kişiliği bulunmayan kamu kurum ve kuruluşları adına da düzenlenebilir (İSGK 26/2). Bu idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulabilir.

Tahsil edilen para cezaları, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eğitim ve araştırma-geliştirme projelerine ilişkin harcamalarda kullanılır. Söz konusu ödeneğin kullanılmasına ilişkin usûl ve esaslar, bakanlık ve Maliye Bakanlığınca müştereken belirlenir (İSGK 26/6).

bbb) İşin Durdurulması

İşyeri, 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun uyarınca kuruluş aşamasında yasada yer alan ölçütlere aykırılıkların verilen süre içinde giderilememesi hâlinde, belediyelerce veya mülki amirliklerce ruhsat iptal edilmek suretiyle kapatılır (m. 6).

Bundan başka, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 25. maddesine göre belirli koşulların varlığı hâlinde işin durdurulması yoluna gidilebilir. 30.3.2013 tarihinde çıkarılan İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelikte bu konu ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.[72]

Adı geçen yasanın 25. maddesinin 1. fıkrası gereğince "işyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulur".

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 25. maddesine 4.4.2015 tarihli ve 6645 sayılı yasayla eklenen 7. fıkraya göre ise "Çok tehlikeli sınıfta yer alan ve ihale ile alınan işlerde; teknolojik gelişme, işgücü kapasitesinin artırılması, üretim metotlarında yenilik gibi bir kısım unsurlar sağlanmadan üretim ve/veya imalat planlarına, iş programlarına aykırı hareket edilerek üretim zorlaması nedeniyle hayati tehlike oluşturacak şekilde çalışma biçimleri, işin durdurulması sebebi sayılır".

---

*L*arger, 270 vd. *Antona-Brunois*, 205 vd. *Javillier*, Ambivalance, 386-387. ABD'de uygulanan para cezaları hakkında bkz. *Moran*, 175. İngiltere'de uygulanan para cezaları için bkz. *Fife-Machin*, 593 vd. *Mitchell*, 53. *Cusworth*, 50-51.

72 İşin durdurulması hakkında geniş bilgi için bkz. *Süzek*, İş Güvenliği, 265 vd., 285 vd. *Demircioğlu*, 493 vd. *Özdemir*, 641 vd. *Urhanoğlu Cengiz*, 1968 vd. *Arıcı*, 119. *Caniklioğlu*, 79 vd. *Baycık*, 135 vd. *Sarıbay Öztürk*, 264 vd.

İşin durdurulmasının ilk koşulu, işyerinde işçilerin *hayatı için tehlikeli* olan bir durumun saptanmasıdır. Bu yaptırımın uygulanabilmesi için örneğin makine koruyucusunun bulunmaması, buhar kazanının her an patlayacak durumda olması, metan gazının yüksekliği nedeniyle grizu patlaması olasılığının bulunması vb. işçilerin yaşamına mal olabilecek önemli bir iş güvenliği tehlikesinin varlığı gerekir. İşçiye çalışmaktan kaçınma olanağı sağlayan İSGK 13'teki düzenlemeden farklı olarak, işin durdurulması yaptırımının uygulanabilmesi için tehlikenin *yakın olması gerekli değildir*. Bu nedenle yakın nitelikte bulunmayan pnömokonyoz, silikoz veya kurşuna maruziyet gibi uzun dönemde hayati tehlike yaratan mesleki risklerin varlığı hâlinde de işin durdurulması yoluna gidilebilir. Ayrıca, 6645 sayılı yasayla İSGK 25'e eklenen 7. fıkra uyarınca çok tehlikeli sınıfta yer alan ve ihale ile alınan işlerde *üretim zorlaması* nedeniyle hayati tehlike oluşturacak şekilde çalışma hâlinde de aynı yaptırım uygulanacaktır.

Öte yandan, tehlike hayati nitelik taşımasa da, İSGK 25/1 hükmüne göre "Çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, *risk değerlendirmesi yapılmamış* olması durumunda iş durdurulur".

İşyerinde işin durdurulmasının diğer koşulu, bu yaptırımın uygulanmasına *üç müfettişten oluşan heyet* tarafından karar verilmesidir. Müfettiş tarafından işyerinde hayati tehlikenin varlığının veya işyerinin çok tehlikeli sınıfta yer almasına karşın risk değerlendirilmesinin yapılmadığının saptanması hâlinde durumu belirten bir rapor düzenlenir ve en geç tespitin yapıldığı tarihin ertesi günü heyete verilmek üzere İş Teftiş Kurulu Başkanlığına gönderilir (Yön. 7/3). Kurul başkanlığınca görevlendirilen heyet, gerekli incelemeleri yaparak iki gün içinde işin durdurulmasına karar verir (İSGK 25/2). Heyetin işyerinin tamamında veya bir bölümünde işin durdurulması kararı vermesi hâlinde bu karar, ilgili mülki idare amirine kolluk kuvvetleri marifetiyle ve işyerinin dosyasının bulunduğu il müdürlüğüne bir gün içinde gönderilir. İşin durdurulması kararı mülki idare amiri tarafından yirmi dört saat içinde yerine getirilir. Ancak tespit edilen hususun acil müdahaleyi gerektirmesi nedeniyle işin durdurulması kararı, mülki idare tarafından aynı gün yerine getirilir (İSGK 25/3, Yön. 7/4, 8).

İSGK 25/1'de hayati tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak işyerinin tamamında veya bir bölümünde işin durdurulacağı belirtilmiştir. Heyet bu durumları göz önünde tutarak işin sadece bir bölümünde işin durdurulması verebilir. Belirli bir tesisat, tertibat veya makine hayati tehlike meydana getiriyor veya makinede gerekli koruyucu bulunmuyorsa, heyet sadece bunların işletilmekten alıkonulmasına karar verebilir. Buna karşılık, işyerinin tümü iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlike

arz ediyorsa örneğin elektrik tesisatı işyerinin bütününde yangın tehlikesi yaratıyorsa iş tamamen durdurulur.[73]

Öte yandan, iş müfettişi tarafından belirlenen tehlike heyetin toplanması ve karar vermesi beklenemeyecek kadar *acil müdahaleyi* gerektirebilir. Bu takdirde iş müfettişi, durumu İş Teftiş Kurulu Başkanlığına bildirerek heyet tarafından karar alınıncaya kadar geçerli olmak koşuluyla işin durdurulmasını ilgili mülki idare amirinden talep eder. Müfettiş, yönetmeliğin 11. maddesinde belirtilen hususları kapsayan raporunun birer örneğini en geç teftiş tarihini izleyen gün içinde ilgili mülki idare amirine verir ve kurul başkanlığına gönderir. Mülki idare amiri tarafından iş aynı gün içinde, heyet tarafından karar alınıncaya kadar geçici olarak durdurulur (İSGK 25/2, Yön. 11). Heyet tarafından verilen durdurma kararına karşı işverenin yetkili *iş mahkemesinde* durdurma kararının yerine getirilmesinden itibaren 6 işgünü içinde *itiraz* etme yetkisi vardır (İSGK 25/4, Yön. 12). İSGK 25/4'te isabetli olarak itirazın, işin durdurulması kararının *uygulanmasını durdurmayacağı* öngörülmüştür. Gerçekten, hayati tehlike ihtimalinin var olduğu bir ortamda çalışmaya devam edilmesi, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacına ters düşer. Buna karşılık, iş mahkemesinde söz konusu itirazın *öncelikle* görüşülmesi ve 6 işgünü içinde karara bağlanması gerekir. Bu konuda verilecek karar kesindir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 25. maddesinin 6. fıkrası uyarınca işveren, işin durdurulması nedeniyle işsiz kalan işçilerin *ücretlerini ödemek* ya da onlara ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek ve durumlarına uygun bir iş vermek zorundadır.

İşin durdurulmasının süresi işyerindeki tehlikenin giderilmesiyle sınırlıdır. İSGK 25/5 uyarınca "İşverenin işin durdurulmasını gerektiren hususların giderildiğini Bakanlığa yazılı olarak bildirmesi hâlinde, en geç yedi gün içinde işyerinde inceleme yapılarak işverenin talebi sonuçlandırılır". Gerek işin durdurulmasını gerektiren nedenleri gidermek için geçici olarak mühürlerin sökülmesi gerek durdurma kararının kaldırılması usûlü, yönetmeliğin 9. ve 10. maddelerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 25. maddesine 4.4.2015 tarihli ve 6645 sayılı yasayla eklenen 8. fıkra uyarınca, işyerinde durdurulan işlerde izinsiz çalışma yaptıran işveren veya işveren vekillerine üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

Belirtelim ki, işin durdurulması üretimin sürekliliğini kesintiye uğratması ve yarattığı ekonomik sonuçlar açısından işletmeler için ağır bir yaptırımdır.

---

[73] *Süzek*, İş Güvenliği, 283.

Ekonomik ve sosyal olanın tam kesişme noktasında yer alan bu yaptırımın uygulanması *objektif değerlendirmelere* ihtiyaç gösterir. Bununla beraber, insan yaşamı ile üretimin sürekliliği arasındaki hassas dengede, kaçınılmaz durumda kalındığında önceliğin tüm değerlerin en yücesi olan insan yaşamına tanınması gerekeceği açıktır.

ccc) Kamu İhalesinden Yasaklama

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa 4.4.2015 tarihli ve 6645 sayılı yasayla eklenen 25/A maddesi gereğince "Ölümlü iş kazası meydana gelen işyerlerinde kusuru yargı kararı ile tespit edilen işveren, mahkeme tarafından iki yıl süre ile kamu ihalesine katılmaktan, 5.1.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanununun 26. maddesinin 2. fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanır. Kararın bir örneği işverenin siciline işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna gönderilir ve Kurumun internet sayfasında ilan edilir".

Görülüyor ki, kamu ihalesinden iki yıl yasaklama yaptırımının uygulanması için, iş kazasının *maden işyerinde* meydana gelmesi, *ölümle* sonuçlanmış olması, kazanın oluşumunda işverenin *kusuru bulunduğunun* yargı kararıyla saptanmış olması gerekir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 26. maddesinde söz konusu yaptırıma muhatap olacak gerçek ve tüzel kişiler belirtilmiştir.

bb) Ceza Yaptırımları

İş sağlığı ve güvenliği kurallarına uyulmaması sonucunda *ölüm veya yaralanma* meydana gelmişse, kusurlu işveren ve/veya işveren vekilleri ve işveren vekili niteliği taşımayan iş güvenliği uzmanları ile işyeri hekimleri *görev ve sorumluluk alanları* çerçevesinde, Türk Ceza Kanununun 85 ve 89. maddelerine göre cezalandırılabilir.[74] [75]

Anılan yasanın 85. maddesine göre *taksirle*[76] bir insanın *ölümüne* neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Eğer fiil birden fazla kişinin ölümüne veya bir veya birden fazla kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuşsa, kişi iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına mahkum edilir. Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın, suçun yasal tanımında belirtilen *neticesi öngörülmeyerek* gerçekleştirilmesidir (TCK 22/2).

Aynı şekilde, taksirle yaralanmaya neden olunması da 89. maddesi gereğin-

[74] İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ceza yaptırımları konusunda geniş bilgi için bkz. *Coeuret-Fortis*, 255 vd. *Akın*, İşverenin Cezai Sorumluluğu, 213 vd. *Erdoğan*, 71 vd. *Kabakcı*, 254 vd. *Özdemir*, 216-217. *Demircioğlu-Kaplan*, 258 vd. *Arıcı*, 121, 123. *Kandemir*, 170-171. *Sarıbay Öztürk*, 349 vd.

[75] İşveren vekilinin iş kazasından kaynaklanan cezai sorumlulukları konusunda geniş bilgi için bkz. *Ergüneş*, 137 vd.

[76] İş kazasında suçun manevi unsuru taksir ve kast konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdoğan*, 137 vd., 163 vd. *Ergüneş*, 140 vd., 149 vd., 158 vd.

ce verilen zararın ağırlığına göre üç aydan iki yıla kadar değişen hapis veya adli para cezasının (TCK 52) uygulanmasına yol açar.

Türk Ceza Kanununa göre suç *bilinçli taksirle* işlenmişse yukarıda belirtilen cezalar üçte birden yarısına kadar artırılır.[77]

Türk Ceza Kanununa göre suçtan dolayı verilecek ceza failin kusuruna göre belirlenir (m. 22/4).[78] Yargıç somut olayda failin (faillerin) kusurlu olup olmadığını, kusurun derecesini değerlendirecek ve yukarıda belirtilen alt-üst sınırlar arasında bir cezaya hükmedecektir.[79]

Hapis cezası gerektiren iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin suçlar esas itibariyle taksirli suçlardan olduğundan, bunlar Türk Ceza Kanununun 50. maddesi uyarınca koşulları varsa *adli para cezasına* çevrilirler. Ancak yine anılan fıkraya göre bilinçli taksir hâlinde bu hüküm uygulanmaz.

İş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesinde yukarıda belirtilen idari ve cezai yaptırımların yanında *teşhir ve ödüllendirme* de yararlı olabilir. Örneğin Fransız hukukunda etkili bir biçimde teşhir cezası uygulanmaktadır. Bu ülkede iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamaları nedeniyle para cezasına mahkum edilen işverene, yargı organı tarafından İş Kanununun L. 4741-5 maddesi uyarınca tamamlayıcı bir ceza olarak, bu konudaki mahkumiyet kararının işyerinin kapısında *ilan edilmesi* ve masrafı kendisine ait olmak üzere mahkemelerce belirlenecek *gazetelerde yayımlanması* yaptırımı uygulanabilir. Buna karşılık, iş sağlığı ve güvenliği açısından başarılı olan, işyerlerinde iş kazaları ve meslek hastalıklarını azaltan işverenlerin (prim teşvik sistemi yanında) basın yoluyla kamuoyuna açıklanarak manevi bakımdan ödüllendirilmeleri de, önlemlerin alınması konusunda özendirici olabilir.[80]

---

77 Bu konuda bkz. *Akın*, İş Sağlığı, 331. *Tuncay*, 382 vd. *Erdoğan*, 150 vd.

78 Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun iş kazaları açısından değerlendirilmesi için bkz. *Erdoğan*, Tüzel Kişilerin Sorumluluğu, 115 vd. *Tuncay*, 382 vd.

79 İş kazasından kaynaklanan ceza yaptırımları konusunda bkz. *Ergüneş*, 147 vd., 156 vd.

80 Bu konularda bkz. *Antona-Brunois*, 208. *Boisselier-Larger*, 271. *Başterzi*, 118 vd., 121 vd. *Süzek*, İş Güvenliği, 335. *Seratlı*, 240. *Erdoğan*, Tüzel Kişilerin Sorumluluğu, 116.

KAYNAKÇA

Akın, Levent: **İş Sağlığı ve Güvenliği**, III. Yılda İş Yasası, İstanbul 2005, 302-348. (İş Sağlığı)

Akın, Levent: "İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu", **TİSK Akademi**, 2008/I, 210-231. (İşverenin Cezai Sorumluluğu)

Akın, Levent: "İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi", **AÜHFD**, 2005, S. 1, 1-60. (İşyerinin Örgütlenmesi)

Akyiğit, Ercan: **İş Kanunu Şerhi**, C. II, B. 3, Ankara 2008.

Akyiğit, Ercan: "İş Yasası'ndaki İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri Değişti", **Sicil**, 9, 2008, 174-186.

Alpagut, Gülsevil, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, Ankara 1998.

Antona, J. P. – Brunois, R.: **Hygiène et sécurité dans l'entreprise**, Paris 1991.

Arıcı, Kadir: **İş Sağlığı ve Güvenliği Dersleri**, Ankara 1999.

Başbuğ, Aydın: **Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları**, Ankara 1999.

Başterzi, Süleyman: "İSG Mevzuatı ile Sosyal Güvenlik Mevzuatı Arasındaki İlişki", **Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu**, Ankara 2009, 115-146.

Baycık, Gaye: **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara 2011.

Bayram, Fuat: **İş Güvenliği Hukukunda Denetim**, İstanbul 2009.

Bettenson, A. S.: "Activités et dévelopements des services officiels pour la sécurité et l'hygiène du travail", Série sécurité, Hygiène et médecine du travail, 1968, No. 3, 324-366.

Bıyıklı, Hasan: "Sosyal Ceza Hukuku ve Çalışma Düzeni Aleyhine Suçlar", **İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku** İnsangücü Yönetimi, C. VI, 1985.

Blaise, Jean: **Réglementation du travail et de l'emploi**, Traité de droit du travail, T. III, Paris 1966.

Boisselier, J. – Larger, D.: **Le droit de l'hygiène de la sécurité et des conditions de travail**, Paris 1988.

Brun, A. – Galland, H.: **Droit du travail**, T. I, Les rapports individuels de travail, éd. 2, Paris 1978.

Caniklioğlu, Nurşen: **6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri**, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, İstanbul 2012, 27-84.

Caniklioğlu, N. – Canbolat, T.: "4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri", **Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan**, Kamu-İş, 2004, C. 7, S. 3, 221-277.

Catala, Nicole: **L'entreprise, Droit du travail**, T. 4, Paris 1980.

Chetcuti, Claude: "L'inspection du travail et la prévention des accidents du travail", Dr. soc., 1977, No. 3, 59-70.

Coeuret, A. – Fortis, E.: **Droit pénal du travail**, éd. 4, Paris 2008.

Coeuret, A. – Gauriau, B. – Miné, M.: **Droit du travail**, Paris 2006.

Cohen, Maurice: **Les sanctions pénales en droit du travail**, Rev. int. tr., Janvier-février 1977, Vol. 115, No. 1, 12-25.

Couturier, Gérard: **Droit du travail**, T. I, Les relations individuelles de travail, éd. 2, Paris 1994.

Creux, Dominique: **L'inspection du travail et la responsabilité des organes de contrôle en matière d'accident du travail en droit suisse**, Lausanne 1977.

Cusworth, G. R. N.: **The health and safety at work act 1974**, London 1975.

Demir, Ender: **İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinin Örgütlenmesi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2016.

Demircioğlu, A. Murat: "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar", **Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan**, İstanbul 2008, 483-497.

Demircioğlu, A. M. – Kaplan, H. A.: **Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, İstanbul 2016.

Doğan Yenisey, Kübra: **La modification du contrat du travail**, Geneve 2005.

Dönmezer, S. – Erman, S.: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, C. II, İstanbul 1981, C. III, İstanbul 1980. (II) (III)

Duran, Lûtfi: **İdare Hukuku**, İstanbul 2005.

Ekmekçi, Ömer: **4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi**, İstanbul 2005.

Elbir, Nazlı, **Türk ve Fransız İş Hukuklarında Disiplin Cezaları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

Erdoğan, Çağla: **İşveren ve İşveren Vekillerinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu,** Ankara 2016.

Erdoğan, Çağla: "Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğunun İş Kazaları ile Mücadeledeki Olası Etkisine İlişkin Bir Değerlendirme", **Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı**, C. II, Ankara 2016, 97-121. (Tüzel Kişilerin Sorumluluğlu)

Ergüneş, Seda: "İşveren Vekilinin İş Kazasından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu", **İHSGHD**, 39, 2013, 137-162.

Eşmelioğlu, İbrahim: "İşyerlerinde Disiplin Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi", **Çimento İşveren**, Mayıs 1988, 11-26.

Fife, I. – Machin, E. A.: **Redgrave's health and safety in factories**, London 1976.

Fişek, A. Gürhan: **Çalışma Yaşamında Sağlık Güvenlik**, B. 2, Ankara 2014. (Sağlık Güvenlik)

Fişek, A. Gürhan: **İşyeri Denetimi**, İş Hekimliği Ders Notları, B. 3, Ankara 1994, 319-323. (İşyeri Denetimi)

Fortuné, Félix Hilaire: "Dans la ronde de la contestation..." L'inspection du travail et de la main d'oeuvre, **Dr. soc**., Juin 1971, No. 6, 394-399.

Gatumel, Denis: **Le droit du travail en france**, éd. 14, Paris 2003.

Gaudu, F. – Vatinet, R.: **Les contrats du travail**, Traité des contrats, Paris 2001.

Grévy, Manuela: **La sanction civile en droit du traavil**, Paris 2002.

Gülver, Ender: "Ücret Kesme Cezası", **İHSGHD**, 28, 2010, 1367-1395.

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, B. 10, Ankara 2011.

Güzel, Ali: "İş Hukukunda "Yetki" ve "Sözleşme"", **Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan**, İHSGHD, Özel Sayı, İstanbul 2016, 151-201.

Hug, Walther, **Commentaire de la loi fédérale sur le travail**, Berne 1971.

İstemi, Mehmet, "Sözleşmenin Cüretkarane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. III, İstanbul 2011, 2685-2722.

Javillier, Jean-Claude: **Droit du travail**, éd. 2, Paris 1988.

Javillier, Jean-Claude: "Ambivalance, effectivité et adéquation du droit pénal du travail: Quelques réflexions en guise d'introduction", **Dr. soc**., Juillet-août 1975, 375-395.

Kabakcı, Mehmet: **Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu**, İstanbul 2009.

Kandemir, Murat: **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler**, İstanbul 2017.

Kaplan, E. Tuncay Senyen: **Bireysel İş Hukuku**, B. 9, Ankara 2018.

Laubadère, André de: **Traité élémentaire de droit administratif**, éd. 3, Paris 1963.

Marraud, Catherine: **Le licenciement pour faute**, La rupture du contrat du travail en droit français et allemand, Strasbourg 2000. 50-81.

Mitchell, Ewan: **The employer's guide to the law on health, safety and welfare at work**, ed. 2, London 1977.

Mollamahmutoğlu, H. – Astarlı, M. – Baysal, U.: **İş Hukuku**, B. 6, Ankara 2014.

Moran, Robert D.: "Méthode utilisée par les Etats-Unis pour éliminer les accidents du travail et les maladies professionalles", **Rev. int. séc. soc.**, 1975, No. 2, 173-177.

Moreau, Marc: **L'autonomie des partenaries sociaux**, Paris 1988.

Özay, İl Han: **İdari Yaptırımlar**, İstanbul 1985.

Özdemir, Erdem: **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, İstanbul 2014.

Pélissier, J. – Supiot, A. – Jeammaud, A.: **Droit du travail**, éd. 24, Paris 2008.

Peskin, E. – Wolmark, C.: **Droit du travail**, éd. 7, Paris 2013.

Radé, Christophe: **Droit du travail et responsabilité civile**, Paris 1997.

Rehbinder, Manfred: **Droit suisse du travail** (Tr. B. Schneider), Berne 1979.

Rivero, J. – Savatier, J.: **Droit du travail**, éd. 12, Paris 1991.

Sarıbay Öztürk, Gizem: **İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sorumlulukları**, İstanbul 2015.

Seilan, Hubert: **L'obligation de sécurité du chef d'entreprise**, Paris 1981.

Seratlı, Gaye Burcu: "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği", **AÜHFD**, 2004, S. 2, 197-241.

Süzek, Sarper:**İş Hukuku**, B. 18, İstanbul 2019.

Süzek, Sarper, **İş Güvenliği Hukuku**, Ankara 1985. (İş Güvenliği)

Süzek, Sarper, **Hukuki Yönden İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği**, İş Hekimliği Ders Notları, B. 3, Ankara 1993. (İşçi Sağlığı)

Süzek, Sarper: "İş Hukuku Yaptırımları", **İş Hukuku Dergisi**, Nisan-Haziran 1993, 165-193. (Yaptırımlar)

Süzek, Sarper: "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", **ÇT**, 28, 2011/1, 9-17. (Disiplin Cezaları)

Süzek, Sarper: "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Devletin, İşverenin ve Sendikaların Sorumluluğu", **Verimlilik**, ODTÜ Mühendislik Fakültesi ve Prof. Dr. Mustafa Parlar Eğitim ve Araştırma Vakfı, Eylül 1985, 28/1-28/62. (Devletin Sorumluluğu)

Taşkın, Ahmet: "İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi ve Uygulaması", **Sicil**, 25, Mart 2012, 60-91.

Teyssié, Bernard: **Droit du travail**, I. Relations individuelles de travail, éd. 2, Paris 1992.

Tuncay, A. Can: "Tüzel Kişi İşverenin İş Kazasından Cezai Sorumluluğu", **Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan**, 2016, 357-392.

Urhanoğlu Cengiz, İştar: "İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, C. II, İstanbul 2011, 1957-1982.

Vennin, Françoise: "L'aménagement du pouvoir disciplinaire de l'employeur", **Dr. soc**., Juillet-août 1983, 486-493.

Virville, Michel de: **Pour un code du travail plus éfficace**, Paris 2004.

Vischer, Frank: "Le contrat du travail (Tr. M. Sudan), **Traité de droit privé suisse**, Vol. VII, T. I. 2, Fribourg 1982.

Yarsuvat, Duygun: **Çalışma Ceza Hukuku**, İstanbul 1978.

Yıldız, Gaye Burcu: "İş Hukukunun Etkinliği ve Amacı Üzerine Yeniden Düşünmek", **ÇT**, 57, 2018/2, 733-748.

Zanobini, Guido: **İdari Müeyyideler** (çev. H. Y. Günal), Ankara 1964.

EKONOMİDEKİ KRİZİN HUKUKTAKİ YANSIMALARI

Turgut Tan*

GİRİŞ

2018 yılında dövizdeki yükselişle başlayan ve daha sonra sebze ve meyve fiyatlarındaki yükselişle süregelen ekonomik sorunları çözmeye çalışan siyasal iktidar değişik önlemlere başvurmuştur. Bu cümleden olarak, 1567 sayılı Yasa'ya dayanarak çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararı ile Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karar'da değişiklik yapılarak, kira sözleşmeleri gibi, bazı sözleşmelerde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamayacağı, uygulanmakta olanlarda da değişiklik yapılacağı hükmü getirilmiştir. Bu düzenlemenin sözleşme özgürlüğü açısından tartışılması gerekmektedir.

Öte yandan, sebze ve meyve fiyatlarındaki aşırı yükselme karşısında, bunlarla ilgili olarak, bir yandan mevcut denetim ve yaptırım uygulama mekanizmaları harekete geçirilirken; öte yandan da, tanzim satışı adı altında yeni yöntemler uygulamaya konulmuştur. Geçmişte de örnekleri görülmüş olan bu uygulamaların yarattığı hukuki sorunlar bir yana, serbest piyasa ekonomisinin varlığı ile ne ölçüde bağdaştığının da sorgulanması gerekmektedir.

I. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE DÖVİZE ENDEKSLİ SÖZLEŞMELERİN TÜRK LİRASINA DÖNÜŞTÜRÜLMESİ ZORUNLULUĞU

ABD Dolarının Türk lirası karşısında aşırı değer kazanması (Dolar 7.2 TL, Euro ise 8 TL düzeyine çıkmıştır) nedeniyle, özellikle AVM'lerdeki işyeri kiralarının ödenmesinde karşılaşılan güçlüklerin genel yakınma konusu olması karşısında; 12 Eylül 2018 tarihinde 85 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı[1] ile, 32 sayılı Türk Parası Kıymetinin Korunması Hakkında Karar'ın 4. maddesine yeni bir bent ek-

* Prof. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

1 RG:13.09.2018, sayı: 30534.

lenmiştir. Buna göre, *"Türkiye'de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dahil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamaz".*

Ayrıca, 85 sayılı Karar ile 32 sayılı Karar'a bir de geçici madde (Geç.Md.8) eklenerek, *Bu Kararın 4üncü maddesinin (g) bendinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde, söz konusu bentte belirtilen ve daha önce akdedilmiş yürürlükteki sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedeller, Bakanlıkça belirlenen haller dışında; Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenir"* hükmü getirilmiştir.

Bu karardan sonra, hem Karar'dan istisnaları belirlemek hem de uygulamada ortaya çıkan sorunlara çözüm getirmek amacıyla Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından önce, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karara İlişkin Tebliğ[2], sonra bu Tebliğ'de değişiklik yapan 2018-32/52 sayılı Tebliğ çıkarılmıştır. Karar'dan istisna tutulanların "ticari yaşamı kendi kurallarına bırakmak" ana fikrinin benimsendiğini gösterdiğini savunanlar[3] yanında; Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) projelerinin revizyonu ve TL'ye dönüş tartışmasının başladığından da söz edilmektedir[4].

Cumhurbaşkanlığı kararı ile uygulanmakta olan sözleşmelerin koşullarında değişiklik yapılmaktadır. Bir başka deyişle, sözleşmelere dışarıdan müdahale edilmektedir. Üstelik müdahale, uygulanagelen sözleşme hükümlerinde değişiklik yaptığı için geriye yürür düzenleme niteliğindedir. Anayasa'nın koruma altına aldığı sözleşme özgürlüğü açısından bu uygulamanın tartışılması gerekmektedir.

A. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

Anayasa'ya (m. 48) göre, *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*

"Devlet özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır".

Türk Borçlar Kanunu'na (m.26) göre de, "*Taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler".* Öte yandan, TBK'na (m. 27) göre, *"Kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik*

[2] **RG**; 20.11.2018,Tebliğ No:2018-32/52, sayı; 30597.
[3] Nedim Türkmen, "Türk Lirası'na dönüşte doğru yolu bulduk", **Sözcü Gazetesi**, 19.11.2018.
[4] Çiğdem Toker, "Devletin dövizli sözleşmeleri", **Cumhuriyet Gazetesi**, 20.8.2018.

haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Ayrıca, TBK (m. 99 ve 344) yabancı para ile sözleşme yapma olanağı da tanımaktadır. Buna göre, *"Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak, bu Kanunun, 'Aşırı ifa güçlüğü' başlıklı 138nci maddesi hükmü saklıdır".*

Anayasa Mahkemesi'ne göre,

"Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanında dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devlet'in, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanıması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle düzenlemekte serbesttir. Anayasa'da koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma özgürlüğünün yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını ve sözleşme hükümlerinin esas alınmasını da içerir"[5].

Yargıtay'a göre de,

"...kişiler sözleşme serbestisi ilkesine göre kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tesbit etmek, hukuka (yani buyurucu ve yasa koyan hukuk kurallarına), ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmelerin fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde serbestçe tayin etmek hakkına haizdir. Diğer taraftan Devletin para ve kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının düzenli işlemelerini sağlayıcı tedbirler yanında, tüketicileri koruyucu tedbirleri de alacağı Anayasa tarafından düzenlenmiştir. (Anayasa'ya md.167. ve 172) Ahde vefa ilkesine göre; sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlerine riayet olunmalıdır. Sözleşmeye bağlılık ilkesi hukuki güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biridir"[6].

1. Sözleşme özgürlüğü sınırlanamaz mı?

Bilindiği gibi, 2001 değişikliklerinden sonra, Anayasa'ya (m.13) göre, *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili*

---

5 Anayasa Mahkemesi, 08.01.2009, E.2004/87, K.2009/5. **RG**; 05.03.2009, sayı: 27160, s.13 vd.

6 Yargıtay HGK, 17.9.1997, E.1997/11-460, K.1997/651. **http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm**

maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".

Oysa, madde 2001 değişikliğinden önce, *"Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*

"Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörülen amaç dışında kullanılamaz.

"Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir" şeklinde idi.

2001 Anayasa değişikliği sırasında genel sınırlama nedenleri 13. maddeden çıkarılırken, bazı maddelerde düzenlenen özgürlüklerle ilgili sınırlamalar getirilmiş olsa da, sözleşme özgürlüğü gibi bazı özgürlükler için özel sınırlama nedenleri getirilmemiştir. Hatta, bunun unutulduğu ileri sürülmektedir[7]. Hemen belirtelim ki, aynı yöntemsel hata, uygulamadaki adı ile <Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi>ne geçişte de yapılmıştır.

2001 Anayasa değişikliğinden sonra, Anayasa'nın ilgili maddesinde (m. 48) sözleşme özgürlüğü için sınırlama olup olmadığı tartışması gündeme gelmiştir[8]. Nitekim, bazı görüşlere göre, genel sınırlama nedenleri çıkarıldıktan sonra, bazı özgürlükler sınırsız hale gelmiştir[9]. Buna karşın, hak ve özgürlükler için sınırlama nedeni gösterilmese de, "niteliklerinden ve eşyanın tabiatından kaynaklanan doğal sınırlarının" bulunduğunu savunanlar vardır[10].

Uygulamada yasadan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluğundan başlayıp, sözleşmenin uygulanması aşamasında sözleşme koşullarını değiştirme ve nihayet sözleşmeyi yasa ile veya idari kararla sona erdirme gibi değişik aşama

---

7 Refik Tiryaki, "Mülkiyet ve sözleşme özgürlükleri ekseninde anayasal ekonomik özgürlüklerin tartışılması", **Perşembe Konferansları,** Rekabet Kurumu yayını, s.183.

8 Tiryaki, **Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa**, Yetkin Yayınevi, 2008, s.126 vd.

9 Kemal Gözler, "Anayasa değişikliğinin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından getirdikleri ve götürdükleri (Anayasanın 13üncü maddesinin yeni şekli hakkında bir inceleme)". http://www.anayasa.gen.tr/madde13.htm .

10 Mehmet Sağlam, "Ekim 2011 tarihinde yapılan Anayasa değişiklikleri sonrasında düzenledikleri maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olan temel hak ve özgürlüklerin sınırı" **Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 40.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler**, Antalya, 2002, s. 254.

ve biçimlerde kamunun sözleşme özgürlüğüne müdahale edildiği bir gerçektir[11].

2. Sınırlamanın sınırı

Anayasa'nın 13. maddesinde tüm temel hak ve özgürlükler açısından geçerli koşul, sınırlamanın yasa ile yapılmasıdır. Dolayısıyla, öncelikle tartışılması gereken 1567 sayılı Yasa'nın sözleşme özgürlüğünün sınırlanmasına yasal dayanak oluşturup oluşturmadığıdır. 1567 sayılı Yasa'ya (m.1) dayanarak 70'li yıllarda fiyat kontrol komiteleri oluşturulmuş, fonlar kurulmuştur. Ancak, 1567 sayılı Yasa'nın bu uygulamalara yasal dayanak oluşturup oluşturamayacağı konusunda Danıştay ve Yargıtay kararları arasında ciddi farklılıklar dikkat çekmektedir[12]. Anayasa ve idari yargı kararlarına baktığımızda, kamunun müdahaleleri ile sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların sınırı konusunda hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan, hukuki güvenlik ve sözleşmeye bağlılık (ahde vefa – *pacta sunt servanda*) ilkelerine başvurulduğunu görüyoruz.

4628 sayılı Yasa'nın 4694 sayılı Yasa ile değişik, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.'nin yalnız 31 Ekim tarihine kadar gerçekleşecek devir işlemlerindeki enerji alım-satım taahhütlerini karşılamak üzere enerji alım sözleşmeleri imzalayabileceğini; kamuya ait elektrik enerjisi üretim ve dağıtım tesislerinden işletme hakkı devri öngörülenlerden devir işlemlerini 31 Ekim 2011 tarihine kadar tamamlayamayan şirketlerin mevcut sözleşmelerinin hükümsüz hale geleceğini öngören hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 2.ve 48. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre,

"Anayasa'nın ...48. maddesi, 'Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir' kuralını içermektedir. Buna göre taraflar, özgür iradeleri ile ilişkilerini sözleşmelerle düzenleyip biçimlendirebilirler. Bir sözleşmenin ne zaman ve ne şekilde sona ereceğine ancak sözleşmenin taraflarınca karar verilebilir. Anayasa'nın 48.maddesinde koruma altına alınan bu özgürlük sözleşme yapma serbestîsi yanında yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.

".....

"Dava konusu kuralla daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli şartlara bağlanmış olan sözleşmeler, kimi aşamalarda yeni koşullar öngörülerek değiştirilmekte ya da tümüyle sona erdirilmektedir.

"Öte yandan, bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde

[11] Turgut Tan, "Sözleşme özgürlüğüne kamunun müdahalesi", **Yıldırım Uler'a Armağan**, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2014, s.513 vd.

[12] Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, TODAİE yayını, 1984, s.157 vd.

vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar"[13].

Anayasa Mahkemesi, 4046 sayılı Yasa'nın (Geç.m.15) özelleştirme kapsamında bulunan kuruluşlar ile bundan sonra özelleştirme kapsamına alınacak kuruluşların doğmuş veya doğacak borçlarından dolayı uygulanacak faiz oranının T.C. Merkez Bankası'nca belirlenen vade tarihindeki reeskont faiz oranlarını geçemeyeceğine ilişkin kuralını da, "bu kuruluşların yapmış oldukları sözleşmelerde kararlaştırılmış olan faiz oranlarını uygulanamaz hale getirerek bu sözleşmelere taraf olan kişilerin Anayasa'nın 48. maddesi ile güvence altına alınmış olan sözleşme özgürlüklerinin zedelenmesine yol açacaktır" gerekçesiyle iptal etmiştir[14].

3186 sayılı Bankalar Kanunu'nun (m.40) kredi işlemlerinde uygulanacak faiz oranları ile alınacak masrafların nitelik ve azami sınırını belirleme yetkisini Bakanlar Kuruluna veren hükmüne dayanarak, üreticilerden satın alınacak tarımsal ürünlerinin bedellerinin ödenmesi için FİSKOBİRLİK tarafından bir özel bankadan alınan kredinin faiz oranını, aynı dönemde T.C. Ziraat Bankası'nın tarım satış kooperatifleri birliklerine uyguladığı faiz oranı ile sınırlayan Bakanlar Kurulu kararı Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Danıştay'a göre, 3186 sayılı Yasa'nın verdiği genel yetkiye dayanılarak, özel hukuk hükümlerine göre sözleşmeye bağlanmış kredilere yönelik, sözleşme hükümlerini değiştirici veya kaldırıcı nitelikte, geçmişe yönelik düzenleyici işlem yapılamaz; tarafların serbest iradeleriyle ve ticari esaslara göre yapılan kredi sözleşmesi hükümlerini ortadan kaldırmaya yönelik düzenleme sözleşme serbestisi ve hukuki güvenlikle bağdaşmaz[15].

3. Ekonomik kamu düzeninin sağlanması sınırlama nedeni olabilir mi?

Anayasa'daki düzenlemelerden hareketle ekonomik kamu düzeninin belirlenebileceğini düşünmekteyim. Anayasa'nın sosyal hukuk devleti (m. 2), sözleşme özgürlüğü (m. 48) piyasaların denetimi (m. 167/1) ve tüketicinin korunması (m. 172) ile ilgili hükümleri, sözleşme özgürlüğünün sınırlanması açısından ekonomik kamu düzeninin sağlanması amacını somutlaştırmaya yardımcı olabilir. Ekonomik kamu düzeni, hem kamunun ekonomiye müdahalesinde izleyeceği amaç; hem de, özel kişilerin ekonomik faaliyetlerini sınırlamadır[16].

Düzenleme kavramı sınırlamayı da içinde barındırmaktadır. Nitekim, düzenleyici kurullar olarak da isimlendirilen bağımsız idari otoritelerin yasalarına baktığımızda bunun örneklerini görmek mümkündür. Örneğin, 5809 sayılı

---

13 Anayasa Mahkemesi, 13.2.2002, E.2001/389, K.2002/29. **RG**; 18.4.2002, sayı: 24730.
14 Anayasa Mahkemesi, 31.01.1997, E.1996/66, K.1997/7. **RG**;28.10.1997, sayı: 23154.
15 Danıştay 10.D, 10.10.1996, E.1995/926, K.1996/5932. **Danıştay Dergisi**, sayı: 93.
16 Giovanni Bianco**, Costituzione economico e ordine pubblico economico**, UTET, 2008, s.17.

Elektronik Haberleşme Kanunu'na (m.18/3) göre, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, imzalandıktan sonra kendisine sunulan erişim anlaşmalarının "ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırılık hallerinde işletmecilerden anlaşmalarda değişiklik yapılmasını ister. İşletmeciler Kurumun değişiklik isteğini yerine getirmekle yükümlüdür". 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na (m.5/s) göre de "*Mevcut sözleşmelere ilişkin olarak, bu Kanun hükümleri uyarınca rekabetçi piyasaya geçişi kolaylaştıracak hususlarda, taraflarca değerlendirilmek üzere değişiklik önerilerinde bulunmak"* Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun yetkileri arasındadır.

B. SÖZLEŞMELERİN YENİ KOŞULLARA UYARLANMASI

1. Eski Borçlar Kanunu

Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde ortaya çıkan koşullardan/durumdan olumsuz etkilenen tarafın sözleşme ilişkisinin değişen koşullara göre ayarlanmasını veya sona erdirilmesini istemesi gündeme gelmektedir. Eski Borçlar Kanunumuzda bu konuda genel bir hüküm yoktu. Ancak, eser sözleşmeleri (BK m.365, TBK m.480/2) gibi özel düzenlemeler bulunmaktaydı. Bununla beraber, Yasa'da hüküm bulunmayan durumlarda, özellikle para değerindeki değişikliklere karşı, sözleşmelere konulan altın değeri kaydı, yabancı para değeri kaydı ile hukuki ilişkinin yeni koşullara göre ayarlanması veya sona erdirilmesi olanağını kabul ettikleri görülüyordu[17].

Hukuki ilişkinin yeni duruma ayarlanması veya sona erdirilmesi konusunda, ne yasada ne de sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda nasıl bir çözüm bulunacağı tartışılmakla beraber, dayanak olarak dürüstlük kuralının esas alınabileceği kabul ediliyordu[18]. Buna göre, ortaya çıkan yeni koşullar nedeniyle, edimler dengesinin aşırı derecede bozulmasına karşın, borcun mevcut sözleşme koşullarına göre talep ediliyor ve bu dürüstlük kuralına aykırı düşüyorsa, borçlu mahkemeye başvurarak, işlem temelinin çöktüğünü ileri sürebilir ve sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını veya sona erdirilmesini isteyebilir[19].

Yargıtay'a göre,

> "İşte edimler arasındaki dengeyi aşırı derecede bozan olağanüstü haller harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki olağanüstü yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi hallerde sözleşmeye bağlılık ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık sözleşmeye sıkı sıkı bağlı kalma adalet, hakkaniyet ve objektif hüsniniyet (MK'nun md.2/2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir.

17 M.Kemal Oğuzman-Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, 19.bası, 2013, s. 299.
18 Oğuzman-Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 301.
19 Oğuzman-Barlas,**Medeni Hukuk**, s. 302.

Bu adaletsiz sonuçları bertaraf etmek için, bugün İsviçre-Türk Hukuku'nda çoğunlukla dayanılan esas, dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişmeler yüzünden altüst olması, borcun ifasını güçleştirmesi ve belki de imkansız hale gelmesi durumunda 'işlem temelinin çökmesi' gündeme gelir. Bu gibi hallerde emprevizyon veya Clausula rebus sic standitibus kuramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması için hakimin sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir. Hakim bu gibi hallerde ya sözleşmeyi ortadan kaldıracak ya da sözleşme koşullarının olağanüstü olgulara uyarlanmasına ve böylece sözleşmede bozulmuş olan dengeyi yeniden sağlayacaktır"[20].

2. Yeni Borçlar Kanunu ve Yeni Düzenleme

Yeni Borçlar Kanununda (m.138) "Aşırı ifa güçlüğü" başlığı altında yeni bir kural yer almaktadır. Yeni hükme göre:

"Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçluda borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.

"Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır".

Bu hükmün uygulanabilmesi için bazı koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullar şunlardır:

- Borçlu tarafından öngörülemeyen, öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkması.
- Olağanüstü durumun borçludan kaynaklanmamış olması gerekmektedir.
- Olağanüstü durumun sözleşmenin yapıldığı sıradaki mevcut olguları, borçludan ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır.
- Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

[20] Yargıtay HGK, 17.9.1997, E.1997/11-460, K.1997/651.**http://www.kazanci.com/kho/ibb/giris.htm**

Bu koşulların varlığı halinde, bir başka deyişle TBK'nun 138. madde anlamında aşırı ifa güçlüğünün varlığı durumunda sözleşmenin uyarlanması istenebilecektir. Bu düzenlemeden uyarlamanın mahkemeden istenebileceği anlamı çıkmakla beraber; maddede söz edilmese de, sözleşmeyi sona erdirmek için mahkemeye başvurmak zorunluluğu olmadığı da kabul edilmektedir[21]. Dolayısıyla, borçlu öncelikle sözleşmenin uyarlanmasını karşı taraftan isteyecektir. Karşı tarafın bunu kabul etmemesi durumunda, iki seçenek söz konusu olacaktır: birinci seçenek, sözleşmenin uyarlanmasını mahkemeden istemek, ikinci seçenek de sözleşmeden dönme yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilmek[22].

TBK'nun 138. maddesi hükmünün uygulanması açısından ilk önemli koşul olan, borçlu tarafından öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü durumun sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkmasıdır. Beklenmeyen olağanüstü durum ekonomi alanında değerlendirildiğinde, "büyük ekonomik kriz, aşırı devalüasyon" örnek verilmektedir[23].

Kullanılan "büyük" ve "aşırı" sözcükleri de değerlendirmenin esnekliğini kanıtlamaktadır. Öte yandan, günümüzde dalgalı kur sistemi uygulandığına göre, "aşırı devalüasyondan" söz edilemeyeceğini düşünüyorum. 80'li yılların öncesinde devalüasyon kararının Bakanlar kurulu tarafından verildiği dönemde aşırı devalüasyondan söz edilebilirdi. Ekonomik krizin büyüklüğü de görece bir kavramdır. Örneğin, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu (m.2 ve 10) "ağır ekonomik bunalım" kavramını kullanmakta ve bu durumda olağanüstü hal ilan edilebileceğini öngörmektedir. Bu nedenle olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda da, *"ekonominin düzenlenmesi ve iyileştirilmesi amacı ile mal, sermaye ve hizmet piyasalarını yönlendirici; vergi, para, kredi, kira, ücret ve fiyat politikalarını belirleyici ve ..."* Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilecektir.

Öte yandan, 1994 yılında çıkarılmış olan ve adı 2018 yılında, Fiyat İstikrarı İle Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun olarak değiştirilmiş olan Yasa'nın Ek 4. maddesine 2012 yılında eklenmiş olan fıkraya göre, *"Finansal sistemin bütününe sirayet edebilecek ölçüde olumsuz bir gelişmenin ortaya çıkması ve bu durumun Finansal İstikrar Komitesi tarafından tespit edilmesi halinde, alınacak tedbirleri belirlemeye Cumhurbaşkanı yetkili olup, ilgili bütün kurum ve kuruluşlar belirlenen bu tedbirleri derhal uygulamakla yetkili ve sorumludur".*

TBK'nun 138.maddesindeki bu koşulun değerlendirilmesinde yargı kararları arasında da farklılıklar dikkat çekmektedir.

---

21 M. Erdem Aybay, "Sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı incelemesi)", **Cevdet Yavuz'a Armağan,** Legal yayıncılık, 2012, s.336.

22 Aybay, Agm, s.336.

23 Oğuzman-Barlas, **Medeni Hukuk**, 2013, s.303.

Örneğin Yargıtay'a göre,

"Somut olayda; taraflar arasında imzalanan sözleşme uyarınca davalı banka davacıya aylık % 0.55, yıllık % 6.6 akdi faizli, 5.850.000.00 Japon Yeni (JPY) tutarında 63.022.00 TL, 84 ay (7 yıl) vadeli ödemeleri 11.09.2008 başlayan 11.08.2015 tarihinde sona ermek üzere aylık 87.153 JPY geri ödemeli kredi kullandırmıştır. Davacı dava tarihine kadar 40 ay, dava açıldıktan sonra ise 7 ay, toplam 47 ay süreyle kredinin 76.489.00 TL lik kısmını düzenli ödemiştir. 11.07.2012 tarihi itibariyle kalan borcu 100 JPY=2.291 TL den 66.705.00 TL dir. Sözleşme tarihinde 100 JPY 1.07 TL, dava tarihinde ise 2.46 TL olmuştur.

"Davacı sabit faizli TL kredisi çekseydi; aylık %1.36, yıllık %16.32 faiz oranıyla en son ödenen tarih itibariyle ödenen toplam borç 59.107,61 TL kalan ise 36.374,16 TL olacaktı.

"Dolar sözleşme tarihinde 1.8510 TL iken dava tarihinde 1.9008 TL olmakla 40 aylık artış oranı ise %60 oranındadır. En son ödeme tarihinde ise 1.8126TL ye inmiştir.

"Euro ise 1.7085 TL den 2.4593 TL ye çıkmakla 40 ayda %38.12 oranında artmıştır. Bilirkişi incelemesinin yapıldığı tarihte ise Euro TL kuru 2.2246 TL ye inmiştir.

"Ülkemizde 1994 ve 2000 yıllarında yaşanan ekonomik krizlerden sonra yabancı para kurlarındaki değişkenlik herkesçe bilinir ve öngörülebilir bir hale gelmiştir. Esasen ülkemizde zaman zaman ekonomik krizlerin vuku bulduğu ve bu bağlamda dövizle borçlanmanın risk taşıdığı da toplumun büyük çoğunluğu tarafından bilinen bir olgudur. Ortalama bir tüketici için kurdaki dalgalanma öngörülemez değildir. Türkiye'de belli aralıklarla milli paranın döviz karşısında değer kaybettiği, son on yılda en çok kullanılan Dolar ve Euro karşısında toplumun tüm kesimlerinin katlanamayacağı bir devalüasyon yaşanmadığı kabul edilmekte olup diğer ülkelerde dahi döviz paritelerinin günlük değiştiği de keza herkesçe bilinmektedir. Kaldı ki son yıllarda ekonomi uzmanlarının milli paraya güven telkin eden yaklaşımlarına itibar edilmeyerek sözleşme tarihinde TL ile konut kredisi kullanmak yerine uzun süredir kur artışı yaşamayan JPY'ne endeksli konut kredisine yönelmek, sözleşmede yer alan ''kur artışının müşteriye ait olacağı'' yolundaki kaydın haksız şart olmadığı gerçeği karşısında davacının dövizdeki dalgalanmayı öngörmeyeceği söylenemez. Davacı yukarıdaki tablodaki riski önceden tahmin edecek durumda olmasına rağmen riski yüksek 75 ay vadeli dövizle kredi kullanmıştır. Bu nedenle uyarlama şartlarından olan 'öngörülmezlik'

şartı olayda gerçekleşmediği gibi, kur artışları sebebiyle kalan borç miktarının nimet külfet dengesi açısından katlanılması gerektiği, kredi ile alınan evin değerinin de artacağı, yendeki yıllık ortalama %25 e denk gelen artışın da fahiş olmadığı, dava süresince Japon yeninin değer artış oranının gün geçtikçe azaldığı göz önüne alındığında davacıya gelen yükün katlanılamaz nitelikte olduğundan da söz etmek mümkün değildir"[24].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre,

"Taraflar arasındaki (davaya konu) konut kredi sözleşmesi 15.08.2008 tarihinde düzenlenmiş, davacı TL (YTL) üzerinden kredi kullanma imkanı varken, Japon Yeni üzerinden dövize endeksli konut kredisi kullanmıştır. Yaklaşık üç yıl boyunca da kurda aşırı bir değer artışı meydana gelmediğinden, davacı kullandığı kredi taksitlerini ödemiştir.

"Yukarıdan beri açıklandığı gibi, Türkiye'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının her an değişebileceği bir gerçektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin aniden oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinmektedir.

"Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır.

"Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 15.10.2003 gün ve 2003/13-599 E.-2003/599 K.; Hukuk Genel Kurulu'nun 07.05.2003 gün ve 2003/13-322E.-2003/340 K. Sayılı kararlarında da benimsenmiştir. "[25]

Danıştay'a göre de,

"S.Holding Anonim Şirketine ait Adıyaman ilinde bulunan taşınmazların 4046 Sayılı Kanun hükümleri kapsamında 'satış' yöntemiyle özelleştirilmesine dair ihale ilanının 06.06.2008 tarihinde yapıldığı, 24.07.2008 tarihinde pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihaleye 22 isteklinin teklif verdiği, 24.07.2008 tarihli ihale komisyonu kararıyla en yüksek teklif veren 6 teklif sahibinin tekliflerinin kabulüne dair Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının alındığı, bu kararda sözleşmenin imzalanması için davet edilecek teklif sahiplerinin, en yüksek teklifi verenden itibaren sıralandığı, davacının üçün-

[24] Yargıtay 13.HD, 28.10.2013, E.2013/11149, K.2013/26086. **http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm**
[25] Yargıtay HGK, 12.11.2014, E.2014/13-1614, K.2014/900. **http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm**

cü sırada en yüksek teklifi veren olarak belirlendiği, ilk iki sırada en yüksek teklifi veren isteklilerle sözleşme imzalanamaması üzerine 02.02.2009 tarihli davalı idare işlemi ile davacının sözleşme imzalamaya davet edildiği, bu süreçte davacının, değişen ekonomik koşullar dikkate alınarak sözleşmenin döviz kurundaki artış sebebiyle yeniden uyarlanması, aksi halde ihale sürecinin sonlandırılması ve anılan ihale sebebiyle sunmuş olduğu geçici teminat mektubunun iadesi yolundaki 23.02.2009 tarihli başvurusunun idarece zımnen reddedildiği, verilen süre içinde sözleşme imzalanmadığı gerekçesiyle 12.03.2009 tarih ve 205 sayılı olur'la davacının sunmuş olduğu 50.000 ABD Doları tutarındaki geçici teminatın irat kaydedildiği anlaşılmaktadır.''

"Aktarılan mevzuat hükümleri ile şartname düzenlemeleri bir arada değerlendirildiğinde, özelleştirme işlemine konu taşınmazlar için ihalenin yapıldığı tarih ile davacının sözleşmeyi imzalaması için davet edildiği tarih arasında ekonomik şartlar bakımından farklılıklar bulunduğu, dolar kurunda yükseliş meydana geldiği görülmekle birlikte, davacının ihale şartnamesinin düzenlemelerini kabul ederek, ABD Doları bazında oluşabilecek ekonomik verilerin her zaman değişebileceği riskini göze alarak, ihalede dolar bazında teklif sunduğu ve teklifi ile bağlı olduğu dikkate alındığında, üçüncü sırada en yüksek teklifi veren ve basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü bulunan davacının geçici teminatının iadesi istemiyle yaptığı başvurunun zımnen reddine dair davaya konu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır"[26].

Yargıtay'ın da, ithalat işleriyle uğraşan davacının memleketin o dönemdeki ekonomik durumunu bilmesi ve taahhütlerinde bu durumu göz önünde bulundurması gerektiğine, dolayısıyla devalüasyon olacağını bilemeyeceği, bu hususun müdebbir bir tüccardan beklenemeyeceği görüşünün de dayanaksız kaldığına ilişkin kararları vardır[27].

Bununla beraber, Yargıtay'ın dövize endeksli kredi sözleşmeleri ile ilgili kararlarında ve özellikle de kira sözleşmeleri ile dövize endeksli kredi sözleşmelerinin uyarlanması konusundaki kararları arasında tutarlılık bulunmadığına dikkat çekilmektedir[28].

Hemen belirtelim ki, Türk ekonomisinin kırılgan niteliği döviz kurlarındaki dalgalanmaları öngörülemez olmaktan çıkarmaktadır. Nitekim, 31 Mart yerel seçimlerinden sonra döviz kurlarındaki yükselmeler de bunu kanıtlar niteliktedir.

[26] Danıştay 13.D, 31.3.2017, E.2015/2180, K.2017/879. **http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm**

[27] Yargıtay HGK, 17.10.1980, E.1978/11-773, K.1980/2310. **Yargıtay Kararları Dergisi,** cilt: 7, sayı: 2, s. 143.

[28] Aybay, Agm, s. 343.

Döviz kurundaki aşırı yükselmenin borçludan ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirdiği konusunda taraflar anlaşamıyor ise o takdirde uyarlamanın mahkemeden istenmesi yoluna gidilmelidir. Piyasa ekonomisinin kurallarına uygun davranılmak isteniyor ise, sözleşmenin uygulanması aşamasında devlet tek yanlı kararla sözleşme koşullarında değişiklik yapmaktan kaçınmalıdır.

II. DEVLETİN PİYASAYA MÜDAHALESİ VE TANZİM SATIŞLARI

Döviz kurlarındaki yükselmeye koşut olarak çeşitli malların fiyatlarındaki yükselmelere karşı da Devletin piyasayı düzenleyici girişimlerde bulunduğu ve "Tanzim Satış" adı altında başta yaş ve kuru gıda maddelerinin doğrudan satışı yoluna gittiği görülmektedir. Bu cümleden olarak, İçişleri Bakanlığı 81 ilin valisine gönderdiği genelge ile bazı esnaf, firma ve işletmelerin, vatandaşların gereksinim duyduğu piyasa koşullarında sunulan mal ve hizmetlere fahiş fiyat uyguladığı; bazı ürünleri stoklarda bekleterek fiyat artışına neden olduğu, bunun da vatandaşların esenliğini ve refahını tehdit edici bir durum yarattığı belirtilerek, genel emir çıkarmaları emrini vermiştir. Öte yandan, belediyeler tarafından özellikle sebze satılan İstanbul'da 50, Ankara'da da 15 mobil tanzim satış noktası faaliyete geçirilmiştir. İstanbul Büyükşehir Belediyesi genel sekreteri, "tarladan toplanan ürünün fiyatının aynen İstanbul'daki vatandaşlarımıza yansıtılması için çaba sarf edeceğiz" demektedir[29]. Cumhurbaşkanı da tanzim satış noktalarında, pirinç, bulgur, mercimek gibi bakliyat ürünleri ile temizlik malzemelerinin de satışına girebileceklerini duyurmuştur[30].

Aslında tanzim satış mağazaları uygulaması 1930 yılında çıkarılmış ve bazı değişikliklerle 2005 yılına kadar uygulanmış olan 1580 sayılı Belediye Kanunu'na dayanılarak yürütülmüştür. 1580 sayılı Yasa'nın 1960 yılında 150 sayılı Yasa ile değişik (m.15/43) hükmüne göre, *"Ete, ekmeğe, yaş meyve ve yaş sebze ile odun ve mangal kömürüne doğrudan doğruya ve kati lüzum halinde mahalli idare kurullarınca tasdik edilmek şartıyle diğer gıda ve zaruri ihtiyaç maddelerine toptan ve perakende azami satış fiyatları ve yaş meyve ve sebzeye munhasır olmak üzere kar hadleri tesbit etmek ve icabında 2490 ve 1050 sayılı kanunlar hükümlerine bağlı olmaksızın bu maddeleri satın almak, satmak, stok etmek veya belirli bir kar haddi dahilinde satın aldırmak, sattırmak ve ihtiyacı olanlara maksada göre dağıtmak üzere bir fon tesis ederek tanzim satış mağazaları kurmak ve hayatı ucuzlatacak sair tedbirleri almak"* belediyelerin görev ve yetkileri arasındaydı.

Yasa'nın bu hükmünün uygulanması amacıyla Belediye Tanzim Satış Yönetmeliği çıkarılmıştı.

[29] 12.2.2019 tarihli gazeteler.
[30] **Sözcü Gazetesi,** 12.2.2019.

Benzer bir hüküm 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda yer almamaktadır. 1580 sayılı Yasa dönemindeki uygulamaların da hukuki sorunlara yol açtığı bilinmektedir[31]. Bununla beraber, aşırı fiyat artışları ve stokçulukla mücadelenin hala belediyelerin görevleri arasında olduğu kabul edilmektedir. Nitekim, Cumhurbaşkanı'na göre, "Burada belediyelerimize büyük görevler düşüyor. Bu tür fiyatları arttıranları hesaba çekmemiz lazım, bunları silkelememiz lazım. Bunun adı fırsatçılıktır, tefeciliktir, hatta ülkeye ve millete ihanettir"[32]. Belediyelerin böyle bir denetim için gereken yetkilere sahip olup olmadıkları ayrı bir tartışma konusudur.

A. VALİLERİN GENEL EMİR ÇIKARMA YETKİSİ

İçişleri Bakanlığı 11 Ekim 2018 tarihinde 81 ilin valilerine genelge göndererek, valilerden il sınırları içinde faaliyet gösteren esnaf, firma ve işletmeler tarafından sunulan mal ve hizmetlerin yükseltilmesini; ürünlerin piyasaya sunumunun geciktirilmesini ve stokçuluk yapılmasını önleyecek genel emir çıkarmalarını istemiştir.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'na (m.9/ç) göre, *"Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve diğer mevzuatın verdiği yetkiyi kullanmak ve bunların yüklediği ödevleri yerine getirmek için valiler genel emirler çıkarabilir ve bunları ilan ederler"*. Nitekim, İçişleri Bakanlığı genelgesi üzerine il valileri genel emirler çıkarmak yoluna gitmişlerdir. Örneğin Kocaeli valisi tarafından çıkarılan Genel Emir'de (2018/2), Anayasa'nın 167.maddesi, 5442 sayılı Yasa'nın 11/c ve 66.maddeleri, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32.maddesi, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6.maddesi, 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 17.maddesi hükümleri hatırlatıldıktan sonra, *"Bu itibarla kamu düzeni ve güvenliğinin korunması, vatandaşlarımızın mağduriyetinin önlenmesi ve haksız rekabetin önüne geçilmesi amacıyla;*

"İlimiz sınırları içerisinde faaliyet gösteren esnaf, firma ve her türlü işletme tarafından sunulan mal ve hizmetlerin haklı bir neden olmaksızın fiyatlarının yükseltilmemesi,

"Ürünlerin piyasaya arzlarının geciktirilmemesi ve stokçuluk yapılmaması,

"Satılan malın üretim yeri, ayırıcı özelliği, tüm vergiler dahil satış fiyatı, birim satış fiyatı, satış fiyatı ve birim fiyatının uygulanmaya başlandığı tarih, üretim yeri Türkiye olan mallar için Ticaret Bakanlığınca tespit ve ilan edilen şekil, logo veya işaret şartlarına uyulması,

"Ürünlerde kullanılan etiketlerin tarife ve fiyat listelerinin üzerindeki rak-

31 Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, TODAİE yayını, 1984, s.166 vd.
32 **Cumhuriyet Gazetesi**, 27.2.2019.

kam ve harflerin okunabilir, düzgün, eksiksiz, gerçeğe uygun, yeterli büyüklükte ve başka rakam, kelime ve işaretlerle karışıklığa sebebiyet vermeyecek şekilde kullanılması,

"Tarife ve fiyat listelerinin hangi mala ait olduğunun tüketiciler tarafından kolaylıkla görülebilmesi ve okunabilmesi hususlarına riayet edecektir.

"Başta zabıta birimleri olmak üzere yetkili birimlerce denetim faaliyetlerine ağırlık verilecek, yapılan denetimler sırasında aksine hareket edenlerin tespit edilmesi halinde yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri çerçevesinde adli ve idari işlemler yapılacak gerekli idari para cezası uygulanacaktır" denilmektedir.

Aslında 5442 sayılı Yasa'nın genel kurallarından önce, konu ile doğrudan ilgili yasal ve idari düzenlemeler vardır. 2010 yılında çıkarılmış olan 5957 sayılı Sebze ve Meyveler İle Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a göre, malların toptan veya perakende ticaretinde, *"Piyasada darlık yaratmak, fiyatların yükselmesine sebebiyet vermek veya fiyatların düşmesine engel olmak için malların belirli ellerde toplanması, satışından kaçınılması, stoklanması, yok edilmesi, bu amaçla propaganda yapılması veya benzeri davranışlarda bulunulması"* (m.13/1-a) halinde on bin Türk Lirası idari para cezası uygulanır (m.14/1-f).

Öte yandan, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 62 ve 75/f maddelerine dayanılarak çıkarılmış olan Esnaf ve Sanatkarlarca Üretilen Mal ve Hizmetlerin Fiyat Tarifeleri Hakkında Yönetmelik ile 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 12/1-ı maddesine dayanılarak çıkarılmış olan Tacir ve Sanayiciler Tarafından Üretilen Mal ve Hizmetlerin Azami Fiyat Tarifelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik söz konusu mal ve hizmetlerin fiyatlarının belirlenmesine ilişkin ayrıntılı hükümler getirmektedir.

Kamuoyunda zaman zaman çok tartışılan ekmek fiyatları konusunda bir örnek vermekle yetineceğim. Esnaf ve Sanatkarlarca Üretilen Mal ve Hizmetlerin Fiyat Tarifeleri Hakkında Yönetmelik (m.5/2) *"...Ancak, 4/1/2012 tarihli ve 28163 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Türk Gıda Kodeksi Ekmek ve Ekmek Çeşitleri Tebliğinin 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde tanımı yapılan ekmeğin fiyatına ilişkin tarifeler, sırasıyla, ilgili belediye, Ticaret İl Müdürlüğü, İl Gıda Tarım Hayvancılık Müdürlüğü, ticaret ve sanayi veya ticaret odası ile ilgili odanın temsilcilerinden oluşan komisyonun değerlendirmesinin, ilgili federasyonun ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığının görüşünün alınmasından sonra Birlik tarafından onaylanır.*

(3) Birlik yönetim kurulunca onaylanan fiyat tarifesi, belediye, mülki amir-

lik ve ilgili odaya yedi gün içerisinde tebliğ edilir ve tebliğ tarihinden itibaren yürürlüğe girer".

Tacir ve Sanayiciler Tarafından Üretilen Mal ve Hizmetlerin Azami Fiyat Tarifelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik (m.4), yukarıdaki hükümde "komisyon" olarak nitelenen "heyet"in değerlendirmesi ve ilgili meslek komitesinin görüşü de dikkate alınarak yönetim kurulunca oluşturulan ekmek tarifesine ilişkin önerinin, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının görüşünün alınmasından sonra, yapılacak ilk toplantıda meclisin onayına sunulacağını öngörmektedir.

Görüldüğü gibi, ekmek fiyatının belirlenmesinde ayrıntılı ve uzun bir süreç öngörülmektedir. Buna karşın ekmek fiyatları konusunda zaman zaman tartışmalara tanık olunmaktadır. Nitekim, Ticaret Bakanlığı 01 Ekim 2018 tarihinde bir açıklama yapmak gereği duymuştur. Açıklamada yukarıda açıkladığımız yönetmelik hükümlerine değinildikten sonra, Ticaret Bakanlığınca 200 gram ekmeğin azami fiyatının 1 TL olacak şekilde görüş belirtildiği vurgulanıp, Bakanlık görüşü alınmadan uygulanan ekmek fiyat tarifelerinin hükümsüz olduğu; belirlenen tarife dışında satış yaptıkları tespit edilenlere yaptırım uygulanacağı ifade edilmektedir.

Ticaret Bakanının, finansal piyasalardaki geçici dalgalanmaları fırsat olarak gören spekülatörlerin çeşitli ürünlerin arz-talep dengesi ile uyuşmayan fiyat artışı, stokçuluk gibi piyasada fiyat oluşumunu bozucu davranışlarını izleyerek, piyasa dengesinin bozulmasını engelleyici tedbirleri alacaklarını bildirmesinden[33] sonra; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (61, 62, 63 ve 84. maddelerine dayanılarak çıkarılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin[34] "haksız ticari uygulama" olarak nitelenen "aldatıcı ticari uygulamalar" a (Ek-A-19) *"Girdi maliyeti ve döviz kuru artışı gibi fiyat değişimlerinden etkilenmemesine rağmen bu durumlardan etkileniyormuş gibi hareket ederek tüketiciye sunulan mal ve hizmetin satış fiyatında haklı bir gerekçe olmaksızın artış yapmak"* örnek uygulama olarak eklenmiştir[35].

6502 sayılı Yasa'ya (m.77/13) göre de bunun yaptırımı, haksız ticari uygulamanın üç aya kadar tedbiren durdurulması veya durdurulması yaptırımının veya beşbin TL idari para cezasının uygulanmasıdır. Reklam Kurulu, ihlalin niteliğine göre, bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilmektedir. İdari para cezası, aykırılık ülke genelinde gerçekleşmiş ise elli bin TL olarak uygulanmakta; aykırılığın reklam yoluyla gerçekleştirildiğinin saptanması durumunda bu maddenin 12. fıkrası hükümleri uygulanmaktadır.

33 02.09.2018 tarihli günlük gazeteler.
34 **RG**; 10.01.2015, sayı: 29232.
35 **RG**; 28.9.2018, sayı: 30549

Tüm bu özel düzenlemelere karşın, bunlar uygulan(a)mayıp, İl İdaresi Kanunu'nun genel hükümlerinden hareketle valilerin denetimlerinden sonuç alınmasını beklemek gerçekçi değildir.

SONUÇ

Belediyelerin, 1580 sayılı Belediye Kanunu'ndaki düzenlemelere benzer düzenlemelere 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda yer verilmemesi nedeniyle, tanzim satışları konusunda hukuki altyapıya sahip olmadıklarına yukarıda değinmiştik. Kaldı ki, 2019 yılında uygulanan tanzim satışların özellikle serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı söylenen ülkemizde başka sorunlara yol açtığı da görülmektedir.

Örneğin, tanzim satış yerlerinde aracısız ve kar payı konulmadan satılan sebze ve meyve fiyatları ile marketlerin rekabet edemeyip zararına satış yaptıkları; hatta bunu fiyat etiketlerine ekledikleri "maliyet" tablosu ile gösterdikleri basında yer almaktadır[36].

Bir ülkede piyasa ekonomisi koşullarının varlığının saptanmasında kullanılan ölçütler İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik[37] (Ek m.1) ile belirlenmiştir. Bu ölçütlerden biri, *"Firma fiyatlar, hammaddeler, teknoloji ve işçilik de dahil olmak üzere maliyetler ve girdiler, üretim, satışlar ve yatırımlar ile ilgili hususlarda kararlarını arz-talep dengesini yansıtan Pazar hareketlerine göre ve bu bağlamda önemli sayılacak bir devlet müdahalesi olmaksızın veriyor ve başlıca girdilerin maliyeti büyük ölçüde piyasa değerlerini yansıtıyor"* olmasıdır.

Tanzim satış yerlerinde uygulanan fiyatı rekabet hukukundaki <yıkıcı fiyat> açısından değerlendiren E. Türkkan'a göre, "uygulanan tanzim satış fiyatları içinde özellikle meyve ve sebzede kaçınılmaz olan fire maliyeti, ambalajlama maliyeti, girişimcinin koyduğu sermayenin minimum maliyeti ve minimum düzeyde bir girişimci karı yer almamaktadır. Böylece tanzim satış mağazalarında uygulanan fiyatlarla en ideal girişimcinin bile rekabet etmesi mümkün değildir"[38]. Online PTT kargosu ile satış uygulamasının klasik tanzim satışın yarattığı yıkıcı etkileri daha da güçlendirdiğini; kargo yoluyla gönderilen meyve sebzenin fiyatının çoğu zaman kargo maliyetinin altında kaldığını ve bu maliyetin kamu tarafından karşılandığını belirten Türkkan, yıkıcı fiyatın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a göre hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında bir ihlal oluşturduğunu ve yaptırıma bağlandığını belirtmekte, yıkıcı fiyat uygulayan kamu kurumu olduğunda, yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün bunun

[36] **Sözcü Gazetesi**, 26.2.2019.
[37] **RG**; 30.10.1999, sayı: 23861.
[38] Erdal Türkkan, "Tanzim Satış-Yıkıcı Fiyat ve Rekabet", **Rekabet Forumu**, Şubat 2019, sayı: 123.

maliyetine katlanabilecek boyutta ve ağırlıkta olması koşulunun da ortadan kalktığını söylemektedir.

KAYNAKÇA

Aybay, M. Erdem, "Sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı incelemesi)", **Cevdet Yavuz'a Armağan,** Legal yayıncılık, 2012.

Bianco**,** Giovanni**, Costituzione economico e ordine pubblico economico**, UTET, 2008.

Gözler, Kemal, "Anayasa değişikliğinin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından getirdikleri ve götürdükleri (Anayasanın 13üncü maddesinin yeni şekli hakkında bir inceleme)". http://www.anayasa.gen.tr/madde13.htm.

Oğuzman, M.Kemal–Barlas, Nami, **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, 19.bası, 2013.

Sağlam, Mehmet, "Ekim 2011 tarihinde yapılan Anayasa değişiklikleri sonrasında düzenledikleri maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olan temel hak ve özgürlüklerin sınırı" **Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 40.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler**, Antalya, 2002.

Tan, Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku**, TODAİE Yayını, 1984.

Tiryaki, Refik, **Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa**, Yetkin Yayınevi, 2008.

Tiryaki, Refik, "Mülkiyet ve sözleşme özgürlükleri ekseninde anayasal ekonomik özgürlüklerin tartışılması", **Perşembe Konferansları,** Rekabet Kurumu yayını, s.183.

Toker, Çiğdem, "Devletin dövizli sözleşmeleri", **Cumhuriyet Gazetesi**, 20.8.2018, http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/1061118/Devletin_dovizli_sozlesmeleri.html.

Türkkan, Erdal, "Tanzim Satış-Yıkıcı Fiyat ve Rekabet", **Rekabet Forumu**, Şubat 2019, sayı: 123.

Türkmen, Nedim, "Türk Lirası'na dönüşte doğru yolu bulduk", **Sözcü Gazetesi**, 19.11.2018, https://www.sozcu.com.tr/2018/yazarlar/nedim-turkmen/turk-lirasina-donuste-dogru-yolu-bulduk-2745058/.

Kararlar

Anayasa Mahkemesi, 08.01.2009, E.2004/87, K.2009/5. **Resmi Gazete**; 05.03.2009, sayı: 27160.

Anayasa Mahkemesi, 13.2.2002, E.2001/389, K.2002/29. **Resmi Gazete**; 18.4.2002, sayı: 24730.

Anayasa Mahkemesi, 31.01.1997, E.1996/66, K.1997/7. **Resmi Gazete**; 28.10.1997, sayı: 23154.

Danıştay 10.D, 10.10.1996, E.1995/926, K.1996/5932. **Danıştay Dergisi**, sayı: 93.

Danıştay 13.D, 31.3.2017, E.2015/2180, K.2017/879. **http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm.**

Yargıtay HGK, 17.10.1980, E.1978/11-773, K.1980/2310. **Yargıtay Kararları Dergisi,** cilt: 7, sayı: 2, s. 143.

Yargıtay HGK, 17.9.1997, E.1997/11-460, K.1997/651. **http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm**

Yargıtay HGK, 17.9.1997, E.1997/11-460, K.1997/651.**http://www.kazanci.com/kho/ibb/giris.htm.**

Yargıtay 13.HD, 28.10.2013, E.2013/11149, K.2013/26086. **http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm.**

Yargıtay HGK, 12.11.2014, E.2014/13-1614, K.2014/900. **http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm**.

BİREYSEL BAŞVURU ÜZERİNE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BAŞVURUCUYA GENEL MAHKEMELERDE DAVA AÇILMASI YOLUNU GÖSTERMESİ HALİNDE GÖREVLİ YARGI YERİ (YOLU) SORUNU

Sema Taşpınar Ayvaz*

A. SORUNUN ORTAYA KONULMASI

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılması olanağının tanınmasından sonra bireysel başvuru, pek çok açıdan bilimsel çalışmalarda ele alınmıştır. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi'ne başvurunun hukukî niteliği, başvuru sebepleri, başvurunun incelenmesi usulü ve karar verilmesi, karar türleri ve kararın etkisi, üzerinde hem kamu hukukçuları hem de özel hukukçuların durduğu hususlar olmuştur.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: "Tespit edilen ihlâl bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararında açıkladığı ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir".

Buna göre ihlâlin mahkeme kararından kaynaklandığının tespit edilmesi durumunda Anayasa Mahkemesi, üç şekilde karar verebilir:

1- İhlâlin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından **yeniden yargılama yapılması** için **dosyanın mahkemesine** gönderilmesi,

2- İhlâlin tespit edilmiş olması; ancak yeniden yargılama yapılmasında hu-

* Prof. Dr., TOBB-ETÜ Hukuk Fakültesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi emekli öğretim üyesi

kukî yarar bulunmaması nedeniyle Anayasa Mahkemesinin başvurucu lehine **tazminata hükmetmesi**,

3- İhlâlin tespit edilmiş olması; yeniden yargılama yapılmasında hukukî yarar bulunmaması; ancak başvurucu lehine tazminata da Anayasa Mahkemesinin kendisinin hükmetmeyip, başvurucuya **genel mahkemelerde dava açılması yolunun gösterilmesi**.

Konumuz açısından önem arz eden husus, üçüncü şekilde karar verilmiş olmasıdır. Zira bu halde açılacak tazminat davasının hangi yargı yolunda görüleceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamakta; bu nedenle sorun çıkabilmektedir.

B. YARGI AYRILIĞI VE YARGI YOLU (KOLU, ÇEŞİDİ, DÜZENİ) KAVRAMLARI

Yargı birliği ve ayrılığı şeklinde yapılan temel ayrım, yargı organlarının örgütlendirilmesinde geçerlidir[1]. Buna göre, yargı birliğinde kamu hukuku-özel hukuk ayrımı yapılmadığı gibi, mahkemeler de ayrılmamıştır. Kişiler ve kişiyle devlet arasındaki uyuşmazlıklar aynı mahkemelerde çözüme kavuşturulur. ABD, İngiltere, Kanada, Avusturalya, Yeni Zelenda gibi Common law ülkelerinde bu sistem geçerlidir. Buna karşılık yargı ayrılığı uygulamasında özel hukuk-kamu hukuku ayrımına paralel bir şekilde ayrı mahkemeler oluşmuştur. Bu sistemin özelliği, adli yargının dışında bir idari yargının bulunmasıdır. Yargı birliği, kıta Avrupası sistemidir. Yargı ayrılığının çıkışı, Fransız ihtilalinden sonra Fransa'da Fransız Devlet Şûrası'nın kurulmasıyla gerçekleşmiştir[2].

Ortaya çıkan yargı ayrılığı sisteminde farklı yargı organlarının nasıl niteleneceği de bir terminoloji sorunu yaratmıştır. Nitekim bu hususta seçilen kavramlara bakıldığında yargı düzeni, yargı yolu, kolu, çeşidi, türü gibi nitelemeler dikkat çekmektedir.

İdare hukuku doktrininde "*yargı kolu*"[3] yanında "*yargı düzeni*"nin de kullanıldığı görülmektedir[4].

Anayasa Mahkemesi kararlarında "*yargı düzeni*"ninden; Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görevlerini belirten Anayasa'nın 158. maddesi ise "adli ve idari yargı mercileri" arasındaki "*görev uyuşmazlığ"*ından ve diğer mahkemelerle Anayasa Mahkemesi arasındaki "*görev*" uyuşmazlıklarından söz etmektedir. Öte yandan Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu'na ve Mahkeme'nin kararlarına bakıl-

1 Ramazan Arslan/Süha Tanrıver, Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001, s. 45.

2 Kemal Gözler, Hukuka Giriş, Bursa 2018, s. 494-495; Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku, C. 2, Ankara 2012, s.87-89.

3 Zabunoğlu, s. 64 vd. Gözler, s. 494;

4 Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Açıklamalı –İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2019, s. 41 vd. Aynı şekilde Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, Bursa 2020, s. 75; Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara 2019, s. 660-661.

dığında yine adli ve idari yargı arasında "görev" uyuşmazlıklarından, kararlarında ise "*yargı yeri*"nden söz edildiği görülür.

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nun 114. maddesinde sayılan dava şartlarına bakıldığında ise mahkemelerin görevli olmasından önce "*yargı yolunun caiz olması*"nın ayrı bir dava şartı olarak düzenlendiği görülür (HMK m. 114, 1/b)[5].

Farklı kullanımlarına rağmen yargı ayrılığı temeline dayalı olarak burada ifade edilmek istenen, birbirine benzer uyuşmazlıkların aynı yargılama hukuku disiplinine ait ilke ve kurallar çerçevesinde çözüme kavuşturulmasından kaynaklanan bir birlik[6] veya uyuşmazlık ya da konu itibariyle birbirine benzer nitelikte olan yargılama konusu olan hususların, ortak usul hukuku ilkeleri altında toplanarak karara bağlanmasıdır. Anayasa Mahkemesi de, kararları aynı yüksek mahkeme nezdinde temyiz edilebilen, aynı tür usul kurallarına tâbi olan mahkemelerin oluşturduğu bütünlüğü, "yargı düzeni" olarak ifade etmekte[7] ve yargı ayrılığı rejiminin geçerli olduğunu Anayasa'nın 125, 138, 140, 154 ve 155. maddeleriyle teyit etmektedir[8]. Buna göre hukuk ve ceza mahkemelerinin temyiz merci Yargıtay ve idare mahkemelerinin temyiz merci olan Danıştay ile bunlar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar için de Uyuşmazlık Mahkemesi söz konusudur.

Türk Hukukunda yargı yolunun dayanağını oluşturan açık bir düzenleme yoktur. HMK'nun dava şartı olarak kabul ettiği "yargı yolunun caiz olması" şeklindeki düzenlemeye rağmen yukarıda söz edildiği üzere, Anayasa'nın bu konudaki terminolojisi "görev" biçimindedir. Öte yandan Anayasa'nın değişik hükümlerine bakıldığında "yargı yolu" kavramının kullanılmasıyla birlikte farklı

---

5 Bu husus, medenî usul hukuku bakımından özel bir önem taşır. Nitekim yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle davanın usulden reddi kararı verilirken (HMK m. 115, 2); görev bakımından "görevsizlik" kararı (HMK m. 20) verilir ve her iki kararın sonuçları birbirinden farklıdır.

6 Arslan/Tanrıver, s. 36 dpn. 1.

7 Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 68.

8 Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında da bu hususları vurgulamıştır: "..Anayasa'nın Uyuşmazlık Mahkemesi başlıklı 158. maddesinde adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmekle yetkili kılınan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin varlığı, daha önce kabul edilen yargı ayrılığı sistemini doğrulayan somut örgütlenme biçimleridir. Anayasa'nın yargılama alanlarını ayırarak, son inceleme yerlerini yine ayrı ayrı belirleyerek kurduğu yargı düzeni adli ve idari olmak üzere iki türde ortaya çıkmaktadır. Böylece benimsenen yargı ayrılığının anayasal bir ilke olarak korunması ve buna uyulması zorunluluğu çıkar" ; "…her erkin kendi içinde ayrımları gibi yargının da görev alanları değişikliğine göre değişik türleri olabilir. Anayasa bu değişiklikleri gözeterek adli ve idari yargı ayrımını benimsemiştir. …Adli ve idari yargı ayrımı, bu alanlarda yetişerek deneyim kazanmış, uzmanlaşmış hâkim ve savcıları gerekli kılmaktadır. Adli ve idari yargı ayrımı, yasalardaki birlikteliğin etkisiz kılamayacağı biçimde köklü ve yaygındır. İşlevleri kapsamındaki konuların ayrılığı, yargılama düzenlerinin dayandığı esasların değişikliği, kimi özgün Uralların varlığı, bu ayrımı zorunlu kılmış; tarihsel gelişimin sonucu ortaya çıkmış ve Anayasal ilke durumuna gelmiştir" (kararlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Ebru Karaman, Türk İdari Yargısının Görev Alanının Anayasal Dayanağı, İstanbul 2013, s. 45-47).

bir içerikte anlaşıldığı görülmektedir. Nitekim Anayasa'nın 66[9], 125[10], 127[11]. maddelerinde "yargı yolu" terimi yer almakla birlikte bu hükümlerde farklı yargı düzenlerinden veya bir görev ilişkisinden söz edilmeyip, bir başvuru olanağı veya hukukî çare veya dava açma (mahkemeye erişim) hakkından söz edildiği görülmektedir. Buna karşılık yine "yargı yolu" teriminin kullanıldığı Sayıştay'a ilişkin Anayasa'nın 160. maddesinde Sayıştay'ın kararlarının kesinliğini vurgulamak üzere yer alan, "Bu kararlar dolayısıyla ***idari yargı yoluna*** başvurulamaz" düzenlemesi dikkat çekmektedir. Bu kullanıma rağmen esasında burada da bir yargı yolu ayrımı veya düzenlemesinden çok, diğer hükümlerde olduğu gibi daha çok dava açma veya hukukî çare anlamında bir vurgu yapıldığı söylenebilir. O halde sonuç olarak, Anayasa'da, medenî usul hukukunda dava şartı olarak düzenlendiği şekilde bir "yargı yolu" kavramından söz edilemez.

Ancak bu durum, yukarıda da ifade edildiği üzere, Türk Hukukunda var olan "yargı ayrılığı"nı ortadan kaldırmaz. Nitekim Türk yargı örgütü şemasına bakıldığında anayasa yargısı, adli yargı, idari yargı, uyuşmazlık yargısı, yargısal yönü tartışmalı olmakla birlikte hesap yargısı[12] ve seçim yargısı[13] gibi farklı yargı yollarından söz etmek mümkündür[14]. Anayasa Mahkemesi'nin kabulünde olduğu şekilde bir yüksek mahkemenin varlığından yola çıkılarak ayrıma gidilirse, Anayasa'nın "yargı" başlığı altında yer verdiği ve yüksek mahkemeler şeklinde

---

9 "Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı ***yargı yolu*** kapatılamaz" (Anayasa m. 66, IV).

10 "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı ***yargı yolu*** açıktır….. Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı ***yargı yolu*** açıktır" (Anayasa m. 125, I ve II) .

11 "Mahalli idarelerin seçilmiş organlarının, organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü ve kaybetmeleri, konusundaki denetim ***yargı yolu*** ile olur" (Anayasa m. 127, IV).

12 Anayasa Mahkemesi yeni kararlarında Sayıştay'ı mahkeme olarak kabul etmektedir (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 68). "…yargısal faaliyetin en önemli unsuru, bir hukuki uyuşmazlığın tüm yönleriyle esastan çözümlenerek karara bağlanması ve bu kararın kesin hüküm niteliğini taşımasıdır. Kesin hüküm, davanın tarafları arasındaki hukuki ilişkinin, bütün bir gelecek için kesin olarak tespiti veya düzenlenmesi ve aynı davanın hükmün kesinleşmesinden sonra yeniden açılamamasıdır. Sayıştay, sorumluların hesap ve işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığı, hukuka aykırı ise kamu zararı doğurup doğurmadığı ve hukuka aykırı mali işlem ile kamu zararı arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı yolunda, 6085 sayılı Kanun'da öngörülen yargılama usullerini izleyerek bir inceleme yaptıktan sonra, her üç koşulun da gerçekleşmesi durumunda kamu zararının hesap sorumlusundan tazminine karar vermektedir. Sayıştayın tazmin kararı vermesi, hukuka aykırılığın müeyyidesidir. Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrasında, Sayıştayın bu kararının kesin hüküm niteliğinde olduğunun açıkça belirtilmesi ve bu karara karşı yargı organları dâhil hiçbir makam ve mercİye başvurma yolunun öngörülmemiş olması, Sayıştay kararının yargısal anlamda kesin hüküm niteliğinde olduğunu göstermektedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 27.12.2013 gün ve 102/207 sayılı kararı, RG 02.04.2013. sa. 28606-mükerrer).

13 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Levent Gönenç, Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Ankara 2008.

14 Doktrinde bu konuda bir görüş birliği bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim yukarıda söz edilen altı yargı yolunu kabul edenler olduğu gibi (Arslan/Tanrıver, s. 45; Zabunoğlu, s. 74-75; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 32); seçim yargısını bu yollardan ayıranlar (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 69) ile anayasa yargısı, adli ve idari yargı olmak üzere sadece üç yargı yolunun olduğunu ifade edenler de bulunmaktadır (Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2019, s. 2; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, İstanbul 2018, s. 26).

düzenleme yaptığı mahkemelere bakıldığında, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Sayıştay'ın yer aldığı görülür (Anayasa m. 146-160). Ancak yine Anayasa Mahkemesi'nin, kararlarının bir yüksek mahkemede "temyiz" edilmesi ölçütü uygulandığında, bir ilk derece mahkemesi kararını denetlemeyen Sayıştay, Yüksek Seçim Kurulu ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu kapsamdan çıktığını söylemek gerekir.

Sonuçta ister sadece Anayasa'da yer alan yüksek mahkemelerden ister denetim makamı olarak görev yapan yüksek mahkemelerden söz edilsin, yargı ayrılığı kavramından esasen adlî ve idarî yargının farklı çatılar altında olması; başka bir deyişle özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile idarenin eylem ve işlemlerine karşı açılan davaların farklı yargı organları aracılığıyla yürütülmesi anlaşılır. O halde, yargı yolu sorunlarının daha çok adlî ve idarî yargı arasında ortaya çıktığını söylemek yanlış olmaz[15]. Nitekim bu hususta uyuşmazlıkların çözümü için Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kurulmuş olması da bunu göstermektedir.

Yargı ayrılığı, Anayasa m. 158, III veya m. 160, II'da yer alan özel düzenlemeler bir yana bırakılırsa önemli yargı yolu sorunlarına yol açmaktadır. Bu sorunların bir kısmı, açık yasal düzenlemelerle çözülürken bir kısmı bakımından yorum yapılması ihtiyacı ortaya çıkar. Anayasa'nın mahkemelerin görev, yetki, kuruluş, işleyiş ve yargılama usullerinin kanunla tespiti gerektiği şeklindeki düzenlemesi karşısında (Anayasa m. 142) yargı yolunun tespitinde yorumun ne ölçüde yapılabileceği de ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur.

C. ANAYASA MAHKEMESİNİN BAŞVURUCUYA GENEL MAHKEMELERDE DAVA AÇILMASI YOLUNU GÖSTERMESİNİN YARGI YOLU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Anayasa Mahkemesinin Genel Mahkemede Dava Açılmasına Karar Vermesi

Yukarıda belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi, yargı kararıyla bir hak ihlâli gerçekleştiğini tespit etmekle ve tazminat bakımından yeniden yargılamaya karar vermekle birlikte kendisi tazminata karar vermeyip, başvurucunun genel mahkemelerde dava açmasına karar verebilmektedir.

Herşeyden önce Anayasa Mahkemesi'nin bu şekilde karar vermesi usul hu-

[15] Doktrinde yargı düzeni kavramı altında esasen yalnızca adli ve idari yargı ayrımından söz edilmesi gerektiğini ileri süren görüşler de mevcuttur (Kaplan, s. 75-76). Yargı ayrılığının pratik sonuçlarının bu iki yargı yolu için ortaya çıkıyor olmasına rağmen ve bu yargı yollarının diğerleri ile gerçek anlamda bir çatışması bulunmamakla birlikte esasen "yargı" ve özellikle de yüksek mahkeme biçimindeki örgütlenme karşısında bu görüşe katılmak mümkün değildir.

kuku bakımından tasarruf ilkesine (HMK m. 24) aykırılık teşkil etmez. Tasarruf ilkesi, bir kimsenin lehine bir davayı açmaya veya hakkını aramaya zorlanamaması anlamına gelir. Burada başvurucu, temel olarak aslında bir yargı kararıyla adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği iddiasını ileri sürmekte ve bunun ortadan kaldırılmasını istemektedir. Anayasa Mahkemesi ise, bu ihlâlin yeniden yargılama ile bertaraf edilmesinin mümkün veya uygun olmadığı gerekçesiyle ihlâlin tazminat yoluyla telafi edilmesi yoluna gitmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, tazminatın miktarının tespitinde bilirkişi incelemesi vb. gibi tahkikata ihtiyaç duyulduğu hallerde, söz konusu incelemeleri bir hüküm mahkemesi gibi yapamayacağı veya buna ilişkin bilgi veya belgeler dosyada bulunmayabileceği için tazminata kendisi karar vermeyip, başvurucuyu yeni bir dava açmaya yönlendirmektedir. Ancak bu durum hiç kuşkusuz başvurucu için bir dava açma zorunluluğu teşkil etmemektedir[16].

Burada ilk planda ortaya çıkan sorun, başvurucunun bu davayı hangi yargı yolunda açacağı noktasındadır. Zira Anayasa Mahkemesi bu şekilde verdiği kararında, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesindeki hükme atıfla hüküm kurmakta; dolayısıyla başvurucunun hangi yargı yolunda "tazminat davası" açacağını göstermemektedir. Öte yandan 6216 sayılı Kanun'un 50 maddesinde de bu konuda bir açıklık yoktur.

Öncelikle burada bireysel başvuru yapılabilmesi için esasen bütün kanun yollarının tüketilmesi, başka bir deyişle kesinleşmiş bir mahkeme kararının varlığı şarttır (Anayasa m. 148, III). O halde hukuk dünyası bakımından kesin hüküm halini almış ve tekrar dava konusu edilemeyen bir karar olmalıdır. Bireysel başvuruya gidilmesi ile hak ihlâlinin ortadan kaldırılması için bazı hallerde ihlâle sebep olan mahkemenin yeniden yargılama yapması gerekebilir. Ancak bu durum dahi tipik bir yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmiş değildir. Nitekim HMK m. 375, 1/i'de "kararın İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin** kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi"ni açıkça bir yargılamanın iadesi sebebi sayılmakla birlikte aynı düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılamaya karar vermesi hali için kabul edilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bir mahkeme kararı ile hak ihlâlinin gerçekleştiğini tespit ettiği hallerin hiçbirisinde mahkeme kararı iptal edilmemektedir. Ancak hiç kuşku yoktur ki, yeniden yargılamada mahkeme, Anayasa

[16] Burada usul hukuku bakımından belki tartışılması gereken bir başka sorun, başvurucunun bu davayı ne kadar zaman içerisinde açabileceği; bu bakımdan bir hak düşürücü sürenin söz konusu olup olmadığı ile genel zamanaşımı sürelerinin ne şekilde hesaplanacağı bakımından ortaya çıkar.

Mahkemesi'nin tespit ettiği ihlâli giderici şekilde karar vermelidir. Bu anlamda bireysel başvuru sonucunda yapılan yeni yargılamanın kısmen yargılamanın iadesine benzediği[17] söylenebilirse de açıkça ve tipik bir yargılamanın iadesi durumu yoktur. Özellikle HMK m. 375, 1/i'deki düzenlemenin bireysel başvuru sonucu için de öngörülmemiş olması bilinçli bir tercih gibi görünmektedir. Zira başvurucunun talebinden ve yargılamanın iadesi sürelerinden bağımsız bir şekilde kararın mahkemesine gönderilmesi söz konusudur.

Anayasa Mahkemesi'nin gerek kendisinin gerekse genel mahkemeler aracılığıyla başvurucu lehine tazminata karar verilmesini sağlamasında ise, ihlâle sebep olan karar hiçbir şekilde hukuk dünyasından silinmemekte; varlığını sürdürmektedir.

II. "GENEL MAHKEME" NİN HANGİ YARGI YOLU OLDUĞU

1. 6216 SAYILI KANUN'UN DÜZENLEMESİ

Bireysel başvuru sonucunda ortaya çıkan hukukî durum, temelde bağımsız bir talebe vücut verir. Özellikle bizim konumuzu oluşturan olasılıkta, yani Anayasa Mahkemesi'nin ihlâli tespit edip de tazminata karar vermemesi ve başvurucuyu genel mahkemelerde dava açmaya yönlendirdiği halde bir tazminat davası söz konusudur. Ancak sorun, bu tazminat davasında görevli yargı merciinin neresi olduğunun açık bir düzenlemeyle tespit edilmemesinden kaynaklanmaktadır. Hiç şüphesiz, Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi uyarınca, ihlâl kararında genel mahkemeye başvuru yolunu gösterirken ilgili yargı yerine de açıkça işaret ederse Anayasa Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda bu tartışmaların önüne geçilmesi mümkün olabilir (Anayasa m. 158, III).

Öncelikle belirtilmelidir ki, bu konuda 6216 sayılı Kanun'nun 50. maddesinin gerekçesinde "genel mahkeme"den kast edilenin ne olduğuna ilişkin bir açıklık olmadığı gibi[18] doktrinde de bu konuda herhangi bir görüş beyan edilmemiştir[19]. Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca, mahkemelerin görevlerinin kanunla düzenlenmesi gereği karşısında konunun, Kanun'un düzenleme amacı ve sözünden hareketle yorum yapılmasını gerektirdiği açıktır.

Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılama yapılmasına karar vermesi halinde, dosyayı bu amaçla ilgili mahkemeye, yani **mahkemesine** göndereceği konusunda açık düzenleme yapan 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi hükmünün, Anayasa Mahkemesi'nin genel mahkemelerde dava açılması yolunu göstermesi

[17] Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 637.

[18] Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m. 79'da da, "Tazminat miktarının tespitinin, daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi hâlinde, Bölüm bu konuyu kendisi karara bağlamaksızın genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir" biçiminde düzenleme yer almaktadır.

[19] Bkz. Ramazan Korkmaz, Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 248-249.

konusunda aynı belirliliği taşımadığı görülmektedir. Maddenin düzenleme biçimine bakıldığında, ilk olasılıkta açıkça kararı veren mahkemeye dosyanın gönderilmesi öngörülmüşken, Anayasa Mahkemesi'nin bizzat kendisinin tazminata karar vermemesi halinde, kararı veren mahkeme ile bağın kopartılıp, **"genel mahkemelerde" dava açma yolunun gösterilmesi** esası benimsenmiştir. İşte bu noktada sorulması gereken soru, ihlâle yol açan uyuşmazlığın hangi yargı yoluna ait olduğunun mu dikkate alınacağı yoksa bundan bağımsız olarak söz konusu sorunun "tazminat"a hükmedilmesi olduğundan hareketle adli yargı içerisinde mi çözüleceğidir. Başka bir deyişle, ihlâle neden olan karar idarî yargı mahkemeleri tarafından verilmişse tazminat davasının idarî yargıda; adlî yargı mahkemeleri tarafından karar verilmişse tazminat davasının adlî yargıda açılması mı benimsenmelidir? Yoksa ihlâlin hangi mahkeme kararından kaynaklandığına bakılmaksızın bir tazminat davasının varlığından hareketle ve Kanun'da geçen "genel mahkeme" ibaresinden adlî yargı mı (asliye hukuk mahkemesi) anlaşılmalıdır?

Anayasa Mahkemesi'nin değişik vesilelerle verdiği ihlâl kararlarında geçen "genel mahkeme" nitelemesinin yeknesak bir anlama gelmediği görülmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi bir kararında iş mahkemesinin karşısında diğer mahkemeleri genel mahkeme olarak nitelendirmiştir: "Bu nedenle kanun koyucu iş hukukunun çalışanı koruyucu niteliğini ve iş davalarının özelliklerini dikkate alarak genel mahkemelerin dışında özel bir iş yargılaması sistemi oluşturmuş ve iş davalarının, konunun uzmanı mahkemelerce mümkün olduğunca hızlı, basit ve ucuz bir biçimde sonuçlandırılmasını amaçlamıştır"[20]. Anayasa Mahkemesi'nin burada iş mahkemesi karşısında diğer tüm mahkemeleri mi yoksa yalnızca adlî yargıya mensup mahkemeleri mi genel mahkeme olarak kabul ettiği anlaşılmamaktadır. Kanımızca burada esasında bir yargı yolu ayrımından değil, aynı tür mahkemeler arasındaki uzmanlaşmadan, görev dağılımından ve özel görevli mahkeme kavramından söz edildiğini kabul etmek gerekir.

Anayasa Mahkemesi, bir başka kararında ise "genel mahkeme"yi kendisi dışındaki tüm mahkemeleri kapsar şekilde ele almıştır: "Bireysel başvurunun ikincil niteliğinin bir sonucu olarak olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde dayanılmayan iddialar Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet konusu edilemeyeceği gibi genel mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgeler de Anayasa Mahkemesine sunulamaz"[21].

Yukarıda belirtilen kararlardan hareketle "genel mahkeme"nin neye işaret ettiğini konumuz açısından anlamak mümkün değildir. O nedenle sorunun idari ve adli yargı ayrımı bakımından ele alınması uygun olur.

[20] Bkz. Bayram Özkaptanoğlu Başvurusu [GK], (B. No: 2013/1015, 8/4/2015), paragraf 40, Murat Azaklı, Bireysel Başvuruda Hukuk Davasına İlişkin Kararlar, Ankara 2017, s. 1193.

[21] Emel Kaynar ve Diğerleri, B. No: 2013/3667, 10/6/2015, paragraf 44, Azaklı, s. 740.

Yukarıda yargı birliği-ayrılığı konusunda da belirtildiği üzere "yargı" ve "mahkeme" kavramı tarihsel olarak özel hukuk ilişkileri ile ceza hukukuna yöneliktir. Bu nedenle de "yargı" kavramı adli yargı için kullanılagelmiştir. İdari yargı, hukuk devleti olma yolunda çok sonraları ortaya çıkmıştır. Doktrinde de genel yargıdan "adli yargı" anlaşılmaktadır[22]. Öte yandan, tarihsel gelişimi ve yargı ayrılığının ortaya çıkış süreci dikkate alındığında, idari yargının, idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için öngörülen daha özel[23] bir yargı yolu olduğu; bir uyuşmazlığın bu yolla çözülebilmesinin kendisine özgü koşulları bulunduğu; adli yargının ise bunun dışında kalan genel bir yargı yolu olduğu ifade edilebilir. Nitekim Türk Hukukunda yargı ayrılığının ortaya çıkışı bakımından öncelikle adli mahkemelerin bulunduğu, idari yargının ve örgütlenmenin çok sonra olduğunu söylemek mümkündür. İdari yargının ilk adımı 1868 yılında Fransız örneği dikkate alınarak Şûrâ-yı Devlet ile atılmıştır. Ancak bu gelişme bekleneni vermemiş ve 1876 Anayasası ile idari yargı ortadan kaldırılmıştır. Burada kullanılan, "eşhas ile hükümet arasındaki davalar dahi *mahakimi umumiyeye* ..verilmiş" ifadesi dikkat çekici olup, idari uyuşmazlıkların adli yargıya bırakılmasında tercih edilen kavram "mahakimi umumiyeye" yani "genel mahkeme" olmuştur[24]. O halde tarihsel olarak da adli yargının genel yargı veya mahkeme olarak kabul edildiğini söylemek yanlış olmaz.

İdari yargı doktrininde de yargı denilince akla adliye mahkemelerinin geldiği; bunun son derece doğal olduğu; çünkü adli yargının en kapsamlı yargı olduğu ifade edilmektedir[25]. Çünkü idari yargı, idarenin "idare alanındaki" etkinliklerinin yargısal denetimini yapan yargı koludur. Bu yargı kolu, "idare rejimi"nin doğal gereği ve bir bakıma onun uzantısıdır[26]. Öte yandan idare hukuku doktrininde idari yargının varlığının idare hukukunun gelişimi için önemli olduğu ifade edilirken, idari yargının karşıtı olarak ve adli yargı yerine genel mahkemeler teriminin de kullanıldığı göze çarpmaktadır[27].

Öte yandan kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'nin dosyayı yeniden yargılama yapılması amacıyla hiç tereddüt etmeden kararı veren mahkemeye göndermek suretiyle görevli organı belirlemişken, burada başvurulacak mahkeme konusunda susmuştur. Anayasa Mahkemesi, ihlâli tespit etmesine rağmen yeniden

---

22 Adli yargının çok geniş bir görev alanının bulunması nedeniyle, adli yargıya genel yargı denildiği doktrinde ifade edilmektedir (Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, s. 23.

23 Yargı yolları arasında bir altlık-üstlük ilişkisi olmayıp burada belirtilmek istenen sadece kapsam itibariyle bir tespitten ibarettir.

24 Zabunoğlu, s. 98-99.

25 Zabunoğlu, s. 66. Doktrinde adli yargının genel, idari yargının özel görevli olarak nitelendiği de görülmektedir. Buna göre, idari yargının görev alanına girmeyen bütün uyuşmazlıklar kural olarak adli yargının görev alanına girmektedir. Öte yandan tarihsel olarak da adli yargı daha önce oluşmuştur (Kaplan, s. 77-78). .

26 Zabunoğlu, s. 69.

27 Metin Günday, İdare Hukuku, Ankara 2017, s. 27.

yargılama yapılmasında hukukî yarar görmediği durumlarda artık **"tazminat"** biçiminde bir telafi yoluna gitmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, HMK m. 375, 1/ı'daki düzenlemenin tersine Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ihlâl kararı, açıkça bir yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmemiştir. Bu nedenle ihlâle sebep olan mahkeme kararı, kesin hüküm gücünü korumakta; ancak Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği açılardan tazminat hesabının yapılması gerekmektedir. Çünkü, esasen yeniden yargılama yapılmasında hukukî yarar olmadığı için mahkemesine gönderilmesi yerine, tazminatla başvurucunun zararı kısmen giderilmeye çalışılmaktadır. O halde ihlâle yol açan mahkeme kararındaki yargılama usulü veya tespitler değil; Anayasa Mahkemesi kararının, mahkeme kararını ortadan kaldırmadan hak ihlâlini tespit eden kararı dikkate alınarak bir "tazminat" davası söz konusu olacaktır. Bu bakımdan kararı hangi mahkemenin verdiğinin önemi olmadığı gibi, tazminat davasına bakacak yargı organının (mahkemenin) davayı reddetme yetkisi de yoktur. Çünkü burada davacının tazminata hak kazandığı "kesin" olarak ihlâl kararıyla ortaya çıkmış fakat "miktar" konusunun tahkikatı gerektirmesi nedeniyle konu, hüküm mahkemesine bırakılmıştır. Bu mahkemenin de adlî yargı alanındaki görevli mahkemeler olduğu kabul edilmelidir. Çünkü, konu artık saf bir tazminat davası niteliğine bürünmüştür. Öte yandan kanun koyucu, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinde bizatihi mahkeme kararından kaynaklanan ihlâle karşı nasıl bir yol izleneceğini düzenlediğine göre, yargı hizmetinden kaynaklanan bu ihlâli "hizmet kusuru" olarak kabul edip açıkça tam yargı davası yolundan da söz edebilirdi. Oysa burada teknik olarak böyle bir kavram yerine "tazminat" terimi tercih edilmiştir.

Öte yandan, mahkeme kararının yol açtığı bir hak ihlâlinin hâkimin sorumluluğuna kıyasen değerlendirilip değerlendirilmeyeceği de dikkate alınmalıdır. Burada mahkeme kararına dayalı ihlâl olduğuna göre, sorun hâkimin kararıdır. Bu nedenle de hâkimin sorumluluğunu düzenleyen HMK m. 46 vd. uyarınca görevli yargı yolunun adli yargı olduğu da söylenebilir[28]. Bu gerekçeyle de, tazminat davasının, adli yargıda görülebileceği ifade edilebilir. Bir an için ihlâle yol açan karar hangi yargı yolundan kaynaklanmışsa tazminat davasının da o yargı türünde görülebileceği düşünülebilse de, kanımızca bu görüşe katılmak mümkün olmamalıdır. Zira az önce ifade edildiği üzere, sonuçta burada hak ihlâli, mahkeme kararından kaynaklanmıştır. Bu ise, bir hâkim kararıdır ve yargı yolundan ba-

[28] Doktrinde, mahkeme kararıyla hak ihlâlinin ortaya çıkması halinde, hâkime rücu edileceği; bunun HMK m. 46 vd.'ndan bağımsız bir sorumluluk sebebi olduğu ifade edilmektedir [bkz. İbrahim Ermenek, Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar, (MİHDER C. 9, Sa. 26, 2013/3, s. 3-55), (38)]. Bu halde devlet aleyhine tazminat davası açılması gerektiği konusunda bkz. Tahir Muratoğlu, Devletin Yargısal Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu, Ankara 2016, s. 243, dpn. 914.

ğımsız olarak hukukî sorumluluk açısından HMK m. 46 vd. hükümlerine tâbidir. O halde konuyu hâkimin sorumluluğuna kıyasen değerlendirmek daha isabetli olur. Çünkü, kanımızca ihlâle yol açan kararı veren hâkim ister adli yargı isterse idari yargı hâkimi olsun, sonuçta onun fiil ve kararlarından devletin sorumluluğu kabul edilmiş olduğu için burada yargı yolu ayrımı yapmadan tazminat davasının HMK hükümleri uyarınca adli yargıda görülmesi gerekir[29].

2. YARGI AYRILIĞI (ADLÎ-İDARÎ YARGI AYRIMI) BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Bireysel başvuru sonucunda mahkeme kararıyla hak ihlâli gerçekleştiğinin tespiti üzerine Anayasa Mahkemesi'nin, başvurucunun genel mahkemeye başvurmasına karar vermesi halinde görevli yargı yolunun belirsizliğinin adli yargı lehine yorumlanması görüşünde olduğumuzu yukarıda açıklamaya çalıştık. Ancak konunun bir başka açıdan da ele alınması gerekir. Bu da yargı ayrılığı sistemi içerisinde görev paylaşımının nasıl yapıldığı; bu açıdan söz konusu davanın hangi yargı yolu içerisinde görülmesi gerektiği hususudur.

İdarenin eylem veya işleminden kaynaklanan ya da karşı tarafın idare olduğu davaların idarî yargı yerine adlî yargıda görülmesine veya tersine bir düzenlemeye yer veren hükümler bakımından Anayasa'ya aykırılık iddiası ile yapılan norm denetimlerindeki Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına bakıldığında, Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiş olmasına rağmen, bunun bizatihi ve mutlaka "idari yargı" şeklinde olmasının gerekmediği ifade edilmektedir. Böylece Anayasa Mahkemesi, adlî ve idarî yargı arasında mutlak ve kesin bir ayrım yapmamakta; kanun koyucunun takdir yetkisini ise "haklı neden" ve "kamu yararı" ölçütlerini uygulamak suretiyle somut düzenlemeler bakımından denetlemektedir[30].

---

[29] "…hâkimin yargılama faaliyeti esnasında vermiş olduğu zararlardan, ilk plânda Devlete karşı tazminat davası açılması esası kabul edilmiştir. ..- Hükümde geçen 'hâkim' kavramı, genel anlamda kullanılmıştır. Buna, yargı yetkisini kullanan tüm hâkimler dahildir. Örneğin, ilk derece mahkemesi hâkimleri, bölge adliye mahkemesi hâkimleri, Yargıtay, Danıştay başkan ve üyeleri, keza ceza mahkemesi hâkimleri de buraya dahildir" (HMK m. 46, Hükümet Gerekçesi).

[30] "…Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayrımına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, **haklı neden** ve **kamu yararının** bulunması halinde yasa koyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir" (Anayasa Mahkemesi'nin 20.10.2011 gün ve E. 2010/55, K. 2011/140 sayılı kararı için bkz. RG 14.02.2012, sa. 28204). Anayasa Mahkemesi, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalarda asliye hukuk mahkemelerini görevlendiren HMK m. 3 hükmünü, bu görev düzenlemesinde kamu yararı bulunmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 16.02.2012 gün ve 35/23 sayılı kararı için bkz. RG 19.05.2012, sa. 28297). Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, 5510 sayılı Kanunla SGK'na karşı açılan davaların iş mahkemesinde görülmesine izin veren hükmü (Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.2011 gün ve 65/169

Buna karşılık, hakkında açık bir hüküm bulunmayan hallerde adlî ve idarî yargı arasında "görev" paylaşımının nasıl olması gerektiği konusunda doktrin ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararları ve yaklaşımı dikkate alınmalıdır.

İlk olarak "hâkimiyet-temşiyet" ölçütüne bakılmalıdır. Buna göre, idarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemler ile kamu gücünü kullanmadan yaptığı işlemler arasında bu işlemlerden doğacak uyuşmazlıkların tâbi olacağı yargı düzeni farklı olmalıdır. Eğer idare, kamu hukukundan doğan yetkilerini kullanarak bir işlem yapmaktaysa bu konuda çıkacak uyuşmazlık idari yargının görev alanına girecek; aksine bir özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği durumlarda ise doğacak uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girecektir. Kamu gücü Devletin emretme, tek yanlı iradesini kabul ettirme şeklinde anlaşılır ve bu durum hâkimiyete dayanır; bunun dışında kalan işlemler ise temşiyet yani daha çok işletme ile ilgilidir. Devletin özel hukuk alanındaki faaliyetlerinin daha karmaşık ve farklı hale gelmesinden sonra bu ölçütün terk edildiği doktrinde ifade edilmektedir. Bunun yerine başvurulan ölçütler ise kamu hizmeti, kamu gücü[31], kamu kanunu[32], idari işlem[33], idari eylem[34], idari sözleşme[35], kanunla belirlenmiş yargı yeri[36] şeklinde özetlenebilir. Ancak bütün bu ölçütlerin de benzer uyuşmazlıklarda dahi farklı sonuçlara ulaşılmasına neden olduğu da doktrinde belirtilmektedir[37].

---

sayılı kararı için bkz. RG 25.01.2012, sa. 28184) veya 2918 sayılı Kanun m. 110 ile kamu araçlarının veya işleteni idare olan bir aracın yol açtığı trafik kazalarından kaynaklanan sorumluluk davalarının adli yargıda görülmesini sağlayan hükmü (Anayasa Mahkemesi'nin 26.12.2013 gün ve 68/165 sayılı karar için bkz. RG 27.03.2014, sa. 28954) Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

31 İdari yargının görev alanının belirlenmesinde, özellikle açık hüküm bulunmayan hallerde kamu gücü ölçütünün kullanılması gerektiği; kamu gücü ve ayrıcalıklarının bulunduğu bir uyuşmazlığın idari yargıda, bunun söz konusu olmadığı uyuşmazlığında adli yargıda görülmesi gerektiği ifade edilmektedir (Karaman, s. 62).

32 İdareye özgü kanunlar kamu kanunları sayılır, bunların düzenledikleri konular idare hukukuna ve idari yargıya ait alanlardır. Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından çok sık kullanılan bu nitelendirme idarenin herhangi bir kamu kanununu uygulamak için yaptığı eylem ve işlemlerin idari yargıda çözümlenmesi üzerine kurulu bir ölçüttür. Yargı kararlarında oldukça sık rastlanan kamu kanunu ölçütü esasında kamusal yetki ve usullerin kullanılmasını ifade etmektedir.

33 Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında oldukça sık başvurulan ölçütlerden bir diğeri de idari işlem ölçütüdür. Bu ölçüt mahkeme kararlarında idarenin, idare hukukuna dayanarak tek yanlı irade açıklamasıyla yaptığı işlemler olarak ele alınmaktadır. İdari işlemlerin sonuç doğurabilmesi için idarenin tek yanlı bir irade açıklaması yeterli olup bu iradenin yöneldiği kişinin herhangi bir işlem ya da eylemde bulunması gerekmemektedir.

34 Uyuşmazlık Mahkemesi, idarenin görev ve yetki alanına giren ve kanuna dayanılarak yapılan eylemlerin idare adına yapılan eylemler olarak birer idari eylem olduğunu ve bu eylemlerden doğan uyuşmazlıkların da yine idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiğini belirtmektedir. Doktrinde ve yargı kararlarında gerek özünde bir idari işlem bulunduğu için idarece yapılan eylemlerin gerek herhangi bir idari işlem bulunmaksızın doğrudan yapılan eylemlerin bir başka deyişle "salt idari eylemlerin" idarenin eylemlerini oluşturduğu kabul edilmektedir.

35 Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarında kullandığı bir diğer ölçüt, idari sözleşmelere ilişkindir. İdarenin yaptığı sözleşmelerin idari sözleşme sayılabilmesi ve idari yargının görev alanına sokulabilmesi için öncelikle bu sözleşmenin herhangi bir kamu hizmetinin yapılmasına ilişkin olması diğer taraftan da bu sözleşme ile özel hukuk yetkilerini aşan yetkilerin idareye tanınmış olması gerekir.

36 Bir tarafının idare olmasına ve esasen uyuşmazlığın idari yargıda görülmesi gerektiği halde kanun koyucunun yargı yerini açıkça adli yargı olarak belirlediği durumlardır.

37 Gülsüm Aktaş, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri (Belirlenebilir

Buna rağmen genel kabul gören ölçütlere göre, idari yargının görev alanı kural olarak, taraflardan birinin idare olup olmaması ve uyuşmazlığa uygulanacak hukukun kamu hukuku olup olmasına göre belirlenir. Taraflardan birisinin idare olmasına rağmen uyuşmazlığın çözümünde özel hukuk kuralları uygulanacaksa dava adli yargıda açılmalıdır. Yine adli hizmetlerden doğan zararların karşılanması için açılan davaların bir idari işleme dayansa bile istisnai olarak adli yargıda görüleceği ifade edilmektedir[38].

Bütün bu açıklamalar da aslında gri veya bulanık bir alanla karşı karşıya olunduğunu göstermektedir. Bütün bu belirsizlik ve çelişkilere rağmen Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, özellikle açıkça yargı yolunun belirlenmediği durumlara özgü bir konudaki kararına değinilmesinde yarar vardır. Bu örneklerden birisi, TMK m. 1007 ile ilgilidir. TMK m. 1007'de, "Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder. Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer *mahkemesinde* görülür" denilmekte ve açıkça hangi yargı yolunun görevli olduğu belirtilmemektedir. Bir kusursuz sorumluluk getiren bu düzenleme ile ilgili olarak Uyuşmazlık Mahkemesi, "Davacı taraf, hatalı kadastro işlemi nedeniyle oluşan durumdan ötürü zarara uğradığını iddia etmektedir. Her ne kadar olayda, kamu kurumunun kamu görevinin ifası sırasında bu görevden doğan bir zararın ve bu zararın tazmini söz konusu ise de; Kanunların öngördüğü bazı durumlarda kamu hizmetinin özelliği ve gerekleri gözetilerek yine kanunlarla istisnalar getirilmiş ve **Devlete bu gibi durumlarda da özel hukuk ilkeleri gereğince sorumluluk yüklenmiştir.** Yukarıda yer verilen 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1007. maddesi de bu istisnalardan birini oluşturmaktadır. Buna göre, davacının isteminin kadastro tespiti ile taşınmazın tapu kaydının hatalı oluşturulması nedeniyle mahrum kaldığını ileri sürdüğü maddi kaybın tazminine ilişkin olduğu gözetildiğinde, davanın görüm ve çözümünün, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre adli yargının görevine girdiği sonucuna varılmıştır"[39].

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin işaret ettiği hususlardan birisi, **"devletin özel hukuk ilkeleri gereğince sorumlu tutulabilmesi"**dir. Konumuz bakımından, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yararın bulunmadığı, ancak ihlâlin varlığı ve bu çerçevede "tazminat"a hak kazandığı Anayasa Mahkemesi kararı ile ortaya çıkmaktadır. Hak ihlâline yol açan mahkeme kararının tartışılması değil, sadece tazminatın miktarının tespiti söz konusudur. Bu konu ise, öncelikle bir özel hukuk sorunudur. Bu bakımdan devletin özel hukuk ilkesine göre sorumlu

mi?), http://dergipark.gov.tr/download/article-file/155585 (e.t.10.02.2020), s. 8-9; Nagihan Tandoğan Özbaykal, Medeni Yargı ile İdari Yargı Arasındaki Yargı ve Hüküm Uyuşmazlıkları, Ankara 2019, s. 29 vd.

38 Ulusoy, s. 661-662.

39 Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 08.05.2017 gün ve E. 2017/276, K. 2017/ 319 sayılı kararı için bkz. Legalbank içtihat bankası.

tutulduğu açıktır. Anayasa Mahkemesi'nin ihlâli tespit etmiş olması ve bunun da mahkeme için bağlayıcı bulunması nedeniyle, esasında mahkeme bakımından artık hukuki ilişkinin kaynağı veya niteliğinin de bir önemi yoktur. Çünkü mahkemenin yapacağı şey, tazminatın miktarını belirlemekten ibarettir. Bu görev, yargı yolu bakımından daha genel bir alanda görev yapan adli yargıya ait olmalıdır. Kaldı ki, HMK m. 46 vd. da düzenlenen tazminat davası, tüm yargı çeşitlerinde görev yapan hâkimler için geçerli olduğu gibi[40], burada söz konusu dava, tamamen özel hukuk kuralları çerçevesinde görülen bir tazminat davasıdır[41].

Konu idari yargının işlevi bakımından ele alındığında, idari yargının bireyi idare karşısında korumak ve hukuk düzenini sağlamak biçiminde bir görev yaptığına dikkat çekilmelidir. İdarenin tek yanlı, irade açıklaması ile icrai nitelikte ve hukuksal durumu etkileyebilen kararlar alması ve bu kararların "kanunilik" karinesinden yararlanması nedeniyle derhal uygulanması bireyi idare karşısında zayıf ve korunmaya muhtaç kılmaktadır. İdari yargı günümüzde öncelikle üstün kamu gücü kullanma yetkisine sahip ve birey karşısında güçlü durumda bulunan idare karşısında bireyin korunmasına hizmet eder. Bu husus, idari yargı kararlarında da vurgulanmaktadır[42].

İdari yargının işlevi ile adli yargının işlevi de birbirinden farklıdır. Anayasa Mahkemesi de bunu kararlarında vurgulamaktadır: "Adli yargının amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nasafet kurallarına göre çözülerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde, idari yargı denetiminin asıl amacı idarenin idare hukuku alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Bir başka deyimle, idari yargı denetiminin amacı, idarenin kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya eylem tesis etmesi hallerinde, bu işlem veya eylemleri yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden iptal etmek suretiyle idareyi hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır. …Hukuka ve mevzuata aykırı olması nedeniyle, bir idari işlemin iptal edilmesine ilişkin karar, geçmişe yürüyerek; sakat idari işlemin yapıldığı günden itibaren hüküm ifade eder. Bundan dolayı iptal hükmü, idareye iptal edilen işlemden önce mevcut olan ve bu işlemle değiştirilmiş bulunan hukuki durumu aynen iade etmek zorunluluğu yükler"[43].

İdari yargıda açılabilecek davalar, iptal ve tam yargı davası olup bunun koşulları da yine bu hukuk tarafından belirlenmiştir. Konumuz bakımından dikkate alınması gereken dava türü "tam yargı" davası olduğundan, hak ihlâli kararı üze-

---

40 Bkz. yuk. dpn. 29'da yer verilen HMK m. 46 gerekçesi.

41 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 131.

42 "İdari yargı yolu, idare edilenlerin idare edenler tarafından müesses tasarruflara karşı ihdas edilmiş bir teminat yoludur"; "İdari kaza idari fiil ve kararların kanuniyetini kontrol maksadıyla müessestir. Bu sebeplerledir ki idari davanın mesmuiyeti için mevzuunu idari bir tasarruf veya idari bir fiil teşkil etmiş olsun"… (Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 44).

43 Anayasa Mahkemesi'nin kararı için bkz. Karaman, s, 71.

rine açılacak davanın bir tam yargı davası olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Tam yargı davası, kamu gücünün yol açtığı bir zararın tazmini talebine dayanır[44].

Tam yargı davalarının esastan kabul edilebilirliğine ilişkin olarak gerek özel kanunlarda gerekse İYUK'ta özel bir düzenleme yoktur. İYUK m. 12-13 ve 16'da bulunan hükümler daha çok usuli hususlara yöneliktir. Devletin sorumluluğu da özel hukukta olduğu gibi kusura dayalı veya kusursuz olabilir. Ancak burada özel hukuktan farklı olarak "hizmet kusuru"ndan söz edilir.

Kamu hizmet ve faaliyetlerinin gereği gibi yürütülememesi halinde "hizmet kusuru"ndan söz edilir: "Hizmet kusuru, gerek öğretide gerekse yargı içtihatlarında idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir kamu hizmetinin kuruluşunda, teşkilatın yapısında, personelde ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatların verilmemesi, gözetim ve denetimin yapılmaması, hizmete yönelik araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç hareket edilmesi veya hiç faaliyette bulunulmaması sonucu oluşan birtakım aksaklık, aykırılık, bozukluk, özensizlik, eksiklik ve sakatlık olarak tanımlanmaktadır"[45].

Buna göre hizmet kusuru, kamu hizmet veya faaliyetinin **hiç işlememesi, geç işlemesi** veya **kötü işlemesi** halinde ortaya çıkar[46].

İdari yargının geliştirdiği ölçütlerle tam yargı davası bakımından idare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmeti ile nedensellik kurulabilen zararlardan, hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkeleri ile sorumlu tutularak kişilerin özel zararlarını tazmine karar verir. İdari yargı, özel hukuk alanında hukuksal sorumluluk nedenlerini oluşturan hallerin maddi ve hukuksal çerçevesinden bağımsız olarak salt idare hukukuna özgü ilke ve gereklerle "hizmet kusuru", "kusursuz sorumluluk", "görev sorumluluğu" ve son yıllarda geliştirilen "sosyal risk" sorumluluğu gibi tazmin borcu doğuran hukuksal sorumluluk nedenleri ile bu nedenlerin yürütülen hizmetin nitelik ve gereklerine uygun olarak değişen görünüş biçimlerine ilişkin ilke ve ölçütler geliştirmişlerdir[47].

Yargı hizmetinin kamu hizmeti olduğuna kuşku olmamakla beraber, hâkimin yargısal faaliyeti ve bu arada ortaya çıkan zarar, hizmet kusuru olarak nitelenemez. Her ne kadar HMK m. 46 vd. ile yargısal faaliyetten kaynaklanan zararlar bakımından devletin birinci derecede sorumluluğu kabul edilmişse[48] de, bu du-

44 Kaplan, s. 278 vd.

45 Danıştay 15. Dairesinin 10.12.2015 gün ve 407/8736 s. Kararı için bkz. Kaplan, s. 297.

46 Kaplan, s. 297.

47 Karaman, s. 104.

48 Anayasa Mahkemesi, yargısal faaliyetten ötürü devletin sorumluluğunun kabul edilmesini Anayasa'ya aykırı bulmamıştır: "…Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabileceği; 40. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararın, kanuna göre, Devletçe tazmin edileceği, Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olduğu öngörülmüştür. Buna göre, Anayasal olarak memurlar ve diğer kamu görevlilerine tanınan bu hakların bağımsızlık ve tarafsızlıkla görevlerini yürütmeleri gereken hakim ve savcılara tanınmaması yargı

rum, yargısal faaliyeti idarenin eylem veya işlemi haline getirmez. Çünkü hâkim, yargısal faaliyeti idarenin bir elemanı (ajanı) olarak değil, objektif, tarafsız ve bağımsız bir erk olarak millet adına yapar. Öte yandan, yukarıda ifade edildiği üzere, tüm yargı çeşitleri bakımından geçerli hukukî sorumluluk, tazminat davası biçiminde ve adli yargı içerisinde görülmelidir.

Bir an için yargısal hak ihlâlinden kaynaklanan tazminat davasının devlete karşı ve idari yargı yolunda açılacağı kabul edilse dahi, idari yargı içindeki dava açma mekanizması[49], sürelerin başlangıcı[50] veya davanın görülmesi gibi pek çok bakımından tazminat davasının amacına uygun bir şekilde ele alınamayacağı, bu çözümün idari yargının işlev[51] ve varlık sebebine de[52] uygun olmayacağı açıktır. Zira başta, dava açma süresinin ne zaman başlayacağı olmak üzere, İYUK m. 12-13'te öngörülen yargılama usulü ile ilgili pek çok sorunla karşılaşılır. Anayasa Mahkemesi'nin kararı, bir mahkeme kararının ihlâle yol açması nedeniyle tazminat talep etme hakkını doğurmakta ve bu husus davacıya bildirilmektedir. Böyle bir bildirimin idari işlem olarak kabulü ve bu karardan itibaren dava açma süresinin başlayacağını benimsemek, idare hukuku ilkeleriyle de bağdaşmaz. Zira burada davacı aleyhine bir işlem tesisi değil, onun lehine bir hak sağlanması söz konusudur. Kaldı ki, idari yargılama usulünde "tazminat" davasına yer verilmiş olmayıp, İYUK m. 2, 1/b uyarınca açılabilecek dava, "idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları"dır. Dava konusu ise, idari eylem veya işlem değil, mahkeme kararıyla mülkiyet hakkının ihlâl edilmiş olması nedeniyle 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca "tazminat" talebinden ibarettir.

---

bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile çelişir. Kaldı ki, zarar görenler açısından daha güvenli sayılabilecek ve ödeme gücü yüksek olan Devletin tazminat sorumluluğunun kabulü zarara uğramış kişiler için de bir güvence oluşturmaktadır" (30.03.2012, 29/49, RG. 01.01.2013, sa. 28515).

49 Örneğin İYUK m. 11 gereği önce idareye başvurma zorunluluğu.

50 İdari yargıda hem genel dava açma süresi hem de özel dava açma sürelerinin varlığı; bunların kısa ve hak düşürücü olması, oysa bir tazminat davası bakımından daha uzun süreler veren zamanaşımı hükümlerinin bulunması gibi.

51 İdari yargının işlevi ile adli yargının işlevi de birbirinden farklıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarında bunu vurgulamaktadır: "Adli yargının amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nasafet kurallarına göre çözülerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde, idari yargı denetiminin asıl amacı idarenin idare hukuku alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Bir başka deyimle, idari yargı denetiminin amacı, idarenin kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya eylem tesis etmesi hallerinde, bu işlem veya eylemleri yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden iptal etmek suretiyle idareyi hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır. …Hukuka ve mevzuata aykırı olması nedeniyle, bir idari işlemin iptal edilmesine ilişkin karar, geçmişe yürüyerek; sakat idari işlemin yapıldığı günden itibaren hüküm ifade eder. Bundan dolayı iptal hükmü, idareye iptal edilen işlemden önce mevcut olan ve bu işlemle değiştirilmiş bulunan hukuki durumu aynen iade etmek zorunluluğu yükler" (Anayasa Mahkemesinin kararı için bkz. Karaman, s. 71).

52 Nitekim Anayasa Mahkemesi, idari yargının münhasıran idari eylem ve işlemler bakımından öngörüldüğünü ifade etmektedir: Anayasa Mahkemesi de, "…adli yargıdan ayrı ve bağımsız bir idari yargı sisteminin, Anayasaca ve idare hukukunca kabul edilmiş olmasının nedeni, kamu hizmetlerinden doğan anlaşmazlıkların yapılarındaki özellikler, bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik bir nitelik taşıması…Adli yargı ile idari yargının birbirinden ayrılmasını temelinde, özel hukukla idare hukukunun ayrı ilke ve kurallara oturmuş bulunmaları; uyuşmazlık alanlarının ve bu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kurallarının değişik olması yatmaktadır" (Karar için bkz. Karaman, s. 62).

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda yaptığı inceleme üzerine bir mahkeme kararı ile başvurucunun hakkının ihlâl edildiği, ancak yeniden yargılama yapılmasında hukuki yararın olmaması nedeniyle başvurucu lehine tazminata hükmedilmesi gerektiği kanaatine ulaşması halinde, sorun "tazminat"a dönüşür. Anayasa Mahkemesi, kural olarak bu tazminata kendisi karar verir. Ancak bazı hallerde Anayasa Mahkemesi'nin gerek dosyada yeterli bilgi-belge bulunmaması gerekse tazminatın hesabının bilirkişi incelemesini gerektirmesi halinde başvurucuya tazminat davası açması için genel mahkemede dava açılması yolunda karar vermesi mümkündür. İşte bu halde başvurucunun söz konusu tazminat davasını hangi yargı yolunda açacağına ilişkin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ikinci fıkrası hükmünde bir açıklık bulunmamasına rağmen, Kanun'da yer alan "genel mahkeme" ibaresinin adli yargı olarak yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşmış bulunuyoruz. Çünkü burada her şeyden önce bir mahkeme kararı ile hak ihlâlinin gerçekleştiği; Türk Hukukunda hâkimin sorumluluğu bakımından HMK m. 46 vd. ile Devlete karşı açılacak tazminat davasında adli yargının görevli kılındığı; ihlâle yol açan mahkemenin hangi yargı yolunda bulunduğunun öneminin olmadığı; kaldı ki, idari yargıya konu olacak bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemeyeceği; 6216 sayılı Kanun'un anılan hükmünde yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi halinde "mahkemesine" gönderilmesine karar verileceği açıkça ifade edilmişken Anayasa Mahkemesi'nin başvurucuya genel mahkemede dava açması yolunu gösterirken Kanun'un böyle bir belirleme yapmadığı; Türk Hukuk doktrininde ve uygulamasında genel mahkeme kavramının "adli yargı" için kullanıldığı ve idari yargının koşulları ayrıca ve açıkça belirlenen hallerde görevli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Varılan bu sonuca rağmen uygulama bakımından bir kısım sorunların olabilirliğine de işaret etmek gerekir. Yukarıda dayanak olarak belirtilen HMK m. 46 vd. hükümleri bakımında görevli mahkeme, ilk derece mahkemesi olmayıp, doğrudan doğruya Yargıtay'dır (HMK m. 47). Buradaki tazminat davasının ise ilk derece (asliye hukuk) mahkemesinde açılması uygun olur. Çünkü, bu dava doğrudan doğruya hâkimin sorumluluğuna yönelik bir dava olmayıp Devletin sorumluluğuna ve özel bir sebebe (6216 s. K. m. 50, 2) dayanmaktadır. HMK m. 46'da hâkimin sorumluluğu sebepleri sınırlı bir şekilde sayılmış olup, Devletin tazminata mahkûm edilmiş olmasının rücu ilişkisi bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla her tazminata mahkûmiyetin hâkime rücu edilebilen zarar olacağı söylenemez. Bu konuda ayrıca bir dava açılması uygun olur. HMK m. 48, 2 uyarınca hâkime resen davanın ihbarının bir işlevi de olmaz. Çünkü bu davada hak ihlâli hususu tartışma konusu yapılamayıp sadece "tazminat"ın miktarı tayin ve tespit edilecektir.

KAYNAKÇA

Aktaş, Gülsüm Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında İdari Yargının Görev Alanı Ölçütleri (Belirlenebilir mi?), http://dergipark.gov.tr/download/article-file/155585 (e.t.10.02.2020).

Akyılmaz, Bahtiyar /Sezginer, Murat /Kaya, Cemil, Açıklamalı –İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2019.

Arslan, Ramazan / Tanrıver, Süha, Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001.

Arslan, Ramazan /Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019.

Atalı, Murat /Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.

Azaklı, Murat, Bireysel Başvuruda Hukuk Davasına İlişkin Kararlar, Ankara 2017.

Ermenek, İbrahim, Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar, (MİHDER C. 9, Sa. 26, 2013/3, s. 3-55).

Gönenç, Levent, Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Ankara 2008.

Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa 2018.

Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2017.

Kaplan, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Bursa 2020.

Karaman, Ebru, Türk İdari Yargısının Görev Alanının Anayasal Dayanağı, İstanbul 2013.

Korkmaz, Ramazan, Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul 2017.

Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2019.

Muratoğlu, Tahir, Devletin Yargısal Faaliyetlerden Kaynaklanan Sorumluluğu, Ankara 2016.

Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, İstanbul 2018.

Tandoğan Özbaykal, Nagihan, Medeni Yargı ile İdari Yargı Arasındaki Yargı ve Hüküm Uyuşmazlıkları, Ankara 2019.

Ulusoy, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara 2019.

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000.

Zabunoğlu, Yahya Kazım, İdare Hukuku, C. 2, Ankara 2012, s.87-89.

ÜNİVERSİTE ÖĞRETİM ELEMANLARININ GÖREVLERİNE SON VERİLMESİ USULLERİ AÇISINDAN 147'LER OLAYI VE SONUÇLARI ÜZERİNE

M. Ayhan Tekinsoy*

1989 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 1. sınıfa başladıktan bir süre sonra, Fakülte'den –artık hangisini kullanacağınız hukuk bilgisine mi nezaketinize ya da tepkinize göre mi belirlenecek bilemiyorum- uzaklaştırılmış / atılmış / tasfiye edilmiş / ilişiği kesilmiş, görevlerine son verilmiş / vazifelerinden affedilmiş bazı Hocalarımızın Fakülte'ye döndüğü bilgisi yayıldı koridorlarda. Metin GÜNDAY adını ilk duyuşum, Fakülte'ye dönüşü ve 2. sınıfta dersimize girebileceğine ilişkin konuşmalar ile oldu. Ertesi yıl, tek numaralı 2/A öğrencilerinin İdare Hukuku Hocası olarak başlayan ilişkimiz (aslında Hocadan yüksek lisans dersi aldığım 1994 yılına kadar şahsi bir ilişkim olmadı, lisansta -nedensekorkulan bir hoca olmuştur Metin Hoca) asistanlık ile (aslında bu arada bir yerlerde asistanken araştırma görevlisi olduk) devam etti ve Hoca emekli olmadan önce bir süre aynı dersi birlikte verme onurunu da yaşadım.

12 Eylül döneminde üniversiteden tasfiye edilen Hocalarımızın, bir kısmıyla yakın görüşme ve birlikte çalışma imkânına sahip oldum (öğrencileri oldum yani). Uzun süren bir mücadele sonrasında Fakültelerine dönebildiler, döndükten sonra yine önemli çalışmalar yaptılar, öğrenci yetiştirdiler ve bilgiyi sonraki kuşaklara aktardılar. Ancak Üniversite dışında geçen zamanın hem Üniversiteye hem de Hocalarımıza çok zaman kaybettirdiğini, 12 Eylül sonrası çekilen o çizgiden sonra hiçbir kurumun ya da kimsenin aynı kalmadığını, eski yerinden devam edemediğini görüyorum. Metin Hoca mesaisini Fakülte'de odasında geçiren ve ideali idare hukukunun genel esaslarına ilişkin eserini tamamladıktan sonra idare hukukunun özel kısmını yazmak olan bir Doktor Asistan iken Fakülte'den uzak-

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

laştırılmasıyla planlarının nasıl altüst olduğunu biz asistanlarına, bir yakınma değil durum tespiti olarak anlatmıştır.

Metin Hoca'nın Fakülte'den uzaklaştırıldığı dönemde farklı usuller uygulanmıştır. En bilineni "1402'lik olmak"tır; ancak yalnızca sıkıyönetim komutanlarının kararıyla değil, bizzat Üniversite tarafından da bir tasfiye süreci işletilmiştir. Hukuk devleti ve yargısal denetime ilişkin çalışmaların özellikle istendiği bu Armağan için, bir zamanlar Hocamın başına gelen, şimdi arkadaşlarımızın Kanun Hükmünde Kararnamelere eklenen listelerle ihraç edilmesiyle bir adım daha ileriye götürülen üniversite tasfiyeleri açısından bir örnek olay ve listeler halinde ihracın ilk uygulaması olan 147'ler olayına ve sonuçlarına ilişkin bazı noktalara dikkat çekmek üzere bu konuyu seçtim. Bu arada Metin Hoca'nın Ankara Hukuk Fakültesi'ne olağanüstü hal koşullarında KHK ile ihraç edilen arkadaşlarımız İnci SOLAK AKMAN, E. İrem AKI ve Cenk YİĞİTER ile birlikte yaptığımız toplantıya katılmak üzere geldiğini ve o toplantı sonrası merkez binaya adım atmadığını belirtmek isterim. 147'ler ve sonrasında yaşanan örnekler, tasfiye edilenlerin er ya da geç döndüklerini gösteriyor. Bu yazı arkadaşlarımızın uzaklaştırıldıkları Fakültelerine döneceğine ve Metin Hocayla Fakülte'de görüşeceğimize ilişkin inançla yazılıyor.

Üniversite öğretim elemanlarının görevlerine son verilmesi, genel olarak kamu görevlilerinin görevlerine son verilmesinden bağımsız olmamakla birlikte, 1933 üniversite reformundan[1] bu yana öğretim elemanlarının üniversiteyle ilişiklerinin kesilmesine ilişkin örnekleri incelediğimizde, sanırım, artık "Üniversite Öğretim Elemanlarının Görevlerine Son Verilmesi Usulleri" idare hukuku kitaplarının bir başlığı ve inceleme konusu olarak ele alınabilir.

Böyle bir başlık oluşturduktan sonra yapılacak ilk şey -hem teorik olarak uygun hem de somuttan yola çıkarsak- *olağan usuller* ve *olağanüstü usuller* ayrımı yapmak olabilir. Örneğin kadro durumu ya da akademik başarı ile ilgili ilişik kesme usulleri, olağan usuller arasında incelenebilirken, dönem ya da yöntem olarak olağanüstü ya da olağandışı uygulamalar olağanüstü usulleri oluşturabilir. Ayrıca idari işlemle yapılma ya da yasa gücünde işlemlerle yapılma başka bir

[1] Bu reformla 151 Darülfünun öğretim elemanından 92'sinin tasfiye edildiği belirtilmektedir. Nurşen MAZICI, **"Öncesi ve Sonrasıyla 1933 Üniversite Reformu"**, Birikim, Sayı 76 - Ağustos 1995. (https://www.birikimdergisi.com/birikim-yazi/2767/oncesi-ve-sonrasiyla-1933-universite-reformu#.XlJ1e5X7SCg)
31.05.1933 tarih ve 2252 sayılı "İstanbul darülfünununun ilgasına ve Maarif vekâletince yeni bir Üniversite kurulmasına dair kanun"a göre, (Resmî Gazete 06.06.1933 - 2420)
"BİRİNCİ MADDE — İstanbul darülfünunu ve ona bağlı bütün müesseseler kadro ve teşkilâtlarile beraber 31 temmuz 1933 tarihinden itibaren mülgadır."
"SEKİZİNCİ MADDE — Darülfünunun ilgası dolayısile açıkta kalmış olupta telif ve tercüme heyetine de seçilmemiş olan müderris ve muallimler yeni Üniversite teşkilât kanununun meriyetine veya bu müddet içinde Devlet hizmetlerinden birine tayinlerine kadar yukarıdaki madde hükmüne göre açık maaşı ve mütemmim ücret alırlar. Buna mukabil Maarif vekilliği İm müddet zarfında kendilerine muvakkat hizmetler tevdi edebilir."

ayrım oluşturabilir. Bu açıdan hangi terimi tercih edeceğimizi ya da hangi ifadeyi terimleştireceğimizi tartışabiliriz: Tasfiye mi denecek, ilişik kesme mi, göreve son verme mi, çıkarma ya da ihraç mı? Bunlardan bazısı politik, bazısı tahkir edici, bazısı durumun vahametini maskeleyici vb görünebilir. "Vazifeden affedilme" sanki daha çekici ve kibar gibi olmakla birlikte "göreve son verilme" nesnel biçimde uygun görünüyor. Bu yazıda, Anayasanın 130. maddesindeki "Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılamazlar." hükmüne uzanan süreci, 147'ler örneği üzerinden incelemeyi, bu arada öğretim üyelerinin ve diğer kamu görevlilerinin görevlerine son verilmesi ya da görevden uzaklaştırılmalarına ilişkin mevzuat hükümlerinin izini T.B.M.M. tutanak dergilerinden sürerek idare hukuku alanında yansımalarını ortaya koymaya çalışacağım.

*

* *

114 sayılı "Üniversiteler öğretim üyelerinden bâzılarının vazifelerinden affına ve bâzılarının diğer fakülte ve yüksek okullara nakline dair Kanun"[2] ile bazı öğretim üyelerinin görevlerine son verilmiş, az sayıda bir kısım öğretim üyesinin ise görev yerleri değiştirilmiştir. 114 sayılı Kanunun 1. maddesine göre,

"Ekli (1) sayılı cetvelde ad ve soyadları ile kariyer unvanları gösterilen Ankara, İstanbul, İzmir ve Atatürk üniversiteleriyle İstanbul Teknik Üniversitesi mensupları öğretim üyeliği veya öğretim yardımcılığı vazifelerinden affedilmiştir."

Kanuna ekli 1 sayılı cetvelde 147 öğretim elemanının adı yer almaktadır.[3]

Kanunun 2. maddesine göre,

"Ekli (2) sayılı cetvelde ad ve soyadları gösterilen öğretim üyeleri ile öğretim yardımcıları, hizalarında gösterilen üniversite, fakülte ve yüksek okullara naklen tâyin olunmuşlardır.

Bu cetvelde gösterilenlerden yeni görevlerine bir ay içerisinde başlamıyanlar hakkında 1 nci madde hükmü tatbik olunur."

Kanuna ekli 2 sayılı cetvelde 4 öğretim elemanının adı yer almaktadır.[4]

114 sayılı Kanun "vazifelerinden affedilenler" ve naklen tayin olunanlardan

[2] Resmî Gazete 28.10.1960 - 10641.

[3] Bkz. Ek cetvel. 147 Öğretim Üyesinin Biyografisi için bkz. Derya KAYACAN, **1960 Askeri Darbesinin Üniversitelere Müdahalesi ve 147'ler Tasfiyesi**, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Ankara - Ocak 2013 (YÖK Tez No. 330269), s. 152 vd.

[4] Bkz. Ek cetvel.

bir ay içinde yeni görevlerine başlamayarak 1. madde hükmünün uygulanarak "vazifelerinden affedilmiş" olacakların Memurin Kanununun 85. maddesinin uygulanacağını öngörmüştür. Buna ilişkin 3. maddeye göre,

"MADDE 3. — Bu kanuna ekli (1) sayılı cetvelde ad ve soyadları gösterilenlerle 2 nci madde gereğince haklarında 1 nci madde hükmü uygulanacaklar için 3335 sayılı Kanunla muaddel Memurin Kanununun 85 nci maddesi hükmü tatbik olunur."

3335 sayılı Kanun[5] ile değiştirilen 788 sayılı Memurin Kanununun 85. maddesine göre,

"Memuriyetinin ilgası dolayısile açıkta kalan memurların, ilganın vuku bulduğu ay ile onu müteakib olan ay zarfında maaşları tam olarak ve bu müddetin hitamında tekrar hizmete tayin kılınmamış iseler yeni memuriyete tayinlerine kadar, filî hizmet müddeti yedi seneye kadar olanlara dörtte bir, on beş seneye kadar olanlara üçte bir, on beş seneden fazla olanlara yarım nisbetinde açık maaşı verilir.

Mesleki memuriyet olan mebuslar müddetleri bittikten sonra tekrar intihab edilmezlerse mebusluktan evvelki memuriyetlerine nazaran haklarında bu madde tatbik olunur."

Böylece vazifelerinden affedilenlerin Memurin Kanunu uyarınca "memuriyetinin ilgası dolayısile açıkta kalan memur" statüsünde "yeni memuriyete tayinlerine kadar" hizmet sürelerine göre belirlenen "açık maaşı" alacakları öngörülmekle birlikte Kanunun 4. maddesi açığa alınan memura ödenecek açık maaşına ilişkin olarak da Kanun kapsamındakilere bir sınır getirmektedir. Buna göre,

"MADDE 4. Bu kanun hükmüne tâbi üniversite mensuplarından arzu edenler hemen, arzu izhar etmiyenler de kanunun meriyetinden itibaren geçecek 6 ay içinde bir başka göreve tâyin edilmezlerse haklarında, 5434 sayılı Kanun hükümleri gereğince emeklilik işlemi uygulanır."

Bu madde ile 114 sayılı Kanun kapsamında "vazifelerinden affedilenlere" isterlerse hemen 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre emeklilik işlemi uygulanacağı belirtilmiştir. Emekli olmak istemeyenler ise başka bir göreve tayin edilmelerini bekleyecek ancak 6 ay içinde başka bir göreve tayin edilmeyenler zorunlu olarak 5434 sayılı Kanuna göre emekli edileceklerdir. Hemen belirtmek gerekir ki bu kişilerin üniversitelerde yeniden görevlendirilmeleri öngörülmemiştir. Kanunun 5. maddesine göre,

"MADDE 5. — İşbu kanunla görevlerinden affedilenler bir daha üniversite

[5] "Memurin kanununun 84 ncü maddesinin (D) fıkrasile 85 nci maddesini değiştiren kanun" No: 3335, Kabul tarihi 09.03.1938. (Resmî Gazete: 17/11/1938 - Sayı : 3858)

öğretim üyeliği veya yardımcılığı vazifesi ile görevlendirilemezler."

Bu çerçevede hemen emekli olmak istemeyenler 6 ay üniversiteler dışında bir memuriyete atanmayı bekleyecek, bu sürede atama yapılmazsa zorunlu olarak emekliye ayrılacaktır.

MBK GÖRÜŞMELERİ

Üniversitelerden tasfiyeyi öngören kanun teklifi Milli Birlik Komitesi tarafından görüşülmüştür.[6] Toplantının 2. Oturumunda "Ankara, İstanbul, İzmir ve Atatürk üniversiteleri ile İstanbul Teknik Üniversitesinin bâzı öğretim üyelerinin vazifelerinden affına dair kanun teklifi ve Sosyal İşler Komisyonu raporu" görüşülmeye başlanmıştır. Tutanak ekinde S. Sayısı ile yer verilmesi gereken, kanun teklifinin gerekçesi ve Sosyal İşler Komisyonu raporu bulunmamaktadır.[7] Kanun teklifini veren İrfan SOLMAZER, teklifin gerekçesini şöyle açıklamıştır:

"Efendim, sözcü olarak şunu açıklıyayım; 27 Mayıs İnkılâbının gayesi, istikbalde memleketi idare edecek şahıslar olarak, şahsi menfaat duygusundan uzak bir nesil yetiştirmek ve memleket hizmetine millî şuuru tam olarak kendini vermiş, yarının Türkiye'sine sahibolacak çocuklarımızı mükemmel olarak yetiştirmektir. İşte bu gayeye ulaşmak yolunda, şimdi müzakere edeceğimiz kanun teklifi, yaşlı ve ilmî bakımdan yetersiz oları bâzı öğretim üyelerinin üniversiteden affına dair kanun teklifidir. Kendilerinin bütün emeklilik hakları mahfuzdur. Ve arzu ederlerse başka görevler kendilerine verilecektir." (s. 35-36)

Teklifin bütünü üzerinde, "gençlerimizin sağlam bir ahlâk içinde yetişmesini temin için bu müesseselerin düzeltilmesi icabe(ttiği)" (s. 36) vurgulanarak maddelere geçilmesi teklif edildiğinden, görüşme yapılmayarak maddelerin görüşülmesine geçilmiştir. Maddelerin görüşülmesinde pek tartışma yaşanmamıştır. Görüşmeler sırasında teklifin 1. maddesinde yer alan "vazifelerine son verilmiştir" ifadesi "vazifelerinden affedilmiştir" şeklinde değiştirilmiştir. Teklifin eki cetvelin müzakeresi için gizlilik kararı alındığından buna ilişkin müzakereler tutanakta yer almamaktadır (s. 36).[8] Bu nedenle MBK önüne getirilen cetvelde kimlerin yer aldığına, bunların hangilerinin yaşlı hangilerinin bilimsel açıdan yetersiz olduğuna ilişkin nasıl açıklama yapıldığına ve değerlendirildiğine ilişkin tutanaktan bilgi edinmek mümkün değildir. "Millî Birlik Komitesi ve Türk Silâhlı Kuvvetler Başkumandanlığı tarafından yeni bir Anayasa ön projesi hazırlamak üzere Ankara'ya çağrılarak görevlendirilmiş olan" Komisyonda[9] yer alan

---

6 T.C. Millî Birlik Komitesi Genel Kurul Toplantısı, Yirmi sekizinci Birleşim, 26.10.1960 Çarşamba.

7 "Bu kanun teklifinin mucip sebebini muhtevi basmayazı elde edilemediğinden tutanağa bağlanamadı." Tutanak, s. 35.

8 Tutanağın dipnotundaki açıklamaya göre, "(1) Cetvelin görüşülmesi gizli yapılmışsa da bilâhara 28 Ekim 1960 Cuma tarihli ve 10641 sayılı Resmî Gazetede görevinden affedilenlerin isimleri kanunla birlikte neşredilmiştir."

9 28 Mayıs 1960 tarihli "Anayasa ön Projesi Hazırlama Komisyonunun tesbit ettiği esaslar", 01.07.1960 tarih

Tarık Zafer TUNAYA ve İsmet GİRİTLİ'nin[10] 147'ler arasında yer alması, listenin nasıl hazırlandığına ilişkin soru işaretlerini artırmaktadır. Yine bu dönemde 20.09.1960 tarih ve 84 sayılı Kanunla "Danıştay Başkanlığı, Daire Başkanlığı ve üyeliği kadrolarını işgal edenlerin vazifeleri nihayete" erdirilmiş ve Danıştay üyeleri yeniden belirlenmiş olup Kanunun görüşmeleri sırasında yeni seçilen üyeler üzerinde tartışmalar yapılmış ve isimler üzerindeki tartışmalara tutanakta yer verilmiştir.[11] 114 sayılı Kanuna ilişkin görüşme tutanaklarından, teklifin görüşülmesinin çok kısa sürdüğü anlaşıldığından[12] söz konusu listenin isim isim tartışılmadan geçtiği düşünülebilir. Nitekim listenin üniversitelere ilişkin yeni düzenleme yapılmasına ilişkin çalışmalar sırasında oluşturulduğu MBK üyelerince dile getirilmiştir.[13] Tepkiler üzerine yapılan açıklamaların kusuru başkasına atma, sürecin sonucunu gördükten sonra yazılan anıların ise kişisel tarihi temize çekme çabası olduğu düşünülebilir.[14] Sonuçta Kanuna ekli liste faili meçhul kalmış ama

ve 10540, 02.07.1960 tarih ve 10541 sayılı Resmi Gazetelerde "O Günlerin Fevkaladelikleri Dolayısıyle Resmi Gazete'ye Girmiyen Yayınlar" başlığı altında yayımlanmıştır.

10 "(…)1 Eylül'de Prof. Dr. Tarık Zafer Tunaya ve Doç. Dr. İsmet Giritli, MBK tarafından Anayasa Komisyonu'ndaki görevlerinden alındılar. (…) Tunaya ve Giritli'nin görevden alınma nedeni 'tabii senatörlük' tartışmasıydı. Komisyon başkanı ile iki üye arasında yaşanan gerilim MBK'ya intikal edince hemen iki üyenin görevine son verilmiş, bu olay kamuoyunda ciddi yankılar uyandırmıştı. Bu arada komisyondan atılan Tunaya'nın 17 Eylül'de Devrim Ocakları genel başkanı seçilmesi de rahatsızlık uyandırmıştı." Mehmet Ö. ALKAN, **"1960 Darbesi ve Üniversiteden Tasfiyeler: 147'ler Olayı"**, Toplumsal Tarih 286, Ekim 2017, s. 59.

11 "3546 sayılı Danıştay Kanununun bâzı maddelerinin değiştirilmesi hakkında Kanun" (Resmî Gazete 22.09.1960 - 10610). 84 sayılı Kanuna göre,
"MADDE 1. — 3546 sayılı Danıştay Kanununun 3 ncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir
Madde 3. — Danıştay 1 nci Başkanı, Daire Başkanı ve üye seçimi için yukardaki maddede yazılı nitelikleri haiz olanlar arasında 3 mislinden az olmamak üzere Başbakanlıkça bir aday listesi düzenlenir.
Türkiye Cumhuriyeti Millî Birlik Komitesi Güvenlik Komisyonu ile Sosyal İşler Komisyonu, (Türkiye Cumhuriyeti Millî Birlik Komitesinin vazifesi nihayet bulunca yerine kaim olacak teşriî organın Adalet ve İçişleri komisyonları) ilgili Devlet, Adalet ve İçişleri Bakanlarının huzuru ile toplanarak liste ile bağlı olmaksızın açık bulunan yerler için iki misli aday ayırır. Komite (Türkiye Cumhuriyeti Millî Birlik Komitesinin vazifesi nihayet bulunca yerine kaim olacak teşriî organ) Umumi Heyetince bu adaylar arasından seçim yapılır."
"GEÇİCİ MADDE — Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Danıştay Başkanlığı, Daire Başkanlığı ve üyeliği kadrolarını işgal edenlerin vazifeleri nihayete ermiş ve bu kadrolara, ilişik cetvelde gösterilenler seçilmişlerdir. Cetvelde gösterilmemiş bulunan Danıştay 1 nci Başkanı, Daire Başkanları ve üyeleri hakkında Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır."
Kanunu ekindeki cetvelde Danıştay 1 nci Başkanı, Daire Başkanları ve üyeler liste olarak yer almaktadır. İsimler üzerindeki görüşmeler için bkz. T.C. Milli Birlik Komitesi Genel Kurul Toplantısı, Cilt 1, On birinci Birleşim, 14.09.1960 Çarşamba, Oturum 2, s. 20-27; On üçüncü Birleşim, 20.09.1960 Salı, Oturum 2, s. 11-13.

12 Teklifin görüşüldüğü 2. Oturum 00:45'te başlamış, 03:40'ta kapanmıştır. Bu Oturumda "13 .6.1946 gün ve 4936 sayılı Üniversiteler Kanununun bâzı maddelerinin değiştirilmesi ve bu kanuna madde eklenmesi hakkında Kanun" teklifi de görüşüldüğünden, 114 sayılı Kanuna ilişkin görüşmenin çok kısa sürdüğü açıktır.

13 ALKAN, s. 59.

14 Nitekim MBK üyesi KARAVELİOĞLU'nun anlatımına göre, "Solmazer hazırladığı metne dokundurmak istemiyor, üstelik bir kısım arkadaş da İrfan'ı kırmamak havasında, laf anlatamıyoruz. Bir başka hata da listede o gün fiilen bakanlığımızı yapan üniversiteden gelme profesör bakanlar da listeye alınmış. Biz bakan yapmışız fakat yasa ile üniversiteden kovuyoruz. Olacak şey mi? Neyse iki gün sonra ancak onları listeden çıkartabiliyoruz. Teklif yasalaşıyor, bu müzakerelere hiçbir paşa katılmıyor." Kamil KARAVELİOĞLU, **Bir Devrim İki Darbe**, İstanbul, Gürer Yayınları, 2007, s.75'ten aktaran Tunca ÖZGİŞİ, **Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosu**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No.: 153, Ankara 2012, s. 367. ÖZGİŞİ, bu açıklamasına rağmen Karavelioğlu'nun Nisan 1962'deki üniversite üyelerine

hükmünü icra etmiştir.

Görüşmeler sırasında emeklilik konusunda tartışma çıkmış, hizmet sürelerini doldurmayanların durumu kısaca[15] tartışılmış bunlara başka yerde vazife verilebileceği belirtilerek, emekli olmak istemeyenlerin ya da görevlerine dönmek isteyenlerin Danıştay'da dava açma ihtimallerine ilişkin soruya "teşrii bir tasarruf aleyhinde kazai dava açılamayacağı" cevabı verilmiş, "bir daha görvlendirilemezler" ibaresi çok sert olduğundan "bir daha" tâbirinin çıkarılması kabul edilmeyerek (s. 38) madde kabul edilmiştir. Kanunun yürütme maddesinde, Milli Eğitim Bakanı yerine Bakanlar Kurulu olması gerektiğine ilişkin itiraz da dâhil olmak üzere görüşmeler toplam 3 tutanak sayfasında zapt altına alınabilmiştir.

TEPKİLER

114 sayılı Kanun kamuoyunda tepki ve tartışmalara yol açmıştır.[16] Tasfiye haberinin duyulması üzerine İstanbul Üniversitesi Rektörü ve İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörü hemen, Ankara Üniversitesi Rektörü ertesi gün istifa etmiş, ardından Ege ve Orta Doğu Teknik Üniversitesi rektörleri istifa etmiştir.[17] Basında tasfiyeye ilişkin eleştiriler yayımlanmış, öğrenciler tepki göstermiş öğretim üyelerinden itirazlar ve istifalar gelmiştir.[18]

Yapılan değerlendirmelerde, 114 sayılı Kanunun Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasaya aykırılık değerlendirmesi ise Milli Birlik Komitesinin kabul ettiği Geçici Kanun esas alınarak yapılmaktadır. Bu dönemde 12.06.1960 tarih ve 1 sayılı "1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nun bazı hükümlerinin kaldırılması ve bazı hükümlerinin değiştirilmesi hakkında Geçici Kanun"[19] kabul edilmiş olup Kanunun 3. maddesinde, "Millî Birlik Komitesi, yasama yetkisini doğrudan doğruya kendisi ve yürütme yetkisini Devlet Başkanınca tâyin ve Komitece tasvip edilen Bakanlar Kurulu eliyle kullanır." hükmü yer almaktadır.[20] Anayasaya aykırılık değerlendirmesine ilişkin çok sayıda örnek içinde, 147'ler konusunda çalışmalar yapan Reşat KAYNAR'ın dile getirdikleri şöyledir:

---

haklarının iadesi hakkında yapılan oylamada ret oyu verdiğini belirtmektedir.

15 Muzaffer ÖZDAĞ'ın "Efendim, şu anda 27 Ekim yani İhtilâlin altıncı ayının ilk günündeyiz. Ve şu kanunla da, İhtilâlimizin en mutlu ana faaliyetlerinden birisini yapmış oluyoruz. Kifayetin kabulünü teklif ediyorum." demesine (s. 37) rağmen kısaca görüşme yapılmıştır.

16 Bkz. İsmail Selçuk EREZ, **147 ler Meselesinin İç Yüzü…**, Sıralar Matbaası, İstanbul 1961. EREZ, 114 sayılı Kanunun, üniversitelerin muhtariyetini zedelediği, öğretimi aksattırarak huzursuzluk ve güvensizlik yarattığı, vatandaş haysiyetini hiçe saydığı, Anayasaya, hukuka, İnsan Hakları Beyannamesine ve Üniversitelerarası sözleşmelere aykırı olduğuna ilişkin tepkileri ve görüşleri derlemiştir.

17 ALKAN, s. 61. (İstanbul Üniversitesi Rektörü Prof. Sıddık Sami ONAR, İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörü Fikret NARTER, Ankara Üniversitesi Rektörü Suut Kemal YETKİN, Ege Üniversitesi Rektörü Mustafa ULUÖZ ve Ortadoğu Teknik Üniversitesi Rektörü Turhan FEYZİOĞLU)

18 Bkz. EREZ s. 3 vd.; ALKAN, s. 61 vd.

19 Resmî Gazete 14.06.1960 - 10525.

20 Bu hüküm doğrultusunda "Milli Birlik Komitesi (27) Numaralı Tebliği" ile Bakanlar Kurulu oluşturulmuştur. Resmî Gazete 30.05.1960 - 10515.

"Anayasayı değiştiren kanunun 3 üncü maddesi <Milli Birlik Komitesi, yasama yetkisini doğrudan doğruya kendisi, yürütme yetkisini de Bakanlar Kurulu eliyle kullanılır> demektedir.

Bundan önceki anayasamızda bu hüküm <Meclis yasama yetkisini kendi kullanır> tarzında idi. Bu (3) üncü maddeye <doğrudan doğruya> terimini eklemekle Meclisin yalnız kanun yapma yetkisi taşıdığı, yürütme işinin tam olarak <doğrudan doğruya> Bakanlar Kuruluna verildiği anlaşılmaktadır.

Yürütme yetkisi ile ilgili işlemler, ancak Bakanlar Kurulu eliyle yürütüleceğine göre, Bakanlar kurulu eliyle yürütülmesi gereken işlemleri, yasama organı yapamaz. Yaparsa, Anayasanın metnine ve ruhuna aykırı hareket etmiş olur.

Kanunun metninden ve ruhundan anlaşılan budur.

Tesbit ettiğimiz bu prensibin ışığı altında 147 profesörü affeden 114 sayılı kanunu incelersek bu kanunun Anayasaya uygun olmadığı hükmünü vermemiz gerekecektir. Zira, 114 sayılı kanun profesörlerin isimlerini bir liste halinde yazarak bunların affedildiğini bildirmiş bulunmaktadır. Anayasaya göre, bu işlemi ancak yürütme organı yapabilir. Yasama organı, Anayasanın özel yetki verdiği istisnai haller dışında belli bir şahıs ile ilgili işlemler yapamaz. Yaparsa, 3 üncü maddeye aykırı davranmış olur. Nitekim Meşrutiyet ve Cumhuriyet Meclislerinde Anayasanın özel yetki verdiği istisnalar dışında, belli şahıslarla ilgili sübjektif tasarruflar yapan kanunlara rastlamamaktayız."[21]

KAYNAR değerlendirmesinde yine dönemin emekliye ayırma uygulaması olan ve EMİNSU'lar (Emekli İnkılap Subayları) olarak bilinen ordu mensuplarından bir kısmının 42 sayılı Kanuna dayanılarak emekliye ayırılmasının bu yönden Anayasaya uygun olduğunu, 42 sayılı Kanunun "genel, objektif ve şahıs ile ilgisi bulunmayan hükümler" taşıdığını ve yürütme organının bu Kanunu yürütüp "belli şahıslarla ilgili sübjektif işlemleri" yaptığını belirtmektedir.[22]

Söz konusu Geçici Kanunun 1924 Anayasası hükümlerinden[23] ne kadar ay-

---

[21] Reşat KAYNAR'ın "147'lerin Affedilmesi Anayasaya Aykırı mıdır?" başlıklı yazısının 22.12.1960 tarihli Vatan Gazetesinde yayımlandığı belirtilmektedir. Reşat KAYNAR, **Üniversiteye Darbe (147'ler Mücadelesi)**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1963, s. 3-4. KAYNAR, 1950-1960 döneminde memurlar hakkında yapılan affetme ve emekliye ayırma işlemlerine karşı yargı yolunun kapatıldığını, bu durumda bile Anayasanın 82. maddesine göre Meclise şikayet hakkının olduğunu, 114 sayılı Kanunun Meclise şikayet hakkını da işlemez hale getirdiğini belirtmektedir (s. 4).

[22] KAYNAR, s. 4. 2.8.19605 tarih ve 42 sayılı "5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa ek geçici Kanun" (Resmî Gazete 05.08.1960 - 10570). Kanunun 1. maddesine göre, "Subay, askerî memur ve astsubaylardan 25 fiilî hizmet yılını dolduranlar emekliliklerini istiyebilecekleri gibi, kurumlarınca da re'sen emekliye sevk edilebilirler."

[23] 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanununa göre,
"BEŞİNCİ MADDE — Teşri salâhiyeti ve icra kudreti Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder.
ALTINCI MADDE — Meclis, teşriî salâhiyetini bizzat istimal eder.
YEDİNCİ MADDE — Meclis, icra salâhiyetini, kendi tarafından müntahap Reisicumhur ve onun tâyin

rıldığı tartışması bir yana, sorunun yasama organının idari işlem yapması açısından değerlendirilmesi gerekir. 147'ler arasında yer alan ve (43 sayılı Kanun sonrasında Üniversiteye dönmesi Senato tarafından engellenen) SAYMEN'in değerlendirmesine göre,

"*114 Sayılı Tasfiye Kanunu hakkında idari, mali, ahlaki, terbiyevi ve felsefi yönlerden çok şeyler söylenebilir ve bir kısmı basında söylenmiştir de. Bunları şimdilik bir tarafa bırakarak 114 sayılı kanunu hukuki yönden incelersek, her şeyden evvel görürüz ki, bu kanun iki unsurdan ibarettir. Birisi umumi hükümler koyan maddeler; diğeri, isimlerini hukuk ve üniversite tarihine maleden bir 147 ler listesi. Fakat umumi mahiyetteki kaideler de bu listede yer alan 147 lere münhasır olduğundan sübjektif, şahsi bir mahiyet taşır. Halbuki kanun objektif, mücerret, umumi olmalıdır. Bu itibarla 114 sayılı tasarruf sadece şekli olarak bir kanun olup, muhtevası ve mahiyeti itibariyle kanun sayılamaz. Bu bir sübjektif tasarruftur. Böyle bir tasarruf ta yasama organınca değil, fakat yürütüm organınca (ve hassaten üniversite organlarınca) yapılmak icap ederdi. Böyle yapılmadığına göre, Anayasanın 3. Maddesi zedelenmiştir."*[24]

Tahsin Bekir BALTA'nın konuya ilişkin değerlendirmesi şöyledir:

"Bir amme görevlisinin işine son veren işlem mahiyetçe idari işlemdir. Anayasada aksi yazılı olmadıkça, kanun yolu ile mahiyetçe idari olan bir işlem yapılamaz, yapılırsa Anayasa prensiplerine aykırı olur. Bilindiği gibi, vaktiyle meşgul kadroları bütçe kanunlarına ekli <L> cetveline alma suretiyle ilgilileri açıkta bırakma usulü cari idi. B.M. Meclisi 1949'da bütçe müzakereleri sırasında aldığı bir karar ile bundan vazgeçti. Bu itibarla 147 öğretim üyesinin kanunla işlerine son verilmesi, Anayasa prensiplerine aykırı düşmektedir. İşlem bu bakımdan şeklen de sakattır. Bu sebeple de 114 sayılı kanunun kaldırılması zaruridir.

Şayet memleketimizde kazai merciler kanunların Anayasa aykırılığını murakabe etselerdi, ilgililer Danıştaya başvurarak durumlarını düzeltme imkânını bulurlardı. Fakat doktrinimizin bütün gayretine rağmen mahkemelerimiz bugüne kadar böyle bir yola gitmemişlerdir. Mevcut sakatlığın düzeltilmesi bir ödevdir. Bu düzeltmeyi yapacak başka bir merci bulunmadığına göre bu düzeltme ödevi yine kanun koyucuya düşüyor.

Bu vesile ile şuna işaret edeyim ki Anayasa bakımından kazai murakabenin var olduğu memleketlerde, yargı mercileri kanunların bahis konusu nev'iden fer-

edeceği bir İcra Vekilleri Heyeti marifetiyle istimal eder.
Meclis, Hükümeti her vakit murakabe ve iskat edebilir."

[24] Ord. Prof. Dr. Ferit Hakkı SAYMEN'in 26.12.1960 tarihli Vatan Gazetesinde yayımlanan yazısı. KAYNAR, s. 12. SAYMEN, hiçbir suç bildirilmeden, savunma hakkı tanınmadan öğretim üyelerinin azlolunmasının ceza hukuku prensiplerine de aykırı olduğunu belirtmektedir.

di tasarruflarını hükümsüz saymaktadırlar."[25]

114 sayılı Kanunun Anayasaya (Geçici Kanuna) aykırı olduğu yönünde güçlü değerlendirmeler yapıldığını ve bu Kanunun düzeltilmesi gerektiği görüşünün yayıldığını görüyoruz. Bu aşamada BALTA'nın belirttiği "L Cetveli" meselesine değinmek üzere 1948 Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi tasfiyesine dönmek gerekir.

"L CETVELİ" VE 1948 DİL VE TARİH-COĞRAFYA FAKÜLTESİ TASFİYESİ

06.07.1948 tarih ve 5239 sayılı Ankara Üniversitesi Kuruluş Kadroları Kanunu (Resmî Gazete 12.07.1948 - Sayı 6955) ile Üniversitenin kadrolarını düzenleyen 4926 sayılı Kanuna ve 4936 sayılı Kanuna bağlı cetveller kaldırılmış, Üniversite kadroları yeniden düzenlenmiş, Kanunun Geçici 1. maddesiyle,

"Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Ankara Üniversitesi kadrolarında görevli bulunanlardan kadro, aylık ve unvanları değiştirilmemiş olanların yeniden tâyinlerine lüzum olmayıp müktesep aylıklarının verilmesine devam olunur."

hükmü getirilmiştir. Kaldırılan cetvellerde kadrolar derece, görevin çeşidi/adı, kadro sayısı ve aylık/ücret olarak belirlendiğinden kadroları kaldırılarak tasfiye edilecek öğretim üyelerini belirtmek üzere düzenleme yapılması gerekmiştir.

Kanunun görüşmeleri sırasında Ankara Üniversitesi'nin ve özellikle Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi'nin, burada görev yapan başta yabancılar olmak üzere bazı öğretim üyelerinin ağır biçimde, isim verilerek eleştirildiği, Pertev Naili BORATAV, Behice BORAN ve Niyazi BERKES hakkında açılan soruşturmalarda Ankara Üniversitesi Senatosunun "vazifelerine nihayet verilmesine" karar verdiği, Üniversitelerarası Kurulun "bunu nakzettiği", bu nedenle sorunun kangrene dönüşmesi üzerine konunun Meclise getirildiği ifade edilmiştir.

Kanunun görüşmeleri sırasında Adnan ADIVAR,

"Bu kanun mucibince, bazı kürsüler doğrudan doğruya isim zikredilerek lağvediliyor. Halbuki bendenizin prensip ve kanaatime göre, hiç bir Meclis isim zikrederek, muhtar olan üniversitenin bir kürsüsünü lağvetmez. Ama isim zikretmiyerek istediği kadar parasını kesebilir. Kestiği paraya göre, üniversite kendi kadrosunu tesbit eder. Bunu arzetmek istiyorum."

[25] Vatan Gazetesi KAYNAR'ın yazısı sonrasında bir anket açarak gelen cevapları yayımlamıştır (KAYNAR, s. 6). Gazetenin 30.12.1960 tarihli sayısında yayımlanan "147 ler konusundaki anketimize Siyasal Bilgiler Fakültesi İdare Hukuku profesörü Dr. Tahsin Bekir Balta'nın cevapları" KAYNAR, s. 13-14. BALTA, Amerikan hukukundan "Lovett Kararı"nı örnek göstererek Temsilciler Meclisi'nin 1943 bütçesine üç memura bütçeden ücret ödenmesini yasaklayan bir hüküm eklediğini, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin anılan kanun hükmünü Anayasaya aykırılığı nedeniyle hükümsüz saydığını belirtmektedir (KAYNAR, s. 14).

sözleriyle muhalefet gerekçesini açıklamıştır.[26]

Konu somut olarak bu üç kişi üzerinden tartışılmakla birlikte bunların isim belirtilmek yoluyla kanunla Üniversiteden uzaklaştırılmaları yönünde bir öneri yapılmamıştır. Liste ile isim sayma usulü için 114 sayılı Kanunu beklemek gerekecektir.

Bu nedenle Kanunun Geçici 2. maddesinde;

"Ankara Üniversitesi 1948 yılı, Bütçe Kanununa bağlı (D) ve (L) işaretli cetveller kaldırılmış ve yerlerine, bu kanuna ekli (3) ve (4) sayılı cetveller konulmuştur.

(L) işaretli cetvele alınan kadrolardan biri Dil ve Tarih - Coğrafya Fakültesindeki altıncı derecede 70 lira aylıklı Halk Edebiyatı, Folklor profesörlüğüne, diğer ikisi aynı Fakültedeki 7 nci dereceden 60 lira ve 8 nci dereceden 50 lira aylıklı Sosyoloji doçentliklerine aittir."

denilerek bu kadrolardaki öğretim üyelerinin görevlerine son verilmiştir.

Kanunda belirtilen (L) cetveli kullanılamayacak kadroları göstermektedir. 5145 sayılı Ankara Üniversitesi 1948 yılı Bütçe Kanunun 4. maddesine göre;

"3656 sayılı Kanunla eklerine bağlı cetvellerde yazılı kadrolardan bağlı (L) işaretli cetvelde gösterilenler 1948 yılında kullanılamaz. Bu kadrolarda çalışmakta olanlar hakkında Memurin Kanununun 85 nci maddesi hükmü uygulanır."

Böylece 5239 sayılı Kanun hem (L) cetvelini kaldırmış hem de tasfiye edilecek öğretim üyelerini tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirlemek için (L) cetveline alınanları göstermiştir. Kanunun geçici maddesiyle üç kişiyi (L) cetveline alıp (L) cetvelini bir anlamda imha etmesinin hukuk tekniği açısından ne anlama geldiğini tartışmak nafile bir çaba olacaktır. Sonuçta Pertev Naili BORATAV, Behice BORAN ve Niyazi BERKES kadroları ile birlikte Üniversiteden uzaklaştırılırlar.

Bu üç öğretim üyesinin tasfiye sürecinin haklarında açılan soruşturmalar ile uzun sürdüğü görülmektedir. Nitekim bu durum Kanun tasarısının görüşmeleri sırasında dile getirilmiştir:

"(...) bir kaç defa üniversiteye kendi kendine ıslah etmek fırsatı verilmiştir. Fakat Senato, isim tasrih ediyorum, mesuliyetini ve münakaşasını her zaman takabbül ederek isim tasrih ediyorum, profesör Hirş'le profesör Arsebük Senato kararlarını sabote etmişlerdir. Vakta ki, Meclise 3 ncü ve 46 ncı maddelerin yorumlanması geldikten sonra o günün akşamı ikisi de istifa etmişlerdir. İşte rektör bu-

[26] TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: VIII, Cilt: 12, Toplantı: 2, Seksen İkinci Birleşim, 5.VII.1948 Pazartesi, s. 753.

radadır. Demek ki, Meclis işe hâkim olacaktır, bizim adlî otoritemiz ne olacaktır demişler ve istifa etmişlerdir. Yine onların yerine profesör Hüseyin Avni Göktürk ile Profesör Nüzhet Şakir Senatoya geldikten sonra Senato kuvvetlenmiştir ve müşterek bir karar çıkararak bu üç öğretim üyesi çıkarılmış ve atılmıştır."[27]

Bu öğretim üyelerinden BERKES anılarında, ceza soruşturmasında Baha KANTAR ve Faruk EREM tarafından hazırlanan fezlekede "sanıkların soruşturma mevzuu olan suçu işlediklerini müsbit delil bulunmadığı" sonucuna varıldığını, bu nedenle disiplin soruşturması yoluyla Senatonun tard kararı aldığı gün Arsebük ve Hirsch'in İstanbul'da olduklarını ve dönüp de verilen kararı görünce savunma alınmadan karar verilmesinin kanuna aykırı olduğunu söylediklerini, bunun üzerine savunmalarının alındığını anlatmaktadır.[28] Ceza soruşturması olarak başlayıp disiplin soruşturması ile devam eden; Ankara Üniversitesi Senatosu, Üniversitelerarası Kurul ve Danıştay kararlarıyla karmaşık bir hukuksal sürece dönüşen olay, kanun yapılmasından önce TBMM'nin (yoruma yer olmadığına dair) bir yorum kararına da konu olmuştur.[29] Kanun 2 red oyuna karşı 257 oyla kabul edilmiştir.[30] Böylece kamu görevinden kadronun ya da memuriyetin kaldırılması ya da ilgili bakanlık emrine alınma usulleriyle çıkarılma Üniversite'nin tavrı nedeniyle uygulanamadığından kanun yoluyla sonuca varılmıştır. Şimdi biraz daha geriye dönerek bu usulleri kısaca açıklayalım.

KAMU GÖREVİNDEN KADRONUN YA DA MEMURİYETİN KALDIRILMASI YA DA İLGİLİ BAKANLIK EMRİNE ALINMA USULLERİYLE ÇIKARILMA

Bu açıdan öncelikle 788 sayılı Memurin Kanununun[31] 85. maddesine bakmak gerekir. Bu maddeye göre,

---

27 Dr. Fahri KURTULUŞ'un konuşması. T.B.M.M. Tutanak Dergisi, Dönem: VIII, Cilt: 12, Toplantı: 2, Seksen üçüncü Birleşim, 6.VII.1948 Salı, s. 810.

28 Niyazi BERKES, **Unutulan Yıllar**, İletişim Yayınları, Elektronik Kitap (Kaynak Basılı Kitap, 6. Baskı, 2017 İstanbul).

29 "(…) evvelâ Üniversiteler Kanunu mucibince Ankara Üniversitesi bu arkadaşlar hakkında inzibati bir karar verebilmek için bu kanunun 46 ncı maddesinin yorumlanmasını istedi. Oradaki suç kelimesinin manasını ve tefsirini Başbakanlık yolu ile Meclise arzetti. Meclis bunu şâmil mânası ile Ceza Kanunundaki suç olmadığı, meslekî suç olduğu, binaenaleyh Ceza Kanunundaki suçların nasıl olsa bu suç tâbirinde nazarı itibara alınması lâzımgeldiğini ve bir de cezayı mucip olmakla beraber dâvaya mütevakkıf olan birtakım ahlâki, inzibati ve o mesleğin vekar ve haysiyetine taallûk eden şeylerle alâkadar bulunduğu ve binaenaleyh buna göre yorumlamaya ihtiyaç olmadığını bildirmiştir. Derhal bu arkadaşların durumlarını yakinen bilen senato bunlar hakkında ihraç kararı verdi; biliyorsunuz." Hulusi ORAL'ın açıklaması, Tutanak B: 82, 5.7.1948, O: 2, s. 770.
"Üniversite Kanununun 46 ıncı maddesinin (D) fıkrasının yorumlanmasına dair Başbakanlık tezkeresi ve Milli Eğitim, adalet ve Bütçe Komisyonu Raporları" için bkz. Ernst E. HİRSCH, **Dünya Üniversiteleri ve Türkiye'de Üniversitelerin Gelişmesi**, Cilt II, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 211, İkinci Baskı, Ankara 1998, s. 1085 vd.

30 Üye sayısı: 465, Açık Milletvekillikleri: 13, 259 üye oylamaya katılmış, 193 üye oya katılmamış, 257 kabul 2 red oyuyla kanun kabul edilmiştir. Tutanak B: 82, 5.7.1948, O: 2, s. 855.

31 Resmî Ceride 31.03.1926 - 336.

"SEKSEN BEŞİNCİ MADDE — Memuriyetinin ilgası dolayısile açıkta kalan memurların, ilganın vuku bulduğu ay ile ani müteakip olan ay zarfında maaş ve tahsisatı fevkalâdesi tam olarak ve bu müddetin hitamında tekrar hizmete tayin kılınmamış ise yeni memuriyete tayinine kadar en son almış olduğu maaş ve tahsisatı fevkalâdesinin nısfı ita ve son memuriyetine muadil olmak şartile teklif olunan yeni memuriyeti kabulden istinkâf eylediği takdirde işbu açık maaşı katolunur.

Mesleki memuriyet olan mebuslar müddetleri bittikten sonra tekrar intihap edilmezler ise mebusluktan evvelki memuriyetlerine nazaran haklarında bu madde tatbik olunur."

Memuriyetin kaldırılmasını öngören Memurin Kanunu, ilk halinde, 59. maddesiyle "İdareten azil mülgadır." hükmünü getirmiş ayrıca 60. maddesinde "ecnebi memleketlerdeki memurlarla vali ve kaymakam ve zabıta âmirleri lüzumu katî üzerine tayinlerindeki usule tevfikan mensup oldukları vekâletler emrine alınırlar. Bunlara (85) nci madde mucibince maaş verilir." hükmüyle belli memurlar açısından bakanlık emrine alınma yoluyla görevden almayı düzenlemiş, 61. maddesinde ise "Kalemi mahsus müdürlerinin tayini veya vazifelerine nihayet verilmesi bilâkayit vekillerin salâhiyeti dâhilindedir." hükmünü öngörmüştür. Memurin Kanunun 60. maddesinin değiştirilmesiyle "vekâlet emrine alınma" bütün memurlar açısından mümkün hale getirilmiştir. Buna göre,

"Her derece ve sınıftaki memur lüzumu sabit olduğu takdirde tayinlerindeki usule göre mensup olduğu vekâlet emrine alınabilir. Bu takdirde on beş seneden aşağı hizmeti olanlara dörtte bir, on beş seneden yirmi seneye kadar hizmeti olanlara üçte bir, yirmi seneden fazla hizmeti olanlara yarım maaş verilir. Bu tarzda vekâlet emrine alınanlardan hizmet müddeti on beş seneden aşağı olanlar en çok üç, on beş seneden yukarı olanlar en çok beş sene zarfında hizmete tayin olunmazlarsa haklarında tekaüt kanununa göre muamele yapılır."[32]

23.12.1934 tarih ve 2658 sayılı "Memurin kanununa ekli kanun"[33] ile açığa ya da bakanlık emrine alınanlara ilişkin emeklilik ve açık maaşı düzenlenmiştir. Buna göre,

"BİRİNCİ MADDE — Kadro yönünden açıkta kalan veya bakanlık emrine alınan memurlardan iş başında otuz seneyi doldurmuş olanlar bağlı bulundukları dairelerce tekaüd edilirler. Kadro yüzünden açıkta kalmış memurlar varken bunların derecelerinde veya bir derece aşağısındaki açıklara dışarıdan memur alınamaz. Bu açık memuriyetlere ilk önce açıkta kalanlar yerleştirilir.

[32] Maddenin, 1777 sayılı "Memurin kanununun bazı maddelerinin tadili hakkında kanun" ile değişik hali. Resmî Gazete 29.11.1931 - 1760.

[33] Resmî Gazete 01.01.1935 - 2895.

Derecesi içinde veya bir derece aşağısında verilen memuriyetleri kabul etmeyenlerin açık maaşları kesilir. Kabul edenlerin kendi derece ve sırası içinde ilk açılacak memuriyetlere tayinde üstün tutulmak ve açıkta kaldıkları memuriyet derecesinde tekaüd edilmek hakları saklıdır.

ÜÇÜNCÜ MADDE — Kadro yönünden açıkta kalmış veya bakanlık emrine alınmış olan memurlar ücretli kadrolarda maaşlarının dengi veya daha çoğu ile teklif edilen vazifeyi kabul etmezler, yahud sermayesinin en az yarısı Devletin olan bir müessesede veya Devlete, vilâyetlere ve belediyelere aid ücretli bir işte intihab veya tayin suretile eski maaşlarına denk veya ondan çok ücretli bir vazife almış olurlarsa kendilerine verilmekte olan açık maaşları kesilir."

3335 sayılı Kanunla Memurin Kanunun 85. maddesi yeniden düzenlenmiştir.[34] Buna göre,

"Memuriyetinin ilgası dolayısile açıkta kalan memurların, ilganın vuku bulduğu ay ile onu müteakib olan ay zarfında maaşları tam olarak ve bu müddetin hitamında tekrar hizmete tayin kılınmamış iseler yeni memuriyete tayinlerine kadar, filî hizmet müddeti yedi seneye kadar olanlara dörtte bir, on beş seneye kadar olanlara üçte bir, on beş seneden fazla olanlara yarım nisbetinde açık maaşı verilir.

Mesleki memuriyet olan mebuslar müddetleri bittikten sonra tekrar intihap edilmezlerse mebusluktan evvelki memuriyetlerine nazaran haklarında bu madde tatbik olunur."

Böylece memuriyetin kaldırılması üzerine teklif olunan yeni memuriyeti kabul etmeyenlere hizmet sürelerine göre açık maaşı ödenmesi öngörülmüştür. Memuriyetin ilgası veya bakanlık emrine alınma yoluyla görevden uzaklaştırılanlara verilecek açık maaşının da sürekli olmadığı ve bir süre sonra kesildiği, emeklilik sürecinin başlatıldığı görülmektedir.[35]

Memuriyetin kaldırılması ya da bakanlık emrine alınmayla ilgili mevzuatın izini sürmek ve tüketici bir liste yapmak, bu yöndeki düzenleme bolluğu nedeniyle, oldukça güçtür. Çeşitli teşkilat kanunlarında yer alan benzer düzen-

---

[34] 09.03.1938 tarih ve 3335 sayılı "Memurin kanununun 84 ncü maddesinin (D) fıkrasile 85 nci maddesini değiştiren kanun" Resmî Gazete 17.03.1938 - 3858.

[35] Bu dönemde açık maaşı alan veya vekâlet emrine alınan memurların, Memurin Kanununun 8. maddesinde öngörülen ticaret ve sanatla iştigal yasağına tabi olup olmadıklarına ilişkin Devlet Şurasından görüş istenmiş, Umumi Heyetin sorunun "tefsir yoluyla halli icabedeceği" kararı üzerine, "788 numaralı Memurin kanununun 8 nci maddesi hükmü vekâlet emrine alınan veya kadro yüzünden açıkta kalan memurlara da şâmildir." yönünde Tefsir Fıkrası kabul edilmiştir. T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre: VII, Cilt: 4, İçtima: F., Kırk dokuzuncu inikat, 16.VII. 1943 Cuma, S. Sayısı 119. Genel Kurul görüşmeleri sırasında Tahsin Bekir BALTA, 8. maddenin bu durumdakilere uygulanamayacağını savunmuş ve 8. madde hükmünün bunlara şamil olmayacağı yönünde encümen ekalliyetince hazırlanan tefsir fıkrasının oya konulmasını teklif etmiş, bu teklif reddedilmiştir (Tutanak, s. 115-119).

lemelerden sonra genel bir düzenleme getiren, kamuoyunda doğurduğu tepki ve üniversitelere ilişkin düzenleme içermesi nedeniyle 6435 sayılı Kanuna geçiyoruz. 05.07.1954 tarihli 6435 sayılı "Bağlı bulundukları teşkilât emrine alınmak suretiyle vazifeden uzaklaştırılacaklar hakkında Kanun"a[36] göre,

"MADDE 1. — Umumi, mülhak veya hususi bütçeli idarelerle belediyeler ve bunlara bağlı idare, müessese ve teşekküllerden maaş alanlar (hâkim, subay, astsubay ve askerî memurlar hariç) tayinlerindeki usule göre mensup oldukları vekâlet, idare, müessese veya teşekkül emrine alınmak suretiyle vazifeden uzaklaştırılabilirler.

Bu takdirde on beş seneden aşağı hizmeti olanlara dörtte bir, on beş seneden yirmi seneye kadar hizmeti olanlara üçte bir ve yirmi seneden fazla hizmeti olanlara yarım maaşları nispetinde ve vazifeden uzaklaştırıldıkları tarihi takibeden ay başından itibaren altı ay müddetle maaş verilir.

Bu müddet zarfında kurumlarınca teklif edilen eski vazifelerine eşit veya bir aşağı derecedeki vazifeleri kabul etmiyenlerle kendilerine her hangi bir vazife verilmemiş bulunanlar hakkında emeklilik hükümleri tatbik olunur.

2556 sayılı Hâkimler Kanununun 82 nci maddesi hükmü mahfuzdur. Ancak mezkûr madde mucibince vekâlet emrine alman hâkimler hakkında bu maddenin 2 ve 3 ncü fıkraları ve bu kanunun 3 ncü maddesi hükümleri tatbik olunur.

MADDE 2. — Bu kanunun birinci maddesi, üniversitelerin kuruluş kadrolarına dâhil bilûmum mensupları hakkında senatonun mütalâası alındıktan sonra tayinlerindeki usule bakılmaksızın Maarif Vekili tarafından re'sen tatbik olunur.

MADDE 3. — Bu kanun gereğince ittihaz olunacak vazifeden uzaklaştırma karar ve muamelelerinden dolayı bu muameleyi tatbik eden idare ve şahıslar aleyhinde hiçbir idari ve adli kaza merciine müracaat olunamaz.

Bu madde hükmü iktisadi devlet teşekkülleri ve bunlara bağlı müessese ve kurumlarla sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası devlete ait olan müesseselerin vazifeden uzaklaştırılma karar ve muamelelerine de şâmildir.

MADDE 4. — Memurin Kanunu ek ve tadilleriyle hususi teşkilât kanunları ve diğer bilcümle kanunların bu kanuna muhalif hükümleri mülgadır.

MUVAKAT MADDE — Hâlen muhtelif kanunlarla vekâlet veya umum müdürlük emrine alınmış vaziyette bulunanlar hakkında, vekâlet veya umum müdürlük emrinde bulundukları müddet ne olursa olsun, bu kanunun meriyete girdiği tarihten itibaren bu kanun hükümleri tatbik olunur."

---

[36] Resmî Gazete 08.07.1954 - 8749.

6435 sayılı Kanun ile mevzuattaki dağınıklık "böylece giderilmiş", üniversite mensuplarının vazifeden uzaklaştırılmaları düzenlenmiş, 114 sayılı Kanunda öngörülen yeni görev vermeme yoluyla emeklilik getirilmiş ve bu işlemlere karşı yargı yolu kapatılmıştır.

6435 sayılı Kanunun üniversite öğretim üyeleri yönünden uygulanmasına ilişkin kısa bir değerlendirme şöyledir: "1954'te Bülent Nuri Esen, dönemin rejimini 'demokrasi' olarak değil, 'kakokrasi' olarak nitelendirmiş ve bunun üzerine Demokrat Parti iktidarı 6435 sayılı Kanunu çıkarmış ve Esen'i bakanlık emrine almıştır. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi anayasa hukuku profesörlerinden Turhan Feyzioğlu 1956-1957 ders yılını açış konuşmasında Hükümeti eleştirmiş ve neticede Bakanlık emrine alınmıştır. Bunun üzerine Feyzioğlu istifa etmiştir. Aynı Fakülte'den aynı sebeple Doçent Muammer Aksoy da istifa etmiştir. Hüseyin Nail Kubalı 1958 yılında meclis içtüzüğü ile ilgili Cumhuriyet gazetesinde birkaç makale yayınlamış, Demokrat Parti Hükûmeti tepki olarak Kubalı'yı Şubat 1958'de Bakanlık emrine almıştır."[37] Dönemin tepki doğuran ve tasfiye niteliği taşıyan uygulamalarından biri de kamu görevlilerinin re'sen emekliye ayırılması yönündeki düzenlemelerle gerçekleştirilmiştir.

RE'SEN EMEKLİYE AYIRMA

5434 Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun[38] 39. maddesinin (b) fıkrasında "Fiilî hizmet müddetleri (30) yılı ve yaşları (55) i doldurmuş olanların istekleri üzerine, 40 ncı maddenin (a) ve (b) fıkralarında yazılı olanlarla seçilmiş belediye başkanları ve illerin daimî komisyonu üyeleri hariç olmak üzere 30 hizmet yılını tamamlamış olanlar kurumlarınca lüzum görüldüğünde yaş kaydı aranmaksızın re'sen" emekliye ayırılarak emekli maaşı bağlanacağı öngörülmüştür. Kanunun 40. maddesinin (a) fıkrasında Sayıştay, Danıştay ve Yargıtay Başkan ve üyeleri ile Sayıştay Savcısı, Başkanun Sözcüsü ve Cumhuriyet Başsavcısı için yaş haddi (65) tir."[39] Maddenin (b) fıkrasında ise Üniversite ordinaryüs profesör ve profesörlerinin (65) yaşını doldurduktan sonra (70) yaşını geçmemek üzere vazifelerini yapabilecek durumda olmadıkları ilgili üniversite senatosunca belirtilinceye kadar çalışabilecekleri öngörülmüştür.

Söz konusu 39. maddenin (b) fıkrası önce 6122 sayılı Kanunla[40] değiştirile-

37 Kemal GÖZLER, **Anayasa Hukukunun Metodolojisi**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, İkinci Baskı, 1999, s. 278. Turhan Feyzioğlu'nun konuşması, ünlü "(…) asla nabza göre şerbet veren; zararlıya fetva veren birer sözde münevver haline gelmeyelim." sözleriyle biten konuşmadır. Alpaslan IŞIKLI, **"27 Mayıs'ın Anımsattıkları"**, mülkiye 2010, Cilt: XXXIV, Sayı: 267, s. 201.

38 Resmî Gazete 17.06.1949 - 7235.

39 Fıkranın 2. cümlesi: "Ancak vazifelerinde kalmaları faydalı görülenlerden; Sayıştay Başkan ve üyelerinin yaş hadleri Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanınca ve Sayıştay Savcısı ile Danıştay ve Yargıtay Başkan ve üyeleri ve Başkanun Sözcüsü ile Cumhuriyet Başsavcısının yaş hadleri de Bakanlar Kurulunca birer yıllık sürelerle (3) yıl uzatılabilir."

40 09.07.1953 tarih 6122 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun bâzı maddelerinin değişti-

rek re'sen emekliye ayırma için fiili hizmet süresi 30 yıldan 25 yıla indirilmiş[41] ve "Bu fıkra hükümlerine göre re'sen emekliye sevkedilenler hakkındaki kararlar katidir. Bu kararlar aleyhine hiçbir suretle kaza mercilerine baş vurulamaz." hükmü getirilmiştir. Aynı fıkrada 6422 sayılı Kanunla[42] yapılan değişiklikte "40 ncı maddenin (a) ve (b) fıkralarında yazılı olanlar" için öngörülen istisna kaldırılarak bunların da 25 fiili hizmet yılını doldurmaları üzerine kurumlarınca lüzum görülmesi üzerine yaş kaydı aranmaksızın re'sen emekliye ayırılabileceği düzenlenmiş ve yargı yolunu kapatan hüküm aynen korunmuştur. Böylece (Sayıştay ve) yüksek yargı organları mensupları[43] ile üniversite profesörleri de bu koşullarda re'sen emekliye ayırılabilir hale getirilmiştir.

6422 sayılı Kanun haline gelecek Kanun Layihasına ilişkin Muvakkat Encümen Mazbatası'nda[44] 40 ncı maddenin (a) ve (b) fıkralarında yazılı olanlara ilişkin istisnanın kaldırılarak memurlara uygulanan genel kuralların bunlara da uygulanmasına ilişkin açıklama ve değerlendirme yapıldıktan sonra yargı yolunun kapatılmasının, bu Layiha ile gerçekleştirilmediği, daha önce bir tefsir kararı ve bu doğrultudaki 6122 sayılı Kanunla "tesis edildiği" vurgulanmaktadır.[45]

Yargı yolunun kapatılmasına (daha doğrusu kapalı olduğuna) ilişkin yorum yapılmasına yer olmadığı hakkındaki yorum kararına, dönemin anlayışını yansıtması açısından, burada yer vermek gerekir. "Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 39 ncu maddesinin (B) fıkrasının yorumlanmasına mahal olmadığına dair" 1728 sayılı TBMM Kararına göre,

---

rilmesine dair Kanun" (Resmî Gazete 11.07.1953 - 8455).

41 28.02.1959 tarih ve 7242 sayılı "5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa ek Kanun" (Resmî Gazete 03.03.1959 - 10149) ile 25 yıl fiilî hizmet süresi tekrar 30 yıla çıkarılmıştır.

42 21.06.1954 tarih ve 6422 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun bâzı maddelerinin değiştirilmesine dair Kanun" (Resmî Gazete 25.06.1954 - 8738).

43 6422 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin Danıştay üyelerine hiç uygulanmadığı, Yargıtay üyelerine ise aşama aşama uygulandığı ve 27 Mayıs sonrasında da 1961 Anayasasının kabulüne kadar re'sen emekliye ayırma kararlarının alındığı belirtilmektedir. Ali Y. BALTACIOĞLU, **"İzi Kalanlar - Abdullah Vehbi Yekebaş (1890-1965)"**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 1, Kış 2009, s. 208 vd. Burada ilginç sayılabilecek bir olaya da değinmek gerekir: "6422 sayılı yasaya dayanılarak yapılan yargıç tasfiyelerinin, Yargıtay Başkanı tarafından 'normal bir idari tasarruf' olarak değerlendirmesinden az sonra bizzat başkanın kendisi, idarenin tasarrufuyla (!) görevden uzaklaştırılacaktır." (s. 212).

44 T.B.M.M. Muvakkat Encümen, Esas No. 1/17, Karar No. 2, 18 .VI.1954. Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun bâzı maddelerinin değiştirilmesine dair kanun lâyihası ve Muvakkat Encümen mazbatası (1/17), Devre: X, İçtima: F., S. Sayısı 17. Hükûmet gerekçesinde devlet ile memur arasındaki ilişkiye dair bir paragrafı idare hukuku açısından dikkat çekici olduğundan alıntılamak gerekiyor: "Vâzıı kanunumuz, **âmme hizmetinin ifasını, Devletle memur arasındaki akdi bir münasebete irca ettiğinden**, ne Teşkilâtı Esasiye ve ne de memurların statüsünü tanzim eden diğer hususi teşkilât kanunlarında tekaütlüğe ait istisnai hükümler vaz'etmiyerek, memur ve hâkimlere tanınmış olan bâzı hak ve teminatla, tekaütlük muamelesi arasında bir münasebet görmemiştir." (s. 2)

45 "Lâyihanın (1 nci) maddesinin (son;) fıkrasındaki emekliye sevk kararının katiyeti hiçbir kaza yoluna gidilemiyeceği hükmü, yeni bir hüküm değildir. Bu hüküm evvelâ 5434 sayılı Kanunun 39 ncu maddesinin (b) fıkrasının tatbiki suretiyle idari tasarruf ve kararların idari kaza mercilerinde, mâruz kaldığı anlayış, dolayısiyle ve binnetice iptal kararlarının çoğalması yüzünden Hükümetin Meclisten istediği tefsir talebiyle; ve daha sonra da (b) fıkrasının tadili hakkındaki (6122) sayılı Kanunla tesis edilmiş bulunmaktadır." (s. 4)

"*(...) izah olunan mucip sebepler muvacehesinde vâzıı kanun (Kurumlarınca lüzum görüldüğünde) hükmünü vaz'etmekle; tekaüde sevk tasarrufunun saikını, yani ne gibi vaziyetler ve haller veyahut ne gibi fiilî ve hukuki vakıaların tahakkuk ve mevcudiyeti karşısında idarenin böyle bir tasarruf yapabileceğini tâyin, tesbit ve tanzim etmiş olmayıp bilâkis bu nevi tasarrufları yapmak hususunda idareye mutlak bir takdir salâhiyeti tanımıştır. Yani idare tasarrufun saikını ve lüzumunu takdirde mutlak bir salâhiyet ve hareket serbestisine sahiptir. Bu itibarla; tasarrufun saik ve tamamına taallûk eden mutlak takdir salâhiyetinin kullanılması suretiyle idarece yapılan takdirî tasarrufların kazai murakabe sahasının dışında kalacağı aşikâr olup bu mutlak takdir salâhiyetinin tabiî ve hukuki neticesi olarak da kurumların gördükleri ve takdir ettikleri lüzumun doğruluk ve meşruluğunu kaza mercilerine mucip sebepleriyle izah ve kabul ettirmeye de mecbur tutulamıyacakları bedihidir.*

Binnetice; idareye mutlak bir takdir salâhiyeti tanımış olan mevzuubahis fıkranın, izah olunan vuzuh ve sarahati muvacehesinde yorumuna mahal olmadığı Maliye ve Geçici Komisyonların görüşlerine muvazi ve mutabık olarak komisyonumuzca da ekseriyetle kabul edilmiştir."[46]

Danıştay'ın 1950'lerde verdiği kararlarda, çeşitli kanunların yargı yolunu kapatan hükümlerini Anayasaya uygun yorumlayarak açılan davaları gördüğünü ve iptal kararları verdiğini ve bu içtihadı 1728 sayılı TBMM Kararından sonra da devam ettirdiğini belirtmek gerekir:

"Bütün idarî tasarrufların kazai murakabeye tâbi tutulması hukuka bağlı devlet prensipinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabından olmasına ve bu ilmî esas hiyerarşi itibariyle mevzu hukukun en üst kademesini teşkil eden Anayasanın 51 inci maddesiyle müeyyide altına alınmış bulunmasına ve 5250 sayılı kanunun Danıştaya müracaat edilemiyeceği yolundaki hükmünü idarî tasarrufun takdir unsuruna taallûk eden kısmının kontrol dışında kalacağı şeklinde manalandırmak gerek nazarî ve gerek mevzu hukukun esaslarına daha uygun düşeceğine binaen davanın iptidaen ademi mesmuiyetine karar verilmesi yolundaki iddia kabule şayan olamaz."[47]

Günümüzde de hala tartışılan konulardan olan idarenin takdir yetkisi ve takdir yetkisinin denetimi, Hocam Metin GÜNDAY'ın 1982 tarihli "İdarenin Takdir Yetkisi" başlıklı doçentlik tezine konu olmuştur. GÜNDAY'ın yaptığı bilimsel

[46] "Bütçe Komisyonunca hazırlanan aşağıdaki rapor, Kamutayın 16.V.1951 tarihli Birleşiminde kabul edilmiştir." Resmî Gazete 23.05.1951 - 7815.

[47] Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulu, E: 1949/320, K: 1950/128. Bu karar ve aynı yöndeki kararlar ve değerlendirme için bkz. Kemal Galip BALKAR, **"Teşkilâtı Esasiye-Kanununa aykırı kanun karşısında mahkemenin durumu"**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, 1953, s. 212-226. BALKAR'ın Danıştay Başkanunsözcüsü olarak bu yöndeki kararlarda verdiği görüşlerle etkili olduğu belirtilmelidir.

çözümleme ve değerlendirmeler konunun anlaşılması açısından değerini bugün de korumaktadır; ancak İdarenin yargısal denetiminin etkinliğini sınırlama anlayışının bir aracı olarak kullanıldığından, takdir yetkisinin denetimine ilişkin sınırlamalar ve tartışmalar her dönem güncelliğini koruyacak görünüyor.[48]

Re'sen emekliye ayırma yetkisinin kullanılmasına ilişkin 1959'da başlayan ve Milli Birlik Komitesi döneminde devam eden bir örnek olay şöyledir:

"Seul Büyük Elçisi Doktor Kâmil İdil, 26/10/1959 gününde Dışişleri Bakanlığınca 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 39 uncu maddesinin değişik (b) fıkrasına dayanılarak re'sen emekliye sevkedilmiştir.

Adı geçenin kanunsuz bulduğu bu tasarrufun iptali için Danıştaya açtığı dâva sonunda sözü geçen Bakanlık tasarrufu, Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulunun 8/4/1960 günlü ve 1960/80 sayılı kararı ile şekil noksanlığı ve yetkisizlik yönlerinden iptal olunmuştur.

Bu iptal kararı üzerine, Dışişleri Bakanlığınca adı geçene 2/7/1960 günlü Bakanlar Kurulu kararı ile 1/6/1960 gününden başlamak üzere yine aynı kanun hükmüne dayanılarak emekliye çıkarıldığı bildirilmiş ve aradan kısa bir süre geçtikten sonra da 2/7/1960 günlü Bakanlar Kurulu kararının kaldırıldığı ve 26/10/1959 gününden itibaren emekliye çıkarıldığı hakkındaki 19/9/1960 günlü Bakanlar Kurulu kararının tebliği üzerine adı geçen tarafından, Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulunun 8/4/1960 günlü ve 1960/80 sayılı kararından sonra kendisinin bir göreve atanması ve gerekiyorsa usulüne uygun olarak emekliye ayrılması icabederken bu yola gidilmediğinden Bakanlar Kurulunun 19/9/1960 günlü kararının iptali ve yoksun kaldığı maaş ve diğer haklarının tazminat olarak verilmesi isteği ile açılan dâva dolayısiyle Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulunca verilen 1961/625 sayılı kararda, sadece tazminat hakkındaki isteği kabul edilerek iptale ilişkin isteğine karşı bir şey denilmemiş olduğundan bu kararın düzeltilmesine ve iptale karar verilmesi istenmiştir.

Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulunca, davacının düzeltilmesini istediği karara konu teşkil eden dâvasını, hem iptal ve hem de tam kaza dâvası şeklinde açtığından ve verilen kararda ise sadece tazminata hükmedilerek iptale ilişkin istek hakkında bir şey denilmemiş olduğundan bahisle 3546 sayılı Danıştay Kanununun 50 nci maddesinin (A) bendi gereğince kararın davacı için kazanılmış hak niteliğini alan tazminat kısmının bırakılması suretiyle düzeltme isteğinin

[48] A. Ülkü AZRAK'ın Metin Hoca'nın doçentlik tezine atıfla yaptığı değerlendirme şöyledir: "Bu konuda ilgi çeken bir nokta da, Alman İdare Hukuku öğretisinde 1950 lerde belirsiz hukuk kavramlarıyla ilgili olarak ortaya atılmış olan 'kavram alanı' (Begriffshof) ve 'kavram çekirdeği' (Begriffskern) ayırımının bir genç bilim adamının çabasıyla Türk İdare Hukuku öğretisine kazandırılmış olmasıdır." A. Ülkü AZRAK, **"İdari Yargı Yetkisinin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi"**, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 6, Sayı 1-3, 1985, s. 25.

kabulüne karar verildikten sonra iptale ilişkin İsteğin incelenmesine geçilmiştir.

Danıştay Dâva Daireleri Genel Kurulu, bu incelemeyi yaparken davacının emekliye ayırma tasarrufunun 5434 sayılı kanunun 39 uncu maddesinin (b) fıkrasına dayatılmış olduğunu ve bu fıkranın son bendinde de 'Bu fıkra hükümlerine göre re'sen emekliye sevkedilenler hakkındaki kararlar katidir. Bu kararlar aleyhine hiç bir suretle kaza mercilerine başvurulamaz', denildiğinden kaza mercilerine başvurma yolunu kapayan bu bendin Anayasa'nın 8, 31 ve 114 üncü maddelerin aykırı olduğu sonucuna vararak işbu dâvanın Anayasa'nın 151 inci maddesi uyarınca geri bırakılmasına ve 44 sayılı kanunun 27 nci maddesi gereğince (Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur)."[49]

Aşağıda değinileceği üzere bu başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi söz konusu kuralın iptaline karar vermiştir.

MİLLİ BİRLİK KOMİTESİNDE 114 SAYILI KANUNU DÜZELTME GİRİŞİMİ

Yoğun tepkilerin devam etmesi üzerine Milli Birlik Komitesi içinde 114 sayılı Kanunun sonuçlarının giderilmesine yönelik bir eğilim ortaya çıkmıştır. Bu açıdan öncelikle Milli Birlik Komitesi içinde -bu kez 14'ler olarak adlandırılan ve 147'lerin tasfiyesinde önemli rol oynadığı düşünülen- 14 MBK üyesinin 13 Kasım 1960'ta tasfiye edilmesine dikkat çekilmektedir.[50] Bu MBK üyeleri 126 sayılı Kanunla, Kanun ekindeki listede isimleri sayılarak "Millî Birlik Komitesi üyeliğinden affedilerek emekliye sevkedilmişlerdir."[51]

"114 Sayılı Kanun ve 147'ler - Memorandum" adlı broşürde, Rektörlerin istifası sonrasında Devlet Başkanının «hata varsa düzeltilir, hatadan dönmek fazilettir» dediği, Kanunu yapanlardan bir kısmının hatayı kabul, bir diğer kısmının da reddeder demeçler verdiği, listeyi doçentlerin yaptığı şeklinde bir beyan verilmesi üzerine bu ifadenin tekzibe uğradığı, "Devlet Başkanının va'di ve Millî

---

49 Süreç Anayasa Mahkemesi kararında özetlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, E. 1962/262, K. 1963/21, K.t. 30.01.1963, Resmi Gazete 11.03.1963 – 11352.

50 ALKAN, s. 64.

51 17.11.1960 tarih ve 10657 sayılı Resmi gazetede yayımlanan 14/11/1960 tarih ve 126 sayılı "5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa ek 2/8/1960 tarih ve 42 sayılı kanuna geçici bir madde eklenmesine dair Kanun"a göre
"Madde 1 — 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa ek 2/8/1960 tarih ve 42 sayılı kanuna aşağıdaki geçici 5 ıncı madde eklenmiştir:
Geçici madde 5 — 13 Kasım 1960 tarihinde Millî Birlik Komitesi üyeliğinden affedilerek emekliye sevkedilen ilişik listede isimleri yazılı subaylara hizmet müddetlerine bakılmaksızın 7244 sayılı kanunun 1 inci maddesine ait cetvelin 3 uncu derecesi üzerinden fiilî ve itibarî hizmet müddetleri 25 yıldan az olanlara 25 yıl hizmet etmiş gibi itibar olunarak 42 sayılı kanunun 1 inci maddesi esasları dahilinde emekli aylığı bağlanır
Bu subaylara ayrıca yukarıdaki fıkra gereğince tesbit edilen emekli aylıklarına esas olan aylıklarının 2 yıllık toplamı ikramiye olarak verilir."
Emekliye sevkedilenler, 01.12.1960 tarih ve 10669 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 17.11.1960 tarihli kararnamelerle Dışişleri Bakanlığı tarafından elçiliklerde müşavir olarak görevlendirilmiştir.

Eğitim Bakanının rektörlüklerden yeni kanunlar hakkında mütalâa sorması üzerine yeniden yapılan seçimde üç üniversitenin de eski rektörleri(nin) vazifeyi kabul etti(kleri) ve seçildi(kleri), Kanunu yapanlardan bazılarının 114 ve 115 sayılı Kanunların "doğru olduğunu öğretim üyelerine ve öğrencilere inandırma" yolunda çalışmalar yaptıkları, "Bu yolda üniversite öğretim üyelerinden pek cüz'î bir kısmı da radyoda yayınlanan telgrafları Ankara'ya çektilerse de büyük kütle infialini izhar ederek bunlara katılmamak olgunluğunu gösterdi(ği), hattâ çıkarılan hocaların yerlerine iadesini isteyen telgraflar çek(tikleri)", yeni seçilen senatoların ilk toplantılarında bu haksızlığı tamir için rektörlerin başkanlığında üçer kişilik bir heyet seçtikleri belirtilerek süreç şöyle özetlenmektedir:

"*Üniversitelerde kurulan üçer kişilik heyet Ankara'da toplandı, Devlet Başkanına, Millî Birlik Komitesine, Millî Eğitim Bakanına yazılı bir muhtıra ile başvurdu. Yapılmış tahkikler varsa dosyaların kendilerine tevdiini istediyse de bu heyete de bir şey verilemedi ve verilmedi.*

Üniversiteler heyetinden sonra 147 arkadaşın tensib ettiği bir grup İstanbul'dan Ankara'ya giderek oradaki arkadaşlariyle birleşip MBK üyelerinden pek çoğunu, bu arada bakanları ziyaret ettiler.

Aynı zamanda Ankara'da tekrar toplanan rektörler MBK'nın bu işle görevlendirdiği bir komisyonla temas ederek 114 ve 115 sayılı kanunlarda yapılacak değişiklikler üzerinde mutabakata vardılar.

Filhakika bu yolda hazırlanan metin MBK'nin son toplantısı olan 5-6 Ocak 1961 gecesi toplantısına sunuldu ise de gündeme alınmadı.

Ertesi gün Kurucu Meclis toplandı. Kurucu Meclis komisyonlarında mesele birkaç defa açıldığı gibi birkaç defa da kanun teklifi hazırlandı. Lâkin bir lâyihanın kanun teklifi haline gelip müzakere edilebilmesi için temsilci üyelerden başka en az bir Millî Birlik Komitesi üyesi tarafından imzalanması Kurucu Meclis Kanunu hükmünce şart olduğundan ve böyle bir imza tedarik edilemediğinden teşebbüs, teklif halini almadı."[52]

05.01.1961 tarihli toplantıda 114 sayılı Kanunun 5. maddesinin değiştirilmesi hakkındaki kanun teklifinin gündeme alınıp alınamayacağı hakkında görüşmeler yapılmıştır. Görüşmelerde 114 sayılı Kanun zabıtsız çıkarıldığından meselenin zabıtsız olarak görüşülmesi üzerine tartışmalar yapılmış, lehte ve aleyhte görüşlerden sonra teklifin Bakanlar Kurulundan gelmesi gerektiği, bu yönden usule uygun olmadığı belirtilmiş ve teklifin gündeme alınması reddedilmiştir.[53] 06.01.1961 günü görüşme yapılıp yapılamayacağına ilişkin tartışma ve burada

[52] **114 Sayılı Kanun ve 147'ler - Memorandum**, İstanbul Matbaası 1961, s. 12-13.

[53] T.C. Milli Birlik Komitesi Genel Kurul Toplantısı, Cilt 5, Yetmiş birinci Birleşim, 05.01.1961 Perşembe, s. 82-85.

yine bir tefsir kararından bahsedilmesi ilginçtir.[54]

SORUNUN 43 SAYILI KANUN İLE ÇÖZÜLMESİ

Gündemde kalan sorun 43 sayılı Kanunla[55] çözülmeye çalışılmıştır. Bu Kanunun hazırlık aşamasında tasfiye edilen öğretim elemanlarının üniversiteye dönüşlerinin doğrudan kanun hükmüyle gerçekleştirilmesi yerine Üniversite Senatolarına yetki tanınması yolunun tercih edildiği ve tasarının bu yönde hazırlandığı görülmektedir.[56]

Tasarının gerekçesine göre,

"Kanunun 1 nci maddesiyle 114 sayılı Kanunun 5 nci maddesi kaldırılmakta ve bu suretle, halen açıkta veya başka görevlerde bulunan üniversite öğretim üye ve yardımcılarının tekrar üniversitelere dönmeleri imkânı sağlanmış olmaktadır.

2 nci madde ile 1 nci madde gereğince yapılacak kabul ve tâyin işlemi hususunda Anayasanın 120 nci maddesiyle konulan esas ve mer'i Üniversiteler Kanununun senatolara verdiği yetki muhafaza edilmek suretiyle muhtar üniversitelerin arzu ve iradesi üstün tutulduğu gibi yapılacak tâyinlerin özelliği de göz önüne alınarak kısa bir süre içinde ifa ve ikmali ve kullanılacak kadroların temini maksadı güdülmektedir."[57]

Tasarıda 114 sayılı Kanunun 5. maddesinin kaldırılarak bu Kanuna ekli cetvellerde yer alanların "eski akademik unvanları ve dereceleri saklı tutulmak şartiyle ve Senatoların uygun görmesinden başka her hangi bir işleme ihtiyaç olmaksızın öğretim üyeliğine veya yardımcılığına kabul ve tâyin olun(maları)" öngörülmüşken ve bu tasarı "114 sayılı Kanuna ek kanun tasarısı" iken, Komisyonlarda konuya ilişkin tekliflerle birlikte değerlendirilmiş ve Milli Eğitim Komisyonu değiştirişinde 1. madde, "(bu kişilerin) eski akademik unvanları, dereceleri ve yetkileri saklı tutulmak şartiyle her hangi bir işleme tâbi olmaksızın öğretim

---

54 "KARAVELİOĞLU KÂMİL — Saat tam 24 tür. Şu andan itibaren her an 6 ncı güne giriyoruz.
KÜÇÜK SAMİ — Tefsir kararımıza göre Kurucu Meclis fiilen iştirak etmedikçe Millî Birlik Komitesinin yetkilerinin ona devir edilmesi mevzuubahsolamaz." s. 82.

55 12.04.1962 tarih ve 43 sayılı "Üniversite öğretim üyelerinden bâzılarının vazifelerinden affına ve bâzılarının diğer fakülte ve yüksek okullara nakline dair 27.10.1960 tarihli ve 114 sayılı Kanunun bâzı maddelerinin kaldırılması ve yeni hükümler eklenmesi hakkında Kanun" Resmî Gazete 18.04.1962 - 11086.

56 Başbakan İNÖNÜ, CHP T.B.M. Meclisi Grubunda şunları söylemiştir: "Hükûmet olarak bu dâvanın halli yolunda nasıl bir tedbir alınacağı konusu enine boyuna görüşüldü. Neticede 147'lerin, Üniversite Senatosunun mütalâası alınmak suretiyle üniversitelere dönebilmelerini mümkün kılacak bir tasarı hazırlandı. Hükûmetin bu görüşü Millî Eğitim Komisyonunda (hepsi, bütün hukuk ve vecibeleriyle üniversiteye iade edilebilir) fikriyle karşılandı. Biz hükûmet olarak, Meclis'i, muhtar organların yetkilerine karışır bir vaziyete sokmak istemiyoruz. Teşrii organ (ben yaptım, oldu) zihniyetiyle hareket ederse, çabuk yıpranır. Bunun misâllerini yakın mazide gördük. Teşrii tasarruflarda çok dikkatli olmak mecburiyetindeyiz. Buna dikkat edilmezse, Meclis itibarını kaybeder." (Ulus Gazetesi, 19.01.1962) **İSMET İNÖNÜ Konuşma, Demeç, Makale, Mesaj ve Söyleşileri, 1961 – 1965 (11.11.1961 – 26.02.1965)**. http://www.ismetinonu.org.tr/ismet-inonu-1961-1965.htm#_ftn25

57 Millet Meclisi Dönem: 1 Toplantı: 1, S. Sayısı: 50, s. 2.

üyeliğine veya yardımcılığına iade edilmişlerdir." biçiminde değiştirilmiştir. Bu değiştiriş, kanunla birel işlem yapılması açısından tartışılmış ve uygun görülmemiştir. Bu açıdan Anayasa Komisyonu Mütalaasında değinilen sorunlar kamu hukukuna ilişkin önemli tespit ve değerlendirmeler içermektedir.[58] Komisyonların değiştirişleriyle 114 sayılı Kanunun 1,2,3, ve 5. maddeleri kaldırılmış, uygulanacak eylem ve işlemler aleyhinde ilgililerin Danıştay'a başvurabileceği eklenmiştir. Genel Kurul görüşmeleri sırasında Senatoların görevlerine dönmeleri uygun görülmeyenler hakkında verecekleri kararların gerekçeli olması gerektiği ve bu kararlar aleyhine Danıştay'da açılacak davaların en geç 3 ay içinde hükme bağlanacağı yönündeki hüküm eklenmiştir.[59] 43 sayılı Kanuna göre,

"MADDE 1. — 27 Ekim 1960 tarihli ve 114 sayılı Kanunun 1, 2, 3 ve 5 nci maddeleri kaldırılmıştır.

MADDE 2. — 114 sayılı Kanuna ekli 1 ve 2 sayılı cetvellerde ad ve soyadları ile akademik unvanları gösterilip adı geçen kanunun 1 ve 2 nci maddeleri gereğince üniversitelerdeki öğretim üyeliği veya öğretim yardımcılığı görevlerinden affedilen veya başka fakülte veya yüksek okullara nakledilen Ankara, İstanbul, Ege «İzmir» ve Atatürk üniversiteleri ile İstanbul Teknik Üniversitesi mensupları (Emekliye ayrılanlar veya başka göreve atanmış olanlar dâhil) eski akademik unvanları ve dereceleri saklı tutulmak şartiyle ve senatoların uygun görmesinden başka her hangi bir işleme ihtiyacolmaksızın öğretim üyeliğine veya yardımcılığına kabul ve tâyin olunurlar.

Senatoların, bu öğretim üyeleri ve yardımcılarından görevlerine dönmeleri uygun görülmiyenler hakkında verecekleri kararların kanuni gerekçeli olması gerekir; bu kararlar aleyhine Danıştayda açılacak dâvalar en geç 3 ay içinde hükme bağlanır.

MADDE 3. — Ankara, İstanbul, İstanbul Teknik üniversiteleri kadrolarına ilişik cetvellerdeki kadrolar eklenmiştir.

MADDE 4. — 27 Ekim 1960 tarihinden bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen süre içinde ikinci maddede adları geçenlerden açıkta kalmış ve emeklilikle ilgisi kesilmiş olanların borçlandırılması suretiyle emeklilik ve terfi süreleri tamamlanır ve her birine iki aylık maaş ve ödenekleri tutarında tazminat ödenir.

GEÇİCİ MADDE — 2 nci maddenin şümulüne giren öğretim üyeleri ve yardımcıları hakkında mezkûr maddeye göre gereken işlemler, üniversite senatolarınca, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç 30 gün içinde yapılır.

---

58 S. Sayısı: 50, s. 10-17.

59 Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 1, Cilt: 4, Toplantı: 1, Altmışaltıncı Birleşim, 28.3.1962 Çarşamba, s. 180-181.

Ancak, bunlardan, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi olanların bu sıfatları sona erene ve her halde bu devre nihayetine kadar; ve dışarda mukaveleli olarak çalışanların bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce yaptıkları mukavelenin sona ermesine kadar haklan saklı tutulur."

43 SAYILI KANUNUN UYGULANMASI VE SORUNLAR

43 sayılı Kanunda Üniversiteye dönüşlerin kanun hükmüyle gerçekleştirilmeyip Senatolara yetki verilmiş olması, uygulamaya ilişkin yeni sorunlara yol açmıştır. Özellikle Tıp Fakültelerinden kaynaklanan bu sorun ilginç Danıştay kararlarına da yansımıştır. 43 sayılı Kanun sonrasında 147'lerin tamamına yakınının Üniversiteye döndüğü, bazılarının dönüşünün Senato tarafından kabul edilmediği belirtilmektedir.[60] Ancak İstanbul Üniversitesi Senatosunun "ordinaryüs profesör olarak tekrar Tıp Fakültesi'ne dönen öğretim üyelerinin kürsü yöneticisi olarak vazifeye devam etmelerine" karar vermesi üzerine yeni bir kriz ortaya çıkmıştır.[61] ALKAN'ın anlatımıyla,

"Bu karar başta tıp fakülteleri olmak üzere çok ciddi tepkilere sebep oldu. Dönüş kararı sonrası Tıp Fakültesi dekanı Prof. Dr. Halit Ziya Konuralp kliniklere tamim göndererek 147'lerin kürsü hocası olarak görev yapacaklarını belirtti. Sonunda nerede görev yapacakları sorun olunca konu Senato'ya yansıdı. Konuralp, Senato'nun dönen öğretim üyelerinin kürsü yöneticisi olarak atanması yönündeki kararının 'muhtar bir müessese' olan Tıp Fakültesi'ni bağlamadığını bir basın toplantısı ile açıkladı. Seçimle gelmiş ve tayin edilmiş mevcut kürsü profesörlerinin görevlerine devam edeceklerini de ilan etti. Ayrıca 'ordinaryüs' unvanının da artık kaldırılmış olduğu belirtildi.

Sorun bitmediği gibi daha da karmaşıklaşmıştı. Yaşanan anlaşmazlıkla ilgili olarak Danıştay'a kimin dava açması gerektiği bile hukuki bir soruna dönüştü. Danıştay'a dönen 147'lerin mi, yoksa mevcut kürsü profesörlükleri ellerinden alınanların mı dava açacağı tartışma konusu oldu. Hatta bir ara formül ve uzlaşma olarak yeni kürsülerin kurulması bile gündeme geldi. Bu konunun tartışıldığı Tıp Fakültesi Profesörler Kurulu'nda 147'ler taraftarları ile mevcut profesörler arasında sert tartışmalar çıktı ve Halit Ziya Konuralp toplantıyı terk etmek durumunda kaldı. Toplantıda kalan 147'ler taraftarları, ayrılan dekan yerine bir dekan vekili seçtikten sonra, kapıları kapayarak diğer üyelerin toplantıyı terk etmesini önleyip 147'ler lehinde karar çıkarttılar. Ertesi gün de Senato toplanarak, Tıp Fakültesi Dekanı'nı görevden aldı. Senato'nun aldığı, 147'lerin kürsü direktörü olarak görevlerine dönmesi kararı karşında, mevcut kürsü direktörleri Danıştay'a başvurdu. Danıştay 147'ler aleyhine bir ara kararla, 147'lerin kürsü direktörü olarak atanmasına dair Senato kararı uygulanmasının ertelenmesi (icrayı tehir)

[60] ALKAN, s. 65; KAYACAN, s. 129.
[61] ALKAN, s. 65.

kararı verdi. Böylece dönen 147'ler ile mevcut kürsü başkanları ve hocalar arasında gerilim artacak, üniversite ile Tıp Fakültesi arasındaki ihtilaf bir yıl daha devam edecekti. Yaşanan soruna '147'ler ile gençler buhranı' ismi verildi. Tıp Fakültesi bazı kürsülerin birleştirilmesi, bazı kürsülerin de lağvedilerek yerlerine yenilerinin kurulması kararını aldı. Bu düzenleme 147'ler için kürsüler kurulduğu şeklinde basına yansıdı.

147'lerin dönüşüyle başlayan kriz ve davalar, üniversitelerle Danıştay'ı da karşı karşıya getirmişti. Danıştay, kürsü başkanlıkları konusunda nasıl tehiri icra kararı aldıysa, benzer şekilde, Tıp Fakültesi'nin aldığı bazı kürsülerin kapatılması, bazı kürsülerin birleştirilmesi ve bazı kürsülerin yeni açılması kararıyla kliniklerin birleştirilmesi de durduruldu. Bunun üzerine bu kez direktörler ceza mahkemesine dava açtı ve Danıştay kararını uygulamayan Tıp Fakültesi Dekanı'nın mahkemeye verilmesiyle sorun ve davalar devam etti.

147'lerin dönüşü ve kürsü başkanlıkları/direktörlükleri konusundaki ihtilaf ve gerginlikler alttan alta devam etmiş, böylece 1967 yılında Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'nin kurulmasına vesile olmuştu. Ankara'da da benzer bir durum yaşandı; bu olaylar 1963 yılında Hacettepe Tıp Fakültesi'nin kurulması sürecini hızlandırdı."[62]

147'lerin tasfiyesiyle ortaya çıkan rahatsızlığın, 147'lerin dönüşüyle Üniversite içi bir mücadeleye dönüştüğü görülmektedir. Bu süreçte Senato kararında belirleyici rolü olan Rektör Sıddık Sami ONAR'ın 114 sayılı Kanuna tepki olarak istifa etmesi ve sonrasında yeniden Rektör seçilmesi nedeniyle görev süresine ilişkin tartışma Cumhuriyet Senatosu'nda soru konusu olmuştur.[63] Tıp Fakültesi Dekanının görevden alınmasına ilişkin karar nedeniyle açılan davada Danıştay iptal kararı vermiş[64], iptal kararı sonrasında açılan tam yargı davasında tazminata hükmederken Rektör Sıddık Sami ONAR'ın şahsi kusur oranını da tespit ederek[65] kamu görevlilerinin kusurunun belirlenmesi açısından literatüre geçen kararını vermiştir.

---

62 ALKAN, s. 65-66.

63 Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, Dönem: 1, Cilt: 5, Toplantı 1, Seksenyedinci Birleşim, 27.9.1962 Perşembe, s. 333-335. Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, Dönem: 1, Cilt: 11, Toplantı 2, Altmışdokuzuncu Birleşim, 28.5.1983 Salı, s. 346-349.

64 Tıp Fakültesi Dekanı Halit Ziya KONURALP tarafından açılan davada verilen karar: Danıştay 8. Daire, E. 1962/1646, K. 1963/1191, K.t. 12.02.1963. Karar metni için bkz. Lûtfi Duran, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1080 - Hukuk Fakültesi No: 230, İstanbul 1964, s. 182-186. Danıştay, Senatonun onayına sunulmadan Rektör tarafından işten el çektirme kararı alındığı gerekçesiyle iptal kararı vermiş, Sıddık Sami ONAR'ın Rektörlük süresiyle ilgili iddia açısından ise bir noktadan hukuka aykırılık tespit edilip iptal kararı verildiğinden "bu cihetin incelenmesine" yer görmemiştir.

65 "(…) iptal edilen bu kararın ittihazındaki ağır hizmet kusurunun husulüne Rektör ....'ın şahsî kusurunun da yüzde kırk nisbetinde tesiri bulunduğu, olayın başlayış, akış ve kararın alınış ve uygulanış şekil ve seyrinden anlaşılmasına binaen davalı idarenin tazminat miktarının yüzde kırkı nisbetinde Rektörün şahsına rücu etmekte muhtar bulunmasına" ilişkin karar. Danıştay 8. Daire, E. 1962/2867, K. 1963/1192, K.t. 12.02.1963. Karar metni için bkz. DURAN, s. 188-191.

SONUÇ

Kamu görevlilerinin ve bu arada Üniversite öğretim elemanlarının görevden uzaklaştırılmalarına ilişkin yukarıda değinilen deneyimler sonrasında 1961 Anayasasında bazı güvencelerin öngörüldüğünü görüyoruz. Böylece önceki dönemde yaşananların tekrarını önlemek üzere, kamu görevlileri açısından Anayasa düzeyinde koruyucu hükümler getirilmiştir.

334 sayılı 1961 Anayasasının Üniversiteleri düzenleyen 120. maddesinin 3. fıkrasına göre,

"Üniversite organları, öğretim üyeleri ve yardımcıları, Üniversite dışındaki makamlarca, her ne suretle olursa olsun, görevlerinden uzaklaştırılamazlar."

Anayasa tasarısında Üniversite organlarının, Üniversite dışındaki makamlarca görevlerinden uzaklaştırılamayacağı ve Üniversite öğretim üyelerinin, bir kadronun kaldırılması sebebine dayansa bile, aylıklarından yoksun kılınamayacağı öngörülmüşken[66] Temsilciler Meclisindeki görüşmelerde Anayasa Komisyonu tarafından öğretim üyeleri ve yardımcılarını kapsayacak biçimde değiştirilerek önerilmiş[67] ve Komisyonun değiştirişi doğrultusunda kabul edilmiştir.[68]

1971 Anayasa değişikliklerinde[69] bu hükme bir istisna getirildiği görülmektedir. Buna göre fıkra "Üniversite organları, öğretim üyeleri ve yardımcıları, üniversite dışındaki makamlarca, her ne suretle olursa olsun, görevlerinden uzaklaştırılamazlar. Son fıkra hükümleri saklıdır." biçiminde değiştirilmiş ve son fıkrada Bakanlar Kurulunun üniversitelere veya üniversiteye bağlı fakülte, kurum ve kuruluşların idaresine el koyma yetkisi[70] öngörülmüştür. Bu doğrultuda 1750 sayılı Üniversiteler Kanununda "Üniversitede ve bağlı kuruluşlarında görevli kişilerden gerekli görülenleri, kovuşturma sonuçlanıncaya kadar veya kovuşturma sonucunun gerekli kıldığı hallerde kesin sonuç alınıncaya kadar görevlerinden uzaklaştırmak" Bakanlar Kurulu'nun yetkileri arasında sayılmıştır.[71]

---

66 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa tasarısı ve Anayasa Komisyonu raporu (5/7) Temsilciler Meclisi S. Sayısı: 35, s. 76.

67 Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 4, Ellinci Birleşim 21.4.1961 Cuma, s. 42.

68 Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 4, Elli altıncı Birleşim 28.4.1961 Cuma, s. 402. Tartışmalar, maddenin son fıkrasındaki "Siyasi partilere üye olma yasağı, üniversite öğretim üyeleri ve yardımcıları hakkında uygulanamaz." hükmü üzerinde yoğunlaşmıştır.

69 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının bâzı maddelerinin değiştirilmesi ve geçici maddeler eklenmesi hakkında Anayasa değişikliği" (Resmî Gazete 22.09.1971 - 13964).

70 "Üniversitelerle onlara bağlı fakülte, kurum ve kuruluşlarda öğrenim ve öğretim hürriyetlerinin tehlikeye düşmesi ve bu tehlikenin üniversite organlarınca giderilmemesi halinde Bakanlar Kurulu, ilgili üniversitelerin veya bu üniversiteye bağlı fakülte, kurum ve kuruluşların idaresine el koyar ve bu kararını hemen Türkiye Büyük Millet Meclisi Birleşik Toplantısının onamasına sunar. Hangi hallerin el koymayı gerektireceği, el koyma kararının ilân ve uygulanma usulleri ile süresi ve devamınca Bakanlar Kurulunun yetkilerinin nitelik ve kapsamı kanunla düzenlenir."

71 20.06.1973 tarih ve 1750 sayılı Üniversiteler Kanununun 69. maddesinde el koyma nedenleri ve usulü düzenlenmiş, 70. maddesinde Bakanlar Kurulu'na verilen yetkiler arasında "Üniversite ve bağlı kurum organlarında veya üniversiteye bağlı olmayan fakültelerde görevli bulunanların tümünün veya bir kısmının yö-

1982 Anayasasının 130. maddesinin 7. fıkrası Üniversite öğretim elemanları açısından aynı güvenceyi devam ettirmiştir:

"Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılamazlar."

Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasından sonra re'sen emeklilik işlemlerinde yargı yolunu kapatan 5434 sayılı Kanunun ilgili hükmü Danıştay'ın başvurusu üzerine iptal edilmiştir. Kararın gerekçesine göre,

"(...) 'İdarenin hiç bir eylem ve işlemi, hiç bir halde yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.' şeklindeki Anayasanın 114 üncü maddesi de, kazai denetimi bütün idari eylem ve işlemlere teşmil etmek suretiyle Devlet faaliyetlerinin kazai denetim sistemini tamamlamış bulunmaktadır. Anılan 114 üncü madde hükmü, bu konuda hiç bir tereddüt ve şüpheye yer vermiyecek kadar kesin ve açıktır. Nitekim bu maddenin gerekçesinde, bir çok kanunlarda, o kanunlara ilişkin idari kararlara karşı kazai müracat yollarının kapatılmış bulunduğunun bir vakıa olduğu ve bu hükümlerin hukuk devleti anlayışına aykırılığı açık olmakla beraber, bundan böyle, geçmiş tatbikatta olduğu gibi, her hangi bir tereddüde yer ve imkân vermemek maksadiyle yeni Anayasa'da bu maddeyi sevke zaruret görüldüğü belirtilmiştir.

Bahis konusu 39 uncu maddenin (b) fıkrasına dayanılarak verilen (Re'sen emekliye ayırma) kararlarından ötürü hak ve menfaatleri ihlâl edilenlerin, yetkili yargı mercilerine başvurma hakları Anayasa'nın 31 ve 114 üncü maddeleri ile sağlanmış bulunduğundan bu yolu kapatan ve Anayasa'nın sözüne ve özüne aykırı olan 5434 sayılı kanunun 39 uncu maddesinin 6422 sayılı kanunla değişik, (b) fıkrasının itiraz konusu son bendinin iptali gerekmektedir. "[72]

Kamu görevlilerinin çeşitli usullerle görevden alınmaları ya da uzaklaştırılmalarına ilişkin uygulamaları ortadan kaldırmak üzere 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 137. Maddesinde görevden uzaklaştırma düzenlenmiştir. Madde gerekçesine göre,

"Devlet memurlarından görevleri başında kalmalarında sakınca görülenlerin görevlerinden uzaklaştırılmaları hakkında yürürlükteki mevzuatın çeşitliliği, dağınıklığı bu madde ile giderilmiş ve hükümler tek bir sisteme bağlanmıştır. Böylece Memurin Kanunu, Memurin Muhakematı Kanunu, İl İdaresi Kanunu,

---

netim görevlerine son vermek; yönetim görevlerine son verilenlerin yerine yenilerini seçmek", "Elkoymayı gerektiren durumun doğmasına sebep olanların tespiti, bunlar ve failleri hakkında gerekli disiplin ve ceza kovuşturmasını yaptırmak" ve "Üniversitede ve bağlı kuruluşlarında görevli kişilerden gerekli görülenleri, kovuşturma sonuçlanıncaya kadar veya kovuşturma sonucunun gerekli kıldığı hallerde kesin sonuç alınıncaya kadar görevlerinden uzaklaştırmak" sayılmıştır. (Resmi Gazete 07.07.1973 - 14587).

72 Anayasa Mahkemesi, E. 1962/262, K. 1963/21, K.t. 30.01.1963, Resmi Gazete 11.03.1963 – 11352.

1609 sayılı Kanun, memurların bağlı bulundukları kurum emrine alınma suretiyle görevlerinden uzaklaştırılmaları hakkındaki 6435 sayılı Kanun ve çeşitli teşkilât kanunlarında bu hususa dair konan hükümlerin bu madde ile ifadesi mümkün olmuştur. Ayrıca «Bakanlık emrine alınma», «açığa çıkarma» v.s, usulleri de lüzumsuz bulunmuştur. Sistem basit ve uygulanması kolay olduğu kadar, sosyal adalete de uygundur."[73]

Genel olarak kamu görevlilerine ve yerine getirilen hizmetin özellikleri doğrultusunda Üniversite öğretim elemanlarına sağlanan bu güvenceler ve yargı yoluna ilişkin düzenlemeler ile Anayasa Mahkemesi'nin ifadesiyle kazai denetim bütün idari eylem ve işlemlere teşmil edilmek suretiyle Devlet faaliyetlerinin kazai denetim sisteminin tamamlamış bulunduğu düşünülürken, izleyen dönemlerde kamu görevinden çıkarmaya ve yargı yolunu kapatmaya yönelik yeni mekanizmalarla bu sürecin devam ettirildiğini görüyoruz. Bu yazıda değinilen 147'ler listesine, 1948 tasfiyesine, bakanlık emrine alınanlara, re'sen emekli edilenlere bakıldığında, bu gün her kesimden muteber sayılan isimlere rastlıyor ve tasfiye edilmiş olmalarına şaşırıyoruz. Tarih bu yönden de tekerrür ediyor ancak, artık çoktan aşıldığını düşündüğümüz ve derslerde anlattığımız anlayışın aşılmadığını bir kez daha görmekle birlikte, yeni deneyimlerle bu kez aşılacağı umudunu terk etmeme mesleğine devam etmek gerek. Bütün bu süreç, ilkeden geri dönüşlerin her zaman mümkün olması nedeniyle hukuk devleti ilkesinin ancak sürekli bir mücadele, her gün kendini yeniden gerçekleştirme ve üretmeye yönelik çaba ile mümkün olabileceğini gösteriyor.

[73] Millet Meclisi, S. Sayısı: 977.

EK [1] SAYILI CETVEL

Ord Prof. Dr. Tevfik Remzi Kazancıgil,
Ord. Prof. Kâzım İsmail Gürkan,
Ord. Prof. Dr. Fahri Arel,
Ord. Prof. Dr. Naci Bengisu,
Ord. Prof. Muzaffer Esat,
Ord. Prof. Dr. Ekrem Şerif Egeli,
Ord. Prof. Dr. Naşit Erez,
Ord. Prof Dr. İhsan Şükrü Aksel,
Ord. Prof Dr. Cevat Kerim İncedayı,
Ord Prof. Dr. Osman Cevdet Çubukçu,
Ord. Prof. Ekrem Behçet Tezel,
Ord. Prof. Dr. Zeki Zeren,
Ord. Prof. Dr. Üveis Maskar,
Ord. Prof. A. Kemal Yörük,
Ord. Prof. Ali Fuat Başgil,
Ord. Prof F. Hakkı Saymen,
Ord. Prof. Kemalettin Birsen,
Ord. Prof. Halil Arslanlı,
Ord. Prof. Mazhar Nedim Göknil,
Ord. Prof. Recai Galip Okandan,
Ord Prof. Ali Tanoğlu,
Ord. Prof Mazhar Şevket İpşiroğlu,
Ord. Prof. Nurettin Çuhadar,
Ord. Prof. Emin Onat,
Ord. Prof. Feridun Ansan,
Ord. Prof. Râtıp Berker,
Ord. Prof. Hilmi İleri,
Ord. Prof. Ahmet Tevfik Berkman,
Prof. Dr. Kâmil Akol,
Prof. Dr. Şevket Soysal,
Prof. Dr. Kenan Tüker,
Prof. Dr. Müfide Küley,
Prof. Dr. Muhterem Gökmen,
Prof. Dr. Şinasi Hakkı Erel,
Prof. Ömer Özek,
Prof. Ziya Öktem,
Prof. Necmettin Polvan,
Prof. Hıfzı Timur,
Prof. Tarık Zafer Tunaya,
Prof. Takiyittin Mengüşoğlu,
Prof. Afif Erzen,
Prof. Mina Irgat,
Prof. Fuat Sezgin,
Prof. M. Sabahattin Eyüpoğlu,
Prof. Süheyla Bayrav,
Prof. Kudret Mavitan,
Prof. Bekir Dizioğlu,
Prof. Orhan Safa,
Prof. Muhittin Binan,
Prof. Sabri Oran,
Prof. Kemal Ahmet Aru,
Prof. Necati Engez,
Prof. Necati Acun,
Prof. Yusuf Berdan,
Prof. Orhan Ünsaç,
Prof. Turgan Sabis
Prof. Reşat Nalbantoğlu,
Prof. Yavuz Abadan,
Prof. Bülent Nuri Esen,
Prof. Rahmi Ören,
Prof. Dr. Hâmit Sadi Selen,
Prof. Muhittin Erel,
Prof. İzzet Birant,
Prof. Aziz Köklü,
Prof. Fadıl Hakkı Sur,
Prof. Dr. İbrahim Hakkı Karafaki,
Prof. Zehra Halet Çambel,
Prof. Hikmet Belbez,
Prof. Dr. Hasan Eren,
Prof. Emin Bilgiç,
Prof. Feridun Nafiz Uzluk,
Prof. Zafer Paykoç,
Prof. Hâmi Koçaş,
Prof. Behçet Kamay,
Prof. Kâzım Aras,
Prof. Vefik Vassaf Akan,
Prof. İzzet Kantemir,
Prof. Celâl Ertuğ,
Prof. Abdülbaki Nusret Hızır,

Prof. İsmail Nafız Alkan,
Prof. Selim Palavan,
Prof. Mustafa Santur,
Prof. Münir Ülgür,
Prof. Enver Berkmen,
Prof. Celâl Saraç,
Doç. Dr. İbrahim Berkan,
Doç. Dr. Ziya Üstün,
Doç. Dr. Tahsin Artunkal,
Doç. Dr. Cihat Gürsan,
Doç. Dr. Baha Sezer,
Doç. Dr. Rauf Saygın,
Doç. Dr. Ercüment Bora,
Doç. Dr. Merih Odman,
Doç. Dr. Şinasi Güçhan,
Doç. Dr. Ferhan Berker,
Doç. Dr. Türkân Erbengi,
Doç. Dr. Halit Kayalı,
Doç. Rana Kartal,
Doç. Rahmi Çobanoğlu,
Doç. Dr. Bülent Köprülü,
Doç. Zahit İmre
Doç. Halit Kemal Elbir,
Doç. Ferih Tongsir,
Doç. Necmettin Berkin,
Doç. İsmet Giritli,
Doç. Münir Aktepe,
Doç. Abdülkadir Karahan,
Doç. Cevdet Perin,
Doç. Adnan Benk,
Doç. İsmail Yalçınlar,
Doç. Haldun Taner,
Doç. Aran Ersümer,
Doç. Eyüp Kömürcüoğlu,
Doç. Orhan Bolak,
Doç. Necibe Saraçoğlu,
Doç. İsmail Utkular,
Doç. Dr. Mehpare Heilbronn,
Doç. Dr. S. Bayramoğlu,
Doç. Dr. S. Nigâr,
Doç. Memduh Yasa,
Doç. Mukbil Özyörük,
Doç. Şerif Baştav,
Doç. Enver Bostancı,
Doç. Belma Çakmur,
Doç Dr. Necip Berksan,
Doç. Alâattin Orhon Eylemsiz
Doç. Dr. Servet Güvener, Eylemsiz
Doç. Dr. Yusuf Keçeci, Eylemsiz
Doç. Dr. Arsan Zarfçı, Başasistan
Dr. İhsan Ünlüer, Başasistan
Dr. Fikret Avunduk,
Başasistan Kemal Aydınoğlu,
Başasistan Dr. Orhan Ternar,
Başasistan Dr. Selim Baruh,
Başasistan Dr. Mehmet Dinçöz,
Asistan Dr. Yani Stomadiyadiz,
Asistan Aristidi Karyofili,
Asistan Ayhan Önder,
Asistan Aydın Aydıncı,
Asistan Slavço,
Asistan Özer Ozankaya,
Asistan Olcay Kansu,
Asistan Dr. Ahmet Akdoğan,
Asistan Dr. Şevkiye İnalcık,
Asistan Orhan Duru,
Öğretim Görevlisi Dr. Fikret Ozansoy,
Asistan Atillâ Tolun.

EK [2] SAYILI CETVEL

Ord. Prof. Hilmi Ziya Ülgen (İlahiyat Fakültesine devir),

Prof. Süreyya Tanay (İzmir Tıp Fakültesine),

Doç. Dr. Ali Rıza Özbek (Matematikçi Zonguldak Maden Teknik O.),

Doç. Celâl Erkan (Fizikçi Zonguldak Maden Teknik Okulu)

EK ANAYASA KOMİSYONU GÖRÜŞÜ

Anayasa Komisyonu mütalâası

Millet Meclisi

Anayasa Komisyonu 20.2.1962

Esas No : 1/25, 2/1,

2/53, 2/56

Karar No. 11

Yüksek Başkanlığa,

Millet Meclisi Anayasa Komisyonu, 12 Şubat 1962 günkü birleşiminde, Millet Meclisi Maliye Komisyonunun 25 Ocak 1962 tarihli ve Esas No. 1/25, 2/1/ 2/53 ve 2/56 ve Karar No. 10 sayılı yazısı gereğince ve içtüzüğün 28 ve 29 ncu maddeleri uyarınca, Bakanlar Kurulu tarafından 22 Aralık 1961 tarihinde kararlaştırılıp Başbakanlığın Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi ifadeli, 27 Aralık 1961 tarihli ve 71 - 1625/3701 sayılı yazısiyle Millet Meclisi Başkanlığına sunulan «Üniversite öğretim üyelerinden bâzılarının vazifesinden affına ve bâzılarının diğer fakülte ve yüksek okullara nakline dair 27 Ekim 1960 tarihli ve 114 sayılı Kanuna ek kanun tasarısı» ile Millet Meclisi Millî Eğitim Komisyonunun gerek bu tasarıyı, gerek 27 Ekim 1960 tarihli ve 114 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılmasına dair olarak Burdur Milletvekili Mehmet Özbey'in, İstanbul Milletvekili Oğuz Oran ile Ordu Milletvekili Ferda Güley'in ve Afyon Karahisar Milletvekili Hasan Dinçer ile Eskişehir Milletvekili Seyfi Öztürk'ün vermiş oldukları üç kanun teklifini inceledikten sonra hazırladığı metni, mahiyet, muhteva ve tedvin bakımından yürürlükteki Anayasa hükümleri muvacehesinde ve Hükümet adına Başbakan ile Millî Eğitim Bakanının huzuriyle tetkik eylemiş ve aşağıdaki hususları kararlaştırılmıştır :

I - Yapılan incelemeler esnasında komisyonun nazarı dikkatini celbeden bellibaşlı husus, Hükümet tasarısı ile Millî Eğitim Komisyonu değiştirişinin şu noktada birbirlerinden ayrıldığı hususu olmuştur :

Hükümet tasarısı, 114 sayılı Kanunla vazifelerinden affedilmiş olan üniversite öğretim üyelerinin ve yardımcılarının tekrar üniversiteye veya eskiden çalıştıkları üniversitelere ve görevlere dönmelerini, üniversite senatolarının verecekleri uygun bulma kararı neticesinde yapılacak tâyin işlemine bağlı tutmuş; buna mukabil, Millî Eğitim Komisyonu değiştirişi, bu öğretim üyelerinin ve öğretim yardımcılarının bir kanun hükmüyle üniversiteye eski yetkileriyle iade olunmalarını ve bunun için, her hangi bir işleme lüzum olmamasını derpiş etmiştir.

Anayasa Komisyonu, incelemelerini bu fark üzerine teksif etmiş bulunmaktadır.

II - Anayasa Komisyonu, bu değişik görüşler üzerindeki tahlillerini yaparken, 114 sayılı Kanunun yarattığı durum üzerinde tevakkuf etmeyi lüzumlu görmüştür.

1. 9 Temmuz 1961 tarihli ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasından gerek önce, gerek sonra, Anayasaya aykırı kanuni hükümlerin, kaldırılmadan - veya Anayasa Mahkemesi kurulduktan sonra da, iptal edilmeden - keenlemyekûn addedileceğine dair bir temel kural, Türk Âmme Hukukunda mevcut değildi ve bugün de mevcut değildir. Binaenaleyh, 114 sayılı Kanun yürürlüğe girmekle bütün hükümlerini icra etmiş ve binnetice, bahis konusu üniversite öğretim üyeleri ve öğretim yardımcıları üniversitedeki görevlerinden alınmış olduktan başka, kendilerinin yeniden üniversiteye dönememeleri hususundaki yasak da meriyetini muhafaza edegelmiştir.

2. Bu vesile ile, 147 üniversite öğretim üyesi ve öğretim yardımcısının üniversitedeki görevlerinin devam ettiği yolunda ileri sürülen bir teze temas etmek lâzımdır. Buna göre, 114 sayılı Kanunu yürütme vazifesi, aynı Kanunun son maddesiyle Millî Eğitim Bakanına verilmiş olduğu halde, Millî Eğitim Bakanı bu kanunu yürütmek için hiçbir işlem yapmadığından, kanun tatbik edilmiş değildir; ve bu sebeple, bahis konusu öğretim üyeleriyle öğretim yardımcılarının üniversitedeki görevleri devam etmektedir.

Bu tez doğru değildir. Gerçekten, Türk hukukunda kanunların ısdarı (promulgation) tasarrufu mevcut değildir. Bu usulün mevcudolduğu memleketlerde, icra organının başı yani Devlet Başkanı, kesinleşmiş olan kanun metinlerini sadece Resmî Gazetede ilân etmekle yetinmez; bu ilân ile birlikte bütün yürütme, idare ve yargı organlarına hitabeden bir kararname yayınlayarak kanunun tatbikini emreder ve ısdar tasarrufu olmaksızın kanunlar, yürütme, idare ve yargı mercilerince uygulanmaz. Türk hukukunda Cumhurbaşkanının böyle bir yetkisi olmadığına göre, kanunlarda yürütmeyle görevli mercii tâyin etmekle güdülen maksat, evvelemirde, kanunun uygulanmasından dolayı teşriî organa karşı siyaseten sorumlu olan mercii göstermektedir. Aynı hususla güdülen diğer bir maksat da, kanunun yürütülmesiyle ilgili masrafların hangi ita amirlikleri ve hangi saymanlıklar tarafından yapılacağını tesbit etmektir. Nitekim, Türk hukuk düzeninde, kanunu yürütmekle görevli merciin, emrindeki dairelere kanunun yürütülmesi gerektiğine dair bir emir vermesi yolunda hiçbir teamül yoktur ve bugüne kadar kanunlar Türkiye'de böyle bir emir verilmesine lüzum olmaksızın yürütülegelmiştir.

Bununla beraber, 114 sayılı Kanunun Millî Eğitim Bakanlığınca, ita amirliği ve saymanlık yetkileriyle ilgili olarak yürütülmüş olduğu da anlaşılmıştır.

3. Diğer taraftan, 114 sayılı Kanunun istihdaf ettiği üniversite öğretim üyesi ve öğretim yardımcılarının akademik unvanlariyle derecelerinin mahfuz bulunmakta oluşundan, bu öğretim üyeleri ve öğretim yardımcılarının üniversitedeki bütün haklarının, tedris hakkı dışında baki kaldığı yolunda bir neticeye varmak suretiyle, 114 sayılı Kanunun tamamen veya 5 nci maddesinin ilgası ile tedris hakkının da kendiliğinden iade edilmiş olacağını ileri sürmek, Türk idare hukukunun esaslariyle bağdaştırılamıyacak olan bir fikirdir. Gerçekten, bu üniversite öğretim üyeleri ve öğretim yardımcıları, sadece tedris hakkından mahrum edilmiş olmayıp; aynı zamanda, emekliye ayrılmış olmak suretiyle, işgal etmekte olduklara kadro ve görevler de boşalmış olmaktadır. -Eğer boş ise veya boşalırsa- bu kadro ve görevleri veya üniversitede yeni ihdas edilecek kadro ve görevleri işgal edebilmek ise, her halükârda, ancak bir tâyin tasarrufunun tekemmül etmesiyle mümkün olabilir.

4. Bu öğretim üyeleri ve öğretim yardımcılarından bâzılarının emeklilik işlemlerinin üniversitelerin yetkili kurullarınca yerine getirilmemiş olması keyfiyeti de, 114 sayılı Kanunun 1 nci maddesinin mutlak ve sarih hükmü muvacehesinde, bu öğretim üyelerinin ve öğretim yardımcılarının öğretim üyeliği veya öğretim yardımcılığı sıfatının devam ettiğini göstermemekte olup, bu işlemlerin yerine getirilmeyişini, sadece ve sadece, üniversitelerin 114 sayılı Kanunun bu emeklilik muamelelerinin yapılmasına dair emrini ifa etmeyişi ve binnetice, görevleri sona eren bu öğretim üyelerinin ve öğretim yardımcılarının, görevleri sona ermesine rağmen, emeklilik haklarından istifade edemeyişleri neticesini doğurur tarzda telâkki etmek lâzımdır.

5. Bu böyle olunca, 114 sayılı Kanunun 1, 2 ve 3 ncü maddeleri hükümleri tesirlerini halen tamamen icra etmiş bulunup, bu hükümlerle istihdaf edilen neticeler tamamen yerine gelmiştir. Mezkûr kanunun emeklilik hakkındaki 4 ncü maddesi hükmü için ise, durum yukarda izah olunduğu şekildedir. Aynı kanunun 5 nci maddesindeki yasak ise, halen hükmünü icra etmeye devam etmektedir.

Mezkûr 5 nci maddeye göre, aynı kanunla görevlerinden affedilmiş olanlar, bir daha üniversite öğretim üyeliği veya öğretim yardımcılığında vazife alamıyacaklardır. Bu hükmün, mer'i Anayasamızın 40 ncı maddesinde yer alan çalışma hürriyeti ilkesiyle 58 nci maddesinde yer alan kamu hizmetlerine girme hakkına mütaallik ve 12 nci maddesinde yer alan eşitlik temel ilkesine aykırı olduktan başka, 120 nci maddesinde yer alan üniversitelerin muhtariyeti prensibine de aykırı olduğu izahtan varestedir. Bu itibarla, bu hükmü kaldırmak zarureti, bir bedahettir.

III - 114 sayılı Kanun veya bu kanunun 5 nci maddesi ilga edilince hâsıl olacak durum, bu üniversite öğretim üyeleri ve öğretim yardımcılarının üni-

versitelerle ilgili mer'i kanun hükümleri gereğince yetkili üniversite organları tarafından kendi müracaatları üzerine yapılacak tâyin işlemleri ile üniversiteye dönebilmelerinden ibaret kalacaktır.

İşte, gerek Hükümet tasarısı, gerek Millî Eğitim Komisyonu değiştirişi, 114 sayılı Kanunun veya bu kanunun 5 nci maddesindeki yasağın kaldırılmasiyle hâsıl olacak bu hukuki durumla iktifa etmek istememiş ve bahis konusu üniversite öğretim üyesi ve öğretim yardımcılarının üniversiteye dönüşleri özel bir tanzim tarzına bağlamayı derpiş etmiştir.

Anayasa Komisyonu, 114 sayılı Kanunun veya bu kanunun 5 nci maddesinin ilgası üzerine, bu öğretim üyesi ve öğretim yardımcılarının üniversiteye dönüşleri konusunda mevcut tanzim tarzını tadil etmenin, prensip itibariyle lüzumlu olup olmadığı hususunu takdir etmek mevkiinde değildir. Anayasa Komisyonu, sadece, bu özel tanzim tarzlarından hangisinin mer'i Anayasaya uygun olduğu hususunda mütalâasını bildirmekle görevlidir.

IV - 1) Millî Eğitim Komisyonu değiştirişi ile getirilen tanzim tarzına göre, 114 sayılı Kanunla istihdaf edilmiş olan üniversite öğretim üyeleri ve öğretim yardımcıları, üniversite organlarınca ve yürütme organınca hiçbir işlem yapılmaksızın üniversitelere eski unvan, derece ve yetkileriyle iade edilmiş olacaklardır; yani teşriî yoldan tâyin yapmak suretiyle eski halin iadesi durumunun yaratılması bahis konusudur.

Millî Eğitim Komisyonunun değiştirişi, mer'i Anayasaya iki noktadan uygun görülmemiştir:

a) Evvelâ; Anayasanın 5 ve 6 nci maddeleri, kuvvetler ayrılığı ilkesini Anayasa hukukumuza yerleştirmiş bulunmaktadır. Mer'i Anayasa yürürlüğe girene kadar, yürütme yetkisi, teşriî organa ait bulunuyordu. Ancak, yine de, teşriî organ bu yetkiyi, yürütme organları eliyle kullanmak mecburiyetine tâbi tutulmuştur. Şimdi ise, yürütme, teşriî organın bir yetkisi olmaktan tamamiyle çıkarılmış ve kanunlar çerçevesinde yerine getirilecek bir görev olarak icra organlarına bırakılmıştır.

Bu tefrikin belli - başlı neticesi şudur: Yasama yetkisinden maksat, objektif, genel ve gayrişahsi hukuk kaidesi demek olan «kanun»u yapmaktır.

i) Gerçekten, kuvvetler ayrılığı prensibinden ve kuvvetler ayrılığı prensibi içerisinde genel ve ilkel bir yetki olarak yasama yetkisinden ne anlaşılması gerektiği hususunda ilk ilmî tarif, Jean - Jacques Rousseau'nun «Contrat Social» (İçtimai Mukavele) adlı eserinde verilmiştir. Rousseau, yasama yetkisini -tıpkı Locke ve Montesquieu gibi- kanun yapmak yetkisi olarak anlamakta ve «kanun»u şu şekilde tarif etmektedir: «Tasarrufu yapan irade umumi olduğu gibi,

üzerinde tasarrufta bulunulan muhteva da umumidir. İşte, ben, bu tasarrufa kanun diyorum... Kanunların muhtevasının her zaman umumi olduğunu söylediğim vakit kasdettiğim şey, kanunun, mevzuları bir bütün halinde ve fiilleri mücerret olarak derpiş ettiği ve hiçbir zaman, fert olarak bir insanı ve müşahhas bir fiili ele almadığıdır... Tek kelimeyle ifade etmek gerekirse, müşahhas bir mevzuyla ilgili hiçbir fonksiyon yasama kudretine ait değildir.» (Contrat Social, Liv. II. Ch. VI).

Jean - Jacques Rousseau'nun bu tarifinin, daha sonra, XIX ncu asır sonu Alman âmme hukuku nazariyatçılariyle, Fransa'da Leon Duguit ile mektebi, Geston Jeze, R. Bonnard ve Carre de Melberg gibi büyük âmme hukuku nazariyatçıları tarafından inkişaf ettirilerek «kanun» un «maddi» tarifi nazariyesinin ortaya atıldığı malûmdur.

Zamanımızın en büyük âmme hukuku nazariyecilerinden Paris Hukuk ve İktisadi ilimler Fakültesi Profesörü Dr. Maurice Duverger de «Droit Constitutionnel et Institutions Politiques» (Anayasa hukuku ve siyasi müesseseler) adlı meşhur eserinde yasama fonksiyonunu şöyle tarif etmektedir: «Yasama fonksiyonu, umumi ve gayrişahsi hukuk kaidelerinin yeni müşterek vasıflariyle tarif edilmiş bütün bir vatandaşlar kategorisine mücerret olarak tatbik edilen hukuk kaidelerinin konması demektir. Tâbirin geniş mânasında, her umumi ve gayrişahsi hukuk kaidesi «kanun» dur; yasama fonksiyonu terimi de bu tariften çıkar.» (Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 1. Théorie Générale des Régimes Politiques, 1959, Sayfa: 150). Duverger, aynı kitabında bu tarifi verdikten sonra, yürütme fonksiyonunu da şöyle tarif etmektedir: «Genel olarak yürütme fonksiyonu, kanunlar çerçevesi içinde Devletin işleyişini, bu kanunlarda yer alan kuralların tatbiki suretiyle sağlamaya matuftur. Bunun için, evvelâ, bâzı müşahhas hukuki tasarruflar yapmak gerekir ki, bu tasarruflar, bir kanunda yer alan umumi hükümleri tasrih ve itmam ederek, ismen gösterilen şu veya bu vatandaşa tatbik ederler; işte, bu şekilde, memurlar tâyin olunur, izinler verilir, mukaveleler akdedilir, v.s... Bundan başka, bâzı maddi tasarruflar yapmak da lâzımdır.»

ii) Yeni Anayasamızın gerekçesinde de, bu Anayasanın 5, 6 ve 7 nci maddelerinin kuvvetler ayrılığı prensibini getirdiği, gerek genel gerekçede, gerek bu maddelerle ilgili gerekçelerde açıkça ifade edilmiştir. (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B. : 34 e ek Türkiye Cumhuriyeti Anayasa tasarısı ve Anayasa Komisyonu raporundaki gerekçenin 4, 5, 10 ve 11 nci sayfaları). Ayrıca, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Sözcüsü Doç. Dr. Turan Güneş, mezkûr maddelerin Temsilciler Meclisi Genel Kurulundaki birinci müzakeresi esnasında, «... eski hukukumuzda da, yani 1924 Anayasasında, Büyük Millet Meclisinin İcranın yerine kaim olarak bir kaymakam tâyin etmesi, askere alması gibi tasarruflar yapması mümkün değildi. Yalnız, bu 7 nci ve 4 ncü madde eski

Anayasamızda birtakım karışıklıklara vesile veriyordu. (Mademki, İcrada esas yetki Meclisin elindedir; bunun yerine kaim olması mümkündür.) şeklinde düşünülebilirdi. (Mademki eski Anayasanın 4 ncü maddesi -Türkiye Büyük Millet Meclisi milletin yegâne ve hakiki mümessili olup millet namına hakkı hâkimiyeti istimal eder- diyor; Meclis, salâhiyetlerinin bir kısmını hizmetlerin görülmesi için Hükümete devreder; bununla beraber, hâkimiyet hakkı bu yetkilerin hepsini kapsar.) iddiası olabilirdi. Yeni madde ile bu, önlenmek istenmiştir.» demekle, Türkiye Büyük Millet Meclisinin çıkaracağı kanunlarla, esas itibariyle, sübjektif ferdî ve maddi tasarruflar yapılamıyacağını, ezcümle, kanunla tâyin yapmanın kabil olamayacağını belirtmiştir. (Temsilciler Meclisi tutanak dergisi, B : 41, C : 1, Sayfa : 6.)

Gerçi, yasama yetkisinin mezkûr tarifi sadece genel bir hükmü ihtiva etmektedir ve Anayasanın tasrih ettiği özel hallerde, Türkiye Büyük Millet Meclisi karar yoliyle sübjektif ferdî tasarruflarda bulunabileceği gibi, bu gibi sübjektif ferdî ve maddi tasarrufları kanun yoliyle de yapabilir. Ancak, bu, sadece, Anayasanın açıkça cevaz verdiği, özel af ilânı, kesinleşmiş ölüm cezalarının onaylanması, para basılması, sübjektif mahiyette kaideleri muhtevi milletler arası andlaşmaların uygun bulunması, bütçenin -ve gerekirse plânın- yapılması, kesin hesapların tasdiki ve bütçe tekniğinin gerektirdiği tahsisat ve kadroların verilmesi ve yasama ve yargı organlarının teşkilâtının düzenlenmesiyle idare teşkilâtının düzenlenmesi ve denetlenmesi konuları için mümkündür. Çünkü, bu hususların kanunla yapılabileceği Anayasada ayrıca belirtilmiştir. Bunlar dışında kalan hiçbir sübjektif ferdî veya maddi hukuk kaidesinin, yasama organı tarafından kanun yoliyle yapılmasına imkân yoktur. (Yürütme organlarının da, umumi objektif ve gayrişahsi kurallar vaz'etmeleri, ancak, Anayasada buna açıkça cevaz verilmiş olan hallerde yani tüzük ve yönetmeliklerin yapılması suretiyle olabilir. Tüzük ve yönetmelikler dışında, icra ve idarenin yapabileceği tasarruflar, ancak ve ancak, kanunlar çerçevesi içinde, sübjektif ferdî veya maddi tasarruflar olabilir.)

iii) Oysa ki 114. sayılı Kanunla üniversite dışında bırakılmış olan üniversite öğretim üyeleri ile öğretim yardımcılarının yeniden üniversiteye dönmeleri, belli vatandaşları istihdaf eden sübjektif ferdî bir tasarruftur; bir tâyin tasarrufudur. Üniversite, muhtar olmakla beraber, yine de, idarenin bir parçasıdır. İdare içindeki tâyinler ise, Anayasamızın 5 ve 6 nci maddeleri gereğince, yasama organı tarafından yapılamaz.

iv) Gerçi, 114 sayılı Kanunla istihdaf edilen üniversite öğretim üyeleri ve öğretim yadımcılarının, aynı yasağa tâbi tutulmuş olmak gibi bir müşterek ve objektif statünün içinde bulundukları ve binaenaleyh, bu müşterek ve objektif statünün de bir kanunla kaldırılmasının mümkün olduğu ileri sürülerek, Millî

Eğitim Komisyonunun değiştirişi savunulmak istenebilir. Ancak, böyle bir tez de, yukardaki tahlil karşısında muhafaza edilemez. Gerçekten, bahis konusu üniversite öğretim üyeleri ve öğretim yardımcılariyle ilgili olarak getirilen Hükümet tasarısı da, bu müşterek ve objektif statünün kaldırılmasını derpiş etmektedir. Bununla beraber, mevcut statüyü kaldırmak başka; bu statü kaldırılırken, aynı zamanda, teşriî bir tasarrufla -ezcümle, bir kanunla- bu öğretim üyelerini ve öğretim yardımcılarını belli kadrolara ve belli görevlere getirmek başkadır. «İade» ile kasdolunan husus, sadece bir müşterek ve objektif statüyü kaldırmak olmayıp; bununla birlikte, belli kadro ve görevlere tâyin yapmaktır; ve bu tâyin tasarrufunun, «iade» olarak gösterilmek suretiyle dahi, tâyin işleminin mahiyetinden doğan ferdî vasfı ortadan kaldırılamamaktadır.

v) Bu arada, hukukun genel ilkeleri gereğince, bir tasarrufun yapılması neticesinde doğan hukuki neticeleri kaldırmanın o hukuki neticeleri doğurmuş olan tasarrufu yapmış bulunan mercie aidolmasma istinaden; bahis konusu 147 üniversite öğretim üyesi ve öğretim yardımcısı teşriî organ tarafından çıkarılan bir kanunla affedilmiş olduklarına göre, tâyinlerinin de yine teşriî organ tarafından çıkarılacak bir kanunla yapılması fikri ortaya atılmaktadır. Gerçi, bir tasarrufu kaldırmanın, esas itibariyle, o tasarrufu yapan mercie aidolduğu hususu doğru ise de; bu genel kuralın uygulanabilmesi için, kanuni bir engelin mevcudolmaması gerektiği de aşikârdır. Bâzı hallerde, mevzuat, tasarrufu yapan ve kaldıran mercileri birbirinden ayırabilir. Nitekim, bahis konusu şıkta, bu genel kuralı uygulamaya imkân yoktur; çünkü, Anayasanın hiçbir maddesinde, kanunla yapılmaması gerekmekle beraber kanunla yapılmış olan bir tasarrufu kaldırmak ve eski hali iade etmek için, Anayasanın 5 ve 6 ncı maddelerinde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir istisnası olarak, kanun çıkarma yoluna bas vurulabileceği merkezinde bir hüküm yer almış değildir.

v) Bu itibarla, Millî Eğitim Komisyonunun değiştirişi, mer'i Anayasamızın 5 ve 6 ncı maddelerinde yer alan temel kurallara uygun düşmemektedir.

İstidraden belirtelim ki, gereken tâyin işlemlerini yapmayı, mevcut kanunlar içerisinde üniversitenin yetkili organlarına bırakıp, aynı zamanda, üniversitenin yetkili organlarını ve icrayı bu tâyin tasarruflarını yapmaya kanunla mecbur tutmak da, haddizatında, üniversitelerin yetkili organlarını sadece bir formaliteyi yerine getiren birer organ haline sokmak; ve aslında, tâyin tasarrufunu, idarenin yerine kaim olan yasama organının çıkaracağı bir kanundaki emirle yapmak demektir. Bu bakımdan, böyle bir hal tarzı da, Anayasanın 5 ve 6 ncı maddelerine uygun düşmez.

b) Saniyen; Millî Eğitim Komisyonunun değiştirişi, mer'i Anayasamıza bir noktadan daha uygun düşmemektedir. Gerçekten, Anayasamızın 120 nci mad-

desi gereğince, üniversiteler «İdari özerkliğe sahip kamu tüzel kişileridir.» Aynı maddeye göre, üniversiteler -Özel kanunla kurulmuş Devlet üniversiteleri hariç- «Kendileri tarafından seçilen yetkili öğretim üyelerinden kurulu organları eliyle yönetilir ve denetlenir.»

i) İmdi, idari muhtariyetten çıkan en önemli netice, üniversitelerin yetkili organları eliyle, kendi öğretim üyelerini ve öğretim yardımcılarımı bizzat seçmeleridir.

Gerçi, mer'i mevzuata göre, üniversitelerce yapılan tâyinler, ilgili Bakanların ve Cumhurbaşkanının imzalıyacağı bir kararnameyle tekemmül eder. Ancak, böyle bir kararnameye lüzum görülmesinin sebebi, sadece, Anayasanın 6 ncı maddesinde «Yürütme görevi, kanunlar çerçevesinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilir.» denmiş olmasıdır. Üniversiteler de idarenin bir parçası olduğuna göre, tâyinlerin bir kararnameyle yapılması gerekmektedir. Ancak, bu tâyinler, her halde mer'i Anayasa ve kanun hükümleri çerçevesi içinde yapılmak gerekeceğine ve mer'i hukuk kaideleri üniversitelere idari muhtariyet tanıdığına göre, üniversitelerin yetkili organlarınca kanuni usulüne uygun olarak yapılmış olan tâyinleri kararnameyi çıkarmak suretiyle tekemmül ettirmek, artık, ilgili Bakanlar ve Cumhurbaşkanı için bir mecburiyet olmaktadır. Bu tâyin kararnamelerinin ilgili Bakanlar ve Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmasının hukuki neticesi, üniversite tarafından yapılmış olan tâyinin hukuk nizamımız içinde hüküm icra etmesini sağlayıcı şeklî unsurlarını tamamlamaktan ibarettir.

Bu şeklî unsurlar tamamlanınca, bu gibi tasarruflar ve idarenin bir parçası olarak üniversitelerin diğer bütün tasarrufları, Anayasanın 114 ncü maddesi gereğince yetkili kaza organlarının -ezcümle, Danıştayın- denetimine tâbidir.

ii) Diğer taraftan, üniversitelerin idari muhtariyetinin yürütme organı karşısında tam olduğunu; buna karşılık, yasama organı karşısında mahdudolduğunu söylemek suretiyle, bahis konusu öğretim üyeleri ve öğretim yardımcılarının üniversiteye bir kanunla iade edilebileceklerini savunmak da imkânsızdır. Anayasa tasarısının Temsilciler Meclisindeki müzakeresiyle ilgili tutanaklar bu konuda açık olduktan başka; (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi. B. : 50, 56, 59 ve 60) Üniversite öğretim üyeleri ve öğretim yardımcılarının -Teşriî organ dâhil- üniversite dışındaki makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılamıyacaklarına dair Anayasanın 120 nci maddesinin 2 nci fıkrası hükmü, teşriî organın üniversite kadrolarını kanunla lâğvetmek yetkisine sahibolmasına rağmen, bu yetkinin kullanılması halinde bile, üniversite öğretim üyesi ve öğretim yardımcılarının üniversiteden uzaklaştırılamamasını müstelzimdir. Teşriî organ karşısında üniversiteye malî muhtariyet tanımıyan Anayasanın 120 nci maddesi, kadroların ilgası suretiyle dahi üniversite öğretim üyesi ve öğretim

yardımcılarının görevlerinden uzaklaştırılamıyacağını söylerken, aynı maddenin, üniversitenin idari muhtariyetini yasama organı karşısında mahdudolarak telâkki ettiğini ileri sürmek, bu maddenin ruhuyla bağdaştırılamaz. Kaldı ki, bahis konusu madde, üniversitenin idari muhtariyetini yasama organı karşısında sınırlamak isteseydi, bunu sarih istisnalar ve sınırlar göstermek suretiyle yapardı. Oysa ki, Anayasada bu sınırlar ve istisnalar gösterilmemiş olup, üniversitenin idari muhtariyetinin yasama organı karşısında sınırlı olduğu söylenince, bu sınırları sarahatle ortaya koymak imkânı da bulunamamaktadır.

iii) Nihayet, 114 sayılı Kanunun -25 Ekim 1961 den önce bir Anayasa ilkesi olmıyan- üniversite muhtariyetini zedelemiş olmasına binaen, 147 öğretim üyesiyle öğretim yardımcısının bir kanunla üniversiteye iade edilmelerinin muhtariyeti tamir etmek olacağı yolundaki fikir de doğru değildir. Filhakika, bu konuda, yukardaki mülâhazalardan gayrı, şu hususu da belirtmelidir ki, bu 147 öğretim üyesi ve öğretim yardımcısı bir kanunla ve eski yetkileriyle üniversiteye iade olundukları takdirde, üniversitenin yetkili organları, aynı kadroda ve görevde muhtelif kimselerin bulunması gibi bir durumla karşılaşacak ve bahis konusu öğretim üyeleri ve öğretim yardımcılarının eski görev ve kadrolarını kanuna uygun tasarruflarla işgal etmiş olan diğer öğretim üyeleri ve öğretim yardımcılarının durumu tamamen meşkûk ve halledilmemiş bir şekilde kalacaktır. Oysa ki, üniversitelerin kendi öğretim üyelerini ve öğretim yardımcılarını kendi bünyeleri içinde istedikleri görev ve kadrolara getirmek hususundaki yetkileri, idari ve ilmî muhtariyetin bellibaşlı icaplarından biri olduğuna göre, üniversitelerin kendi iç bünyeleri içindeki vazife taksimine kanunla tâyin yapmak suretiyle müdahale etmek, Anayasanın 120 nci maddesiyle bağdaştırılamaz.

iv) Bu mülâhazalar muvacehesinde, yasama organının, üniversitelerin kanunla tesbit edilen yetkili organlarının yerine kaim olarak, -Anayasaya aykırı olmakla beraber hükümlerini icra ettiği aşikâr olan- bir kanunla üniversite dışı bırakılmış olan bâzı öğretim üyelerini ve öğretim yardımcılarını, üniversitedeki belli kadro ve görevlere tâyin etmesi, Anayasanın 120 nci maddesi hükümlerine uygun görülemez.

v) Bu vesileyle, üniversitelerle ilgili işlerin, yasama organınca, Bakanlar Kurulunu ve Millî Eğitim Bakanını türlü yollardan denetlemek suretiyle murakabe edilebileceğini belirtmek lâzımdır. Nihayet, üniversitelerin yetkili organları, her kamu hizmeti gören organ ve kişi gibi, halkoyunun açık murakabesine daima tâbidir. Ancak, bu murakabe tarzlarından hiçbiri, Anayasanın 120 nci maddesi tadil edilmedikçe, bu maddede yer alan muhtariyet esaslarına aykırı sonuçlar doğuramaz.

V - Anayasa Komisyonu, Hükümet tasarısında, üniversite öğretim üyeleri ve

öğretim yardımcılarının tâyinleri konusundaki genel hükümlerden ayrılınmış olmasını ve bahis konusu öğretim üyeleri ve öğretim yardımcılarının tâyin tasarruflarının tekemmülünde fakülte profesörler kurullarını yetkisiz kılarak, bu hususta sadece senatolara yetki tanınmasını, bir Anayasa konusu olarak görmemiştir.

Gerçekten, muhtar üniversitelerin yetkili organları kanunla tesbit edilir. Diğer öğretim üyesi ve öğretim yardımcılarından farklı olarak, bahis konusu 147 öğretim üyesi ve öğretim yardımcısının tâyinleri için ayrı bir usulün kanunla tesbit edilmesi, bahis konusu öğretim üyeleri ve öğretim yardımcıları esasen 114 sayılı Kanun gereğince özel ve müşterek bir statüye tâbi tutulmuş olduklarından, Anayasa bakımından mümkündür; ve gerek bu husus, gerek bahis konusu 147 Öğretim üyesi ve öğretim yardımcısının tâyin edilebilmeleri için mukaddem müracaat mecburiyetinin kaldırılmış olması hususu, bu sebeple, eşitlik ilkesine aykırı düşmez. Kaldı ki Hükümet tasarısı, tâyin için uygun bulma işlemini yapma yetkisini tam olarak senatolara verdiğine göre, bu hal şeklini Anayasanın 120 nci maddesine aykırı bulmaya da imkân yoktur.

VI - 1) Netice olarak, Anayasa Komisyonu, «Üniversite öğretim üyelerinden bâzılarının affına ve bâzılarının diğer fakülte ve yüksek okullara nakline dair 27 Ekim 1960 tarihli ve 114 sayılı Kanuna ek kanun tasarısı» üzerinde, Millet Meclisi Millî Eğitim Komisyonu tarafından yapılmış olan değişiklikler meyanında, Millî Eğitim Komisyonu değiştirişinin 1 nci maddesini, Anayasanın 5, 6 ve 120 nci maddelerine uygun bulmamıştır.

2) Anayasa Komisyonu, bahis konusu Hükümet tasarısı hükümlerini Anayasaya uygun bulmuştur.”

YENİ ANAYASAL SİSTEMDE YÜRÜTME'NİN DÜZENLEME YETKİSİ VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Ali D. Ulusoy*

Kalbimde her zaman müstesna bir yere sahip olacak olan ve uzun yıllar Anabilim Dalı Başkanlığımı yaparak akademik açıdan yetişmemde unutulmaz katkılarını daima hatırlayacağım değerli hocam Metin GÜNDAY'a layık olabilmesi umuduyla…

GİRİŞ

Her ne kadar kanaatimizce Türkiye'de başkanlık sistemine fiilen (*de facto*) 2014 yılında geçildiği söylenebilirse de[1], 2017 yılında yapılan ve tam olarak 9 Temmuz 2018'de yürürlüğe giren kapsamlı Anayasa değişikliği ile -*de jure* olarak da- parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçilmiştir. Ayrıca Cumhurbaşkanının ("*CB" veya "Başkan*") gerek Yasama erki ve gerek Yargı erki üzerindeki etki ve yetkileri çok ciddi biçimde artırılmıştır.

Örneğin Parlamento'nun Yürütme'yi başlıca denetim yollarından olan *gen-*

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, ulusoydlaw@gmail.com

1 Aslında Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini öngören 2007 yılındaki Anayasa değişikliği ile fiilen Fransa'da olduğu gibi Yarı-Başkanlık benzeri bir sistem öngörüldüğü söylenebilir. Fransız sisteminin, seçimle gelen Cumhurbaşkanının Parlamentoda siyaseten kendisini destekleyen çoğunluğu varsa, fiilen "Başkanlık" gibi işlediği; aksi durumda ise Cumhurbaşkanının dış politikanın ve ulusal güvenlik politikasının yönlendirilmesiyle sınırlı yetkilerinin bulunduğu Parlamenter Sistem (Güçlendirilmiş Parlamentarizm) gibi çalıştığı bilinmektedir (Bkz. Dmitri Georges LAVROFF, *Le Droit Constitutionnel de la Ve République*, Dalloz, Paris 1995, s.817 vd.). Bu bağlamda doğrudan halk tarafından seçilen ilk Cumhurbaşkanı olan ve Parlamentoda kendisini destekleyen çoğunluğu da bulunan *R.T. ERDOĞAN*'ın seçildiği Ağustos 2014 yılından itibaren, *de jure* olmasa da *de facto* olarak Türkiyede de fiilen Başkanlık sisteminin geçerli olduğu söylenebilir. Çünkü başkanlık sistemi için asıl belirleyici iki faktör, devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi ve Yürütme erkini tek başına kontrol ve temsil edebilmesidir. Yarı başkanlıkta halk tarafından seçilmiş devlet başkanının Parlamentoda kendisini destekleyen çoğunluğu varsa Yürütme erkini tek başına domine etmesi ve Başbakanın fiilen kendisinin yardımcısı konumunda olması kaçınılmazdır. Türkiye'de de 2014-2017 yılları arasında tam olarak böyle bir durum yaşanmıştır. Diğer bir anlatımla Türkiye'de başkanlık sistemine aslında fiilen 2014 yılında geçildiği söylenebilir.

soru[2] ve *güvenoyu*[3] mekanizmaları bütünüyle ortadan kaldırılmış ve *meclis soruşturması* ise ciddi biçimde etkisizleştirilmiştir. Ayrıca Başkanın (kendi seçiminin de yenilenmesini göze alması kaydıyla) Parlamentoyu feshetme yetkisi mutlak bir yetki haline getirilmiştir[4]. Buna karşılık Parlamentonun kendi seçiminin ve Başkanın seçiminin yenilenmesine karar verme yetkisi salt çoğunluk yerine 3/5 çoğunluğa tabi tutularak zorlaştırılmıştır[5]. İlaveten, bu yeni değişiklik ile, -kanaatimizce son derece isabetsiz şekilde-, Başkanın siyaseten tarafsız olması ilkesine son verilerek, partili olması ve hatta siyasi parti başkanı olması dahi mümkün kılınmıştır[6]. Yargı erkine ilişkin olarak ise, Cumhurbaşkanının tüm yargı mercilerini denetleyen, kontrol eden ve bir anlamda "yöneten" makam olan Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) üzerindeki etkisi büyük oranda artırılmıştır[7].

Bu nedenle CB'nin devlet sistemi içindeki yetkilerinin olağanüstü biçimde artmasından dolayı, "Türk tipi başkanlık sistemi" olarak görülebilecek Türkiyede'ki bu yeni sistemi "Tek Adam Rejimi" olarak isimlendirenler de bulunmaktadır[8].

Bu sistem değişikliği ile Parlamenter sistemden Başkanlık sistemine geçilmesi sonucunda, Bakanlar Kurulu ile Başbakanlığın kaldırılması ve Yürütmeye ilişkin tüm asli yetkilerin Cumhurbaşkanlığında birleşmesi nedeniyle, *Genel İdare*[9] ile Cumhurbaşkanlığı makamının gerek teoride gerek uygulamada kesişti-

---

2 Başkanlık sistemine uygun olarak, Parlamentonun bir bakanı veya başkanı gensoru ile düşürme imkanı ortadan kaldırılmıştır.

3 Hükümetin kurulması yani yürütme organının işbaşına gelebilmesi veya göreve devamı için Parlamentodan güvenoyu veya herhangi bir onay almasına artık gerek bulunmamaktadır.

4 Önceki sistemde Cumhurbaşkanı bu yetkisini ancak belli sürede hükümet kurulamaması/güvenoyu alamaması halinde yani oldukça sınırlı biçimde kullanabiliyordu.

5 Önceki sistemde Parlamento, salt çoğunluk ile erken seçim kararı alabiliyordu. Yeni sistemde bunun için 3/5 çoğunluk aranmaktadır (AY m.116).

6 Nitekim bu değişiklik sonrasında Cumhurbaşkanı R.T. Erdogan, 29 Mayıs 2017 tarihinde eski partisinin (AKP) genel başkanlığına tekrar geri dönmüştür.

7 Tüm yargıçların atanması, görevden alınması, yer değiştirmeleri, terfi, disiplin ve soruşturma ve meslekten çıkarılma ve ayrıca yüksek mahkemelere üye seçme (Yargıtay üyelerinin tamamı, Danıştay üyelerinin dörtte üçü) yetkilerine sahip olan HSK'nın toplam 13 üyesinden 6'sı doğrudan ve hiçbir kaydadeğer ölçüte tabi tutulmaksızın Cumhurbaşkanınca seçilmekte (doğal üyeler olan Adalet bakanı ve yardımcısı ile birlikte); kalan üyeleri ise Parlamento tarafından 3/5 çoğunluk ve olmazsa kur'a sistemine göre seçilmekle birlikte, Parlamentoda kendisini destekleyen bir çoğunluk varsa, Cumhurbaşkanı buradaki seçimde de belirleyici olmaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamı; Danıştay üyelerinin dörtte biri ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Yeni sistemde CB'nin HSK üzerindeki etki ve yetkilerinin değerlendirilmesi hakkında Bkz. Ali ULUSOY, "Understanding Turkey's Restructured System for Judicial Appointments and Promotions", (http://www.iconnectblog.com/2018/04/understanding-turkeys-restructured-system-for-judicial-appointments-and-promotions/), 2018.

8 Bkz. Örneğin, Cengiz ÇANDAR, "Başkanlık Sistemi değil Tek Adam Yönetimi", http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/cengiz-candar/baskanlik-sistemi-degil-tek-adam-yonetimi-28088548; Mehmet TEZKAN, "Tek Adam Rejimi var mı yok mu?, https://t24.com.tr/yazarlar/mehmet-tezkan/tek-adam-rejimi-var-mi-yok-mu,23104

9 Bu çalışma kapsamında "Genel İdare" kavramı, İdare Hukuku kitaplarında genellikle "Merkezi İdare" olarak isimlendirilen Devlet Tüzel Kişiliğine dahil idari birimleri ifade etmekle birlikte; bunlara ilave olarak,

ği ve aynı şeyi ifade ettiği söylenebilir. Bu bağlamda önceki sistemdeki Bakanlar Kurulu ile Başbakanlığın artık yeni sistemde Cumhurbaşkanlığı makamı altında "eridiği" ve "çözündüğü" ve bu üç makamın "tek vücut" olduğu yani birleştiği (meczedildiği) dikkat çekicidir. Merkezi İdare içinde Cumhurbaşkanlığı yanında bakanlıkların da, Genel İdarenin Taşra Teşkilatının da tek başlarına herhangi bir hukuk "öznesi" olma kapasiteleri ve özellikleri bulunmamaktadır. Bu itibarla, yeni sistemde "Genel *İdare = Cumhurbaşkanlığı*" şeklinde bir matematiksel denklemin kurulması pekala mümkündür.

Bu bağlamda artık yeni sistemde Genel İdare'nin gerek fiilen gerek hukuken Cumhurbaşkanlığından ibaret olduğu söylenebilir. Nitekim, Genel İdare içindeki Devlet Tüzel Kişiliği bağlamında düşünüldüğünde, Bakanlar Kurulu ile Başbakanlığın kaldırılıp Cumhurbaşkanlığı ile "mezcedilmesi" olgusu yanında, bakanlıklar ve bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatı korunmuştur. Bununla birlikte, bakanların eski konumlarından farklı olarak siyasi kimliklerinin hukuken son bulduğu ve Cumhurbaşkanının hiyerarşik astları ve en üst düzey bürokratları konumuna indirgendiği ve bakanlıkların da Cumhurbaşkanlığının ana hizmet birimleri konumuna getirildiği görülmektedir. Nitekim 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde (CBK) tüm bakanlıkların tüm teşkilatları Cumhurbaşkanlığı teşkilatının alt birimleri formatında ve aynı CBK içinde düzenlenmiştir. Bu itibarla bakanlıkları Cumhurbaşkanlığı teşkilatından ayrı ve farklı konumda idari birimler gibi düşünmek artık doğru olmayacaktır. Bunların teşkilatı da yeni sistemde Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde yeniden organize edilmiştir.

Yeni Sistemde Cumhurbaşkanın Başlıca Yetkileri

2017 Anayasa değişikliği ile parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçildiğinden, Cumhurbaşkanının Yürütme erki içindeki konumu, görevleri ve yetkileri de köklü değişime uğramıştır. Yukarıda da işaret edildiği üzere, bu değişiklik sonrasında Yürütme erki artık bütünüyle Cumhurbaşkanı tarafından temsil edilmekte olup, bu değişikliğin tam olarak yürürlüğe girmesinden sonra (9 Temmuz 2018 tarihi itibarıyla) bakanlar kurulu ve başbakanlık da ortadan kalktığından, Yürütme erki bütünüyle tek başına Cumhurbaşkanının uhdesine geçmiştir. Bu olgunun idare hukuku açısından daha somut anlamı, Genel İdare/

---

görünürde (şeklen) Devlet tüzel kişiliğinden ayrı kamu tüzel kişiliğine sahip olmakla birlikte, gerek fiilen gerek hukuken (*Bkz. 1 ve 3 sayılı CBK'ler*) Cumhurbaşkanlığı ve bakanlıkların hiyerarşisi dışında herhangi bir idari özerklikleri bulunmayan ve bunların emir ve talimatlarına tabi bulunan, Cumhurbaşkanlığı veya bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarını da içerecek şekilde algılanmaktadır. Diğer bir ifade ile, Genel İdare, idari özerklikleri bizzat Anayasa ile koruma altına alınmış olan Yerel Yönetimler (belediyeler, büyükşehir belediyeleri, il özel idareleri ve köyler), yüksek öğretim kurumları (YÖK, üniversiteler) ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile, bu özerklikleri kanunlarla açıkça vurgulanarak güvenceye alınan Bağımsız İdari Otoriteler (Rekabet Kurulu, RTÜK, BDDK, EPDK, SPK, KİK vs.) dışında kalan, idari özerkliğe sahip olmayıp Merkezi İdarenin yönetimi altındaki tüm idari birimleri ifade etmektedir (*Bkz. Ali D. ULUSOY, Yeni Türk İdare Hukuku, 2. Baskı, Yetkin yay., Ankara 2019, s.164-166*).

Merkezi Yönetim teşkilatının en üst amirinin yani hiyerarşik üstünün tek başına Cumhurbaşkanı olması ve Genel İdareye verilen görev ve yetkilerin de artık Cumhurbaşkanlığı teşkilatı tarafından icra edilecek olmasıdır.

Buna karşın, başkanlık sistemine geçilmiş olması ve Yürütme erkinin tek başına Cumhurbaşkanı tarafından temsil ediliyor olması, Genel İdare dışındaki özerk idarelerin[10] ve özellikle de yerel idarelerin de Cumhurbaşkanının hiyerarşik astları konumuna geldikleri anlamına gelmemektedir. Anayasa ile özel korumaya alınmış olan Yerel İdareler, Yüksek Öğretim Kurumları ve Kamusal Meslek Örgütleri gibi özerk idareler üzerinde Cumhurbaşkanı hukuken hiyerarşik amir konumunda olmayıp, sadece kanunla öngörülen sınırlı idari vesayet denetim yetkileri kullanabilmektedir.

Cumhurbaşkanının Yasama ve Yürütme'ye hatta Yargı'ya ilişkin görevleri Anayasanın 104. maddesinde sayma yoluyla belirlenmiştir. Aynı maddenin son fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanına kanunlarla bunlardan başka görevler de verilebilir[11]. Ancak Cumhurbaşkanına, Anayasanın kendisine biçtiği konum ve misyonun özü ve ruhuyla bağdaşmayacak nitelikte görevler veren kanun hükümlerinin Anayasaya aykırı olacağı açık olup, Yasama'nın bu hususta geniş takdirinin olduğunu söylemek mümkün değildir.

Anayasanın 104. maddesinde Cumhurbaşkanına verilen görevlerin bir kısmı Yasama alanına ilişkin olmakla birlikte; yetkilerinin büyük kısmının Yürütme alanına ilişkin olduğu söylenebilir. Buna ilaveten, Anayasa Mahkemesine, Danıştay'a ve HSK'ya üye seçmek gibi Yargı alanına ilişkin bazı yetkileri bulunduğu da görülmektedir.

Cumhurbaşkanının Anayasada belirtilen başlıca görev ve yetkileri şunlardır (AY m.104):

- Devletin başı (devlet başkanı) sıfatıyla Yürütme yetkisine sahip olmak ve Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil etmek; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin etmek;
- Kanunları yayımlamak veya tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermek; Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunmak;
- Kanunların, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün tümünün veya

[10] "Özerk İdareler" ile kastedilen, Merkezi İdareye göre gerek hukuken gerek fiilen asgari bir idari özerkliğe sahip olan Yerel Yönetimler, Üniversiteler, Kamusal Meslek Örgütleri ve sözkosunu özerklikleri fiilen tartışmaya açık olsa da) Bağımsız İdari Otoritelerdir.

[11] *"Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır."*

belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak;

- Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanları atamak ve görevlerine son vermek;
- Üst kademe kamu yöneticilerini atamak, görevlerine son vermek ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlemek;
- Yabancı devletlere Türkiye Cumhuriyetinin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek;
- Milletlerarası antlaşmaları onaylamak ve yayımlamak;
- Milli güvenlik politikalarını belirlemek ve gerekli tedbirleri almak;
- Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek;
- Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak;
- Yürütme yetkisine ilişkin konularda m.104/17'deki sınırlamalara ve kurallara uygun olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmak;
- Kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarmak;
- Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak.

Cumhurbaşkanının Anayasada bizzat sayılan bu yetkilerinden özellikle üçünün doğrudan *düzenleme yetkisi* içerdiği görülmektedir. Bunlar;

- Anayasa m.104/17'deki sınırlamalara ve kurallara uygun olarak, gerek üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar (m.104), gerek bakanlıkların görev ve yapılanması (m.106), gerek Devlet Denetleme Kurulu (m.108) ile Milli Güvenlik Kurulunun (m.118) görev ve yapısını düzenlemek ve gerek Yürütme yetkisine ilişkin diğer konularda (m.104) asli düzenleme yetkisi çerçevesinde kanunlara dayanmak zorunda olmamakla birlikte normatif yönden kanunların altında olan ve kanunlara aykırı olamayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) çıkarmak;

- Olağanüstü hallerde kanunlara eşdeğer biçimde (kanun kuvvetinde) kararnameler (OHAL CBK'si) çıkarmak (m.119)
- Kanunların ve CBK'lerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, tipik idari düzenleme şeklinde, yönetmelikler (ve diğer idari düzenlemeler) yapmaktır (AY m.104).

Bu bağlamda yeni anayasal sistemde Cumhurbaşkanın düzenleme yetkisini, **sadece OHAL dönemleri ile sınırlı olmak üzere kanun kuvvetinde kararname (OHAL CBK'si) yapmak**; Anayasa m.104/17'deki sınırlama ve kurallara uymak kaydıyla, **asli düzenleme yetkisi çerçevesinde kanuna dayanmadan ancak kanuna aykırı olmamak kaydıyla kararname (CBK) çıkarmak** ve kanunların veya CBK'lerin uygulanmasını ve yorumlanmasını göstermek üzere, bunlara dayanan ve bunlara aykırı olamayan **tipik idari düzenlemeler (yönetmelik ve diğer idari düzenlemeler) yapmak** şeklinde üç ana gruba ayırmak doğru olacaktır.

I. YENİ DÜZENLEME YETKİSİNİN ÖZELLİKLERİ

A. DÜZENLEME YETKİSİNİN ASLİ NİTELİĞİ

1) Düzenleme yetkisi genel olarak neyi ifade eder?

İdarenin düzenleme yetkisi, idarenin bir anlamda "maddi anlamda kanun" yaparak, belli konularda genel ve objektif kural koyabilmesini[12], yani idarenin hukuki *norm* öngörebilme kabiliyetini ifade eder. Yürütme erkini çok daha dar anlamda algılayıp, işlevini sadece Yasama erkinin yaptığı kanunları *uygulamak* olarak algılasak dahi, bir kanunu "uygulamak", öncelikle o kanun hükümlerini yorumlamayı ve açıklamayı (ne anlama geldiklerini belirlemeyi) gerektirdiğine göre, bir kanunun nasıl yorumlanacağını belirlemek ve bunu herkesin önceden öngörebilmesi için objektif ve genel biçimde ifade etmek ve kamuya duyurmak da aslında bir anlamda kural koymak yani düzenleme yapmaktır.

Örneğin Türk Rekabet Kanunu, rekabet ihlali yapan teşebbüslere bir önceki yıl cirolarının %10'una kadar idari para cezası verme konusunda rekabet otoritesine (Rekabet Kurulu) yetki tanımış ve bu konuda daha ayrıntılı başka hüküm öngörmemiştir. Rekabet Kurulu'nun bu Kanun hükmünü, kendisinin bu konuda önce bir temel para cezası belirleme ve bu temel para cezasını ise daha ağır rekabet ihlalleri (karteller) için %5, hafif rekabet ihlalleri için ise %1 olarak öngörme ve bu temel ceza üzerine ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenleri uygulamak suretiyle verilecek para cezasını (%10'luk üst limiti aşmamak üzere) belirleme konusunda yetkili olduğu şeklinde "yorumladığını" varsayalım.

[12] Bu konuda Bkz. Burak ÖZTÜRK, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı,* Yetkin yay., Ankara 2009.

Burada Rekabet Kurulu'nun yaptığı şey, aslında söz konusu Kanun hükmünü uygulamak, yani kanunu "yürütmek" için "yorumlamak"tan başka bir şey değildir. Yaptığı bu kanun yorumlamasını, ilgililer açısından öngörülebilir olması için resmi bir yazıya dökmesi ve bunu ilgililere önceden duyurması halinde ise ortaya bir "düzenleme" çıkmış olur.

Aşağıda açıklayacağımız üzere Türk Kamu Hukukunda (Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri istisna olmak üzere) idarenin düzenleme yetkisi *asli* olmayıp kanundan türediğinden (türevsel olduğundan), Yürütmenin/İdarenin kanunları uygulamak görevi kapsamında esasen yapmakla yükümlü olduğu şey olan kanunları yorumlamak görevini, önceden öngörülebilecek tarzda genel ve objektif olarak ortaya koyması, yani "düzenleme" yapması zaten anayasal görevi kapsamındadır.

O halde düzenleme yapmak, -yani kural (norm) koymak- sadece Yasama işlevine özgü bir özellik değil, Yürütme işlevinin de doğasında bulunan bir özelliktir.

2) Düzenleme yetkisinin asliliği ve taliliği

Düzenleme yetkisinin "asliliği" ile kastedilen, bir konuda hiçbir düzenleme yokken o konuda daha üst bir norma dayanmadan veya daha üst bir norma ihtiyaç duymadan "ilk elden" yeni bir kural koyabilmektir. Türk Hukukunda 2017 yılındaki Anayasa değişikliğine kadar asli düzenleme yetkisi sadece yasama organına ait idi. (Aşağıda belirteceğimiz tek bir istisna dışında) idarenin daha önce yasayla düzenlenmemiş hiçbir konuda ilk elden (asli olarak) düzenleme yapması mümkün değildi. Yani idarenin kural olarak asli düzenleme yetkisi bulunmamakta idi[13]. Bu da İdarenin her türlü faaliyetinin kanuna dayanması gerektiği anlamına gelmekte idi[14].

İdarenin kanuni dayanağı olmadan asli bir düzenleme yapamaması, Latince *secundum legem* olarak ifade edilen, idarenin norm koymada birincil değil ikincil olması ve ikinci derecede kalması yani norm koyma yetkisinin *tali* olmasını ifade etmektedir.

İdarenin asli düzenleme yetkisine sahip olmaması ilkesinin, yani idarenin herhangi bir yasaya dayanmadan düzenleme yapamamasının 2017 Anayasa değişikliği öncesinde Türk hukukundaki tek istisnası[15], *Cumhurbaşkanlığın Genel Sekreterliği'n*in kurulmasıdır[16]. Anayasanın 2017 öncesindeki eski halinde 107.

[13] Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünde (DSİ) kanunda öngörülmemesine karşın, kendisine kamusal yetkiler tanınan bir Daimi Kurulun yönetmelikle kurulamayacağına dair Bkz. D, İDDK, 07.11.2013, YD İtiraz No.2013/474.

[14] Bkz. ayrıca, Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, İmaj yay., Ankara 2011.

[15] Bunun bir diğer istisnası Anayasa m.121/3 hükmünde öngörülen Olağanüstü Dönem KHK'leridir. Zira bunlar için *yetki kanunu*na ihtiyaç yoktur. Ancak bunlar kanunlara eşdeğer biçimde, fonksiyonel açıdan Yürütme değil Yasama işlemi olduklarından, buraya dahil edilmemiştir.

[16] Anayasa MADDE 107 (Önceki hali)- *"Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalış-*

maddesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı (Genel Sekreterliği) teşkilatı hiçbir kanuna dayanmadan doğrudan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulmakta idi.

Parlamenter sistemden Başkanlık sistemine geçilmesini de öngören 2017 Anayasa değişikliği ile, bu değişiklikten sonraki ilk Cumhurbaşkanlığı seçiminden itibaren (9 Temmuz 2018) geçerli olacak biçimde, bu konuda da çok temel bir değişiklik yapılmış olup, buna göre, Anayasa ile sınırlı biçimde belirlenmiş konularda Cumhurbaşkanına (Başkan'a) Cumhurbaşkanı Kararnameleri ile asli düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır (AY m.104/17).

3) Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin asli niteliği

Söz konusu değişiklik ile Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (CBK) ile olağan dönemlerde, Anayasa ile belirlenen sınırlar içinde, yani ekonomik ve sosyal haklar dışındaki temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale etmeksizin, Parlamento'nun çıkaracağı kanuna ihtiyaç duymadan ve herhangi bir kanuni referans bulunmadan, Yürütme alanına ilişkin konularda tek başına düzenlemeler yapabilecektir. Bunun karşılığında ise -olağan dönem KHK'leri kaldırılarak- Yürütme'nin (OHAL dönemi dışında) yasaya eşdeğer (kanun kuvvetinde) düzenleme yapabilme imkanına son verilmektedir (AY m.104/17). Bu çerçevede Yürütmeye olağan dönemlerde kanun kuvvetinde (kanuna eşdeğer) düzenleme yapma yetkisi veren hüküm (m.91) sözkonusu 2017 değişikliği ile Anayasadan çıkarılmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, yeni gelen sistemde, teknik olarak olağan dönemlerdeki Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri "yasama işlemi" değil "idari işlem" (idari düzenleme) mahiyetindedir. Yeni değişiklik ile, "tüzükler" de bütünüyle kaldırılmaktadır. Tıpkı tüzükler gibi normatif olarak en üstteki idari düzenleme niteliği taşımalarına rağmen, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin tüzüklere göre farklı olan yanı, düzenlemeleri mümkün olan alanlarda yasal dayanağa ihtiyaç duymamaları, yani türevsel değil *asli düzenleme* yapabilmeleridir. Öte yandan, yukarıda belirtildiği gibi, önceki dönemdeki (olağan dönem) KHK'ler ile yeni sistemdeki CBK'ler de hukuki mahiyetleri itibarıyla tamamen farklıdır.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin yasama işlemi olmayıp idari düzenleme niteliği taşımasının pratikteki anlamı, olağan dönemlerde söz konusu bu CBK'lerin kanunları değiştiremeyecek veya yürürlükten kaldıramayacak olmasıdır. Yani olağan dönemlerde, Cumhurbaşkanına tek başına TBMM'nin yerine geçerek kanun veya kanuna eşdeğer düzenleme yapma yetkisi verilmesi teknik olarak söz konusu değildir. Anayasanın yeni halinde Cumhurbaşkanına bu yetki sadece olağanüstü dönemler için tanınmaktadır (m.119). Bu yetki önceki OHAL KHK'leri ile aynı nitelikte olan OHAL CBK'leri ile öngörülmektedir.

ma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir".

Aslında 2017 değişikliği ile getirilen yenilik, önceki sistemde CB'ye kanuna ihtiyaç duymadan "asli ve özerk düzenleme yetkisi" şeklinde istisnai biçimde tanınmış olan "Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin personel ve teşkilatlanmasını CB Kararnamesi ile düzenleme" yetkisinin çok daha genişletilmesidir. Öncesinde sadece tek bir konuyla sınırlandırılmış olan CB'nin kararname ile doğrudan ve ilk elden (asli) düzenleme yetkisi, kamu idaresinin personel ve idari yapılanmasını düzenlemek ve ayrıca, ekonomik haklar dışındaki temel hak ve özgürlüklere dokunmamak kaydıyla, kanunla düzenleme yapılmamış olan diğer konularda da idari düzenlemeler yapabilme şeklinde ciddi bir genişlemeye tabi tutulmaktadır. Olağanüstü hal dönemlerinde ise bu yetki zaten tıpkı öncesinde olduğu gibi adeta sınırsızdır.

Üstelik Cumhurbaşkanı, sadece olağanüstü hallerde değil olağan dönemlerde de, bu yetkisini kullanırken artık Parlamento'nun çıkaracağı herhangi bir kanunu referans almak zorunda olmadığı gibi, Parlamento'nun herhangi bir "yetki kanunu" çıkarmasına da ihtiyaç duymayacaktır. Yani CB, pratikte artık düzenleme yapmak için Parlamentoya ihtiyaç duymamaktadır. Ancak bu "avantajın" bir tür dengeleyicisi olarak, yaptığı bu düzenleme (CBK) -olağan dönemlerde- Parlamentonun çıkardığı kanunu değiştiremeyecek veya yürürlükten kaldıramayacaktır. Yani Cumhurbaşkanı, Parlamento'nun "yetki kanunu"na ihtiyaç duymamanın karşılığında, olağan dönemlerde Parlamento'nun çıkardığı kanunu değiştirebilme veya yürürlükten kaldırabilme yetkisinden vazgeçmiş olmaktadır.

Bununla birlikte, teorik olarak bu konuda çok şey değişmiş gibi görünmesine karşın, şeklen "yetki kanununa" ihtiyaç duymama hususunu bir yana bırakırsak, pratikte değişen çok az şey vardır: Önceki sistemde de Yürütme, (olağan dönemlerde) ekonomik haklar dışında kalan temel hak ve özgürlükler konusunda (KHK ile bile) düzenleme yapamıyordu; yeni sistemde de yapamamaktadır. Yani Yürütmenin yapabileceği düzenleme konularında, aslında (tek bir konu dışında) genişleme yoktur. Yürütmenin düzenleme alanına yeni dahil olan tek konu, "bakanlıkların teşkilatlanması ve üst düzey kamu görevlilerinin atanması" ve bununla bağlantılı olan, bazı idari kurumların (MGK ve DDK gibi) düzenlenmesi ve yeni kamu tüzel kişiliği kurulabilmesidir. Temel hak ve özgürlüklere dokunmamak kaydıyla, kanunla düzenleme yapılmamış diğer konularda asli düzenleme yetkisi ise, uygulamada kanunla düzenlenmemiş pek az konu kaldığından, yine pratikte etkisi oldukça sınırlı kalabilecek bir yeniliktir.

Asli düzenleme yetkisi zaten "ilk elden ve doğrudan" düzenleme yapma yetkisini içerdiğine göre, (olağan dönemlerde) CBK'lerin teorik olarak *yasama işlemi* değil *idari işlem* olmasının da aslında pratikte fazla önemi bulunmamaktadır. Sonuçta, o ya da bu şekilde, bir konuda "ilk elden ve asli biçimde" düzenleme ya-

pılabildiği ve bu düzenleme için daha üst bir norma (kanun gibi) dayanma zorunluluğu da bulunmadığı sürece, teorik açıdan, niteliğine Yasama işlemi de denilse İdari işlem de denilse pratikte bir farkı bulunmamaktadır. Bu konuda pratikteki tek yenilik, Cumhurbaşkanının, asli düzenleme yetkisine sahip olduğu konularda artık Parlamento'nun kanununa dayanma zorunluluğu da Parlamento'nun "yetki kanunu"na da ihtiyacı bulunmamasıdır. Ancak tekrar ifade etmek gerekirse, bunun karşılığında (Olağanüstü Hal rejimi dışında) Cumhurbaşkanının kendisi de Parlamentonun çıkardığı kanunu değiştirebilme veya yürürlükten kaldırabilme "lüksüne" ve avantajına artık sahip değildir.

CBK ile düzenleme yapılabilecek konuların bazıları Anayasada somut ve spesifik olarak belirlenmiştir. Bunlar,

- bakanlıkların kuruluş ve görevleri ile merkez ve taşra teşkilatlarını düzenlemek (m.106/son),
- kamu tüzel kişiliği kurmak (veya kaldırmak) (m.123/3),
- üst düzey kamu görevlilerinin atanma usul ve esaslarını belirlemek (m.104/9),
- Devlet Denetleme Kurulu'nu (m.107/son) ve
- Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'ni (m.118/son) düzenlemektir.

Anayasanın CBK ile düzenlenebilecek hususlar arasında (bakanlıkların kuruluş, teşkilat ve görevlerini saymasına rağmen) Cumhurbaşkanlığı teşkilatının kuruluş, teşkilat ve görevlerini saymaması ilginç bir çelişki örneğidir. Üstelik önceki Anayasada bile kendi teşkilatını düzenleme hususunda Cumhurbaşkanına istisnai biçimde asli düzenleme yetkisi tanınmışken, Anayasanın yeni halinde yetkileri bu derece artan Cumhurbaşkanına bu yetkinin tanınmak istenmemiş olması düşünülemez.

Bu noktada bir an için bu durumun bilinçli olduğu; zira cumhurbaşkanlığı teşkilatının düzenlenmesinin özellikle CB'ye bırakılmayarak ve TBMM'ye bırakılarak, devlet üst yönetiminde bir tür denge sağlanmak istenmiş olabileceği teorik olarak savunulabilir bir düşünce olsa da, sözkonusu değişiklik sürecinin konjonktürü açısından bakıldığında gerçekçi görünmemektedir. O halde realist ve tutarlı bir neden bulmak güç olduğundan, bu eksiklik muhtemelen unutkanlıktan ve değişikliğin hazırlık aşamasındaki özensizlikten kaynaklanmaktadır. Anayasanın bakanlıkların kuruluş, teşkilatlanma ve görevlerini CBK ile düzenleme yetkisi tanıdığına göre, Cumhurbaşkanlığı teşkilatı ve görevlerinin de CBK ile düzenlenmesinin *evleviyetle* (*a priori*) mümkün olduğu söylenebilir. Zira bakanlıkların kuruluş ve görevlerinin CBK ile düzenlenmesini açıkça öngörüp; mahalli idare-

lerin ve diğer özerk idarelerin (üniversiteler gibi) kuruluş ve görevlerini CBK ile düzenlemeyi öngörmemiş olması, Anayasa koyucu iradenin (Özerk İdare'lerin değil ama) Genel İdare'nin (bakanlıklar yanında Cumhurbaşkanlığının da) kuruluş ve görevlerinin CBK ile düzenlenmesini mümkün gördüğü; diğer bir ifadeyle, idari teşkilata ilişkin olarak sadece özerk idarelerin CBK ile düzenlenmesini arzu etmediği şeklinde yorumlanabilir.

4) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve Cumhurbaşkanı Kararı ayırımı

Uygulamada Cumhurbaşkanı tarafından CBK'ler dışında "Cumhurbaşkanı kararı" adıyla da işlemler yapıldığı görüldüğünden, "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" (CBK) ile "Cumhurbaşkanı kararı" (CB kararı) terimlerinin aynı şeyi ifade edip etmediği noktasında tereddütler yaşanabilmektedir.

CB kararı, CBK ile aynı kavram olmayıp, Cumhurbaşkanının Anayasadan kaynaklanan ve m.104/17 kapsamında kullandığı asli düzenleme yetkisini ifade etmemekte ve Cumhurbaşkanının bir kanuna (veya CBK'ya) dayanarak rutin idari yetkileri kapsamında yaptığı idari işlemi ifade etmektedir. Örneğin CB için kanunlar veya CBK'ler tarafından öngörülen üst düzey kamu görevlilerini atama veya görevden alma yetkileri CB kararı formatında kullanılmaktadır. Bir kanunu veya CBK'yi referans almadan CB kararı çıkarılamaz.

CB kararları idari düzenleyici işlem niteliğinde olabileceği gibi, bireysel idari işlem niteliğinde de olabilir. Normlar hiyerarşisinde CB kararı, CBK'nin altındadır. O nedenle CB kararı, sadece kanunlara değil, CBK'lere de aykırı olamaz. CB kararı aslında tam olarak eski sistemdeki "Bakanlar Kurulu kararına" eşdeğerdir. CBK'ler ise eski sistemdeki tüzükler ile kanunlar/KHK'ler arasında bir konumdadır.

5) Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yeri

Olağan dönemlerde çıkarılan CBK'ler, normatif olarak kanunla eşdeğer değil kanunun altındadırlar. Çünkü kanunları değiştiremezler veya yürürlükten kaldıramazlar. Mutlaka bir kanuna dayanmak zorunda olmamalarına, yani "asli düzenleme yetkisi"ne sahip olmalarına karşın, kanuna aykırı olamazlar ve hatta kanunla düzenlenmiş hususları düzenleyemezler. Bu husus Anayasanın (yeni) m.104/17 hükmünde açıkça vurgulanmıştır.

Asli düzenleme yetkisine sahip olmaları bunların kanunla eşdeğer norm olduklarını göstermez. Zira bir hukuk normunun diğer bir hukuk normuyla normlar hiyerarşisi yönünden eşdeğer olup olmadığının somut göstergesi, her iki normun birbirini değiştirip değiştiremeyeceği veya birbirini yürürlükten kaldırıp kaldıramayacağı özelliği ile belirlenebilir. Bu bağlamda, her iki norm arasında ("özel kanun-genel kanun" ve "önceki kanun-sonraki kanun" ilişkisi dışında) birbirine

aykırı olmama ilişkisi kurulamıyorsa o iki norm birbirine normatif yönden eşdeğerdir. Aksi halde iki norm birbirine eşdeğer olmayıp, aralarında normatif yönden astlık-üstlük ilişkisi vardır.

Nitekim Türk idare hukuku sisteminin büyük ölçüde örnek alındığı Fransız sisteminde de, Anayasa ile, kanuna rezerve edilmiş konular dışında idareye *asli* düzenleme yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte, idarenin bu şekilde yaptığı idari düzenlemelerin kanunla eşdeğer olması söz konusu değildir. Türk hukukunda da önceki sistemde Cumhurbaşkanına, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş ve görevlerini düzenlemede "asli düzenleme yetkisi" öngörülmüştü. Cumhurbaşkanı bu konudaki düzenlemesini kanun olmadan (herhangi bir kanunu dayanak/referans almadan) tek başına yapmaktaydı[17]. Buna karşın bu düzenleme kanunla eşdeğer görülmemekteydi. Yukarıda da belirtildiği gibi, yeni sistemde getirilen de bir anlamda, önceki sistemdeki Cumhurbaşkanına verilen bu istisnai yetkinin daha genel ve kapsamlı hale getirilmesinden ibarettir.

Bununla birlikte CBK'ler normatif olarak yönetmeliklerin ve diğer idari düzenlemelerin ise üstündedir. Zira Anayasanın 2017 yılında düzenlenen yeni haliyle 124. maddesinde yönetmeliklerin kanunlar yanında CB Kararnamelerine de aykırı olamayacağı açıkça öngörülmüştür. Bu durumda normlar hiyerarşisi açısından CBK'ler önceki sistemdeki KHK'lerden ziyade tüzüklere yakın konumdadır.

CBK'lerin tüzüklerden şekli yönden tek farkı, yargısal denetimlerinin Danıştay'a değil, Anayasa Mahkemesine verilmiş olması; maddi yönden tek farkı ise (olağan dönemler için) Anayasa ile yasaklanmamış alanlarda ve özellikle de kamu idaresinin yapılanması ve üst düzey kamu görevlilerinin atanması konularında yasal düzenleme (dayanak) bulunmasa da ilk elden (asli) düzenleme yapabilmesidir. Bu nedenle CBK'leri aslında eski sistemdeki tüzüklerle kanunlar/KHK'ler arasına bir yere (tüzüklerin üstüne, kanunların/KHK'lerin altına) yerleştirmek daha uygundur.

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, 2017 değişikliğinde Anayasa m.148'e yapılan ekleme ile CBK'leri yargısal yönden denetleme yetkisi özel olarak Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Anayasaya böyle bir özel hüküm konulmasaydı, genel hükümlere göre CBK'leri yargısal yönden denetlemek yetkisi Danıştay'a ait olacaktı. Bunun için ayrı ve özel bir düzenlemeye dahi gerek yoktu. Çünkü Türk Hukukunda, tıpkı Fransa gibi, idari düzenlemelerin yargısal denetimi anayasal bir yüksek mahkeme niteliğinde olan Danıştay tarafından yapılmaktadır (*2575 sayılı Danıştay Kanunu m.24*).

---

[17] Bkz. AY m.107 (önceki hali).

Bununla birlikte bu konuda özel olarak Anayasa Mahkemesinin görevlendirilmiş olması, tek başına bunların *yasama işlemi* niteliğinde olduğunu göstermez. Her ne kadar Türk Hukuk Sisteminde normalde Yasama işlemlerinin yargısal denetimini Anayasa Mahkemesi, idari düzenlemelerin yargısal denetimini ise Danıştay yapsa da, CBK'ler (olağan dönemlerde) kanunları değiştiremediği veya yürürlükten kaldıramadığına, yani kanunlarla eşdeğer normatif güce sahip olmadığına ve kanunların CBK'lerden üstün oldukları Anayasada açıkça da vurgulandığına göre, bunlardan olağan dönemlerde tesis edilenleri hukuken yasama işlemi niteliğinde değil, idari düzenleme mahiyetindedir. Nitekim Anayasanın yeni halindeki m.104/17 hükmü açık biçimde, "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*" demektedir. Aşağıda ayrıca vurgulanacağı üzere, yargısal denetimin Danıştay'a değil Anayasa Mahkemesi'ne verilmesi kendi içinde tutarlı olmamasına karşın, tali kurucu iktidarın spesifik ve *usuli* bir tercihinden kaynaklanmaktadır ve bu tercihin esasa yönelik bir etkisi bulunamaz. Bir düzenlemenin yargısal denetim yerinin farklı olması, tek başına o düzenlemenin hukuki niteliğini etkileyen veya belirleyen bir kanıt olamaz.

Bu bağlamda CBK'leri, zaten Cumhurbaşkanı Yürütme organının temsilcisi olduğundan, "organik" açıdan da Yasama işlemi olarak görmek olanaksızdır. Diğer yandan bunlar (OHAL dışında) kanunları değiştirebilme veya yürürlükten kaldırabilme fonksiyonu da taşımadıklarından, bunları "işlevsel (fonksiyonel) açıdan da Yasama işlemi olarak görmek mümkün değildir. O halde CBK'lerin gerek organik gerek işlevsel açıdan idari düzenleme (idari işlem) olarak görülmeleri dışında bir seçenek kalmamaktadır.

Sonuçta 2017 Anayasa değişikliği ile bu konuda pratikte gelen yenilik, aslında bir idari makam olan Cumhurbaşkanına Yasamanın çıkaracağı kanunu referans almadan birçok konuda "asli" yani ilk elden idari düzenleme yetkisi tanınmasından ibarettir[18]. Böylece, yukarıda da işaret edildiği gibi, Anayasanın önceki halinde (m.107) CB Genel Sekreterliğinin kuruluş ve görevlerine dair Cumhurbaşkanına tanınmış olan asli idari düzenleme yapma yetkisi, kanunla düzenlenmeyen diğer konular için de genişletilmiş olmaktadır. Yargısal prosedür açısından diğer bir yenilik ise, aslında idari işlem niteliğinde olan bu kararnamelerin yargısal denetim mercii olarak Danıştay yerine özel hüküm ile Anayasa Mahkemesinin görevlendirilmiş olmasıdır.

Anayasa Mahkemesine tanınan bu özel yetkinin sebebi ise muhtemelen, AYM üyelerinin ezici çoğunluğunu (15 üyeden 12'sini), Danıştay üyelerinin

[18] Bkz. Artuk ARDIÇOĞLU, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/2017-3/1.pdf

ise sadece dörtte birini Cumhurbaşkanı atadığından[19] ve yüksek mahkeme olarak Danıştay'ın üye sayısı AYM'ye oranla çok daha fazla sayıda olduğundan[20], AYM'nin önümüzdeki dönemlerde Cumhurbaşkanının hassasiyetlerini daha fazla dikkate alacağının beklenmesi ve öngörülmesidir. Böyle bir "beklenti"nin ise hukuk devleti ile yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı prensipleriyle bağdaşmadığı son derece açıktır.

6) Ekonomik ve sosyal haklar CBK ile "sınırlanabilir" mi?

Anayasa m.104/17, ekonomik ve sosyal hakların CBK ile "düzenlenmesini" mümkün kılmaktadır. AY m.13 hükmü ise tüm temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla "sınırlanmasını" öngörmektedir. Bu noktada, kişilere yeni veya ilave ekonomik ve sosyal haklar tanıyan veya ekonomik ve sosyal haklarda iyileştirmeler öngören hükümlerin CBK ile getirilebileceğinde kuşku bulunmamakla birlikte, bu tür hakları "sınırlayan/kısıtlayan" hükümlerin CBK ile öngörülüp öngörülemeyeceği tartışmalıdır.

Tartışmaya açık bir husus olmakla birlikte, "düzenleme" ifadesi "sınırlama" ifadesini de içerdiğinden, Anayasa m.104/17 hükmünün m.13 hükmünün istisnası olarak görülmesi ve bu tür hakların düzenlenmesinde "sınırlayıcı" veya "geliştirici" düzenleme ayırımı yapılamaması kanaatimizce pozitif hukuka daha uygun görünmektedir.

7) Cumhurbaşkanının OHAL dönemlerindeki düzenleme yetkisi

Kolluk yetkileri olağanüstü dönemlerde olağan dönemlere göre genişleyebilmektedir. Olağanüstü yönetim usulleri olarak Türk Anayasası sadece "olağanüstü hal" (OHAL) usulünü öngörmektedir (m.119). 2017 Anayasa değişikliği öncesinde olağanüstü yönetim usulleri olarak, olağanüstü hal dışında, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş ilanı halleri Anayasa'nın 119 ilâ 122'inci maddeleri arasında düzenlenmişti. Ancak 2017 yılındaki Anayasa değişikliklerinin tam olarak yürürlüğe girdiği Haziran 2018 seçimleri sonrasında (*9 Temmuz 2018 tarihinden itibaren*) OHAL dışındaki olağanüstü yönetim usulleri ve özellikle de "sıkıyönetim" usulü Türk hukuk sisteminden çıkarılmıştır. Bunun pratikteki en önemli sonucu, ülke içinde şiddet olaylarının aşırı biçimde yaygınlaşması ve kamu düzeninin çok ağır biçimde tehdit altında olması ve hatta bozulması hallerinde bile artık yönetimin ve özellikle de mülki idarenin askerlere geçmesinin mümkün olmaması ve kolluk yetkilerinin sivil idarede (Cumhurbaşkanı, İçişleri Bakanı, Emniyet Genel Müdürü, Jandarma Genel Komutanı, Sahil Güvenlik Komutanı, valiler, kaymakamlar) kalmaya devam etmesidir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki savaş ve seferberlik halinde dahi uygula-

[19] Bkz. AY m.146 ve m.155.

[20] Danıştay'da Temmuz 2022'ye kadar üye sayısının 116'dan 90 üyeye düşmesi öngörülmüştür.

nabilecek olağanüstü yönetim usulü sadece OHAL ilanıdır. Bu durumlarda artık sıkıyönetim ilanı mümkün olmadığı için, yönetimin askeri makamlara geçmesi hiçbir biçimde mümkün olmayıp, sivil makamlarda kalacaktır.

OHAL ilan etme yetkisi münhasıran Cumhurbaşkanına (CB) aittir. CB, olağanüstü bir halin varlığı halinde ülkenin tamamı veya bir bölgesinde 6 aya kadar OHAL ilan edebilir. OHAL ilanı kararı verildiği gün Resmi Gazete'de yayımlanır ve TBMM'nin onayına sunulur. TBMM, gerek görürse CB tarafından ilan edilmiş OHAL'i derhal kaldırabileceği gibi süresini de kısaltabilir.

TBMM'nin OHAL'i kaldırması, ilan edilip kendisine sunulduğunda onaylamama (onaylamayı reddetme) şeklinde veya önce onaylayıp bir süre sonra kaldırma şeklinde olabilir. Ancak TBMM, CB'nin talebi olmaksızın, süresi biten OHAL'i uzatamaz. CB'nin talebi varsa her defasında 4 aya kadar OHAL kararını uzatabilir. Ayrıca CB dışında başka bir organ veya makamın (örneğin TBMM'nin) OHAL ilan etme yetkisi bulunmamaktadır.

Bu bağlamda Anayasa OHAL'e ilişkin yetkileri CB ile TBMM arasında paylaştırmış olup, OHAL rejimini başlatma (ilan etme) yetkisini münhasıran CB'ye; onaylama, süresi bitmeden kaldırma ve kısaltma yetkisini münhasıran TBMM'ye vermiş; uzatma yetkisini ise CB ile TBMM'nin birlikte kullanmasını öngörmüştür. Bu nedenle CB ile TBMM çoğunluğunun siyaseten anlaşmazlık içinde olduğu ve aralarında uzlaşma bulunamadığı dönemlerde OHAL konusunun devletin zirvesinde ciddi bir çatışma riski doğuracağı söylenebilir.

Özellikle kolluk yetkilerine ilişkin olarak işaret etmek gerekir ki Anayasanın 119. maddesinde, OHAL döneminde kişiler için öngörülebilecek yükümlülükler ve temel hak ve özgürlük sınırlamalarının neler olabileceğinin OHAL'e özgü özel bir kanunla (*OHAL Kanunu*) belirlenmesi öngörülmüştür[21]. Aynı kural kuşkusuz OHAL CBK'leri için de geçerlidir. Bunun teorik boyuttaki anlamı, bu özel kanunda (*OHAL Kanununda*) öngörülmeyen bir yaptırımın veya temel hak ve özgürlük sınırlamasının ilk elden ve doğrudan OHAL CBK'leri ile getirilmesinin aslında Anayasaya aykırı olacağıdır. Örneğin OHAL'e özgü özel kanunda (OHAL Kanunu) OHAL dönemi içinde yargı kararı olmadan ve salt idari kararla vatandaşların yurt dışına seyahat haklarının engellenebileceği veya yargı kararı olmaksızın derneklerin kapatılabileceği ya da kamu görevlilerinin toplu biçimde ihraç edilebilecekleri önceden öngörülmemişse, bu yetkilerin doğrudan OHAL CBK'leri ile getirilebilmesi Anayasaya göre mümkün değildir.

Teoride böyle olmakla birlikte, bu tespitimizin pozitif hukuk açısından

[21] Madde 119/5: *"Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir."*

pratik bir yararı ve sonucu bulunduğunu söylemek ise son derece güçtür. Zira Anayasaya göre OHAL CBK'leri için herhangi bir yargısal denetim mümkün değildir (m.148/1) ve son içtihadında AYM de önceki içtihadından dönmek suretiyle böyle bir yargısal denetimi çok katı biçimde reddetmiştir[22]. Bu durumda OHAL Kanununda hiç öngörülmeyen yetkilerin doğrudan OHAL CBK'leri ile getirilerek ya da OHAL CBK'leri ile OHAL Kanununda değişiklik yapılarak, vatandaşların temel hak ve hürriyetlerinin ağır biçimde kısıtlanmasının OHAL süreci esnasında hiçbir somut yargısal yaptırımı bulunmamaktadır.

Böyle bir düzenleme yapmış olan OHAL CBK'lerinin TBMM tarafından onaylandıktan sonra yargısal denetimi mümkün olmakla birlikte, pratikte etkisi OHAL dönemi ile sınırlı olan temel hak ve özgürlük ihlalleri açısından, büyük olasılıkla OHAL dönemi sonrasına kalacak olan böyle bir yargısal denetimin fiilen işe yarayacağını beklemek fazla iyimserlik olacaktır.

Buna karşın, hukuki etkisi OHAL dönemi sonrasında da devam edecek olan hak ve özgürlük ihlalleri için AYM'nin, TBMM tarafından onaylanmış OHAL CBK'leri üzerinde yapacağı denetimde Anayasanın yukarıda belirtilen kuralı ihlal edilerek, OHAL Kanununda öngörülmemiş temel hak ve özgürlük ihlallerinin doğrudan OHAL CBK'leri ile öngörüldüğünü tespiti halinde, esasa dahi girmeden salt bu şekil ve usul eksikliği nedeniyle (Anayasanın açıkça kanun ile yapılmasını öngördüğü düzenlemenin kanunla yapılmayıp OHAL CBK'leri ile yapılmış olması nedeniyle) iptal kararı verip veremeyeceği hususunu tartışmak gerekmektedir.

Bu sorunun teknik hukuk yönünden yanıtı için öncelikle belirlenmesi gereken husus, OHAL CBK'si TBMM tarafından onaylandığı zaman, bu onay ile anılan CBK'nin teknik olarak artık "kanun" niteliğine mi dönüştüğü; yoksa teknik olarak "kanun" niteliğine bürünmeyip, hukuken "TBMM'ce onaylanmış bir CBK" olarak kalmaya devam mı edeceğidir. Eğer teknik olarak kanuna dönüştüğü kabul edilirse, normlar hiyerarşisinde bir kanunun başka bir kanuna aykırılığı nedeniyle denetimi söz konusu olamayacağından, Anayasanın OHAL Kanunu ile OHAL CBK'leri arasında istisnai ve spesifik bir astlık-üstlük ilişkisi öngördüğü fikrini benimsemeden, OHAL CBK'lerinin OHAL Kanununa aykırılığı nedeniyle iptali teknik açıdan mümkün olmayacaktır.

Aksi görüş kabul edilirse[23], yani TBMM'nin onayının teknik olarak CBK'yi

[22] Anayasa Mahkemesi 1991 yılında, Anayasaya açıkça aykırı OHAL KHK'lerini denetleyebileceği yönünde karar vermiş olmasına rağmen (AYM, K.1991/1), 2016 yılındaki Darbe Girişimi sonrasında ilan edilen OHAL kapsamında çıkarılan KHK'ler için yargısal denetim yapmasına Anayasanın engel olduğuna karar vermiş ve açılan davaları incelemeden reddetmiştir (AYM, E.2016/166, RG.4.11.2016).

[23] Bu yönde bir görüş için Bkz. Kerem ALTIPARMAK, "Atipik KHK'ler ve Daimi Hukuksuzluk II", http://www.ihop.org.tr/2018/04/27/atipik-khkler-ve-daimi-hukuksuzluk-ii-ohal-khksi-ile-erkegi-kadin-kadini-erkek-yapamazsiniz/

kanun niteliğine dönüştürmeyeceği fikri benimsenirse, her ne kadar olağan dönem CBK'leri değil ama OHAL CBK'leri normlar hiyerarşisinde kanuna denk kabul edilse de, Anayasa m.119'un bu konuda bir istisna öngörerek OHAL CBK'lerini hiyerarşik açıdan OHAL Kanununun altında gördüğünden bahisle, böyle bir denetimin yapılması özel istisna yorumuna dahi gitmeden, genel olarak dahi mümkün hatta zorunlu görülmelidir.

Bu hususta Anayasada açıklık bulunmamakla birlikte, genel kabul gören yaklaşım TBMM'nin onayı ile OHAL CBK'sinin teknik olarak kanun niteliğine bürüneceğidir[24]. Bize göre de -her ne kadar TBMM burada kanun yapma usullerini uygulamak suretiyle teknik bir kanun vazetme faaliyeti icra etmese de, sonuçta bir kanunun kabul edilmesi için son tahlilde ortaya koyduğu irade ile bu CBK'yi kabul ettiğini açıkladığı irade arasında esas yönünden nitelik farkı bulunduğunu söylemek güç göründüğünden, -salt şekilci bir yaklaşımı benimsememek adınaburadaki onay sonucunda anılan CBK'nin kanun niteliğine büründüğü fikrini kabul etmek daha pratik görünmektedir.

Bu bağlamda AYM'nin de kabul ettiği üzere[25] pozitif hukukta TBMM tarafından onaylanan OHAL CBK'leri artık "CBK" değil "kanun" niteliğinde sayıldığından, normlar hiyerarşisi açısından artık bu düzenleme ile OHAL Kanunu arasında herhangi bir astlık-üstlük ilişkisi kalmayıp birbirlerine eşit konumda olmalarına karşın, Anayasa açık ve istisnai biçimde OHAL Kanunu ile OHAL konusunda düzenleme yapan diğer kanunlar ve bu arada TBMM tarafından onaylanmış OHAL CBK'leri arasında normatif bir astlık-üstlük ilişkisi öngördüğünden, kanaatimizce AYM'nin istisnai biçimde böyle bir şekil-usul denetimi yapabilmesi gerekir.

Öte yandan yeni anayasal rejimde OHAL CBK'lerinin TBMM'de görüşülüp onaylanması için 3 aylık bağlayıcı bir süre öngörüldüğünden ve bu süre içinde onaylanmayan OHAL CBK'leri kendiliğinden hükümsüz kalacağından ve (yukarıda da değinildiği üzere) TBMM tarafından onaylandıktan ve kanun niteliğine büründükten sonra bunların AYM tarafından yargı denetimi mümkün olduğundan, OHAL CBK'leri için yargısal denetim sorununun bir ölçüde hafiflemiş olduğu söylenebilir. Zira Anayasadaki 2017 değişikliği sonrasında, OHAL CBK'leri için 3 ay sonrasında AYM'nin yargısal denetim yolu fiilen ve hukuken açılmış olmaktadır[26].

---

[24] Bkz. Kemal GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin yay., Bursa 2018.

[25] AYM, 31.5.2018, E.2018/43, RG. 29.6.2018 - 30463; 31.5.2018, E.2018/42, RG. 29.6.2018 - 30463. Bkz. ayrıca, 10.1.1991, E.1990/25, RG. 5.3.1992 - 21162; 3.7.1991, E.1991/6, RG. 8.3.1992 - 21165.

[26] Bununla birlikte, Parlamentoda onaylanan OHAL CBK'sine karşı açılan davayı ne zaman gündeme alacağına ilişkin olarak AYM Başkanını bağlayıcı herhangi bir kural bulunmadığından, bu tür davaların yıllarca AYM önünde bekletilmesi de ciddi bir olasılıktır. Nitekim 2016 yılındaki OHAL döneminde çıkarılan ve sonrasında Parlamentoda onaylanan OHAL CBK'lerine karşı açılan davalar ilk olarak 2019 sonuna doğru (üç yıl sonra) karara bağlanmaya başlamıştır. İlk kararın (E.2016/205, K.2019/63) Resmi Gazetede yayım

AYM'nin OHAL KHK'lerinin yargısal denetimine ilişkin son yaklaşımı ve değerlendirilmesi

AYM, 2016 yılındaki OHAL KHK'lerini yasalaşmadan önce denetleyemeyeceğini daha önceden içtihat etmekle birlikte; bunlar yasalaştıktan sonra esas yönünden denetimleri hakkındaki ilk kararını Ekim 2019 itibarıyla yayınlamış olup, bu karar gerekçesinde sözkonusu OHAL KHK denetimini nasıl yapacağının çerçevesini de belirlemiştir[27].

Bu noktada AYM öncelikle bu KHK'ler arasında, etkileri ve uygulaması OHAL dönemi ile sınırlı olanlar ile etkileri ve uygulaması OHAL dönemi sonrasında da devam edenler arasında ayırım yapmaktadır. İlk grupta olanlar için teorik olarak Anayasa m.15 açısından bir denetim yapılabileceğini kabul etmekle birlikte, böyle bir denetimi fiilen yapmadığı gözlemlenmektedir. Bunun nedeni, OHAL sona erdikten sonra böyle bir denetimin yapılmasında pratik yarar görülmemesi de olabilir.

İkinci grupta olanlar, yani etkisi ve uygulaması OHAL sonrası için de devam edenler için AYM'nin temel içtihadı, bunların ilke olarak olağan dönemler için öngörülen Anayasaya uygunluk ölçütlerine göre denetleneceği yönündedir. Bu bağlamda bunlar başta Anayasa m.13 olmak üzere, olağan dönemdeki herhangi bir kanunun Anayasa uygunluğuna dair anayasal referanslara tabi tutulacaktır. Nitekim bu bağlamda idari yargının bazı davalarda yürütmeyi durdurma kararı vermesini kısıtlayan yasalaşmış OHAL KHK'si hükmünü OHAL sonrası için de etki doğuracağına binaen Anayasa m.125 hükmüne aykırı bularak iptal etmiştir[28].

AYM'nin bu hususdaki temel içtihadı kanaatimizce isabetlidir. Zira TBMM'ce onaylanıp tipik bir kanuna dönüştüğü kabul edilse de, OHAL KHK'si niteliğini devam ettirdiği kabul edilse de, OHAL sonrası olağan dönem için de uygulanan kanuna eşdeğer bir hukuk normunun olağan dönem için geçerli anayasal denetim ölçütlerine göre denetlenmesi kendi içinde tutarlı olduğu kadar, kişilere daha fazla hukuksal güvence sağlayan olağan dönem referanslarına tabi tutulması temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından da çok daha isabetlidir.

Anılan AYM içtihadında kanaatimizce sorunlu olan husus ise, konusu OHAL ile ilgili olmayan ("olağanüstü halin gerektirdiği konular" dışında olan) konularda çıkarılan ve OHAL sonrası için de uygulaması devam eden "sözde" OHAL KHK'lerinin de aynı muameleye tabi tutularak, bunlar için salt esasa ilişkin değerlendirme yapılarak, olağan dönemdeki kanunların Anayasaya uygunluk ölçütlerine tabi tutulmasıdır[29].

tarihi 31 Ekim 2019 tarihidir.

27 AYM, E.2016/205, K.2019/63, RG. 31.10.2019.

28 Ibid.

29 Bu konuda Bkz. Doğan ERKAN, "Anayasa Mahkemesinden OHAL Hamlesi", https://odatv.com/anaya-

Oysa kanaatimizce konusu OHAL ile doğrudan ilgili olmayan (*Türkiye Varlık Fonu kurulması, rektör atamalarında öğretim üyeleri ile YÖK'ün devre dışı bırakılması gibi*) KHK'lerin Anayasaya göre (*önceki m.121/3 hükmü*) "OHAL KHK'si" olarak nitelenmesi mümkün değildir. Çünkü Anayasa, OHAL KHK'lerinin "olağanüstü halin gerektirdiği konular"ı içermesini zorunlu görmektedir ve bu nitelikte olmayan KHK'ler teknik olarak OHAL KHK'si olarak görülemez.

Bu itibarla AYM'nin böyle bir KHK'yi olsa olsa olağan dönem KHK'si olarak niteleyip, esasa dahi girmeden, salt yetki kanunu bulunmadığından iptal etmesi gerekirdi. Hatta bu denetimi AYM kanaatimce KHK henüz TBMM onaylamadan önce yapmalıydı. Zira Anayasaya göre "olağanüstü halin gerektirdiği konular" dışındaki KHK'ler "OHAL KHK'si" özelliği taşıyamayacağından, bunların yargısal denetimine engel bir anayasal hüküm de bulunmayacaktır[30].

Kuşkusuz aynı değerlendirmeler yeni sistemde OHAL CBK'leri için de geçerlidir. Bu bağlamda, yeni sistemde bir OHAL ilanı halinde eğer OHAL ilanının gerektirdiği konular dışında bir OHAL CBK'sı çıkarılırsa, TBMM tarafından onaylanması dahi beklenmeden, böyle bir CBK'yi AYM, olağan dönem CBK'sı olarak niteleyip, ona göre ve öncelikle de usuli açıdan (özellikle de AY m.104/17 hükmündeki sınırlamalar açısından) denetim yapmalıdır.

Sonuçta denetim yasağında olumlu bazı sınırlı gelişmeler bulunsa da, yapılması gereken, bir Anayasa reformu ile OHAL CBK'leri üzerindeki yargısal denetim yasağının derhal kaldırılmasıdır. Zira özellikle kolluk yetkileri kapsamında kişiler için en ağır temel hak ve hürriyet ihlalleri OHAL dönemlerinde gerçekleşebildiğinden, OHAL dönemlerinde kolluk makamlarına OHAL CBK'leri ile verilen ve evrensel demokratik normlarla açıkça çelişen temel hak ve hürriyetleri kısıtlayıcı yetkilerin yargısal denetiminin derhal yapılması hukuk devleti olmanın en başta gelen gereklerindendir.

Bu noktada işaret etmek gerekir ki zaten OHAL döneminde OHAL'in gerektirdiği konularda kolluk makamlarına verilen çok önemli yetkilerin yargısal denetiminde işin mahiyeti ve "konjonktür" gereği yargı mercilerinin idari makamların takdir yetkilerini çok daha geniş olarak kabul edecekleri beklenebilir. Bununla birlikte bu hassas dönemlerde gerek siyasi otoritenin gerek kolluk makamlarının kendilerine verilen olağanüstü yetkileri aşırıya kaçmak suretiyle kötüye kullanmaları ve bu bağlamda çok sayıda kişi açısından telafisi çok zor, çok ağır ve vahim sonuçlar ortaya çıkması pekala mümkündür. Bu nedenle yargı

---

sa-mahkemesinden-ohal-hamlesi-31121922.html

30 Kaldı ki önceki dönem için, OHAL zamanında dahi isterse TBMM'nin olağan yolları işleterek yani bir yetki kanunu çıkararak Yürütmenin olağan bir KHK çıkarmasına hukuksal bir engel bulunmamaktaydı.

mercilerinin asıl bu dönemlerde hukuka ve evrensel hukuk devleti normlarına açık ve bariz biçimde aykırı işlem ve eylemlere karşı gecikmeksizin yargısal denetim uygulamaları, kişilerin devlete ve hukuka güvenlerini koruyabilmeleri için yaşamsal önemdedir. Bu olgu, kişilerin olağanüstü dönemlerde adalete ve devlet otoritesine güvenlerini pekiştirmek suretiyle kamu düzeninin çok daha vahim biçimde bozulmasını da engelleyecek bir faktör olacaktır.

CB, TBMM'yi devre dışı bırakarak, ilan ettiği (ve hatta TBMM tarafından da onaylanmış) OHAL'i tek başına kendi kararı ile kaldırabilir mi?

Normalde idare hukukundaki yetki paralelliği ilkesine göre, bir kararı almaya yetkili olan makamın, kanunda aksi belirtilmemişse veya aksi bir düzenleme yoksa, bu kararı kaldırmaya da otomatik olarak yetkisi bulunduğu kabul edilir. Ancak Anayasanın 119. maddesinde OHAL'i ilan etme yetkisi CB'ye verilmekle beraber, kaldırma yetkisi açıkça sadece TBMM'ye verildiğinden, yani OHAL kararını kaldırma yetkisi Anayasada özel olarak düzenlendiğinden, "yetki paralelliliği" ilkesi uyarınca OHAL'i TBMM dışında CB'nin de ayrıca kendisinin de tek başına kaldırma yetkisinin bulunduğu söylenemez. Nitekim, buradaki kararı kaldırma yetkisi doğrudan özel olarak düzenlendiğinden, artık yetki paralelliği ilkesi uygulanamaz.

CB'nin OHAL ilanı kararı yargı denetimine açık mıdır? Açık ise bu kararı denetleme yetkisi hangi yargı merciine aittir?

CB'nin OHAL ilan etme kararı yasama işlevine (fonksiyonuna) giren bir karar olmadığından yasama işlemi niteliğinde değildir. Tipik bir idari karardır. Anayasaya göre CB'nin OHAL CBK'leri haricindeki hiçbir işlemi/kararı yargı denetimi dışında tutulmadığından, OHAL ilanı kararının da yargı denetimine açık olduğunda kuşku bulunmamaktadır. OHAL ilanı kararının, kanunla eşdeğer olan ve mevcut kanunları değiştirme veya yürürlükten kaldırma gücüne sahip olan ve bu nedenle yasama işlevine (fonksiyonuna) dahil olan OHAL CBK'lerinden farklı bir işlem olduğunda zaten kuşku bulunmamaktadır.

CB'nin OHAL ilanı kararının yargısal denetimini yapmakla Anayasa Mahkemesinin mi yoksa idari yargının mı (Danıştay) görevli olduğu hususunda ise görevli yargı kolu kanımızca idari yargıdır. Zira bu karar teknik olarak bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) formatında değil, spesifik bir karar (Cumhurbaşkanı kararı) formatında yapılmalıdır.

Bu bağlamda yeni rejimde öngörülen CBK'ler gibi düzenleyici işlem olmaması, bir kanuna (OHAL Kanunu) dayanması, CBK'lerin aksine TBMM'nin onayına ihtiyaç duyması ve yine CBK'lerin aksine, niteliği gereği tüm temel hak ve hürriyetleri kısıtlama potansiyeline sahip olması dikkate alındığında, OHAL

ilanı kararının teknik olarak CBK niteliğinde olmadığı kanısındayız.

Anayasaya göre Anayasa Mahkemesi CB'nin yaptığı işlemlerden sadece CBK'leri denetleyebileceğinden, CB'nin bunlar dışında kalan ve idari fonksiyona tabi idari kararlarını denetleme görevi genel hükümlere göre idari yargıda bulunduğundan, kanımızca CB'nin OHAL ilanı kararını yargısal olarak denetleme görevi idari yargıya ait bir yetkidir. İdari yargı içinde ise böyle bir davaya ilk derece mahkemesi olarak Danıştay Kanunu m.24 gereği Danıştay bakacaktır.

Esasa ilişkin olarak ise CB'nin bu konudaki takdir yetkisinin geniş olduğunun kabul edilmesi gerektiği kuşkusuz olup, idari yargının sadece "minimum" denetimle yetinmesi gerektiği ve "ağır ve bariz değerlendirme hatası" tespit edilmediği sürece ve yargı mercilerinin siyasi polemiklere alet edilmemesi adına, CB'nin bu hususta tercihine yargısal boyutta müdahalede bulunulmasında son derece dikkatli olunması gerektiği söylenebilir[31].

B. DÜZENLEME YETKİSİNİN SINIRLI NİTELİĞİ

Türk hukukunda, idarenin "genel" düzenleme yetkisi bulunmaktadır. Bunun da dayanağı, Anayasanın yönetmelikleri düzenleyen 124'üncü maddesi ile 2017 değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanına Kararname ile düzenleme yapma yetkisi veren 104 ve 106 ncı maddeleridir[32]. Nitekim bu hükümler, kendi görev alanlarına ilişkin olarak Cumhurbaşkanına[33], bakanlıklara ve tüm kamu tüzel kişilerine yönetmelik çıkarma yetkisini; Cumhurbaşkanına ise (Anayasanın çerçevesini çizdiği konular dahilinde) kararname ile düzenleme yapma yetkisini "genel bir yetki" olarak açıkça tanımaktadır.

Düzenleme yetkisinin "genelliği" uyarınca, örneğin bir kamu tüzel kişisinin, kendi alanına ilişkin olarak bir yönetmelik çıkarabilmesi için kanunda kendisine bu hususta ayrıca ve özel olarak yönetmelik çıkarma izni tanınmasına ihtiyaç yoktur. Aynı şekilde Cumhurbaşkanının Anayasanın izin verdiği konularda kararname (CBK) ile düzenleme yapması için de ayrıca bir kanunla yetkili tanınmasına gerek yoktur. Zira söz konusu idari makam bu düzenleme yetkisini bizzat doğrudan Anayasadan (m.124, m.104 ve m.106) almaktadır.

Aynı şekilde Anayasada belli konuların "kanunla düzenleneceğinin" öngörülmesinin anlamı da, bu konularda idari düzenlemelerle (CBK, yönetmelik vs.) düzenleme yapılmasının mümkün olmadığı anlamındadır. Yoksa Parlamentonun belli konularda kanunla düzenleme yapmak için zaten özel bir yetkiye ihtiyacı

---

31 Buna karşın böyle bir davada özel ehliyet (dava açma menfaati) hususunda ise söz konusu karardan tüm vatandaşların temel hak ve hürriyetlerinin doğrudan etkilenme potansiyeli bulunduğu tartışmasız olduğundan, dar yorum yapılmaması gerekmektedir.

32 Anayasanın önceki halinde tüzükleri düzenleyen 114. madde de diğer bir dayanak idi.

33 Anayasada yapılan 2017 değişikliği ile öngörülmüştür.

olmayıp, Anayasanın 7 nci maddesindeki "yasama yetkisinin TBMM tarafından kullanılacağına" dair genel hüküm, kural olarak parlamentonun her konuda kanun çıkarabilmesi için yeterlidir (yasama yetkisinin "genelliği").

Bu bağlamda kanunlarda kamu tüzel kişilerine veya bakanlıklara, hangi konuların yönetmelikle düzenleneceği hususunda spesifik yetki tanınmasının, bu makamlara düzenleme yapma yetkisi tanınması açısından hiçbir anlamı ve pratik faydası bulunmamaktadır. Zira o makamların bizzat Anayasa gereği zaten "genel" idari düzenleme (yönetmelik) yapma yetkisi bulunmaktadır ve bu yetkinin belli konular için ayrıca bir de kanunla öngörülmesi gereksiz ve yersizdir.

O halde kanunlardaki bu tür özel hükümlerin pratikteki tek anlamı, "şu konular yönetmelikle düzenlenir" denildiyse artık o konuların yönetmelik yerine normatif olarak daha alt idari düzenlemelerle (tebliğ, yönerge, genelge vs.) düzenlenmesinin mümkün olmayacağıdır.

Öte yandan Anayasada bu konuda hüküm bulunmasaydı bile, idareye kanunla verilen takdir yetkisini idarenin nasıl kullanacağını idari bir düzenleme ile objektif biçimde önceden belirlemesi, öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği ilkeleri açısından her zaman mümkün hatta gerekli olduğundan, açık bir yasal izin olmasa da idarenin "genel" bir düzenleme yetkisinin bulunduğunun varsayılacağı bu bağlamda da rahatlıkla ileri sürülebilirdi.

Diğer yandan ayrıca işaret etmek gerekir ki, idarenin "genel" düzenleme yetkisine sahip olması, idarenin istediği her düzenlemeyi yapabileceği anlamına gelmez. İdarenin "genel" düzenleme yetkisine sahip olmasını, *idarenin yasallığı (kanunilik) ilkesi*yle birlikte yorumlamak ve değerlendirmek gerekir.

Bu bağlamda her ne kadar idare genel düzenleme yetkisine sahip olsa da, bu "genel yetki" çerçevesinde yapabileceği düzenlemeler kanunların (ve CBK'lerin) mevcut hükümlerinin açıklanması ve yorumlanmasıyla sınırlıdır. Örneğin bu yetkisi kapsamında idarenin, açık yasal izin bulunmadığı sürece, kişilerin anayasal bir temel hak ve özgürlüğünü doğrudan sınırlayan[34], idari ceza veya vergi ve benzeri mali yükümlülük öngören veya kamu görevlilerinin statü ve özlük haklarında değişiklik yapan yönetmelikler veya daha alt idari düzenlemeler yapması mümkün değildir.

Cumhurbaşkanının ise, yine genel düzenleme yetkisi kapsamında kararnameler (CBK) ile düzenleme yapma yetkisi, Anayasanın belirlediği somut sınırlamalara tabidir. Bu bağlamda bakanlıkların organizasyonu ve teşkilatlanması (AY m.106/son) ile üst düzey kamu görevlilerinin atanmaları ve görevden alınmalarının esaslarının belirlenmesi (AY m.104) ve ayrıca ekonomik ve sosyal haklarla

[34] Örneğin bir temel hak olan çalışma hakkının yönetmelikle sınırlanamayacağına dair Bkz. D, İDDK, 19.06.2013, YD İtiraz No.2013/213; Ayrıca bkz. D, İDDK, 19.06.2013, YD İtiraz No.2013/275.

ilgili konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yapmak mümkün olmakla birlikte, kişi hürriyetleri, medeni ve siyasi haklar, idari veya adli suç ve ceza konulması veya kaldırılması gibi konularda düzenleme yapılması Anayasaya aykırı olacaktır.

O halde her ne kadar gerek Anayasa Mahkemesinin gerek Danıştay'ın son dönemdeki içtihatlarında *idarenin yasallığı* ilkesi daha geniş yorumlanmakta ve idarenin yapacağı her düzenlemenin açık bir kanun hükmüne dayanması beklenmese de, idarenin "genel" düzenleme yetkisini *idarenin yasallığı* ilkesinden tamamen bağımsız biçimde düşünmek ve uygulamak olanaksızdır. Kaldı ki 2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için yasallık ilkesine ayrı ve özel bir vurgu yapılmış olup, bunların kanunlara aykırı olamayacağı ve kanunlarla çelişmeleri halinde kararname değil, kanun hükümlerinin geçerli olacağı Anayasada açıkça vurgulanmıştır (m.104/17).

Yukarıda da belirtildiği gibi, Parlamenter sisteme son verip Başkanlık sistemine geçilmesini öngören 2017 Anayasa değişikliği ile Yürütmeye ve daha doğrusu "Başkan" konumundaki Cumhurbaşkanına (CB) tanınan ve sınırları Anayasa ile çizilen asli düzenleme yetkisi kapsamında ve Yürütme'ye ilişkin konularda, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) adıyla idari düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, (olağan dönemlerde) Anayasa ile yasaklanmış konularda düzenleme getiremeyeceği gibi (*örneğin yaşam hakkı, konut dokunulmazlığı, özel yaşamın ve haberleşmenin gizliliği, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, siyasal hak ve özgürlükler, suç ve ceza koyamama gibi temel hak ve özgürlükler*), kanunlara aykırı hüküm de içeremeyecektir. CBK ile düzenlenmiş konuda sonradan kanun çıkarılırsa, CBK hükmü artık uygulanamayacaktır (AY m.104/17[35]). Ayrıca Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilmiş konularda da CBK çıkarılamayacaktır (AY m.104/17-3).

Anayasada somut olarak sayılan bu konular dışında CBK çıkarılabilmesi ancak Anayasa m.104/17 hükmündeki kısıtlamalar kapsamına girmemesi halinde mümkün olabilir. Bu kısıtlamalar ise,

- Yürütme erkine ilişkin konular dışına çıkılmaması,
- ekonomik ve sosyal haklar dışındaki temel hak ve özgürlüklerin düzenlenememesi,

[35] *"Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir."*

- kanunlara aykırı olmama,
- Anayasada kanunla düzenleneceği öngörülen konularda ilk elden düzenleme yapılamaması,
- mevcut kanunlarla zaten düzenlenmiş konularda düzenleme yapılamamasıdır.

Her ne kadar Anayasada Cumhurbaşkanının yukarıda belirtilen kısıtlamalara uymak kaydıyla, herhangi bir kanunu referans almadan asli düzenleme yetkisi kullanarak, yine yukarıda sayılan somut konular dışında da genel bir CBK çıkarma yetkisi öngörülse de, yukarıda belirtilen spesifik konular dışında CBK çıkarılabilmesi pratikte çok nadiren kullanılabilecek bir yetkidir. Hatta Yasama'nın birçok kanunu yürürlükten kaldırarak "alan boşaltması" yapmaması halinde, bu genel CBK çıkarma yetkisi uygulamada hemen hemen kullanılamaz bir yetki niteliğindedir.

Zira Anayasa m.104/17 hükmü ile zaten kanunla düzenlenmiş konularda ve ayrıca Anayasada bizzat kanunla düzenleneceği öngörülmüş konularda CBK çıkarılması yasaklanmış olduğundan, Yürütme görevine ilişkin olup da herhangi bir kanunla düzenlenmemiş olan veya Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş olan ya da (ekonomik ve sosyal haklar dışında da olsa) temel hak ve özgürlüklerle ilgisi bulunmayan bir konu bulabilmek pratikte son derece nadir bir durumdur. Bu noktada çok nadir görülebilecek istisnalardan biri, Türkiye Uzay Ajansı'nın kurulmasına dair CBK'dır[36].

Nitekim Anayasa m.127 uyarınca tüm yerel yönetimlerin (mahalli idarelerin) kuruluş ve görevlerinin; Anayasa m.130/9 ve m.131/3 uyarınca tüm üniversitelerin ve yükseköğretim üst kuruluşlarının görev ve teşkilatının ve Anayasa m.135/5 uyarınca kamusal meslek örgütleri üzerindeki kamusal yetkilerin bizzat kanunla düzenlenmesi öngörüldüğünden, bu konularda CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Ayrıca halen yürürlükteki yüzlerce kanunda Yürütme alanına ilişkin olarak sayısız düzenlemeler bulunduğundan, tüm bu konularda CBK ile düzenleme yapılması yine fiilen ve hukuken olanaksızdır.

O halde CB'nin CBK ile düzenleme yapabileceği konuları iki gruba ayırmak gerekir:

Grup 1*: Anayasada somut ve spesifik olarak sayılan konular*: Bakanlıkların teşkilatlanması ile görev ve yetkileri, üst düzey kamu görevlilerinin atanma usul ve esasları, DDK ve MGK'nın düzenlenmesi, yeni kamu tüzel kişiliği kurulması.

[36] Bkz. 23 sayılı CBK.

***Grup 2**: Genel konular*: Anayasa m.104/17 hükmündeki sınırlamalara takılmayan diğer konular.

Bu noktada Anayasada CBK ile düzenleme yapılabileceği spesifik olarak öngörülen (1. Grup) konular dışında, 2. Gruba giren diğer konularda CBK çıkarılabilmesi sadece, Anayasa m.104/17'deki kısıtlamalara takılmayan ve fakat fiilen kanunla düzenlenmiş konularda ilgili yasal düzenlemelerin TBMM tarafından kanunlarla yürürlükten kaldırılarak CBK için "boş alan" yaratılması halinde mümkün görünmektedir. Bu durum ise uygulamada son derece nadir görülebilecektir.

II. YENİ DÜZENLEME YETKİSİNİN GELECEĞİ VAR MI?

A. YETKİNİN GEREKLİLİĞİ

Fransa'da olduğu gibi Türkiye'de Anayasada İdareye rezerve bir düzenleme alanı öngörülmesi ve bu kapsamda Cumhurbaşkanına -Anayasa ile oldukça sınırlanmış da olsa- asli düzenleme yetkisi tanınmış olması doğru mudur?

Yukarıda da vurgulandığı üzere, Türk İdare Hukukunda (çok küçük bir istisna olan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin düzenlenmesi dışında) 2017 yılındaki Anayasa değişikliğine kadar idareye özgülenmiş asli bir düzenleme alanı bulunmamakta idi. Bu konudaki (olağanüstü hal dönemleri ayrık tutulursa) yukarıda da belirtilen tek istisna dışında, İdarenin herhangi bir konuda asli düzenleme yetkisi varolmayıp, idarenin düzenleme yetkisi *türevsel* idi. Anılan istisna dışında, her konudaki asli düzenleme yetkisi Yasama'ya ait idi.

Halen yürürlükteki 1958 Fransız Anayasasında (m.34) münhasıran Yasama Erkine rezerve edilmiş düzenleme alanları sayma yoluyla (*numerus clausus*) belirlenmiş olup, sayılanlar dışında kalan her konuda İdareye de asli düzenleme yetkisi tanınmıştır.

Diğer bir anlatımla, Fransız Anayasası, Yasamanın asli düzenleme alanı ile Yürütmenin asli düzenleme alanını ayrıştırmış ve böylece Yürütmeye de asli bir düzenleme alanı tanımıştır. Ancak Fransız Anayasa Konseyinin yerleşik içtihadına göre[37], Yasama'nın kendisine rezerve edilmiş konular dışında da, yani Yürütmeye tanınmış asli düzenleme alanında da kanunla düzenleme yapmasına hukuki engel bulunmamaktadır. Yani idarenin asli düzenleme alanında Yasamanın da (kanunla) düzenleme yapması mümkündür; ama tersi, yani Yasamanın düzenleme alanında İdarenin asli düzenleme yetkisini kullanması mümkün değildir.

Yine aynı hükümde Yasama tarafından bizzat düzenlenmesi gereken konular dışında, Yasama tarafından genel ilkeleri ve genel çerçevesi belirlenmesi ge-

[37] CC, 82/143DC; 2000/439DC.

reken konular da ayrıca sayılmıştır. Yani anılan maddede sayılan ilk kategoriye giren konulardaki düzenlemeler bütünüyle Yasama tarafından kanunla yapılacak; ikinci kategoride sayılan konularda Yasama sadece temel ilkeleri belirlemekle yetinebilecek ve diğer hususları İdareye bırakabilecektir. Her iki kategoriye girmeyen konularda ise, Yasamanın herhangi bir yasal düzenleme yapmasına gerek bulunmaksızın İdare asli düzenleme yetkisini kullanabilecektir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi, arzu ettiği takdirde, Yasamanın birinci kategoriye giren konularda da, ikinci ve üçüncü kategoriye giren konularda da yasal düzenleme yapmasına engel yoktur.

Fransız Anayasasının 34. maddesinde Yasamaya rezerve edilmiş asli düzenleme konuları; *medeni haklara ve kamu hürriyetlerine yönelik temel hak ve hürriyetler, basın ve medyaya sınırlamalar, milli savunma mükellefiyetleri, vatandaşlık, tapu ve miras konuları, suç ve cezaların belirlenmesi, ceza yargılaması usulü, af, yargıçların ve mahkemelerin yetki ve statüsü, vergi ve benzeri mali yükümlülükler, para basımı, yerel ve genel seçimlerin rejimi, kamu tüzel kişiliği kategorilerinin oluşturulması, kamu görevlilerinin özlük hakları, özelleştirme ve devletleştirme* olarak belirlenmiştir.

Fransız Hukukunda idarenin düzenleme yetkisi konusunda benimsenen bu yöntem, gerekli hallerde idareye ihtiyacı olan esnekliği sağlayarak, gereken hallerde ise Yasamanın devreye girmesine imkan tanıyarak, kişi hak ve hürriyetlerinin güvenceye alınması yönlerinden kanımızca realist ve isabetli bir yöntemdir.

İdarenin düzenleme yetkisi konusunda 2017 öncesindeki Türk Hukuku uygulaması, Anayasanın İdareye hiçbir asli düzenleme alanı bırakmaması ve bu nedenle gereken esnekliği öngörmemesi nedeniyle uygulamada ciddi sorunlar ortaya çıkarmaktaydı. Bu bağlamda söz konusu esnekliğe imkan tanımak adına, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay zaman zaman ciddi tereddütlere düşmekteydi. Birçok konuda (örneğin idari suç ve cezalar konusu, vergi benzeri mali yükümlülükler konusu, idari kolluğun yetkileri konusu vs.) Yasama'nın kanunla temel esasları belirlemesinin yeterli olup olmadığı, hangi düzenlemenin bizzat ve ayrıntılı olarak Yasama tarafından yapılacağı, hangi düzenlemelerin ise idare tarafından yapılmasının mümkün olacağı noktalarında uygulamada sorunlar bulunmakta ve yargı içtihatlarında istikrar sağlanamamaktaydı.

Örneğin geçmişte özelleştirmeler konusunda çıkarılan birçok kanun, idareye fazla geniş düzenleme alanı bıraktığı ve kanunla daha çok ayrıntının düzenlenmesi gerektiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince birçok kez iptal edilmiştir. Bu nedenle siyasi iktidarlar ile yüksek yargı arasında çeşitli sorunlar yaşanmış ve siyasi iktidarlar yargı mercilerini, özelleştirmeleri engelleyerek ekonomi politikalarına müdahale etmekle suçlamışlardır.

Bu itibarla hem Parlamento gereksiz yere çok fazla meşgul edilmiş ve çok uzun ve çok ayrıntıya giren kanunlar yapılması gerektiğinden, adeta bir "kanun yapma makinesi" gibi çalıştığından bahisle bu durum parlamenterlerin en asli ve temel konuları tartışmak ve müzakere etmek için yeterince vakit ve enerji ayırmalarını engellemiştir.

Öte yandan bu durum Türk Hukuk sisteminde hangi konuların yönetmelikle veya diğer idari düzenlemelerle düzenlenebileceği, hangi konuların ise mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiği hususunda ciddi bir karmaşa ve belirsizlik yaşanmasına neden olmuştur. Bu olgu ise gerek öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği ilkesi yönünden, gerekse yönetimde etkinlik ve istikrar yönünden önemli sorunlar doğurmuştur.

Bu bağlamda 2017 Anayasa değişikliği ile Türkiye'de de Fransız Anayasasında benimsenen bu daha realist ve pratik yönteme benzer bir yöntemin benimsenmesi kanımızca ilke olarak isabetli olmuştur.

Bununla birlikte, aşağıda da vurgulanacağı üzere, idarenin asli düzenleme yetkisine ilişkin olarak 2017 yılında yapılan reformun uygulamada da olumlu sonuç vermesi ve başarıya ulaşması için en önemli sorumluluk Anayasa Mahkemesine düşmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin, (olağan dönem) Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine yönelik olan yargısal denetiminde yasallık ilkesini ve bu bağlamda Anayasa ile çok açık biçimde vurgulanmış olan "kanunların CB kararnamelerine üstünlüğü prensibini" gözden kaçırmaması son derece önemlidir. Örneğin bu bağlamda, tıpkı Fransız Anayasa Konseyi tarafından içtihat edildiği gibi, Parlamentonun da, Anayasada açıkça CBK ile düzenleneceği belirtilen hususlarda dahi, kanunla düzenleme yapabileceğinin kabul edilmesi doğru bir yaklaşım olacaktır.

Öte yandan Cumhurbaşkanının Kararnameler ile yapacağı düzenlemelerde kanun alanına müdahale etmekten özellikle kaçınması zaten hukuka saygının bariz bir gereği olacağı gibi, Anayasa Mahkemesini de rahatlatacaktır.

Sonuçta, 2017 Anayasa değişikliği ile, -Parlamentonun gerek gördüğünde her zaman kanun çıkarma yetkisinin saklı olduğunun varsayılması kaydıyla-, (temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ve kişilere -idari de olsa- suç ve ceza öngörülmesi gibi hassas konular dışında) Genel İdare (Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ve bağlı kuruluşları) teşkilatının organize edilmesi, özellikle ekonomik konular gibi acil hareket edilmesi gereken hallerde Yürütmeye (Cumhurbaşkanına) asli ve özerk bir düzenleme alanı bırakılması isabetlidir ve kanaatimizce Türk kamu hukuku sisteminde ciddi bir reform mahiyetindedir.

Buna karşın, prensipte olumlu yönleri bulunmasına karşın, mevcut Türk

pozitif hukuk uygulamasında Cumhurbaşkanın düzenleme yetkileri hususunda –aşağıda vurgulanacağı gibi- çok ciddi potansiyel sorunlar da bulunmaktadır.

B. YETKİNİN SORUNLARI

1) Cumhurbaşkanının Yeni Düzenleme Yetkisinin Teknik Hukuksal Sorunları

a) Anayasanın bizzat kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda CBK ile de düzenleme yapılabilir mi?

Anayasada, gerek Yürütme erkine ilişkin olarak, gerek diğer konulardaki birçok hükmünde somut belli hususların "kanunla" düzenleneceği spesifik olarak belirtilmiştir. Bu hükümlerin büyük çoğunluğu 2017 değişikliği sonrasında da korunmuştur. Örneğin idarenin kuruluş ve görevlerinin (m.123/1); OHAL'de vatandaşlar için para, mal, çalışma yükümlülüğü getirilmesinin ve temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlanacağının (m.119/5) ve yürütmenin durdurulmasının sınırlanmasının (m.125/6); bölge idaresi kurulması, görevleri ve teşkilatının (m.126/3); mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin (m.127/2) ve bunlara Merkezi İdare tarafından uygulanacak idari vesayet yetkilerinin (m.127/5); üniversiteler ve yüksek öğretimle ilgili temel hususların ve akademik hak ve özgürlüklerin (m.130/1-9); kamusal meslek örgütleri üzerindeki kamusal denetim yetkilerinin (m.135/5); kamu görevlilerinin özlük işlerinin (m.128/2) ve Diyanet İşleri Başkanlığının görevlerinin (m.136) kanunla düzenleneceği Anayasada özel olarak belirtilmiştir.

Bu bağlamda tartışılabilecek husus, Anayasada "kanunla" düzenleneceği öngörülen bu konularda, eğer mevcut yasal düzenleme bulunmuyorsa ve Anayasa m.104/17'de belirtilen diğer sınırlamalara da uymak kaydıyla, CBK ile düzenleme yapılıp yapılamayacağıdır. Pratikte anılan hususlarda zaten mevcut yasal düzenlemeler olduğu için ve bir konuda mevcut bir yasal düzenleme varsa zaten CBK çıkarılamayacağından, bu tartışma ancak, anılan konulardaki yasal düzenlemelerin TBMM tarafından kısmen veya tamamen yürürlükten kaldırılıp, bu alanların düzenlenmesinin yasama tarafından "boşaltılması" halinde anlamlı olacaktır.

Bu noktada esas olarak, Anayasa m.104/17 fıkrasının 3 üncü cümlesindeki, "*Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*." ifadesini yorumlamak gerekir.

Anayasada kanunla düzenleme yapılması öngörülen yukarıda belirtilen hükümlerde kanunla düzenleme yapılması için Yasamaya "münhasır" yetki mi tanınmak istenmiştir? Anayasadaki bu düzenlemelerde "ancak kanunla düzenlenir" veya "münhasıran kanunla düzenlenir" şeklinde ifadeler bulunmadığına

göre, Yasamanın buradaki yetkisinin "münhasır" olduğu nereden çıkarılacaktır? Yoksa Anayasanın yeni m.104/17-3 hükmündeki "münhasıran" ifadesi aslında hatalı kullanılmış olup; burada kastedilen "somut ve özel olarak" ifadesi midir?

Yukarıda da belirtildiği gibi, Anayasanın anılan hükümlerinde bazı konularda "kanunla düzenleme yapılacağı"nın öngörülmesinin anlamı, bu konuların "idari düzenleme" mahiyetinde olan ve kanundan daha alt normlarla düzenlenmesinin Anayasa koyucu tarafından arzu edilmemesidir. Zira burada özel ve somut olarak belirtilen hususlar Anayasayı yapan kurucu iktidar tarafından spesifik önemde görüldüğünden ve bu hususlarda kişiler için daha yüksek derecede bir hukuksal koruma sağlanması amaçlandığından, kanuna eşdeğer normlarla düzenlenmesinin ve daha alt (idari) normlarla düzenlenmemesinin kişilere daha fazla hukuk güvencesi sağlayacağı öngörülmüştür. Nitekim Anayasa m.7 uyarınca yasama yetkisinin genelliği çerçevesinde yasama organının bu hususlarda kanunla düzenleme yapabilmesi zaten mümkün olduğuna göre, Anayasanın bu hususlarda kanunla düzenleme yapılmasını ayrıca ve özel olarak bir kez daha vurgulamasının nedeni, bu konulardaki düzenleme yetkisini *özellikle* Yürütme'ye ve idareye bırakmak istememesidir.

Bu bağlamda, aşağıda da açıklanacağı üzere, CBK'ler normlar hiyerarşisinde kanunlara eşdeğer olmadıklarından ve kanunların altında olduklarından ve ayrıca, "Yasama işlemi" mahiyetinde değil, "idari düzenleme" niteliğinde olduklarından, Anayasada spesifik olarak "kanunla" düzenlenmesi öngörülen hususların (Anayasa m.104/17'deki diğer sınırlamalara uyulsa bile) CBK ile düzenlenebilmesi kanaatimizce anayasal açıdan mümkün değildir.

Bu durumda Anayasa m.104/17-3 hükmündeki "münhasıran" ifadesinin içeriğini ve kelime anlamını dahi tartışmaya gerek bulunmadan, Anayasanın genel sistematiğine ve temel yapısına göre, özel olarak kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlarda CBK ile düzenleme yapılamayacağı sonucuna rahatlıkla varılabilir.

Bu kanaatimizin somut bir diğer kanıtı ise bizzat Anayasanın m.123/3 hükmüdür. Bu hükümde kamu tüzel kişiliğinin "kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle" (CBK) kurulması öngörülmüştür. Eğer Anayasa yapıcının iradesi, Anayasada "kanunla düzenleneceği" belirtilen hususlarda CBK ile de düzenleme yapılabilmesi yönünde olsaydı, bu hükümde ayrıca "Cumhurbaşkanı kararnamesiyle" ifadesinin de özel olarak konulmasına gerek bulunmazdı. Demek ki tali kurucu iktidar, Anayasada "kanunla düzenleneceği" belirtilen hususlarda aynı zamanda CBK ile de düzenleme yapılabilmesini öngörmemiş olmalıdır ki, kanun dışında ayrıca da CBK ile düzenlenebilmesini mümkün gördüğü konuları (kamu tüzel kişiliği kurulması gibi) bizzat ve özel olarak Anayasada belirtmiştir.

Bu noktada Anayasa m.104/17-3 hükmündeki "münhasıran" ifadesinin hatalı biçimde zikredildiği ve burada asıl amaçlananın ve kastedilenin, Anayasada "özel ve somut olarak kanunla düzenleneceği belirtilen hususlarda CBK ile düzenleme yapılamayacağı" düşüncesi olduğu anlaşılmaktadır. Zira Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen hiçbir hükümde *lafzi* olarak "münhasıran" veya "sadece" gibi bir terimin geçmemesi de bu savımızı desteklemektedir. Eğer bu hükümle kastedilen Anayasada mutlaka "münhasıran" veya "sadece" kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlar olsaydı, Anayasanın hiçbir hükmünde böyle ifadeler bulunmadığına göre Anayasanın yeni m.104/17-3 hükmünde –son derece gereksiz ve anlamsız şekilde- Anayasada hiç bulunmayan bir ifadeye atıf yapıldığı, yani Anayasa koyucunun "abesle iştigal ettiği" sonucuna varılması gerekecekti. O halde Anayasanın bu m.104/17-3 hükmündeki "münhasıran" ifadesinin "özel ve somut olarak" şeklinde anlaşılması ve yorumlanması kanaatimizce daha doğru ve Anayasanın genel sistematiğine daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de (Resmi Gazetede 13.05.2020 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 2020/4 ve 2020/5 sayılı kararlarında açık ve bariz biçimde ve oybirliği ile, Anayasada açıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağına ve bunun tek istisnasının Anayasanın CBK ile düzenlenmesine açıkça izin verdiği konular olduğunu içtihat etmiştir. AYM'ye göre, "Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir[38]". Zira yüksek mahkemeye göre AYM'nin önceki kararlarında da "münhasıran kanunla düzenleme", Anayasada açıkça kanunla düzenlemenin öngörülmesi olarak yorumlanmış ve benimsenmiş olup, aynı yorum ve algılama burada da geçerlidir[39].

Anayasa Mahkemesinin bu noktadaki içtihadının son derece isabetli olduğu kanısındayız. Çünkü aksi bir yorum Anayasanın lafzına da özüne de uygun olmayacağı gibi, gerek temel hak ve özgürlüklere gerekse yerel yönetimler, üniversiteler ve kamusal meslek örgütleri gibi özerk idarelere CBK'lerle yani idari tasarrufla müdahale edilebilmesini mümkün kılacağından, hukuk devleti ve temel demokratik normlarla bağdaşmayacaktı. Bu hususstaki önemli içtihadın/kararın "oybirliği" ile alınması da içtihadın istikrarı açısından ayrıca önem arzetmektedir.

b) Anayasanın somut olarak CBK ile düzenleme yapılmasını öngördüğü konularda kanun ile de düzenleme yapılabilir mi?

Anayasada spesifik olarak CBK ile düzenleme yapılacağı belirtilen konularda Cumhurbaşkanının yetkisi "münhasır" mıdır? Yani bu konularda Yasama'nın

[38] Bkz. AYM, K.2020/5, para.29.
[39] AYM, K.2020/4, para.11.

kanun yapmasına Anayasa engel midir?

Kanaatimizce önümüzdeki dönemde Türk Kamu Hukukundaki önemli tartışma konularından biri, Anayasanın Cumhurbaşkanına özel yetki tanıdığı, bakanlıkların teşkilatlanması ve üst düzey kamu görevlilerinin atanmalarının usul ve esasları gibi konularda dahi Yasamanın kanunla düzenleme yapmasının mümkün olup olmadığı hususu olacaktır.

Bu konularda Anayasanın Cumhurbaşkanına tanıdığı düzenleme yetkisi Yasama'nın dahi müdahale edemeyeceği derecede "münhasır" bir yetki midir? Yoksa bu konularda prensip olarak Cumhurbaşkanının düzenleme yapması öngörülmesine karşın, Anayasada yasama yetkisinin "genelliği"ne de vurgu yapıldığına göre (m.7), Cumhurbaşkanına böyle bir yetki tanınmış olmasının Parlamentonun bu konularda kanun çıkarmasına da engel olmadığı şeklinde mi yorumlanacaktır?

Yukarıda da vurgulandığı üzere, bu konudaki Fransız Anayasa Konseyi'nin yerleşik içtihadı, Yasama yetkisinin "genelliği" prensibi çerçevesinde Parlamentonun her konuda (Yürütmeye özel olarak tanınan yetki alanlarında dahi) kanun çıkarabileceği yönündedir[40]. Bu içtihadın arka planında, Fransız Kamu Hukukunda geleneksel olarak kabul gören, "halkın iradesinin ve bu iradeyi temsil eden parlamentonun üstünlüğü hatta yanılmazlığına" dair *Rousseau*'cu anlayışın izlerini görmek mümkündür. Milli iradenin temsilcisi olan parlamentonun her konuda kanun çıkarabilmesinin mümkün olması düşüncesidir. Artık aynı sistem benimsendiğine göre, bu konuda Türk Anayasa Mahkemesinin de aynı yönde içtihat geliştirmesi kanımızca daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Nitekim kanun yapma konusunda halkın iradesini asıl yansıtan kamusal organın yasama organı yani parlamento olduğunda kuşku bulunmadığından, parlamentoyu bazı konularda kanun çıkarma hususunda yetkisiz saymak, bizzat yine Anayasa ile öngörülen (m.7) "yasama yetkisinin genelliği" ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi, demokratik meşruiyet açısından da tutarlı olmayacaktır.

Zira "meşruiyet" ölçütü açısından, parlamento ve başkan'ın (CB) her ikisi de yeni sistemde halk tarafından seçilmesine rağmen, halk, parlamento'yu kanun yapsın diye; başkan'ı (CB) ise Yürütme erkini icra etsin, yani parlamento'nun yaptığı kanunları uygulasın diye seçmiştir. Halk, Cumhurbaşkanını TBMM'nin genel kanun yapma yetkisine müdahale etsin diye seçmemiştir.

"Yasama yetkisinin genelliği" ilkesi açısından da aynı sonuca varılmaktadır. Kamu hukukundaki son derece önemli bu ilkeye göre, yasama organı her konuda kanun çıkarabilir. Yasamanın kanun çıkaramayacağı konu ilke olarak yoktur.

[40] Bu konuda Bkz. Mathieu BERTRAN, «La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative», *Pouvoirs*, 3/2005 (n° 114), p. 73-87.

Kanun çıkarabilmek için yasamanın Anayasadan ayrıca özel yetki almasına da ihtiyaç yoktur. Yetkinin "genelliğinden" kasıt da budur.

Nitekim Anayasanın 7'nci maddesinde, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" denilmiş ve son derece açık biçimde genel kanun yapma yetkisinin *münhasıran* TBMM'de (Parlamento) olduğu açıkça vurgulanmıştır. Yasama yetkisinin kullanımı için bu hükümde CBK'ler ve Cumhurbaşkanı lehine herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Ayrıca Anayasanın Yürütme Yetkisini düzenleyen 8 inci maddesi, Yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanınca "Anayasaya ve kanunlara uygun olarak" kullanılacağını ve yerine getirileceğini öngörmüştür. Bunun da anlamı Cumhurbaşkanının kanunlarla bağlı olduğu, Yasamanın kanun yapma yetkisini sınırlayamayacağı ve hiçbir biçimde Yasama'nın yerine geçemeyeceği ve Yasama yetkisi kullanamayacağıdır.

Öte yandan, salt "lafzi" bir yorum yapıldığında, CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen hükümlerde (m.106/son, m.108/son, m.118/son, m.104/9), bu konularda kanunla düzenleme yapılamayacağı ve bu konularda CBK ile düzenleme yetkisinin "münhasır" olduğuna dair bir ifade yer almadığından, AY m.7 hükmünün de aynı anda uygulanabileceği; söz konusu hükümlerin Anayasa m.7 hükmünün uygulanmasını bertaraf etmediği, yani Anayasanın anılan hükümleriyle m.7 hükmünün birlikte uygulanmasına engel bulunmadığı ve yasamanın da isterse ve gerekli görürse bu konularda kanun yapabileceği söylenebilir.

Aynı şekilde, Eğer Anayasa yapıcı tali kurucu iktidarın iradesi bazı konularda TBMM'nin genel kanun yapma yetkisini Cumhurbaşkanı lehine sınırlamak ve Cumhurbaşkanını Yasama yetkisi kullanımına "ortak etmek" olsaydı, 2017 Anayasa değişikliğinde anılan bu 7'nci maddeye bu hususta bir eklemede bulunulması gerekirdi. Anayasanın 7'nci (ve/veya 8inci) maddesinde bu hususta bir özel eklemede bulunulmadığı sürece, TBMM'nin her konuda kanun yapabilmeye dair genel yetkisini bertaraf edecek şekilde yorum yapılması ve TBMM'nin bazı konularda kanun çıkaramayacağının savunulması kanaatimizce Anayasanın ciddi biçimde ihlali anlamına gelecektir.

Yukarıda açıklandığı üzere, Cumhurbaşkanının (olağan dönemlerde) CBK'ler ile Yasama yetkisini kullandığını veya CBK'lerin Yasama işlemi mahiyetinde olduğunu ileri sürmek de aynı şekilde Anayasanın anılan temel kuralları ile bağdaşmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar bu hususta herhangi bir içtihat belirlemiş değildir. Esasında bu konuda henüz bir yorum yapmamış olması da gayet doğaldır. Çünkü henüz daha önüne bu konuda yorum yapmasını gerektiren bir

dava gelmiş değildir. Eğer ileride TBMM'de CB'yi destekleyen bir çoğunluğun bulunmadığı bir dönem olursa, TBMM, CBK ile düzenlenmiş ve Anayasada somut olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen bir konuda (örneğin bakanlıkların teşkilat ve görevlerinin düzenlenmesi veya üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarının belirlenmesi) kanun ile farklı bir düzenleme yaparsa ve bu kanun CB tarafından AYM'ye götürülürse, AYM bu konudaki yorumunu yapmak durumunda kalacaktır.

Bununla birlikte AYM'nin 2020/5 sayılı kararında (RG. 13.05.2020) bu konuda bir "ipucu" verilmiş olduğu söylenebilir. Anılan kararda, *"Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleme yapılabilir.*" ifadesi yer almaktadır[41] (para.29). Eğer bu konularda "sadece CBK ile düzenleme yapılabilir ve kanunla düzenleme yapılamaz" görüşünde olsaydı, AYM'nin burada Anayasanın "izin verdiği" ifadesi yerine "zorunlu kıldığı" gibi bir ifade kullanması gerekirdi. Bu ifadeyi kullanarak AYM'nin, Anayasada (*bakanlıkların teşkilat ve görevlerini düzenlemek ve üst düzey kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarını belirlemek gibi*) somut olarak sayılan konular için CBK ile düzenlemeyi "zorunlu" değil "mümkün" kıldığı yorumu yaptığı ve böylece bu konuların "münhasıran" yani zorunlu olarak CBK'ler ile değil, ayrıca kanunla da düzenlenmesini mümkün gördüğü yorumu yapılması -dolaylı da olsa- tutarsız bir yorum olmayacaktır. Ancak yine de bu ifadeden, AYM'nin bu hususdaki içtihadının bu yönde olduğunu net ve kesin biçimde çıkarabilmek fazla iddialı bir yaklaşım olacaktır.

Bu konuda ayrıca işaret etmek gerekir ki, bizzat Cumhurbaşkanlığı teşkilatı ve görevlerinin CBK ile düzenleneceğine dair Anayasada spesifik ve somut bir hüküm bulunmadığından, bu konunun –CBK dışında- kanun ile de düzenlenebileceğinde zaten herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Bu hususa ilişkin buradaki tartışmayı yapmaya gerek bile bulunmamaktadır. Zira yukarıda değinildiği gibi, Cumhurbaşkanlığı teşkilatının CBK ile de düzenlenebilmesinin nedeni, bu hususun Anayasa m.104/17'deki CBK'lere yönelik (genel) yetki kapsamına girmesi ve m.104/17'deki kısıtlamalara takılmamasıdır (*ekonomik haklar dışındaki temel hak ve özgürlükleri doğrudan içermemesi, (Cumhurbaşkanlığı teşkilatında çalışacak kamu görevlilerinin özlük haklarını düzenlememesi kaydıyla) Anayasada açıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlara girmemesi ve zaten halen kanunla düzenlenmiş bir konu olmaması nedeniyle*). Yoksa Cumhurbaşkanlığı teşkilatını düzenlemek Anayasada somut olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen konular arasında sayılmamıştır. Bu itibarla TBMM'nin her an bu konuda kanun ile farklı düzenleme yapmasına (esas yönünden Anayasanın diğer hükümlerine

[41] Vurgu tarafımıza aittir.

aykırılık bulunmadığı sürece) hukuksal engel bulunmamaktadır.

c) Kanunla düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı kuralı nasıl yorumlanmalıdır?

Anayasa m.104/17-4 hükmünde, kanunla düzenlenmiş konularda CBK çıkarılamayacağı öngörülmüştür. Bu kuralı dar mı yoksa geniş mi algılamak gerekir? Yani bu kuralı, herhangi bir konuda –genel de olsa ayrıntılı da olsa- herhangi bir yasal düzenleme varsa hiçbir biçimde CBK çıkarılamayacağı şeklinde mi; yoksa, mevcut kanun hükümlerini etkileyen ve kanun hükümlerinden farklı etki ve sonuç doğuran düzenlemelerin CBK ile yapılamayacağı şeklinde mi anlamak gerekir?

Bu konu AYM tarafından yukarıda değinilen 2020/5 sayılı kararda (RG. 13.05.2020) tartışılmış olup, gerek AYM'nin çoğunluğu tarafından dolaylı biçimde, gerekse bu karara muhalif kalan 6'lı muhalefet görüşünde açıkça, CBK'lerin mevcut kanunların düzenlediği hususlarda farklı etki ve sonuçlar doğuran hususlar öngöremeyeceği şeklinde yorum yapılmıştır[42].

Bu yaklaşım isabetli görünmektedir. Zira sonuçta CBK de bir idari düzenleme olduğu için, bir kanunu açıklamak ve detaylarını belirlemek için de CBK çıkarılmasında hukuksal engel görülmesi özü itibarıyla anlamlı olmayacaktır. Gerçi kanunların uygulanmasını göstermek, detaylarını belirlemek ve yorumlamak için CB'nin yönetmelik veya daha alt idari düzenlemeler çıkarma ve Cumhurbaşkanı "kararı" alma gibi başka hukuksal araçlara sahip olduğunda ve mutlaka CBK çıkarmaya ihtiyacı bulunmadığı tartışmasızdır. Ancak yine de, bazı hassas konularda kanunların detaylarını belirlemek için, yargısal denetimin Danıştay yerine AYM tarafından yapılmasının tercih edilmesi gibi bazı nedenlerle, CBK ile düzenleme yapılmasına hukuken engel bulunmamalıdır. Burada önemli olan, CBK'nın mevcut kanun hükümlerinden *farklı etki ve sonuç doğuran* düzenleme öngörememesidir.

Bahsi geçen kararda, davaya konu CBK hükmü, bir bakanlığa ilgili bütçe kaleminin %100'üne kadar bütçe dışı avans verilmesi için yetki tanımış; oysa ilgili kanunda (5018 sayılı Kanun) açıkça bu tür bütçe dışı avanslar %30 ile sınırlanmıştır. Yani CBK burada çok açık biçimde kanundan *farklı etki ve sonuç doğuran* bir düzenleme getirmiştir. Anayasa Mahkemesi çoğunluğu da haklı olarak bu hükmü Anayasa'nın m.104/17-4 hükmüne aykırı bularak iptal etmiştir[43].

---

42 Bkz. K.2020/5, 6'lı Muhalefet Gerekçesi, para.17-18.

43 Bu hususta AYM K.2020/5 için 6'lı Muhalefet Gerekçesi ile çoğunluk karar gerekçesi ilke bazında farklı olmamasına karşın, ilkenin somut olaya uygulanması bazında ayrıştıkları anlaşılmaktadır. 6'lı Muhalefet Gerekçesinde CBK hükmünün kanun hükmünden *farklı etki ve sonuç doğuran* yanı bulunmadığı ileri sürülmekle birlikte, aynı konuda kanunun %30 sınırlaması öngörmesine karşın CBK hükmünün bu sınırlamayı %100'e çıkarmasının niçin *farklı etki ve sonuç doğurmadığı* şeklinde yorumlandığı anlaşılamamaktadır.

Bu iptal kararı kanaatimizce de son derece isabetli olup, AYM'nin bir CBK hükmünü iptal ettiği ilk örnek olması açısından da özel bir öneme sahiptir[44]. Ayrıca CBK'lerin anayasal rejimine ilişkin birçok tartışmaya son vermesi veya en azından ışık tutması açısından da önemlidir.

d) Anayasada CBK ile düzenleme yapılmasına özel olarak izin verilen konularda çıkarılan CBK'lerin AY m.104/17 hükmündeki genel sınırlamalara tabi olup olmadıkları sorunu

CBK'ler hakkındaki potansiyel tartışma konularından biri de, Anayasada CBK ile düzenleme yapılmasına özel olarak izin verilen, bakanlıkların teşkilatını (kuruluş ve görevlerini) düzenlemek (m.106/son), üst düzey kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarını belirlemek (m.104/9), MGK ve DDK teşkilatını düzenlemek gibi konularda çıkarılan CBK'lerin AY m.104/17 hükmünde CBK'ler için öngörülen genel sınırlamalara tabi olup olmadığı tartışmasıdır.

AYM, Yüksek Askeri Şura teşkilatında düzenleme yapan bir CBK'ya karşı açılan davada bu konudaki içtihadını belirlemiş ve ilke olarak bu CBK'lerin de AY m.104/17 hükmünde CBK'ler için öngörülen genel sınırlamalara tabi olduğuna karar vermiştir[45]. Karar bizce de isabetlidir.

Bu bağlamda pozitif hukuk açısından, Anayasanın çeşitli hükümlerinde özel olarak CBK çıkarılmasına özel izin verilen konularda çıkarılan CBK'lerin de AY m.104/17'de öngörülen, Yürütme alanı dışına taşan düzenleme yapamama, ekonomik ve sosyal haklar dışındaki temel hak ve özgürlükleri düzenleyememe, Anayasada açıkça kanunla düzenleneceği öngörülen hususlarda düzenleme yapamama, halen kanunla düzenlenmiş konularda düzenleme yapamama ve kanun hükümlerine aykırı olamama şeklindeki genel sınırlamalara tabi olduğu söylenebilir.

Bu noktada tartışmaya değer nokta, Anayasanın verdiği özel izinle (m.106/son) bakanlıkların teşkilatlanmasını düzenleyen CBK hükmünün, AY m.104/17-3 gereğince Anayasada açıkça kanunla düzenleneceği öngörülmüş konularda CBK ile düzenleme yasağı kapsamında, AY m.123/1'deki "idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği" kuralı karşısındaki durumudur.

Bu konuda AYM çoğunluğu, AY m.106/son hükmünün AY m.123/1'in bir istisnası olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir[46]. Gerçekten de AY m.104/17 ve Anayasanın diğer özel hükümlerinde öngörülen CBK ile düzenleme

[44] Bu karardan sonra yeni üye değişimleriyle AYM'nin üye dengesinde değişiklik olduğundan, en azından belli bir süre için bu iptal kararının sadece "ilk" değil aynı zamanda "son" iptal kararı olabileceği de –tabii ki kesin bir kanıya varmak mümkün olmamakla birlikte- tahmin edilebilir.

[45] AYM, K.2020/4, RG, 13.05.2020. Genel prensibi bu şekilde belirlemekle birlikte, mevcut davada AYM davaya konu hükmün AYM m.104/17 hükümlerine aykırı olmadığına hükmetmiştir.

[46] Başkan Zühtü ARSLAN, karşıoyunda bu görüşe katılmamaktadır (K.2020/4).

yetkisini AY m.123/1'deki genel kanunla düzenleme zorunluluğunun bir istisnası olarak görmek gerekir. Anayasa m.104/17-3 hükmünde öngörülen münhasır düzenleme alanını, AY m.123/1 dışında kalan ve Anayasanın muhtelif hükümlerindeki kanunla düzenlemeye ilişkin somut ve özel konuları (*yerel yönetimler, üniversiteler ve kamusal meslek örgütlerinin düzenlenmesi ile ekonomik ve sosyal haklar dışındaki temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi gibi*) kapsadığını kabul etmek gerekir. AY m.123/1'deki genel kuralı da kapsadığını ileri sürmek, CBK yetkisinin bakanlıkların teşkilatlanması konusunda hemen hiç kullanılamaması gibi bir sonuç doğuracaktır ki böyle bir yorum isabetli görünmemektedir.

e) OHAL CBK'lerine ilişkin sorunlar

Olağan dönem CBK'lerinin aksine, OHAL CBK'leri, tıpkı eski sistemdeki OHAL KHK'leri gibi, kanunla eşdeğer normlardır. Çünkü kanunları değiştirebilir veya yürürlükten kaldırabilirler. Ayrıca bir "yetki kanunu"na da ihtiyaçları yoktur. Bu nedenle fonksiyonel açıdan aslında Yasama işlemi niteliğindedirler. Bu nedenle OHAL CBK'leri ile olağan dönem CBK'leri hukuksal nitelik açısından birbirlerinden tamamen farklıdırlar. O halde, karışıklığa mahal vermeme adına, OHAL CBK'leri için başka bir isim bulunması ve bunlar için örneğin "kanun hükmünde kararname" (KHK) teriminin korunması daha doğru olurdu.

OHAL döneminde uygulanan kolluk önlemleri ve işlemlerinin OHAL sonrasındaki etkisi sorunu:

OHAL döneminde çıkarılan OHAL CBK'leri ile bu CBK'lere dayanılarak bu dönemde alınan önlemlerin ve yapılan işlemlerin OHAL sona erdikten sonraki hukuki etkileri ve sonuçları konusunda öncelikle, salt OHAL döneminde uygulama alanı bulan geçici nitelikteki kolluk önlemleri (tedbirleri) ve etkisi OHAL sonrasında da devam eden ve süreklilik arzeden kolluk işlemlerini birbirinden ayırt etmek gerekir.

Bu konuda ayrıca, OHAL döneminde yapılan hukuka ve hatta OHAL düzenlemelerine dahi aykırı kolluk önlem ve işlemlerinden dolayı idarenin mali sorumluluğu ile kolluk makam ve personelinin cezai, disiplin ve mali sorumluluğu belirlenmelidir.

Bu bağlamda öncelikle vurgulamak gerekir ki OHAL rejimi hukuksuzluk rejimi değildir. OHAL'in de kendi içinde ayrı bir hukuku vardır ve idari makamlar bu dönemde öncelikle OHAL rejiminin kendi hukukuna uygun davranmak zorundadırlar. Yani OHAL, hukukun bütünüyle askıya alındığı bir rejim değildir. Her ne kadar OHAL döneminde idari makamlara ve özellikle de kolluk makamlarına ve görevlilerine normal dönemlere oranla daha fazla yetkiler tanınsa da, OHAL döneminde de başta Anayasanın 13. ve 15. maddeleri ve OHAL'in kendi

düzenlemeleri olmak üzere, evrensel temel hukuk ve insan hakları normlarının ihlal edilmesi durumunda yapılan işlem ve uygulamalar hukuka aykırı olarak kalmaya devam edecektir. Hukuka aykırı bir işlem veya uygulamaya karşı hemen ve "sıcağı sıcağına" etkin bir hukuksal veya yargısal başvuru yolu bulunmaması veya bu yolların pratikte işlememesi, hukuka aykırı işlemi veya uygulamayı hukuka uygun kılmayacağı gibi, bu hukuka aykırı işlem veya uygulamaların ilelebet yaptırımsız kalacağı anlamına da gelmeyecektir.

Kolluk tedbirlerinin durumu:

Salt OHAL döneminde uygulama alanı bulan geçici kolluk önlemlerinin (tedbirler) OHAL dönemi sona erdiği andan itibaren artık uygulamasının duracağında ve uygulamaya devam edemeyeceğinde kuşku bulunmamaktadır. Nitekim bu tedbirlerin getiriliş nedeni OHAL ilanına sebep olan ve kamu düzenini ağır biçimde ihlal eden olayların acilen bastırılması, durdurulması ve engellenmesidir. Bu tedbirler kamu düzenini bir an önce tekrar tesis etme amacına hizmet etmek üzere alınan önlemler, kararlar ve yapılan işlem ve uygulamalardır. Dolayısıyla doğası gereği geçici nitelikli bu işlem ve uygulamalar yukarıda değinilen amacı aşacak şekilde genişletilmemeli ve bu amaçla sınırlı olmalıdır. Bu itibarla bu tür kolluk önlemlerinin hukuki etkisi ve sonucu da OHAL sona erdiği andan sonrası için kendiliğinden sona erdirilmek zorundadır. Yani ilgili idari makamlarca hukuki etkilerinin geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırılması hukuken zorunludur.

Örneğin OHAL CBK'si ile mülki amirlere (vali ve kaymakamlara) yerleşim yerlerine giriş ve çıkışları kontrol etme ve izne bağlama yetkileri verildiyse, OHAL sona erdiği andan itibaren mülki amirler artık böyle bir yetki kullanamayacaktır. Yine eğer OHAL CBK'si gözaltı süresini 4 günden 30 güne çıkarsa, OHAL sona ermeden 5 gün önce gözaltına alınan bir kimse OHAL sona erdiği gün salıverilmek zorundadır. Aynı şekilde OHAL CBK'leri ile kişilerin mahkeme kararı olmaksızın idari kararla yurt dışına çıkışının izne tabi tutulması öngörülmüşse ve bir kişiye OHAL dönemi içinde böyle bir izin verilmemiş ise, OHAL sona erdiği günden itibaren bu kimsenin (yargı kararı ile verilmiş yurt dışına çıkış yasağı yoksa) yurtdışına çıkmasına hukuken engel bulunmayacaktır.

Bu bağlamda OHAL döneminde *tedbir* niteliğinde yapılan tüm uygulamalar ve alınan kararlar, OHAL bittikten itibaren geleceğe yönelik olarak hiçbir etki ve sonuç doğurmayacaktır.

Süreklilik arzeden kolluk işlemlerinin durumu:

OHAL döneminde yapılmış olmakla birlikte etkisi OHAL dönemi sonrasında da devam eden ve süreklilik arzeden kolluk işlemleri (*örnek*: *kamu görevinden ihraç ve dernek, okul, şirket gibi tüzel kişiliklerin kapatılması*) ise, ilke olarak

OHAL'in sona ermesi ile kendiliğinden yürürlükten kalkmayacaktır.

Bu tür kolluk işlemlerinden, doğrudan OHAL CBK'leri ile yapılanlar ile bu CBK'lerin verdiği yetkiler çerçevesinde idari işlemler ile yapılanları birbirinden ayırmak gerekir.

OHAL CBK'lerinin eki listelerle yapılan kamu görevinden ihraçlar ve tüzel kişilik kapatmalar teknik olarak *idari işlem* ve dolayısıyla kolluk işlemi niteliğinde değil, *yasama* işlemleridir. Söz konusu CBK'lerin TBMM tarafından onaylanması ile bu CBK'ler ve dolayısıyla Ekleri listeler kanun niteliğine bürüneceğinden, OHAL süreci sonrasında da hukuksal etki doğurmaya devam eden bu tür ihraçlar ve tüzel kişilik kapatmalarının kişi bazındaki somut yargısal denetimi de idari yargı tarafından değil, AYM tarafından yapılabilecektir.

AYM, esastan yapacağı yargısal denetimde söz konusu ihraçlar ve tüzel kişilik kapatmalarının hukuken haklı sebeplerinin bulunup bulunmadığını ve yapılan suçlamaların somut kanıtlarının olup olmadığını kişi bazında ve somut olarak değerlendirmelidir[47]. Anılan işlemlerin OHAL süreci ile sınırlı olmayıp, süreklilik arzedeceği ve OHAL sonrası için de etki ve sonuç doğuracağını dikkate alarak, AYM'nin bu bağlamda yapacağı yargısal denetimde OHAL koşullarının psikolojisi ile değil, artık olağan demokratik dönemde bulunulduğunu göz önünde tutarak ve evrensel hukuk devleti ölçütlerini tam olarak işleterek karar vermesi gereklidir.

Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi AYM, yasalaşan OHAL KHK'lerini denetlerken, OHAL sonrası için de etki doğuran ve uygulama alanı bulan yasalaşmış OHAL KHK'lerinin denetiminde olağan dönem Anayasaya uygunluk ölçütlerinin (Anayasa m.13 gibi) uygulanacağını öngörmektedir[48]. Bu içtihadı da bu yönüyle ilke olarak isabetlidir.

İdari işlem niteliğindeki işlemlerle tesis edilen ve süreklilik arzeden kolluk işlemleri de, idari işlemlerin "icrailiği" özelliği gereği, OHAL bittikten sonra da hukuken geçerli olmaya ve hukuksal etki doğurmaya devam edecektir. Bunların OHAL'in bitimiyle kendiliğinden ve otomatik olarak yürürlükten kalkmış sayılması teknik olarak mümkün değildir. Bununla birlikte, söz konusu kolluk işlemlerini yapmış olan idari makamların OHAL dönemi bitiminden sonra bu işlemlerin geri alınmasına veya kaldırılmasına (ilgasına) yetkili oldukları kuşku-

---

47 Binlerce kişiye ilişkin olarak böyle bir somut yargısal denetimin AYM için pratikte çok güç olacağı aşikar olmakla birlikte, sonuçta anılan KHK'lerin TBMM'de onaylanıp "kanunlaşması" ile bu "Eki listeler" de (tıpkı meşhur "İdil Biret Kanunu" gibi) kanun mahiyetine büründüğünden, hukuk devletinin gerekleri açısından teknik olarak başka bir hukuksal yol bulunmamaktadır. Aslında daha doğru olan, bu konuya yine Yasama'nın/siyasi iktidarın "vaziyet" ederek, sorunun özel bir kanunla çözüme kavuşturulması ve AYM'nin böylesine anormal ve olağanüstü bir yükten kurtarılmasıdır.

48 AYM, E.2016/205, K.2019/63, RG. 31.10.2019.

suzdur. Ayrıca bu idari işlemlerin yargısal denetiminde idari yargı mercilerinin tüm evrensel hukuk devleti ilkeleri ile anayasal ve yasal kuralları gözetmeleri gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. Nitekim bunlar için de artık, OHAL döneminin çok daha müsamahalı hatta neredeyse hukuka uygunluk denetiminin askıya alındığı ölçütlerinin değil, olağan dönemin hukuka uygunluk ölçütlerinin uygulanması gerekir.

2) Cumhurbaşkanının Yeni Düzenleme Yetkisine Dair İdari ve Siyasi Sorunlar

a) Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Cumhurbaşkanının düzenleme yetkilerinde bir tür zayıflama niteliğinde midir?

2017 Anayasa değişikliği ile başkanlık sistemine geçilerek, Cumhurbaşkanının gerek Yürütme içinde gerekse Yasama ve Yargı nezdindeki konumunun çok ciddi biçimde güçlendirilmesi amaçlanmıştır. Buna karşın yukarıda da belirtildiği üzere, önceki dönemde dahi Yürütmeye tanınan kanunla eşdeğer (kanun kuvvetinde) düzenleme yapma ve böylece (yetki kanunu uyarınca da olsa) Parlamentonun yaptığı kanunları değiştirebilme hatta yürürlükten kaldırabilme yetkisinin yeni sistemde (olağan dönemlerde) Yürütmeyi tek başına temsil eden Cumhurbaşkanına tanınmamış olması oldukça ilginç hatta kendi içinde çelişkili bir durumdur. Normalde Yasama erkine karşı Yürütme erkine verilebilecek en çarpıcı ve önemli yetki olarak görülebilecek "kanun kuvvetinde düzenleme yapma yetkisinin" yeni dönemde ciddi biçimde güçlendirilmiş Yürütmeye (CB'ye) niçin tanınmamış olduğu gerçekten merak konusudur.

Eğer bunun nedeni, CBK'ler ile (önceki) olağan dönem KHK'lerinin zaten aynı nitelikte olduğu ve üstelik birinciler için yetki kanununa da ihtiyaç olmadığından Cumhurbaşkanı için CBK'lerin KHK'lere göre daha da avantajlı olduğu düşüncesi ise, bu düşünce teknik hukuk açısından bütünüyle hatalıdır. Çünkü yukarıda da vurgulandığı gibi, olağan dönem CBK'leri, (önceki) KHK'lerin "kanun kuvvetinde" olması özelliğini taşımamaktadır. Yani CBK'ler kanun/KHK seviyesinde değil, normatif olarak daha alt seviyededirler. Nitekim kanunları değiştirememekte veya yürürlükten kaldıramamaktadırlar. Kaldı ki bu noktada Yasama'nın yetki kanununa ihtiyaç bulunmamasının da önemi yoktur. Zira (eski sistemdeki) tüzükler veya yönetmelikler gibi idari düzenlemeler için de zaten teknik olarak "yetki kanunu"na ihtiyaç olmadığından, bu hususta da ekstra bir yenilik bulunmamaktadır.

Eğer bu "çelişkili durum"un gerçek nedeni, 2017 Anayasa değişikliklerinin hazırlanış sürecindeki siyasal aktörlerin kendi aralarındaki müzakerenin ürünü olan bilinçli bir tavizden kaynaklanmıyorsa, Cumhurbaşkanının hukuki yetkileri

açısından ortaya çıkan bu "tenzil-i rütbe"nin geriye kalan tek realist nedeni, teknik bir hata (*dizayn hatası)* yapılmış olması gibi görünmektedir.

b) Cumhurbaşkanının yeni düzenleme yetkisi, Parlamento ile Cumhurbaşkanını karşı karşıya mı getirmektedir?

Yukarıda da ifade edildiği gibi, 2017 Anayasa değişikliği ile, -Parlamentonun gerek gördüğünde her zaman kanun çıkarma yetkisinin saklı olduğunun varsayılması ve ayrıca Anayasada özel olarak kanunla düzenleneceği belirtilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması (salt ekonomik nitelikli haklar hariç), özerk idarelerin kurulma, teşkilatlanma ve üzerlerindeki idari denetim yetkileri ve kişilere -idari de olsa- suç ve ceza öngörülmesi gibi hassas konuların CBK ile düzenlenmemesi kaydıyla, Genel İdare (Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ve bağlı-ilgili kuruluşları) teşkilatının organize edilmesi, özellikle ekonomik konular gibi acil hareket edilmesi gereken hallerde Yürütmeye asli ve özerk bir düzenleme alanı bırakılması isabetlidir ve kanaatimizce Türk kamu hukuku sisteminde ciddi bir reform mahiyetindedir.

Bununla birlikte, eğer bu yeni sistemde Cumhurbaşkanı, CBK'ler ile asli düzenleme yetkilerini gereğinden fazla kullanıp, kendisini adeta Parlamentoya "alternatif" bir "*stepne* yasama organı" konumuna getirmeye çalışırsa ve bu bağlamda Anayasa ile belirlenmiş düzenleme alanını da zorlayan, yani "kanun" alanına da müdahale edip, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ve özerk idarelerin yetki alanını da etkileyen kararnameler (CBK'ler) çıkararak Anayasa Mahkemesini sürekli bir "test" ve "baskı" ortamına sokarsa, yeni sistemin ciddi bir demokrasi ve hukuk devleti "krizi" ortaya çıkarabileceği de olasılık dahilindedir.

Sonuçta bu konuda da yeni sistemin düzgün işlemesi Cumhurbaşkanının "kişiliği" ve "yapısı" ile doğru orantılı görünmektedir. Sistemlerin düzgün işlemesinin kişilerin yapı ve karakterlerine endeksli olmasının ne kadar sorunlu ve irrasyonel bir sistem kurma modeli olduğunu değerlendirebilmek için ise, mutlaka siyaset bilimi ve kamu yönetimi uzmanı olmak gerekmemektedir.

3) Cumhurbaşkanının Düzenleme Yetkisini Nasıl Revize Etmek Gerekir?

Daha teknik boyutta değerlendirme yapmak gerekirse, CB'nin Yürütme alanına ilişkin yetkileri açısından yeni sistemin daha rasyonel çalışabilmesi adına, kanaatimizce CBK'ler için spesifik bir düzenleme alanı belirlenmeli ve bu spesifik alan sadece Genel İdare'nin kuruluşu ve görevlerinin belirlenmesi ile sınırlanmalıdır. Bu husus Anayasada bizzat vurgulanmalıdır. Buradaki Genel İdare'den kastedilen ise, Cumhurbaşkanlığı teşkilatı, bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatı ile bunların kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan/olmaması gereken bağlı/ilgili

kuruluşlarıdır.

Bununla birlikte parlamentonun yasama yetkisinin genelliği prensibine bağlı kalınarak, gerek duyduğunda parlamentonun bu konularda da her zaman kanun çıkarabilmesi daha da açık ve net biçimde mümkün görülmelidir.

Yukarıda belirtilen spesifik alan dışındaki konularda AY m.104/17'deki sınırlamalara ve çerçeveye uymak kaydıyla, Anayasa tarafından kanunla düzenleneceği somut olarak öngörülmemiş olan ve Yasama organı tarafından kanunla düzenlenmesi de tercih edilmeyen veya Yasama tarafından "boşaltılan" konularda CBK çıkarılabilmesi ise -şu anda olduğu gibi- mümkün olmalıdır. Bununla birlikte, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması gibi hususlara ilave olarak; yerel idareler, kamusal meslek örgütleri ve üniversiteler gibi idari açıdan mutlaka özerk olmaları gereken özerk idarelerin yetki ve görevlerinin ve denetlenmelerinin düzenlenmesi gibi Anayasada spesifik olarak kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılması hiçbir biçimde mümkün olmamalıdır. Şu andaki mevcut hukuksal durumda da, kanaatimizce yine bu yönde yorum yapılması mümkün olmakla birlikte, bu hususların Anayasada daha net ve açık biçimde vurgulanması daha doğru olacaktır.

Diğer yandan, CBK ile kamu tüzel kişiliği kurulabilmesine olanak veren Anayasa m.123/3 hükmü de isabetli bir düzenleme değildir. Zira özellikle "bütçe yetkisi" yani kamu bütçesinin ve kamu adına yapılacak gelir ve harcamalara karar verme ve denetimini yapma yetkisi Anayasaya göre münhasıran Yasama Organında olduğu için, kamu kaynaklarından harcama gerektiren kamu tüzel kişiliği kurma yetkisinin de münhasıran Yasama Organında olması daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Nitekim önceki sistem de bu şekilde idi. Yasama Organı ihtiyaç duyarsa bu yetkisini sınırlarını ve koşullarını belirleyerek kanunla Cumhurbaşkanına devredebilir. Bu durumda Cumhurbaşkanı da bu yetkiyi Cumhurbaşkanı kararıyla (CBK ile değil) kullanabilir. Bu nedenle kanaatimizce Anayasanın m.123/3 hükmü de revize edilmelidir.

SONUÇ

Yürütmenin düzenleme yetkisi konusundan bağımsız bir konu olmakla birlikte, 2017 Anayasa değişikliği ile getirilen yeni sistemdeki en ciddi eksiklik ve sorunlar, Yasamanın Yürütmeye göre konumunun oldukça zayıflatılması; Cumhurbaşkanının seçildikten sonra siyaseten tarafsızlığının öngörülmemesi ve Yürütmenin ve siyasetin Yargı erki üzerindeki etkisinin yargı bağımsızlığı açısından makul olmayan biçimde artırılmasıdır. Bu ciddi sorunların çözümü ise, (eğer başkanlık sisteminde kalmaya devam edilecekse) yeni bir anayasal revizyon ile Yasama'nın Yürütme'ye göre konumunun dengelenmesi; Bütçe konusun-

da Yürütmenin Yasamanın yetkilerini bütünüyle *by-pass* etmesinin önlenmesi; CB'nin siyasi parti üyesi/yönetici olamayıp tarafsız olmasının vurgulanması ve Yargı erkini yöneten idari kurul olan HSK'nın oluşumunun ve CB'nin AYM'ye üye seçmesi gibi bazı önemli hususların siyasi müdahaleleri bertaraf edebilecek şekilde, daha dengeli ve objektif biçimde yeniden dizayn edilmesindedir.

Diğer bir anlatımla, yeni sistemin olumsuz noktaları ağırlıklı olarak Yürütmenin Yasama ve özellikle de Yargı ile ilişkisindedir ve Yürütmeye tanınan asli düzenleme yetkisi, özellikle de yukarıda önerilen çerçevede yorumlandığında, kanaatimizce yeni sistemin en akut sorunları arasında görülmemelidir.

Bununla birlikte, eğer yeni sistemde Yürütme ile Yasama ve Yargı erkleri arasındaki anayasal bir revizyon ile yukarıda öngörülen yeni ve daha makul bir denge kurulamazsa, yeni sistemde Başkana (CB'ye) verilen asli düzenleme yetkisinin de *sürdürülebilir* olması mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda yeni sistemin Yürütmenin başı olan CB'ye biçtiği "tek adam" misyonu, CB'nin CBK ile kullanacağı asli düzenleme yetkisi üzerinde de ister istemez ciddi bir güvensizlik hatta *meşruiyet* baskısı oluşturacaktır. Bu nedenle, yeni sistemde Yürütme erkinin Yargı ve Yasama erkleriyle ilişkisi "normalleştirilmediği" sürece CB'nin CBK'ler kanalıyla kullandığı yeni (asli) düzenleme yetkisi de uzun soluklu olamayacak gibi görünmektedir.

KAYNAKLAR

ALTIPARMAK (Kerem), "Atipik KHK'ler ve Daimi Hukuksuzluk II", http://www.ihop.org.tr/2018/04/27/atipik-khkler-ve-daimi-hukuksuzluk-ii-ohal-khksi-ile-erkegi-kadin-kadini-erkek-yapamazsiniz/

ARDIÇOĞLU (Artuk), "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/2017-3/1.pdf

BERTRAN (Mathieu), «La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative», *Pouvoirs*, 3/2005 (n° 114), p. 73-87.

ÇANDAR (Cengiz), "Başkanlık Sistemi değil Tek Adam Yönetimi", http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/cengiz-candar/baskanlik-sistemi-degil-tek-adam-yonetimi-28088548.

ERKAN (Doğan), "Anayasa Mahkemesinden OHAL Hamlesi", *https://odatv.com/anayasa-mahkemesinden-ohal-hamlesi-31121922.html*

GÖZLER (Kemal), *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin yay., Bursa 2018.

GÜNDAY (Metin), *İdare Hukuku*, İmaj yay., Ankara 2011.

LAVROFF (Dmitri Georges), *Le Droit Constitutionnel de la Ve République*, Dalloz, Paris 1995.

ÖZTÜRK (Burak), *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı,* Yetkin yay., Ankara 2009.

TEZKAN (Mehmet), "Tek Adam Rejimi var mı yok mu?, https://t24.com.tr/yazarlar/mehmet-tezkan/tek-adam-rejimi-var-mi-yok-mu,23104

ULUSOY (Ali D.), "Understanding Turkey's Restructured System for Judicial Appointments and Promotions", (http://www.iconnectblog.com/2018/04/understanding-turkeys-restructured-system-for-judicial-appointments-and-promotions/), 2018.

ULUSOY (Ali D.), *Yeni Türk İdare Hukuku,* 2. Baskı, Yetkin yay., Ankara 2019.

ALMANYA'DA İDARİ YARGININ TARİHİ GELİŞİMİ

Kamile Türkoğlu Üstün[**]

GİRİŞ

Kara Avrupası'nda bütün ülkelerin ortak ana esaslar üzerine oturmuş; ama politik, tarihi ve coğrafi sebeplerle farklılaşmış hukuk sistemlerine sahip olduğunu görebiliriz[1]. İdari yargılama hukuku açısından da geçerli olan bu durum, bugün Kara Avrupası ülkelerinde idarenin yargısal denetimini iki ana sistem altında inceleyebilmemize imkân vermektedir: Bunlar idari yargı yerlerinin Danıştay tipi şeklinde örgütlendiği Fransız sistemi ve idare mahkemelerinin idari teşkilattan tamamen ayrıldığı Alman sistemidir. Aslında idari yargının tarihsel gelişiminden bahsedilince akla öncelikli olarak Fransa gelmekte ve buradaki tarihi gelişim, idari yargının Kara Avrupası'ndaki gelişiminin öncüsü olarak kabul edilmektedir[2]. Yeni Çağın başından itibaren Avrupa'nın en güçlü devleti olan Fransa, sosyal, kültürel ve bilimsel alanda olduğu gibi hukuk alanında da Avrupa devletlerini tesiri altında bırakmış[3]; Fransızcanın yaygın kullanımının da katkısıyla devlet ve hukuk sistemlerini oluşturan kurumlar genellikle Fransa'dan iktibas edilmiştir. Türkiye'nin yanı sıra, İtalya, Belçika, Hollanda Yunanistan ve İspanya gibi birçok ülke idare hukuku ve idari yargı sistemlerini Fransa'daki sistemi örnek alarak oluşturmuştur.

Avrupa'nın merkezinde yer alması sebebiyle Alman hukuk sistemi, tarih boyunca hem Anglo-Sakson hem de Kara Avrupası hukuk sistemlerinden etkilenmiş; aynı zamanda kendine özgü kural ve kurumlarıyla da birçok sistemi et-

---

[*] Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

[**] Arş. Gör. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

[1] Robbers'a göre, Avrupa hukuk sistemlerindeki benzerlikler; ortak kökenlerin ve tarihi gelişimin bir yansıması, farklılıklar ise ülke politikalarının özel durumlar karşısında geliştirdiği bir cevap olarak görülmelidir. Gerhard Robbers, **An Introduction to German Law**, 5. Edition, Nomos, 2012, s. 4.

[2] Onur Karahanoğulları, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, Turhan Kitabevi, 2015, s. 16.

[3] Gül Akyılmaz, **Siyasi Tarih**, Seçkin, 2015, s. 42.

kilemiştir[4]. 19. yüzyılın başına kadar varlığını sürdüren Alman Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'nun birçok devletten oluşan parçalı bir yapıda olması ve Almanya'nın ancak 19. yüzyılın sonlarında milli birliğini sağlamayı başarması hukuk kurumlarının oluşumunda ana hatlarıyla birbirine benzeyen; ama bölgesel farklılıkların da olduğu bir gelişim yaşanmasına sebep olmuştur[5]. Özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısında yaşanan Alman uyanışı[6], Avrupa'da hüküm süren Fransız üstünlüğüne bir tepki olarak doğmuş ve bu dönemde yetişen önemli düşünür ve hukukçular Almanya'da hukuk devleti fikrinin gelişmesini sağlamıştır[7]. Bu dönemde bağımsız idare mahkemeleri kurulmuş ve başta Fransız etkisinde olan idari yargı sistemi kendine özgü bir şekil almıştır.

Nasyonal Sosyalistlerin iktidarı döneminde yaşananlar, 1949 yılında kurulan Almanya Federal Cumhuriyeti'nde kişinin devlet karşısında korunmasına özel bir önem verilmesine yol açmıştır. Kamu gücü tarafından hakları ihlal edilen kişilerin yargısal korumaya başvurması Anayasa'da güvence altına alınmış (Art. 19 IV, Grundgesetz - GG) ve idari yargının başlıca amacı idarenin hukuka uygunluğunun denetiminden ziyade, idare tarafından ihlal edilen kişi haklarının korunması olmuştur[8]. Bu nedenle de İdari Mahkemeler Kanunu'nda (Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO) medeni yargılama usulünde olduğu gibi birçok usul kurumu ve kuralı ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir[9]. Bu bakımdan Alman idari yargısı, kişiye sağladığı hukukî korumayla diğer sistemlerden daha güçlü ve bir bakıma da öncü konumda yer almaktadır. Zira Almanya'da diğer Avrupa ülkelerinden çok daha önce, 1960 yılında kişinin idare karşısında etkili bir şekilde korunmasını sağlayan kapsamlı bir idari yargılama usulü kanunu benimsenmiştir. Fransa, İspanya ve İtalya'da 90'lı yıllardan itibaren çeşitli idari yargı reformları yapılarak idari yargının, sadece idarenin hukuka uygunluğunun denetlenmesi amacını taşımadığı, bunun yanı sıra kişi haklarının güvencesi olduğu kabul edilmiş ve idari yargının etkinliğinin arttırılmasını sağlamak üzere reformlar yapılarak yeni usul kurumları getirilmiştir[10]. Bunlardan en önemlileri

---

4 Alman hukukunun genel özelliklerine ilişkin bir çalışma için bkz. Koray Güven, "Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukuku'nun Yeri ve Temel Özellikleri", **AÜHFD**, 65 (3), 2016, 837-891.

5 Wolfgang Rüfner, "Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit", **Die Öffentliche Verwaltung**, 1963, s. 720.

6 Akyılmaz, s. 102.

7 Almanca'da hukuk devleti anlamına gelen "Rechtsstaat" kavramı, 19. Yüzyılın başından itibaren hürriyet taleplerini geleneksel ve otoriter devlet anlayışıyla bağdaştırmaya çalışan Alman hukukçuları tarafından geliştirilmiştir. Martin Loughlin, "Rechtsstaat, Rule of Law, l'Etat de droit" in **Foundations of Public Law**, Oxford, s. 318.

8 Kamile Türkoğlu Üstün, **İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler**, Seçkin, 2019, s. 66 vd.

9 Örneğin, idari yargı hâkimine davanın başında geçici hukukî koruma sağlayan önlemleri alma yetkisi verilmiş ve davanın sonunda idari işlemin iptali dışında kişinin hukukî durumunun tam olarak düzeltilmesini sağlayacak başka kararlar vermesine imkân tanınmıştır. Michael Fromont, "Die Annäherung der Verwaltungsgerichtsbarkeiten in Europa", **Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht**, 2003, s. 94.

10 Fromont, s. 95, 104.

üç dereceli yargılamaya geçilmesi, idari yargı teşkilatının idareden bağımsızlığının güçlendirilmesi, seri yargılama usulünün getirilmesi ve davacının maddî ve hukukî durumunun tam olarak düzeltilebilmesi için idari hâkimin idareye emir verebileceğinin kabul edilmesidir[11]. Bu reform sürecinde Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarının önemli etkisi olmuştur[12]. Böylece Kara Avrupası'ndaki idari yargı sistemleri de usul hukuku açısından kısmen birbirine yaklaşmıştır.

Çalışmamızda Almanya'da idari yargının tarihi gelişimini, "idarenin yargısal usullerle denetimi" çerçevesinde ele alarak Almanya idari yargı sisteminde yer alan bazı kurum ve kuralların ortaya çıkış sürecini inceleyeceğiz. Bu kapsamda idari yargının tarihi gelişiminin siyasi tarihle olan ilişkisine değinerek; kamu hukuku – özel hukuk ayrımının yapılıp yapılmadığı; idari tasarrufların yargısal usullerle denetlenip denetlenmediği, denetleniyorsa hangi tür mahkemeler tarafından denetimin gerçekleştirildiği ve idarenin hangi tür işlemlerine karşı yargı yerlerine başvurulabileceği sorularına cevap arayacağız.

I. KUTSAL ROMA CERMEN İMPARATORLUĞU DÖNEMİNDE İDARENİN YARGISAL DENETİMİ

Almanya'da idari denetimin kökeninin, yaklaşık 10. yüzyıldan başlayarak 19. yüzyıl başına kadar varlığını sürdüren Kutsal Roma Germen İmparatorluğu'nun[13] (962-1806) ilk dönemlerine kadar uzandığı ileri sürülmekle birlikte; Yeni Çağın başlangıcına kadar egemen gücün yetkilerinin kanunla sınırlandırılması veya denetlenmesi söz konusu değildi[14]. Birçok prenslik ve düklükten oluşan[15] ve feodal bir monarşi olan Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'nda yargısal denetim her devlette farklı şekillerde gerçekleşmekteydi[16]. Bununla beraber Yeni Çağın başın-

[11] Bu konuda Almanya, İspanya, İtalya ve Fransa arasında karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. Fromont, s. 96.

[12] Fromont, s. 111. Ayrıca, bu iki mahkemenin Avrupa idare hukuku ilkeleri olarak da adlandırılan ölçülülük, eşitlik ve haklı beklentilerin korunması gibi ilkeleri Alman Yüksek İdare Mahkemesi'nin içtihatlarıyla uyumlu bir şekilde uygulanması dikkat çekicidir. Nolte, eserinde bu ilkelerin diğer AB ülkelerinin milli hukuklarında da benimsendiğini ve aslında bunların kaynağını belirlemenin güç olduğunu belirtmekte; ama bu ilkelere Alman hukukunda özel bir önem verilmesinden ve AB yargı yerlerinin de bunları Alman Yüksek İdare Mahkemesi'yle benzer şekilde yorumlamasından yola çıkarak, bu ilkelerin Alman hukukundan alındığını ifade etmektedir. Georg Nolte, "General Principles of German and European Administrative Law: A Comparison in Historical Perspective", **The Modern Law Review**, 57(2), 1994, s. 191-198.

[13] 10. yüzyılda yıkılan Frank İmparatorluğu'nun doğuda kalan kısmında Alman İmparatorluğu kurulmuştur. Kurucular kendilerini Roma İmparatorluğu'nun mirasçıları olarak gördüğünden buraya "Roma Cermen İmparatorluğu" ve 15. yüzyıldan itibaren de "Alman Halkının Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu" adını vermiştir.

[14] Ulrich Scheuner, "Der Einfluß des französischen Verwaltungsrecht auf die Deutsche Rechtsentwicklung", **Die Öffentliche Verwaltung**, 1963, s. 714.

[15] Sonraları İmparatorluk sınırları içinde krallıklar ve özgür şehirler de kurulmuştur ve aslında bunların her biri ayrı birer devlettir. Çalışmamızda İmparatorluğu oluşturan devletlerin hepsine birden kısaca "prenslik" denilmiştir.

[16] İmparator prensler tarafından seçilmekteydi. İmparator egemenlik yetkisini imparatorlukta yer alan bazı güçlü prensler veya yöneticilerden oluşan Reichstag'la birlikte kullanmaktaydı. Robbers, s. 32. Bugün Almanya'daki federal devlet yapısı da bu tarihi sürece dayanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.

da 1495 yılında İmparatorluk Mahkemesi'nin kurulması şeklî anlamda olmasa da maddî anlamda idarenin yargısal denetiminin ilk basamağı olarak kabul edilmektedir[17]. Zira bu Mahkeme, uyrukların prenslere karşı açtığı davalar da dâhil olmak üzere İmparatorluk çapında her türlü uyuşmazlığa bakma yetkisine sahipti[18].

Alman hukukunda İmparatorluk Mahkemesinin kurulmasından 1806'da İmparatorluğun ve dolayısıyla da İmparatorluk Mahkemesinin dağılmasına kadar geçen dönem "eski hukuk devleti" (*der ältere Justizstaat*) olarak adlandırılmaktadır.

A. İmparatorluk Mahkemesi

Yeni Çağda, burjuvazinin güçlenmesi ve Rönesans hareketleriyle birlikte hükümdarların egemenlik anlayışı da değişmeye başlamıştır. Eskiden esas faaliyet alanları iç-dış güvenlik, adaletin sağlanması ve toprağın işlenmesi olan prensler, artık ticaret, sağlık ve ahlak gibi alanlarda da düzenlemeler yapmaya başlamıştır. Örneğin, bu dönemde yeni kurulan şehirlerde, yapılaşmaya ilişkin kanun ve emirler çıkarılmış ve bunların uygulanması idareye bağlı memurlar eliyle denetlenmeye başlanmıştır[19]. Prenslerin faaliyet alanlarını genişletmesi ve dolayısıyla uyrukların hukukî durumuna müdahalelerde bulunması, prensin işlemlerinin sınırlı da olsa bir denetime tabi olmasını gerektirmiştir.

Kutsal Roma Germen İmparatorluğu, İmparatorluğun denetim ve müdahalelerini azaltarak kendi egemenlik alanlarını genişletme çabasındaki Alman prenslikleriyle, prensliklerin üzerinde hâkimiyetini sürdürmek isteyen İmparatorluğun mücadelesine tarihi boyunca tanıklık etmiştir[20]. İmparatorluğun bağımsızlık kazanmak isteyen prensliklerle mücadele yollarından biri de çeşitli reformlarla İmparatorluk sınırları içindeki uyrukların barış ve huzurunu sağlayacak kurumlar tesis etmek olmuştur[21]. Bu amaçla 1495 yılında İmparatorluk Mahkemesi (*Reichskammergericht*) ile 1501 yılında İmparatorluk Danışma Meclisi (*Kaiserliche Reichshofrat*) kurulmuştur.

Uyruklar, İmparatorluk Mahkemesine kendi aralarındaki uyuşmazlıklar dışında, prenslerin özel hukuktan kaynaklanan kazanılmış haklarını (*wohlerwobe-*

Tahir Muratoğlu, "Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Devlet Yapılanması", **GÜHFD**, 18(2), 297 vd.

17 Friedrich Schoch / Jens Peter Schneider / Wolfgang Bier, **Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) Kommentar,** 24. Ergänzungslieferung, Verlag C. H. Beck, 2012, Einleitung, Rn. 71.

18 Walter Jellinek, **Verwaltungsrecht**, Springer, 1931, s. 81.

19 Rainer Schröder, **Rechtsgeschichte**, Alpmann Schmidt, 2013, s. 62.

20 Robbers, s. 32.

21 Jellinek, s. 81; Hans Uwe Erichsen, **Vefassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß**, Athenäum Verlag, 1971, s. 104; Schröder, s. 64.

ne Rechte)[22] ihlal ettikleri gerekçesiyle başvurabilir[23] veya burada yerel (prensliklerdeki) mahkemelerin kararlarını temyiz edebilirdi[24]. Bu dönemde kamu hukuku - özel hukuk ayrımı yapılmamakla birlikte; İmparatorluk Mahkemesinde kamu hukukuna ait uyuşmazlıklar olarak nitelendirilebileceğimiz, prenslerin kendi aralarındaki yetki uyuşmazlıkları ile uyruklar ve prensler arasındaki uyuşmazlıklar da görülebiliyordu[25]. Zira İmparatorluk Mahkemesinde prenslerin yargılamadan muaf ya da ayrıcalıklı olduğu kabul edilmiyordu[26]. Bir idari tasarruf (kolluk işlemi) veya hâkimiyet tasarrufu hak ihlaline sebep olursa, diğer uyuşmazlıklardan farklı kurallara tabi olmasına gerek duyulmadan, medeni usul kurallarıyla karara bağlanıyordu[27].

İmparatorluk Mahkemesi dışında her prensliğin de kendine ait mahkemeleri ve diğer hukukî koruma mekanizmaları bulunmaktaydı[28]. Ancak bunlar prenslerin iradesinden bağımsız olmadıklarından; verdikleri kararların tarafsızlığı şüpheliydi. Bu bakımdan, yerel mahkemeler tarafından verilen hükümlerin, İmparatorluk Mahkemesi tarafından denetlenmesi uyruklara sağlanan önemli bir hukukî güvence olmuştur[29].

Almanya'da Fransız İhtilali benzeri bir ayaklanmanın yaşanmaması İmparatorluk Mahkemesinin sağladığı hukukî korumaya bağlanmaktadır[30]. Zira bu mahkeme, İmparatorluğun geniş sınırları ile parçalı yapısına ve prenslerin bu mahkemenin yetkilerini sınırlandırma çabalarına rağmen önemli içtihatlarda bulunarak gücünü korumaya çalışmış; uyruklar lehine kararlar vermiş ve yaptığı yorumlarla görev alanını genişletmiştir[31]. Örneğin bir prenslik kolluk işlemlerine

---

22 Sonraki zamanlarda bu kavramın yerini özgürlük ve mülkiyet hakkı kavramları almıştır.

23 Erichsen, s. 69; Rüfner, s. 5; Ina Bauer, **Von der Administrativjustiz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit: Die Entwicklung des Rechtsschutzes auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts in Baden im 19. Jahrhundert**, Pro Universitäte Verlag, 1996, s. 12; Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung, Rn. 71.

24 Thomas Würtenberger, **Verwaltungsprozessrecht.** 3. Auflage, C.H. Beck, 2011, s. 18. Prensliklerde uyuşmazlık çözme yetkisi genellikle mahkemeler, idari makamlar ve idari kurullar arasında paylaştırılmıştı.

25 Würtenberger, s. 18; Klaus F. Gärditz, **Verwaltungsgerichtsordnung,** Carl Heymann's Verlag, 2013, s. 2; Friedrich Warncke, "Entwicklung und Gestaltung des Rechtschutzes im Deutschen Verwaltungsprozess im Hinblick auf die Lehre vom Streitgegenstand", **Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts**, Band II, Verlag Franz Vahlen, 1956, s. 870; Friedhelm Hufen, **Verwaltungsprozessrecht**, (8. Auflage), München: Verlag C.H. Beck, 2011, s. 24.

26 Erichsen, s. 69; Schröder, s. 66; Warncke, s. 870.

27 Warncke, s. 871.

28 Yerel mahkemelerde, idare hukuku açısından, devletin maddî sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklar, bazı idari yetkilerin kullanımından kaynaklanan uyuşmazlıklar ve istisna olarak prensin egemenlik yetkisinin kullanımına ilişkin uyuşmazlıklar görülebiliyordu. Wolfgang Rüfner, "Verwaltungsrechtsschutz in Preußen im 18. und in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts", **Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburstag: System des verwaltungsrechtlichen Rechtschutzes**, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1985, s. 5.

29 Hufen, s. 23. İmparatorluk Mahkemesi, hukuk kültürünün oluşması ve yerel mahkemelerin, imparatorluk mahkemesi içtihatları doğrultusunda hüküm kuması açısından da önemlidir. Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung, Rn. 71.

30 Jellinek, s. 81;

31 Jellinek, s. 84; Erichsen, s. 105; Würtenberger, s. 18; Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung Rn. 71.

karşı mahkemeye başvuruyu yasaklamak istemiş, İmparatorluk Mahkemesi iyi bir kolluğun (*Polizei*) kanuna tabi olması gerektiğine ve kolluk mazeretinin hakkı ihlal edilen kimsenin hakkını savunmasını engellemeyeceğine karar vermiştir[32]. İmparatorluk Mahkemesi başka bir kararında ise prensle - uyruk arasında kalan davalarda prensin "privilegia de non appellando" yani kararlarının başvuruya konu edilmemesi ayrıcalığının olmadığına hükmetmiştir. Hatta 18. yüzyılın ikinci yarısına gelindiğinde Mahkeme, uyrukların doğal hukuktan kaynaklanan haklarını hükümdara karşı garanti altına almıştır[33]. İmparatorluk Mahkemesinin, ileri tarihlerde Almanya'da hukuk devleti anlayışının oluşmasında önemli bir rolü olduğu kabul edilmektedir.

B. Polis Devleti ve İdareci Hâkim Dönemi

16. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Almanya'da ve hatta tüm Avrupa'da din savaşları yaşanmıştır. Reform hareketleri ve 1648 Westphalia Barışı ile sona eren Otuz Yıl Savaşlarında, Kutsal Roma İmparatorluğu'nun bünyesindeki Katolik ve Protestan prenslikler hem birbirleriyle hem de İmparatorlukla savaşmış; birçok Avrupa ülkesi de bu savaşa katılmıştır. Sonuçta kazanan bir taraf olmamış, ama yaşanan bu mücadele Avrupa'da devlet anlayışında önemli değişimlere yol açmıştır. Öncelikle Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu daha da parçalanmış ve zayıflamış[34]; Papa ve kilisenin Avrupa'daki hükümdarlar üzerindeki etkisi kaybolmuş[35]; Bodin'in ortaya koyduğu "mutlak egemenlik" kuramından ve Fransa Kralı Ludwig XIV'in uygulamalarından etkilenen Alman prensleri modern, merkezi ve laik bir yönetim sistemine geçmişlerdir[36]. Prensler, İmparatorluğun üzerlerinde kurduğu mutlakiyetçi baskıyı azaltmış; ancak kendi içlerinde bu yapıyı sürdürmüşlerdir[37].

17. ve 18. yüzyıllara hâkim olan mutlak egemenlik anlayışı "polis devleti" kavramını ortaya çıkarmıştır[38]. Buna göre hükümdar, bütün egemenlik güçlerini mutlak, bölünemez ve sınırlandırılmaz şekilde elinde tutar; herhangi bir hukuk kuralıya bağlı olmadan toplum refahı için tasarruflarda bulunur ve sadece Tanrıya hesap verirdi. Önceleri çoğunlukla ordunun gereksinimleri ve buna bağlı finansal ihtiyaçlarla sınırlı olan devlet düzenlemeleri, bu dönemde nispeten genişlemiş-

---

32 Warncke, s. 871.

33 Würtenberger, s. 18.

34 Oral Sander, **Siyasi Tarih (İlk Çağlardan 1918'e)**, 14. Baskı, İmge Kitabevi, s. 113. Hollanda ve İsviçre, İmparatorluktan ayrılmış ve İmparatorluk bünyesinde 300 kadar prenslik ortaya çıkmıştır. İmparatorluğun birçok yetkisi elinden alınmıştır. Akyılmaz, s. 39.

35 Akyılmaz, s. 33.

36 Robbers, s. 32.

37 Sander, s. 114.

38 Bu dönemde polis-kolluk (Polizei) kavramı toplum düzeninin sağlanması anlamına geliyordu. Rolf Schmidt, **Besonderes Verwaltungsrecht II: Polizei und Ordnungsrecht, Versammlungsrecht, Verwaltungsvollstreckungsrecht, Gewerberecht**, 10. Auflage, Verlag Dr. Rolf Schmidt, 2006, s. 2.

tir[39]. Zira devlet yani prens, kendisini toplum ile devletin yararı ve düzeni adına her türlü önlemi almaya (kanun çıkarmaya ve emir vermeye) yetkili görmüştür[40]. Kolluk işlemleri de denilen bu tasarrufların hukukî olmasından ziyade yerinde olması önemliydi ve bunlara karşı İmparatorluk Mahkemesi de dâhil olmak üzere yargı yolu da çoğunlukla kapalıydı[41]. Kolluk işlemlerinin aşmaması gereken tek sınır kişilerin özel hukuktan kaynaklanan kazanılmış haklarıydı[42]. Böylece bu dönemde kamu hukuku - özel hukuk ayrımı da ortaya çıkmaya başlamıştır.

Prenslik düzeyindeki mahkemelerde esasen uyrukların kendi aralarındaki uyuşmazlıklar (bugünkü medeni hukuk ve iş hukuku uyuşmazlıkları) görülmekteydi. Ancak kolluk işlemleri uyrukların özel hukuktaki kazanılmış haklarına (wohlerworbene Rechte) zarar vermişse veya mali işlere ilişkinse prense karşı değil; ama prensten ayrı bir tüzel kişilik olarak kabul edilen devlet hazinesine dava açmak ve zararın tazminini talep etmek mümkündü[43]. Buna hazine teorisi (Fiskustheori) denmiştir.

Bu dönemde uyrukların, kolluk işlemleri nedeniyle İmparatorluk Mahkemesine başvurmaları "mutlak egemenlik anlayışı" ile bağdaşmadığından prenslikler tarafından mümkün olduğunca sınırlandırılmaya çalışılmıştır[44]. Kolluk işlemlerine karşı yargı yolu kapatılmış olsa da, idarenin kendi bünyesinde kurullar oluşturularak (Kammerkollegien) idari uyuşmazlıkların idare içinde çözülmesi yoluna gidilmiştir[45]. Böylece idarenin yargısal denetiminin ilk basamağı olan idareci hâkim geleneği diğer Avrupa ülkeleriyle paralel olarak Almanya'da da başlamıştır. Örneğin, 18. yüzyılda güçlü bir mutlak egemenlik ve polis devleti anlayışına sahip İmparatorluğun en güçlü hanedanı olan Prusya'da, 1749 yılında uyruklara idarenin tasarruflarına karşı idari makamlara başvurma olanağı (Kammerjustiz) getirilmiş ve adli mahkemelerin kolluk işlemlerine ilişkin yetkileri sınırlandırılmıştır[46]. Bu düzenlemeler, bugünkü özel hukuk - kamu hukuku ayrımına dayanmaktan ziyade, kamu menfaatini ilgilendiren uyuşmazlıkları bu konuda uzmanlaşmış ve özellikle de prensin daha çok güvendiği idari makamların eline bırakmak düşüncesinden kaynaklanmıştır. Yine de Alman hukukunda, idarenin yargısal denetiminin başlangıcı olarak hazine teorisinin değil; idareci

---

39 Maximilian Wallerath, Allgemeines **Verwaltungsrecht: Lehrbuch**, 6. Auflage, ESV, 2009, s. 52.

40 Jellinek, s. 85; Erichsen, s. 105; Schmidt, s. 2.

41 Warncke, s. 871; Schmidt, s. 2; Thedor Maunz, Günter Dürig, **Grundgezsetz: Kommentar**, 70. Ergänzungslieferung, Beck, 2013, (Çevrimiçi: www.beck-online.beck.de), Art. 92, Rn. 24.

42 17. yüzyılda ortaya çıkan kolluk kavramı Alman hukukunda idari işlem kavramının kökeni olarak kabul edilir. Nitekim 18. yüzyılın ortasında bu kavram hukukçuların da ilgi alanına girmiş ve bir idari fonksiyon öğretisi olarak incelenmiştir. Wallerath, s. 52; Maunz / Dürig, Art. 92, Rn. 23.

43 Jellinek, s. 87; Wallerath, s. 53; Maunz / Dürig, Art. 92, Rn. 24.

44 Rüfner, s. 5; Wallerath, s. 52; Schoch / Schneider / Bier; Rn. 71; Jellinek, s. 85.

45 Hufen, s. 24, Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung, Rn. 72; Rüfner, s. 7.

46 Christoph Unruh, v. Gerorg, **Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat: Probleme und Entwicklung**, Maximilian Verlag, 1984, s. 25; Maunz / Dürig, Art. 92, Rn. 23.

hâkim uygulamasının önemli bir mihenk taşı olduğu kabul edilmektedir[47].

İdareci hâkim döneminde, idari makamlar veya kurullar önlerine gelen uyuşmazlıkları çözerken kendilerine has birtakım kurallar uygulamışlardır. Bunlar genellikle somut olayın koşullarına göre en hızlı ve en az masrafla karara ulaştıracak kurallardı. Bu kapsamda, idari makamlar uyuşmazlık konusu vaka ve delilleri kendiliğinden ve yazılı olarak incelemekteydi[48]. Aslında kurul, medeni yargılama usulü kurallarına başvurabilirdi; ancak özel hukuktaki sözlü yargılama veya avukatla temsil gibi kurumları uygulaması söz konusu değildi. Ayrıca kurul, önüne gelen uyuşmazlıkları sadece hukukî açıdan denetleyebilir, ancak yerindelik denetimi yapamazdı[49].

II. 19. YÜZYILDA BAĞIMSIZ İDARE MAHKEMELERİNİN KURULUŞU

Rönesans ve Reform hareketlerinin sanat ve din alanında getirdiği serbestlik ve hürriyetlerin kişinin toplum içindeki yaşantısına yansımaması[50], mutlak egemenlik ve polis devleti anlayışının ortaya çıkardığı sorunlar, toplumdaki eşitsizlik (sınıf düzeni) ve vergi sistemindeki adaletsizlikler 1789 yılında Fransız İhtilali'ne yol açmıştır. İhtilalin gerçekleşmesinde İngiltere'deki insan hakları bildirgeleri ile Amerikan bağımsızlık hareketlerinin ve çeşitli düşünürlerin ortaya koyduğu kuvvetler ayrılığı, toplum sözleşmesi, doğal haklar gibi görüşlerin de önemli etkisi olmuştur. İhtilalle siyasi liberalizm ve milliyetçilik düşünceleri ortaya çıkmış; bunlara bağlı olarak eşitlik, özgürlük, milli egemenlik, laiklik, demokrasi ve ulus devlet gibi kavramlar bütün Avrupa'ya yayılmaya başlamıştır[51]. 1789 yılında ilan edilen İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi ilk defa Kara Avrupası'nda kişinin doğuştan bazı hak ve hürriyetlere sahip olduğunu ve hükümdarın bunlara dokunamayacağı fikrini ortaya koymuştur[52]. Fransız İhtilali'yle ortaya çıkan düşünceler kısa zamanda bütün Avrupa'yı etkisi altına alan yeni bir devlet ve toplum anlayışının gelişmesine yol açmıştır.

Fransız İhtilali'nin Almanya üzerindeki etkileri önceleri fikir bazında gerçekleşmiş ve Fransa'da gerçekleşen idari yargı alanındaki gelişmeler Alman prenslikleri tarafından örnek alınmıştır. Daha sonra gerçekleşen Koalisyon Savaşları ve Napolyon işgali ise Kutsal Roma Germen İmparatorluğu'nun sona ermesine ve Alman Birliği'nin kurulmasına, dolayısıyla Almanya'nın devlet yapısının değişmesine yol açmıştır. 1848 İhtilali ise Almanya'da Anayasallaşma sü-

47 Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung, Rn. 72.

48 Manfred Kaufmann, **Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit,** Mohr Siebeck, 2002, s. 88; Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung, Rn. 78.

49 Kaufmann, s. 66-67.

50 Fahir Armaoğlu, **20. Yüzyıl Siyasi Tarihi (1415-1995)**, Timaş, 2014, s. 20.

51 Akyılmaz, s. 84.

52 Armaoğlu, s. 21.

recinin başlamasına sebep olmuş, ortaya çıkan hukuk devleti düşüncesi bağımsız idare mahkemelerinin ve idare hukuku öğretisinin ortaya çıkmasını sağlamıştır.

A. Fransız İhtilali Sonrası İlk Gelişmeler

Fransa'da ihtilal sonrası ortaya çıkan düşünce akımları Alman prensliklerinde hızla yayılmıştır. Fransa'daki gelişmeleri yakından takip eden Alman prenslikleri, kendi ülkelerinde de benzer ayaklanmaların çıkmasını önlemek ve mutlak egemenliklerini korumak amacıyla bazı reformlar yapma yoluna gitmişlerdir. Bu nedenle ihtilal sarsıntıları en azından 1815 yılına kadar Almanya'da yaşanmamıştır[53].

Öncelikle 1791 Fransa Anayasası'nda benimsenen kuvvetler ayrılığı ve liberal devlet ilkeleri Almanya'yı etkilemiştir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince, idare ve yargının tamamen ayrı olması, yargının idareye karışmaması gerektiği benimsenmiş ve bu nedenle de idarenin yine idare tarafından denetimi yoluna gidilmiştir[54]. Bu dönemde idarenin yaptığı bazı işlemleri hâkimiyet tasarrufu olarak nitelendirip adli yargının denetimini sınırlama eğilimi daha da genişlemiş ve sistematik hale gelmiştir. Önceleri sadece prenslerin tasarrufları hâkimiyet tasarrufları olarak kabul edilirken artık alt hiyerarşilerde bulunan memurların işlemleri de bu kapsama girmiştir.

İlk olarak Güney Almanya'da daha sonra ise Almanya'nın tamamında kişilerin özel hukuktan kaynaklanan haklarının ihlalinden doğan tazminat talepleri dışında adliye mahkemelerinin idari uyuşmazlıklara bakması yasaklanmış; "administratif Justiz"- "idareci hâkim" uygulaması prensliklerce hızla benimsenmiştir[55]. İdari tasarruflar gerçek bir mahkeme tarafından değil; ancak idarenin içinde oluşturulan ve yargısal usuller kullanan bir kurul tarafından denetlenmiştir[56]. Özellikle 19. yüzyılın ilk yarısında Bayern, Baden, Württemberg gibi Güney ve Orta Almanya prensliklerinde, Conseil d'État örneğinde idari uyuşmazlıkları çözme görevi de bulunan danışma kurulları kurulmuştur[57].

Böylece adli yargı mülkiyet hakkı başta olmak üzere kişi haklarını korurken, idareci hâkim de liberal devlet anlayışını koruma görevini üstlenmiştir[58]. Bu değişimde Fransa'daki idareci hâkim anlayışının etkisi dışında, 1806'da

---

53 Böylece Almanya hukuk geleneğinin bazı dış etkilere rağmen korunduğu düşünülmektedir. Scheuner, s. 715. Ancak sonraki dönemde Almanya'da çok büyük iç karışıklıklar yaşandığını belirtmemiz gerekir.

54 Würtenberger, s. 19.

55 Kaufmann, s. 113; Rüfner, s. 720.

56 Maunz / Dürig, Art. 92, Rn. 23.

57 Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung, Rn. 74.

58 Örneğin Prusya'da 1808 yılında idari uyuşmazlıkların diğer uyuşmazlıklardan farklı nitelikler taşıdığı, adli yargı hâkiminin idari konularda verdiği kararlarla idarenin işleyişine engel olduğu gibi gerekçelerle adli yargının idari uyuşmazlıkları çözmesi tamamen yasaklanmıştır. Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung, Rn. 73.

İmparatorluk Mahkemesinin yargısal denetiminin sona ermiş olması[59], yapılan reformlarla idari organizasyonun ve merkeziyetçiliğin güçlenmesi ve egemenlik tasarruflarının genişlemesi de etkili olmuştur[60].

Sonuç itibariyle, 19. yüzyılın ilk yarısında Almanya, Fransa'daki gelişmelerden etkilenmiş ama Fransız idare hukuku veya idari yargı sisteminin tamamen alınması söz konusu olmamıştır[61]. Genellikle münferit konularda Fransız sistemine başvurulmuştur[62]. Napolyon döneminde idari organizasyona ilişkin yapılan reformlar, örneğin, monarşi dönemine ait bazı eski kuralların kaldırılması ve merkezi ve güçlü bir idari organizasyonun kurulması, özgürlük ve eşitlik düşüncesine uygun yeni düzenlemeler yapılması, Alman prensleri için de ilham verici olmuştur[63]. Benzer düzenlemeler özellikle Fransız sınırına yakın yönetimleri etkilemiştir. Ancak daha sonra, Napolyon savaşları sırasında birçok Alman yönetimi Fransız modelini bir yabancı işgali olarak algılamış ve Napolyon kanunlarının kendi hukuklarını etkilemesini önlemeye çalışmışlardır[64].

B. Bağımsız İdare Mahkemelerinin Kuruluşu

Fransız İhtilali sonrası gelişmeler, Almanya'ya sadece yeni fikirler değil; aynı zamanda İhtilal Savaşlarını ve Napolyon işgalini de getirmişti. Napolyon'un Avrupa'nın birçok ülkesi gibi Prusya'yı işgal etmesi sonucu 1806 yılında Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu yıkılmış ve bölgedeki prenslikler mutlak egemenliklerini ilan etmiştir. İmparatorluğun sona ermesinden sonra 1814 yılında Viyana Kongresi'nde alınan kararlar gereği egemen prensler birleşerek Avusturya-Macaristan İmparatorluğu liderliğinde Alman Konfederasyonunu kurmuş ve birlik anlaşması her prensliğe kendi Anayasasını hazırlama ödevi vermiştir.

Alman prenslikleri bu erken anayasallaşma döneminde meşruti monarşiye geçmiştir. Buna göre, yürütme yine prensin elinde olacak ama halktan oluşan bir meclis yasama organı olarak görev yapacaktır. Bu dönemde hazırlanan anayasalar devlet organizasyonu, seçimler ve daha sonraki zamanlarda bazı temel haklara da yer vermiştir. Anayasal bir korumaya tabi olmayan ve kanunlarla sınırlanabilen temel hakların bu anayasalarda yer alması ve idarenin de kanuna aykırı bir şekilde temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesinin yasaklanmış olması, hukuk devletinin başlıca koşullarından olan kanuna bağlı idare anlayışının or-

---

59 Napolyon savaşları sonrasında Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu tamamen yıkılmış ve 1814 yılında toplanan Viyana Kongresi'nde alınan kararlarla 39 bağımsız Alman prensliğinden oluşan Alman Konfederasyonu kurulmuştur. Bu konfederasyonun liderliğine Avusturya-Macaristan İmparatorluğu seçilmiştir.

60 Rüfner, **Preußen**, s. 8.

61 Fromont, s. 111.

62 Scheuner, s. 717.

63 Scheuner, s. 715.

64 Scheuner, s. 715-717.

taya çıkmasında önemli bir role sahiptir[65]. Böylece başta politik ve anayasal bir kavram olarak ele alınan "hukuk devleti ilkesi"nin unsurlarına idari tasarrufların da kanuna ve hukuka bağlı olması eklenmiş ve idare hukuku bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişmeye başlamıştır. Ayrıca polis devleti anlayışının kaldırılması ve idarenin kanuna bağlılığının sağlanması çabaları belirgin hale gelmiştir[66].

19. yüzyılın ikinci yarısına doğru Alman üniversiteleri özgürlükçü hareketlerin merkezi olmuştur[67]. Bu dönemde liberal hukuk devleti savunucuları[68] ve bazı hukukçular[69] idarenin bağımsız mahkemeler tarafından denetlenmiyor olmasını hukuk devleti açısından önemli bir eksiklik olarak eleştirmeye başlamışlardır[70]. Zira idari nitelikteki uyuşmazlıkların yine idareye bağlı makamlar tarafından çözülmesi kişilere etkili bir hukukî koruma sağlayamamış; gerçekte memur olan idareci hâkimler, kişi menfaatlerini arka plana iterek devlet menfaatlerini üstün tutmuşlardır[71]. Bu dönemde bir hukuk devletinin gereği olarak idarenin bağımsız mahkemelerce denetlenerek kişi haklarının korunmasına ilişkin iki seçenek gündeme gelmiştir: Ya adli mahkemelere idarenin yargısal denetimi konusunda güvenilmesi ya da bağımsız idare mahkemelerinin kurulmasıdır[72].

Meşhur 1848 Mart İhtilalinin[73] etkisiyle bağımsız idari yargıya gidiş hızlanmıştır. 18 Mart 1848'de Prusya'nın başkenti Berlin'de halk krala karşı ayaklanarak liberal bir anayasa yapılmasını talep etmiş ve talep diğer prensliklere de yayılmıştır[74]. Alman Milli Birliği'nin sağlanması ve bütün Almanya için tek bir anayasa yapılması için Frankfurt'ta bir kurucu meclis toplanmış; bu meclis 28 Mayıs 1849'da Paulskirchen Anayasası'nı ilan etmiştir. Hukuk devletini liberal

65 Erichsen, s. 144.

66 Gärditz, s. 2; Grawert, Rolf, "Verwaltungsrechtsschutz in der Weimarer Republik", **Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburstag: System des verwaltungsrechtlichen Rechtschutzes**, Carl Heymanns Verlag KG, 1985, s. 35.

67 Akyılmaz, s. 93.

68 Liberal devletin savunucusu burjuvazi bu dönemde hukuk politikasını da etkilemeye başlamış ve parlamentolarda yer alarak kendisine ideal bir hukukî koruma yaratma çabasına girmiştir. Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung, Rn. 75.

69 Bağımsız idare mahkemelerinin kuruluşunda Robert v. Mohls ve Rudolf v. Gneists fikirleriyle öncülük etmişlerdir. Ule, s. 2.

70 Ule, s. 2; Würtenberger, s. 19.

71 Ule, s. 2.

72 Würtenberger, s. 19.

73 Bu ihtilal Avrupa çapında 1815 yılında toplanan Viyana Kongresi'nde bastırılmak istenen milliyetçilik ve siyasi liberalizme bir tepki olarak ortaya çıkmış, aynı zamanda çok kötü koşullar altında yaşamını sürdüren işçi sınıfı da bu ayaklanmaya katılmıştır. Bundan sonraki süreçte sosyalizm de bir fikir akımı olarak tarih sahnesine çıkmıştır. Akyılmaz, s. 96. Almanya'da bu ihtilalin esas sebebi olarak Alman milli birliğinin sağlanamamış olması gösterilmektedir. Zira parçalı yapı ve devam eden feodal sistem halkın her kesiminin temsil edildiği bir siyasi sitemin kurulmasına engel oluyordu. Artan sanayileşme ve devam eden feodal düzen uygulamaları köylüleri ve işçileri ezmekteydi. Bu dönemde burjuva sınıfı Almanya'da Fransa'daki kadar güçlü olmadığından arka planda kalmış, ihtilal esas olarak proletaryanın (işçi ve köylü sınıfının) önderliğinde gerçekleşmiştir. Yeliseva, N. V. / Manfred, A. Z., **Yakın Çağlar Tarihi**, Konuk Yayınları, 3. Baskı, 1978, s. 122, 123, 159.

74 Akyılmaz, s. 101.

bir anayasanın temel ilkesi olarak kabul eden[75] bu Anayasa'nın 182'nci maddesinin birinci paragrafına göre, "İdarenin yargısal denetim yapması sona ermiştir. Artık bütün hukuk ihlallerinin denetimi bağımsız mahkemelerce gerçekleştirilecektir". Bu düzenleme idareci hâkim sistemini yasaklamakta[76]; ama doğrudan bağımsız idare mahkemeleri kurulmasını da öngörmemekteydi. Yine de idari tasarrufların denetiminin bağımsız mahkemelerce gerçekleştireceğini öngörmesi, Alman idari yargı tarihi açısından önemli bir dönüm noktası olmuştur[77]. Böylece Almanya'da idari yargının idareden bağımsızlığı daha hızlı ve keskin bir şekilde gerçekleşmiştir. Sonraki süreçte de idari yargıcın adliye mahkemelerinde olduğu gibi idari teşkilattan tamamen bağımsız olduğu kabul edilmiştir.

İlk kez 1863 yılında Baden'de Bağımsız Yüksek İdare Mahkemesi (Verwaltungsgerichtshof) kurulmuştur[78]. Bu mahkeme "kamu hukukuna ilişkin belli uyuşmazlıklarda" ikinci ve son derece mahkemesi olarak kamuya açık ve sözlü yargılama sonucunda karar vermiştir[79]. 1871 yılında II. İmparatorluğun kurulmasından sonra Alman Birliği'nde yer alan prenslikler, orta dereceli ve idari hiyerarşiden bağımsız idari uyuşmazlıklara bakan özel mahkemeler kurmaya başlamıştır[80]. 1875 yılında Prusya Yüksek İdare Mahkemesinin kurulması ve ilgili kanunların yürürlüğe girmesiyle Alman modern idari yargılama usulünün gelişimi başlamış[81] ve daha sonra diğer Alman prensliklerinde de yüksek idare mahkemeleri kurulmuştur (Bayern 1878, Württemberg 1876, Sachsen 1900)[82].

Her prenslikte idare mahkemelerinin organizasyonu ve tabi olduğu kurallar çoğu zaman birbirinden farklı olmakla birlikte esasen Fransa'dakine benzer idari yargı sistemi benimsenmiştir[83]. İlk derecede idari uyuşmazlıkların yargısal denetimi idare içinde oluşturulan kurullarda yapılmakta[84]; bu kararlara karşı da üst derece veya ikinci derece mahkemeleri olan bağımsız idare mahkemelerine başvurulmaktaydı[85]. Ayrıca uyuşmazlıkların ilk görüldüğü yer olan idari kurul-

75 Loughlin, s. 319.

76 Hufen, s. 25; Menger, s. 726; Würtenberg, s. 25.

77 Aslında bu düzenlemeden önce Fransız sisteminin etkisinde kalan politik ve ekonomik olarak çok gelişmiş ve liberal anlayışın hâkim olduğu Baden ve Württemberg'de, 1848 yılında idari uyuşmazlıklara bakan ayrı idare mahkemelerinin kurulması yönünde tartışmalar yapılmış ve bir kanun taslağı hazırlanmıştı. Ancak Paulskirschen Anayasası'nın etkisiyle bu kanun yürürlüğe girememişti. Gärditz, s. 4; Würtenberger, s. 20.

78 Baden'deki ilk idare mahkemesinin oluşumunda, Heidelberg Üniversitesi'nde kamu hukukçusu Johann Caspar Bluntschli'nin hem kurumsal hem de işleyişe yönelik önemli katkıları olmuştur. Gärditz, s. 4.

79 Sodan / Ziekow, s. 105; Bauer, s. 84; Schoch / Schneider / Bier, VwGO, Einleitung, Rn. 76.

80 Maunz / Dürig, Art. 92, Rn. 25.

81 Sodan / Ziekow, s. 106. Bazı yazarlara göre, Almanya'da modern idari yargının gelişimi Baden'de kurulan idare mahkemesiyle başlamıştır. Gärditz, s. 4; Bauer, s. 97.

82 Yüksek idare mahkemeleri Güney Almanya'da "Verwaltungsgerichtshöfe"; Kuzeyde "Oberverwaltungsgericht" olarak adlandırılmıştır.

83 Gärditz, s. 4; Scheuner, s. 718.

84 Lorenz, s. 10; Würtenberger, s. 21; Bauer, s. 88; Maunz / Dürig, Art. 92, Rn. 25. Bazı prensliklerde tek veya üç dereceli idare mahkemesi sistemi de kurulmuştu. Hufen, s. 27.

85 Memurlardan ve halktan oluşan 6-9 kişilik bir kurul (bölge senatosu) uyuşmazlık hakkında ilk kararı vermeye yetkiliydi. Bauer, s. 86

ların çalışma usulleri de idare mahkemelerinin yargısal usullerine benzetilmeye çalışılmıştır. Örneğin idari denetimi gerçekleştiren personele hukukî sorunlarda bağımsız karar verebilme yetkisi tanınmış ve halktan üyeler (Laienmitglieder) de kurallarda bir denge unsuru olarak yer almaya başlamıştır[86]. Mahkeme heyetlerinde hukukçu olmayan halktan kişilerin bulunması geleneği bugün de Alman idare mahkemelerinde devam etmektedir[87].

Bağımsız idare mahkemelerinin yargılama usulü kuralları oluşturulurken büyük ölçüde medeni yargılama usulündeki kurallardan yararlanılmış; ancak dava malzemesinin toplanması, tarafların dava üzerindeki tasarruf yetkisi gibi konularda farklı kurallar benimsenmiştir. Örneğin idare mahkemelerinde uyuşmazlıkların kamu menfaatiyle yakından ilgisi nedeniyle hâkimin, tarafların iddia ve delilleriyle bağlı olmadan maddî vaka ve delilleri re'sen araştırabileceği kabul edilmiştir[88]. İlerleyen dönemlerde prenslikler, idari yargılama usul sistemlerini daha ayrıntılı bir şekilde (yargılama ilkeleri, dava ve şikâyet çeşitleri, mahkemenin kontrolünün kapsamı, geçici hukukî koruma gibi konuları) düzenlemeye başlayarak bağımsız bir idari yargı sistemi oluşturmuşlardır[89].

C. İdari Yargı Denetiminin Kapsamı

Alman prensliklerinde kurulan bağımsız idare mahkemelerinin her birinde ana hatları itibariyle benzer sistemler benimsenmiştir. Bu mahkemelerin en önemli ortak noktası birçoğunun kapsamlı yargısal denetiminden yoksun olmasıdır. Yargısal denetimi sınırlayan başlıca üç husus bulunmaktaydı: Birincisi birçok prenslikte idari uyuşmazlıkların genel bir hüküm yerine sınırlı sayı ilkesiyle belirlenmesi; ikincisi idarenin takdir yetkisini kullandığı alanlarda nerdeyse hiç denetim yapılamaması ve sonuncusu da davacı olabilmek için hak ihlali şartının aranmasıdır.

Birçok Alman prensliğinde, idari yargının görev alanı sınırlı sayı ilkesiyle belirlenmişti ve özellikle de yükümlendirici tasarrufların yargısal denetimi sınırlıydı[90]. Sadece Württemberg ve Sachsen prensliklerinde idare mahkemeleri, idari uyuşmazlıklarda genel görevli yargı merci olarak kabul edilmişti.

İdare mahkemelerinin yargısal denetiminin kapsamını sınırlandıran bir diğer husus ise idarenin takdir yetkisinin denetimiyle ilgilidir. Zira kanunların idareye takdir yetkisi tanımış olduğu hallerde yürütmenin yargısal denetimden tamamen muaf olduğu kabul edilmişti. Böylece, idarenin kendisini hukukla bağlı

86 Ule, s. 3; Hufen, s. 27.

87 Helge Sodan / Jan Ziekow, **Verwaltungsgerichtsordnung**, 3. Auflage, Nomos, 2010, s. 239.

88 Kaufmann, s. 88. Aslında medeni yargılama usulüne hâkim olan taraflarca getirilme ilkesi kişi özgürlüğü ve irade serbestisine yani liberal anlayışa daha uygun olmasına rağmen; idari yargıda re'sen araştırma ilkesi benimsenmeye devam etmiştir.

89 Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung, Rn. 78.

90 Sodan / Ziekow, s. 106; Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung, Rn. 77.

saymadığı geniş bir hareket alanı ortaya çıkmıştır.

Üçüncü sınırlama ise dava açma yetkisinin bir hakkın ihlaline bağlanmış olmasıdır. 19. yüzyılda Alman idari yargı sisteminde, idare mahkemelerinin idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyen objektif bir kontrol mercii mi yoksa sadece kamusal hak ihlallerinde devreye giren bir makam mı olacağı çokça tartışılmıştır[91]. Bu konuda önceleri Güney Almanya ve Kuzey Almanya'da farklı sistemler benimsemiştir. Güney Almanya'da Baden, Bayern, Würtemberg ve Sachsen'de idari yargı "hak ihlallerine" karşı koruma sağlarken, Prusya ve diğer prensliklerde ise idari yargının amacı kişinin bir hakkının korunmasının yanında daha büyük değere sahip olan "hukuk düzeninin korunması" veya "idarenin hukuka bağlılığının denetimi" olarak kabul edilmiştir[92]. Menfaat veya hak ihlalinin korunduğu bu iki sistem arasında büyük bir zıtlık olmamakla birlikte hâkimin konumu, yargılama ilkeleri, yargılamanın kapsamı ve yargısal denetimin yoğunluğu açılarından bazı farklılıklar bulunmaktaydı[93].

Zaman içerisinde, diğer prensliklerde de Güney Almanya sistemi kabul görmüş ve dava açmak için hak ihlali şartı aranmıştır. Örneğin, 1883 yılında Prusya'da polis tasarruflarına karşı açılacak davalarda hak ihlali şartı aranmaya başlanmıştır. Bugün de Almanya'ya da idari yargının bireyin kamusal haklarını koruma amacının hukuk düzeninin yani idarenin eylem ve işlemlerinin kanuna uygunluğunu sağlama amacının üstünde olduğu genel olarak kabul edilmekte[94] ve dava açma yetkisi kural olarak bir hak ihlaline bağlı tutulmaktadır[95].

Alman idare hukukunun gelişimi açısından 19. yüzyılda kurulan idare mahkemelerinin önemi büyüktür. Bu mahkemeler bugün idari uyuşmazlıkların çözümünde benimsenen temel yargılama usul ilkelerini ortaya koydukları gibi, "kanuni idare" ilkesinin benimsenmesini de sağlamışlardır[96]. Wüttenberg'e göre, idare-

---

91 Bu dönemde iki önemli hukukçu Otto Bähr (1817-1895) ve Rudolf Von Gneist (1816-1895) hukuk devleti ve bağımsız idare mahkemeleri konusunda fikirleriyle ön plana çıkmışlardır. Bähr, devleti toplumun en üst kooperatif yapısı olarak görmüş ve bu düşünceden yola çıkarak 1864 yılında "hukuk devleti" isimli eserinde idarenin adliye mahkemeleri tarafından denetlenebileceğini savunmuş; klasik liberal anlayışı benimsemiş ve sübjektif hakların korunmasını ön planda tutmuştur. Buna karşılık, 1872 yılında Gneist "hukuk devleti" isimli eserinde idarenin yine idareye özgü ama yargısal usuller kullanan bir makam tarafından denetlenmesini savunmuştur. Gneist'a göre, adliye mahkemeleri idarenin kontrolü ve kamu hukukunun uygulanması fonksiyonlarını gereği gibi yerine getirmeye uygun değildir; idari yargının amacı kişilerin kamusal haklarının korunmasından ziyade idarenin hukuka uygunluğunun denetimini gerçekleştirmek olmalıdır. Hufen, s. 26. Gärditz, s. 3. Würtenberger, s. 20.

92 Menger, s. 727; Ule, s. 3; Birthe Pasemann, **Die Entwicklung des Schutzes subjektiver öffentlicher Rechte unter Berücksichtigung des europäischen Einflusses**, Peter Lang, 2005, s. 98-99; Würtenberger, s. 21; Gärditz, s. 5; Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung, Rn. 78.

93 Ule, s. 4.

94 Nieding, v. Bernd Markus, **Die Grundlagen des Rechtschutzes Dritter Im Französischen und Deutschen Umweltverwaltungsrecht**, Peter Lang, 1995, s. 196-197, Carl Ule, **Verwaltungsprozessrecht,** 9. Überarbeitete Auflage, C H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, s. 5.

95 Ayrıca bkz. Türkoğlu Üstün, s. 62 vd.

96 Unruh, s. 57-58; Hufen, s. 27.

nin yargısal denetime tabi olduğu bir hukuk devletinin oluşumunda ve gelişiminde idare mahkemelerinin ama özellikle de Prusya Yüksek İdare Mahkemesinin (Preußische Oberverwaltungsgericht) önemli rolü vardır[97]. Özellikle de 1882 yılında vermiş olduğu "Kreuzberg Kararı", bu dönemde Almanya'nın çeşitli bölgelerinde tekrar canlanan polis devleti uygulamalarını sınırlandırması açısından anılmaya değerdir. Bu kararda mahkeme kısaca polisin görevinin toplumun refahını sağlamak değil; toplumun tehlikelere karşı korunması olduğunu belirterek dava konusu yönetmeliği iptal etmiştir[98]. Bunun yanında, Prusya Yüksek İdare Mahkemesi kolluk yetkilerinin kullanılmasında ölçülülük ilkesini bir kriter olarak öngörmüş ve içtihatlarıyla bu ilkeyi geliştirmiştir[99].

19. yüzyıldaki bütün bu gelişmeler, devlet - toplum, kamu hukuku - özel hukuk ayrımını belirginleştirmiştir[100]. Bu dönemde Anayasa ve devletler hukukundan bağımsız bir idare hukuku öğretisi de oluşmaya başlamıştır. Yine de idare hukukunun anayasa hukukundan ayrı bir hukuk dalı olarak benimsenmesi ve diğer hukuk dalları gibi sistematize edilmesi 19. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşmiştir[101]. Almanya'da ilk kez 1831 yılında Rober v. Mohl devletler hukuku kitabının ikinci cildini "İdare Hukuku" olarak adlandırmıştır. 1887 yılında Otto von Sarwey'in "Genel İdare Hukuku" kitabı, idari organizasyon yanında idare hukuku öğretisi de içermiştir. 1895 yılında ise Otto Mayer, "Alman İdare Hukuku" isimli kitabında idare hukukunu ilk kez sistemli ve hukuk politikasıyla ilişki kurarak ele almıştır. Kitabında Fransız idare hukuku teorisini benimsemiş olan Mayer, Fransız sistemini bazı değişikliklerle Alman sistemine uyarlamıştır. İdare hukuku bu dönemde medeni hukuk gibi pozitivist bir çizgiye girmiştir[102].

III. WEIMAR CUMHURİYETİ DÖNEMİNDE İDARİ YARGI

1866 yılında Alman Konfederasyonu'nun dağılmasından sonra merkeziyetçi ve güçlü bir imparatorluk olan Prusya'da, Başbakan Bismarck Kuzey Alman Birliği'ni (Nordeutscher Bund) kurmuştur. 1870-71 yıllarında Franco-Alman savaşlarından sonra Güney Almanya prensliklerinin de bu birliğe katılmasıyla federal yapıdaki bu birlik Alman İmparatorluğu'nu (Deutsches Reich) adını almış-

97 Wüttenberg, 22; Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung, Rn. 77; Berlin Polis Başkanlığı, Kreuzberg'deki zafer anıtının şehrin her yerinden görünür olmasını sağlamak ve estetiğini korumak amacıyla bir düzenleme çıkararak bölgedeki binaların inşaatına ilişkin bazı sınırlamalar getirmiştir. Prusya Yüksek İdare Mahkemesi, inşaat yasağı getiren bu düzenlemenin özel bir kanuna dayanmadığını ve bunun genel kanuna da dayandırılamayacağını; çünkü bu kanunda polisin görevinin tehlikeyi önlemek olarak belirlenmiş olduğunu, estetik nedeniyle mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının bu kapsamda olmadığını ifade ederek ilgili düzenlemeyi iptal etmiştir. Schmidt-Assmann Ebehard / Schoch Friederich, **Besonderes Verwaltungsrecht**, 14. Auflage De Gruyter, 2008, s. 133.

98 Schmidt, s. 3.

99 Hufen, s. 27.

100 Warncke, s. 871.

101 Wallerath, s. 53.

102 Schröder, s. 138; Unruh, s. 20.

tır[103]. Ancak İmparatorluğun 1918 yılında I. Dünya Savaşı'nı kaybetmesi üzerine monarşi lağvedilmiş; halk egemenliğine dayanan Weimar Cumhuriyeti kurulmuş ve 1919 yılında liberal bir yapıda olan Weimar Anayasası kabul edilmiştir.

Savaş sonrasına denk gelen bu dönem siyasi kutuplaşmalar ve iç karışıklarla geçmiş; ancak aynı zamanda toplumdaki ekonomik ve sosyal dönüşüm ile teknolojik gelişmeler devletin daha çok alanda faaliyet göstermesine sebep olmuş; idarenin görevleri ve dolayısıyla maddî idare hukuku önemli derecede genişlemiştir[104]. Weimar Anayasası'nın imparatorluk ve eyaletlerde, kişileri idari makamların eylem ve işlemlerinden korumak için idare mahkemelerinin kurulmasını öngörmesi idari yargı-adli yargı ayrımının tam olarak benimsendiğini göstermesi açısından önemlidir (Art. 107)[105]. Böylece Weimar Cumhuriyetini oluşturan eyaletlerde[106] ilk ve orta dereceli idare mahkemeleri kurulmaya başlanmıştır[107]. Ancak her eyalette idari yargılama usulü farklı kurallara tabi olmuş ve bazı eyaletlerde ilk derece idare mahkemeleri kurulamamıştır[108]. Bu dönemde halen birçok eyalette idari yargının görev alanının sayma yoluyla belirlenmiş olması ve özellikle iptal davalarının kapsamının yükümlendirici idari işlemlerle sınırlı tutulması hukuk devleti gereksinimleriyle uyuşmamaktaydı[109]. Ülke çapında uygulanacak bir idari yargı sisteminin ve idari yargılama usulünün oluşturulmasına ve eyalet mahkemeleri arasında içtihat birliği sağlayacak bir Federal İdare Mahkemesine ihtiyaç vardı[110]. Ancak savaş sonrası bu dönem ideolojik kutuplaşmalar ve ekonomik sorunlarla geçmiş idari yargı alanında yapılmak istenen reformlar hayata geçememiştir[111]. Yine de bu dönemde idari yargının adli yargının bir parçası olmadığı, kendi başına idari uyuşmazlıkları çözmekle yetkili bağımsız bir idari yargı yolu olduğu kesin olarak kabul görmüştür[112].

Anayasa gereği 1922 yılında ülke çapında yetkili Cumhuriyet idare mahkemelerinin kuruşuna ilişkin kanun tasarısı hazırlanmıştır[113]. Bu tasarıya özellikle ünlü kamu hukukçuları Walter Jellinek ve Fleiner'ın önemli katkıları olmuştur. Örneğin Fleiner idari yargının bir yargı kolu olduğunu ve bir hukuk devletin-

103 Robbers, s. 34.
104 Grawert, s. 38; Hähnchen, s. 419.
105 Maunz / Dürig, Art. 92, Rn. 25; Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung, Rn. 80.
106 Muratoğlu, Tükçe'deki "eyalet" kelimesinin Almanya'daki federe devleti ifade etmekte yetersiz olduğu görüşündedir. Zira yazara göre, Almanya'da federal devletin ve üye devletlerin her birinin Anayasası, kamu tüzel kişiliği; devlet teşkilatı ve yasama, yürütme ve yargı alanında faaliyette bulunma yetkisi vardır. Yazara göre bu statü gereği eyalet yerine "federe devlet" ifadesini kullanmak daha doğrudur. Muratoğlu, s. 304-305. Ancak çalışmamızda yaygın kullanımı nedeniyle "federe devlet" yerine "eyalet" kelimesini tercih ettik.
107 Lorenz, s. 11. Ayrıca bu dönemde birçok özel görevli idare mahkemesi de kurulmuştur. Kaufmann, s. 97.
108 Warncke, s. 874; Hufen, s. 29.
109 Hufen, s. 29.
110 Hufen, s. 27; Sodan / Ziekow, s. 106; Gärditz, s. 6.
111 Grawert, s. 54.
112 Sodan / Ziekow, s. 107.
113 Menger, s. 729.

de kişiye kendisine yönelik yükümlendirici idari tasarruflara karşı mahkemeye başvurma hakkı tanınması gerektiğini; Jellinek ise idari yargının idare hukukuna ilişkin sübjektif hak ihlallerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları karara bağlayan bir yargı kolu olduğunu savunmuştur[114].

IV.NASYONAL SOSYALİZM DÖNEMİNDE İDARİ YARGI

Almanya'daki siyasi istikrarsızlık ve 1930'lu yıllarda yaşanan Büyük Bunalım, Nasyonal Sosyalist İşçi Partisi (NSDAP) bünyesinde örgütlenen Nasyonal Sosyalistlerin (Nazilerin) 1933 yılında iktidara gelmesine yol açmıştır. Üçüncü İmparatorluk olarak da adlandırılan Nazi iktidarı döneminde büyük hukuk ve insan hakları ihlalleri yaşanmış; hukuk devleti anlayışı aşırı pozitivist bir yaklaşımla anlamını yitirmiştir[115].

Bu dönemde idari yargı, ortadan kalkmamış; ancak varlığı tartışılır hale gelmiş, içerik ve temel kavramları anlam değiştirmiş[116]; idari yargının hukuk devleti ile kişi hak ve özgürlüklerini koruma işlevi sınırlandırılmıştır. Toplum yararı kişisel menfaatlerin üstünde görüldüğünden[117] o zamana kadar Almanya'da kabul görmüş olan idari yargının "kişinin sübjektif haklarının korunması" amacı yerine mevcut hukuk düzeninin korunması amacı ön plana çıkmıştır[118]. İdari yargı hâkiminin "Führer"in belirlediği kamu menfaati ve buna göre şekillenen toplum düzenini (völkische Ordnung) koruması beklenmiştir[119].

İdari yargı denetimi politik yönü bulunmayan konularda devam etmiş; ama hukuk devleti ilkesine aykırı olan ve politik yönü bulunan emirlerin veya düzenleyici işlemlerin iptal davası yoluyla yargısal denetime konu edilmesi yasaklanmıştır[120]. Örneğin Alman vatandaşlığının kaldırılması işlemlerine ve yabancılar polisinin tasarruflarına karşı yargısal denetime başvurulması yasaklanmıştır[121]. Daha da ötesi, gizli devlet polisinin tasarruflarına karşı üst makamlara itiraz yolu bile kapatılmıştır. Bu dönemde idarenin takdir yetkisinin içeriğini belirlemekte

---

114 Ule, s. 4; Grawert, s. 36.

115 Loughlin, s. 321. Bu dönemde "Kanun kanundur"; içeriği ne olursa olsun uygulanmalıdır anlayışı baskın olmuştur.

116 Stolleies, s. 58; Maunz / Dürig, **GG**, Art. 92, Rn. 26.

117 Würtenberger, s. 23; Hufen, s. 30; Kaufmann, s. 103.

118 Ule, s. 4.

119 Michael Stollies, "Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus", **Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburstag: System des verwaltungsrechtlichen Rechtschutzes**, Carl Heymanns Verlag KG, 1985, s. 58. Nazi iktidari döneminde kullanılan "Völkische Ordnung" kavramı temelini Hitler'in değerlerinden alan ve her ne kadar pozitif hukuka bağlılık esas olsa da kanunların yorumlanmasında ve uygulanmasında ideolojik değerlerin ön planda tutulduğu bir devlet düzenini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Burkhard Koch, **Rechtsbegriff und Wiederstandsrechts**, Duncker und Humblot, 1985, 103 vd.. Ayrıca bkz. Michael Stolleis, "Law and Lawyers Preparing the Holocaust", **The Annual Review of Law and Social Science**, 3-213-31, s. 221. (https://www.annualreviews.org/journal/lawsocsci)

120 Schröder, s. 191.

121 Stolleies, s. 65; Würtenberger, s. 23.

kullandığı kamu düzeni, kamu yararı, genel ahlak gibi içeriği belirsiz kavramlar nasyonal sosyalist ideolojiyle uyumlu bir şekilde yorumlanmıştır[122].

Her şeye rağmen bu dönemde bazı eyaletlerde idare mahkemeleri mümkün olduğu kadar "liberal hukuk devleti" ilkesine uyumlu kararlar vermişlerdir[123]. Buna karşılık, hukukçuların büyük bir kısmı aşırı pozitivist bir yaklaşımla kanuna sıkı sıkıya bağlı kalmış ve dönemin insanlık dışı uygulamalarına seyirci kalmışlardır[124]. İkinci Dünya Savaşı'nın hemen başında ise 28 Ağustos 1939 tarihli Führer Kararnamesi'yle idari yargı denetimi daha da kısıtlanarak kişilerin idari dava açmadan önce idareye başvurması zorunluluğu getirilmiştir[125]. Buna göre sadece şikâyette bulunulan idari makam uygun bulursa idari yargıda dava açılması mümkündü[126].

Bu dönemde, idare mahkemeleri yeniden yapılandırılarak idari fonksiyonla idari yargının tamamen ayrılması sağlanmıştır[127]. Bunun dışında, 3 Nisan 1941 tarihli bir başka "Führer" Kararnamesi ile Prusya Yüksek İdare Mahkemesi (OVG), Viyana İdare Mahkemesi ve diğer bazı yüksek idare mahkemeleri birleştirilerek "İmparatorluk İdare Mahkemesi" (Reichsverwaltungsgericht) kurulmuş ve Weimar Cumhuriyeti döneminde hedeflenen ama bir türlü gerçekleştirilmeyen idari yargı reformu bir bakıma gerçekleştirilmiştir[128]. Ancak esasen, çeşitli idare mahkemelerinin birleştirilmesi savaş nedeniyle personel tasarrufu sağlamak amacından öteye hizmet etmemekteydi[129].

Nasyonal Sosyalizm döneminde Almanya'da yaşanan hukuk devleti ve insan hakları ihlalleri, bu dönemde idari hâkimlerin önlerine gelen uyuşmazlıklardaki yaklaşımları, "hukuki pozitivizm" kavramının tartışılmasına yol açmıştır. Nitekim savaş sonrasında Alman hukukçuları da adalet düşüncesine aykırı bir kanunun geçerli olmayacağını, Nazi rejimine ait kanunların da bu nedenle geçerli olmadığını ileri sürmeye başlamıştır [130]. Yine de açıkça etik olmayan bir hukuk kuralının bağlayıcı olup olmadığı tartışmasında pozitivist görüş bugün de üstünlüğünü korumaya devam etmektedir.

---

122 Würtenberger, s. 23.

123 Bunların başında Prusya Yüksek İdare Mahkemesi ile Baden ve Württemberg İstinaf Mahkemeleri gelmektedir. Stolleies, s. 70-74.

124 Schröder, s. 195.

125 Schoch / Schneider / Bier, **VwGO,** Einleitung, Rn. 81.

126 Christian Friedrich Menger, "Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland", **Die Öffentliche Verwaltung**, S. 19-20, 1963, s. 729; Würtenberger, s. 23.

127 Menger, s. 729.

128 Stollies, s. 69; Lorenz, s. 12.

129 Menger, s. 729; Schoch / Schneider / Bier, **VwGO**, Einleitung, Rn. 81.

130 Robbers, s. 5. Nolte, bu konuda Weimar Cumhuriyeti'nde önde gelen hukuki pozitivistlerden olan Gustav Radbruch'u örnek vermektedir. Nolte, s. 200.

V. II. DÜNYA SAVAŞI SONRASINDA İDARİ YARGI

1945 yılında İkinci Dünya Savaşını kaybederek koşulsuz teslim olan Almanya, savaşın sona ermesiyle birlikte dört işgal bölgesine ayrılmıştır. Her işgal bölgesinde ilk iş Nasyonal Sosyalist ideolojiyi taşıyan her türlü hukukî tasarrufu ortadan kaldırmak ve yeni bir hukuk sistemi kurmak olmuştur[131]. 1949 yılında Batı ile Sovyetler Birliği arasındaki gerilimin artması üzerine Britanya, Fransa ve ABD işgal bölgelerinde Federal Alman Cumhuriyeti; Sovyet bölgesinde ise Alman Demokratik Cumhuriyeti (ADC) kurulmuştur.

3 Ekim 1990'da Doğu ve Batı Almanya birleştikten sonra da Batı Almanya'daki liberal hukuk sistemi varlığını sürdürmüştür. Bugünkü Alman hukuk sistemi 1949 yılında kurulan Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası'na dayanmaktadır. Bu nedenle Almanya Federal Cumhuriyeti'ne ilişkin yapacağımız açıklamalar bugünkü Alman idari yargı sisteminin temel özellikleri hakkında da bilgi vermektedir.

A. Doğu Almanya

Sovyet işgali altındaki bölgelerde idare mahkemeleri 1946 yılından itibaren yargısal denetim yapmaya başlamıştır. Ancak zamanla idari yargının görev alanı daraltılmaya başlanmış ve 1952 yılında bir yasayla idare mahkemeleri etkisiz hale getirilmiş ve nihayet 1968 ADC Anayasası'nda idari yargı kaldırılmıştır[132]. İdari yargının kaldırılmasının en önemli gerekçeleri olarak, yargı yerlerinin idareyi denetlemesinin Marksist-Leninist ideolojinin kuvvetler birliği anlayışına uygun düşmemesi[133] ve idare mahkemelerinin verdikleri kararlarda kamu hukuku - özel hukuk ayrımını vurgulayarak sosyalist toplum düzenini değil; "kişi hakları"nı ön plana çıkarması gösterilmiştir[134]. Yine de kişilerin idareye başvurabilme hakkı kabul edilmiştir. Daha sonraki dönemlerde de kişilerin idareye başvuru ve itirazda bulunabilme hakları arttırılmıştır[135]. Özellikle 1970'li yılların ortasında idari tasarrufların yargısal denetime tabi tutulmasına yönelik bir eğilim oluşmuş ve 1988 yılında bir kanunla sınırlı sayıda bazı tasarruflar yargısal denetime açılmıştır. Son olarak, 1990 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliği ile kişi haklarına idare tarafından gerçekleştirilen ihlallere karşı yargı yolunun açık olduğuna ve hâkimlerin bağımsızlığına ilişkin temel hükümler ADC Anayasası'na girmiş ve böylece birleşme öncesi Batı Almanya ile bir anayasal bir uyum sağlanmaya çalışılmıştır.

---

131 Ancak, eski sistemin tasfiyesi ve yeni sistemin kuruluşunda personel konusunda, Nasyonal Sosyalist hiyerarşide yer almamış ve bu ideolojiye hizmet etmemiş hâkim ve memur bulmak mümkün olmamış, bu kişiler sisteme yeniden dahil edilmiştir. Schröder, s. 198.

132 Schoch / Schneider / Bier, **VwGO,** Einleitung, Rn. 86.

133 Würtenberger, s. 24.

134 Stephan Meder, **Rechtsgeschichte: Eine Einführung**, 3. Überarbeitete und ergänzte Auflage, Böhlau Verlag, 2008, s. 387.

135 Würtenberger, s. 25.

B. Batı Almanya - Almanya Federal Cumhuriyeti

Savaş sonrası işgal bölgelerine ayrılan Batı Almanya'da 1946 yılından itibaren idare mahkemeleri yeniden kurulmaya başlanmış; ancak her işgal bölgesinde kendine özgü bir sistem benimsenmiştir.

1949 yılında kabul edilen Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası'na resmi olarak "anayasa" (Verfassung) değil, "temel kanun" (Grundgesetz) adı verilmiştir; çünkü bu dönemde Almanya'nın yeniden birleşeceği ve o zaman bütün ülkeyi kapsayan bir anayasanın yürürlüğe gireceği umut edilmiştir[136]. Ancak Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesi nispeten uzun bir zaman sonra 3 Ekim 1990 yılında gerçekleşmiştir. Birleşmeyle Batı Almanya'nın liberal hukuk sistemi bütün ülkeye hâkim olmuştur.

1949 tarihli Alman Anayasası'nın 19'uncu maddesinin dördüncü paragrafı, Alman idari yargısının kilit taşı niteliğindedir[137]. Bu madde, kamu otoritesi tarafından hakkı ihlal edilen herkese hukukî koruma sağlamayı garanti etmektedir. Bu koruma genel ve sübjektif hak ihlali merkezli olarak sağlanmaktadır. Böylece hiçbir sınırlama olmadan idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yoluna başvurma hakkı Anayasa'da güvence altına alınmıştır.

Alman idari yargı sistemi, idarenin hukuka uygunluğunun denetiminden ziyade idarenin haksız eylem ve işlemleri karşısında kişilere etkili bir yargısal koruma sağlamayı da amaçlamaktadır[138]. Bunda hukuk devleti ilkelerini yok sayan ve insan hak ve özgürlüklerini en derin şekilde ihlal eden Nazi Rejiminin 12 yıllık iktidarında yaşananların rolü büyüktür[139].

İlk taslağı 1952 yılında hazırlanan ve üzerinde sekiz yıl çalışıldıktan sonra 1960 yılında bütün eyaletlerde uygulanmak üzere yürürlüğe giren İdari Mahkemeler Kanunu (Verwaltungsgeichtsordnung - VwGO) Alman idari yargılama usulünün temel kanunudur[140]. Oldukça sistemli ve ayrıntılı bir kanun olan VwGO, Alman hukukunun pozitivist yapısını da ortaya koymaktadır[141]. Medeni usul kanunu, nasıl her türlü usul kuralını açıkça düzenlemişse, VwGO da idari yargılama usulüne ilişkin bütün kuralları ayrıntılı olarak ele almıştır. Yine de VwGO'da hüküm bulunmayan hallerde başvurulması için Mahkemelerin Kuruluşu Hakkındaki Kanun ile Medeni Usul Kanunu'na genel bir atıf da yapıl-

136 Robbers, s. 35.
137 Gärditz, s. 7; Hufen, s. 32.
138 Türkoğlu Üstün, s. 67.
139 Fromont, s. 111.
140 Bu tarihten sonra da kanun sık sık değişikliklere uğramıştır. Özellikle önemli değişiklikler idari usul kanunun yürürlüğe girmesiyle kanunları uyumlaştırma ve 1990 yılından sonra Doğu ve Batı Almanya'nın birleşmesiyle ortaya çıkan usul ekonomisi gereksinimini karşılama amacıyla gerçekleşmiştir.
141 Fred Bopp, **Die Untersuchungsmaxime im deutschen und französischen Verwaltungsprozeß.** Hogl, 1969, s. 14.

mıştır (§ 173 VwGO). Ayrıca bazı maddelerde diğer federal kanunlara ve eyalet kanunlarına atıflar vardır.

Almanya'da idare mahkemeleri, idari makamlardan tamamen ayrılmış ve kamu hukuku alanında faaliyet gösteren bağımsız yargı yerleri olarak düzenlenmiştir. Almanya'da idari yargı, üç dereceli bir yapıya sahiptir (§ 2 VwGO). İlk derecede eyalet çapında yetkili genel görevli idare mahkemeleri (Verwaltungsgerict); ikinci derecede yine eyaletler çapında yetkili ve ilk derece mahkemesi olarak da görevli bulunan istinaf mahkemeleri olarak nitelendirebileceğimiz yüksek idare mahkemeleri (Oberverwaltungsgericht / Verwaltungsgerichtshof) vardır. İdari yargının en üstünde ise Leipzig şehrinde bulunan ve bazı uyuşmazlıklarda ilk derece mahkemesi olarak da görev yapan temyiz merci Federal İdare Mahkemesi (Bundesverwaltungsgericht) bulunur[142].

VwGO'ya göre, idare mahkemeleri federal kanunlarca açıkça başka bir mahkeme görevli kılınmadıkça Anayasa hukukuna ilişkin olmayan kamu hukuku alanındaki bütün uyuşmazlıklarda görevlidir (§ 40). Davacı olabilmek için bir hak ihlali şartı aranmaktadır. Bugün Alman doktrininde genellikle, idari yargının bireyin sübjektif haklarını koruma amacının öncelikli olduğu; ama bunu gerçekleştirirken de idarenin kanuna bağlılığının denetlendiği ve hukuk devletinin gerçekleşmesine hizmet ettiği kabul edilmektedir[143].

VwGO'da birden çok idari dava türü bulunmaktadır. İdari işlemin geçmişe etkili olarak hukuk düzeninden kaldırılması için iptal davası (Anfechtungsklage); yapılması reddedilen veya ihmal edilen bir idari işlemin yapılması için ödev davası (Verpflichtungsklage) [144]; bir hukukî ilişkinin varlığının, yokluğunun veya bir idari işlemin geçersizliğinin tespiti için tespit davası (Feststellungsklage); düzenleyici işlemlerin iptali için norm denetimi davası (Normenkontrollverfahren) ve idarenin bir davranışta bulunmaya zorlamak üzere (kanunda açıkça zikredilmese de) edim davası (Leistungsklage) düzenlenmiştir. Bunun dışında tarihi bir gelenek olarak idari sözleşmelerden kaynaklanmayan mülkiyet hakkının ihlaline dayanan tazminat taleplerinde adliye mahkemeleri görevlidir (Art. 14 III GG; § 40 Abs. 2 VwGO).

142 Alman idari yargı teşkilatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Kent, "Almanya'da İdari Yargı Teşkilatı", **SÜHFD**, 15(2), 185 vd.

143 Buna karşılık düzenleyici işlemlerin iptali için açılan norm denetimi davaları (Normenkontrollverfahren) ile çevrenin korunmasına ilişkin toplulukların açtığı iptal davaları objektif hukuka uygunluk denetiminin ön plana çıktığı davalardır. Alman ve Fransız idari yargı sistemlerinde hak ve menfaat ihlali kavramlarının karşılaştırılması için bkz. Sabine Schlacke, **Überindividueller Rechtschutz: Phänomenologie und Systematik überindividueller Klagebefugnisse im Verwaltungs- und Gemeinschaftsrech, Insbesondere am Beispiel des Umweltrechts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, 38 vd.; Bernard Marcus Nieding, **Die Grundlagen des Rechtsschutzes Dritter im französischen und deutschen Umweltverwaltungsrecht**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995.

144 Alman idari yargılama usulünde iptal ve ödev davaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğu Perinçek, "Federal Almanya İdari Yargısında İptal ve Ödev Davaları", **AÜHFD**, 22(1), s. 171 vd.

İdari yargılama usulüne hâkim olan ilkeleri, tasarruf ilkesi, re'sen araştırma, teksif, sözlülük ve delillerin doğrudanlığı olarak sıralayabiliriz[145]. Alman idari yargılama usulünde özellikle "sözlülük" ilkesine Fransız idari yargılama usulünün aksine oldukça önem verilmiş ve kanunda sözlü yargılamaya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır (§ 101-105 VwGO). Duruşma yapılmadan karar verilmesi mümkün olduğu halde, tarafların adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi açısından yargılamalar çoğunlukla duruşmalı yapılmaktadır. Ayrıca hâkimin tanık dinlemesi de mümkündür.

Alman idari yargılama usulü bugün hem teknolojik gelişmelere ayak uydurmuş hem de hızlı ve etkin bir yargılamayı gerçekleştirmeyi başarmıştır. Özellikle de idari yargılama usulünün iş yükünün azaltılması ve hızlandırılması amacıyla yapılan reformların amacına ulaştığı görülmektedir. Örneğin Alman idare mahkemeleri son yıllarda yüksek oranlarda AİHS'nin 6'ncı maddesindeki makul süre şartını aşmadan hüküm verebilmektedir[146]. Ayrıca belirtmek gerekir ki idari usul kurallarının tek çatı altında toplandığı Alman İdari Usul Kanunu'nun (Verwaltungsverfahrensgesetz), idari usule ilişkin ayrıntılı düzenlemelerinin bireye sağladığı hukukî koruma ve idareye yapılan itiraz başvurusunun (Widerspruchsverfahren) etkili şekilde sonuçlandırılması da idari uyuşmazlıkların bir kısmının idari yargı önüne gelmeden halledilmesinde ve dolayısıyla idari yargının iş yükünün azaltılmasında önemli bir role sahiptir. Son yıllarda popülerliğini iyice arttıran alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinden uzlaşmaya da kanunda yer verilmiştir (§ 106 VwGO).

SONUÇ

Almanya'da henüz 16. yüzyılda, uyrukların İmparatorluk Mahkemesinde feodal beylerin tasarruflarına karşı dava açabilmesi imkânı sağlanmış ve imparatorluğu oluşturan prenslikler süreç içerisinde idari tasarrufların denetimini kısıtlamaya çalışsa da İmparatorluk Mahkemesi 1806 yılına görevine devam etmiştir. Yine de bu süreçte ağırlıklı olarak, idari tasarruflardan kaynaklanan uyuşmazlıkların, idare içinde çözülmesi gerektiği kabul edilmiştir. 1789 Fransız İhtilali sonrası dönemde ise, önceleri Fransız idari yargı sisteminden etkilenilmiş; ama 1863 yılından itibaren Alman Konfederasyonunu oluşturan devletlerin bağımsız idare mahkemelerini kurmasıyla Almanya'da idari yargı tarihi kendine özgü bir yönde ilerlemiştir. 19. yüzyılın ikinci yarısında yaşanan Napolyon işgaline ve Fransız üstünlüğüne bir tepki olarak, Almanlar Fransız hukuk kurumlarının iktibasını reddetmiş ve bu dönemde üniversitelerin kendine özgü bir hukuk sistemi oluşturma gayretleri sonuç vermiştir. Bu bakımdan Almanya'da idari yargının ortaya

[145] Alman idari yargılama usulüne hâkim olan yargılama ilkeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Türkoğlu Üstün, s. 238, 324, 361.

[146] Hufen, s. 36.

çıkış süreci Almanya'nın tarihi, politik ve anayasal koşullarıyla uyum içindedir. Nitekim bugün Alman idari yargı kitaplarında "idari yargı tarihi" başlığı altında Fransız idari yargısından hiç bahsedilmemektedir.

Weimar Anayasası dönemindeki şekli hukuk devleti anlayışı ve bununla bağlantılı olarak 1933-1945 yılları arasındaki insan hakları ve hukuk devleti ihlalleri karşısında idari yargının işlevsiz kalışı, idari yargının gelişim sürecinde bir kırılma noktasıdır. 1949 yılında Almanya Federal Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra kişinin idare karşısında korunmasına özel önem verilmiştir[147]. Bugün Alman idari yargı sisteminin Fransız sisteminden ayıran en önemli iki fark Alman idari yargılama usulünde, idari yargı yerlerinin idari teşkilattan tamamen ayrılmış olması ve idarenin hukuka uygunluğunu sağlama amacı değil; kişi haklarının idare karşısında korunması amacının ön planda olmasıdır. İdare mahkemelerinin öncelikli olarak kişi hak ve hürriyetlerini koruma amacı gütmesi, idari yargılama usulü kurallarının da oldukça ayrıntılı ve sistemli bir şekilde kanunda düzenlenmesini gerektirmiştir[148]. Bu kapsamda idari yargıcın verebileceği karar sayısı geniş tutulmuş, hâkime tam ve etkin bir hukuki koruma sağlamak üzere çeşitli tedbirler alma yetkisi verilmiştir. Nitekim bugün Alman idari yargı sistemi "hak ihlali" koşuluna rağmen kişiye oldukça kapsamlı bir yargısal koruma sağlamakta; Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla uyumlu bir şekilde idari yargılama usul kanunu revize ederek geliştirmektedir.

147 Fromont, s. 93.

148 Schlacke, 58; Pasemann, 241-244; Claus Grabenwarter, **Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit**. Wien: Springer, 1997, 191-193.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Gül, **Siyasi Tarih**, Seçkin, 2015.

Armaoğlu, Fahir, **20. Yüzyıl Siyasi Tarihi (1415-1995)**, Timaş, 2014.

Bauer, Ina, **Von der Administrativjustiz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit: Die Entwicklung des Rechtsschutzes auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts in Baden im 19. Jahrhundert**, Pro Universitate Verlag, 1996.

Bopp, Fred, **Die Untersuchungsmaxime im deutschen und französischen Verwaltungsprozeß,** Hogl, 1969.

Erichsen, Hans Uwe, **Vefassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß**, Athenäum Verlag, 1971.

Fromont, Michael, "Die Annäherung der Verwaltungsgerichtsbarkeiten in Europa", **Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht**, 2003.

Gärditz, Klaus, F., **Verwaltungsgerichtsordnung,** Carl Heymann's Verlag, 2013.

Grabenwarter, Claus, **Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit**. Wien: Springer, 1997, s. 191-193.

Grawert, Rolf, "Verwaltungsrechtsschutz in der Weimarer Republik", **Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburstag: System des verwaltungsrechtlichen Rechtschutzes**, Carl Heymanns Verlag KG, 1985, s. 35-55.

Güven, Koray, "Hukuk Çevreleri Ayrımında Alman Hukuku'nun Yeri ve Temel Özellikleri", **AÜHFD**, 65 (3), 2016, 837-891.

Hufen, Friedhelm, **Verwaltungsprozessrecht**, 8. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2011.

Jellinek, Walter, **Verwaltungsrecht**, Springer, 1931.

Karahanoğulları, Onur, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, Turhan Kitabevi, 2015.

Kaufmann, Manfred, **Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit,** Mohr Siebeck, 2002.

Kent, Bülent, "Almanya'da İdari Yargı Teşkilatı", **SÜHFD**, 15(2), 185-214.

Burkhard Koch, Rechtsbegriff und Wiederstandsrechts, Duncker und Humblot, 1985.

Loughlin, Martin, "Rechtsstaat, Rule of Law, l'Etat de droit" in Foundations of Public Law, Oxford, 2010, s. 312-341.

Maunz, Thedor / Dürig, Günter, **Grundgezsetz: Kommentar**, 70. Ergänzungslieferung, Beck, 2013, (Çevrimiçi: www.beck-online.beck.de).

Meder, Stephan, **Rechtsgeschichte: Eine Einführung**, 3. Überarbeitete und ergänzte Auflage, Böhlau Verlag, 2008.

Menger, Christian Friedrich, "Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland", **Die Öffentliche Verwaltung**, 1963, s. 726-729.

Muratoğlu, Tahir, "Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Devlet Yapılanması", **GÜHFD**,

18(2), 291-366.

Nieding, v. Bernd Markus, **Die Grundlagen des Rechtschutzes Dritter im französischen und deutschen Umweltverwaltungsrecht**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1995.

Nolte, Georg, "General Principles of German and European Administrative Law: A Comparison in Historical Perspective", **The Modern Law Review**, 57(2), 1994, s. 191-212.

Pasemann, Birthe, **Die Entwicklung des Schutzes subjektiver öffentlicher Rechte unter Berücksichtigung des europäischen Einflusses**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2005.

Perinçek, Doğu, "Federal Almanya İdari Yargısında İptal ve Ödev Davaları", **AÜHFD, 22(1)**, 165-214.

Robbers, Gerhard, **An Introduction to German Law**, 5. Edition, Nomos, 2012.

Rüfner, Wolfgang, "Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit", **Die Öffentliche Verwaltung**, S. 19-20, 1963, s. 719-726.

Rüfner, Wolfgang, "Verwaltungsrechtsschutz in Preußen im 18. und in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts", **Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburstag: System des verwaltungsrechtlichen Rechtschutzes**, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1985, s. 3-34.

Sander, Oral, **Siyasi Tarih**, 14. Baskı, İmge Kitabevi.

Scheuner, Ulrich, "Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf die Deutsche Rechtsentwicklung", **Die Öffentliche Verwaltung**, S. 19-20, 1963, s. 714-719.

Schlacke, Sabine. **Überindividueller Rechtschutz: Phänomenologie und Systematik überindividueller Klagebefugnisse im Verwaltungs- und Gemeinschaftsrech, Insbesondere am Beispiel des Umweltrechts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, 38 vd.

Schmidt, Rolf, **Besonderes Verwaltungsrecht II: Polizei und Ordnungsrecht, Versammlungsrecht, Verwaltungsvollstreckungsrecht, Gewerberecht**, 10. Auflage, Verlag Dr. Rolf Schmidt, 2006.

Schmidt-Assmann Ebehard / Schoch Friederich, **Besonderes Verwaltungsrecht**, 14. Auflage, De Gruyter, 2008.

Schoch, Friedrich / Schneider, Jens Peter / Bier, Wolfgang, **Verwaltungsgerichtsordnung (WvGO) Kommentar,** 24. Ergänzungslieferung, Verlag C. H. Beck, 2012.

Schröder, Rainer, **Rechtsgeschichte**, Alpmann Schmidt, 2013.

Sodan, Helge / Ziekow, Jan. **Verwaltungsgerichtsordnung**, 3. Auflage, Nomos, 2010.

Stolleis, Michael, "Law and Lawyers Preparing the Holocaust", **The Annual Review of Law and Social Science**, 3-213-31, s. 221-240 (Erişim: 05.08.2019; https://www.annualreviews.org/journal/lawsocsci)

Stollies, Michael, "Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus", **Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburstag: System des verwaltungsrechtlichen Rechtschutzes**, Carl Heymanns Verlag KG, 1985, s. 57-80.

Türkoğlu Üstün, Kamile, **İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler**, Seçkin, 2019.

Ule, Carl. **Verwaltungsprozessrecht,** 9. Überarbeitete Auflage, C H. Beck'sche

Verlagsbuchhandlung, 1987

Unruh, v. Gerorg Christoph, **Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat: Probleme und Entwicklung**, Maximilian Verlag, 1984.

Wallerath, Maximilian, **Allgemeines Verwaltungsrecht: Lehrbuch**, 6. Auflage, ESV, 2009.

Warncke, Friedrich, "Entwicklung und Gestaltung des Rechtschutzes im Deutschen Verwaltungsprozess im Hinblick auf die Lehre vom Streitgegenstand", **Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts**, Band II, Verlag Franz Vahlen, 1956, s. 869- 893.

Würtenberger, Thomas, **Verwaltungsprozessrecht,** 3. Auflage, C. H. Beck, 2011.

Yeliseyeva, N. V. / Manfred, A. Z., **Yakın Çağlar Tarihi**, Konuk Yayınları, 3. Baskı, 1978.

"GENEL AHLAK" KAVRAMININ BELİRSİZLİĞİNİN AŞILMASI VE İDARİ KOLLUK DÜZENLEMELERİNDE SOMUTLAŞTIRILMASI

Pınar Yaşar Şatıroğlu*

GİRİŞ

İdari kolluk faaliyetleri sırasında; tesis edilen işlemler ve gerçekleştirilen eylemler sırasında *hukuk kuralına ve bu kuralın uygulanmasına ilişkin belirsizlik*; hukuk devletinin gereği olan hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerini tehlikeye düşürebilmektedir. Bu hukuki belirsizlik durumu[1] iki farklı durumda ortaya çıkabilmektedir.[2] Birinci durumda mevzuatın anlaşılması konusunda herhangi bir tereddüt olmayıp, kanun koyucunun seçtiği kelimeler ve ifadeler açısından

* Arş. Gör., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

1 Hukuki belirsizlik problemi üzerine yapılan çalışmalarda özellikle eleştirel hukuk kuramı ve Amerikan hukuki realizmi ile karşılaşılmaktadır. Realistlere göre hukukun ne olduğunu tam olarak bilmek mümkün değildir. Hukuku kanun metinlerinde, ders kitaplarında, genel kural ve ilkelerde arayan, muhakemeyi de mevcut kural ve ilkeler arasında yapılan mantıksal çıkarımlar olarak gören anlayışa karşı çıkan realistler, asıl olanın mahkemelerin verdikleri kararlar olduğunu kabul etmektedirler. Ertuğrul Uzun, *"Amerikan Hukuki Realizmi" içinde* Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin Ertuğrul Uzun, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, İthaki Yayınları, 2015, sayfa 89. Bu anlamda hukuki belirsizlik ile *"hukuk kurallarının, yargılamanın belli bir şekilde sonuçlanmasında tek etken oldukları; aynı hukuk kuralının, aynı nitelikteki somut uyuşmazlıklarda, aynı hükmün verilmesini sağlayacağı ve hukuk kuralını uygulayan kişiler(yani kolluk kuvvetleri yargıçlar vs.) değişse dahi, kuralın aynen uygulanmaya devam edileceği iddialarının reddi"* kastedilmektedir. Bkz. Kasım Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**, Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi, Legal Yayıncılık, 2006, s.154.

2 Özkök kökenini Gadamer'de (Hans-Georg) bulduğunu ifade ettiği ayırıma dayanarak hukukun belirsizliğini, hukuk metninin belirsizliği ve hukuk normunun somut davalara uygulanması sırasında norma verilecek anlam çerçevesindeki belirsizlik olarak iki farklı durumda açıklamıştır. Bkz. Gülriz Özkök, *"Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine",* **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2002, C. 51, S. 2, s. 4. Bu açıklama ve hukuki belirsizliğin nedenine ilişkin çalışmada yer alan diğer görüşler dikkate alınarak ilgili ikili ayrım "ahlak" kavramının belirsizliğine ilişkin açıklamalarda da esas alınmıştır. Nitekim Özkök, hukuk kurallarında da mevcut olan belirsiz terimler ve genel standartların hukukun belirsizliğiyle ilgili tartışmalarda kullanılabileceğine işaret etmiştir. Bkz. Özkök, 2012, s.14. Eleştirel hukuk çalışmaları açısından ise hukukun, belirli ve kesin olduğu konusunda derin bi şüphenin varlığı söz konusu olup bu ise hukukun bağımlılığının ve taraflılığının gündeme gelmesine sebep olmaktadır.

hukuk metninin anlamı amacı açık ve belirgindir. Ancak bu hükmü somut olaya uygulayacak olan hakim açısından soyut hukuk normu ile somut olarak eldeki veriler ile gündelik hayatın pratiği arasında bir değerlendirme, bağdaştırma sorunu vardır. Bu durum, hukuk kuralının gereklerine uygun olarak işlem tesis edecek olan idarenin personeli açısından oluşabilecek sorunun da kaynağıdır. Belirsizliğe neden olan ikinci durumda ise hukuk kuralının bizatihi kendisinden kaynaklanan bir sorun vardır. Burada mevzuat hükmünün dili ve düzenlenme biçimi ile ilgili bir sorun yaşanmaktadır.[3] Hukuk kuralının yazılış şeklinden veya kuralın kendi anlamına ulaşmaktan kaynaklanan ve farklı yorumlara açık kavramların yarattığı belirsizlik sorunu mevcuttur.

"Genel ahlak" kavramı, gerek kamu hukukunda gerek özel hukukta, hukuk kurallarının gönderme yapmak suretiyle yer verdiği belirsiz ve aynı zamanda emredici hukuk kurallarının arasında yer verilen bir kavramdır. Esasen her kavram, insanı bilgiye götüren, insan için bilgiyi mümkün klan bir araçtır. Herhangi bir kavramın tanımı ve tesisi ile bu kavramın kullanılacağı alanın belirlenmesi amaçlanmaktadır.[4] Bu çalışmada da *genel ahlak* kavramının tanımına ilişkin bilgi araştırması ve açıklamaları, kavramın oluşturduğu belirsizliğin kolluk faaliyetleri çerçevesinde aşılmasına yönelik olacaktır. Zira bir hukuki düzenlemede *genel ahlak* kavramının yer alması, belirsiz ve soyut niteliği nedeni ile gerek o kurala uyması beklenen birey için ve gerek kuralın uygulayıcısı olan *çalışma kapsamında* idari kolluk personeli için anlamlandırılmasında tereddüt oluşturmaktadır. Kavramın somut bir niteliğe sahip olması ve objektifleştirilmeye ihtiyacı vardır. Ancak *genel ahlak* kavramının kolluk mevzuatının tamamı gözetilmesi bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bu nedenle kavram karakteristik özelliği nedeni ile Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu üzerinden somutlaştırılmasına gayret edilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu çalışmada "ahlak" ve "ahlak kuralları" kavramları, hukuk kurallarının diğer toplumsal düzen kurallarından ayırt edilmesine yönelik çalışmaların izinden gidilerek faydalanılarak yapılmıştır.

A. Ahlak Kuralı ve Hukuk Kuralının Benzerlikleri ve Farklılıkları

Ahlak kavramının hukuk disiplini içerisinde anlamlandırılması ve kavrama biçilen rolü incelemeden evvel belirtmek gerekir ki; kavram felsefe, sosyoloji ve antropoloji gibi sosyal bilimlerin farklı alt disiplinlerinde o disiplinin çalışma

[3] Hukuk dilinin birden fazla anlama gelebilen bir yapıya sahip olması örneğin sözleşme hürriyeti, iyi niyet gibi kavramların ne anlama geldiğinin tam olarak tespit edilememesi belirsizliğe ve dolayısıyla şüpheye yol açan bir diğer unsurdur. Bkz. Kasım Akbaş, 2006, s. 154. Hukuk düzenindeki belirlilik ya da belirsizliğin büyük ölçüde yazılı hukuk metinlerinin türüne, yazım diline, bu metinlerin mevzuat ve hukuk düzenindeki diğer yasalarla ilişkisine bağlı olarak geliştiğine ilişkin görüş için bkz. Selda Çağlar, „*Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi",* **Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği,** 8-9 Kasım 2013, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, s.31

[4] E. Ernest Hirş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 102.

alanına bağlı olarak farklı şekillerde açıklanmaktadır.

En genel anlamda *ahlakı*, kişilerin birbiri ile olan ilişkilerinde insan davranışlarına ilişkin (belli bir grupta, belirli bir zamanda ya da genel olarak geçerli olan, olması istenen) *çeşitli değer yargıları sistemleri"*[5], bir kişi ya da insan topluluğunca benimsenen *eylem kurallarının bütünü*"[6], "…toplumsal hayattaki ilişki ve etkileşimler çerçevesinde oluşan *değerler ve normlar bütünü"*[7],*"* toplumda iyilik ve kötülük hakkında oluşan *değer yargılarına* göre, yapılması ve yapılmaması gereken *davranışlara ilişkin kurallar bütünü*"[8] olarak tanımlanmak mümkündür. Bir toplumda benimsenen ve insanların davranışını düzenleyen kuralları anlatmak için kullanılan *ahlak*; o toplumun en azından çoğunluğu tarafından kabul edilip uygulanan ilkelerden oluşmaktadır.[9] *Ahlak kuralları* ise o toplumda yaşayan bireylerin kendilerini *bağlı gördükleri* ve *saygı* gösterilmesi beklenen *değer yargılarının* yansıması olarak ifade edilebilir.[10] Nitekim Kuçuradi ahlâkın ilk anlamının toplumdaki "*değer yargıları*" olduğunu ifade etmiştir.[11] *Değer yargıları*, kişilerin belirli koşullarda ve farklı insani ilişkilerde gerçekleştirdikleri *her biri tek, eşsiz ve aynı zamanda da karmaşık bir bütün* teşkil eden *eylemlerin değeridir*. Bu eylemlere *iyi – kötü, güzel – çirkin, doğru – yanlış, günah – sevap* gibi bir takım sıfatlar verilmektedir. Bu bağlamda ahlâktan söz edilirken dile getirilmek istenen, insanlar arası ilişkilerde kişilerin uymaları beklenen *-talep edilen -. yapılması – yapılmaması gereken (izin verilen – verilmeyen; teşvik edilen – yasaklanan) davranışlardır; başka bir deyişle belirli bir grupta ya da genel olarak iyi sayılan – kötü sayılan davranışlardır*."[12]

Ahlak ve hukuk arasındaki ilişkide ilkin *en yüksek ahlaki değer olarak* ifade edilen *adalet* kavramı ile karşılaşılmaktadır. Aral, *adaleti* gerçekleştirmeye yönelen bir düzen olarak hukuku tanımlarken,[13] hukukun bağlayıcılığının temelini

---

5 İoanna Kuçuradi, **Uludağ Konuşmaları (Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları)**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2009, s. 33. Kuçuradi'ye göre ahlâkın ilk anlamı toplumdaki "*değer yargıları*" dır.

6 Bedia Akarsu, **Ahlak Öğretileri**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 16.

7 Mehmet Yüksel, "Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişkisine Sosyolojik Bir Bakış", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Ankara, 2002, C. 57, S. 1, s. 180.

8 Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 9.

9 Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi,** Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007, s. 13.

10 Aydın Aybay ve Rona, Aybay, **Hukuka Giriş**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 12.

11 Kuçuradi değer yargılarının yanında, kişilerin eylemlerini belirlemeleri beklenen kurallar ve ilkelerin de ahlâk terimiyle ifade edilebileceğini belirtmektedir. Eylemleri belirlermede beklenen kurallar ve ilkeler aslında değer yargılarının, eylemi belirlemesi beklenen kural veya ilkeye dönüşmüş halidir. Bkz. E. İrem Akı *"Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme"***AÜHFD**, 64 (1) 2015, sayfa, s. 7.

12 Kuçuradi, 1988,2009 s.21.

13 Aral hukukun bir toplum düzeni içerdiğini ve varlık nedeninin de adalet olduğunu ifade eder. Gerek mevcut düzeni savunup koruma, gerekse onu değiştirmeyi meşrulaştırmak için her zaman adalete başvurulur. Bkz. Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012. S. 92, 130 ve 131.

de, insanın tinsel yanında köklenen *adalet değeri*nin oluşturduğunu ifade eder. Böylece *olması gereken* i deyimleyen hukuk normlarının, *adalet değeri* olarak ifade edilen bir *son olması gereken e* dayandığı ya da dayanmak durumunda olduğunu belirtir.[14] Adalete yönelik toplumsal bir yaşam düzeyi olan hukuk; düzen kurmak ve sosyal ihtiyaçları gidermek gibi farklı amaçlar gütmektedir.[15] Oysa adalet ve düzen arasında bir çatışkı(çelişki) vardır. Zira düzen bir biçimlendirmeyi gerektirir ki, bu tek tek ve somut olayların özelliklerinin dışarda bırakılmasını gerektirir. Oysa adalet için hakkaniyetin gereği, olayların özellikleri ve ayrılıklarının göz önünde bulundurulmasını istemektedir. Hukukun adalet işlevi ile ve düzen işlevi arasında bu tek değildir. Ayrıca adalet ile sosyal ihtiyaçlara uygunluk (pratik amaç) açısından da bir çatışma vardır. Hukukun adaletsiz bir düzen tesis etmesi kabul edilemeyeceğine göre *adaletin* toplumdaki somut ilişkileri düzenlemek üzere hukuk normları kimliğine girmesi için bir içerik kazanması gerekir.

Hukuk felsefesinde adaletin *bu içerik kazanımı* ahlak ile hukuk arasındaki ilişkinin tartışıldığı *doğal hukuk anlayışının da konusunu teşkil* etmektedir. Adaletin kimlik kazanarak uygulanabilir duruma girmesi, böylelikle belli bir içeriği olan hukuk kurallarının bulunmasına uğraşılır.[16] Geleneksel hukuk felsefesinde hukuk kurallarının içeriğinin *ahlâki niteliğine* göre tartışılmasında *doğal hukuk akımı ve hukuki pozitivizm*[17] karşı karşıya bir konumda olup bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Bununla birlikte *genel ahlak* kavramının anlamlandırılmasında *ahlak* kavramının özellikleri ve ahlak kuralları ile hukuk kuralları arasındaki benzerliğin açıklanması faydalı olacaktır.

Ahlak kuralları ve hukuk kurallarının her ikisi de insan davranışlarına yön verme amacına yönelmiş olup bu amaca uygun bir takım kuralları vardır. Bu kurallar ise ödevleri ile birlikte yerine getirilir. Bu ödevlerin bir bölümü, olumlu (pozitif) nitelikte iken, (verilen sözü tutmak, borç ödemek, vergi vermek vb. gibi) bir bölümü olumsuz (negatif) ödevlerdir ve belli tür davranışlardan kaçınma (başkalarına zarar vermeme, başkalarının malını çalmama vb. gibi) şeklindedir.[18] Ahlak kurallarına göre "kötü" sayılan davranışların, hukukun "hukuka aykırı" kabul ederek birtakım hukuki sonuçlara bağladığı davranışlar paralel olabilmektedir. Örneğin aile üyeleri arasındaki yardımlaşma, bir ahlaki ödev olarak kabul edilmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 364/1 hükmü ile bu ödev bir hukuk kuralı haline getirilmiştir. Keza hırsızlık ahlaken uygun görünmediği gibi

[14] Bu bakış açısı *adalet* kelimesini diğer anlamları ile bir *hukuk idesi* olarak açıklayan Hirş'in görüşü ile benzerdir. Hirş, hukuku için adalet kavramını bir ölçüt olarak kullanıldığını ve esasen iki anlamı olduğunu ifade eder: etik olarak en yüksek erdem anlamındaki adalet ve hukuk duygusuna uygunluk anlamındaki adalet. Detaylı açıklama için bkz. Hirş, 2001, 170.

[15] Aral, 2012, s. 199.

[16] Aral, 2012, s. 202.

[17] Akı, s. 3.

[18] Aybay ve Aybay, 2007, s. 27.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 141. Maddesi ile de bir suç olarak düzenlenmiştir. Ahlak kurallarının, hukuk kuralları haline gelerek kanunlarda yer alması durumunda bir dönüşme(tekrarlanma) ilişkisi gerçekleşebilmektedir.[19] Kimi durumlarda ise hukuk kuralı, doğrudan doğruya "ahlak" kavramına göndermede bulunur. Böyle bir göndermenin mevcut olduğu kanun maddelerinde, ahlaki değerlerin manevi yaptırımın yanı sıra maddi yaptırım ile de koruma altına alınması söz konusu olur. Hukuk kuralları içinde, ahlak kuralı olarak kabul edilen ve pozitif hukukta yer bulmuş kurallar yukarıda mevcut olmakla birlikte; ahlakla ilgisi olmayan, ahlaki açıdan bir değer taşımayan kurallar da vardır. Usul hukuku kuralları, trafik kuralları, sürelere ilişkin kuralları bu konuda örnek teşkil ederler.[20]

Ahlak kuralları ve hukuk kuralları arasında kayda değer farklılık vardır. Ahlak kuralları, bireylere hem kendine (içe) yönelik, hem de diğer kişilere ve topluma(dışa) yönelik yükümlülükler getirirken; hukuk kurallarının yalnızca kişinin diğer kişilere ve topluma (dışa) karşı yükümlülükler içermesi aralarında düzenleme alanı bakımından bir farklılık olduğunu gösterir. Bununla birlikte hukuk kurallarının zaman zaman bireyin iç dünyasına önem atfettiği ve netice bağladığı durumlar olduğunu özellikle ceza hukuku bakımından failin cezalandırılması için kastın aranması örnek gösterilse de,[21] hukukta bu tür durumların varlığı kural değil istisna nitelikte olduğu gözden kaçmamalıdır. Hukuk kuralları, ahlak kurallarından farklı olarak bireylere sadece yükümlülükler getirmekle kalmaz; aynı zamanda birtakım haklar ve yetkiler de tanır.[22] Genel olarak ahlak kuralları ile hukuk kuralları arasındaki en önemli farklılığın ise tabi oldukları yaptırımların niteliğinden kaynaklandığı görüşü hakimdir. Hukuk kurallarına aykırı hareket edilmesine karşı kamu gücü aracılığı ile yaptırım uygulanırken, ahlak kurallarına uymayanlara karşı kamu gücü aracılığı ile bir yaptırım uygulanmaz. Bu tür davranışlar toplum tarafından hor görülme, dışlanma gibi manevi nitelikte yaptırımlarla karşılaşırlar.[23] Oysa hukuk kuralları, ahlak kurallarından farklı olarak devlet

---

19 Önen, Mesut, **Hukukun Temel Kavramları**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 28.

20 Aybay ve Aybay, 2007, s. 32; Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 504.

21 Atay, 2013, s. 23

22 Demir, Abdullah; Deryal, Yahya, **Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi (Metodolojik Hukuka Giriş)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 15; Atay, 2013, s. 26

23 Gözübüyük, Şeref, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 11; Atay, 2013, s. 25; Adal, 2012, s. 28; Cansel, Erol; Özel, Çağlar, **Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006., 2006, s. 95; İ. Yılmaz Aslan ve diğerleri, **Hukuka Giriş**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2008, s. 8; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Bilimine Başlangıç**, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, s. 48 vd; Bu noktada Gözler daha farklı bir tutum izlemiş; hukuk ve ahlak kurallarının yaptırımlarındaki farklılığın yalnızca tek bir noktada toplamış olduğunu belirtmiştir. Buna göre ahlak kurallarında, hukuk kurallarından farklı olarak içe dönük bir yaptırım yalnızca vicdanen ortaya çıkan rahatsızlıktır. Gözler, doktrinde genel olarak ifade edilenin aksine; "toplumun gösterdiği tepki", "toplumun ayıplaması", "hoş görmemesi" yahut "küçük görmesi"şeklinde gerçekleşen toplumsal tepkilerin, ahlak kurallarına aykırılığın değil, aslında "örf ve adet"kurallarına aykırılığın yaptırımı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Kemal Gözler, **Hukuka Giriş,** Ekin Yayınevi, Bursa, 2014 s. 42.

otoritesi tarafından teşkilatlı ve düzenli bir biçimde güvenceye alınmış ve yaptırım rejimi belirlenmiştir. Ahlak kurallarının bu anlamda uygulayıcısı kamu gücü yani devlet olmadığı gibi; bu kurallara uymamanın yaptırım derecesi ve niteliği de belli değildir.[24] Ahlak, sübjektif ve değişken bir olgu olduğu için, ahlaka aykırı olarak nitelendirilen ve birbirilerine benzeyen iki aynı davranış, toplumda farklı tepkilerle karşılaşabilir. Hatta bu durum zaman zaman bireyler için eşitsiz durumlar da doğurabilir. Ahlak kurallarının ihlali neticesinde toplumun, hangi davranışa hangi derecede hoşgörü göstereceğini ya da bu davranışı, hangi derecede ve şiddette kınama yoluna gideceği bilinemez. Hukuk kurallarında ise durum daha belirgin olup, bireylerin hukuk kurallarını ihlalleri neticesinde ortaya çıkacak olan hukuki yaptırım önceden bellidir. Hukuk kurallarının ihlali durumunda, bu ihlalin derecesine göre ve örgütlü bir devlet gücü ile müdahale edilir. Bu müdahalenin niteliği ve şiddeti ise muhataplarınca bilinebilir. Bu yüzden de ahlak ve hukuk kuralları arasında en önemli fark yaptırım farkı olarak kabul edilir.

Hukuk kurallarına aykırı hareket edildiği takdirde, gerek bireylerin gerekse toplumun ortak menfaatinin derhal zarar görmesi ve sarsılması söz konusu iken, ahlak kurallarının ihlali neticesinde bu tür bir yakın tehlike ve zarar yoktur.[25]

Ahlak kuralları ve hukuk kurallarının misyonu da farklıdır. Ahlak kurallarına toplumsal hayatta ortaya çıkan uyuşmazlıkları karara bağlama ve toplumda huzur, barış ve en önemlisi güven ortamını tesis etmek gibi görevler atfedilemese de; hukuk kuralları toplumsal amaçlarını gerçekleştirirken her somut uyuşmazlıkta belli bir kesin çözüme ulaşmak zorundadır. Hukuk uygulayıcısı bu kesin çözüme ulaşmak için başvurduğu yazılı kurallardan hareket eder ve bu kurallar ne kadar somut ve açık olursa ulaşılacak sonuç da hukuk devletinde yaşayan bireyin, hukuki güvenliğini o derece güçlü sağlar. *Genel ahlak* kavramı ilerde ele alınacağı üzere belirsiz ve soyut niteliği ile hukuk devleti ilkesi yönünden başlı başına bir tereddüt e yol açmakta iken; norm düzeyinde hukuk ve ahlak kuralları arasındaki farlılıkların yoğunluğu bu tereddütleri daha da güçlendirmektedir.

Ahlak ve hukuk kuralları arasındaki bağlantıyı inceleyen çalışmalarda ahlak kurallarının, nesnel*(objektif)* ahlak kuralı ve öznel*(subjektif)*ahlak kuralı olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir.[26] Nesnel (objektif) ahlak kuralları, insanın diğer insanlarla olan ilişkilerinde gözetilen kurallardır. Buna *sosyal ahlak* ya da *toplumsal ahlak* adı da verilmektedir**.** Bu kurallar bir toplumda bireyin toplumun

[24] Bilge, 2009, s. 15.

[25] Ancak çalışmanın devamında görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi ve Danıştay yürürlükte bulunan mevzuata dayanarak, *genel ahlaka aykırılığı* toplumun ortak menfaatinin zarar görmesi olarak değerlendirmiştir.

[26] Erhan Adal, **Hukukun Temel İlkeleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 28; Aybay ve Aybay, 2007, s. 31; Bilge, 2009, s. 9; Mesut Önen, **Hukukun Temel Kavramları,** Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 29; Gözübüyük, a.g.e., s. 11.

diğer üyelerine karşı ödevlerini bildirmekte ve ödevlerin yerine getirilmemesinde birtakım normatif kurallardan faydalanmaktadır. Bu kurallar genellikle "yapmalısın" ya da "yapmamalısın" şeklinde kendini gösterirler.[27] Ahlak kurallarının *hukukla ilişkili* olanlarının da esasen bu *nesnel/sosyal/toplumsal ahlak kuralları* olduğu ifade edilmektedir.[28]

Bir toplumda hangi davranış biçimlerinin sosyal ahlak kurallarına uygun olduğu, hangilerinin ise bu kurallara aykırı olduğunu belirleyebilmek oldukça güçtür. Her bir topluluğun bileşeninde yer alan insan unsuruna bağlı olarak o topluluğa hakim olan ahlaki anlayışlar değiştiği gibi, aynı toplumda farklı zamanlarda dahi *ahlakilik* ölçütü değişime uğramaktadır.[29] Bu anlamda *sosyal ahlak kuralları,* toplumun kişilerden istediği davranış modellerini gösterir demek mümkündür. Her ulusun sosyal ahlakı, kişisel davranışların toplum tarafından değerlendirilmesi ile ilgilidir**.** Bu değerlendirme ise o toplumun yaşamını sürdürdüğü bölgedeki coğrafi koşullara, iklim şartlarına, ekonomik geçim kaynaklarına, dini inançlarına, felsefi görüşlerine bağlı olarak zaman içerisinde kendiliğinden oluşur. Öznel (subjektif) ahlak kuralları ise, insanın kendisine karşı olan ödevleri ile meşgul olur ve bu kurallara öğretide *kişisel ahlak kuralları* adı da verilmektedir.[30] Bu kurallar kişinin kendi iç dünyasında oluşturduğu, kendi değer yargılarına göre benimsemiş olduğu kişisel birtakım ilkelerdir. Kişisel ahlak kuralları, kişinin yaşadığı toplumdan çoğu kez soyutlanamasa da, toplumda egemen olan ahlak kurallarından tamamiyle farklı olabilir ve hatta bu sosyal ahlak kurallarıyla çelişir nitelikte de olabilir.[31]

B. Ahlak ve Genel Ahlak Arasındaki Fark

Hukuk kişinin kendi vicdan muhasebesi ile ilgili olan bu kişisel ahlak kuralları ile ilgilenmez. Ancak unutulmamalıdır ki, hukukun ilgilendiği *sosyal ahlakın* da belirsiz, göreceli ve sübjektif niteliği devam etmektedir. Bu belirsizliğe ek olarak belirli bir ülkede, belli bir dönemde toplum üyelerinin çoğunluğu tarafından benimsenen ve *sosyal ahlak* olarak nitelendirilebilecek ahlak anlayışının içinde *genel ahlak* terimi değerlendirilebilmekle birlikte doğrudan aynı anlamı taşıdığını söylemek mümkün değildir. Genel ahlak kavramının yukarda açıklanan ahlak kavramından tamamen ay koparılması mümkün olmamakla birlikte; kavramı ait olduğu metin içinde değerlendirmek gerekmektedir.

---

27 Önen, 1999, s. 29.

28 Gözübüyük, a.g.e., s. 11; Adal, 2012, s. 28. Bununla birlikte idari kolluk işlem ve eylemlerinde polisin kişisel ahlakı nın devreye girdiği durumlarda, ahlakın hukuk ile ilişkisi nesnel ahlak ile sınırlı kalmamaktadır.

29 Ahlakilik ölçütü kavramı burada sosyal ahlak olarak kullanılmakla birlikte; kavramın bu çalışma için önemi Onar ın idare hukuku literatüründe kolluk çalışmalarına ilişkin "ahlak" ve "ahlakilik" ayrımına yer vermesidir.

30 Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014, s. 39; Bilge, 2009, s. 9.

31 Güriz, 2013, s. 16; Ender Ethem Atay, **Hukuk Başlangıcı**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s. 19.

Türk pozitif hukukunda "genel ahlak" kavramı öncelikle 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin özel sınırlama nedeni olarak düzenlenmiştir. *Genel ahlakın korunması* sebebi ile -özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti, basın hürriyeti, kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı, dernek kurma hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, sendika kurma hakkı, duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması- hak ve özgürlüklerine müdahale edilebilecektir. *Genel ahlak* ayrıca muhakeme usulünde aleniyet ilkesinin sınırlanmasının nedeni olarak[32] basın özgürlüğünün sınırı olarak[33] toplantı ve gösteri yürüyüşünün 1 ayı geçmemek üzere bölge valisi, vali veya kaymakam tarafından ertelenme sebebi olarak[34] Türk silahlı kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren bir disiplinsizlik nedeni olarak[35] yabancı hakem kararının tenfizi isteminin reddi olarak[36] ticari reklamların uyması gereken ilke olarak[37] yayın hizmetleri ilkeleri olarak[38] sinema filmlerinin denetlenmesi, değerlendirilmesi ve

[32] 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu Madde 116:" *Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlara, **genel ahlaka karşı suçlara** ve Askeri Ceza Kanununun 30 uncu maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinde yazılı suçlara ait davalar ile tutuklu veya açıklı işlerin davaları, önce görülür."* 5271 Ceza Muhakemesi Kanunu *"*Madde 182 – *(2) **Genel ahlâkın** veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.* 477 sayılı Kanun Madde 21 – *Disiplin mahkemelerinde duruşma açık olur. **Genel ahlakın** veya kamu güvenliğinin korunması amaciyle duruşmanın tamamının veya bir kısmının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.* 6100 sayılı kanun madde 28- *2) Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak **genel ahlakın** veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir."* 2577 sayılı kanun Madde 18 – *1. Duruşmalar açık olarak yapılı**r. Genel ahlakın** veya kamu güvenliğinin gerekli kıldığı hallerde, görevli daire veya mahkemenin kararı ile, duruşmanın bir kısmı veya tamamı gizli olarak yapılır.*

[33] 5187 sayılı Basın Kanunu 3: *"Madde 3- Basın özgürdür." Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir. Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, **toplum sağlığının ve ahlakının,** millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir."*

[34] 2911 sayılı kanun *"Madde 17 – (Değişik: 26/3/2002-4748/6 md.) Bölge valisi, vali veya kaymakam, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenme-si, genel sağlığın ve **genel ahlâkın** veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı bir ayı aşmamak üzere erteleyebilir veya suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması hâlinde yasaklayabilir*." Ve "*Madde 19 - (Değişik birinci cümle:26/3/2002-4748/6 md.) Bölge valisi, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve **genel ahlakın** veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla bölgeye dahil illerin birinde veya birkaçında ya da bir ilin bir veya birkaç ilçesinde bütün toplantıları bir ayı geçmemek üzere erteleyebilir."*

[35] 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu *madde 20 – (1) Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır: b) Ahlaki zayıflık: Görevine, sosyal ve aile yaşantısına zarar verecek derecede menfaatine, içkiye, kumara düşkün olmak veya Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını sarsacak şekilde yüz kızartıcı, utanç verici veya **toplumun genel ahlak yapısına** aykırı fiillerde bulunmaktır.*

[36] 5718 sayılı kanun *madde 62 – (1) Mahkeme, a) Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise, b) Hakem kararı **genel ahlaka** veya kamu düzenine aykırı ise, (...)*

[37] 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun *61- (...) (2) Ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, **genel ahlaka,** kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır. (...)*

[38] 6112 sayılıRadyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun *madde 8/1/f:"Yayın hizmetleri; (...) f) Toplumun millî ve manevî değerlerine, **genel ahlaka** ve ailenin korunması ilkesine aykırı*

sınıflandırılmasında bir ilke ve ölçüt olarak[39] siyasi partilerin amacının sınırı olarak, [40] genel yayın esası olarak[41] düzenlenmiştir. Ayrıca mevzuatta "kamu ahlakı" terimi ile bir takım sınırlandırma gerekçeleri düzenlenmiş olup kanun metninden bu terim ile genel ahlakın kast edildiği çıkarılabilir.[42]

Genel ahlak kavramı bu çalışmada örnek olarak seçilen 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda ayrıntılı bir şekilde, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda korunması gereken bir amaç olarak[43] ve Türk Ceza Kanunu'nda *Genel Ahlaka Karşı Suçlar* ayrı bir suç kategorisi olarak düzenlenmiştir.[44]

Genel ahlak, "*davranışlara yönelik kurallar veya direktifler bütün olarak kişilerin en önemli yargılarını veya inançlarını desteklemeyle ilgili duygu ve düşüncelerin karşılığı"[45],"Genel olarak bireylerin toplum içindeki davranışlarına yönelik kurallar olarak, belli bir anda ve belli bir toplumda benimsenen etik düşüncelerin asgarisi*"[46] olarak farklı ama birbirine paralel pek çok tanımı verilebilir. Doktrinde kavramının tanımı, yer aldığı metnin yapan çalışma disiplinlerin farklılığına göre, muhtelif sayıda ve içerikte tanımlar sunmak mümkündür. En geniş anlamı ile genel ahlak, bir toplumun çoğunluğu tarafından benimsenmiş, uygulanagelmiş davranış kurallarının bütünü, olarak tanımlamak mümkündür. Timuroğlu *genel ahlakın,* insan davranışlarını uydurması gereken, toplumda benimsenmiş kuralların tümünü içerdiğini *ve bu kuralların, toplumsal yaşamın gelişme süreciyle oluşup gelişmiş olduklarını ifade etmiştir.* [47] Böylelikle toplumun yapısı değiştikçe ve toplumun içinde bulunduğu tarihsel süreç ilerledikçe bu kurallar da değişmektedir. Genel ahlakın yukarda açıklanan sosyal ahlakın içinde ancak birebir aynı anlamda olmaksızı değerlendirilebilir. Böylelikle bi-

---

olamaz.

39 5224 sayılı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun: *" f) Değerlendirme ve sınıflandırma: Ülke içinde üretilen veya ithal edilen sinema filmlerinin ticari dolaşıma veya gösterime sunulmadan önce, gösterim ve iletim biçimleri dikkate alınarak kamu düzeni, **genel ahlâk** ile küçüklerin ve gençlerin ruh sağlığının korunması, insan onuruna uygunluk ve Anayasada öngörülen diğer ilkeler doğrultusunda denetlenmesi, değerlendirilmesi ve sınıflandırılmasını…)*

40 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu md. 78: "*e) **Genel ahlak** ve adaba aykırı, amaçlar güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar."*

41 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu Madde 5 – Genel yayın esasları şunlardır: (…) e) **Genel ahlakın gereklerini**, mili gelenekleri ve manevi değerleri gözetmek, (…)

42 Gümrük Kanunu md. 55/2: *"2. Cumhurbaşkanı; **kamu ahlakı**, kamu düzeni, kamu güvenliği, insan, hayvan ve bitki sağlık ve hayatlarının korunması, sanatsal, tarihi veya arkeolojik değeri olan ulusal hazinelerin korunması, fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması gerekçeleri ile eşyanın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulmasına yasaklama veya kısıtlamalar koyabilir."*

43 5326 sayılı Kanun *"Madde 1- (1) Bu Kanunda; toplum düzenini**, genel ahlakı,** genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla;..)*

44 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md.225 vd.

45 Gülriz Uygur, "*Genel Ahlakın Vazgeçilmezliği Mi ?"***Güncel Hukuk Dergisi**, 2008, S. 12-60, ss. 12-14, s. 13

46 İbrahim Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler,** Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989, s. 137

47 Vecihi Timuroğlu, **İnsan Hakları Sözlüğü**, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2007, s. 184

reylerin şahsi vicdani değerlendirmeleri genel ahlakın dışında bırakılır. Ayrıca ahlaktan farklı olarak genel ahlakın değer yargılardan, toplumun çoğunluğu tarafından biçilen iyi-kötü, doğru-yanlış, günah-sevap sıfatlarından da kurtarılması gerekmektedir. Genel ahlakı *genelin ahlakı, toplumun onayladığı ya da uygun bulduğu ahlaki değerler bütünü olarak* değerlendirmek yanlış olacaktır. Zira hukuk bireylerin vicdanları ile ilgilenmediği gibi, bireyleri de toplumun vicdanına terk etmemeli ve genel ahlakı da bu öngörü ile değerlendirmek gerekmektedir.

Ancak Anayasa Mahkemesi 2011 yılında vermiş olduğu kararında genel ahlakı bir diğer belirsiz kavram olan müstehcenlik ile açıklamış ve iki kavramın birbiri yerine kullanılabileceği izlenimi uyandırmıştır. Şöyle ki:

"Gerek mukayeseli hukukta gerekse milli hukukumuzda müstehcenlik ile ilgili getirilen hükümlerde korunmak istenen başlıca hukuki menfaat, toplumun ar ve haya duyguları'dır. Başka bir değişle "genel ahlak"tır. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında belirtildiği üzere genel ahlak, belli bir zamanda, toplumun büyük bir çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan bir anlam taşımaktadır."[48]

Anayasa Mahkemesi'nin genel ahlakı hem müstehcenlik ile aynı anlamda kullanması hem de toplumun çoğunluğunun benimsediği ahlaki kurallar üzerinden açıklaması isabetli değildir. Müstehcenlik 5237 sayılı TCK'nın yedinci bölümünde "genel ahlaka aykırı" suçlar başlığı altında 226. maddesinde (Eski 765 sayılı TCK 426-428) bir suç tanımı olarak yer verilmiştir. Müstehcenlik suçunun işlenmesi halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsel arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte toplumun ortak edep duygusuna aykırı davranışlardır. Müstehcenlik suçu ile çocukların ve yetişkinlerin korunması istenmiştir. Korunan hukuki menfaatlerden biri de toplumsal düzenin ve kişilerin birbirlerine karşı davranış ödevlerini düzenleyen genel ahlaka uygunluk olabilir ancak genel ahlak ile korunmak istenen toplumun ar ve haya duygusu değildir. Anayasa Mahkemesinin genel ahlakı müstehcenlik ile aynı anlamda kullanması oldukça isabetsizdir.

Danıştay herkesin izleyebileceği bir zaman diliminde canlı olarak yayınlanan programda taraflar arasında hakaret ve iftira niteliği taşıyan ifadelere ve yaşandığı iddia edilen gayri ahlakî ilişkinin detaylarına yer verilmesi sebebiyle verilen idari karara karşı açılan İdare Mahkemesi'nin iptal kararını incelemiş ol-

---

[48] AYM, E. 2011/44 K. 2012/99 K.T : 21.6.2012, R.G. Tarih-Sayı: 13.03.2013-28586. Mahkeme aynı kararda ayrıca sürekli değişen toplumsal yapının müstehcenliğin de içeriğini değiştireceğine dikkat çekmiş ve önceden yasa koyucu tarafından bu tür yayınların neler olduğunun belirlenmesinin güç olduğunu ancak kavramın zaman içinde doktrin, uygulama ve yargı kararlarıyla içerik ve anlam kazandırıldığı için belirsizlik arz etmediğini ifade etmiştir.

duğu karar da genel ahlak değerlendirmesi ile önemlidir. [49] Mahkeme, AİHM'in 'Handyside v. The United Kingdom' (5493/72, 07.12.1976, A 24, 48) davasına ilişkin kararındaki "ahlaki değerlerin ve ahlaki gerekliliklerin" değerlendirmesine aynen yer vermiştir. Buna göre;

"(...)ahlakî değerlerin zamana ve mekana göre değiştiğini, ahlakî gerekliliklerin tam içeriklerinin ve bunları karşılamak için öngörülen yaptırımların, uluslararası bir yargı yerinden ziyade yerel otoriteler tarafından belirlenmesinin daha doğru olacağını ifade etmiştir. Mahkeme, bir yayının ahlaka aykırı olup olmadığına karar verirken kültürel, sosyal ve dinî etkenlerle birlikte halkın yapısını ve yayının hedef kitlesini de dikkate almaktadır(...)"

Bu bakış açısından hareketle genel ahlakın korunmasında, o andaki, genel ve ortalama ahlak anlayışının göz önünde bulundurulmasının gerektiğini belirten Danıştay, toplumda yerleşmiş değer yargılarına göre hoş görülmeyen tüm hareketlerin ise genel ahlaka aykırı nitelik taşıdığını belirtmiştir. Bu gerekçelerden hareket eden Danıştay, herkesin izleyebileceği bir zaman diliminde canlı olarak yayınlanan programda taraflar arasında hakaret ve iftira niteliği taşıyan ifadelere ve yaşandığı iddia edilen gayri ahlakî ilişkinin detaylarına yer verilmesini 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasında belirlenen televizyon yayınlarının *genel ahlaka* uygun olarak kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde yapılacağına ilişkin ilkenin ihlâlinin açık olduğunu saptayarak, aynı Kanun'un 33. maddesinin birinci fıkrası uyarınca program yayınının bir kez durdurulması işleminin iptali yolundaki Mahkeme kararında hukukî isabet görülmemiştir. Danıştay 2012 tarihli bu kararında "genel ve ortalama ahlak anlayışı" ile "toplumda yerleşmiş değer yargılarını" genel ahlak niteliğinde bir değerlendirme kriteri olarak kullanmıştır. Ancak daha önce ifade edildiği üzere ahlak değer yargıları ile ilgilenmesi genel ahlakı toplumun değer yargıları ile açıklanması sonucunu doğurmamalıdır. Danıştay bir başka kararında, çocuk kulübü açma istemiyle yapılan başvurunun, araştırma sonucunda *bu işyerinin iki tarafında ve 25-75 metre mesafede birahanelerin mevcut olmasına istinaden* 8.10.1996 tarih ve 22781 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Özel Kreş ve Gündüz Bakımevleri ile Özel Çocuk Kulüpleri Kuruluş ve İşleyiş Esaslar'ı Hakkında Yönetmeliğin 16 (a) hükmü gereğince çocuk kulübünün bulunduğu yerin *"genel ahlak*" kurallarına uygun özellikler taşımadığından bahisle reddine ilişkin kararın İzmir 4. İdare Mahkemesi'nin iptalini doğru bulmayarak, kararı bir kez daha incelenmek üzere göndermiştir.[50]

[49] Danıştay 13. Daire E. 2010/5054 K. 2012/2878 KT : 9.11.2012.

[50] Danıştay 10. Daire E. 1999/4437 K. 2001/4029 KT : 22.11.2001 Aynı Yönde Danıştay Kararları İçin Bkz. Danıştay 10. Daire E. 2001/283 K. 2002/422 KT : 12.2.2002.

C. Kamu Düzeninin Bir Unsuru Olarak Genel Ahlak, Belirlilik ve Öngörülebilirlik Sorunu

İdari kolluk, "*Bir ülkenin iç güvenlik, sağlık, dirlik-esenliğinin sağlanması ile bireylerin kendilerine ve malvarlıklarına karşı olası saldırıları önlemek amacıyla idare tarafından alınan ve uygulanması da çeşitli yaptırımlar ile güçlendirilip sağlanan genel ya da birel önlemler ve bu amaca yönelik hizmetlerin hepsi"*[51] olarak tanımlanır. İdari kolluğun, toplumsal yaşamın gerektirdiği kamu düzeninin sağlanması ve korunması için, bireylerin özgürlüklerine müdahale ettiği, bu müdahalenin sınırlarının belirlenmesinde ise kamu yararı ile temel hak ve özgürlükler arasında bir denge kurduğu/ kurması gerektiği kabul edilir.[52] Doktrinde kamu düzeninin içeriğinin belirlenmesi öteden beri güç olmuş, bu kavramın özel hukuk ve kamu hukukunda yer aldığı pozitif düzenlemelere dayanarak, kavramın içeriğine yerleştirilen unsurlar dahi farklılaşabilmiştir.[53] İdari kolluk gücünü harekete geçiren ögeler temel olarak halkın güvenliği, dirliği (sukuneti) ve sağlığı olup, bu ögelerin varlığı ile somutlaşan düzen de kamu düzenidir.[54] Bu unsurlar aynı zamanda *klasik kamu düzeni anlayışında* kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığı olmak üzere geleneksel üçlü olarak kabul edilmektedir.[55] *Modern kamu düzeni anlayışında* ise bu klasik ögelerin yanında insan onuru, kamusal estetik, bireylerin kendilerine karşı korunması ve genel ahlakın da yer aldığı ifade edilmektedir.[56] Genel ahlak modern kamu düzeni anlayışında tamamen reddedilmesi mümkün olmayan tıpkı kamu güvenliği ve kamu sağlığı gibi bağımsız bir parçası olarak kabul edilirken; klasik kamu düzeni anlayışı içerisinde böyle bir öge mevcut değildir. Ancak bu anlayışta "genel ahlak", dirlik ve esenlik başlığı altında değerlendirilir ve kamu düzenin bir parçası olmadığı ama eğer manevi ve ahlaki tutum ve davranışlar, bu kamu düzenine yansırsa, ve diğer şartları da taşırsa kolluğun müdahale yetkisinin olabileceği ifade olunmaktadır.[57] Onar, Kıratlı

51 Özay, 1994, s.570.

52 Tan, 2013, s.390.

53 Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2009. 2009, s.38. Günday, kamu düzenini, bozulduğunda kamu yararını olumsuz yönde etkileyen ve bozulmasının önlenmesi ile de kamu yararını gerçekleştiren bir düzen olarak, (Bkz. Günday, 2011, s. 290.) Tan toplumun barış ve güven içinde gelişmesini ve yaşamını sürdürecek olduğu bir ortam (Bkz. Tan, 2013, s.390), Kıratlı ise devletin sağlamak ve korumakla görevli olduğu düzen ve güven olarak tanımlamıştır. (Kıratlı, 1973, s. 28.). Anayasa Mahkemesi eski tarihli kararlarında "genel sükûn ve düzen" deyiminin "kamu düzeni" ile eş anlamlı olduğunu ifade ederek kamu düzeninin, toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının korunmasını amaç alan herşeyi ifade ettiğini, başka bir deyimle toplumun her alandaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsadığını belirtmiştir

54 Tan, 2013, s.390; Günday, 2017, s.292; Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1982, s.255; Kıratlı, 1973, s. 32. Bununla beraber idari kolluğun görevlerinin gittikçe genişlediğini belirterek kamu düzeni kavramının esenlik, güvenlik ve sağlık gibi klasik unsurların dışına taştığını vurgular.

55 Kemal Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi, 2018, s. 525.

56 Kemal Gözler, a.g.e.2018, s. 526.

57 Atay; her ne kadar demokratik uygar toplumlarda devlet, bireyin düşünce ve kanaat, felsefi ve dini inancına karışmaktan mümkün olduğu kadar kaçınmalı ise de, toplumda yerleşmiş ortak değerlerin varlığının

ve Özay kamu düzeninin klasik anlayışını kabul etmekle birlikte "genel ahlakı", kamu düzeninin dirlik ve esenlik unsuru içerisinde değerlendirerek, maddi düzene yansımayan ve bu düzeni bozmayan ahlaki nitelikteki davranışların ve karışıklıkların polisin görev alanı dışında kaldığını belirtirler. Klasik kamu düzeni anlayışı içerisinde "genel ahlak"ı dirlik ve esenlik unsurunun bir parçası olarak kabul eden görüşe göre; kolluğun korumakla yükümlü olduğu dirlik ve esenlik, toplum yaşantısının normal ve katlanabilir durumda olması demek olup, bu esenlik maddi esenliktir. Anayasa'da da belirtilmiş olduğu gibi insan haklarına saygılı bir hukuk devletinin doğal sonucu olarak düşünce ve vicdan hürriyeti, manevi ve ahlaki esenlik, polisin görev alanı dışında kalması gereken konulardır.[58] Nitekim Onar; devletin ahlaka müdahale edemeyeceğini ve onu müdafaa edemeyeceğini ifade etmiştir. Ahlak ve ahlâkîlik ayrımı üzerinden devletin müdahale yetkisini incelemiş olup, *ahlâkîlik* açıklaması ile yukarda ifade olunan *sosyal ahlak* arasında paralel bir anlam olduğu söylenebilir. Şöyle ki modern devlet bireyin manevi alandaki hareket kurallarını gösteremez. Ahlâkîlik ise belirli bir zamanda herkesin kabulüne mazhar olan hareket kurallarıdır. Buna göre devlet belli bir zamanda sosyal dengelerin bu kurallara dayandığını dikkate alarak bunlara riayet edilmesini istiyebilir. Ahlâkîlik zaman ve mekân şartlarına tâbi, göreceli bir nitelikte, sosyal bir olay olduğu halde ahlâk kişiseldir. Genel ahlak ise bu kişisellikten uzak kalması gereken bir kavram olarak kolluk düzenlemelerinde yer almaktadır.

Onar ahlakilik ve ahlak ayrımından sonra polisin istisnaî olarak manevî ve ahlâkî düzen sahasına da müdahale etmesi kabul edilmekle beraber bunun hudutlarını çizmek güç ve bununun polis makamlarının takdirine bırakmanın çok tehlikeli olduğunu ifade etmiştir. Kanunun bu anlamda polise geniş bir müdahale veya takdir yetkisi vermesi doğru olmayacağı gibi mevcut kanunların da gayet dar ve sıkı bir tarzda yorumlanması gerekmektedir."[59] Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde hukuk ve ahlak kaidelerine uygunluğunu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümü[60] olarak nitelenerek, kamu düzeni kurallarının hukuk kurallarının yanında, toplumsal/sosyal ahlak kurallarını da

yadsınamayacağını ifade etmiştir. Buna göre, devlet bu ortak değerlerin korunmasını gerçekleştiremezse bireylerin birarada barış içinde yaşaması da riske girecektir. ATAY bu yüzden belli yer ve zamanda toplumu oluşturanların çoğunluğunun paylaştığı ve herkesin bu tür kurallara uyması gerektiği kanaatinde olduğu kuralların çiğnenmesine müsaade edilmemesi gerektiğini belirtir. Bkz. Atay, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.621.

Ancak bu durumda "genel ahlak" kavramının toplumsal düzeyde hassasiyeti ve kişisel ahlak anlayışının kolluk yetkilerinin kullanılmasında rol alması durumunda; genel ahlakın bireylerin temel hak ve özgürlüklerin in sınırlanmasında bir baskı aracı haline gelebilme tehlikesi yüksektir.

58 Kıratlı, 1973, s. 33.

59 Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966. Cilt 1482.

60 Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 113.

gerçekleştirmeye yaradığı ifade edilebilir. Anayasa Mahkemesi eski tarihli kararlarında kamu düzeninin içeriğini oldukça geniş bir yorumla ele almıştır. Buna göre "genel sükûn ve düzen" deyiminin "kamu düzeni" ile eş anlamlı olduğunu ifade ederek kamu düzeninin, toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının korunmasını amaç alan her şeyi ifade ettiğini, başka bir deyimle toplumun her alandaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsadığını belirtmiştir.[61] Daha sonra verdiği bir başka kararında ise, "amme emniyeti" (kamu güvenliği) "amme intizamı" (kamu düzeni) ve "mülahaza" gibi deyimler ve sözcüklerin, kesinlik taşımayan, yoruma muhtaç, kişilerin bakış açısına göre değişiklik gösteren sözcüklerden ibaret olmadığını ifade etmiştir. Hatta tersine bu kavramların anlamları uygulamalarla belirlenmiş, hukuk ve Anayasa diline girmiş kavramlardan olduğunu belirtmiştir.[62] Bu gerekçeden hareketle Anayasa Mahkemesi, hukuk diline ve kanunlara girmiş ve üstelik bir kısmı Anayasa'da yer almış bu terimlerin anlamalarının yoruma muhtaç olduğundan ve kişilere göre değişebileceğinden söz edilemeyeceğini belirtmiştir.[63] Böylece Anayasa Mahkemesi, doktrindeki görüşün aksine kamu düzeni kavramının belirsiz olmadığını iddia etmiştir diyebiliriz.[64]

İdari kolluk makam ve görevlilerinin „genel ahlak" ile olan ilişkisi iki durumda mevcuttur. Birinci durumda kolluk makamı kanundan doğan yetkisine dayanarak tesis ettiği düzenleyici işlemler vasıtası ile „genel ahlak" a yer verebilir.

---

61 AYM, E.1963/128, K.1964/8, K.T. , R.G.Tarih-Sayı: 16.5.1977-15939; AYM, E.1976/27, K.1976/51 , K. T.18, 22/11/1976, R.G.Tarih-Sayı: 16.5.1977-15939

62 Mahkeme burada, örnek olarak, Anayasa'nın değişik 11., 16., değişik 19., 28., değişik 29., ve değişik 46. maddelerinde, "milli güvenlik" "kamu düzeni", ve değişik 15. maddesinde "kanunla yetkili kılınan merci" deyimlerinin kulanıldığı ifade etmiştir.

63 AYM, E.1973/12, K. 1973/24, K.T. 7/6/1973, R.G.Tarih-Sayı: 9.11.1973-14707. İlgili kararda, Anayasa Mahkemesi ayrıca: *"Türk Ceza Kanununun 526. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "amme emniyeti" (kamu güvenliği) "amme intizamı" (kamu düzeni) ve "mülahaza" gibi deyimler ve sözcükler itiraz yoluna başvuran mahkemenin kararında ileri sürüldüğü gibi kesinlik taşımayan yoruma muhtaç, kişilerin bakış açısına göre değişiklik gösteren sözcüklerden ibaret olmayıp tersine anlamlan uygulamalarla belirmiş, hukuk ve Anayasa diline girmiş kavramlardandır, örneğin Anayasa'nın değişik 11., 16., değişik 19., 28., değişik 29., ve değişik 46. maddelerinde, "milli güvenlik" "kamu düzeni", ve değişik 15. maddesinde "kanunla yetkili kılınan merci" deyimlerinin kullanıldığı görülmüştür. Hukuk diline ve kanunlara girmiş ve üstelik bir kısmı Anayasada yer almış bu terimlerin anlamanın yoruma muhtaç olduğundan ve kişilere göre değişebileceğinden söz edilerek ve bu gibi nedenlere dayanılarak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemiyeceği şüphesiz bulunmaktadır."* Ifadesine yer vererek belirsiz kavramların bu tür bir suç tanımını yapan kanunda dahi bulunmasını sakıncalı olarak görmemiş, ilgili kavramların bulundukları mevzuat ve ait oldukları disiplin içerisinde yorumlanarak anlamlarının belirlenebileceğine işaret etmiştir. Ayrıca bu kavramların pozitif hukukta daha önce yer almalarını ise bir meşrulaştırma aracı olarak kullanmıştır.

64 Temsilciler Meclisinde yapılan görüşmede ise aksine, kavramın nitelenmeye muhtaç olduğu ifade olunmuş ve buna dayanarak kavramın içeriği için şu açıklama getirilmiştir: „*"Yerli ve yabancı bir çok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim sık sık görülmekte, fakat tarifine pek az rastlanmaktadır...yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda (kamu düzeni) deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır." Bkz. Temsilciler Meclisi Tutanak dergisi Cilt: 3 sahife : 71 ve 73*

İkincisi durumda kanun „genel ahlak" kavramını doğrudan kolluk eylem ve işleminin sebep unsuru olarak düzenlemektedir. Bu durumda kolluk amirinin „genel ahlak" gerekçesi ile vereceği emrin yahut kolluk personelinin kanunda öngörülen durumda doğrudan harekete geçmesinin görünür nedeni olacaktır. Ancak gerek kolluk amiri gerekse kolluk personelinin görünmeyen bir „kişisel ahlak" motivasyonunda hareket etmesi tehlikesi mevcut olacaktır. Bu durmda kolluk makam ve görevlilerine „genel ahlak" gerekçesi ile yetki veren başlıca hükümlerin incelenmesinde fayda vardır.

İdari kolluk mevzuatında[65] „genel ahlak" kavramına farklı düzeylerdeki hukuk normalarında yer verilmiştir. 1938 tarihli Polis Vazife Ve Salahiyet Nizamnamesi 9. maddesine göre, "*Ahlaka ve umumi terbiyeye uygun olmayan veya devletin emniyet ve siyasetine mazarratı dokunacak oyun oynatılan veya temsil verilen yerleri"* Polis, kat'i deliller elde ettiği takdirde o yerin en büyük mülkiye amirinin emri ile kapatabilir. Ayrıca Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği[66], Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği[67] Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik[68] de "genel ahlak"ın düzenlendiği görülmektedir.[69] İdari kolluk tüzük ve yönetmelikler dışında

---

65 4 Temmuz 1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun Kanununun 2'nci maddesinin A fıkrasında "*Kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, Hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmıyan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak,"* ifade ile idari kolluk personelinin görev alanı düzenlenmiştir. 4 Haziran 1937 tarih ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilâtı Kanununun 19'uncu maddesi a bendinde kolluk teşkilatında *idari polis*in içtimai ve umumi intizamı temin etmekle mükellef olan kısım olduğu ifade edilir. İdari kolluk ayrıca genel ve özel idari kolluk şeklinde ayrılmakta olup bu çalışma içerisinde her ikisini de kapsayacak şekilde "idari kolluk" kavramı kullanılmaktadır.

66 Gecikmesinde sakınca bulunan hallerin tanımında, önleme aramaları bakımından genel ahlakın tehlikeye girmesi veya zararı görmesi hali de sayılmıştır, ayrıca genel ahlaka zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerlerin ve genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satan yerlerin denetimin, denetim şartları oluştuğunda kolluk tarafından kendiliğinden yapılabileceği, genel ahlakın korunması için önleme araması yapılabileceği düzenlenmiştir. Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 5271 - 4.12.2004 / 2559 - 4.7.1934 / 2803 - 10.3.1983 / 2692 - 9.7.1982 / 4926 - 10.7.2003 / 5442 - 10.6.1949 / 5149 - 28.4.2004 / 5188 - 10.6.2004 / 5253 - 4.11.2004 / 2935 - 25.10.1983 / 1402 - 13.5.1971 / KHK/485 - 2.7.1993
Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 1 Haziran 2005 - Sayı: 25832

67 *Madde 34 : Jandarma ...genel ahlaka ve terbiyeye aykırı söz ya da görüntüleri içeren ya da kanunla yasaklanmış dillerde film plak, ses ve görüntü bantları, kasetleri vb. ile resim, yazılı ve basılı kağıtlara, yayınlara elkoyar. MADDE 35 - Jandarma yeterli ve kesin deliller elde ettiğinde, o yerin mülkiye amirinin kararıyle; a)Genel ahlak ve terbiyeye...kamu düzenine aykırı oyun oynanan, temsil verilen, film, görüntü ve ses bant ya da kasetleri vb. ile gösteri yapılan yerleri kapatır*. Bakanlar Kurulu Karar Numarası ve Tarihi: 83/7362 - 3.11.1983
Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 2803 - 10.3.1983

68 *(Madde 23-(Değişik - R.G.: 22.10.2002 - 24914 / m.5) Vali veya kaymakam; a)(...) Genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, gerektiğinde, alındı belgesi verilmiş olsa dahi, toplantı başlama saatinden geriye doğru 24 saatlik zaman içerisinde, tebligat şartı aranmaksızın, toplantı veya gösteri yürüyüşlerini yasaklamaya veya iki ayı geçmemek üzere ertelemeye yetkilidir.)* Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 2911 - 6.10.1983 Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 9 Ağustos 1985 - Sayı: 18836

69 Genel ahlakın (toplum ahlakının/kamu ahlakının), korunmasını ve zarar görmemesini gözetleyen, genel edebe ve örf ve adetlere uygun tutum ve davranışların toplumda yerleşmesini amaçlayan, yönetmeliklerin sayısı çoğaltılabilmekle birlikte yukarda önemli görülen yönetmelikler ve ilgili hükümleri veril-

da düzenleyici işlemler yapabilmekte olup bunlar yukarda da bahsedildiği üzere, İçişleri Bakanının tebliğ ve genelgeleri ile her ilin Valisinin çıkaracağı genel emirler şeklinde de gerçekleşebilmektedir. İdari kolluk bireysel kolluk işlemlerinde de "genel ahlak" kavramını gerekçe olarak kullanabilmektedir. Bireysel kolluk işlemleri, düzenleyici kolluk işlemlerinin hayatın günlük akışı içerisinde bireylere tek tek uygulanması suretiyle elde edilen hukuki durumlardır. Bu durumlar aynı zamanda, temel hak ve özgürlükleri kamu düzenini korumak amacıyla sınırlama hükümleri de içeren kanunve düzenleyici işlemlerin, belli kişilere ve durumlara uygulanması için alınan kolluk tedbirleridir.[70]İdare kolluk alanındaki yasalara ve yaptığı düzenleyici işlemlere dayanarak bireyler hakkında hukuki sonuç doğuran kararlar almaktadır.[71] Bunlar, izin vermek, bildirim kabul etmek, gözetim ve denetim görevini yerine getirmek, emir ve ihtarda bulunmak, faaliyetten men kararı vermek, erteleme kararı vermek,kapatma kararı vermek şeklinde olabileceği gibi; yaptırım uygulamak ve zor uygulamak şeklinde de gerçekleşebilir. Bireysel kolluk işlemleri, toplumun her bir farklı yaşam alanında farklı düzeylerde kendini göstermektedir.

İdari kolluk faaliyetleri bireyler ve topluluklar ile idareyi temel hak ve özgürlükler konusunda karşı karşıya getiren bir idari faaliyet türüdür.[72] İdari kolluk makamı bireysel ve düzenleyici işlemler tesis edebilirken; birer kamu görevlisi olan kolluk personeli kolluk amirleri tarafından verilen emir ve talimatları yerine getirmekte ve kolluk makamlarının yapmış olduğu işlemleri uygulamaktadırlar. Bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasaklanması ya da verilmiş olan bir ruhsatın iptali veya askıya alınması yahut bir gazetenin belli bir sayısının toplatılması şeklinde bireysel işlemler idari kolluk yetkisinin müdahaleci niteliğini de ortaya koymaktadır. Tüm bu faaliyetlerin ortak noktası ise temel hak ve özgürlüklere bir noktada müdahale etme, durdurma, sınırlama ya da yasaklama neticesinin doğmasıdır.

Kamu düzeninin bir unsuru olarak genel ahlak kavramının açıkça ya da dirlik ve esenlik kavramları içerisinde anılması hukuki güvenlik ve belirlilik il-

---

miştir. Bu örnekleri ve düzenlemeleri çoğaltmak mümkündür. Bkz. Sinematografik Ortak Yapımlar Ve Türkiye'de Ticari Amaçlı Film Çekmek İsteyen Yerli Ve Yabancı Yapımcılar Hakkında Yönetmelik; Ticari Araçlarda Reklam Bulundurulması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik; Mal Bildiriminde Bulunulması Hakkında Yönetmelik; Devlet Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik; Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurları Disiplin Kurulları Ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği; T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü Disiplin Yönetmeliği; Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Personel Yönetmeliği; Ermeni Lise Ve Ortaokulları Yönetmeliği; Posta Hizmetlerinin Sunulmasına İlişkin Yönetmelik; İnternet Alan Adları Yönetmeliği, Fikir Ve Sanat Eserlerinin Kayıt Ve Tescili Hakkında Yönetmelik; İşyeri Açma Ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik; Kültür Ve Turizm Bakanlığı Yayın Seçme Yönetmeliği; Dernekler Yönetmeliği gibi.

70 Yıldırım ve diğerleri, 2012, s.709.

71 Tan, Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013. 2013, s. 404.

72 Günday, 2017, s.289.

kelerini tehdit edebilmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtildiği üzere *hukuk devleti olmanın gereği* olarak; hukuk düzeninde *belirliliğin* sağlanması için Anayasa Mahkemesi üç ana unsurun varlığını aramaktadır. Bunlardan ilki; yasal düzenlemenin niteliğine ilişkin olarak açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olma özelliklerinin sağlanmasıdır. Buna göre yasal düzenleme, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarının önüne geçecek şekilde yapılmalı, temel hak ve özgürlüklere yönelik haksız müdahaleler önlenmelidir. Bu haksız müdahalelere karşı koruyucu tedbirlerin alması yine yasadan beklenen bir diğer koşuldur.[73] Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte ayrıca idarenin işlem ve eylemlerinde istikrarlı ve tutarlı olmasına da katkıda bulunur. İkinci olarak *hukuki güvenliğin* sağlanması ve buna göre birey hangi somut eylem ve olgu karşısında, hangi hukuki sonucun doğacağını ve karşılaşacağı yaptırımın niteliğini bilmesi gerekmektedir.[74] Üçüncü olarak ise *hukuk güvenliği ilkesinin gereği* olarak *hukuki öngörülebilirlik ilkesi*nin gereğine işaret etmiştir.[75] Yasa kuralının, ilgili kişilerin mevcut konumunda belirli bir işlemin ne tür sonuçlar yaratabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesi olarak nitelenen *öngörülebilirlik ilkesine* göre; yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır.[76]

---

73 Burada özellikle idare organlarının keyfiliğinin engellenmesi için maddenin ne şekilde yorumlanmayacağının belirtilmesi, idarenin yetki sınırlarının yasa ile çizilmesi ve her koşulda idarenin takdir yetkisinin sınırsız bir yetki olmadığının hatırlatılması gerekir.

74 Bundan başka mahkeme, bireylerin devlete karşı güven duymasını ve devletin de bu güven duygusunu sarsacak yasal düzenlemelerden kaçınması gereğini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi "hukuki güvenliğin" önemini bir kararında şu şekilde vurgulamıştır: *"...Bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur. Devlet açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koyarak bunları uyguladığı zaman hukuk güvenliği sağlanır. Yasalarda yapılan değişikliklerin toplumsal gerçeklerle uyumlu olması ve adaletli kurallar içermesi gerekir."Bkz. AYM, E. 2003/67, K. 2003/88, K.T 8.10.2003, R.G.Tarih-Sayı: 28.02.2004-25387.* Nitekim Mahkeme hukuki güvenliğin korunmasına ilişkin muğlak ifadelerden kaçınması gereğini 2013 tarihli kararında tekrarladığını söylemek mümkündür. Anayasa Mahkemesi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (1) numaralı fıkra hükmünün Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığını incelediği kararında itiraz konusu kuralla, Kanun'un 37. ile 46. maddelerinde yer almayan fiillerle ilgili olarak disiplin cezasının uygulanabileceğinin öngörülmesinin belirsizliğe neden olduğunu belirtmiştir. Ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutukluların hangi fiili işlerlerse disiplin cezasının uygulanacağı konusunda duraksamaya sebebiyet verdiği, bu şekilde bir belirsizliğin hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaştırılamayacağını vurgulayan Mahkeme ayrıca bu durumun kıyas yoluyla ceza tayinine de sebep olduğunu belirterek ilgili hükmü Anayasa madde 2 ve madde 38'e aykırı bularak iptal etmiştir. Zira bir hukuk devletinde, kanunun ne tür fiilleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirlenmesi ve buna göre cezasının da kanunla saptanması gerekmektedir. Hukuki güvenlik ilkesi bunu gerektirir. Bkz. AYM, E. 2013/28, K. 2013/106, K.T. 3.10.2013, R.G.Tarih-Sayı: 18.01.2014-28886.

75 Anayasa Mahkemesi hukuki belirlilik ilkesinin gereklerinden biri olarak hukuki öngörülebilirlik şartını şu şekilde açıklamıştır: *"Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. "Öngörülebilirlik Şartı" olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idare de istikrarı da sağlar. AYM, E. 2011/22, K. 2012/31, K.T. 1.3.2012, R.G. Tarih-Sayı: 13.10.2012-28440.*

76 AYM, E. 2011/22, K. 2012/31, K.T. 1.3.2012, R.G. Tarih-Sayı: 13.10.2012-28440.

Bu anlamda yasanın uygulamasında takdirin kapsamı ve uygulaması, bireyleri devletin keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Ancak genel ahlak kavramı uygulamada ve yargı kararlarında kolluk görevlilerinin bireysel değerlendirmelerine açık olarak yorumlanmaktadır. Zira kavramın tanımlanmasında müstehcenlik, ar ve haya duyguları dikkate alınmaktadır. Ancak aynı yargı yerlerince bir hukuk devletinin diğer unsur ve işlevleri ile birlikte „hukuki güvenlik"ve „hukuki belirlilik" ilkelerinin gerçekleşmesine de bağlı olduğu da vurgulanmaktadır.[77]

Hukuki güvenlik bir yanı ile adaletin parçası olup[78], hukuk kurallarında sürekliliği, muhataplarının ne zaman yasal olanın içinde kalıp ne zaman yasalın dışına çıkacaklarını bilebilmelerini zorunlu kılar. Bu işlevinin gerçekleşebilmesi, bir yandan tüm kurum ve kuruluşlarıyla devletin hukuka bağlı kalmasını gerektirirken, diğer yandan devlet/toplum/birey ilişkilerinde kişilere hukuka uygun davranma sorumluluğu yüklemektedir. Kamusal ya da özel, resmî ya da sivil herkesin hukuka uygun davranabilmesi, hukukun bilinmesine ve anlaşılmasına bağlı olup devlet organlarının bu gereklilikleri karşılayacak şekilde yasa yapması ve uygulaması zorunludur. Böylelikle bireyler devlet gücü tarafından yapılacak uygulamaları önceden bilebilir, hukuk kurallarının sürekli, istikrarlı ve ahenk içinde uygulanacağı konusunda bir güvence oluşmaktadır. [79]

Anayasa Mahkemesi, ayrıca belirlilik ilkesinin hukuksal güvenlikle bağlantısını vurgulayarak; bireyin yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmesi gerektiğini ifade etmiştir.*[80]* İdari kolluk alanında yaptırımların ve idarenin müdahale yetkisinin yoğun-

---

77 Danıştaya göre bir devlet ancak Anayasa 'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçındığı, hukuku tüm devlet organlarına egemen kıldığı, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olduğu sürece hukuk devleti olarak tanımlanabilir. Bkz. DANIŞTAY 12. DAİRE E. 2016/8833 K. 2017/269 T. 9.2.2017.

78 Hukukun muhtaplarının bugün olan yasanın yarın da süreceğini bilebilmesi, kendilerine verilen cezanın başkalarına da verileceğini bilmesi sayesinde hukuki güvenlik dolayımı ile adaletin uzantısı sağlanmış olur. Yazarın "*hukuk güvenliği"* terimini "hukuki güvenlik" ile aynı anlamda kullandığı görülmüştür. Melike Belkıs Aydın *"İyi İnsanlar Kötü Kurallara İtaat Emez: Gustav Radbruch" içinde* Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin Ertuğrul Uzun, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, İthaki Yayınları, 2015, sayfa 131.

79 Selda ÇAĞLAR, „*Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi",* **Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği,** 8-9 Kasım 2013, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, s.25-139, s.29

80 Buraya kadar olan yapılan "hukuki belirlilik" tanımı Anayasa Mahkemesi 'nin sonraki kararlarında da aynı şekilde kullanılmıştır. Anayasa Mahkemesi 'nin, bu tanıma bağlı kalarak ve hukuki belirliliğin önemine dikkat çekerek verdiği pek çok kararı vardır.
AYM, E. B. 2016/7508 T. 4.7.2019; AYM, E. 2013/46, K. 2013/140, K.T: 28.11.2013, R.G.Tarih-Sayı: 27.3.2014-28954; AYM, E. 2013/67, K. 2013/164, K.T. 26.12.2013 R.G.Tarih-Sayı: 27 Mart 2014-28954; AYM, E.2008/115, K.2011/86, K.T. 2.6.2011, R.G.Tarih-Sayı: 17 Mart 2012-28236; AYM, E.2009/21, K. 2011/16,K.T. 13.1.2011 R.G.Tarih-Sayı: 2 Nisan 2011-27893; AYM, E.2010/28, K. 2011/139, K.T. 20.10.2011 R.G.Tarih-Sayı: 7 Şubat 2012-28197; AYM, E. 2009/29, K. 2010/66, K.T. 13.5.2010

luğu göz önüne alındığında hukuki belirlilik ilkesinin önemi ve konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin içtihadını göz önüne almak gerekmektedir. Zira kolluk mevzuatında yer alan müdahale hükümlerinin muhatabı olacak bireyler için *hukuki belirlilik ve hukuk güvenliği ilkelerinin yerine getirilmiş olması beklenir.* Birbirini destekler ve tamamlar nitelikteki bu iki ilkeden *hukuk güvenliği ilkesi* ise, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Buna dayanarak bir yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. *'Öngörülebilirlik şartı'* olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar. *''*[81]

Kolluk faaliyetlerinin ana amaçlarından biri olan "kamu düzeni" kavramının belirsizliği gerek öğretide, gerek yargı kararlarında vurgulanmıştır. Kamu düzeni kavramı Anayasa'dan başlayarak, yönetmeliğe kadar giden silsile içinde pek çok hükümde yer alarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında adeta bir rejim kurucu görevini üstlenmiştir. Bu kavramın belirsizliğine karşı açılan davada Anayasa Mahkemesi'nin açıklamasına bakmak faydalı olacaktır: *" ...oysa "millî güvenlik" ve "kamu düzeni" uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlardır. "Gecikmede sakınca bulunan haller" de en az o kavramlar kadar kesin ve keskin çizgilerle belli edilmesi, sınırlanması zorunlu bulunan bir deyimdir. Dava konusu kuralda "şüphe edilen kimseler" denilerek yasal düzenlemeye Anayasa'nın pek istisnaî durumlar için öngördüğü bir yetkinin hele ikinci, üçüncü aşamadaki görevlilerce kullanılmasını olağanlaştırmağa, genelleştirmeğe ve büsbütün öznelleştirmeğe*

R.G.Tarih-Sayı: 22 Ekim 2010-27737; AYM, E.2013/39, K.2013/65, K.T. 22/5/2013 R.G.Tarih-Sayı: 12.07.2013-28705; AYM Başvuru Numarası : 2012/1035, K.T. 17/7/2014, R.G.Tarih-Sayı: 16 Ekim 2014-29147; AYM, E. 2013/39, K. 2013/65, K.T. 22.5.2013 R.G.Tarih-Sayı: 12 Temmuz 2013-2870; AYM, E.2008/31, K.2011/94, R.G.Tarih-Sayı: 21.10.2011-28091; AYM E.2012/18, K. 2013/80, K.T. 18.6.2013, R.G.Tarih-Sayı: 28 Aralık 2013-28865; AYM, E. 2011/141, K. 2013/10, K.T. 10.1.2013 R.G.Tarih-Sayı: 28 Aralık 2013-28865; AYM, E. 2012/33, K. 2012/174, K.T. 8.11.2012 R.G.Tarih-Sayı: 21 Eylül 2013-28772; AYM, E. 2012/1, K. 2012/147, K.T. 11.10.2012 R.G.Tarih-Sayı: 22 Kasım 2013- 28829; AYM, E. 2012/65, K. 2012/128, K.T. 20.9.2012,6287, R.G.Tarih-Sayı: 18 Nisan 2013- 28622; AYM, E. 2011/59, K. 2012/34, K.T: 1.3.2012 AYM, E. 2012/94, K. 2013/89, K.T. 10.7.2013 R.G.Tarih-Sayı: 25 Ocak 2014-28893; AYM, E.2011/29, K. 2012/49, K.T. 30.3.2012 R.G.Tarih-Sayı: 1 Ocak 2013-28515; AYM, E. 2010/7, K. 2011/172, K.T. 22.12.2011 R.G. Tarih-Sayı: 14.02.2012-28204; AYM E.2010/29, K.2010/90, K.T. 16.7.2010 R.G. Tarih-Sayı : 04.12.2010-27775;

81 AYM, E.2005/5, K.2008/93 K.T 17.4.2008, R.G.Tarih-Sayı 05.11.2008-27045.

elverişli bir deyim daha eklenmiştir."[82]

Yasalarda geçen ve yukarda tartışılan belirsiz kavramlar ile idarenin yetkili kılınması durumunda, özellikle kolluk güçlerince yetkili kılınması söz konusu olursa, idari makamların bu kavramları kendi anlayışlarına göre değil, kavramların "objektif" anlamına göre yorumlamalıdırlar.[83] Kamu güveni, ahlak, terbiye gibi birtakım belirsiz kavramların idare açısından bir takdir yetkisi içerip içermediğini tespit etmek kolay olmasa da; Balta söz konusu belirsiz kavramın objektif bir değeri mi yoksa yetkili merciin anlayışının mı kastedildiğinin araştırılması gerektiğini, nitekim eğer objektif bir değere ilişkin ise idarenin taktir yetkisinin olmayacağını belirtmiştir. Nitekim PVSK'da yer alan "ahlak ve umumi terbiye deyimlerini" Balta; polisin anlayışının değil, objektif bir değerin kastedildiğini belirtmiştir.[84] Bu objektif değer toplumun ahlaki değer yargıları olarak veya kolluk personelinin şahsi ahlaki değerlerini yansıtacak şekilde yorumlanmamalı ve işlem tesis edilmemelidir.

D. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda "Genel Ahlak" Düzenlemeleri

Kolluk alanında "genel ahlak"a ilişkin düzenlemeler incelendiğinde ilk olarak 1845 tarihli Polis Nizamnamesi[85]toplam on yedi maddeden oluşuyor olup, Nizamnamenin 13. maddesi hükmü şu şekildedir: "*Ahlak ve umumi edebi ihlal edecek olan kitap, gazete ve dergilerin basılmasına ya da satılmasına engel olmak, yurt dışından gelen kitap, gazete ve dergi gibi yayınları kontrol etmek gerekirse toplattırılmasını sağlamak."*[86] Polis Nizamnamesi'nde polise verilen görevler arasında "ahlak ve umumi edep" in korunmasına yönelik olarak , basın hayatına yönelik sınırlamanın günümüz düzenlemeleri ile olan benzerliği son derece ilgi çekicidir. Ahlak ve edebe aykırılık kavramlarının toplumsal düzende yaratmasından endişelenen muhtemel ihlallerin ise, bu düzenleme vasıtasıyla ba-

82 AYM, E. 1973/41, K. 1974/13, K.T. 25.4.1974, R.G.Tarih-Sayı: 14.9.1974-15006.

83 Oktay Uygun, **1982 Anayasası nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 99

84 Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku Genel Konular**, AÜSBF Yayınları, 1970, Ankara, s. 137.

85 Nizamname, 11 Rebiü l Evvel 1261 (20 Mart 1845) tarihinde çıkarılmış olup, 21 Rebiü l Evvel 1261 (30 Mart 1845) de, İstanbul da bulunan sefaretlere gönderilmiştir. Bkz. Ali Birinci, **Türk Emniyet Teşkilatında "İlkler",** Polis Bilimleri Dergisi, 1999, C. 1,S. 3, ss.9-16, s.10 Bu nizamnamenin orjinal adı ise "Bi-Nimetihı TeaM Saye-i Muvaffakiyet-vaye-i Cenab-ı Mülk-daride Mücerred İstikmal-i Esbib-ı Emniyyet-i Mülkiyye ve İstihsal-i Hüsn-i Ziibıta-i Belediyye Niyet-i Hayriyyesiyle Beyoğlu ve Galata ve Havalisinde Polis Namıyla Numune Olarak İttihaz Olunup Muahharen Emr ü İcrasına İriide-i Seniyye-i Mülukane Müteallik Buyurulmuş Olan Usul-i Cedfd-i Zabtiyyenin Hıdemat-ı Umumiyyesinden Olup Ba'd Ezın İcabına Göre Zeyli Caiz Olmak Üzere Şimdilik İcraian Muktezı Görünen Bazı Mevadd-ı Esasiyyedir" Bkz: Ali Sönmez, Polis Meclisinin Kuruluşu Ve Kaldırdışı ,(1845-1850), **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi,** Ankara 2005,C.24, Sayı 37, ss.259-275.

86 Sönmez, Ali, "Polis Meclisinin Kuruluşu Ve Kaldırılışı,(1845-1850)", **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi**, 2005, C.24, S. 37, Ankara,ss. 259-275. s.263.

sılı eserler açısından daha fazla sayıda gerçekleşeceği endişesi ise dikkat çekmektedir. Bugün halen yürürlükte olan 2559 sayılı Polis Vazife Salahiyet Kanunu, 4 Temmuz 1934 tarihinde yürürlüğe konulmuş olup, bu Kanun'un uygulama şeklini göstermek üzere Polis Vazife ve Salahiyet Nizamnamesi düzenlenilerek 7 Nisan 1938 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1935, 1948, 1965, 1973, 1980, 1985, 2005 ve 2007 yıllarında birtakım değişiklikler geçirerek bugünkü halini almıştır.[87] Polise bu müdahale etme ve sınırlama yetkisi verilirken, gerçekleştireceği işlem ya da faaliyetin gerekçesi olarak, toplumun düzenini bozan ya da bozma tehlikesi yaratan birtakım insan faaliyetleri sıralanmakla birlikte, belirsiz olduğu kadar aslında birer insani duygu ve değer yargılarını içeren ifadeler de beraberinde sıralanmıştır. Şöyle ki,"(...) *umumi kadın adı verilenlerin ve itiyat sebebiyle veya menfaat kastiyle kendilerini başkalarının zevkine terk edenlerin* (...)" polis parmak izini ve fotoğrafını alabilecektir.[88] Ayrıca"(...)*ahlaka ve umumi terbiyeye uygun olmayan, devletin emniyet veya siyasetine mazarratı dokunacak oyun oynatılan veya temsil verilen yerlerin*" polisin kat i delil elde etmesi halinde o yerin en büyük mülki amirinin emri ile kapatabileceği,[89] yine "*ahlak ve umumî terbiye uygun olmayan şarkı veya sözleri yahut amme emniyetini bozucu hitabeleri muhtevi bulunan gramafon plaklarını ve izinsiz gösterilen veya elde edilen filmleri ve bu kabil sair basma yazı ve resimleri alacağı suç teşkil edenleri ilgili makamlara vereceği*"[90]düzenlenmiştir. Ayrıca "ar ve hayâya ve içtimai nizam ve ahlaka uygun olmayan harekette bulunanlarla, bu yolda söz ve türkü söyleyen ve şarkı çalanları...gençleri her türlü ahlaksızlığa teşvik edenleri" polisin menedeceği düzenlenmiştir.[91]

"Ahlak" ve "genel adap" kavramlarının 2559 sayılı PVSK'nn 1935 tarihinde yayınlanmış ilk biçiminden itibaren, polisin yetki sahası içinde bir müdahale gerekçesi olarak yer almıştır. Aynı zamanda da idari işlemin sebep unsuru olarak varlığını göstermiştir. PVSK'da kolluk makam ve personeline *"genel ahlak*" sebebiyle müdahale etme yetkisi; faaliyetten men cezası ve işyeri açma ruhsatının iptali; söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları, sesli ve görüntülü eserleri engelleme yetkisi ve aleni yerlerdeki oyun ve temsillere ilişkin denetleme yetkisi olmak üzere üç ana tema halinde düzenlenmiştir.

Bu temalarda yer alan düzenlemelere kısaca yer vermekte fayda vardır. İlk olarak PVSK 8 (d) bendi uyarınca , bir idari yaptırım olarak "*faaliyetten men etme yetkisi*" ve "*işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının"* iptali düzenlenmiştir. Buna göre, "genel ahlak"a zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film

87 http://www.tesevdns.net/assets/publications/file/27122013181309.pdf
88 2559 sayılı PVSK ilk hali, madde 5/D
89 2559 sayılı PVSK ilk hali, madde 8/D
90 2559 sayılı PVSK ilk hali, madde 9/F
91 2559 sayılı PVSK ilk hali, madde 11

veya video bant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerler[92], polisçe kat'i delil elde edilmesi halinde, mahallin en büyük mülki amiri tarafından 30 günü geçmemek üzere geçici süreyle faaliyetten men edilir. Ayrıca bu maddede yazılı fiiller sebebiyle bir yıl içinde üç defa faaliyetten men edilen işyerlerinde, bu fiiller tekrar işlendiği takdirde, işyeri açma ve çalışma ruhsatları, mahallin en büyük mülkî amirinin bildirimi üzerine, belediye veya il özel idaresi tarafından beş iş günü içinde iptal edileceği hükme bağlanmıştır.[93] İlgili madde hükmü (d) bendi gereğince "genel ahlak" devletin bölünmez bütünlüğü, Anayasal düzen ve genel güvenliğin yanında zarar verildiğinde korunması gereken bir değer olarak düzenlenmiş ve bu mahiyette oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bant gösterilen yerlerin neler olduğunun tespit edilmesi ise, işlem gerçekleştirecek olan idarenin takdir yetksine bırakılmıştır. Ancak bu tür gösterilerin neler olduğu, ne tür oyun ya da temsillerin "genel ahlak"a aykırı olduğu gerekçesi ile iş yerinin geçici süreyle faaliyetten men edileceği hususu açık değildir. Aynı şekilde internet üzerinden yapılan yayınların hangi hallerde "genel ahlak"a aykırı nitelik taşıdığı da belirsizdir. Bu aykırılığı takdir edecek olan yine kanunu uygulama durumunda olan kolluk yetkilileri midir sorusu akla gelmektedir.

Her ne kadar maddede "genel ahlak" sebep olarak gösterilse de bu madde hükmüne göre gerçekleştirilen müdahalelerde "müstehcenlik" de bu idari işlemin sebep unsurunu oluşturmuştur. Müstehcenliğin tarifi de tıpkı ahlak gibi zor olup, üzerinde mutabakata varılan bir tanım olmadığı gibi böyle bir tanım yapılabilse de, kişisel değer yargılarından bağımsız bir değerlendirmenin neticesinde olmayacağı açıktır. Ayrıca yukarda ifade edildiği üzere müstehcenlik ve genel ahlakı aynı anlamda kullanmak son derece isabetsizdir. Esen, müstehcenlik tarifinin imkansızlığının; kavramın belli olmayışından değil fakat, anlamını tayin etmek konusunda geniş bir yorum imkanının sağlanmak istenmesinden kaynaklandığını belirterek, müstehcen algısının zaman ve mekana göre değiştiğini kabul etmekle birlikte, cinsi arzu ve ihtirası kamçılama unsurunun belli zamanda ve belli yerde araştırma ve tespitinin mümkün olduğunu belirtmiştir.[94] O halde müstehcen olarak nitelendirilecek durum, davranış ya da gösteri, o günün koşulları içerisinde ve belirli bir bölgede yaşayanların üzerinde cinsi arzuları tahrik edici etki bırakıp bırakmadığına göre değerlendirilecektir. Bu durumda ahlakilik ve cinsellik algısının farklı bölgelerde yaşayan halklar için farklılık arz edeceği gözönüne alınarak, yasakların da buna göre şekillenip, şekillenmeyeceği sorunu karşımıza

92 Değişik 24.11.2004 Tarih 5259 Sayılı Polis Vazife Ve Selahiyet Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Madde 3

93 2559 Sayılı PVSK, Değişik Madde 8 (24/11/2004-5259/3 md) PVSK'nın 5259 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önceki 7(d) bendi hükmüne göre, "umuma açık eğlence ve istirahat yerlerinin izin alınmadan açılması halinde polis tarafından doğrudan kapatılması" öngörülüyordu. Artık bu kapatma işlemi yerel yönetimlere devredilmiştir. Bkz. Derdiman, 2007, s.257.

94 Bülent N. Esen, "Müstehcen Mefhumuna Dair", **Ankara Barosu Dergisi**, 1953, S. 5, ss.381-384, s.382.

çıkmaktadır. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, müstehcen film oynatıldığı ileri sürülen sinemanın valilikçe kapatılması işleminin iptali istemiyle açılan davada[95], Danıştay, İdare Mahkemesi'nin filmin yalnızca bir sahnesinde başrol oyuncusunun kısa süreli olarak ve anlaşılamayacak şekilde çıplak göründüğünü, bunun ise cinsel duyguları tahrik etme niteliği taşımadığını ileri sürerek idare mahkemesinin verdiği müstehcen bulma kararını, yeterli inceleme yapılmaması sebebiyle bozmuştur.

İkinci olarak PVSK, madde 11(a) bendi uyarınca *kolluğun söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları, sesli ve görüntülü eserleri engelleme yetkisi* düzenlenmiştir. Buna göre, "genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak", utanç verici ve toplum düzeni tarafından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları, madde 11 (b) bendi uyarınca "çocukları, kız ve kadınlar ile genç erkekleri hertürlü ahlaksızlığa yönelten ve teşvik edenleri", madde 11 değişik (c) bendi uyarınca ise "genel ahlak ve edebe aykırı mahiyette" her türlü sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satanları, herhangi bir müracaat veya şikayet olmasa bile engeller, davranışların devamını durdurarak yasaklar, sanıklar hakkında tanzim olunacak evrakı derhal adliyeye tevdi eder. İlgili hüküm gereğince, genel ahlak ve edep kurallarına aykırılık gerekçesinden başka, utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunmak da polisin müdahale alanına dahil olmuştur. Bu anlamda genel ahlak ve edebe aykırılık deyiminin anlamı geniş ve muğlak bir nitelikte olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi, genel ahlak ve edebe aykırı davranışların suç teşkil etmesi kaydıyla men yetkisinin doğabileceğini öngörmüştür. Bu konuda Anayasa Mahkemesi; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 16.6.1985 günlü, 3233 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değişik 11. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı sorunu hakkında verdiği kararı detaylı olarak incelemek faydalı olacaktır. [96] 3233 sayılı Kanunla değiştirilmiş bulunan 11. madde (a) bendinde, genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik ve benzeri gösteri yapanları; (b) bendindeçocuklar, kız ve kadınlar ile genç erkeklere sözle veya herhangi bir şekilde sarkıntılık edenleri, kötü alışkanlıklara ve her türlü ahlaksızlığa yönelten ve teşvik edenleri, (c) bendinde ise genel ahlak ve edebe aykırı mahiyetteki film, plak, video ve ses bantlarını yapan ve satanları, polisin herhangi bir müracaat ve şikâyet olmasa bile engelleyeceği, davranışlarının devamını durdurarak yasaklayacağı, sanıklar hakkında düzenleyeceği evrakı derhal, şikâyete bağlı suçlar hakkındaki evrakı da şikâyet ve müracaat vuku bulduğu

---

95 Danıştay 10. Dairesi E.1991 / 2508, K.1993 / 1262 , K.T.31/03/1993

96 AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, K.T. 26.11.1986, R.G. Tarih-Sayı :14.08.1987-19544

takdirde adliyeye tevdi edeceği, ayrıca video ve ses bantlarını ticari maksatla dolduran gerçek veya tüzelkişilerin bu bantların birer adedini, piyasaya çıkarılmadan önce mahallin en büyük mülki amirine vermek zorunda oldukları, hükmü getirilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, inceleme konusu kuralın birinci fıkrasında yer alan üç bentte de öngörülen eylemler ancak suç teşkil etmek koşuluyla polisin müdahalesini gerektirecek niteliktedirler. Yani "genel ahlak ve edep kurallarına aykırılık" ifadesinden polisin kendisinin genel ahlak ve edep kuralları olarak nitelediği kuralların anlaşılması kuşkusuz, insan haklarının ciddi bir tehdit altında olması ile sonuçlanacaktır. Hükmün bu şekilde algılanması ile bir tür polis suçu oluşmakta, böylece kişinin temel hak ve özgürlükleri Anayasaya aykırı olarak sınırlanmış olmaktadır. Polisin burada müdahalede bulunma yetkisi; ilgili sebeplerin varlığı halinde yalnızca söz şarkı müzik veya benzeri gösteriler için değil ve ayrıca kişilerin tavır ve davranışları açısından da geçerlidir. Bu madde diğerlerine nazaran polise idarenin takdir yetkisinin tanınması bulunması oldukça sakıncalı bir hareket alanı yaratmaktadır. Zira madde metninin Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararından bağımsız olarak değerlendirilmesi halinde, konusu suç olan davranışların hangi koşullarda genel ahlak ve edebe aykırı söz, müzik ve benzeri gösteri olarak niteleneceği anlaşılamamaktadır.

PVSK madde 11 ile gündeme gelen bir diğer nokta, bilim, sanat ve düşünceyi açıklama hürriyeti olup, 5237 sayılı TCK yedinci bölüm "genel ahlaka karşı suçlar" başlığı ile düzenlenmiş olup, TCK 226/7 bu maddede ilgili hükümlerin, bilimsel eserler hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. PVSK 11. maddenin "*genel ahlak ve adaba aykırılık*" teşkil eden tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları ve mahiyette her türlü sesli ve görüntülü eserlere yönelik getirilen engelleme ve yasaklarının ortada bir suç varsa mümkün olduğu yukarda belirtildi. Bilim, sanat ve edebi eserlerin TCK madde 226/7'de müstehcenlik konusunda verilen bir tür koruma veya dışarda bırakma durumunun "genel ahlak ve edebe" aykırılık iddiası karşısındaki bu haklar için, böyle bir korumanın TCK'da bulunmadığı görülür. O halde bir tiyatro eserinin, bir sanat eseri vasıfları taşıdığı tespit edildiği takdirde müstehcen olduğu gerçekçesiyle gösterimi durdurulamayacak fakat genel ahlaka aykırı olduğu gerekçesi ile gösterimi durdurulabilecek midir sorusu gündeme gelmektedir. 2559 sayılı PVSK 11/c hükmü, genel ahlak ve edebe aykırı olarak film yapan ve satanlardan bahsetmiş fakat bunları seyredenlerden bahsetmemiştir. Buna rağmen olayın nitelikleri ve fiilin işleniş tarzına göre, PVSK 11/c kapsamında değerlendirilemeyecek kişiler PVSK 11/a kapsamında utanç verici ve tasvip edilmeyen hareketi yapmış kişi olarak değerlendirilmesi mümkündür.[97]

[97] Derdiman, 2007, s.282.

Madde metninde geçen film ve senaryoların denetimi ise daha önce PVSK madde 6 hükmüne göre yapılmakta iken; mülga 23 Ocak 1986 tarih, 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu ile bu görev Kültür ve Turizm Bakanlığına geçmişti. Ancak ilgili Kanun da, 14 Temmuz 2004 tarih ve 5224 sayılı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması İle Desteklenmesi Hakkında Kanunun 16.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Üçüncü olarak kolluğun *Aleni Yerlerdeki Oyun ve Temsillere İlişkin Denetleme Yetkisi* PVSK Ek madde 1'de düzenlenmiştir. Buna göre, umumi veya umuma açık yerler ile umuma açık yer niteliğindeki ulaşım araçlarında(aleni yerlerde), gerçek kişi ve toplulukların mahalli en büyük mülki amirine en az kırk sekiz saat önceden yazılı bildirimde bulunarak, oyun ve temsil verebileceğini veya çeşitli şekillerde gösteri düzenleyebileceği ancak, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne.... "genel ahlak" a aykırı olduğu tespit edilenler hakkında mahallin en büyük mülki amiri tarafından derhal Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulacağını hükme bağlamıştır. PVSK'nın ilgili hükmünün, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hüküleri ve Seçmen Kütükleri Kanunu kapsamına girmeyen (2911 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki istisnalar içinde yer almayan) *toplantı, oyun, gösteri veya temsil gibi etkinliklere* uygulanması gerekmektedir. Bununla birlikte tereddüt halinde, bunlardan hangilerinin 2911 sayılı Kanun'un kapsamına gireceğine mülki amir karar verecek olup, bu karar muhataplara yargı yolu açık olmak üzere tebliğ edilir.[98] **Umuma açık istiharat ve dinlenme yerlerine** ilişkin denetleme ve yaptırım uygulama yetkisi bu yerlerin nereler sayılacağını da içeren bir tanım ile PVSK değişik md.7 ve 8'de düzenlenmişken, **aleni yerlerdeki (umumi veya umuma açık yerlerdeki) oyun ve temsillere ilişkin denetleme yetkisi PVSK Ek Madde 1- (Ek: 3/8/2002-4771/10 md.)** ile düzenlenmiş ve aleni yerlerin nereler sayılacağına ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Aleni yerlerde yapılacak oyun, temsil ve çeşitli gösterilerin düzenlenmesi aynı şekilde yasaklanmamış ve izne tabi tutulmamış ve bildirime tabi tutulmuştur.[99]

98 Derdiman, 2007, s.271.

99 İlgili hükmün değişiklikten önceki hali 16.6.1985 günlü, 3233 sayılı Kanun'un 7.maddesiyle 2559 sayılı Kanun'a eklenmiş olan ek madde 1'in soyut kavramlar ihtiva ederek, polise oyun, temsil veya çeşitli şekillerde yapılacak gösteri düzenlemeleri men etme yetkisi tanıdığı ve ayrıca Mülkî amirin emri ibaresi ile sonucu etkileyici ya da hükmün niteliğini değiştirici bir unsur niteliğinde olduğu gerekçeleri ile Anayasa Mahkemesi'ne gitmiştir. Yüksek mahkeme ise bildirim usulü ile polise, verilecek oyun ve temsilleri ve yapılacak gösterileri izleyebilme ve temsil ve gösteriye katılanlar ile diğer kişilerin kimliğini öğrenme olanağı sağlandığını, yapılacak başvuruya senaryonun eklenmesi gerekmediğine göre bir ön denetimin söz konusu olmadığını belirtmiştir. AYM, E.1985/8, K.1986/27, K.T. 26.11.1986 R.G. Tarih-Sayı: 14.08.1987-19544. Bununla birlikte Okay Tekinsoy aslında bu değişikliği olumlu bir gelişme olarak nitelemiş ve İlgili maddenin değişiklikten önceki halinde mülki idare amirine polis vasıtasıyla, genel ahlaka aykırı olduğu tespit edilen oyun ve temislleri men etme yetkisini vermekte olduğunu ve bunun ise sansür niteliğinde olduğunu belirterek yapılan değişikliğin PVSK'nın 11. ve 8. maddelerindeki, ifade özgürlüğü ve bilim ve sanat özgürlüğünü genel ahlak sebebiyle sınırlama yetkisi veren düzenlemeler açısından da yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. Okay Tekinsoy, 2011, s. 117.

Kolluğa PVSK aracılığıyla "genel ahlak" sebebiyle tanınan müdahale etme yetkisi ve hatta bireylerin yaşam şekillerini de kapsayan görev ve yetkileri başlıca bu üç başlık altında incelenmiştir. Tüm sınırlamalar ve müdahalelerin yarattığı başlıca problem ise, belirsiz kavramlar ve "genel ahlak" kavramı yoluyla, devlete ait zor kullanma gücünün bireylerin hayatlarında birer vatandaş olarak, devletin güvencesinde olan eşitliğe aykırı durumlara sık sık maruz kalmasını gördük. Devlet kuşkusuz toplumsal hayatın güven ve huzur içinde seyrini, doğasından gelen kendisine özgü dengesini korumayı ve zaman zaman da bu topluma egemen olan, yerleşmiş birtakım değerlerin varlığını korumakla görevli durumdadır. Olması gereken hukuk bakımından devletin toplumsal değerleri koruma görevinin olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Ancak polisin devleti oluşturan bürokratik, askeri ve siyasi gücün değerlerini koruma görevi yoktur. Buna karşın böyle bir görev tanımı olmayan polisin takdir yetkisi artırılarak, toplumun bilinçli olarak dönüşümünü gerçekleştirmek de kanun koyucu vasıtasıyla iktidarın elindedir. Polisin takdir yetkisinin aslında polislik işine neredeyse içkin bir olgu olarak yerleştiğini belirten Ergut, bu alanda polisin kendi iktidarını yayma yolunda alabildiğince özgür hissetiğini belirtmiştir.[100]

Kıratlı, polisin manevi ve ahlaki alandaki hangi eylem ve faaliyetlere müdahale etme yetkisi olduğunu belirlerken ahlak ve ahlakilik arasında böyle bir ayrım yapmamakla birlikte, polisin manevi ve ahlaki alana müdahale etme yetkisinin, bu alandaki faaliyetlerin maddi düzen ve esenliğie yansıyıp, toplumda karışıklık yarattığı zaman mümkün olabileceğini belirterek, ilerde detaylı olarak inceleneceği üzere, örneğin müstehcen film ya da fotoğraflar, ya da bir kimsenin müstehcen nitelikteki sokakta veya diğer genel yerlerdeki hareketleri sebebiyle; kamu düzeninde meydana gelen ya da gelmesi kuvvetle muhtemel olan karışıklık ile bu davranış arasında sıkı bir illiyet bağı varsa ancak o o halde "kamu düzenini bozacağı" gerekçesi ile polisin müdahale etme yetkisinin doğacağını belirtmiştir.[101] Ahlaki tutum ve davranışların, ne zaman polisin müdahale yetki alanına gireceği hususunda doktrindeki görüş yukarda anlatıldığı üzere, genel olarak, bu tutum ve davranışların kamu düzenini bozacak şekilde dış dünyaya yansıması ile mümkün olacağı şeklindedir. Nitekim Tan da, kolluk faaliyeti ile korunmaya çalışılan düzenin maddi düzen oluşuna dikkat çekerek, düşünce ve ahlak alanının ancak maddi anlamda kamu düzenini eylem ve gösterilere dönüştüğü ölçüde kolluk faaliyetinin konusuna girdiğini ve aslında böyle durumlarda dahi idari kolluk yetkisinin konusu olanın düşünce ve inanç olmayıp yerine göre güvenliği, dirliğin ve sağlığın korunması olduğunu belirtmektedir. Günday da, benzer şekilde kamu düzeni ile kastedilenin toplumun dış ve maddi düzeni olduğunu, bununla yollar,

[100] Ergut, 2004, s.65.
[101] Kıratlı, 1973, s. 33.

parklar gibi umumi yerlerde ve gazino, kahvehane, sinema gibi umuma açık yerlerde, bireyin güven içinde dirlik ve esenlik ile ve de sağlıklı yaşaması anlamına geldiğini ifade ederek, bireylerin özel çıkarlarına ve anlayışlarına dayalı düzenin kamu düzeni ile bir ilgisini olmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda, kişilerin kendi ahlak anlayışlarına göre giriştikleri eylem ve davranışlar da, kamuya ilişkin olmadığından ve bunların bireysel çıkarlara yönelik olduğundan bahisle idari kolluğun bu alanlara müdahale etmesi mümkün olmadığını ifade eden Günday, ancak totoliter rejimlerde, idari kolluğun kişilerin konutlarında, iç yaşantılarında ve kendi ahlak anlayışlarında oluşturdukları düzene ya da onların kendi ahlak anlayışlarının ifadesi olan eylem ve davranşlara müdahale edebileceğini belirtmiştir.[102] Bununla beraber PVSK nın 8/d ve 11/1 hükümlerinde geçen "genel ahlak" sebebiyle yapılan müdahalelerin ve bireylerin ahlak anlayışının dışa yansıması nitelğindeki bazı eylem ve davranışların, idari kolluk faaliyetlerine konu yapılması, ancak bu eylem ve davranışlar, toplumun dış ve maddi düzeninde derhal ve yakın bir zamanda karışıklık meydana getirebilecek nitelikte iseler mümkün olup, bu şekilde açık ve yakın bir tehlike mevcut değil ise, bireylerin ahlak anlayışlarının dışa yansıma biçimi olan bu gibi eylem ve davranışlara idari kolluğun müdahale etmesi durumunda yetki gaspı meydana gelecektir. [103] Manevi ve ahlaki davranışın, polisin yetki alanı içinde sayılması için, bu tutum ve davranışların ancak kamu düzenine yansıması ve bu yansıma neticesinde de kamu düzenini bozulmuş olması şartının doktrinde genel olarak kabul edildiğini gördük. Bununla birlikte müdahalenin mümkün olabilmesi için bu şartlara ek olarak, Kıratlı kişinin manevi dünyasına ait tutum ve davranış ile düzenin bozulması arasında sıkı bir illiyet bağının varlığını kollarken, Günday bu tutum ve davranışların, kamu düzenin bozulması için açık ve yakın tehlike oluşturması vurgusunu yapmıştır. Kanaatimizce, üzerinde önemle vurgu yapılan noktaların tamamı ayrı ayrı önemli olup, polisin, şahsın ahlaki ve manevi dünyasına ait olan tutum ve davranışlarına müdahale edebilmesi için, bu tutum ve davranışların maddi düzene sirayet etmesi, bu sirayet sonucunda mevcut düzenin bozulmasına yönelik açık ve yakın bir tehlike olması ve bir karışıklık ya da bozulma meydana geldiğinde ise bu netice ile ahlaki tutum ve davranış arasında sıkı bir illiyet bağının bulunması gereklidir. Ayrıca konunun kritik olan bir başka noktası daha vardır, o da kamu düzenini bozan bu ahlaki tutum ve davranışın ne zaman "genel ahlaka" aykırı nitelikte olduğunu, toplum için ahlaksız, ar ve haya duygusunu zedeleyecek, müstehcenliğe varan, zararlı mahiyetinin nasıl tespit edileceği bu nitelendirmeyi kimin yapacağı sorunudur.

[102] Günday, 2017, s.291.
[103] Günday, 2017, s.291.

SONUÇ

Hukuk devleti ilkesi, bireyi devletin tüm organlarından gelecek keyfi uygulamalara karşı korumayı amaçlamakta olup; "genel ahlak" kavramı bu anlamda idari kolluğun keyfi uygulamalarına sebep olabilecek belirsiz ve soyutluğu özünde taşımaktadır. Bu sebeple kavramın kamu gücünün kullandığı bir alanda mevzuat ile düzenlenmesi hukuk devletinin gerekleri olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri açısından olumsuz bir durumdur. Özellikle hukuki belirliliğin sağlanmasına yönelik çalışmalar yasa koyucunun bu tür soyut ve belirsiz düzenlemelerden kaçınması gereğine dikkat çekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de yukarda ifade edilen kararlarında dava konusu olan bir çok kavramı *hukuki belirsizliğe* yol açması sebebiyle yasanın iptal sebebi olarak değerlendirmiştir. Bununla birlikte „genel ahlak" hukuki düzenlemelerde ve idari kolluk mevzuatında yerini korumaktadır. Bu düzenlemelerin anlamlandırılmasında ve idarenin bu kavramı idari işlemin sebep unsuru olarak kullnılmasında dikkat çekilmesi gereken hususlar vardır. Öncelikle idari kolluk kamu düzenini koruma vazifesini yerine getirirken „genel ahlak" gerekçesi bir işlem tesis edebilmesi yahut bir eylemde bulunabilmesi için, doktrinde de işaret edildiği üzere genel ahlak a aykırılığın kişilerin manevi dünyasından çıkarak kamuya yani maddi dünyada bir sonuç doğurması gerekmektedir. İkinci olarak ise maddi dünyadaki bu karşılık kamu düzeninin bozulmasında yakın ve açık bir tehlike oluşturmalı yahut düzeni bozmalıdır. Ancak bu durumda idari kolluk organ ve makamlarının müdahale yetkisi doğacaktır. Buradaki yakın ve açık tehlike ise kolluk işlem ve eylemlerinin sınırlayıcı ve kısıtlayıcı niteliği gereği dar yorumlanması gerekmektedir. Ayrıca idari kolluğun „genel ahlak" aykırılık gerekçesi ile harekete geçmesinde kolluk gücünün uygulayıcısı olan kolluk personelinin kişisel ahlak anlayışını genel ahlak kimliğine dönüştürmesi tehlikesi mevcuttur. Bu durumda bir hukuk devletinin bireye sunduğu temel güvence-idarenin keyfiliğinden bireyin korunması- etkisiz hale gelmektedir. Bunun meydana gelmemesi için hukuka saygılı bir idare kültürünün oluşması gerektiği gibi, somut olarak bu tür idari işlem ve eylemlerin yargısal denetiminin etkin ve etkili şekilde yapılması caydırıcı olacağı iddiaa olunabilir. İdari kolluk sınırları kanun ile çizilmiş olan bir sahada yetkili olup, faaliyet gösterirken; bu sınırın dışına çıktığında yalnızca bir hukuksuzluk durumu değil fakat ağır bir temel hak ve özgürlük ihlali de gerçekleşebilir. Zira bir tarafta kamu düzeninin korunması amacına özgülenen idari kolluk kuvveti; diğer tarafta ise, bu düzenin bir parçası olan, temel hak ve özgürlüklerini hukuka uygun olarak kullanabileceğine inanan ve elinde zor kullanma gücü olmayan birey vardır. "Genel ahlak"ın kamu düzeninin bir unsuru olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte; başta Anayasa olmak üzere "genel ahlak" kavramı kolluk kanunlarında sıkça atıf yapılan bir değer olarak Türk pozitif hukukunda kanun

koyucu tarafından korunmuştur. Böylece bireylerin "genel ahlak"a aykırı olarak nitelenen davranışları, yalnızca manevi bir yaptırıma değil aynı zamanda devletin zor kullanma gücü aracılığıyla maddi bir yaptırıma da tabi tutulmuştur. Bu da hukuk sistemimizde toplumsal ahlakın korunmasından devletin kendisini de görevli gördüğüne işaret etmektedir. Ancak doktrin ve yargı kararları ışığında şöyle bir tespitte bulunulabilir.

İdarenin kolluk faaliyetlerini yerine getirmesinde bir sebep olarak kullandığı „genel ahlak" kavramı ise iki tür tehlikeyi içinde taşımaktadır. Birincisi kolluk görevini yerine getiren kamu görevlisinin veya idare organının yukarda açıklanan *kişisel ahlak kurallarını* genel ahlak kuralı olarak kabul ederek bu kabul üzerinden işlem tesis etmesidir. İkinci tehlike ise genel ahlakın ya da sosyal ahlakın değerler ve değer yargıları üzerinden tanımlanması neticesinde *soyut ve belirsiz* niteliğidir. Bu nedenle, *ahlak* ve *genel ahlak* kavramlarına ait tanım ve nitelendirmelerin çeşitliliği artmakta ve içerikleri farklılaşmaktadır. Her iki kavramın, bilhassa pozitif hukuk metinlerinde yer alması ise; hem bu hükümlerin muhatapları, hem de hükmün gereğini yerine getirmekle görevli olan idare organları için farklı bakış açılarının doğmasına sebep olmaktadır. Üstelik *ahlak* ve *genel ahlak* kavramlarının farklılıkları gözetilmeksizin toplumun çoğunluğunun benimsediği ahlaki yargılardan hareket edilmektedir. Oysa ki *genel ahlak* kavramı kolluk mevzuatında kamu gücünün müdahale edeceği yetkinin sınırını çizmektedir.

Bu sınırın çizilmesinde öncelik bireylerin manevi dünyasından ve özel hayatından uzak durmaktadır. İkinci olarak ise kolluğun işlem ve eylemlerini hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik içerisinde tesis etmesi için genel ahlak sebebi ile işlem tesis etmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi aranmalıdır. Kamu düzenini korumak ve sağlamaya yönelik genel ahlak gerekçesi bir işlem tesis edilebilmesi yahut bir eylemde bulunulabilmesi çin; birinci şart bireylerin özel hayat sınırından çıkarak genel ahlaka aykırılığın maddi dış düzene yansıması olmalı, ikinci şart ise bu yansıma sonucunda kamu düzeninin bozulacağına dair ciddi ve yakın bir tehlike oluşturması ya da kamu düzeninin doğrudan bozulması olmalıdır.

Zira kolluk güçlerini "genel ahlak" sebebiyle harekete geçiren olay, bireylerin manevi dünyalarına ilişkin birtakım inanç ve düşünceler olamayacağı gibi; henüz yakın bir tehlike olmaksızın ya da kamu düzeni bozulmaksızın kolluğun müdahale yetkisi de oluşmamaktadır. Aksi bir durum, demokratik bir hukuk devletinde, bireyler için açık bir hukuksuzluk yaratacağı gibi, bireylerin devlete ve özelde idareye olan güvenini de sarsacaktır. Ancak uygulama ve yargı kararları göz önüne alındığında "genel ahlak" kavramı kolluk işlem ve eylemlerinde sebep unsuru olarak yer almakta olup; her an ve hayatın günlük akışı içinde idarenin

zorlayıcı gücü ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmektedir. Bu noktada beklenen, bu kavramların birer amaç değil, toplumsal kamu düzeninin korunmasında bir araç olduklarının unutulmaması ve bu koruma sırasında, demokratik bir hukuk devletinde insan haklarına ve evrensel hukuk ilkelerine azami saygının gösterilmesidir.

KAYNAKÇA

ADAL, Erhan, **Hukukun Temel İlkeleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

AKARSU, Bedia**, Ahlak Öğretileri**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1992.

AKBAŞ,Kasım **Hukukun Büyübozumu**, Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi, Legal Yayıncılık, 2006.

AKI,E. İrem, *"Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller'ın Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme"***AÜHFD**, 64 (1) 2015, s. 1-35.

ANSAY Sabri Şakir, **Hukuk Bilimine Başlangıç**, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958.

ARAL Vecdi, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

ATAY, Ender Ethem **Hukuk Başlangıcı**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.

ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012

AYDIN, Melike Belkıs, *İyi İnsanlar Kötü Kurallara İtaat Emez: Gustav Radbruch" içinde* **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş***,* İthaki Yayınları, 2015.

AYBAY, Aydın ve AYBAY, Rona, **Hukuka Giriş**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007.

BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukuku Genel Konular,** AÜSBF Yayınları,Ankara,1970.

BİLGE, Necip, **Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram Ve Kurumları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

BİRİNCİ, Ali, **Türk Emniyet Teşkilatında "İlkler",** Polis Bilimleri Dergisi, 1999, C. 1,S. 3, ss.9-16.

ÇAĞLAR, Selda, „*Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi",* **Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği,** 8-9 Kasım 2013, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, s.25-139.

DERDİMAN, Cengiz, **Polis Yönetimi ve Hukuku**, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2007.

DEMİR, Abdullah; DERYAL, Yahya, **Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi (Metodolojik Hukuka Giriş)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları,** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.

ERGUT, Ferdan, **Modern Devlet ve Polis Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Toplumsal Denetimin Diyalektiği**, İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2004.

ESEN, Bülent N., "*Müstehcen Mefhumuna Dair",* **Ankara Barosu Dergisi,** 1953, S. 5, ss.381-384.

GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi, 2018.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

UZUN, Ertuğrul, *"Amerikan Hukuki Realizmi" içinde* **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, İthaki Yayınları, 2015.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.

GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi,** Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007.

HİRŞ, E. Ernest, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001.

IŞIKTAÇ, Yasemin, **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

KABOĞLU, İbrahim, **Kolektif Özgürlükler,** Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989.

KUÇURADİ, İoanna, **Uludağ Konuşmaları (Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları)**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2009.

OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖNEN, Mesut, **Hukukun Temel Kavramları,** Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999.

ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Alfa Basım, İstanbul, 1994.

ÖZKÖK, Gülriz *"Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine",* **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2002, C. 51, S. 2, s. 1-18.

SÖNMEZ, Ali, "Polis Meclisinin Kuruluşu Ve Kaldırılışı,(1845-1850)", **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi**, 2005, C.24, S. 37, Ankara, s. 259-275.

TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

TİMUROĞLU, Vecihi, **İnsan Hakları Sözlüğü**, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2007.

UYGUN, Oktay, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.

UYGUR, Gülriz, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2002, C. 51, S. 2, s. 1-18.

UZUN, Ertuğrul, *"Amerikan Hukuki Realizmi" içinde* Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin Ertuğrul Uzun, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, İthaki Yayınları, 2015.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2009.

YÜKSEL, Mehmet, "Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişkisine Sosyolojik Bir Bakış", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Ankara, 2002, C. 57, S. 1, s. 177-195

OLAĞANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ: KAMU GÖREVİNDEN İHRAÇLAR VE YOL AÇTIKLARI HUKUKA AYKIRILIK SORUNLARI

Serap Yazıcı*

GİRİŞ

Türkiye, 15 Temmuz 2016'da bir darbe teşebbüsüne maruz kalmış; bu teşebbüs, halkın desteği ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin (TSK) darbe karşıtı güçlerinin etkisiyle bastırılmıştır. Darbe teşebbüsünün bastırılmasının akabinde 20 Temmuz 2016'da Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Anayasanın mülga 120. maddesine dayanarak olağanüstü hale (OHAL) geçiş kararı vermiştir. Bu karar, 21 Temmuz 2016'da Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM) onaylanmıştır. Olağanüstü hal uygulaması, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından her defasında üçer ay uzatılmak ve TBMM tarafından onaylanmak suretiyle 19 Temmuz 2018 tarihine kadar devam etmiştir. İki yıl süren bu olağanüstü hal uygulaması boyunca Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Anayasanın mülga 121. maddesinin 3. fıkrasındaki hükme dayanarak 31 adet olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi (OHAL KHK) kabul etmiştir. Sözü geçen OHAL KHK'leriyle yaklaşık 130 bin kişi, kamu görevinden ihraç edilmiş; bu kişilerin unvan ve pasaportlarına el konulmuş; bir kez daha kamu görevinde istihdam edilmeyecekleri hükme bağlanmıştır. Bu OHAL KHK'lerinin tarihleri, sayıları ve her KHK ile kaç kişinin kamu görevinden ihraç edildiğini gösteren tablo, 1 numaralı ekte yer almaktadır. Bu tablo, aynı zamanda az sayıda göreve iade hükümleri içeren KHK'lere ve hangi KHK'lerle kaç kişinin iade edildiği verilerine de yer vermektedir.

Bu çalışmada, 21 Temmuz 2016'dan 19 Temmuz 2018'e kadar devam eden olağanüstü hal süresince yayınlanan OHAL KHK'lerinin binlerce kişinin kamu görevinden ihracı, unvan ve pasaportlarının iptaliyle bir kez daha kamu görevine

* Prof. Dr., İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi..

alınmayacaklarını düzenleyen hükümlerinin Anayasaya ve hukukun temel ilkelerine aykırılık sorunları incelenecektir.

Kamu görevinden ihraçlar, aynı zamanda yoğun hak ihlâllerine de yol açmıştır. Ne var ki bu hak ihlâlleri, her ihraç işlemi ve yol açtığı sonuçlar yönünden, münferit bir incelemeyi gerektirmektedir. Bu nedenle bu çalışmada, ihraç işlemlerinin yol açtığı ve tüm ihraçlar yönünden ortak olan genel nitelikteki hukuka aykırılık sorunlarına değinilmekle yetinilecektir. Binlerce kişinin ihraç işlemi yönünden ortak olan bu sorunlar, aşağıda görüleceği gibi, Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin; devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. maddesinin; olağanüstü hallerde uygulanacak kuralları düzenleyen mülga 121. maddesinin 2. ve 3. fıkralarıyla bu hükmün atıfta bulunduğu temel hak ve hürriyetlerin kullanımının durdurulmasını düzenleyen 15. maddesinin ihlâliyle fonksiyon gaspı ve ağır yetki tecavüzü şeklinde ifade edilebilir.

2 numaralı ek, ihraçların ve buna bağlı diğer müeyyidelerin ne tür düzenlemelerle yapıldığını göstermektedir. Bu ekten anlaşılacağı üzere ihraç işlemleri, 668 sayılı OHAL KHK'sinden itibaren başlamış; 701 sayılı KHK dahil olmak üzere otomatik biçimde sürdürülmüştür. Öte yandan bu ek, ihraçların iki grupta incelenebileceğini göstermektedir. İhraçlar, 668 sayılı KHK'den başlayarak 674 sayılı KHK dahil olmak üzere, *"Fethullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı"* ibaresini içeren hükümle yapılmıştır. Böylece Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, hukuk devletinde mündemiç olan suç ve cezanın kanunîliği, masumiyet karinesi, yargılamasız ceza olmaz ilkelerini ihlâl etmek suretiyle binlerce kişi hakkında yargısal nitelikte bir karar vermiştir. OHAL'in darbe teşebbüsünü bastırmak için ilan edildiği, bu teşebbüsün FETÖ örgütü tarafından gerçekleştirildiği dikkate alındığında, sözü geçen OHAL KHK'lerinin OHAL'in sebep unsuruyla uyumlu olduğu düşünülebilir. Ne var ki aşağıda değineceğimiz AYM kararlarında[1] da teyit edildiği gibi, demokratik bir hukuk devletinde OHAL, keyfîlik yönetimi olarak tasavvur edilemez. Sonuç olarak, belirttiğimiz OHAL KHK'lerinin hükümleriyle ihraç edilenler, FETÖ örgütüne mensup olsalardı dahi bu kişilerin hukuk devletinin icaplarına uygun olarak yargılanmaları ve kendilerine adil yargılanma hakkının tüm unsurlarının tanınması gerekirdi. Böyle bir yargılama neticesinde, sözü geçen kişilerin gerçekten iddia edilen fiilleri işledikleri tespit edilseydi haklarında verilen yargısal hüküm, kamu vicdanını da tatmin edebilirdi. Oysa aşağıda görüleceği gibi, böyle bir yöntem izlenmemiştir.

2 numaralı ekin sunduğu bir başka veri ise şudur: Dokuzuncu OHAL KHK'si olan 675 sayılı KHK'den itibaren ihraçlar ve buna bağlı müeyyideler, *"Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine*

[1] E. 2016/205, K. 2019/63, 24.07.2019, R.G. Tarih/Sayı 31.10.2019/30934, par. 4.

karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı" ibaresini içeren hükümle gerçekleşmiştir. 675 sayılı KHK'nin 1. maddesinde yer alan bu hüküm, müteakip KHK'lerde tekrarlanmak suretiyle ihraçların OHAL uygulaması sona erinceye kadar devam ettiği görülmektedir. Bu durum, OHAL uygulayıcılarının darbe teşebbüsünü bastırmak amacından uzaklaşarak OHAL'in sunduğu yetkileri, siyasi maksatlarla kötüye kullandıklarını göstermektedir. Böylece 675 sayılı KHK'den itibaren OHAL, her tür ifade ve eleştiri hürriyetiyle muhalefet hakkını bastırmak amacıyla kullanılmış, ağır bir korku ikliminin sürekliliği sağlanmıştır. 2. ekin sunduğu bu veriler, bu yöntemle gerçekleşen ihraçlarda fonksiyon gaspının mevcut olduğu, dolayısıyla bu işlemlerin yoklukla malûl oldukları argümanımızı güçlendirmektedir. Bundan başka 2. ek, her iki gruptaki şablon hükümlerle yapılan ihraç sayısına da yer vermektedir. Böylece bu ek, aslında fonksiyon gaspının kaç kez ortaya çıktığını da kanıtlamaktadır. Konunun ayrıntıları, fonksiyon gaspı başlığında ele alınmıştır.

3 numaralı ek, olağanüstü hal süresince – Anayasanın mülga 121. maddesinin son fıkrasının emrine uygun olarak – Bakanlar Kurulunun Cumhurbaşkanı başkanlığında hangi tarihlerde ve kaç kez toplandığını ve bu toplantıların her birinde hangi OHAL KHK'lerini kabul ettiğini göstermektedir. 3. ekin sunduğu verilere göre, bu süre içinde Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanı başkanlığında yirmi (20) kez toplanmış; ne var ki bu toplantılarda otuz bir (31) OHAL KHK'si kabul etmiştir. Bu verilerden çıkan ilk sonuç, her toplantıda birden fazla OHAL KHK'sinin kabul edildiğidir. İkincisi ve daha önemlisi, toplantı tarihleriyle o toplantıda kabul edildiği görüntüsü verilen OHAL KHK'lerinin tarihlerinin örtüşmemesidir. Tabloda açıkça gözlemleneceği gibi, toplantı önceki bir tarihe, o toplantıda kabul edildiği görüntüsü verilen OHAL KHK'si ise sonraki bir tarihe denk düşmektedir. Bu ise OHAL KHK'lerinin Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kurulunda hazırlanmadığını, bu KHK'lerin ekli listelerinin, sonraki tarihlerde ilgili bakanlar, bakanlıklar veya bunların bürokratlarınca metne ilave edildiğini göstermektedir. Böylece OHAL KHK'lerinin ağır yetki tecavüzü yoluyla hazırlandığı argümanımız kanıtlanmaktadır. Dolayısıyla 3. ek, ağır yetki tecavüzünün on binlerce kez gerçekleştiğini göstermektedir.

Bu tablodan çıkan bir başka çarpıcı sonuç ise şudur: OHAL süresince Cumhurbaşkanı başkanlığında 20 kez toplanan Bakanlar Kurulu, bu toplantılarda 129.415 kamu görevlisinin ihracına ve evvelce ihraç edilen 3811 kişinin iadesine karar vermiştir. Fonksiyon gaspı başlığında göreceğimiz gibi, ihraç işlemleri ceza hükmü içeren yargısal tasarruf mahiyetindedir. Bu perspektifle düşünüldüğünde, iade işlemleri de beraat hükmü içeren yargısal tasarrufları çağrıştırmaktadır. Bütün bu veriler ve tespitler, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar

Kurulunun yüz binlerce kişi hakkında inceleme, araştırma yapmaksızın, ne ölçüde keyfî hükümler tesis ettiğini göstermektedir. Böylece yüz binlerce kişinin ve ailelerinin hayatları, hukuk devletinin güvenceleriyle bağdaşmayacak biçimde toptancı bir yaklaşımla bir çırpıda alt üst edilmiştir. Bu ifademizden, Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kurulunun inceleme ve araştırma yaparak bu tür işlemler tesis etmeye yetkili olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Bu ifade, kararlardaki keyfîlik düzeyini göstermek amacıyla seçilmiştir. Elbette yürütme organı, hiçbir gerekçeyle yargısal işlem niteliğinde karar verme yetkisine sahip değildir.

4. ek ise OHAL dönemi içinde Bakanlar Kurulunun 10.05.2018 tarihli 7142 sayılı Yetki Kanununa dayanarak Anayasanın mülga 91. maddesi çerçevesinde kabul ettiği olağan KHK'lerin sayıları ve yürürlük tarihlerini içermektedir. Bu KHK'ler ise OHAL'in her türlü ifade hürriyeti, eleştiri ve muhalefet hakkını sınırladığı bir ortamda kabul edilen 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun zorunlu kıldığı yasal değişiklikleri yürürlüğe koymuştur. Sözü geçen değişiklikler, konumuz dışında olmakla beraber, OHAL uygulamasıyla ortaya çıkan keyfîliğin, yürütme organınca hararetle benimsendiğini, böylece en hayatî yasal düzenlemelerin dahi yasama organı *by-pass* edilerek Bakanlar Kurulunca kabul edildiğini göstermektedir.

I. Kanun Hükmünde Kararnamelerin İçerdiği Hukuka Aykırılık Sorunları

1. Hukuk Devleti İlkesine Aykırılık Sorunu

Anayasamızın 2. maddesi, Cumhuriyetin nitelikleri arasında **"hukuk devleti"** ilkesine yer vermekte, 4. maddesi ise bu niteliklerin değiştirilemeyeceğini hükme bağlamaktadır. 4. maddenin içerdiği bu **değişmezlik yasağı**, anayasa koyucunun, Cumhuriyetin niteliklerine, dolayısıyla, bunlar arasında yer alan hukuk devleti ilkesine atfettiği önemi göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi (AYM), yerleşik içtihatlarında hukuk devleti ilkesini şöyle tanımlamaktadır: "[H]ukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir" (E. 2014/155, K. 2015/52, k.t. 27.05.2015, R.G. Tarih/Sayı : 02.06.2015/29374).

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktardığımız kararında da görüldüğü gibi, hukuk devleti, devletin bütün organ ve makamlarının hukuka uygun davranmakla yükümlü olduğu bir sistemi ifade etmektedir. Bu ilkenin asıl amacı, devletin üstün otoritesi karşısında bireyin varlığını, onurunu, hak ve hürriyetleri-

ni korumaktır. Hukuk devleti ilkesi aracılığıyla devlet otoritesi, hukukun sınırları içinde hareket etmeye mecbur kılınmakta, böylece bu otoritenin nasıl tezahür edeceği, bireyler yönünden belirlilik kazanmaktadır. Bu ise bireylere, geleceğe güvenle bakmak konusunda önemli bir teminat sunmaktadır. Bu sayede bireyler, yarınları için endişe duymadan hayatlarını planlama, bu planlar doğrultusunda eylem ve işlemler yapma imkânına kavuşacak, bu eylem ve işlemlerinin hukukî sonuçlarına güven besleyebilecektir. Bu açıdan düşünüldüğünde, hukuk devletinin önemli unsurlarından birinin, **devlete güven** ilkesi olduğu görülmektedir.[2]

Venedik Komisyonu da hukuk devletine ilişkin raporunda[3], hukukî belirlilik ve hukuka güven kavramlarının, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından olduğunu vurgulamaktadır. Bu rapora göre, "Hukuki belirlilik ilkesi, yargı sistemine ve hukuk devletine güven için zorunludur. Bu ilke aynı zamanda, kalkınma ve ekonomik ilerlemeyi gerçekleştirmeye yönelik olarak, verimli iş anlaşmaları bakımından da gereklidir. Bu güveni sağlayabilmek için devletin kanun metnini kolayca erişilebilir kılması zorunludur. Devletin, aynı zamanda, öngörülebilir ve istikrarlı/tutarlı bir şekilde, yürürlüğe koyduğu kanunlara saygı gösterme ve onları uygulama yükümlülüğü/ödevi vardır. Öngörülebilirlik, kanunun uygulanmasından önce erişilebilir bir yerde ilan edilmesini ve sonuçları bakımından öngörülebilir olmasını ifade etmektedir: kanun, bireyin davranışlarını/eylemlerini düzenleyebilmesine imkan verecek yeterli bir kesinlikle/açıklıkla formüle edilmelidir.

Belirlilik ihtiyacı, takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını önleyecek usullerin mevcut olması koşuluyla, karar verici makamların, gerektiğinde, bu yetkiyi kullanamayacakları anlamına gelmez. Bu bağlamda, bir devlet organına veya makamına takdir yetkisi tanıyan bir kanun, bu takdirin kapsamını/çerçevesini de belirtmek zorundadır. Yürütmeye/idari makamlara tanınan hukuki takdirin sınırsız/denetimsiz bir güç olarak ifade edilmesi, hukuk devletine aykırı olacaktır. Dolayısıyla, kanun, bireye keyfilik karşısında uygun bir koruma sağlamak amacıyla takdir yetkisinin kapsamını ve kullanılma yöntemini de yeterli açıklıkta belirtmelidir.

Bunlara ek olarak, Parlamentonun, muğlak kanunlarla temel hakları hükümsüz kılmasına/çiğnemesine izin verilmemelidir. Bu, bireye, devlet organları ve

[2] Ayrıntılar için bakınız Serap Yazıcı, "Hukuk Devleti ve Yargının Bağımsızlığı", **Türkiye'de Siyasal Yaşam (Dün, Bugün, Yarın)**, der. Mehmet Kabasakal, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, sy. 73-96; ayrıca bakınız Serap Yazıcı, "Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Hukuk Devletinin Değişen İçeriği", **Demokratikleşme Sürecinde Türkiye**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, sy. 291-343.

[3] European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report on the Rule of Law, adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011), (Par. 44-48), Strasbourg, 4 April 2011, http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e, erişim tarihi 16.01.2020.

yetkilileri karşısında esaslı bir hukuki koruma sağlayacaktır.

Hukuki belirlilik aynı zamanda, devletin bireylere yönelik taahhütlerine, verdiği sözlere uyması/bağlı kalması gerektiği anlamına gelmektedir ('meşru beklenti' kavramı)."

AYM de çeşitli kararlarında, hukukî belirlilik, devlete ve hukuka güven ilkelerini hukuk devletinin aslî unsurları arasında değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, "Hukuk devleti, Devletin bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu tür Devlette de "Hukuk güvenliği"ni sağlayan bir düzenin kurulması asıldır. Devlet, görevlerini yerine getirirken, "Hukuk devleti" niteliğini yitirmemeli, hukukun uygar ülkelerinde kabul edilen temel ilkelerini sürekli göz önünde tutmalıdır. Böyle bir düzende, "Devlete güven" ilkesi vazgeçilmez temel öğelerdendir. Devlete güven, hukuk devletinin sağlamak istediği huzurlu ve istikrarlı bir ortamın sonucu olarak ortaya çıkar. Yasaların Anayasa'ya uygunluğu karinesi asıldır. Yasalara gösterilen güven ve saygıdan kaynaklanan oluşumların sonuçlarını korumak gerekir" (E. 1989/11, K. 1989/48, k.t. 12.12.1989, R.G. Tarih/Sayı 12.01.1990/ 20410).

İki yıl süren OHAL uygulaması boyunca yürürlüğe giren OHAL KHK'leriyle binlerce kişi, apansız, kamu görevinden ihraç edilmiş, elde ettikleri unvanlardan yoksun bırakılmış, pasaportları iptal edilmiş, bir kez daha kamu görevinde istihdam edilmeyecekleri gibi ağır bir müeyyideye maruz bırakılmıştır. Haklarında hiçbir idarî ve cezaî soruşturma ve kovuşturma olmaksızın, herhangi bir yargılama yapılmaksızın, kendilerini savunma hakkı tanınmaksızın on binlerce kişinin hukuken geçerli bir mesnetten yoksun olarak böylesine ağır bir müeyyide ile karşılaşması, hukuk devletinin yukarıda aktardığımız devlete ve hukuka güven unsurlarının açık bir ihlâlidir.

Bu vahim tablo aynı zamanda, hukuk devletinin unsurlarından olan hukukî belirlilik kavramının da bir ihlâlidir. Nitekim AYM'nin aşağıda aktaracağımız kararı, bu tespitin doğruluğunu göstermektedir. Mahkemeye göre, "Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de *"belirlilik"*tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yön-

temlerden kaçınmasını gerekli kılar" (E. 2016/140, K. 2017/92, k.t. 12.04.2017, R.G. Tarih-Sayı 25.05.2017-30076, par. 13).

OHAL KHK'lerinin binlerce kişinin kamu görevinden ihracına yol açan düzenlemeleri, aşağıda görüleceği gibi, aynı zamanda hukuk devletinin uzantısı olan sanığın masumiyeti karinesine, kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralına aykırılık oluşturmaktadır. Öte yandan bu OHAL KHK'leri, Anayasamızın fonksiyonlar ayrılığı kuralına yer veren 7, 8 ve 9.; *"hiç kimse veya bir organ kaynağını Anayasadan almayan bir yetkiyi kullanamaz"* hükmünü içeren 6.; anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine yer veren 11.; olağanüstü yönetim usûlleri altında kabul edilen KHK'lerin, konu sınırını ve usûl kuralını içeren mülga 121. maddesine ve bu maddenin yollamada bulunduğu "Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" başlıklı 15. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu Anayasaya aykırılık sorunları aşağıda incelenecektir.

2. Anayasanın 5. Maddesine Aykırılık Sorunu

Binlerce kişinin OHAL KHK'leriyle mesnetsiz bir biçimde kamu görevinden ihracı, pasaportlarının iptali ve bir kez daha kamu görevinde istihdam edilmeyecekleri kuralı, Anayasamızın, devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. maddesine de aykırıdır. Bu madde devlete,*"kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak"; "kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak"; "insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak"* ödevlerini yüklemiştir. Böylece 5. maddenin devlete, bireyler karşısında üç tür pozitif edim yüklediği görülmektedir. OHAL KHK'lerinin kamu görevinden ihraca ilişkin düzenlemeleri, Anayasamızın 5. maddesiyle devlete yüklenen edimlerin de ihlâl edildiğini göstermektedir.

Binlerce kamu görevlisi, hukuka aykırı bir biçimde kamu görevinden ihraç edilerek maddi ve manevi bakımdan ağır ölçüde mağdur edilmiştir. Maddi bakımdan mağdur olmuşlardır, çünkü maaş ve diğer özlük haklarını kaybetmişlerdir. Manevi bakımdan mağdur olmuşlardır, çünkü pek çoğu, uzun yıllardan beri, kendilerini vakfettikleri meslek ve sanatlarını icra etmekten yoksun bırakılmış ve itibarları da zedelenmiştir. Böylece Anayasanın 5. maddesiyle vatandaşlarının huzur, mutluluk ve refahını sağlamak ödevini üstlenmesi gereken devlet, pek çok açıdan Anayasaya aykırı olan OHAL KHK'leriyle binlerce kişi yönünden huzur, mutluluk ve refah koşullarının ortadan kalkmasına sebep olmuştur. Gene aynı maddeyle, vatandaşlarının maddi ve manevi şartlarının gelişmesini sağlamaya çalışmak edimini üstlenmesi gereken devlet, hukuka aykırılığı açık olan OHAL KHK'leri ile binlerce kişi yönünden maddi ve manevi gelişme şartlarını orta-

dan kaldıran bir süjeye dönüşmüştür. Nihayet bu maddeyle, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak edimini üstlenmesi gereken devlet, hukuka aykırılığı açık olan OHAL KHK'leri ile binlerce kişi yönünden ekonomik, siyasal, sosyal engellerin yaratıcısı haline dönüşmüştür.

Bu yüzden OHAL KHK'leri, Anayasamızın 2. maddesinin içerdiği hukuk devleti ilkesi yanında aynı maddenin içerdiği sosyal devlet ilkesi ile bu ilkenin uzantısı olan Anayasamızın 5. maddesinin ihlâli anlamındadır. Nitekim AYM de kararlarında, Anayasanın 5. maddesini Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddenin içerdiği hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleriyle bağlantılı görmüş; böylece 5. maddeyi ihlâl eden durumları aynı zamanda Anayasanın 2. maddesinin ihlâli olarak değerlendirmiştir.

Mahkemeye göre, "Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur. Anayasa'nın 5. maddesinde de, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır" (E. 2003/31, K. 2003/87, k.t. 08.10.2003, R.G. Tarih/Sayı 24.02.2004/25383).

3. Olağanüstü Yönetimin Anayasal Sınırlarını Aşan Hukuka Aykırılık Sorunları

3.1. Mülga 121. Maddenin 2. Fıkrasının İhlâli Sorunu

1982 Anayasası, otoriter bir zihniyetle hazırlanmasına rağmen, OHAL rejiminin hukukî sınırlarını açık olarak tayin etmiştir. Bu sınırı düzenleyen mülga 121. maddenin 2. fıkrası şöyledir: *"[O]lağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir."* Bu hükmün gösterdiği gibi OHAL'in her türünde,

a. Temel hak ve hürriyetler sınırlanabilir veya durdurulabilir,

b. Halin gerektirdiği tedbirler alınabilir,

c. Kamu hizmeti görevlilerine yetkiler verilebilir,

d. Görevlilerin durumunda değişiklikler yapılabilir.

Ancak bütün bu uygulamalar, Anayasanın 15. maddesinde yer alan ilkeler doğrultusunda Olağanüstü Hal Kanunuyla düzenlenebilir. Görüldüğü gibi 1982 Anayasası, 12 Eylül askerî müdahalesinin olağanüstü atmosferinde hazırlanmasına rağmen, OHAL rejimlerinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ve durdurulması ihtiyacı hasıl olduğunda dahi, bu sınırlamanın Olağanüstü Hal Kanunuyla yapılacağını belirtmek suretiyle kanunla sınırlama ilkesinden vazgeçmemiştir. Diğer bir deyişle, "kanunla sınırlama" ilkesi, OHAL rejimleri bakımından da muhafaza edilmiştir. Üstelik, kanunla yapılması öngörülen sınırlamalarda da Anayasanın 15. maddesinde yer alan kriterlere uyulması zorunlu kılınmıştır. Böylece kanun koyucuya, olağanüstü hal gerekçesiyle temel hak ve hürriyetleri dilediği gibi durdurma ve sınırlama olanağı tanınmamıştır.

Bu nedenle binlerce kişinin OHAL KHK'leriyle kamu görevinden ihracı, unvan ve pasaportlarının iptali ve bir kez daha kamu görevinde istihdam edilmeyecekleri şeklindeki düzenlemelerin tamamı, Anayasanın mülga 121. maddesinin 2. fıkrasına aykırıdır. Çünkü bu fıkra hükmü, olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin ancak Olağanüstü Hal Kanunuyla sınırlanabileceğini, bu sınırlamanın da Anayasanın 15. maddesine uygun olması gerektiğini düzenlemiştir. Şu halde, Olağanüstü Hal Kanununda yer almayan temel hak ve hürriyetlere yönelik tüm sınırlamalarla bu Kanunda yer alsa dahi Anayasanın 15. maddesiyle bağdaşmayan sınırlamalar, Anayasanın mülga 121. maddesinin 2. fıkrasını ihlâl etmiş olacaktır. Bu Anayasaya aykırılık sorunlarına aşağıda değinilecektir.

3.2. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin 2935 Sayılı Kanunla Çelişmesi Sorunu

2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 9. maddesi, Anayasamızın 119. maddesinin ilk metni gereğince ilan edilen OHAL rejimlerinde alınacak tedbirleri düzenlemiştir. Kanunun 11. maddesi ise Anayasamızın mülga 120. maddesi gereğince ilan edilen OHAL rejimlerinde alınacak tedbirleri düzenlemektedir. 15 Temmuz 2016'daki darbe teşebbüsünü takiben ilan edilen ve iki yıl süreyle uygulanan OHAL, Anayasanın mülga 120. maddesine dayanmaktadır. 2935 sayılı Kanunun, Anayasanın mülga 120. maddesi gereğince ilan edilen olağanüstü hallerde alınacak tedbirleri düzenleyen 11. maddesi ise şöyledir:

"Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince olağanüstü hal ilanında; genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla 9 uncu maddede öngörülen tedbirlere ek olarak aşağıdaki tedbirler de alınabilir:

a) Sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak,

b) Belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmalarını ve toplanmalarını,

araçların seyirlerini yasaklamak,

c) Kişilerin; üstünü, araçlarını, eşyalarını aratmak ve bulunacak suç eşyası ve delil niteliğinde olanlarına el koymak,

d) Olağanüstü hal ilan edilen bölge sakinleri ile bu bölgeye hariçten girecek kişiler için kimlik belirleyici belge taşıma mecburiyeti koymak,

e) Gazete, dergi, broşür, kitap, el ve duvar ilanı ve benzerlerinin basılmasını, çoğaltılmasını, yayımlanmasını ve dağıtılmasını, bunlardan olağanüstü hal bölgesi dışında basılmış veya çoğaltılmış olanların bölgeye sokulmasını ve dağıtılmasını yasaklamak veya izne bağlamak; basılması ve neşri yasaklanan kitap, dergi, gazete, broşür, afiş ve benzeri matbuayı toplatmak,

(Ek alt bent: 9/4/1990 - KHK - 413/1 md.; Mülga: 9/5/1990 - KHK - 424/12 md.)

f) Söz, yazı, resim, film, plak, ses ve görüntü bantlarını ve sesle yapılan her türlü yayımı denetlemek, gerektiğinde kayıtlamak veya yasaklamak,

g) Hassasiyet taşıyan kamuya veya kişilere ait kuruluşlara ve bankalara, kendi iç güvenliklerini sağlamak için özel koruma tedbirleri aldırmak veya bunların artırılmasını istemek,

h) Her nevi sahne oyunlarını ve gösterilen filmleri denetlemek, gerektiğinde durdurmak veya yasaklamak,

i) Ruhsatlı da olsa her nevi silah ve mermilerin taşınmasını veya naklini yasaklamak,

j) Her türlü cephaneler, bombalar, tahrip maddeleri, patlayıcı maddeler, radyoaktif maddeler veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler ve boğucu gazlar veya benzeri maddelerin bulundurulmasını, hazırlanmasını, yapılmasını veya naklini izne bağlamak veya yasaklamak ve bunlar ile bunların hazırlanmasına veya yapılmasına yarayan eşya, alet veya araçların teslimini istemek veya toplatmak,

k) Kamu düzeni veya kamu güvenini bozabileceği kanısını uyandıran kişi ve toplulukların bölgeye girişini yasaklamak, bölge dışına çıkarmak veya bölge içerisinde belirli yerlere girmesini veya yerleşmesini yasaklamak,

(Ek alt bent: 9/4/1990 - KHK - 413/2 md.; Mülga: 9/5/1990 - KHK - 424/12 md.)

l) Bölge dahilinde güvenliklerinin sağlanması gerekli görülen tesis veya teşekküllerin bulunduğu alanlara giriş ve çıkışı düzenlemek, kayıtlamak veya yasaklamak,

m) Kapalı ve açık yerlerde yapılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklamak, ertelemek, izne bağlamak veya toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılacağı yer ve zamanı tayin, tespit ve tahsis etmek, izne bağladığı her türlü toplantıyı izletmek, gözetim

altında tutmak veya gerekiyorsa dağıtmak,

n) (Ek: 14/11/1984 - 3076/1 md.) İşçinin isteği, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller, sağlık sebepleri, normal emeklilik ve belirli süresinin bitişi nedeniyle hizmet aktinin sona ermesi veya feshi dışında kalan hallerde işçi çıkartmalarını işverenin de durumunu dikkate alarak üç aylık bir süreyi aşmamak kaydıyla izne bağlamak veya ertelemek,

o) (Ek: 14/11/1984 - 3076/1 md.) Dernek faaliyetlerini; her dernek hakkında ayrı karar almak ve üç ayı geçmemek kaydıyla durdurmak,

ö) (Ek: 14/11/1984 - 3076/1 md.; Değişik: 9/4/1990 - KHK -413/3 md.; Mülga: 9/5/1990 - 424/12 md.; Yeniden düzenleme: 9/5/1990 - KHK - 425/1 md.;İptal:Ana. Mah.'nin 10/1/1991 tarih ve E.1990/25,K.1991/1 sayılı kararıyla.)

p) (Ek: 25/7/1986 - KHK - 259/2 md.; değiştirilerek kabul: 3/9/1986 - 3310/2 md.) Anayasanın 121 inci maddesine göre, olağanüstü halin ilanına veya devamına sebep olan hallerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları ve mücavir yurt bölgelerimiz üzerinde cereyan etmesi ve eylemcilerin eylemlerini müteakip komşu ülke topraklarına sığındıklarının tespit edilmesi durumunda, ilgili komşu ülke ile Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti arasında varılacak mutabakat çerçevesinde, valinin talebi üzerine ilgili komutan, eylemcileri ele geçirmek veya tesirsiz hale getirmek maksadı ile, her defasında Genelkurmay Başkanlığı kanalı ile Hükümetin müsaadesi tahtında, ihtiyaca göre, Kara, Hava veya Deniz Kuvvetleri unsurları ile mahdut hedefli sınır ötesi harekat planlayıp icra etmek."

Görüldüğü gibi bu madde, Anayasamızın mülga 120. maddesi gereğince ilan edilen OHAL rejimi altında sınırlanacak hürriyetleri tahdidî olarak düzenlemiş; bunlar arasında ise kamu görevinden ihraç ve pasaport iptalini gerektiren bir sınırlamadan söz etmemiştir. Keza 11. maddenin atıfta bulunduğu aynı Kanunun 9. maddesinde de OHAL rejimi altında sınırlanacak hürriyetler, tahdidî olarak düzenlenmiş; bunlar arasında da kamu görevinden ihraçla pasaport iptalini gerektiren bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

Şu halde OHAL KHK'lerinin şablon hükümleri, aslında 2935 sayılı Kanunun OHAL dönemlerinde sınırlanması gereken hürriyetleri düzenleyen 9 ve 11. maddelerine yenilerini eklemiştir. Bu yönüyle OHAL KHK'leri, Anayasanın mülga 121. maddesinin 2. ve 3. fıkrasına aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin aşağıda aktaracağımız kararı da görüşümüzü doğrulamaktadır. Mahkemeye göre,

"Ancak, Anayasa'nın 121. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında 119. madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasa'nın 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel

hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir. (...)

Buna göre Anayasa, ikinci fıkrada sayılan belirli konuların Olağanüstü Hal Yasası'nda düzenlenmesini zorunlu görmektedir. Başka bir anlatımla ikinci fıkrada sayılan konular KHK'lerle düzenlenemeyecektir. Olağanüstü hal KHK'leri Olağanüstü Hal Yasası ile saptanan sistem içersinde "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" uygulamaya yönelik olarak çıkartılabilir. Bu tür KHK'lerle yalnızca olağanüstü hal ilânını gerektiren nedenler gözetilerek bu nedenlerin ortadan kaldırılması için o duruma özgü kimi önlemler alınabilir.

Olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkartılabilecek KHK'lere Anayasa'nın 121. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları birlikte incelendiğinde başkaca işlevler yüklenemez. Bunun tersi bir anlayış; Anayasa ve Olağanüstü Hal Yasası dışında yeni bir olağanüstü hal yönetimi yaratmaya neden olur. Oysa, Anayasa, olağan anayasal düzenden ayrı ne gibi olağanüstü yönetimler kurulabileceğini saptamış ve bunların statülerinin de yasayla düzenlenmesini öngörmüştür. (...) O halde, bu sayılanlar dışında farklı bir olağanüstü yönetim usulü, yasayla dahi düzenlenemez.

Ayrıca, tersi bir düzenleme Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" hükmüne ve 7. maddedeki yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırı olacaktır. Çünkü, bu durumda Anayasa'ya göre yasama organının yapması gereken bir hukuksal işlem yürütme organı tarafından yapılmış olmaktadır. Yine böyle bir düzenleme, Anayasa'nın Başlangıç'ında belirtilen "Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet Yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" temel ilkesine ve 11. maddedeki Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine aykırılık oluşturacağı açıktır" (E. 1990/25, K. 1991/1, k.t. 10.01.1991, R.G. Tarih/Sayı 05.03.1992/21162).

Görüldüğü gibi, binlerce kişinin kamu görevinden ihracını, unvan ve pasaportlarının iptalini, bir kez daha kamu görevinde istihdam edilemeyeceklerini düzenleyen OHAL KHK'leri, Anayasanın mülga 121. maddesinin 2. fıkrasının ne anlama geldiğini yorumlayan AYM kararına açıkça aykırıdır. Ne var ki ihraçlara ilişkin OHAL KHK'lerinin bu içtihada aykırılığı, Yüksek Mahkemenin bunlar üzerinde denetim yaparak iptal hükmü vereceği anlamına gelmemektedir. Çünkü AYM, 1991 içtihadından farklı olarak son içtihatlarında (E. 2016/166, K.

2016/159, k.t. 12.10.2016, R.G. Tarih/Sayı 04.11.2016/29878; E. 2016/172, K. 2016/165, k.t. 02.11.2016, R.G. Tarih/Sayı 08.11.2016/29882), 148. maddedeki yargı bağışıklığını, OHAL KHK'lerini denetleyemeyeceği mutlak bir yargı engeli olarak görmüştür. Ne var ki bu OHAL KHK'leri, TBMM tarafından onaylanarak kanunlaşmıştır. Böylece bu OHAL KHK'leri, diğer kanunlar gibi Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tâbi hale gelmiştir.

3.3. OHAL KHK'lerinin Anayasanın 15. Maddesine Aykırılığı Sorunu

Mülga 121. maddenin 2. fıkrası, Olağanüstü Hal Kanunuyla yapılacak sınırlamaların 15. maddedeki ilkelere uygun olması gerektiğini vurgulamıştır. 15. maddeye göre, *"Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."*

Görüldüğü gibi madde, olağanüstü yönetim usûlleri altında temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına olanak tanımakla beraber, bu sınırlamaların milletlerarası antlaşmalardan doğan yükümlülüklere ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiğini düzenlemiş; ayrıca bu sınırlamaların 2. fıkrada yer alan hakları ihlâl edemeyeceğini vurgulamak suretiyle bu haklar yönünden müdahalesi imkansız bir alan yaratmıştır. Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus, 15. maddenin çizdiği sınırların sadece 2935 sayılı OHAL Kanunu yönünden değil, aynı zamanda olağanüstü hallerde kabul edilen KHK'ler yönünden de geçerli olduğu meselesidir. Aşağıda bu sınırların nasıl anlaşılması gerektiğine değinilecektir.

3.3.1. Milletlerarası Hukuktan Doğan Yükümlülüklerin İhlâli Sorunu

Anayasanın 15. maddesi, temel hakların olağanüstü yönetim usûllerinde sınırlandırılmasında milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere uyulmasını zorunlu kılmaktadır. AYM'ye göre, "Bu madde uyarınca olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesi veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi mümkündür. Ancak 15. madde, bu konuda sınırsız bir yetki tanımamakta, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına üç ölçüt getirmektedir. Buna göre sınır-

landırma; milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı olmamalı, durumun gerektirdiği ölçüde olmalı ve 15. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hak ve özgürlüklere dokunmamalıdır" (E. 2016/166, K. 2016/159, k.t. 12.10.2016, R.G. Tarih/Sayı 04.11.2016/29878, par. 11).

Aynı yöndeki bir başka kararında ise Mahkeme, 15. maddenin içerdiği milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla kriterini açıklarken "İnsan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu en önemli sözleşme"-nin " 'İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme' (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)" olduğunu belirtmiştir (E. 1990/25, K. 1991/1, k.t. 10.1.1991, R.G. Tarih/Sayı: 05.03.1992/21162).

Bilindiği gibi Türkiye, 1954'ten bu yana AİHS'ye taraftır. 1987'de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) bireysel başvuru hakkını tanımış, 1989'da AİHM'nin kararlarının bağlayıcılığını kabul etmiştir. Nihayet 2004'te, Anayasanın 90. maddesinde yaptığı değişiklikle temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu düzenlemiştir. **Bu hususlar dikkate alındığında, binlerce kişinin kamu görevinden ihracı ve pasaportlarının iptalini içeren olağanüstü hal KHK'leri, AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesine, özel yaşamın gizliliğini düzenleyen 8. maddesine, ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddesine, Sözleşmenin 1 no.lu Protokolünün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkına, 4 no.lu Protokolünün 2. maddesinde yer alan seyahat hürriyetine aykırılık oluşturmaktadır. Bundan başka OHAL KHK'leri aşağıda görüleceği gibi, AİHS'nin "Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma" başlıklı 15. maddesini de ihlâl etmektedir. Öte yandan bu KHK'ler, AİHM'nin, AİHS'nin belirttiğimiz hükümlerine ilişkin içtihatlarına da aykırılık teşkil etmektedir. Böylece binlerce kişinin OHAL KHK'leri yoluyla kamu görevinden ihracı ve pasaportlarının iptali, Anayasamızın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin, mülga 121. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hükmün ve bu hükmün yollamada bulunduğu Anayasamızın 15. maddesinin ihlâli niteliğindedir.**

3.3.2. Ölçülülük İlkesinin İhlâli Sorunu

15. maddenin içerdiği bir başka unsur, ölçülülük ilkesidir. Bu ilke, AYM tarafından gayet açık olarak tanımlanmıştır. Mahkemeye göre, "Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise *"elverişlilik"*, *"gereklilik"* ve *"orantılılık"* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *"Elverişlilik"*, başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, *"gereklilik",* başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, *"orantılılık"* ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda

öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da *"ölçülülük ilkesi*" gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur" (E. 2017/14, K. 2017/83, k.t. 29.03.2017, R.G. Tarih/Sayı 18.04.2017/30042, par. 12).

15 Temmuz darbe girişiminin ardından ilan edilen ve iki yıl süreyle uygulanan OHAL rejiminin amacı, bu darbe girişimini bertaraf etmekti. Dolayısıyla, OHAL süresince alınan tüm kararların, bu kararların içerdiği tüm tedbirlerin bu amaca hizmet etmesi gerekirdi. Ne var ki 130 bin kişinin kamu görevinden ihracı, unvan ve pasaportlarının iptaliyle bir daha kamu görevinde istihdam edilmeyeceklerini düzenleyen hükümlerin bu amaca hizmet ettiği fevkalade şüphelidir. Bu uygulamaların ölçülülük ilkesine uyup uymadığını tespit etmek için şu soruları sormak gerekir:

- Kamu görevinden ihraç edilen binlerce kişinin bu darbe girişimiyle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ilişkili olduklarını gösteren kanıtlar var mıdır?
- Kanıt olarak dayanılan unsurlar, objektif olarak gerçek kanıt mahiyeti taşımakta mıdır? Yoksa devletin meşru kabul ettiği bir bankaya yıllar öncesinde para yatırılmış olması gibi sonradan üretilen, dolayısıyla kanıt değeri taşımaktan yoksun olan unsurlar mıdır?
- Bu tür kanıtlar yoksa binlerce kişi, hangi gerekçeyle böylesine ağır bir müeyyideye tâbi kılınmıştır?
- Bu darbe teşebbüsü nispeten kısa bir zamanda bertaraf edildiği, hatta bugün için OHAL uygulaması sona erdiği halde, yaklaşık 7 bini göreve iade ile sonuçlanan 130 bin ihraç işleminin 123 bin kadarının yürürlüğünü sürdürmesinin gerekçesi nedir?

Bu tablonun, AYM'nin yukarıda aktardığımız ölçülülük ilkesinin varlığını test etmek için uyguladığı elverişlilik, gereklilik ve orantılılık kriterleriyle bağdaşmadığı açıktır. Dahası, haklarında hiçbir mahkûmiyet kararı ve idarî soruşturma olmaksızın ihraç edilenlerin özel sektör kurumlarınca istihdam edilmemeleri[4], binbir zahmetle ve borçlanarak açmış oldukları özel işletmelere ruhsat verilmemesi[5], banka havalesi yoluyla yapılan ödemelerin tahsil ettirilmemesi[6], banka hesabı açma yönündeki taleplerinin reddedilmesi[7], kısacası sivil ölüme

[4] Serkan Alan, "Doktorlar Tamam, Diğer KHK'lılar Özel Sektörde Çalışabilecek Mi?", **Gazete Duvar**, Erişim tarihi: 06.01.2020, https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2018/11/17/doktorlar-tamam-diger-khklilar-ozelde-calisabilecek-mi/

[5] Hacı Bişkin, "KHK'li Olduğu İçin İşyeri Ruhsatı Alamadı: Artık Korkmuyorum", **Gazete Duvar**, Erişim tarihi: 06.01.2020, https://www.gazeteduvar.com.tr/turkiye/2019/11/26/khkli-oldugu-icin-is-yeri-ruhsati-alamadi-artik-korkmuyorum/

[6] Zehra Özdilek, "KHK'li Diye Banka Para Vermedi", **Cumhuriyet,** Erişim tarihi: 06.01.2020, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/1711916/khkli-diye-banka-parayi-vermedi.html

[7] Hacı Bişkin, "Banka KHK'li Doktora Hesap Açmadı", **Gazete Duvar**, Erişim tarihi: 06.01.2020, https://

mahkûm edilmeleri, ölçülülük ilkesinin dayandığı kriterlerin tümünün ihlâli anlamındadır. Bu yönüyle OHAL KHK'leri, ölçülülük ilkesini ve bu ilkeye yer veren Anayasanın 15. maddesini ihlâl etmiştir.

Muhtemelen bu çelişkinin farkında olan Anayasa Mahkemesi, 667[8] sayılı KHK'nin TBMM tarafından kanunlaşmasını takiben verdiği kararında, bu kez ilginç bir tespitte bulunmuştur. Mahkemeye göre, "Anayasanın 15. maddesinde yer alan üçüncü ölçüt ise olağanüstü hal döneminde temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kuralların durumun gerektirdiği ölçüde olmasıdır. Anılan maddedeki ölçülülük olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan durum karşısında ölçülülüğü ifade etmektedir. Dolayısıyla Anayasanın 15. maddesinde belirtilen ölçülülük, Anayasanın 13. maddesindeki ölçülülük kriterine göre temel hak ve özgürlükleri daha fazla sınırlamaya izin vermektedir" (E. 2016/205, K. 2019/63, k.t. 24/07/2019, R.G. Tarih/Sayı 31/10/2019/30934, par. 23).

Yüksek Mahkemenin bu tespitinin hiçbir anayasal dayanağı yoktur. Kanımızca literatürde de bir karşılığı bulunmamaktadır.

Ne var ki Mahkeme, müteakip paragrafta şu tespitlerde de bulunabilmiştir: "Anayasanın 15. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvurulan aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli ve bunun için gerekli olmasını, ayrıca araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunmasını ifade etmektedir. Buna göre tedbir, olağanüstü durumu oluşturan tehdit veya tehlikelerin ortadan kaldırılması amacına ulaşma bakımından elverişli ve bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olmalı; ayrıca tedbire konu temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama durumun gerektirdiği oranda olmalıdır. Bir başka deyişle alınan tedbirle temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama durumun gerektirdiği oranı aşarak keyfî niteliğe dönüşmemelidir" (E. 2016/205, K. 2019/63, k.t. 24/07/2019, R.G. Tarih/Sayı 31.10.2019/30934, par. 24).

Bu değerlendirme karşısında, 15 Temmuz darbe teşebbüsüyle yakından veya uzaktan hiçbir ilişkisi olmayan binlerce kişinin, kamu görevinden ihraç edilerek sivil ölüme mahkûm edilmelerinin elverişli, gerekli ve orantılı olduğunu iddiaya olanak yoktur. Bu kişiler, ihraçlarını takiben her türlü maaş ve özlük haklarından yoksun kalmışlar; bunların önemli bir bölümü, T.C. sınırları içinde bir özel sektör kurumunda dahi çalışma imkanını bulamamıştır. Pasaportlarının iptali, bu kişilerin yurtdışında çalışarak hayatlarını sürdürme imkanını da ortadan kaldırmıştır. Bunların bir kısmının sosyal hayatta da dışlandıkları, itibarlarını kaybettikleri,

www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2020/01/05/banka-khkli-doktora-hesap-acmadi/

[8] 23.07.2016 tarihli ve 667 sayılı KHK, 18.10.2016'da TBMM tarafından onaylanmış, 29.10.2016'da 6749 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun" adıyla Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

böylesine mesnetsiz olarak lekelenmeyi kabullenemedikleri ve sonuçta intihar ettikleri bilinmektedir.[9] Bu ağır tablo, OHAL KHK'leriyle gerçekleştirilen ihraçların, Anayasanın 15. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine uymadığını göstermektedir.

3.3.3. Yaşama Hakkı, Maddi ve Manevi Varlığın Bütünlüğünün Dokunulmazlığı Haklarının İhlâli Sorunu

Anayasanın 15. maddesinin 2. fıkrası ise olağanüstü yönetim usûlleri altında dahi müdahale edilemeyecek hakları düzenlemektedir. Yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığın bütünlüğü hakları bunlar arasında yer almaktadır. Bu haklar, aslında Anayasamızın 17. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrası şöyledir: *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."* Anayasa koyucu, 17. maddenin ilk fıkrasında yer alan bu hakları, önemine binaen, 15. maddeyle özel olarak koruma altına almış; sözü geçen haklara olağanüstü yönetim usûlleri altında dahi dokunulamayacağını emretmiştir. AYM ise bu hakkın kapsadığı değerlerin neler olduğunu çeşitli kararlarında açıklamıştır. AYM'ye göre **insan onurunun korunması**, maddi ve manevi varlığın korunması hakkının gerekleri arasında yer almaktadır:

"Herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası insan onurunu korumayı amaçlamıştır. Bu hüküm bir taraftan Devlete, insan onurunu zedeleyen fiillerden kaçınma ödevi yüklerken, diğer taraftan bu tür fiillerin Devlet görevlileri ya da üçüncü kişiler tarafından meydana gelmesi halinde bu fiilleri etkili bir şekilde soruşturma ve failleri cezalandırma ödevi yüklemektedir (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22)" (Başvuru No: 2014/12984, k.t. 26.2.2015, par. 34).

Görüldüğü gibi Mahkeme, insan onurunun korunmasını, maddi ve manevi varlığın korunması hakkının aslî unsurlarından biri olarak görmüş; bu bağlamda devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin olduğunu belirtmiştir. On binlerce kişinin hiçbir idarî soruşturma ve mahkûmiyet kararı olmaksızın kamu görevinden ihracı, bizzat devletin kişilerin onurlarına, maddi ve manevi varlıklarına saldırı niteliği taşımaktadır. Bu yönüyle OHAL KHK'leri, Anayasanın 15. maddesinin 2. fıkrasının ihlâli niteliğindedir.

Öte yandan Mahkeme, **kişinin şeref ve itibarının korunmasını**, onun manevi varlığının korunması kapsamında görmektedir: "Bireyin şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "*manevi varlık*" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfi ola-

[9] Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin yol açtığı mağduriyetler hakkında ayrıntılı bir çalışma için bakınız Mağdurlar İçin Adalet Platformu, "İkinci Yılında OHAL'in Toplumsal Maliyetleri-Araştırma Rapour", Ocak 2019.

rak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür" (Başvuru No: 2014/6128, k.t. 07.07.2015, par. 47).

Görülüyor ki AYM, kişinin şan ve şöhretinin korunmasını, maddi ve manevi varlığın korunması hakkının bir parçası olarak görmüş, bu bağlamda devletin biri negatif, diğeri pozitif olmak üzere iki tür yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. Böylece devlet, negatif yükümlülüğü bağlamında kişinin şan ve şöhretini sarsacak her tür müdahaleden kaçınacaktır. Pozitif edimi bağlamında ise kişinin şan ve şöhretini üçüncü kişilerden gelebilecek her tür saldırıdan koruyacaktır. Ne var ki devlet, aşağıda görüleceği gibi, OHAL KHK'leriyle ihraç edilenlere karşı her iki edimini de ihlâl etmiştir.

Bu ihraçlarda izlenen yöntem, OHAL KHK'lerinin *"Terör örgütlerine (...) üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler kamu görevinden başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır."* şeklindeki şablon hükmüdür. Bu hükmün atıfta bulunduğu ekli listelerde ise kişilerin sicil numaraları, görev yaptıkları kurum, vatandaşlık numaraları, ad ve soyadları gibi bilgiler yer almaktadır. Bu KHK'ler ve ekli listeleri, Resmî Gazete'de ve diğer basın-yayın organlarında yayınlanmıştır. Böylece on binlerce kişi, sadece kendi sosyal çevreleri nezdinde değil, tüm Türkiye kamuoyu nezdinde terör örgütlerine üye veya bu örgütlerle irtibatlı yahut iltisaklı olarak ilan edilmiştir. Bu ise devletin, kişinin şan ve şöhretine müdahale etmekten kaçınma yükümlülüğünü yerine getirmediğinin açık bir kanıtıdır. Aksine devlet, kamu görevinden ihraç konusunda izlediği yöntemle, sadece ihraç ettiği kişilerin değil, ailelerinin şeref ve itibarlarına da açıkça saldırmıştır. Üstelik bu yöntemle ihraç edilenlerden bir bölümü, uluslararası tanınırlığa sahip kişilerdir. Böylece bu kişiler yönünden ihraçlarda izlenen yöntem, sözü geçen kişilerin şeref ve itibarını sadece Türkiye kamuoyu nezdinde değil, aynı zamanda uluslararası düzeyde de ağır ölçüde zedelemiştir.

Kemal Gözler ise ihraçlar konusunda izlenen bu yöntemi şu sözlerle eleştirmektedir: "Böylece devletimiz Resmî Gazetede yayınladığı bir işlemle vatandaşlarından bir kısmının *"terör örgütü üyesi olduğunu"* ilân etmektedir. Oysa bu şekilde resmen *"terör örgütü üyesi olduğu"* neşir ve ilân edilen vatandaşların bir kısmının *"terör örgütlerine ... üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı"* olduğuna ilişkin verilmiş bir mahkeme kararı yoktur. Bırakınız bir mahkumiyet kararını bunların bir kısmı hakkında açılmış bir ceza davası dahi yoktur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, böyle bir mahkumiyet kararı olsa bile, hukuk devletinin cari olduğu bir ülkede, devlet, mahkûm olan bir kişinin ismini bu şekilde Resmî Gazetede yayınlayarak teşhir edemez. Bu gayri medenî bir uygulamadır. Böyle bir uygulama devlet adabına da aykırıdır. Bu nedenle insanın aklına

haklı olarak söz konusu KHK'ler hazırlanırken ilgili kişileri terzil etme saikıyla mı hareket edildiği sorusu gelmektedir."[10]

İzlenen bu yöntemle, kamu görevinden ihraç edilenlere hatta onların aile üyeleri ve yakınlarına uygulanan manevi cebir, totaliter sistemlerin unsurlarından biri olan devletin terör uygulaması yöntemini akla getirmektedir. Bu konudaki en güvenilir ve değerli çalışmanın yazarı olan Juan J. Linz'e göre, "Totaliter sistemlerin hiç değilse bazı safhalarındaki ayırıcı özellikleri, kitlesel zor kullanımıdır: Polisin hiç bir dış kontrol altında olmadan hareket etmesi, suç ispatlanmaksızın hapis (...), bazı halk kategorilerinin tümüne karşı baskı tedbirleri, açık yargılamanın hatta savunma imkanlarının olmayışı, sanığın eylemleriyle tamamen orantısız cezalar verilmesi ve bütün bunların, yakın tarihte emsali olmayan bir ölçüde uygulanması." Linz'in işaret ettiği gibi, "siyasal otorite organlarınca, bireylere veya gruplara karşı keyfî ve yoğun zor kullanımı ve böyle bir kullanımın ya da bu birey veya grupların yok edilmelerinin inanılır bir tehdit teşkil etmesi" şeklindeki "siyasal terör, totaliter yönetimin ayırıcı özelliğini meydana getirmiştir." "Bu siyasal terör (...) totaliter diyemeyeceğimiz siyasal sistemlerde de görünebilir. Kuşkusuz (...) demokrasi-dışı rejimler de, teröre başvurabileceklerini ve en temel insan haklarını çiğneyebileceklerini göstermişlerdir."[11] Görüldüğü gibi 2020'lerin Türkiyesi, Juan J. Linz'in 1970'lerin sonlarında kaleme aldığı satırlarla önemli ölçüde örtüşmektedir.

Nihayet, ihraç edilenlerin tüm kişisel verilerinin Resmî Gazete'de ve diğer basın ve yayın organlarında neşredilmesi, Kemal Gözler'in vurguladığı gibi Türk Ceza Kanununun 136. maddesini de ihlâl etmiştir.[12] Bu hükme göre, *"Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* Ek 1, 2 ve 3'teki yer alan veriler, TCK'nin bu hükmünün kaç kez ihlâl edildiğini ortaya koymaktadır.

Bilindiği gibi, olağanüstü hal süresince KHK'ler yoluyla kamu görevinden ihraç ve pasaportlarının iptali sonucuyla karşılaşanların önemli bir bölümü, üçüncü şahısların haksız ve mesnetsiz iftiraları neticesinde, bu tür bir uygulamaya maruz kalmışlardır. O tarihlerde, olağanüstü yönetimin hukuksuz uygulamalarını fırsata dönüştüren pek çok kişi, herhangi bir vesileyle hoşlanmadıkları, husumet veya kıskançlık besledikleri üçüncü kişiler aleyhine Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi (CİMER) ve Başbakanlık İletişim Merkezi'ne (BİMER) şikayetlerde bulunmuşlardır. Binlerce kamu görevlisinin kamu görevinden ihraçları ve pasa-

---

10 Kemal Gözler, "15 Temmuz Kararnameleri: Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/1, sy. 47.

11 İlk İngilizce baskısı 1978'de yapılan eserin Türkçe künyesi şöyledir: Juan J. Linz, **Totaliter ve Otoriter Rejimler**, çev. Ergun Özbudun, S Yayınları, 1984, sy. 64-65.

12 Kemal Gözler, a.g.e., 2017, sy. 48.

portlarının iptalleri bu suretle gerçekleşmiştir.[13] Bu ise kişilerin şan ve şöhretlerini üçüncü kişilerin haksız saldırılarından koruması gereken devletin bu edimini de ihlâl ettiğinin açık bir göstergesidir. Böylece devlet, şan ve şöhretin korunması karşısında, AYM içtihadı ile tespit edilen negatif ve pozitif edimlerin her ikisini de yerine getirmemiştir.

Nihayet bir başka kararında ise AYM, **kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğünün korunmasını**, maddi ve manevi varlığın korunması kapsamında görmüştür. Mahkemeye göre, "Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup, bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendini gerçekleştirme ve kendine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir (B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 30). (...) Bireyin fiziksel ve zihinsel bütünlüğü, Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen "maddi ve manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığının bir parçası olan fiziksel ve zihinsel bütünlüğe keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür" (Başvuru No: 2014/12984, k.t. 26.02.2015, par. 50, 61).

Öte yandan AYM, AİHS'nin 8. maddesine atıfla fiziksel ve zihinsel bütünlüğün, maddi ve manevi varlığın korunması kapsamında olduğuna işaret etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, "Sözleşmenin 8. maddesinin devletlere vatandaşlarına etkili bir özel hayat hakkı sağlama yükümlülüğü yüklediğini, "özel hayat'ın tüketici bir tanımı yapılamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu, maddenin kişinin manevi bütünlüğüne de koruma getirdiğini, bireyin kişiliğini serbestçe geliştirebileceği/gerçekleştirebileceği bireysel bir alanı güvence altına aldığını belirtmiştir. Mahkeme özel hayata saygının, sadece bireyin kendi kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir 'iç çevre' ile sınırlı olmayıp, belli ölçüde, kişinin başka insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını da içerdiğine vurgu yapmıştır. Bu noktada, bu hakkın profesyonel/mesleki faaliyetleri de içerdiğini, zira insanların çoğunun çalışma hayatlarında kendilerini önemli ölçüde geliştirme ve dış dünyayla ilişki kurma imkanına sahip olduklarına işaret etmiştir. Mahkeme, kişinin mesleki faaliyetlerde bulunmasını ve yaşamını sürdürebilmesi için kazanç sağlamasını ciddi ölçüde zorlaştıran müdahalelerin kişinin özel hayat hakkı üzerinde yansımaları olacağını belirtmiş ve idari işlem mahiyetindeki işten çıkarmanın, 8. maddede güvence altına alınan haklara müdahale teşkil ede-

[13] Hilal Köse, "KHK ile İhraç Edilen Arif Öğretmenin Muhbirler Mücadelesi... Tavşan Etiyle Mezhep Testi Yapıldı", **Cumhuriyet,** Erişim tarihi: 06.01.2020, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/869076/khk-ile-ihrac-edilen-arif-ogretmenin-muhbirle-mucadelesi-tavsan-etiyle-mezhep-testi-yapildi.html.

bileceğini vurgulamıştır" (*Kyriakides/Kıbrıs kararı,* Başvuru no. 39058/05, k.t. 16.10.2008, par. 48,49.50).

Binlerce kamu görevlisinin OHAL KHK'leriyle ihraçları, bu kişileri, maaş ve tüm sosyal güvenlik haklarından yoksun bırakmıştır. Bundan başka, kamu görevinden ihraç edilenlerin çok büyük bir bölümü, özel sektör kurumları tarafından da istihdam edilmemişler; böylece ülke sınırları içinde kazanç temin etme imkanından yoksun bırakılmışlardır. Pasaportlarının iptali ise bu kişilerin Türkiye sınırları dışında çalışmak suretiyle hayatlarını sürdürme olanağını tamamen engellemiştir. Böylece kamu görevinden ihraç edilerek pasaportları iptal edilen tüm kamu görevlilerinin Anayasanın 15. maddesinin 2. fıkrasıyla ve 17. maddesinin ilk fıkrasıyla düzenlenen maddi ve manevi bütünlüklerinin korunması hakkı, mutlak olarak ortadan kalkmıştır.

3.3.4. Masumiyet Karinesinin İhlâli Sorunu

Anayasamızın 15. maddesi, 2. fıkrasında *"suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz"* kuralına yer vermiştir. Bu kural, kısaca masumiyet karinesi olarak ifade edilmektedir. Masumiyet karinesi ise hakkında ceza davası açılmış olan, bu nedenle sanık sıfatı kazanan kişinin suçu işlediğine dair yargı makamı tarafından kesin hüküm verilinceye kadar masum olduğunun kabul edildiği anlamına gelmektedir. KHK ile ihraç edilenlerin neredeyse tamamı, haklarında bir ceza davası, hatta disiplin soruşturması dahi açılmaksızın KHK'lerin ekli listelerinde isimlerinin yer alması üzerine bu sonuçla karşılaşmışlardır. Böylece bu kişiler yönünden Anayasanın 15. maddesinin 2. fıkrasında yer alan masumiyet karinesi ihlâl edilmiştir. Ek 1, 2 ve 3'teki veriler, bu karinenin kaç kez ihlâl edildiğini göstermektedir. Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus, sanığın masumiyeti karinesinin, Anayasamızın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinde zaten mündemiç olduğudur. Buna rağmen anayasa koyucu, konunun önemine binaen, masumiyet karinesini, ayrıca ve açıkça, 38. maddede düzenlemek gereğini duymuştur. Bununla da yetinmeyerek sözü geçen karineyi, "Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" başlıklı 15. maddede bir kez daha vurgulamıştır. Bunun anlamı, olağanüstü haller bahane gösterilerek sanığın masumiyeti karinesinden vazgeçilemeyeceğidir. **Bütün bu nedenlerle, OHAL süresince kabul edilen KHK'lere ekli listelerde isimleri yer alan, bu suretle kamu görevinden ihraç sonucuyla karşılaşan bireylerin tümü yönünden, Anayasamızın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin ve mülga 121. maddesinin 2. fıkrasının atıfta bulunduğu 15. maddesinin ihlâl edildiği açıktır.**

4. Mülga 121. Maddenin 3. Fıkrasına Aykırılık Sorunu

Anayasamızın mülga 121. maddesinin son fıkrası şöyledir: *"Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir."*

Görüldüğü gibi bu hüküm, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna, yetki kanununa dayanmayan bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarma yetkisini tanımıştır. Bu hükümle, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna verilen KHK çıkarma yetkisi, yürütme organının idarenin kanunîliği ilkesine dayanmayan, doğrudan doğruya Anayasadan kaynaklanan, aslî bir yetkidir. Ne var ki OHAL KHK'si çıkarma yetkisi, aslî olmakla birlikte sınırsız bir yetki değildir. Tam aksine anayasa koyucu, bu yetkiyi, konu ve süre yönünden sınırlamış; bu tür kanun hükmünde kararnamelerin "*Olağanüstü hal süresince (...) olağanüstü halin gerekli kıldığı konular"*la sınırlı olarak çıkarılabileceğini düzenlemiştir.

- **Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Konu Unsuru Yönünden Sınırı:**

AYM'nin OHAL KHK'lerinin konu yönünden sınırını gösteren 1991 tarihli kararında, konu sınırının ne anlama geldiği açık olarak ifade edilmiştir. Mahkemeye göre,

"Bu tür KHK'lerle yalnızca olağanüstü hal ilânını gerektiren nedenler gözetilerek bu nedenlerin ortadan kaldırılması için o duruma özgü kimi önlemler alınabilir. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkartılabilecek KHK'lere Anayasa'nın 121. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları birlikte incelendiğinde başkaca işlevler yüklenemez. Bunun tersi bir anlayış; Anayasa ve Olağanüstü Hal Yasası dışında yeni bir olağanüstü hal yönetimi yaratmaya neden olur" (E. 1990/25, K. 1991/1, k.t. 10.01.1991, R.G. Tarih/Sayı: 05.03.1992/21162; E. 1991/6, K. 1991/20, 3.7.1991, R.G. Tarih/Sayı: 08.03.1992/21165).

Şu halde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, olağanüstü hali gerekçe göstererek dilediği her konuyu olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin kapsamına dâhil etme yetkisi yoktur.[14] Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, ancak olağanüstü halin ilanına neden olan faktörleri bertaraf etmeye yönelik olan konularda KHK çıkarabilir. 15

[14] OHAL KHK'lerinin konu yönünden sınırına ilişkin açıklamalar için bakınız Selin Esen, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi**, Adalet Yayınevi, 2008, sy. 245-258.

Temmuz darbe teşebbüsünden sonra kabul edilen bütün OHAL KHK'lerinin temelinde, 21 Temmuz 2016'da ilan edilen ve müteaddid defalar uzatılarak 19 Temmuz 2018'e kadar devam eden olağanüstü hal uygulaması yer almaktadır. Olağanüstü halin ilanına yol açan etken ise, 15 Temmuz darbe teşebbüsüdür. Şu halde meseleyi, Anayasamızın mülga 121. maddesinin son fıkrasıyla birlikte değerlendirdiğimizde; 21 Temmuz 2016'dan 19 Temmuz 2018'e kadar yürürlüğe giren tüm KHK'lerin konu ve amaç unsurunu, 15 Temmuz darbe teşebbüsünü önlemeye yönelik tedbirlerin oluşturması gerektiği anlaşılmaktadır.

Oysa, olağanüstü yönetim usûlünün hüküm sürdüğü iki yıl boyunca KHK'lerle ihraç edilen ve pasaportları iptal edilen kamu görevlilerinin 15 Temmuz darbe girişimiyle bir ilişkilerinin olup olmadığı, böyle bir ilişki varsa bunun, sözü geçen kamu görevlilerinin hangi fiillerinden anlaşıldığı cevapsız kalmış bir sorudur. Zaten Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, kabul ettiği KHK'lere eklediği binlerce kişilik isim listelerini hiçbir araştırma, soruşturma ve kovuşturma yapmaksızın, vatandaşların mesnetsiz ihbarları ve iftiraları üzerine oluşturmuştur. **Böylece binlerce kişinin kamu görevinden ihracı ve pasaportlarının iptali hükmünü içeren OHAL KHK'leri, Anayasamızın tamamına hâkim olan fonksiyonlar ayrılığı ilkesini; 2. maddede yer alan hukuk devleti ilkesini; 6. maddede yer alan *"Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz"* kuralını; 11. maddede yer alan anayasanın üstünlüğü ilkesini; 8. maddede yer alan *"Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir"* kuralını ve nihayet mülga 121. maddenin son fıkrasında yer alan kuralı açıkça ihlâl etmiştir.**

- **Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Süre Unsuru Yönünden Anayasaya Aykırılığı:**

Anayasamız, olağanüstü yönetim usûlleri altında kabul edilen KHK'leri süre yönünden de sınırlamıştır. Bu husus, mülga 121. maddenin son fıkrasında açık olarak hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, *"Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu,"* ancak *"olağanüstü hal süresince (...) kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir."* Şu halde, olağanüstü halin sona ermesiyle bu KHK'lerin içerdiği düzenlemeler de kendiliklerinden ortadan kalkar. Nitekim Burhan Kuzu da aynı görüşü savunmaktadır. Kuzu'ya göre, "'Durumun gerektirdiği tedbirleri' almak için KHK çıkarıldığına göre, olağanüstü hâl sona erince bu KHK'ler de sona erecek demektir. Gerçekten bu KHK'ler olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konulara ilişkin olduğuna göre, bunların sona ermesiyle birlikte, bu KHK'lerin de sona ermesi gerekir. Bu düzenlemeler uygulamadan kalkacak, fakat yürürlükte kalacaklardır."[15]

[15] Burhan Kuzu, **Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi**,

Kemal Gözler de aynı düşüncededir. Yazara göre, "Bu tür kanun hükmünde kararnameler ancak olağanüstü halin ve sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda çıkarılabiliyorlarsa, olağanüstü hal veya sıkıyönetim sona erince, bu tür kanun hükmünde kararnamelerin uygulanması imkânsız hale gelir. (...) [O]lağanüstü hal ve sıkıyönetim süresinin sona ermesiyle, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri konusuz kalmaları nedeniyle kendiliklerinden yürürlükten kalkmaktadırlar."[16]

AYM'nin önceki içtihadı da aynı yöndedir. Mahkemeye göre, "Olağanüstü hâlin veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda çıkartılan KHK'ler, bu hâllerin ilân edildiği bölgelerde ve ancak bunların devamı süresince uygulanabilirler. Olağanüstü hâlin sona ermesine karşın, olağanüstü hâl KHK'sindeki kuralların uygulanmasının devam etmesi olanaksızdır. (...) Olağanüstü hâl KHK'si çıkarma yetkisi olağanüstü hâl süresiyle sınırlıdır. KHK ile getirilen kuralların nasıl olağanüstü hâl öncesinde uygulanmaları olanaksız ise olağanüstü hâl sonrasında da uygulanmaları veya başka bir zamanda veya yerde olağanüstü hâl ilânı uygulanmak üzere geçerliliklerini korumaları olanaksızdır" (E. 1990/25, K.1991/1, k.t. 10.01.1991, R.G. Tarih/Sayı 05.03.1992/21162).

Oysa OHAL KHK'lerinin şablon hükmü, ekli listelerde adı geçenler yönünden kamu görevinden ihraç sonucunu doğurduğu gibi, bu kişilerin bir daha kamu görevine alınamayacakları kuralını da içermektedir. Böylece olağanüstü hal sona erdikten sonra da varlığını koruyacak bir kural ihdas edilmiştir. Bu ise, Anayasanın mülga 121. maddesinin son fıkrasının Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna, ancak olağanüstü hal süresince KHK çıkarma yetkisini veren hükmüyle çelişmekte, bu KHK'leri süre unsuru yönünden Anayasaya aykırı kılmaktadır. Kemal Gözler de aynı hususa dikkat çekmektedir. Yazara göre,

"[K]amu görevinden çıkarılanların bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyeceği bütün KHK'lerde ayrıca hükme bağlanmıştır. 15 Temmuz sonrası çıkarılan KHK'lerin neredeyse hepsinde süre unsuru bakımından sakat düzenlemeler vardır. Bu düzenlemeler Anayasamızın 121'inci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırıdır. Anayasamız, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna olağanüstü hâl ile düzenleme yetkisini, her zaman için değil, sadece ve sadece "olağanüstü hâl süresince" vermiştir. Kalıcı düzenlemelerin olağanüstü hâl KHK'si ile yapılması, bu düzenlemeleri yapanların maksatlarıyla da çelişki halindedir. Zira söz konusu KHK'ler, TBMM tarafından kanunla onaylanmadan önce olağanüstü hâl yürürlükten kalkarsa, bu KHK'ler de kendiliğinden uygulamadan kalkar."[17]

Kazancı Yayınları, 1993, sy. 247-248.

16 Kemal Gözler, **İdare Hukuku,** Cilt 1, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003, sy. 1086-1087.

17 Kemal Gözler, "15 Temmuz Kararnameleri: Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî

Şu halde süre unsuru yönünden ortaya çıkan anayasaya aykırılık sorunu, ihraçların sayısına eşittir. EK 1, 2 ve 3'teki veriler, bu sayıları göstermektedir.

II. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin İçerdiği Diğer Hukuka Aykırılık Sorunları

1. Fonksiyon Gaspı Yönünden

Binlerce kişinin kamu görevinden ihracına, meslekî unvan ve pasaportlarının iptaline yol açan OHAL KHK'leri, organik açıdan yürütmenin düzenleyici bir işlemidir. OHAL KHK'lerinin ilgili düzenlemeleri, ceza kanunlarında yer almayan yeni bir suç ve ceza yaratmaları yönüyle yasama tasarrufu, ekli listelerde yer alan kişilere bu hükümleri uygulamaları yönüyle de yargısal tasarruf niteliği taşımaktadır. Bu ise OHAL KHK'lerinin her iki yönden fonksiyon gaspı ile malûl olduğunu göstermektedir. Çünkü suç ve cezanın kanunîliği, Anayasamızın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinde mündemiç olup bu husus, 38. maddeyle ayrıca düzenlenmiştir. Üstelik Anayasanın 15. maddesi, *"suç ve cezalar geçmişe yürütülemez"* ifadesine yer vererek olağanüstü hallerde dahi bu ilkeden vazgeçilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Böylece olağanüstü hal süresince kabul edilen KHK'lerin şablon hükmüyle yaratılan terör örgütleriyle irtibatlı ve iltisaklı olma şeklindeki düzenleme ve bu düzenlemenin içerdiği ağır müeyyideler, yasama fonksiyonunun gaspı niteliğindedir.

OHAL KHK'lerinin suç ve ceza içeren kurallarına eklenen ve binlerce kişinin kimlik bilgisine yer veren listeler ise, bu listede adı geçen her birey yönünden münferit bir yargısal tasarruf niteliği taşımaktadır. Çünkü bir kişiye suç isnat edilmesi ve isnat edilen suça bağlı olarak ceza mahiyetinde bir yaptırım uygulanması, ancak yargısal nitelikli bir işlemle gerçekleşmelidir. Üstelik bu uygulama, 15. maddenin 2. fıkrasında yer alan *"suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."* hükmüne de aykırıdır. Bu nedenle OHAL gerekçe gösterilerek OHAL KHK'lerinin yol açtığı fonksiyon gaspının meşrulaştırılmasına olanak bulunmamaktadır.

Anayasamız 7, 8 ve 9. maddelerinde yer alan hükümleriyle kuvvetler ayrılığı ilkesini kabul etmiştir. 7. maddesinde *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."* hükmüne; 8. maddesinin ilk metninde *"Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir."* hükmüne; 9. maddesinde ise, *"yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır."* hükmüne yer vermiştir. Bu düzenlemeler karşısında Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun yani yürütme orga-

Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/1, sy. 58.

nının, yasama ve yargı tasarrufu niteliğinde bir işlem yapması, fonksiyon gaspı anlamına gelmektedir.

Kemal Gözler'in işaret ettiği gibi, "Fonksiyon gaspı *(usurpation des fonctions)*, idarenin yasama veya yargı organlarının görev alanına giren konularda işlem yapması durumunda ortaya çıkan sakatlıktır. (...) Bir idarî makam yasama organının yetki sahasına giren bir konuda işlem tesis edemez. Yani idarî makamlar normalde kanunla veya parlâmento kararıyla yapılması gereken işlemleri idarî işlem yoluyla yapamazlar. Bu ilkenin anayasal temeli, Anayasamızın 7'nci maddesinde 'yasama yetkisi Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir' denilerek ifade edilmiştir. Bu ilkeye aykırı olarak idarenin yaptığı işlemler 'fonksiyon gaspı' oluşturur. (...) İdarî makamlar, yargı organının yetki sahasına giren bir konuda işlem tesis edemez. Yani idare, yargı fonksiyonuna el atamaz. (...) Bağımsız bir mahkeme niteliğinde olmayan idare, hukukî uyuşmazlıkların çözümü konusunda 'kesin hüküm' teşkil eden kararlar veremez. Bu ilke pozitif temelini 'yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.' diyen Anayasamızın 9'uncu maddesinde bulmaktadır. Bu ilkeye aykırı olarak idarenin yaptığı işlemler 'fonksiyon gaspı' oluşturur. (...)

Genelde fonksiyon gaspının çok ağır bir sakatlık olduğu ve bu sakatlığın müeyyidesinin 'yokluk (*inexistence*)' olduğu söylenir. (...) Ancak fonksiyon gaspının olduğu durumların çoğunda 'yokluk' müeyyidesi işlemez; bu kararların da 'iptal *(annulation)*' edilmesi gerekir."[18]

Ali D. Ulusoy'a göre, "Yasama veya yargı fonksiyonunun görev alanına giren bir işlemin idarece yapılması halinde, idarece yapılan bu işlem fonksiyon (görev) gaspı nedeniyle hukuken sakat olacaktır. Çünkü bu durumda idare, yasama veya yargı erklerinin görev alanına müdahale etmiş; bir anlamda yasama veya yargı erklerinin yetkisini gaspetmiş sayılacak; yani Yürütme Erkine ait olmayan bir yetkiyi illegal biçimde kullanarak, anayasal erkler ayrılığı ilkesini de çiğnemiş olacaktır. (...)

Fonksiyon gaspı (görev gaspı) durumunda yapılan işlem hukuken sakat kabul edilecek olup, çok ağır olan bu hukuki sakatlığın yaptırımı 'yok hükmünde sayılma' olacaktır ve bu işlem hukuk aleminde hiç varolmamış varsayılacak ve bu işlemden dolayı kişilerin gerek geçmişe gerekse geleceğe yönelik olarak hak sahibi olması veya yükümlülük altına girmesi mümkün olmayacaktır."[19]

Ergun Özbudun'a göre, "Fonksiyon gaspı, yasama, yürütme ve yargı organlarından birinin, diğer organlardan biri tarafından yapılması gereken bir hukukî işlemi yapması anlamına gelmektedir." Ve yazar, fonksiyon gaspının yoklukla

[18] Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt 1, Ekin Kitabevi Yayınları, 2019, sy. 918, 919, 921-922.
[19] Ali D. Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2019, sy. 387-389.

müeyyidelendirilmesi gerektiği görüşündedir.[20] Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus, fonksiyon gaspının yokluk müeyyidesini gerektirdiği konusunda kamu hukuku öğretisinde güçlü bir oydaşmanın mevcut olmasıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de aynı görüşü paylaşmaktadır.

Mahkemeye göre, "kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını yerine getiren yasama, yürütme ve yargı organlarından birinin, diğerinin yerine geçmesi sonucunu doğuracak şekilde karar almaları '*fonksiyon gaspına*' yol açacağından, yasama organının, yasama fonksiyonu kapsamında yer almayan hususlarda '*kanun'* adı altında yapacağı düzenlemelerin hukuk aleminde varlık kazanabilmesi mümkün olmayacaktır" (E. 2014/57, K. 2014/81, 10.04.2014, R.G. Tarih/Sayı 14.5.2014/29000).

Bu açıklamalar, binlerce kişinin kamu görevinden ihracı ve pasaportlarının iptali sonucunu yaratan OHAL KHK'lerinin şablon hükümlerinin fonksiyon gaspı niteliği taşıdıklarını, bu nedenle yoklukla müeyyidelendirilmeleri gerektiğini göstermektedir. Bu hükümler ve bu hükümlerin yol açtığı ihraç sayıları, dolayısıyla fonksiyon gaspının kaç kez gerçekleştiği, Ek 2'de somut olarak görülmektedir.

Ne var ki bu tespitimizin hukukî bir sonuç doğurması için Anayasa Mahkemesi'nin de aynı yaklaşımı benimsemesi gerekir. Yüksek Mahkemenin bu yönde bir içtihat geliştireceği şüpheli görünmektedir. Bunun nedeni, Anayasa Mahkemesi'nin 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonraki kararlarında 1991'deki içtihatından farklı olarak OHAL KHK'lerine mutlak bir bağışıklık atfetmesidir. Mahkemenin bu yöndeki kararlarına göre, "Anayasa Mahkemesinin, olağanüstü hâl KHK'sı şeklinde yapılan düzenlemelerin gerçekten olağanüstü hâl KHK'sı niteliğinde olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu ölçütlerini esas alarak yaptığı inceleme, KHK kurallarının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Böyle bir değerlendirme de kuralların, esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğuracaktır. (...) Bu yaklaşım, Anayasa'nın 148. maddesindeki şekil ve esas bakımından denetim yasağını tamamen anlamsız ve işlevsiz hâle getirmektedir. (...)

Olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa'ya aykırı düzenlemeler içerdiğinin ileri sürülmesi, bunların anayasallık denetimine tabi tutulmaları için yeterli değildir. Olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekir. Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır. Anılan hükme

[20] Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2019, sy. 410.

rağmen yapılacak yargısal denetim, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 11. maddesiyle ve hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağına ilişkin Anayasa'nın 6. maddesiyle bağdaşmaz" (E. 2016/166, K. 2016/159, 12.10.2016, R.G. Tarih/Sayı 04.11.2016/29878, par. 22-23).

Oysa Mahkeme, bir işleme verilen ismin kendisinin yargı yetkisinin tespitinde belirleyici olmayacağı yönündeki yerleşik içtihadını hatırlasaydı, pek çok açıdan Anayasaya aykırı olan OHAL KHK'lerini denetleyebilir ve iptal edebilirdi. Mahkemenin bu içtihadına göre, "[B]ir işlemin Anayasa Mahkemesinin görev alanına girip girmediğinin tayininde, meydana getirilen metin veya belgenin oluşturulmasında uygulanan yöntemin ve içeriğinin niteliği üzerinde durulması, değer ve etkisinin belirlenmesi ve bu açıdan Anayasa'ca denetime tabi tutulan işlemlerle eşdeğerde ve etkide ise denetime bağlı olacağının kabul edilmesi zorunludur. (...) Yasa niteliğinde kurallar koyan metinler bakımından da aynı doğrultuda düşünmek zorunluğu vardır. Yasama Meclislerince kabul edilen bir metnin adı (Kanun) olmasa ve metin oluşturulmasında uygulanan yöntem, kanunlar için Anayasa'da Öngörülmüş bulunan yönteme uymasa bile, eğer içeriğinde kanun hükmü değer ve etkisinde kimi kurallar konulmakta ise bu metnin, adı (Kanun) olmamasına rağmen kanun niteliğinde düzenleme sayılarak Anayasa Mahkemesinin denetimine bağlı tutulması zorunludur" (E. 1977/6, K. 1977/14, k.t. 22.02.1977, R.G. Tarih/Sayı 28.03.1977/15892, AMKD, Sayı 15, sy. 186-187, 196-197).

Dahası AYM, Anayasanın *"[H]içbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."* hükmüyle Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen hükmünü, yetkisizliğinin gerekçesi yapmak yerine, tam aksine, anayasal sınırları aşan OHAL KHK'lerini denetleyebileceğinin gerekçesi yapabilirdi. Yüksek Mahkeme, Anayasanın üstünlüğü ilkesini korumak, parlâmento çoğunluğu ve onun içinden çıkan yürütmeye fren oluşturmak yerine, tüm enerjisini ve hukuk birikimini, ne ölçüde yetkisiz olduğunu açıklamaya vakfetmiştir. Böylece bir bakıma Mahkeme, kendi varlık koşullarını ortadan kaldırmıştır.

Ne var ki AYM, 23.07.2016 tarihli ve 667 sayılı OHAL KHK'sinin TBMM tarafından onaylanması ve kanunlaşmasını takiben açılan davada, şu haklı tespitlerde de bulunabilmiştir: "[D]emokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri hukuku dışlayan, keyfî yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetim usulleri kaynağını Anayasa'da bulmakta, anayasal kurallara göre yürürlüğe konularak yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdürmektedir. Olağanüstü yönetimlerin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmaktır. Bu nedenle ola-

ğanüstü hal yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın hukuki bir rejimdir" (E. 2016/205, K. 2019/63, 24.07.2019, R.G. Tarih/Sayı 31.10.2019/30934, par. 4).

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktardığımız kararlarının birbiriyle çelişkili tespitler içerdiği açıktır. Eğer Yüksek Mahkeme, 148. maddedeki yargı bağışıklığını, 1991 içtihadında olduğu gibi mutlak bir yargı engeli olarak görmeseydi, muhtemelen 15 Temmuz darbe teşebbüsünü takiben kabul edilen KHK'lerin Anayasanın pek çok hükmüne aykırılık oluşturan düzenlemelerini denetleyerek iptal edecek, böylece asıl görevi olan parlâmento çoğunluğuyla onun içinden çıkan hükûmetlerin Anayasayla bağdaşmayan irade açıklamalarına fren oluşturabilecekti. Bu yöndeki bir tutum ise yürütmenin keyfîliğinden kaynaklanan çok sayıdaki hak ihlâllerini önleyebilecekti. Oysa Yüksek Mahkeme, bu yolu seçmek yerine, 148. maddede yer alan düzenlemeye mutlak bir yargı engeli anlamı yüklemeyi tercih etmiştir. Buna karşılık, TBMM onayından geçerek kanunlaşan, böylece denetim engeli ortadan kalkan 667 sayılı OHAL KHK'sini denetlerken, bir hukuk devletinde olağanüstü halin anayasanın üstünlüğü ile sınırlanması gerektiği gerçeğini kabul etmiştir. Bu ise Yüksek Mahkemenin temel probleminin hukukî birikim eksikliği olmadığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin asıl sorunu, teorik doğruları ampirik örneklere uygulamaktaki cesaretsizliğidir.

Burada Yüksek Mahkemeye yöneltilmesi gereken en önemli soru şu olacaktır: TBMM onayından geçerek kanunlaşan ve yargı engeli ortadan kalkan KHK'lerin kamu görevinden ihraç ve pasaport iptalini içeren düzenlemeleri, acaba Yüksek Mahkeme tarafından iki boyutlu fonksiyon gaspı içerdikleri gerekçesiyle iptal edilebilecek midir? Bilindiği gibi 6216 sayılı Kanunun 43. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hüküm, Yüksek Mahkemeye, davacının dayandığı dışındaki gerekçelerle de norm denetimi yapma imkanını vermektedir. Bu hükme göre, *"Mahkemenin, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin[21] ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir."*

2. Yetki Tecavüzü Yönünden

Hukuk devleti ilkesi, kamu makamlarının ancak anayasanın ve kanunların kendilerine sunduğu açık yetkileri kullanabilecekleri, fiilen yeni yetkiler yaratamayacakları esasına dayanır. Başka bir deyişle, hukuk devletinde kamu makamları, kural olarak yetkisiz olup ancak istisnaen, kendilerine açıkça verilen yetkilere dayanarak tasarrufta bulunabilir. Bu, olağanüstü yönetim usûlleri bakımından

[21] 6216 sayılı Kanunun yukarıda aktardığımız hükmünde yer alan "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" ifadesi 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun yürürlüğe girmesini takiben maddeye eklenmiştir. Maddenin orijinal metninde, bu kavram yerine "Kanun Hükmünde Kararname" ifadesi yer almaktadır.

da geçerli bir kuraldır. Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında bu gerçeği teyit etmiştir. Nitekim Mahkemeye göre,

"Olağanüstü hal yönetimleri de bir hukuksal kurumdur. Bu nedenle hukuk devletinde, olağanüstü hal yönetiminde bile keyfiliğin söz konusu olmaması gerekir. (...) [D]emokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi bir yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa'da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir. Ayrıca, olağanüstü hal yönetimlerinin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü yönetim usulleri yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın, demokrasilerde sonuçta bir "hukuk rejimi"dir" (E. 1991/6, K. 1991/20, k.t. 03.07.1991, R.G. Tarih/Sayı 08.03.1992/21165).

Anayasamız, mülga 121. maddenin son fıkrasında, olağanüstü yönetim usûllerinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun KHK çıkarabileceğini hükme bağlamıştır. Bu açık kural karşısında OHAL KHK'leri, ancak Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilebilir. Bu kararnameleri, başka bir devlet organı veya makamının kabul etme yetkisi yoktur.

Oysa 15 Temmuz 2016'daki darbe teşebbüsünden sonra ilan edilen ve iki yıl süren OHAL yönetimi süresince kabul edilen KHK'lerin Anayasanın emrettiği gibi, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanmadığını gösteren bazı veriler mevcuttur. Bu nedenle aşağıda inceleneceği gibi, bu kararnameler ağır yetki tecavüzüyle malûldür. Bu iddiamızın doğruluğunu kanıtlayabilmek için öncelikle bu işlemlerin hukukî mahiyeti üzerinde durmak gerekir.

Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunda kabul edilmesi gereken OHAL KHK'leri, kolektif nitelikteki idarî işlemlerdendir. Kolektif nitelik taşıyan idarî işlemlerin bu işlemleri yapmaya yetkili kılınan tüm aktörlerin hazır bulunduğu bir ortamda, işlemin içerdiği her tür ayrıntı görüşülüp tartışıldıktan sonra, bu aktörlerin aynı yöndeki irade açıklamaları sonucunda şekillendirilmesi gerekir.[22] Dolayısıyla kolektif nitelik taşıyan OHAL KHK'leri de bu özelliği sergilemek zorundadır. Üstelik Ali D. Ulusoy'un ifade ettiği gibi, Bakanlar Kurulu kararlarında, özel bir karar yeter sayısı olmayıp bu kararların oybirliği ile alınması gerekir. Çünkü Bakanlar Kurulunun, aldığı tüm kararlardan dolayı kolektif sorumluluğu mevcuttur.[23] Şu halde, binlerce kişinin kamu görevinden ihracı ve

[22] Kolektif işlemlerin tanımı ve ayrıntıları için bakınız Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt 1, Ekin Kitabevi, 2019, sy. 795; Metin Günday, **İdare Hukuku,** İmaj Yayınları, 2017, sy.139.

[23] Ali D. Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2019, sy. 347.

pasaportlarının iptaliyle sonuçlanan OHAL KHK'lerinin gerek genel ve soyut kurallar içeren şablon hükümleri, gerekse bunların atıfta bulunduğu binlerce kişinin kişisel verilerini içeren ekli listeler de Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca görüşüldükten sonra şekillendirilmiş olmalıdır. Ne var ki böyle olmadığını gösteren bazı bulgular mevcuttur.

Metin Günday'ın gözlemleri de aynı yöndedir. Yazara göre, "15 Temmuz'un hemen akabinde çıkan ve çıkmaya devam eden bu KHK'lar bana göre bir Bakanlar Kurulu kararı değildir. Bir başka yerde yazılıyor, bakanlar da bunun altına imza atıyorlar. Yapılan şey budur. Benim tahminim bu. (...) OHAL çok da güzel bir şey kendileri için. Birisi kararnameyi yazıyor ötekileri imzalıyor, uyguluyor. Külliye'de yazılıyor galiba, birkaç da danışmanları var yazıyorlar. Bakanlar imza ediyor. Böyle olmaz... Bakanlar Kurulu kararı ismi ne olursa olsun, tüzük olur, yönetmelik olur, kararname olur veya KHK olur, ancak o kararın konusu Bakanlar Kurulu'nda müzakereye açıldıktan sonra karara bağlanabilir. Elden imza ile Bakanlar Kurulu kararı olmaz. Hiçbir şekilde olamaz."[24]

Kemal Gözler de benzer bir görüşe sahiptir. Yazarın haklı olarak ifade ettiği gibi, KHK, hukukî niteliği itibarıyla kolektif bir işlemdir. Bu nedenle OHAL KHK'lerinin Anayasaya uygun olarak kabul edilebilmeleri için bu KHK'lerin ve binlerce kişinin isimlerinin yer aldığı listelerin, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu önünde okunması ve görüşülmesi ve toplantıya katılanların tümünün – Cumhurbaşkanı, Başbakan ve tüm bakanlar – aynı yönde görüş açıklamaları gerekir. "Metin ve ekleri okunmadan, bunlar görüşülmeden yapılan bir toplantıda irade açıklandığı söylenemez. Eklerde yer alan yüzlerce ve binlerce isim tek tek zikredilmeden, bu isimleri Bakanlar Kurulu üyeleri tek tek duymadan, onlar hakkında Bakanlar Kurulu üyelerinin iradelerini açıkladıkları ve dolayısıyla bir karar aldıkları söylenemez." Yazarın belirttiği gibi, "Farklı tarihlerde yayınlanmış KHK'ler aynı Bakanlar Kurulu toplantısının tarihini taşımaktadır. Örneğin,

- 6 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 679, 680 ve 681 sayılı KHK'ler,
- 23 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 683, 684 ve 685 sayılı KHK'ler,
- 7 Şubat 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 686 sayılı KHK,
- 9 Şubat 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 687 sayılı KHK olmak üzere toplam 8 (sekiz) adet KHK, bunların metinlerine göre, 2 Ocak 2017 tarihli Bakanlar Kurulu toplantısında kabul edilmiştir. (...) Bu se-

[24] Metin Günday, "OHAL Kararnameleriyle Kamu Görevlilerinin İhraç Edilmesi", **Mülkiye Dergisi**, 2016, 40 (3), 197-203.

> kiz KHK'nin hepsi aynı Bakanlar Kurulu toplantısında görüşülüp kabul edildiyseler, bu KHK'lerin hepsi neden aynı Resmî Gazetede (örneğin 679, 680, 681 sayılı KHK'lerin yayınlandığı 6 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazetede) yayınlanmamıştır?"

Nihayet Kemal Kılıçdaroğlu'nun aynı yöndeki tespitlerini içeren gazete haberi de bu yöndeki kuşkuların haklılığını kanıtlamaktadır. "2 Ocak'ta yapılan toplantının ardından 6 Ocak'ta bir dizi kararname yayımlandı. Bu tarihten sonra yayımlanan bütün kararnameler usulsüz. Süre ve kapsam bakımından sıkıntılar var. Bu kararnameler yetki bakımından da sorunlu. Saray karar veriyor, bakanlar imza atıyor, geriye dönük imza hali söz konusu, suçüstü haliyle karşı karşıyayız. Bunun en büyük kanıtlarından biri de 2 Ocak toplantısına atfen bir kararnameyle ihraç edilenlerden bazıları, aynı toplantıya atfen ilân edilen bir başka kararnameyle göreve iade ediliyor."[25]

Bu açıklamalar, OHAL KHK'leriyle bunların ekli listelerinin Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun toplantısında tek tek okunarak görüşülmediğini göstermektedir. Oysa Metin Günday'ın ifade ettiği gibi, kurul kararları, "[K]urul üyelerinin katılmaları ile (...) alınmış olmalıdırlar. Kurul üyesi olmayan kişilerin (...) katılmaları ile alınan kollektif kararlar yetki yönünden sakat" olacaktır. "Kurul halinde alınacak kararlarda (=kollektif işlemlerde) (...) görüşme usullerine uyulması zorunludur. Örneğin görüşme yapılmadan, elden imza toplamak suretiyle alınan bir idari karar, şekil yönünden hukuka aykırı olur."[26] Nitekim Kemal Gözler de, bu nedenle OHAL KHK'lerinin şekil ve hatta yetki unsuru bakımından sakat olduğunu belirtmektedir.[27]

Bu veriler, OHAL KHK'leriyle bunların ekli listelerinin Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu huzurunda aynı anda mevcut olmadığını, tereddüde yer bırakmayan bir açıklıkla göstermektedir. Bu tablonun yarattığı en iyimser ihtimal şöyledir: OHAL KHK'lerinin şablon hükümleri, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilmekte, ekli listeler ise ilgili Bakanlıkların ve kurumların bürokratları tarafından hazırlanarak metne ilave edilmektedir. Oysa Anayasamızın mülga 121. maddesinin son fıkrası, OHAL KHK'sini kabul yetkisini, sadece ve sadece Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna tanıdığına göre, ekli listeler ister herhangi bir bakan isterse bakanlık bürokratları tarafından eklenmiş olsun, her iki durumda da yetki tecavüzü vardır. Bu da sözü geçen işlemlerin müeyyidelendirilmesini gerektiren açık bir hukuka aykırılık sorunudur. Ek 3'teki veriler, bu tespitimizin

---

25 Kemal Gözler, "15 Temmuz Kararnameleri: Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/1, sy. 44-45.

26 Metin Günday, **İdare Hukuku,** İmaj Yayınları, 2017, sy. 139, 147.

27 Kemal Gözler, **a.g.e,** 2017, sy. 45.

ne ölçüde haklı olduğunu kanıtlamaktadır.

Kemal Gözler'in belirttiği gibi, yetki tecavüzü "Bir idarî makamın diğer bir idarî makamın görev alanına giren bir konuda karar alması durumunda" ortaya çıkmaktadır. Yetki tecavüzünün çeşitli biçimleri vardır. Bunlardan somut olaya uygun olanlardan biri, "Astın üstün yetkili olduğu bir konuda karar almasıdır." Diğeri ise "Birden fazla makamın birlikte yapması gereken işlemlerin bu makamlardan sadece biri tarafından yapılması durumudur."[28]

Ali D. Ulusoy, yetki tecavüzünü "Bir idarî makamın, irade açıklamaya yetkili olduğu alanı aşarak ve bir başka idarî makamın yetki alanına müdahale ederek işlem yapması" şeklinde tanımlamaktadır. Yazara göre, "Yetki tecavüzünde, idarî makamlar arasındaki iş bölümüne ilişkin aykırılık ağır ve barizse 'ağır ve bariz yetki tecavüzü'nden, o kadar da ağır ve bariz değilse 'basit yetki tecavüzü'nden bahsedilir. (...) Ağır ve bariz yetki tecavüzünün yaptırımı da tıpkı fonksiyon ve yetki gaspı gibi yok hükmünde sayılmadır. Basit yetki tecavüzünde ise işlem yok hükmünde sayılmamakla birlikte, idare veya mahkeme tarafından işlemin iptal edilerek 'geçersiz sayılma' yaptırımı söz konusu olacaktır."[29]

Metin Günday da "Yetki tecavüzünün açık ve bariz olması halinde alınan idarî kararın yok hükmünde olduğu" görüşündedir.[30]

Burada sorulması gereken sorulardan biri, OHAL KHK'lerine ekli listelerin, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu huzurunda hazır olmaması ve bu listelerin sonradan herhangi bir bakan veya bakanın emriyle herhangi bir bürokrat tarafından eklenmesinin yol açtığı yetki tecavüzünün mahiyetinin ne olduğu meselesidir. Kanımızca, Anayasa'nın mülga 121. maddesinin son fıkrası karşısında bu durum, "ağır ve bariz yetki tecavüzü" olarak kabul edilmeli ve yoklukla müeyyidelendirilmelidir. Nitekim Metin Günday'a göre, "Kurul halinde alınması gereken bir idari karar, öngörülmüş toplantı zamanı ve yeri dışında alınmış ise yok hükmünde sayılmalıdır."[31]

Bunu takiben sorulması gereken ikinci soru şudur: Bu ağır ve bariz yetki tecavüzünü hangi yargı kuruluşu tespit edecek ve sözü geçen işlemlerin yok hükmünde olduğunu saptayacaktır? Bu soruya cevap verilebilmesi içinse önce OHAL KHK'lerine ekli listelerin, bu kararnamelerin bir parçası olarak mı kabul edileceği yoksa aşağıda tartışılacağı gibi, bu listelerin maddi mahiyetleri gereği bireysel bir işlem niteliğinde mi görüleceği sorusu cevaplanmalıdır.

Ekli listeler, OHAL KHK'lerinin bir parçası olarak kabul edilirse, bu du-

28 Kemal Gözler, **İdare Hukuku,** Cilt 1, Ekin Yayınları, 2019, sy. 927-932.
29 Ali D. Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2019, sy. 390.
30 Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınları, 2017, sy. 143.
31 Metin Günday, **a.g.e**, 2017, sy. 166.

rumda genel ve soyut düzenlemeler içeren şablon hükümlerle bunların atıfta bulunduğu ekli listeler, tek bir işlem olarak değerlendirilecektir. Böylece işlemi denetleme yetkisi, AYM tarafından kullanılabilecektir. Ne var ki Anayasa Mahkemesi, 1991'deki içtihadından farklı olarak, 15 Temmuz darbe teşebbüsünü takiben yürürlüğe giren OHAL KHK'lerini hiç bir surette denetleyemeyeceğini kabul etmektedir. Bu durumda, sözü geçen KHK'lerin, yukarıda işaret ettiğimiz ağır ve bariz yetki tecavüzü, TBMM onayını takiben kanunlaşmaları neticesinde AYM tarafından saptanmalı ve yokluklarına hükmedilmelidir.

Metin Günday'a göre, "Yoklukla malûl bir idari kararın yokluğu, bu derece ağır bir sakatlıkla malûl olmayan işlemlerin tersine, hiçbir süreye bağlı olmaksızın her zaman yargı mercilerince saptanabilir. İdare de böyle bir kararı her zaman geri alabilir."[32] Şu halde, 2016-2018 yılları arasında yürürlüğe giren OHAL KHK'lerinin de yapılan başvurular üzerine, AYM tarafından süre koşuluna bağlı olmaksızın her zaman için yoklukları tespit edilebilecektir. Keza bu kararnamelerin gene hiçbir süre sınırı olmaksızın geri alınmaları mümkün olmalıdır.

OHAL KHK'lerine ekli listeler, bu KHK'lerin bir parçası olarak kabul edilmeyip aşağıda tartışılacağı gibi, maddi mahiyetleri gereği bireysel işlem şeklinde görülürlerse tartışmanın boyutları tamamen değişecektir. Çünkü bireysel işlemin her türlü hukuka aykırılık sorununun çözüm yeri, Anayasa'nın 125. maddesi gereğince idarî yargı mercii olacaktır.

- **Ekli listeler bireysel işlem niteliğindedir:**

Yukarıdaki açıklamalar, ekli listelerin Bakanlar Kurulunun Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanmasından sonraki bir tarihte OHAL KHK'lerine ilave edildiğini göstermektedir. Bu fiilî durum ise ekli listelerin, sübjektif ve bireysel idarî işlem olarak nitelendirilebileceğini düşündürmektedir. Anayasamızın 148. maddesinin ilk fıkrasının yargı denetimi dışında bıraktığı işlem, OHAL KHK'leridir. Bireysel nitelikteki idarî işlemler ise Anayasamızın 125. maddesi gereğince yargı denetimine tâbidir. Böylece kamu görevinden ihraç ve pasaport iptali sonucunu doğuran bireysel idarî işlemin içerdiği hukuka aykırılık sorunlarını ayrıca ele almak gerekecektir. Bu konudaki tespitlere aşağıda yer verilecektir.

III. Bireysel Nitelikte Olduğu Tespit Edilen İdari İşlemin Hukuka Aykırılık Sorunları

1. Disiplin Cezası Yönünden

Anayasamızın 129. maddesinin ikinci fıkrası *"memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu görevi niteliğindeki meslek kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez"* hükmüne yer vermektedir. 14

[32] Metin Günday, **a.g.e.**, 2017, sy. 166.

Temmuz 1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 130. maddesi de *"devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez"* şeklinde bir hükme yer vermektedir. Görüldüğü gibi Anayasamız ve Devlet Memurları Kanunu, savunma hakkı olmaksızın disiplin cezasının verilmesini dahi yasaklamıştır. Metin Günday'a göre, "Savunma alınmasının zorunlu olduğu hallerde, ilgiliye savunma konusunun açık bir biçimde bildirilmesi zorunlu olduğu gibi, savunmasını yapabilmesi için belli bir süre de verilmelidir. Savunma konusunun açıkça bildirilmemiş ya da ilgiliye savunmasını yapabilmesi için belli bir süre verilmemiş olması, savunma hakkının ihlali anlamına gelir. Buna rağmen bir yaptırım kararı alınır ise, bu karar usul yönünden hukuka aykırı olur."[33]

Kemal Gözler de savunma alınmaksızın yapılan işlemin, şekil yönünden hukuka aykırı olduğunu ve iptali gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, "[İ]lgili kişinin savunmasının alınmadan veya onun diyecekleri dinlenilmeden işlem tesis edilmesi, işlemin usulü bakımından sakatlığı sonucunu doğurur ve iptal edilmesini gerektirir. Örneğin Danıştay Onuncu Dairesi 21 Kasım 1984 tarih ve K.1984/1988 sayılı kararında, 'savunma alınmadan memurluktan çıkarma cezasına ilişkin işlem'in 'yöntem bakımından kanuna aykırı' bulunduğuna karar vermiş ve bu işlemi iptal eden idare mahkemesi kararını onamıştır. Gerektiği halde savunma hakkı şartına uyulmaması, yapılmış olan idari işlemin sonucunu etkilememiş olsa bile, işlemi, usul bakımından sakatlar ve işlemin iptal edilmesi sonucunu doğurur. Çünkü savunma hakkı, idare karşısında idare edilenleri korumak amacıyla öngörülmüş bir hak olduğuna göre, başlı başına bir aslî usul şartıdır. Danıştay da 4 Kasım 1987 tarih ve K.1987/2472 sayılı kararında sonucu etkilemeyecek olsa da savunma hakkına uyulmamasının, bu hakkın açık ihlali anlamına geldiğine hükmetmiştir."[34]

Öte yandan yazar, savunma hakkının düzgün olarak tanınmasının belli şartların varlığını gerektirdiğini ifade etmektedir. Bu şartlar, 1. "İdare, ilgiliye onun hakkında bir disiplin tedbiri uygulamak niyetinde olduğunu açıkça belirtmelidir." 2. "İdare, ileri sürdüğü bütün suçlamaları ilgili kişiye bildirmelidir. Bu suçlamalar genel ve soyut değil, belirli ve somut olmalıdır. Bunun için ise idare, bu suçlamalara konu teşkil eden kişinin fiillerini bütün açıklığıyla, yer, gün ve saat belirterek belirtmelidir. Keza kişinin hangi kanunun hangi maddesini veya disiplin yönetmeliğinin hangi maddesini ihlâl etmekle suçlandığı tasrih edilmelidir." 3. "İdare, ilgili kişiye savunmasını uygun bir şekilde yapabilme imkânını tanımalıdır." 4. "İdare, ilgili kişiye 'dosyayı inceleyebilme hakkı' *(droit à consultation du dossier)* tanımalıdır." 5. "İdare, savunmasını hazırlayıp idareye sunabilmesi için bir 'yeterli süre' *(délai suffisant)* tanımalıdır. 6. "İdare, hakkında disiplin so-

33 Metin Günday, **a.g.e.**, 2017, sy. 148.

34 Kemal Gözler, **İdare Hukuku,** Cilt 1, Ekin Yayınevi, 2019, sy. 985-986.

ruşturması açılan kişinin haklarını da göz önünde tutmalı ve hakkaniyetle hareket etmelidir."[35]

Görüldüğü gibi Anayasamız ve onu izleyen mevzuat hükümleri, disiplin cezaları için dahi ilgilinin savunmasının alınmasını, işlemin aslî şartı olarak görmüş; Danıştay ise bu aslî şarta uyulmamasını, iptal sebebi olarak kabul etmiştir. Oysa OHAL KHK'leri ile binlerce kişiye, savunma hakları tanınmaksızın kamu görevinden ihraç, bir kez daha kamu görevinde istihdam edilmeme ve pasaport iptali gibi disiplin cezasının çok ötesinde ağır yaptırımlar uygulanmıştır. Bu durum, Anayasamızın yukarıda değindiğimiz 129. maddesinin ikinci fıkrasına, 657 sayılı Kanunun 130. maddesine, dolayısıyla, Anayasamızın hukuk devletini düzenleyen 2. maddesine aykırıdır.

2. İdarî İşlemin, Her Duruma İlişkin Özel ve Ayrıntılı Veriler İçermesi Gerektiği Kuralı Yönünden

Yukarıda değindiğimiz gibi, binlerce kişinin kamu görevinden ihracı ve pasaportlarının iptali, OHAL KHK'lerinin şablon hükmüne, sicil numaraları, unvanları, isimleri ve görev yerleri şeklindeki kişisel verilerin yer aldığı listelerin eklenmesiyle gerçekleşmiştir. Böylece ortaya çıkan ağır hukuk ihlâlleri, iki ayrı işlemin birbirine eklemlenmesinin sonucudur. Bu işlemlerden biri, OHAL KHK'lerinin genel, soyut, objektif, kişilik dışı nitelik taşıyan kural-işlem şeklindeki düzenlemeleridir. Diğeri ise binlerce kişinin kişisel verilerini içeren ekli listelerdir. Bu ekli listeler, içerdikleri her birey yönünden bireysel idarî işlem mahiyetindedir.

Bireysel idarî işlemin bu yöntemle gerçekleşmesi dahi tek başına bir hukuka aykırılık sorunu yaratmaktadır. Çünkü bireysel bir idarî işlemin, ilgilinin durumuna ilişkin yeterli ayrıntıyı içermesi icap etmektedir. Bu, kısaca "her durumun özel olarak incelenmesi ilkesi" olarak tanımlanmaktadır.

Kemal Gözler'in tanımıyla, "her bir durumun özel olarak incelenmesi ilkesi *(règle de l'examen particulier de circonstances)*, bireysel idari işlemler alanında idarenin, yapacağı işleme konu teşkil eden kişi veya olaya ilişkin bütün verilerin tam ve ayrıntılı bir incelemesini yaptıktan sonra karar almasını öngören bir kuraldır. Bu ilkeye göre idare, takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda, özel durumları göz ardı ederek, genel bir kuralı her bir kişiye ve her duruma bir nevi otomatik olarak uygulayarak karar alamaz. (...) Her bir durumun özel olarak incelenmesi ilkesine uyulmaması yapılan işlemin usûl bakımından sakat *(vice de procédure)* olması sonucunu doğurur."[36]

---

35 Kemal Gözler, **a.g.e.,** 2019, sy. 986.

36 Kemal Gözler, **a.g.e.**, 2019, sy. 988.

3- Sebep Unsuru Yönünden

Her idarî işlemin içermesi gereken unsurlardan biri, sebep unsurudur. Bu unsur, "idareyi bir işlem yapmaya sevk eden hukuki veya fiilî etkenler"in tümü olarak tanımlanabilir. "Bu etkenler, idari işlemden önce gelir ve onun dışında yer alırlar. İdarenin bir işlemi yapabilmesi için onu yapmaya 'yetkili' olması yetmez; ayrıca onu yapmaya 'sebebi' de olmalıdır."[37]

20 Temmuz 2016'da Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Anayasamızın mülga 120. maddesi gereğince Milli Güvenlik Kurulu'nun görüşünü alarak olağanüstü hal ilan etmiştir. Bu durumda, 20 Temmuz 2016'da ilan edilen ve 19 Temmuz 2018'e kadar devam eden OHAL rejiminin sebebi, Türkiye'nin 15 Temmuz 2016'da bir darbe girişimiyle karşı karşıya kalmasıdır. Şu halde, olağanüstü hal dönemi boyunca Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, Anayasa'nın mülga 121. maddesinin son fıkrası gereğince, KHK çıkarmak suretiyle alacağı tedbirler, 15 Temmuz 2016'da yaşanan darbe tehdidini ortadan kaldırmaya yönelik olmalıdır. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin ilanına yol açan sebepleri ortadan kaldırma amacı dışında, başka amaçlara yönelik düzenlemeleri, olağanüstü hal KHK'leri yoluyla ihdas edemez. Nitekim AYM'nin önceki içtihatları da aynı yöndedir. Mahkemeye göre,

"Olağanüstü hal KHK'leri, Olağanüstü Hal Yasası ile saptanan sistem içerisinde 'olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda' uygulamaya yönelik olarak çıkartılabilir. Bu tür KHK'lerle yalnızca olağanüstü hal ilânını gerektiren nedenler gözetilerek bu nedenlerin ortadan kaldırılması için o duruma özgü kimi önlemler alınabilir" (E. 1990/25, K.1991/1, k.t. 10.01.1991, R.G. Tarih/Sayı 05.03.1992/21162; E. 1991/6, K.1991/20, k.t. 03.07.1991, R.G. Tarih/Sayı 08.03.1992/21165).

Binlerce kişinin kamu görevinden ihracı ve pasaportlarının iptali sonucunu yaratan, bu kişilerin isimlerinin OHAL KHK'lerine ekli listelerde yer almasıdır. Haliyle ekli listeler, içerdiği her isim yönünden bireysel işlem mahiyetindedir. Şu halde bu bireysel işlemlerin de her idari işlem gibi sebep unsuruna dayanması gerekir. Sözü geçen işlemlerin sebep unsuru, OHAL KHK'lerinin Ek 2'de yer alan şablon hükümleridir. Bu hükümler ise fevkalade soyut niteliktedir.

Doktrinde, bu tür soyut ifadelerle, bir idarî işleme dayanak kazandırılamayacağı kabul edilmektedir. Kemal Gözler'e göre, "İdare bir kişi hakkında yaptığı işlemin 'milli güvenlik' sebebiyle yapıldığını söylüyor, ama ilgili kişinin milli güvenlik açısından sakınca teşkil eden fiilini göstermiyorsa, işlem sebep unsuru

[37] Kemal Gözler, **a.g.e.**, 2019, sy. 1008. Aynı yöndeki tanım için ayrıca bakınız Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınları, 2017, sy. 152.

bakımından hukuka aykırıdır. Keza idare, ilgili kişinin birtakım fiillerini gösteriyor, ama gösterdiği fiiller 'milli güvenlik' kavramıyla alakasız nitelikte ise idarenin işlemi yine hukuka aykırıdır. Kısacası, işlemin sebep unsuru soyut bir şekilde kavramlarla belirlenmiş ise, idare bu kavramların kapsamını somut olaylarla doldurur, mahkemeler de idarenin bu dolduruşunu denetler."[38]

Öte yandan yazar, kanunda sebep unsurunun gösterilmediği hallerde dahi idarenin mutlak bir takdir yetkisi olmadığına dikkat çekmektedir. Yazara göre, "Şüphesiz kanunda sebep belirtilmediği için idarenin böyle bir durumda sebep unsuru bakımından geniş bir 'değerlendirme marjı' vardır. Ancak idarenin bu 'değerlendirme marjı' mutlak ve sınırsız değildir. Bir kere, idare, sebepsiz yere işlem yapamaz. Zira, idare hukukunda 'sebepsiz işlem' veya özel hukuk tabiriyle 'mücerret işlem' olamaz. O halde, idare yaptığı bir işlemde mutlaka bir sebebe dayanmak zorundadır. Üstelik idarenin dayandığı bu sebep mevcut olmalı ve kamu yararına yönelik bir sebep olmalıdır."[39]

Metin Günday'ın ifade ettiği gibi, "İdare bir işlem yaptığında, o işlemi dayandırdığı sebebi ortaya koymak ve kanıtlamak zorundadır. (...) [İ]dari işlem ve kararların gerekçeli bir biçimde kaleme alınması; yani işlemin dayandırıldığı sebeplerin işlem metninde gösterilmesi kural olarak zorunlu değildir. Ama sebep yönünden hukuka aykırılığı ileri sürülerek bir idari işlemin iptali için dava açıldığında, İdare bu işlemin dayandığı sebebi yargı mercii önünde ortaya koymak ve kanıtlamak zorundadır (İYUK m. 20, f.1)."[40]

Burada sorulması gereken en önemli soru şudur: İlgili bakanlıklar ve diğer kamu makamları, ekli listelerde adı geçen personellerinin bu listelere hangi gerekçeyle dahil edildiklerini, sözü geçen kişilerin hangi fiillerinin terör örgütleriyle irtibatlı ve iltisaklı addedilmelerine yol açtığını açıklayabilecekler midir? Bu listelerde kişisel verileri yer alan binlerce kişi, gerçekten, 15 Temmuz darbe teşebbüsüyle irtibatlı ve iltisaklı mıdır?

Bu açıklamalar, binlerce kişinin kamu görevinden ihracı, unvan ve pasaportlarının iptali sonucunu yaratan ekli listelerin, idare hukuku öğretisinde ve uygulamasında kabul edilecek mahiyette bir sebep unsuruna dayanmadıklarını göstermektedir. Bu yüzden, içerdikleri her birey yönünden, bireysel işlem mahiyeti taşıyan bu ekli listelerin, salt sebep unsurundan yoksunluğu nedeniyle dahi iptalleri gerekmektedir.

Nitekim Venedik Komisyonu'nun 15 Temmuz Başarısız Darbe Girişimini

[38] Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt 1, Ekin Yayınevi, 2019, sy. 1011, 1012. İdarî işlemin sebep unsuru konusunda aynı yöndeki açıklamaları için bakınız Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınları, 2017, sy. 153-156.

[39] Kemal Gözler, **a.g.e.**, 2019, sy. 1015.

[40] Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınları, 2017, sy. 154.

Takiben Kabul Edilen 667-676 Sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerine İlişkin Görüşler başlıklı raporunda yer verdiği tespitler, görüşümüzü doğrulamaktadır.[41] Komisyon bu raporunda 2011 tarihli raporuna[42] atıfla keyfiliğin yasaklanmasının hukuk devleti düşüncesinin önemli unsurlarından biri olduğuna dikkat çekmiştir. Böylece Komisyon, takdir yetkisinin keyfî kullanımının adaletsizliklere, akıl dışı, mantıksız ve zalimane uygulamalara yol açacağından bahisle bunun hukuk devleti düşüncesiyle bağdaşmadığını belirtmektedir. Komisyona göre OHAL KHK'leri, delillendirmeye ilişkin herhangi bir standart ortaya koymamakta ve nihaî değerlendirmenin gerekçeli ve kanıta dayalı olması gerektiği koşulunu da karşılamamaktadır. Nihayet, her bir ihraç işleminin bireyselleşmiş bir gerekçeye dayanmaması, idarenin takdir yetkisini kötüye kullanabileceği anlamına gelmektedir ki bunun, hukuk devletiyle bağdaşması mümkün değildir. Kamu görevlilerinin ihracına yol açan karar süreci, ihraçların bireyselleşmiş bir muhakeme sürecinden yoksunluğuyla sakatlanmış olup bu durum, sözü geçen kararların anlamlı bir yargısal denetime tâbi kılınmalarını imkansızlaştırmaktadır.

SORUMLULUK

Nihayet burada üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, bütün bu hukuka aykırılık sorunlarından dolayı, kimlerin ne şekilde sorumlu kılınacakları meselesidir. Her ne kadar Anayasamız değişik 148. maddesinin ilk fıkrasında olağanüstü yönetim usûlleri altında kabul edilen kanun hükmünde kararnamelere yargı bağışıklığı sunsa da bu bağışıklığın mutlak olmadığı, TBMM'nin onayını takiben kanunlaşan KHK'lerin AYM tarafından denetlenebileceği bilinmektedir. Öte yandan yukarıda tartıştığımız gibi, OHAL KHK'lerine ekli listeler, bu listelerde yer alan her isim yönünden bireysel işlem olarak kabul edildiğinde, bunlar üzerinde Anayasamızın 125. maddesi gereğince idarî yargı denetimi yapılabilecektir. Ne var ki olağanüstü yönetim usûlünü uygulamaya koyan ve yürüten aktörler, bu olasılıkları değerlendirmek suretiyle kendileri için son derece etkili sorumsuzluk zırhlarını yürürlüğe koymayı ihmâl etmemişlerdir.

Olağanüstü halin ilanını takiben, 23.07.2016'da yayınlanan 667 sayılı ilk OHAL KHK'si 9. maddesinde şu hükme yer vermiştir: *"Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz."*

Dört gün sonra, 27.07.2016'da yayınlanan 668 sayılı ikinci OHAL

[41] European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667-676 Adopted Following the Failed Coup of 15 July 2016, Adopted by the Venice Commission at its 109th Plenary Session (Venice, 9-10 December 2016 (Venice, 9-10 December 2016), (par. 133, 134, 140), Strasbourg, 12 December 2016.

[42] Bu rapora yukarıda hukuk devleti başlığında yer verilmiştir.

KHK'sinde ise sorumsuzluğun kapsamı genişletilerek tüm olağanüstü hal süresince etkili olacak aktörlere teşmil edilmiştir. 668 sayılı OHAL KHK'sinin sorumsuzluk başlıklı 37. maddesi şöyledir: *"15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnameler kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz."*

Bu hükümler, olağanüstü hal uygulamasını sürdürenlerin 27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 askerî müdahalelerinin lider kadrolarından ne ölçüde esinlendiklerini göstermektedir. Hatırlanacağı gibi, 27 Mayıs 1960 müdahalesini takiben bu müdahalenin lider kadrolarının katılımıyla hazırlanan 1961 Anayasasının geçici 4. maddesinin 2. fıkrasında aşağıdaki hüküm yer almıştır: *"27 Mayıs 1960 tarihinden itibaren Kurucu Meclisin toplandığı 6 Ocak 1961 tarihine kadar yasama yetkisini ve yürütme görevini Türk Milleti adına kullanmış bulunan Milli Birlik Komitesinin ve Devrim Hükümetlerinin karar ve tasarruflarından ve bunların, idarece veya yetkili kılınan organ ve mercilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulıyanlar hakkında cezaî veya malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz."*

Benzer şekilde 12 Eylül 1980 askerî müdahalesini takiben bu müdahalenin liderlerinin öncülüğünde hazırlanan 1982 Anayasasının geçici 15. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında aşağıdaki hüküm yer almıştır: *"12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Milli Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz. Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır."*

Bu hükümler, olağanüstü hal yöneticileriyle askerî yöneticiler arasında önemli bir fark olmadığını göstermektedir. Aralarındaki yegâne fark, kendilerine sundukları sorumsuzluk güvencelerinin zamanlamasıyla ilgilidir. Askerî yöneticiler, yönetme yetkilerini kullanıp zihniyetlerine uygun bir anayasanın yapımını

teşvik ettikten sonra bu anayasaların hükümleri çerçevesinde sorumsuzluk güvencesine ihtiyaç duymuşlardır. Böylece izledikleri otoriter politikalardan, bunların yol açtığı insan hakları ihlâllerinden sivil yönetime geçişi takiben sorumlu kılınmayacaklarını garanti etmişlerdir. Olağanüstü hal yöneticileri ise izleyecekleri otoriter politikaların ve bunların yol açacağı hak ihlâllerinin erişeceği seviyeyi gayet iyi bildiklerinden, daha olağanüstü hal uygulamasının ilk haftasında kendilerini sorumsuzluk zırhıyla donatmışlardır. Bu ise ülkemizin siyasal kültürü yönünden dramatik bir gerçeği ortaya koymaktadır: Türkiye'de sivil kadrolar, en az askerî kadrolar kadar, belki de onların daha ilerisinde, otoriterizme meyillilerdir.

Bu tablonun sergilediği bir başka hazin sonuç ise Türkiye toplumunun davranışlarıyla ilgilidir. Toplumumuzun nispeten önemli bir kesimi, demokrasiyle bağdaşmadığı düşüncesiyle askerî müdahalelere karşı çıkarken sivil otoriterizme gönüllüce boyun eğmekte, hatta otoriterizmin bu modelini iştiyakla desteklemektedir. Nihayet farklı siyasal grupların otoriterizm karşısında sergiledikleri tutumun da değiştiği gözlemlenmektedir. Evvelce askerî müdahale yanlısı olan gruplar, bugün sivil otoriterizme meydan okurken, evvelce askerî otoriterizme karşı çıkanlar, bugün sivil otoriterizmin destekçisi olmuşlardır. Gerek farklı toplum kesimlerinin davranış değişikliği gerekse otoriterizm karşıtı grupların nüfus içindeki oranı, ülkemizde demokrasinin geleceği yönünden bir hayli düşündürücüdür.

SONUÇ

Bu açıklamalar, 21 Temmuz 2016'dan 19 Temmuz 2018'e kadar devam eden olağanüstü hal dönemi boyunca kabul edilen OHAL KHK'lerinin kamu görevinden ihraca ilişkin düzenlemelerinin yarattıkları hukuka aykırılık sorunlarının ne ölçüde vahim olduğunu göstermektedir. Ne var ki kamu görevinden ihraçların yol açtığı hukuka aykırılık sorunları, yukarıda aktardıklarımızdan ibaret değildir. Bu ihraçlar, aynı zamanda, Anayasamızın ve AİHS'nin garanti ettiği birçok hakkın ihlâline de yol açmıştır. Bunlar, adil yargılanma hakkı (AY m.36, AİHS m.6), lekesiz yaşama hakkı (AY m.20, AİHS m.8), ifade hürriyeti (AY m.26, AİHS m.10), mülkiyet hakkı (AY m.35, AİHS 1 no.lu Protokol m.1), seyahat hürriyeti (AY m.23, AİHS 4 no.lu Protokol m.2) bağlamında ortaya çıkan ihlâllerdir. Öte yandan bu KHK'ler, AİHM'nin, AİHS'nin belirttiğimiz hükümlerine ilişkin içtihatlarına da aykırılık teşkil etmektedir. Ancak bu hak ihlâlleri, girişte de belirttiğimiz gibi, her ihraç yönünden münferit bir analizi gerektirdiğinden çalışmamızın dışında bırakılmıştır.

Bundan başka, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin içerdikleri hukuka aykırılık sorunları, sadece kamu görevinden ihraçlarla da sınırlı de-

ğildir. Ne var ki OHAL KHK'lerinin içerdiği diğer hukuka aykırılık sorunlarını ele almak, bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Bu çalışmada sadece, OHAL KHK'lerinin kamu görevinden ihraca ilişkin düzenlemelerinin yarattığı hukuka aykırılık sorunlarına değinilmiştir.

Öte yandan iki yıllık OHAL uygulaması, ülkemizin hukuk kültüründe kısa ve orta vadede onarılması imkansız görünen büyük hasarlara da yol açmıştır. Bu hasarların en önemlisi, her türlü hukuksuzluğun, toplumun milliyetçi duyguları istismar edilerek meşru hale getirilmesidir. Böylece yönetimde keyfîlik, devlet hayatına hâkim bir norm haline gelmiştir. Bu keyfî yönetimin olanaklarından istifade edenler, OHAL uygulamasının ilelebet devam edemeyeceğini şüphesiz bilmektedirler. Bu nedenle, alışageldikleri yönetimde keyfîliği ve hukuksuzluğu sürekli kılmak için bu kez Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi[43] adını verdikleri, dünyada emsâli olmayan bir hükûmet sistemini, anayasa değişikliği yoluyla yürürlüğe koymuşlardır. Bu anayasa değişikliğinin yürürlüğe konulması ise başta ifade hürriyeti olmak üzere her türlü hürriyetin ortadan kaldırıldığı, OHAL döneminin korku atmosferinde gerçekleştirilmiştir. Böylece 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu[44], ne teklif aşamasında ne parlâmentodaki görüşmeleri sırasında serbestçe tartışılabilmiştir. Keza sözü geçen değişiklik, parlâmentoda kabul edildikten sonra halkoylamasına sunulması öncesinde de serbestçe tartışılamamıştır. Sonuçta seçmenler, ne tür bir değişikliğe oy verdiklerini bilmeksizin sandık başına gitmişlerdir. Bu ise anayasa hukukunun önemli tartışma konularından biri olan istismarcı anayasalcılığın[45] *(abusive constitutionalism)*[46] tipik bir örneğini oluşturmaktadır.

Böylece Türkiye, iki yıl süren OHAL uygulaması boyunca önce anayasasızlaştırılmış[47]; ardından istismarcı anayasalcılık yöntemiyle otoriterizmin[48] pekiş-

[43] Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sisteminin ne ölçüde keyfî olduğunu gösteren detaylı ve çok yeni bir çalışma içiniz bakınız Kemal Gözler, Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sisteminin Uygulamadaki Değeri: Bir Buçuk Yıllık Bir Bilanço, http://www.anayasa.gen.tr/cbhs-bilanco.htm, erişim tarihi: 16.01.2020.

[44] Bu anayasa değişikliğinin ayrıntıları için bakınız Serap Yazıcı, "Constitutional Amendments of 2017: Transition to Presidentialism in Turkey", **Globalex** electronic publication, Hauser Global Law School Program, 2017, NYU, https://www.nyulawglobal.org/globalex/2017_Turkey_Constitution_Amendments.html

[45] Ergun Özbudun, **Anayasalcılık ve Demokrasi**, Yetkin Yayınları, 2019, sy. 42, 146**;** Kemal Gözler, "16 Nisan'da Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Bir 'Suistimalci Anayasa Değişikliği' Midir? Anayasa Değişikliğinin Asıl Amacı, HSYK'yi Yeniden Dizayn Etmek, Başbakan ve Bakanların Cezaî Sorumluluklarını Sıfırlamak veya Partili Cumhurbaşkanlığını Getirmek Olabilir mi?", http://www.anayasa.gen.tr/suistimalci.pdf.

[46] David Landau, "Abusive Constitutionalism", **University of California, Davis** 47, 2013, sy. 189-260.

[47] Bu konudaki değerli bir çalışma için bakınız Kemal Gözler, 1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte Mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (Versiyon 4), http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf

[48] Türkiye'nin otoriterizme evrilmesini yarışmacı otoriterizm kavramı çerçevesinde değerlendiren açıklamalar için bakınız Ergun Özbudun, **Anayasalcılık ve Demokrasi**, Yetkin Yayınları, 2019, sy. 139-143; ayrıca bakınız Serap Yazıcı, "Turkey in the Last Two Decades: From Democratization to Authoritarianism", 21, **European Public Law**, Issue 4, sy. 635-656.

mesine sahne olmuştur. Bu noktada üzerinde durulması gereken en hayatî soru şudur: Anayasal temellere dayandırılan bu otoriterleşme sürecini, tersine çevirmek mümkün olabilecek midir? Bu ihtimalin gerçekleşmesi, 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla kabul edilen, yasama, yürütme ve yargı alanındaki yetkileri, seçilmiş Cumhurbaşkanı elinde toplayan sistemde köklü değişiklikler yapmayı gerektirmektedir. Demokratik hukuk devleti ilkesine, fonksiyonlar ayrılığı esasına dayanan sivil ve siyasal hakların garanti edildiği, fren ve denge mekanizmalarının işletildiği köklü bir anayasa değişikliği ise bu çalışmanın tamamlandığı Ocak 2020 itibarıyla mümkün görünmemektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar & Makaleler:

Esen, Selin, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi**, Adalet Yayınevi, 2008.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku,** Cilt 1, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt 1, Ekin Kitabevi Yayınları, 2019.

Gözler, Kemal, "15 Temmuz Kararnameleri: Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/1, sy. 47.

Gözler, Kemal, "16 Nisan'da Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Bir 'Suistimalci Anayasa Değişikliği' Midir? Anayasa Değişikliğinin Asıl Amacı, HSYK'yi Yeniden Dizayn Etmek, Başbakan ve Bakanların Cezaî Sorumluluklarını Sıfırlamak veya Partili Cumhurbaşkanlığını Getirmek Olabilir mi?", http://www.anayasa.gen.tr/suistimalci.pdf.

Gözler, Kemal, "1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte Mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (Versiyon 4)", http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf.

Gözler, Kemal "Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sisteminin Uygulamadaki Değeri: Bir Buçuk Yıllık Bir Bilanço", http://www.anayasa.gen.tr/cbhs-bilanco.htm

Günday, Metin, **İdare Hukuku,** İmaj Yayınları, 2017.

Günday, Metin, "OHAL Kararnameleriyle Kamu Görevlilerinin İhraç Edilmesi", **Mülkiye Dergisi**, 2016, 40 (3), 197-203.

Linz, Juan J., **Totaliter ve Otoriter Rejimler**, çev. Ergun Özbudun, S Yayınları, 1984.

Landau, David, "Abusive Constitutionalism", **University of California, Davis** 47, 2013, sy. 189-260.

Kuzu, Burhan, **Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi**, Kazancı Yayınları, 1993.

Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2019.

Özbudun, Ergun, **Anayasalcılık ve Demokrasi**, Yetkin Yayınları, 2019.

Ulusoy, Ali D., **Yeni Türk İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2019.

Yazıcı, Serap, "Hukuk Devleti ve Yargının Bağımsızlığı", **Türkiye'de Siyasal Yaşam (Dün, Bugün, Yarın)**, der. Mehmet Kabasakal, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, sy. 73-96.

Yazıcı, Serap, "Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Hukuk Devletinin Değişen İçeriği", **Demokratikleşme Sürecinde Türkiye**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, sy. 291-343.

Yazıcı, Serap, "Constitutional Amendments of 2017: Transition to Presidentialism in Turkey", **Globalex** electronic publication, Hauser Global Law School Program, 2017, NYU, https://www.nyulawglobal.org/globalex/2017_Turkey_Constitution_Amendments.html

Yazıcı, Serap, "Turkey in the Last Two Decades: From Democratization to Authoritarianism", 21, **European Public Law**, Issue 4, sy. 635-656.

Raporlar:

European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report on the Rule of Law, adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011), (Par. 44-48), Strasbourg, 4 April 2011, http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e, erişim tarihi 10.02.2018.

European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667-676 Adopted Following the Failed Coup of 15 July 2016, Adopted by the Venice Commission at its 109th Plenary Session (Venice, 9-10 December 2016 (Venice, 9-10 December 2016), (par. 133, 134, 140), Strasbourg, 12 December 2016.

Mağdurlar İçin Adalet Platformu, "İkinci Yılında OHAL'in Toplumsal Maliyetleri-Araştırma Raporu", Ocak 2019.

Gazete Yayınları:

Alan, Serkan, "Doktorlar Tamam, Diğer KHK'lılar Özel Sektörde Çalışabilecek Mi?", **Gazete Duvar**, Erişim tarihi: 06.01.2020, https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2018/11/17/doktorlar-tamam-diger-khklilar-ozelde-calisabilecek-mi/

Bişkin, Hacı, "KHK'li Olduğu İçin İşyeri Ruhsatı Alamadı: Artık Korkmuyorum", **Gazete Duvar**, Erişim tarihi: 06.01.2020, https://www.gazeteduvar.com.tr/turkiye/2019/11/26/khkli-oldugu-icin-is-yeri-ruhsati-alamadi-artik-korkmuyorum/

Özdilek, Zehra, "KHK'li Diye Banka Para Vermedi", **Cumhuriyet,** Erişim tarihi: 06.01.2020, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/1711916/khkli-diye-banka-parayi-vermedi.html

Bişkin, Hacı, "Banka KHK'li Doktora Hesap Açmadı", **Gazete Duvar**, Erişim tarihi: 06.01.2020, https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2020/01/05/banka-khkli-doktora-hesap-acmadi/

Köse, Hilal, "KHK ile İhraç Edilen Arif Öğretmenin Muhbirle Mücadelesi... Tavşan Etiyle Mezhep Testi Yapıldı", **Cumhuriyet,** Erişim tarihi: 06.01.2020, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/869076/khk-ile-ihrac-edilen-arif-ogretmenin-muhbirle-mucadelesi-tavsan-etiyle-mezhep-testi-yapildi.html

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

E. 2014/155, K. 2015/52, k.t. 27.05.2015, R.G. Tarih/Sayı : 02.06.2015/29374.

E. 1989/11, K. 1989/48, k.t. 12.12.1989, R.G. Tarih/Sayı 12.01.1990/20410.

E. 2016/140, K. 2017/92, k.t. 12.04.2017, R.G. Tarih/Sayı 25.05.2017/30076, par. 13.

E. 2003/31, K. 2003/87, k.t. 08.10.2003, R.G. Tarih/Sayı 24.02.2004/25383.

E. 1990/25, K. 1991/1, k.t. 10.01.1991, R.G. Tarih/Sayı 05.03.1992/21162.

E. 2016/166, K. 2016/159, k.t. 12.10.2016, R.G. Tarih/Sayı 04.11.2016/29878.

E. 2016/172, K. 2016/165, k.t. 02.11.2016, R.G. Tarih/Sayı 08.11.2016/29882.

E. 2016/166, K. 2016/159, k.t. 12.10.2016, R.G. Tarih/Sayı 04.11.2016/29878, par. 11.

E. 1990/25, K. 1991/1, k.t. 10.1.1991, R.G. Tarih/Sayı: 05.03.1992/21162.

E. 2017/14, K. 2017/83, k.t. 29.03.2017, R.G. Tarih/Sayı 18.04.2017/30042, par. 12.

E. 2016/205, K. 2019/63, k.t. 24/07/2019, R.G. Tarih/Sayı 31/10/2019/30934, par. 23.

E. 2016/205, K. 2019/63, k.t. 24/07/2019, R.G. Tarih/Sayı 31.10.2019/30934, par. 24.

Başvuru No: 2014/12984, k.t. 26.2.2015, par. 34.

Başvuru No: 2014/6128, k.t. 07.07.2015, par. 47.

Başvuru No: 2014/12984, k.t. 26.02.2015, par. 50, 61.

Kyriakides/Kıbrıs kararı, Başvuru no. 39058/05, k.t. 16.10.2008, par. 48,49,50.

E. 1990/25, K. 1991/1, k.t. 10.01.1991, R.G. Tarih/Sayı: 05.03.1992/21162.

E. 1991/6, K. 1991/20, 3.7.1991, R.G. Tarih/Sayı: 08.03.1992/21165.

E. 1990/25, K.1991/1, k.t. 10.011991, R.G. Tarih/Sayı 05.03.1992/21162.

E. 2014/57, K. 2014/81, 10.04.2014, R.G. Tarih/Sayı 14.5.2014/29000.

E. 2016/166, K. 2016/159, 12.10.2016, R.G. Tarih/Sayı 04.11.2016/29878, par. 22-23.

E. 1977/6, K. 1977/14, k.t. 22.02.1977, R.G. Tarih/Sayı 28.03.1977/15892, **AMKD**, Sayı 15, sy. 186-187, 196-197.

E. 2016/205, K. 2019/63, 24.07.2019, R.G. Tarih/Sayı 31.10.2019/30934, par. 4.

E. 1991/6, K. 1991/20, k.t. 03.07.1991, R.G. Tarih/Sayı 08.03.1992/21165.

E. 1990/25, K.1991/1, k.t. 10.01.1991, R.G. Tarih/Sayı 05.03.1992/21162.

E. 1991/6, K.1991/20, k.t. 03.07.1991, R.G. Tarih/Sayı 08.03.1992/21165.

EK 1

Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri: 21.07.2016 – 18.07.2018

KHK No.	R.G. Tarih	R.G. Sayı	İhraç Sayısı	İade Sayısı	İhraca Neden Olan Madde
667	23.07.2016	29779	-	-	-
668	27.07.2016	29783 (2. Mükerrer)	1684	-	2. madde
669	31.07.2016	29787	1389	-	2. madde
670	17.08.2016	29804	2692	-	2. madde
671	17.08.2016	29804	-	-	-
672	01.09.2016	29818 (Mükerrer)	50685	-	2. madde
673	01.09.2016	29818 (2. Mükerrer)	-	-	-
674	01.09.2016	29818 (2. Mükerrer)	-	-	-
675	29.10.2016	29872	10131	74 (m. 3)	1. madde
676	29.10.2016	29872	-	-	-
677	22.11.2016	29896	15656	155 (m.2)	1. madde
678	22.11.2016	29896	-	-	-
679	06.01.2017	29940 (Mükerrer)	8400	277 (m.3)	1. madde
680	06.01.2017	29940 (Mükerrer)	-	-	-
681	06.01.2017	29940 (Mükerrer	-	-	-
682	23.01.2017	29957	-	-	-
683	23.01.2017	29957	367	124 (m.2)	1. madde
684	23.01.2017	29957	-	-	-
685	23.01.2017	29957	-	-	-
686	07.02.2017	29972 (Mükerrer)	4464	17 (m.2)	1. madde
687	09.02.2017	29974	-	-	-
688	29.03.2017	30022 (Mükerrer)	-	416 (m.1)	-
689	29.04.2017	30052	3974	236 (m.2)	1. madde
690	29.04.2017	30052	-	-	-
691	22.06.2017	30104 (2. Mükerrer)	-	-	-
692	14.07.2017	30124 (Mükerrer)	7395	312 (m.5)	1. madde

693	25.08.2017	30165	928	60 (m.2)	1. madde
694	25.08.2017	30165	-	-	-
695	24.12.2017	30280	2756	115 (m.2)	1. madde
696	24.12.2017	30280	-	-	-
697	12.01.2018	30299	262	1877 (m.2)	1. madde
701	08.07.2018	30472	18632	148 (m.2)	1. madde
31			**129.415**	**3811**	

EK 2

İHRAÇ HÜKÜMLERİ

1. 27 Temmuz 2016 tarihli 668 sayılı KHK: 2. Maddenin 2. Fıkrasının A bendi + 2. Fıkra

Alınan tedbirler

MADDE 2- (1) Milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen Fethullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olan;

a) Ekli (1) sayılı listede yer alan asker kişiler Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarılmıştır. Haklarında ayrıca özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edilir.

(2) Birinci fıkranın (a) bendi gereğince Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarılan asker kişilerin, mahkumiyet kararı aranmaksızın, askeri rütbe ve memuriyetleri alınır ve bu kişiler yeniden Türk Silahlı Kuvvetlerine kabul edilmezler; bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; bunların uhdelerinde bulunan her türlü mütevelli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır. Bunların silah ruhsatları ve pilot lisansları iptal edilir ve bu kişiler oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından onbeş gün içinde tahliye edilir. Bu kişiler özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamazlar. Bu kişiler hakkında Milli Savunma Bakanlığınca ilgili pasaport birimine derhal bildirimde bulunulur. Bu bildirim üzerine ilgili pasaport birimlerince pasaportlar iptal edilir.

Toplam İhraç Sayısı: 1684

2. 31 Temmuz 2016 tarihli 669 sayılı KHK: 2. Madde

Türk Silahlı Kuvvetleri ve Jandarma personeline ilişkin tedbirler

MADDE 2- (1) Milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen Fethullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı belirlenen ve ekli (1) ve (2) sayılı listelerde yer alan asker kişiler Türk Silahlı Kuvvetlerinden, ekli (3) sayılı listede yer alan kişiler ise Jandarma Genel Komutanlığı teşkilatından çıkarılmıştır. Haklarında ayrıca özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilen kişilerin, mahkûmiyet kararı aranmaksızın, askeri rütbe ve memuriyetleri alınır ve bu kişiler yeniden Türk Silahlı Kuvvetlerine ve Jandarma Genel Komutanlığı teşkilatına kabul edilmezler; bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemezler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; bunların uhdelerinde bulunan her türlü mütevelli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır. Bunların silah ruhsatları ve pilot lisansları iptal edilir ve bu kişiler oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından onbeş gün içinde tahliye edilir. Bu kişiler özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamazlar. Bu kişiler hakkında ilgisine göre Milli Savunma ve İçişleri Bakanlıklarınca ilgili pasaport birimine derhal bildirimde bulunulur. Bu bildirim üzerine ilgili pasaport birimlerince pasaportlar iptal edilir.

Toplam İhraç Sayısı: 1389

3. 17 Ağustos 2016 tarihli 670 sayılı KHK: 2. Madde + 4. Madde

Kamu personeline ilişkin tedbirler

MADDE 2- (1) Milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen Fethullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olan;

a) Ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler kamu görevinden,

b) Ekli (2) sayılı listede yer alan kişiler Türk Silahlı Kuvvetlerinden,

c) Ekli (3) sayılı listede yer alan kişiler Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatından,

ç) Ekli (4) sayılı listede yer alan kişiler Emniyet Genel Müdürlüğü teşkilatından,

başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır. Bu kişilere ayrıca herhangi bir tebligat yapılmaz. Haklarında ayrıca özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edilir.

(2) Birinci fıkra gereğince kamu görevinden, Türk Silahlı Kuvvetlerinden, Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatından ve Emniyet Genel Müdürlüğü teşkilatından çıkarılan kişilerin, mahkûmiyet kararı aranmaksızın, rütbe ve/veya memuriyetleri alınır ve bu kişiler görev yaptıkları teşkilata yeniden kabul edilmezler; bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemezler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; bunların uhdelerinde bulunan her türlü mütevelli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır; bunlar hakkında ayrıca 4 üncü madde hükümleri uygulanır. Bunların silah ruhsatları, gemi adamlığına ilişkin belgeleri ve pilot lisansları iptal edilir ve bu kişiler oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından onbeş gün içinde tahliye edilir. Bu kişiler özel güvenlik şirketlerinin

kurucusu, ortağı ve çalışanı olamazlar. Bu kişiler hakkında ilgili bakanlık ve kurumlarca ilgili pasaport birimine derhal bildirimde bulunulur. Bu bildirim üzerine ilgili pasaport birimlerince pasaportlar iptal edilir.

Bazı unvanların kullanımı

MADDE 4- (1) 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamında kamu görevinden çıkarılanlar, uhdelerinde taşımış oldukları büyükelçi, vali gibi unvanları ve yüksek mahkeme başkan ve üyeliği, müsteşar, hâkim, savcı, kaymakam ve benzeri meslek adlarını ve sıfatlarını kullanamazlar ve bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamazlar.

Toplam İhraç Sayısı: 2692

4. 1 Eylül 2016 tarihli 672 sayılı KHK: 2. Madde

Kamu personeline ilişkin tedbirler

MADDE 2- (1) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan;

a) Ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler kamu görevinden,

b) Ekli (2) sayılı listede yer alan kişiler Emniyet Genel Müdürlüğü teşkilatından,

c) Ekli (3) sayılı listede yer alan kişiler Jandarma Genel Komutanlığı teşkilatından,

ç) Ekli (4) sayılı listede yer alan kişiler Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatından,

başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır. Bu kişilere ayrıca herhangi bir tebligat yapılmaz. Haklarında ayrıca özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edilir.

(2) Birinci fıkra gereğince kamu görevinden, Emniyet Genel Müdürlüğü teşkilatından, Jandarma Genel Komutanlığı teşkilatından ve Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatından çıkarılan kişilerin, mahkûmiyet kararı aranmaksızın, rütbe ve/veya memuriyetleri alınır ve bu kişiler görev yaptıkları teşkilata yeniden kabul edilmezler; bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemezler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; bunların uhdelerinde bulunan her türlü mütevelli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır. Bunların silah ruhsatları, gemi adamlığına ilişkin belgeleri ve pilot lisansları iptal edilir ve bu kişiler oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından onbeş gün içinde tahliye edilir. Bu kişiler özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamazlar. Bu

kişiler hakkında ilgili bakanlık ve kurumlarca ilgili pasaport birimine derhal bildirimde bulunulur. Bu bildirim üzerine ilgili pasaport birimlerince pasaportlar iptal edilir.

(3) Birinci fıkra kapsamında kamu görevinden çıkarılanlar, varsa uhdelerinde taşımış oldukları büyükelçi, vali gibi unvanları ve müsteşar, kaymakam ve benzeri meslek adlarını ve sıfatlarını kullanamazlar ve bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamazlar.

Toplam İhraç Sayısı: 50685

5. 29 Ekim 2016 tarihli 675 sayılı KHK: 1. Madde

Kamu personeline ilişkin tedbirler

MADDE 1- (1) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler kamu görevinden başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır. Bu kişilere ayrıca herhangi bir tebligat yapılmaz. Haklarında ayrıca özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edilir.

(2) Birinci fıkra gereğince kamu görevinden çıkarılan kişilerin, mahkûmiyet kararı aranmaksızın, rütbe ve/veya memuriyetleri alınır ve bu kişiler görev yaptıkları teşkilata yeniden kabul edilmezler; bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemezler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; bunların uhdelerinde bulunan her türlü mütevelli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır. Bunların silah ruhsatları, gemi adamlığına ilişkin belgeleri ve pilot lisansları iptal edilir ve bu kişiler oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından onbeş gün içinde tahliye edilir. Bu kişiler özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamazlar. Bu kişiler hakkında bakanlıkları ve kurumlarınca ilgili pasaport birimine derhal bildirimde bulunulur. Bu bildirim üzerine pasaport birimlerince pasaportlar iptal edilir.

(3) Birinci fıkra kapsamında kamu görevinden çıkarılanlar, varsa uhdelerinde taşımış oldukları büyükelçi, vali gibi unvanları ve müsteşar, kaymakam ve benzeri meslek adlarını ve sıfatlarını kullanamazlar ve bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamazlar.

Toplam İhraç Sayısı: 10131

Bu hüküm, müteakip KHK'lerin ilk maddelerinde aynen tekrarlanarak ihraçlar gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle şablon hale gelen bu hüküm izleyen maddelerde tekrarlanmayacaktır. Sadece KHK'nin tarihi, sayısı ve bu hüküm yoluyla ihraç edilen kamu görevlilerinin adedine yer verilecektir.

6. 22 Kasım 2016 tarihli 679 sayılı KHK'nin 1. maddesi
Toplam İhraç Sayısı: 8400
7. 23 Ocak 2017 tarihli 683 sayılı KHK'nin 1. Maddesi
Toplam İhraç Sayısı: 367
8. 07 Şubat 2017 tarihli 686 sayılı KHK'nin 1. maddesi
Toplam İhraç Sayısı: 4464
9. 29 Nisan 2017 tarihli 689 sayılı KHK'nin 1. maddesi
Toplam İhraç Sayısı: 3974
10. 14 Temmuz 2017 tarihli 692 sayılı KHK'nin 1. maddesi
Toplam İhraç Sayısı: 7395
11. 25 Ağustos 2017 tarihli 693 sayılı KHK'nin 1. maddesi
Toplam İhraç Sayısı: 928
12. 24 Aralık 2017 tarihli 695 sayılı KHK'nin 1. maddesi
Toplam İhraç Sayısı: 2756
13. 12 Ocak 2018 tarihli 697 sayılı KHK'nin 1. maddesi
Toplam İhraç Sayısı: 262
14. 08 Temmuz 2018 tarihli 701 sayılı KHK'nin 1. maddesi
Toplam İhraç Sayısı: 18632

EK 3

Olağanüstü Hal Süresince Cumhurbaşkanı Başkanlığındaki Bakanlar Kurulunun Hangi Tarihlerde Toplandığını ve Bu Toplantılarda Kabul Edilen OHAL KHK'lerini Gösteren Tablo

Toplantı Tarihi	KHK	R.G. Tarihi	R.G. Sayısı	İhraç Sayısı	İade Sayısı
22.07.2016	667	23.07.2016	29779	-	-
25.07.2016	668, 669	27.07.2016, 31.07.2016	29783 (2. Mükerrer), 29787	3073	-
15.08.2016	670, 671, 672, 673, 674	17.08.2016, 17.08.2016, 01.09.2016, 01.09.2016, 01.09.2016.	29804, 29804, 29818 (Mükerrer), 29818 (2. Mükerrer), 29818 (2. Mükerrer).	53,377	-
07.09.2016	-	-	-	-	-
03.10.2016	675, 676	29.10.2016, 29.10.2016.	29872, 29872	10131	74
31.10.2016	677, 678	22.11.2016, 22.11.2016	29896, 29872	15656	155
02.01.2017	679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687	06.01.2017, 06.01.2017, 06.01.2017, 23.01.2017, 23.01.2017, 23.01.2017, 23.01.2017, 07.02.2017, 09.02.2017.	29940 (Mükerrer), 29940 (Mükerrer), 29940 (Mükerrer), 29957, 29957, 29957, 29957, 29972 (Mükerrer), 29974.	13231	418
20.02.2017	-	-	-	-	-
20.03.2017	688	29.03.2017	30022 (Mükerrer)	-	416
17.04.2017	689, 690	29.04.2017, 29.04.2017.	30052, 30052.	3974	236
05.06.2017	691, 692	22.06.2017, 14.07.2017	30052, 30124 (Mükerrer).	7395	312
17.07.2017	-	-	-	-	-
15.08.2017	693, 694	25.08.2017, 25.08.2017.	30165, 30165	928	60

22.09.2017	-	-	-	-	-
16.10.2017	-	-	-	-	-
20.11.2017	695, 696	24.12.2017, 24.12.2017.	30280, 30280	2756	115
08.01.2018	697	12.01.2018	30299	262	1877
17.01.2018	-	-	-	-	-
19.02.2018	-	-	-	-	-
04.06.2018	701	08.07.2018	30472	18632	148

EK 4

Olağanüstü Hal Süresince Başbakan Başkanlığındaki Bakanlar Kurulunun 10.05.2018 Tarihli 7142 Sayılı Yetki Kanununa Dayanarak Anayasanın Mülga 91. Maddesi Çerçevesinde Kabul Ettiği Kanun Hükmünde Kararnameler

KHK	R.G. Tarihi	R.G. Sayısı	Bakanlar Kurulu Toplantı Tarihi
698	04.07.2018	30468	02.07.2018
699	06.07.2018	30470 (Mükerrer)	14.06.2018*
700	07.07.2018	30471 (2. Mükerrer)	02.07.2018
702	09.07.2018	30473 (Mükerrer)	02.07.2018
703	09.07.2018	30473 (3. Mükerrer)	02.07.2018

* *Burada önemli bir noktaya dikkat çekmek gerekir. 698 sayılı KHK, Bakanlar Kurulunun 2 Temmuz 2018 tarihli toplantısında kararlaştırılırken 699 sayılı KHK, Bakanlar Kurulunun 14 Haziran 2018 tarihli toplantısında karara bağlanmıştır. Bu, şahsıma ait bir yazım hatası olmayıp ülkemizin yönetiminin ne ölçüde keyfî olarak cereyan ettiğinin kanıtlarından sadece biridir. Öte yandan bu veriler ister istemez, kanun hükmünde kararname metinlerinin Bakanlar Kurulu dışında başka aktörlerce, başka mekanlarda hazırlandığı, bu metinlere daha sonra, rastgele bir biçimde tarih ve numara verildiği ihtimalini akla getirmektedir. Bu ihtimal doğruysa ülkeyi yönetenler, Türkiye kamuoyuna asgarî düzeyde dahi itibar göstermemektedir. Bu kamuoyunun tek işlevi, bir oy havuzu oluşturmasıdır.*

ILO DENETİM ORGANLARI (SENDİKAL ÖZGÜRLÜKLER KOMİTESİ VE APLİKASYON KOMİTESİ) KARARLARI KAPSAMINDA KAMU GÖREVLİLERİNİN SENDİKA VE TOPLU PAZARLIK HAKKI

Gaye Burcu Yıldız*

Sendika ve toplu pazarlık hakkını güvence altına alan birçok uluslararası sözleşme bulunmaktadır. İnsan hakları çerçevesinde değerlendiren bu iki hak Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) çatısı altında da özel bir öneme sahiptir. ILO bu iki hakkı güvence altına almak için 1948 ve 1949 yıllarında iki sözleşme kabul etmiştir. Bunlardan ilki 87 sayılı 'Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi' diğeri de 98 sayılı 'Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi'dir. Türkiye Cumhuriyeti bu iki sözleşmeyi de onaylayarak iç hukukunun parçası haline getirmiştir. 98 sayılı sözleşme 1952[1] yılında, 87 sayılı sözleşme[2] 1993 yılında Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.

ILO, 1998 yılında 'Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi' yayınlayarak sekiz sözleşmeyi temel sözleşme olarak ilan etmiştir.[3] Bu bildirgede tanınan temel haklar sendikal özgürlükler ve toplu pazarlık hakkının etkin biçimde tanınması, zorla çalıştırmanın ortadan kaldırılması, çocuk işçiliğine son verilmesi ve istihdam ilişkisinde ayrımcılığın ortadan kaldırılmasıdır. Bu haklara

* Doç.Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi

1 ILO Kabul Tarihi: 18 Haziran 1949, Kanun Tarih ve Sayısı: 8 Ağustos 1951 / 5834, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 14 Ağustos 1951 / 7884, Türkiye'de Yürürlüğe Girdiği Tarih: 23 Ocak 1952

2 ILO Kabul Tarihi: 17 Haziran 1948, Kanun Tarih ve Sayısı: 25 Kasım 1992 / 3847, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 22 Aralık 1992 / 21432 mükerrer, Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı: 8 Ocak 1993 / 93-3967, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 25 Şubat 1993 / 21507, Türkiye'de Yürürlüğe Girdiği Tarih: 12 Temmuz 1993

3 http://libguides.ilo.org/c.php?g=657806&p=4649148 (erişim tarihi, 15.10.2019)

ilişkin olarak ILO'nun sekiz sözleşmesi bulunmaktadır.[4] Bunlar arasında sendikal özgürlükler ve toplu pazarlık hakkını koruyan 87 ve 98 sayılı sözleşmeler de vardır. ILO tarafından bu sözleşmelerin temel sözleşmeler olarak ilan edilmesinin önemi, üye devletlerden herhangi birinin bu temel sözleşmeleri onaylamamış olsa dahi, sadece ILO üyesi olması dolayısıyla bu ilkelere saygı duymak, bu ilkeleri geliştirmek ve gerçekleştirmekle yükümlü tutulmasıdır.[5]

Türkiye'de kamu görevlilerinin sendikal hakları, 1982 Anayasası'nda[6] yapılan 1995 ve 2001 değişiklikleri ile tanınmıştır. 1995 yılında Anayasa'nın 53.maddesine eklenen fıkra ile kamu görevlileri sendikalarının temeli atılmış,[7] 2001 yılında yapılan değişiklikle de sendika hakkı sadece 'işçilere' değil 'çalışanlara' tanınmıştır.[8] İç hukuk açısından önem taşıyan bir diğer gelişme Anayasa'nın 90.maddesinde yapılan değişikliktir. Anayasanın 90.maddesinin beşinci fıkrasına 7.5.2004 tarihli 5170 sayılı yasayla eklenen 'Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır' düzenlemesi ILO'nun temel sözleşmeleri için uygulama kabiliyetine sahiptir. Sendikal özgürlük ve toplu pazarlık hakkı da temel haklar arasında yer aldığından 87 ve 98 sayılı sözleşmeler, Anayasa'nın 90/5. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla iç hukukta söz konusu sözleşmelere aykırı hükümlerin bulunması durumunda uluslararası sözleşme hükümlerine öncelik tanınmalıdır.[9]

Yargıtay 22.Hukuk Dairesi, yeni tarihli bir kararında[10] sendikal hak ve özgürlüklerle ilgili olarak Anayasa'nın 90.maddesi kapsamında değerlendirdiği uluslararası sözleşmelere değinmiştir. Kararda *'...Diğer taraftan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre ise "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi sebebiyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." Bu itibarla, öncelikle ülkemiz tarafından onaylanan uluslararası sözleşme hükümlerinin ortaya konulması zaruridir.*

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesinin birinci fıkrasına göre

---

4 Bunlar 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 ve 182 sayılı ILO sözleşmelerdir. Türkiye Cumhuriyeti tamamını onaylamıştır.

5 https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412372/lang--tr/index.htm (erişim tarihi 15.10.2019)

6 1924 ve 1961 Anayasası dönemi için bkz. *Kutal*, 158; *Gülmez*, 68 vd; *Sur*, 16-17, 204 vd.

7 *Gülmez*, 79; *Sağlam*, 3188-3190.

8 *Gülmez*, 80-81.

9 *Süzek*, 91-93.

10 Y22HD, 27.6.2019, 4095/14387, Kazancı İçtihat Bankası (erişim tarihi, 30.10.2019) Sendikal özgürlükler için AY 90.maddeye atıf yapan bir diğer karar için bkz YHGK, 13.12.2018, 1168/1928, Ayrıca bkz. Danıştay 10.Dairesi, 19.10.2009, 4835/8958 Kazancı İçtihat Bankası (erişim tarihi 28.10.2019)

"Herkes barışçı amaçlarla toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve bunlara katılmak haklarına sahiptir."

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre de "Herkese kendi ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumak ve geliştirmek için sendika kurma ve sadece sendikanın kendi kurallarına tabi olarak kendi seçtiği bir sendikaya katılma hakkı tanınır. Bu hakkın kullanılması ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için demokratik bir toplumda gerekli olan ve hukuken öngörülen sınırlamalardan başka sınırlara tabi tutulamaz."

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 22. maddesinin birinci fıkrasına göre ise "Herkes başkalarıyla bir araya gelerek örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak, kendi menfaatlerini korumak için sendika kurma ve sendikaya katılma hakkını da içerir." Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de "Bu hakkın kullanılmasına ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlâkın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuken öngörülmüş ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamaların dışında başka hiç bir sınırlama konamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler ve polis teşkilatı mensuplarının bu hakkı kullanmaları üzerine hukuki kısıtlamalar konulmasını engellemez."

Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunmasına İlişkin 87 Sayılı ILO Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre de "Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler."

...Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı'na İlişkin 98 Sayılı ILO Sözleşmesi ile de çalışanlar ve işverenlerin, teşkilatlanma ve ihtiyari toplu müzakere hakkına dair düzenlemeler öngörülmüştür.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 5. maddesine göre de "Âkit Taraflar, çalışanların ve işverenlerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya desteklemek amacıyla ulusal yasanın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi; taahhüt ederler."

Uluslararası sözleşme hükümleri bu şekilde ortaya konulduktan sonra kanuni düzenlemelerin açıklanması gerekmektedir…'

Böylelikle sadece ILO Sözleşmeleri değil sendika hakkını güvence altına alan ve Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların Anayasa'nın

90.maddesinin beşinci fıkrası kapsamında değerlendirileceği Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararında belirtilmiştir.

ILO üye ülkeleri nezdinde özellikle 98 sayılı sözleşmenin kamu görevlilerine uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ortaya çıkan görüş aykırılıkları ve üye ülkelerin çoğunlukla kamu kesimini dışarda tutma yönündeki eğilimleri sonucunda 1978 yılında 151 sayılı Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi, 1981 yılında da 154 sayılı Toplu Pazarlık Sözleşmesi ILO'da kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, ILO'nun 151 sayılı Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi'ni onaylamış, bu sözleşme 12.07.1993 tarihinde iç hukukta yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmeye uyum amacıyla hazırlanan 4688 sayılı 'Kamu Görevlilerin Sendikaları Kanunu' da 2001 yılında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Ardından 2012 yılında bazı değişikliklerle birlikte kanunun adı 'Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu' olarak değiştirilmiştir. ILO'nun 154 sayılı Sözleşmesi ise Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanmamıştır.

87 ve 98 sayılı sözleşmelerin tek önemi temel sözleşmeler arasında sayılmaları değildir. ILO bünyesinde bu sözleşmelerin uygulanmasından doğan şikayetlerin incelenmesi için özel bir prosedür oluşturulmuştur. Sendikal Özgürlükler Komitesi adı altında uzman bir ekip ILO üye ülkelerinden gelen şikayetleri incelemekle yetkilidir. Bu özel denetim merciinin yanı sıra Uzmanlar Komitesi olarak adlandırılan daimi bir organ da üye ülkelerin sözleşmelere uyumunu incelemekte ve her yıl yapılan Çalışma Konferansı için rapor hazırlamaktadır. Uzmanlar Komitesi esas olarak üye ülkenin imzaladığı bütün sözleşmeler açısından periyodik olarak talep ettiği raporlar çerçevesinde denetimini gerçekleştirmektedir.[11] Sendikal Özgürlükler Komitesi ve Uzmanlar Komitesi kısaca ILO denetim organları olarak nitelendirilmektedir. Aşağıda öncelikle Türk hukukunda kamu görevlilerin sendika hakkı ILO denetim organlarının ilke ve kararları çerçevesinde incelenecek ardından toplu pazarlık hakkı ele alınacaktır.

I. KAMU GÖREVLİLERİNİN SENDİKA HAKKI

87 sayılı sözleşmenin 2.maddesi uyarınca 'Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler.' Maddede 'çalışanlar' kelimesinin kullanılması sendika hakkının işçi ve kamu görevlilerini kapsadığını göstermektedir.

Sendikal Özgürlükler Komitesi de uzun yıllardır sürdürdüğü istikrarlı karar-

[11] ILO Denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Süzek*, 93-94, *Gülmez*, Ulusalüstü Kurallar, 567 vd. denetimin Türkiye üzerinde etkisi hakkında değerlendirme için bkz. aynı yazar, Uyum Sorunu, 58 vd, Ulusalüstü Kurallar, 657-662.

ları ile 87 sayılı sözleşmenin kamu ya da özel sektör ayrımı yapılmaksızın, ilgili devletin tüm çalışanlarını kapsadığını, özel sektör ile kamu kesimi çalışanları arasında sendikal haklar konusunda farklı bir sistemin kurulmasının haksızlık olacağını, zira her çalışanın kendi menfaatlerini korumak için sendika kurmaya hakkı olduğunu belirmektedir. [12]

Sendikal özgürlüklerle ilgili olarak 4688 sayılı yasanın sendika üyesi olmayacak kişileri düzenlediği madde ILO sözleşmeleri açısından ele alındığında oldukça geniş bir düzenlemedir. Madde düzenlemesi şu şekildedir; 'Bu Kanuna göre kurulan sendikalara;

a) Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatında, bağlı kurullarında ve Diyanet İşleri Başkanlığı, Savunma Sanayi Başkanlığı ile İletişim Başkanlığı hariç olmak üzere bağlı kuruluşlarında, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde çalışan kamu görevlileri,

b) Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar,

c) Bakanlar, bakan yardımcıları, bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların başkanları, genel müdürleri, daire başkanları ve bunların yardımcıları, yönetim kurulu üyeleri, merkez teşkilâtlarının denetim birimleri yöneticileri ve kurul başkanları, hukuk müşavirleri, bölge, il ve ilçe teşkilâtlarının en üst amirleri ile bunlara eşit veya daha üst düzeyde olan kamu görevlileri, belediye başkanları ve yardımcıları,

d) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, üniversite ve yüksek teknoloji enstitüsü rektörleri, fakülte dekanları, enstitü ve yüksek okulların müdürleri ile bunların yardımcıları,

e) Mülkî idare amirleri,

f) Silahlı Kuvvetler mensupları,

h) Millî İstihbarat Teşkilâtı mensupları,

ı) Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların merkezi denetim elemanları,

j) Emniyet hizmetleri sınıfı,

k) Ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileri,

l) Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli subay, sözleşmeli subay, astsubay, sözleşmeli astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve sözleşmeli erler,

[12] Digest 2018, 62-63, para 334,336; Ayrıca bkz, *Gülmez*, Uyum Sorunu, 283 vd.

Üye olamazlar ve sendika kuramazlar'

2019 yılına ait Uzmanlar Komitesi raporunda bu maddeye ilişkin değerlendirmeye yer verilmiştir. Komite, 2012 yılında değiştirilmiş olan 4688 sayılı yasanın 15. maddesinde halen üst düzey kamu görevlileri, yargı mensupları ve hapishane gardiyanlarının sendika hakkından yararlanamayacak gruplar olarak düzenlenmeye devam edilmesini eleştirmiştir. Konu ile ilgili olarak Türkiye Cumhuriyeti tarafından verilen cevapta 2015 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar sonucunda TBMM idari personelinin sendikalaşabildiği, maddede yer verilen sınırlamaların kesintisiz sürdürülmesi gereken kamu hizmetlerine ilişkin olduğunu, kamu güvenliği, adalet ve üst düzey kamu görevlileri tarafından yerine getirilen hizmetlerin kesintiye uğramasının tazmin edilemeyecek zararlar doğurabileceği ifade edilmiştir. Uzmanlar Komitesi, Anayasa Mahkemesi tarafından Nisan 2013 ve Ocak 2014'de verilen kararlar ile bazı kamu görevlilerinin sendikalaşması önündeki engellerin kaldırıldığını ancak 87 sayılı sözleşmeye uyum açısından sadece silahlı kuvvetler ile polisler için istisna getirilerek sendika hakkı dışında bırakılabileceğini, bunun dışında kalan tüm kamu görevlilerinin kendi istedikleri bir sendikaya üye olma haklarını tanıyacak şekilde gerekli yasal değişikliklerin yapılmasını hatırlatmıştır.[13] Gerçekten de 87 sayılı sözleşme 9.maddesi ile sadece silahlı kuvvetler ve polis mensuplarına bu sözleşme ile tanınan hakların ne ölçüde uygulanacağını karar verme yetkisini ulusal mevzuatlara bırakmıştır. Benzer yönde düzenleme 151 sayılı sözleşmenin 1.maddesinin son fıkrasında da yer almaktadır.

87 ve 151 sayılı sözleşmelerle sendika hakkı kapsamı dışında bırakılabilecek gruplar arasında sayılan polislerin sendika hakkı Türk Hukukunda da yargı kararına konu olmuştur. 2012 yılında kuruluş evraklarını Valiliğe teslim ederek emniyet teşkilatında tüm sınıflarda çalışan (polisler dahil) kamu görevlileri için Emniyet-Sen isimli sendika kurmak istenmiştir. Ancak Valilik tarafından 4688 sayılı yasanın 15.maddesine aykırılık gerekçesiyle evrakları iade edilen Emniyet-Sen'in 'yok hükmünde olduğunun tespiti' amacıyla dava açılmıştır. Yerel mahkeme davanın bir aylık hak düşürücü süre içinde açılmadığı gerekçesiyle reddine karar vermiş, kararın temyizi üzerine Yargıtay 22.Hukuk Dairesi verdiği kararda[14] şu hususlara değinmiştir; *'...Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 87 Sayılı Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre "Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler." Aynı sözleşmenin 9. maddesine göre ise "Bu sözleşmede öngörülün güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağı ulusal*

13 2019 Report, 164-165.

14 Y22HD, 6.6.2016, 12861/16434 Kazancı İçtihat Bankası (erişim tarihi: 30.10.2019)

mevzuatla belirlenir."

4688 Sayılı Kanun'un "Sendika üyesi olamayacaklar" başlıklı 15. maddesinin (j) bendinin dava tarihinde yürürlükte bulunan metnine göre "Emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel"in sendika üyesi olamayacakları ve sendika kuramayacakları hususu belirtilmiştir.

657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36.maddesine göre ise, emniyet hizmetleri sınıfı, özel kanunlarına göre çarşı ve mahalle bekçisi, polis, komiser muavini, komiser, başkomiser, emniyet müfettişi, polis müfettişi, emniyet amiri, emniyet müdürü ve emniyet müdürü sıfatını kazanmış emniyet mensubu memurları kapsamaktadır.

Somut olayda, mahkemece, yargılama aşamasında 4688 Sayılı Kanun'un 15. maddesinin (j)bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin 29.01.2014 tarih, 2013/130 esas, 2014/18 karar sayılı ilâmı ile anılan bentte yer alan "ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir. Bununla birlikte "Emniyet hizmetleri sınıfı" ibaresi yönünden ise, özetle, itiraz konusu kuralda, emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kurmasının yasaklanmasının, iç güvenlik hizmetlerine hâkim olması gereken disiplin ve hiyerarşik düzenin korunması amacına dayandığının anlaşıldığı, disiplin ve hiyerarşinin korunması ve dolayısıyla kamu düzeninin sağlanması amacıyla emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kurma hakkının sınırlandırılmasında, Yasa'nın 51. maddesinde belirtilen özel sınırlama sebeplerine bağlı kalındığı ve sınırlandırmanın meşru bir amaca dayandığı hususunda tereddüt bulunmadığı, sendikalaşma olgusunun, kamu kesiminde var olması gereken disiplin ve hiyerarşik düzeni etkileme potansiyeline sahip olduğunun aşikâr olduğu, sıkı bir disiplin ve hiyerarşik düzen gerektiren kimi mesleklerde disiplinin bozulmasının, kamu düzenini tehdit edici boyutlara ulaşabileceğinden bu gibi durumlarda, kamusal yarara üstünlük tanınarak ilgili meslekle sınırlı olarak sendikalaşmanın yasaklanmasının gerekli hâle gelebileceği, diğer bir ifadeyle, demokratik toplum düzeninin sürdürülmesindeki üstün kamusal yararın, sendikacılığın disiplini etkileme potansiyelini, disiplin esasına dayanan meslekler yönünden ihmal edilebilir olmaktan çıkarıp, bu mesleklerde sendikacılığın yasaklanmasına haklı bir temel oluşturabileceğini, iç güvenlik hizmetinin aksamasının, kamu düzeni yönünden telafisi güç ve imkânsız zararların doğmasına yol açabileceği, demokratik toplum düzeninin varlığını sürdürebilmesinin önkoşulu olan iç güvenlik hizmetlerinin aksamadan ve sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesinin temini bakımından bu hizmetin asli unsuru olan

emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kurmasının yasaklanmasının, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında başvurabileceği tedbirler arasında olduğu gerekçesiyle "Emniyet hizmetleri sınıfı" ibaresinin ...'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verilmiştir.

Bütün bu açıklamalar ışığında gerek ulusal gerekse uluslararası mevzuat hükümleri karşısında "Emniyet hizmetleri sınıfı"na dahil kamu görevlilerinin sendika üyesi ve kurucusu olamayacakları tartışmasızdır…. İnceleme konusu davada, davalı sendikanın, sendika üyesi ve kurucusu olamayacağı sabit olan emniyet hizmetleri sınıfına dahil polis memurları tarafından kurulduğu anlaşılmakla, 4688 Sayılı Kanun'da öngörülen kuruluş koşulları gerçekleşmediğinden, davalı sendikanın yok hükmünde olduğunun tespitine karar verilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan kurucuların tamamı yasak kapsamında olduğundan, bu eksiklik giderilemez niteliktedir ve bu anlamda 4688 Sayılı Kanun'un 6. maddesi gereğince süre verilmesi de gerekmez. Ayrıca, yukarda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere somut olayda yok hükmünde olan bir hukuki işlem söz konusu olduğundan, bu nitelikteki davaların süreye bağlı olmadığının da kabulü gerekmektedir.

Açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında, mahkemece, davalı sendikanın yok hükmünde olduğunun tespitine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.'

Dolayısıyla Yargıtay 22.Hukuk Dairesi, 4688 sayılı yasanın 15.maddesinde polisler için yer alan kısıtlamanın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmediği, yok hükmündeki hukuki işlemler için süreye bağlı olmaksızın dava açılabileceği gerekçeleriyle sendika aleyhine karar vermiştir.

ILO'nun 87 ve 151 sayılı sözleşmeleri ile tanıdığı istisnai düzenleme, üye devletlerin hiçbir şekilde asker ve polise sendika hakkı tanımayacağı şeklinde de anlaşılmamalıdır. Bu sözleşme maddeleri, halihazırda asker ve/veya polis teşkilatı çalışanlarına sendika hakkı tanıyan ülkeler açısından bu hakların kısıtlanmasına gerekçe oluşturamayacağı gibi[15] dileyen üye devletler bu hakkı asker ve polislere de tanıyabilecektir. ILO, bu konuda takdir yetkisini üye devletlere ve ulusal düzenlemelere bırakmıştır.

Silahlı kuvvetler ile ilgili olarak Sendikal Özgürlükler Komitesi'nin kararlarında buralarda çalışan sivil personelin sendika kurma hakkına sahip olduğu vurgulanmaktadır.[16] Dolayısıyla 87 sayılı Sözleşmeye aykırılık içermeyecek şekilde, üye devletin takdirine bağlı olarak, sendika hakkı kısıtlanabilecek kesim asker kişiler olarak ortaya çıkmaktadır.

İç hukuk açısından tartışmalı olan bir diğer grup ise yargı personelidir. 4688

15 *Gülmez*, Ulusalüstü Kurallar, 257.
16 Digest 2018, 65, para 348-350.

sayılı yasa uyarınca sendika kuramayacak gruplar arasında yer almaktadırlar. Yargı-Sen hakkında açılan dava sonucunda mahkeme, sendikaların ancak hizmet kolunda kurulabileceği, meslek sendikası kurulamayacağı gerekçesiyle kapatma kararı vermiş, bu karar Yargıtay 9.Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır.[17] Bu kararın ardından büro, bankacılık ve sigortacılık hizmet kolunda, 'Yargıçlar Sendikası' 16.11.2012 tarihinde kuruluş evraklarını Ankara Valiliğine teslim etmiş, yasal süre (30 gün) içinde kuruluş aleyhine yasal yollara başvurulmamıştır. Yargı-Sen, uluslararası hukuktan doğan haklarını da kullanmış, 17.02.2011 tarihinde ILO Sendikal Özgürlükler Komitesi'ne başvuruda bulunmuştur. Komite ara kararında, *'Komite; Yargı-Sen'in çalışabilmesi, etkinliklerini sürdürebilmesi ve 87 sayılı sözleşmenin (sendikal örgütlerin) üyelerinin çıkarlarını korumak ve geliştirmek için tanıdığı haklardan yararlanabilmesi amacıyla, hükûmetin Yargı-Sen'in tescil edilmesi için gerekli olan tüm önlemleri almasını ve bu duruma ilişkin gelişmelerden Komiteyi bilgilendirmesini rica eder'* ifadelerine yer vermiştir.[18]

Sendikal Özgürlükler Komitesi, yargı mensuplarının sendika kurma ve üye olma haklarının kısıtlanmasının Sözleşmenin 2.maddesinde belirtilen 'çalışanlar arasında herhangi bir ayrım olmaksızın' ve önceden izin almaksızın 'kendi seçtikleri' örgütleri kurabilme ve bunlara üye olabilme özgürlüğünü ihlal ettiğini karara bağlamaktadır. [19] Komite cezaevi personeli[20], gümrük memurları, vergi memurları[21], iş denetiminde çalışanlar (iş müfettişleri)[22] ile ilgili olarak de sendika hakkının tanınması gerektiğini ifade etmektedir.

4688 sayılı yasanın 15.maddesinde getirilen sınırlamaların bir kısmı yürütülen işe göre diğer kısmı ise kamu görevlisinin yürüttüğü görev unvanına göre belirlenmiştir. Örneğin üniversitelerde öğretim elemanlarının sendika üyesi olması mümkün iken dekan ya da dekan yardımcılığı görevini yürüten kamu görevlisi sendika üyesi olmayacaklar arasında düzenlenmiştir. Benzer şekilde kamu kurumlarında avukat olarak çalışan kamu görevlilerinin sendikaya üye olmaları açısından bir kısıtlama bulunmazken hukuk müşaviri olmaları durumunda sendikaya üye olamayacaklardır. Kanunun bu gruplar için 'üst düzey kamu görevlisi' terimi çerçevesinde konuyu ele aldığı, bazı durumlarda da doğrudan işin niteliği gereği buralarda çalışanların sendikaya üye olamayacağını düzenlediği görülmektedir. İkinci gruba örnek olarak da Millî İstihbarat Teşkilatı, silahlı kuvvetler mensupları ve emniyet sınıfları verilebilir. Maddede yer alan sınırlamaların 'kurumsal'

17 Bu kararın eleştirisi için bkz. *Gülmez*, Doğrudan Uygulanma, 16 vd; ayrıca bkz. *Tuncay-Savaş Kutsal*, 511-512.
18 *Gülmez*, Doğrudan Uygulanma, 18.
19 Digest 2018, para 351,352.
20 Digest 2018, para 357.
21 Digest 2018, para 358,359.
22 Digest 2018, para 360.

esaslara göre belirlenmesi iş hukuku öğretisinde eleştirilmiştir.[23] Türk Hukuku açısından yapılan bir diğer değerlendirmede 4688 sayılı yasanın 15.maddesinde devlet adına kamu gücünü kullanan üst düzey kamu görevlileri, MİT Mensupları, güvenlik ve asayişle ilgili emniyet teşkilatı ile silahlı kuvvetler mensuplarının sendika hakkından yararlanamayacak kamu çalışanları olarak düzenlenebileceği ifade edilmiştir.[24]

Sendikal Özgürlükler Komitesi üst düzey kamu görevlilerinin tamamının sendikal haklarının kısıtlanmasını bu çalışanların temel haklarının ihlali olarak değerlendirmektedir. Ancak, bu kişilerin sendika yerine kendi menfaatlerini korumak için başka kuruluşlar (örneğin dernek) kurmasının mümkün kılınmasını, sendikal özgürlükleri kısıtlamamak için bu gruba giren kamu görevlilerinin de çok geniş şekilde belirlenmemesi gerektiğini ifade etmektedir.[25] Komitenin konu ile ilgili olarak verdiği bir diğer kararda 'üst düzey yönetici' ya da 'politika üretme sorumluluğu' taşıyan kamu görevlilerinin sendika hakkı kapsamı dışında bırakılmaları durumunda menfaatlerini savunmak için kendi örgütlerini kurabilme hakkının tanınması gerektiği belirtilmiştir. [26]

Sendikal Özgürlükler Komitesi kararlarında sendika hakkı kapsamı dışında bırakılan kamu görevlileri için menfaatlerini savunmak amacıyla sendika dışında başka örgütler kurabilmeleri olanağının tanınması gerektiği önem taşımaktadır. Sendikaların işverenlerle toplu pazarlık yürütebilmeleri, geleneksel olarak toplu pazarlık hakkının grev hakkı ile güçlendirilmesi kamu görevlilerinin sendikal haklarının tanınması aşamasında engel oluşturmuştur. Kamu görevlilerinin haklarının ve yükümlülüklerinin çoğu ülkede yasa ile düzenlenmesi, devletlerin bu alandaki yetkilerini sınırlamaya istekli olmamaları, toplu pazarlığın anlaşma ile sonuçlanmaması durumunda kamu görevlilerinin grev hakkına sahip olup olmayacakları tartışmaları kamu görevlilerinin sendikal haklarının tanınmasını geciktirmiştir. Oysa bu haklar arasında bazı çalışan grupları için farklı düzeyde yasal düzenlemeler yapmak mümkündür. Bu noktada sendikalara bakış açısı önem taşımaktadır. Sendikaları sadece işverenle toplu pazarlığı yürüten, üyelerinin ekonomik menfaatlerini koruyan ve ücret zammı sağlayan kuruluşlar olarak ele almak isabetli değildir. Demokratik bir toplum düzeninde sendikaların işlevi bunun çok ötesindedir. Baskı grubu niteliği taşıyan sendikalar, toplu pazarlığın yürütülmesinin ötesinde misyona sahiptirler. Dolayısıyla üyelerinin ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumak ve geliştirmek, üyelerinin çalışma ilişkisinden kaynaklanan sorunlarının dile getirilmesi ve çözüm aranması, halihazırda var olan çalışma

[23] *Kutal*, 164-165; *Gülmez*, Uyum Sorunu, 71, maddenin çok geniş düzenlendiğini ifade ederek eleştirmektedir.
[24] *Tuncay- Savaş Kutsal*, 511.
[25] Digest 2018, 67, para 369.
[26] Digest 2018, 68, para 370.

koşullarının iyileştirilmesi sendikaların temel görevleridir. Bu açıdan konu ele alındığında, toplu pazarlığın tarafı olma, toplu pazarlık açısından tanınan alanın kapsamı gibi hususlar dışarıda bırakılarak mümkün olduğunca fazla çalışanın sendika hakkından yararlanması ILO'nun 87 sayılı sözleşmesinin de temel hedefi olarak ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak, özellikle kamu görevlileri için sendika hakkı ile toplu pazarlık ve grev haklarının birlikte değerlendirilerek her kamu görevlisine bu üç hakkın aynı ölçüde tanınması yerine bu haklardan sendika hakkını ve toplu pazarlık hakkını önceleyen ve asker ile polis dışında diğer kamu görevlilerine bu hakkı veren bir sistem 87 ve 98 sayılı sözleşmeler ile uyumlu olacaktır. Kamu görevlilerinin grev hakkını kullanıp kullanamayacakları ya da ne oranda kullanabilecekleri ise başka tartışmaların konusudur. Ancak bu konuda da tüm kamu görevlileri için mutlak bir grev yasağı öngören sistemlerin ILO sözleşmeleri ile uyumlu olmadığı belirtilmelidir. Sendikal Özgürlükler Komitesine göre grev hakkı yalnızca devlet adına yetki kullanan kamu görevlileri için kısıtlanabilir ya da yasaklanabilir.[27]

Sendikal Özgürlükler Komitesi kararlarında ifade edildiği üzere polis ve asker dışında, temel görevi devletin politikalarını oluşturmak ya da üst düzey yöneticilik yapan kamu görevlilerinin sendika hakkı kapsamı dışında bırakılması durumunda başka örgütlenme olasılıklarının önünün açılması gerekmektedir. Bu yaklaşımın temelinde de söz konusu görevleri yerine getiren kamu görevlilerinin çalışma koşullarının iyileştirilmesi, menfaatlerinin korunması gerekliliği yer almaktadır. Bu noktada ILO, bu amacın sendikalar ya da diğer kuruluşlar eliyle gerçekleştirilmesi arasındaki farktan ziyade bu amacın kendisine yoğunlaşmaktadır.

II. KAMU GÖREVLİLERİNİN TOPLU PAZARLIK HAKKI

Kamu görevlilerinin toplu pazarlık hakkına yönelik tartışmalar, sendika hakkı ile ilgili tartışmalardan daha yoğundur. Uygulamada uzun yıllar 98 sayılı sözleşmenin kamu görevlilerini kapsayıp kapsamadığı tartışma konusu edilmiştir. ILO denetim organları istikrarlı kararları ile 98 sayılı sözleşmenin kamu sektörünü ve kamu görevlilerini kapsadığını belirtmektedir. Ancak buna rağmen konuya açıklık getirebilmek adına, yukarıda da değindiğimiz 151 sayılı Sözleşme ILO tarafından hazırlanmış ve 1978 yılında Sözleşmenin giriş kısmında '…1949 tarihli Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Hakkına İlişkin Sözleşme'nin ilgili hükümlerinin kamu görevlilerine uygulanması konusunda ortaya çıkan yorum güçlüklerini ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün kontrol organlarının bazı hükümetlerin bu hükümleri kamu görevlilerinin büyük bir kısmını bu sözleşmenin uygulama alanının dışında bırakacak biçimde uyguladıklarını birçok defa müşahede

[27] Digest 2018, 154, para 828-829.

etmiş olduklarını göz önüne alarak…' ifadelerine yer verilerek kabul edilmiştir.

Anayasa'da kamu görevlileri için toplu sözleşme olanağının tanınması 2010 yılında yapılan değişiklik ile olmuştur. 2010 yılında 53.madde ve 128/II. maddelerde değişiklikler yapılarak kamu görevlilerinin 'toplu sözleşme hakkı' düzenlenmiştir.[28] İşçiler için 'toplu iş sözleşmesi' terimi kullanılırken memurlar ve diğer kamu görevlileri için 'toplu sözleşme' terimi kullanılmaktadır. Söz konusu Anayasa maddeleri uyarınca memur ve diğer kamu görevlileri 'mali ve sosyal haklara' ilişkin toplu sözleşme akdedebileceklerdir. 4688 sayılı yasanın 28.maddesi de Anayasa hükümleri ile aynı doğrultuda olmak üzere toplu sözleşmenin 'mali ve sosyal haklara' ilişkin olabileceğini ifade etmektedir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca 'Toplu sözleşme; kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını düzenleyen mevcut mevzuat hükümleri dikkate alınarak kamu görevlilerine uygulanacak katsayı ve göstergeler, aylık ve ücretler, her türlü zam ve tazminatlar, ek ödeme, toplu sözleşme ikramiyesi, fazla çalışma ücreti, harcırah, ikramiye, doğum, ölüm ve aile yardımı ödenekleri, cenaze giderleri, yiyecek ve giyecek yardımları ve diğer mali ve sosyal hakları kapsar.'

Dolayısıyla işçilerden farklı olarak kamu görevlileri için işin düzenlenmesine ilişkin konular, örneğin çalışma süreleri, disiplin hükümleri, çalışma ortamının iyileştirilmesi, işyerinde mobbingin önlenmesi, iş sağlığı ve güvenliği gibi alanlar toplu pazarlığın alanı dışında bırakılmışlardır. Burada sınırları belirli bir toplu müzakere ve toplu sözleşme hakkı tanınmıştır. Oysa ILO denetim organları, toplu pazarlık hakkının kapsayacağı konuların işçiler için olduğu gibi çalışma ilişkilerinin düzenlenmesi kapsamına giren tüm alanları kapsaması gerektiğine dair kararlar vermektedirler. Türk hukuku açısından bu sınırlı alan doktrinde de eleştiri konusu edilmiştir.[29]

ILO tarafından her yıl düzenlenen Uluslararası Çalışma Konferansı kapsamında hazırlanan Uzmanlar Komitesi 2019 yılı raporunda kamu görevlilerinin toplu pazarlık hakkına ilişkin olarak Türkiye ile ilgili eleştiriler bulunmaktadır.

Uzmanlar Komitesinin eleştirilerinin ilki toplu pazarlık hakkının kapsamına ilişkin olarak 4688 sayılı yasanın 28.maddesine ilişkindir.[30] Söz konusu maddenin kamu görevlilerinin toplu pazarlık hakkını sadece 'mali ve sosyal haklar' ile sınırlamasını, böylelikle çalışma süreleri, terfi, kariyer planlaması ve disiplin hükümleri gibi konuları toplu müzakere alanı dışında bırakması eleştirilmiştir. Uzmanlar Komitesi tarafından konu ile ilgili olarak Türkiye Cumhuriyeti'nden

---

28 2010 Anayasa değişikliği ile ilgili olarak değerlendirme için bkz.*Gülmez*, 84-85; *Sağlam*, 3190-3193.

29 Ayrıntılı açıklama için bkz.*Kutal*, 170-171.

30 Bu maddeye ilişkin olarak Uzmanlar Komitesinin 2011, 2012 ve 2013 yılı kararları ile ilgili olarak bkz. *Gülmez*, 86-87, aynı yazar, Uyum Sorunu, 71, toplu görüşmenin düzey ve konu yönünden sınırlandırılmasını aykırılık olarak değerlendirmektedir.

istenen raporda, 2012 yılında 28.maddede yapılan değişiklikle kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını belirleme açısından toplu pazarlığa daha fazla önem atfedildiği, kamu görevlilerinin statülerinin yasalar ile belirlendiği, sosyal tarafların yasal değişiklik yapılması gerektiği konusunda mutabakata varmaları durumunda bu çalışmanın yürütülmesi ile ilgili olarak toplu pazarlığın kullanılabileceği belirtilmiştir. Ayrıca kamu görevlileri sendikaları ve konfederasyonlarından gelen ancak mali ve sosyal haklar ile ilgili olmayan taleplerin toplu pazarlık alanı dışından daha uygun platformlarda ele alındığı da resmi görüş olarak ILO Uzmanlar Komitesi'ne bildirilmiştir. Bu durum karşısında Komite, 'devleti yönetmekle görevli olanlar hariç' diğer kamu görevlilerinin toplu pazarlık hakkından 98 sayılı sözleşmeye uyum içinde yararlanabilmeleri için çalışma koşullarının tamamı üzerinde müzakere edebilme olanağına sahip olmaları gerektiğini, tek taraflı olarak üzerinde müzakere edilebilecek konuların belirlenmesinin çoğunlukla 98 sayılı sözleşmeye aykırılık oluşturacağını bir kez daha ifade etmiştir. Buna ek olarak, kamu sektörüne ilişkin olarak bazı çalışma koşulları ya da mali hükümler içeren toplu sözleşme hükümlerinin yasama organı onayına bağlı tutulduğu sistemlerin de sosyal tarafların anlaşmasına sadık kalındığı sürece 98 sayılı Sözleşme ile uyumlu olabileceğini bildirmektedir. Bunları hatırlatarak, toplu pazarlık konusu yapılacak konuların sınırlandırılmasına yönelik hükümlerin değiştirilmesini, böylelikle devleti yönetmekle görevli olan kamu görevlileri dışında kalan tüm kamu görevlilerinin 98 sayılı sözleşme ile tam uyumlu şekilde toplu müzakere hakkını kullanabilmesi için gerekli adımların atılmasını talep etmiştir.

İş hukuku öğretisinde Kamu Personeli Danışma Kurulunun (4688 sayılı yasa md 21) bir sosyal diyalog kurumu olarak oluşturulduğu, ayrıca Kurum İdari Kurullarının (md 22) kurum düzeyinde çalışma koşulları ve kanunların kamu görevlilerine eşit uygulanması konularında görüş bildirebileceğini, böylelikle 4688 sayılı yasanın 28. maddesinin toplu müzakere hakkını mali ve sosyal haklara indirgeyen hükmündeki sınırlamaya rağmen, mevzuata ILO'nun 98 sayılı sözleşmesiyle bir ölçüde bağdaşacak bir nitelik verilmeye çalışıldığı yönünde yorumlanabileceği de ifade edilmiştir.[31] Bu görüşe katılma olanağı bulunmamaktadır. Zira her iki maddede de düzenlenen kurulların bağlayıcı karar alma yetkisi olmadığı gibi, alınan kararların uygulanmaması durumunda başvurulacak bir mekanizma da bulunmamaktadır.

Uzmanlar Komitesinin kamu görevlilerinin toplu pazarlık hakkına ilişkin eleştiri konusu yaptığı bir diğer husus ise toplu müzakerenin yürütülme şekline ilişkindir. 4688 sayılı yasanın 29.maddesi uyarınca Kamu İşveren Heyeti ile Kamu Görevlileri Sendikaları Heyetinin toplu sözleşme taraflarıdır. Yasa, Kamu Görevlileri Sendikaları Heyetinin oluşumunu da belirlenmiştir. Buna göre 'Kamu

[31] *Sur*, 236-237.

Görevlileri Sendikaları Heyeti, bağlı sendikaların toplam üye sayısı itibarıyla en fazla üyesi bulunan konfederasyonun Heyet Başkanı olarak belirleyeceği bir temsilci ile her bir hizmet kolunda en fazla üyeye sahip kamu görevlileri sendikaları tarafından belirlenecek birer temsilci, bağlı sendikaların üye sayıları esas alınmak kaydıyla toplam üye sayıları itibarıyla birinci, ikinci ve üçüncü sırada bulunan konfederasyonlar tarafından belirlenecek birer temsilci olmak üzere on beş üyeden oluşur.' Dolayısıyla heyette konfederasyon temsilcileri ile 11 hizmet kolunda en fazla üyeye sahip kamu görevlisi sendikaları tarafından belirlenen temsilciler birlikte bulunmaktadırlar. Bu yapı sonucunda en fazla üyeye sahip konfederasyon dışında bir konfederasyona üye olan ya da bağımsız bir kamu görevlisi sendikası, o hizmet kolunda en çok üyeye sahip olması koşuluyla heyette yer alabilmektedir.

4688 sayılı Yasanın 31.maddesinin ikinci fıkrasına göre 'Kamu görevlilerinin geneline yönelik toplu sözleşme teklifleri Kamu Görevlileri Sendikaları Heyetinin konfederasyon temsilcisi üyeleri, her bir hizmet koluna ilişkin toplu sözleşme teklifleri ise Heyetin ilgili sendika temsilcisi üyesi tarafından hazırlanır ve toplu sözleşme görüşmelerinin başlama tarihinden en az bir hafta önce Kamu İşveren Heyetine sunulmak üzere Devlet Personel Başkanlığına verilir.'

ILO Uzmanlar Komitesi'nin 2019 yılı kararlarında eleştiri konusu yapılan konulardan biri de bu düzenlemedir. Türkiye Kamu-Sen, konu ile ilgili olarak hizmet kollarına göre temsil kabiliyeti olan sendikalar tarafından yapılan tekliflerin çoğunun 'kamu görevlilerinin geneline' ilişkin olduğu, bu tür tekliflerin ise ancak konfederasyon temsilcisi tarafından yapılabileceğinin belirtildiğini, bu durumun sendikaların toplu müzakerede doğrudan teklif verebilme haklarını kısıtladığına ilişkin görüş bildirmiştir. Komite, sendikaların genel ya da birden çok hizmet kolunu içeren teklif verebilmelerinin sağlanması yönünde gerekli değişikliklerin yapılmasını talep etmiştir. Türkiye Cumhuriyeti konu ile ilgili olarak bütün kamu görevlilerini ilgilendiren konularda tekliflerin üst kuruluş olan konfederasyonların temsilcileri tarafından yapılmasının doğal bir süreç olduğunu, 2012 yılında yapılan değişiklik ile sendikaların müzakereye katılımlarının sağlanarak genel hükümlere ilişkin tekliflere etki olanaklarının sağlandığını bildirmiştir. Komite bu cevabın, sadece konfederasyon temsilcilerinin kamu görevlilerinin geneline ilişkin teklif yapabildiklerini doğrular nitelikte olduğunu, 98 sayılı Sözleşmeye uyum açısından en çok temsil kabiliyetine haiz sendikaların da birden çok hizmet kolunu ilgilendiren konularda teklif verebilmesinin mümkün kılınması gerektiğine yönelik talebini yenilemiştir. [32]

[32] 2019 Report, 170-171.

III. DEĞERLENDİRME

ILO'nun 87 sayılı sözleşmesinin 2.maddesi gereğince 'Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler.' İç hukuk açısından bu maddeye uyum sağlamak için 4688 sayılı yasanın 15.maddesinin değiştirilmesi gerekmektedir. ILO Denetim Organlarının istikrarlı biçimde ifade ettiği gibi, asker ve polisler için sendika hakkına dair düzenlemeler iç hukuka bırakılmıştır. Diğer bir grup ise 'üst düzey yönetici' ya da 'politika üretme sorumluluğu' taşıyan kamu görevlileridir. Yukarıda da belirtildiği üzere ILO Denetim Organları bu gruba giren kamu görevlilerinin sendika hakkı kapsamı dışında bırakılmaları durumunda menfaatlerini savunmak için kendi örgütlerini kurabilme hakkının tanınması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla ILO açısından konu ele alındığında kamu görevlilerinin sendika hakkı asıl, kısıtlamalar istisnai olmak durumundadır.

Sendikaların demokratik bir toplumda baskı unsuru olma özellikleri, üyelerinin hak ve menfaatlerini kolektif olarak dile getirerek kamuoyu oluşturma açısından önemleri göz ardı edilmemelidir. Sendikalar, toplu pazarlığı yürütme ve ücret zammı elde etme fonksiyonlarının ötesine geçmişlerdir. Kamu görevlileri için de durum farklı olmamalıdır. Sendika hakkının insan hakları çerçevesinde değerlendirilmesi karşısında bu haktan faydalanacak kitlenin geniş tutulması gerekmektedir. ILO Denetim Organları kararları ve uluslararası sözleşmelere uyum açısından asker ve polis dışında kalan kamu görevlilerinin sendika hakkı yasal olarak tanınmalıdır. Politika üretme sorumluluğu olan ya da üst düzey yönetici pozisyonunda olan kamu görevlileri için sendika hakkı kısıtlandığı takdirde bu grupların kolektif olarak hak arayabilecekleri diğer kuruluşlara üye olabilmeleri iç hukukta mümkün kılınmalıdır. ILO, nihai olarak çalışanların sendikalar ya da kendi kurdukları diğer örgütler aracılığıyla kolektif düzeyde hak ve menfaatlerini korumalarını amaçlamaktadır. Yasal değişiklik yapılana kadar iç hukuk açısından yargı organı, Anayasanın 90/5. madde hükmü gereğince kamu görevlilerinin sendika hakkı ve sendikal özgürlükleri ile ilgili olarak ILO'nun 87 sayılı sözleşmesine göre karar vermelidir. Daha açık bir ifadeyle asker ve polis dışında kalan kamu görevlilerinin sendika hakkını güvence altına alan bir yaklaşım AY 90/5 hükmü ile uyumlu olacaktır.

Kamu görevlilerinin toplu pazarlık hakkına ilişkin olarak 2019 yılı Uzmanlar Komitesi raporunda yer alan eleştiriler doğrultusunda kamu görevlilerinin mali ve sosyal hakları dışında kalan meslekte ilerleme, disiplin cezaları, çalışma koşullarının iyileştirilmesi gibi alanları da kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 128/II. maddesinde yer alan 'Memurların ve diğer kamu

görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir' hükmü ile uyumlu bir toplu pazarlık sistemi de oluşturulması mümkündür. Toplu pazarlık tarafları anılan konulara ilişkin olarak müzakere edebilmeli, sosyal tarafların üzerinde anlaşmaya vardığı hususlar, bu anlaşmaya sadık kalınarak yasama organınca kanun olarak düzenlenebilmelidir. Bu husus Uzmanlar Komitesi tarafından 'kamu sektörüne ilişkin olarak bazı çalışma koşulları ya da mali hükümler içeren toplu sözleşme hükümlerinin yasama organı onayına bağlı tutulduğu sistemlerin de sosyal tarafların anlaşmasına sadık kalındığı sürece 98 sayılı Sözleşme ile uyumlu olabileceği' şeklinde ifade edilmiştir. Yine toplu müzakere sürecinde konfederasyon temsilcisi dışındaki sendika temsilcilerini de kendi hizmet kolları dışında birden fazla hizmet kolunu ilgilendiren teklifler sunabilmelerinin sağlanması 98 sayılı sözleşme ile güvence altına alınan özgür toplu pazarlık hakkı gereğidir.

KAYNAKÇA

Gülmez, Mesut: 1924'ten 1982' ye Anayasal Sendikal Haklar Ve Ulusalüstü Kurallarla Uyumlu 'Yeni' Anayasa İçin Öneriler, V.Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Petrol-İş Yayını No:118, İstanbul 2013, 67-99

(online erişim: http://www.sosyalhaklar.net/2013/bildiriler/shus2013.pdf)

Gülmez, Mesut: Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu, Belediye-İş Yayınları, Ankara 2005. (Uyum Sorunu)

Gülmez, Mesut: Ulusalüstü Sözleşmelerin Doğrudan Uygulanması Sorunu: Çelişen İki Yargıtay Kararı, İş Hukuku Öğretisi ve Bir Öneri , Çalışma ve Toplum, 2013/3, 13-56 (Doğrudan Uygulanma)

Gülmez, Mesut: Sendikal Hakların Ulusalüstü Kuralları Oluşumu ve Uygulanması 1919-2014, Ankara 2014.

ILO, Freedom of Association Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, 6TH ED, Geneva (Digest 2018)

ILO, Application of International Labour Standards 2019, Report of teh Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 2019, Geneva (Report 2019)

Kutal, Metin: Kamu Görevlilerinin Örgütlenme Ve Toplu Pazarlık Hakları (Uluslararası Normlar, Yorumlar ve Türk Mevzuatında Durum) V.Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Petrol-İş Yayını No:118, İstanbul 2013,157-178 (online erişim: http://www.sosyalhaklar.net/2013/bildiriler/shus2013.pdf)

Sağlam, Fazıl: Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar Açısından 2010 Anayasa Değişiklikleri, Prof. Dr.Sarper Süzek'e Armağan, C.III, 3181-3196.

Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İş İlişkiler, 8.B, Ankara 2019.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, 18.B, İstanbul 2019.

Tuncay, A.Can-Savaş Kutsal, F.Burcu: Toplu İş Hukuku, B.6, İstanbul 2017.

HUKUK DEVLETİ VASITASI OLARAK ADLİ YARDIM VE İDARİ YARGI*

Dilşat Yılmaz**

GİRİŞ[1]

İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)[2] m. 31'de[3] Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)[4]'na atıf yapılmak suretiyle[5] yer verilen adli yardım kurumuna, daha derinlemesine yaklaşıldığında; konunun çok boyutluluğu dikkat çekmektedir. Örneğin adli yardım, öncelikle haklılığın ispatının kanıtlanmasına ilişkin süreç olan yargılamanın esasına geçilebilmesi için aşılması gereken bir basamak oluşturarak, mahkemeye erişim hakkı ile ilişkili hale gelebilmektedir: İdari yargı yerleri, ilk inceleme konularında sorun tespit etseler bile, öncelikle adli yardım hakkında karar vermek durumundadırlar[6]. İşte bu sebeple konu, kavramsal açıklama ardından; mahkemeye erişim ve dolaysıyla adil yargılanma hakkı çerçevesinde ele alınacak; aynı zamanda hukuk devleti, sosyal devlet ilkeleri gibi ilkelerle de bağlantılı olması sebebiyle; bu açılardan da değerlendirilecektir. Akabinde ise, yargılama hukuku ilkeleri bağlamında incelenecektir. Çünkü HMK'ya atıf yapılmış olmakla beraber, idari yargılamanın kendine özgü yapısı adli yardım

---

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Makaledeki yargı kararlarına erişim farklı açıklama yapılmayan hallerde Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından sağlanmıştır. Yine, farklı açıklama yapılmayan hallerde elektronik ortamdan ulaşılan kaynaklara son erişim tarihi 10. 09. 2019 dur.

2 2577, RG. 20.01.1982, S. 17580.

3 İYUK m. 31: *"Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır…".*

4 6100, RG. 04.02.2011, S. 27836.

5 Bkz. HMK m. 447/2.

6 Mustafa Köksal, "Adli Yardım (Müzahereti Adliye) Kurumunun İdari Yargıdaki Uygulaması", **Terazi Hukuk Dergisi**, Aralık 2009, S. 40, s. 104.; Ancak yargı yerinin yetkisine ilişkin denetim aşamasında, uygulamada farklılıklar olduğu yönünde yine bkz. Köksal, s. 104.; Adli yardım daha sonra değinileceği üzere, yargılamanın devam ederek sonuca bağlanabilmesi bağlamında da davanın esası ile ilişkilidir.

kurumunun da kendine özgü yaklaşımlar ile ele alınmasını gerektirebilecektir[7]. Bu noktada tabiidir ki, konunun yargılama hukuku ilkeleri bağlamında gözden geçirilmesi gerekecektir. Genel çerçeve bu şekilde çizildikten sonra adli yardım talebinde bulunulması ve talebin değerlendirilmesi usulü, adli yardım talebinde bulunma şartları; yukarıda belirtilen ilke ve kurallar çerçevesinde incelenecektir. İnceleme yapılırken, konuyla ilgili yargı kararlarından da örnekler sunularak, konunun somut hale gelmesi sağlanmaya çalışılacaktır.

I. KAVRAM

"Adli müzaheret" olarak da belirtilen adli yardım, genel bir ifadeyle, yargılama giderlerini karşılayamayacak olan kimselerin, bu masraflardan geçici süre ile muaf tutulmasını sağlayan bir vasıtadır[8]. O halde, bu tanımın tam olarak anlamlandırılabilmesi , "yargılama gideri" nin neyi ifade ettiğinin açıklanmasına bağlıdır[9]. Yargılama giderleri; dar anlamda yargılama gideri ve yargılama harçlarından oluşmaktadır[10]. Dar anlamda yargılama gideri bilirkişi ya da keşif bedelinin ödenmesi gibi, yargılamanın sonuçlandırılabilmesi için tarafların ödemek zorunda oldukları miktarı ifade etmektedir[11]. Harçlar ise, devletin yürüttüğü yargılama faaliyetinin giderlerinin bir kısmına tarafların katılmasını ifade etmek-

---

7 Bu konuda görüş için ayrıca bkz. Ayşe Kılınç, **Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım**, Adalet Yayınevi (Kitap), Nisan 2013, s. 324.; Bu noktada ayrıca bkz. Ejder Yılmaz , "Adli Yargı Kurumunun İdari Yargıda Uygulanması", **Mali Hukuk Dergisi**, Y. 1987, S. 7., s. 16.

8 Bkz. Kılınç, Kitap, s. 7.; KÖKSAL, s. 97, 98.; *"Adli müzaharet, bir davada davacı veya davalı olarak bulunmak bazı yargılama giderlerini gerektirir. Örneğin dava açmak için gerekli harç, tebligat gideri, keşif, bilirkişi gideri gibi. Bu yargılama giderini ödeyemeyecek durumda (yoksul, fakir) olan ve görünüşte haklı görünen kimseye Devletçe yapılan yardıma adlî yardım denir. Bizde, adlî yardım esas itibariyle, yargılama harç ve giderlerinin davanın başında alınmaması olarak uygulanmaktadır.*" Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 1996, s. 29.; Ramazan Arslan – Ejder Yılmaz –Sema Taşpınar Ayvaz- Emel Hanağası , **Medeni Usul Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2018, s. 723.; Atalay; günümüzde davanın açılması ve takibinin çok masraflı hale gelebildiği, hukuki ilişkilerdeki çeşitlenmenin de profesyonel yardımı gerekli kılabildiğine ve bu durumun da masraflı olabildiğine dikkat çekmektedir. Oğuz Atalay , **Pekcanıtez, Usûl, Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, Oniki Levha Yayıncılık,2017, s. 2410.; Bkz. Yaşar Demircioğlu , **Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri,** Yetkin Yayınları , 2007, s. 122.; Bkz. A. Şeref, Gözübüyük, **Yönetsel Yargı**, 33. Bası, Turhan Kitabevi, Ağustos 2013, s. 476.; "*…İdari davanın açılması aşamasında, davanın görülebilmesi için istenilen harç ile posta ücretinin davacı tarafından karşılanması gerekmekte olup, yargılama giderlerini karşılayamayacak durumda olanlara ilişkin olarak getirilen adli yardım kurumu, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 465-472 nci maddelerinde düzenlenmiştir. 2577 sayılı Yasa'nı 31 inci maddesinin 1 inci fıkrasında ise, adli yardım hallerinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir…",* Danıştay 10. D, 09.03.2010, E. 2008/2007, K. 2010/1843.

9 İYUK m. 31 de, yargılama giderleri bakımından da HMK hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir., Ayrıca aynı yönde ve yargılama giderleri konusunda detaylı bilgi için bkz. Kılınç, Kitap, s. 10 vd.

10 Ejder Yılmaz, "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", **Ankara Barosu Dergisi**, 1984/2.; http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/1984-2/1.pdf, s. 200.

11 Yılmaz, Adli Yardım, s. 13.; Yılmaz, Yargılama Giderleri, 200, 201.; Yargılama giderleri; gider avansı, delil avansı ve kanuni vekalet ücreti olarak sınıflandırılmaktadır. Murat Atalı – İbrahim Ermenek Ersin Erdoğan, **Medeni Usul Hukuku**, Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 2018, s. 676-678. ; Dar anlamda yargılama gideri, "dava için gerekli olan bir iş veya hizmetin gerektirdiği giderler" şeklinde tanımlanmaktadır. Arslan-Yılmaz-Taşpınar Ayvaz-Hanağası, s. 711.

tedir[12]. Adli yardım, tanımdan da anlaşılacağı üzere, ortada hak talebine ilişkin bir uyuşmazlık bulunmadığından; talep zamanından bağımsız olarak; çekişmesiz yargı işi kabul edilmektedir[13].

Ancak adli yardım genel olarak bu şekilde ifade edilmekle beraber, "geniş" ve "dar" anlamda olmak üzere bir ayrıma tabi tutulmaktadır: Dar anlamda adli yardım, HMK' nın adli yardımın tanımını yapan 334. maddesi[14] ndeki durumu ifade etmektedir. Yani, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimselere sağlanan geçici muafiyet durumudur[15]. Geniş anlamda adli yardım ise, ekonomik güçlük içinde bulunan kimselere hem yargılama öncesinde hem de yargılama sırasında ekonomik olarak fırsat verilmesi/kolaylık gösterilmesi şeklinde tanımlanmaktadır[16].

İYUK'un 31. maddesinde adli yardım hususunda atıfta bulunulan 6100 sayılı HMK'nın konuyla ilgili maddelerinden olan 335. maddesinde[17] adli yardımın kapsamı -genel olarak- (yargılama) giderlerinden muafiyet üzerine kurulmuş olup, 323. maddesinde yargılama giderleri, "*a) Celse, karar ve ilam harçları. b)*

---

12 Yılmaz, Adli Yardım, s. 12,13.; Yılmaz, Yargılama Gideri, s. 200.; Atalı -Ermenek – Erdoğan, s. 673.

13 Atalay, Pekcanıtez, Usûl, s. 2411, 2412.; Kılınç, Kitap, s. 215, 216.; Çekişmesiz yargı konusunda bkz. HMK m. 382 vd.

14 Adli yardımdan yararlanacak kişiler, HMK m. 334: *"(1) Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler…".;* HUMK (1086, RG. 2, 3, 4/7/1927 Sayı : 622, 623, 624), m. 465: *"Kendisiyle ailesini meişetçe ehemmiyetli zarurete düşürmeksizin masarifi lazimeyi kısmen veya tamamen ifadan aciz olan kimselerle müessesatı hayriye iddia ve müdafaalarında veya icraya ve ihtiyati tedbirlere müracaatlarında haklı olduklarına dair delil gösterirlerse müzahereti adliyeye nail olabilirler Ecnebilerin müzahereti adliyeye nail olabilmeleri muamelei mütekabilenin cari olduğunun ispat edilmesine mütevakkıftır".,* Ayrıca bkz. HUMK m. 466 vd.

15 Kılınç, Kitap, s. 9.; Genel olarak "geçici muafiyet" şeklinde ifade edilmekle beraber, HMK m. 335 uyarınca adli yardım kapsamında dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödenmesi ile davanın avukat ile takibi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini de yer almaktadır.; Ayrıca, muafiyetin "geçici" olmasının sakıncası yönünde Yılmaz, Adli Yardım, s. 23.; Adli yardım kapsamına ilişkin bkz. Arslan-Yılmaz-Taşpınar Ayvaz- Hanağası, s. 725.; Hakan Pekcanıtez- Oğuz Atalay- Muhammet Özekes , **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı,** Vedat Kitapçılık, 2018, s. 551, 552.

16 Kılınç, Kitap, s. 9, 10.

17 HMK m. 335: Adli Yardımın Kapsamı: *"(1) Adli yardım kararı, ilgiliye, aşağıdaki hususları sağlar: a) Yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyet. b) Yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet. c) Dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödenmesi. ç) Davanın avukat ile takibi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini. (2) Mahkeme, talepte bulunanın, yukarıdaki bentlerde düzenlenen hususlardan bir kısmından yararlanmasına da karar verebilir. (3) Adli yardım, hükmün kesinleşmesine kadar devam eder".* , Adli yardım kararı verilmesi, otomatik olarak ücreti ödenmek kaydıyla avukat tayini sağlamaz; mahkeme bu konuda karar vermelidir. Pekcanıtez- Atalay- Özekes , s. 551.; Arslan-Yılmaz-Taşpınar Ayvaz-Hanağası, s. 725.; Ayrıca bkz. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, RG. 07.04.1969, S. 13168.; Ekonomik zorluk içindeki kişi için avukat görevlendirilmesi HMK m. 335/1/ç çerçevesinde mahkemenin bu yöndeki kararı neticesinde ye da doğrudan Baroya başvuru sonrası Baronun kararı sonucu olabilecektir. Pekcanıtez-Atalay-Özekes, s. 552, 553.; Ayrıca bkz. Arslan-Yılmaz-Taşpınar Ayvaz- Hanağası, s. 727.

Dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri. c) Dosya ve sair evrak giderleri. ç) Geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler. d) Keşif giderleri. e) Tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler. f) Resmî dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler. g) Vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır bulundukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri. ğ) Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti. h) Yargılama sırasında yapılan diğer giderler" şeklinde sayılmaktadır. Bu noktada, HMK m. 335'de adli yardım kapsamı genel olarak "(yargılama) giderleri" kavramı üzerinden ifade edilmekle beraber, maddenin tamamı dikkate alındığında anılan düzenleme; adli yardım talep eden kimse bakımından yargılama gideri; dava açabilmek için söz konusu olan harç yanında, yargılama sırasında ortaya çıkacak giderleri kapsamaktadır[18]. Ayrıca, HMK m. 335 uyarınca, adli yardım talebinin kabulünün direkt avukat tayini sağlamadığı, mahkemenin bu yönde ayrıca karar vermesi gerektiği vurgulanmalıdır[19]. Adli yardımdan davanın her iki tarafının yararlanması mümkün iken, idari yargıda davalının kural olarak idare olması; bu imkândan sadece davacının yararlanabilmesini sağlar[20].

[18] Adli yardım; talepte bulunan kimseye, bu giderlerden muafiyet sağlanması ya da bu giderin Devlet tarafından avans olarak ödenmesini sağlayacaktır. Arslan-Yılmaz-Taşpınar Ayvaz- Hanağası, s. 725.; Ayrıca bkz. Kılınç, Kitap, s. 249, 250; HMK m. 335 hükümet gerekçesi (m. 339): "*…Adli yardımın kapsamının düzenlendiği bu maddede, 1086 sayılı Kanundaki düzenlemeye kural olarak bağlı kalınmış olmakla beraber, birinci bentteki genel düzenlemeden sonra bazı yargılama giderlerinin tek tek belirtilmesine gerek olmadığından ve yargılama giderleri ile nelerin kastedildiği bu düzenlemeyle belirlenmiş bulunduğundan, 1086 sayılı Kanunun 466 ncı maddesindeki bazı bentler metne alınmamıştır".* https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf, *;* HUMK m. 466: *"Müzahereti adliye aşağıdaki hususları temin eder: 1 – Yapılacak bilcümle masarifi muhakemeden muvakkaten muafiyet…",* Ayrıca bkz. Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşler İle Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul Ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik (RG. 11.07.2015, S. 29413), m. 88: *"…(6) Adli yardım talebi hakkında 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. (7) Adli yardım talebiyle açılan dava ve işlerde adli yardım konusunda bir karar verilinceye kadar harç ve posta gideri alınmaz. Kanunlardaki özel hükümler saklıdır.";* Bölge Adliye ve Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik, (RG. 06.08.2015, S. 29437), m. 205: *"…(2)Adlî yardım talebiyle açılan dava ve işlerde adlî yardım konusunda bir karar verilinceye kadar harç, gider ve delil avansı alınmaz. Kanunlardaki özel hükümler saklıdır…*".; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği, (RG. 03.04.2012, S. 28253), m. 45/2. ; Yine bkz. HMK m. 85 gerekçesi (m. 90): "*…Adli yardım, tüm dava ve takip giderlerinden muafiyet sağladığı için…".* https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf. ; İYUK m.27/6 uyarınca da, adli yardımdan yararlanan kimselerden yürütmenin durdurulması için teminat talep edilmeyecektir. Ayrıca yine bkz. İYUK m. 52/3.

[19] Pekcanıtez- Atalay- Özekes , s. 551. Arslan-Yılmaz-Taşpınar Ayvaz- Hanağası, s. 725., HMK m. 340: "Adli yardım kararıyla atanan avukatın ücretinin ödenmesi, ***"****(1) Adli yardımdan yararlanan kişi için mahkemenin talebi üzerine baro tarafından görevlendirilen avukatın ücreti, yargılama gideri olarak Hazineden ödenir."*

[20] Bahtiyar Akyılmaz- Murat Sezginer- Cemil Kaya, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, 2018, s. 789., Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Pwc Yayınevi, 2015, s. 825.; Köksal, s. 103.; HMK m. 334/2 uyarınca, tüzel kişilerden sadece, kamuya yararlı dernek ve vakıflar adli yardımdan yararlanabilir.; Müdahil ve davanın

II. ADLİ YARDIMA İLİŞKİN HUKUKİ DAYANAK

Adli yardım kurumu; daha sonra bir kısmına da değinilecek olan düzenlemelere konu olmakla birlikte, evrensel ve anayasal bazı ilkeler ile de ilişkilidir.

A. İLKESEL OLARAK

Yukarıda açıklandığı üzere, adli yardım esasen ekonomik yönden güçsüz bireylerin yargılama hizmetinden yararlanmalarına imkân sağlayan bir kurumdur. Bu amaç dikkate alındığında, söz konusu kurum daha sonra değinilecek olan düzenlemelerden önce, evrensel ve anayasal birtakım ilkeler ile de ilgilidir[21].

Adli yardımın ekonomik yönden zorluk içinde olanların yargılama hizmetinden yararlanmalarına olanak sağlaması, öncelikle konunun AİHS[22]'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile ilişkisini göstermektedir[23]. AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) 'nin iç hukukta düzenlenme alanından bağımsız olarak medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin durumları adil yargılanma hakkı kapsamında görmesi[24], bilindiği üzere idare hukuku alanındaki pek çok uyuşmazlığı da, 6. madde kapsamına alıp, madde gerekliliklerini idari yargı bakımından da zorunlu hale getirmektedir. Anılan düzenleme uyarınca, "*Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından dâvasının mâkul bir süre içinde hakkaniye-*

ihbar edildiği kimsenin de adli yardımdan yararlanabileceği yönünde Gözübüyük, s. 477.

21 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 7: "*Kanun önünde herkes eşittir ve ayrımcılık yapılmadan kanunun eşit korumasından istifade hakkını haizdir. Herkesin işbu Beyannameye aykırı her türlü ayrımcı muameleye ve böyle bir ayrımcı muamele için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır.",*; http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/1-insan-haklari-evrensel-beyannamesi.pdf; Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 14: *"Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara başlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir…Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimsenin bu isnadın karara başlanmasında, tam bir eşitlik içinde asgari şu haklara sahiptir: …Duruşmalarda hazır bulundurulma ve kendisini bizzat veya kendi seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma; eğer avukatı bulunmuyorsa sahip olduğu haklar konusunda bilgilendirilme; adaletin yararı gerektirdiği her durumda kendisine bir avukat tayin edilme, ve eğer avukata ödeme yapabilecek yeterli imkanı yoksa, ücretsiz olarak avukat tayin edilme;…"* http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf.; Ayrıca bkz. AİHS m. 6/3.; Ayrıca bkz. Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi.

22 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.; "Sözleşme" olarak ifade edilecektir.

23 Adli yardım, hak arama hürriyeti önündeki engellerin kaldırılmasına ilişkin bir konudur. Aynı yönde bkz. Alim Taşkın, "Adli Yardımın İşlevi ve Yargılama Giderlerinin Geri Alınma Zamanı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1999/3, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1999-19993-864, s. 831.; Bkz. HMK m. 334 gerekçesi (m. 338) *"…Anayasada düzenlenen hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi ve adil yargılama hakkının unsurlarından olan, taraflar arasında silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilebilmesi için, gerekli yargılama giderlerini hiç veya sıkıntıya düşmeksizin ödeyemeyecek durumda bulunan kişilere, her türlü malî ve hukukî korunma taleplerinde kolaylık sağlanması, sosyal hukuk devleti ilkesinin gereklerindendir. Bu gereğin yerine getirilebilmesi ise adli yardım ile mümkün olacaktır…",* https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf

24 Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı (Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler)**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Beta Yayınları, 2005, s. 22 vd.

te uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir…"[25]. Görüldüğü üzere, maddede yer alan unsurlardan bir tanesi, bağımsız bir mahkeme tarafından yargılanmaktır. Ancak bunun sağlanabilmesinin ön koşulu, uyuşmazlığın yargı yerine taşınabilmesi imkânına sahip olmaktır[26]. Başka bir ifade ile, "mahkemeye erişim" hakkıdır. Anılan düzenlemenin bir benzeri de 1982 Anayasası' nın 36. maddesinde "Hak Arama Hürriyeti" başlığı altında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* şeklinde açık bir biçimde yer almaktadır. Bu durum, Sözleşme ile Anayasada farklı kelimeler (mahkemeye erişim hakkı-adil yargılanma- ve hak arama hürriyeti şeklinde) tercih edilmekle beraber, terminolojik fark dışında bir fark bulunmadığı şeklinde ifade edilmektedir[27]. Mahkemeye erişim hakkını, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin bir parçası olarak gören Anayasa Mahkemesi, hakkın içeriğini Anayasa Mahkemesi şu şekilde tanımlamaktadır "…*Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde mahkemeye erişim hakkının bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına geldiğini ifade etmiştir…"*[28]. Karardaki ifade değerlendirildiğinde, yargı organına ulaşma, aynı zamanda adil yargılanma hakkının diğer unsurlarının da gerçekleştirilebilmesinin ön koşulu niteliğinde olduğu görülmektedir[29]. Ayrıca belirtilmelidir ki, mahkemeye erişimin teorik düzeyde sağlanması yeterli olmayıp, uygulamada da erişime olanak sağlanmalıdır[30]. Adli yardım, adalete erişimin önündeki dolaylı bir sınırlandırmayı ortadan kaldırmaktadır[31]. AİHM, mahkemeye erişimin sağlanması bakımından medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin davalarda, devleti kesin sınırlarla bağlama-

---

25 Metin için bkz. http://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/merkezler/cmk/aihs.pdf.

26 Mahkemeye başvurabilme hakkı, Sözleşmenin 6. maddesinde zımnen yer almaktadır. İnceoğlu, s. 106, 107.

27 Ahmet Ekinci, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 18, Y. 2014, S. 3-4, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_3-4_30.pdf, s. 824. ; Ayrıca detaylı bilgi için bkz. Kılınç, Kitap, s. 129 vd.

28 Aynı karar, "…*Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alman hak arama özgürlüğünün bir unsurudur. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine adil yargılanma ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dahil edildiği vurgulanmıştır. AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının mahkemeye erişim hakkını içerdiğini belirtmektedir (Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2014/13156, 20/4/2017, § 34*)…", Anayasa Mahkemesi, 09.01.2019, B.N. 2017 /26326.; www.rega. gov.tr (RG. 29.01.2019, S. 30670); Hakkın kapsamı ve aynı zamanda kanun yollarına başvuruyu da kapsaması konusunda ayrıca bkz. Abdullah Çelik, **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayını, 2014, https://www.anayasa.gov.tr/media/3503/adil_yargilanma.pdf, s. 31 vd.

29 Ekinci, s. 825., Ayrıca bkz. Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 2414.; Adli yardım, AİHS 6. maddenin lafzı çerçevesinde ceza uyuşmazlıklarına özgü gibi görünmekle beraber, mahkeme söz konusu hususun 6. madde kapsamında yer alan uyuşmazlıklarda da geçerli olabileceğini görmektedir. Müslüm Akıncı, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Turhan Kitabevi, 2008, s. 204.

30 Kılınç, Kitap, s. 130.

31 Akıncı, s. 201.; diğer dolaylı engeller için bkz. aynı eser, s. 153 vd.

makta; adli yardım ya da başka araçlarla maddi engellerin aşılarak, bu imkânın sağlanabileceğini ifade etmektedir[32]. Adli yardım yönteminin uygulanması halinde, söz konusu talebin reddine ilişkin uyuşmazlıkların mahkemeye erişim hakkını engelleyip engellemediğini tespit bakımından Mahkeme, keyfiliğe engel imkânların mevcut olması gibi, davaya özgü koşulları dikkate alarak karar vermektedir[33]. Adli yardım; aynı zamanda *"yargılama başladıktan sonra, yargılamaya katılanların dinlenilmesini, yargılamada eşit şekilde işlem görmelerini, iddia ve savunmada bulunma olanağının verilmesi" [34]* amacını öngören "hukuki dinlenilme hakkı"nı sağlama yönüyle[35] de adil yargılanma hakkı[36]nın unsuru sayılan yargılamanın hakkaniyete uygun olmasının önemli bir aracını oluşturmaktadır[37].

Yine Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan *"Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir."* hükmü mahkemeye erişim hakkının dayanaklarından biri olabilecekken[38], maddenin devamında yer alan *"Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır."* hükmü, söz konusu hakkı etkin hale getirmeye yönelik destekleyici nitelikli bir düzenlemedir.

Adli yardımın, yargılama giderlerini karşılama[39] noktasında önemli derecede ekonomik zorluk yaşayan bireyin uyuşmazlığını yargı organı önüne taşıma (ya da yargılamayı devam ettirebilme) noktasında yarattığı kolaylık, anılan kurumun 1982 Anayasasında da ifadesini bulan "sosyal devlet" ile ilişkili

---

32 İnceoğlu, s. 123 vd. ; Meşhur Airey kararında, medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin her uyuşmazlıkta değil; davanın usul bakımından karmaşık olması gibi hallerde ücretsiz avukat yardımı gerekli görülmektedir. İnceoğlu, s. 116,117,124.; Ayrıca bkz. Akıncı, s. 204.; Karar çevirisi için ayrıca bkz. M. Aydoğan Özman, "Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar ", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 36, Y. 1979, S. 1, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/306/2899.pdf., s.132 vd.

33 Kararlar için bkz. İnceoğlu, s. 125 vd.; Mahkeme, davacıdan uyuşmazlığı yargı organı önüne taşımada yüksek meblağlar talep edilmesi durumunda, anılan talebin mahkemeye erişime engel olup olmadığını tespitte; davanın şartları ve hakkın özünün zedelenip zedelenmediği dikkate almaktadır. Bkz. son anılan yazar, anılan sayfalar.

34 Süha Tanrıver , **" Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2004,** S. 53, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-53-44, s. 192.

35 Demircioğlu, s. 116.

36 Adil yargılanma hakkının sağlanması, yargı yerine erişim engellerinin kaldırılmasını de içerir. Atalay, s. 2414.

37 Tanrıver, s. 204.; Hakkaniyete uygun yargılama ise, eşitlik zemininde hukuki dinlenilme hakkının sağlanabilmesi olarak ifade edilmektedir. Bkz. aynı eser, s. 204.

38 Aynı yönde bkz. Kılınç, Kitap, s. 131., Ekinci, Anayasanın 40. maddesini, AİHS m. 13 de düzenlenen etkili başvuru hakkının karşılığı olarak görmektedir. Bkz. Ekinci, s. 830., AİHS m. 13: *"İşbu Sözleşmede tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen her şahıs ihlal fiili resmi vazifelerini ifa eden kimseler tarafından bu vazifelerin ifası sırasında yapılmış da olsa, milli bir makama fiilen müracaat hakkına sahiptir.";* http://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/merkezler/cmk/aihs.pdf.

39 Yargılama giderlerini karşılamada ekonomik zorluk çeken bireye yardıma yönelik mekanizmaların öngörülmemesi, yargı organına başvurmayı engelleyeceği gibi; bireyleri haklarını bizzat alma yoluna da sevk edebilecektir. Bu noktada bkz. Kılınç, s. 129., Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 2385.; Ayrıca bkz. Demircioğlu, s. 117., İnceoğlu, s. 105.

olduğu da açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir kararında sosyal devlet " *Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ise "insan onuru" nun korunmasını amaçlar ve bunun için sosyal adaleti tesis etmeye çalışır. Vatandaşlarına asgari bir yaşam standardı sağlamayı kendisine görev bilen sosyal devlet, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, sosyal ve ekonomik açıdan dezavantajlı olanları gözeterek sosyal adaleti sağlayan devlettir…"*[40] şeklinde tanımlanmaktadır. Çünkü ihtiyaç halindeki kişiye adli yardım sağlanmak suretiyle, ekonomik durum açısından uyuşmazlığını yargı yerine taşıyabilen (ya da yargılamaya aktif şekilde dâhil olabilen) kimse ile bu kimse arasında eşitlik kurulmaktadır[41]. Sosyal bir hukuk devletinde, ekonomik durum, yargı hizmetinden faydalanmada kişiler arasındaki farklılığın nedeni olamaz[42]. Bahsi geçen eşitsizliği gidermek suretiyle; aynı zamanda eşitlik ilkesi de sağlanmış olmaktadır[43]. Sosyal devlet olma gereğinin bu noktada sağlamış olduğu diğer görev, sosyal devlet olmanın da temel dayanağı olan ve insanın salt insan olmaktan kaynaklı değeri şeklinde de ifade edilebilecek "insan onuru" nun korunmuş olmasıdır[44]. Adaletin bir kamu hizmeti olması sebebiyle, masrafların diğer kamu hizmetlerinde olduğu şekilde bölüştürülmesi gereği, adli yardım konusunda bir argüman olarak görülmektedir[45]. Adli yardım, ekonomik güçlüğü aşarak yargılama sürecini başlatabilme yanısıra; yargılamayı yürütebilmeyi sağlama yönüyle (yargı sürecinde etkin olabilme imkânı vererek) de; sosyal devlet gereği olmanın yanında hakkaniyete uygun yargılanma bağlamında adil yargılan-

40 AYM, 24.05.2012, E. 2011/132, K. 2012/82, Anayasa m. 5, Devletin Temel Amaç ve Görevleri *: "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır".*

41 Erem, hak aramadaki eşitliğin adalete başvurmakta eşitlik bağlantısına dikkat çekmektedir. Faruk Erem , "Adli Yardım", **İmran ÖKTEM'e Armağan**, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 108.; Ayrıca bkz. Ayşe Kılınç, "Bir İnsan Hakkı Olarak Adli Yardım", **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, C. 3.,Y. 2011, S. 1.; https://dergipark.org.tr/download/article-file/85246, s. 4, 5.; Anette Zimmermann-Kreher , Hrg. Herbert Posser- Heinrich madeus Wolff, **BeckOK VwGO**, 49. Edition, C.H. Beck München, 2019, beck-online.beck.de.; 05.08.2019.

42 Taşkın, s. 835.; Demircioğlu, s. 116.; Adalete erişim hakkının eşit şartlar altında mümkün kılınması önem arz etmektedir ve bunun sorumluluğu devletin üzerindedir. Akıncı, s. 201.; Akıncı aynı sayfada hemen her ülkenin hukuk sisteminde adli yardımın yer aldığını ifade etmektedir.; Tarihsel süreç için bkz. Akıncı, s. 201 vd., Gören bu noktada, Anayasada yer alan "sosyal hukuk devleti" ibaresinin; sosyal devlet ve hukuk devleti arasındaki dengeyi sağlama fonksiyonuna değinmektedir. Zafer Gören , "Sosyal Devlet", **Prof. Dr. Seyfullah EDİS'e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 18.; Adli yardımın tarafların hak ve yükümlülükleri bağlamında denge sağlayıcı olduğu yönünde bkz. Mehmet Akbal , "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011/93, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-93-691, s. 149.

43 Yılmaz, Adli Yardım, s. 13, 14.; Yılmaz, Yargılama Gideri, s. 202., Ayrıca bkz. Köksal, s. 98., TAŞKIN, s. 835.; Bkz. Hâluk İnanıcı, "Uluslararası Gelişmeler Işığında Adli Müzaheret", **Hukuk Ve Adalet Dergisi**, Bahar 2006, s. 197.; Adli yardım konusunda uluslararası kaynaklar ve çeşitli ülke modelleri , ilkeler hakkında detaylı bilgi için bkz. İnanıcı, s. 211 vd. , Ayrıca bkz. Akıncı, s. 206 vd., Kılınç, Kitap, s. 339 vd.

44 Kılınç, Kitap, s. 124, 125.

45 Erem, s. 108.

ma hakkının gerçekleşmesine yardımcı olmaktadır[46] .

Bu noktada Anayasa'nın 2. maddesinde de ifadesini bulan "hukuk devleti", adli yardım kurumun ilişkilendirilebileceği diğer ilkedir. Bir Anayasa Mahkemesi kararında da detaylı olarak açıklandığı üzere "*Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu başlıca geçerlilik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, hukuk güvenliği sağlayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir…"*[47]. O halde, yargı denetimi yolunun etkin şekilde işletilmesine yardımcı olmak, aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin de gerçekleşmesine yönelik bir adım anlamına gelmektedir.

İdari yargının fonksiyonu düşünüldüğünde adli yardım müessesesinin, bu alanda bireysel hakların korunmasından daha fazla işlevi olduğu da açıkça ortaya çıkmaktadır[48]. Bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale halinde yargı organına erişmeleri çok kıymetli olmakla beraber, söz konusu imkân idari yargılama hukuku alanında aynı zamanda kamu düzenini koruma görevini de yerine getirmektedir. Bu durum bilhassa iptal davaları bakımından oldukça belirgindir. İptal davası İYUK'un 2[49]. maddesinde belirtildiği üzere, bir işlemin hukuka aykırı olduğu iddiası ile menfaati ihlal edilenler tarafından açılmaktadır. Bu davada, işlemin hukuka aykırılığının tespit edilerek iptal edilmesi halinde; işlemden menfaati olumsuz şekilde etkilenen kimsenin menfaatinin korunmuş olacağı tartışmasızdır. Ancak bunun da ötesinde, -gerek birel gerekse düzenleyici işlem- hukuka aykırılığı tespit edilen bir kural hukuk dünyasından çıkarılmak suretiyle, bozulan hukuk düzeni eski haline getirilmiş olacaktır. İptal davası, bu amacı sebebiyledir ki "objektif niteliği haiz" bir dava olarak kabul edilmektedir[50]: " *İdari işlemlerin*

---

46 Hakkaniyete uygun yargılanmanın adil yargılanma hakkının unsuru olduğu ve içeriği bağlamında bkz. Tanrıver, s. 204 vd.

47 Anayasa Mahkemesi, 04.06.2003, E. 2001/392, K. 2003/60.

48 Mahkemeye erişim hakkının, idari yargı ilişkisi bağlamında bkz. Ekinci, s. 826.; Ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 110.

49 *"İdari dava türleri şunlardır: a) İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları, b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,…".*

50 Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 89.; "*…İptal davalarının amacı, idarenin hukuk düzenine aykırı işlemlerini ortadan kaldırarak hukuka bağlılığını sağlamaktır. Bu amaca uygun olarak idari yargıda yapılan yargılama üzerine verilen hükümler de idari faaliyetin hukuka uygunluk denetiminin sonucunu ifade etmektedir. İptal davalarının objektif niteliğinden kaynaklanan bu sonuç, varlık nedeni Hukuk Devleti ilkesi olan idari yargının işlevi gereğidir…",* Azlık Oyu, Danıştay 10. D, 15.05.1996, E. 1995/3864, K. 1996/2572; İptal davasının hukuk devletinde bir hak olması sebebiyle, davanın açılabilmesi bu konuda açık bir dayanak

hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı iptal davasında; davacının ihlale uğrayan menfaatinin korunması yanında, kamu yararının korunması da söz konusu olup; bu durum, iptal davasının objektif niteliğinin bir sonucudur. Hukuka aykırı bulunan idari işlemler hakkında verilen iptal kararları, varlıklarını hukuka uygunluk karinesinden yararlanmak suretiyle sürdüren idari işlemleri tesis edildikleri tarihe kadar geriye yürür şekilde ortadan kaldırır. Dolayısıyla, dava konusu edilen idari işleme bağlı olan diğer işlemler de ortadan kalkar. İptal kararlarının bu özelliği, dava konusu yönetsel tasarruftan önceki hukuki durumun sağlanması gereğinden kaynaklanmaktadır. Bir başka ifadeyle, iptal kararları, iptal edilmiş olan idari işlemi hukuk aleminde hiç doğmamış hale getirmektedir…"[51]. Nitekim iptal davasının hukuk düzenini sağlama yönündeki bu büyük işlevi, dava açma hakkına sahip olanların da geniş kapsamlı kabulüne ve yargı organlarının da bu yönde yorum yapmalarının temelini oluşturmaktadır[52]. Ancak, idari işlem ve eylemlerden dolayı hakları doğrudan muhtel olanların açtığı tam yargı davalarının da kişilerin hak ihlallerinin giderilmesi yanında dolaylı olarak idari işlem ve eylemin denetimini sağlama, hukuka duyulan güveni sağlama[53] yönleriyle hukuk düzenini koruma işlevi bulunmaktadır. Bu nedenle, idari davaların; idareyi hukuksal sınırlar içinde tutmaya yarayan vasıtalar olduğu söylenebilecektir[54]. Hatta, hukuk devletinde idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açık olduğundan; idarenin işlem ve eyleminden zarar gören kimsenin; söz konusu faaliyet araçlarının denetimini sağlama noktasında, yargılama giderleri ile karşı karşıya gelmemesinin kamu düzeninin bir gereği ve idari yargının amacına uygun olduğu ifade edilmektedir[55]. Ancak örneğin, İYUK m. 6[56] incelendiğinde, yargılama

gerektirmez. Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 90.

51 Danıştay 2. D, 06.10.2010, E. 2010/672, K. 2010/3699, Aynı yönde bkz. Danıştay 2. D, YD, 27.08.2007, E. 2007/2076.

52 Örneğin bkz. *"….İptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygun olup, olmadığının tespiti, hukukun üstünlüğünün ve dolayısıyla idarenin hukuka bağlılığının sağlanması amaçlandığına göre, bu davalarda menfaat ilişkisinin dar yorumlanmaması gerekmektedir…."* Danıştay 6. D, 17.12.1992, E. 1992/2502, K. 1992/5000; *"….İdarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun yargısal denetim yoluyla sağlanmasında en etkin araçlardan biri iptal davaları olduğundan, iptal davalarında "menfaat ihlali" olarak tanımlanan sübjektif ehliyet koşulunun sübjektif hak ihlallerinin giderilmesiyle birlikte idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi kapsamında belirlenmesi gerektiği açıktır. Bu bağlamda menfaat ihlali koşulu, davacının idari işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisinin kurulması gereği şeklinde tanımlanmış olup, dava açma ehliyetinin iptal davasına konu olan kararın niteliğine göre idari yargı yerince değerlendirilmesi gerekmektedir…."*, Danıştay 6. D, 09.02.2007, E. 2006/3763, K. 2007/702; Danıştay 5. D, 16.06.1988, E. 1986/1099, K. 1988/1908.; Ayrıca, yukarıda da değinildiği üzere, adli yardımdan yararlanan davacıdan yürütmenin durdurulması konusunda teminat talep edilmemesi de; davacı bakımından geçici hukuki sağlama işlevini görmektedir.

53 Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 131.

54 Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 131,132.; Ayrıca devletin mali sorumluluğu, hukuk devletinin gereğidir. Bkz. son anılan eser, s. 131.

55 Yılmaz, Adli Yardım, s. 23.; Ayrıca bkz. Gözübüyük , s. 476.

56 *"…4. (Değişik: 10/6/1994-4001/4 md.) Herhangi bir sebeple harcı veya posta ücreti verilmeden veya eksik harç veya posta ücreti ile dava açılmış olması halinde, otuz gün içinde harcın ve posta ücretinin verilmesi ve tamamlanması hususu daire başkanı veya görevlendireceği tetkik hakimi, mahkeme başkanı veya hakim tarafından ilgiliye tebliğ olunur. Tebligata rağmen gereği yerine getirilmediği takdirde bildirim aynı şekilde*

giderleri ve dolayısıyla bunları karşılama noktasındaki zorluğun; gerek davanın açılması, gerekse davanın devamı aşamasında yukarıda değinilen ilkeler bağlamında sorun içerdiği açık biçimde görülmektedir. İşte bu sebeple adli yardım, aslında evrensel hukuki prensipleri sağlamaya yönelik önemli bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. MEVZUAT

İdari yargılama hukuku bakımından, İYUK m. 31' de yapılan atıf sebebiyle; HMK'nın ilgili maddeleri adli yardım alanında idari yargılama alanında uygulanacaktır[57]. Ayrıca, adli yardım konusunda HUMK da olduğu üzere, HMKda ki düzenlemelerin yetersiz kalması sebebiyle, eksikliklerin başka düzenlemelerle telafi edilmeye çalışıldığı bilinmektedir[58]. Adli yardım konusundaki temel düzen-

bir daha tekrarlanır. Harç veya posta ücreti süresi içinde verilmez veya tamamlanmazsa davanın açılmamış sayılmasına karar verilir ve davacıya tebliğ olunur. 5. (Değişik: 10/6/1994-4001/4 md.) Dava açıldıktan sonra posta ücretinde tebliğ işlemlerinin yapılmasını engelleyecek şekilde azalma olması halinde, otuz gün içinde posta ücretinin tamamlanması daire başkanı veya görevlendireceği tetkik hakimi, mahkeme başkanı veya hakim tarafından ilgiliye tebliğ olunur. Tebligata rağmen gereği yerine getirilmediği takdirde bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanır. Posta ücreti süresi içinde tamamlanmazsa dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilir. Bu kararın tebliği tarihinden başlayarak üç ay içinde, noksanı tamamlanmak suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir ve davacıya tebliğ olunur…".

57 Adli yardım (Prozesskostenhilfe) konusunda Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu (VwGO-Verwaltungsgerichtsordnung) nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Anılan düzenlemenin 166. maddesinde bu konuda Medeni Usul Kanunu (Zivilprozessordnung-ZPO) nun konuya ilişkin hükümlerine yollama yapılmaktadır. Konu atıf yapılan Kanun'un 114 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Anılan düzenlemeler uyarınca, genel olarak bir çerçeve çizmek gerekirse: 114. maddede belirtildiği üzere, adli yardımdan yararlanabilmek için; kişisel ve ekonomik bakımından tarafın yargılama giderlerini kısmen ya da tamamen karşılayamaması gerekmekte; hukuki sürecin kötüniyetle başlatılmamış olması ve başarıyla sonuçlanacağı konusunda yeteri derecede kanaat uyandırması gerekmektedir. ZPO m. 116 uyarıca tüzelkişilerin de adli yardımdan yararlanmaları söz konusu olabilecektir. 117. maddeye bakıldığında adli yardım, talep üzerine söz konusu olabilecek ve yargılama konusunda yetkili olan yargı yerinden talep edilebilecektir. Dilekçeye ekonomik, ailevi, mesleki durum gibi hususları açıklayan belgeler eklenecektir. 119. madde uyarınca, adli yardım, yargılamanın farklı derecelerinde söz konusu olabilecektir. Adli yardım 122. madde dikkate alındığında, mevcut ve geçmişe yönelik yargılama masrafları ve avukat giderlerini kapsamaktadır. 123. madde incelendiğinde, yapılan yardımın geçici nitelikte olduğu görülmektedir. 115. madde uyarınca; adli yardım kararı masrafları taksitle ödeme imkânı sağlayabileceği gibi, giderlerden tamamen muafiyet de sağlayabilecektir. 127. maddeye göre adli yardım talebi evrak üzerinden karara bağlanacaktır. Aynı madde uyarınca adli yardım talebi hangi aşamada yapılmışsa, o aşamadaki yargı yeri karar vermeye yetkilidir. 124. maddeye göre, adli yardım kararı verilmesinde belirleyici olan hususlarda gerçek dışılığın ortaya çıkması gibi, maddede belirtilen hallerde yargı yeri, adli yardım kararını kaldırabilir. ZPO nun 119. maddesi dikkate alındığında adli yardım yargılamanın farklı aşamalarında gündeme gelebilecektir ancak bu aşamada, adli yardım koşullarının ele alınması farklılık arz etmektedir. Kanun yolu mercii, adli yardıma talebi koşulları bağlamında kural olarak denetim yapma; Ancak kanun yolu aşamasında; içtihatla getirilen istisna uyarınca, yalnızca koşullarda (adli yardım koşullarında) değişiklik bulunması gibi hallerde adli yardım koşullarının varlığı konusunda denetim yapmaktadır. Zimmerman-Kreher.; ZPO 127. maddede, adli yardım konusundaki karara belli şartlar altında itiraz imkanı tanınmaktadır.; Ayrıca adli yardıma karar verilmesine ilişkin prosedür, esas uyuşmazlıktan bağımsız niteliktedir. Heinrich Amadeus Wolff-Andreas Decker, **Studienkommentar, VwGO- VwVfG**, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2007, s. 558.; Konu hakkında Almanya ve bazı ülkeler hakkında bilgiye ulaşmak için ayrıca bkz. KILINÇ, Kitap, s. 35 vd.

58 Kılınç, Kitap, s. 3.; Yazar, son anılan eser s. 2 ve 3'te; adli yardım konusundaki HUMK'daki düzenlemelerin (sistemin) uygulama ve doktrinde sorunlu bulunan bazı noktalar giderildikten sonra, dili sadeleştirilmek suretiyle HMK'da aynen korunduğuna işaret etmektedir. Ayrıca konuyla ilgili diğer düzenlemeler için yine

lemelerden biri, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu[59]'nu olup, Kanun'un adli yardımı tanımlayan 176. maddesi[60] uyarınca adli yardım kapsamı*; "Adlî yardım, avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara bu Kanunda yazılı avukatlık hizmetlerinin sağlanmasıdır".* Bir başka düzenleme ise, Avukatlık Kanunu'nun 181. maddesine dayanılarak çıkarılan Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği[61]'dir. Yönetmeliğin 1/2 maddesinde adli yardımın sağlanmasındaki amaç *"bireylerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama özgürlüğünün kullanımında eşitliği sağlamak üzere, avukatlık ücretini ve yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanların avukatlık hizmetlerinden yararlandırılması"* şeklinde ifade edilmektedir. Bu çalışmada, İYUK m. 31 atfı sebebiyle esasen HMK'da konunun düzenlenme şekli/kapsamı eksenli bir değerlendirme yapılacaktır.

III. YARGILAMA HUKUKU İLKELERİ BAKIMINDAN ADLİ YARDIM

Adli yardım müessesesi, genel olarak ifade etmek gerekirse, yargılama başlamadan hemen önce ya da yargılama faaliyeti devam ederken gündeme gelebileceği için, yargılama usulü ilkelerinden bağımsız düşünülemeyecektir. Yargılama hukuku ilkeleri, *"... o yargılama usulünün varlık amacına uygun olarak, yargılama usulü kurallarının yorumunda, uygulanmasında dikkate alınan, o yargılama usulünü diğer yargılama usullerinden ayıran özelliklerini kazandıran üst normlarıdır..."*[62] şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımda da belirtildiği üzere, anılan ilkeler; yargılama usulü kurallarının o yargılama dalına özgü şekilde yorumuna imkân tanımaktadır. HMK' da öngörülen adli yardıma ilişkin kurallar, İYUK m. 31 atfı sebebiyle idari yargıda geçerli olurken; anılan kurallar yargılama hukuku ilkelerinin idari yargıdaki kendine özgü anlamı dikkate alınmak suretiyle de yorumlanmak zorunda olacaktır.

Öncelikle, HMK yanında Anayasanın 141. maddesinde[63] de düzenlenmiş olan bir ilke olan "usul ekonomisi" önem arz etmektedir. Usul ekonomisi en kısa ifadesiyle, yargılama faaliyetinin basit bir şekilde, makul gider ve sürelerle tamamlanmasını ifade etmektedir[64]. Daha önce ifade edildiği üzere; adli yardım ile

---

bkz. son anılan eser, dördüncü bölüm.

59 RG. 07.04.1969, S. 13168.; Söz konusu Kanun, HMK'daki adli yardıma ilişkin hükümleri tamamlamaktadır. Avukatlık Kanunu hükümleri uyarınca adli yardım şekilleri hususunda bkz. Pekcanıtez-Atalay-Özekes, s. 552, 553.; Ayıca bkz. Arslan- Yılmaz-Taşpınar Ayvaz-Hanağası, s. 727.

60 Hizmetin yürütülme şekli için ayrıca bkz. Avukatlık Kanunu onikinci kısım.

61 RG. 30.03.2004, S. 25418.

62 Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 25.

63 Anayasa m. 141/3: "*…Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir…".*

64 Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 57, Y. 2008, S. 1, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2367.pdf, s. 250 (vd.).

sağlanan muafiyetin geçici olması[65] ve HMK gereğince (m. 339) davanın kaybı halinde yargılama giderlerinin adli yardımdan yararlanan kimseden tahsil edilmesi; yargı organının dikkate alması gereken hususlar ortaya çıkarmaktadır. O halde yargı organı, ekonomik yoksunluk içinde bulunan kimsenin davayı kaybetmesi halinde daha yüklü bir miktar ile karşılaşmasını engellemek adına, gereksiz yargılama gideri yapmaktan kaçınmalıdır[66]. Başka bir ifade ile yargılama giderlerine yol açacak işlemler belirlenirken, usul ekonomisi ilkesi dikkate alınmak suretiyle, vakıayı aydınlatmaya katkı sunmayacak, yargılamanın sonucuna etki etmeyecek gereksiz giderlerden kaçınılmalıdır. Ayrıca bu tür işlemlerin yapılmasının aynı zamanda yargılama süresini gereksiz şekilde uzatacağı da hatırlanmalıdır.

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer ilke, "tasarruf ilkesi" olmalıdır. Tasarruf ilkesi, davanın taraflarının davanın başlaması, sona ermesi ve içeriği konusunda tasarrufta bulunma yetkilerini ifade eder[67]. Medeni yargılama hukukunda söz konusu ilke geçerli olup, HMK m. 24[68] te açıkça düzenlenmektedir. Anılan düzenlemeyi adli yardım bağlamında ele aldığımızda, yargılama giderlerini karşılamada önemli derecede maddi zorluk içinde bulunan kimsenin bu yardımdan yararlanabilmesi, talep etmesi koşuluna bağlı olacaktır. Kaldı ki, HMK m. 334'te "talep" açıkça ifade edilmektedir. Bu aşamada sorun, mahkemenin kişinin hak arama noktasında maddi zorluk içinde gördüğünde harekete geçip geçemeyeceğidir. Gerçekten de, hayatın olağan akışı çerçevesinde; dava açılmadan önce adli yardım ihtiyacı halinde, bu durumun (kişinin sonra açacağı dava bakımından ekonomik zorluk içinde olması) zaten yargı yerinin bilmesi beklenemeyeceğinden tasarruf ilkesi bağlamında bir sorun da yaşanmayacaktır[69]. Yargı yerinin anılan durumun farkına varması ve tasarruf ilkesi bağlamında sorgulanması gereken husus, yargılamanın devamında yani adli yardım talebinin

---

65 Ayrıca HMK m. 337/3 uyarınca, *"...Adli yardım, daha önce yapılan yargılama giderlerini kapsamaz."*.

66 Kılınç, Kitap, s. 173.

67 Pekcanıtez-Atalay-Özekes, s. 178, 179.; KILINÇ, Kitap, s. 160, 161.; Tasarruf ilkesinin kamu yararı düşüncesiyle istisnaları bulunmaktadır. Bkz. Pekcanıtez-Atalay-Özekes, s. 179, 180.

68 Tasarruf ilkesi, m. 24: (*1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. (2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. (3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder."*.

69 Kılınç, Kitap, s. 161,162.; Ayrıca HMK m. 334 ve m. 24/2 bağlamında başkaca argüman için bkz. yine Kılınç, s. 162.; İdari yargı bakımından da, dava açmadan adli yardım talep edilebilmesi noktasında bir engel olmamakla beraber, aksi yönde yargı kararları bulunduğu; bugün için uygulamanın dava dilekçesi ile ya da sonrasında (dava sırasında) yine bir dilekçe ile adli yardım taleplerinin yargı yerlerine ulaştırıldığı bilinmektedir. Belirtilen hususlarda bkz. Yılmaz, Adli Yardım, s. 19, 20.; Köksal, s. 103; Yılmaz, adli yardım talebinin dava açılmış olması şartına bağlanmasını, dava açılmasının bazı harç ve giderlerin ödenmiş olması şartına bağlı olduğu gerçeğini göz ardı ettiğini ifade etmektedir. Yılmaz, Adli Yardım, s. 20.; ayrıca yine bkz, son anılan eser, s. 23.; İdari yargıda adli yardım talebinin dava dilekçesi ile ya da dava sırasında ayrı bir dilekçe ile yapıldığı bilgisi için bkz. Candan, s. 827.; Ayrıca bkz. Yılmaz, Adli Yardım, s. 21.; Dava dilekçesi ile birlikte adli yardım talebinde bulunulması halinde uygulamada, karar ve ilam harcı alınmamakla beraber, başvuru harcı ve posta masraflarının alındığı, UYAP uygulaması üzerinden dava açılması durumunda da sistemde tanımlanmış harç ve giderlerin tahsil edildiği yönünde bkz. Akbal, s. 158.

açılıp görülen bir dava esnasında talep edilmesi durumunda gerçekleşebilecektir. HMK' nın 334. maddesinde "talep" ten bahsedilmektedir. Anılan düzenleme dikkate alındığında, bu soruya olumsuz cevap verilebileceği söylenebilir. Ancak doktrinde, yukarıda değinilen ilkeler ve usul ekonomisi ilkesi açısından, yargıcın tarafa bu hakkını hatırlatabileceği ifade edilmektedir[70].

Durum idari yargı açısından ele alındığında, öncelikle tasarruf ilkesinin uygulama tarzının idari yargı bakımından farklılıklar barındırdığı ifade belirtilmelidir[71]. Bunun nedeni, idari yargılama usulünde korunmaya çalışılan menfaatin, medeni yargılama usulünden farklılık içermesidir. Daha önce de ifade edildiği üzere, idari yargıda denetlenen idarenin işlem ya da eylemi olduğu için, aslında korunmak istenen hukuk düzeninin kendisidir. Ancak davalı konumunda olan idare birtakım üstün ve ayrıcalıklı yetkiler kullandığı için, anılan fonksiyonun yerine getirilmesi yargı yerinin daha aktif hale getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Belirtilen sebeple idari yargıda "resen araştırma ilkesi" geçerlidir[72]. Bu bağlamda idari yargıç; son derece geniş yetkilerle donatılmış olup; davanın başından sonuna kadar sevk ve idaresi, delillere ulaşılması gibi konularda geniş yetkilere sahiptir[73]. Yargılamanın devamı sırasında, tarafın yargılama giderlerini karşılamada zorluk çektiğinin saptanması halinde, adli yardım hususunun yargı yerince hatırlatılması/resen uygulanması söz konusu olabilmelidir[74].

Adli yardım talebinin koşulları ayrı bir başlık olarak ele alınacak olmakla beraber, konunun aynı zamanda usul ilkesi ilişkisi de bulunmaktadır. Adli yardım talebinin koşulları, HMK' nın 334. maddesinde *"Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olmak*" ve *"taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması* " şeklinde belirtilmektedir. Aynı Kanun'un 336.

---

70 Kılınç, Kitap, s. 162, 163.

71 Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 34, 35.

72 Ramazan Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ağustos 2018, s. 247, 248.; Bkz. İYUK m. 20.

73 Çağlayan, s. 248.

74 Adli yardım talebinin incelenmesinin medeni yargılama hukukunda çekişmesiz yargı işi olduğu ve bu noktada "kural olarak" resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yönünde bkz. Pekcanıtez-Atalay-Özekes, s. 549.; AKBAL, s. 162.; HMK m. 385: *"- (1) Çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulü uygulanır. (2) Çekişmesiz yargı işlerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça resen araştırma ilkesi geçerlidir. (3) Mahkemeler dışındaki resmî makam.ara bırakılan çekişmesiz yargı işlerinde uygulanacak usul, ilgili özel kanunlarında belirtilen hükümlere tabidir.";* İYUK m. 31 atfı sebebiyle söz konusu olan HMK m. 323 vd. hükümleri dikkate alındığında, davanın devamı sırasında ekonomik güçlük yaşanması, delillerin ikamesi bağlamında, dolayısıyla yargılama sürecinin devam edebilirliği noktasında sorun yaratabilecektir. Giderin yatırılmamasının davanın reddine neden olduğu konusunda örneğin bkz. Danıştay 14. D, 25.06.2014, E. 2012/1672, K. 2014/7044.; Danıştay İDDGK, 15.10.2015, E. 2014/671, K. 2015/3505.; Adli yardım kararına rağmen bilirkişi ücretinin yatırılmaması sebebiyle davanın reddi yönünde eski tarihli bir idari yargı kararı için bkz. Gözübüyük, s. 478 (Bahsi geçen karar: Danıştay 8. D, 07.03.1973, E. 1971/4470, K. 1973/939, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 7, Y. 1974, S. 4, s. 216, Danıştay Kararları, 9. Sıra No'lu Karar, Hazırlayan: Hasan Basri GÜLTEKİN)

maddesinin 2. fıkrası uyarınca ise, *"Talepte bulunan kişi, iddiasının özeti ile birlikte, iddiasını dayandıracağı delilleri ve yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını gösteren mali durumuna ilişkin belgeleri mahkemeye sunmak zorundadır".* Burada tartışılması gereken husus, ödeme gücünden yoksunluğu ve talebin açıkça dayanaktan yoksun olma konusunu ispat noktasında yargı yerinin fonksiyonunun ne kadar olacağıdır. Öncelikle belirtilmelidir ki, ödeme gücünden yoksunluğun; hâkimde yeterli kanaati uyandırmaya elverişli her türlü vasıta kullanılarak ispat edilebilecektir ve medeni yargılama hukukunda, -adli yardımın amacı dikkate alındığında- bu şartının yargıç tarafından resen araştırılabileceği kabul görmektedir[75]. Ödeme gücünden yoksunluk konusunda hâkimi ispat derecesinin "tam ispat" olduğu kabul edilmektedir[76]. Bu konuda yargıcın resen araştırma yetkisini haiz olması ve ispat konusundaki durum; idari yargının yukarıda da değinilen hukuk düzenini koruma işlevi ile de uyumludur. Çünkü bilhassa söz konusu koşulun taraflarca ispatlanamadığı durumlarda yargı yerinin bu yönde bir imkâna sahip olması, idarenin denetlenmesinin yolunu açmaya yarayan bir adım görevi görecektir[77]. Talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması koşuluna gelince, burada arananın "yaklaşık" bir ispat olduğu peşinen belirtilmelidir[78]. Ancak, sorun yaklaşık derecedeki bu ispatın gerçekleşme sürecine yargı yerinin dâhil olup olmayacağı ya da bu katılımın derecesidir. Medeni yargılama hukuku için, söz konusu ispatın adli yardım talebinde bulunan tarafça yapılmasının gerektiği, dolayısıyla ispat vasıtalarının da taraflarca sunulmasının daha uygun olduğu, mahkemece resen araştırma yapılmasının zor olabileceği ifade edilmektedir[79]. Ancak, idari yargılama usulünde söz konusu olan uyuşmazlıklarda idarenin ve davacının durumu dikkate alındığında; tam tersine bir durumun dahi söz konusu olabileceğinden bahsedilebilir. Şöyle ki, idari yargılama hukukunda, dava konusu idari işlem ya da eylemle ilgili bilgi ve belgeler idarenin elinde olduğundan, yargı yeri resen inceleme yapabilmelidir[80]. Çünkü, idarenin elinde bulunan bilgi ve belgelere ulaşımın davacı tarafından sağlanabilmesi mümkün olmayacaktır. Uygulamada da yargı yerlerinin, tarafların haklılıklarının ispatına yönelik bir vasıta sunmamaları halinde araştırma yaptıklarından; yargı yeri tarafından başlangıçta esasa yönelik araştırma yapıldığı ya da sadece fakirlik şartının araştırıldığından bahsedilmektedir[81]. Her ne kadar, adli yardımın bu koşulu saptanırken yargılama faaliyetinin sonlandırılmasında olduğu gibi "tam ispat" aranmasa da; yargı yerinin davacının talebinin açıkça dayanaktan yoksun olup

---

75 Kılınç, Kitap, s. 166., 227-229.
76 Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 2426.; Pekcanıtez-Atalay-Özekes, s. 550.
77 Aynı hususa aşağıda, adli yardım talebi koşulları incelenirken daha detaylı olarak değinilecektir.
78 Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 2426.; Pekcanıtez-Atalay-Özekes, s. 548, 550.
79 Kılınç, Kitap, s. 166, 167.
80 Bkz. Çağlayan, s. 247, 248.
81 Köksal, s. 102.

olmadığına ilişkin denetimi içerik olarak; davayı sonuca ulaştırmaya yönelik tam ispat süreci ile içeriksel olarak çok benzer olup; yargı yeri bu noktada aktif olabilmelidir[82].

IV. ADLİ YARDIM KONUSUNDA YARGILAMA USULUNE İLİŞKİN BAZI MESELELER

Yargılama usulüne ilişkin olarak öncelikle, adli yardım talebinin yargılamanın hangi aşamasında ileri sürülebileceği belirlenmelidir. HMK'nın konuya ilişkin m. 336/1 uyarınca adli yardım ; *"asıl talep veya işin karara bağlanacağı mahkemeden; icra ve iflas takiplerinde ise takibin yapılacağı yerdeki icra mahkemesinden istenir…".* Başka bir ifade ile adli yardım esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden; dava açılmadan önce[83] ya da dava sırasında talep edilebilir[84]. Söz konusu düzenleme aynı zamanda bir görev kuralı da içermektedir ve bu kural, adli yargı ve idari yargı bakımından ayrı ayrı geçerliliğini korumaktadır. Hatta bu tür bir durum, adli yargı ve idari yargı kolu arasında da söz konusu olabilecektir. Bu noktada tartışma yaratan konu, görevsiz yargı yerince verilen adli yardım kararının geçerliliğini koruyup korumayacağıdır[85]. Danıştay kararına konu olmuş bir olayda[86], Diyarbakır Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan davada davacıların adli yardım taleplerinin kabul edilerek adli yardımdan yararlanmalarına karar verilmiş; Diyarbakır Asliye 2. Hukuk Mahkemesince görevsizlik kararı verilmesi üzerine dava Diyarbakır İdare Mahkemesinde yenilenmiştir. Dava dilekçesinde de davacıların adli yardım isteminde bulunmuşlar, Mahkemenin 29.05.1997 tarihli kararıyla davacıların adli yardım talebi reddedilerek; eksik harcın tamamlanması 10.06.1997 tarihli bildirim yazısıyla istenilmiştir. Sonrasında, eksik harç giderinin tamamlanması isteğiyle yapılan 04.08.1997 tarihli ikinci bildirim sonrasında, yasal süresi içinde noksanlığın tamamlanmaması nedeniyle "davanın açılmamış sayılması" kararı verilmiş; bu karar da temyiz yoluyla Danıştay'a gelmiştir. Danıştay ilk derece Mahkemesi kararını bozarken şu değerlendirmelerde bulunmaktadır: *"…Görevsiz mahkeme tarafından verilen adli yardım talebinin kabulüne ilişkin kararın görevli mahkemeyi bağlamayacağı, adli yardım koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin görevli idare mahkemesince yeniden değerlendirileceği tartışmasızdır… Bu durumda, İdare Mahkemesince*

---

82 Bu durumun daha davanın başında, sonucun kuvvetli bir ihtimalle saptanması olduğu yönündeki eleştiri için bkz. Köksal, s. 102.

83 Dava açmadan önce idari yargıda adli yardım talebinin mümkün olup olmadığı konusunda bkz. dpn. 69.

84 Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 2421.; HMK m. 336/3 uyarınca, kanun yolları aşamasında da adli yardım talebi söz konusu olabilecektir. Bu husus daha sonra ayrıca incelenecektir.

85 Atalay, görevsiz yargı yerince verilen adli yardım kararı sonrasında, görevsizlik kararı verilmiş ve ardından görevli yargı yerinde dava devam etmekte ise; görevli yargı yeri işlemlerin tekrarını gerekli görmüyorsa geçerli kabul edilebileceği kanaatindedir. Fakat görevsiz yargı yerince verilen adli yardım kararı sonrasında görevli yargı yerinde dava açılması halinde aksi yönde bkz. Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 2422, 2423.; Ayrıca bkz. Kılınç, Kitap, s. 212- 214.

86 Danıştay 10. D, 07.11.2000, E. 1998/1484, K. 2000/5524.; Ayrıca bkz. Akbal, s. 158, 159.

Asliye Hukuk Mahkemesindeki dosyanın da getirtilerek adli yardım koşullarının bulunup bulunmadığının araştırılmasından sonra bir karar verilmesi gerekmekte iken, eksik incelemeye dayanılarak verilen "adli yardım isteminin reddine ilişkin kararda" ve bu karar üzerine harç eksiğinin tamamlanmaması nedeniyle verilen "davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararda hukuki isabet görülmemiştir…". Yargılamaya ilişkin usul işlemlerinin esasen görevli yargı yerince yapılacağı şüphesiz olmakla beraber[87], adli yardım konusunda farklı bir bakış açısı getirilebilir. Öncelikle farklı yargı kolları bakımından, görevsiz yargı yerince verilen adli yardım kararının -aynı zamanda talebin içeriğinin haklılığını da kapsaması sebebiyle- bu konuda adli ve idari yargı yerlerinin saptamalarının farklı olabileceği gerekçesiyle geçersizliği ileri sürülebilecektir. Ancak söz konusu hususstaki ispatın yaklaşık olması yani yapılacak yargılamada başarılı olma ihtimaline[88] yönelik olması, bu itiraza karşı ileri sürülebilecektir. Kaldı ki, bu yardımdan yararlanan kimsenin davayı kaybetmesi halinde söz konusu giderlerin tamamı ya da bir kısmı kendisinden tahsil edilebilecektir. Ayrıca, aktarılan karardan daha sonraki tarihli ve yukarıda değinilen bir eserde de[89] belirtildiği üzere; yargı yerlerinin adli yardım talebinde, talebin -eski şekliyle- "haklılığı" yeni haliyle "açıkça dayanaktan yoksun olamama" konusunda belge sunulmadığında, zaman zaman sadece ekonomik güçlüğü yeterli saymaları da bu yaklaşımı desteklemektedir. Ödeme gücünden yoksunluk koşulunun ispatında ise, yukarıda değinildiği üzere yargı yerlerinin adli yargıda da sürece dâhil olmaları ve içerik olarak her iki yargı kolunun da yapacağı araştırmanın aynı olması, davanın dayanaktan yoksun olması bağlamındaki tartışmaları bu noktada gereksiz kılmaktadır. Görevli yargı yerinin gerekli görmesi halinde adli yardım talebi konusunda araştırma yapması tabii hatta gerekli olmakla beraber, önerilen yöntem usul ekonomisi ve adli yardım kurumunun yukarıda pek çok kez değinilen amaç ve fonksiyonu bakımından daha uygundur.

İdari yargı kolu içinde görevsiz mahkemece verilen adli yardım kararları bakımından ise, farklı yargı kollarına ilişkin endişeler anlam ifade etmeyecektir. Burada aynı yargı kolunun kendi içinde yer alan uyuşmazlıklarda da, "yetki" konusunda sorun tespit eden yargı yerlerinin bazılarının, diğer ilk inceleme konularında olduğu üzere; öncelikle adli yardıma ilişkin karardan sonra bu konuya ilişkin karar verirken; bazı idari yargı yerlerinin ise; adli yardım konusunda karar vermeyi yetkili idari yargı yerlerine bıraktıkları ifade edilmektedir[90]. Bu noktada adli yardım talebinin yetkisiz idari yargı yerince kabul edilmesi akabinde, bu kararın yetkili mahkemede de kabul edilmesi, usul ekonomisi ilkesine uygun bir

87 Arslan-Yılmaz- Taşpınar Ayvaz-Hanağası, s. 203.
88 Pekcanıtez-Atalay-Özekes, s. 548.
89 Bkz. Köksal, s. 102.
90 Köksal, s. 104.

çözüm olacaktır.

Adli yardım talebinin yapılma şekli konusunda, ise İYUK'un atıfta bulunduğu HMK'nın ilgili hükümlerinde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Adli yardım talebi, yargılamayı yürütmekle görevli yargı yeri için geçerli yargılama usulüne göre yapılacağından[91] idari yargı bakımından dava açılırken mutlak şekilde yazılı olacaktır[92]. Hatta, adli yardım talebinin yazılı ya da sözlü şekilde yapılabileceğine yönelik HUMK'da açık hüküm bulunduğu[93] dönemde dahi, idari yargıda gerek dava açılırken gerekse dava sırasında adli yardım talebinin yazılı olarak yapılması yönteminin benimsendiği aktarılmaktadır[94]. Şu an uygulamada da, hem dava açılırken hem de dava sırasında adli yardım talebi halinde, sözlü başvurunun işleme konulmadığı bilinmektedir[95].

Adli yardım, dava sırasında talep edildiğinde[96], ön sorun olarak ele alınacağı için, HMK'nın 163[97]. maddesi dikkate alınarak sözlü olarak yapılabileceği intibaı uyansa da, HMK m. 336/2[98] uyarınca bunun mümkün olmadığı ifade edilmektedir[99]. İdari yargıya gelince; istisnai olarak duruşma yapılabileceği düşünüldüğünde[100], duruşma sırasında bu yönde talepte bulunulmasını da mümkün karşılamak gereklidir. Ancak, uygulamada dava sırasında da bu talebin dilekçe ile

---

91 Atalay, s. 2423.; HMK m. 385 uyarınca; çekişmesiz yargılamada niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulü geçerli olacaktır. Çekişmesiz yargıda geçerli olan basit yargılama usulünde HMK m. 317 uyarınca, davanın açılması ve davaya cevap verilmesi yazılı şekilde olacağından; adli yardım talebinin de yazılı olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Kılınç, s. 220.; Ayrıca HMK m. 383 uyarınca çekişmesiz yargı bakımından aksi bir düzenleme olmadığı sürece Sulh Hukuk Mahkemeleri görevli olacaktır. Bkz. HMK m. 316/1/a.; Ayrıca bir iş için söz konusu yargılama usulüne bakılarak görev tespiti yapılamayacağı noktasında bkz. Atalı-Ermenek-Erdoğan, s. 582.

92 İYUK m. 1: *"...2. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.",* İYUK m. 3: "*1. İdari davalar, Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle açılır…*"; Adli yardım talebi dava açılırken (dava dilekçesi ile) ya da nihai karardan önceki her aşamada dilekçe ile yapılabilir. Gözübüyük, s. 477.

93 HUMK m. 468: *"...Müzahereti adliye davanın ikame edileceği mahkemede tahriren veya şifahen talep olunur..."*

94 Köksal, s. 103.

95 Candan, s. 827.

96 Adi yardım talebinin derdest dava sırasında yapılması halinde, bu konuda karar vermeden yargılamaya devam edilemez. Talep dava dilekçesi ile yapılmışsa, mahkemece ilk önce adli yardım konusunda karar verilir. Çünkü bu karara göre, ya herhangi bir harç ve gider talebi olmadan yargılamaya devam edilecek ya da talepte bulunulacaktır. Kılınç, Kitap, s. 239, 240.

97 HMK m. 163: *"(1) Yargılama sırasında, davaya ilişkin bir ön sorun ortaya çıkarsa, ilgili taraf, bunu dilekçe vermek suretiyle yahut duruşma sırasında sözlü olarak ileri sürebilir".,* m. 164, Ön Sorunun İncelenmesi, "- *(1) Hâkim, taraflardan birinin ileri sürdüğü ön sorunu incelemeye değer bulursa, belirleyeceği süre içinde, varsa delilleriyle birlikte cevabını bildirmesi için diğer tarafa tefhim veya tebliğ eder. (2) Ön sorun hakkında iki taraf arasında uyuşmazlık varsa, hâkim gerekirse tarafları davet edip dinledikten sonra kararını verir. (3) Hâkim, ön sorun hakkındaki kararını taraflara tefhim veya tebliğ eder."*

98 HMK m. 336/2: *"...(2) Talepte bulunan kişi, iddiasının özeti ile birlikte, iddiasını dayandıracağı delilleri ve yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını gösteren mali durumuna ilişkin belgeleri mahkemeye sunmak zorundadır...".*

99 Kılınç, s. 220, 221.

100 Bkz. İYUK m. 17.

yapılabileceği ifade edilmektedir[101]. Bir üst paragrafta da ifade olunduğu üzere, sözlü şekilde yapılan adli yardım talepleri yargı yeri tarafından işleme konulmamaktadır[102].

Adli yardım talebinin yargı yerince değerlendirilmesi şekli konusuna gelince, HMK m. 337/1 de; talep halinde inceleme duruşmalı yapılmakla beraber; talebin duruşmasız şekilde değerlendirilmesine imkân tanınmıştır[103]. İdari yargı uygulamasında, evrak üzerinden karara bağlandığı ifade edilmekle beraber[104], idari yargı mevzuatı dikkate alındığında; duruşmanın söz konusu olabildiği istisnai durumlarda talep hakkında duruşma yaparak karar vermek ihtimali de söz konusu olabilmelidir[105]. Ancak idari yargıda duruşmanın tarafları dinleme ancak tutanak tutmama şeklinde gerçekleştiği[106] dikkate alındığında, idari yargı yerlerinin bu konuya olumlu yaklaşacaklarını tahmin etmek güçleşmektedir[107].

Bunun yanısıra; adli yardım talebinin; yargılama giderlerinden geçici muafiyet yarattığı düşünüldüğünde; bu husus karara bağlanmadan yargılama harç ve giderlerine ilişkin değerlendirme yapılmaması gerektiği, ele alınması gereken bir diğer usule ilişkin konudur[108]. Danıştay dava dilekçesinin yetkili idare mahkemesine gönderilmesi talebiyle Asliye Hukuk Mahkemesine verilmesinden kaynak-

---

101 Candan, s. 827.

102 Candan, s. 827.

103 Adli yardım talebi halinde, çekişmesiz yargı işi söz konusu olup, kural olarak basit yargılama usulü ve re'sen araştırma ilkesinin geçerli olması , adli yardımın dava açılmadan ya da açılırken talep edilmesi halinde inceleme HMK m. 337 uyarınca yapılması, dava devam ederken talepte bulunulması halinde ön sorun incelemesine ilişkin HMK m.164 değil, m. 337 nin uygulanacağı konularında bkz. Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 2424, 2425.; HMK 337'de adli yardım konusunda duruşma yapmadan karar verme yetkisi tanınması ve HMK 316/1/b ilişkisi ve genel bilgi için bkz. Kılınç, s. 238., Dava sırasında adli yardım talebi halinde ise, hakimin ön soruna ilişkin usul (HMK m. 163,164) yanında, HMK 337deki özel düzenlemeyi dikkate almak zorunda olması sebebiyle, bu düzenlemenin öncelikli olacağı, gerek dosya üzerinden gerekse sözlü şekilde karar verilebileceği hakkında bkz. KILINÇ, s. 239.; Ayrıca bkz. Taşkın, s. 844.

104 Candan, s. 827.; Talebin karara bağlanmasında karşı tarafın dinlendiği yönüne bkz. Gözübüyük, s. 477.; Yılmaz, Adli Yardım, s. 21.

105 Doktrinde, HMK m. 337 öncelikli olarak uygulanacak olmakla beraber, hukuki dinlenilme hakkı bakımından karşı tarafın dinlenmesinin gerekli olduğu hallerde adli yardım talebinin yargı yerince duruşmalı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtilmektedir. Kılınç, Kitap, s. 239.; Adli yardım talebinin incelenmesi konusunda HMK tasarısında yer alan "gerekli görürse karşı tarafı da dinleyebilir" ifadesi Adalet Komisyonunda metinden çıkarılmıştır. https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf, Bkz. Ali Cem Budak, **Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s. 436.

106 Akıncı, s. 241.

107 Bu son durumun, adli yardım talebinin sözlü olarak yapılmasının mümkün görülemeyeceğine argüman oluşturabileceğine de işaret edilmelidir.

108 Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 792, 793.; Ayrıca bkz. Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşler İle Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul Ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik (RG. 11.07.2015, S. 29413), m. 88.; Bölge Adliye ve Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik, (RG. 06.08.2015, S. 29437), m. 205.; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği, (RG. 03.04.2012, S. 28253), m. 45/2. ; Dava görülürken adli yardım talebi halinde de, yargılamaya devam edilebilmesi için bu talebin karara bağlanması gerektiği hakkında Kılınç, Kitap, s. 239.; Dava dilekçesi ile adli yardım talebi için bkz. son anılan eser, s. 240.;(Aynı konuda bkz. dpn. 96); Adli yardım kararına rağmen bilirkişi ücretinin yatırılmaması sebebiyle davanın reddi yönünde idari yargı kararı için bkz. Gözübüyük, s.478 (Künye için bkz. dpn. 74).

lanan bir sorunun söz konusu olduğu bir kararında, Asliye Hukuk Mahkemesince harcın ve posta giderinin kontrol edilerek dilekçenin kayda alınmaması yönündeki kararının usule aykırı olduğunu belirttiği kararında şöyle demektedir: *"... Davacının adli yardım talebi olmasına rağmen, Asliye Hukuk Hakimliğince harcın ve posta ücretinin yatırılmadığından bahisle dilekçenin kayda alınmaması, usul hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır. Dosyayı çözümlemekle görevli İdare Mahkemesi'nin adli yardım talebi hakkında bir karar vermesi gerekmekte olup, ancak bu talebin reddi halinde eksik harcın ve posta ücretinin tamamlatılması yolunda gidilmelidir ki, bu yetki yine Asliye Hukuk Hakimliğine değil İdare Mahkemesine ait bir yetkidir. Bu nedenle, davacının eksik harcı ve posta ücretini tamamlamadığından bahisle Asliye Hukuk Hakimliğinin dava dilekçesini kayda almama gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, davacının havale ettirdiği dava dilekçesinin, usul hükümlerinin yanlış uygulanması sebebiyle kayda alınmamasının sorumluluğu davacıya yüklenemez. ...dolayısıyla davanın süresinden açılmadığından bahsedilemeyeceğinden, süre aşımı sebebiyle davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir[109]".*

İlk derece yargı yerinde adli yardım kararı verilmişse, HMK m. 335/3 uyarınca; ilgili bu karardan hükmün kesinleşmesine kadar yararlanabilecektir[110]. Hatta, 336. maddenin 3. fıkrası[111] uyarınca, kanun yolu aşamasında da adli yardım talebinde bulunulabilecektir. Başka bir ifade ile, yargılama faaliyete sona erene kadar adli yardım talebinde bulunulabilecektir[112]. Medeni yargılama usulünde kanun yolunda adli yardımın söz konusu olup olamayacağı konusunda HUMK hükümleri belirsiz iken, kanun yolunda adli yardım talebinin söz konusu olup olamayacağı hususunda farklı yaklaşımlar, HMK da yapılan açık düzenleme ile son bulmuştur[113]. HMK uyarınca, istinaf ve temyiz aşamasında da adli yardım talebinde

---

109 Danıştay İDDGK, 21.10.2015, E. 2015/3847, K. 2015/3655; Ayrıca bkz. Danıştay 15. D, 09.05.2016, E. 2016/2920, K. 2016/3303.

110 Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 2426.; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 791.; *"...6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 335. maddesinin 3. fıkrasında yer alan ''Adli yardım, hükmün kesinleşmesine kadar devam eder." kuralı gereğince, İdare Mahkemesince davacının adli yardım isteminin kabulü yolunda verilen kararın temyiz aşamasında da geçerli olduğu sonucuna varıldığından, bu konuda yeniden bir karar verilmesine gerek görülmeyerek, uyuşmazlığın incelenmesine geçildi..."*, Danıştay İDDGK, 21.10.2015, E. 2015/3847,K. 2015/3655.

111 HMK m. 336: *"...(3) Kanun yollarına başvuru sırasında adli yardım talebi bölge adliye mahkemesine veya Yargıtaya yapılır..."*.

112 Pekcanıtez-Atalay-Özekes, s. 549.

113 Detaylı bilgi için bkz. KILINÇ, Kitap, s. 191, 192, 218; Köksal, bu dönemde de hüküm bulunmamasının bireylerin kanun yolu aşamasında adli yardım talebinde bulunulamayacağı şeklinde yorumlanamayacağı kanaatini ifade etmektedir. Görüş ve argümanlar için bkz. KÖKSAL, s. 106.; Kanunun ilgi maddesinin (m. 336) gerekçesinde (m. 340) şu ifadelere yer verilmektedir: "…*Üçüncü fıkrada, daha önce doktrinde tartışmaya sebep olan ve Yargıtay uygulamasında kabul edilmeyen, kanun yollarında adli yardımdan yararlanabilme imkânı açıkça kabul edilmiştir. İstinaf ve temyiz harçlarının hiç de azımsanamayacak meblağlara ulaşabilmesi mümkün olduğundan ve kanun yollarındaki yargılamanın da asıl dava veya işin doğal bir uzantısı olması sebebiyle, bu aşamalarda adli yardımın kabul edilmesi, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının gerçekleştirilebilmesi bakımından önem taşımaktadır..., "* https://www2.tbmm.gov.

bulunulabilecektir. Ancak bu defa da, 336. maddenin 3. fıkrasında kanun yolu aşamasında adli yardım incelemesinin ne şekilde yapılacağına ilişkin düzenleme bulunmaması karşısında; söz konusu kanun yolunun özelliği dikkate alınarak yorumlar yapılmıştır: Kılınç, istinaf yerinin esasa ilişkin inceleme yapması sebebiyle, incelemenin ilk derecedeki gibi olabileceğini ancak temyiz yolunda hukukilik denetimi söz konusu olduğundan; mümkün olduğunca temyiz istemi sonrasında dosyanın Yargıtay'a gönderilmesinden önce ilk derece yargı yeri tarafından (ya da istinaf mercii) incelemenin yapılması gerektiğini ifade etmektedir[114]. Yazara göre, dosya Yargıtay'a geldikten sonraki aşamada adli yardım talebinde bulunulmuş ise, usul ekonomisi açısından uygun olan; dosyanın ilk derece/istinaf mahkemesine gönderilmesi değil, temyiz yerince karar verilmesidir[115].

Adli yargı yerlerinin, ilgili yasal düzenleme uyarınca (HMK m. 336/3); kanun yolu başvurusu aşamasında yapılan adli yardım talepleri konusunda kanun yolunu mercilerini yetkili gördükleri belirtilmektedir[116]. İdari yargı bakımından da istinaf ve temyiz aşamasında (kanun yolu başvurusu aşamasında ya da dosya kanun yolu merciine geldikten sonra) adli yardım talebi mümkün olup; kanun yolu dilekçesi ile adli yardım talebi söz konusu olduğu hallerde, adli yardım talebinin dosyanın kanun yolu merciine gönderilmeden önce ilk derece yargı yeri tarafından yapılması şeklinde uygulama yapıldığı ifade edilmektedir[117]. Yukarıda da ifade edildiği üzere, ilk derecede verilen adli yardım kararı ise zaten kanun yolu incelemesinde de geçerliliğini korumaktadır[118].

---

tr/d23/1/1-0574.pdf; HUMK da kanun yolu aşamasında adli yardım talebi konusunda hüküm olmadığı dönemde adli yargıda uygulama için bkz. Akbal, s. 160, 161.

114 Kılınç, Kitap, s. 218, 219.

115 Kılınç, Kitap, s. 220.; İstinaf yerinden adli yardım talebi halinde incelemenin şekli ve inceleme kapsamı konusunda bkz. Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 2426, 2427.; Temyiz talebinin adli yardım istekli olması halinde incelemeyi Yargıtay'ın yapacağı ve incelemenin usulü konusunda Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 2427.

116 Bkz. Ahmet Cemal Ruhi, **Adli Yardım Tebligat ve İstinabe**, Seçkin Yayınevi, Mart 2014, s. 50, , Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 791, 792.; Bkz. Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 2426, 2427.

117 Bu konuda detaylı bilgi, karar örneği ve görüşler için bkz. Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 791, 792.; Ancak HUMK da kanun yolları aşamasında adli yardım talebinin mümkünlüğü noktasında açıklık bulunmadığı dönemde Danıştay tarafından adli yardım talebi incelemesi yapılan örnek karar için bkz. Köksal, s. 106.; Danıştay tarafından adli yardım talebinin karara bağlanması hususunda bkz. "*…Davacı tarafından, yargılama giderlerini karşılayacak gelirinin bulunmadığı, adli yardım talebinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülerek anılan mahkeme kararının temyizen incelenip bozulmasının istenilmesi üzerine, Danıştay Onuncu Dairesi'nin 28/03/2016 tarih ve E:2015/4528, K:2016/1687 Sayılı kararı ile 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 48. maddesi uyarınca eksik harç ve posta giderinin tamamlanmaması sebebiyle Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 18/09/2015 tarih ve E:2014/1968, K:2015/1076 Sayılı kararının temyiz edilmemiş sayılmasına karar verilmiş; davacı tarafından bu kez adli yardım talebinin kabulü gerektiği iddiasıyla karar düzeltme isteminde bulunulmuştur. Karar düzeltme dilekçesinde öne sürülen nedenler 2577 Sayılı Kanun'un 54. maddesine uygun bulunduğundan, davacının karar düzeltme isteminin kabulüyle Danıştay Onuncu Dairesi'nin 28/03/2016 tarih ve E:2015/4528, K:2016/1687 Sayılı kararı kaldırılarak… KARAR: …Davacının karar düzeltme dilekçesinde yer alan adli yardım isteminin Dairemizin 06/02/2017 tarih ve E:2017/12 Sayılı kararı ile reddine karar verilmiş ve devamla davacı tarafından karar düzeltme harcı ve posta gideri karşılanmış ise de…",* Danıştay 10. D, 01.03.2018, E. 2017/12, K. 2018/943.

118 HMK m. 335/3 uyarınca adli yardım kararı, hükmün kesinleşmesine kadar devam eder.; Adli yardımın, kanun yolu başvurusunun kim tarafından yapıldığından bağımsız olarak geçerli olduğu ve kararın kanun

HMK'da adli yardım talebine ilişkin karar bakımından -özel bir itiraz imkânı mevcut olup-, kanun yolu başvurusu söz konusu olamayacaktır[119]. HMK'nın 337. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, adli yardım talebinin reddi[120] kararına karşı yapılan itiraz neticesinde verilen kararlar kesin niteliklidir. Buradaki kesinliği, aynı fıkra uyarınca; koşullar değiştiğinde yeniden adli yardım talebinde bulunmak mümkün olduğundan[121]; maddi değil; şekli anlamda bir kesinlik olarak anlamak gerekmektedir[122].

Bu noktada, yargılama sırasında adli yardım talebi üzerine yargı yeri tarafından verilen kararın, hukuki niteliği de ayrı bir konudur. Bilindiği üzere, yargı yeri tarafından verilen kararlardan yargılamanın devamını, ilerlemesini sağlayan kararlar ara karar olarak kabul edilmekte iken; yargılamayı sona erdirip mahkemenin dosyadan el çekmesi sonucunu doğuran kararlar; nihai karar olarak kabul edilmektedir[123]. Bu çerçevede; adli yardım kararının ara karar niteliği taşıdığını söylemek mümkündür[124]. Bu kabulün sonucu olarak, HMK m. 337 deki özel itiraz usulü öngörülmüş olup-söz konusu kararların kanun yolu incelemesine konu olması mümkün değildir. Ancak bu karar, hükmün kanun yolu incelemesi sırasında denetime tabi tutulabilecek niteliktedir[125]. Danıştay da maddedeki özel itiraz usulünün öngörülmesinden önceki çeşitli kararlarında bu durumu ifade etmiştir: "*Diğer taraftan, 1086 sayılı Kanunun 469. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 337. maddesinde; adli yardım talebinin kabul veya reddine ilişkin kararlar aleyhine hiçbir kanun yoluna müracaat edilemeyeceği hükümlerine yer verilmiş ise de buradaki kesinlik, ara kararı niteliğinde bulunan*

---

yolu incelemesinde bozulması halinde de geçerliliğini korumaya devam edeceği hakkında bkz. Kılınç, Kitap, s. 270.; ATALAY, Pekcanıtez Usûl, s. 2426.; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 791., İlk derecede adli yardım talebinin kabulü sonrasında, istinafta tekrar adli yardım talebinde bulunulması halinde ikinci adli yardım talebinin, ilkinin geçerliliğini koruması sebebiyle incelenmeksizin reddedebileceği; adli yardım talebi ile istinaf dilekçesi verilmesi halinde ise, ilk derece mahkemesinin dosyayı Bölge İdare Mahkemesine göndereceği, istinaf merciince talebin kabulü halinde taraflara tebligat yapılarak tekemmül aşamasına geçileceği; ilk derece mahkemesinin bu son yolu izlemeyerek karşı tarafa tebliğde bulunması halinde talebin reddi durumunda itiraz sürecinin, kabulü halinde istinaf hakkında karar sürecinin başlayacağı hakkında bkz. Yüksel Navdar - Hüseyin Aydemir -Kadri Ergün , **İdari Yargıda Kelem Yönetimi ve Uygulamaları**, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Şubat 2018, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dosyalar/pdf/kalem_2018.pdf, s. 67, 68., (13.03.2019)

119 Bkz. Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 793.; Candan, s. 827.

120 Mahkeme,- HMK m. 338 uyarınca- koşulların değişmesi halinde, verdiği adli yardım kararının kaldırılmasına karar verebilir.

121 Bkz. HMK m. 337/2.

122 Pekcanıtez-Atalay- Özekes, s. 550.; Kılınç, Kitap, s. 243, 244.; Ayrıca bkz. madde hükümet gerekçesi (m. 341), https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf.

123 Çağlayan, s. 395, 396.

124 Kılınç, Kitap, s. 245.; Daha önce ifade edildiği üzere; adli yardım çekişmesiz yargı işi olup, basit yargılama usulü söz konusudur.

125 Doktrinde, HMK 337. maddenin ilk halinde adli yardım talebinin kabul ya da reddine ilişkin kararlara karşı açıkça kanun yoluna başvurulamayacağına ilişkin düzenleme mevcut iken, bu düzenleme olmasa idi söz konusu kararların esas hüküm ile denetiminin mümkün olabileceğini ifade edilmektedir. Kılınç, Kitap, s. 245.; Bkz. Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 793.

adli yardım isteminin kabulü veya reddi yolundaki kararlara münhasır olup, bu kararlara karşı müstakilen itiraz veya temyiz yoluna başvurulamayacağı anlamındadır. Bununla birlikte, uyuşmazlık hakkında verilen temyize konu olabilecek nitelikte bir kararın, temyiz mercii tarafından incelenmesi aşamasında, yargılamanın seyrini değiştiren adli yardım talebinin reddine veya kabulüne ilişkin kararın, anılan Kanununun ilgili hükümlerine ve hukuka uygun bulunup bulunmadığı yönünden incelenebileceğinde tereddüt bulunmamaktadır…"[126]. Anayasa Mahkemesi de, Danıştay'ın bu yönde istikrarlı bir uygulaması bulunduğundan ve adli yardımın reddi yönündeki kararın etkili şekilde denetiminin mümkünlüğünden bahsetmektedir[127].

Usule ilişkin değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, davacıya adli yardım sebebiyle yargılama giderlerinden sağlanan geçici muafiyetin (ya da avans olarak ödenen miktarların); davanın reddi halinde ne olacağı hususudur. HMK'nın 339. maddesi uyarınca, " *(1) Adli yardım kararından dolayı ertelenen tüm yargılama giderleri ile Devletçe ödenen avanslar dava veya takip sonunda haksız çıkan kişiden tahsil olunur. Adli yardımdan yararlanan kişinin haksız çıkması hâlinde, uygun görülürse yargılama giderlerinin en çok bir yıl içinde aylık eşit taksitler hâlinde ödenmesine karar verilebilir. (2) (Ek: 11/4/2013-6459/ 24 md.) Adli yardım kararından dolayı Devletçe ödenen veya muaf tutulan yargılama giderlerinin tahsilinin, adli yardımdan yararlananın mağduriyetine neden olacağı mahkemece açıkça anlaşılırsa, mahkeme, hükümde tamamen veya kısmen ödemeden muaf tutulmasına karar verebilir…"*[128]. Ancak, burada adli yardım talebinde bulunan (ya da adli yardımdan yararlanan) kimsenin zaten yargılama giderlerini karşılamada ekonomik zorluk içinde düşünüldüğünde, giderlerin davayı kaybetmesi halinde kendisinden tahsil edileceği düşüncesiyle; davayı kazanma konusunda en ufak tereddütü bulunması halinde; dava açıp açmama/ süreçte gidere sebep

---

126 Danıştay 10. D, 10.10.2011, E. 2008/1136, K. 2011/4131; Danıştay 10. D, 09.03.2010, E. 2008/2007, K. 2010/1843; Ayrıca bkz. Kılınç, Kitap, s. 245.

127 "…*Zira, aynı Dairenin "uyuşmazlık, hakkında verilen temyize konu olabilecek nitelikte bir kararın temyiz mercii tarafından incelenmesi sırasında yargılamanın seyrini değiştiren adli yardım talebinin reddine veya kabulüne ilişkin kararın hukuka uygun bulunup bulunmadığı yönünden incelenebileceğinde tereddüt bulunmadığı ve koşulları gerçekleşmiş bulunan adli yardım talebinin kabulü yönünde karar verilmesi gerekirken adli yardım isteminin reddi ile sonrasında davanın açılmamış sayılması yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı" gerekçesiyle vermiş olduğu birçok bozma kararı bulunmaktadır (bkz. Danıştay 10. Dairesi, E.2007/8643, K.2007/6601, K.T. 31/12/2007; E.2008/9481, K.2009/1708, K.T. 16/3/2009)…" Buna göre, adli yardım talebinin reddi sonrasında verilen davanın açılmamış sayılmasına ilişkin karara karşı açık olan temyiz yolunun, adli yardım talebi hakkında verilen kararın hukuksal denetimi yönünden başarısız olacağı iddiası ispat edilemediğinden anılan karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması, iddia edilen ihlalin giderilmesi bakımından etkili ve öncelikli olup, bir ihlal iddiasının başvuru yolları tüketilmeden Anayasa Mahkemesince bireysel başvuru kapsamında incelenemeyeceği yolundaki kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir neden bulunmamaktadır (B. No: 2013/2844, § 48)…"* Anayasa Mahkemesi, 10.03.2015, B.N. 2013/7323.; Anayasa Mahkemesi, 20.03.2014, B.N. 2013/2844; Anayasa Mahkemesi, 20.03.2014, B.N. 2013/7322.; Aksi görüş için bkz. Akbal, s. 164.

128 Bu düzenleme uyarınca adli yardımdan yararlananın davayı kazanması halinde, davanın karşı tarafı muafiyet sağlanan giderleri ödeyecektir.; Bkz. Arslan-Yılmaz-Ayvaz Taşpınar-Hanağası, s. 726, 727.

olacak talepte bulunma konularında da çekimser kalabileceği dikkate alınmalıdır[129]. Bu noktada, anılan maddenin 2. fıkrası etkin görev görebileceğinden, yargı yerlerince bu hükmün uygulanacağı noktasında kişilerde kanaat uyandırmak söz konusu sıkıntıyı belki bir derecede azaltabilecektir. Nitekim, adli yardımdan yararlanan davacının haksız bulunması halinde, muaf tutulan giderlerin kendisinden tamamıyla tahsil edilmesine ilişkin düzenlemeye; ikinci fıkra ile kısmı/tamamen muafiyet imkanı getiren hükmün madde gerekçesinde açıklama olmamakla beraber, düzenlemenin içinde bulunduğu 6459 sayılı Kanun[130]'un genel gerekçesinde *"…Geçmiş yıllarda yapılan başvuruların neticeleri gözönüne alındığında, AİHM tarafından ön koşullar açısından yapılan değerlendirmeyi geçebilen başvuruların çoğunun ihlal kararı ile sonuçlanacağı öngörülmektedir. Bugüne kadar yargı reformlarıyla insan hakları konusunda sürekli olarak iyileştirmeler yapılmıştır. Tasarı ile, insan haklarına saygı ve bu konuda ortaya çıkan aksaklıkları iç hukukumuzda çözüme bağlama ilkelerinin gereğinin yerine getirilebilmesi ve ülkemizin AİHM önündeki davalar açısından görünümünün daha iyi bir noktaya taşınabilmesi amacıyla, AİHS tarafından koruma altına alınan hakların ihlaline sebebiyet verebilen çeşitli kanunlardaki ilgili hükümlerde değişiklik yapılması ve söz konusu olabilecek ihlal durumlarının ortadan kaldırılması hedeflenmektedir…"* denilmektedir[131]. Danıştay da müddeabihin dava açıldıktan sonra artırılmasının idari yargıda mümkün olmadığı dönemde, mağdur olmamak için müddeabihi yüksek gösteren ve sonuçta davası reddedilen kimseye; bu miktar üzerinden yükletilen vekalet ücretinin söz konusu olduğu bir davada 339. maddenin 2. fıkrasına değinerek, bu aşamada yükletilen miktarın talep edilmesinin ölçülü olup olmadığının dikkate alınması gereğini vurgulamaktadır: "…*Öte yandan, 11/04/2013 tarih ve 6459 Sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 24. maddesiyle, 6100 Sayılı Kanun'un 339. maddesine eklenen fıkrada; "Adli yardım kararından dolayı Devletçe ödenen veya muaf tutulan yargılama giderlerinin tahsilinin, adli yardımdan yararlananın mağduriyetine neden olacağı mahkemece açıkça anlaşılırsa, mahkeme, hükümde tamamen veya kısmen ödemeden muaf tutulmasına karar verebilir." hükmü yer almaktadır. Maddede her ne kadar Devletçe ödenen veya muaf tutulan yargılama giderlerinden bahsedilmekte ise de, davanın reddine karar verilmesi halinde, adli yardımdan yararlanan bir davacı aleyhine hükmedilecek vekalet ücretinin miktarını da bu çerçevede değerlendirmek gerekmektedir.*

---

[129] Bkz. Yılmaz, Adli Yardım, s. 24.; Rüzgaresen, normal şartlar altında, ekonomik zorluk içinde olan kimsenin bu süre zarfında gelirinin artması beklenemeyeceğinden, davanın kaybı halinde giderlerin talep dilecek olmasını eleştirmektedir. Ancak davayı kayıp halinde tam bir muafiyet sağlanmasının da suiistimale yol açacağını dikkat çeken yazar, sınırlı bir miktarın geri ödettirilmesini önermektedir. Cumhur Rüzgaresen, **Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi**, Yetkin Yayınları, 2013, s. 164, 165.

[130] RG. 30.04.2013, S. 28633.

[131] https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0748.pdf.

Somut olayda, maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiş olması nedeniyle, adli yardım istemi kabul edilmiş olan davacılar aleyhine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca, reddedilen maddi tazminat miktarı üzerinden hesaplanan 17.200,00-TL nispi vekalet ücretine hükmedilmesi, bu açıdan da mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz bir sınırlama olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple de Anayasa'nın 36. ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırılık oluşturmaktadır…"[132]. Buradaki yorumdan hareketle, adli yardımdan yararlanan kimseden, davada haksız çıkması halinde geri ödemesi istenilecek miktar, her vakıanın kendi şartları uyarınca değerlendirilmek suretiyle belirlenmelidir.

Adli yardım konusunda usule ve bu arada yine yargılama giderlerine ilişkin bir diğer konu, adli yardım talep eden davacının, davacının davadan feragat etmesi halidir. Bu noktada, İYUK'un 31. maddesinde yapılan atıf gereği HMK'nın feragata ilişkin hükümleri de dikkate alınacaktır. Kanun'un 312 maddesi uyarınca *"(1) Feragat veya kabul beyanında bulunan taraf, davada aleyhine hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilir. Feragat ve kabul, talep sonucunun sadece bir kısmına ilişkin ise yargılama giderlerine mahkûmiyet, ona göre belirlenir".* Ancak, yargılama giderlerine mahkumiyet yönünde karar verilirken dikkat edilmesi gereken hususları HMK'nın 339. maddesi ile birlikte değerlendiren Danıştay "*…Bu durumda adli yardımdan yararlanan kişinin feragati nedeniyle sonuçlanan davada, yargılama giderlerinin tahsilinin adli yardımdan yararlananın mağduriyetine neden olup olmayacağı hususunun irdelenmesi suretiyle yargılama giderleri yönüyle bir karar verilmesi gerekirken, idare mahkemesince anılan husus irdelenmeksizin yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılma yolunda karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır…."*şeklinde karar vermiştir[133].

V. ADLİ YARDIM TALEP KOŞULLARINA İLİŞKİN BAZI HUSUSLAR

HMK'nın 334. maddesi uyarınca, adli yardımdan yararlanabilmek için *"kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olma*" ve "*taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması"* koşullarının birlikte[134] gerçekleşmesi gerekmektedir.

---

[132] Danıştay 15. D, 11.02.2016, E. 2015/3761, K. 2016/804, aynı yönde Danıştay 15. D, 22.10.2015, E. 2015/5251, K. 2015/6403, Danıştay 15. D, 21.01.2016, E. 2013/4525, K. 2016/79.

[133] Danıştay 15. D, 12.04.2016, E. 2016/2380, K. 2016/2544, Ayrıca bkz. Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 791.; Candan davanın kısmen veya tamamen kaybı durumunda, yargılama giderlerinin kısmen veya tamamen tahsil edilmesi yönündeki kanaatini belirtmektedir. Candan, s. 829.

[134] Bkz. Yılmaz, Adli Yardım, s. 18., Gözübüyük, s. 477.

1. Kendisi ve Ailesinin Geçimini Önemli Ölçüde Zor Duruma Düşürmeksizin, Gereken Yargılama veya Takip Giderlerini Kısmen veya Tamamen Ödeme Gücünden Yoksun Olma

İlk koşul bakımından vurgulanması gereken, bu koşulun gerçekleşmiş sayılabilmesi için; sadece kişinin ekonomik zorluk/yoksulluk içinde olmasının aranmayacağıdır. Kişi hayatını genel olarak/ortalama standartlarda idame ettirebilmekle beraber, yargılama faaliyeti nedeniyle ortaya çıkan masraflar sebebiyle kayda değer ölçüde maddi zorluk içine girecek olması da bu koşulun gerçekleştiğini kabule imkân verecektir[135]. Bu koşulun varlığı ya da yokluğu, mevcut durumun yargı yeri tarafından değerlendirmesine sıkı şekilde bağlıdır[136]. Yukarıda da açıklandığı üzere, adli yardım talep eden kişi bu şartın mevcut olup olmadığını *"Talepte bulunan kişi, iddiasının özeti ile birlikte, iddiasını dayandıracağı delilleri ve yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olmadığını gösteren mali durumuna ilişkin belgeleri mahkemeye sunmak zorundadır"* yönündeki HMK m. 336/2 hükmü nedeniyle yargılama giderlerini karşılayamayacak durumda olduğunu mahkemeye ispat etmek zorundadır. Burada ispat vasıtası bakımından bir sınırlama getirilmemiş, serbesti öngörülmüştür[137]. Ancak farklı şekillerde de

---

[135] Rüzgaresen, s. 165.; Kılınç, Kitap, s. 200.; Kılınç, s. 200, 201'de tarafların ya da uyuşmazlığın niteliği gereği bazı durumlarda, bu şartın aranmayabileceğinden bahsetmektedir.; Akbal, s. 154., Uygulamada davanın niteliklerinden ziyade genel olarak ekonomik şartın dikkate alınmasının söz konusu olabildiği noktasında bkz. Kılınç, Kitap, s. 200.

[136] Köksal, s. 100., Kılınç, Kitap, s. 200, 228.; Uygulamada maddi zorluk içinde olanların adli yardımdan yararlanmada ne ölçüde güçlükle karşılaştığı sorusunda ankete katılan 740 avukatın yanıtı; %6.4 hiçbir güçlük yaşanmadığı, %18.8 az güçlük yaşandığı, %26.5 orta düzeyde güçlük yaşandığı, %39 çok güçlük yaşandığı, %9.5 oldukça çok güçlük yaşandığı şeklinde olmuştur. Akıncı, s. 213, 214.; "*…davacı vekilince, 23.6.1997 tarihli dilekçeyle Diyarbakır İdare Mahkemesi Başkanlığına başvurularak; davacıların yasada öngörülen şartları taşıdığının Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan davada kanıtlanmış olması nedeniyle adli yardım isteminin kabul edildiği, müvekkillerinin harç ödeme gücünün bulunmadığı, dava açılırken istenen posta ücretinin kendisince ödendiği, ekli sözleşmede yer aldığı üzere avukatlık ücretinin de hükmedilecek tazminattan alınacağı belirtilmek suretiyle kararın kaldırılmasının istenildiği, bunun üzerine idare mahkemesince 25.6.1997 tarihli kararla; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 469.maddesi uyarınca adli yardım talebinin kabul veya reddine ilişkin kararların kesin olması nedeniyle Mahkemelerinin bu konudaki kararının kaldırılamayacağı, kaldı ki davanın avukat marifetiyle takip edilmesi ve adli yardım kapsamı içinde yer alan tebligat ücretinin yatırılmış olduğu hususları dikkate alındığında, bu davada adli yardım talebinin kabul edilemeyeceği gerekçesiyle itirazın reddedildiği, ardından eksik harç giderinin tamamlanması isteğiyle 4.8.1997 tarihli ikinci bildirimin yapıldığı, eksikliğin tamamlanmaması üzerine temyize konu kararla davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır…Öte yandan, davanın avukat aracılığıyla takip edilmesi, tek başına adli yardım talebinin reddedilmesi için yeterli olmayıp diğer unsurlarla birlikte dikkate alınması gereken bir hususdur. Nitekim, dosyada bulunan avukatlık ücreti-sözleşmesinde, davacıların peşin ücret ödemedikleri ve ücretin dava sonucunda hükmedilecek tazminattan alınacağının belirtildiği görülmektedir…*", Danıştay 10. D, 07.11.2000, E. 1998/1484, K. 2000/5524.

[137] Kılınç, Kitap, s. 227-229.; Sosyal güvenlik kurumu, vergi/tapu daireleri gibi birimlere başvurarak elde edilecek belgelerle ekonomik yetersizlik ispatının HMK sistemi içinde mümkün olduğu; ancak yoksulluk belgesinin de ispat hususunda yine de kullanılabildiği yönünde, aynı yazar/eser, s. 227, 228; HUMK m. 468, "*Müzahereti adliye davanın ikame edileceği mahkemede tahriren veya şifahen talep olunur. İşbu talepte davanın hulasasiyle istinat edilecek esbabı sübutiyenin neden ibaret olduğu beyan edilmek lazımdır. Bununla beraber mahalli belediyesinden veya heyeti ihtiyariyesinden alınmış bir şahadetname verilir. Şahadetnamede talibin sanat ve sıfatiyle servetinin ve Devlete vermekte olduğu verginin miktarı ve ailesinin hal ve vaziyeti ve dava masrafını tesviyeye kudreti olmadığı yazılır…"* hükmü mevcut iken de, adli

olsa; "tam" ispat gerekmektedir[138]. Bu bağlamda, medeni usul hukuku alanında da yargı yerinin bu hususu resen araştırabileceği kabul görmektedir[139]. İdari yargı yerleri bakımından ise, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu düşünüldüğünde yargı yerinin bu konuda geniş yetkiye sahip olduğu kabul edilmelidir. Nitekim HUMK'nın 468. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde dahi; idari yargı yerlerinin anılan belgelerin içeriği konusunda katı davranmakla beraber; bu belgeleri ilgili yerlerden temin yoluna gittikleri; hatta sosyal güvenlik müdürlüğü, tapu müdürlükleri gibi idarelerle yazışma yaparak, ekonomik zorluk koşulunu tespite çalışıldıkları uygulamacılar tarafından ifade edilmektedir[140].

Bu noktada, medeni usul hukuku alanında farklı görüşlerin bulunduğu konu; anılan koşulun sağlandığı iddiası bağlamında karşı tarafa açıklama imkânı verilip verilmeyeceğidir. Doktrinde; anılan durumun varlığının yanlışlıkla tespitinin davanın diğer tarafı ya da yargı yerinin kararını etkilemeyeceğinin ifade edildiği; karşı görüş olarak da, adli yardımdan faydalanan kimseyi avantajlı hale getirmesi sebebiyle bu imkânın karşı tarafa sağlanması gerektiği yönündeki görüşlerin bulunduğu aktarılmaktadır[141]. Rügaresen, HMK m. 334/1'de belirtilen çerçevede ödeme güçlüğü resmi belgeler aracılığıyla ispatlanıyorsa, karşı tarafın görüşünün gerekli olmadığı ancak; mahkemenin yanıltıldığı iddiasını ispat imkânının da karşı tarafa verilmesi gerektiğini ileri sürülmektedir[142]. İdari yargı denetiminin tarafların menfaat ve haklarını sağlamanın ötesinde, idarenin hukuk kuralları çerçevesinde hareket etmesini sağlayarak, hukuk düzenini koruduğu ve davalı idarenin birey karşısında her zaman daha güçlü durumda olduğu düşünüldüğünde; bu tartışmanın idari yargı bakımından adli yargıda olduğu ölçüde anlam ifade etmediği açıktır[143]. Çünkü idari yargıda mühim olan, idarenin denetlenmesi yolunun mümkün olduğunca etkin şekilde kullanılmasının sağlanmasıdır.

2. Taleplerinin Açıkça Dayanaktan Yoksun Olmaması

Burada adli yardım talebinde bulunan kimsenin haklılığı (haklı oldukları

yargı yerlerinin başkaca delillerin de ispat vasıtası olarak kabul ettikleri ifade edilmektedir. Kılınç, Kitap, s. 225 vd.; ayrıca bkz. Akbal, s. 162., Uygulamada ispat hususunda genellikle Sosyal Güvenlik Kurumundan alınan gelirin bulunmadığına dair yazı, tapu ya fa trafik sicilinden alınan belgelerin adli yardım taleplerinde yargı yerlerine sunulduğu belirtilmektedir. Arslan-Yılmaz-Taşpınar Ayvaz-Hanağası, s. 726.; HUMK döneminde çeşitli idari yargı uygulama örnekleri için bkz. Yılmaz, Adli Yardım, s. 17.; Köksal, s. 100, 101, Yine bkz. Kılınç, Kitap, s. 325, 326.; Ayrıca yoksulluk belgesinin reddinin iptal davasına konu olabilecek olması yönünde Danıştay kararı için bkz. Yılmaz, Adli Yardım, s. 17, 18.; Ayrıca bkz. Kılınç, Kitap, s. 225, 226, 326.

138 Atalay, Pekcanıtez Usûl, s. 2426.; Pekcanıtez-Atalay-Özekes, s. 550.

139 Kılınç, Kitap, s. 229.,

140 Köksal, s. 101.; Ayrıca bkz. Akbal, s. 162, 163.

141 Rüzgaresen, s. 165.

142 Rüzgaresen, s. 165, 166.

143 Ayrıca bkz. dpn.104.

yönünde kanaat oluşturmak)[144] konusunda yargıcı tam olarak değil, yaklaşık[145] şekilde ispat etmesi yeterli görülmektedir[146].

Medeni usul hukukunda, söz konusu ispatın adli yardım talebinde bulunan tarafa ait olduğu; mahkemece resen araştırma yapılmasının güçlük oluşturabileceği ifade edilmektedir[147]. Bu noktada ise, tarafların söz konusu durumu kanıtlamak için hangi vasıtaları kullanabilecekleri meselesi ortaya çıkmaktadır[148]. Ancak söz konusu tartışma, idari yargı bakımından pek de anlam ifade etmemelidir. Çünkü idari yargıda resen araştırma ilkesi geçerli olup, bütün deliller takdiri niteliktedir ve idari yargıcın delilleri değerlendirme noktasında geniş bir yetkisi bulunmaktadır[149]. İdari yargı yerlerinin, haklılığın ispatına yönelik bir vasıta sunulmaması halinde, bu konuda araştırma yaptığı ifade edilmektedir[150]. Ancak bu durumda da; aynı zamanda karşı taraf sürece dâhil edilmeden esasa yönelik araştırma yapıldığı, anılan durumun ihsası reyde bulunmak anlamına geleceği endişesi ifade edilmektedir[151]. Köksal, yargı yerlerinin zaman zaman yaptığı üzere, sadece ilk koşulun (ekonomik güce ilişkin) mevcut olmasının adli yardım talebinin kabulü için yeterli olması gerektiği ancak bu duruma ilişkin belge almanın kolaylığının da sorun yaratabileceğine dikkat çekmektedir[152]. İdarenin işlem ve eylemlerine idari yargı yolunun açılarak denetimin sağlanması ile yargılama giderlerinin devlet hazinesinden karşılanması[153] arasında mukayese yapılması halinde; talebin açıkça dayanaktan yoksun olmama koşulunun daha esnek yorumlanması; hatta yargılama giderlerini karşılamada, kanunda belirtilen ölçüde ekonomik zorluk koşulunun yeterli sayılabilmesini olağan karşılamak gerekir. Adli yardım ku-

144 HUMK da ve HMK nın konuya ilişkin ilk düzenlemesinde bu ifade tercih edilmişti. Bkz. Budak, s. 431, 432.; Ayrıca bkz. HMK m. 336/2, HUMK m. 468.

145 Pekcanıtez-Atalay-Özekes, s. 548, 550.; AKBAL, s. 155.; Yılmaz, Adli Yardım, s. 18.

146 "Haklı olma" kriteri, yargı yerinin, kişinin haklı olma ihtimalinin haksız olma ihtimalinden daha fazla olduğu yönünde ikna edilmesi olarak kabulü konusunda bkz.. Kılınç, Kitap, s. 230.; Dava açılmadan önce anılan ispatın yapılmasının aranmasının eleştirisi için bkz. Kılınç, Kitap, s. 231.; Akbal, "haklı olma" konusunda yorum yapan yargı yerinin adli yardım kurumunun amacı ve gereklerini dikkate alması gereğinden ,aksi durumun davanın başında hakimin kanaatini belirtmesi anlamına geleceğine değinmektedir. Akbal, s. 155, 156.; 6459 sayılı Kanun ile HMK 334. maddedeki "haklı olma" koşulu; "talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması" haline getirilmiştir. Bu tercihin gerekçesi, adli yardımın kapsamının genişletilmesi isteği olarak gösterilmektedir (Gerekçe, m. 18). Bkz. https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0748.pdf.; Ayrıca adli yardım talebi şartları bağlamında HUMK döneminde beyan yeterli iken, HMK ile şartların oluştuğuna dair delillerin mahkemeye sunulması zorunluluğu getirilmesi hususunda bkz. Kılınç, Kitap, s. 231., Ayrıca bkz. Gözübüyük, s. 477.

147 Kılınç, Kitap, s.166, 167.; Adli yargı bakımından ispatın yöntemi konusunda bkz. Kılınç, Kitap, s. 232, 233.

148 Bkz. Kılınç, Kitap, s. 232, 233.

149 Çağlayan, s. 372.

150 Köksal, s. 102.

151 Köksal, s. 102. ; Köksal, aynı sayfada HUMK daki düzenleme sebebiyle yargı yerlerinin-o dönemde- ya en başta esasa ilişkin inceleme yaptıklarını ya da bu şartı yok gibi kabul ederek, ödeme gücünden yoksunluk (fakirlik) koşuluna ilişkin araştırma yaptıklarını ifade etmektedir.

152 Köksal, s. 102, 103., Yazar bu noktada, haklılık şartının araştırılarak, dava sonucu hakkında daha önceden ihtimali belirlemektense, fakirlik koşulunun yargı yeri tarafından araştırılmasını daha doğru bulmaktadır. Köksal, s. 102, 103.

153 Bkz. HMK m. 339.

rumunun, mahkemeye erişim hakkını sağlama işlevi dikkate alındığında da bu yönde bir yaklaşım daha yerinde görünmektedir. Nihayetinde adli yardım koşullarının katı yorumlanması yargılama giderlerini gündeme getirip, ekonomik zorluk içindeki bireyin idarenin işlem ya da eylemini denetletmesi imkânını ortadan kaldırabilecektir[154]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımı da bu tercihi desteklemektedir[155]: "*…AİHM, mahkemeye erişim hakkının mutlak olmayıp, özellikle bir başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin koşullarla ilgili olarak zımnen kabul edilmiş bazı sınırlamalara tabi olabildiğini, zira erişim hakkının doğası gereği devlet tarafından bir düzenlemeyi gerektirdiğini ve Sözleşmeci Devletlerin bu konuda belirli bir takdir payına sahip olduklarını hatırlatmaktadır (Bkz, Garcia Manibardo - İspanya, başvuru no: 38695/97; Zvolsky ve Zvolska - Çek Cumhuriyeti, başvuru no: 46129/99, 12 Kasım 2002). Bununla birlikte, getirilen kısıtlamalar, hakkın özünü ortadan kaldıracak ölçüde, kişinin mahkemeye erişimini engellememelidir. Ayrıca mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür sınırlamalar, ancak meşru bir amaç güdüldüğü takdirde ve hedeflenen amaç ile başvurulan araçlar arasında makul bir orantı olması halinde 6/1 maddesi ile bağdaşabilir (Nedzela-Fransa, başvuru no: 73965/01, 27 Temmuz 2006; Guérin -Fransa, 29 Temmuz 1998 tarihli karar). Bu ilkelerden, dava açma hakkının doğal olarak yasayla belirlenen şartları olmakla birlikte, mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine halel getirecek kadar abartılı şekilcilikten, öte yandan, kanunla öngörülmüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevşeklikten kaçınmaları gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır (Walchli)…"*[156] yorumu da, adli yardım koşullarının da

[154] Kaldı ki, kurumun geçici muafiyet getirmesi de, bu yaklaşımı desteklemektedir.; Köksal, fakirlik belgesi almak kolay olsa dahi, adli yardımın geçici muafiyet sağladığı düşünüldüğünde; haklılık şartının aranmaması yönünde kanaat ifade etmektedir Köksal, s. 103.

[155] Yargılama giderlerinin, mahkemeye erişim önünde dolaylı bir engel olduğu; bir kez daha vurgulanmalıdır. Bkz. Akıncı, s. 153 vd.; Ayrıca bkz. Ekinci, s. 840.

[156] Mesutoğlu-Türkiye Kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2. D., 14.10.2008, B. N. 36533/04.; Benzer yönde bkz. Golder - Birleşik Krallık Davası Mehmet Ve Suna Yiğit - Türkiye Davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5. D., 17.09.2013, B.N. 59601/09, son iki karar için bkz. Legalbank Hukuk Veri Tabanı; benzer yönde bkz. *"...Mahkemeye etkili erişim hakkı, mahkemeye başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olmasını ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasını gerektirmektedir. Özellikle hukuki belirsizlikler ya da uygulamadaki belirsizlikler kişilerin mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Geffre/Fransa, B. No: 51307/99, 23/1/2003, § 34). Bu nedenle mahkemeler usul kurallarını uygularken bir yandan adil yargılanma hakkını ihlal edebilecek aşırı seçicilikten diğer yandan da yasalar tarafından düzenlenen usul kurallarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek aşırı gevşeklikten kaçınmalıdırlar (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Walchli/Fransa, B. No: 35787/03, 26/7/2007, § 29; Eşim/Türkiye, B. No: 59601/09,17/9/2013, § 21)… 87. Sonuç itibarıyla mutlak olmayan ve sınırlandırılabilen mahkemeye erişim hakkına ilişkin sınırlandırmaların; hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması ve başvurucu üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerekir (Serkan Acar, B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 38). 88. Dava açılması konusundaki kısıtlamalar, kural olarak mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil eder. Bu kısıtlamalar, süre ve benzeri birtakım usule ilişkin şartlar öngörülerek doğrudan doğruya olabileceği gibi mahkeme önünde devam eden bir davanın taraflarının, dava konusu hak veya menfaate yönelik tasarruflarının sınırlandırılması şeklinde de tezahür edebilir. Bir tazminat veya tam yargı davasına konu olan alacağa ilişkin talep miktarının, yargılama safahatı kapsamında arttırılamaması nedeniyle alacağın*

esnek değerlendirilmesine imkan sağlamaktadır.

SONUÇ

İYUK'ta detaylı bir şekilde düzenlenmeyip, HMK hükümlerine atıf yapılmakla yetinilen adli yardım kurumunun idari yargıdaki uygulaması büyük oranda adli yargıdaki uygulama ile benzerlikler içermekle beraber, adli yargıda da tartışmalara konu olan ve yukarıda değinilen bazı hususlar, idari yargının kendine has özellikleri dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Hatta bu özellikler, adli yardım konusunda adli yargı alanında yapılan pek çok tartışmayı gereksiz kılmaktadır. Bilhassa belirtilmesi gereken şudur: Adli yardıma ilişkin hükümlerin yargı denetimi yolunu mümkün olduğunca açmaya imkân tanıyan biçimde geniş yorumlanması; adil yargılanmayı sağlayabilmenin yanısıra, hukuk devleti ilkesi ve sosyal devlet ilkesini de hayata geçirmenin önemli bir aracıdır[157]. Ancak, idari yargı denetiminde kişilerin menfaat ya da hak ihlallerinin ortadan kaldırılması yanında bozulan hukuk düzeninin yeniden sağlaması amacı baskın şekilde söz konusu olduğundan; bireylerin yargı organına ekonomik sebeplerle ulaşmalarının/yargılama sürecine etkin şekilde dâhil olabilmelerinin önündeki engellerin kaldırılarak; adli yardıma ilişkin düzenlemelerin buna imkân tanıyacak tarzda yorumu idari yargı bakımından daha büyük önem taşımaktadır.

belirli bir kısmına erişilememiş olması da belirtilen anlamda dava açılması ile ilgili bir kısıtlama olarak mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmesi gerekli olan bir konudur…", Anayasa Mahkemesi, 07.01.2016, B.N. 2013/3711.; *"… AİHM; bu ilkeler uyarınca mahkemelerin dava açılabilmesi için öngörülen yasal yükümlülükleri uygularken hem yargılama adaletinin zayıflamasına yol açacak düzeyde aşırı şekilcilikten hem de kanunlarda öngörülen usule ilişkin gereklilikleri abes hâle getirecek seviyede aşırı esneklikten kaçınması gerektiğini belirtmektedir. AİHM, kuralların belirlilik ve iyi adalet yönetimini sağlama amacına hizmet etme işlevlerini yitirmesi hâlinde ve davaların esasının yetkili mahkeme tarafından karara bağlanmasını önleyecek birtakım bariyerler oluşturma fonksiyonu görmesi durumunda mahkemeye erişim hakkının zedeleneceğini ifade etmektedir (Eşim/Türkiye, § 21)…"*Anayasa Mahkemesi, 25.12.2018, B.N. 2014/14359.; Ayrıca bkz. Çelik, s. 31 vd. , Bu noktada, özel sınırlama nedeni olmayan haklar bakımından da hakkın doğasından kaynaklanan sınırların söz konusu olduğu konusunda örneğin bkz. AYM, 14.07.2016, E. 2016/29, K. 2016/134; Anayasa Mahkemesi, 28.12.2017, E. 2016/150, K. 2017/179; Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 27.12.2018, E. 2018/62, K. 2018/117, Çelik, s. 33.

157 İdari yargıda dava açmanın maliyetli olduğu yargısına katılıp katılmadıkları sorusuna, ankete katılan idari yargıçların cevapları: % 21 hiç katılmama, %38 az, %22 orta derecede, %15 çok ,%3.4 tamamen katılma şeklinde olmuştur. Avukatların ise aynı soruya yanıtı %9.2 hiç katılmama, %19 katılma, %26 orta, %33 çok, %13 tamamen şeklinde olmuştur. Bkz. Akıncı, s. 200, 201.

KAYNAKÇA

Akbal, Mehmet, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011/93, s. 147-173.

Akıncı, Müslüm, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Turhan Kitabevi, 2008.

Akyılmaz, Bahtiyar- Sezginer, Murat- Kaya, Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, 2018.

Arslan, Ramazan – Yılmaz, Ejder – Taşpınar Ayvaz, Sema- Hanağası, Emel, **Medeni Usul Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2018.

Atalay, Oğuz, **Pekcanıtez, Usûl, Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, 2017.

Atalı, Murat – Ermenek, İbrahim, Erdoğan Ersin, **Medeni Usul Hukuku**, Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 2018.

Budak, Ali Cem, **Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu**, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018.

Candan, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Pwc Yayınevi, 2015.

Çelik, Abdullah, **Adil Yargılanma Hakkı Rehberi**, Anayasa Mahkemesi Yayını, 2014, https://www.anayasa.gov.tr/media/3503/adil_yargilanma.pdf.

Demircioğlu, Yaşar, **Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri,** Yetkin Yayınları, 2007.

Ekinci, Ahmet, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 18, Y. 2014, S. 3-4, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_3-4_30.pdf, s. 821-848.

Erem, Faruk, "Adli Yardım", **İmran ÖKTEM'e Armağan**, AÜHF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s.107-124.

Gören, Zafer, "Sosyal Devlet", **Prof. Dr. Seyfullah EDİS'e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 1-49.

Gözübüyük, A. Şeref, **Yönetsel Yargı**, 33. Bası, Turhan Kitabevi, Ağustos 2013.

İnanıcı, Hâluk, "Uluslararası Gelişmeler Işığında Adli Müzaheret", **Hukuk Ve Adalet Dergisi**, Bahar 2006, s.196-222.

İnceoğlu, Sibel, İnsan **Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı (Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler)**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Beta Yayınları, 2005.

Kılınç, Ayşe, "Bir İnsan Hakkı Olarak Adli Yardım", **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, C. 3.,Y. 2011, S.1., , https://dergipark.org.tr/download/article-file/85246, s. 1-10.

Kılınç, Ayşe, **Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım**, Adalet Yayınevi (Kitap), Nisan 2013.

Köksal, Mustafa, "Adli Yardım (Müzahereti Adliye) Kurumunun İdari Yargıdaki Uygulaması", **Terazi Hukuk Dergisi**, Aralık 2009, S. 40, s. 97-112.

Navdar , Yüksel- Aydemir, Hüseyin – Ergün, Kadri, **İdari Yargıda Kelem Yönetimi ve Uygulamaları**, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Şubat 2018, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dosyalar/pdf/kalem_2018.pdf, s. 67, 68., (13.03.2019).

Özman, M. Aydoğan, "Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın 1979 Yılında Verdiği Kararlar ", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 36, Y. 1979, S. 1, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/306/2899.pdf., s.121-146.

Pekcanıtez, Hakan- Atalay, Oğuz- Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı,** Vedat Kitapçılık, 2018.

Ruhi, Ahmet Cemal, **Adli Yardım Tebligat ve İstinabe**, Seçkin Yayınevi, Mart 2014.

Rüzgaresen, Cumhur, **Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi**, Yetkin Yayınları, 2013.

Tanrıver, Süha**, " Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2004,** S. 53, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-53-44, s. 1921-215.

Taşkın, Alim , "Adli Yardımın İşlevi ve Yargılama Giderlerinin Geri Alınma Zamanı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1999/3, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1999-19993-864, s. 831-854.

Wolff, HeinrichAmadeus – Decker, Andreas, **Studienkommentar, VwGO- VwVfG**, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2007.

Yılmaz , Ejder, "Adli Yargı Kurumunun İdari Yargıda Uygulanması", **Mali Hukuk Dergisi**, Y. 1987, S. 7., s. 12-23.

Yılmaz, Ejder, "Usul Ekonomisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 57, Y. 2008, S. 1, s. 250(vd)., http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2367.pdf, s. 243-274.

Yılmaz, Ejder, "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", **Ankara Barosu Dergisi**, 1984/2.; http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/1984-2/1.pdf, s. 200-224.

Yılmaz, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 1996.

Zimmermann-Kreher ,Anette; Hrg. Posser, Herbert- Wolff, Heinrich Amadeus, **BeckOK VwGO**, 49. Edition, C.H. Beck München, 2019 (05.08.2019).

Danıştay 8. D, 07.03.1973, E. 1971/4470, K. 1973/939, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 7, Y. 1974, S. 4, s. 216, Danıştay Kararları, 9. Sıra No'lu Karar, Hazırlayan: Hasan Basri GÜLTEKİN)

BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU ÖRNEĞİNDE "BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTE" VE "REGÜLASYON" ÜZERİNE KAVRAMSAL, KURUMSAL VE İŞLEVSEL BİR DENEME

– Telekomünikasyon (Elektronik Haberleşme) Hukukunda Regülasyon –

Serdar Yılmaz*

KONUNUN TAKDİMİ

Neoliberalizmin "ekonomi" ile "siyaset"i ayrıştırma ideali ve çabası bağlamında, devletin "ekonomi" alanındaki rolünün "oyunculuk"tan "hakemliğe" doğru evrildiği bir paradigma hüküm sürmekte olup; bu kapsamda, özellikle son çeyrek yüzyılda, "bağımsız idari otorite" tipi örgütlenme, idari teşkilatta yerini alıp ivmelenirken; mezkûr kurumlar tarafından yürütülen faaliyetlerin özgün niteliği, "idari faaliyet türleri" bakımından yeni bir kategoriyi de gündeme getirmiştir: "Regülasyon".

Kamusal yaşamın siyasi iktidar tarafından belirlenen enerji, bankacılık, telekomünikasyon gibi bazı hassas/duyarlı alanlarını -"hakem" konumunda- "regüle" etmek üzere kurulan ve literatürde yaygın biçimde "bağımsız idari otorite" olarak adlandırılan (*daha isabetli ve elverişli olması hasebiyle, "özerk regülasyon otoritesi" teriminin de pekâlâ kullanılabileceğini, hatta tercihe şayan olduğunu düşündüğümüz*) bu kurumların yapıları, hukuki statüleri, nitelikleri, işlevleri, yet-

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı (serdar.yilmaz@law.ankara.edu.tr)

[Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki lisans öğrenimimin yanı sıra, aynı Üniversite bünyesindeki hem yüksek lisans hem de doktora öğrenimim esnasında *öğrencisi*, Ankara Barosu nezdindeki avukatlık stajımda *stajyeri* ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı'nda *asistanı* ve *meslektaşı* olduğum saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Metin GÜNDAY'a; kendisine takdim etmek üzere hazırladığımız Armağan Kitap (*PROF. DR. METİN GÜNDAY ARMAĞANI*) kapsamında kaleme aldığım işbu akademik makale vesilesiyle, "hukuk"a ve "hayat"a dair öğrettiği her şey için teşekkürlerimi sunar; yine bu vesileyle, *öğrencisi*, *stajyeri*, *asistanı* ve *meslektaşı* olmaktan onur duyduğum değerli Hocam'a, en derin saygılarımı arz ederim.**]**

kileri ve denetimleri bakımından, diğer idari kuruluşlara nazaran oldukça önemli farklılıklar ve özgün yanlar bulunduğu; keza "regülasyon" faaliyetinin, diğer idari faaliyetlerden ayrı bir kategori sayılmayı gerektirecek ölçüde farklılıklar ihtiva eden özgün boyutlarının mevcut olduğu malumdur. İşte bu kurumların doğumuna yol açan sebeplerin karşılaştırmalı bir perspektifle ele alınması suretiyle, anılan ayrıksı kurumları ifade etmek için hangi terminolojinin tercih edilmesinin daha uygun olacağı ve bunların yürüttüğü "regülasyon" faaliyetinin nasıl tanımlanacağı, hukuken nasıl tavsif edileceği gibi başlıca meseleler, makalemizin çıkış noktasını oluşturmaktadır.

Buradan hareketle, bağımsız idari otoritelerin en tipik ve en mühim örneklerinden biri olan "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu"nun (BTİK / Kurum), "yapısal" ve "işlevsel" açıdan ele alınması suretiyle, "'telekomünikasyon' / 'elektronik haberleşme' hukukunda regülasyon"un hukuksal çerçevesinin açıklığa kavuşturulması ise, makalemizin esasını teşkil etmektedir. Bu bağlamda, "bağımsız idari otorite" ve "regülasyon" konusu, BTİK özelinde/örneğinde, çeşitli yönlerden eleştirel bir gözle irdelenmek suretiyle; hem söz konusu kurumların hem de bu kurumların yürüttüğü faaliyetin özgün niteliğine dair bütüncül bir bakış açısı sunulmaya çalışılmaktadır.

Bu anlamda, makalede öncelikle, "ekonomik kamu hukuku"nun odağında yer alan, "multidisipliner" nitelik taşıyan ve birbirinin mütemmimi olan iki kavramın -"bağımsız idari otorite" ve "regülasyon"un- hukuki veçhesi üzerinde durularak terminolojik tercih ortaya konulmakta ve yapılan kavramsallaştırma ile konunun kuramsal altyapısı teşekkül ettirilmektedir.

Ardından ise, bir bağımsız idari otorite olan BTİK'in, ilkin, kurumsal yapısı ve idari teşkilat içerisindeki konumunun izahını müteakip; adı geçen Kurum'un "regülasyon" yetkileri, bilhassa "düzenleme", "denetleme", "yaptırım uygulama", "uzlaştırma" ve "yetkilendirme" şeklindeki beşli tasnifle incelenmekte; bilahare, BTİK ile diğer bağımsız idari otoriteler arasındaki yetki paylaşımına değinildikten sonra da, BTİK'in işlem ve eylemlerinin yargısal denetimine temas edilmektedir. Bu noktada, "betimleyici" yaklaşımdan ziyade, konuyla ilgili başlıca sorunların tespit, teşhis ve tahliline dair "irdeleyici" bir yaklaşım esas alınmaktadır.

Ezcümle, tercih edilen başlıktan da anlaşılacağı üzere, bir makalenin sınırlarını epeyce zorlayacak kadar "geniş" nitelik arz eden bu konu, sistematik bir bütünlük içerisinde, "tüketici" olma iddiası taşımaksızın, önemli görülen noktalara/sorunlara yoğunlaşmak suretiyle, çeşitli açılardan tahlil edilmekte; bu itibarla, dinamik bir alan olan "telekomünikasyon / elektronik haberleşme hukuku"nda regülasyonun tabi olduğu hukuki rejimin temelleri, mevzuat ve tatbikattaki gün-

cel gelişmeler ışığında, eleştirel bir yaklaşımla ortaya konulmaktadır. Bu çerçeve içerisinde, "ekonomi" ile "siyaset"i ayrıştırma idealindeki neoliberalizmin ürünü sayılan "bağımsız idari otorite" tipi örgütlenmenin, bir "yanılgı"dan ibaret olup olmadığı hususu ise, okuyucuların müşahedesine bırakılmaktadır.[**]

GİRİŞ

Küreselleşme sürecinin giderek ivme kazandığı, rekabete dayalı serbest piyasa ekonomisinin hüküm sürdüğü ve bilgi, teknoloji ve iletişim çağının yaşandığı günümüzde, "telekomünikasyon" ya da "elektronik haberleşme"[1] sektörü, şimdiye dek hiç olmadığı kadar ön plana çıkmış; özellikle liberalleştirme ve özelleştirme süreçleri sonucunda, büyük bir hızla gelişim sergilemiştir. Öyle ki, teknolojik gelişmelere paralel olarak telekomünikasyon sektöründe yaşanan değişimler, hukukun "yakalamakta zorlandığı" bir dinamizmi de beraberinde getirmiş ve hâl böyle olunca, telekomünikasyon hukukunun, bu evrime ayak uydurmasını sağlayıcı mekanizmalara işlerlik kazandırılması ihtiyacı kendisini göstermiştir.

Öte yandan, "(ekonomik) kamu yararı"[2] ile doğrudan bağlantılı olan ve esasen "kamu hizmeti"[3] niteliğini haiz bulunan telekomünikasyon hizmetlerinin, bireylere gereği gibi sunulabilmesi bakımından, telekomünikasyon sektöründe bilhassa "serbest (düzgün) rekabet"i gerçekleştirmeye yönelik önlemlerin alınması zarureti de ortaya çıkmıştır.

İşte, stratejik bir nitelik arz eden telekomünikasyon sektöründe, hizmet su-

[**] ***İNCELEME PLANI***:
GİRİŞ; **I.** KAVRAMSAL VE KURAMSAL ÇERÇEVE, **A.** "Bağımsız İdari Otorite" veya "Özerk Regülasyon Otoritesi" Kavramı: *"Devlet içinde devletçikler" (mi?)*, **B.** "Regülasyon" Kavramı: *Regülasyondan "deregülasyon"a (mı?); yoksa "reregülasyon"a (mı?)*; **II.** BİR BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTE ÖRNEĞİ OLARAK BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU (BTİK), **A.** Genel Olarak, **B.** BTİK'in Yapısı ve Konumu: *Kurumsal Açıdan BTİK*, **1.** BTİK'in Kurumsal Yapısı ve Özellikleri, **2.** BTİK'in Türkiye Cumhuriyeti İdari Teşkilatı İçindeki Konumu, **C.** BTİK ve Regülasyon: *İşlevsel Açıdan BTİK*, **1.** Genel Olarak BTİK'in Görev ve Yetkileri, **2.** BTİK'in Başlıca Regülasyon Yetkilerinin Sistematik Hukuksal Çerçevesi, **a.** Düzenleme, **b.** Denetleme, **c.** Yaptırım Uygulama, **d.** Uzlaştırma, **e.** Yetkilendirme, **3.** BTİK ile Diğer Bağımsız İdari Otoriteler Arasında Yetki Paylaşımı, **D.** BTİK'in Yargısal Denetimi; **III.** SONUÇ YERİNE

[1] Bu makalede, "*telekomünikasyon*" ve "*elektronik haberleşme*" terimleri/kavramları, birbirinin yerine, özdeş biçimde kullanılmaktadır. Bu noktada, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nda (bkz. *infra.*, dn.72) öngörülen "elektronik haberleşme" terimine değgin kısa bir eleştirel değerlendirme için bkz. K. Burak ÖZTÜRK, "Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği", **Ankara Barosu Dergisi**, 2009, Y.67, S.1, s.27, dn.3.

[2] Telekomünikasyon hizmetlerinin "ekonomik kamu yararı" (*general economic interest*) ile yakın ilintisi ve toplum açısından ehemmiyeti yönünde bkz. Javier BARNES, "The Evolution of the Public/Private Divide: A Functional Approach to Administrative Law (Regulatory Activities and Public Services)", **Le Futur du Droit Administratif / The Future of Administrative Law**, (Ed.: Jean-Bernard AUBY / Émilie CHEVALIER / Emmanuel SLAUTSKY), LexisNexis, Paris, 2019, p.81.

[3] Telekomünikasyon hizmetlerinin, kural olarak, "kamu hizmeti" niteliği taşıdığı konusunda bkz. Ali ULUSOY, **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2002, s.16 vd.; Eser US, **Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet**, On İki Levha Yay., İstanbul, 2012, s.76-78; Hüseyin ALTAŞ, **Telekomünikasyon Hukuku Ders Notları, 1. Bölüm**, s.2, (huseyinaltas.net, E.T.15/12/2010); K. Burak ÖZTÜRK, *op. cit.*, s.35 vd.

nanların (işletmecilerin) ve hizmetten yararlananların (hizmet kullanıcılarının) menfaatlerini dengelemeye yönelik olan "serbest (düzgün) rekabetin sağlanması" amacı bakımından, bu alanın "hakem" konumundaki "*üçüncü bir göz*"[4] tarafından "regüle" edilmesi şarttır.[5] Bu noktada ise, söz konusu hakemlik görevini üstlenecek olan "bağımsız idari otorite" ("özerk regülasyon otoritesi") ve bu otoritenin yürüteceği faaliyet olan "regülasyon", *kilit kavramlar* olarak karşımıza çıkmaktadır.

Nitekim, bu çalışmada da, söz konusu kavramlar ekseninde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTİK)[6], yapısal ve işlevsel özellikleri itibariyle ele alınarak; bağımsız idari otorite ve regülasyon konusu, BTİK özelinde, çeşitli açılardan eleştirel bir gözle irdelenmektedir.

Bu bağlamda, ilkin, bağımsız idari otorite ve regülasyon kavramlarının ne anlama geldiği izah edilmek suretiyle kavramsal çerçeve çizilerek, konunun kuramsal altyapısı ortaya konulmakta **(I)**; ardından ise, bir bağımsız idari otorite örneği olarak BTİK'in kurumsal yapısı, bazı önemli işlevsel özellikleri ile yargısal denetimi üzerinde durulmakta **(II)** ve nihayet, konuyla ilgili genel bir değerlendirme yapılmakta **(III)**; böylece, "ekonomik kamu hukuku"nun[7] odağında yer aldığı düşünülen ve esasen -tercih edilen başlıktan da anlaşılacağı üzere- bir makalenin sınırlarını epeyce zorlayacak kadar "geniş" nitelik arz eden bu konu, sistematik bir bütünlük içerisinde, "tüketici" olma iddiası taşımaksızın, önemli görülen noktalara yoğunlaşmak suretiyle, çeşitli açılardan tahlil edilmektedir.

---

4 Bkz. Begüm İSBİR, "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2010, C.14, S.1, s.342.

5 Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin yapmış olduğu şu genel belirlemeleri aktarmakta yarar vardır: "*Elektronik haberleşme sektörü, bireysel haberleşmeyi sağlamasının yanı sıra, bilgi toplumunun temel altyapısını oluşturan ve kendi başına ekonomik değeri olan stratejik bir sektördür. Teknolojideki büyük gelişim, telekomünikasyon sektörünün yapısını değiştirmiş, bu çerçevede bir taraftan pazar sınırlarının ortadan kalkması, diğer taraftan sektördeki ürün çeşitliliğinin genişlemesi, telekomünikasyon hizmetlerini hayatın vazgeçilmez bir parçası hâline getirerek, piyasadaki arz ve talep dengelerinin yeniden oluşmasına yol açmıştır. Küresel düzeyde yaşanan bu gelişmeler, telekomünikasyon hizmetlerinin geleneksel tekelci ve devletçi yapıdan çıkarılarak, özel sektörün de katılımıyla rekabetçi bir ortamda verilmesi sonucunu doğurmuş ise de; yeni operatörlere yetki veya lisans verilmesi, bu operatörlerin piyasaya girişindeki engellerin kaldırılması, piyasaya yeni giren operatörlerle üzerine evrensel hizmet ara bağlantı görevi yüklenmiş olan operatörlerin birbirine bağlı olup olmadıklarının izlenmesi ve yüksek maliyetli veya düşük getirili yerlerde de hizmet sunumunun sağlanması gibi gereklilikler, elektronik haberleşme sektörünün bağımsız kuruluşlar tarafından düzenlenmesi ve denetlenmesini zorunlu kılmaktadır.*" Bkz. **AYM**: E.2008/115, K.2011/86, T.02/06/2011 (RG: T.17/03/2012, S.28236).

6 "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu" için, uygulamada (Kurum'un resmî internet sitesinde ve yargı kararlarında da) yaygın biçimde "BTK" kısaltması kullanılmakla birlikte; anılan kısaltmada, Kurum'un adındaki "*İletişim*" kelimesi karşılanmadığından, biz bu çalışmada, Kurum'un adında geçen tüm kelimelerin ilk harflerini içeren "BTİK" şeklindeki kapsayıcı kısaltmayı kullanmayı tercih etmiş bulunmaktayız.

7 Özellikle son dönemde popüler hâle gelen "*ekonomik kamu hukuku*"nun kapsamı ve içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut TAN, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2010.

I. KAVRAMSAL VE KURAMSAL ÇERÇEVE

A. "Bağımsız İdari Otorite" veya "Özerk Regülasyon Otoritesi" Kavramı: *"Devlet içinde devletçikler"*[8] *(mi?)*

Türk idare sisteminin belirgin verileri ve genel ilkeleri karşısında bağımsız idari otoritelerden söz etmenin, "*fantezist bir girişim*" olarak görülebileceği[9] endişesi dile getirilmiş olsa da; özellikle son yıllarda, kamusal yaşamın bazı hassas alanlarını regüle etmek amacıyla kurulan ve "üst kurullar", "özerk kurumlar", "bağımsız kurumlar", "düzenleyici kurumlar", "denetleyici kurumlar", "regülasyon kurumları", "regülasyon otoriteleri", "bağımsız düzenleyici kurumlar", "bağımsız idari kurumlar", "düzenleyici ve denetleyici kurumlar" gibi adlarla anılan ve esasen, birer "bağımsız idari otorite" örneği teşkil eden kurumlar, hukuk sistemimize girmiş bulunmaktadır.

Gerçekten, *Sermaye Piyasası Kurulu* (SPK), *Rekabet Kurumu* (RK), *Radyo ve Televizyon Üst Kurulu* (RTÜK), *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu* (BTİK), *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu* (BDDK), *Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu* (EPDK), *Kamu İhale Kurumu* (KİK), *Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu* (KGMDSK), *Kişisel Verileri Koruma Kurumu* (KVKK), *Nükleer Düzenleme Kurumu* (NDK) ile *Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu* (SÖEDDK), aşağıda yapacağımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tipik birer bağımsız idari otorite olarak karşımıza çıkmaktadır.[10] Hatta, doktrinde, bağımsız idari otoritelerin bunlarla sınırlı olmadığını ileri sürenler de bulunmaktadır.[11]

[8] Bağımsız idari otoriteler, ULUSOY tarafından, "*devlet içinde devletçik*" (Ali ULUSOY, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2003, s.6.); TALAT ASLAN tarafından "*yavru Leviathan*" (Nagehan TALAT ASLAN, "Yönetimin Yeni Yapı Taşları Bağımsız İdari Otoriteler: 'Yavru Leviathanlara Doğru'" **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, S.59, 2010/2, s.25-49.); SOBACI tarafından ise, "*idari teşkilat içinde 'ada'*" (M. Zahid SOBACI, "Türk İdari Teşkilatındaki 'Adalar': Bağımsız İdari Otoriteler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2006, C.55, S.1-2, s.167.) olarak nitelendirilmiştir.

[9] Bkz. Lûtfi DURAN, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", **Amme İdaresi Dergisi**, 1997, C.30, S.1, s.3.

[10] Bu on bir kamu kurumu, 10/12/2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na (RG: T.24/12/2003, S.25326) ekli (III) sayılı cetvelde "*Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar*" başlığı altında sayılmıştır. Daha önce söz konusu cetvelin 8. sırasında yer alan, "*Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu*" (TAPDK) ise, 20/11/2017 tarih ve 696 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG: T.24/12/2017, S.30280) ile lağvedilmiş (m.81), adı geçen kurumun, 5018 sayılı Kanun'un eki (III) sayılı cetveldeki sırası da, yürürlükten kaldırılmıştır (m.135). Anılan KHK'nın bahse konu hükümleri, 01/02/2018 tarih ve 7079 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un (RG: T.08/03/2018, S.30354-Mükerrer), sırasıyla, 76. ve 123. maddelerinde yer almaktadır.

[11] Örneğin; ULUSOY, kuruluş yapısı ve işlevi itibariyle, Türk Patent Enstitüsü'nün (TPE) de [bugünkü adıyla, "Türk Patent ve Marka Kurumu"], bağımsız idari otorite olarak nitelenebileceğini ifade etmektedir. Bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2003, s.61-62. Ayrıca, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (TİTCK), Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) ve Kamu Denetçiliği Kurumu'nun (KDK) da bağımsız idari otoriteler kapsamında görülebileceğini belirtmektedir. Bkz. Ali D. ULUSOY, **Yeni Türk İdare Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2019, s.254. DURAN ise, -daha eski tarihli eserinde- Sahil ve Hudutlar Sağlık Genel Müdürlüğü, Sigorta Murakabe Kurulu, Reklam Kurulu, Tüketici Konseyi, Diyanet İşleri Başkanlığı ve Devlet İstatistik Enstitüsü gibi idari birimlerin bağımsız idari otorite sayılabileceğine işaret etmektedir.

Dolayısıyla, bugün için, bağımsız idari otoriteler de, idari teşkilatımızın bir parçası hâline gelmiştir. Ancak bu yeni kurumların, idari teşkilat içindeki diğer kuruluşlardan farklı yönlerinin neler olduğu[12] ve bu farklılıkların pratik sonucu noktasında tereddütler yaşanabilmektedir. Bu tereddütlerin giderilebilmesi için ise, söz konusu kurumları ifade etmek amacıyla hangi terimin kullanılması gerektiğinden başlayarak, bu kurumların genel bir tanımını, unsurları ve özellikleri itibariyle açıklamak gerekmektedir.

Bu bağlamda, ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri'ndeki (ABD) Eyaletlerarası Ticaret Komisyonu (*Interstate Commerce Commision*) ile 1889 yılında ortaya çıkan[13], ardından başta İngiltere ve Fransa olmak üzere çeşitli ülkelere de yayılan ve bu meyanda, özellikle son yıllarda Türk hukuk sisteminin de bir parçası hâline gelen "bağımsız idari otoriteler"i ifade etmek üzere, çeşitli terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Bu noktada, bağımsız idari otoritelerin beşiği olan ABD'de,[14] "*independent agency*", "*independent regulatory agency*", "*independent regulatory body*" ve "*commission*"; İngiltere'de,[15] "*regulatory body*" veya "*quasi autonomous non governmental organization*" ve "*non departmental public body*"; Fransa'da,[16] "*les autorités administratives indépendantes*" kavramları tercih edilmekte;[17] ülkemizde ise, pozitif hukukta bağımsız idari otoriteleri ifade

Bkz. DURAN, *op. cit.*, s.3 vd. Görüldüğü üzere, bağımsız idari otoritelerin kesin bir listesini oluşturmak pek mümkün görünmemektedir.

12 SEVER'e göre; Türkiye'de düzenleyici kurumları tanımlamak için, diğer kurumlardan ayrışan ne gibi ayırt edici unsurların yer aldığı; kurumsal yapı, kullanılan yetkiler ve işlevler bakımından değerlendirmelidir. Bu bağlamda, "ayırt edici unsur sorunu" konusunda bkz. D. Çiğdem SEVER, "Türkiye'de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2015, C.64, S.1, s.203 vd.

13 Bkz. Robert L. RABIN, "Federal Regulation in Historical Perspective", **Stanford Law Review**, 1986, Vol.38, No.5, p.1189.

14 ABD'deki bağımsız idari otorite örnekleri olarak; *Federal Trade Commission*, *Federal Reserve Board*, *Federal Communications Commission*, *Federal Energy Regulatory Commission*, *Consumer Product Safety Commision* gösterilebilir. Bkz. James Q. WILSON / John J. DILULIO, **American Government: Institutions and Policies**, D.C. Heath and Company, Lexington, Massachusettes, 1995, p.361-362. Ayrıca bkz. Saskia LAVRIJSSEN, "An Analysis of the Constitutional Position of the US Independent Agencies", **Independent Administrative Authorities**, (Ed.: Roberto CARANTA / Mads ANDENAS / Duncan FAIRGRIEVE), British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, p.1-45.

15 İngiltere'deki bağımsız idari otorite örnekleri olarak; *Independent Broadcasting Authority*, *Director General of Fair Trading*, *Health and Safety Commission* ve *Securities and Investments Board* gösterilebilir. Bkz. O. Hood PHILLIPS / Paul JACKSON, **Constitutional and Administrative Law**, Sweet&Maxwell, London, 1987, p.609-610.

16 Fransa'daki bağımsız idari otorite örnekleri olarak; *Commission des opérations de bourse* ve *Autorité de régulation des télécommunications* gösterilebilir. Bkz. Robert ELGIE, "Why Do Governments Delegate Authority to Quasi-Autonomous Agencies? The Case of Independent Administrative Authorities in France", **Governance**, 2006, Vol.19, No.2, p.210. Ayrıca bkz. Jeannette BOUGRAB, "Independent Administrative Authorities in France", **Independent Administrative Authorities**, (Ed.: Roberto CARANTA / Mads ANDENAS / Duncan FAIRGRIEVE), British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, p.47-63.

17 Bağımsız idari otoriteleri ifade etmek üzere kullanılan kavramlar bakımından, dünya örneklerinde terminolojik birlik bulunmadığı yönünde bkz. Oğuzkan GÜZEL, **Bağımsız İdari Otoritelerde İdari Usul ve Yargısal Denetimi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2007, s.3 vd.

etmek üzere, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda yer alan "*düzenleyici ve denetleyici kurum*"[18,19] ibaresi dışında kullanılan bir terime rastlamak mümkün olmadığı gibi, doktrinde de, bu kuruluşlar açısından terminolojik bir yeknesaklığın bulunmadığı görülmektedir.[20] Bu noktada, her ne kadar pozitif hukuk bakımından kullanılması en uygun terimin, "düzenleyici ve denetleyici kurum" olduğu düşünülebilirse de;[21] aslında, bu kurumların özgün kimliklerini -muhtemelen- en iyi biçimde ifade eden terimin, "*bağımsız idari otorite*" olduğu anlaşılmaktadır.

Gerçi "*bağımsız idari otorite*" terimindeki "*bağımsız*" (*independent*) ve "*otorite*" (*authority*) sözcüklerinin teknik açıdan isabetliliği tartışmaya açık olup,[22] "*idari*" (*administrative*) sözcüğü de ayırt edicilikten yoksun göründüğü

---

18 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (III) sayılı cetvel, "*Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar*" başlığı altında; "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu", "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu", "Sermaye Piyasası Kurulu", "Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu", "Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu", "Kamu İhale Kurumu", "Rekabet Kurumu", "Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu", "Kişisel Verileri Koruma Kurumu", "Nükleer Düzenleme Kurumu" ve "Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu" olmak üzere on bir kurumun bütçesinin, adı geçen Kanun'un m.12/5 hükmü uyarınca, "düzenleyici ve denetleyici kurum bütçesi" olarak düzenleneceğini ortaya koymakta; bu yönüyle, esasen birer bağımsız idari otorite olan bu kurumları ifade etmek üzere, öğretide de bazı yazarlarca kullanılan, "düzenleyici ve denetleyici kurumlar" terminolojisini kullanmayı yeğlemektedir.

19 5018 sayılı Kanun'a ekli (III) sayılı cetvelde yer alan "*Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar*" listesi, mali yönetim bakımından yapılan bir ayrıma dayandığından, tam anlamıyla kapsamı belirlemeye elverişli değildir. Bu yönde bkz. SEVER, *op. cit.*, s.197.

20 Örneğin; ARDIÇOĞLU, bu kurumları ifade etmek için, anılan kurumların kullandıkları yetkileri içerecek biçimde, "*düzenleyici, denetleyici ve yaptırım uygulayıcı kurumlar*" terimini önermekle birlikte; "kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları" örneğindeki anlatımcı uzunluğa düşmemek açısından, makalesinde, "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar*" terimini kullanmayı yeğlediğini ifade etmektedir (M. Artuk ARDIÇOĞLU, "Rekabet Kurumunun Yapısına İlişkin Yeni Bir Model Önerisi", **ZABUNOĞLU Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yay., Ankara, 2011, s.39). Diğer yandan, AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar*" ile "*düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları*" kavramlarını kullanırken (Bahtiyar AKYILMAZ / Murat SEZGİNER / Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, 9. Baskı, Savaş Yay., Ankara, 2018, s.286-288); SEVER, "*düzenleyici kurumlar*" demeyi münasip görmekte (SEVER, *op. cit.*, s.197-198); GÜNDAY, "*bağımsız idari kurumlar*" ifadesini tercih etmekte (Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yay., Ankara, 2013, s.568); GÖZLER ise, hem "*düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları*" kavramını hem de "*bağımsız idari otorite*" kavramını birlikte kullanmaktadır (Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku, C.1**, 3. Baskı, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2019, s.660). Buna karşılık, GÖZÜBÜYÜK / TAN (A. Şeref GÖZÜBÜYÜK / Turgut TAN, **İdare Hukuku, C.1: Genel Esaslar**, 10. Bası, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2014, s.313), GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER / BERK (İsmet GİRİTLİ / Pertev BİLGEN / Tayfun AKGÜNER / Kahraman BERK, **İdare Hukuku**, 4. Bası, Der Yay., İstanbul, 2011, s.487), ATAY (Ender Ethem ATAY, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, C.10, S.1-2, s.259-293) ve ULUSOY (ULUSOY, *op. cit.*, 2003) ise, bizim de bu makalede kullanmayı tercih ettiğimiz "*bağımsız idari otorite*" kavramının kullanılmasını daha isabetli bulmaktadırlar. Öte yandan, doktrinde ve uygulamada, bu kurumları ifade etmek üzere kullanılan terimlerin, yalnızca burada zikredilenlerden ibaret olmayıp; çok daha geniş bir yelpazeye yayıldığını da eklemek gerekir.

21 5018 sayılı Kanun'da yer alan "*düzenleyici ve denetleyici kurum*" şeklindeki kullanımın son derece isabetli olduğu yönünde bir görüş için bkz. Dilhun AYAYDIN, "Kamu Hizmeti ve Regülasyon Kavramları Ekseninde Ülkemizde Bağımsız İdari Otoriteler", **ZABUNOĞLU Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yay., Ankara, 2011, s.78.

22 Bu hususta bkz. SEVER, *op. cit.*, s.197-198.

için; bunun yerine, "*özerk regülasyon kurumu*" veya "*regülasyon kurumu*" terimlerinin kullanımının daha uygun sayılabileceği de söylenebilir. Üstelik önerilen mezkûr terimler, bu kurumların yürüttükleri faaliyet olan -ve aşağıda[23] tanımlanan- "*regülasyon*"a vurgu yapmanın yanı sıra, aslında "*bağımsız*" (*independent*) değil de "*özerk*" (*autonomous*) nitelik taşıyan yapılarına da işaret ettiğinden, daha betimleyici bir mahiyet arz edecektir, denilebilir. Diğer yandan, "*otorite*" sözcüğüne yönelik çeviri eleştirisi görmezden gelinip, "*kurum*" yerine "*otorite*" sözcüğünün kullanımını sürdürmek suretiyle, "*özerk regülasyon otoritesi*" yahut "*regülasyon otoritesi*" terimlerinin tercih edilmesi de düşünülebilir; ki kanaatimizce, söz konusu kurumları "yapı" ve "işlev" bakımından belki de en iyi tasvir eden terminolojinin, bu sonuncusu olduğu not düşülmelidir. Lakin, daha yaygın biçimde kullanılageldiğini düşündüğümüz ve bu kurumların özgün kimliklerini yansıtmaya müsait olduğunun yadsınamayacağını bildiğimiz için, işbu makalede, -anılan rezervle- "*bağımsız idari otorite*" terimini/kavramını tercih etmiş bulunduğumuz peşinen ifade edilmelidir.

Bu kavramsal tercih kapsamında, anılan terimin unsurları açısından; "bağımsızlık", "idarilik" ve "otoritelik" olmak üzere üç temel niteliğin öne çıktığı ve zikrolunan ögelerin ise, bağımsız idari otoritelerin, diğer idari birimlerden ayırıcı özelliklerini belirleyebilmek bakımından elverişli bir terminoloji yarattığı görülmektedir.[24] Söz konusu unsurların, ana hatlarıyla dahi olsa açıklanmasıyla, bağımsız idari otoritelerin özgün kimliklerinin kuramsal altyapısını rahatlıkla ortaya koyabileceği açıktır.

Buna göre, ilkin, bu kurumlar, devletin temel örgütlenişi açısından, "idare" içerisinde yer almaktadırlar. Dolayısıyla, öğretide, "yarı yargısal" ya da "yargısal benzeri" usuller izlediklerinden hareketle, "geniş anlamda yargı organı içinde" sayılmaları gerektiğini ileri sürenler bulunsa da;[25] bağımsız idari otoriteleri, yargısal bir organ ve kararlarını da yargı kararı olarak görmek mümkün değildir.[26] Zira bağımsız idari otoritelerin yürüttüğü faaliyetlerde, yargısal usuller (yargılama usulü kuralları) uygulanmadığı gibi; vermiş olduğu kararlar da, asla "kesin hüküm"[27] gücüne sahip olamaz. Kaldı ki, birtakım uyuşmazlık çözme yetkile-

---

[23] Bkz. *infra.*, [**I.(B)**]

[24] Benzer yönde bkz. BOUGRAB, *op. cit.*, p.50 vd.

[25] Bkz. Ejder YILMAZ, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", **RK Perşembe Konferansları**, Ankara, 1999, s.112-117.

[26] Aslında, bağımsız idari otoritelerin "yarı yargısal" ya da "yargısal benzeri" usuller izlediğinin telaffuzunun dahi anlamsız, hatta tehlikeli olduğu konusundaki haklı tespit için bkz. Cüneyt OZANSOY, "Birinci Oturum: Tartışmalar", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 137. Yıl Sempozyumu**, 11.05.2005, Danıştay Matbaası, Ankara, 2005, s.148-150.

[27] Bir yargı kararının, yasalarda belirlenen usullere uygun olarak verildikten sonra, yasalarda öngörülen olağan kanun yollarından geçmesi yahut bunlara ilişkin başvuru sürelerinin sona ermesiyle kesinleşmesi neticesinde kazanmış olduğu değişmezlik kuvvet ve niteliğine, "kesin hüküm" (*muhkem kaziye*) denilmektedir. Bkz. Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.1**, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası,

riyle donatılmış olmaları da, yargıçlardan oluşmayan bu kurumların, yargı organı kapsamında mütalaa edilmesini olanaksız kılmaktadır. Bu itibarla, bağımsız idari otoritelerin, birer "idare" olduğunu ve vermiş olduğu kararların da, "idari" nitelik taşıdığını; bu nedenle, söz konusu kararların da, Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca yargısal denetime tabi olduğunu vurgulamak gerekir.

İkinci olarak ise, bu kurumların "otorite" sayılmaları, danışma organı olmayıp, icrai karar alabilme yetkisini haiz bulunmalarından kaynaklanmaktadır.[28] Gerçekten, Türk idare hukukunda, "otorite" terimine, Fransız idare hukukunun etkisiyle, "icrai karar alma yetkisine sahip olan idari birim" anlamı yüklenmiştir.[29] İcrai karar alma ise; idarenin, tek yanlı iradesi ile, yani ilgililerin rıza ve muvafakatine bağlı olmaksızın, ilgililerin mevcut hukuki durumlarını etkileyen kararlar alabilmesini, bu anlamda olmak üzere, idari işlem tesis etme yetkisini ifade etmektedir.[30] Başka bir anlatımla, otorite olarak, icrai karar alma yetkilerine sahip olan bu kurumlar, idari işlem tesis edebilme kapsamında, ilgili oldukları sektörü düzenleyebilmektedirler ve bu yönüyle, adeta Devletin "dördüncü gücü" konumuna gelmektedirler.[31]

Üçüncü olarak, bu kurumları niteleyen "bağımsızlık"[32] unsuru ise, bağımsız idari otoritelerin karar alma ve bu kararları uygulama süreçlerinde, diğer idari birimlerin iradeleriyle bağlı olmamaları anlamına gelmektedir.[33] Bu temel anlamı güçlendirmek üzere, anılan kurumlarda karar alma yetkisine sahip olanların,

---

İstanbul, 1966, s.346; Semih Tekin TELLİ, "İdari Yargıda Kesin Hüküm", **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Ankara, 1980, s.103; Ramazan ÇAĞLAYAN, "İdari Yargıda Kesin Hüküm", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1999, C.3, S.1, s.123.

28 Gerçi bu durumda da, idari teşkilatımızda "danışma organı" sayılan kuruluşlar ("başkentteki yardımcı kuruluşlar") dışındaki tüm idari makamların, bu bağlamda özellikle de kamu tüzel kişiliğini haiz olan "yerinden yönetim kuruluşları"nın tamamının icrai karar alma yetkisine sahip olduğundan bahisle, "otorite" biçiminde nitelendirilmeleri kabil olmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki; icrai karar almaya salahiyetli diğer kuruluşlardan farklı olarak, bağımsız idari otoritelerin icrai karar alma yetkilerinin mahiyeti, aslında bu kurumların özerklikleri/bağımsızlıkları ile bir arada değerlendirildiğinde, kendilerine "otorite" vasıflandırmasının -ayrıksı yanları vurgulamak üzere- tevcih edildiği düşünüldüğünden; icrai karar alma yetkisiyle donatılan tüm makamların "otorite" addedilmesi, yine de pek uygun olmayacaktır.

29 Bkz. M. Ayhan TEKİNSOY, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı – Tartışmalar, Sorunlar", **Ankara Barosu Dergisi**, 2007, Y.65, S.2, s.122.

30 Bkz. GÜNDAY, *op. cit.*, s.124.

31 Örneğin ABD'de, bağımsız idari otoriteleri; yasama, yürütme ve yargının yanında, adeta "dördüncü kuvvet" konumuna getiren nedenin, onların düzenleyicilik misyonu olduğu yönünde bkz. Müslüm AKINCI, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, Beta Yay., İstanbul, 1999, s.133. Her ne kadar, Türk hukukunda icrai karar alma yetkisinin yalnızca bağımsız idari otoritelere münhasır olmadığından ve diğer kamu tüzel kişilerinin de icrai karar alabildiğinden bahisle, bağımsız idari otoritelerin bu açıdan bir özgünlüğünün bulunmadığı ileri sürülebilirse de; kanunlarla bağımsız idari otoritelere tanınan karar alma ve düzenleme yetkilerinin, diğer kamu tüzel kişilerine nazaran son derece geniş -neredeyse kendi hukuklarını kendilerinin yaratmasına kadar varacak ölçüde geniş- olması karşısında, bağımsız idari otoritelerin, bu bakımdan, diğer kamu tüzel kişilerine göre "özgül" karakterinin mevcudiyeti yadsınamaz.

32 Bu konuda bkz. E. Ünal ZENGİNOBUZ, "On Regulatory Agencies in Turkey and Their Independence", **Turkish Studies**, 2008, Vol.9, No.3, p.475-505.

33 Bkz. TEKİNSOY, *op. cit.*, s.122.

görevlerini bağımsız biçimde yürütmelerini sağlayacak güvencelerin öngörüldüğü ve bu bağlamda, genel olarak, belirlenen görev süresi boyunca görevden alınmalarını engelleyici yahut zorlaştırıcı mekanizmaların benimsendiği anlaşılmaktadır.[34] Ezcümle, burada "fonksiyonel"[35] ve "kurumsal"[36] bağımsızlık söz konusudur. Öte yandan, buradaki bağımsızlığın, yalnızca "idari" anlamda bir bağımsızlık olduğu unutulmamalıdır.[37] Başka bir anlatımla, bahsi geçen bağımsızlığın, diğer idari birimlere karşı bağımsızlığa işaret ettiği; dolayısıyla da, yasama ve yargının denetiminden bağışık olmayı içermediği açıktır.[38] Yani, bağımsız idari otoritelerin, yasama ve yargı organlarından değil; diğer idari birimlerden -bilhassa merkezî idareden, bu meyanda bakanlıklardan- bağımsız biçimde karar almaları ve bu kararlarını uygulamaları amaçlanmaktadır.[39] Kaldı ki, "idarenin bütünlüğü" ilkesini öngören Anayasa m.123 hükmü karşısında, idareden bağımsız olma dahi, "sınırlı" bir bağımsızlık (belki daha doğrusu, "özerklik") olarak anlaşılmak zorundadır. Aksi takdirde, -genel olarak[40]- doğrudan bir Anayasal dayanağa sahip olmayan bağımsız idari otoritelerin, ciddi bir Anayasa'ya uygunluk sorunu yaratacağı izahtan varestedir.

"Bağımsız idari otorite" kavramının bileşenlerinin bu şekilde izahını müteakiben, niçin bu kuruluşlara ihtiyaç duyulduğu sorusunu sorarak, bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkış sebeplerine bakılabilir. Bu noktada ise, öncelikle, bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkıp yaygınlaşması ve gelişimi ile geniş anlamda özelleştirme uygulamalarının başlaması ve ekonomide "devletçi" politikaların terk edilerek, bunun yerini "düzenlenmiş piyasa ekonomisi"nin alması arasında koşutluk gözlendiğini belirtmek gerekir.[41] Sahiden de, geniş anlamda özelleştirme[42] olarak algılanan "devlet düzenlemelerinin azaltılması" (*deregülasyon*) ha-

34 Bkz. *Ibid.*, s.122-123.

35 "Fonksiyonel bağımsızlık" (*functional independence*); diğer kuruluşlar tarafından, bu kurumlara, görevlerinin yerine getirilmesine ilişkin talimat verilememesi esasını ifade etmektedir. Bkz. Natassa ATHANASIADOU, "Independent Regulatory Authorities at the EU and Member State Level: Towards Different Standards of 'Independence'?", **Le Futur du Droit Administratif / The Future of Administrative Law**, (Ed.: Jean-Bernard AUBY / Émilie CHEVALIER / Emmanuel SLAUTSKY), LexisNexis, Paris, 2019, p.202.

36 "Kurumsal bağımsızlık" (*institutional independence*); müstakil tüzel kişiliğe işaret etmekte ve genel olarak teşkilat, bütçe, finans ve istihdam bakımından bağımsızlığı kapsamaktadır. Bkz. *Ibid.*

37 Bağımsız idari otoritelerdeki "bağımsızlık" konusu, esasen dört boyutta ele alınabilir: "kurumsal bağımsızlık", "kişisel bağımsızlık", "fonksiyonel bağımsızlık" ve "finansal (mali) bağımsızlık". Bu konuda bkz. Alex FM BRENNINKMEIJER / Saskia LAVRIJSSEN, "Independent Administrative Authorities in the Netherlands", **Independent Administrative Authorities**, (Ed.: Roberto CARANTA / Mads ANDENAS / Duncan FAIRGRIEVE), British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, p.141-145.

38 Bu konuda bkz. AKINCI*, op. cit.*, s.100 vd. Amerikan ve İtalyan örnekleri bağlamında karş. Matteo GNES, "The Italian Independent Administrative Authorities: The Transplantation of an American Experience", **European Public Law**, 1997, Vol.3, No.1, p.44.

39 Esasen bunun da, idare hukukundaki anlamı itibariyle, "idari özerkliğe" tekabül ettiği söylenebilir.

40 Bu noktada, RTÜK bir istisna teşkil etmektedir. Zira RTÜK, Anayasa m.133'te açıkça öngörülmüş bulunmaktadır.

41 Bkz. TAN, *op. cit.*, 2010, s.189.

42 Geniş anlamda özelleştirme, piyasaların serbestleştirilmesinden, düzenleyici organlardaki değişimlere

reketinin boş bıraktığı alanların bağımsız idari otoriteler tarafından doldurulduğu kabul edilmektedir.[43] Kuşkusuz, bu boşluğun doldurulmasında; yani, bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkıp yaygınlaşmasında, başka etmenlerin de mevcudiyeti yadsınamaz. Nitekim, ekonomik alandaki karmaşık ve teknik sorunların çözümü farklı bir uzmanlık (ihtisas) gerektirdiğinden, klasik bakanlık yapılanmasının uygun görülmemesi, gelişen teknoloji nedeniyle kamusal yaşamın bazı hassas alanlarının, klasik idari ve yargısal yöntemlerle etkin bir şekilde organize edilmesi ve denetlenmesinin zorlaşması, politikacılara olan güvensizliğin bir sonucu olarak, iletişim, finans ve enerji gibi kamusal yaşamın bazı hassas alanlarında siyasi iktidarın söz sahibi olmasının tarafsızlık ve objektiflik açısından sorunlar yaratması ve bazı sektörlerde yaşanan büyük ölçekli yolsuzluk tecrübeleri gibi faktörlerin, bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışında etkili olduğu ileri sürülmektedir.[44]

Kanımızca, bağımsız idari otoriteler, aslında neoliberalizmin bir ürünü olup; "*her şeyi bizzat üstlenmeyi ve yapmayı amaçlayan*" devlet anlayışının yerini, "*her şeyi rasyonel ölçülerde denetleyen ve fakat, yalnızca bazı istisnai şeyleri bizzat üstlenen ve yapan*" devlet anlayışının alması ile ortaya çıkan bir idari örgütlenme biçimidir.[45] Bu noktada, "oyuncu devlet"ten, "hakem devlet"e doğru yaşanan evrimin sonucu olarak ortaya çıkan bağımsız idari otoritelerin, "*bilgeler kurulları*" biçiminde, iletişim, medya, ekonomik rekabet, enerji, telekomünikasyon, kamu ihaleleri, sermaye piyasası, bankacılık ve finans sektörü gibi kamusal yaşamın -yasama organı tarafından belirlenen- bazı duyarlı alanlarını, hem gündelik siyasetin ve siyasetçilerin hem de bu sektörlerde faaliyet gösteren aktörlerin etkisinden arındırma amacını gerçekleştirmeye yöneldiği görülmektedir.[46] Böylece, neoliberal akımın bir siyaseti olarak "*siyasetsizleştirme*"nin hâkimiyetiyle;[47] ekonomi ile siyasetin ayrıştırılması bağlamında dikkat çekici biçimde gündeme gelen bağımsız idari otoriteler marifetiyle,[48] kamusal yaşamın bazı du-

---

kadar varan makro bir alanı kapsamakta; bu bağlamda, yalnızca kamu mülkiyetinin özel mülkiyete tahvilinden ibaret kalmamakta; kamu kesimi tarafından yürütülen faaliyetlerin ve gerçekleştirilen üretimin, kısmen veya tamamen özel sektöre devredilmesi anlamına da gelmektedir. Benzer görüş için bkz. Andrew J. RITTEN, "Perspectives on Privatization and Plant-Level Industrial Relations: Great Britain in the 1980s, German in the 1990s", **Northwestern Journal of International Law and Business**, Spring/Summer, 1991, Vol.12, No.1, p.231.

43 Bkz. TAN, *op. cit.*, 2010, s.189.

44 Bu etmenlere, ülkemiz gibi gelişmekte olan ülkeler bakımından, "uluslararası yatırımları çekebilme" amacının da eklenebileceği konusunda bkz. ULUSOY, *op.cit.*, 2003, s.5-7.

45 Aynı yönde bkz. *Ibid.*, s.7-8.

46 Bkz. *Ibid.*, s.5.

47 Bkz. Artuk ARDIÇOĞLU, **Rekabet Kurumunun İdari Yapısı, İşlemleri ve Yargısal Denetimi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2002, s.11.

48 Ülkemiz ekonomisinin dünya ekonomisiyle entegrasyonu yönündeki gelişmelerin bir parçası olarak, ekonomi ile siyasetin ayrıştırılması bağlamında, bağımsız idari otoriteler dikkat çekici biçimde gündeme gelmiştir. Bkz. Sedat ÇAL, "Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Kurulu", **Ankara Barosu Dergisi**, 2001/3, s.111.

yarlı alanlarının, klasik idari yapılanmalara nazaran daha "etkin" biçimde regüle edilmesinin sağlandığı söylenebilir. Ancak diğer taraftan, bu duyarlı alanların "tarafsız" ve "nesnel" regülasyonunu sağlamak için oluşturulan "'bağımsız' idari otoriteler"in, "*siyasetin alanında yer almakla beraber, siyasetçinin ulaşamayacağı mesafede*"[49] konumlandırılması, bu kurumların demokratik meşruiyetlerinin sorgulanmasına yol açmaktadır. Gerçekten, "hassas" ya da "duyarlı" gibi sıfatlar kullanılarak ifade edilen alanların, özel bir "teknik" bilgi ve farklı bir "uzmanlık" ("ihtisas") gerektirmesi nedeniyle, "*bir bilen*"in veya "*bilge*"nin inisiyatifine bırakılmasının daha iyi olacağı ileri sürülmekte ise de; bağımsız idari otoritelerin, "teknokrat"[50] yapıları ve "bağımsızlıkları" dolayısıyla adeta "*Devlet içinde devletçikler*" hâline geldikleri ve bu nedenle, çoktandır "meşruiyet krizi"nin eşiğinde bulundukları düşünülmektedir.

Anılan "meşruiyet krizi"ni nasıl aşacakları meselesine dair "hukuk siyaseti" tartışmaları bir kenara bırakılarak, yukarıda yer alan kuramsal belirlemelerden hareketle, Türk hukukunda "bağımsız idari otorite" kavramı için şöyle bir tanım denemesi yapılabilir: "Bağımsız idari otoriteler (özerk regülasyon otoriteleri); toplumsal yaşamın siyasi iktidar tarafından belirlenen bazı önemli ve duyarlı alanlarına ilişkin *regülasyon* faaliyetini, diğer idari makamlardan bağımsız/özerk ve özgün karar alma ve uygulama süreçleriyle yürüten kamu tüzel kişileridir."

Bu tanım denemesinde açıkça görüldüğü üzere, bağımsız idari otoritelerin temel işlevi, sorumlu oldukları sektörü "regüle" etmektir. Nitekim Fransız hukukunda da; *yasa koyucu tarafından oluşturulan, geleneksel/klasik idari yapılanmanın dışında konumlandırılan ve bağımsızlık için güçlü güvencelere kavuşturulan, "regülasyon" ve spesifik sektörlere müdahale yetkisiyle donatılan kuruluşlar* olarak tanımlanan[51] bağımsız idari otoritelerin temel görevinin "regülasyon" olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla, bağımsız idari otoriteler, aslında "regülasyon" faaliyeti yürüttüklerinden, "regülasyon otoritesi" konumundadırlar. Bu noktada ise, "regülasyon" kavramının içeriğinin belirlenmesi ve regülasyon faaliyetinin "ekonomik kolluk" kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin irdelenmesi icap etmektedir. Nitekim aşağıdaki başlıkta **(B)**, "regülasyon" kavramı, bu yönlerden ele alınmakta ve ülkemiz açısından regülasyon faaliyetinin yoğunluğunda, süreç içerisinde göreli bir değişimden söz etmenin olanaklı olup olmadığından hareketle, deregülasyona ya da reregülasyona doğru bir evrim yaşanıp yaşanmadığı meselesi tartışmaya açılmaktadır.

[49] Bkz. ARDIÇOĞLU, *op. cit.*, 2002, s.9.

[50] Bu konuda bkz. Mustafa ARSLAN, "Düzenleyici ve Denetleyici Kurum Personelinin Teknokrat Nitelikleri Üzerine Bir İnceleme", **Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y.2017, C.1, Özel Sayı 4, s.599-617.

[51] Bkz. G. BRAIBANT / B. STIRN, **Le Droit Administratif**, 4. Edition, Paris, 1997, p.73'ten nak. John BELL, "Independent Administrative Authorities in France", **European Public Law**, 1997, Vol.3, No.4, p.474-475.

B. "Regülasyon" Kavramı: *Regülasyondan "deregülasyon"a (mı?); yoksa "reregülasyon"a (mı?)*

Neoliberalizmin, aynı anda hem "hakem" hem de "oyuncu" olunamayacağı yolundaki savunusuyla "devlet"te yaşanan "değişim" ve "dönüşüm" sonucunda, "oyuncu devlet", "hakem devlet"e doğru evrilmeye başlamış ve çağımızda, devlete biçilen yeni rol, toplumsal yaşama ilişkin faaliyetlerin bizzat üstlenilmesi ve yürütülmesi değil; bu faaliyetlerin "regüle edilmesi" olmuştur. Böylece, neoliberalizmin hâkimiyetiyle yaşanan "dönüşüm" neticesinde ortaya çıkan "minimal devlet"in en önemli enstrümanlarından biri olan "regülasyon" (*regulation*) kavramı, bugün çok önemli bir yere gelmiş; hatta, kendi hukukunu -regülasyon hukukunu- yaratmıştır.[52] Öyle ki, ABD'de regülasyon kavramı için, "*Amerikan idare hukukunun temelidir*" denilebileceği ifade edilmekte[53] ve aslında, "idare hukuku" ile "regülasyon hukuku" arasında bir bakıma özdeşlik kurulmaktadır.

Hukuk sistemimize esasen son çeyrek yüzyılda giren bağımsız idari otoritelerle birlikte, "regülasyon" kavramının, Türk idare hukuku bakımından da çok önemli bir kavram hâline geldiği, hatta ekonomik kamu hukukunun "odak" ya da "kilit" kavramı sayılması gerektiği söylenebilir. Bu noktada ise, regülasyon kavramının ne anlama geldiğinin ortaya konulması ve unsurlarının saptanması gerekmektedir.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, regülasyon, klasik hukuksal kalıpları aşan; iktisat, işletme, kamu yönetimi, sosyoloji, politika ve hukuk disiplinlerini ilgilendiren çok boyutlu bir kavramdır. Ancak, çalışmamız bakımından konunun önemli olan kısmı, hukuksal anlamda regülasyon kavramının neyi ifade ettiği ve hangi idari yetkileri kapsadığıdır.

Bu noktada, belirtmek gerekir ki, hukukta geniş anlamda regülasyon, getirilen tüm kuralları ve getirilen tüm düzenlemeleri kapsar.[54] Dar ve teknik anlamda regülasyon ise, yalnızca kural ve düzenleme getirilmesine indirgenemeyecek kadar makro; ama, getirilen tüm kural ve düzenlemelere şamil olamayacak kadar da mikro bir kavramdır. Daha açık bir ifadeyle, teknik anlamda regülasyon, her türlü kural koyma faaliyetini kapsamadığı gibi; yalnızca kural koymaktan, yani düzenlemekten ibaret bir faaliyet de değildir. Esasen, terim olarak Türkçe'de tam bir karşılığı bulunmayan regülasyon kavramı; belli bir faaliyet alanına ilişkin

---

52 Bu konuda bkz. TAN, *op. cit.*, 2010, s.25 vd.

53 Bkz. Aydın GÜLAN / Kemal BERKARDA, "İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu**, 10-11.05.2002, Ankara, 2002, s.119. Ayrıca, Amerikan Federal İdare Hukukunda "regülasyon" kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cenk ŞAHİN, **Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" (ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)**, On İki Levha Yay., İstanbul, 2010.

54 Bkz. İ. Yılmaz ASLAN, "Rekabet Kurumunun Telekomünikasyon Alanında Kararları ve Yetkisi", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – I**, 03.04.2003, RK Yay., Ankara, 2003, s.24.

olarak "oyunun kurallarının belirlenmesi" (*düzenleme*), bu kurallara uyulmasının sağlanması (*denetleme*) ve sektörün düzgün bir rekabet ortamına ve çoğulcu bir yapıya doğru sevk edilmesi (*yönlendirme*) olarak tanımlanabilir.[55]

Bu kapsayıcı tanımdan da anlaşıldığı üzere, regülasyon; düzenleme, denetleme ve yönlendirme olmak üzere, üç temel yetkiyi/işlevi bünyesinde barındıran "üst" bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Regülasyon işlevini yerine getiren kurum; ilgili olduğu sektöre müteallik düzenlemeler yapmakta, bu bağlamda kurallar koymakta ve koymuş olduğu kurallara riayet edilip edilmediğini denetlemekte, bu manada idari yaptırım yetkileri ile "Demokles'in kılıcı" vasfını kazanmakta ve bu suretle sektörü düzgün bir rekabet ortamına doğru yönlendirmektedir. Ezcümle, regülasyon faaliyeti ile, devlet "hakem" konumuna gelmekte ve -kamu hizmetini kendisi doğrudan doğruya, bizzat yürütmeksizin- kamu hizmetini yürüten piyasa aktörlerini (kamu hizmeti yürüten/sunan özel kişileri) "mercek altında" tutmaktadır.

Bu anlamda, hakem devletin somut tezahürü olan bağımsız idari otoritelerin, yürütmüş oldukları regülasyon faaliyeti kapsamında; düzenleme, gözetim ve denetim, danışmanlık, yaptırım uygulama ve uyuşmazlık çözme gibi geniş ve önemli yetkilerle donatılmış oldukları gözlemlenmektedir.[56]

Bu noktada, bağımsız idari otoritelerin, yukarıda bahsi geçen geniş yetkileri kapsayan "regülasyon" işlevi ile, bir yandan "ekonomik düzen"i[57] (*ekonomik kamu düzeni*)[58] gerçekleştirmeye, diğer yandan ise temel hak ve özgürlükleri korumaya çalıştıkları; bu anlamda, bir tür "özel kolluk" (*hizmet kolluğu*) faaliyeti yürüttükleri kabul edilmektedir. Bu kapsamda, bağımsız idari otoritelerin yürüttükleri faaliyetin, aslında "ekonomik kolluk" niteliğinde olduğu ileri sürülebilmektedir.

Hemen belirtelim ki, bağımsız idari otoritelerin yürüttükleri ileri sürülen "ekonomik kolluk faaliyeti", idarenin "klasik kolluk" faaliyetinden ayrılmaktadır. Zira, idari kolluk faaliyetinin amacı, "kamu düzeni"ni sağlamak; yani, genel

---

55 Bkz. ULUSOY, *op.cit.*, 2003, s.21. Regülasyon kavramının tanımı ve gelişimi konusunda ayrıca bkz. Elvin Evrim ÖZCAN, **İdare Hukuku Açısından Türkiye'de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları**, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2010, s.24 vd.

56 Bağımsız idari otoritelerin işlevsel özellikleri hakkında bkz. Turgut TAN, "Ekonomi, <Regülasyon> ve Bağımsız İdari Otoriteler", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 137. Yıl Sempozyumu**, 11.05.2005, Danıştay Matbaası, Ankara, 2005, s.27-33.

57 "*Ekonomik kamu düzeni*" yerine "*ekonomik düzen*" teriminin kullanılmasının daha uygun olduğu yönündeki, bizim de katıldığımız görüş için bkz. Ali ULUSOY, "Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, 08/01/2008-11/01/2008, C.4, Ankara, 2009, s.26.

58 Genel olarak girişim ve sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaları ifade ettiği belirtilen "ekonomik kamu düzeni" kavramı konusunda bkz. Özge OKAY TEKİNSOY, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, On İki Levha Yay., İstanbul, 2011, s.149 vd.

sağlığı, genel güvenliği, dirlik ve esenliği korumak[59] iken; idarenin (esas olarak bağımsız idari otoritelerin) gerçekleştirdiği ekonomik kolluk faaliyeti ise, "ekonomik düzen"i gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır.[60] Ancak, ekonomik düzenin içeriğini/kaplamını, kamu düzeninde olduğu gibi (ya da olduğu kadar) somut olarak belirleyebilmek ve genel geçer kriterlerle anlamlandırabilmek çoğu kez mümkün olamamaktadır. Zira korunması gereken ekonomik düzenin, o toplumdaki mevcut "ekonomik sistem" olarak anlaşılması hâlinde, ekonomik kolluk, "sosyalist" ideolojinin hâkim olduğu bir hükûmetin iktidarda olduğu toplumda devletin ekonomiye olabildiğince geniş ve hatta sınırsız müdahalesini korumaya ve sağlamaya çalışacak; buna mukabil, "liberal" ideolojinin hâkim olduğu bir hükûmet iktidarda bulunduğunda ise, koruduğu değerler kökten değişebilecektir.[61] Bu nedenle idari kolluğun özel bir türü olan "ekonomik kolluk" kavramının, genel "idari kolluk"taki kamu düzeni kavramından bile daha muğlak bir içerik taşıyabileceğine dikkat çekmek gerekmektedir.

Öte yandan, bağımsız idari otoritelerin yürüttüğü faaliyetleri, tümel olarak "ekonomik kolluk" kapsamında değerlendirmek de doğru değildir.[62] Zira, bu kurumlara tanınan yetkilere bakıldığında; -bilhassa RK ve SPK bir yana bırakıldığında- amacın, yalnızca "ekonomik düzen"in sağlanmasından ibaret olmadığı ve hatta Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu gibi örneklerde, bireylerin söz konusu duyarlı alanlara ilişkin "*haberleşme hürriyeti*" gibi bazı temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacının ön plana çıktığı görülmektedir. Dahası, bu kurumların, ilgili oldukları sektörde yürütülen kamu hizmetini, nadiren de olsa bizzat yürütmelerini olanaklı kılan düzenlemeler karşısında, bu kurumların yürüttüğü faaliyetleri, önüne hangi sıfat getirilirse getirilsin, sonuçta "kolluk faaliyeti" olarak nitelemek, idare hukuku terminolojisinde kolluk yetkilerine yüklenen anlam bakımından da sıkıntılıdır. Çünkü, idareye tanınan kolluk yetkileri, kolluk denetimine tabi faaliyetin, bizzat idare tarafından yürütülmesine imkân vermemektedir. Kaldı ki, klasik kolluk yetkileri, kamu hizmeti niteliği taşımayan "özel faaliyetler" (özel hukuk faaliyetleri) üzerinde kullanıldığından; idarenin bu faaliyetleri üstlenerek, bizzat yürütmesi düşünülememektedir. Bağımsız idari otoritelerin kullandığı yetkiler ise, özel kişiler tarafından yürütülüyor olsa da, "kamu hizmeti" niteliği taşıyan faaliyetler üzerinde gerçekleştiğinden, burada "kolluk"tan farklı bir kavrama gereksinim duyulmaktadır. Hâl böyle olunca, bağımsız idari otoritelerin diğer işlevlerini göz ardı ederek, bu kurumların faaliyetlerini, genel geçer biçimde "ekonomik kolluk" kavramına hapsetmemek

[59] Bkz. (Özge OKAY TEKİNSOY) – Turan YILDIRIM / Melikşah YASİN / Nur KAMAN / H. Eyüp ÖZDEMİR / Gül ÜSTÜN / Özge OKAY TEKİNSOY, **İdare Hukuku**, 6. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2015, s.544-547.

[60] "*Kamu düzeni – ekonomik kamu düzeni ilişkisi*" konusunda bkz. OKAY TEKİNSOY, *op. cit.*, s.155 vd.

[61] Bu konuda bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2002, s.157-159.

[62] Karş. SEVER, *op. cit.*, s.232.

ve bu kurumların "kolluğu" aşan yetkilerinin mevcudiyetinin gözden kaçmasına yol açmamak için; bağımsız idari otoritelerce yürütülen faaliyetleri, yeni ve kendine özgü dinamikleri bulunan bir "idari faaliyet" türü olarak, "regülasyon faaliyeti"[63] kavramıyla nitelemeyi daha isabetli bulduğumuzu ifade etmek isteriz.

Hâliyle, bağımsız idari otoritelerin kullandığı yetkileri, kapsayıcı ve özgün olarak en iyi biçimde ifade ettiğini düşündüğümüz terminolojiyle, "regülasyon faaliyeti"ni; ekonomik düzeni ve temel hak ve özgürlükleri korumaya ve sağlamaya yönelik yeni bir idari faaliyet türü olarak mütalaa etmek ve regülasyonun "müdahaleci hakem" rolünü kabullenmek kaçınılmazdır. Diğer yandan, regülasyonun, piyasaya ilişkin bu "*tatlı sert*" nitelikteki müdahaleci rolünden hareketle, son dönemde popüler hâle gelen "deregülasyon" (*deregulation*) kavramına da değinmekte yarar bulunmaktadır.

Motamot çeviri mantığıyla, zihinlerde, "regülasyona son verilmesi" ya da "kuralsızlaşma" yolunda yarattığı çağrışıma karşın; "deregülasyon", aslında, regülasyonun tümüyle ortadan kaldırılması anlamına gelmeyip; kamu müdahaleciliği temelinde gerçekleştirilen sınırsız ve katı bir regülasyon yerine, piyasa dinamiklerinden temellenen *daha otomatik ve yumuşak* bir müdahaleciliği ve piyasanın düzgün işlemesini aksatıcı nitelikteki katı regülasyonun ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir.[64] Bu itibarla, "deregülasyon", regülasyona son verilmesini değil, onun hafifletilerek ve basitleştirilerek daha "rasyonel" hâle getirilmesini ve etkinleştirilmesini hedefleyen bir "regülasyon reformu" olarak düşünülebilir.[65]

Deregülasyon kavramı ile, kamusal müdahalelerin yapay zorlamalarından arınmış, piyasa mekanizmalarını işler kılan rekabetçi bir ortamın oluşturulması ve ekonomi alanında uygulanan kuralların niceliksel olarak hafifletilmesi ifade edilmekte ve son dönemde, regülasyondan deregülasyona doğru giden bir trendden söz edilmekle birlikte; gerçekte, tam tersi bir eğilim ve yönelimin mevcut olduğu dahi pekâlâ ileri sürülebilmektedir. Zira, uygulamaya bakıldığında; bağımsız idari otoriteler tarafından ilgili sektörlere ilişkin olarak yapılan düzenlemelerin azalması bir yana, bilakis arttığı müşahede edilmekte ve Türkiye'de bankacılık alanındaki düzenlemeler, bunun tipik örneği olarak gösterilmektedir.[66] Benzer durum, AB üyesi ülkelerde de ortaya çıkmakta ve bu nedenle, düzenlemelerin artışını ifade etmek üzere, "reregülasyon" (*re-regulation*) kavramı kulla-

---

63 UYANIK da, "*regülasyon*"un, ayrı bir hukuki rejimi olan "idari faaliyet" olarak ele alınmasının temel nedenini; "*kamu hizmeti*" ve "*kolluk*" faaliyetine benzer birçok boyutu bulunmakla beraber, anılan faaliyet türlerinden farklılaşan pek çok noktasının da bulunmasıyla izah etmekte ve "*regülasyon*"un kendine has ilke ve prensiplerinin mevcut olduğunu işaret etmektedir. Bkz. Halit UYANIK, **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013, s.94, dn.41.

64 Bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2003, s.25.

65 Bkz. *Ibid.*, s.26.

66 Bu yöndeki tespit için bkz. TAN, *op. cit.*, 2010, s.24.

nılmaktadır.[67]

Ancak, bu konuda bütün sektörler bakımından yeknesak ve kategorik bir sonuca varmanın, "genelleme" yapmanın yanıltıcı olabileceği de göz önünde tutulmalıdır. Dolayısıyla, genel bir deregülasyon eğiliminden söz etme olanağı bulunmadığı gibi, genel bir reregülasyon sürecinden söz etmek de mümkün değildir. Kaldı ki, regülasyon faaliyeti ile sağlanması amaçlanan "tam", "serbest" veya "düzgün" rekabet ortamının henüz oluşmadığı ve yakın gelecekte de oluşmasının oldukça güç göründüğü ülkemizde; "deregülasyon"un, -en azından şimdilik- "hayal"den öteye geçmesini beklemek fazla "naif" bir yaklaşım sayılabilir. Diğer taraftan, "reregülasyon" ihtiyacının bulunup bulunmadığı da, sorgulanmaya değer bir husustur.

Bu saptamalardan hareketle, hukuki bir perspektifle, "regülasyon" kavramını; "toplumsal yaşamın siyasi iktidar tarafından belirlenen bazı hassas alanlarında düzenleme, denetleme ve yönlendirme yapmak suretiyle, 'ekonomik düzen' ile 'temel hak ve özgürlükler'i koruma amacını gerçekleştirmeye yönelik, idare -*bağımsız idari otorite (özerk regülasyon otoritesi)*- tarafından yürütülen bir idari faaliyet" olarak tanımlamak mümkündür. "Deregülasyon" kavramı ise, görece basitleştirilmiş, yalınlaştırılmış, esnekleştirilmiş ve adeta "spontane" hâle getirilmiş bir regülasyon faaliyeti olarak düşünülebilir. Nihayet "reregülasyon" kavramı, alabildiğine müdahaleci, "kazuistik" ve görece rijit bir regülasyon faaliyeti sayılabilir. Dolayısıyla, bu kavramlar arasında yalnızca "kantitatif (niceliksel) bir farklılık" bulunduğu görülmekte ve bunlar arasındaki sınırı, daha önceki regülasyon faaliyetinin "yoğunluğu" ile yapılan mukayese belirleyebilmektedir. Hemen belirtelim ki, bugün için, Türkiye'de, regülasyondan deregülasyona veya reregülasyona doğru gidildiğini gösteren açık bir veri bulunmadığına göre, bu hususta göreli bir değişimden veya dönüşümden söz etmek oldukça güçtür. Nihayet, karmaşık bir konjonktürün hâkim olduğu günümüzde, yakın gelecekte, deregülasyona veya reregülasyona giden bir süreç yaşanabileceğini şimdiden kestirebilmek de pek mümkün görünmemektedir.

II. BİR BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTE ÖRNEĞİ OLARAK BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU (BTİK)

A. Genel Olarak

Devletin ekonomik alandaki yeni rolünün, "hakem" konumuna indirgenmesinin ve telekomünikasyon alanındaki serbestleştirme, liberalleştirme ve özelleştirme[68] süreçlerinin bir sonucu olarak; telekomünikasyon sektörünü re-

[67] Bkz. *Ibid.*

[68] Telekomünikasyon alanındaki özelleştirmeleri, mukayeseli bir perspektiften değerlendiren bir çalışma için bkz. Funda BAŞARAN / Önder ÖZDEMİR, **Telekomünikasyonda Özelleştirme**, Kamu İşletmeciliğini

güle etmek üzere, 27/01/2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun[69] ile, 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nda[70] değişiklik yapılmak suretiyle, bir bağımsız idari otorite olarak "Telekomünikasyon Kurumu" (TK) kurulmuş ve faaliyete geçmiştir. 23/05/2001 tarihine kadar, telekomünikasyon alanındaki regülasyon yetkileri Ulaştırma Bakanlığı ile Telekomünikasyon Kurumu arasında paylaştırılmıştır. Buna göre, esas olarak telekomünikasyon alanında düzenleme yapma ve lisans verme yetkileri Ulaştırma Bakanlığı'na; denetim yetkileri ise Telekomünikasyon Kurumu'na ait olmuştur. Ancak, 12/05/2001 tarih ve 4673 sayılı Kanun'la[71] köklü bir değişiklik yapılarak, telekomünikasyon sektörünün regülasyonu konusundaki hemen bütün yetkiler, anılan Kanun'un 23/05/2001 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte Telekomünikasyon Kurumu'na verilmiştir. Ardından, 05/11/2008 tarih ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu[72] ile; mezkûr Kurum'un adı, "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu" (BTİK) olarak değiştirilmiş ve Kurum'un yapısı ile görev ve yetkileri konusunda da, "reform" niteliğinde sayılabilecek birtakım yenilikler getirilmiştir.

İşte bugün için telekomünikasyon alanının genel ve asli "regülatör"ü hâline gelen Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun kurumsal yapısı **(B)** ile regülasyon yetkilerinin genel çerçevesi **(C)** ve regülasyon yetkileri kapsamında yapmış olduğu eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi **(D)**, aşağıda, güncel mevzuat hükümleri ışığında, çeşitli açılardan analiz edilerek, konuyla ilgili sorunlu noktalara "projeksiyon" tutulmaya çalışılmaktadır.

B. BTİK'in Yapısı ve Konumu: *Kurumsal Açıdan BTİK*

1. BTİK'in Kurumsal Yapısı ve Özellikleri

27/01/2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun'la kurulmuş olan "Telekomünikasyon Kurumu"nun (TK) adı, 05/11/2008 tarih ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu" (BTİK) olarak değiştirilmiştir.[73] Bu kapsamda, 2813 sayılı "Telsiz Kanunu"nun adı da, "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun" olarak değiştirilmiş bulunmaktadır. Kuşkusuz, bu değişim, yalnızca Kurum'un

---

Geliştirme Merkezi Vakfı Yay., Ankara, 1998.

69 27/01/2000 tarih ve 4502 sayılı "Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" (RG: T.29/01/2000, S.23948).

70 05/04/1983 tarih ve 2813 sayılı Telsiz Kanunu (RG: T.07/04/1983, S.18011).

71 12/05/2001 tarih ve 4673 sayılı "Telgraf ve Telefon Kanunu, Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" (RG: T.23/05/2001, S.24410).

72 05/11/2008 tarih ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu (RG: T.10/11/2008, S.27050-1.Mükerrer).

73 Telekomünikasyon (elektronik haberleşme) hukukundaki regülasyon otoritesinin isminde böyle bir değişikliğe gidilmesinin gerekli olup olmadığı hususu, kanımızca tartışmaya açıktır.

adı ile sınırlı kalmamış; kurumsal ve işlevsel boyuta ilişkin birtakım farklılıkları da gündeme getirmiştir. İşte bu başlık altında da, 5809 sayılı Kanun ile adı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olan Kurum'un, yapısal özelliklerine, ana hatları itibariyle değinilmektedir.

Bu bağlamda öncelikle belirtmek gerekir ki, 2813 sayılı Kanun'un 5809 sayılı Kanun'la değiştirilen 5. maddesi uyarınca, BTİK, "kamu tüzel kişiliği"ne ve idari ve mali "özerkliğe" sahip bir kuruluş olup; görevlerini yerine getirirken "bağımsız"dır. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Kurum'a emir ve talimat veremez.[74] Bu düzenlemede dikkati çeken husus, Kurum'un hem "özerk" hem de "bağımsız" olduğunun ifade edilmesi ve bununla da yetinilmeyerek, Kurum'a emir ve talimat verme yasağının da vurgulanmış olmasıdır. Esasen, Kurum'un "özerk" olduğunu belirttikten sonra, idare hukuku terminolojisine bağımsız idari otoritelerle birlikte giren ve bu kurumların özgül niteliğini yansıtmak bakımından elverişli sayılabilirse de, aslında teknik açıdan problemli olan "bağımsız"[75] sıfatına yer verilmesi pek uygun değildir. Dahası, böyle bir ifadenin, Anayasa'nın 123. maddesinde ifadesini bulan "idarenin bütünlüğü ilkesi" yönünden de sorun yaratabileceği ortadadır.

Diğer yandan, karar organı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu olan[76] Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun "ilişkili" olduğu bakanlık, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı[77] olmakla birlikte,[78] bu "ilişki"nin ne anlama geldiği hususu da tartışmaya açıktır. Zira Türk idare hukukunda, "bağlı" ve "ilgili" kuruluş ifadelerinin tanımları daha önce yapılmış olmakla birlikte;[79] "ilişkili" kuruluş

---

74 2813 sayılı Kanun'da yer alan bu düzenleme, Anayasa'nın 138. maddesinin ikinci fıkrasında "yargı bağımsızlığı" açısından öngörülen hüküm ile büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Gerçekten Anayasa'nın anılan hükmüne göre; "*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, (...) mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez (...)*". Ancak hiç şüphe yok ki, bağımsızlığı temin etmeye yönelik bu güvence hükümlerindeki benzerlik, bağımsız idari otoritelerin de yargı organı gibi düşünüldüğü anlamına gelmemektedir. Bkz. *supra.*, [**I.(A)**]

75 YAYLA, bu kurumlar için kullanılan "bağımsız" nitelemesinin yanıltıcı olduğunu, Anayasa m.123'te öngörülen "idarenin bütünlüğü" ilkesi bağlamında izah etmektedir. Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku**, Beta Yay., İstanbul, 2009, s.268.

76 2813 sayılı Kanun m.5/5.

77 "*Ulaştırma Bakanlığı*"nın adı; öncelikle, 26/09/2011 tarih ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (RG: T.01/11/2011, S.28102-Mükerrer) yürürlüğe girmesiyle birlikte, "*Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı*" olarak değiştirilmiş; ardından ise, 02/07/2018 tarih ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (RG: T.09/07/2018, S.30473-3.Mükerrer) yürürlüğe girmesiyle birlikte, "*Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı*" biçiminde değiştirilerek bugünkü nihai hâlini almış bulunmaktadır. "Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı" hakkında ayrıca bkz. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RG: T.10/07/2018, S.30474) m.474 vd.

78 2813 sayılı Kanun m.5/3.

79 Önceden kısaca "Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun" olarak da anılan, 703 sayılı KHK m.41 ile adı/başlığı "Bakan Yardımcılarının Mali Hakları ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun" olarak değiştirilmiş olan, 27/09/1984 tarih ve 3046 sayılı "Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 13/12/1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların

kavramı pozitif hukukumuzda önceden de tanımlanmadığından, bu kavramın neyi ifade ettiği belirsizdir.[80]

Kurum'un karar organı olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu, biri başkan olmak üzere, toplam yedi üyeden oluşmakta ve Kurul Başkanı, Kurum'un da başkanı olmaktadır.[81] Kurul başkanı ve ikinci başkanı ile üyeler, doğrudan[82] Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır.[83] Yeniden aynı göreve atanmaları mümkün olan[84] ve "*görevini yapmaya engel bir hastalık veya rahatsızlık nedeni*

Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun"un (RG: T.09/10/1984, S.18540), *703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmış olan 10. maddesine göre*; bağlı kuruluşlar, "*bakanlığın hizmet ve görev alanına giren ana hizmetleri yürütmek üzere, bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya katma bütçeli veya özel bütçeli kuruluşlardır.*" Adı geçen Kanun'un, yine *703 sayılı KHK ile ilga edilmiş olan 11. maddesine göre ise*; ilgili kuruluşlar, "*özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları*"dır.

80 "İlişkili bakanlık" ifadesinin anlamlandırılması bakımından ileri sürülen bir görüş için bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2002, s.173.

81 2813 sayılı Kanun m.5/5.

82 2813 sayılı Kanun'un 8. maddesinin, 703 sayılı KHK (m.170) ile değiştirilmesinden önce; Kurul'un başkanı ile telsiz hizmetlerini temsil eden bir üyesi ve telekomünikasyon hizmetlerini temsil eden iki üyesinin, Ulaştırma Bakanı'nın göstereceği iki kat üye adayı arasından; telekomünikasyon sektörünü temsil eden iki üyesinin, 2813 sayılı Kanun uyarınca Türkiye'de telekomünikasyon cihaz ve sistem imalatı, telekomünikasyon hizmeti yürütmekte ya da altyapı işletmekte olan ve ilgili telekomünikasyon hizmeti piyasasında Türkiye çapında en az %10'luk pazar payına sahip olan işletmecilerin göstereceği ikişer aday arasından [*2813 sayılı Kanun'un 8. maddesinin uygulaması açısından, hizmet piyasalarına ve işletmecilerin pazar paylarına ilişkin tespitlerin, Kurum tarafından ve nihai olarak yapılacağı; her bir işletmecinin, pazar payı ne olursa olsun, en fazla iki aday gösterebileceği tasrih edilmişti.*]; tüketicileri temsil eden üyesinin ise Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı [*03/06/2011 tarih ve 635 sayılı Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (RG: T.08/06/2011, S.27958-Mükerrer) yürürlüğe girmesiyle birlikte; "Sanayi ve Ticaret Bakanlığı"nın adı, "Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı" olarak değiştirilmiş idi.*] ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin (TOBB) göstereceği ikişer aday arasından [*Bilvesile belirtelim ki; tüketicileri temsil eden kurul üyesinin, belli bir üye sayısına ulaşmış tüketici örgütleri tarafından gösterilen adaylar arasından değil de, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ve TOBB tarafından gösterilen adaylar arasından atanması yönteminin isabetli olmadığı ileri sürülmekteydi. Bu yönde bkz. Şerafettin EKİCİ, **Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku (Elektronik İletişim)**, Vedat Kitapçılık Yay., İstanbul, 2006, s.242.*] Bakanlar Kurulu'nca atanması kurala bağlanmıştı. Açıkçası, anılan maddede, Kurul başkan ve üyelerinin atanmasına ilişkin nihai yetki Bakanlar Kurulu'na ait olmakla birlikte; Bakanlar Kurulu'nun bu yetkisi, zikredilen kurum ve kuruluşların gösterdiği adaylar arasından Bakanlar Kurulu'nca seçim yapılarak / tercihte bulunularak kullanılması öngörülmek suretiyle, tahdit edilmişti.

83 2813 sayılı Kanun m.8/1.

84 Her ne kadar, 2813 sayılı Kanun m.8/1'in, 703 sayılı KHK ile değiştirilmeden önceki şeklinde yer alan, "*Görevi biten Kurul başkanı ve üyelerin yeniden aynı göreve atanmaları mümkündür.*" ifadesine/ibaresine; hükmün yürürlükteki -yeni- hâlinde ve 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde (RG: T.10/07/2018, S.30474) yer verilmemiş olsa da; söz konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde, "süreli görevler" bakımından, yeniden aynı göreve atanmayı açıkça yasaklayan bir düzenleme de getirilmediğinden, görev süresi sona eren Kurul başkan ve üyelerinin yeniden aynı göreve atanmasına engel bulunmadığı düşünülebilir. Lakin, anılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin konuya ilişkin 7. maddesinin, bilhassa 4. madde hükümlerine yollamada bulunan lafzı itibariyle, tereddüde mahal verebileceği de unutulmamak gerekir. Dolayısıyla, bu hususta olası tereddütleri bertaraf edecek bir formülasyonla, hem anılan Kanun'un hem de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin ilgili maddelerinin yeniden kaleme alınması suretiyle konunun vuzuha kavuşturulmasının faydalı olacağına kanaat getirilmektedir.

ile iş görememe" ya da "*atanma için gerekli şartları kaybetme*" hâlleri[85] veyahut "*kurumsal hedeflere ulaşılamaması*" nedeni[86] dışında dört yıllık görev süresi[87] dolmadan görevden alınamayan Kurul başkan ve üyelerinin hangi formasyona, tecrübeye vs. niteliklere sahip olanlar arasından atanacağına ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada, 2813 sayılı Kanun m.8/2'de, yalnızca Kurul üyeleri bakımından, Devlet memuru olabilmenin genel şartlarının taşınması gerekliliğini ifade etmek üzere, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na[88] atfen bir düzenleme yapılması cihetine gidilmiş; bu bağlamda, Kurul üyelerinin, 657 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (A) bendinin (1), (4), (5), (6) ve (7) numaralı alt bentlerinde belirtilen şartları taşımalarının yanı sıra, herhangi bir siyasi partinin yönetim ve denetim organlarında görev almamış veya bu görevlerinden ayrılmış olmaları gerektiğinin hükme bağlanmasıyla iktifa edilmiş olduğu anlaşılmaktadır.[89] Ayrıca, yine salt Kurul üyelerinin, asli görevlerini aksatmayan bilimsel amaçlı yayın, jüri üyeliği, komisyon üyeliği, ders ve konferans ile telif hakları hariç, özel bir kanun izin vermedikçe, resmî veya özel başka hiçbir görev alamayacağı, ticaretle uğraşamayacağı, serbest meslek faaliyetinde bulunamayacağı ve özellikle de herhangi bir telekomünikasyon şirketinde ve PTT veya posta sektöründe faaliyet gösteren bir şirkette hissedar veya yönetici olamayacağının

---

85 2813 sayılı Kanun m.8/1'in ikinci cümlesine göre; "*Kurul başkan ve üyeleri ancak görevini yapmaya engel bir hastalık veya rahatsızlık nedeni ile iş görememe ya da atanmaları için gerekli şartları kaybetmeleri hâlinde Cumhurbaşkanınca süresi dolmadan görevden alınabilir.*"

86 27/06/1989 tarih ve 375 sayılı "657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı ve Kıdem Aylığı ile Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"ye (RG: T.30/06/1989, S.20211-Mükerrer) 703 sayılı KHK m.178 ile ilave edilen ek 35. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca; "*Cumhurbaşkanınca süreli atanan üst kademe kamu yöneticileri, ilgili kanunlarda öngörülen görevden alma gerekçeleri yanında kurumsal hedeflere ulaşılamaması nedeniyle de süreleri tamamlanmadan görevlerinden alınabilirler.*"

87 RTÜK dışındaki "düzenleyici ve denetleyici kurumlar"ın başkan ve üyelerinin görev süresi; 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne ekli (III) sayılı cetvelde, "dört yıl" olarak tasrih edilmiştir. Bu vesileyle hatırlatalım ki; 2813 sayılı Kanun m.8/1 hükmünün 703 sayılı KHK m.170 ile değiştirilmesinden önce, söz konusu görev süresi "beş yıl" olarak öngörülmüştü.

88 14/07/1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (RG: T.23/07/1965, S.12056).

89 Oysa 2813 sayılı Kanun m.8/2'nin, 703 sayılı KHK m.170 ile değiştirilmeden evvelki hâlinde; Kurul üyeliğine atanabilmek için aranan genel ve özel koşullar (formasyon, tecrübe vb.), açıkça ve etraflıca düzenlenmişti. Bu hükme göre; Kurul üyeliğine atanabilmek için, Devlet memuru olmanın genel şartlarının yanı sıra, mühendislik alanında elektronik, elektrik-elektronik, elektronik ve haberleşme, endüstri, fizik, matematik, bilgisayar, telekomünikasyon ve işletme mühendisliği fakültelerinden veya bölümlerinden, sosyal bilimler alanında siyasal bilgiler (bilimler), iktisadi ve idari bilimler, iktisat, hukuk, işletme fakülteleri veya bölümlerinden ya da fakültelerden fizikçi veya matematikçi unvanıyla veya sayılan fakülte ve bölümlere denkliği yetkili makamlarca kabul edilmiş yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarından mezun olmaları ya da belirtilen bölümlerden mezun olmamakla birlikte sayılan alanlarda yüksek lisans veya doktora yapmış olmaları, mesleki ve elektronik haberleşme alanında yeterli bilgi ve deneyime sahip, kamuda veya özel sektörde en az on yıl çalışmış olmaları ve herhangi bir siyasi partinin yönetim ve denetim organlarında görev almamış veya bu görevlerinden ayrılmış olmaları gerekirdi.

da hüküm altına alındığı görülmektedir.[90]

Kurul başkanı ve üyesi olabilmek için, pozitif hukukumuzda bugün için belirli formasyon ve tecrübe koşulları öngörülmemiş olduğundan; Cumhurbaşkanlığı makamınca yapılacak atama açısından, hukuken çok geniş bir serbestînin mevcudiyeti aşikârdır. Bununla birlikte, diğer bağımsız idari otoritelerde olduğu gibi, BTİK'in de temel işlevi olan regülasyon faaliyeti, esas olarak "hukuk" ve "ekonomi" konusu olduğundan; BTİK başkan ve üyelerinin belirlenmesinde, hukuk ve ekonomi alanlarına yönelik formasyona ve tecrübeye sahip olanların tercih edilmesinin daha uygun olabileceği söylenebilir. Aynı durum, Kurul başkan ve üyeleri dışında kalan Kurum personeli bakımından da geçerlidir.[91]

Kurul başkan ve üyelerinin atanmasında nihai yetkinin, -6771 sayılı Kanun[92] ile yapılan *Anayasa Değişikliği*yle getirilen yeni hükûmet sisteminin[93] bir gereği olarak- Cumhurbaşkanı'na tanınmış olması, üzerinde hiyerarşi ve idari vesayet denetimi bulunmayan yahut daha doğrusu, asgari düzeyde idari vesayet denetimine tabi olan Kurum açısından gündeme gelebilecek "meşruiyet sorunu"nu belli ölçüde giderebileceğinden, uygun bir yöntem sayılabilir. Keza, Kurul başkan ve üyelerinin, görevini yapmaya engel bir hastalık veya rahatsızlık nedeni ile iş görememeleri ya da atanmaları için gerekli şartları kaybetmeleri veyahut kurumsal hedeflere ulaşılamaması hasebiyle, dört yıllık görev süreleri dolmadan evvel görevden alınmalarında da, Cumhurbaşkanı'nın yetkili kılınmış olması, "yetkide ve şekilde/usulde paralellik" ilkesine uygun bir yöntemdir.[94] Yine, Kurul başkan ve üyelerinin, bahsi geçen zaruri sebepler ("*görevini yapmaya engel bir hastalık veya rahatsızlık nedeni ile iş görememe ya da atanmaları için gerekli şartları kaybetmeleri*") söz konusu olmadıkça, görev süreleri boyunca görevden alınamamaları da, bağımsızlığın temin edilmesi bakımından isabetli olmakla birlikte;

---

90 2813 sayılı Kanun m.8/7. Söz konusu hükmün, 703 sayılı KHK (m.170) ile değiştirilmeden önceki şeklinde; telekomünikasyon sektörünü temsil eden üyenin, kendisini aday gösteren işletmeci şirket ile görev süresi boyunca her türlü ilişkisini keseceği ve görevinden ayrılmasından itibaren de en az iki yıl boyunca anılan işletmeci şirket ile çalışma, danışmanlık veya hissedarlık şeklinde bir ilişki kuramayacağı tasrih edilmişti. Fakat bu yasağa aykırılık için Kanun'da herhangi bir yaptırım öngörülmediğinden, bahse konu yasağı içeren hükmün, hukuksal etki ve sonuçtan mahrum olduğu ve yalnızca "moral" nitelik taşıdığı ileri sürülebilmekteydi. Bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2002, s.167; Metin ASLAN, "Telekomünikasyon Kurumu", **Prof. Dr. Çetin ÖZEK Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yay., İstanbul, 2004, s.95.

91 Aynı yönde bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2003, s.123.

92 21/01/2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG: T.11/02/2017, S.29976), 16/04/2017 tarihli halkoylamasıyla kabul edilmiş olup; tüm hükümleri, 09/07/2018 tarihi itibariyle yürürlüğe ve uygulamaya girmiştir.

93 16/04/2017 tarihli halkoylamasıyla kabul edilen 6771 sayılı Kanun ile yapılan *Anayasa Değişikliği*yle ihdas olunan yeni hükûmet sisteminde, yürütme yetkisi ve görevinin tek sahibi Cumhurbaşkanı'dır.

94 İdare hukukunun temel ilkelerinden olan yetkide ve şekilde/usulde paralellik (yetkilerin ve şekillerin/usullerin paralelliği) ilkesi, Anayasa'da ve yasalarda yer almamakla birlikte, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla benimsenmiş bulunmaktadır [örneğin bkz. **D.5.D**: E.1996/795, K.1996/3565, T.21/11/1996 (KİBB)]. "İçtihadî" bir ilke olması dolayısıyla, bu ilkenin yasa ile "*by-pass*" edilmesi her zaman mümkündür. Ancak tutarlılık açısından, mevzuat hükümlerinde de bu ilkenin esas alınmasında fayda bulunduğu yadsınamaz.

bu zaruri sebeplerin yanı sıra, "*kurumsal hedeflere ulaşılamaması*" gibi "yerindeliğe" ilişkin müphem bir sebebin de görevden alınma gerekçesi sayılabilmesine cevaz veren hükmün[95] getirilmesiyle, "bağımsızlık" yönünden az önce ortaya konulan vargı geçerliliğini yitirmektedir. Hakikaten, Kurul'un bağımsızlığının sağlanması, atamadan ziyade, görevden alma ile ilgili bir konu olup; Kurul başkanı veya üyesi, görev süresi dolmadan görevden alınabiliyorsa, Kanun'da yazılan "bağımsız" ifadesi kâğıt üzerinde kalmaya mahkûm olur.[96] Buna karşılık, Kurul başkanı veya üyesi hangi yöntemle atanmış olursa olsun, kural olarak, Kanun'da öngörülen görev süresi dolmadan görevden alınamıyorsa; ancak o zaman bağımsız hareket edebileceği ve objektif kararlara imza atabileceği -belki eşyanın tabiatından sâdır olan bir karine gibi- kabul edilebilir.

İlk bakışta, Kurul başkan ve üyelerinin, kural olarak, dört yıllık görev süreleri boyunca görevden alınmalarını engellediği intibaını uyandıran mezkûr kurallar; "*kurumsal hedeflere ulaşılamaması*" gibi "yerindeliğe" ilişkin müphem bir sebebe/gerekçeye istinaden görevden almayı da olanaklı kılıp, görevden alma hususundaki "takdir yetkisi"ni oldukça genişlettiği için, sonuç itibariyle "bağımsızlığa" hizmet edememektedir. Hakeza, Kurul başkan ve üyelerinin, görev süreleri dolduktan sonra, tekrar aynı göreve atanmalarının olanaklı kılınmış olması da, bağımsızlığı temelinden sarsabilecek bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, kural olarak görevden alınamayacağını bildiği için kendisini daha bağımsız hissedeceği düşünülen Kurul başkanı veya üyesinin, görev süresi bittikten sonra tekrar seçilebilme kaygısı ve belki de "hırsı" ile objektif karar vermekten uzaklaşabileceği endişesi, bağımsızlığına "gölge" düşürebilecektir. Hemen belirtelim ki, bağımsızlık bakımından, salt bağımsız olmak yetmemekte; aynı zamanda bağımsız ve tarafsız görünmek de gerekmektedir. Dolayısıyla, bağımsızlığa "şeklen" dahi olsa "gölge" düşüren unsurlardan arındırılmış bir yöntemin benimsenmesi ve bu anlamda, görev süresi biten Kurul başkan ve üyelerinin yeniden seçilmelerinin önünü kapatan bir hükmün getirilmesi uygun olabilecektir.

Bu arada ifade edelim ki; Kurul'un toplantı yeter sayısı beş; karar yeter sayısı ise, dört olarak düzenlenmiş ve çekimser oy kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır.[97] İlaveten, toplantıda bir konuda karar yeter sayısı sağlanamadığı takdirde, izleyen toplantılarda aynı konuda oylarda eşitlik olması hâlinde, başkanın bulunduğu tarafın oyu üstün sayılarak karar alınacağı hususu da kurala bağlanmak suretiyle, olası tıkanmaların önüne geçilmiştir.[98] Bu noktada belirtmek gerekir ki; Kanun'da Kurul hâlinde karar alınması öngörüldüğüne göre, Bilgi

95 Bkz. *supra.*, dn.86.

96 Rekabet Kurulu özelinde aynı yöndeki değerlendirme için bkz. İ. Yılmaz ASLAN, **Rekabet Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2008, s.305.

97 2813 sayılı Kanun m.8/8.

98 2813 sayılı Kanun m.8/8.

Teknolojileri ve İletişim Kurulu'nun tesis ettiği kararlar, hukuksal niteliği itibariyle, "kolektif işlem"[99] kategorisine dâhil olmaktadır.

Öte yandan, Kurul üyelerinin, kendileri, Kanun'da belirtilen akrabaları yahut bu kişilerin hissedarı, yöneticisi veya üst düzey çalışanı[100] olduğu herhangi bir telekomünikasyon şirketi ile ilgili konularda yapılan oylamalarda, oylamaya katılamayacakları öngörülmüştür.[101] Ancak, "oylamalar"a katılması yasaklanan bu Kurul üyelerinin, "müzakere süreci"ne katılmalarını engelleyen bir düzenleme yer almadığından; kendilerine ve/veya Kanun'da belirtilen yakınlarına ilişkin kararların alınacağı toplantılara girerek, toplantı sürecindeki müzakerelere, tartışmalara ve değerlendirmelere katılmaları mümkün görünmektedir. Oysa, Kurul üyesinin tarafsızlığını şüpheye düşüreceği Kanun'da açıkça öngörülen durumlardan biri mevcut olduğunda, kolektif işlem niteliğini haiz bulunan Kurul kararlarının tüm aşamalarının, ilgili Kurul üyesine kapalı tutulmasının, bağımsızlığın ve dolayısıyla kararların nesnelliğinin temini açısından daha isabetli olabileceği kuşkusuzdur.[102]

2. BTİK'in Türkiye Cumhuriyeti İdari Teşkilatı İçindeki Konumu

Bağımsız idari otoritelerin bütün özelliklerini bünyesinde barındırdığı için, tipik bir bağımsız idari otorite sayılması gereken Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun (BTİK) T.C. idari teşkilat şemasındaki yerinin belirlenmesi, aslında tüm bağımsız idari otoritelerin teşkilatta konumlandırılması bakımından önem taşımaktadır. Zira ülkemizde, 1981 yılında Sermaye Piyasası Kurulu'nun kurulmasıyla[103] başlayan ve özellikle 2000'li yıllardan itibaren ivme kazanan bağımsız idari otorite serüveninde, bu yeni kurumların idari teşkilat içerisindeki konumları, sıklıkla tartışma konusu yapılmaktadır. Genel olarak bağımsız idari otoritelerin idari teşkilat içindeki yeri belirlendiğinde, BTİK'in konumu da kendiliğinden belirginlik kazanacağından; T.C. idari teşkilat şemasının genel özelliklerinden hareketle, bu kurumların nasıl konumlandırılabileceğinin düşünülmesi gerekmektedir. Bunun için ise, Anayasa'nın öngördüğü idari teşkilat sisteminin genel çerçevesi ortaya konulmalıdır.

---

99 Birden fazla iradenin aynı anda ve aynı yönde açıklanması ile meydana gelen tek yanlı idari işlemlere, idare hukuku yazınında "kolektif işlem" denilmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. GÖZLER, *op. cit.*, C.1, s.795.

100 2813 sayılı Kanun m.8/8'de yer verilen "*üst düzey çalışan*" ibaresi (bkz. *infra.*, dn.101), belirsizliğe yol açabilecek niteliktedir. Kararın alınmasına ilişkin önemli bir hususta, Kanun'da böyle müphem bir ibarenin/ifadenin kullanılmış olması; idari işlemin "yetki" ve "şekil/usul" unsurları bakımından tereddüde mahal verebileceğinden, isabetli görünmemektedir.

101 2813 sayılı Kanun'un 8. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca, "*(...) Kurul üyelerinin bizzat kendisi veya 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 245 inci maddesinin (3) numaralı bendinde yazılı derecelerde akrabalığı bulunan kişiler ile veya bu kişilerin hissedarı, yöneticisi veya üst düzey çalışanı olduğu herhangi bir telekomünikasyon şirketi ile ilgili konularda yapılan oylamalarda ilgili Kurul üyesi oylamaya katılamaz.*"

102 Aynı yönde bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2002, s.167.

103 28/07/1981 tarih ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (RG: T.30/07/1981, S.17416).

Bu bağlamda, ilk olarak, Anayasa'nın 123. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, idarenin kuruluş ve görevlerinin "merkezden yönetim" ve "yerinden yönetim" olmak üzere iki temel esasa dayandığı görülmektedir. Merkezden yönetim ilkesinin uygulanması sonucu ortaya çıkan kuruluşların, merkezî idare kuruluşları olduğu ve bunların Anayasa'da gösterildiği anlaşılmaktadır. Keza, yerinden yönetim ilkesinin yer itibariyle uygulanması sonucu ortaya çıkan mahallî idarelerin de (yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları) Anayasa'da (m.127) tahdidi olarak sayıldığı açıktır.[104] Öte yandan, Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasından hareketle, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kamu tüzel kişileri kurulmak suretiyle hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının (kamu kurumları) oluşturulacağı da anlaşılmaktadır. Peki, bağımsız idari otoriteler ve bu bağlamda BTİK, anılan tablonun neresinde yer almaktadır?

Bir defa, diğer bağımsız idari otoriteler gibi BTİK de, Fransız hukukundan farklı olarak,[105] Devlet tüzel kişiliği dışında ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olduğundan; yalnızca Devlet tüzel kişiliğinin mevcut olduğu ve bunun dışında bir kamu tüzel kişiliğinin bulunmadığı merkezî idare teşkilatı içinde yer alamaz. O hâlde, Devlet tüzel kişiliğinden ayrı kamu tüzel kişiliklerinin söz konusu olduğu yerinden yönetim teşkilatı içinde nerede konumlandırılabileceği araştırılmalıdır. Bu bağlamda, il, belediye veya köy halkının "mahallî müşterek ihtiyaçları"nı karşılamak amacıyla kurulan kamu tüzel kişileri olan mahallî idareler arasında yer alması da olanaksız olan bağımsız idari otoritelerin, belli bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla "uzmanlık" ("ihtisas") prensibine göre kurulan ve sayıları sınırlı olmayan hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında yer aldığı sonucuna ulaşılabilir. Her ne kadar, bağımsız idari otoritelerin, diğer hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarından farklı yönlerinin mevcudiyetinden hareketle,[106] bunların, aynı kategoride yer alamayacağını ve bu kuruluşların, mahallî idareler (yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları) ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları (kamu kurumları) yanında, üçüncü bir kategori yerinden yönetim kuruluşları olarak konumlandırılmaları gerektiğini ileri sürenler

---

104 Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileridir.*"

105 Fransa'da, bağımsız idari otoritelerin, Devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir kamu tüzel kişilikleri bulunmadığı konusunda bkz. GÖZLER, *op. cit.*, C.1, s.665; BELL, *op. cit.*, p.480.

106 Bu noktadaki en önemli farklılık; bağımsız idari otoritelerin, diğer hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları gibi doğrudan doğruya "kamu hizmeti" sunmaması ve fakat, yalnızca kamu hizmeti sunanlara ve bunların sundukları hizmete ilişkin "regülasyon faaliyeti" yürütmesidir. Bununla beraber, bazı istisnai durumlarda, bağımsız idari otoritelerin de, ilgili oldukları sektördeki kamu hizmetini bizzat yürütmesini olanaklı kılan düzenlemeler de mevcuttur. Başka bir açıdan, idare hukuku sistemimizde öteden beri hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları kategorisi kapsamında değerlendirilen kurumlar da, pek çok yönden birbirlerinden farklılaşabilmektedir. Öyleyse, bağımsız idari otoritelerin de, "hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları" çatısı altında sınıflandırılmaması yolundaki yaklaşımların isabetliliğinin şüpheli olduğu pekâlâ savlanabilir.

bulunsa da;[107] kanımızca, böyle üçlü bir kategorizasyona gitmek yerine, bağımsız idari otoriteleri, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının yeni ve özgün bir türü olarak görmek daha isabetli sayılabilir.[108] Kaldı ki, yerinden yönetim kuruluşlarında üçüncü bir tasnife gitmenin pratik bir değeri yahut anlamlı bir sonucu da bulunmamaktadır. Öyleyse, kamu tüzel kişiliğine sahip olan ve ülke genelinde belli bir konuda/alanda regülasyon faaliyetini "uzmanlık" ("ihtisas") prensibine göre yerine getiren bağımsız idari otoriteleri, genel olarak, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında konumlandırmak; yani, kamu kurumları arasında saymak, en uygun yoldur.[109] Hâl böyle olunca, bir bağımsız idari otorite olan ve telekomünikasyon alanında regülasyon işlevini yerine getiren BTİK'in de, diğer bağımsız idari otoriteler gibi, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında yer aldığı söylenebilir.[110]

Bu noktada ise, BTİK bağlamında, merkezî idare ile yerinden yönetim kuruluşları arasında, Anayasal bir ilke olan "idarenin bütünlüğü"nün gerçekleştirilmesi bakımından bir sorun bulunup bulunmadığı sorusu akla gelebilmektedir. Öğretide, bu sorunun farklı şekillerde yanıtlandığı ve olumlu yahut olumsuz sonuçlara ulaşılabildiği görülmektedir. Öğretide konuya ilişkin farklı görüşlerin serdedilmesi, merkezî idarenin, bağımsız idari otoriteler üzerinde, idarenin bütünlüğünü sağlamaya yönelik araçlar olan hiyerarşi ve idari vesayet yetkilerine, kural olarak, sahip olmamasından[111] kaynaklanmaktadır. Gerçekten de, aynı kamu tüzel kişiliği içinde/bünyesinde "hiyerarşi", farklı kamu tüzel kişileri arasında ise, kanunda ayrıca ve açıkça öngörülmüş olmak kaydıyla, "idari vesayet" yoluyla gerçekleştirilen "idarenin bütünlüğü ilkesi" açısından, bağımsız idari otoritelere dair ciddi bir soru işareti mevcuttur. Zira, Devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu için merkezî idarenin hiyerarşik denetimine tabi olmadığı tartışmasız olarak kabul edilen bağımsız idari otoritelerin ve bu arada BTİK'in (esasen, işlemlerinin), kanunlarda açıkça öngörülmediği için, merkezî idarenin vesayet denetimine de tabi olmadığı ileri sürülmektedir.

Bu arada hemen belirtelim ki, 08/08/2011 tarih ve 649 sayılı Kanun

---

107 Bu yönde bir görüş için bkz. GÜNDAY, *op. cit.*, s.575.

108 Benzer yönde bkz. (Turan YILDIRIM) – YILDIRIM / YASİN / KAMAN / ÖZDEMİR / ÜSTÜN / OKAY TEKİNSOY, *op. cit.*, s.178; GÖZLER, *op. cit.*, C.1, s.666; SEVER, *op. cit.*, s.220.

109 Bu noktada, "idari karar alma süreçlerinde kayda değer biçimde asgari serbestliğe sahip olup olmama" ölçütünü (asgari idari özerklik kriterini) baz alarak "*genel idare (merkezî idare) – özerk idareler*" biçiminde yeni ve özgün bir teşkilat sınıflandırması yapan ULUSOY'a göre; "bağımsız idari otoriteler", "*özerk idareler*"in bir türüdür. Bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2019, s.157 vd.

110 Karş. Ebru ÖZTÜRK, **Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumunun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması**, RK Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003.

111 Bağımsız idari otoritelerin, merkezin hiyerarşik ve idari vesayet denetimi dışında olduğu yönünde bkz. Tayfun AKGÜNER / Kahraman BERK, **İdare Hukuku**, 8. Basım, Der Yay., İstanbul, 2017, s.489.

Hükmünde Kararname[112] ile 3046 sayılı Kanun'un[113] 19/A maddesinin birinci fıkrasına eklenen, "*Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.*" cümlesi de, "ilişkili bakan" ile "bağımsız idari otorite" arasında idari vesayet ilişkisini kurmak bakımından -tek başına- yeterli olamamıştır. Zira, istisnai ve sınırlı bir yetki olan, bu nedenle de "dar yorumlanması" gereken "idari vesayet"in kapsamı, kanunda ayrıca ve açıkça belirtilmedikçe ve içerdiği yetkiler somut olarak gösterilmedikçe; ilişkili bakanın, hukuksal açıdan kullanabileceği bir vesayet yetkisinden bahsolunamaz. Mamafih, hükmün kaleme alınış şekli itibariyle "hiyerarşik" yetkileri dahi çağrıştıracak ifadeler içermesi, ileride, bu kurumlar (*bu kurumların işlemleri ve faaliyetleri*) üzerinde geniş vesayet yetkilerinin öngörülebileceğinin ipuçlarını vermektedir. Ancak tekraren altını çizelim ki, biraz yukarıda aynen alıntılanan, 3046 sayılı Kanun m.19/A hükmünde yer alan genel ve soyut ifadelerin, bakanlık ile bağımsız idari otorite arasında idari vesayet bağını kurmaya elverişli olmadığı ve bu nedenle de hukuksal değerden yoksun sayılacağı düşünülebilir. O hâlde, anılan KHK'daki düzenlemeye rağmen, bağımsız idari otoritelerin, *-işlemleri bakımından-* esasen, idari vesayet denetimine tabi olmama durumunun devam ettiği savunulabilir.

Lakin bu saptamanın, genel olarak bağımsız idari otoritelerin, özel olarak ise BTİK'in *işlemleri* üzerinde -kural olarak- idari vesayet yetkisinin bulunmadığı ile sınırlı biçimde anlaşılması gerektiğini özellikle vurgulanmak lazım gelmektedir. Zira yukarıda[114] da değinilen, 27/06/1989 tarih ve 375 sayılı KHK'ya, 703 sayılı KHK m.178 ile ilave edilen ek 35. maddenin dördüncü fıkrasındaki, "*Cumhurbaşkanınca süreli atanan üst kademe kamu yöneticileri, ilgili kanunlarda öngörülen görevden alma gerekçeleri yanında kurumsal hedeflere ulaşılamaması nedeniyle de süreleri tamamlanmadan görevlerinden alınabilirler.*" yolundaki hüküm; genel olarak bağımsız idari otoriteler, özel olarak ise BTİK bakımından, *organlar/kişiler* üzerinde idari vesayet yetkisinin ihdas edildiğini gözler önüne sermektedir. Üstelik, "*kurumsal hedeflere ulaşılamaması*" durumunda/nedeniyle, BTİK'in başkan ve üyelerinin dört yıllık görev süreleri dolmadan, Cumhurbaşkanı tarafından görevden alınmasını mümkün kılan mezkûr

[112] 08/08/2011 tarih ve 649 sayılı "Avrupa Birliği Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname" (RG: T.17/08/2011, S.28028).

[113] Önceden kısaca "Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun" olarak da anılan, 27/09/1984 tarih ve 3046 sayılı "Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 13/12/1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun"un (RG: T.09/10/1984, S.18540) adı/başlığı, 703 sayılı KHK m.41 ile "Bakan Yardımcılarının Mali Hakları ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun" olarak değiştirilmiştir.

[114] Bkz. *supra.*, dn.86.

düzenleme, "yerindelik" sahasına ilişkin geniş bir takdir alanı yaratmaktadır. Bu itibarla, pozitif hukukumuza göre, bağımsız idari otoritelerin "idari vesayet" denetiminden tümüyle münezzeh olmadığı belirtilmelidir.

Diğer yandan, Fransız idare hukukundan esinlenilerek, idari vesayet denetiminin/yetkisinin, "yargısal denetimi harekete geçirme"ye indirgenmesi ve "hukukilik" denetimiyle sınırlandırılması yolundaki trend de göz önünde tutulduğunda; bağımsız idari otoritelerin *işlemleri* bakımından "idari vesayet" konusuyla, dolayısıyla "idarenin bütünlüğü" ilkesinin teminiyle ilgili endişelere de kuşkuyla yaklaşılması gerektiği düşünülebilir. Zira, BTİK'in ve diğer bağımsız idari otoritelerin "ilişkili" bulundukları bakanlıkların, bu kuruluşların tesis edecekleri bireysel/birel ve düzenleyici işlemlerin iptali istemiyle dava açabilmeleri olanaklıdır; ki, bakanlığın yargı organını harekete geçirmesine yönelik bu yetki, geniş anlamda idari vesayet kapsamında ittihaz olunabilir ve bunun, idarenin bütünlüğü ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet ettiği kabul edilebilir.[115]

Ayrıca örnek kabîlinden belirtelim ki; BTİK başkan ve üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından atanmasında (ve görevden alınmasında) olduğu gibi, diğer bağımsız idari otoritelerin organlarının belirlenmesinde de -prensip olarak- yürütme organının yetkilerinin bulunması; bu kuruluşlar için mali denetim mekanizmalarının öngörülmüş olması ve bu bağlamda, bağımsız idari otoritelerin mali denetiminin Sayıştay tarafından yapılması ve nihayet, bu kuruluşların da, Cumhurbaşkanlığı'na bağlı Devlet Denetleme Kurulu'nun denetimine tabi olması, idarenin bütünlüğü ilkesinin yaşama geçirilmesi bakımından yeterli/elverişli yetki ve denetim mekanizmaları sayılmak gerekir.[116] Zaten aksi takdirde, kamusal yaşamın, telekomünikasyon gibi duyarlı alanlarının regüle edilmesinde, klasik bürokratik yapılanmalardan hemen hiçbir esaslı farklılığı bulunmayan kurumların ihdasından söz edilmesi gerekir ki; bu keyfiyet, devlete biçilen yeni rolün görmezden gelinmesi ve regülasyonun temel felsefesi ile bağımsız idari otoritelerin doğumunu doğrulayan sebeplerin inkârı anlamına gelir.

C. BTİK ve Regülasyon: *İşlevsel Açıdan BTİK*

1. Genel Olarak BTİK'in Görev ve Yetkileri

05/11/2008 tarih ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte,[117] 27/01/2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun'la kurulmuş

[115] Gerçi, "ilişkili" olduğu ilgili kanunlarda açıkça belirtilmemiş olsaydı da, o konu ile ilgili faaliyet yürüten bakanlığın, bağımsız idari otoritenin işlemine karşı iptal davası açabileceği düşünülebilirdi. Ancak "ilişkili bakanlık" olmanın pratik sonucunun, iptal davalarında aranan "özel ehliyet" veya "taraf sıfatı" koşulu olan "menfaat ihlali"nin gerçekleşip gerçekleşmediğinin ayrıca araştırılmasına gerek olmadığı bakımından ortaya çıktığı ileri sürülebilir. Bu konuda ayrıntılı izahat için bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2002, s.173.

[116] Bkz. GÜNDAY, *op. cit.*, s.576.

[117] 10/11/2008 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış olan 5809 sayılı Kanun'un "Yürürlük" başlığını taşıyan 68. maddesine göre, "*Bu Kanunun İkinci Kısım Birinci Bölümünde yer alan yetkilendirme ile ilgili hüküm-*

olan Telekomünikasyon Kurumu'nun (TK) yalnızca adı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTİK) olarak değiştirilmekle kalmamış; Kurum'un görev ve yetkileri bakımından da önemli değişikliklere gidildiği gözlenmiştir. O hâlde, bugün için, BTİK'in görev ve yetkilerinin kapsam ve sınırlarının belirlenebilmesi bakımından, 5809 sayılı Kanun'un, Kurum'un görev ve yetkilerini düzenleyen 6. maddesine bakılması gerekmektedir.

Anılan maddeden hareketle, BTİK'in temel görev ve yetkilerini, yirmi sekiz başlıkta toplamak mümkündür. Bu bağlamda, BTİK'in görev ve yetkileri genel olarak şöyle sıralanabilir:

1- Elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak, bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hâllerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak.

2- 5809 sayılı Kanun ve bu Kanun'a dayanılarak yapılan düzenlemelere aykırı olarak, elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallerini denetlemek, yaptırım uygulamak, mevzuatın öngördüğü hâllerde elektronik haberleşme sektöründe rekabet ihlallerine ilişkin konularda Rekabet Kurumu'ndan görüş almak.

3- Abone, kullanıcı, tüketici ve son kullanıcıların hakları ile kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına ilişkin gerekli düzenlemeleri ve denetlemeleri yapmak.

4- İşletmeciler ile tüketicileri ilgilendiren Kurul kararlarını gerekçe ve süreçleri ile kamuoyuna açık tutmak.

5- 5809 sayılı Kanun çerçevesinde, gerektiğinde işletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletmek, uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak.

6- Elektronik haberleşme sektöründeki gelişmeleri takip etmek, sektörün gelişimini teşvik etmek amacıyla gerekli araştırmaları yapmak veya yaptırmak ve bu konularda ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği hâlinde çalışmak.

7- 5809 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (a) bendini[118] de göz önünde bu-

ler Kanunun yayımından altı ay sonra, diğer hükümleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer."

[118] 5809 sayılı Kanun'un, Bakanlığın (Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın) elektronik haberleşme sektörüne ilişkin görev ve yetkilerini düzenleyen 5. maddesinin anılan hükmünde; Bakanlığa, "*(n)umaralandırma, internet alan adları, uydu pozisyonu, frekans tahsisi gibi kıt kaynaklara dayalı elektronik haberleşme hiz-*

lundurarak, elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve elektronik haberleşme şebeke ve altyapılarının tesis ve işletilmesi için gerekli olan frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma planlamasını ve tahsisini yapmak.

8- Elektronik haberleşme ile ilgili olarak Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın strateji ve politikalarını dikkate alarak, yetkilendirme, tarifeler, erişim, geçiş hakkı, numaralandırma, spektrum yönetimi, telsiz cihaz ve sistemlerine kurma ve kullanma izni verilmesi, spektrumun izlenmesi ve denetimi, piyasa gözetimi ve denetimi de dâhil gerekli düzenlemeler ile denetlemeleri yapmak.

9- Telsiz sistemlerinin belirlenen tekniklere ve usullere uygun olarak kurulmasının ve çalıştırılmasının kontrolünü yapmak, elektromanyetik girişimleri tespit etmek ve giderilmesini sağlamak.

10- İşletmecilerin ticari sırları ile kamuoyuna açıklanabilecek bilgilerinin kapsamını belirlemek, işletmecilerin ticari sırları ile yatırım ve iş planlarının gizliliğini korumak ve bunları adli makamların talepleri dışında muhafaza etmek.

11- Elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi almak ve gerekli kayıtları tutmak, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından elektronik haberleşme sektörüne yönelik strateji ve politikaların belirlenmesinde ihtiyaç duyulanları, talebi üzerine adı geçen Bakanlığa iletmek.

12- 5809 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendi[119] uyarınca Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nca yapılacak düzenlemeler çerçevesinde, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin araştırma, geliştirme ve eğitim faaliyetlerine ilişkin olarak, mevcut Kurum gelirlerini göz önünde bulundurarak gelirlerinin %20'sini aşmamak kaydıyla ayıracağı kaynağı adı geçen Bakanlığa aktarmak.[120]

13- Kullanıcılara ve erişim kapsamında diğer işletmecilere uygulanacak tarifelere, sözleşme hükümlerine, teknik hususlara ve görev alanına

metlerine ilişkin strateji ve politikaları belirleme" görev ve yetkisi verilmiştir.

119 5809 sayılı Kanun'un, Bakanlığın (Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın) elektronik haberleşme sektörüne ilişkin görev ve yetkilerini düzenleyen 5. maddesinin anılan hükmünde; Bakanlığa, "*(e)lektronik haberleşme sistemlerinin yerli tasarım ve üretimini, bu amaçla sektöre ilişkin araştırma, geliştirme ve eğitim faaliyetlerini teknik ve maddi destek de dâhil olmak üzere teşvik etmek ve Kurumun gelirlerinin % 20'sini aşmamak kaydıyla söz konusu faaliyetlere ilişkin olarak ayıracağı kaynağı belirlemek ve bu kaynağın kullanımına ilişkin gereken düzenlemeleri yaparak bu kaynağı kullandırmak.*" görev ve yetkisi verilmiştir.

120 Bu aktarım, katma değer vergisi ve damga vergisi dâhil her türlü vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden istisnadır (5809 sayılı Kanun m.6/1-i).

giren diğer konulara ilişkin genel kriterler ile uygulama usul ve esaslarını belirlemek, tarifeleri onaylamak, tarifelerin denetlenmesine ilişkin düzenlemeleri yapmak.

14- İşletmeciler tarafından hazırlanan referans erişim tekliflerini onaylamak.

15- Yürütülecek elektronik haberleşme hizmetleri, şebeke ve/veya alt yapısı ile ilgili olarak yapılacak yetkilendirmelere ilişkin hüküm ve şartları belirlemek, uygulanmasını ve yetkilendirmeye uygunluğu denetlemek, bu hususta gereken iş ve işlemleri yürütmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak.

16- Radyo ve televizyon yayıncılığına ilişkin ilgili kanununda belirtilen hükümler saklı kalmak kaydıyla, frekans planlama, tahsis ve tescil işlemlerini, güç ve yayın sürelerini de göz önünde tutarak uluslararası kuruluşlarla işbirliği de yapmak suretiyle yürütmek.

17- Elektronik haberleşme sektöründe kullanılacak her çeşit sistem ve cihazların, uyumlaştırılmış ulusal standartlarını yayımlatmak ve uygulanmasını sağlamak, teknik düzenlemelerini yapmak, piyasa denetimini yapmak ve/veya yaptırmak, bu amaçla laboratuvarlar kurup işletebilmek ve bu laboratuvarlarda verebileceği eğitim ve danışmanlık hizmetleri karşılığında alınacak ücretleri belirlemek.

18- Elektronik haberleşme sektöründe tesis, ölçüm ve bakım-onarım yapacak kuruluşların yetkilendirmesini bu konuda görevli kuruluşlarla koordine etmek.

19- Elektronik haberleşme sektörüne yönelik pazar analizleri yapmak, ilgili pazarı ve ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmeci veya işletmecileri belirlemek.

20- Elektronik haberleşme sektörü ile ilgili uluslararası birlik ve kuruluşların çalışmalarına katılmak, kararların uygulanmasını takip etmek ve gerekli koordinasyonu sağlamak.

21- 5809 sayılı Kanun'un 46. maddesinde[121] belirtilen ücretlerle ilgili olarak terkin de dâhil olmak üzere her türlü usul ve esasları belirlemek, Kurum'un yıllık bütçesini, gelir-gider kesin hesabını, yıllık çalışma programını onamak, gerekirse bütçede hesaplar arasında aktarma yapmak veya gelir fazlasını mevzuat çerçevesinde genel bütçeye devretmek.

[121] Bahsi geçen maddede, "telsiz ücretleri" düzenlenmektedir.

22- Elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösterenlerin mevzuata uymasını denetlemek ve/veya denetlettirmek, konu ile ilgili usul ve esasları belirlemek, aykırılık hâlinde mevzuatın öngördüğü işlemleri yapmak ve yaptırımları uygulamak.

23- Elektronik haberleşme sektörüne yönelik olarak, millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amacıyla mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak.

24- Ara bağlantı ve ulusal dolaşım da dâhil erişim ile ilgili uygulanacak usul ve esasları belirlemek ve mevzuatın öngördüğü düzenlemeleri yapmak, elektronik haberleşme sağlanması amacıyla imzalanan anlaşmaların rekabeti kısıtlayan, mevzuata ve/veya tüketici menfaatlerine aykırı hükümler içermemesi amacıyla mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak.

25- İlgili kanun hükümleri dâhilinde, evrensel hizmetlere ilişkin hizmet kalitesi ve standartları da dâhil olmak üzere, gerektiğinde her türlü elektronik haberleşme hizmetine yönelik hizmet kalitesi ve standartlarını belirlemek, denetlemek, denetlettirmek ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemek.

26- Elektronik haberleşme sektöründe, bağımsız denetim faaliyetine ilişkin esasları, bağımsız denetleme faaliyetlerinde bulunacak kuruluşların kuruluş şartlarını, çalışma esaslarını ve çalıştıracağı personelin niteliklerini belirlemek.

27- Siber güvenlik ve internet alan adları konularında Cumhurbaşkanlığı, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı ve/veya Siber Güvenlik Kurulu tarafından verilen görevleri Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı veya diğer birimleri marifetiyle yerine getirmek.

28- 5809 sayılı Kanun'la verilen görevlere ilişkin yönetmelik, tebliğ ve diğer ikincil düzenlemeleri çıkarmak.

Görüldüğü üzere, BTİK'e, "telekomünikasyon" ya da pozitif hukukumuza yeni giren adıyla, "elektronik haberleşme"[122] hizmetleri alanında oldukça geniş regülasyon yetkileri tanınmış bulunmaktadır. Gerçekten, regülasyon kavramında mündemiç bulunan ve "düzenleme", "denetleme" ve "yönlendirme" olmak üzere üç temel kategori ile ifade edilen unsurların tümünü içeren bir görev ve yetki sahasına sahip olan BTİK'in, telekomünikasyon sektörünün genel ve asli regülatörü konumunda bulunduğu açıktır.

[122] Bkz. *supra.*, dn.1.

Öte yandan, sayma yoluyla belirtilen bu görevlerin, bağımsız idari otoritelerin düzenleme, denetleme, yetkilendirme, görüş bildirme, yaptırım uygulama ve uzlaştırma gibi ana başlıklar altında sistematik bir tasnife tabi tutulması da mümkündür.[123] Nitekim, bu çalışmada da, BTİK'in önemli gördüğümüz regülasyon yetkileri, aşağıda **(2)**, sistematik bir tasnif içerisinde incelenmektedir. Kuşkusuz, yukarıda sayılan bütün regülasyon yetkilerinin derinlemesine analiz edilmesi, bu çalışmanın kapsamını aşacağından; BTİK'in regülasyon faaliyetinin boyutlarının anlaşılabilmesi bakımından önemli sayılabilecek birtakım yetkileri üzerinden açıklamalar yapılmakta ve özellikle de yetkilendirme görevinin hukuksal rejimi irdelenmekte, nihayet BTİK ile diğer bağımsız idari otoritelerin regülasyon yetkileri arasındaki ilişkiye **(3)** değinilerek, konunun işlevsel boyutu ortaya konulmaktadır.

2. BTİK'in Başlıca Regülasyon Yetkilerinin Sistematik Hukuksal Çerçevesi

a. Düzenleme

Genel olarak bağımsız idari otoritelerin var olma nedenini oluşturduğu söylenen "düzenleme yetkisi"[124], toplumsal yaşamın önemli sektörlerinin kamu yararı gereklerine uygun olarak yönlendirilmesini içermektedir.[125] Bu anlamda, telekomünikasyon alanındaki düzenleme yetkisi de, telekomünikasyon sektörünün kamu yararı amacıyla yönlendirilmesini ifade etmektedir. Bu yönlendirme, genellikle, görev alanına ilişkin düzenleyici işlemlerle kurallar konulması biçiminde gerçekleşmekte ve böylece, regülasyon faaliyetinin birincil boyutunu teşkil etmektedir.

Anayasa'nın 124. maddesine göre, kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla yönetmelik çıkarma yetkisine sahip olduklarından; kamu tüzel kişiliğine sahip olan BTİK'in de, düzenleme yetkisini, yönetmelik çıkarmak suretiyle kullanması mümkündür. Yine, düzenleme yetkisinin, yönetmelik çıkarmak yerine; "karar", "tebliğ", "genelge" gibi adsız düzenleyici işlemler[126]

[123] Genel olarak bağımsız idari otoritelerin regülasyon görevlerini böyle bir sınıflandırma ile izah eden çalışma örneği olarak bkz. SOBACI, *op. cit.*, s.168-170; Refik TİRYAKİ, "Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2002, C.51, S.4, s.169-205.

[124] Genel olarak bağımsız idari otoritelerin sahip olduğu "düzenleme yetkisi" kapsamında, "düzenleyici idari işlem" yapma salahiyetleri konusunda bkz. Gündüz Alp ASLAN, "Türk Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Yetki Unsurundaki Sakatlığın Düzenleyici İşleme Etkisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2016, C.65, S.3, s.601 vd.

[125] Bkz. AKINCI, *op. cit.*, s.133.

[126] Anayasa'da öngörülen "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" ve "yönetmelik" (bunlara, 16/04/2017 tarihli halkoylamasıyla kabul edilen 6771 sayılı Kanun ile yapılan *Anayasa Değişikliği*yle kaldırılan "kanun hükmünde kararname" ve "tüzük" adlı işlemler de eklenebilir) dışında kalan düzenleyici idari işlemler, "idarenin diğer düzenleyici işlemleri" olarak karşımıza çıkmakta ve isimleri Anayasa'da belirtilmeyen ve uygulamada "kararname", karar", "tebliğ", "sirküler", "genelge", "ilke kararı", "esaslar", "yönerge",

yapmak suretiyle kullanılması da olanaklıdır.[127] Bu noktada, adsız düzenleyici işlemlerin de, yönetmeliklerin hukuksal rejimine tabi olduğundan bahisle, aslında yapılan düzenlemenin adının/başlığının önemli olmadığı ileri sürülmektedir.[128]

BTİK'in, telekomünikasyon alanında düzenleme görev ve yetkisinin bulunduğu, 5809 sayılı Kanun'da yer alan birçok hükümden anlaşılmaktadır. Söz gelimi; "*elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak*",[129] "*abone, kullanıcı, tüketici ve son kullanıcıların hakları ile kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına ilişkin gerekli düzenlemeleri yapmak*",[130] "*elektronik haberleşme ile ilgili olarak Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın strateji ve politikalarını dikkate alarak, yetkilendirme, tarifeler, erişim, geçiş hakkı, numaralandırma, spektrum yönetimi, telsiz cihaz ve sistemlerine kurma ve kullanma izni verilmesi, spektrumun izlenmesi ve denetimi, piyasa gözetimi ve denetimi de dâhil gerekli düzenlemeleri yapmak*",[131] "*kullanıcılara ve erişim kapsamında diğer işletmecilere uygulanacak tarifelere, sözleşme hükümlerine, teknik hususlara ve görev alanına giren diğer konulara ilişkin genel*

"talimat", "statü", "genel emir", "tenbihname", "genel tenbih", "ilan", "duyuru", "plan", "tarife", "izahname", "açıklama" gibi çeşitli adlarla çıkarılan ve genel, soyut ve objektif kurallar getiren bu işlemlere, "idarenin adsız düzenleyici işlemleri" denilmektedir. Bkz. GÖZLER, *op. cit.*, C.1, s.1409; İl Han ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi Yay., İstanbul, 2004, s.428; Yeliz ŞANLI ATAY, **Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yay., Ankara, 2011, s.7. Ancak burada, genellikle gözden kaçan ya da göz ardı edilen bir hususun altını çizmek isteriz ki; Türk idare hukukunda, genel, soyut ve objektif kurallar içeren "genelgeler", Anayasa'da öngörülmemiş olduklarından bahisle, "adsız düzenleyici işlemler"e örnek gösterilmekte iseler de; aslında Anayasa'nın 138. ve 159. maddelerinde ismen geçmektedirler. Gerçekten, Anayasa'nın, "Mahkemelerin Bağımsızlığı"nı düzenleyen 138. maddesinin ikinci fıkrasında, "*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.*" ifadesi yer alırken; "Hâkimler ve Savcılar Kurulu"nu düzenleyen 159. maddesinin dokuzuncu fıkrasında ise, "*Hâkim ve savcıların görevlerini; kanun ve diğer mevzuata (hâkimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. (...)*" denilmektedir. Dolayısıyla, "genelge"leri, "adsız düzenleyici işlem" olarak nitelemek, "adsız düzenleyici işlem" kategorisinin tanımı itibariyle sorunlu sayılabilir. Gerçi, Anayasa'nın iki maddesinde/hükmünde salt ismen zikredilmekle birlikte, genelgelerin hukuki rejimine ilişkin Anayasal bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, pratik açıdan sonucun değişmeyeceği de ileri sürülebilir. Zira, adsız düzenleyici işlemler kategorisine dâhil edilen düzenleyici işlemler, adları ne olursa olsun, aynı hukuki rejime tabidirler. Bununla birlikte, yine de, kuramsal tutarlılık açısından; "adsız düzenleyici işlem" yerine "atipik düzenleyici işlem" veya "idarenin diğer düzenleyici işlemleri" kavramının kullanılması ya da "adsız düzenleyici işlem" kavramının tanımının, "hukuki rejim"i de içerecek biçimde genişletilmek suretiyle değiştirilmesi daha iyi olacaktır. Bu doğrultuda, adsız düzenleyici işlemler, *isimleri* ve -ana hatlarıyla dahi olsa- *hukuki rejimleri* Anayasa'da belirtilmeyen genel, gayrişahsi, soyut, objektif ve bir kez uygulanmakla tükenmeyen normlar getiren idari işlemler (kural koyucu idari işlemler) olarak tanımlandığında; "genelgeler" açısından değinilen sorun da ortadan kalkabilecektir.

127 Bkz. GÖZÜBÜYÜK / TAN, *op. cit.*, s.330.

128 Bu görüş için bkz. GÖZLER, *op. cit.*, C.1, s.1416.

129 5809 sayılı Kanun m.6/1-a.

130 5809 sayılı Kanun m.6/1-c.

131 5809 sayılı Kanun m.6/1-g.

kriterler ile uygulama usul ve esaslarını belirlemek, tarifeleri onaylamak, tarifelerin denetlenmesine ilişkin düzenlemeleri yapmak",[132] "*ara bağlantı ve ulusal dolaşım da dâhil erişim ile ilgili uygulanacak usul ve esasları belirlemek ve mevzuatın öngördüğü düzenlemeleri yapmak*",[133] "*5809 sayılı Kanun'la verilen görevlere ilişkin yönetmelik, tebliğ ve diğer ikincil düzenlemeleri çıkarmak*"[134] gibi görevlerden söz eden hükümler ve aslında, adı geçen Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesi[135] ile "Kapsam" başlıklı 2. maddesi[136] ve anılan Kanun'un diğer pek çok hükmü,[137] BTİK'in düzenleme yetkisinin mevcudiyetinin somut görünüm biçimleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

BTİK, anılan yetkisi ile telekomünikasyon sektörüne değgin teknik hususları/kuralları ayrıntılı biçimde düzenlemekte ve kimi zaman türev (tali/ikincil) nitelikteki düzenleme yetkisinin sınırlarını oldukça zorlayabilmektedir. Bu yönüyle, BTİK'in, adeta *kendi hukukunu yarattığı* intibaını uyandıran bir tabloyla karşı karşıya kalınabilmektedir.

b. Denetleme

Bağımsız idari otoriteler, yasalar ve kendi yapmış oldukları düzenlemelerle getirdikleri kurallara riayet edilip edilmediğini izlemek ve gözetmek durumundadır.[138] Bu amaçla, bağımsız idari otoritelere, genellikle, gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri ilgililerden istemek, onların bilgilerine başvurmak ve gerektiğinde yerinde incelemeler yapmak yetkileri verilmektedir.[139] Nitekim BTİK de, büyük ölçüde, anılan yetkilere sahip bulunmaktadır.

Bu bağlamda, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun m.6/1-ı, m.7/1 ve m.59 hükümleri uyarınca, BTİK, görev alanına giren konularda, işletmecilerden bilgi ve belge talep etme ve işletmecileri denetleme yetkisine sahiptir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Denetim Çalışmalarına İlişkin

132 5809 sayılı Kanun m.6/1-j.

133 5809 sayılı Kanun m.6/1-t.

134 5809 sayılı Kanun m.6/1-y.

135 Anılan maddeye göre, "*Bu Kanunun amacı; elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi, ülke genelinde hizmetlerin yaygınlaştırılması, kaynakların etkin ve verimli kullanılması, haberleşme alt yapı, şebeke ve hizmet alanında teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi ve bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir.*"

136 Anılan maddenin birinci fıkrası uyarınca, "*Elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi ve elektronik haberleşme alt yapı ve şebekesinin tesisi ve işletilmesi ile her türlü elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerinin imali, ithali, satışı, kurulması, işletilmesi, frekans dâhil kıt kaynakların planlaması ve tahsisi ile bu konulara ilişkin düzenleme, yetkilendirme, denetleme ve uzlaştırma faaliyetlerinin yürütülmesi bu Kanuna tabidir.*"

137 Örnek olarak, 5809 sayılı Kanun m.4, 8, 13, 14, 31, 40 vb. Burada hemen belirtmek gerekir ki; BTİK'in düzenleme yetkisi, Kanun'da farklı biçimlerde ifade edilebilmektedir. Bu bağlamda, Kurum'un düzenleme yetkisi, Kanun'da her zaman "*düzenleme yapmak*", "*düzenlemek*" gibi (örneğin bkz. 5809 sayılı Kanun m.6/1-a) açık ifadelerle belirtilmemekte; kimi zaman, "*usul ve esasları belirlemek*" (örneğin bkz. 5809 sayılı Kanun m.6/1-u) gibi ifadelerle de kaleme alınabilmektedir.

138 Bkz. TAN, *op. cit.*, 2010, s.215.

139 Bkz. *Ibid.*

Yönetmelik'te[140] de bu yetkilerden[141] bahsedilmiş ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği'nde[142] ise; Kurum'a yanlış[143], eksik[144] veya yanıltıcı[145] bilgi ve/veya belge verilmesi ya da bilgi ve/veya belgelerin süresi içinde verilmemesi[146] ve denetime ilişkin mevzuat kapsamında getirilen

---

140 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Denetim Çalışmalarına İlişkin Yönetmelik (RG: T.14/12/2011, S.28142).

141 Örneğin, adı geçen Yönetmeliğin, "denetçinin yetkileri"ni düzenleyen 7. maddesi uyarınca;
"*(1) Denetçinin denetim ile ilgili yetkileri şunlardır:*
a) Denetlenen tarafın yönetim yerlerine, binalarına ve eklentilerine girmek ve bu yerlerde denetim yapmak.
b) Denetlenen tarafa ait her türlü belgeyi, elektronik ortamdaki verileri, elektronik haberleşme alt yapısını, cihaz, sistem, yazılım ve donanımlarını incelemek.
c) Denetlenen taraftan yazılı ve/veya sözlü açıklama istemek.
ç) Elektronik ortamdaki veriler dâhil her türlü bilgi, belge, donanım ve cihazın incelenmesi neticesinde, tutanak düzenlemek suretiyle bunlardan suret veya numune almak, tutanağın bir suretini denetlenen tarafa vermek ve denetlenen tarafın imzadan kaçınması durumunda bu hususu tutanağa geçirmek.
d) Mülki amirler, kolluk kuvvetleri ve diğer kamu kurumlarından denetim süresince her türlü kolaylığı ve yardımı istemek.
e) Kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişilerden bilgi ve belge istemek."

142 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği (RG: T.15/02/2014, S.28914).

143 Adı geçen Yönetmeliğin 24. maddesinin birinci fıkrası uyarınca; "*Kurum tarafından talep edilen her türlü bilgi ve/veya belge ile ilgili mevzuat kapsamında verilmesi gereken bilgi ve/veya belgelerin yanlış olması hâlinde 44 üncü maddede yer alan ölçütler* ['zararın varlığı', 'haksız ekonomik kazancın varlığı', 'tekerrürün varlığı', 'aynı madde ihlaline ilişkin olarak işletmeciye son beş yılda uygulanan idari yaptırımlar', 'iyi niyetin varlığı'] *dikkate alınarak işletmeci uyarılır veya işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzbinde ikisi (%0,002) oranında idari para cezası uygulanır.*" Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre ise; "*Yanlış olan bilgi ve/veya belgelerin tekrar istenmesine rağmen tamamlanmaması hâlinde 44 üncü maddedeki ölçütler* ['zararın varlığı', 'haksız ekonomik kazancın varlığı', 'tekerrürün varlığı', 'aynı madde ihlaline ilişkin olarak işletmeciye son beş yılda uygulanan idari yaptırımlar', 'iyi niyetin varlığı'] *dikkate alınarak, işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzbinde ikisinin (%0,002) iki katından az olmamak üzere yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.*"

144 Adı geçen Yönetmeliğin 25. maddesinin birinci fıkrasına göre; "*Kurum tarafından talep edilen her türlü bilgi ve/veya belge ile ilgili mevzuat kapsamında verilmesi gereken bilgi ve/veya belgelerin eksik olması durumunda, 44 üncü maddede yer alan ölçütler* ['zararın varlığı', 'haksız ekonomik kazancın varlığı', 'tekerrürün varlığı', 'aynı madde ihlaline ilişkin olarak işletmeciye son beş yılda uygulanan idari yaptırımlar', 'iyi niyetin varlığı'] *dikkate alınarak işletmeci uyarılır veya işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzbinde ikisi (%0,002) oranında idari para cezası uygulanır.*" İkinci fıkra uyarınca ise; "*Eksik olan bilgi ve/veya belgelerin tekrar istenmesine rağmen tamamlanmaması hâlinde 44 üncü maddedeki ölçütler* ['zararın varlığı', 'haksız ekonomik kazancın varlığı', 'tekerrürün varlığı', 'aynı madde ihlaline ilişkin olarak işletmeciye son beş yılda uygulanan idari yaptırımlar', 'iyi niyetin varlığı'] *dikkate alınarak, işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzbinde ikisinin (%0,002) iki katından az olmamak üzere yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.*"

145 Adı geçen Yönetmeliğin 26. maddesi uyarınca; "*Kurum tarafından talep edilen her türlü bilgi ve/veya belge ile ilgili mevzuat kapsamında verilmesi gereken bilgi ve/veya belgelerin yanıltıcı olması hâlinde işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine (%2) kadar idari para cezası uygulanır.*"

146 Adı geçen Yönetmeliğin 23. maddesinin birinci fıkrası uyarınca; "*Kurum tarafından talep edilen her türlü bilgi ve/veya belge ile ilgili mevzuat gereği verilmesi gereken bilgi ve/veya belgelerin Kuruma süresi içinde verilmemesi hâlinde 44 üncü maddede yer alan ölçütler dikkate alınarak işletmeci uyarılır veya işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzbinde üçü (%0,003) oranında idari para cezası uygulanır.*" Maddenin ikinci fıkrasına göre ise; "*Söz konusu bilgi ve/veya belgenin tekrar istenmesine rağmen süresi içinde verilmemesi hâlinde 44 üncü maddedeki ölçütler dikkate alınarak, işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzbinde üçünün (%0,003) iki katından az olmamak üzere yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.*"

yükümlülüklerin ihlal edilmesi[147], yaptırıma bağlanmıştır.[148,149]

Ancak burada, BTİK'e tanınan denetleme yetkilerinden olan "yerinde inceleme"[150] yönünden ciddi bir Anayasa'ya uygunluk problemi göze çarpmaktadır. Zira "yerinde inceleme ve denetleme yetkisi"; hem Anayasa Mahkemesi'nin[151] hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM)[152], "konut" kavramını, "mesleki ve ticari faaliyetlerin gerçekleştirildiği" yerleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlaması sonucunda, "konut dokunulmazlığı"na müdahale (konut dokunulmazlığını ihlal)[153] anlamına gelmekte ve Anayasa'nın, "konut dokunulmazlığı"nı güvenceye alan 21. maddesiyle bağdaşmamaktadır.[154] Gerçekten, usulüne göre verilmiş bir hâkim kararı olmadan gerçekleştirildiği için, BTİK'in bahsi geçen yerinde inceleme yetkisi ve bunun engellenmesini idari para cezası yaptırımına bağlayan hükümler, Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.[155] Bu nedenle,

---

147 Adı geçen Yönetmeliğin 27. maddesi uyarınca; "*Denetime ilişkin mevzuat kapsamında getirilen yükümlülüklerin ihlal edilmesi hâlinde İşletmeciye bir önceki takvim yılına ait net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır. Ayrıca, bu kişilerin kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcısı, ölçüm yetki belgesine sahip kuruluş, denetim yapma yetki belgesine sahip şirket veya deneme iznine sahip kuruluş olması durumunda Kurum tarafından kendilerine verilen yetki, ruhsat gibi her türlü izin iptal edilebilir.*"

148 Benzeri yaptırımlar, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği'nin yürürlükten kaldırmış olduğu (m.49) "Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları ile Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmelik"te (RG: T.05/09/2004, S.25574) de mevcuttu. Nitekim mülga Yönetmelik'te; Kurum'a yanlış veya yanıltıcı belge verilmesi (m.5) ya da bilgi ve belgelerin süresi içinde veril(e)memesi (m.6-7) ve Kurum personelinin veya Kurum tarafından yetkili kılınan diğer görevlilerin yerinde inceleme ve denetleme yapmalarının işletmeci tarafından engellenmesi (m.8) şeklindeki ihlaller için yaptırımlar öngörülmüştü.

149 Ayrıca bkz. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Posta Sektöründe İdari Yaptırımlar Yönetmeliği (RG: T.03/06/2014, S.29019).

150 Mevzuatta açıkça "*yerinde inceleme ve denetleme yetkisi*" terminolojisi ("*yerinde inceleme*", "*yerinde denetim*", "*yerinde inceleme ve denetleme*" vb. bir ibare) kullanılmamış olsa dahi; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Denetim Çalışmalarına İlişkin Yönetmelik m.7/1-a hükmünde öngörüldüğü üzere, "*Denetlenen tarafın yönetim yerlerine, binalarına ve eklentilerine girmek ve bu yerlerde denetim yapmak*" gibi bir yetkinin tanınması da, idarenin "yerinde inceleme ve denetleme yetkisi"nin mevcudiyetine işaret etmektedir.

151 Bu yöndeki bir kararında AYM, esasen AİHM'nin "konut" kavramına yönelik genişletici yaklaşımından mülhem; "*Konut kavramı genellikle özel yaşamın ve aile yaşamının geliştiği, maddi olarak belirlenmiş yer olarak tanımlanmaktadır. Öte yandan konut kavramı işyerlerini de kapsamakta; bu bağlamda bir kişinin mesleğini sürdürdüğü bürosu, özel bir kişinin işlettiği şirketin faaliyetlerinin yürütüldüğü kayıtlı merkezi, tüzel kişilerin kayıtlı merkezleri, şubeleri ve diğer işyerleri de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bununla birlikte bütünüyle işe özgülenmiş yerler konut kavramı kapsamında görülemez.*" demiştir. Bkz. **AYM**: B.N.2016/10380, T.27/03/2019 (RG: T.03/05/2019, S.30763).

152 AİHM'nin "konut" kavramını geniş yorumladığı kararlar için bkz. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK / Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 7. Bası, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2007, s.340-341.

153 Bilvesile belirtmek gerekir ki; 26/09/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (RG: T.12/10/2004, S.25611), "Konut Dokunulmazlığının İhlali" suçunu düzenleyen 116. maddesinin ikinci fıkrası da, "konut" kavramını, "işyerleri"ni de kapsayacak şekilde geniş olarak düzenlemektedir. Gerçekten, anılan hükme göre; "*Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*"

154 Karş. Metin ASLAN, *op. cit.*, s.97-99.

155 Benzer bir Anayasa'ya aykırılık sorunu, Rekabet Kurulu'na "yerinde inceleme" yetkisi veren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesi açısından da söz konusudur. Bahsi geçen madde-

Kurum'un yerinde inceleme yetkisinin, hâkim kararına dayandırılmasını zorunlu kılan bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu[156] ve bahsi geçen Anayasa'ya aykırı hükümlerin ayıklanmasının ivedilik arz eden bir gereksinme olduğu düşünülmektedir.

c. Yaptırım Uygulama

Bağımsız idari otoriteleri, gerçek anlamda "otorite" yapan niteliğin, bu kurumların yaptırım uygulama ("*regülatif ceza*"[157] verme) yetkileriyle donatılmış olmasından kaynaklandığı savunulmakta[158] ve bu yetkinin, aslında faaliyette bulunulan alandaki düzenleme ve denetleme yetkilerinin bir uzantısı olduğu kabul edilmektedir.[159] Gerçekten de, bağımsız idari otoritelere tanınan yaptırım uygulama yetkisinin, regülasyon faaliyetinin temel işlevlerinden olan "denetim"in zorunlu bir unsuru ve doğal bir sonucu olduğu söylenebilir.

Kanımızca, yaptırım uygulama yetkisi, bağımsız idari otoritelerin yürüttüğü regülasyon faaliyetlerinin etkinliğinin adeta "garantör"ü niteliğindedir. Başka bir anlatımla, koymuş olduğu kurallara riayet edilip edilmediğini denetleyen hakem konumundaki devletin, kuralların dışına çıkan piyasa aktörlerine yaptırım uygulaması, "Demokles'in kılıcı" gibi bir rol oynayarak, kurallara aykırı hareket edilmesini caydırıcı ve bu anlamda önleyici bir işlev üstlenmekte; böylece, regülasyonun etkinliğini arttırmaktadır.

Bu noktada, bağımsız idari otoritelere tanınan yaptırım uygulama yetkilerinin, hukuksal niteliği itibariyle "idari yaptırım" (idari müeyyide) uygulama anlamına geldiğinde en ufak bir duraksama bulunmamaktadır.[160] Bu anlamda olmak

ye 4971 sayılı Kanun m.25 [01/08/2003 tarih ve 4971 sayılı "Bazı Kanunlarda ve Millî Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" (RG: T.15/08/2003, S.25200)] ile 2003 yılında eklenen, "*İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hâkimi kararı ile yerinde inceleme yapılır.*" hükmü de, kanımızca, buradaki Anayasa'ya aykırılık sorununu çözmeye yetmemektedir. Zira sulh ceza hâkiminin kararını, yalnızca yerinde incelemenin "engellenmesi" veya "engellenme olasılığının bulunması" durumlarına özgüleyen bu kuralın; "konut dokunulmazlığı" gibi bir temel hak ve özgürlüğe müdahalenin, her hâlükârda, ancak usulüne göre verilen bir hâkim kararı ile olabileceği yolundaki Anayasa'nın 21. maddesi hükmü ile bağdaştırılması mümkün değildir.

156 Kuşkusuz, "yerinde inceleme", bağımsız idari otoritelere ve bu bağlamda BTİK'e de tanınması gereken bir yetkidir. Dolayısıyla, yukarıda bahsetmiş olduğumuz Anayasa'ya aykırılığın giderilmesi için "yerinde inceleme" yetkisinin tümüyle kaldırılması, isabetli olmaz. Bu itibarla, anılan yetki, bütün bağımsız idari otoritelere ve bu arada BTİK'e de tanınmalı; ancak bu yetkinin kullanımı, hâkim kararına ve çok sıkı koşullara bağlanmak suretiyle, sınırlandırılmalıdır.

157 "Ekonomik düzen" gibi spesifik bir alandaki kamu düzenini korumak ve belli bir sektörü regüle etmek maksadıyla, o konularda özel olarak yetkili kılınmış makamlarca verilen idari cezaların "regülatif cezalar" biçiminde tanımlanabileceği ve bilhassa bağımsız idari otoriteler tarafından spesifik kolluk veya regülasyon yetkileri kapsamında verilen idari cezaların bu kategoriye dâhil olduğu yönünde bkz. Ali D. ULUSOY, **İdari Yaptırımlar**, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013, s.140.

158 Bkz. AKINCI, *op. cit.*, s.138-139.

159 Bkz. TAN, *op. cit.*, 2010, s.216.

160 Bkz. GÖZLER, *op. cit.*, C.1, s.668.

üzere, bağımsız idari otoriteler tarafından uygulanan yaptırımlar, idari yaptırımların hukuksal rejimine tabi olmakta ve bu bağlamda, *kanunilik*, *şahsilik*, *ölçülülük* ve *ne bis in idem* gibi ceza hukukunun temel ilkeleri, büyük ölçüde buradaki yaptırımlar bakımından da geçerli sayılmaktadır.[161] Yine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM), "organik"/"şeklî" değil de, "maddi" yaklaşımdan hareket ederek,[162] idari yaptırımları da ceza sahasına dâhil görmesinden dolayı; ceza hukukundaki ilkelerin ve adil yargılanma hakkının gereklerinin, Kurum'un uyguladığı idari yaptırımlar bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Bunun pratik sonucu ise, bilhassa, anılan idari yaptırım kararına karşı dava açılması hâlinde ortaya çıkmaktadır. Zira adli cezalar bakımından tanık dinlenmesi zorunluluğunu öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesi hükmü[163], AİHM'nin, idari yaptırımları da, "ceza" sahasında değerlendirmesine yönelik genişletici yaklaşımından sonra, idari yaptırım kararına karşı idari yargıda dava açılması hâlinde tanık dinlenilmesi zorunluluğuna da işaret ettiğinden; AİHM, bu aşamada tanık dinlenilmemesini, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen "adil yargılanma hakkı"nın ihlal edilmesi olarak yorumlayabilecektir.[164] AİHM'nin bu minvaldeki yorumunun, BTİK ve diğer bağımsız idari otoriteler tarafından verilen idari yaptırım kararlarının yargısal denetimini gerçekleştiren idari yargı yerlerine, Danıştay'ın "idari yargıda tanık dinlenemeyeceği" yolundaki yerleşik

---

161 İdari yaptırımların hukuksal çerçevesi hakkında geniş bilgi için bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2013; Mustafa KARABULUT, **İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2008.

162 AİHM'nin müstakar içtihadında, AİHS m.6'daki "cezai nitelikteki suçlama" kavramının, "şeklî" değil "maddi" ölçüte göre değerlendirildiğine ilişkin olarak bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2013, s.37-44.

163 AİHS m.6:

"*1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.*

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak."

164 Türk idari yargı sisteminde, idari para cezaları ve vergi cezalarına karşı idari yargıda açılan davalarda tanık dinlenilmemesinin, AİHS'ye aykırılık teşkil ettiği yönündeki isabetli görüş için bkz. Artuk ARDIÇOĞLU, "İdari Yargıda Tanık", **Yaklaşım**, 2010, Y.18, S.215, s.302.

içtihadının[165] aşılması olanağını tanıması ve hatta bunu zorunlu kılması nedeniyle, önemli bir "reform" olarak telakki edilmesi gerekmektedir.

AİHM'nin, idari yaptırımlar karşısında kişilere "güvence" sağlayan yaklaşımına değindikten sonra, bağımsız idari otoritelere ne tür yaptırımlar uygulama yetkisi tanındığına bakıldığında; genel olarak idari yaptırımların ve özel olarak bağımsız idari otoritelerin uyguladığı yaptırımların, çok geniş bir yelpazeye yayılan çeşitliliği bünyesinde barındırdığı görülmekte; bu bağlamda, bazı bağımsız idari otoritelerin uyguladıkları yüksek idari para cezaları ön plana çıkarken; bazılarının uyguladığı iznin iptali gibi yaptırımlar öne çıkabilmektedir[166]. Dolayısıyla, bu kurumların uyguladığı idari yaptırım türlerinin[167] kesin bir listesini vermeye olanak yoktur.

Öte yandan, konunun telekomünikasyon alanına ilişkin veçhesi, 5809 sayılı Kanun'un 60. maddesinde ifadesini bulmaktadır. Anılan düzenlemede, BTİK'in idari yaptırım uygulama yetkisine ve yaptırım türlerine yer verilmiştir. Buna göre, Kurum; mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetlemeye; aykırılık hâlinde işletmecilere "*bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası*" uygulamaya; millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla "*gerekli tedbirleri almaya*"; gerektiğinde "*tesisleri tazminat karşılığında devralma*"ya; belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur hâlinde verdiği "*yetkilendirmeyi iptal etme*"ye[168] yetkilidir.[169] Ayrıca Kurum, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla yönetmelikle önceden belirleyeceği hâllerde, "*işletmecinin faaliyetinin geçici olarak durdurulması*"na ya da ihlalin önlenmesi için "*işletmeciye somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirme*"ye de yetkilidir.

Görüldüğü üzere, BTİK'in verebileceği idari yaptırımlar çeşitlidir. Ancak genel olarak, "idari para cezaları" ve "diğer idari yaptırımlar" olmak üzere ikiye

---

165 Örneğin bkz. **D.8.D**: E.2003/3369, K.2004/917, T.25/02/2004 (KİBB); **D.3.D**: E.1989/3460, K.1990/3569, T.25/12/1990 (KİBB).

166 Bkz. TAN, *op. cit.*, 2010, s.216.

167 İdari yaptırım türleri bağlamında bağımsız idari otoritelerin idari yaptırım yetkileri konusunda bkz. Emrah URAN, **Türkiye'deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi**, On İki Levha Yay., İstanbul, 2012, s.153 vd.

168 5809 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca; eğer ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirmelerin iptalini gerektiren bir durum söz konusu ise; Kurum'un, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın görüşünü alması zorunludur.

169 5809 sayılı Kanun m.60/2'ye göre; "*Kurum, işletmecinin faaliyete yeni başlamış olması hâlinde, ihlalin niteliği, ihlal neticesinde herhangi bir ekonomik kazanç elde edilip edilmemesi, iyi niyet ve gönüllü bildirim gibi ölçütleri de dikkate alarak önceden belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde bin liradan bir milyon liraya kadar idari para cezası ile bu Kanunda belirtilen diğer idari yaptırımları uygulamaya yetkilidir.*"

ayrılabilir. Bu ayrımın pratik sonucu, bahsi geçen idari yaptırımların uygulanması aşamasında yoğunlaşmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, Kurum'un vermiş olduğu "idari para cezaları" ile "diğer idari yaptırımlar" şeklinde ikili bir ayrıma gitmenin anlamı ve önemi; 5809 sayılı Kanun'un 61. maddesi uyarınca, Kurum tarafından verilen idari para cezalarının, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun[170] hükümlerine tabi olması ve tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içerisinde Kurum hesaplarına ödenmesi bakımından ortaya çıkmaktadır.[171]

Burada değinilmesi gereken önemli bir husus da, BTİK'e tanınan idari yaptırım uygulama yetkisi bağlamında, "belirlilik" ve "ölçülülük" ilkeleri bakımından tereddütlere yol açabilecek nitelikte düzenlemelere yer verilmiş olmasıdır. Bu bağlamda, idari para cezalarının, ağırlıklı olarak "nispi" biçimde tespit edilmesi ve bu tespitte de, işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının belirli bir oranının esas alınması; bir yandan aynı ihlali yapan her bir işletmeci için ceza miktarının değişmesine yol açarken, diğer yandan, aynı ihlali farklı yıllarda gerçekleştiren işletmecinin ceza miktarının yıldan yıla değişmesini sonuçladığından, "kanunilik ilkesi"nin "belirlilik" unsuru bakımından sorunludur. Kaldı ki, burada, Anayasa'nın 10. maddesinde ifadesini bulan "eşitlik ilkesi" yönünden de tartışmaya açık bir durum mevcuttur.[172] Öte yandan, yaptırımların, fiilin ağırlığından ve hukuka aykırılığın yoğunluğundan ziyade; fiile yabancı bir unsur olan, şirketin bir önceki yıla ilişkin net satışları üzerinden belirlenmesi, isabetli bir yöntem değildir.[173] Dolayısıyla, idari para cezaları bakımından 5809 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler, kanımızca, esasen "hukuk devleti"nin unsurları olan "belirlilik" ve "öngörülebilirlik" ilkeleri açısından sorunludur. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, anılan Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan, "*(...) bir önceki takvim yılındaki net satışların yüzde üçüne kadar (...)*" ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.[174]

---

170 21/07/1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (RG: T.28/07/1953, S.8469).

171 Anılan hükme göre, otuz günlük süre içinde ödenmeyen para cezaları; Kurum'un bildirimi üzerine, ilgili vergi dairesince, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil olunur ve tahsil olunan idari para cezalarının tamamı, Kurum hesaplarına aktarılır.

172 Bu konuda bkz. Metin ASLAN, *op. cit.*, s.100.

173 Aynı yönde bkz. *Ibid.*

174 Bkz. **AYM**: E.2011/119, K.2012/33, T.01/03/2012 (RG: T.17/10/2012, S.28444). Anayasa Mahkemesi, oybirliğiyle verdiği bu ret kararında; 5809 sayılı Kanun'un 60. maddesinde yer alan itiraz konusu kural ile BTİK'e tanınan, işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışların yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulama yetkisinin, caydırıcı olma ve kamuda oluşan zararın giderilmesi yanında, uygulanacak idari para cezasının kişiselleştirilerek suç ve ceza arasında adil bir dengenin kurulması amacını da taşıdığını ve bunun, Anayasal sınırlar dâhilinde, kanun koyucunun takdirinde bulunduğunu; diğer yandan, ticari hayatta faaliyet gösteren işletmecilerin, bir önceki takvim yılındaki net satışlarının belli olması nedeniyle, idari para cezasının miktarının belirlenmesinde bu hususu ölçüt alan itiraz konusu ibarenin, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı bir yönü mevcut olmadığından, hukuk devleti ilkesine aykırılıktan da söz edilemeyeceğini ifade etmiş; Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi yönünden yaptığı irde-

Öte yandan, BTİK'e tanınan diğer idari yaptırım yetkileri bakımından da, benzer sorunlar göze çarpmaktadır. Söz gelimi, Kurum'a; millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla "gerekli tedbirleri alma" ve "gerektiğinde" tesisleri tazminat karşılığında devralma yolunda tanınan yetkiler de;[175] esasen idari yaptırım gibi temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendiren bir konuda, "*gerektiğinde*" ve "*gerekli tedbirleri alma*" gibi muğlak/müphem ifadeler kullanılmak suretiyle, idareye çok geniş bir takdir yetkisi tanımakla, "keyfiliğe" adeta davetiye çıkarmaktadır.[176] Bu noktada, söz konusu düzenlemelerde, idari yaptırımlar alanında da genel olarak geçerli olduğu düşünülen "belirlilik" ve "ölçülülük" ilkelerine aykırılık bulunduğu sonucuna varılabilmektedir.

d. Uzlaştırma

Bağımsız idari otoritelerin özgün niteliklerinden biri de, uyuşmazlık çözme ve uzlaştırma gibi, klasik idari yapılanmada görmeye alışık olunmayan yetkilerinin bulunmasıdır. "Regülasyon faaliyeti" kapsamında değerlendirilen "uyuşmazlık çözme" ve "uzlaştırma" gibi yetkiler, bağımsız idari otoritelerin ilgili oldukları sektördeki "hakemlik" fonksiyonunun bir sonucudur. Bu anlamda, telekomünikasyon sektörünün hakemi konumundaki BTİK'e de, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile "uzlaştırma"[177] yetkisi tanınmış bulunmaktadır.

Gerçekten, adı geçen Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasında, "*Elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi ve elektronik haberleşme alt yapı ve şebekesinin tesisi ve işletilmesi ile her türlü elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerinin imali, ithali, satışı, kurulması, işletilmesi, frekans dâhil kıt kaynakların planlaması ve tahsisi ile bu konulara ilişkin düzenleme, yetkilendirme, denetleme ve uzlaştırma faaliyetlerinin yürütülmesi bu Kanuna tabidir.*" denilmekte; bahse konu Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, "*Bu Kanun çerçevesinde gerektiğinde işletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletmek, uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar ara-*

---

lemede ise, aynı hukuksal durumların aynı, farklı hukuksal durumların farklı kurallara tabi tutulmasının eşitlik ilkesini zedelemeyeceği yolundaki - eylemli değil, hukuksal eşitliği esas alan- yerleşik içtihadından hareketle, suç ile ceza arasında adil bir dengenin kurulabilmesinin, verilecek cezanın kişiselleştirilmesiyle mümkün olacağını ve itiraz konusu ibare ile öngörülen idari para cezası miktarı belirlenirken, işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte gözetilerek cezanın kişiselleştirileceğini, buna göre, cezaların yasal ve hukuksal anlamda eşit olmalarına rağmen ceza adaletinin gereği olarak kişiler için uygulanmasında çıkan sonucun eşitliğe aykırı olduğundan da söz edilemeyeceğini belirtmiş ve bu nedenlerle, itiraz konusu ibarenin, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

175 Bkz. 5809 sayılı Kanun m. 60/1.

176 Aynı yönde bkz. Metin ASLAN, *op. cit.*, s.101.

177 Telekomünikasyon sektöründe "uzlaşmazlıkların çözümü" ve "uzlaştırma yöntemleri" konusunda genel bilgi için bkz. Bilge UZ, **Arabağlantı Sözleşmelerinin Hukuksal Açıdan İncelenmesi: Telekomünikasyon Sektöründe Arabağlantı Uzlaşmazlıklarının Çözümü Prosedürünün İşletilmesi**, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005, s.6 vd.

sında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak", BTİK'in "görev ve yetkileri" arasında sayılmakta; yine aynı Kanun'un 18. maddesinde[178] ise, BTİK'in uzlaştırma yetkisinin, "işletmeciler arasında çıkan" ve "erişim anlaşmalarından doğan uyuşmazlıklar"a ilişkin olduğu belirtilmekte ve uzlaştırma yetkisinin temel çerçevesi çizilmektedir. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği[179] ise, Kurum'un bu yetkisinin ayrıntılarını tanzim etmektedir.[180]

178 5809 sayılı Kanun'un, "Erişim Anlaşmaları ve Uzlaşmazlıkların Çözümü" kenar başlıklı 18. maddesi hükmü şöyledir:
"*(1) Erişim anlaşmaları taraflar arasında ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere edilerek imzalanır. Taraflar arasında erişim talebinden itibaren azami iki ay içerisinde anlaşma tesis edilememesi veya mevcut erişim sözleşmesinde bu Kanun kapsamında herhangi bir anlaşmazlık vuku bulması hâlinde Kurum, taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine, belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletmeye ve/veya geçici ücretin belirlenmesi de dâhil olmak üzere, kamu menfaati açısından gerekli gördüğü diğer tedbirleri almaya veya uzlaştırma talebini reddetmeye yetkilidir.*
(2) Kurum, uzlaştırma sürecinde tarafların anlaşamaması hâlinde, erişim anlaşmasının anlaşmazlık konusu olan hüküm, koşul ve ücretlerini, belirlenen istisnai hâller hariç olmak üzere iki ay içerisinde belirlemeye yetkilidir. Belirlenen hüküm, koşul ve ücretlerin işletmeciler tarafından, mevzuat ve Kurum düzenlemeleri çerçevesinde aksi kararlaştırılıncaya kadar uygulanmasına devam olunur.
(3) Erişim anlaşmaları imzalanmasını müteakip Kuruma sunulur. Kurum ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırılık hâllerinde işletmecilerden anlaşmalarda değişiklik yapılmasını ister. İşletmeciler Kurumun değişiklik isteğini yerine getirmekle yükümlüdür.
(4) Erişim anlaşmaları, ticarî sırlar dışında alenîdir.
(5) Bu maddenin uygulanma usul ve esasları Kurum tarafından belirlenir."

179 Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği (RG: T.08/09/2009, S.27343).

180 Adı geçen Yönetmeliğin "Uzlaşmazlıkların Çözümü" kenar başlığını taşıyan 18. maddesi hükmü şöyledir:
"*(1) İlgili işletmeciler arasında, yeni bir erişim talebinden itibaren azami iki ay içerisinde anlaşma tesis edilememesi veya mevcut erişim sözleşmesinde bu Yönetmelik kapsamında herhangi bir anlaşmazlık vuku bulması hâlinde taraflardan herhangi biri Kurumdan uzlaştırma prosedürünün işletilmesini talep edebilir.*
(2) Kuruma uzlaştırma talebinde bulunan işletmecilerin başvurularında aşağıdaki hususlar yer almalıdır.
a) Tarafların isim ve unvanları,
b) Erişim talebinin yapıldığı tarih,
c) Erişim talebinin kapsamı ve süresi,
ç) Erişim talebi çerçevesinde teklif edilen ücret ve gerekçeleri,
d) Taraflarca üzerinde anlaşma sağlanamayan hususlar,
e) Yukarıda sıralanan hususlara ilişkin her türlü bilgi ve belge.
(3) Kurum, başvuru yapan işletmecinin gerekli belgeleri sunmaması hâlinde eksikliklerin belirlenen süre içerisinde tamamlanmasını talep eder. Söz konusu eksikliklerin verilen süre içerisinde tamamlanmaması hâlinde başvuru reddedilmiş sayılır.
(4) Kurum, kendisinden uzlaştırma talebinde bulunulduğunu diğer işletmeciye yedi gün içinde tebliğ eder. İşletmeci, tebligatı almasını müteakip onbeş gün içinde, görüşlerini ve konuya ilişkin bilgi ve belgeleri Kuruma sunar.
(5) Kurum, söz konusu bilgi ve belgelerin alındığı tarihten itibaren otuz gün içinde, işletmecilere ilgili mevzuat kapsamında getirilen yükümlülükleri, Kurum tarafından aynı veya benzer hususlarda yapılan düzenlemeleri, talep konusu hizmetin ekonomik ve teknik açıdan alternatiflerinin varlığı ve bu maddede öngörülen uzlaştırma prosedürü dışındaki müzakere, arabuluculuk da dâhil tarafların başvurabileceği uyuşmazlık çözüm yollarının mevcut uzlaşmazlığı daha etkin bir şekilde giderme olasılığı gibi hususları dikkate alarak uzlaştırma talebini kabul edip etmeyeceğine karar verir. Talebin reddedilmesi durumunda ilgili işletmecilere bildirimde bulunulur. Kurum, uzlaştırma talebini kabul etmesi hâlinde ilgili işletmecileri uzlaştırma toplantısına davet eder. Uzlaşmazlık konularının söz konusu toplantıda tutanak altına alınması ile uzlaştırma süreci başlatılır.
(6) Kurum, uzlaştırma sürecinde tarafların anlaşamaması hâlinde, taraflarca sunulan bilgi ve belgeleri 5 inci maddede belirtilen ilkeler doğrultusunda nitelik ve nicelik itibarıyla değerlendirerek erişim anlaşmasının anlaşmazlık konusu olan hüküm, koşul ve ücretlerini uzlaştırma sürecinin başladığı tarihten itibaren iki ay içerisinde belirlemeye yetkilidir. Ancak, uzlaştırma talebinin daha önce sunulmayan bir hizmete ilişkin

Bu hükümlere göre, BTİK, erişim anlaşmaları ile ilgili olarak aralarında anlaşmazlık çıkan işletmeciler için uzlaştırma prosedürünü işletmek durumundadır. Kurum'un uzlaştırma prosedürü kapsamındaki yetkilerini kullanabileceği alanlar; "arabağlantı", "tesis paylaşımı", "ortak yerleşim", "yerel ağa ayrıştırılmış erişim" olarak sıralanabilir.[181] Kurum'un bu alanlardaki uzlaştırma yetkilerinin kapsamı ise oldukça geniştir.

Diğer yandan, BTİK'in yürüttüğü regülasyon faaliyeti kapsamında olduğunu belirttiğimiz uzlaştırma yetkisine dayanılarak Kurum tarafından verilen kararlar, "idari fonksiyon"a dâhildir. Başka bir deyişle, uzlaştırma prosedürü bağlamında Kurum tarafından kullanılan yetkilerin, "yargı fonksiyonu" kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Bu itibarla, Kurum'un, uzlaştırma prosedürü kapsamında vermiş olduğu kararlar, kural olarak "idari işlem" niteliğinde olup; -kesin ve yürütülebilir olmak kaydıyla- idari yargıda dava konusu edilebilir.

Bu noktada, uzlaştırma süreci sonucunda BTİK'in vermiş olduğu uzlaştırma kararına karşı yargı yoluna başvurulamayacağını; zira telekomünikasyon sahasındaki bu uyuşmazlıkların teknik nitelik taşıdığını ve çözümü uzmanlık gerektiren bu uyuşmazlıkların, uzlaştırma usulü ile en kısa sürede çözümlenmesinin amaçlandığını ve Kurum'un vermiş olduğu uzlaştırma kararlarına uyulmaması hâlinde, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 21. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde[182], yükümlü işletmeci için idari para cezası yaptırımının öngörülmüş olmasının da, kanun koyucunun, bu kararlara karşı yargı yoluna başvurulmasını engellemek istemesi anlamına geldiğini savunan görüşe[183] katılmak, kanımızca

olması, talebin içeriğinin kapsamlı bir çalışma ve bilgi toplama süreci gerektirmesi ve Kurumun gerekli gördüğü diğer istisnai hâllerde bu süre en fazla iki ay daha uzatılabilir.

(7) Kurum, bu madde kapsamında gerekli gördüğü her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan talep edebilir. Taraflar, söz konusu bilgi ve belgeleri Kurum tarafından belirlenecek süre içinde Kuruma göndermekle yükümlüdür.

(8) Kurum tarafından belirlenen hüküm, koşul ve ücretler; referans erişim tekliflerinde ve Kurum düzenlemelerinde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, uzlaştırma talep eden işletmecinin Kuruma başvuruda bulunduğu tarihten itibaren yürürlüğe girer.

(9) Kurum, uzlaştırma sürecinde, geçici ücretin belirlenmesi dâhil, kamu yararının gerektirdiği her türlü tedbiri alır. İşletmeciler, geçici ücret dâhil, Kurum tarafından alınacak tedbirlere uymakla yükümlüdür. Kurum, geçici ücreti belirlerken, daha önce uygulanmakta olan ücretleri ve/veya 12 nci madde hükümlerini dikkate alır. İşletmeciler, Kurum tarafından nihai ücretin belirlenmesinden sonra, geriye dönük olarak bu ücret üzerinden mahsuplaşırlar.

(10) Müteakip Kurum düzenlemeleri aksini gerektirmedikçe veya ilgili mevzuat çerçevesinde işletmecilerin mutabakatıyla aksi kararlaştırılmadıkça, Kurumun belirlediği hüküm, koşul ve ücretlerin uygulanmasına devam olunur."

181 Bkz. İSBİR, *op. cit.*, s.352.

182 Adı geçen Yönetmeliğin 21. maddesi, 15/02/2014 tarih ve 28914 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'le (m.1) yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak ilga edilene koşut bir hüküm, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği m.10/1-a-(8)'e konulmuştur. Dolayısıyla, yazarın atıfta bulunduğu, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin -*bugün için mülga olan*- m.21/1-i hükmünün, günümüzde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği m.10/1-a-(8)'e tekabül ettiği not düşülmelidir.

183 Doktrinde bu görüş, tespit edebildiğimiz kadarıyla, yalnızca İSBİR tarafından savunulmaktadır. Bkz.

olanaksızdır. Zira, uzlaştırma süreci sonucunda BTİK tarafından verilen karar da, "idari işlem" niteliği taşıdığından, Anayasa'nın 125. maddesinin bir gereği olarak, yargısal denetime tabi tutulmak zorundadır. Gerçekten, "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" şeklinde bir Anayasal düzenleme (m.125/1) bulunduğuna ve Anayasa'da tahdidi olarak sayılan "kısıntılar" (*Anayasal kısıntılar* / *yasama kısıntıları*) dışında, bu kuralın istisnası bulunamayacağına göre, BTİK'in uzlaştırma kararının da yargısal denetime tabi tutulacağı açıktır. Kaldı ki, kanun koyucu tarafından, uzlaştırma kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağı yönünde açık bir yasal düzenleme getirilse dahi, sonuç değişmeyecektir. Zira, hukuk devletinin olmazsa olmaz unsuru olan, idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi tutulması yolundaki Anayasal bir ilkeye, normlar hiyerarşisine göre daha alt düzeyde yer alan kanun hükmü vasıtasıyla istisna getirilmesi düşünülemez. Bu itibarla, doktrinde ileri sürülmüş olan; 5809 sayılı Kanun'da yapılacak bir değişiklikle, "*uzlaştırma kararlarına karşı yargı mercilerine gidilemeyeceğinin*" açıkça düzenlenmesinin isabetli olacağı yolundaki öneriye[184] katılmak mümkün değildir. Kaldı ki böyle bir yasal düzenlemenin, Anayasa'nın, "hukuk devleti ilkesi"ne yer veren 2., "hak arama hürriyeti" ve "adil yargılanma hakkı"nı düzenleyen 36. ve "yargı yolu"nu öngören 125. maddelerine aykırılık taşıyacağı da izahtan varestedir.

e. Yetkilendirme

Aynı anda hem hakem hem de oyuncu olunamayacağının kabul edilmesiyle birlikte, oyuncu devlet anlayışından hakem devlet anlayışına geçilmesi sonucunda; kamusal yaşamın bazı hassas alanlarındaki kamu hizmetlerinin bizzat idare tarafından yürütülmesi yerine, bu hizmetlerin özel sektör (özel kişiler) tarafından yürütülmesine öncelik verilmiş ve idarenin rolü, özel sektör tarafından yürütülen bu hizmet alanının regüle edilmesine, bu anlamda olmak üzere, düzenlenmesine, denetlenmesine ve yönlendirilmesine indirgenmiştir. Bu bağlamda, bağımsız idari otoriteler tarafından regüle edilen alanlarda, "kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi" suretiyle, geniş anlamda "kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi" veya "kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesi"[185] sürecine geçilmiş ve bağımsız idari otoritelere, regülasyon faaliyetleri kapsamında, ilgili oldukları sektörde, özel kişileri kamu hizmeti yürütmekle "yetkilendirme" görevi de verilmiştir.

İdare hukukunda, öteden beri, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin; yani, özel kişilerin kamu hizmeti yürütmekle yetkilendirilmesinin çeşitli

İSBİR, *op. cit.*, s.363-364.

184 Bkz. *Ibid.*, s.363.

185 Genel olarak "kamu hizmetlerinin gördürülmesinin özelleştirilmesi" konusunda bkz. Melikşah YASİN, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2007, s.201 vd.

yöntemleri olduğu bilinmekle birlikte; telekomünikasyon sektöründe hangi yöntemin benimseneceği noktasında, Anayasa Mahkemesi'nin, doktrindeki bir görüşe göre "*imtiyaz saplantısı*"[186] olarak nitelenen ve rijit sayılan kararlarından[187] da kaynaklı olarak, geçmişte bazı duraksamalar yaşandığı görülmüştür. Bu duraksamalar bir yana bırakıldığında; telekomünikasyon hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde, 5809 sayılı Kanun'un -genel olarak- yürürlüğe girdiği 2008 yılına kadar 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu[188] döneminde benimsenen yöntemler ile 5809 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde benimsenen yöntemlerin farklılık arz ettiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi konusunda, işletmecilerin hangi yöntemle yetkilendirileceği[189] hususu, bu iki dönem[190] için ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Bu noktada, öncelikle 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu dönemine bakılacak olursa; anılan Kanun'a göre telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülme usullerinin, "*görev sözleşmesi*", "*imtiyaz sözleşmesi*", "*telekomünikasyon ruhsatı*" ve "*genel izin*" olmak üzere, dört farklı yetkilendirme usulüne dayandığı anlaşılmaktadır.[191]

Adı geçen Kanun'da[192] -4673 sayılı Kanun ile ilave edilen ek madde 27 hükmü de gözetilerek-[193], "*Türk Telekom ile Kurum arasında, katma değerli hizmetler dâhil, her türlü telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi ve telekomünikasyon altyapısının işletilmesi ile ilgili hak, yetki ve yükümlülükleri düzenlemek üzere, şartlar muvacehesinde Kurumun takdir edeceği bir süre için akdedilen*

186 Bu niteleme için bkz. Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku, C.2**, 3. Baskı, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2019, s.427.

187 Anayasa Mahkemesi, 1999 yılında Anayasa'nın 47. maddesinde değişiklik yapılmadan önceki dönemde verdiği kararlarında; kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin, başka bir deyişle, kamu hizmetlerinin yürütülmesinin özelleştirilmesinin tek bir yöntemi bulunduğunu ve bunun da, kamu hukuku rejimini içeren "imtiyaz" usulü (*imtiyaz sözleşmesi usulü*) olduğunu kabul etmekteydi. Mahkeme'nin bu yöndeki kararlarına örnek olarak bkz. **AYM**: E.1994/70, K.1994/65-2, T.22/12/1994 (RG: T.28/01/1995, S.22185); **AYM**: E.1994/71, K.1995/23, T.28/06/1995 (RG: T.20/03/1996, S.22586); **AYM**: E.1994/43, K.1994/42-2, T.09/12/1994 (RG: T.24/01/1995, S.22181).

188 04/02/1924 tarih ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu (RG: T.21/02/1924, S.59).

189 Yetkilendirme veya lisanslama (lisans verme), telekomünikasyon pazarına girişler üzerinde kontrol sağlama, gereksinimlere uygun olan işletmecileri seçme gibi amaçlara hizmet etmektedir. Bkz. Anne FLANAGAN, "Authorization and Licensing", **Telecommunications Law and Regulation**, (Ed.: Ian WALDEN), 3. Edition, Oxford University Press, New York, 2009, p.304 vd.

190 Gerek 406 sayılı Kanun gerek 5809 sayılı Kanun kapsamında "yetkilendirmeye tabi olmayan faaliyetler" konusunda bilgi için bkz. Turgut Ayhan BEYDOĞAN, **Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirmenin Hukuki Rejimi**, Yetkin Yay., Ankara, 2012, s.96-102.

191 Bu dönemde, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi konusundaki hukuki rejimi etraflıca açıklayan öncü eser için bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2002, s.39-77.

192 406 sayılı Kanun m.1.

193 12/05/2001 tarih ve 4673 sayılı "Telgraf ve Telefon Kanunu, Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 7. maddesiyle, 406 sayılı Kanun'a ilave edilen ek madde 27 uyarınca; "*Bu Kanunda ve diğer mevzuatta Ulaştırma Bakanlığına, görev sözleşmesi veya imtiyaz sözleşmesi yapma veya telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verme yetkisi ile bu yetkiye ilişkin yapılacak düzenlemeler ile ilgili her türlü göreve yönelik yapılan atıflar Kuruma yapılmış sayılır.*"

sözleşme" olarak tanımlanan "görev sözleşmesi", bazı telekomünikasyon hizmetlerinin kamu tüzel kişileri eliyle gördürülme yönteminin ülkemizdeki tezahürüdür.[194] Nitekim, özelleştirme sürecinin başlarında, Türk Telekom A.Ş.'deki kamu payının daha fazla olması nedeniyle, kamu tüzel kişisi olarak değerlendirilmesinin bir sonucu olarak, adı geçen Şirket'in, bazı telekomünikasyon hizmetlerini yürütmesi, idari bir sözleşme olan görev sözleşmesine bağlanmıştı. Ancak, hemen belirtelim ki, bu sözleşme aslında, -bazı tekil farklılıklar taşısa dahi- imtiyaz sözleşmesinin özel bir türünden başka bir şey değildir.[195] Daha doğrusu, görev sözleşmeleri de, imtiyaz sözleşmelerinin hukuksal rejimine tabidir.[196] Bununla birlikte, hemen aşağıda ifade edileceği üzere, imtiyaz sözleşmesi, idare ile özel kişi arasında akdedilen idari bir sözleşme iken; görev sözleşmesinde, her iki taraf da idare olmaktadır. Bu nedenle, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi konusunda; bir özel kişinin değil de, kamu tüzel kişisinin yetkilendirilmesi gündeme geldiğinde, "görev sözleşmesi" ismini taşıyan bir idari sözleşme ile yetkilendirme cihetine gidilmektedir.

İdarenin, bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca, belli bir kamu hizmetinin masrafları, kâr ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, özel bir kişi tarafından kurulması ve işletilmesi ya da yalnızca işletilmesi usulü olarak tanımlanan "imtiyaz" usulü ise,[197] telekomünikasyon hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin bir yöntemi olarak, 406 sayılı Kanun döneminde öngörülen ikinci yetkilendirme usulü idi. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun, "Temel İlkeler, Esaslar ve Tanımlar"ı düzenleyen 1. maddesinde -4673 sayılı Kanun ile ilave edilen ek madde 27 hükmü de gözetilerek-[198], "*İşletmeci tarafından söz konusu imtiyaz sözleşmesinde belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için Kurum ve işletmeci arasında yapılan sözleşme"* olarak tanımlanan "imtiyaz sözleşmesi"nde; Kanun'da belirtilen bazı telekomünikasyon hizmetlerinin[199], her türlü riski, zararı ve kârı, işletmeci özel kişiye ait olmak üzere sunulması hususunda idari bir sözleşmeyle yetkilendirilme söz konusu olmaktaydı.

---

194 Bkz. ALTAŞ, *op. cit.*, s.24.

195 Aynı yönde bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2002, s.44.

196 Nitekim, 406 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (d) bendinde yer alan, "*(...) Aksi görev sözleşmesi ve GSM görev sözleşmesinde belirtilmediği müddetçe, görev sözleşmesi ve GSM görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmeleri için belirlenen hükümlere tabi olur. (...)*" hükmü de, bu sözleşmelerin hukuksal rejimlerindeki özdeşliğe işaret etmektedir.

197 Tanım için bkz. GÜNDAY, *op. cit.*, s.344.

198 Bkz. *supra.*, dn.193.

199 406 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (c) bendine göre; "*Frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi kıt kaynakların tahsisini ihtiva eden, her bir işletmeciye belirli, özel hak ve yükümlülüklerin verilmesini gerektiren veya sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülecek olan telekomünikasyon hizmetleri veya altyapısı ancak Bakanlık ile akdedilecek bir imtiyaz sözleşmesi ile yürütülür. Bu maddenin (d) fıkrası saklı kalmak üzere, katma değerli telekomünikasyon hizmetleri Bakanlık tarafından verilen telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin ile sermaye şirketleri tarafından sunulabilir.*"

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda[200] -4673 sayılı Kanun ile ilave edilen ek madde 27 hükmü de gözetilerek-[201], "*İşletmeci tarafından söz konusu telekomünikasyon ruhsatında belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için Kurum tarafından verilen ruhsatı*" ifade ettiği belirtilen "telekomünikasyon ruhsatı" yöntemi ise; Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği'nin[202] 38. maddesi uyarınca, "imtiyaz sözleşmesi kapsamında yürütülebilecek hizmetlerin niteliklerini taşımayan" ve "genel izin kapsamında yürütülmeyen" telekomünikasyon hizmetleri bakımından, özel kişilerin -tek yanlı idari işlem niteliğini haiz olan ruhsat ile- yetkilendirilmesini sağlamakta idi. Bu müessese, alt yapıların Devlet'e ait olduğu telekomünikasyon sektöründe, operatörlerce (işletmecilerce) bu alt yapılarının kullanılarak hizmet sunulabilmesini temin etmeye yönelik bir yetkilendirme yöntemi olarak karşımıza çıkmaktaydı.[203]

Nihayet, 406 sayılı Kanun döneminde, telekomünikasyon hizmetlerinin sunulmasındaki dördüncü yetkilendirme yöntemi de, "genel izin" usulü idi. "Kayıt yöntemi"[204] olarak da adlandırılan "genel izin"; bahsi geçen Kanun'un 1. maddesinde -4673 sayılı Kanun ile ilave edilen ek madde 27 hükmü de gözetilerek-[205], "*Bir telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi için, Kurum tarafından işletmecileri belli genel şartlara ve Kurum nezdinde kayıt yaptırılmasına tabi olarak yetkilendiren genel düzenleyici işlem*" olarak tanımlanmaktaydı. Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği'nin[206] 43. maddesi uyarınca, herhangi bir kıt kaynağın sınırlı sayıda işletmeciye tahsisini gerektirmeyen, belli sayıdaki işletmecilere ayrı ayrı belli hak ve yükümlülükler verilmesini içermeyen telekomünikasyon hizmetlerinden, Kurum tarafından telekomünikasyon ruhsatı ile yürütülmesine karar verilenler dışında kalan telekomünikasyon hizmetlerinin, genel izin yöntemiyle sunulması öngörülmüştü. Ancak burada, Kurum tarafından "genel izin duyurusu" yapıldıktan sonra, başvuruda bulunanların genel izin şartlarına uyduğunun tespitini müteakip, Kurum'un, başvurucuya "genel izin belgesi" vermesiyle yetkilendirme söz konusu olduğundan; adı geçen Yönetmeliğin, bu konuyu düzenleyen 43. maddesinin beşinci fıkrası, dayanağı olan 406 sayılı Kanun'a aykırı olduğu gibi, aynı Yönetmeliğin genel izni tanımlayan 4. maddesiyle de çelişmekteydi.[207] Öte yandan, başvuru sahibi adına düzenlenen genel izin belgesi, düzenleyici işlem değil, bireysel/birel bir idari işlem (idari karar) olduğundan; bu yetkilendir-

200 406 sayılı Kanun m.1.
201 Bkz. *supra.*, dn.193.
202 Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği (RG: T.28/03/2001, S.24356). Bu Yönetmelik, 26/08/2004 tarihli Resmî Gazete'de (S.25565) yayımlanan Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Yönetmelik ile ilga edilmiştir.
203 Bkz. ALTAŞ, *op. cit.*, s.27.
204 Bkz. *Ibid.*
205 Bkz. *supra.*, dn.193.
206 Bkz. *supra.*, dn.202.
207 Bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2002, s.64.

me yöntemini, "genel düzenleyici işlem" olarak niteleyen Kanun ve Yönetmelik hükümlerinde isabet bulunmamaktaydı.

406 sayılı Kanun'da öngörülmüş olan yetkilendirme türlerine ilişkin bu kısa tanıtıcı izahatın ardından, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile getirilen yeni yetkilendirme[208] türlerine bakıldığında; öncelikle 406 sayılı Kanun'da yer alan yetkilendirme türlerinin, 2008 yılında yürürlüğe giren 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile, genel olarak sona erdiğini belirtmek gerekir.[209] Gerçekten, 5809 sayılı Kanun ile getirilen yeni sistemde, "*bildirim*" ve "*kullanım hakkı verilmesi*" olmak üzere iki yetkilendirme türü öngörülmekte; böylece bir yandan yetkilendirme sürecinin basitleştirilmesi temin edilirken, diğer yandan da karşılaştırmalı hukukun verilerine[210] göre, yetkilendirmenin, idari sözleşmeden tek yanlı yetkilendirme usulüne doğru giden eğilimine uyum sağlanabilmesi olanağı yakalanmaktadır.

Aslında, bu yetkilendirme türleri, 5809 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce geçerli olan yetkilendirme sistemine tümüyle yabancı da değildir. Her ne kadar, idari sözleşme yoluyla yetkilendirme türlerine (görev ve imtiyaz sözleşmelerine) yeni sistemde yer verilmemiş olsa da; 5809 sayılı Kanun'da öngörülen bildirim usulünün, bir yönüyle genel izin yöntemine benzediği, kullanım hakkı verilmesinin ise, telekomünikasyon ruhsatına benzer bir yetkilendirme türü olduğu söylenebilir.[211] Bu noktada, 5809 sayılı Kanun'la getirilen yeni yetkilendirme yöntemlerinin hukuksal rejimini, çeşitli açılardan irdelemekte yarar görül-

---

208 5809 sayılı Kanun m.3/1-ccc hükmünde, "yetkilendirme"; "*Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesi(...)*" biçiminde tarif edilmiştir.

209 Bu noktada, "yetkilendirmede geçiş süreci"ne ilişkin kurallar ile, 5809 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önceki yetkilendirmelerin hukuki akıbeti de düzenlenmiş ve önceki dönemde gerçekleştirilen yetkilendirmelerin, "haklı beklentilerin korunması" ilkesi doğrultusunda, esasen bir süre daha devam edeceği hüküm altına alınmıştır. Gerçekten, 5809 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca;
"*(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin ile yetkilendirilmiş olan işletmeciler, bu Kanun uyarınca Kuruma bildirimde bulunmuş veya gerekli olduğu durumlarda yetkilendirmelerindeki süre ile sınırlı olarak kullanım hakkı almış sayılırlar.*
(2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Kurumla imzalanmış olan görev ve imtiyaz sözleşmeleri; süre bitimi, fesih, iptal veya başkaca herhangi bir nedenle sona ermelerine kadar mevcut hükümleri uyarınca geçerliliklerini devam ettirirler. 406 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin son fıkrasında yer alan tanımlar ilgili olduğu sözleşmenin konusu itibariyle bu fıkra uygulamasında geçerliliklerini sürdürürler.
(3) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yetkilendirmeye tabi olmayan elektronik haberleşme hizmetleri için Kurum tarafından sistem kurma ve kullanma izni verilmiş olan kullanıcıların kaynak kullanım hakları devam eder."

210 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nda öngörülen "yetkilendirme rejimi"nin, Avrupa Birliği'nin 2002/20/EC sayılı Yetkilendirme Direktifi'nde öngörülen "yetkilendirme rejimi" ile karşılaştırılması konusunda bkz. BEYDOĞAN, *op. cit.*, s.108-131. Ayrıca, AB mevzuatında "yetkilendirme sistemi" konusunda detaylı bilgi için bkz. Aycan ILGIN, **Avrupa Birliği Mevzuatına Uyum Doğrultusunda Elektronik Haberleşme Mevzuatında Öngörülen Yetkilendirme Sisteminin Hukuki Açıdan İncelenmesi ve Öneriler**, BTİK Uzmanlık Tezi, Ankara, 2011, s.18 vd.

211 Aynı yönde bir tespit için bkz. K. Burak ÖZTÜRK, *op. cit.*, s.28.

mektedir.

Bu bağlamda, 5809 sayılı Kanun'a göre, elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi altyapısı kurulup işletilmesi, kural olarak, BTİK tarafından yetkilendirilmiş olma şartına bağlanmakta ve yetkilendirmenin ise, bildirim veya kullanım hakkının verilmesi suretiyle yapılacağı anlaşılmaktadır. Bu noktada, hangi telekomünikasyon hizmetlerinin "bildirim" türü yetkilendirmeyle, hangi telekomünikasyon hizmetlerinin "kullanım hakkı verilmesi" türü yetkilendirmeyle yürütüleceği sorusunun yanıtı ise, ilk bakışta çetrefilli görünen 5809 sayılı Kanun'un m.9 hükmünde yer almaktadır.[212]

[212] 5809 sayılı Kanun'un "Yetkilendirme Usulü" kenar başlıklı 9. maddesi şöyledir:
"*(1) Yetkilendirme, bildirim veya kullanım hakkının verilmesi yoluyla yapılır.*
(2) Elektronik haberleşme hizmeti sunmak ve/veya şebekesi veya alt yapısı kurup işletmek isteyen şirketler faaliyete başlamadan önce Kurum (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) *düzenlemeleri çerçevesinde Kuruma bildirimde bulunurlar.*
(3) Kuruma bildirimde bulunan şirketler, sunmak istedikleri elektronik haberleşme hizmeti ve/veya işletmek istedikleri elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı için numara, frekans, uydu pozisyonu gibi kaynak tahsisine ihtiyaç duymuyorlar ise Kurumun belirlediği usul ve esaslara uygun bildirimle birlikte; kaynak tahsisine ihtiyaç duyuyorlar ise Kurumdan kullanım hakkı alınması kaydıyla yetkilendirilirler.
(4) Kurum, kullanım hakkı verilmesinin gerektiği elektronik haberleşme hizmetlerini ve bu hizmetlere ilişkin kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekip gerekmediğini tespit eder.
(5) Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği tespit edilen elektronik haberleşme hizmetleri için usulüne uygun başvuruyu müteakip 30 gün içerisinde Kurumca kullanım hakkı verilir.
(6) Kullanım hakkı sayısı, ancak kaynakların sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesinin gerektiği durumlarda ve kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını teminen sınırlandırılabilir. Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması hâlinde;
a) Uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirme politikası, hizmetin başlama zamanı, yetkilendirme süresi ve hizmeti sunacak işletmeci sayısı gibi kıstaslar Bakanlık (Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı) *tarafından belirlenir ve yetkilendirme Kurum tarafından yapılır. Ancak, ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin ihaleleri Bakanlık gerekli gördüğü hâllerde doğrudan kendisi de yapabilir.*
b) (a) bendinde belirtilen hususların dışında kalan ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından verilecek olan elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesine ve/veya elektronik haberleşme şebeke ve alt yapısının tesisi ve işletilmesine ilişkin olarak, gerekli işlemler Kurum tarafından yürütülür.
(7) Kurum, kaynakların etkin kullanımını sağlamak amacıyla Bakanlığın görüşüne başvurarak gerekli tedbirleri alır ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler. Kurum ve yukarıdaki fıkranın (a) bendinde öngörülen hâllerde Bakanlık, kullanım hakkı ile ilgili olan ihalelerde 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi değildir.
(8) Kullanım haklarının süresi, yirmibeş yıldan fazla olmamak üzere belirlenir. Bu madde uyarınca belirlenen yetkilendirme süreleri, şebeke ve hizmetin niteliği ile başvuru sahibinin talebi de dikkate alınmak suretiyle tespit edilir.
(9) Kurum, kullanım hakkı verilmesi taleplerini, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gerekleri, tahsis edilmesi gereken kaynakların yetersizliği ve ihale aşamasında belirlenen yeterlik şartlarının sağlanmaması sebepleriyle reddedebilir.
(10) Kullanım hakkı, işletmecinin faaliyetlerinin mevzuata aykırı olması durumunda Kurum tarafından belirlenen usul ve esaslara göre iptal edilebilir. Kullanım hakkının iptal edildiği hâllerde abonelerin menfaatlerini korumak için gerekli tedbirler alınır.
(11) Kurum, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gereklerinden kaynaklanan sebeplerin tespiti hâlinde, şirketlerin elektronik haberleşme alanında faaliyete geçmelerini veya elektronik haberleşme sağlamalarını gerektiğinde Bakanlığın görüşünü de alarak engelleyebilir.
(12) Bu madde hükümlerine aykırı olarak elektronik haberleşme tesisi kuran, işleten veya elektronik haberleşme hizmeti verenlerin tesisleri Kurumun talebi üzerine ilgili mülki amirlerce kapatılarak faaliyetlerine

Bu arada, "yetkilendirme rejimi"nin usul ve esasları, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nde[213] detaylandırılmaktadır.

Kanun'un anılan hükmü ve adı geçen Yönetmeliğin 8. maddesinin ikinci fıkrasının ilk (önceki) hâline[214] göre, kaynak tahsisini gerektirmeyen telekomünikasyon hizmetlerini sunmak isteyen şirketlerin, idarenin açık bir işlemine gerek olmaksızın, yalnızca "bildirim"de bulunmak suretiyle yetkilendirilmeleri söz konusu iken; Kanun'un anılan hükmü ve Yönetmeliğin 13. maddesi uyarınca, kaynak tahsisini gerektiren telekomünikasyon hizmetlerini yürütmek isteyen şirketlerin ise, BTİK'e başvuruda bulunarak, "kullanım hakkı"[215] almak suretiyle yetkilendirmeleri gerekmektedir. Ancak, bazı hizmetler yönünden, "kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması"[216] söz konusu olduğu için; kullanım hakkı verilmesi türü yetkilendirmede, kullanım hakkı sayısının sınırlandırıldığı durumlar ile sınırlandırılmadığı durumlar arasında, izlenecek usul bakımından bir ayrıma gidilmesi icap etmektedir. Bu bağlamda, kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması gerektiğinde, ilgili hizmeti sunmaya istekli olan işletmeciler arasında bir seçim yapılması kaçınılmaz olmakta ve bu nedenle, kullanım hakkının ihale yöntemiyle verilmesi öngörülmektedir.[217] Buna mukabil, kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmadığı durumlarda, birden çok işletmeci arasında bir seçim yapılması da gerekmeyeceğinden; BTİK, usulüne uygun olarak yapılan başvuruyu izleyen otuz gün içinde kullanım hakkını vermektedir.[218] Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması söz konusu olduğunda da, ihale süreci dâhil, yetkilendirmeye ilişkin

---

son verilir.
(13) Bildirim ve kullanım hakkı ile ilgili usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir."

213 Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği (RG: T.28/05/2009, S.27241).

214 Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği m.8/2'nin, -2016 yılında (bkz. *infra.*, dn.223) değiştirilmeden önceki- ilk şekli şöyleydi:
"*Kaynak tahsisi gerektirmeyen elektronik haberleşme hizmetini sunmak, şebekesini veya altyapısını kurup işletmek için bildirimde bulunan şirket, başvurusunun Kurum evrak kayıtlarına girdiği tarih itibariyle yetkilendirilmiş sayılarak işletmeci statüsü kazanır ve Kurum tarafından belirlenen ve Kurumun resmî internet adresinde yayımlanan Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Sürelerindeki Bildirim Kapsamında Sunulan Kaynak Tahsisi İçermeyen Hizmetler bölümünde yer alan hükümler çerçevesinde ilgili hizmetin sunumuna başlayabilir. Kurum resmî internet sitesinde güncel olarak yayımlanan işletmeci listesinde söz konusu işletmeciye ilişkin gerekli bilgileri yayımlamak suretiyle kayıtlama işlemini gerçekleştirir. Kayıtlama işletmecinin Kuruma kayıtlı olduğu süre boyunca geçerlidir.*"

215 5809 sayılı Kanun m.3/1-çç hükmü uyarınca, "kullanım hakkı"; "*Frekans, numara, uydu pozisyonu gibi kıt kaynakların kullanılması için verilen hakkı*" ifade etmektedir.

216 Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği m.10/1 uyarınca; "*Kullanım hakkı sayısı, ancak kaynakların sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesinin gerektiği durumlarda ve kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını teminen sınırlandırılabilir. Kurum, bu kapsamda sektördeki muhtemel işletmeci sayısını belirlemek için kullanıcılar ve tüketiciler dâhil ilgililerin görüşlerini temin etmek amacıyla uluslararası uygulamaları ve sektöre yönelik koşulları da göz önünde bulundurarak kamuoyu görüşü alır. Bu tespite istinaden Kurum, ilgili mevzuat kapsamında yetkilendirme alanlarında tahsis edilecek frekans aralıklarını, numara bloklarını ve uygulamaya ilişkin diğer usul ve esasları belirler. Kurum, kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasına ilişkin kararını gerekçeleriyle resmî internet sitesinde yayımlar. (...)*"

217 Bkz. K. Burak ÖZTÜRK, *op. cit.*, s.29.

218 Bkz. *Ibid.*

tüm işlemler, kural olarak, BTİK tarafından yürütülmekte; ancak istisna olarak, uydu pozisyonu ve ulusal çapta frekans kullanımını ihtiva eden hizmetlerde, yetkilendirme politikası, hizmetin başlama zamanı, yetkilendirme süresi ve hizmeti sunacak işletmeci sayısı gibi kıstaslar, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından belirlenmekte ve yetkilendirme, yine BTİK tarafından yapılmakta; ancak, ulusal çapta frekans kullanımını içeren hizmetler yönünden, gerekli gördüğü hâllerde, Bakanlık doğrudan ihaleyi de yapabilmektedir.

5809 sayılı Kanun'un 9. maddesinde ve Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin ilgili maddelerinde yer alan düzenlemelerin sistematik analiziyle ulaşılan bu sonuçlar, bildirim ve kullanım hakkının verilmesi suretiyle yetkilendirme yöntemlerinin, "idari işlem teorisi" ve "idarenin takdir yetkisi" bakımından değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Bu anlamda, evvela, *5809 sayılı Kanun'un anılan hükmü ve adı geçen Yönetmeliğin 8. maddesinin ikinci fıkrasının ilk (ÖNCEKİ/MÜLGA) hâli*[219] *uyarınca*, "bildirim yöntemiyle yetkilendirme"de; BTİK'e yapılan bildirimin yeterli sayıldığı hizmetler yönünden, başvuruda bulunan işletmecinin yetkilendirmeye bağlı olarak hizmeti sunma hakkının, idareye (BTİK'e) yapılan bildirimle doğması nedeniyle, idarenin ayrıca açıkça (sarahaten) bir idari işlem tesis etmesine gerek ve hatta olanak bulunmadığı görülmektedir.[220] Dolayısıyla, burada, BTİK'in; kendisine yapılan bildirimleri değerlendirmeye tabi tutarak, kabul etme ya da etmeme gibi bir yetkisinin bulunmadığı; başka bir deyişle, burada idareye "takdir yetkisi" tanınmadığı söylenebilir. Öte yandan, BTİK'e "bildirim"in yapılmasıyla birlikte, yetkilendirmenin "otomatik" olarak ortaya çıkması, kuramsal açıdan, bir "zımni idari işlem"e işaret etmektedir.[221] Gerçekten de, BTİK'in, bildirime bağ-

219 Bkz. *supra.*, dn.214. Karş. *infra.*, dn.223.

220 Bkz. K. Burak ÖZTÜRK, *op. cit.*, s.29-30.

221 Bkz. *Ibid.*, s.30. İdare hukuku literatüründe, zımni işlemlerin, genellikle idarenin belli bir süre hareketsiz ve sessiz kalmasına hukuksal sonuç bağlanması olarak açıklanmasına karşın; telekomünikasyon hizmetleri alanında, bildirimin yapılmasıyla, belirli bir sürenin geçmesine gerek olmaksızın ve idarenin aksi yönde açık bir işlem tesis etmesine izin vermeyen yasal düzenlemenin zorunlu sonucu olarak, idarenin zımni bir yetkilendirme işlemi yaptığının varsayılabileceğini ileri süren ÖZTÜRK'ün bu özgün görüşü; kanaatimizce, yasaların idareye bildirimde bulunulmasını yeterli saydığı birçok hususa teşmil edilerek, kuramsal açıdan önemli neticelere ulaşılmasını sağlayabilir. Örneğin; kolluk usullerinden "bildirim usulü"nde de, idareye bildirimde bulunulduğunda, idarenin adeta zımni bir izin verdiği "zımni kabul işlemi"nden bahsolunabilir. Filhakika, 06/10/1983 tarih ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu (RG: T.08/10/1983, S.18185) uyarınca, toplantı yapabilmek için, toplantının yapılmasından en az 48 saat önce ve mesai saatleri içinde, toplantının yapılacağı yerin bağlı bulunduğu valiliğe veya kaymakamlığa bildirimde bulunulması (m.10); 09/06/2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanunu (RG: T.26/06/2004, S.25504) uyarınca, süreli yayın çıkarabilmek için, kaydedilmek üzere yönetim yerinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığı'na bir beyanname verilmesi (m.7); 22/11/2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG: T.08/12/2001, S.24607) uyarınca, derneğin tüzel kişilik kazanabilmesi için, kuruluş bildiriminin, dernek tüzüğünün ve gerekli belgelerin, yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülki amirine verilmesi (m.59) gibi örneklerde; yasa koyucu, idareye bildirimde bulunulmasını, hukuksal sonucun doğması açısından yeterli gördüğünden; burada idareye, yasa gereği "zımni bir irade" atfedilebilir ve idarenin inisiyatifine dayanmayan "zımni" bir "kabul"den söz edilebilir.

lı yetkilendirme konusundaki yetkisini, kendisine yapılan bildirimi, 5809 sayılı Kanun gereği tesis ettiği varsayılan bir "zımni kabul işlemi" aracılığıyla kullandığı savunulabilir. Öte yandan, idarenin inisiyatifine dayanmayan ve "yasa gereği" / "otomatikman" (*per se*) oluşan bu "zımni yetkilendirme işlemi"nden sonra, bildirimin, BTİK tarafından belirlenen esas ve usullere aykırı olması hâlinde; tesis edildiği varsayılan zımni yetkilendirme işlemi hukuka aykırılık arz edeceği için, BTİK'in, bu yetkilendirmeyi "geri alma"sı (iptal etmesi) elbette mümkün olacaktır, denilebilir.[222]

Lakin, "bildirim yöntemiyle yetkilendirme" bakımından, yukarıdaki paragrafta yapılan izahatın; adı geçen Yönetmeliğin bahse konu 8. maddesinin ikinci fıkrasının, 2016 yılında değiştirilmiş olması[223] karşısında, bugün için geçerliliğini yitirip yitirmediğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Şöyle ki, *adı geçen Yönetmeliğin 8. maddesinin ikinci fıkrasının, değişiklikten sonraki (YENİ/MERİ) şeklinde*; "*Kaynak tahsisi gerektirmeyen elektronik haberleşme hizmetini sunmak, şebekesini veya altyapısını kurup işletmek için bildirimde bulunan şirket, yetkilendirme şartlarını sağlamış olduğunun Kurum tarafından kendilerine bildirildiği tarih itibariyle yetkilendirilmiş sayılarak işletmeci statüsü kazanır ve Kurum tarafından belirlenen ve Kurumun resmî internet sitesinde yayımlanan Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Sürelerindeki Bildirim Kapsamında Sunulan Kaynak Tahsisi İçermeyen Hizmetler bölümünde yer alan hükümler çerçevesinde ilgili hizmetin sunumuna başlayabilir.*" düzenlemesine yer verilmek suretiyle; bildirim usulünde, "yetkilendirilmiş sayılarak işletmeci statüsü kazanma"nın ve "hizmet sunumuna başlayabilme"nin, idarenin açık bir irade beyanına bağlandığı görülmektedir. Buradaki irade beyanının "*inşaî*" mi, yoksa "*izharî*" mi olduğu tartışması bir yana; artık, her hâlükârda, "açık" (sarih) bir idari işlem ile yetkilendirmenin söz konusu olduğu belirtilmelidir. Gerçekten, hükmün önceki hâlinde, bildirimde bulunan şirketin, "*başvurusunun Kurum evrak kayıtlarına girdiği tarih itibariyle yetkilendirilmiş sayılarak işletmeci statüsü kazanması*" öngörülmüşken[224]; artık, "*yetkilendirme şartlarını sağlamış olduğunun Kurum tarafından kendisine bildirildiği tarih itibariyle yetkilendirilmiş sayılarak işletmeci statüsü kazanması*"ndan bahsedilmektedir.

"Bildirim usulü"nde, "zımni yetkilendirme işlemi" sisteminden "açık yetki-

222 Aynı yönde bkz. *Ibid.*, s.30-31.

223 Bkz. "Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" (RG: T.11/06/2016, S.29739) m.4.

224 Bu noktada, ÖZELÇİ; mezkûr Yönetmeliğin 8. maddesinin ikinci fıkrasının ilk hâlinde; işletmeci statüsü kazanma ile etkinliğe başlama hak ve yetkisinin başlangıç anının, bildirimin, BTİK tarafından "*yasa ve yönetmelik hükümlerine uygun olduğunun teyit edilmesi*" koşuluyla, "*kayıtlara geçirilmesi anı*" olduğunun görüldüğünü; bu yönden, hükmün ilk hâlinde de, BTİK'in söz konusu başvuruyu kabul yahut ret yetkisi bulunmasa bile, başvurucunun işletmeci statüsü kazanması ile hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinin, idarenin bir kararına bağlandığının kabul edilmesi gerektiğini kaydetmektedir. Bkz. Aytaç ÖZELÇİ, **Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Görülüş Usulleri**, Seçkin Yay., Ankara, 2019, s.128.

lendirme işlemi" sistemine geçildiğini gösteren bu mühim Yönetmelik değişikliğinin; 5809 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, "*Kuruma bildirimde bulunan şirketler, sunmak istedikleri elektronik haberleşme hizmeti ve/veya işletmek istedikleri elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı için numara, frekans, uydu pozisyonu gibi kaynak tahsisine ihtiyaç duymuyorlar ise Kurumun belirlediği usul ve esaslara uygun bildirimle birlikte; kaynak tahsisine ihtiyaç duyuyorlar ise Kurumdan kullanım hakkı alınması kaydıyla yetkilendirilirler.*" yolundaki hükümle bağdaşıp bağdaşmadığı ise, kanımızca tartışmalıdır. Zira Kanun'un, bildirim türü "yetkilendirme" bakımından; "bildirim"i yeterli gördüğü, idarece ayrıca ve açıkça bir işlem tesisine gerek olmaksızın "yetkilendirme"nin gerçekleşmesini murat ettiği bir yaklaşımdan bahsedilebilir. İlaveten, Kanun'un 63. maddesinin birinci fıkrasında yer alan cezai hükmün ifade biçiminin de; burada, yetkilendirilme açısından, "bildirim"in yeterli sayıldığını teyit ettiği kaydedilebilir. Nitekim, anılan düzenlemede, "*Bu Kanunun 9 uncu maddesine aykırı olarak Kuruma bildirimde bulunmaksızın elektronik haberleşme hizmeti verenler ve/veya tesisleri kuranlar ve/veya işletenler hakkında bin günden on bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.*" denilmektedir. Gerçi, diğer yandan, Kanun'un 9. maddesinin on üçüncü fıkrasındaki, "*Bildirim ve kullanım hakkı ile ilgili usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir.*" hükmüyle, "bildirim" usulünün işleyişine dair ayrıntılı kuralların tanziminin yönetmeliğe bırakıldığı; dolayısıyla, ilgili yönetmeliğin, "açık bir idari işlem ile yetkilendirme" anlamına gelecek kurallar sevk etmesine (de) cevaz verildiği fikrinin serdedilmesi de mümkündür. Neticede, Kanun'a uygunluğu son derece tartışmalı görünen Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 8. maddesinin bahse konu ikinci fıkrası; hâlen yürürlükte olup, "icrailik" vasfını haiz bulunmakta ve "hukuka uygunluk karinesi"nden yararlanmakta; bu nedenle de uygulanma kabiliyeti ve zorunluluğu devam etmektedir. Velhasıl, Yönetmeliğin anılan hükmünün hukuka uygunluğuna dair tartışmalı duruma temas ettikten sonra; bugün için, bildirim usulünde, "şirketin idareye yapacağı bildirim (başvuru) üzerine 'otomatikman' (*per se*) oluşan bir 'zımni yetkilendirme'"den bahsetme imkânının ortadan kalktığını; aksine, bildirimde bulunan şirketin "yetkilendirme şartlarını sağlayıp sağlamadığı"nın kontrolü sonucunda, idarenin açık bir işlemiyle "yetkilendirme"nin gerçekleştirileceğini, hassaten vurgulamak gerekmektedir.

Öte yandan, "sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi" bakımından ise, usulüne uygun başvuruyu izleyen otuz gün içerisinde[225] BTİK tarafından

[225] 5809 sayılı Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrasında; kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği tespit edilen elektronik haberleşme hizmetleri için, usulüne uygun başvuruyu müteakip "otuz gün içerisinde", Kurumca kullanım hakkı verileceği belirtilmiştir. "Otuz günlük" süre, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin, konuyla ilgili 13. maddesinin birinci fıkrasının ilk hâ-

kullanım hakkı verileceği öngörülmüş olduğundan; buradaki yetkilendirme, kesinkes "açık" (sarih) bir idari işlemle gerçekleşmektedir. Burada, otuz gün boyunca idarenin hareketsiz kalması hâlinde, zımni bir kabul yahut ret işleminin ortaya çıktığı, varsayılamaz.[226] Zira idarenin sessiz ve hareketsiz kalmasına hukuki sonuç bağlanabilmesi, bunun mutlaka yasada açıkça öngörülmesine bağlı olmasına karşılık; 5809 sayılı Kanun'da, sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı yönünden, otuz günlük sürenin dolmasına hukuksal sonuç bağlayan açık bir düzenlemeye rastlanılamamaktadır.[227] Öte yandan, burada öngörülen sürenin "düzenleyici" ya da "temenni edici" nitelik taşıdığını da belirtmek gerekir. Dolayısıyla, otuz günlük sürenin geçmesinden sonra, BTİK tarafından, sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkını verme suretiyle yetkilendirme işlemi tesis edilmesinin, işlemin geçerliliği üzerinde etkisi bulunmamaktadır.[228] Ancak, şüphesiz, böyle bir durumda, hizmetin geç işlemesinden ötürü "hizmet kusuru"[229] bulunan idarenin (BTİK) mali sorumluluğu gündeme gelebilecektir.[230] Diğer taraftan, telekomünikasyon hizmetleri alanında sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi yönünden getirilen düzenlemenin lafzı,[231] ilk bakışta, bu konuda idareye "takdir yetkisi" tanınmadığı ("bağlı yetki" öngörüldüğü) izlenimi doğurmaya elverişli olsa da; telekomünikasyon hizmetlerinin niteliği ve yasal düzenlemenin bütününe egemen olan anlayış, bu izlenimi çürütmektedir.[232] Gerçekten, sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkının verilmesinde, BTİK; yapılan başvuruları, millî güvelik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gerekleri yönünden değerlendirmek ve buna göre, kullanım hakkı verilmesi istemini kabul ya da reddetmek konusunda "takdir yetkisi"ne sahiptir.[233]

linde de yer almakla birlikte; 2016 yılında yapılan değişiklikle [bkz. "Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" (*supra.*, dn.223) m.5], Yönetmelik'ten çıkartılmıştır. Ancak Kanun'un anılan hükmü hâlen yürürlükte olduğu için, "otuz günlük" sürenin -doğrudan- uygulanması gerekliliği, kanımızca ortadan kalkmış değildir.

226 Aynı yönde bkz. K. Burak ÖZTÜRK, *op. cit.*, s.32. Aksi yönde bkz. ÖZELÇİ, *op. cit.*, s.147. ÖZELÇİ'ye göre; başvurunun, otuz günlük süre içinde yanıtlanmaması durumunda, "zımnen reddedilmiş" sayılması gerekmektedir. Bkz. *Ibid.*

227 Kuşkusuz, burada özel bir düzenleme bulunmadığı için; "zımni ret" konusundaki genel düzenleme olan 06/01/1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (RG: T.20/01/1982, S.17580) 10. maddesi uyarınca, müracaatı izleyen altmış gün boyunca sessiz kalınması hâlinde, talebin reddedildiği varsayılmak gerekecektir.

228 Bkz. K. Burak ÖZTÜRK, *op. cit.*, s.33.

229 Hizmetin "kötü işlemesi", "geç işlemesi" veya "hiç işlememesi" hâllerinde idarenin "hizmet kusuru"nun bulunduğu, Danıştay'ın müstakar içtihatlarıyla kabul edildiğine göre [örneğin bkz. **D.2.D**: E.2007/1297, K.2007/3247, T.13/07/2007 (UYAP-BB)]; 5809 sayılı Kanun'da öngörülen 30 günlük sürenin hitamından sonra, sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesinin, "hizmet kusuru" teşkil ettiğinde duraksanamaz.

230 Aynı yönde bkz. K. Burak ÖZTÜRK, *op. cit.*, s.33.

231 5809 sayılı Kanun m.9/5: "*Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği tespit edilen elektronik haberleşme hizmetleri için usulüne uygun başvuruyu müteakip 30 gün içerisinde Kurumca kullanım hakkı verilir.*"

232 Bkz. K. Burak ÖZTÜRK, *op. cit.*, s.31.

233 5809 sayılı Kanun'un 9. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre; "*Kurum, kullanım hakkı verilmesi taleplerini, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gerekleri, tahsis edilmesi gereken*

Nihayet, kullanım hakkı sayısı sınırlandırılan telekomünikasyon hizmetleri yönünden, kullanım hakkı verilmesi ("sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verilmesi") için bir "ihale süreci" öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Ancak ihaleye ilişin usul ve esaslar, 5809 sayılı Kanun'da yer almamakta ve bu hususların, BTİK tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmaktadır. Nitekim, Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirmeye İlişkin İhale Yönetmeliği, 15/01/2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[234] Adı geçen Yönetmelik'te, BTİK tarafından yapılacak yetkilendirme ihalelerinin hukuksal rejimi ayrıntılı biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır. Sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkının verilmesinin, BTİK tarafından yapılacak bir ihale sürecine bağlanması; sınırlı sayıdaki kullanım haklarının, talebin fazlalığı durumunda, istekli şirketler arasında bir seçim yapılmasının kaçınılmaz olmasından kaynaklanmaktadır.[235] Bu noktada, ihale süreci sonunda kullanım hakkının verilmesi tek yanlı bir idari işlem olup; ihale süreci, bu tek yanlı işlemin hazırlık işlemleri sürecini oluşturmakta ve burada, aslında bir "zincir işlem"[236] ortaya çıkmaktadır.[237] Dolayısıyla, zincir işlemin herhangi bir halkasındaki hukuka aykırılığın, kullanım hakkının verilmesi yolundaki nihai işlemi sakatlayacağı açıktır. Öte yandan, 5809 sayılı Kanun'un 9. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan, "*Kurum, kullanım hakkı verilmesi taleplerini, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gerekleri, tahsis edilmesi gereken kaynakların yetersizliği ve ihale aşamasında belirlenen yeterlik şartlarının sağlanmaması sebepleriyle reddedebilir.*" yolundaki düzenleme karşısında, ihale sürecinde ortaya çıkan sonucun, kullanım hakkı verilmesine ilişkin işlem yönünden bağlayıcı olmadığı; dolayısıyla, anılan hükümde öngörülen sebeplere dayalı olarak, BTİK'in, kullanım hakkı verilmesi talebini reddetmesinin de mümkün bulunduğu söylenebilir.[238]

3. BTİK ile Diğer Bağımsız İdari Otoriteler Arasında Yetki Paylaşımı

Neoliberal dönüşümün parçası olarak devletin geçirdiği evrim sonucunda ortaya çıkan bağımsız idari otoriteler, kamusal yaşamın yasama organı tarafından saptanan bazı duyarlı alanlarında regülasyon faaliyeti yürütmektedirler. Bu bağlamda, ülkemizde, *Sermaye Piyasası Kurulu* (SPK), *Rekabet Kurumu* (RK), *Radyo ve Televizyon Üst Kurulu* (RTÜK), *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu* (BTİK), *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu* (BDDK), *Enerji Piyasası*

kaynakların yetersizliği (...) sebepleriyle reddedebilir."

234 Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirmeye İlişkin İhale Yönetmeliği (RG: T.15/01/2010, S.27463).

235 Aynı yönde bkz. K. Burak ÖZTÜRK, *op. cit.*, s.33.

236 Zincir (zincirleme) işlem, "*belirli ve nihai bir sonucu doğurmak amacıyla birbirini takip eden ve tamamlayıcı bir dizi işlem*" olarak tanımlanabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Celal ERKUT, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yay., Ankara, 1990, s.122.

237 Karş. K. Burak ÖZTÜRK, *op. cit.*, s.34.

238 Aynı yönde bkz. *Ibid.*, s.35.

Düzenleme Kurumu (EPDK), *Kamu İhale Kurumu* (KİK), *Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu* (KGMDSK), *Kişisel Verileri Koruma Kurumu* (KVKK), *Nükleer Düzenleme Kurumu* (NDK) ile *Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu* (SÖEDDK), başta olmak üzere, çeşitli bağımsız idari otoritelerin, farklı sektörleri regüle ettikleri görülmektedir. Bu noktada, anılan kurumların her biri farklı bir sektöre ilişkin regülasyon faaliyeti yürütmesine karşın, mezkûr faaliyet, -yoğunluğu değişkenlik arz etse de- temelde "ekonomik düzen"in sağlanmasına hizmet ettiğinden; bağımsız idari otoriteler arasında, bu bağlamda, özellikle de, Rekabet Kurumu ile diğer bağımsız idari otoriteler arasında "yetki paylaşımı sorunları" ya da "yetki çatışmaları" çıkabilmektedir.[239]

Gerçekten, Rekabet Kurumu, serbest (düzgün) bir rekabet ortamını sağlayabilmek için, genel olarak tüm ekonomik faaliyetleri regüle ederken; diğer bağımsız idari otoriteler, esasen, serbest (düzgün) bir rekabet ortamını sağlayabilmek için, yalnızca sorumlu oldukları sektörü regüle etmektedirler.[240] Hâl böyle olunca, Rekabet Kurumu'nun yapmış olduğu regülasyon faaliyeti "genel" nitelikte; diğer bağımsız idari otoritelerin gerçekleştirdiği regülasyon faaliyeti ise "spesifik" nitelikte görülebilmektedir.[241] Bu doğrultuda, gerek "genel regülasyon otoritesi" olan Rekabet Kurumu'nun, gerek "spesifik regülasyon otoriteleri"nin nihai hedefi, "düzgün bir rekabet ortamı oluşturmak" suretiyle "ekonomik düzeni gerçekleştirmek" biçiminde özetlenebilmektedir.[242] Bununla birlikte, yukarıda[243] da izah olunduğu üzere; bu kurumlara tanınan yetkilerin, salt "ekonomik düzen"in sağlanmasına özgülenmemiş olması ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu gibi örneklerde, bireylerin söz konusu duyarlı alanlara ilişkin "*haberleşme hürriyeti*" gibi bazı temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacının ön plana çıkması dikkate alındığında; bağımsız idari otoritelerin yürüttüğü faaliyetleri, tümel olarak "ekonomik kolluk" ile açıklama yolunda indirgemeci bir yaklaşımın benimsenmesi isabetli olmayacaktır. Açıkçası, Rekabet Kurumu ile diğer bağımsız idari otoritelerin, "ekonomik düzen"in sağlanması amacı yönünden "genel regülasyon otoritesi – özel/spesifik regülasyon otoriteleri" şeklinde tefriki mümkün ise de, "regülasyon faaliyeti" kapsamındaki diğer amaçlar açısından böyle bir irtibatlandırma yapılmamak gerekir. Hâliyle, bağımsız idari otoriteler arasındaki "yetki paylaşımı" ve bu kapsamda "olası ça-

[239] Rekabet Kurumu ile diğer bağımsız idari otoriteler arasındaki ilişkileri, karşılaştırmalı hukuk ölçeğinde, çeşitli ülkeler bakımından ortaya koyan bir inceleme için bkz. Şahin ARDIYOK, **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, RK Yay., Ankara, 2002, s.88 vd.

[240] Bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2003, s.101.

[241] Bkz. *Ibid.*

[242] Telekomünikasyon alanında rekabetin sağlanmasına yönelik regülasyon konusunda teknik bir inceleme için bkz. İÇÖZ, Özge: **Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet**, RK Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003.

[243] Bkz. *supra.*, [**I.(B)**]

tışmalar" da, regülasyon faaliyetinin, esasen "serbest rekabet ve ekonomik düzen"in gerçekleştirilmesine yönelik boyutu içerisinde ele alınmalıdır.

Bu noktada, "ekonomik düzen"in sağlanması amacı perspektifinden bakıldığında, spesifik regülasyon otoritesi konumunda bulunan BTİK ile genel regülasyon otoritesi olan RK arasında, 5809 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, yetki çatışmaları yaşandığı görülmekle birlikte;[244] adı geçen Kanun'un, "Rekabetin Sağlanması" başlıklı 7. maddesinin ikinci fıkrasıyla getirilen, "*Rekabet Kurulu, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dâhil olmak üzere elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurumun görüşünü ve Kurumun yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate alır.*" hükmü ile, bu kurumlar arasında yaşanan veya yaşanması muhtemel yetki karmaşasına büyük ölçüde son verildiği söylenebilir.[245] Dolayısıyla bugün için, BTİK ile RK arasındaki yetki paylaşımının sınırlarının nispeten daha belirgin hâle getirildiği görülmektedir.[246] Yine, BTİK ile diğer bağımsız idari otoriteler arasında da, genel olarak bir yetki sorunu yaşanmadığı; daha doğrusu, bu noktada problem teşkil edebilecek ölçüde tartışmalı bir durumun gözlemlenmediği not edilebilir.

Bu meyanda, BTİK ve RK arasındaki yetki paylaşımının ve yetki yarışmasının açıklığa kavuşturulması bağlamındaki ehemmiyetine binaen, Danıştay 13. Dairesi'nin konuyla ilgili kararlarında[247] yer verdiği şu gerekçelerin aynen aktarılmasında fayda olacağı düşünülmektedir:

"(B)ir piyasanın düzenleyici ve denetleyici bir kurumun regülasyonuna

[244] Bu yetki sorunu ve söz konusu sorunun kaynakları konusunda bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2003, s.108 vd.; İ. Yılmaz ASLAN, *op. cit.*, 2003, s.30 vd.

[245] Aynı yönde bir görüş için bkz. ALTAŞ, *op. cit.*, s.21.

[246] Bu noktada, Danıştay 13. Dairesi'nin konuyla ilgili kararlarında [örneğin bkz. **D.13.D**: E.2010/457, K.2015/427, T.06/02/2015 (KİBB); **D.13.D**: E.2010/4805, K.2014/832, T.11/03/2014 (KİBB)] yer verdiği şu satırlar mühimdir: "*(...) Rekabet Kurulu'nun tüm mal ve hizmet piyasalarındaki rekabet ihlallerini tespit etmek ve yaptırım uygulamak konusunda genel yetkili ve görevli kurum, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ise bu konudaki genel nitelikli kanun olduğu, ancak telekomünikasyon sektörünü düzenleyen mevzuatta da rekabetin korunması ve rekabet ihlali niteliğindeki fiiller karşısında idari yaptırım uygulanması yönünde hükümler bulunduğu açık olmakla birlikte, telekomünikasyon mevzuatında öngörülen istisnai hâller dışında, Rekabet Kurulu'nun genel olarak rekabetçi olmayan davranışların ortaya çıkmasından sonra ihlalin tespiti ve yaptırım uygulaması yoluna gidebileceği; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun ise, telekomünikasyon piyasasının rekabetçi bir yapıya kavuşmasını, piyasa koşullarını önceden yaptığı sektöre özgü düzenleyici işlemler ve aldığı tedbirler vasıtasıyla sağlamakla görevli olduğu, yapacağı düzenlemelerin genel olarak piyasanın yapısal sorunlarını gidermeye yönelik teknik düzenlemeler niteliği taşıdığı, diğer yandan piyasa aktörleri arasında yaşanabilecek ihtilafları uzlaştırma prosedürü ile çözmekle yetkili olduğu anlaşılmaktadır. / Rekabet Kurulu'nun piyasalarda yapısal problemler sebebiyle kendiliğinden veya kamusal müdahalelerle ortaya çıkan aksaklıklara doğrudan müdahale ve düzenleme yetkisi bulunmayıp, bu görev ve yetkinin ilgili piyasada görevli ve yetkili regülasyon kurumlarına, düzenlenmemiş sektörlerde ise devlete ait olduğu da kuşkusuzdur.*"

[247] Bkz. **D.13.D**: E.2010/457, K.2015/427, T.06/02/2015 (KİBB); **D.13.D**: E.2010/4805, K.2014/832, T.11/03/2014 (KİBB).

tabi olmasının, o piyasada yer alan faaliyetleri 4054 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarmayacağı, Rekabet Kurulu'nun 4054 sayılı Kanun çerçevesinde tüm mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetimleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamakla görevlendirilmiş olduğu, söz konusu düzenleyici kurumların piyasa hakkındaki tasarruflarında rekabetçi bir piyasa düzeni sağlamakla yükümlü olmalarında rağmen, piyasada gerçekleşen rekabet ihlallerinin tespiti ve idari yaptırıma tabi tutulmasının, Kanun veya ikincil düzenlemelerle öngörülen veya öngörülebilecek istisnalar dışında, 4054 sayılı Kanun kapsamında Rekabet Kurulu'nun görev alanına girdiği görülmektedir.

Kaldı ki, bir piyasada gerçekleştiği iddia olunan rekabet ihlali hakkında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ve Rekabet Kurulu'nun izleyeceği yollar ve alacağı kararlar birbirinden farklıdır. Bu çerçevede; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun amacı, telekomünikasyon piyasasında rekabetin tesisi, rekabetin engellenmesine ve rekabetçi zararın önlenmesine yönelik tedbirlerin alınması ve düzenlemelerin yapılmasına yöneliktir. Rekabet Kurulu'nun telekomünikasyon sektöründeki teşebbüsler hakkında ileri sürülen ihlal iddiaları hakkında açabileceği bir soruşturma sonucunda verebileceği idari para cezası, anti-rekabetçi davranışların ve bunun altında yatan saikin cezalandırılmasına ilişkindir. Telekomünikasyon Kurulu'nun aldığı tedbirler ve yaptığı düzenlemelerle mevcut rekabet ihlalinin etkilerinin sona ermesi ve ihlalden kaynaklanan zararın tamamen ortadan kalkması veyahut konunun salt telekomünikasyon mevzuatını ilgilendiren teknik bir hususta, piyasada düzenleme ve müdahale yapılmasına yönelik bir isteme dair olması hâllerinde, Rekabet Kurulu'nun soruşturma veya 2. hâlde önaraştırma açıp açmama konusunda bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte, bu takdir yetkisinin 4054 sayılı Kanunun öngördüğü amaca ve hukuka uygun bir şekilde kullanılması zorunlu olup, şikâyet konusu fiiller hakkında yukarda anılan mevzuat hükümleri uyarınca Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından aynı fiil hakkında uygulanabilecek idari yaptırımların ise Rekabet Kurulu tarafından dikkate alınması ve genel olarak telekomünikasyon sektöründeki rekabet ihlalleri konusunda iki kurumun işbirliği içerisinde bulunması gerekmektedir.

Nitekim, her iki idarenin görev ve yetkileri yasalarda ayrıntısıyla belirlenmiş, telekomünikasyon sektöründe yaşanacak rekabet ihlalini belirleme ve bu konuda yaptırım uygulama konusunda genel yetkinin Rekabet Kurumu'na verilmiş olduğu ve 4054 sayılı Kanunun saklı tutulduğu anla-

şılmaktadır."

Burada son olarak, Rekabet Kurumu'nun yanında, "spesifik rekabet kurumları" sayılabilecek diğer bağımsız idari otoritelere ve bu arada BTİK gibi bir kuruma ihtiyaç bulunup bulunmadığının da tartışmaya açık olduğu belirtilmelidir. Zira, esasen "serbest (düzgün) rekabet" ortamının oluşmasını amaçlayan Rekabet Kurumu mevcut iken, yine temel olarak aynı amacı, spesifik bir sektör yönünden gerçekleştirmeye çalışan başka bağımsız idari otoritelerin de bulunması, sistemi karmaşıklaştırabilmekte ve yukarıda da değinildiği gibi, yetki çatışmalarına vücut verebilmektedir. Öte yandan, spesifik regülasyon kurumlarının ve bu arada BTİK'in misyonlarının "geçici" olduğu da ileri sürülmektedir.[248] Söz gelimi telekomünikasyon sektörü gerçek anlamda serbest rekabet ortamına kavuştuktan sonra, sektörel regülasyon kurumu olan BTİK'in görev süresinin sona ermesi ve artık bu sektörün de, Rekabet Kurumu'nun regülasyonuna tabi olması gerektiği savunulmakta; aksi takdirde, spesifik regülasyon kurumlarının (bu arada BTİK'in), birer "*Saatleri Ayarlama Enstitüsü*"[249] hâline gelmelerinin işten bile olmayacağı belirtilmektedir.[250] Ancak BTİK'in serbest rekabet ve ekonomik düzenin sağlanması dışındaki amaçları bir yana bırakılacak olsa dahi, ülkemizdeki telekomünikasyon sektörü bakımından serbest (düzgün) rekabet ortamının sağlanması epey bir vakit alacak gibi göründüğünden; BTİK'in yakın bir gelecekte lağvedilmesi suretiyle, bu alanın regülasyonuna yönelik görevlerin de Rekabet Kurumu'na tevcih edilmesi, kanımızca çok uzak bir ihtimaldir. Kaldı ki, "serbest rekabet ideali" gerçekleştiği takdirde, söz konusu alanların, yine bir bağımsız idari otorite olan RK yerine, merkezî idare bünyesinde, bakanlıklar tarafından regüle edilmesi de pekâlâ düşünülebilir bir diğer alternatiftir.

D. BTİK'in Yargısal Denetimi

Diğer bağımsız idari otoriteler gibi, BTİK'in yapmış olduğu işlem ve eylemler de "yargısal denetim"e tabidir.[251] Bu noktada, tesis etmiş olduğu işlemler kural olarak "idari işlem" kimliğini haiz olan ve yapmış olduğu eylemler de kural olarak "idari eylem" niteliği taşıyan bağımsız idari otoritelerin, bu işlem ve eylemleri nedeniyle açılacak davalar, kural olarak, "idari yargı"nın görev alanına girmektedir.[252]

---

248 Bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2003, s.117.

249 Ahmet Hamdi TANPINAR'ın, "*Saatleri Ayarlama Enstitüsü*" adlı romanındaki alegorik hicvinden mülhem, böyle bir teşbihe gidildiği anlaşılmaktadır.

250 Bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2003, s.117-118.

251 BTİK'e ilişkin olarak, "yargısal denetim" dışındaki "denetim mekanizmaları/türleri" konusunda; bu ana başlık **(II)** içerisinde, yukarıda, "**B.** BTİK'in Yapısı ve Konumu: *Kurumsal Açıdan BTİK*" kapsamında ele alınan, "**2.** BTİK'in Türkiye Cumhuriyeti İdari Teşkilatı İçindeki Konumu" başlığı altında, bilhassa "idarenin bütünlüğü ilkesi" bağlamında yapılan açıklama ve tartışmalara bakılabilir.

252 Aynı yönde bkz. GÖZLER, *op. cit.*, C.1, s.664. Ayrıca, İtalya örneği için bkz. Vera PARISIO, "Judicial Review of Italian Independent Authorities Acts: A Short Overview", **Le Futur du Droit Administratif**

Bu bağlamda, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun "Dava Hakkı" başlığını taşıyan 62. maddesinde (f.1), BTİK'in, "*idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabil(eceği)*" belirtilmiş bulunmaktadır.[253] Bu noktada hemen açıklığa kavuşturulmalıdır ki, anılan hükmün, Kurum'un -bireysel/birel nitelikteki idari işlemlerinden- yalnızca "*idari yaptırım kararları*"na karşı açılacak davalara yönelik lafzı; Kurum'un diğer kararlarına (bireysel/birel idari işlemlerine) karşı açılacak davalar bakımından idare mahkemelerinin görevli olmadığı anlamına gelmemektedir. Zira söz konusu düzenleme ile; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun[254], idari yaptırım kararlarına karşı adli yargıya başvurulmasını öngören kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması hâlinde uygulanacağına yönelik "genel kural"ı (m.3/1-a) *aşılmak* istenmiş; bu kapsamda, BTİK'in idari yaptırım kararlarının yargısal denetiminin, adli yargıda değil, idari yargıda gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. BTİK'in idari yaptırım dışındaki, "idari işlem" niteliğini haiz kararlarının yargısal denetimi açısından ise, adli yargıyı görevli kılan bir düzenleme bulunmadığından, *idari rejim*i benimseyen ülkemizde, bu kararlara karşı açılacak davalarda, zaten idari yargı yerleri görevli olacaktır. Bu durum, idari rejimin doğal bir gereği ve sonucudur.[255] Açıkçası, bu nedenle, BTİK'in idari yaptırım dışındaki kararları (bireysel/birel idari işlemleri) açısından idare mahkemelerinin görevli olduğunu, kanunda ayrıca ve açıkça izhar etmeye gerek yoktur.[256]

Bu itibarla, diğer birçok bağımsız idari otorite gibi, BTİK'in idari işlem

/ **The Future of Administrative Law**, (Ed.: Jean-Bernard AUBY / Émilie CHEVALIER / Emmanuel SLAUTSKY), LexisNexis, Paris, 2019, p.271-287.

253 02/07/2012 tarih ve 6352 sayılı "Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun" (RG: T.05/07/2012, S.28344) m.70 ile yapılan değişiklikten önce; BTİK'in "sektörle ilgili işlemlerine" karşı açılacak davalarda, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görevli ve yetkili olduğu, açıkça ve özel olarak belirlenmişti. Dolayısıyla, BTİK'in anılan tüm idari işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi, iptal ve tam yargı davaları yoluyla, ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da gerçekleştirilmekteydi.

254 30/03/2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (RG: T.31/03/2005, S.25772-1.Mükerrer).

255 İdari rejimi benimseyen ülkemizde, "idari" nitelikteki uyuşmazlıkların, esasen "idari yargı"nın denetimine tabi olması kuraldır. İstisnaen, bu tür uyuşmazlıkların çözümünün "adli yargı"nın görev alanına aktarılabilmesi için ise, açık bir yasa hükmüne ihtiyaç vardır. Dolayısıyla, bu hususta aksine bir yasal düzenleme bulunmadığı takdirde, başka bir deyişle, söz konusu idari işlem ve eylemlerin yargısal denetiminde adli yargının görevli olduğuna dönük açık bir yasa hükmü bulunmadığı müddetçe; idari nitelikteki uyuşmazlıklar, idari yargının görev alanı içerisinde kalacaktır. Kaldı ki, idari uyuşmazlıkların çözümü konusunda adli yargının görevli kılınması bakımından, yasa koyucunun takdir yetkisinin son derece sınırlı olduğu ve esasen idari mahiyetteki uyuşmazlıkların hallinde adli yargının görevli olmasının istisnai bir durum olduğu da muhakkak hatırda tutulmalıdır. Bu hususta mufassal bilgi ve analiz için bkz. Serdar YILMAZ, "İdari Yargının Görev Alanının Daraltılmasına Yönelik Yeni Bir Girişim Olarak 'İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi' Üzerine Bir Değerlendirme -Ölüm ve Cismani Zararlardan Doğan Tüm Tazminat Davaları Adli Yargı Bünyesinde Kurulan Bir İhtisas Mahkemesinin Görev Alanına Bırakılabilir mi?-", **Ankara Barosu Dergisi**, Y.73, S.2015/3, s.151 vd.

256 Hatta aksi yönde bir düzenleme tercihinin; yani anılan maddede, BTİK tarafından tesis edilen tüm bireysel/birel idari işlemlere karşı açılacak davalarda idare mahkemelerinin görevli olacağına yönelik bir formülasyona yer verilmesinin, "haşiv" addedilebileceği ve "norm koyma tekniği"yle bağdaşmayacağına, bu vesileyle dikkat çekilmelidir.

ve eylemlerinden doğan davalar da, -doğal olarak- "idari yargı" tarafından çözümlenmekte; idari yargı kolu içerisinde ise, *Kurum'un bireysel/birel idari işlemleri bakımından*, 2576 sayılı Kanun'un[257] 5. maddesi uyarınca genel görevli idari yargı yeri konumundaki "idare mahkemeleri" görevli olmakta; yetkili idare mahkemesi ise, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu[258] m.32 vd. yer alan "genel" ve "özel" yetki kurallarına göre belirlenmektedir.[259] *Kurum'un -ülke çapında uygulanacak-[260] düzenleyici idari işlemlerine karşı açılacak davalarda ise*, 2575 sayılı Danıştay Kanunu[261] m.24/1-c'de[262] yer alan özel hüküm uyarınca, Danıştay'ın -ilk derece mahkemesi sıfatıyla- görevli ve yetkili olduğu mülahaza edilmektedir.[263]

Yargısal denetim bağlamında irdelenmesi gereken bir diğer önemli husus, 5809 sayılı Kanun'un hemen yukarıda değinilen "Dava Hakkı" başlıklı 62. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü (son) cümlesinde yer alan, "*Kurulun kararları, Kurumun idari denetimi sırasında yerindelik denetimine tabi tutulamaz.*" hükmüdür. Kurul kararlarının, "*idari denetim*" sırasında "*yerindelik denetimi*"ne tabi tutulamayacağı yolundaki hükme, maddenin kenar başlığında da açıkça belirtildiği üzere "yargılama aşaması"na ilişkin kurallar getiren 62. maddede yer verilmiş olması, "norm koyma tekniği" ile bağdaşmadığı gibi; diğer bir açıdan, böyle bir ifade biçiminin tercih edilmiş olmasının, aslında "yargı yerleri"nin yerindelik denetimi yapamayacağını vurgulama amacından kaynaklanıp kaynaklanmadığı da, maddenin kenar başlığı ve bütünü (maddenin genel olarak içeriği) dolayısıyla, kuşkulu görünmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, kanun koyucunun muradı, burada "yargı"ya yönelik bir düzenleme yapmak ve aslında yargının yerindelik denetimi yapamayacağını "hatırlatmak" olsa dahi; muradını kaleme alışından ("*idari denetim*" ibaresini kullanmış olmasından), mezkûr hükmün lafzı itibariyle böyle bir sonuç çıkmamaktadır. Yani, "idari denetim"de yerindeliği yasaklayan lafzın, aslında "yargısal denetim" kastedilerek konulduğundan hareketle normu "tevil" etmek, -madde gerekçesinde de bu hususta herhangi bir açıklama/belirleme bulunmaması hasebiyle- kanaatimizce mümkün değildir. Kaldı ki, Anayasa'nın

---

257 06/01/1982 tarih ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun (RG: T.20/01/1982, S.17580).

258 Bkz. *supra.*, dn.227.

259 Kurum'un "idari eylemleri" söz konusu olduğunda da, görevli ve yetkili mahkemenin bu doğrultuda belirlenmesi gerekeceğini not düşmek uygun olacaktır.

260 Bu noktada, Kurum'un tesis ettiği düzenleyici idari işlemlerin, zaten kural olarak, "*ülke çapında uygulanacak*" mahiyette olduğunun altı çizilmelidir.

261 06/01/1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu (RG: T.20/01/1982, S.17580).

262 Söz konusu hükme göre; "*Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere*" karşı açılacak idari davalar, Danıştay tarafından ilk derece mahkemesi olarak karara bağlanır.

263 Kurum'un, *ülke çapında* değil de, örneğin *sadece belli bir ilde* uygulanmak üzere bir "düzenleyici idari işlem" tesis ettiği varsayıldığında ise; görevli ve yetkili mahkemenin, *Kurum'un bireysel/birel idari işlemleri bakımından* yukarıda yapılan açıklama doğrultusunda belirleneceğini not düşmek gerekir.

125. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan, "*Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.*" hükmü mevcut iken; Kanun'da da aynı hükmü yinelemenin, ayrı/başkaca bir hukuki sonucu olmayacaktır.[264] Dahası, "hukukilik" ile "yerindelik" arasındaki nüansı saptayabilmek pratikte çoğu kez mümkün değilken; böyle bir hükmün, fiiliyatta, -"idari yargı"nın yanı sıra, "idare" açısından da- büyük ölçüde "moral" bir anlam taşıyabileceği belirtilmelidir.

Hâl böyle olunca, 5809 sayılı Kanun'un anılan hükmünde yer alan "yerindelik denetimi yasağı"nın, "Dava Hakkı"nı düzenleyen 62. maddede yer alması, norm koyma tekniğiyle bağdaşmamakla birlikte, -muhtemel- "idari denetim" ile ilgili görülmek gerekir. Gerçi bu keyfiyette de, aynı hükmün ("yerindelik denetimi yasağı"nı öngören 5809 sayılı Kanun m.62'deki kuralın); neden 2813 sayılı Kanun'un, "Personel Nitelikleri"ni düzenleyen 8. maddesinin sekizinci fıkrasında da yinelenmiş olduğu merak celbetmektedir.[265] Öte yandan, "*idari denetim*" ibaresinin, hem "idari" hem de "yargısal" (idari yargı) denetimini kapsadığı şeklinde geniş yorumlanması durumunda da; -"norm koyma tekniği" zımnındaki eleştirilerimiz saklı kalmak üzere- pratik açıdan / sonuç itibarıyla denetimin kapsamı ("hukukilik"le sınırlılığı) bakımından farklılık olmayacağı ilave edilmelidir. Zira "yargı"nın yerindelik denetimi yapamayacağı ilke ve kuralı zaten bilinmekte; bu yönüyle "malumu ilam ettiği" savlanabilecek mezkûr yasal hüküm marifetiyle, söz konusu yasak, "idare" tarafından gerçekleştirilecek denetime de teşmil edilmiş olmaktadır. Neticeten, bu düzenleme ile Anayasa'nın zikredilen hükmü birlikte değerlendirildiğinde; BTİK'in kararlarının, yalnızca "hukuka uygunluk" yönünden denetlenebileceği ve fakat, "yerindelik" denetimine tabi tutulamayacağı anlaşılmaktadır. Şu hususu da vurgulamak gerekir ki; "yargısal denetim" açısından, "kuvvetler ayrılığı ilkesi"nin doğası gereği mevcut olan, Anayasa'nın 125. maddesinde de pozitif temelini bulan "yerindelik denetimi yasağı"nı "idari denetim"e de teşmil eden 62. madde hükmü; kanımızca Kurum üzerindeki -mevcut ve/veya muhtemel- "idari vesayet" denetimini asgari düzeye indirgeme güvencesi olarak telakki edilerek, BTİK'in "bağımsızlığı"nı perçinlerken; Devlet

[264] Hâliyle, Kanun'da yer verilen mezkûr hükme böyle bir anlam yüklemek ve hükmün yargı organının gerçekleştireceği denetimi kapsadığını iddia etmek, aslında kanun koyucunun "haşiv" bir düzenleme yapmak suretiyle "abesle iştigal" etmiş olduğunu da ileri sürmek manasına gelecektir.

[265] Gerçekten, 2813 sayılı Kanun'un, "Personel Nitelikleri"ni düzenleyen 8. maddesinin sekizinci fıkrasına da, "*Kurulun kararları Kurumun idari denetimi sırasında yerindelik denetimine tabi tutulamaz.*" hükmü eklenmiş olup; 5809 sayılı Kanun'un "Dava Hakkı"nı düzenleyen 62. maddesindeki anılan kuralın, burada da aynen (tamamen aynı formülasyonla kaleme alınmak suretiyle) yinelendiği görülmektedir. "Yerindelik denetimi yasağı"nın altını çizen bu -mükerrer- hükümler, hukuken son derece ilgi çekicidir.

Denetleme Kurulu[266] ve Kamu Denetçiliği Kurumu[267] gibi diğer denetim mekanizmaları tarafından gerçekleştirilecek denetimin kapsamı ve etkinliği açısından, -bu makalenin hacmini aşacak mahiyette- birçok girift hukuki soruna ve tartışmaya gebe görünmektedir.

III. SONUÇ YERİNE

Modern devletin yaşadığı değişim ve dönüşüm sürecinde neoliberalizmin hükümranlığı, devletin ekonomi alanında "aktör" olması yerine, "hakem" olmasını sonuçlamış; böylece, kamusal yaşamın bazı hassas alanlarındaki kamu hizmetlerini doğrudan doğruya ve bizzat yürütmeyen ve fakat, onu etkili biçimde regüle eden ("regülasyon" faaliyeti gerçekleştiren) bir devlet anlayışı ortaya çıkmıştır. Devlete biçilen bu yeni rol, klasik idari yapılanmadan farklı ve özgün nitelikleri bulunan "bağımsız idari otoriteler"i ("özerk regülasyon otoriteleri"-ni)[268] yaratmış ve böylece, kamusal yaşamın siyasi iktidar tarafından belirlenen, telekomünikasyon gibi bazı duyarlı alanları, "hakem" konumundaki -müstakil kamu tüzel kişileri biçiminde kurulan- "bağımsız idari otoriteler" tarafından regüle edilir hâle gelmiştir. Ancak bu süreçte, bağımsız idari otoritelerin yapısal ve işlevsel özellikleri bakımından pek çok tartışma da yaşanmıştır ve yaşanmaktadır.

Bu bağlamda, bağımsız idari otoritelerin ve bu arada Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun (BTİK), kurumsal özelliklerinin "gerçek anlamda" bir özgünlük içerip içermediğinden, idari teşkilat içerisinde nasıl konumlandırılacağına ve regülasyon yetkilerinin kapsamının ne şekilde belirlenmesi gerektiğine kadar

[266] Anayasa'nın 108. maddesi uyarınca, Devlet Denetleme Kurulu'nun, "*idarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla*", belirtilen kuruluşlarda her türlü idari soruşturma, inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapacağı ifade edilmiş olduğundan; Devlet Denetleme Kurulu'nun, -genel olarak- hem "hukukilik" hem de "yerindelik" yönünden denetim yapacağı anlaşılmaktadır.

[267] 14/06/2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun (RG: T.29/06/2012, S.28338), 5. maddesinin birinci fıkrası uyarınca; "*Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir.*" Keza, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (RG: T.28/03/2013, S.28601-Mükerrer) 6. maddesi uyarınca; "*Kurum, inceleme ve araştırma yaparken idarenin, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum veya davranışta bulunup bulunmadığını gözetir ve iyi yönetim ilkelerine uyar.*" Dolayısıyla, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun gerçekleştireceği denetimin, -genel olarak- "hukukiliğin" yanı sıra, "yerindelik" denetimini de kapsadığı söylenebilir.

[268] Karşılaştırmalı hukuktaki kullanıma koşut olarak, ulusal hukuk literatürümüzde yaygın biçimde kullanılagelen "*bağımsız idari otorite*" terimi, "ayırt edici" ve "özgün" niteliğiyle, söz konusu kurumları en iyi biçimde betimlediği intibaı uyandırsa da; aslında "yanılgı"ya sevk edebileceği gibi, "açıklayıcılık"tan yoksun da sayılabilir. Bu açıdan, yukarıda -*supra.*, [**I.(A)**]- da kısaca temas edildiği üzere, farklı bir kavramsallaştırmaya gidilmesi düşünülebilir; bu bağlamda, "*özerk regülasyon otoritesi*" gibi bir terim de tercihe şayan olabilir.

pek çok hususta farklı görüşler ileri sürülmüştür.[269] Telekomünikasyon sektörü özelindeki tartışmalar ise, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'ndan önceki ve sonraki dönemler açısından, birçok noktada farklılaşabilmiştir.

Telekomünikasyon sektörünün regülasyonu bakımından, 5809 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikler ve yenilikler, genel olarak olumludur. Hatta, bu kapsamdaki bir kısım düzenlemelerin, "reform" niteliği taşıdığı bile söylenebilir. Zira adı geçen Kanun'un, regülasyonun özellikle yetkilendirme boyutunu, "basitleştirmek" ve "yalınlaştırmak" suretiyle rasyonelleştirdiği açıktır. Yine, Rekabet Kurumu ile BTİK arasında var olan yetki çatışmasını önlemeye yönelik düzenleme de, yeterli sayılamasa bile, yerindedir. Dolayısıyla, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun, telekomünikasyon (elektronik haberleşme) sektörünün regülasyonunu rasyonalize eden düzenlemeler ihtiva ettiği ve bu yönüyle ulusalüstü ve karşılaştırmalı hukukun verileriyle de büyük ölçüde uyum sağladığı söylenebilir.

Ancak diğer yandan, BTİK'e verilen yetkilerin genişliği karşısında, BTİK'in "hesap verebilirliği" (hesap sorulabilirliği) ve dolayısıyla da "demokratik meşruluğu" sorunu, -diğer bağımsız idari otoritelere koşut biçimde- hâlen devam etmektedir.[270] Daha açık bir ifadeyle, normalde (*bağımsız idari otorite tipi örgütlenme*den önce), telekomünikasyon politikaları nedeniyle hükûmetten hesap sorulabilmesine karşın; bu politikaların büyük ölçüde bağımsız biçimde yerine getirilen bir faaliyet olarak düzenlenmesi sonucunda, "genel oy" ile bu politikalar arasındaki "bağ" kopmakta ve hâl böyle olunca da, BTİK tarafından gerçekleştirilen uygulamalar nedeniyle hükûmetten, sahip olmadığı bir yetkiden dolayı hesap sorulması, esasen olanaksızlaşmaktadır.[271] Hakeza, politik arenada, BTİK'ten doğrudan hesap sorulması da mümkün görünmemektedir. Bu durum ise, özellikle son derece geniş yetkilerle donatılmış olmasından dolayı, BTİK açısından ciddi bir "meşruiyet" sorununa yol açmaktadır.[272]

Keza bağımsız idari otoritelere tanınan geniş regülasyon yetkileri, bu kurumlara, adeta "*kendi hukuklarını yaratma yetkisinin tanınması*" anlamına geldiğinden, idarenin "türev" ya da "tali" nitelikteki düzenleme yetkisinin çoğu

[269] Konunun "teknik" boyutuyla ilgili bu tartışmalara, çalışmamızın ilgili kısımlarda yer verildiği için, tekrardan kaçınmak gayesiyle, anılan hususlara burada yeniden değinilmemiştir.

[270] Bu konuda bkz. Gül SOSAY, "Delegation and Accountability: Independent Regulatory Agencies in Turkey", **Turkish Studies**, 2009, Vol.10, No.3, p.341-363.

[271] Aynı yönde bkz. TEKİNSOY, *op. cit.*, s.125.

[272] Bilvesile belirtmek gerekir ki; 27/06/1989 tarih ve 375 sayılı KHK'ya, 703 sayılı KHK m.178 ile ilave edilen ek 35. maddenin dördüncü fıkrasındaki, "*Cumhurbaşkanınca süreli atanan üst kademe kamu yöneticileri, ilgili kanunlarda öngörülen görevden alma gerekçeleri yanında kurumsal hedeflere ulaşılamaması nedeniyle de süreleri tamamlanmadan görevlerinden alınabilirler.*" yolundaki hükmün (bkz. *supra.*, dn.86); genel olarak bağımsız idari otoriteler, özel olarak ise BTİK bakımından, *organlar/kişiler* üzerinde "idari vesayet" yetkisi ihdas etmek suretiyle, -başkaca açılardan eleştirilebilirse de- "meşruiyet" hususunda dile getirilen mezkûr endişeyi belli ölçüde azaltabileceği ileri sürülebilir.

kez *aşıldığı* ve bu bağlamda, "*yasama yetkisinin devri*" sonucunu çağrıştıran bir tablonun gündeme geldiği dahi söylenebilir. Bu yönüyle, "itibarını kaybeden" parlamento yerine, *piyasa bilgeleri*nden mürekkep bağımsız idari otoritelerin ve bu arada BTİK'in egemenliğinin, klasik siyasal ya da hukuksal yöntemlerle çözümlenemeyecek derecede çetrefil sorunlara gebe olduğu düşünülmektedir.[273]

Nihayet, bağımsız idari otoritelerin ve regülasyon faaliyetinin ortaya çıkmasının temeli olan "*devletin aynı anda hem hakem hem de oyuncu olamayacağı*" tezi, devletin "hangi oyunlar"ın oyuncusu olmayıp da, yalnızca hakemliği ile yetineceği yönünden sorgulanmayı kaçınılmaz kılmaktadır. Her ne kadar, burada "*temel kamu hizmetleri – duyarlı kamu hizmetleri*"[274] ayrımı gibi ölçütler ileri sürülebilir ve bu noktadaki belirlemede yasama organının takdir yetkisinin mevcudiyetine vurgu yapılabilirse de; kamu hizmetlerinin "kim tarafından" ve "ne şekilde" yürütülmesi gerektiği meselesi, ideolojik yaklaşım farklılıklarından da beslenerek,[275] alışılageldiği gibi, tartışılmaya devam edecektir. Dolayısıyla, "demokratik meşruiyet krizi"ni aşması oldukça güç görünen bağımsız idari otoritelerin -bu meyanda BTİK'in- yürütmekte olduğu regülasyon faaliyetinin, hangi sektörler yönünden ne ölçüde kabul edilebilir olduğu sorunu da, "kamu hizmeti" konusunda süregelen tartışmaları[276] körükleyecektir. Son tahlilde, "ekonomi" ile "siyaset"i ayrıştırma idealindeki neoliberalizmin ürünü olan "bağımsız idari otorite" tipi örgütlenmenin, bir "yanılgı"dan ibaret olup olmadığını ise zaman gösterecektir.

---

273 Aynı yönde bkz. TEKİNSOY, *op. cit.*, s.133.

274 Bu tasnif için bkz. ULUSOY, *op. cit.*, 2009, s.27.

275 "*Devletin hem hakem hem oyuncu olamayacağı*" yönündeki saptamanın, ideolojiden arınmış bir yapılanma adına dile getirildiği; ancak, esasen bu saptamanın kendisinin dahi ideolojik olduğu yolundaki görüş için bkz. Cüneyt OZANSOY, "Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, 08/01/2008-11/01/2008, C.4, Ankara, 2009, s.32-33.

276 Kamu hizmeti konusundaki tartışmaları farklı bir perspektifle ele alan bir çalışma için bkz. Cüneyt OZANSOY, "Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.1997, C.46, S.1-4, s.85-100.

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
B.N.	: Başvuru numarası
BTİK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
C.	: Cilt
D	: Daire
D.	: Danıştay
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör(ler) / Editor(s)
E.T.	: Erişim tarihi
f.	: Fıkra
Ibid.	: Aynı yerde (aynı eserde)
infra.	: Aşağıda (ileride)
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
KHK	: Kanun hükmünde kararname
KİBB	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com)
m.	: Madde
nak.	: Nakleden (naklen)
No.	: Numara / Number
op. cit.	: Adı geçen eser
p.	: Page

RG : Resmî Gazete

RK : Rekabet Kurumu

RTÜK : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

s. : Sayfa

S. : Sayı

SPK : Sermaye Piyasası Kurulu

supra. : Yukarıda

T. : Tarih

T.C. : Türkiye Cumhuriyeti

UYAP-BB : Ulusal Yargı Ağı Projesi Bilgi Bankası
UYAP-BB : Ulusal Yargı Ağı Projesi Bilgi Bankası (emsal.danistay.uyap.gov.tr

vb. : Ve benzeri (ve bunun gibi)

vd. : Ve devamı (ve devamında)

Vol. : Volume

vs. : Vesaire

Y. : Yıl

Yay. : Yayınları (Yayınevi)

KAYNAKÇA

Yararlanılan Kitaplar ve Makaleler

AKGÜNER, Tayfun / BERK, Kahraman: **İdare Hukuku**, 8. Basım, Der Yay., İstanbul, 2017.

AKINCI, Müslüm: **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, Beta Yay., İstanbul, 1999.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, 9. Baskı, Savaş Yay., Ankara, 2018.

ALTAŞ, Hüseyin: **Telekomünikasyon Hukuku Ders Notları, 1. Bölüm**, (huseyinaltas.net, E.T.15/12/2010).

ARDIÇOĞLU, Artuk: "İdari Yargıda Tanık", **Yaklaşım**, 2010, Y.18, S.215, s.299-303.

ARDIÇOĞLU, Artuk: **Rekabet Kurumunun İdari Yapısı, İşlemleri ve Yargısal Denetimi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2002.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk: "Rekabet Kurumunun Yapısına İlişkin Yeni Bir Model Önerisi", **ZABUNOĞLU Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yay., Ankara, 2011, s.37-60.

ARDIYOK, Şahin: **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, RK Yay., Ankara, 2002.

ARSLAN, Mustafa: "Düzenleyici ve Denetleyici Kurum Personelinin Teknokrat Nitelikleri Üzerine Bir İnceleme", **Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y.2017, C.1, Özel Sayı 4, s.599-617.

ASLAN, Gündüz Alp: "Türk Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Yetki Unsurundaki Sakatlığın Düzenleyici İşleme Etkisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2016, C.65, S.3, s.571-631.

ASLAN, İ. Yılmaz: **Rekabet Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2008.

ASLAN, İ. Yılmaz: "Rekabet Kurumunun Telekomünikasyon Alanında Kararları ve Yetkisi", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – I**, 03.04.2003, RK Yay., Ankara, 2003, s.19-37.

ASLAN, Metin: "Telekomünikasyon Kurumu", **Prof. Dr. Çetin ÖZEK Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yay., İstanbul, 2004, s.91-104.

ATAY, Ender Ethem: "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, C.10, S.1-2, s.259-293.

ATHANASIADOU, Natassa: "Independent Regulatory Authorities at the EU and Member State Level: Towards Different Standards of 'Independence'?", **Le Futur du Droit Administratif / The Future of Administrative Law**, (Ed.: Jean-Bernard AUBY / Émilie CHEVALIER / Emmanuel SLAUTSKY), LexisNexis, Paris, 2019, p.201-220.

AYAYDIN, Dilhun: "Kamu Hizmeti ve Regülasyon Kavramları Ekseninde Ülkemizde Bağımsız İdari Otoriteler", **ZABUNOĞLU Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yay., Ankara, 2011, s.61-81.

BARNES, Javier: "The Evolution of the Public/Private Divide: A Functional Approach to Administrative Law (Regulatory Activities and Public Services)", **Le Futur du Droit Administratif**

/ **The Future of Administrative Law**, (Ed.: Jean-Bernard AUBY / Émilie CHEVALIER / Emmanuel SLAUTSKY), LexisNexis, Paris, 2019, p.81-102.

BAŞARAN, Funda / ÖZDEMİR, Önder: **Telekomünikasyonda Özelleştirme**, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi Vakfı Yay., Ankara, 1998.

BELL, John: "Independent Administrative Authorities in France", **European Public Law**, 1997, Vol.3, No.4, p.474-484.

BEYDOĞAN, Turgut Ayhan: **Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirmenin Hukuki Rejimi**, Yetkin Yay., Ankara, 2012.

BOUGRAB, Jeannette: "Independent Administrative Authorities in France", **Independent Administrative Authorities**, (Ed.: Roberto CARANTA / Mads ANDENAS / Duncan FAIRGRIEVE), British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, p.47-63.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: "İdari Yargıda Kesin Hüküm", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1999, C.3, S.1, s.123-141.

ÇAL, Sedat: "Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Kurulu", **Ankara Barosu Dergisi**, 2001/3, s.93-112.

DURAN, Lûtfi: "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", **Amme İdaresi Dergisi**, 1997, C.30, S.1, s.3-10.

EKİCİ, Şerafettin: **Özel Sektöre Açıldıktan Sonra Türk Telekomünikasyon Hukuku (Elektronik İletişim)**, Vedat Kitapçılık Yay., İstanbul, 2006.

ELGIE, Robert: "Why Do Governments Delegate Authority to Quasi-Autonomous Agencies? The Case of Independent Administrative Authorities in France", **Governance**, 2006, Vol.19, No.2, p.207-227.

ERKUT, Celal: **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yay., Ankara, 1990.

FLANAGAN, Anne: "Authorization and Licensing", **Telecommunications Law and Regulation**, (Ed.: Ian WALDEN), 3. Edition, Oxford University Press, New York, 2009, p.295-389.

FM BRENNINKMEIJER, Alex / LAVRIJSSEN, Saskia: "Independent Administrative Authorities in the Netherlands", **Independent Administrative Authorities**, (Ed.: Roberto CARANTA / Mads ANDENAS / Duncan FAIRGRIEVE), British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, p.125-158.

GİRİTLİ, İsmet / BİLGEN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun / BERK, Kahraman: **İdare Hukuku**, 4. Bası, Der Yay., İstanbul, 2011.

GNES, Matteo: "The Italian Independent Administrative Authorities: The Transplantation of an American Experience", **European Public Law**, 1997, Vol.3, No.1, p.33-44.

GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku, C.1**, 3. Baskı, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2019.

GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku, C.2**, 3. Baskı, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2019.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 7. Bası, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2007.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: **İdare Hukuku, C.1: Genel Esaslar**, 10. Bası,

Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2014.

GÜLAN, Aydın / BERKARDA, Kemal: "İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu**, 10-11.05.2002, Ankara, 2002, s.113-135.

GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yay., Ankara, 2013.

GÜZEL, Oğuzkan: **Bağımsız İdari Otoritelerde İdari Usul ve Yargısal Denetimi**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2007.

ILGIN, Aycan: **Avrupa Birliği Mevzuatına Uyum Doğrultusunda Elektronik Haberleşme Mevzuatında Öngörülen Yetkilendirme Sisteminin Hukuki Açıdan İncelenmesi ve Öneriler**, BTİK Uzmanlık Tezi, Ankara, 2011.

İÇÖZ, Özge: **Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet**, RK Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003.

İSBİR, Begüm: "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Uzlaştırma Yetkisi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2010, C.14, S.1, s.335-368.

KARABULUT, Mustafa: **İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2008.

LAVRIJSSEN, Saskia: "An Analysis of the Constitutional Position of the US Independent Agencies", **Independent Administrative Authorities**, (Ed.: Roberto CARANTA / Mads ANDENAS / Duncan FAIRGRIEVE), British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, p.1-45.

OKAY TEKİNSOY, Özge: **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, On İki Levha Yay., İstanbul, 2011.

ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.1**, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

OZANSOY, Cüneyt: "Birinci Oturum: Tartışmalar", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 137. Yıl Sempozyumu**, 11.05.2005, Danıştay Matbaası, Ankara, 2005, s.148-150.

OZANSOY, Cüneyt: "Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, 08/01/2008-11/01/2008, C.4, Ankara, 2009, s.32-36.

OZANSOY, Cüneyt: "Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.1997, C.46, S.1-4, s.85-100.

ÖZAY, İl Han: **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi Yay., İstanbul, 2004.

ÖZCAN, Elvin Evrim: **İdare Hukuku Açısından Türkiye'de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları**, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2010.

ÖZELÇİ, Aytaç: **Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Görülüş Usulleri**, Seçkin Yay., Ankara, 2019.

ÖZTÜRK, Ebru: **Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumunun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması**, RK Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003.

ÖZTÜRK, K. Burak: "Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği", **Ankara Barosu Dergisi**, 2009, Y.67, S.1, s.26-42.

PARISIO, Vera: "Judicial Review of Italian Independent Authorities Acts: A Short Overview", **Le Futur du Droit Administratif / The Future of Administrative Law**, (Ed.: Jean-Bernard AUBY / Émilie CHEVALIER / Emmanuel SLAUTSKY), LexisNexis, Paris, 2019, p.271-287.

PHILLIPS, O. Hood / JACKSON, Paul: **Constitutional and Administrative Law**, Sweet&Maxwell, London, 1987.

RABIN, Robert L.: "Federal Regulation in Historical Perspective", **Stanford Law Review**, 1986, Vol.38, No.5, p.1189-1326.

RITTEN, Andrew J.: "Perspectives on Privatization and Plant-Level Industrial Relations: Great Britain in the 1980s, German in the 1990s", **Northwestern Journal of International Law and Business**, Spring/Summer, 1991, Vol.12, No.1, p.216-240.

SEVER, D. Çiğdem: "Türkiye'de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2015, C.64, S.1, s.195-236.

SOBACI, M. Zahid: "Türk İdari Teşkilatındaki 'Adalar': Bağımsız İdari Otoriteler", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2006, C.55, S.1-2, s.157-180.

SOSAY, Gül: "Delegation and Accountability: Independent Regulatory Agencies in Turkey", **Turkish Studies**, 2009, Vol.10, No.3, p.341-363.

ŞAHİN, Cenk: **Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" (ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)**, On İki Levha Yay., İstanbul, 2010.

ŞANLI ATAY, Yeliz: **Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yay., Ankara, 2011.

TALAT ASLAN, Nagehan: "Yönetimin Yeni Yapı Taşları Bağımsız İdari Otoriteler: 'Yavru Leviathanlara Doğru'" **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, S.59, 2010/2, s.25-49.

TAN, Turgut: "Ekonomi, <Regülasyon> ve Bağımsız İdari Otoriteler", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 137. Yıl Sempozyumu**, 11.05.2005, Danıştay Matbaası, Ankara, 2005, s.9-38.

TAN, Turgut: **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2010.

TEKİNSOY, M. Ayhan: "Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı – Tartışmalar, Sorunlar", **Ankara Barosu Dergisi**, 2007, Y.65, S.2, s.119-134.

TELLİ, Semih Tekin: "İdari Yargıda Kesin Hüküm", **İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III**, Ankara, 1980, s.99-130.

TİRYAKİ, Refik: "Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.2002, C.51, S.4, s.169-205.

ULUSOY, Ali: **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2003.

ULUSOY, Ali: "Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, 08/01/2008-11/01/2008, C.4, Ankara, 2009, s.25-31.

ULUSOY, Ali: **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi Yay., Ankara, 2002.

ULUSOY, Ali D.: **İdari Yaptırımlar**, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013.

ULUSOY, Ali D.: **Yeni Türk İdare Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2019.

URAN, Emrah: **Türkiye'deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi**, On İki Levha Yay., İstanbul, 2012.

US, Eser: **Hukuki Boyutuyla Evrensel Hizmet**, On İki Levha Yay., İstanbul, 2012.

UYANIK, Halit: **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013.

UZ, Bilge: **Arabağlantı Sözleşmelerinin Hukuksal Açıdan İncelenmesi: Telekomünikasyon Sektöründe Arabağlantı Uzlaşmazlıklarının Çözümü Prosedürünün İşletilmesi**, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005.

WILSON, James Q. / DILULIO, John J.: **American Government: Institutions and Policies**, D.C. Heath and Company, Lexington, Massachusetts, 1995.

YASİN, Melikşah: **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2007.

YAYLA, Yıldızhan: **İdare Hukuku**, Beta Yay., İstanbul, 2009.

YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge: **İdare Hukuku**, 6. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2015.

YILMAZ, Ejder: "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", **RK Perşembe Konferansları**, Ankara, 1999, s.79-131.

YILMAZ, Serdar: "İdari Yargının Görev Alanının Daraltılmasına Yönelik Yeni Bir Girişim Olarak 'İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi' Üzerine Bir Değerlendirme -Ölüm ve Cismani Zararlardan Doğan Tüm Tazminat Davaları Adli Yargı Bünyesinde Kurulan Bir İhtisas Mahkemesinin Görev Alanına Bırakılabilir mi?-", **Ankara Barosu Dergisi**, Y.73, S.2015/3, s.113-181.

ZENGİNOBUZ, E. Ünal: "On Regulatory Agencies in Turkey and Their Independence", **Turkish Studies**, 2008, Vol.9, No.3, p.475-505.

Yararlanılan Yargı Kararları

AYM: B.N.2016/10380, T.27/03/2019 (RG: T.03/05/2019, S.30763).

AYM: E.1994/43, K.1994/42-2, T.09/12/1994 (RG: T.24/01/1995, S.22181).

AYM: E.1994/70, K.1994/65-2, T.22/12/1994 (RG: T.28/01/1995, S.22185).

AYM: E.1994/71, K.1995/23, T.28/06/1995 (RG: T.20/03/1996, S.22586).

AYM: E.2008/115, K.2011/86, T.02/06/2011 (RG: T.17/03/2012, S.28236).

AYM: E.2011/119, K.2012/33, T.01/03/2012 (RG: T.17/10/2012, S.28444).

D.2.D: E.2007/1297, K.2007/3247, T.13/07/2007 (UYAP-BB).

D.3.D: E.1989/3460, K.1990/3569, T.25/12/1990 (KİBB).

D.5.D: E.1996/795, K.1996/3565, T.21/11/1996 (KİBB).

D.8.D: E.2003/3369, K.2004/917, T.25/02/2004 (KİBB).

D.13.D: E.2010/457, K.2015/427, T.06/02/2015 (KİBB).

D.13.D: E.2010/4805, K.2014/832, T.11/03/2014 (KİBB).

İDARENİN MALİ İMKÂNLARININ KORUNMASI SORUMLULUĞUNUN AĞIR HİZMET KUSURUNUN VARLIĞI KOŞULUNA BAĞLANMASI İÇİN YETERLİ BİR GEREKÇE OLARAK KABUL EDİLEBİLİR Mİ?*

Ahmet Said Yücesan**

GİRİŞ

Ağır hizmet kusuru, aynı koşullar altında bulunan, ortalama hiçbir idarenin işlemeyeceği hizmet kusurunu ifade eder[1]. Ağır hizmet kusuru idarenin kusurunun yoğunluğunu veya derecesini gösteren bir nitelik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Genel kabul görmeyen bir yaklaşıma göre idare, belli faaliyetleri açısından ancak ağır hizmet kusurunun varlığı hâlinde sorumlu tutulmalıdır[2]. İdarenin kusurlu olması hâlinde bile sorumlu olmayabileceğini kabul eden bu yaklaşıma göre ağır hizmet kusurunun varlığı, idarenin belli faaliyetleri açısından sorumluluğunun koşulu olmaktadır. Görüldüğü gibi idarenin kusurunun yoğunluğunu veya derecesini gösteren bir niteliğin ifadesi olan ağır hizmet kusuru kavramı, idarenin sorumluluğunun ortadan kaldırılmasında kullanılabilmektedir[3].

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.
İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalında yazılan "İdarenin Sorumluluğunun Koşulu Olarak Ağır Hizmet Kusuru" isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

** Arş. Gör., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

1 Bkz. Ragıp Sarıca, "Hizmet Kusuru ve Karakteri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 15, Sayı: 4, 1949, s. 867; Paul Francis Benoit, **La Responsabilité de la Puissance Publique de Fait de la Police Administrative**, Paris, 1946, s. 21'den aktaran: Necdet Özdemir, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu,** 1. Baskı, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963, s. 101-102; Sait Güran, "Hekimin Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 84; Serdar Özgüldür, "İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları", İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, 3. Tıpkı Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 842. Ağır hizmet kusuru kavramı tanımlanırken özel hukuktaki ağır kusur kavramından yararlanılması gerektiği yönünde bkz. Ahmet Said Yücesan, "İdarenin Sorumluluğunun Koşulu Olarak Ağır Hizmet Kusuru", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 14 vd.

2 Ülkemizde bu yaklaşım Danıştay tarafından farklı zamanlarda belirli sağlık hizmetleri ve kolluk faaliyetleri açısından benimsenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yücesan, "Ağır Hizmet Kusuru", s. 18 vd.

3 Ayrıca bkz. Ahmet Yayla, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık,

Çalışmamızda idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır hizmet kusurunun var olması gereğine yer yer kısaca "ağır hizmet kusuru koşulu" ismini vereceğiz[4].

Hukuk devleti ilkesi[5] karşısında ağır hizmet kusuru koşulunun var olabileceğinin düşünülmesi ancak birtakım gerekçelere dayandırılması halinde mümkün olabilir. Zira herhangi bir gerekçeye dayandırılmayan bir ağır hizmet kusuru koşulunu hukuk devleti ilkesi çerçevesinde çürütmek oldukça kolaydır. Zira böyle bir ağır hizmet kusuru koşulu, bir hukuk devletinde idarenin sorumluluğunun temel yasal dayanağını teşkil eden Anayasanın 125. maddesinin idarenin sorumlu tutulabilmesi için hizmet kusurunu aramamış olması karşısında hizmet kusurunun ağırlığının "olsa olsa"[6] idare aleyhine hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesinde bir ölçüt olabileceği itirazı ileri sürülerek kolaylıkla çürütülebilir[7]. Bu nedenle incelemeye değecek bir ağır hizmet kusuru koşulundan bahsedebilmek için bu koşulun dayanabileceği gerekçelerin tespit edilmesi gerekmektedir.

Sorumluluk hukukunda zarar veren kişinin sorumluluğunun sınırlandırılması yaklaşımı, temel olarak yürütülen faaliyetin zarar doğurma ihtimalinin yüksekliğinden yola çıkmaktadır. Bu yaklaşımın temelinde ise "en ufak bir ihmalin" "altından kalkılamayacak bir sorumluluk" doğurması olgusu yatmaktadır[8]. Sorumluluk hukukunda zarar doğma ihtimalinin yüksekliği olgusu, esasen tehlike kavramı ile açıklanmaktadır. Tehlike, kelime anlamı itibarıyla, büyük zarara

---

2015, s. 170; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 369-370; R. Cengiz Derdiman, **İdare Hukuku**, 5. Baskı, Bursa, Alfa Akademi Basım Yayım Dağıtım, 2015, s. 507-508; Çınar Can Evren, "İdarenin Sorumluluğunu Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 201 vd.; Murat Şaşı, **Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları Işığında)**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 259-261.

4 "Ağır hizmet kusuru" ile "ağır hizmet kusuru koşulunun" birbiri ile karıştırılmaması gerekmektedir. Zira ağır hizmet kusuru, idarenin kusurun derecesini veya yoğunluğunu gösteren bir "nitelik" iken, ağır hizmet kusuru koşulu, bu niteliğin idarenin sorumluluğunun koşulu olmasıdır. Bu noktada Danıştay'ın ağır hizmet kusuru koşulunu benimsemediği idari faaliyetlerde idareyi yer yer ağır hizmet kusurundan sorumlu tuttuğunun ifade edilmesi yerinde olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yücesan, "Ağır Hizmet Kusuru", s. 10 vd.

5 Hukuk devleti, tüm organ ve birimleri hukukla bağlı olan ve hâkimiyeti altındaki kişilere hukukî güvenlik ortamı temin eden devlet şeklinde tanımlanabilir. İdarenin mali sorumluluğu hukuk devletinin en önemli gereklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk devleti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, İmaj Kitabevi, 2015, s. 39 vd.; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 125 vd.; Semih Batur Kaya, **Hukuksal İktidar (Modern Devlette Siyasal İktidarın Sınırlandırılmasında Anayasa Yargısının Rolü)**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 268 vd.

6 Hasan Nuri Yaşar, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 559.

7 Ayrıca bkz. A. Şeref Gözübüyük, **Yönetsel Yargı**, 32. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 289; Özgüldür "Tam Yargı Davaları", s. 843; Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Akman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 838-839; Şaşı, **a.g.e.,** s. 260-261.

8 Yeşim Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması,** 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1996, s. 3-4.

veya yok olmaya yol açma ihtimali olan durumunu[9] veya "bir şey, kişi veya durumun içinde bulunduğu zarar potansiyelini"[10] ifade eder. Tehlike, sorumluluk hukukunda ise *nitelik veya nicelik itibarıyla ağır zararlara sebep olma ihtimalinin yüksekliğini* başka bir deyişle *nitelik veya nicelik itibarıyla ağır zararlara sıkça neden olma potansiyelini* ifade eder[11]. Bu açıdan tehlike, objektif olarak "zarar doğurmaya yönelik tipik bir eğilimi" göstermekte iken, sübjektif olarak belli bir "kaçınılmazlık" fikrine dayanarak önlenmesi güç/imkânsız zararları doğurma ihtimalini göstermektedir[12].

Kanaatimizce ağır hizmet kusuru koşulu gerekçelendirilirken idarenin faaliyetinin "tehlikeli" oluşundan yola çıkılmalıdır[13]. Bu noktadan yola çıkılarak bu koşulun kabul edilmesi için çeşitli gerekçelerin ileri sürülmesi mümkündür[14]. Bu gerekçelerden belki de en dikkat çekeni idarenin mali imkânlarının korunması gereğinden yola çıkandır. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri[15], Fransa, Almanya ve İngiltere'de idarenin kaynaklarının kıtlığı argümanının, mahkemelerin idareyi koruyan yaklaşımlar sergilemelerine neden olduğu görülmektedir[16].

---

9 Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, 11. Baskı, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2011, s. 1980. Tehlike kavramının sosyoloji bilimindeki tanımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mesut Serdar Çekin, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki levha Yayıncılık, 2016, s. 151 vd.

10 David Garland, "The Rise of Risk", Editörler: Richard Ericson, Aaron *Doyle,* **Risk And Morality**, 1. Baskı, Toronto, University of Toronto Press, 2003, s. 50.

11 Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 1981, s. 26, 41; Haluk Tandoğan, "Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1981, s. 11-12; Zahit İmre, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, 1. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 67 vd.; Mustafa Tiftik, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s. 23; Osman Gökhan Antalya, "Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 4, 2008, s. 72; İlhan Ulusan, **Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 358.

12 Ulusan, "Fedakârlığın Denkleştirilmesi", s. 358; Tandoğan, "Kusura Dayanmayan", s. 41. Bu konuda Alman hukuku açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Çekin, "Tehlike Sorumluluğu", s. 161 vd. Bu konuda Amerikan hukuku açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Gizem Arslan Demir, "Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Amerikan Haksız Fiiller Hukukunda Tehlike Sorumluluğu", Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 143 vd.

13 Bu noktada ağır hizmet kusuru koşulunun gerekçelendirilmesinde risk kavramının da kullanılmasının mümkün olduğu düşünülebilir. Ancak kanaatimizce "soyut bir tehlikeyi" ifade eden risk kavramının bu koşulun gerekçelendirilmesinde kullanılması kabul edilemez. Zira böyle bir kullanım ağır hizmet kusuru koşulunun istisna olmaktan çıkıp kural haline gelmesine neden olabilecektir ki bu durumun bir hukuk devletinde kabul edilebileceğini düşünmek bile mümkün değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yücesan, "Ağır Hizmet Kusuru", s. 33 vd.

14 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yücesan, "Ağır Hizmet Kusuru", s. 31 vd.

15 PIERCE, Amerika Birleşik Devletleri Kongresi'nin idareye (agency) yeterli kaynak aktarmaması nedeniyle idarenin mali imkânlarının yetersiz kalabildiği, Amerikan mahkemelerinin ise bu durumu göz önüne alarak idareyi koruyucu bir yaklaşım içine girebildiklerini ifade etmektedir. Bkz. Richard Pierce, "Judicial Review of Agency Actions in a Period of Diminishing Agency Resources", **Administrative Law Review**, Cilt: 49, Sayı: 1, 1997, s. 63; Richard Pierce, **Administrative Law**, 1. Baskı, New York, Faundation Press, 2008, s. 170.

16 Jef De Mot, Michael Faure, "Discretion and the Economics of Defensive Behaviour by Public", **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Cilt: 23, Sayı: 4, 2016, s. 595 vd.

İdarenin mali imkânlarının korunması gereğinden yol çıkılarak tehlikeli faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanması gerektiği şu şekilde "ileri sürülebilir": İdare, tehlikeli olmaları nedeniyle *nitelik veya nicelik itibarıyla ağır zararlara sıkça neden olabilen* faaliyetlerinden dolayı ağır hizmet kusuru olmadıkça sorumlu tutulmamalı böylece mali yönden korunmalıdır. Zira idarenin tehlikeli faaliyetlerinden dolayı ağır hizmet kusurunun olmadığı hallerde sorumlu tutulması, mali açıdan müşkül duruma düşmesine[17] veya mali açıdan müşkül duruma düşmemek için bu faaliyetleri yerine getirmekten kaçınmasına neden olabilecektir[18]. İdarenin mali açıdan müşkül duruma düşmesi ya da tehlikeli idari faaliyetleri yerine getirmekten kaçınması ise, idari faaliyetlerin istikrarlı şekilde yürütülmesi gereğini yansıtan idari istikrar ilkesine aykırı bir sonuç doğuracaktır. Bu kapsamda idarenin sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanmasında idareden ziyade kamunun yararı vardır. Bu gerekçelendirme şekli, hukukun genel ilkelerinden biri olan idari istikrar ilkesinden[19] yola çıkarak ağır hizmet kusuru koşuluna hukuk devleti ilkesi karşısında teorik bir temel oluşturmaya yönelmektedir.

Danıştay'ın idarenin mali imkânlarının sorumluluğu üzerinde etkisi olduğu yönünde kararları olduğu gibi aksi yönde kararları da vardır[20]. Bununla birlikte Danıştay'ın idarenin mali imkânlarının miktarından yola çıkarak sorumluluğunu

---

17 Bkz. Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: 3, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1737, 1739; Sarıca, "Hizmet Kusuru ve Karakteri", s. 159; Özdemir, "Hizmet Kusuru Teorisi", s. 98 vd.

18 Bkz. Onar, **a.g.e.,** Cilt: 3, s. 1737, 1739; Yüksel Esin, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları**, **İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara, Güven Matbaası, 1976, s. 47; Ragıp Sarıca, **İdari Kaza,** Cilt: 1, 1. Baskı, İstanbul, Kenan Matbaası, 1949, s. 159; Özdemir, "Hizmet Kusuru Teorisi", s. 98 vd.; Jef De Mot, Michael Faure, "Public Authority Liability and the Chilling Effect", **Tort Law Review**, Sayı: 22, 2014, s. 129.

19 İdari istikrar ilkesinin Türk hukukundaki yeri hakkında bkz. Harun Yılmaz, **Türk Hukukunda İdari İstikrar İlkesi**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 1 vd. Gözde Atasayan, **Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, 70 vd.; Zuhal Bereket, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 9 vd.; Dilşad Çiğdem Sever, "İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkelerinin Uygulanışı", **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 596-597; Muammer Oytan, "İdari Yargıda Hukukun Genel İlkeleri", **Atatürk ve Hukuk**, 1. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 3, 1981, s. 193-199 vd. Hukukun genel ilkelerinin Fransız idare hukukundaki yeri hakkında bkz. Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku- İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri**, 1. Baskı, İstanbul, Kavram Yayınları, 1996, s. 96 vd.

20 *"T.C. Anayasası'nın 56. maddesinde, devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla görevli olduğu, 65. maddesinde ise devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirileceği belirtilmiştir. (...) Bu durumda Anayasa'nın 65. maddesi hükmü ve trafik kazası sonrası yapılan müdahalenin yerinde görülmesi karşısında idarenin ağır hizmet kusurundan söz etmeye imkân bulunmamaktadır."* Bkz. Danıştay 10.D, E. 1998/7215, K. 2001/1531, Yakup Bal, Yahya Şahin, Mustafa Karabulut, **Danıştay 10. Dairesi'nin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, s. 314. Benzer yönde bkz. Danıştay 12.D, E. 1970/5736, K. 1972/1282, Esin, "Esas", s. 245. İdarenin mali imkânlarının miktarının sorumluluğu için bir mazeret oluşturamayacağı yönünde bkz. Danıştay 10.D, 24.11.1997, E. 1995/6440, K. 1197/4796, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 96, s. 604'ten aktaran: Atasayan, **a.g.e.,** s. 305; Danıştay 12.D, 24.10.1966, E. 1965/21, K. 1966/2928, Esin, "Esas", s. 79-80.

ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağladığı bir kararını tespit edemedik. Bu nedenle Danıştay'ın ağır hizmet kusurunu idarenin sorumluluğunun koşulu olarak kabul ettiği hallerde mali imkânlarının miktarından yola çıktığı sonucuna ancak bir "niyet okuması" ile varılabileceğini söyleyebiliriz. Böyle bir girişim, Danıştay'ın sağlık hizmetlerinden doğan sorumluluğa ilişkin kararlarına bakılarak yapılabilir. Böyle bir girişimde bulunmadan önce Danıştay'ın idarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğunu hangi hallerde ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağladığına değinilmesi gerekir.

Danıştay'ın ağır hizmet kusuru koşulunu *"zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı"* sağlık hizmetlerinde[21] benimsendiğini görmekteyiz. Danıştay bu yöndeki bir kararında[22] bu koşulu şu şekilde gerekçelendirilmektedir:

"İdare hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin açık ve belli bir ağırlıktaki hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir."

Danıştay'ın bahsettiğimiz sağlık hizmetlerinde ağır hizmet kusuru koşulunu benimserken idarenin mali imkânlarını korumayı amaçladığı düşünülebileceği gibi bu hizmetleri yürüten sağlık personellerini olası bir rücu davasından korumayı amaçladığı da düşünülebilir[23]. Ancak Danıştay'ın bahsettiğimiz sağlık hizmetlerinde ağır hizmet kusuru koşulunu benimsediği birçok kararında, kamu görevlisine rücu edilmesi ile ilgisi bulunmayan kusursuz sorumluluk ilkesine da-

---

[21] Danıştay konuya ilişkin yaklaşımını, 28.11.2016 tarihinde Adalet Bakanlığı aracılığıyla AİHM'e ilettiği bir yazıda şu şekilde açıklamaktadır: *"Sağlık hizmetlerinden doğan tam yargı davalarında ameliyat hizmetleri, bünyesinde taşıdığı risk nedeniyle ağır hizmet kusuru rejimi kapsamında değerlendirilmektedir. Bunun dışında idari yargıda açılan tam yargı davalarının ağır hizmet kusuru ile bağlantılı olarak incelenmesi söz konusu değildir. Sağlık hizmetlerinden doğan tam yargı davalarında da – ameliyatlar hariç – hizmet kusuru rejimi kapsamında incelenmektedir. Hastane ve ekipmanları, cihazlar ile ilgili bazı normlara riayet edilmemesi de organizasyon kusuru kapsamında değerlendirilmektedir."* Bu yazı, Bezmialem Vakıf Üniversitesi'nin 14.12.2018 tarihinde düzenlediği Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi'nde Doç. Dr. Bayram Keskin tarafından yapılan "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Sorumluluğu" başlıklı sunumdan alınmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yücesan, "Ağır Hizmet Kusuru", s. 20 vd.

[22] Dan.15.D., E., 2016/6904, K., 2018/8416, 20.12.2018, (Çevrimiçi), https://www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Dan.15.D., E., 2013/8184, K., 2018/3299, 3.4.2018; Dan.15.D., E., 2017/750, K., 2018/2216, 6.3.2018; Dan.15.D., E., 2016/8632, K., 2017/6996, 28.11.2017; Dan.15.D., E., 2017/1238, K., 2017/6239, 2.11.2017; Dan.15.D., E., 2016/7912, K., 2017/841, 21.2.2017; Dan.15.D., E., 2015/4685, K., 2017/1614, 6.4.2017; Dan.15.D., E., 2014/5674, K., 2016/1586, 10.03.2016; DİDDGK, E., 2004/721, K., 2007/2030, 18.10.2007, (Çevrimiçi), http://www.kazanci.com. Danıştay'ın bu yöndeki birçok kararı için ayrıca bkz. Atay ve Odabaşı, **a.g.e.,** s. 558 vd. Birçok bölge idare mahkemesi kararında ağır hizmet kusuru koşulunun Danıştay'ın bu kararları ile benzer şekilde gerekçelendirildiği görülmektedir. Bkz. İzmir BİM, 6. İDD, E., 2017/320, K., 2017/315, 28.2.2017; İstanbul BİM, 8. İDD, E., 2017/1046, K., 2017/2123, 22.11.2017; Ankara BİM, 10. İDD, E., 2017/551, K., 2017/755, 27.9.2017, (Çevrimiçi), https://www.lexpera.com.tr.

[23] Ayrıntılı bilgi için bkz. Yücesan, "Ağır Hizmet Kusuru", s. 46 vd.

yalı olarak tazminata hükmedilmesinin isabetli olmayacağını ifade etmesi[24] kamu görevlisinden ziyade idareyi koruduğunu düşündürmektedir.

Bu noktada ayrıca Danıştay'ın 14.11.1996 tarihinde verdiği bir karara değinmeyi uygun buluyoruz. Bu kararda Danıştay, uyuşmazlık konusu olayda idarenin sorumlu tutulması gerektiğini ifade ederken "yaşam hakkı ve sosyal hukuk devletinin gerekleri karşısında maddi olanaksızlık gibi bir savın" kabul edilemeyeceği tespitini yapmıştır. Ancak kararda idarenin ağır hizmet kusurunun var olduğu tespiti yer aldığından bu kararın konumuz ile olan ilgisini kurmak zorlaşmaktadır[25].

Çalışmamızda öncelikle idarenin mali imkânlarının korunması için ağır hizmet kusuru koşulunun kabul edilmesinin, hukuk devleti ilkesine uygun olup olmadığını inceleyeceğiz. Daha sonra sosyal devlet ilkesinin, "Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları" başlığını taşıyan Anayasanın 65. maddesi çerçevesinde ağır hizmet kusuru koşuluna gerekçe olup olamayacağını tartışacağız.

1. HUKUK DEVLETİ İLKESİ BAKIMINDAN

Çalışmamızın bu kısmında idarenin mali imkânlarının korunmasının ağır hizmet kusuru koşuluna bir gerekçe olup olamayacağını hukuk devleti ilkesi çerçevesinde iki yönden inceleyeceğiz. İlk olarak idarenin tehlikeli faaliyetlerinden doğabilecek sorumluluğu dolayısıyla "mali açıdan müşkül duruma düşmesinin"[26] engellenmesinin ağır hizmet kusuru koşuluna temel olup olmayacağını daha sonra idarenin tehlikeli faaliyetlerinden doğabilecek sorumluluğu dolayısıyla "mali açıdan müşkül duruma düşmemek" için bu faaliyetleri yerine getirmekten kaçın-

---

[24] Dan.15.D., E., 2014/8649, K., 2015/410, 29.1.2015, Filiz Berberoğlu Yenipınar, **İdare ve Vergi Mahkemelerinde Bilirkişilik**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s. 100-101. Dan.10.D., E., 1982/2696, K., 1986/73, 23.1.1986, KİBB; Dan.15.D., E., 2015/2684, K., 2016/988, 18.02.2016; Dan.15.D., E., 2015/8936, K., 2016/1604, 10.03.2016; Ümit Erdem, **Danıştay Onbeşinci Daire (2016) Kararlarında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu,** 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık**,** 2017, s. 181 vd., s. 210 vd.; Dan.10.D., E., 1999/3878, K., 2000/5131, 10.10.2000; Dan.10.D., E., 1999/3878, K., 2000/5131, 10.10.2000, Bal, Şahin ve Karabulut, **a.g.e.,** s. 376-380; Dan.10.D., E., 1990/868, 27.03.2002'den aktaran: Hakan Hakeri, "Tıp Hukukunda Komplikasyon Malpraktis Ayrımı", **Toraks Cerrahisi Bülteni**, Cilt: 5, 2014, s. 24.

[25] *"(...) Adli Tıp Kurumu 5.İhtisas Komisyonunca verilen 2.5.1994 tarih ve ... sayılı raporda, davacıların yakınının ölüm nedeninin yerli kuduz aşısı sonrası geçirilen "Guillen Barre" olduğunun, ithal kuduz aşısı olan HDCV'nin en az komplikasyonu olan aşı olduğunun, bu aşıyla ilgili bildirilmiş bir ölüm olayının bulunmadığının belirtildiği, bu durum karşısında riski çok daha yüksek aşıyı uygulayarak müşahede altında tutularak kuduz olmadığı anlaşılan bir kedi tarafından ısırılan ilgilinin yaşamını yitirmesine yol açan idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu, yaşam hakkı ve sosyal hukuk devletinin gerekleri karşısında maddi olanaksızlık gibi bir savın da kabul edilemeyeceği, bu nedenle davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiği, (...)"* Bkz. Danıştay 10.D, E. 1995/7086 K. 1996/7534 T. 14.11.1996, (Çevrimiçi), http://www.kazanci.com. Bu kararın tıp hukuku açısından değerlendirmesi için bkz. Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 17. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 79-80.

[26] Bkz. Onar, **a.g.e.,** Cilt: 3, s. 1737, 1739; Sarıca, "Hizmet Kusuru ve Karakteri", s. 159; Özdemir, "Hizmet Kusuru Teorisi", s. 98 vd.

masının[27] engellenmesin ağır hizmet kusuru koşuluna temel olup olmayacağını ortaya koymaya çalışacağız[28]. İlk durumda idarenin mali açıdan müşkül duruma düşmesini engellenme amacı söz konusu iken ikinci durumda idarenin mali açıdan müşkül duruma düşmekten korkabileceği öngörülerek onun defansif bir davranışta bulunmak suretiyle tehlikeli idari faaliyetleri yerine getirmekten kaçınmasının engellenmesi amacı mevcuttur.

İdarenin tehlikeli faaliyetlerinin nitelikleri gereği kişilere sağladığı faydalar ve idareye yüklediği mali külfetler oldukça fazladır. Bu durumda idarenin "hakkı teslim edilmelidir"[29]. Ancak idarenin mali açıdan müşkül duruma düşmesinin engellenmesi için sorumluluğunun belli hallerde ortadan kaldırılabileceği düşüncesi, hukuk devletinin eşitlik anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Zira nasıl ki idarenin faaliyetlerini yerine getirebilmesi için bireylerin -en azından karine düzeyinde- eşit miktarda vergi vb. mali yükümlülüklere tabi kılınması gerekiyorsa, benzer şekilde idarenin kusurlu olarak bireylere verdiği zararların kamu kasasından "tam olarak tazmin ve telafi"[30] edilerek toplumu oluşturan bireyler arasında eşit biçimde paylaştırılması gerekir[31]. Nitekim zararların dağıtımı konusunda toplumun fertleri arasından çoğu zaman tam bir eşitlik sağlanamadığı da düşünüldüğünde bu sonuca varmak bir zorunluluk teşkil etmektedir. Bu nedenle idarenin mali imkânları sorumluluğunu karşılamada yetersiz kalıyorsa bireyleri birtakım ek mali yükümlülüklere tabi kılarak bu açığı kapatması gerekir[32]. İdarenin bu açığı kapatamaması ise son tahlilde yasama organının idareye aktardığı kaynakların yetersiz olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durum ise ida-

---

27 Bkz. Onar, **a.g.e.,** Cilt: 3, s. 1737, 1739; Esin, "Esas", s. 47; Ragıp Sarıca, **İdari Kaza**, Cilt: 1, 1. Baskı, İstanbul, Kenan Matbaası, 1949, s. 159; Özdemir, "Hizmet Kusuru Teorisi", s. 98 vd.; Mot ve Faure, "Public Authority", s. 129.

28 Ayrıca bkz. Jef De Mot, Michael Faure, "An Economic Analysis of Public Authority Liability", Editör: Ken Oliphant, **The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective**, 1. Baskı, Cambridge, Intersentia Ltd, 2016, s. 588-618.

29 Cüneyt Ozansoy, "Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989, s. 278.

30 Sait Güran, "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 167. Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olan "tam tazmin ilkesi" gereğince, idarenin hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin yükümlülüğünün bulunduğu hallerde neden olduğu "zararın tamamını" tazmin etmesi gerekir. Bu nedenle idarenin mali imkânlarının korunması için ağır hizmet kusuru koşulunun kabul edilebilmesi şöyle dursun idare aleyhine hükmedilecek tazminatta indirim yapılması dâhi mümkün değildir. Tam tazmin ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güran, "Tazminat Miktarının Saptanması", s. 166 vd.; Onar, **a.g.e.,** Cilt: 3, s. 1752; Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009, s. 1378 vd.

31 *"Devletin sorumluluğu, toplumsal kasa'yı (=Hazine'yi) korumak için de küçümsemeye veya silmeye kalkışmak gereksizdir. Zira devlet, herkesten güçlü olduğu gibi, herkesten de zengindir. Onun, toplum yararına hareket ederken bir kimseye verdiği bir zararı toplum kasasından ödememek büyük bir haksızlık olur. Devletin nimet ve külfetlerde eşitlik ilkesini bozar. Üstelik adalet ve hakkaniyet ile hareket etmemenin zararı, uzun vadede, verilmiş olan bir zararı ödemekten kat kat büyüktür."* Bkz. Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972-1973, s. 237-238.

32 Ozansoy, "Tarihsel ve Kuramsal", s. 278-279.

renin, yasama organı ile yaşadığı politik bir sorun ya da öngörme ve tedbir alma konusundaki ihmali dolayısıyla hizmet kusuruna vücut verir[33].

İdarenin mali imkânlarının miktarını, ekonomik ve sosyal alanlardaki belirli kamu hizmetini kurmamak ya da sona erdirmek için bir gerekçe olarak göstermesi mümkün olabilir[34]. Ancak idare, görevli kılındığı tehlikeli idari faaliyetleri asgari bir ölçüde yerine getirme konusunda bağlı yetki içindedir[35]. Bu durumda idarenin tehlikeli faaliyetlerinin doğurabileceği sorumluluktan dolayı müşkül duruma düşmemek için bu faaliyetleri yerine getirmekten kaçınması, hizmetin hiç işlememesinden kaynaklanan bir "ağır hizmet kusuruna" vücut verir[36]. Ayrıca yukarıda açıkladığımız üzere idarenin mali açıdan müşkül duruma düşmesi hizmet kusurunu oluşturduğundan bahsettiğimiz kaçınma davranışı, *hizmet kusuru içeren bir durumu engellemek için ağır hizmet kusuru işlemekten başka bir şey değildir.*

Görüldüğü üzere idarenin sorumluluğunun mali yükünden korunmaya muhtaç olması yukarıda açıkladığımız iki yönden de idarenin kusurlu olduğunun bir kanıtıdır. Özel hukuk kişilerinden kusurlu olarak verdikleri zararları her durumda tazmin etmeleri beklenirken, idarenin kusuruna dayanan belli mazeretler ileri sürülerek sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır[37].

2. SOSYAL DEVLET İLKESİ BAKIMINDAN

Sosyal devlet, toplum içindeki dezavantajlı grupların yoksunluklarını gi-

---

33 Lûtfi Duran, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, 1. Baskı, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 138, Sevinç Matbaası, 1974, s. 33.

34 Günday, **İdare Hukuku**, s. 372; Atasayan, **a.g.e.,** s. 91, 346; Evren, "Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller", s. 215. Bazı sosyal hak ve özgürlükler (örneğin çalışma ve sözleşme özgürlüğü ve teşebbüs hakkı) negatif statü hakkı niteliğindedir. Bkz. Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019, s. 284. Bu hak ve özgürlükler devlete mali kaynaklarını zorlayacak bir yükümlülük yüklemez. Devletin bu hak ve özgürlükler ile ilgili tek yükümlülüğü korunmaları için gereken önlemleri almaktır. Bu nedenle bu hak ve özgürlüklerin Anayasanın 65. maddesi ile herhangi bir ilgisi yoktur. Ayrıca devletin anayasal hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesi için üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerini asgari ölçüde yürütmekten Anayasanın 65. maddesine dayanarak kaçınmasını Anayasaya uygun bulmak mümkün değildir. Bkz. Yavuz Sabuncu, **Anayasaya Giriş**, 16. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2014, s. 169-170.

35 Bkz. Ozansoy, "Tarihsel ve Kuramsal", s. 273.

36 *"Kuşkusuz burada hareketsiz kalmayı yeğleyen idarenin, ifası ile yükümlü hizmeti hiç ifa etmemekten ötürü ağır hizmet kusuru ile kusurlandırılması olasılığı gündemdeki yerini alabilir."* Bkz. Yahya Kazım Zabunoğlu, **İdare Hukuku**, Cilt: 1, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 717. Benzer yönde bkz. Günday, **İdare Hukuku**, s. 372-373; Akın Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, 1979, s. 289; Evren, "Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller", s. 215. İdarenin hareketsiz kalmasının çok olağandışı bir durum olmadıkça hiçbir şekilde kabul edilemez olduğu yönünde bkz. Duran, "Türkiye İdaresinin", s. 34; Özgüldür, "Tam Yargı Davaları", s. 841.

37 Bkz. Christine B. Harrington, **Administrative Law And Politics: Cases And Comments**, 4. Baskı, Washington D.C., CQ Press, 2009, s. 337; Carol R. Harlow, "Fault Liability in French and English Public Law", **Modern Law Review**, Cilt: 39, 1976, s. 519; Özyörük, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 237-238; Yıldırım vd., **İdare Hukuku**, s. 840.

derme amacıyla sosyal ve ekonomik edimler sunmakla ve vatandaşlarına asgari yaşam düzeyi sağlamakla görevli olan devlettir[38]. Sosyal devlet kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için kendisi ile oldukça yakından ilişkili olan refah devleti kavramı ile birlikte açıklanması gerekmektedir.

Sosyal devlet kavramı, refah devleti kavramını bünyesinde barındıran, ondan çok daha önce ortaya çıkmış bir kavramdır. Refah devleti, "sosyal devletin uygulamalarının ileri düzeyde kurumsallaştığı ve sosyal adaletin görece iyi düzeyde sağlandığı" bir devleti ifade etmektedir.[39]

Türkiye'de refah devleti yerine sosyal devlet kavramı yerleşik olarak kullanılmakta iken, birçok batı ülkesinde sosyal devlet kavramı yerine refah devleti kavramı yerleşik olarak kullanılmaktadır. Bu farklılığın yalnızca bir dil farklılığı nedeniyle ortaya çıktığını söylemek mümkün değildir[40]. Bu farklılık, Türkiye'de sosyal devletin amacının mevcut zenginliği toplumun fertleri arasında paylaştırmak değil, kalkınmaya[41] öncelik vererek ekonomik ve sosyal yaşamda köklü değişiklikler yapmak olmasından kaynaklanmaktadır[42].

Sosyal devlet anlayışının refah devleti seviyesine ulaşmadığı Türkiye'de Anayasanın "Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları" başlıklı 65. maddesinin[43] devlete ekonomik ve sosyal haklar açısından pozitif yükümlülüklerinin var olduğu hallerde belli bir "kaçınma olanağı" vermektedir[44]. Bu noktada devletin bu "kaçınma olanağının" idarenin mali sorumluluğunun[45] ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanmasına gerekçe olarak verilmesinin mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir[46].

38 Özbudun, **a.g.e.,** s. 140.

39 Özge Yücel Dericiler, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri**, 1. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2014, s. 15-16. Ayrıca bkz. Songül Sallan Gül, **Sosyal Devlet Bitti, Yaşasın Piyasa**, 2. Baskı, Ankara, Ebabil Yayıncılık, 2006, s. 2.

40 Dericiler, **a.g.e.,** s. 13.

41 Nikas Luhmann, **Refah Devletinin Siyaset Teorisi**, 1. Baskı, İstanbul, Bakış Yayınları, 2002, s. 5.

42 Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, İstanbul, Cem Yayınevi, 1993, s. 149-150.

43 1982 Anayasanın 65. maddesine göre, *"Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir."* 1961 Anayasasının 53'üncü maddesinde de benzer ifadeler ile devletin ekonomik ve sosyal alanlardaki ödevlerinin mali imkânlarının yeterliliği ölçüsünde sınırlı olduğu belirtilmiştir.

44 Özbudun, **a.g.e.,** s. 154-155. Ayrıca bkz. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla)**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012, s. 102 vd.

45 Çalışmamızın bu bölümünde "idarenin mali sorumluluğu" tabiri yerine "devletin mali sorumluluğu" ifadesinin de kullanılması mümkündür. Zira idare, devletin "tam yargı davalarında taraf olarak yansıması" görünümündedir. Bkz. Serdar Özgüldür, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 1996, s. 434. Böyle bir kullanım konumuz bağlamında değerlendireceğimiz Anayasanın "Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları" başlığını taşıyan 65. maddesinin ifade biçimi ile de uyum içindedir. Fakat kavram kargaşasına neden olmamak adına burada "devlet" kavramı yerine "idare" kavramının kullanılmasını daha isabetli buluyoruz.

46 Ayrıca bkz. Ahmet İyimaya, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Cilt: 2, Ankara, 1995, s. 13-14: *"(...) gelişmiş ülkelerin kalkınma dönemlerinde yaşanmış ve insan zararlarını yargı kararları yoluyla frenleme ve yüksek tazminatları önleme çabaları gözlenmiştir."*

ÖZGÜLDÜR, devletin ekonomik ve sosyal ödevlerinin Anayasanın 65. maddesi çerçevesinde mali imkânlarının yeterliliği ölçüsünde sınırlandırıldığı ülkemizde, idarenin mali sorumluluğunun en azından belli hallerde hakkaniyet ilkesi çerçevesinde sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir[47]. YAYLA, idarenin sorumluluğunun "ekonomik gücü; mali imkânları, tesislerinin maliyeti ve çağdaş gelişmiş ülke idarelerinin standartları" ile sınırlı[48] olduğunu ve "sosyal devlet ilkesi maddi olanaklar ölçüsünde uygulanabilirlik kazandıkça" idarenin sorumluluk alanının genişleyeceğini ileri sürmüştür[49]. BEREKET BAŞ, "devletin harcamalarının sadece sosyal devlet ilkesi gündeme geldiğinde sınırlandırılması, öte yandan bazı harcamaların alabildiğine sınırsızlığının ölçüsünün" olmamasının "düşündürücü" olduğunu ifade etmektedir[50]. GÜNDAY'a göre ise *"(...) mali kaynakların yetersizliği nedeniyle sorumsuzluk hallerini sınırlamak gerekir. Aksi takdirde İdare her zaman mali kaynaklarının yetersizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir. Bir defa, Anayasanın 65 inci maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerin mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirilmesi söz konusudur. Bu nedenle, örneğin kolluk görevini yerine getirmeyen İdarenin mali kaynaklarının yetersizliği nedeniyle sorumluluktan kurtulması düşünülemez. Zira kamu düzenini sağlamak İdarenin en ilkel görevlerindendir. Ayrıca İdarenin mali kaynaklarının yetersizliğinden ötürü bir hizmeti hiç yürütmemesi nedeniyle sorumlu tutulamayacağı düşünülse dahi, yürütmeye başladığı bir hizmeti mali kaynaklarının yetersizliği gerekçesi ile yürütmekten vazgeçmesi halinde sorumluluktan kurtulmaması gerekir"* [51].

Kanaatimizce sosyal devlet ilkesinin veya Anayasanın 65. maddesinin, idarenin sorumluluğu gibi hukukî ve teknik bir yükümlülüğün[52] ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanmasına gerekçe oluşturması mümkün değildir. Zira idarenin sorumluluğu, sosyal devletin "sosyal bir edimi" değil, hukuk devletinin "hukukî bir edimidir"[53]. İdarenin sorumluluğu sosyal devlet ilkesine değil, bireylerin mali imkân veya sosyal konumlarının herhangi bir önem arz etmediği ve

---

47 Özgüldür, "Askeri Yüksek İdare", s. 434-435.

48 Yıldızhan Yayla, "İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 58.

49 Yayla, "Mücbir Sebep", s. 47.

50 Zuhal Bereket Baş, "Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğunun Esasları", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 31.

51 Günday, **İdare Hukuku**, s. 372-373.

52 Sarıca, **İdari Kaza**, s. 159.

53 Theodor Maunz, Günter During, Roman Herzog**, Grundgesetz Kommentar**, München, 1958, s. 5'ten aktaran: Ozansoy, "Tarihsel ve Kuramsal", s. 29-30. Anayasanın 65. maddesinin idarenin sorumluluğu ile doğrudan ilgili olmadığı yönünde bkz. Veysel Dinler, "'Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı' Açısından İdarenin Sorumluluğu", **Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt:1, Sayı: 1, 2008, s. 10 vd.

bireyleri devletten korumayı esas alan hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır[54]. Çünkü sosyal devlet ilkesi, "toplumsal eşitliğin" sağlanması için bireylerin mali imkân ve sosyal konumları dikkate alınarak devlet tarafından korunmasını esas alırken, hukuk devleti ilkesi "hukuk önünde eşitliğin" sağlanması için bireylerin devlet karşısında korunmasını esas almaktadır[55].

Sosyal devlet ilkesinin doktrinde bazı yazarlar tarafından ağır hizmet kusuru koşulunu eleştirmek için kullanıldığı görülmektedir[56]. Ancak OZANSOY haklı olarak sosyal devlet ilkesinin idarenin sorumluluğunu açıklama konusundaki yetersizliğine vurgu yaparak bu koşulun sosyal devlet ilkesine aykırı olduğunun ileri sürülmesini eleştirmektedir[57].

Sonuç olarak idarenin sorumluluğunu açıklama konusunda yetersiz bir kavram olan sosyal devlet ilkesini ağır hizmet kusuru koşulunu eleştirmek veya temellendirmek için kullanmak mümkün değildir.

SONUÇ

İdarenin sorumluluğu ilkesi, vatandaşlara bir "rahatlama duygusu"[58] vermek için oluşturulmuş bir ilke olmayıp teorik altyapısını hukuk devleti ilkesinin oluşturduğu hukuki bir ilkedir[59]. Bu nedenle idarenin sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanabilmesi için hukuk devleti ilkesi ile bağdaşabilir bir gerekçeye ihtiyaç bulunmaktadır.

İdarenin sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanması için ileri sürülebilecek gerekçelerden en dikkat çekeni idarenin mali imkânlarının korunması gereğinden yola çıkandır. Bu gerekçenin ancak tehlikeli olmaları itibarıyla *nitelik veya nicelik itibarıyla ağır zararlara sıkça neden olabilen* faaliyetler hakkında ileri sürülmesi anlamlı olacaktır. Zira hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan idarenin "mali" sorumluluğunun "mali" imkânlarının korunması

---

54 Ozansoy, "Tarihsel ve Kuramsal", s. 31 vd. İdeal bir sosyal devlet anlayışının bünyesinde hukuk devleti anlayışını da barındırdığı ileri sürülebilir. Bkz. Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 80 vd. Ancak hukuk devleti ve sosyal devlet kavramlarının dar ve teknik anlamlarının aynı olduğu söylenemez. Bkz. Tarık Gümüş, **Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 173 vd.

55 Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012, s. 102.

56 Ağır hizmet kusuru koşulunun sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. Düren, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 292; Gözübüyük, **Yönetsel Yargı**, s. 289; Duran, "Türkiye İdaresinin", s. 35; Bereket Baş, "Kamu Gücünün", s. 96-97; Özgüldür, "Tam Yargı Davaları", s. 843.

57 Ozansoy, "Tarihsel ve Kuramsal", s. 279.

58 Danıştay 15.D, 21.9.2016, E. 2016/467, K. 2016/4610, (Çevrimiçi), http://www.kazanci.com: *"(...) tazmin ile amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek değil, hizmet kusuruyla zarar veren idareyi, gerekli dikkat ve özeni gösterme konusunda etkili biçimde uyarmaktır."*

59 Danıştay 15.D, 6.6.2016, E. 2013/4502, K. 2016/4029, (Çevrimiçi), http://www.kazanci.com: *"İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur.*

için sınırlandırılmasını teorik bir çerçeveye oturtmak ancak bu şekilde mümkün olabilir. Bu kapsamda idarenin korunması ise temelde mali açıdan müşkül duruma düşmesi ihtimaline veya idarenin bu ihtimalin gerçekleşmesinden çekinerek ilgili faaliyetleri yerine getirmekten kaçınması ihtimaline dayanmaktadır. İlk ihtimalin gerçekleşmesi idarenin yasama organı ile yaşadığı bir politik bir problem veya önlem alma konusundaki ihmali dolayısıyla hizmet kusurunun var olduğunu gösterirken, ikinci ihtimalin gerçekleşmesi ise idarenin hizmeti hiç işletmemesine dayalı olarak *hizmet kusuru içeren bir durumun oluşmasını engellemek için ağır hizmet kusuru işlemesinden başka bir şey değildir.* Görüldüğü üzere iki ihtimalin gerçekleşmesi de idarenin kusurlu olduğunu göstermektedir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi karşısında idarenin mali imkânlarının korunması sorumluluğunun ağır hizmet kusurunun varlığı koşuluna bağlanması için yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemez. Zira bir hukuk devletinde idarenin "kusuruna dayanan" bir gerekçe ileri sürerek "kusurlu olduğu" hallerde sorumlu olmayabileceğini kabul eden bir yaklaşıma itibar etmek mümkün değildir.

KAYNAKÇA

Antalya, Osman Gökhan, "Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt: 14, Sayı: 4, 2008, s. 63-83.

Arslan Demir, Gizem, "Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Amerikan Haksız Fiiller Hukukunda Tehlike Sorumluluğu", Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018 (*Tehlike Sorumluluğu*).

Atamer, Yeşim, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması,** 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1996,

Atasayan, Gözde, **Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

B. Harrington, Christine, **Administrative Law And Politics: Cases And Comments**, 4. Baskı, Washington D.C., CQ Press, 2009.

Bal, Yakup - Şahin, Yahya - Karabulut, Mustafa, **Danıştay 10. Dairesi'nin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.

Berberoğlu Yenipınar, Filiz, **İdare ve Vergi Mahkemelerinde Bilirkişilik**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.

Bereket Baş, Zuhal, "Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğunun Esasları", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012 *(Kamu Gücünün).*

Bereket Baş, Zuhal, **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

Çekin, Mesut Serdar, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016 (*Tehlike Sorumluluğu*).

David, Garland, "The Rise of Risk", in Richard Ericson, Aaron Doyle*,* **Risk And Morality**, 11. Baskı, Toronto, **University of Toronto Press**, 2003, s. 48-86.

Dericiler, Özge Yücel, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri**, 1. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2014.

Dinler, Veysel, "Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Sorumluluğu", **Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2008, s. 1-19

Duran, Lûtfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular**, 1. Baskı, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Sevinç Matbaası, 1974 *(Türkiye İdaresinin).*

Düren, Akın, **İdare Hukuku Dersleri**, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, 1979.

Erdem, Ümit, **Danıştay On Beşinci Daire (2016) Kararlarında Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Tazminat Sorumluluğu,** 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık**,** 2017.

Erkut, Celal, **Hukuka Uygunluk Bloku- İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkeleri**, 1. Baskı, İstanbul, Kavram Yayınları, 1996.

Esin, Yüksel, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları/İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara, Güven Matbaası, 1976 *(Esas)*.

Evren, Çınar Can, "İdarenin Sorumluluğunu Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009 (*Azaltan veya Ortadan Kaldıran Haller*).

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009.

Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019.

Gözübüyük, A. Şeref, **Yönetsel Yargı**, 32. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.

Gül, Songül Sallan, **Sosyal Devlet Bitti, Yaşasın Piyasa**, 2. Baskı, Ankara, Ebabil Yayıncılık, 2006.

Gümüş, Tarık, **Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, İmaj Kitabevi, 2015.

Güran, Sait, "Hekimin Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 77-87.

Güran, Sait, "Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması" **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 151-170 *(Tazminat Miktarının Saptanması)*.

Hakeri, Hakan, "Tıp Hukukunda Komplikasyon Malpraktis Ayrımı", **Toraks Cerrahisi Bülteni**, Cilt: 5, 2014, s. 23-28.

Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku**, 17. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Harlow, Carol R., "Fault Liability in French and English Public Law", **Modern Law Review**, Cilt: 39, 1976, s. 516-541.

İmre, Zahit, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, 1. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949.

İyimaya, Ahmet, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Cilt: 2, Ankara, 1995.

Kaya, Semih Batur, **Hukuksal İktidar (Modern Devlette Siyasal İktidarın Sınırlandırılmasında Anayasa Yargısının Rolü)**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

Luhmann, Nikas, **Refah Devletinin Siyaset Teorisi**, 1. Baskı, İstanbul, Bakış Yayınları, 2002.

Mot, Jef De - Faure, Michael G., "An Economic Analysis of Public Authority Liability", Editör: Ken Oliphant, **The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective**, 1. Baskı, Cambridge, Intersentia Ltd., 2016, 588-618.

Mot, Jef De - Faure, Michael G., "Discretion and The Economics of Defensive Behaviour by Public", **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Cilt: 23, Sayı: 4, 2016, 595-610 *(Defensive Behaviour)*.

Mot, Jef De - Faure, Michael G., "Public Authority Liability and the Chilling Effect", **Tort Law Review**, Sayı: 22, 2014, 120-133 *(Public Authority)*.

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: 3, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

Oytan, Muammer, "İdari Yargıda Hukukun Genel İlkeleri", **Atatürk ve Hukuk**, 1. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 3, 1981, s. 193-263.

Ozansoy, Cüneyt, "Tarihsel ve Kuramsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989 *(Tarihsel ve Kuramsal)*.

Özay, İl Han, **Günışığında Yönetim**, 3. Tıpkı Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017.

Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

Özdemir, Necdet, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, Yeni Desen Matbaası, 1963 (*Hizmet Kusuru Teorisi*).

Özgüldür, Serdar, "İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları", İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, 3. Tıpkı Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017 (*Tam Yargı Davaları*).

Özgüldür, Serdar, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 1996 (*Askeri Yüksek İdare*).

Özyörük, Mukbil, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972-1973.

Pierce, Richard, "Judicial Review of Agency Actions in a Period of Diminishing Agency Resources", **Administrative Law Review**, Cilt: 49, Sayı: 1, 1997, s. 61-94.

Pierce, Richard, **Administrative Law**, 1. Baskı, New York, Faundation Press, 2008.

Sabuncu, Yavuz, **Anayasaya Giriş**, 16. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2014.

Sarıca, Ragıp, "Hizmet Kusuru ve Karakteri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 15, Sayı: 4, 1949, s. 858-895.

Sarıca, Ragıp, **İdari Kaza**, Cilt: 1, 1. Baskı, İstanbul, Kenan Matbaası, 1949.

Sever, Dilşad Çiğdem, "İdare Hukukunda Hukukun Genel İlkelerinin Uygulanışı", **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, 589-606.

Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla)**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012.

Tandoğan, Haluk, "Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu**, Ankara, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayınları, 1978, s. 7-52.

Tandoğan, Haluk, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 1981 *(Kusura Dayanmayan)*.

Tanilli, Server, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, İstanbul, Cem Yayınevi, 1993.

Tanör, Bülent - Yüzbaşıoğlu, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012.

Tiftik, Mustafa, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, 1. Baskı, Ankara,

Yetkin Yayınları, 1994.

Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, 11. Baskı, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2011, s. 1980.

Ulusan, İlhan, **Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012 (*Fedakârlığın Denkleştirilmesi*).

Yaşar, Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, DER Yayınları, 2016.

Yayla, Ahmet, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Yayla, Yıldızhan, "İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep", **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 45-60 *(Mücbir Sebep)*.

Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.

Yıldırım, Turan - Yasin, Melikşah - Akman, Nur - Özdemir, H. Eyüp - Üstün, Gül - Tekinsoy, Özge Okay, **İdare Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Yılmaz, Harun, **Türk Hukukunda İdari İstikrar İlkesi**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Yücesan, Ahmet Said, "İdarenin Sorumluluğunun Koşulu Olarak Ağır Hizmet Kusuru", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019 (*Ağır Hizmet Kusuru*).

Zabunoğlu, Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, Cilt: 1, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.