

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: II
Sayı: 2
Güz 2015



Sahibi

İstanbul Medipol Üniversitesi adına
Prof. Dr. Sabahattin AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Yrd. Doç. Dr. Selman Öğüt

Yayın Kurulu

Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Doç. Dr. H. Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Müjgân Tunç Yücel
Doç. Dr. Serdar Kale
Yrd. Doç. Dr. Harun Demirbaş
Yrd. Doç. Dr. Selman Öğüt

Sayı Editörü

Arş. Gör. Mustafa Çattık

Adres

İstanbul Medipol Üniversitesi
Kavacık Kampüsü
Kavacık Mah. Ekinciler Cad.
No: 19 34810 Beykoz/İSTANBUL
Tel: 0216 681 51 00
hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

Baskı

Tekin Ozalit Baskı Hizmetleri
Organize Sanayi Bölgesi İmsan San. Sit.
C Blok No:2 Kat:1 İkitelli / İSTANBUL
Tel: (0212) 696 53 00
Fax: (0212) 696 53 01

ISSN

ISSN: 2148-6883

**İstanbul Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Mehmet Akman
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Prof. Dr. Nihat Bulut
Prof. Dr. Talat Canbolat
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Fethi Gedikli
Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Prof. Dr. Mehmet Helvacı
Prof. Dr. Serap Helvacı
Prof. Dr. Macit Kenanoğlu
Prof. Dr. Mahmut Koca
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu
Prof. Dr. İzzet Özgenç
Prof. Dr. Yücel Sayman
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Doç. Dr. Halit Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Yrd. Doç. Dr. Harun Demirbaş
Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut
Yrd. Doç. Dr. Selman Öğüt
Yrd. Doç. Dr. Salih Önder Yeşiltepe

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi senede iki sayı
yayımlanan, hakemli bir dergidir.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Esra Alan Akcan	5
Soruşturma Evresinde Mağdurun Hakları ve Yükümlülükleri	
Gülşen Gedik	45
Anayasa Mahkemesi Karar İncelemesi: Gümrük Vergisinde Yükümlünün Mülkiyet Hakkı	
Selman Karakul	63
Yeni Kuvvetler Ayrılığı Teorisi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği	
Hüseyin Melih Çakır	113
Aile Hekimlerinin Hukuki Statüsü	

ÖZEL HUKUK

Nevzat Koç	157
Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Kişisel Malların Gelirleri (TMK.m.219/II,b.4)	
Müjgan Tunç Yücel	183
Mimarlık Projeleri ile Mimarlık Eserleri ve Bunlar Üzerinde Değişiklik Yapılması	
Doruk Utku	201
Tescilli Markanın Kullanım Sonucunda Yanıltıcı Hale Gelmesi	
Harun Eryiğit	213
İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun Organ Sıfatı	

KAMU HUKUKU

Soruşturma Evresinde Mağdurun Hakları ve Yükümlülükleri

Rights and Obligations of Victim During the Investigation Progress

Yrd. Doç. Dr. Esra Alan Akcan

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

CMK (Turkey Criminal Procedure Code, Law No. 5271) has recognized broader rights than the Code of Criminal Procedure (Turkey old Criminal Procedure Code, Law No. 1412) to the victim during the investigation process. These rights are described in our study. Purpose of this study to avoid the human rights violations by explaining the rights and obligations of the victim in the Turkish criminal justice during the investigation process.

Keywords: Victim, Investigation Process, Rights of Victim, Obligations of Victim.

I. Genel Olarak

İddia, savunma ve yargılamadan ibaret bir dizi faaliyetten oluşan ceza muhakemesinin gayesi, hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde maddi gerçeği araştırmaktır¹. Ceza Muhakemesi Kanunu, muhakemeyi başlıca iki evreye ayırmıştır². Bunlardan ilki, soruşturma evresi, ikincisi ise kovuşturma evresidir³. CMK'da,

1) Demirbaş, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 27.

2) "Ancak belirtilmelidir ki, ceza muhakemesi sadece soruşturma ve kovuşturma evreleri ile sınırlı değildir. Ceza muhakemesi denetim muhakemesi (kanun yolu) ve hatta infaz aşamalarını da içine alan daha geniş bir anlama sahiptir." Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 68.

3) "Kovuşturma evresi, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder." Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sırma, Özge/ Kirit, Yasemin F. Saygılar/ Özyaydın, Özdem/ Akcan, Esra Alan/ Erdem, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 42.

“Tanımlar” başlıklı 2. maddenin 1. fıkrasının (e) bendinde, soruşturma evresi; “*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre*” olarak tanımlanmıştır. Bugüne kadar 1412 sayılı CMUK’ daki adıyla, hazırlık soruşturması olarak ifade edilen bu muhakeme aşaması, 5271 sayılı CMK’nın kabulüyle, bundan böyle soruşturma aşaması olarak anılmaktadır. Ceza muhakemesinin bu aşamasının tüm taraflar için önemi büyüktür⁴. Gerçekten de, ilk adımlar genellikle belirleyici olduklarından, burada mümkün olan tüm itina gösterilmelidir⁵.

Suç şüphesinin öğrenilmesi üzerine, devletin kovuşturma organlarının harekete geçmesiyle başlayan ve bu şüphenin kamu davası açmaya yetecek kadar kuvvetli olup olmadığının araştırıldığı ceza muhakemesi safhası olan soruşturma evresinin varlık nedeni, “*kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığı*” araştırılmasıdır⁶. Bu araştırmayı yapmaya yetkili kılınan kişiler, başka bir ifadeyle soruşturma evresinde yetkili olanlar, savcı (CMK m. 160/1), kolluk (CMK m. 160/2; PYSK m. 15) ve bazı durumlarda sulh ceza hâkimi (CMK m. 163)’dir. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, esasında, savcı merkezli⁷ bir sisteme kavuşturulmuştur. Bu evrenin asıl patronu Cumhuriyet savcısı olmuştur. Savcı, yargılamada iddia görevi yapan yetkili kişisi⁸ olarak tarafsız, bağımsız, etkili, hatta hiç kuşkusuz ki kararın en temel yargısal ayrıcalığa sahip ögesidir⁹. Yeni CMK, savcı-adli kolluk ilişkilerini yeniden düzenleyerek olması gereken şekle sokmuştur. Bundan böyle soruşturma evresinde tüm kararları savcı alacak, kolluk bu kararları icra edecektir. Savcının bilgisi olmadan, kolluk hiçbir işlem ve eylemde bulunmayacaktır. Esasında savcılık, kamu davasının başlamasından önceki devrelerden itibaren ve infazın sonuna adar bir takım muhakeme hukuku işlemlerinde bulunan bir muhakeme makamı olarak göz çarpmaktadır¹⁰. Bu

4) Demirbaş, Timur, “*Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik*”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, (Ağustos 2005), s. 2872.

5) Demirbaş, Timur, “*Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik*”, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2009 (s. 121-143), s. 122.

6) Demirbaş, Şüphelinin İfadesinin Alınması, s. 29.

7) Öztürk, Bahri, “*Türkiye’de Savcılık -Savcılığın Ceza Adaleti Sistemi İçindeki Rolü, Örgütlenmesi-*” Bir Adli Organ Olarak Savcılık, Ankara, (2006), s. 153. Ayrıca, çeşitli Avrupa ülkelerinde savcılık konumu ve yetkileri ile ilgili karşılaştırma için Tezcan, Durmuş, “*Fransa’da Savcılık*”, Bir Adli Organ Olarak Savcılık, Ankara, (2006), s. 33-43.

8) Yurtcan, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 31.

9) Arıkan, Mustafa İberyay, Avrupa Birliği Yargı Düzeninde Savcılık Kurumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 182.

10) Doğan, Y. Hakkı, Uygulamada ve Teoride Hazırlık Soruşturmasında Savunma (Savcılık, Polis ve Jandarmaca Göz Altına Alınan Sanığın Hakları, Avukatıyla Görüşmesi), Kazancı Yayıncılık, İstanbul 1994, s. 14.

organların görevi, kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığının araştırılması olduğundan, öncelikle şüphelinin kim ya da kimler olduğu veya olabileceği yolunda araştırmalar yapılır; iddianame düzenlemeye yetecek deliller toplanır ve bunlar kovuşturma evresinde kullanılmak üzere muhafaza altına alınır. Bunlar yapılırken sadece şüphelinin aleyhine olan hususlar değil, lehine olanlar da toplanır (CMK m. 160/2)¹¹.

Soruşturma evresinde yapılan işlemler yazılı olmak zorundadır. Bu nedenle yapılan tüm işlemler tutanağa geçirilir zira soruşturma sonuçlarının objektif bir şekilde saklanması ve kovuşturmada yani başka zamanda, başka yerde ve başka kişiler tarafından bunlardan faydalanılması, ancak bunların yazılı olması ile mümkündür¹². Yazılı olmasından kasıt, işlemlerin doğrudan doğruya yazılı yapılması demek değildir. Sözle veya hareketle yapılan işlemlerin tutanakla tespiti de mümkündür¹³. Böyle bir durumda, tutanağın hüküm doğurabilmesi için, adli kolluk görevlisi, Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkimi ile hazır bulunan zabıt kâtabi tarafından imzalanması gerekmektedir (CMK. m. 169/1). Zabıt kâtabinin kanun ve nizamlara uygun olarak atanmış bir devlet memuru olması gerekir. Ancak acele hallerde, Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkimi, yemin vererek diğer bir kimseyi yazman olarak görevlendirebilir¹⁴. Tutanağı imzalaması gerekenler, imza etmekten kaçınırlarsa, bunun nedenlerinin tutanağa yazılması şartıyla bu eksiklik giderilmiş olur¹⁵ (CMK m. 169/6).

Soruşturma evresi gizlidir. Kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir¹⁶. Bununla delillerin karartılması tehlikesinin önüne geçilmek istenmiştir. Soruşturmanın gizliliği, aynı zamanda “lekelenmeme hakkı”nın da bir sonucudur¹⁷. Buna uyulmamasının yaptırımı da TCK m. 285’de, 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Buradaki amaç, hem soruşturmanın selameti hem de masumiyet karinesinin (lekelenmeme hakkının) korunmasıdır¹⁸.

Soruşturma işlemleri arasında, kovuşturmadakilerden farklı olarak, yer, za-

11) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 593-600.

12) Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe. Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 575.

13) Yenisey/ Nuhoğlu, s. 575.

14) Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer/ Yüksel, Erol Güngör, Açıklamalı- İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 480.

15) Parlar/Hatipoğlu/ Yüksel, s. 481.

16) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 517.

17) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 517.

18) Yazıcıoğlu, Yılmaz, “5271 Sayılı Yeni CMK Uyarınca Soruşturma ve Soruşturma İşlemleri”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, (Ağustos 2005), s. 2919.

man ve kişi bakımından bir bağ olmadığı için, bu işlemlerin farklı zamanlarda, ayrı kişilerce ve ayrı yerlerde yapılması mümkündür¹⁹.

Genel hatlarıyla açıklamaya çalıştığımız soruşturma evresinde, yapılan tüm işlemler bakımından, mağdurun haklarının gözetilmesi CMK ile zorunluluk haline gelmiştir. Her şeyden önce, suça maruz kalan mağdurun en doğal hakkı, kendisine karşı suç işleyen fail veya failerin adil bir şekilde yargılanmasını istemektir. Bu itibarla, takibi şikâyete bağlı bir suç söz konusu ise, şikâyet hakkını kullanıp ceza yargılamasının yapılmasını sağlayacaktır. Re' sen kovuşturulması gereken bir suç söz konusu ise, bunun için de Cumhuriyet savcısının harekete geçmesini sağlamak mağdurun en doğal hakkıdır.

Aşağıda soruşturma evresinde mağdura tanınan haklar teker teker inceleme konusu yapılacaktır.

II. Delillerin Toplanmasını İsteme

Ceza muhakemesinde, esas olarak, fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği hususunda, hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını temin ameliyesine *ispat*; ispat ameliyesinde, hukuk düzeninin kabul ettiği vasıtalara ise *delil* denmektedir²⁰. Ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçek araştırıldığından, her şey delildir; yani delil serbestliği ilkesi geçerlidir²¹. Ancak, delilin hukuk devleti esaslarının geçerli olduğu bir ceza muhakemesi sisteminde kullanılabilmesi için, hukuka uygun yollardan, daha teknik bir ifade ile delil yasakları ihlal edilmeksizin elde edilmiş olması gerekir²². Buna göre, ceza muhakemesinde ispat için kullanılmak istenilen bir vasıtanın, delil olarak nitelenebilmesi için iki temel niteliği bulunmalıdır²³:

Bu vasıta;

-Olayı temsil etmelidir.

-Bu olayı, temsil eden vasıta; Akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olmalıdır.

Ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililerin karar verebilmelerini temin için delillerin hazır bulundurulmasına *delillerin toplanması* denir²⁴. Deliller, yeni CMK sistemine göre, sadece soruşturma evresinde toplanır. Başka bir ifadeyle, yeni sistemde artık mahkeme delil toplamayacaktır. Zira

19) Demirbaş, Şüphelinin İfadesinin Alınması, s. 33.

20) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 258-259.

21) Demirbaş, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 71, İzmir, 1996.

22) Demirbaş, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, s. 247.

23) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 295.

24) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 298.

mahkeme, deliller toplanmadan, dosya tamamlanmadan hazırlanan iddianameyi CMK m. 174 gereğince iade etmek durumundadır.

Delil toplama işlemi sırasında, bazen temel hak ve hürriyetlere müdahale söz konusu olabilir²⁵. Burada oranlılık ilkesi daima göz önünde bulundurulmalıdır²⁶.

CMK'nın 234/1. maddesi (a) bendinde, mağdurun delilerin toplanmasını isteme hakkı bulunduğu düzenlenmiştir. Buna göre, mağdur, failin fiili işlediğini gösteren delillerin, soruşturma makamları tarafından toplanmasını talep edebilecektir.

Ceza muhakemesinde geçerli olan delil serbestliği ilkesi gereğince, mağdur, yasadışı delil oluşturmayan, tüm delillerin toplanmasını isteme hakkına sahiptir. Bu bağlamda örneğin, tanık dinlenmesini isteme hakkı vardır. Gerçi kovuşturma evresinde CMK'nın 234/1, b/4 bendinde, sadece tanıkların davetini isteme şeklinde bir ifade kullanılmışsa da, bu husus, mağdurun mahkemeden diğer delillerin toplanmasını istemesine engel teşkil etmemektedir. Başka bir delil varsa, mağdur, bunun da toplanmasını isteyebilecektir²⁷.

Soruşturma evresinde delillerin toplanmasını talep etme hakkı olan mağdur, toplanmasını istediği deliller varsa, bunları Cumhuriyet savcılığına veya adli kolluğa bildirmelidir²⁸. Örneğin, bir tanığı varsa bunun dinlenmesini isteyebilir²⁹ veya kasten yaralama veya cinsel saldırı suçunun kendisine karşı işlendiğini iddia ediyorsa, buna ilişkin delil elde edilmesi amacıyla, kendi bedeni üzerinde tıbbi muayene yapılmasını, kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnekler alınmasını isteyebilir (CMK m. 76). 25.5.2005 tarihli CMK değişikliğinden önce, CMK'nın diğer kişilerin beden muayenesini düzenleyen 76. madde metnindeki tıbbi müdahalede "mağdur" kişinin rızasının aranmadığı³⁰ görülmekte idi. Maddenin bu yönde değiştirilmesi ve mağdurlar açısından bu unsurun maddeye eklenmesi hususu doktrinde tartışılmıştı. Öyle sanıyoruz ki kanun koyucu da bu eleştirileri dikkate alıp, 5353 sayılı ve 25.5.2005 tarihli "Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile CMK'nın bu 76. maddesinde değişiklik yapılmış ve madde metni yeni baştan düzenlenmiştir. Konumuzla

25) Öztürk, Bahri, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması)*, DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, No: 17, Ankara, 1991, s. 82.

26) Öztürk, *Hazırlık Soruşturması*, s. 82.

27) Gülşen, Recep, "*Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Mağdur Hakları*", 3. Yılında Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara, (2009), s. 690.

28) Gülşen, s. 691.

29) Bunun için mağdur, tanığını Cumhuriyet savcısına getirerek dinlenmesini talep edebilir. Ancak eğer bu tanık, mağdurla birlikte gelmek istemiyorsa, savcı onu davet edebilir ve hatta zorla getirebilir. Gülşen, s. 691.

30) Ünver, Yener, "*Deliller ve Değerlendirilmesi*" *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl: 3, Sayı: 32, (Ağustos 2005), s. 2891.

ilgili olarak maddeye bu yasayla 2. fıkra eklenmiş ve bu fıkroda mağdurun rızasının varlığı halinde, 1. fıkradaki işlemlerin yapılabilmesi için 1. fıkraya göre karar alınmasına gerek olmadığı düzenlenmiştir³¹. Yeni haliyle maddenin ihtiyaca cevap veren bir hal kazandığını belirtebiliriz. Uygulamada, örneğin, mağdurun sağlık durumuna ilişkin kesin adli raporun olmaması, iddianamenin iadesi nedeni olarak kabul edilebilmektedir³². Yine, Cumhuriyet savcısı veya hâkimden, şüpheli veya sanık üzerinde bu doğrultuda işlem yapılmasını istemek hakkına sahiptir³³ (CMK m. 75).

Soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısı dışındaki bir kişi de, örneğin mağdur da, uzman mütalaası alabilir ve soruşturmayı yürüten savcıya sunabilir³⁴.

Mağdurun, koruma tedbirlerine başvurularak delil toplanmasını isteme hakkı da vardır. Her şeyden önce mağdur, CMK m. 90/1-a uyarınca, herkesin geçici olarak yakalama yapabildiği suçüstü hallerinde, faili bizzat yakalayabilir. Yine mağdur, CMK'nın 117 ve devamı maddeleri uyarınca, suça ilişkin olarak, makul şüphenin varlığı halinde, kişilerin veya delillerin elde edilmesi amacıyla, şüphelinin veya sanığın evinde, işyerinde ve diğer yerlerde ve hatta bilgisayarında arama yapılmasını; olay yeri incelemesi yapılmasını isteme hakkına sahiptir³⁵. CMK m. 127/5 gereğince, elkoyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir³⁶. Bu bildirim özellikle tazminat talebi açısından önem taşımaktadır. Zira CMK m. 141/1-j bendi uyarınca, eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya zamanında geri verilmeyen kişilerin tazminat hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, mağdurun kendisine ait olabilecek eşyaların akıbeti ile ilgili bilgi sahibi olması amaçlanmıştır. Bildirim gecikmeksizin yapılacaktır. Mağdurun bilinmemesi halinde bildirim mümkün değildir. Bildirim elkoymanın infazından sonra yapılacaktır. Eğer bildirim başarısız olacak ya da elkoyulan eşyanın değerinden fazlaya mal olacaksa bildirimden vazgeçilebilir³⁷. CMK m. 131/2 gereğince de, 128. madde hükümlerine göre elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde, sahibine iade edilir. Elbette ki bu hüküm ancak, şüpheli veya sanığa ait olduğu düşünülerek

31) Ünver, "Deliller ve Değerlendirilmesi", s. 2891.

32) Aydın, Murat, "İddianamenin Unsurları ve İadesi", Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı: 6, Mayıs 2006, s. 177.

33) Gülşen, s. 691.

34) Centel, Nur/ Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008, s. 258.

35) Örneğin, bir cinsel saldırı suçunun soruşturulmasında, bu ilişkiye ait görüntülerin kaydedildiği şüpheliye/ sanığa ait bilgisayara elkonulabilir ve bu bilgisayarda arama yapılabilir. Gülşen, s. 691.

36) Bu bildirim, **Suç Eşyası Yönetmeliği**'nin 5/5. maddesi uyarınca, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılacaktır.

37) Özbek, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 470.

elkonulan malvarlığı değerlerinin, suçtan zarar gören mağdura ait olduğunun anlaşılması durumunda uygulama alanı bulacaktır. Aksi halde, yani, baştan beri suçtan zarar gören mağdura ait olduğu bilinen malvarlığı değerlerine, zaten elkonulmayacaktır. Son olarak, mağdurun, CMK'nın 153. maddesine uygun olmak koşuluyla, vekil aracılığıyla elkonulan ve muhafaza altına alınan eşyayı inceltme hakkı olduğunu da belirtmek isteriz.

Keşif yapılması sırasında mağdur hazır bulunabilir (CMK m. 84/1). Mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, o işte şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir (CMK m. 84/3). Mağdur, keşiften önce, keşfin geri bırakılmasına neden olmamak koşuluyla, işlerin yapılması gününden önce durumdan haberdar edilir.

Mağdur, madde metninde belirtilen katalog suçlarla sınırlı olmak koşuluyla³⁸, fiile ilişkin delillerin ele geçirilmesine sağlamak için, CMK m. 135 gereğince, telefonunun dinlenmesini de isteyebilme hakkına sahiptir. Her ne kadar tele-

38) Telekomünikasyon iletişiminin dinlenebileceği suçların TCK'da yer alan suçların 1/10 oranında olduğu sonucuna ulaşabiliriz. Bu oranın hayli yüksek olduğunu ve kanun koyucunun istisnai durumu çok genişlettiğini, kural durumuna getirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bayraktar, Köksal, *“Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”*, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul, (2009), s. 91. Şimdi bu suçlara bir göz atalım.

Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

- a) Türk Ceza Kanununda yer alan;
 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (Madde 79, 80).
 2. Kasten öldürme (Madde 81, 82, 83).
 3. İşkence (Madde 94, 95).
 4. Cinsel saldırı (birinci fıkraya hariç, Madde 102),
 5. Çocukların cinsel istismarı (Madde 103).
 6. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (Madde 188).
 7. Parada sahtecilik (Madde 197).
 8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, Madde 220).
 9. (Ek alt bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) *1* Fuhuş (Madde 227, fıkra 3).
 10. İhaleye fesat karıştırma (Madde 235).
 11. Rüşvet (Madde 252).
 12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (Madde 282).
 13. Silahlı örgüt (Madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (Madde 315).
 14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (Madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.
- b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (Madde 12) suçları.
- c) (Ek bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Bankalar Kanununun 22 nci Maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.
- d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
- e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü Maddelerinde tanımlanan suçlar.

komünikasyon yoluyla iletişimi denetlenebilecek olan kişiler kural olarak ancak şüpheli veya sanık ise de; bu kuralın bir istisnası, mobil telefonlarla sınırlı olarak kabul edilmiştir. CMK m. 135/4'de yerini tespit amacıyla mobil telefonun denetlenmeye alınması özel olarak düzenlenmiştir. Burada, mobil telefonun yerinin tespitinin amacı şüpheli veya sanığı yakalayabilmektedir. Dikkat edilmelidir ki, burada izlemeye alınan mobil telefonun şüpheli veya sanığa ait olması şart değildir. Örneğin mağdura ait mobil telefon izlemeye alınmak suretiyle³⁹ şüpheli veya sanığın bulunduğu yere ulaşılma istenmektedir⁴⁰. Bu kapsamda elde edilen bilgi, belge ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesine riayet edilmesi gerekmektedir; aksi takdirde bu husustaki hükümlere aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılabilir⁴¹.

III. Soruşturmanın Gizlilik ve Amacını Bozmamak Koşuluyla Cumhuriyet Savcısından Belge Örneği İsteme

Somut bir olayı temsil eden, insan yapısı ispat araçlarına *belge*⁴² delili denilmektedir. Ceza muhakemesine konu olay hakkında delil olabilecek bir düşünceyi ihtiva eden her türlü yazıya *belge*⁴³, bunlar marifetiyle yapılan açıklamalara ise

39) Mağdurun kendisine ilişkin mahremiyet hakkından vazgeçebiliş ve vazgeçemeyeceği veya ne ölçüde vazgeçebileceği ayrı bir tartışma konusu olmakla beraber, mağdurun iletişimin denetimine rıza göstermekle başkalarının da mahremiyet hakkı konusunda bir karar vermiş olacağı, oysa buna hakkı olmadığı savunulabilir. Bu imkanın kabul edilmesi halinde, kanuna karşı hile yoluna başvurulmuş yasadaki sınırlayıcı hükümlerin bertaraf edilmesine açık kapı bırakılmış olacağı da iddia olunabilir. O nedenle, mağdurun rızası veya talebi üzerine ancak, mağdur olduğu katalog kapsamındaki suçlar bakımından denetimin mümkün olması gerektiği ve ayrıca denetim için yasadaki koşulların gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülebilir. Kaymaz, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 169.

40) Nitekim 135. maddenin dördüncü fıkrası bu nedenle 25.5.2005 tarihli ve 5353 sayılı Kanunla (m. 17) değiştirilmiş olup, değişiklik gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: “Dördüncü fıkradaki **“kullanmakta olduğu”**, **“kullanılan”** ibareleri metinden çıkarılmış, böylece şüpheli veya sanığa ulaşılabilmesini sağlayabilecek olan diğer kişilerin mobil telefonunun yerinin tespiti imkanı getirilmiştir.” Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayıncılık, 6. Bası, Ankara, 2015, s. 360.

41) 10.11.2005 tarihli, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, m. 27’de bu durum düzenlenmiştir. Aras, Bahattin, “Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbirinde Yargısal Denetim”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 30, (Şubat 2009), s. 37.

42) Bunlara CMUK döneminde (m. 85,88) “vesika” da denilmekte idi. 765 sayılı TCK’da ise (m. 339, 340, 341) bunlar için “varaka” ibaresi kullanılmıştı. Türk Medeni Kanununda ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ise (m. 287) “senet” tabiri kullanılmıştır. Balo, Yusuf Solmaz, Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Kurumu (Anonim Tanık), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 41.

43) Yenisey, Feridun, İspat Hukuku ve Fair Trial İlkesi, Ceza Muhakemesinde “Fair Trial İlkesi”, İstanbul 1999, No. 181.

*yazılı açıklamalar*⁴⁴ denir. Alman Ceza Hukukunda belge; “fikri bir muhtevası olup düzenleyicisi anlaşılabilen ve hukuki ilişkiler açısından delil olma özelliği taşıyan irade açıklamaları” olarak tanımlanmıştır⁴⁵.

Burada dikkat edilecek hususlar şunlardır⁴⁶:

a. Yazılı açıklamalar olayla ilgili olmalıdır.

b. İçeriği, delil olabilecek bir bilgi olmalıdır⁴⁷.

c. CMK açısından yazı parçası ile belge arasında, kural olarak bir fark yoktur.

d. Bunlar kolluk, savcı ve hâkim tutanakları gibi resmi; mektup veya buna benzer yazılar gibi özel olabilir.

e. Bunların kim veya kimler tarafından yazıldığıнын önemi yoktur. Anonim dahi olabilirler. Ceza muhakemesinde evrak kavramı, daha dar olarak düzenlenmiş ve yalnızca okuma yoluyla algılanabilen belgelerden söz edilmiştir (CMK m. 209 vd.).

f. Belgeler duruşmada okunur. Sanığa veya mağdura ait kişilerin verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda okunmasına mahkemece karar verilebilir (CMK m. 209).

CMK. m. 234/1-a (2) bendi uyarınca, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme hakkına sahiptir. 1.6.2005 tarihli *Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemelerinin Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin* 45/4 ve 5. maddesine göre de mağdur ve şikâyetçi, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak şartıyla vekili olmadan da Cumhuriyet savcısından dilekçeyle başvurarak belge örneği isteyebilir. Nitekim Almanya’da da suçtan zarar gören mağdur kişiye dosyayı inceleme hakkı verilmiştir (StPO § 406/c)⁴⁸.

CMK’nın 153. maddesinin 5. fıkrasında, bu maddenin içerdiği haklardan, suçtan zarar görenin vekilinin de yararlanacağı açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, CMK’nın 153/1-4 fıkraları gereğince, mağdur vekili, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilmelidir. Ancak müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması,

44) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 290.

45) Gökçen, Ahmet, *Belgede Sahtecilik Suçları* (5237 s.lı TCK. m. 204- 212), 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 45.

46) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 290.

47) Belge, hukuksal açıdan önem taşıyan olayların ispatına elverişli olmalıdır. Belgenin içeriğinde yer alan olay ve olgunun hukuksal alanda bir etkiye sahip olması gerekir. Erdem, Mustafa Ruhan, *“Belgede Sahtecilik Suçları”*, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul, (2008), s. 450.

48) Gülşen, s. 693.

soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının iste mi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetki kısıtlanabilir (CMK m. 153/2). Örneğin, bir belgenin verilmesinin failerin eline geçmesi veya içeriğinin birileri tarafından öğrenilmesi ihtimali dolayısıyla verilmemesi durumlarında bu kısıtlama kararı verilebilir⁴⁹. Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında bu kısıtlama kararı verilemez (CMK m. 153/3). Yine, mağdur vekili, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız alabilir⁵⁰ (CMK m. 153/4- son).

IV. Vekil Yardımından Yararlanma Hakkı

Vekil; katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukata denir⁵¹. Özellikle suçtan zarar görenin ceza muhakemesinde etkinliğinin artmış olması, vekil kavramının da ceza muhakemesi içine taşınmasını gerektirmiş; yasa koyucu “vekil” tanımını da yapmak durumunda kalmıştır. Hemen belirtelim ki, yasa koyucu burada mağdur kavramını da “suçtan zarar gören” içinde ele almış, ayrıca “mağdur” kavramına yer vermemiştir ki bu bizce yerinde bir düzenleme olmamıştır. Zira mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarının farklarının ortaya konması bakımından, bu ayrımın yasa metnine alınması yol gösterici nitelikte olabilirdi.

Ceza muhakemesinde, bir insan hakkı olan savunma hakkının tam manasıyla kullanılabilmesi için avukat gibi teknik hukuk bilgisi ile donatılmış bir yardımcıya ihtiyaç vardır⁵². Bilindiği gibi, iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyetten oluşan ceza muhakemesinde, iddia makamında savcı, yargılama makamında da hâkim vardır ve her ikisi de belli bir hukuk öğreniminden geçmiş ve bilgilerini staj gibi belirli mesleki çalışmalarla pekiştirmiş uzman kişilerdir⁵³. Bu uzman kişilerin yanında, teknik hukuk bilgisinden yoksun olan mağdur gibi

49) Ne var ki, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının, vekil avukatın soruşturma dosyasını ve delilleri incelemeye ilişkin talebini reddetmesi halinde, bu karara karşı bir yargısal yol olarak mahkemeye itiraz yolu da kabul edilmemiştir. Kanunda bu hususa açıkça yer verilmemiştir. Bu durum, Cumhuriyet savcısının kamu adına soruşturmanın yürütücü olmasının bir sonucu olarak yorumlanmaktadır. Gülşen, s. 693.

50) Mağdur vekilinin de yargı organlarından belge örneği alması vekâletname ibrazına bağlıdır. Nitekim Avukatlık Kanununun 2/3. maddesi ve 2005 tarihli Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinin Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 45. maddesi, bu doğrultuda bir düzenleme içermektedir.

51) CMK'nın tanımlar başlıklı 2. maddesinde vekilin tanımı böyle yapılmaktadır. Müdafî ise, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı ifade etmektedir.

52) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 213.

53) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 213.

kişilerin haklarının savunulmasında avukatın rolü çok büyüktür ve yükümlülüğü de ağırdır. Zira Hukuk Genel Kurulu'nun 11.04.2007 tarihli ve E. 2007/13-198, K. 2007/199 sayılı kararına göre, avukatın müvekkile karşı görevini en iyi şekilde ifa etmesi yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁴.

Yeni CMK eski CMK ile elde edilen kazanımları korurken, devrim niteliğinde bir yenilik getirmiştir. Buna göre, “şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî görevlendirilir. Şüpheli veya sanık onsekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafî de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir. Mağdurlar bakımından da geçerli olacak bu düzenlemeyle, kişilerin yargılama aşamasında tekrar mağdur edilmelerinin büyük anlamda önüne geçilmiştir. Görüldüğü üzere yeni kanunda mağdur bakımından kendisine bir vekil atanmasını isteme hakkı kabul edilmiş, bu şekilde suçtan etkilenen kişilerin de ihlal edilen haklarını korumak bakımından rahatlıkla hukuki yardım almalarına imkân tanınmıştır⁵⁵. Her ne kadar iddia makamını zaten devlet adına savcı işgal etse de, suçtan zarar görenin onunla görüşüp ondan hukuki yardım alması ve haklarının korunmasını istemesi fiili olarak neredeyse imkânsızdır⁵⁶. Bu itibarla kanunun suçtan zarar gören bakımından isteğe bağlı olarak vekil atanmasını öngörmesi gayet yerinde olmuştur. Bu sayede, vekil, duruşmada da iddia görevini yerine getirmek bakımından çekişmeli muhakemede etkin rol oynayacak ve böylelikle hem suçtan zarar görenin haklarının korunmasına hem de maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edecektir⁵⁷.

A. Tüm Mağdurlar Bakımından

CMK öncelikle bütün mağdurlar bakımından soruşturma aşamasında vekil yardımından yararlanmayı kabul etmiştir. Ancak kimi mağdurları, işledikleri suçun ağırlığından dolayı, kimi mağdurları da daha fazla korunmaya muhtaç gördüğü için, bunlar bakımından zorunlu vekil tayinini gerekli kılmıştır.

1. Ağır Olmayan Suçların Mağdurlarına Tanınan Haklar

Bilindiği üzere, yaptırımı ceza olan, tipe (kanundaki suç tarifine, kalıbına) uygun, hukuka aykırı, kusurlu insan hareketine suç denilmektedir. Suç işlediği yargısal bir karar ile sabit olan kimseyi yine yargısal bir kararla kusurunun karşılığı olarak bazı yoksunluklara tabi kılarak ıslah etmek (özel önleme) ve genel

54) Altıparmak, Cüneyd, “Avukatın Meslekten Doğan Hukuki Sorumluluğu”- Karar Tahlili-, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, (THD), Yıl: 4, Sayı: 30, (Şubat 2009), s. 151.

55) Karakehya, Hakan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Ankara, 2008, s. 73.

56) Karakehya, s. 73.

57) Karakehya, s. 73.

önlemeyi temin etmek olan korkutucu yaptırıma ise ceza denir⁵⁸. Cezanın görevi, faile kusurlu hareketinin karşılığını ödetmek, hukuk düzeninin devam etmesine katkıda bulunmak, toplumun hukuk bilincini kuvvetlendirmek ve başkalarının suç işlemesine engel olmaktır⁵⁹. Verilecek olan cezanın türü, suçun ağırlığına göre belirlenmektedir. TCK' da suç karşılığı uygulanabilecek cezalar, hapis cezası ve adli para cezası olarak belirlenmiştir (TCK m. 45). Şu anki TCK uygulamasında, verilebilecek en ağır ceza, 2001 yılında ölümün cezasının kaldırılmasıyla ortaya çıkan boşluğu doldurmak üzere kabul edilen, ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezasıdır. Daha sonra ömür boyu hapis cezası ve sonra süreli hapis cezaları gelmektedir. Hapis cezalar veya başka bir ifadeyle, hürriyeti bağlayıcı cezalar, ağır ve orta ağırlıktaki suçlar için öngörülen yegâne ceza cinsi olduğu ve ödenmeyen para cezasından sonra uygulanan yedek ceza teşkil ettiği için cezalar sisteminin bel kemiğidir⁶⁰. Belirttiğimiz üzere, bu cezaların tayininde suçun ağırlığı rol oynamaktadır. Bu duruma ifade etmek üzere de, ağır cezayı gerektiren suçlar bakımından, ağır suç veya tersi durumda, ağır cezayı gerektirmeyen suç, ifadeleri kullanılabilir.

Ağır cezayı gerektirmeyen suçların mağdurları, soruşturma evresinde vekil yardımından yararlanabilmektedirler. Bunlar bakımından kanun koyucu zorunlu vekilliği kabul etmemiş; istemleri halinde bu yardımdan yararlanabileceklerini düzenlemiştir.

2. Bazı Ağır Suçların Mağdurlarına Tanınan Haklar

Ağır suçların mağdurları bakımından kanun koyucu özel bir düzenleme yapma gereği duymuştur. Ancak bunu ağır suç olarak kabul edilebilecek tüm suçlar bakımından yapmamış, kendi içinde yine bir sınırlamaya gitmiştir. Aşağıda bunları ele alacağız.

a) Cinsel Saldırı Suçlarında⁶¹

Cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bu-

58) Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 387.

59) Demirbaş, Timur, İnfaz Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 58.

60) Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş- Kusur ilkesi- Ulrich Sieber Ceza Hukukunun Sınırları (Tercüme Eden: Feridun Yenisey), İstanbul, 2007, s. 63.

61) Cinsel saldırı suçları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, Öykü Didem, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:2, (Sonbahar 2004), s. 152; Sevük, Handan Yokuş, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", TBB Dergisi, Sayı 57, (2005), s. 243; Centel, Nur, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", Prof. Dr. Kenan Tunç Omağ'a Armağan, İstanbul, 1997, s.61; Malkoç, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Ankara, 2009, s. 1-161. Hekimoğlu, Atilla, "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar", Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul, 2008, s. 343 344.

lunulması suretiyle ihlal edilir⁶². Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır⁶³. Bu bölümde yer alan suçlar, esasen kişiye karşı işlenmiş olan suçlar olması itibarıyla, İkinci Kitabın “Kişiler Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısım altında düzenlenmişlerdir.

TCK m. 102’de düzenlenen cinsel saldırı suçunun birinci fıkrasında, cinsel saldırı suçunun temel şekli tanımlanmıştır. 102. madde, bünyesinde hem 765 sayılı TCK’ nun tasaddi olarak tanımladığı eylemi, hem de irza tecavüz olarak tanımladığı eylemi taşımaktadır⁶⁴. Bu suçun oluşabilmesi için, cinsel arzularını tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekir.

Suçun temel şekline ilişkin maddi unsuru, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzularını tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar oluşturmaktadır. Suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehvi nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehvi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez.

Söz konusu suç, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşı da işlenebilir.

Suçun temel şekline ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdurun şikâyetine bağlı tutulmuştur. Malkoç, bu suç bakımından, suçtan zarar gören ile mağdurun aynı gerçek kişiyi ifade ettiğini belirtmektedir. Yazara göre; her suç bakımından suçtan zarar görenin mağdur olarak değerlendirilemeyeceğini;⁶⁵ yeni sistemde mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarının her zaman için aynı kişiyi ifade etmediğini belirtmekte; buna karşılık cinsel saldırı suçlarında suçtan zarar gören ile mağdurun aynı gerçek kişiyi ifade ettiğini açıklamaktadır⁶⁶.

Maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hali olarak tanımlanmıştır. Suçun bu nitelikli hali için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan, söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkrada tanımlanan

62) TCK m. 102’nin gerekçesinden alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gündel, Ahmet, 5237 Sayılı TCK’ da Cinsel Saldırı- Cinsel İstismar (Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme- Hürriyeti Kısıtlama Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları), Ankara, 2009, s. 11 vd.

63) Üzülmüş, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara, 2009, s. 252.

64) Kızıroğlu, Serap Keskin, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar”, Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara, (2008), s. 1001.

65) Malkoç, s.13.

66) Malkoç, s.13.

nitelikli halinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir. Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır. Ancak, bu durumda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikâyetine bağlı kılınmıştır. Şunu da belirtelim ki, viktimoloji alanında yapılan araştırmalar, eşler arasında gerçekleşen cinsel saldırı suçlarındaki suç mağdurlarının diğer birçok suç tipinin mağdurları arasında en fazla acı çeken mağdur gruplarından birisini oluşturduğunu; buna rağmen pek çok etken nedeniyle bu suç mağdurlarının suçu ortaya çıkarmakta isteksiz davrandığını ve buna bağlı olarak da bu suç tipleri açısından da çok büyük miktarda siyah sayının söz konusu⁶⁷ olduğunu göstermiştir.

Üçüncü fıkrada, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurları tanımlanmıştır. Buna göre, suçun, a) beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, d) silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, verilecek cezanın belirlenen oranda arttırılması gerekmektedir. (d) bendinde, cinsel saldırının birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, söz konusu suçun örneğin bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, sadece bu nedenle (d) bendi hükmüne istinaden cezada artırım yapılamayacaktır.

Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hali dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler. Maddenin dördüncü fıkrasına göre, bu suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir.

67) Dülger, Murat Volkan, “Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağduru Üzerindeki Etkileri Ve Mağduru Korumaya Yönelik Önlemler”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80, Sayı: 2006/1, s. 559.

Beş ve altıncı fıkralarda cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir. Bu itibarla, cinsel saldırı suçunun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Keza, cinsel saldırı sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Ancak, bu durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir.

Mağdurun maruz kaldığı cinsel saldırı nedeniyle beden sağlığının veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti, uzmanlığı gerektiren bir durum olduğundan bilirkişi raporu alınması gereklidir⁶⁸. Yüksek mahkemenin, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konularında nereden rapor alınması konusundaki görüşüne gelince⁶⁹;

Yüksek mahkemenin kabulüne göre, mağdur için alınan uzman hekim raporunda, mağdurun eylem nedeniyle beden veya ruh sağlığının bozulmadığı bildirilmiş ise ve hâkimin bu konuda dosyaya yansıyan bir tespiti bulunmamakta ise ve bu yönde herhangi bir iddia da bulunmamakta ise, bu durumda artık Adli Tıp Kurumundan rapor almaya gerek yoktur, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmadığı kabul olunarak karar verilmelidir. Eğer alınan uzman hekim raporunda mağdurun eylem sonucu beden veya ruh sağlığının bozulduğu bildirilmiş ise veya bu yönde hâkimin bir tespiti bulunmakta ise veya aynı yönde bir iddia bulunmakta ise, Yüksek Mahkemenin en son kabulüne göre, mutlaka Adli Tıp Kurumundan, mağdurun eylem sonucu beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konusunda rapor aldırılması gerekir. Yüksek mahkeme, adli tıp uzmanından, tam teşekküllü devlet hastanesinden ve üniversite hastanesinden alınan raporların hiç birini kabul etmemekte; mutlaka Adli Tıp Kurumundan da rapor alınması gerektiği yönünde bozmalar yapmaktadır.

Cinsel saldırılara yönelik yapılandırılmış özel merkezlerde farklı branşlardan uzmanlardan oluşan bir ekiple multidisipliner yaklaşımla standart muayene formlarının kullanılması hem sağlıklı değerlendirmeler yapılmasını hem de mağdurun defalarca muayene edilerek ruhsal ve bedensel travmaya maruz kalmasını engelleyecektir⁷⁰. Sağlık Bakanlığının standart muayene formlarından biri olan “Cinsel Saldırı Muayene Formları” erkekler ve kadınlar için ayrı ayrı düzenlenmiştir⁷¹.

68) Aydın, Murat, “Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 40, (Aralık 2009), s. 81.

69) Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artaç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III (m.86-146), Adalet yayınevi, Ankara, 2010, s. 3250.

70) Cantürk, Nergis, “Cinsel Saldırı Mağdurlarının Muayene Prosedürü”, Türkiye Klinikleri Cerrahi Tıp Bilimleri Dergisi- Adli Tıp ve Acil Özel Sayısı, Cilt: 2, Sayı: 50, (2006), s.54.

71) Cantürk, s. 54.

Cinsel saldırı, mağdurun rızası dışında kendisine karşı gerçekleştirilen bir eylem olduğu için, hukuken geçerli bir rızanın varlığı halinde (TCK m. 26/2) ortada bir saldırı bulunmayacağından eylem hukuka uygun hale gelecek; suç teşkil etmeyecektir⁷².

Mağdur, soruşturmanın her aşamasında avukat yardımından yararlanabilmelidir. Buna göre, mağdur kendisine bir avukatın atanmasını isteyebilmelidir. Kendisi avukat tutabilecek mali güce sahip değilse, avukatlık giderleri adli yardım çerçevesinde karşılanmalı ve sanık gibi mağdura da ücretsiz olarak avukat yardımından yararlanma olanağı sağlanmalıdır⁷³.

Cinsel suç mağdurunun vekili bulunmaması halinde, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkı vardır. Buna göre, mağdur, vekil avukatı yoksa ve bunu isterse, soruşturma evresinde kolluk görevlileri ve Cumhuriyet savcılığı, barodan bu hususta talepte bulunur, kovuşturma evresinde ise bu talep, mahkeme aracılığıyla baroya iletilerek yerine getirilir⁷⁴. Uygulamada, mağdurun vekil avukat isteyip istemediği sorularak bu husus tutanağa geçilmektedir. Mağdur, vekil avukat istediği takdirde, durum soruşturma ve kovuşturma makamlarınca baroya iletilerek vekil avukatın görevlendirilmesi yoluna gidilmektedir⁷⁵. Eğer mağdur, baro tarafından kendisine sağlanan vekil avukattan vazgeçerek kendisi bizzat bir vekil avukat seçerse, bu takdirde baro tarafından sağlanan vekil avukatın görevi kendiliğinden sona erecektir. Zira yasada açıkça mağdurun “vekili yoksa” baro tarafından vekil sağlanacağı belirtildiğine göre, bunun doğal sonucu olarak mağdurun vekili var olduğunda, baronun atadığı vekilin görevinin sona ermesi gerekecektir. Kaldı ki, şüpheli ve sanık müdafisine ilişkin olarak CMK'nın 156/3. maddesinde aynı yönde bir hükme yer verilmiştir. Ceza muhakemesi hukukunda açısından, kural olarak kıyasın mümkün olması dolayısıyla ve silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak aynı sonuca ulaşılabilir⁷⁶.

b) Alt Sınırı Beş Yıldan Fazla Hapis Cezasını Gerektiren Suçlarda

Kanunda ayrıca gösterilmeyen durumlarda, süreli hapis cezasının alt sınırı 1 ay, üst sınırı ise 20 yıl olarak öngörülmüştür (TCK m. 49/1). Ancak kanun, suç karşılığı verilecek cezanın alt ve/veya üst sınırını ayrıca göstermiş olabilir. Böyle bir durumda, TCK m. 49'da öngörülen alt ve/veya üst sınır değil; ilgili suç

72) Ünver, Yener, “*Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*”, Türk Ceza Kanunu 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul, (2008), s. 300.

73) Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 897; Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil yayınevi, Ankara, 2006, s. 97.

74) Gülşen, s. 687.

75) Gülşen, s. 687.

76) Gülşen, s. 687.

açısından kanunun ayrıca göstermiş olduğu alt ve/veya üst sınır göz önünde bulundurulacaktır⁷⁷.

Demek ki, ağırlaştırılmış ömür boyu hapis, ömür boyu hapis ve alt sınırı beş yıldan fazla olan hapis cezalarına hükmedilmesi durumunda, CMK m. 234/a-3 bendi uygulama alanı bulacaktır ve istemleri halinde baro tarafından kendilerine vekil avukat görevlendirilmesi yapılacaktır. Eyleyelim ki, mağdurdan farklı olarak, şüpheli veya sanık hakkında alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından zorunlu müdafilik sistemi kabul edilmiştir (CMK m. 150/3). Oysaki alt sınırı beş yıl olan hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesini gerektiren suçlar bakımından, bu suçların mağdurlarının vekili bulunmaması halinde, baro tarafından kendilerine avukat görevlendirilmesi ancak istemlerinin varlığı halinde mümkün olabilmektedir.

Yukarıda cinsel suç mağdurlarının istemi halinde baro tarafından görevlendirilen vekil ile ilgili yaptığımız açıklamalar, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da geçerlidir.

B. Çocuklar, Sağır Veya Dilsiz Ya da Meramını İfade Edemeyecek Derecede Malul Olan Kimseler Bakımından

Bir kişi ancak belirli bir yaş olgunluğuna sahip olduktan sonra ve tam bir hareket ile irade ve şuur serbestisi içinde iken işlediği suçlara karşı ceza görebilir veya mağdur durumunda iken genel kurallara tabi olabilir⁷⁸. Eğer bu konuda kanunda belirtilen şartlar oluşmuyorsa, mağdura zarar veren kişinin (suçlunun) alacağı cezanın da bu oranda artırılması gerekmektedir⁷⁹. Bu bağlamda, kanun koyucu, bazı mağdurları korunmaya muhtaç gördüğü için, bunlar bakımından özel düzenlemeler öngörmüştür. Bunlardan biri ve belki de en önemlisi, istemleri aranmaksızın bir vekil görevlendirilmesi (CMK m. 234/2) düzenlemesidir. Buna göre, mağdur, on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir. O halde sayılan niteliklere sahip bulunan kişiler bakımından, adeta **vekil görevlendirme zorunluluğu** bulunduğu

77) O halde, kanunda cezanın alt ve/veya üst sınırı ayrıca gösterilmiş değilse, bu takdirde hükmedilecek ceza TCK m. 49'da öngörülen alt ve/veya üst sınırlar arasında bir ceza olacaktır. Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 396.

78) Özçetin, Adnan, "Mağdur Olarak Psikiyatrik Bozukluğu Olan Hastalar", Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi- Adli Psikiyatri Özel Sayısı, Cilt: 4, Sayı: 2, (Aralık 2003), s. 97.

79) Özçetin, s. 97.

nu söyleyebiliriz⁸⁰. CMK m. 234/2’de düzenlenen bu hüküm ile CMK’nın 150/2 maddesindeki şüpheli veya sanık hakkında müdafî görevlendirmesine paralel bir düzenleme yapıldığını görmekteyiz. Böylece, silahların eşitliği ilkesinin bir sonucu olarak, mağdura da vekil avukat görevlendirilmesi zorunlu hale getirilmiştir. Zorunlu vekilliğin söz konusu olduğu durumlarda, vekil avukatın mağdurun dinlenmesi esnasında bulunması mecburidir⁸¹.

Aşağıda vekil görevlendirme zorunluluğu bulunan üç ayrı mağdur grubunu inceleyeceğiz.

1. Çocuklar

Mağdur çocuk kavramını ifade etmek açısından, Anayasamızda ve diğer yasalarda “korunmaya muhtaç çocuk” terimi tercih edilmiştir⁸². Mevzuatımızda korunmaya muhtaç çocuk kavramı en geniş şekliyle “*Korunmaya Muhtaç Küçükler Hakkında Tedbir Uygulanması*” başlığı altında Çocuk Mahkemelerinin Kurulu-şu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 14. maddesinde “*veli, vasi, bakmakla mükellef olan kimse veya Cumhuriyet Savcılığının talebi üzerine, beden, ruh ve ahlak gelişmeleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olan yahut ebeveynine karşı vahim bir itaatsizlikte bulunan küçükler*” olarak tanımlanmıştır⁸³.

Ceza adaleti sistemi muamelelerinde, çocuğun en yüksek çıkarlarının korunması⁸⁴ öncelikli amaç olmalıdır. Bunu sağlamak üzere ceza yargılamasında sanığın yaşından dolayı getirilmiş istisna kuralları olduğu⁸⁵ gibi, mağdur bakımından da getirilmiş istisna kuralları bulunmaktadır⁸⁶. Bunlardan belki de en önemlisi, CMK 234/2’de düzenlenen, zorunlu vekillik kurumudur. Bunun dışında gerek

80) Öte yandan burada sadece mağdurdan söz edildiğine dikkat çekilmelidir. Zira söz konusu nitelikler şikâyetçi olmayı engeller. Çünkü şikâyetçi olmak için şikâyetin anlamını ve sonuçlarını kavrayabilecek yeterliğe sahip olmak gerekir. Ancak 18 yaşını doldurmamış kişi temyiz yeteneğine sahipse şikâyetçi olabileceğinden vekil görevlendirme zorunluluğunun mağdur ile sınırlı tutulmasının yerinde olmadığı da savunulabilir. Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 899.

81) Gülşen, s. 688.

82) Yüksel, Saadet, “*Çocuk Mağduriyetinin Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi*”, Hukuk ve Adalet- Eleştirel Hukuk Dergisi, Sayı: 9, (Yıl: 2007 Kış), 273.

83) Yüksel, s. 273.

84) Otacı, Cengiz, “*Ceza Yargılamasında Mağdura Kayyum Atanması*”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 53, (Ocak 2011), s. 67.

85) Gözütok, Zeki, *Küçüklerin Yargılanması Ve Ceza Davalarında Yaş İstisnaları*, Ankara, 2001, s. 19.

86) Bu alanda önemli bir uluslararası belge olan 25.05.2000 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol, 4755 sayılı Kanunla onaylanmış, 14.5.2002 tarihli ve 24755 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bu protokolün 8/3 maddesine göre taraf devletler, protokolda tanımlanan suçların mağduru çocuklara yönelik ceza adaleti sistemi muamelelerinde, çocuğun en yüksek çıkarlarının öncelikli olarak gözetilmesini garanti edeceklerdir. Otacı, s. 68.

TCK ve gerekse CMK⁸⁷ bakımından çocuklara yönelik düzenlemeler göze çarp-

87) Çocukluk mevzuatımızda oldukça etkili bir kavram olmuştur. Sadece TCK ve CMK' da değil; Çocuk Koruma Kanunu ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun yönünden de öngörülen düzenlemeler dikkate çekmektedir. Bunlara örnek vermek gerekirse;

Çocuk Koruma Kanunu yönünden;

- Çocukların yargılanmasında, öncelikle Çocuk Koruma Kanunu uygulanır.
- Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri dışında, çocukların yargılanmasında Cumhuriyet savcısının duruşmaya katılmayacağı hükmü getirilmiştir (ÇKK m. 25, Geçici m. 1).
- Tüm kurum ve kuruluşlar, korunma ihtiyacı olan çocuktan haberleri olduğunda yetkili kuruluşa haber verme yükümlülüğü altındadır (ÇKK m. 6).
- Suça sürüklenen çocuk hakkındaki soruşturma Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılır (ÇKK m. 15).
- Cumhuriyet savcısınca yapılan soruşturma işlemleri ile ifade alma sırasında, çocuğun yapılan işlemlerden fazla etkilenmemesi için, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi de hazır bulundurulur (ÇKK m. 15).
- Gözaltına alınan çocuklar, kolluğun çocuk biriminde tutulacak, eğer böyle bir birim yoksa mutlaka büyüklere ayrı tutulmaları sağlanacaktır (ÇKK m. 16).
- Çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemleri halinde, hazırlık soruşturmasında çocuklara ilişkin evrak tefrik edilerek (ayrılarak) ayrı dosya üzerinde soruşturma yapılacaktır (ÇKK m. 17).
- Çocukların nakli sırasında zincir, kelepçe ve benzeri aletler takılmayacaktır (ÇKK m. 18).
- Kamu davasının açılmasının ertelenme süresi çocuklar için 3 yıldır (ÇKK m. 19).
- Çocuklarda kamu davasının açıklanmasının ertelenmesinde ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında, denetim süresi 3 yıldır (ÇK m. 19, 23).
- Çocuklar hakkında adli kontrol tedbiri olarak CMK' nun 109. maddesinde belirtilen tedbirlere ek tedbirler öngörülmüştür (ÇKK m. 20).
- Onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı tutuklama kararı verilemeyecektir (ÇKK m. 21).
- Cumhuriyet Başsavcılığında ve kollukta çocuklara özgü büro kurulacağı belirtilmiştir (ÇKK m. 29, 30,31).
- Çocuk mahkemelerinde, sosyal çalışma görevlileri bulunacak; bu mahkemeler de gerektiğinde çocuklar hakkında sosyal inceleme yaptırabileceklerdir (ÇKK m. 33, 34, 35).
- Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun yönünden
- Çocuk hükümlüler mümkün olduğunca çocuk ceza evinde kalacaklardır (CGİK m. 11).
- Çocuk eğitim kurumlarında çocukların eğitimleri sağlanacaktır (CGİK m. 15).
- Hükümlüler gruplandırılırken, çocuklar ayrı gruplara ayrılacaklardır (CGİK M. 24).
- Çocuk hükümlülerin çalıştırılması yalnızca meslek eğitimine yönelik olur. Öğretim kurumlarına veya örgün eğitime devam eden çocuk ile genç hükümlüler, öğretim yılı içinde atölye ve işyerlerinde çalıştırılmazlar (CGİK m. 29).
- Çocuk hükümlüler, kendi yaşam alanları veya eğitsel amaçlar dışında kurum içi hizmetlerde çalıştırılmazlar (CGİK m. 31).
- Çocuk hükümlüler hakkında uygulanacak disiplin tedbirleri ve disiplin cezaları ayrıca öngörülür (CGİK m. 45, 46).
- Çocuklar hakkında kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı, zorlayıcı araçlar kullanılmaz (CGİK m. 50/2).
- Anaları hükümlü olup da dışarıda korumasına bırakılacak kimsesi bulunmayan sıfır-altı yaş grubundaki çocuklar, annelerinin yanında kalabilirler (CGİK m. 65).
- Çocuk eğitim evlerinde hükümlüler, ücretli telefonlarla serbestçe görüşme yapabilirler (CGİK m. 66).
- Çocuklar hakkında hükmedilen; adli para cezası ile hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi halinde, bu cezalar hapse çevrilemez (CGİK m. 106/4).
- Çocuğun yaşı doluncaya kadar, infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak hesaplanır. Buradaki yaş sınırı 18 iken, 19.12. 2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı yasayla değiştirilerek 15'e inmiştir.

maktadır⁸⁸. Türk Ceza Kanununda çocukların kendilerine karşı işlenen bir kısım suçlar bakımından da korunduğu görülmektedir⁸⁹.

Suç mağdurları içinde çocuk ve gençlerin özel bir önemi vardır⁹⁰. Mağdurun yaşı, bazı suçlarda, suç niteliğinin belirlenmesinde önem taşımaktadır⁹¹. Buna göre; Kasten adam öldürme suçunun maktulü çocuk olursa nitelikli insan öldürme suçunu oluşturur (TCK m. 82/1); İşkence suçunun çocuğa karşı işlenmesi hali nitelikli hal olarak öngörülmüştür (TCK 94/2a); Eziyet suçunun çocuğa karşı işlenmesi hali nitelikli hal olarak öngörülmüştür (TCK m. 96/2a); Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların çocuklara karşı işlenmesi hali ayrı suç olarak düzenlenmiştir (TCK m.103); Reşit olmayan çocuklarla cinsel ilişki şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenmiştir (TCK m. 104); Kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun çocuğa karşı işlenmesi artırım nedeni olarak öngörülmüştür (TCK m. 109/3-f); Çocuklara alkollü içki ve tütün mamulleri gibi sağlık için tehlikeli madde temin etmek, vermek ve tüketime sunmak ayrı suç olarak düzenlenmiştir (TCK m. 194); Çocuğu fuhşa teşvik etmek suç olarak düzenlenmiştir (TCK m. 227); Çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri vermek, bunların içeriğini göstermek, okumak-okutmak ayrı suç olarak düzenleme altına alınmıştır (TCK m. 226); Çocuklara kumar oynaması için yer ve imkân sağlamak artırım nedeni kabul edilmiştir (TCK m. 228/2); Ana babanın çocuğu kaçırmaması veya alıkoyması icra ve iflas kanunundan farklı şekilde suç haline getirilmiştir (TCK m. 234); Mağduru çocuk olan suçu bildirmeme, artırım nedeni olarak öngörülmüştür (TCK m. 278/3).

Çocuğun çocuğa karşı işlediği suçlara da maalesef uygulamada rastlanmaktadır. Nedeni ne olursa olsun çocuğun çocuğa karşı işlediği suçlarda, özellikle şiddet vakalarında⁹², suçun hem mağduru hem de faili çocuk olması nedeniyle bunlara yönelik önlemlerin özellikle ve öncelikle ele alınması gerekmektedir.

TCK'nın çocuklara karşı işlenen suçlar bakımından öngördüğü düzenlemelerden biri de çocuklara karşı işlenen suçlarda, zamanaşımı süresinin başlangıcının farklı olduğunu düzenleyen 66/6. maddesidir.

88) Çocuklara yönelik bu özel düzenlemelerin yanı sıra, çocuğa özgü kurumlar da kabul edilmiştir. Cumhuriyet Başsavcılığı çocuk bürosu, çocuk kolluğu, çocuk mahkemeleri gibi. Sevik, Handan Yokuş, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk, (Ankara 2009), s. 628-631.

89) Balo, Yusuf Solmaz, Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması, s. 92.

90) Gerçek, Leyla Çakıcı, "Gençlik ve Mağduriyet Üzerine Bir Anket Çalışması", Adli Bilimler Dergisi, Cilt: 8, Sayı:4, Aralık 2009 (s. 11-22), s. 11.

91) Gözütok, s. 19.

92) Acar, Kemalettin/ Büke, Akile/ Boz, Bora/ Kurtuluş, Ayşe, "Şiddetin Sorumlusu ve Mağduru Olan Çocuklar: Testiküler Travmalı Bir Olgu Sunumu", Adli Bilimler Dergisi, (Haziran 2005), Cilt: 4, Sayı: 2, s. 61.

Ceza Muhakemesi Kanunu yönünden de mağdur çocuklar bakımından önemli bazı düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Buna göre; Mağdur çocukların tanıklığında görüntü veya ses kaydına alınmasında zorunluluk bulunmaktadır (CMK m. 52); Tanıklıktan çekinebileceklerden olup da çocuk olması nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanuni temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebileceklerdir (CMK m. 45); Yine çocuğun muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verir (CMK m. 76); Şikâyete bağlı suçlarda, şikâyet olmadan şüphelinin yakalanmaması kuralı çocuklara karşı işlenen suçlar hakkında uygulanmaz. CMK m. 90/3' e göre, soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikâyete bağlı değildir; Çocukların cinsel istismarı suçu, tutuklama için kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığının yeterli sayıldığı katalog suçlar arasında sayılmıştır (CMK m. 100/3a-6); Çocuk hakkında yapılacak duruşmalar kapalı olarak yapılır, hüküm de kapalı duruşmada açıklanır (CMK m. 185); Duruşmanın düzenini (inzibatını) bozması nedeniyle kişi, hâkim veya başkan tarafından dışarı çıkarılırken, direnç gösteren veya karışıklığa neden olan çocuk hakkında disiplin hapsi uygulanmaz (CMK m. 203/3).

TCK' nın 6/1b maddesine göre, çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 1. maddesine göre, "daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır." Bu iki tanım arasındaki en önemli fark, Sözleşme ile daha önce reşit olma nazara alınırken, TCK bakımından bu durum dikkate alınmamış; çocuğun on sekiz yaşını doldurmadan reşit olmasına değer verilmemiştir⁹³. Buna göre, TCK' nın 6. maddesindeki tanıma göre, çocukluk on sekiz yaşın doldurulmasına kadar devam etmektedir. Buradan hareketle, on sekiz yaşın içinde bulunan bir kimsenin çocuk sayılacağı tartışmasızdır⁹⁴.

Ceza hukuku sistemimiz gerek şüpheli veya sanık durumundaki suça sürüklenen çocuklar ve gerekse mağdur çocuklar bakımından önemli düzenlemeler içermektedir. Öncelikle suça sürüklenen şüpheli veya sanık durumundaki çocuklar bakımından, Türk Ceza Kanununun öngördüğü üç grup düzenlemeyi inceleyecek olursak; bunlar, 0-12, 12-15 ve 15-18 arası yaş grubudur. Bu yaş gru-

93) Yaşar/Gökcan /Artuç, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt I (Madde 1-44), (Ankara 2010), s. 91-92.

94) 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda da çocuk: "Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi" olarak ifade edilmiş ve TCK'daki tanıma uygun bir tanım yapılmıştır. Yani, Birleşmiş Milletler Sözleşmesindeki tanımın aksine, ÇKK da 18 yaşını doldurmadan ergen olmayı kabul etmemiştir.

bunda bulunan çocukların suç işlemleri durumunda, yaş küçüklüğünün kusur yeteneğine etkisi bakımından ayrı düzenlemeler öngörülmüştür⁹⁵. 12-15 yaş grubu çocukların işlediği suç nedeniyle algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığı konusunda, başka bir ifadeyle, ceza sorumluluğunun tayini bakımından artık uzman hekim raporu değil; 5237 sayılı Kanunun 31/2. Maddesi ve 5395 sayılı Yasa uyarınca sosyal inceleme raporu alınması gerekmektedir. Yargıtay 1. CD'nin 28.2.2007, 958/912 numaralı kararına göre; “5237 sayılı Kanunun 31. Maddesi uyarınca; yaşı küçük sanığın içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik şartları ve psikolojik ve eğitim

95) Yukarıda belirttiğimiz gibi, suça sürüklenen çocuklar bakımından, TCK yaş küçüklüğünü üç grup olarak öngörmüştür.

1. Bunlardan 0-12 yaş grubunun yani çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kural, ceza sorumluluğu bakımından mutlakdır. TCK, çocuklar hakkında kusur yeteneğine sahip bulunup bulunmadıkları konusunda bir araştırma yapılmasını kesinlikle yasaklamıştır. Ancak çocuğun işlediği fiille, kusur yeteneğine sahip olan kişi iştirak ederse, “cezalandırmayı önleyen kişisel nedenler” göz önünde bulundurulmayacağı için (TCK m. 40/1 c.2), iştirak eden kişinin cezalandırılmasına bir engel yoktur. 12 yaşını bitirmemiş bir çocuk her hangi bir fiil işlediği takdirde, suçun türü ve işleniş tarzı ne olursa olsun ve sanık çocuğun ruhsal-zihinsel gelişmesi ne kadar mükemmel olursa olsun, o çocuğun kanun nazarında fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmediği çürütülmesi olanaksız bir karine olarak kabul edilmiş ve dolayısıyla hakkında herhangi bir cezaya hükmedilemeyeceği öngörülmüştür. TCK 31'e göre, ceza sorumluluğu bulunmayan çocukların güvenlik tedbiri sorumluluğu vardır. TCK m. 56, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu göstermemiş, bu konuda ilgili kanun olan Çocuk Koruma Kanunu' na gönderme yapmıştır.

2. 12-15 yaş grubuna girenler yani küçükler bakımından, bunların işlediği fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmesi yönünden bir ayırım yapılmaktadır. TCK m. 31/2'ye göre, eğer bu kişilerin işlediği fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş ise, ceza sorumlulukları yoktur; bunlar 0-12 yaş grubu çocuklar gibi işlem görürler. Değilse ceza sorumlulukları vardır; ancak cezaları indirilerek verilir. Failin işlediği suçun anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği, işlenen suçun niteliğine göre değişebilecektir. Örneğin kasten yaralama suçunun hukuksal anlam ve önemini algılayan ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip bir çocuğun kasten öldürme suçu bakımından da bu durumda olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekir. Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir(Y. 1 CD. 23.12. 1981, 5156/5067). Bu dönemde bulunan küçüklerin işledikleri suçlardan dolayı ceza sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varılmış olsa bile, cezanın indirilmesi dışında, sorumlulukları bazı özellikler gösterir. Örneğin; bu dönemde bulunan küçüklerin cezaları, çocuk kapalı cezaevlerin veya çocuk eğitim evlerinde çektirilir; Kısa süreli hapis cezaları, zorunlu olarak seçenek tedbirlerden birisine çevrilir; Bu kişilerin mahkûm edildikleri üç yıla kadar cezaları ertelenebilir; İşledikleri suçlardan dolayı tekrür hükümleri uygulanmaz; Bunlar hakkında mahkûmiyetin yasal bir sonucu olarak hak yoksunluğuna hükmedilemez; Çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezası ile hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi halinde, bu cezalar hapse çevrilemez; Gerek dava ve gerekse ceza zamanaşımı süreleri bu kişiler bakımından normal zamanaşımı süresinin yarısıdır.

3. 15-18 yaş grubuna girenlerin ise ceza sorumluluğu vardır; ancak, ceza indirilerek verilir (TCK m. 31/3). Bu dönemde bulunanların ceza sorumluluğu da işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip 12-15 yaş grubundakiler ile aynı özellikleri gösterir. Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 245-246.

*durumları hakkında uzman bilirkişilerce rapor alınarak, ceza sorumluluğu hakkında değerlendirme yapılması gerektiğinin göz önüne alınmaması yasa-ya aykırıdır*⁹⁶.

Bunun dışında mağdur çocukların tanık olarak dinlenmesi durumunda psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması da yasal bir zorunluluktur. 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'nda da, kurulacak şube müdürlüklerinin görevleri arasında gerek soruşturma ve gerekse kovuşturma evresinde “*Suçtan zarar gören kişilerin karşılaştıkları psikososyal ve ekonomik sorunların çözümünde danışmanlık yapmak ve bu kişilere yardımcı olmak*” sayılarak, bu duruma vurgu yapılmıştır (m. 12, 13)⁹⁷.

Öğretide ileri sürülen, zorunlu vekil tayinine, mağdurun vekil atamanın anlam ve önemini kavrayabilecek yeterliliğe sahip olması veya yasal temsilcisinin istemesi halinde istisna getirilebileceği, zira vekilliğin müdafiliğin aksine, adil bir hükme varılması bakımından ceza muhakemesinde bir gereklilik oluşturmadığı⁹⁸, görüşüne katılmadığımızı belirtmek isteriz. Zira mağdura zorunlu olarak vekil atanmasının nedeni, onun vekil atamanın anlam ve önemini kavrayabilecek yeterliliğe sahip olup olmaması değil; onun haklarının da tıpkı şüpheli veya sanığın haklarında olduğu gibi ceza muhakemesinde tam olarak korunmaya değer görülmesindedir. Ceza muhakemesi sistemimizde müdafî ve vekillik açısından kural olarak zorunluluk kabul edilmemiş olmakla birlikte, belirli istisnai durumlarda bu zorunluluk kabul edilmiş olup, müdafî ve vekilin atanması şüpheli, sanık veya mağduru iradesine bırakılmamıştır⁹⁹. Aksine bu kişiler istemeseler dahi müdafî veya vekilin tayini yasa gereğince yapılacaktır. Zira kanunda (CMK m. 234/2'de) “*istemi aranmaksızın*” ibaresi kullanılmıştır. Bu bağlamda adil bir hükme varılması için, müdafiliğin aksine vekilliğin gerekli olmadığı biçimindeki değerlendirmenin bugün için ceza muhakemesinde kabul edilen esasları yansıtmadığını söyleyebiliriz. Hükümün adil olması sadece şüpheli veya sanık açısından değil, mağdur ve toplum açısından da anlam ifade ettiğinden dolayı, mağdur hakları ve yararlarının da ceza muhakemesinde en az sanık kadar korunması gerekmektedir¹⁰⁰. Bu gerekliliği takip açısından da mağdura belirli koşullarla zorunlu vekil tayini gerekli, doğru ve yerinde bir düzenlemedir.

96) Yaşar/Gökcan /Artuç, Cilt I, s. 845.

97) Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 903.

98) Koca, Mahmut/Üzülmüş, İlhan, “Ceza Muhakemesinde Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı: 7, (Temmuz 2006), s. 146.

99) Yıldız, Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur-Suçtan Zarar Gören- Şikâyetçi, Ankara 2008, s. 177.

100) Yıldız, s. 177.

02. 03. 2007 tarihli ve 26450 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan, Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik'in 5. maddesinin 6. fıkrasında da konuya ilişkin şöyle bir düzenleme bulunmaktadır: “*Vekilin görevlendirilmesi, soruşturma evresinde ifadeyi alan merci veya sorguyu yapan hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından barodan talep edilecektir.*” Ancak belirtmek gerekir ki, mağdur soruşturma evresinde bir avukatın yardımına sadece ifade alma veya sorgu sırasında gereksinim duymaz. İfade veya sorgu yapılmamış olsa da soruşturma başlamış ve çeşitli işlemler yapılmakta ise, bu aşamada da mağdur bir avukatın hukuksal yardımına ihtiyaç duyabilir¹⁰¹.

2. Sağır Veya Dilsizler

Sağır ve dilsizlik, genellikle doğuştan sağır olmanın sonucu olarak kişinin içinde yaşadığı toplumun dilini de öğrenememesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. İtme yeteneğine doğuştan sahip olmayan ve küçük yaşta bu yeteneğini tamamen yitiren insanın algılama yeteneği yeterince gelişmez¹⁰². Dil, kişiler arasındaki iletişimin temelidir. Bu nedenle, dilin öğrenilememesi, kişinin algılama yeteneğinin gelişmesinde güçlüğü yol açmaktadır¹⁰³. Başka bir ifadeyle, sağır ve dilsizler, normal insanlara göre hayata daha geç katılmaktadırlar. Bu nedenle de kanun koyucu, çocuklar gibi, sağır ve dilsizleri de ayrıca koruma ihtiyacı duymuş ve bunlara özgü koruyucu hükümler öngörmüştür.

Sağır ve dilsizlerin algılama ve irade yeteneklerinin daha geç geliştiği düşüncesinden hareketle, kusur yeteneklerine ilişkin hukuki durum küçüklere kıyasen düzenlenmiştir. TCK m. 33'e göre, 0-15 yaşındaki (15'i bitirmemiş) sağır-dilsizler 0-12 yaşındaki; 15-18 yaşındaki sağır-dilsizler ise 12-15 yaşındaki çocuklara ilişkin hükümlere tabidirler. Buna karşılık 18-21 yaşındaki sağır-dilsizler hakkında ise 15-18 yaşındaki çocuklara ilişkin hükümler uygulanır. TCK m. 33, 21 yaşından itibaren sağır ve dilsizliği kusur yeteneğine etkili bir durum olarak görmemiştir. 21 yaşını dolduran sağır ve dilsizlerin kusur yeteneklerinin ve dolayısıyla ceza sorumluluklarının tam olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle suç tarihinde 21 yaşını doldurmuş olan sağır ve dilsizin kanunda yazılı olan cezasına tam olarak hükmedilecektir¹⁰⁴.

101) Yıldız, s. 177.

102) Yaşar/ Gökcan/ Artuç, Cilt I, s. 939.

103) Yaşar/ Gökcan/ Artuç, I. Cilt, s. 940.

104) Sağır ve dilsiz olan kişinin bu özrünün kusur yeteneğini etkilemesi söz konusu olabilir. Bu takdirde durumun akıl hastalığı ile ilgili 32. madde kapsamında ele alınması gerekir. Başka bir ifadeyle, sağır ve dilsiz olması nedeniyle fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış bulunan kişi, 21 yaşını bitirse dahi, 32. madde uyarınca durumu incelenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s. 941.

CMK m. 234/2'ye baktığımızda, kanun koyucunun sağır ve dilsiz suç mağdurları bakımından, sağır ve dilsiz olma koşulunun dışında bir yaş aralığı aramadığını görmekteyiz. Buna göre, mağdur sağır ve dilsiz ise ve bir vekil de bulunmazsa, istemi aranmaksızın vekil görevlendirilir.

Çocuklarda zorunlu vekilliğe ilişkin açıkladığımız tüm hususlar, sağır ve dilsiz mağdurlar bakımından da geçerlidir.

3. Meramını İfade Edemeyecek Derecede Malul Olan Kimseler

Yargılama makamı karşısında meramını anlatabilme, kişilere tanınmış bir haktır. Şüphelinin, sanığın veya mağdurun derdini anlatabilmesi, ne istediğini söyleyebilmesi, hiç veya gereği gibi dinlenilmeden mahkûm edilmemesini sağlayabilmesi, öne sürülen iddiaları ve aleyhine olan delilleri çürütebilmesi ve bu sayede muhakemenin gidişine etki edebilmesi hep meramını ifade edebilmesiyle mümkün olabilecek konulardır.

Çağdaş ceza muhakemesi hukukunda mağdur, hiçbir hakkı olmayan muhakeme süjesi veya tanık değil, belli hakları ve yükümlülükleri bulunan ve muhakemenin gidişine etki edebilen bir kişidir. Bu nedenle, doğuştan gelen veya sonradan oluşan bazı nedenlerden dolayı meramını ifade edemeyecek durumda olursa, onun yerine muhakemede onu temsil edecek bir hukukçunun yardımı zorunludur. Kanun koyucu da bu eksikliğin farkında olarak, meramını ifade edemeyecek derecede malul olan mağdurlar bakımından, vekilleri bulunmaması halinde, istemleri aranmaksızın bir vekil görevlendirilmesini mümkün kılmıştır.

Kişiler bakımından savunma her ne kadar bir hak olsa da, bu hakkı bireysel olarak kullanabilecekleri gibi kullanmayabilirler de¹⁰⁵. Savunma hakkını kullanma yönünde kimseye isteği dışında bir şey yaptırılamaz. Bu durum zorunlu müdafî veya vekillik durumlarında bile geçerlidir. Ancak CMK m. 234/2'de örneğini gördüğümüz gibi, on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya meramını ifade edemeyecek derecede malul olan kişiler bakımından bu durumun geçerli olmaması gerekir. Zira bu gibi durumlarda, bireysel olarak kişiler kendilerini savunamayacak durumdadırlar. Gerektiği gibi savunulabilmeleri için, zorunlu olarak görevlendirilen vekili kabul etmeleri gereklidir. Bu aynı zamanda silahların eşitliği ilkesinin de bir gereğidir.

Çocuklar ve sağır-dilsizler bakımından zorunlu vekil tayini ile ilgili yaptığımız açıklamalar, meramını ifade edemeyecek derecede malul olan mağdurlar bakımından da geçerlidir.

105) Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 485.

C. AİHS m. 6/3 Doğrultusunda, Silahların Eşitliğini Sağlayan Mağdurun Ücretsiz Avukat Hakkından Yararlanması

Adil yargılanma içinde yer alan usul güvencelerinin en önemlilerinden biri, silahların eşitliği ilkesidir¹⁰⁶. AİHS’ de, “silahların eşitliği” sözcüklerinden oluşan bir tanım yer almamaktadır. Adil yargılanma koşullarını düzenleyen 6. maddenin 1. bendindeki “...hakkaniyete uygun..” yargılama kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yorumları sonucunda “silahların eşitliği” ilkesinin hukuksal temelini oluşturmuştur¹⁰⁷.

AİHS m. 6 ile “*adil yargılanma hakkı*”nı düzenlemiştir. 6. maddenin 3. fıkrasında da beş bent halinde ceza muhakemesinde tanınan bir takım haklara yer verilmiştir¹⁰⁸. AİHS m.6/3 doğrultusunda silahların eşitliğini sağlayacak imkânı vermesi bağlamında, mağdurun da ücretsiz avukat hakkından yararlanması, son derece önemli bir düzenlemedir. Bunun dışında, kanıt ve karşı kanıtların sunulmuş ve tartışılması; iddia, karşı iddia ve mütalaada bulunabilme olanağı; duruşmaya katılma; tanık kabulü¹⁰⁹ vb. durumlar, silahların eşitliğini hayata geçirmeye yarayacak diğer durumlara örnek verilebilir.

Türk Anayasası’nda da adil yargılanma hakkı ile ilgili bazı kurallar öteden beri yer almakla birlikte, 3.10. 2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa değişikliği ile Anayasa m. 36’ya eklenen hükümle bu kavram Anayasa’ya girmiştir¹¹⁰.

106) Doğru, Osman/ Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt, Ankara, 2012, s. 636.

107) Dinç, Güney, “*Adil Yargılanma Sürecinde Silahların Eşitliği*”, Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği Ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, Editörler: Prof. Dr. İlhan Uluslan - Prof. Dr. Bahrî Öztürk, Ankara, (2009), s. 432.

108) AİHS m. 6/3-a’da “*Şüpheli/sanığın kendisine yönelik suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkı*”; 6/3-b’de “*Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak hakkı*”; 6/3-c’de “*Sanığının kendisini bizzat veya seçeceği bir müdafî yardımıyla savunması*”; 6/3-d’de “*İddia tanıklarına soru sorma hakkı*”; 6/3-e’de “*Tercümandan yararlanma hakkı*”.

109) Gözübüyük, A. Şeref/ Gölcüklü, A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 6. Bası, Turkan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 292-293.

110) Anayasa m. 38’de de bazıları adil yargılanma hakkı ile doğrudan bağlantılı birtakım güvencelere yer verilmiş bulunmaktadır. Bunlar; Yasallık ilkesi; Suçsuzluk karinesi; “Nemo tenetur se ipsum prodere/ accusare” (Hiç kimse kendini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.); Ceza sorumluluğunun şahsiliği; Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil sayılmaması; Genel müsadere yasağı; İdarenin, kişi özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açan bir yaptırım uygulamaması; Vatandaşın suç nedeniyle başka bir ülkeye geri verilmesi yasağı. Öte yandan, Anayasanın yargı ile ilgili üçüncü bölümünde mahkemelerin bağımsızlığı, yargıçlık ve savcılık mesleği, duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması ve mahkemelerin kuruluşu ile ilgili hükümler de adil yargılanma hakkı ile ilgilidir. Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz/ Önok, Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 215.

AİHS m.6 düzenlemesinden, zorunlu müdafilik kavramının sadece şüpheli/sanığa tanındığı sonucu çıkarılmamalıdır; silahların eşitliği ilkesi gereğince suç mağdurları bakımından öngörülen zorunlu vekillik de bu kapsamda ele alınmalıdır. Zira AİHM' nin içtihatlarıyla sürekli ortaya koyduğu üzere, çelişmeli muhakemenin¹¹¹ yapılması ve bunun için de tarafların silahları arasında bir eşitlik olması adil yargılamanın en önemli gereklerindedir¹¹². Taraflardan birisinin diğerine göre avantajlı durum geldiği bir muhakemede adil bir yargılamadan söz edilemeyecektir.

AİHM, adil yargılanma hakkının zorunlu bir ögesi olan¹¹³ silahların eşitliğine ilişkin hakkı, 6. maddenin 1. fıkrasındaki genel ilkeden, yani hakkaniyete uygun yargılamadan çıkarsamıştır¹¹⁴. Bununla birlikte 6. maddenin 3. fıkrasının (d) bendinde açıkça düzenlenen *iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılması ve dinlenmesinin sağlanmasını istemeye* ilişkin hak, silahların eşitliği ilkesinin temel bir yansımasıdır.

D. Mağdur Vekilinin Hakları (CMK m. 153/son)

CMK m. 153/ son' da; "Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır." demek suretiyle, müdafiyeye tanınan haklardan, mağdur vekilinin de yararlanacağını hükme bağlamıştır. Bu bağlamda müdafinin haklarını şöyle açıklayabiliriz:

Müdafin kullanacağı yetkilerin başında dosyayı inceleme yetkisi gelir. Zira bu sayede şüpheli veya sanığın durumu hakkında bilgi sahibi olabilir. CMK m. 153 gereğince,¹¹⁵ ceza muhakemesinin tüm evreleri bakımından, müdafinin dosya inceleme hakkı vardır. Şüpheli eğer ne ile suçlandığını bilirse, ancak bu takdirde ken-

111) Çelişmeli muhakeme, dava sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil ve mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında karşılıklı yorum yapma hakkının taraflara tanınmasıdır. Karakehya, s. 222.

112) Karakehya, s. 220.

113) Mahmutoglu, Fatih Selami/ Dursun, Selman, Türk Hukuku'nda Müdafin Yasaklılık Halleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 27.

114) Karakehya, s. 221.

115) İlk olarak, 18.11. 1992 gün ve 3842 sayılı Yasanın (RG 1.12.1992 No:21422) 19. maddesiyle CMUK' un 143. maddesi değiştirilerek hazırlık soruşturmasının gizliliği müdafî açısından kaldırılmıştı. Müdafin davaya ve soruşturmaya ilişkin her türlü kâğıt ve belgeleri vekâletname göstermeksizin inceleme yetkisi bulunduğu belirtilmişti. Zafer, Hamide, Faile Yardım Suçu Ve Müdafin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004, s. 352. AİHM'nin M. Göç/ Türkiye kararının uygulanması amacıyla 11 Ocak 2003 günlü ve 4778 sayılı yasanın 2. maddesiyle CMUK'da gerçekleştirilen değişime kadar, sanıklar ve avukatları, genellikle Yargıtay incelemesi tamamlandı, dava dosyasının yerel mahkemeye gönderilmesinden sonra, Başsavcılık tebliğnamesinin içeriğini öğrenebilmekteydiler. Ancak bu aşamadan sonra savunma adına yapabilecekleri fazla bir şey kalmıyordu. Dinç, s. 437.

disini etkin bir biçimde savunabilir. Bu ise soruşturma dosyasının içeri hakkında bilgi sahibi olmayı gerektirir¹¹⁶. Kendisine karşı ceza soruşturması başlatılmasına neden olan isnat hakkında olabildiğince erken bilgi sahibi olmak, şüpheliye, savunmayı da zamanında başlatmak ve savunma araçlarından yararlanmak olanağı sağlar¹¹⁷. Dosyayı inceleme hakkına esas itibariyle sadece müdafî sahip olduğu için, bu haktan kişinin yararlanabilmesi için öncelikle müdafîsinin bulunması gerekir. Şüpheli, şüphelinin eşi ya da kanuni temsilcisine, dosya içeriğine zarar verebilme ihtimaline karşılık, dosyayı inceleme hakkı verilmemiştir¹¹⁸. Öğretide eğer soruşturmanın amacı tehlikeye düşmeyecekse ve üçüncü kişilerin korunmaya değer bir yararı da söz konusu değilse, bu hakkın tanınması gerektiği ileri sürülmektedir. Bununla birlikte savunma için gerekli ise, dosya içeriği hakkında şüpheli veya sanığa bilgi verilebilir ve eğer dosya içeriğini bilmeden kendisini makul biçimde savunamayacağı sonucu ortaya çıkarsa, kendisine gerektiğinde zorunlu müdafî atanmalıdır. Müdafî dosyayı bizzat inceleyebilir. Bu nedenle dosyayı şüpheli veya sanığa veya üçüncü bir kişiye bırakamaz veya onun incelemesini sağlayamaz. Oysaki Almanya'da § 147/7'de yapılan değişiklikle müdafî olmayan şüpheli veya sanığa dosyadan örnek alma olanağı verilmiştir. Bu istem hakkında savcı veya mahkeme § 147/5 uyarınca serbest takdirine göre karar verir¹¹⁹.

Soruşturma dosyasını inceleme hakkı, delil ileri sürme ve soru sorma hakkı ile birlikte adil yargılanma hakkının olmazsa olmaz koşulu olan savunma hakkının bir parçasını teşkil etmektedir¹²⁰. AİHM de, AİHS' de açık bir düzenleme olmasına rağmen, dosya inceleme hakkını, silahların eşitliği, adil yargılanma ve AİHS m. 6/3-b' ye dayandırmaktadır. Mahkemeye göre, adil yargılamanın ilk ve önemli gereği taraflar arasında "silahların eşitliği"; yani mahkeme önünde sahip bulunulan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında (iddia-savunma) tam bir eşitliğin gözetilmesi ve bu dengenin yargılama boyunca korunması, başka bir deyişle, mücadelenin eşit silahlarla yapılmasıdır¹²¹. Nitekim AİHM' nin

116) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 218.

117) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 218.

118) Ancak zarar verme ihtimaline karşılık, dosya inceleme hakkını müdafî ile sınırlayan bu görüş doktrinde eleştirilmiştir. Gerçekten günümüzde ortaya çıkan ve dosya içeriğine zarar vermeden kopyalamaya yarayan teknikler, şüpheli ya da sanığın zarar vereceği gerekçesiyle dosya inceleme hakkına sınırlama getirilmesi gerektiği düşüncesini dayanaksız bırakmıştır. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 242.

119) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 221.

120) Donay, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 144.

121) Delcourt/Belçika, 17.1.1970, A 11, §28; Monnel ve Morris/ İngiltere, 2.3.1987, A 115, § 62 ve son). Mahkeme, yargılamada silah eşitliğinin sağlanıp sağlanmadığı denetiminde her davanın özel koşullarını inceleyerek sonuca varmaktadır. Gözübüyük/ Gölçüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 291.

Fransa'ya karşı *Tuan Tran Pham Hoang* kararında, sanığın zorunlu müdafilikten yararlanma hakkı ile adil yargılanma hakkı arasındaki bağlantıyı vurgulayarak, zorunlu müdafiliği adil yargılanma hakkına dayandırmıştır¹²². Yine, *Schuler Zgragen/ İsviçre* davasında, silahların eşitliği ilkesini, davacının dava dosyasını inceleyebilmesi, dosyadan bazı belgelerin suretlerini alabilmesi ve mahkeme kararına dayanak teşkil eden bilirkişi raporlarının kendisine gösterilmesi açısından ele almıştır¹²³. Sanığın müdafii aracılığıyla etkin biçimde kendisini savunma hakkı, adil yargılanma hakkının en vazgeçilmez uzantılarından birisidir. 5271 sayılı CMK da getirdiği düzenlemelerle¹²⁴, AİHS m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamını (özellikle m. 6/3-c) dikkate aldığını ortaya koymuştur.

CMK m. 153/2 gereğince, müdafin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. Bu kısıtlama kapsamına, soruşturma dosyasında bulunan tanıkların kimlikleri de dâhildir¹²⁵. Bu nedenle dosya inceleme hakkına sınırlama getiren kanunlardan birisi de 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'dur. Ancak bu hükmün sağladığı koruma, sadece soruşturma evresi bakımından geçerlidir. Çünkü iddianamenin mahkeme tarafından kabulüyle birlikte (CMK m. 174), bu hükmün dosyayı inceleme hakkı bakımından getirdiği sınırlamalar ortadan kalkacaktır¹²⁶. Burada dikkat etmek gerekir ki, yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında bu tür bir kısıtlama kararı verilemez. Görüldüğü üzere, önceki yasada da var olan belirli belgeler bakımından mutlak açıklık kuralı ve serbestçe inceleme olanağı CMK zamanında da sürmektedir. Ayrıca müdafii, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren, dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün

122) AİHM, 25.10. 1992, 66/1991/318/390 sayılı kararı.

123) Gözübüyük/ Gölçüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 292.

124) Balo, Tanık Koruma, s. 226.

125) Ceza yargılaması sistemimizde her ne kadar şüpheli ve sanığın dolayısı ile de müdafin delillerin toplanmasını isteyebileceği (CMK m. 177); çağırılması reddedilen tanığın veya uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilmesi (CMK m. 178); delillerin ortaya konulması (CMK m. 206); delillerin ortaya konulması isteminin, bunun veya ispat edilmek istenen olayın geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilememesi (CMK m. 207) gibi düzenlemeler ile savunma makamına delillerin toplanması ve ortaya konulması hakkı verildiği ileri sürülebilirse de, bu düzenlemelerin uygulamada silahların eşitliğini sağlamaya yeterli olmadığını savunan yazarlar da vardır. Kocaoğlu, S. Sinan, "Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği ilkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi (Amerika Birleşik Devletleri Ceza Muhakemesi Sistemine Savunma ve Müdafii Perspektifinden Mukayeseli Bir Bakış)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (Ocak- Şubat 2011), Yıl: 23, Sayı: 92, s. 271.

126) Balo, Tanık Koruma, s. 226.

tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir¹²⁷. 5353 sayılı yasanın¹²⁸ bu hükmünün doktrinde hatalı olduğu ileri sürülmektedir¹²⁹. Sebebi ise şöyle açıklanmaktadır: Bu yetkinin iddianamenin kabulünden önce kullanılması gerekir. Müdafî, iddianamenin kabulünden önce dosyayı ve delilleri incelediğinde, iddianamenin reddi konusunda daha sağlıklı bir tavır sergileyecektir. Bu hüküm yasaya konulurken güdülen amaç, CMK'nın yeni tavrının son soruşturmayı iddianamenin kabulünden sonra başlatmak düşüncesidir. Fakat savunma hakkının uygun biçimde kullanılmasını sağlamak için, bu zamanlamanın erkene alınması kaçınılmazdır¹³⁰. Bu düşüncenin haklı tarafları olmakla birlikte, bize göre, yasanın yukarıda belirttiğimiz bazı hallerde dosyayı inceleme ve belgelerden örnek alma konusunda getirdiği sınırlamalar, soruşturma evresinin özelliğinden ileri gelmektedir. Zira soruşturma evresi gizlidir (CMK m. 157). Gizliliğin bütünüyle ortadan kalkması, delillerin yok olmasına ve belki de muhakemenin bütünüyle ortadan kalkmasına neden olacaktır. Özellikle örgütlü suçlarla mücadelenin söz konusu olduğu durumlarda kısıtlamanın sebebi daha anlaşılır hale gelmektedir.

Dosya inceleme hakkı, kural olarak kolluk, Cumhuriyet savcılığı ya da mahkeme nezdindeki dosyayı içermektedir. Bunlar dışında kalan organlar nezdindeki dosyalar CMK m. 153'e göre değil, Avukatlık Kanunu m. 2/3'e göre incelenebilir¹³¹. Yine, dosya inceleme hakkı, her halde mahkemenin bilgisine sunulan

127) Belirtelim ki, Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alman Yönetmeliği m. 22'de yer alan ve kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin gerekeceği yönündeki hükmün yürürlüğü, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 15. 12. 2005 tarih ve Y. D. İtiraz No: 2005/762 sayılı kararı ile durdurulmuştur. Danıştay 10. Dairesinin 22. 5. 2008 tarihli kararıyla da söz konusu hüküm iptal edilmiştir. Danıştay'a göre, müdafînin dosyanın tamamını inceleme talebinin bulunması durumunda Cumhuriyet savcısının soruşturmanın amacının tehlikeye düşüp düşmeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapmasına olanak sağlamak bakımından, talebin savcılık onayına bağlı olarak karşılanmasında yasanın amacına aykırılık yoktur. Ancak CMK'nın amir hükmü uyarınca, incelenmesi ve örnek alınması hiçbir şekilde engellenemeyecek olan belgelere yönelik taleplerde de Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin aranması, yasada yer almayan yeni bir usul yaratmak suretiyle savunma hakkının kullanılmasını zorlaştıracaktır. Bu uygulamanın CMK'nın genel amacıyla bağdaşmayacağı açıktır. Bu durumda, davalı idarece, müdafînin kollukta bulunan soruşturma dosyasının tamamına yönelik inceleme ve örnek alma talebi ile CMK'nın 153/3. maddesinde sayılan belgelere yönelik inceleme ve örnek alma talebi arasında fark gözetmek suretiyle düzenleme yapması gerekmektedir. Oysa bu ayırım yapılmaksızın, kolluktaki dosyalara yönelik tüm müdafî taleplerinin karşılanmasının Cumhuriyet savcısının yazılı emrine bağlanmasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Tezcan/Erdem/ Sancakdar/Önok, s. 265-266.

128) Değişik: 25.5.2005-5353/23 m)

129) Yurtcan, Erdener, CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007., s. 4.

130) Yurtcan, CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, s. 4.

131) Avukatlık Kanunu m. 2/3'e göre: "Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekâletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzekkereler duruşma günü beklenmeksiz mahkemeden alınabilir."

dosyaya ilişkindir. Mahkemede mevcut olmayan ve sanığa karşı yapılan ceza muhakemesine dayanak oluşturmayan durumlarda dosyayı inceleme hakkından söz edilemeyecektir.

Belirttiğimiz üzere, CMK m. 153, yalnızca müdafinin dosyayı inceleme hakkını düzenlememekte; aynı zamanda son fıkrada, suçtan zarar gören vekilinin de bu maddede öngörülen haklardan yararlanacağını öngörmektedir. 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanan, *Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik* m. 45/5 ise, CMK m. 153/son hükmünü, mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören ve vekillerine de dosya inceleme hakkı tanımak suretiyle genişletmiştir.

CMK’nın 151. maddesi ile zorunlu görevlendirilen müdafin, yargılamada bulunmaması, zamansız çekilmesi ve görevini savsaması durumlarında hâkim veya mahkemenin sanığa derhal yeni bir avukat atanmasını sağlama yetkisi düzenlenmiştir¹³². Veli tarafından atanan avukatın, esaslı işlemlerin yapıldığı oturumda bulunmaması ve ceza muhakemesi kanunun kıyasen geçerli olması karşısında, barodan görevlendirilen avukat yönünden mahkeme veya hâkime verilen denetim görevinin, veli veya vasisi tarafından sanık için tutulan avukatı da kapsayacağı kabul edilmeli ve CMK’nın 151. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir¹³³. Her ne kadar CMK m. 153/son da “*Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.*” diyor ise de, zorunlu müdafin haklarının düzenlendiği bu maddenin, şüpheli veya sanık için atanan müdafin görevini layıkıyla yerine getirmesi hususunda mahkemeye yetki veren 151. maddeyle birlikte ele alındığı; bu nedenle de suçtan zarar gören için atanan zorunlu vekilliği de kapsamı gerektiği kanaatindeyiz.

151. madde gereğince eğer yeni müdafî atanmışsa ve müdafî savunmasını hazırlamak için yeterli zamanının olmadığını açıklarsa, oturum ertelenebilir (CMK m. 151/2).

Dosyayı inceleme yetkisi dışında, müdafin işlemlerin bildirilmesini isteme yetkisi vardır. Bildirimin nasıl yapılacağını düzenleyen CMK m. 37’ye göre, CMK’daki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, Tebligat Kanunu’nun hükümlerinin ceza işlerinde de geçerli olacağı belirtilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 26.4.1993-3-53/124 sayılı içtihadına göre, sanığın ve müdafin yokluğunda tefhim olunan kararın sadece vekile tebliğ edilmesi gerekir. Ayrıca sa-

132) Arslan, Saadettin, Soruşturma Evresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 127.

133) Arslan, Saadettin, s. 127.

niğa tebligat yapılmasına gerek yoktur¹³⁴. Vekile tebligat yapılamaması halinde sanığa tebligat yapılabilir¹³⁵. Zira ceza yargılamasında müdafî savunma yanında yer alan bir yargılama süjesi olduğundan, sanığa bildirilmiş olsa bile işlem ve kararların ayrıca müdafîye de bildirilmesi şarttır. Sanığa bildirme yeterli olmakta; sanığa ve müdafîye ayrı ayrı bildirim yapılması gerekmektedir¹³⁶. Sanığa ve müdafîye ayrı ayrı bildirimler yapıldığında, süre hesaplanması gereken durumlarda, sürenin başlangıcı en son bildirmeden başlamalıdır¹³⁷.

Kanunda, müdafînin hazır bulunmasının yasaklandığı işlemlerin dışında, bir yargılama süjesi olarak müdafînin hazır bulunma yetkisine sahip olduğu da belirtilmektedir. Sanığın hazır bulunmamasının müdafînin hazır bulunmasıyla ilgisi olmamakla birlikte; sanık hazır bulunmasa da müdafînin bütün oturumlarda hazır bulunması gerektiği CMK'nın 197. maddesinde ifade edilmektedir. Aynı şekilde, Kanunun 244. maddesinde, gaip olan sanık adına müdafînin delil toplama işlemlerine katılabilmesi öngörülmüştür¹³⁸.

Müdafînin, yakalanan ve tutuklananla görüşme ve hukuki yardımda bulunma yetkisi vardır. CMK m. 149/son' da, müdafînin soruşturmanın her aşamasında, kolluk tarafından yapılan soruşturma da dâhil olmak üzere, yakalanan kişi ya da sanıkla görüşme, ifade alma ve sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkına sahip olduğu ve bu hakkın engellenip kısıtlanamayacağı belirtilmiştir.

Müdafî, özellikle duruşma devresinin delillerin tartışıldığı döneminde tanıklara ve bilirkişilere soru sorabilir. CMK m. 201 gereğince, bu soruları, mahkeme başkanında izin almadan, doğrudan doğruya sorabilir.

Müdafî, sanık hakkında verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurmak yetkisine de sahiptir. Kanun yoluna başvurma konusuna, kovuşturma evresinde

134) Ceza muhakemesinde müdafî veya vekil her zaman için sanığın veya mağdurun temsilcisi olmadığı için, kural olarak, muhakeme işlemlerinin sanıkla müdafîye veya vekille mağdura ayrı ayrı bildirilmesi gerekir. Sadece müdafîye/ vekile bildirim yapılması, sanığa/mağdura bildirim yerine geçmemelidir. Bu anlamda Tebligat Kanunu hükümlerinin müdafîye/vekil tebligat konusunda, ceza muhakemesi hukuku açısından ayrıca ve açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır. Demirağ, Fahrettin, "Ceza Yargılamasında Tebligat Sorunları", Askeri Yargıtay'ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 1999 (s. 315- 389), s. 386. 5271 sayılı CMK m. 35/2'deki düzenlemeyle aslında bunun yolunu açmıştır. Zira koruma tedbirlerine ilişkin olanlar dışında, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararlarının, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ edileceği belirtilerek müdafînin yanı sıra sanığa da tebligat yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

135) Cihan, Erol/ Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 301.

136) Yurtcan, CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, s. 5.

137) Bildirim konusunda Yargıtay'ın şu kararları dikkate alınmalıdır: "Tebligat Kanununa göre, vekil ile izlenen işlerde bildirimler vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. (Tebligat Kanunu m. 11/1). Yanlış olarak asıla yapılan bildirim geçersizdir." Y. CGK, 5. 3. 1979, E. 6-41, K. 106. Aynı yönde, Y. 4. CD, 3.7.1978, E. 3391, K. 3236. Yurtcan, CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, s. 5.

138) Yurtcan, CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, s. 5.

mağdurun hakları başlığı altında değineceğimiz için, burada sadece mağdurun vekilinin de bu hakka sahip olduğunu belirtmek yetiniyoruz.

V. Mağdurun Vekili Aracılığı ile Soruşturma Belgelerini ve El Konulan ve Muhafazaya Alınan Eşyayı İnceletme Hakkı

Mağdurun, vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini inceletme ve soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla (CMK m. 153' deki koşullara uygun olarak) bu belgelerden örnek alma hakkı olduğunu belirtmiştik. Yine, dosyayı inceleme hakkına esas itibariyle sadece mağdur vekilinin sahip olduğunu, mağdurun veya kanuni temsilcisinin, dosya içeriğine zarar verebilme ihtimaline karşılık, bu hakka sahip olmadığını belirtmiştik. Burada sadece bunları hatırlatmakla yetiniyoruz.

Ceza muhakemesinde delil olan ya da ileride delil olarak kullanılacak eşyanın, eşyayı elinde bulunduran kişinin rızası olmaksızın adliyenin eli altına alınarak, eşyayı elinde bulunduran kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırmak olarak tanımlanabilecek el koyma sonucu ele geçirilen eşyalar ile ilgili işlemler, suçtan zarar gören mağdura Cumhuriyet başsavcılığınca gecikmeksizin bildirilir¹³⁹. Böylece mağdur da dilerse, vekili aracılığıyla el konulan ve muhafazaya alınan eşyaları incelettirme imkânı bulur. Ancak bunun için Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından bir kısıtlama kararı verilmemiş olması gerekmektedir.

VI. Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığı Yönündeki Kararına Kanunda Yazı Usule Göre İtiraz Hakkını Kullanma (Kovuşturma Davası Açma Hakkı)

Cumhuriyet savcısı, yaptığı soruşturma neticesinde kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli delil elde edemezse veya kovuşturma olanağının bulunmadığının ortaya çıkması hallerinde *kovuşturmaya yer olmadığı* (CMK m. 172) kararı verir¹⁴⁰. Bu karar, suçtan zarar görene bildirilir ve kararda itiraz hakkı,

139) 01.06.2005 Tarihli ve 25832 Sayılı RG' de yayımlana Suç Eşyası Yönetmeliği, m. 5.

140) Ayrıca, 5271 sayılı CMK, Cumhuriyet savcısına basit davalarda kamu davasını açmada takdir yetkisi de tanımıştır. Cumhuriyet savcısı, maslahata uygunluk (takdir yetkisi) sebebiyle takipsizlik kararı verebilmektedir. Buna göre; a) Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da b) şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı takipsizlik kararı verebilir. TCK'da etkin pişmanlık gösteren failin cezalandırılmayacağını düzenlediği bazı suçlar vardır. Örneğin, organ ve doku ticareti (TCK m. 93); yalan tanıklık (TCK m. 274); sahte para veya kıymetli damga üretme, ülkeye sokma ve nakletme (TCK m. 201); suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 221) gibi. Cumhuriyet savcısı bu gibi hallerde kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilir. Yine, fail ile mağdur arasındaki belli derecede akrabalık ilişkisinin bulunması da, hırsızlık, karşılıksız yararlanma, suç eşyasını satın alma gibi bazı suçlar bakımından cezayı ortadan kaldıran kişisel neden olarak kabul edilmiştir ve bu hallerde de Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı karar verebilecektir. Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı bu gibi durumlarda verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz mümkün değildir (CMK m. 173/5).

süresi ve merci de gösterilir.

Kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delilin elde edilememiş olmasından anlaşılması gereken şudur: Cumhuriyet savcısı soruşturma evresi sonunda mevcut delillere göre yaptığı değerlendirme sonucunda, yapılacak bir duruşmada, sanığın beraat etmesi ihtimalinin mahkûm olması ihtimalinden daha kuvvetli olduğu sonucuna ulaşıyorsa yeterli şüphe oluşturacak delil yok demektir. O halde, Cumhuriyet savcısı eldeki delillere göre sanığın beraat etmesi ihtimalini daha kuvvetli görüyor ise, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verir.

Kovuşturma olanağının bulunmamasından anlaşılması gereken ise, şüphelinin ölümü, af, zamanaşımı gibi hallerin dışında, dava şartlarının gerçekleşmemiş olması ve gerçekleşme olanağının da bulunmamasıdır. Bilindiği üzere muhakeme şartları, dava şartları ve yargılama şartları olarak iki gruba ayrılmaktadır. Bunlardan yargılama şartları, açılmış bir kamu davasında yargılamanın yapılabilmesi için aranan şartlar iken; dava şartları, davanın açılabilmesi için aranan şartlardır. Ceza muhakemesi hukukumuzda dava şartları; şikâyet, dava süresi, izin, talep, yargı bulunmaması, açık dava bulunmaması, ön ödeme ve uzlaşmadır. O halde bu şartlardan biri gerçekleşmemiş ise ve gerçekleşme ihtimali de yok ise, cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermelidir. Zira şartın belli bir süre sonra gerçekleşme ihtimali var ise, Cumhuriyet savcısının, bu şartın gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı vermesi gerekir¹⁴¹.

Kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildikten sonra, yeni delil ortaya çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz (CMK m. 172/2). Yeni delil, sonradan elde edilen, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilirken dosyada bulunmayan; bulunup da hiçbir surette değerlendirilmemiş olan delillerdir¹⁴². Ancak, dosyada bulunan bir delilin, savcı tarafından görülmediği ve değerlendirilmediğini kabul etmek her zaman mümkün değildir¹⁴³.

Kovuşturmayaya yer olmadığı kararının kesin hüküm niteliğini aldığını belirten görüşün yanı sıra¹⁴⁴; bu kararın adli-idari bir işlem olduğu, bu nedenle kesin hüküm teşkil etmeyeceğini belirten görüş de mevcuttur¹⁴⁵. Bu görüşe göre, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı kesin hüküm oluşturmadığı için, yeterli delil ortaya çıktığında veya dava şartı gerçekleştiğinde yeniden soruşturmaya başlanabilir.

141) Kanun'da bu hususa yer verilmemiştir. Uygulamada, herhangi bir karar verilmeden şartın gerçekleşmesi beklenmektedir. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 434.

142) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 522.

143) Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 522.

144) Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma Semineri, I. Oturum, Uzlaşma, CMK 1, İstanbul Barosu Cep Kitapları, Seminer Notları, 10-11 (Aktaran: Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 435).

145) Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 734.

Esasında, CMK m. 172/2'deki “yeni deli meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz” düzenlemesi, bu konuda yol gösterici bir hüküm olarak, bu kararın kesin hüküm teşkil etmediğini işaret etmektedir. Aynı fiilden dolayı kamu davası açılabilmesi için yeni delilin varlığı arandığına göre, soruşturma işlemlerine başlanması için de yeni delillerin varlığı yeterlidir.

Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hallerin aksine (CMK m. 173/5), öğretide kovuşturma davası olarak da adlandırılan kovuşturmanın kararına itiraz¹⁴⁶ suretiyle, savcının verdiği kovuşturmanın yargısal denetimi söz konusu olmaktadır¹⁴⁷. Kovuşturmanın davasındaki amaç, kamu davası açma mecburiyeti ilkesinin denetiminin sağlanmasıdır¹⁴⁸. Esasen belirtmek gerekir ki, suçtan zarar gören, kovuşturma davası açmadan önce başsavcıya da idari denetim amacıyla müracaat ederek, kovuşturmanın kaldırılmasını talep edebilir¹⁴⁹.

Kovuşturmanın davasını ancak suçtan zarar gören kişi açabilir. Suçtan zarar görenin birden fazla olması halinde, bunlardan her biri diğerlerinden bağımsız olarak bu davayı açma hakkına sahiptir. Ancak, suçtan zarar görenlerden biri tarafından açılan kovuşturmanın davasına, diğer suçtan zarar görenler katılma yoluyla katılabilirler. Kovuşturmanın açılması bakımından suçtan zarar gören kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir. Zira buradaki amaç, suçtan zarar gören kişinin tatmininden ziyade, kamu davasını açma mecburiyeti ilkesinin kontrolü ve bu ilkenin gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır. Vesayet veya velayet altında bulunan suçtan zarar gören için, bu davayı suçtan zarar görenin vasi veya velisi açabilir.

146) CMUK' ta kullanılan terminolojinin, CMK' da da aynen kullanıldığını görmekteyiz. Gerçekten, CMK' da da “itiraz” teriminin kullanılması yerinde olmamıştır. Zira itiraz hâkim kararlarına karşı kabul edilmiş bir kanun yolu iken, burada Cumhuriyet savcısının verdiği bir karara karşı dava açılması söz konusudur. Bu nedenle doktrinde kullanılan “kovuşturma davası” teriminin daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

147) Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 30.

148) Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 737.

149) Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 30. CMUK' da kamu davasını açma mecburiyeti ilkesinin şartları gerçekleşmiş olmasına rağmen, savcının kamu davasını açmaması durumunda, bu dava açmama kararına karşı, biri idari, diğeri de yargısal olmak üzere iki çeşit denetim öngörülmüştü. Böylece keyfilik önüne geçilmek istenmişti. CMK, CMUK m. 148/3'te yer alan idari denetime yer vermemiştir. Bu anlamda CMK, Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı valinin ve Adalet Bakanının denetimini kabul etmemiştir. Ancak hiyerarşik yapıya sahip savcılık içinde üst savcının da kovuşturmayaya yer olmadığı (takipsizlik) kararını denetleyebileceği açıktır. Her savcılığın başında, o savcılıkta çalışan savcılar tarafından yerine getirilmesi mecburi emirler verebilen bir üst savcı, yani bir bakıma hiyerarşik bir amir vardır. Savcılığın başı durumunda bulunan üst savcı, kendi teşkilatının görevine giren, bütün işlerde yetkilidir ve vermiş bulunduğu bütün emirler, o savcılıkta görev yapan bütün savcılar tarafından yerine getirilir. Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 737.

Kovuşturma davası, suçtan zarar gören kimse veya kanuni temsilcisi tarafından verilen itiraz dilekçesi ile açılmaktadır. Bu itiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilmelidir (CMK m. 173/2). Örneğin, yeterli delilin bulunduğu ortaya konmalıdır veya eksik olan dava şartının gerçekleştiği dilekçede delilleri ile gösterilmelidir. Deliller gösterilmemişse, dava esasa girilmeksizin reddedilmeli ve eksikliklerin giderilmesi istenmelidir.

Kovuşturma davası, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın suçtan zarar görene tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde açılmalıdır. Kanun metninde öngörülen bu 15 günlük süre hak düşürücü süredir. Ancak suçtan zarar görenin kusuru olmaksızın bu süreye uyma imkânı olmamışsa, CMK m. 40 uyarınca, eski hale getirme talep edilebilme imkânı saklıdır¹⁵⁰.

31.03.2011 gün ve 6217 sayılı Kanununun 22. maddesiyle CMK m. 73'ün 1. fıkrasına getirilen değişiklikten önce; "Kovuşturma davası, kovuşturmayaya yer olmadığı kararını veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanlığına açılır." denmekte idi. Ancak 6217 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, birinci fıkrada yer alan "*ağır ceza mahkemesi başkanına*" ibaresi "*ağır ceza mahkemesine*" şeklinde değiştirilmiştir. Aynı şekilde, üçüncü ve dördüncü fıkralarda yer alan "Başkan" ibareleri "Mahkeme" ve altıncı fıkrasında yer alan "ağır ceza mahkemesi başkanının" ibaresi "ağır ceza mahkemesinin" şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu düzenleme, işin şehirden şehire dolaşmasını gerektiriyorsa da, amaç kovuşturmayaya yer olmadığı kararını veren savcının etki alanının dışına bir yargılama makamı bulmak olduğundan yerindedir¹⁵¹. Ağır ceza mahkemesi, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek duyabilir. Bu durumda bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer sulh ceza hâkimini görevlendirebilir (CMK m. 173/3). Ağır ceza mahkemesi, kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz eden suçtan zarar görene ve şüpheliye bildirir (CMK m. 173/3).

Ağır ceza mahkemesi, istemi yerinde görürse, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir (CMK m. 173/4).

Kovuşturma davası sonucunda verilen kararlara karşı özel bir kanun yolu öngörülmemiştir. Bu da verilmiş olan kararların kesin olduğu sonucunu orta-

150) Bunun için suçtan zarar gören, engelin kalkmasından itibaren 7 gün içinde, sürenin geçmesinde kusuru olmadığına ilişkin olguları, varsa belgelerini de eklediği dilekçesini, süreye uyulduğunda usule ilişkin işlemleri yapacak olan mahkemeye vermelidir. Dilekçe verildiği anda usule ilişkin yapılamayan işlemler de yerine getirilir (CMK m. 40).

151) Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 739.

ya koymaktadır¹⁵². Gerçekten CMK m. 173/6' da yer alan "İtirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesinin bu hususta karar vermesine bağlıdır." şeklindeki düzenleme de bunun bir ifadesini oluşturmaktadır. Aynı şekilde, CMK m. 173/4' teki "Başkan istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir." şeklindeki düzenleme de aynı sonuca ulaşılmasını gerektirmektedir¹⁵³.

KAYNAKLAR

- Acar, Kemalettin/ Büke, Akile/ Boz, Bora/ Kurtuluş, Ayşe, "Şiddetin Sorumlusu ve Mağduru Olan Çocuklar: Testiküler Travmalı Bir Olgu Sunumu", Adli Bilimler Dergisi, Haziran 2005, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 57-62.
- Altıparmak, Cüneyd, "Avukatın Meslekten Doğan Hukuki Sorumluluğu"- Karar Tahli- Terazi Aylık Hukuk Dergisi, (THD), Yıl: 4, Sayı: 30, (Şubat 2009), s.151-157.
- Aras, Bahattin, "Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbirinde Yargısal Denetim", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 30, (Şubat 2009), s. 31- 43.
- Arıkan, Mustafa İbrya, Avrupa Birliği Yargı Düzeninde Savcılık Kurumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Arslan, Saadetin, Soruşturma Evresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Aydın, Murat, "Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 40, (Aralık 2009), s. 71-83.
- Aydın, Murat, "İddianamenin Unsurları ve İadesi", Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı: 6, (Mayıs 2006).
- Aydın, Öykü Didem, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 2, (Sonbahar 2004).
- Balo, Yusuf Solmaz, Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma (Anonim Tanık), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Bayraktar, Köksal, "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul, (2009), s. 85-107.
- Cantürk, Nergis, "Cinsel Saldırı Mağdurlarının Muayene Prosedürü", Türkiye Klinikleri Cerrahi Tıp Bilimleri Dergisi - Adli Tıp ve Acil Özel Sayısı, Cilt: 2, Sayı: 50, (2006), s. 49-55.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008.
- Centel, Nur, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", Prof. Dr. Kenan Tunç Omağ'a Armağan, İstanbul, 1997.

152) Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 739.

153) CMUK' ta yer alan mevcut düzenlemelerden de aynı sonuca ulaşılmakta ve fakat yine de bu kararlara karşı kanun yararına bozma (yazılı emir) (CMK m. 309) yoluna gidilebileceği kabul edilmekteydi. Aynı görüşün geçerliliğini koruduğu söylenebilir. Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 739.

- Cihan, Erol/ Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996.
- Demirbaş, Timur, İnfaz Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Demirbaş, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 71, İzmir, 1996.
- Demirbaş, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Demirbaş, Timur, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik", Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, (Ağustos 2005), s. 2871-2883.
- Dinç, Güney, "Adil Yargılanma Sürecinde Silahların Eşitliği", Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği Ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, Editörler: Prof. Dr. İlhan Ulsan - Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara, (2009), s. 431-446.
- Doğan, Y. Hakkı, Uygulamada ve Teoride Hazırlık Soruşturmasında Savunma (Savcılık, Polis ve Jandarmaca Göz Altına Alınan Sanığın Hakları, Avukatıyla Görüşmesi), Kazancı Yayıncılık, İstanbul 1994.
- Doğru, Osman/ Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt, Ankara, 2012.
- Donay, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- Dülger, Murat Volkan, "Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağduru Üzerindeki Etkileri Ve Mağduru Korumaya Yönelik Önlemler", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80, Sayı: 2006/1, s. 543-575.
- Erdem, Mustafa Ruhan, "Belgede Sahtecilik Suçları", Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul, (2008), 447-474.
- Gökçen, Ahmet, Belgede Sahtecilik Suçları (5237 s.lı TCK. m. 204- 212), 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Gözübüyük, A. Şeref/ Gölcüklü, A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- Gözütok, Zeki, Küçüklerin Yargılanması Ve Ceza Davalarında Yaş İstisnaları, Ankara, 2001.
- Gündel, Ahmet, 5237 Sayılı TCK' da Cinsel Saldırı- Cinsel İstismar (Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme- Hürriyeti Kısıtlama Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları), Ankara, 2009.
- Gülşen, Recep, "Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Mağdur Hakları", 3. Yılında Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara, (2009), s. 683-696
- Hekimoğlu, Atilla, "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar", Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul, 2008.
- Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş- Kusur ilkesi- Ulrich Sieber Ceza Hukukunun Sınırları (Tercüme Eden: Feridun Yenisey), İstanbul, 2007.
- Karakehya, Hakan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Ankara, 2008.

- Kaymaz, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Kızıroğlu, Serap Keskin, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar”, Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara, (2008), s. 995-1004.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, “Ceza Muhakemesinde Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı: 7, (Temmuz 2006), s. 140-150.
- Kocaoğlu, S. Sinan, “Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği ilkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi (Amerika Birleşik Devletleri Ceza Muhakemesi Sistemine Savunma ve Müdafî Perspektifinden Mukayeseli Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (Ocak- Şubat 2011), Yıl: 23, Sayı: 92, s. 238-286.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/ Dursun, Selman, Türk Hukuku’nda Müdafin Yasaklılık Halleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Malkoç, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Ankara, 2009.
- Otacı, Cengiz, “Ceza Yargılamasında Mağdura Kayyım Atanması”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 53, (Ocak 2011), s. 67-76.
- Özbek, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005
- Özçetin, Adnan, “Mağdur Olarak Psikiyatrik Bozukluğu Olan Hastalar”, Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi- Adli Psikiyatri Özel Sayısı, Cilt: 4, Sayı: 2, (Aralık 2003), s. 96-100.
- Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, No: 17, Ankara, 1991.
- Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sırma, Özge/ Kırt, Yasmine F. Saygılar/ Özyayın, Özdem/ Akcan, Esra Alan/ Erdem, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 42.
- Öztürk, Bahri, “Türkiye’de Savcılık -Savcılığın Ceza Adaleti Sistemi İçindeki Rolü, Örgütlenmesi-” Bir Adli Organ Olarak Savcılık, Ankara, (2006), s. 150-160.
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer/ Yüksel, Erol Güngör, Açıklamalı- İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Sevik, Handan Yokuş, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, TBB Dergisi, Sayı 57, (2005).
- Sevik, Handan Yokuş, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk, (Ankara 2009), 627-647.
- Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayıncılık, 6. Bası, Ankara, 2015.
- Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Tezcan, Durmuş, “Fransa’da Savcılık”, Bir Adli Organ Olarak Savcılık, Ankara, (2006), s. 33-43.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz/ Önok, Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil yayınevi, Ankara, 2006.

- Ünver, Yener, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanunu 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul, (2008), s. 294-342.
- Ünver, Yener, “Deliller ve Değerlendirilmesi” Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, (Ağustos 2005), s. 2885-2913.
- Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Üzülmöz, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara, (2009), s. 251-262.
- Yazıcıoğlu, Yılmaz, “5271 Sayılı Yeni CMK Uyarınca Soruşturma ve Soruşturma İşlemleri”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, (Ağustos 2005) s. 2915-2921.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III (m.86-146), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I (Madde 1-44), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 91-92.
- Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Yenisey, Feridun, İspat Hukuku ve Fair Trial İlkesi, Ceza Muhakemesinde “Fair Trial İlkesi”, İstanbul 1999, No. 181.
- Yıldız, Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur-Suçtan Zarar Gören-Şikâyetçi, Ankara 2008.
- Yurtcan, Erdener, CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- Yurtcan, Erdener, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Yüksel, Saadet, “Çocuk Mağduriyetinin Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet- Eleştirel Hukuk Dergisi, Sayı: 9, (Yıl: 2007 Kış), s. 273-296.

ÖZET

Suç haberinin alınmasıyla başlayan soruşturma evresinde ceza muhakemesi hukukunun süjelerinden olan mağdura 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 1412 sayılı CMUK’tan farklı olarak daha geniş haklar tanımıştır. Bu hakların neler olduğu çalışmamızda açıklanacaktır. Çalışmamızın amacı Türk ceza yargılamasında soruşturma evresinde mağdur haklarını ve yükümlülüklerini açıklayarak hak ihlallerinin önüne geçmektir.

Anahtar Kelimeler: Mağdur, Soruşturma Evresi, Mağdur Hakları, Mağdurun Yükümlülükleri.

Anayasa Mahkemesi Karar İncelemesi: Gümrük Vergisinde Yükümlünün Mülkiyet Hakkı

Examination of the Constitutional Court Decision:
Taxpayer's Property Rights in Customs Duty

Yrd. Doç. Dr. Gülşen Gedik

Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

Although there is many papers about direct and indirect taxes in the field of tax law area, any evaluation in the context of Constitution and European Human Rights Act related to Customs wasn't studied. However after Constitution Court's cancellation decision about Customs Code Article 216, 1st clause and decision of "violation of property right" in individual application have importance for taxpayer of customs.

As mentioned decision ensured that protect Customs taxpayers violation of rights based on same measure standart with taxpayers who are in context of Tax Procedure Code and both Constitution Court's decisions were examined detailed in this paper which considered important instance in Customs Law.

Keywords: Tax, Customs, Customs Code, Duty of Resitution

Giriş

Anayasa Mahkemesi (AYM)'nin Gümrük Kanunu'nun (GK)¹ "Vergilerin Geri Verilmesi veya Kaldırılması" başlıklı Beşinci Bölümü'nde yer alan 216.maddenin 1.cümlesinin iptaline dair vermiş olduğu karar² sonrası aynı madde kapsamında yapılan bireysel başvuruda AYM'nin vermiş olduğu "mülkiyet hakkının ihlali" kararı³, gümrük vergileri açısından da mükellef lehine vergi davalarında uygu-

1) 4458 Sayılı Kanun, RG: 4.11.1999, 23866.

2) AYM, E: 2013/104, K:2014/96, 22.5.2014 (RG.: 12.12.2014, 29203) .

3) AYM, Baş.N:2013/28, 25.2.2015 (RG: 27.5.2015, 29368).

lanan kriterlerin uygulanmaya başladığını ifade etmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Bu çalışmada öncelikle, GK genel kapsamı ile ve gümrük vergilerinin ödeme zamanı ve haksız ödeme halinde gümrük idaresinin gecikme zammı ödeme yükümlülüğü ile ilgili genel bilgiler verilerek, AYM'nin GK 216.maddesi ile ilgili verdiği iptal kararı ve gerekçesi belirtilecek, daha sonra aynı kanun maddesine dayalı olarak açılan davalar aleyhine sonuçlanan yükümlünün AYM'ne yaptığı bireysel başvuru kapsamında mülkiyet hakkının niteliği ve AYM'nin mülkiyet hakkı açısından nasıl bir değerlendirme yapıldığı belirtilerek, kararların gümrük hukukunda ifade ettiği önem açıklanacaktır.

1. Gümrük Kanunu Kapsamı

Türk Vergi sisteminde gelir, servet ve harcama üzerinden alınan vergiler⁴, özel vergi kanunlarında ayrıntıları ile düzenlenmiş; vergiye dair idari usul kodu⁵ olan Vergi Usul Kanunu (VUK)⁶'nda da söz konusu vergilere ilişkin temel idari hükümlere yer verilmiştir.

Gümrük vergileri ise VUK kapsamı dışında bırakılmıştır⁷, gümrük vergisinin usul hükümleri kendi kanunu olan GK'da düzenlenmiştir. Bir başka deyişle, GK, gümrük vergisi için özel bir usul ve esas kodu arz etmektedir⁸ ve gümrük işlemlerinde VUK yerine esas alınması gereken özel bir kanun niteliğindedir.

GK 1.maddesine göre; *“Bu Kanunun amacı, Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesine giren ve çıkan eşyaya ve taşıt araçlarına uygulanacak gümrük kullarlarını belirlemektir”*. 2.madde ise; *“Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesi, Türkiye Cumhuriyeti topraklarını kapsar. Türkiye kara suları, iç suları ve hava sahası gümrük bölgesine dahildir”* hükmüne yer vermiştir.

GK, bir eşyanın Türkiye gümrük bölgesine girişinden itibaren uygulanacak işlemleri sistematik dahilinde belirlemiş, rejimlere ilişkin hükümler haricinde

4) Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, 23.Bası, s. 226.

5) Saban Nihal, **Vergi Hukuku**, Beta Yayınevi, 6.Naskı, Kasım 2014, s. 103.

6) 213 Sayılı Kanun, RG: 10.1.1961, 10703.

7) VUK 2: *“Gümrük idareleri tarafından alınan vergi ve resimler bu Kanuna tabi değildir. Bu vergi ve resimlerle ilgili olarak 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanununun 242 nci maddesi hükümleri uygulanır”*.

8) Şenyüz Doğan, Yüce Mehmet, Geçerç Adnan, **Türk Vergi Sistemi**, Ekin Yayınevi, 11.Bası, Bursa 2014, s. 327: *“Gümrük vergileri, VUK kapsamına dahil değildir, kolaylıkla yansıtılabilir türdendir, dolaylı vergiler arasında yer alır, çoğunluğu değer esasına dayandırılmıştır, objektif nitelikli bir vergidir, malın aynı üzerinden alınır, düzenli aralıklarla tekrarlanan vergilerden değildir, esas itibarıyla ithalat sırasında alınmaktadır, hem mali hem ekonomik amaçla uygulanmaktadır”*.

tüm işlemleri tek bir çatı altında düzenlemiştir⁹. Kanun, gümrük yükümlülüğünden, gümrük rejimlerine, gümrük cezalarından, gümrük teşkilatının yapılanmasına ilişkin oldukça kapsamlı tüm gümrük sistemini içine alan bir çerçeve kanun yapısını taşımaktadır. Kanun, temel ilke ve esasları ortaya koymuş; ancak teknik detayları ve uygulama usul ve esaslarını kararname, tüzük, yönetmelik ve tebliğlere bırakmıştır¹⁰.

GK 3.maddesinin 8.bendine göre, “a) “Gümrük vergileri” deyimi, ilgili mevzuat uyarınca eşyaya uygulanan ithalat vergilerinin ya da ihracat vergilerinin tümünü; b) “Gümrük yükümlülüğü” deyimi, yükümlünün gümrük vergilerini ödemesi zorunluluğunu” ifade eder.

Gümrük vergisinin konusu, Türkiye Cumhuriyeti gümrük bölgesine giren eşya, yükümlüsü ise gümrüğe beyanda bulunan kişidir¹¹. GK’da yer alan “yükümlü” ifadesi, VUK ve diğer özel vergi kanunlarında kullanılan “mükellef” kavramı ile eşdeğerdir; ancak bu çalışmada GK kapsamındaki açıklamalarda “yükümlü”, vergi kanunlarına dair açıklamalarda ise “mükellef” kavramı kullanılacaktır.

2. Gümrük İdaresinin Faiz Ödeme Yükümlülüğü/ AYM İptal Kararı

Gümrük vergisinin ödeme zamanı 198.maddede şöyle düzenlenmiştir: “69 uncu madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yapılan kontrol ve denetlemeler sonucunda hiç alınmadığı veya noksan alındığı belirlenen gümrük vergileri ile işlemleri daha sonra yapılmak üzere teslim edilen eşyaya ilişkin gümrük vergilerinin, yükümlüye tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde ödemesi zorunludur. Ödeme süresinin bitmesinden önce ilgilinin yazılı istemde bulunması ve teminat alınması şartıyla ödeme süresi otuz gün daha uzatılabilir. Süre uzatımı beyanname kapsamı eşyanın her bir kalemi için ayrı ayrı da yapılabilir. Uzatılan süre için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48 inci maddesine göre tecil faizi alınır”.

GK kapsamında, yükümlülerin gümrük vergisini hiç ödemediği veya eksik ödediği hallerde, 193.maddeye göre yükümlüden gecikme zammı alınacağına ilişkin 3.fıkra hükmü şöyledir: “Beyan sahibinin hatalı beyanı sonucu hiç alınmadığı veya noksan alındığı tespit edilen gümrük vergilerine, gümrük yükümlülüğünün başladığı tarih ile vergilerin kesinleştiği tarih arasındaki süre için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51 inci maddesine göre tespit edilen gecikme zammı oranında faiz uygulanır. Gümrük vergilerinin kesinleşmesinden önce ödenmek istenmesi durumunda faiz, öde-

9) Tuncer Selahattin, **Gümrükler ve Gümrük Vergileri**, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2011, s.43.

10) Ercan Tayfun, **Gümrük Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.4.

11) Şenyüz, Gerçek, Yüce, s. 327-328.

me tarihine kadar hesaplanarak vergiler ile birlikte tahsil edilir”.

GK 194.maddenin 4.fıkrasına göre; “Türkiye’nin taraf olduğu anlaşma hükümlerine göre dahilde işleme rejimi altında elde edilen Türk menşeli eşyanın anlaşmalara taraf ülkelere ithalinden doğan gümrük yükümlülüğü kapsamında; *ödenmesi gereken ithalat vergilerinin ihracat beyannamesi konusu eşyanın Türkiye Gümrük Bölgesi dışına çıktığı tarihe kadar ödenmesi zorunludur. Bu tarihten sonra ödenen ithalat vergileri için ayrıca bu tarih itibarıyla 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51 inci maddesi hükümlerine göre tespit edilen gecikme zammı uygulanır”.*

Ayrıca 207.maddeye göre; “1. Nakdî teminat dışında, bu Kanuna göre;

a) Tahakkuk ettirilip tahsili gereken gümrük vergileri için verilen teminatın kabulü,

b) Bir şartlı muafiyet düzenlemesine tabi tutulan eşyaya ilişkin gümrük yükümlülüğü doğması halinde, şartlı muafiyete ilişkin beyannamenin tescili, tarihinden başlamak üzere, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51 inci maddesine göre tespit edilen gecikme zammı tahsil edilir.

2. Bir şartlı muafiyet düzenlemesi kapsamında eşya için indirimli teminatın faydalanılması durumunda birinci fıkrada belirtilen gecikme zammı, teminatın nakit verilen kısmı dışında kalan kısım ile teminat verilmeyen kısmın tümü için uygulanır”.

Söz konusu hükümlere göre, Gümrük vergileri bakımından, gümrük idaresi ile yükümlü arasında çıkan ihtilafın ortaya çıktığı tarihle kamu alacağının kesinleştiği tarih arasındaki süre için Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK)¹²’de belirlenen gecikme zammı oranları uygulanır¹³.

Gümrük vergilerinin geri verilmesi veya kaldırılması hallerine¹⁴ ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Beşinci Bölüm’de yükümlünün, gümrük vergisinin geri verilmesi durumunda faiz talep hakkı ile ilgili GK 216.maddesi’nin, AYM, E. 2013/104, K.2014/96 ve 22.5.2014 tarihli iptal kararı öncesi hükmü şöyle idi: **“Yetkili idareler tarafından, gümrük vergileri ile bunların ödenmelerine bağlı olarak tahsil edilmiş gecikme faizinin veya gecikme zammının geri verilmesinde idarece faiz ödenmez. Ancak, geri verme**

12) 6183 Sayılı Kanun (RG: 28.7.1953, 8469)

13) Ercan, s.46.

14) GK 210.madde: “Bu Kanunda geçen; a) “Geri verme” deyimini, ödenmiş olan gümrük vergilerinin tamamen veya kısmen geri ödenmesi, b) “Kaldırma” deyimini, henüz ödenmemiş olan gümrük vergilerinin tamamen veya kısmen alınmamasına karar verilmesi anlamına gelir”. Ercan, s.46-47: “Gümrük vergisini ortadan kaldıran haller, verginin ödenmesi, vergiye konu eşyanın beyan edilme özelliğini yitirmesidir. Gümrük vergilerinin geri verilmesi veya kaldırılması, yükümlülüğü ortadan kaldıran hallerdir ve idarenin hatasının ortadan kaldırılmasına yöneliktir”.

kararının alındığı tarihten itibaren üç ay içerisinde idarece sözkonusu kararın uygulanmaması halinde, ilgilinin talebi üzerine, üç aylık sürenin bitiminden itibaren faiz ödenir. Bu faiz, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun tecil faizine ilişkin hükümlerine göre hesaplanır”.

GK 216.maddesinde yer alan “Gecikme faizi” kavramı, VUK’nun 112.maddesinde de; “İkmalen, re’sen veya idarece yapılan tarhiyatlarda: a) Dava konusu yapılmaksızın kesinleşen vergilere, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, son yapılan tarhiyatın tahakkuk tarihine kadar; b) Dava konusu yapılan vergilerin ödeme yapılmamış kısmına, kendi vergi kanunlarında belirtilen ve tarhiyatın ilgili bulunduğu döneme ilişkin normal vade tarihinden itibaren, yargı organı kararının tebliğ tarihine kadar geçen süreler için 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulanır. Gecikme faizi de aynı süre içinde ödenir. Gecikme faizinin hesaplanmasında ay kesirleri nazara alınmaz” şeklinde yer alan bir kavramdır ve vaktinde tahakkuk ettirilmeyen verginin tazmini amacıyla alınan ek bir mali yükümlülüğü ifade eder¹⁵.

Gecikme zammı ise, AATUHK 51.maddesinde; “Amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı % 4 oranında gecikme zammı tatbik olunur. Ay kesirlerine isabet eden gecikme zammı günlük olarak hesap edilir” biçiminde yer almış olup, amaç, kamu borçlusunun borcunu vadesinde ödeyerek, devlete ait bir parayı kullanmaktan vazgeçmesini sağlamak ve devlet hazinesinin bir miktar parayı geç tahsil etmesi dolayısıyla uğrayacağı zararı telafi etmektir ve bu niteliğinden ötürü, bağlı olduğu kamu alacağı üzerinden hesaplanan ek bir mali yükümlülük¹⁶ olarak tanımlanmaktadır.

GK 216.maddenin 2.cümlesinde de, gümrük vergisinin geri verme kararının alındığı tarihten itibaren üç ay içerisinde idarece söz konusu kararın uygulanmaması halinde, ilgilinin talebi üzerine, üç aylık sürenin bitiminden itibaren ödenecek faizin, AATUHK’un tecil faizine ilişkin hükümlerine göre hesaplanacağı hükme bağlanmış olup, mezkur madde şöyledir: “Amme borcunun vadesinde ödenmesi veya haczin tatbiki veyahut hacz olunmuş malların paraya çevrilmesi amme borçlusunu çok zor duruma düşürecekse, borçlu tarafından yazı ile istenmiş ve teminat gösterilmiş olmak şartıyla, alacaklı amme idaresince veya yetkili kılacağı makamlarca; amme alacağı 36 ayı geçmemek üzere ve faiz alınarak tecil olunabilir”.

15) Sonsuzoğlu Elif, **Türk Vergi Hukukunda Fer’i Borç ve Alacak Olarak Faiz ve Zam, Türkmen Kitabevi, 2.Baskı, 2013, s. 106.**

16) Sonsuzoğlu, s.39.

Esasında GK 216.maddede, idarenin ödeyeceği faiz hesaplanmasında AA-TUHK tecil faizi ile ilgili hükmüne atıf yapılmış olması, VUK 112.maddesinin 4 ve 5.fıkralarında¹⁷ yer alan mükellefin, vergi idaresinden alacaklı olması halinde fer'i alacak olarak hak kazanacağı faizin de tecil faizi oranında hesaplanacağı ve idarenin söz konusu faiz ödeme yükümlülüğü için öngörülen 3 aylık süre hükmü ile paralellik göstermektedir.

2.1. AYM Denetim Gerekçesi:

Fazladan ödendiği ileri sürülen gümrük ve katma değer vergisinin iadesi istemiyle yapılan başvurunun reddi üzerine açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mersin 2.Vergi Mahkemesi, GK 216. madde 1.cümlesinin Anayasa'nın 2, 10 ve 35.maddelerine aykırılık sebebi ile iptal başvurusunda bulunmuştur.

İptal başvurusunun gerekçeleri, Anayasa'nın 2.maddesinde öngörülen "hukuk devleti" ve 10.maddesinde düzenlenen "eşitlik ilkesi" ile 35.maddede düzenlenen "mülkiyet hakkıdır". Mahkeme, yasa hükmünün iptal isteminin gerekçesinde şu ifadelere yer vermiştir:

"...idarenin gümrük vergilerinin eksik ödenmesi ve/veya hiç ödenmemesi halinde hangi gümrük rejimi olursa olsun beyannamenin tescil tarihinden itibaren gecikme faizi (veya zammı) oranında faiz uygulanırken, gümrük yükümlüsünden haksız tahsil edilen vergilerin Gümrük Kanunu uyarınca geri verilmesinde, gümrük yükümlüsüne geri verme kararının alındığı tarihten itibaren üç ay içerisinde idarece sözkonusu kararın uygulanmaması halinde, ilgilinin talebi üzerine, üç aylık sürenin bitiminden itibaren tecil faizi oranında faiz öngörmektedir. Bir nevi burada devlet alacağında hemen beyannamenin tescil tarihinden itibaren faiz başlatılırken devletin borcu sözkonusu olunca yükümlünün ödenmemesi gerektiği halde ödendiği gümrük vergileri için beyan-

17) VUK 112:"4.Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler, fazla veya yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklanması halinde düzeltmeye dair müracaat tarihi, diğer hallerde verginin tahsili tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz ile birlikte, 120 nci madde hükümlerine göre mükellefe red ve iade edilir.

5. Vergi kanunları uyarınca iadesi gereken vergilerin, ilgili mevzuatı gereğince mükellef tarafından tamamlanması gereken bilgi ve belgelerin tamamlandığı tarihi takip eden üç ay içinde iade edilmemesi halinde, bu tutarlara üç aylık sürenin sonundan itibaren düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz, 120 nci madde hükümlerine göre red ve iadesi gereken vergi ile birlikte mükellefe ödenir".

Söz konusu fıkraların Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını değerlendiren AYM, E.2008/58, K.2011/37 ve 14.5.2011 tarihli kararı ile iptal etmiş ve daha sonra 15.6.2012 tarihli 6322 Sayılı Kanun'un 14.maddesi ile 112.maddenin 4.ve 5. Fıkraları değiştirilmiştir.

namenin tescil tarihinden sonraki tarihte yaptığı başvuru üzerine (ki bu süre 3 yıllık zamanaşımına tabi) geri verme kararının alındığı tarihten itibaren üç ay içinde uygulanmazsa bu sürenin bitiminden itibaren faiz işletilmektedir. Ayrıca devlet alacağı için gecikme zammı oranında faiz alınmakta iken devlet borcuna tecil faizi oranında faiz verilmektedir.

Gümrük Kanunu'nun 216'ncı maddenin en önemli olan ve bu ihtilafın konusu olan açmazı ise; mahkeme kararıyla hukuka aykırılığı sabit hale gelen ancak vatandaşın iyi niyetle ödediği verginin geri verilmesi sözkonusu olunca bunun için faiz öngörülmemesidir. Oysa mahkeme kararıyla hukuka aykırılığı ortaya konulan ve tahsil edilen vergi de; haksız tahsil edilen bir vergi olup, aylar veya yıllar sonra iadesi sırasında enflasyonist ortamda faiz uygulanmaması mükellef yönünden ekonomik eksilme idare yönünden ise sebepsiz zenginleşme sonucunu doğurmaktadır. Yasa koyucunun devlet alacağının her tür geç tahsilinde, (yargı kararı sebebiyle geç tahsil edilse bile), beyannamenin tescil tarihinden itibaren faiz işletirken, yargı kararı gereği iade etmek zorunda olduğu vergilere faiz öngörülmemesi, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır”.

2.2. AYM Kararı:

AYM, GK 216.maddesinin iptal istemi ile ilgili değerlendirmesinde şu ifadelerle yer vermiştir:

“ Vergi, devletin vatandaşlardan kamu gücüne dayalı ve karşılıksız tahsil ettiği bedel olsa da idarece yapılmış olan vergi tahsilâtının fazla veya yersiz olduğu tespit edildikten sonra bu tahsilât, mükellefler için alacak hâline gelmektedir. Söz konusu alacak hakkı ile bu hakkın sahibine geç iade edilmesi durumunda ilgiliye faiz ödenmesinin de mülkiyet hakkı kapsamında olduğu açıktır.

İtiraz konusu düzenleme ile Devlet, fazla veya yersiz yapılmış tahsilâtlar ile hazinesinde tuttuğu parayı kişilere iade ederken üzerinden uzun zaman geçmiş olsa bile faiz ödememektedir. Düzenleme ile elde edilen kamusal yarar, kamu için öncelikli, genel menfaatleri koruyan, kamu hizmetlerinin sürdürülmesi için zorunlu bir durum olmayıp sadece Devlete başkasının mülkü üzerinde sebepsiz ve karşılıksız biçimde tasarruf etme hakkını vermektedir. Dolayısıyla itiraz konusu kural, kamu kurumları ile kişiler arasında kamu idarelerinin kamu gücüne dayalı olan yetkilerini kullanırken hatalı işlemleri nedeniyle oluşan alacak-borç ilişkilerinin alacaklı olan kişilerin aleyhine kamu kurumlarının da lehine bozulmasına sebebiyet vermektedir. Ayrıca kural, kamu kurumlarının borcunu ödemesini geciktirmede teşvik edici olmakta ve vatandaşların Devlete olan güven duygusunu sarsmaktadır.

Fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde faiz ödenmemesine iliş-

kin kural, kişinin belli bir dönem için faiz gelirinden mahrum kalması sonucunu doğurarak kamusal yarar ile bireysel yarar arasındaki dengenin bozulmasına ve mülkiyet hakkının ihlaline neden olmaktadır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırıdır" gerekçesi ile oybirliği ile iptaline karar vermiştir.

AYM, GK 216.maddesi ile ilgili iptal talebini sadece ilk cümlede yer alan "gecikme faizi ve gecikme zammının geri verilmesinde idarece faiz ödenmeyeceği" kuralı kapsamında ve Anayasa'nın 2. ve 35.maddeleri ile birlikte değerlendirmiş, söz konusu değerlendirmesinde "hukuk devleti" ve "mülkiyet hakkı" ile ilgili kısa bir tanım vermiş, herhangi bir karara atıf yapmamış, ayrıca "tecil faizi hesaplanması ile ilgili üç aylık süre" hakkında da hiçbir değerlendirme yapmamış ve sadece söz konusu maddenin 1.cümlesini oybirliği ile iptal etmiştir.

3. Yükümlünün Mülkiyet Hakkının Korunma Kapsamı/ AYM Bireysel Başvuru Kararı

Anayasa'nın "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı İkinci Kısım I.Bölüm'de yer alan temel hak ve hürriyetlerin niteliği ve sınırlandırılmasına ilişkin kurallar 12 ve 13.maddelerde şöyle hükme bağlanmıştır:

I. Temel hak ve hürriyetlerin niteliği

MADDE 12- Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.

II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

MADDE 13- Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".

Vergilendirme alanında temel hak ve hürriyetler kapsamında yer alan en önemli güvence ise mülkiyet hakkıdır ve 35.maddede şöyle düzenlenmiştir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz".

Vergilendirme yetkisinin kullanımı, Anayasa'da temel hak ve hürriyetler bölümünde düzenlenmiş olan mülkiyet hakkına müdahaledir¹⁸ Anayasa'nın 35.maddesi kapsamında mülkiyet hakkının sınırlandırılması ancak "kamu yararı" amacı

18) Saban, s. 73

ile ve “kanun” yolu ile yapılabilecektir. Bununla birlikte 13.maddedeki genel sınırlama şartlarına uyulacak; sınırlama “kanun” ile yapılırken, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeni ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olacak, hakkın özüne dokunmayacaktır¹⁹.

Yükümlünün Anayasa Mahkemesi’ne başvuru yolunu tercih etmesi halinde, sadece yukarıda belirtilen Anayasal haklardan değil, Anayasa 90.maddesi 5.fıkrası gereği, uluslararası anlaşma ile tanınan haklardan da faydalanması gerekecektir.

Anayasa 90.maddesi 5.fıkrasına göre: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*”.

Söz konusu hüküm gereği Türkiye tarafından usulüne göre onaylanmış olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)²⁰ ve eki Protokollerin hükümlerinin yasa ile çatışması durumunda davaya bakmakta olan yargıcın Sözleşme ve Ek Protokollerini uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır²¹. Anayasal içtihatla uluslararası insan hakları hukukunun Anayasa yorumundaki değeri konusundaki yaklaşım “anayasa üstülük” olarak adlandırılabilir. Çünkü burada Anayasa ile gönderme yapılan uluslararası insan hakları hukuku arasında, ikincisi lehine bir hiyerarşi kurulmaktadır²² ve buna bağlı olarak da vergi hukuku alanına geçtiğimizde temel hak ve hürriyetlere dair milletlerarası andlaşmaların iç hukuka üstün²³ olduğunu ve yargıçlar tarafından uyuşmazlıkların çözümünde, temel hak ve özgürlüklere dair en önemli milletlerarası andlaşma olan İHAS hükümlerinin

19) Saban, s. 73: “Vergilendirme yetkisi nerede mülkiyet hakkının özüne müdahale oluşturur diye sordüğümüzda, o hakkın kullanılabilirliğinin ortadan kalkması sorunun açık cevabı olacaktır. Örneğin ücret geliri elde eden bir gelir vergisi mükellefinin durumunu ele aldığımızda, vergilendirme yetkisinin sınırı onun insan onuruna yakışır biçimde yaşamasını sağlayacak gelir dilimi olacaktır”.

20) Türkiye Sözleşme’yi 10.3.1954 tarihinde Onay Kanunu ile kabul etmiştir. (RG: 19.3.1954,8662).

21) İnceoğlu Sibel, *Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Editör: Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, Nisan 2013, s. 9: “Bu yükümlülük elbette İHAS’ı mahkemelerin özerk bir biçimde yorumlaması anlamına gelmez. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini belirleme yetkisi yine Sözleşmeye göre İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne verilmiştir. Diğer bir deyişle ulusal yargıç Sözleşmeyi yorumlarken İHAM kararlarına uygun bir biçimde yorum yapmalıdır, aksi halde İHAS’ı öncelikle uygulama görevini yerine getirmiş olmaz”.

22) Oder Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayınevi, 1.Bası, Kasım 2010, s. 222.

23) Yaltı Billur, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Yayınları, 1.Bası, Eylül 2006, İstanbul, s. 21.

esas alınmak durumunda olduğunu söyleyebiliriz²⁴.

“Vergi” kavramının İHAS hükümleri içinde açıkça geçtiği tek madde de “Mülkiyetin korunması” başlıklı İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ye Ek 1. Protokol 1.maddesidir²⁵. Söz konusu hükme göre; “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasa-da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez”.

P-1-1’deki mülkiyet hakkı²⁶, iki yönlüdür. Birincisi müdahaleye maruz kalmaksızın mülkiyetten yararlanma hakkı, ikincisi mülkiyetten mahrum bırakılmama hakkıdır ve bu hakkın öznesi/ sahibi gerçek veya tüzel kişi olabilir²⁷.

Madde hükmünde vergilendirme, mülkiyet hakkının istisnası olarak düzenlenmiştir; ancak vergilendirme yetkisi hukuka uygun kullanılmalı, kamu yararı amacı olmalı ve getirilen düzenleme ile kamu yararı amacının gerçekleştirilmesi arasında makul ve orantılı bir araç oluşmalıdır²⁸.

Protokol’ün 1.maddesine göre mülkiyet hakkına ancak “yasa” ile müdahale edilebilir ve burada geçen “yasa” kavramı da hem yasaları hem de içtihatları kapsar ve ulaşılabilirlik, öngörülebilirlik gibi niteliksel gerekliliklere işaret eder²⁹.

24) Gemalmaz H.Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul 2009, 1.Bası, s.3: “İHAS, ulusal üstü insan hakları belgeleri arasında etkili denetim mekanizmasına sahiptir. İHAS bir komisyon ve mahkeme kurarak bireylerin Sözleşme’ye taraf devletler aleyhine başvuru yapmasına imkan verecek usuller öngörmüş ve onbinlerce karar üretilmiştir”.

25) Yaltı, s. 43. Söz konusu Protokol, 20 Mart 1952 tarihinde Paris’te imzalanmış ve 6. madde uygun olarak 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Ek Protokol’ü 20 Mart 1952 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde onaylamıştır. 6366 Sayılı Onay Kanunu 19 Mart 1954 gün ve 8662 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

26) Doğru Osman, Nalbant Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2.Cilt, Legal Yayınevi, Ekim 2013, s. 651: “Mülkiyet hakkı, kişinin sahip olduğu şeyler üzerindeki hakkını güvence altına alır. Bu maddenin uygulanabilmesi için kişinin sahibi olduğu “şey”e (İngilizce metinde geçen “possessions” ve Fransızca metinde geçen “biens” sözcüklerine karşılık Türkçe’de “mal ve mülk” terimleri kullanılmaktadır) kamu makamları tarafından bir müdahalede bulunulmuş olması gerekir”.

27) Gemalmaz M.Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 2, 8.Bası, Legal Yayınevi, Aralık 2012, s. 105.

28) Yaltı, s. 43; Doğru, Nalbant, s.656’da bu koşullar “hukukilik ilkesi, meşru amaç ve orantılılık ilkesi” olarak ifade edilmiştir.

29) Yaltı, s. 64, 65.

Mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), öncelikle somut olayda mülkiyet hakkına müdahale olup olmadığına karar vermektedir. Müdahalenin sabit olması halinde söz konusu müdahalenin hukuka uygun olup olmadığına tespiti yapılmakta olup, İHAM'ın araştırdığı husus, somut olayda bir yasa hükmünün başvuranın Sözleşme'den doğan hakkını ihlal edip etmediğidir.

O halde, gerek özel vergi kanunlarında gerekse Gümrük Kanunu kapsamında mükellef/ yükümlülerin ödemesi gereken vergiler, ödeme sürelerinin gecikmiş olması ve/veya ödememesi gerektiği halde ödenmiş vergilerin iadesi ile ilgili uyuşmazlıklarda ilk derece mahkemeleri de Anayasa Mahkemesi de İHAS test standartlarını uygulamak ve İHAM içtihatlarını kararlarına esas almak durumundadırlar.

3.1. AYM Bireysel Başvuru Süreci:

Başvurucu, ihtirazi kayıtlarla verdiği gümrük beyannameleri üzerine fazladan tahakkuk ettirilerek ödenen gümrük ve katma değer vergilerinin faiziyle birlikte geri verilmesi istemiyle açmış olduğu davalarda, mahkemece fazladan tahsil edilen kısmın iadesine karar verilmesine rağmen faiz isteminin reddedilmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüş ve nihai aşamada bireysel başvuru yolunu kullanmaya götüren süreç şöyle gelişmiştir:

“Başvurucu, yurt dışından getirdiği emtianın beyanname tescil işlemlerini tamamlayarak ithalatını gerçekleştirmek amacıyla Mersin Gümrük Müdürlüğüne başvurmuş ve söz konusu idarenin ithal edilen malların satış faturalarındaki fiyat yerine...sayılı Dış Ticarete Standardizasyon Tebliği'ne (Tebliğ) göre belirlenen referans fiyata göre ithali yapılacak emtianın ton fiyatını kendisi belirlemek şartıyla beyannameyi tescil edeceğini belirtmesi üzerine tescil anında idarece belirlenen fiyat üzerinden hesaplanan 16 beyannameyi Mart 2007 ve Ocak 2008 arasında ihtiraz kaydı düşerek tescil ettirmiş ve tahakkuk eden gümrük ve katma değer vergilerini ödemiştir.

Başvurucu, bu suretle idare tarafından fazla tahakkuk ettirilerek tahsil edilen fark kıymete isabet eden vergi kısmının iadesi istemiyle her bir beyannameye ilişkin olarak önce Bandırma Gümrük Müdürlüğüne düzeltme başvurusu yapmış, bahsedilen idarenin başvuruları reddi üzerine Mersin Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğüne başvurarak fazla ödenen vergilerin faiziyle birlikte iadesini talep etmiştir.

İdarece taleplerinin reddedilmesi üzerine başvuru, Mersin Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğüne 16 adet işleminin iptali ile fazladan tahsil edilen vergilerin dava tarihi itibarıyla amme alacaklarına uygulanan faiz oranında

işleyecek faiziyle birlikte iadesine karar verilmesi istemiyle Mersin 1. Vergi Mahkemesi nezdinde 16 ayrı dava açmıştır”.

Başvurucu, Mersin Vergi Mahkemesi'ninsayılı kararlarında “*davalı idarece, belirtilen satış bedelinin gerçek olup olmadığına dair herhangi bir somut tespit bulunmaksızın ticari bir değeri bulunmayan ve teklif niteliğinde olan proforma faturada referans olarak kabul edilen fiyatın esas alınarak vergi tahakkuk ettirilmesine hukuken imkân bulunmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalı idarenin işlemlerinin iptaline; faiz istemlerinin ise Gümrük Kanunu'nun 216. maddesine göre yetkili idareler tarafından gümrük vergileri ile bunların ödenmelerine bağlı olarak tahsil edilmiş gecikme faizinin veya gecikme zammının geri verilmesinde idarece faiz ödenmeyeceği kurala bağlandığından reddine” dair verdiği kararları temyiz etmiş, Danıştay 7.Dairesi tarafından ise temyiz taleplerini ve daha sonra yapılan karar düzeltme müracaatlarını oyçokluğu ile reddetmiştir.*

Başvurucu, AYM'ne bireysel başvuru müracaatında; “*hizmet kusuru oluşturan hukuka aykırı vergilendirme işlemlerinden doğan zararların işlemleri yapan idare tarafından karşılanmasının Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında yer alan idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olması kuralı ve hukuk devleti ilkesinin gereği olduğu; ayrıca Gümrük Kanunu'nun 216. maddesinde yetkili idareler tarafından gümrük vergileri ile bunların ödenmesine bağlı olarak tahsil edilmiş gecikme faizi ve gecikme zammının geri verilmesinde idare tarafından faiz ödenmeyeceği kuralının yalnızca yetkili idareler tarafından alınmış bir geri verme kararı bulunduğu söz konusu olduğu, yargı kararı sonucu ilgisine iade edilmesine karar verilen vergileri kapsamadığını belirterek faiz isteminin reddedilmesinin Anayasa'da güvence altına alınan mülkiyet hakkını ihlal ettiğini” iddia etmiş ve “*iadeleri yapılan vergi miktarına, fazladan tahsilâtın yapıldığı günden iadenin yapıldığı tarihe kadar amme alacaklarına uygulanan faiz oranında işleyecek faizin birlikteliği aracılığıyla tespit edilerek ödenmesine karar verilmesini” talep etmiştir.**

Söz konusu bireysel başvuru dayanağını oluşturan GK 216.maddesinin 1.cümlesi, 22.5.2014 tarihli AYM kararı ile iptal edilmişti; ancak somut başvuruya konu dava, bahsedilen iptal kararından önce kesinleşmiştir.

3.2. AYM Kararı:

AYM, bireysel başvuru kararında, ilk kez gümrük uyuşmazlıkları ile ilgili GK kapsamında bir değerlendirme yapmış ve ilk kez gümrük vergisi yükümlüsünün “mülkiyet hakkının” koruma kapsamında olduğunu ifade etmiştir. Söz konusu Karar'ın gerekçesinde şu değerlendirmeler yer almaktadır:

“Anayasa’nın 35. maddesi ve (1) No.lu Protokol’ün 1. maddesi benzer düzenlemelerle mülkiyet hakkına yer vermiştir. Her iki düzenleme de üç kural ihtiva etmektedir. Sözleşme’nin ilk cümlesi herkese mülkünden barışçıl yararlanma hakkı verirken Anayasa daha geniş manada mülkiyet hakkını tanımaktadır. Düzenlemelerin ikinci cümleleri ise kişilerin hangi koşullarda mülkünden yoksun bırakılabileceğini ya da kişilere ait mülkiyetin hangi koşullarla sınırlandırılabileceğini hüküm altına almaktadır.

Her iki düzenlemenin üçüncü cümleleri ise mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da düzenlenmesine ilişkindir. Anayasa’nın 35. maddesinin son fıkrası mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer verirken, Sözleşme’ye Ek (1) No.lu Protokol’ün birinci maddesinin ikinci fıkrası devletlere mülkiyeti kamu yararına düzenleme ile vergiler ve diğer katkılar ile cezaların tahsili konusunda gerekli gördükleri yasaları uygulama konusundaki haklarını saklı tutarak taraf devletlerin genel yarara uygun olarak “mülkiyetin kullanımını kontrol” yetkisine sahip olduklarını kabul etmektedir. Bununla beraber Anayasa’nın birçok maddesi ilgili olduğu hususta devlete mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da düzenleme yetkisi vermektedir.

Başvurucunun yapmış olduğu ödemelerden emtianın alış fiyatı ile Tebliğ’de belirtilen fiyatlar arasındaki farka tekabül eden kısmın fazla ve yersiz alındığı Mahkeme kararlarıyla kesinleşmiştir. Alınmaması gerektiği halde tahsil edilen bedellerin bu husustaki mahkeme kararı kesinleştikten sonra ödenmesi gereken vergi ile ilgisi kalmamış ve devlet için borç, başvuru için alacak haline dönüşmüştür. Bu durumda mülkiyet hakkı yönünden yapılan incelemenin vergilerin tahsilini de kapsayan mülkiyetin kullanımının kontrolü yönünden değil, 1 No.lu Protokol’de ifade edildiği şekliyle bireylerin mülklerinden barışçıl yararlanmaları hakkı veya Anayasa’da ifade edildiği şekliyle bireylere tanınan geniş anlamda mülkiyet hakkı kapsamında yapılması gerekmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin 213 sayılı Kanunu’nun 112. maddesine 4369 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile eklenen (4) numaralı fıkrada yer alan fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesine mahkemece karar verildikten üç ay sonra halen ödenmemesi halinde faiz ödeneceğine dair hükmü iptal ettiği ...sayılı kararında; “Vergi, devletin vatandaşlardan kamu gücüne dayalı ve karşılıksız tahsil ettiği bedel olsa da idarece yapılmış olan vergi tahsilâtının fazla veya yersiz olduğu tespit edildikten sonra bu tahsilât, mükellefler için bir ‘alacak’ haline gelmektedir.” ifadesiyle idarelerin vergi adıyla fazla veya yersiz tahsil ettikleri bedellerin, bu konudaki mahkeme hükmü ile devlet için borç, bireyler için alacağına dönüştüğü kabul edilmiştir.

Alacak hakkı, mülkiyet hakkı kapsamında kişilerin temel haklarındanır (E.2008/58, K.2011/37, K.T. 10/2/2011). Asıl alacağa bağlı feri bir hak olan faiz alacağı da hak sahibine maddi bir menfaat sağlaması sebebiyle ekonomik bir değer olarak Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı kapsamında olup, asıl alacağa bağlı faiz talebi de bu hakkın sağladığı güvenceden yararlanabilir.

Anayasa Mahkemesi, sayılı kararıyla 213 sayılı Kanunu'nun 112. maddesinin (4) numaralı fıkrada yer alan fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesine mahkemece karar verildikten üç ay sonra başlamak üzere halen ödenmemesi halinde asıl borca faiz işletileceğine dair hükmü Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Yasa koyucu daha sonra bu fıkrayı, fazla veya yersiz tahsilin mükelleften kaynaklanmadığı durumlarda, verginin tahsil tarihinden düzeltme fişinin kesildiği tarihe kadar geçen süre için tecil faizi uygulanacak şekilde değiştirmiştir. ...

Bununla beraber gümrük idareleri, 10/2/2011 tarihli iptal kararına rağmen iptal edilen hükümle benzer nitelikteki 4458 sayılı Kanunu'nun 216. maddesinde yer alan hükme istinaden fazla veya yersiz tahsil edildiği anlaşılan gümrük vergilerinin iadesinde faiz ödememeye devam etmişler ve fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesi talepli davalarda vergi mahkemeleri ve Danıştay da aynı Kanun hükmüne dayanarak iadelerin faizsiz yapılmasına karar vermeye devam etmişlerdir.

.....

Bahsedilen düzenleme ile elde edilmek istenen kamu yararı, kamu için öncelikli, genel menfaatleri koruyan, kamu hizmetlerinin sürdürülmesi için zorunlu bir durum olmayıp sadece Devlete başkasının mülkü üzerinde sebepsiz ve karşılıksız biçimde tasarruf etme hakkını vermektedir (AYM, E.2013/104, K.2014/96, 22/5/2014)....

Anayasa'nın 35. maddesine göre kişilerin mülkiyetleri ancak kanunla öngörülmüş usullerle ve kamu yararı gereği, karşılığı ödenmek suretiyle ellerinden alınabilir. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi gereği kişilerin mülklerinden mahrum bırakılmaları halinde elde edilmek istenen kamu yararı ile mülkünden mahrum bırakılan bireyin hakları arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir.

Başvurucu kendisinden fazla veya yersiz tahsil edilen bedellere amme alacaklarına uygulanacak faizin uygulanmasını talep etmektedir. Bahsedilen faiz oranı bazı kamu alacaklarının tahsilinde belli koşulların gerçekleşmesi halinde ve Anayasa'nın 46. maddesindeki düzenlemeye göre de taksitle ödenmesine karar verilen kamulaştırma bedellerinin ödemesinde uygulanmaktadır. Bunun

dışında fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesi gibi durumlarda amme alacaklarına uygulanan en yüksek faiz oranının işletilmesine yönelik bir yasal dayanak veya yargı kararlarıyla oluşmuş ve istikrar kazanmış bir uygulama bulunmamaktadır.

Bununla birlikte vergi adı altında tahsil edilen ve mahkemelerce fazla veya yersiz olduğuna karar verilen tahsilâtların iadesinde tahsilât ve iade arasında geçen sürede iade edilen bedelin enflasyon karşısında değerinde meydana gelen aşınmayı ve bu sürede bireylerin bu bedellerden yararlanamamaları nedeniyle meydana gelen zararlarını telafi etmek ve gerçek karşılığını ödeyebilmek amacıyla, bu bedellere faiz veya enflasyon farkı işletilmesi mümkündür.

Bir eşyanın devir tarihindeki bedelinin daha sonra ödenmesi durumunda arada geçen sürede enflasyon nedeni ile paranın değerinde oluşan hissedilir aşınma ile mülkiyetin gerçek değeri azaldığı gibi bu bedelin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanmak imkânı da bulunmamaktadır. Bu şekilde kişiler mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğratılmaktadır (AYM, E.2008/58, K.2011/37, 10/2/2011)....

Nitekim AİHM, haksız olarak tahsil edilen verginin beş yıl beş ay sonra faizsiz olarak iade edilmesini, belli bir meblağdan yararlanma hakkı uzun süre engellenen şahsın, mali durumunda önemli ve kesin zararlara neden olduğuna, bu durumun sürdürülmesi gereken genel yarar ile kişi yararı arasındaki dengeyi bozduğu, şahıs üzerine aşırı yük yüklediği gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiş ve mülkiyet hakkı çığnenen şahsa faiz ödenmesi gerektiğine karar vermiştir (Bkz., Eko-Elda Avee/Yunanistan, B.No: 10162/02, 9/3/2006). Başka bir kararda ise AİHM, yersiz tahsil edilen ve faiziyle iade edilen vergi nedeniyle mükellefin bu süre içinde daha yüksek faizle borçlanmak zorunda kalmasını mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir (Bkz., Buffalo S.r.l. in Liquidation/İtalya, B. No: 38746/97, 22/7/2004).

Somut başvuruya konu davada başvuruçunun Mart 2007 ve Ocak 2008 dönemleri arasında gümrük müdürlüğüne 16 adet beyanname vererek ihtirazi kayıtla vergi ödediği ve fazla ödediğini iddia ettiği bedellerin iadesi amacıyla açtığı davalarda Mahkemece 8/1/2008 ila 26/11/2008 tarihleri arasında verilen faizsiz olarak iade edilmesi yönündeki kararların ... kesinleştiği görülmektedir. Başvuruçucu, fazla veya yersiz tahsilât yapıldığı tarihler ile açtığı davaların lehine sonuçlanması sonrasında yapılan iade tarihleri arasında geçen sürede meydana gelen enflasyona bağlı olarak mülkiyünün değerindeki aşınma nedeniyle mağdur edildiği gibi bu süre zarfında sahibi olduğu ve kendisinden haksız olarak alındığı anlaşılan bedelleri kullanma, tasarruf ederek veya yatırıma dönüştürerek gelirinden yararlanma imkânından da mahrum kalarak

mağdur olmuştur. Başvurucunun bir tacir olduğu dikkate alındığında ayrıca kendisinden fazla veya yersiz olarak tahsil edilen meblağı ticari faaliyetlerinde kullanarak gelir elde etme imkânından da bu süre zarfında mahrum kaldığı ve bu durumun başvurucudan yapılan hatalı vergi tahsilinin olumsuz etkisini arttıracığı söylenebilir.

22/5/2014 tarihinde iptal edilen ancak somut başvuruya konu davada uygulanan kural, kamu kurumları ile kişiler arasında kamu idarelerinin kamu gücüne dayalı olan yetkilerini kullanırken hatalı işlemleri nedeniyle oluşan alacak-borç ilişkilerinin alacaklı olan kişilerin aleyhine, kamu kurumlarının da lehine bozulmasına sebebiyet vermektedir. Ayrıca kural, kamu kurumlarının borcunu ödemesini geciktirmede teşvik edici olmakta ve vatandaşların Devlete olan güven duygusunu sarsmaktadır (AYM, E.2013/104, K.2014/96, 22/5/2014).

Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde, somut başvuruya konu davada idarece vergi adıyla fazla ve yersiz tahsil edilen ve Mahkeme kararıyla iadesine karar verilen bedellerin ödenmesinde 4458 sayılı Kanunun 216. maddesi gereği faiz uygulanmadığı, bahsedilen kanun maddesinin somut başvuruya konu davanın kesinleşmesinden sonra 22/5/2014 tarihinde iptal edildiği, ülkemizin ekonomik koşulları dikkate alındığında başvurucudan fazla veya yersiz yapılan tahsilâtların tarihi ile iadesi amacıyla açılan davaların başvuru lehine sonuçlanması arasında geçen sürede enflasyona bağlı meydana gelen değer kaybı ve başvurucunun bu süre zarfında kendi mülkünü kullanma, tasarruf etme, yararlanma hakkından mahrum kalması nedenleriyle mağdur olduğu, mağduriyete hatalı vergi tahakkuk ve tahsil işlemlerinin neden olduğu, uygulamanın alacaklı-borçlu ilişkisinin alacaklı başvuru aleyhine ve gümrük/vergi idaresi lehine bozulmasına yol açtığı, bahsedilen mağduriyetler dikkate alındığında, başvurucunun üzerine haklı gösterilemeyecek şekilde orantısız ve aşırı yük bindiği ve ulaşılmak istenen kamu yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken adil dengenin bozulduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Belirtilen nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir”.

3.3. Karara Dair Bir Not

AYM, yukarıda belirtilen gerekçelere dayanarak gümrük vergisi yükümlüsünün “mülkiyet hakkının ihlal edildiği” kararında sadece AYM'nin 216.madde ile ilgili iptal gerekçesinde yer alan ifadeler ile VUK 112.madde ile ilgili iptal kararı gerekçelerine atıf yapmamış, aynı zamanda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatlarından da kaynak olarak faydalanarak, kararına esas almıştır.

Söz konusu karar ile gümrük vergileri alanında ayrı ve özel bir kanun niteliğinde olan Gümrük Kanunu yükümlülerinin de, VUK kapsamındaki mükellefler ile aynı ölçü normlar esas alınarak hak ihlallerine karşı koruma alanı genişletilmiştir ve karar bu yönü ile gümrük hukukunda önemli bir aşama olarak değerlendirilmelidir.

Bununla birlikte, 216.maddede yer alan “Ancak, geri verme kararının alındığı tarihten itibaren üç ay içerisinde idarece sözkonusu kararın uygulanmaması halinde, ilgilinin talebi üzerine, üç aylık sürenin bitiminden itibaren faiz ödenir. Bu faiz, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun tecil faizine ilişkin hükümlerine göre hesaplanır” hükmü mülkiyet hakkını ihlal eden nitelikte bir düzenleme olarak halen mevcudiyetini sürdürmektedir.

Ayrıca aynı doğrultuda, VUK 112.maddesi ile ilgili AYM'nin iptal kararı gerekçesinde de ihmal edilen ve halen yürürlükte olan “idareye faiz ödeme yükümlülüğünde tanınan keyfi nitelikte 3 aylık süre” şartı hiçbir biçimde mükellefin zararını karşılamaz.

VUK 112.kapsamında, faiz uygulamasının başlangıcı açısından, maddenin yazımında vergi kanunlarında açıkça yer alan vergi iadeleri göz önüne alındığında, tahsilat günü hiç düşünülmemiş, iadeye hak kazanıldıktan sonra gerekli evrakın tamamlanması ibaresine yer verilmiştir. Aradaki 3 aylık ilave süre mükellefin mülkiyet hakkını daha da fazla ihlal etmektedir³⁰.

O halde, gerek Vergi Mevzuatı kapsamındaki mükellefler gerek Gümrük Kanunu kapsamındaki yükümlüler açısından, haksız yere ödenen vergilerin idare tarafından iade sürecinde, iadeye hak kazandığı tarihin faizin başlangıç tarihi olarak esas alınması ve faiz oranının da gecikme zammı oranına çıkartılması³¹ gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Doğru Osman, Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2.Cilt, Legal Yayınevi, Ekim 2013.
- Ercan Tayfun, Gümrük Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Gemalmaz H.Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- Gemalmaz M.Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Cilt 2, 8.Bası, Legal Yayınevi, Aralık 2012.
- İnceoğlu Sibel, *Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi*, İnsan Hakları

30) Sonsuzoğlu, s. 158.

31) Sonsuzoğlu, s.158,159.

Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Editör: Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, Nisan 2013.

- Oder Bertil Emrah, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayınevi, 1.Bası, Kasım 2010.
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, 23.Bası.
- Saban Nihal, Vergi Hukuku, Beta Yayınevi, 6.Naskı, Kasım 2014.
- Sonsuzoğlu Elif, Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz ve Zam, Türkmen Kitabevi, 2.Baskı, 2013.
- Şenyüz Doğan, Yüce Mehmet, Gerçek Adnan, Türk Vergi Sistemi, Ekin Yayınevi, 11.Bası, Bursa 2014.
- Tuncer Selahattin, Gümrükler ve Gümrük Vergileri, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2011.
- Yaltı Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınları, 1.Bası, Eylül 2006.

ÖZET

Vergi hukuku alanında dolaylı ve dolaysız vergilere dair pek çok çalışma bulunmasına olmasına rağmen, gümrük vergileri ile ilgili Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamında hiçbir değerlendirme yapılmamıştı. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin Gümrük Kanunu'nun 216.maddesinin 1.cümlesinin iptaline dair vermiş olduğu karar sonrası aynı madde kapsamında yapılan bireysel başvuruda AYM'nin vermiş olduğu "mülkiyet hakkının ihlali" kararı, gümrük vergisi yükümlüleri açısından büyük önem taşımaktadır.

Söz konusu karar, Gümrük Kanunu yükümlülerinin de, Vergi Usul Kanunu kapsamındaki mükellefler ile aynı ölçü normlar esas alınarak hak ihlallerine karşı korunmasını sağlamıştır ve gümrük hukukunda önemli bir aşama olarak değerlendirilen her iki AYM kararı bu çalışmada ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Vergi, Gümrük Vergisi, Gümrük Kanunu, Gümrük Vergisinde İade Borcu.

Yeni Kuvvetler Ayrılığı Teorisi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği

The New Separation of Powers Theory and its Applicability in Turkey

Yrd. Doç. Dr. Selman Karakul

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

The classical theory of separation of powers aims at preventing the concentration of power and arbitrary rule through the allocation of legislative, executive and judicial branches in different hands. Nevertheless upon the political developments in 19th and 20th centuries the scarcity of tripartite division of powers was observed in the protection of normative values that it intended to secure. Therefore new theories of the separation of powers claiming a different division of powers from the classical model were proposed. This paper analyses the historical and intellectual development of the classical separation of powers theory; the criticism of the classical separation of powers theory and the search for a new theory of separation of powers; the development of the new separation of powers theory and various views on this issue; lastly the applicability of the new separation of powers theory in Turkey.

Keywords: The Classical Separation of Powers Theory, Montesquieu, Madison, The New Separation of Powers Theory, Democratic Control.

Giriş

Batılı kurumsal teorisyenler, toplumsal değerlerin hayata geçirilebilmesi için zorunlu bir kurum olarak gördükleri siyasi iktidarın geliştirmesi gereken değerleri kendisinin tahrip etmemesi için denetlenmesi gereği üzerinde durmuşlardır. Ütopik, mutlakıyetçi, (aşırı) sağ ve solda yer alan teorisyenlere karşılık, anayasacılığı savunanların temel görüşü devletin denetim altında bulundurulması ve iktidarın kullanılmasına sınırlama getirilmesi konusundaki kararlılıktır. Modern

dönemde bu ikileme çözüm getirmeyi amaçlayan devlet teorileri arasında gerek düşünsel, gerek kurumsal yapılar üzerindeki etkisi bakımından en önemlisi kuvvetler ayrılığı teorisi. Kuvvetler ayrılığı teorisi, Batı siyasal düşüncesinde temsili yönetim ilkesiyle birlikte anayasal olarak nitelendirilen devlet sistemlerinin en temel dayanaklarından birini teşkil etmektedir. Kuvvetler ayrılığı teorisi doktrinde devletin doğru örgütlenmesinde yol gösterici bir ilke olarak kabul edilmediği dönemlerde dahi, Batılı devlet sistemlerinin tahlilinde ve şekillenmesinde en faydalı ve etkin araç olma özelliği taşımaktadır. Böyle bir iddianın izahata ve gerekçeye muhtaç olduğu açıktır. Kuvvetler ayrılığı teorisi hiçbir şekilde basit, derhal anlaşılabilir ve açık prensiplerden ibaret değildir. Aksine, siyasal düşüncenin tanımlanması ve kullanılmasında büyük karmaşa arz eden bir alanında bulunmaktadır. Kavram hakkında önceki yüzyıllarda ileri sürülen görüşlerin çoğu, günümüz sorunlarına uygun düşmemektedir. Bir devlet teorisi olarak kuvvetler ayrılığı doktrini tek başına etkili ve istikrarlı bir siyasal sistem teşkil edilebilmesi için elverişli ve yeterli değildir. Kuvvetler ayrılığı bu nedenle karma yönetim, denetim ve denge mekanizmaları gibi siyasal kavramlarla birleşerek, modern Batılı siyasal sistemlerin temelini teşkil eden karmaşık anayasal teorilerin geliştirilmesine yol açmıştır.¹

Klasik anlamda kuvvetler ayrılığı teorisi, devlet kudretini sınırlandırarak, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla devlet kudretini yasa- ma, yürütme ve yargı olmak üzere üçe ayırıp, bunlardan her birinin birbirinden bağımsız olan üç ayrı organa verilmesi gerektiğini savunmaktadır.² Kuvvetler ayrılığı teorisinin diğer amacı ise kamu hizmetlerinin iyi işleyebilmesini temin etmektir.³ Kuvvetler ya da iktidarların ayrılığı kavramı kullanılırken pozitif hukuk verilerine göre kastedilmesi gereken, gerçekte fonksiyonlar ayrılığıdır. Diğer bir deyişle, devlet iktidarının çeşitli fonksiyonlarının aralarında işbirliği bulunan değişik organlarca yerine getirilmesi ifade edilmektedir. Burada fonksiyon kavramı hukuki anlamda kullanılmaktadır. Devletin fonksiyonları maddi muhtevalarına veya konularına göre birbirinden ayrılabilir. Ancak klasik kuvvetler ayrılığı kuramında kamu hukukunu öncelikle ilgilendiren fonksiyonlar, maddi muhtevalarına veya konularına göre değil, hukuki anlamdaki fonksiyonlardır. Hukuki yönden önemli olan, devlet faaliyetlerinin konuları, amaçları veya

- 1) M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Second Edition, Indianapolis (1998), Liberty Fund, Inc., s. 2
- 2) Kemal GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt I*, Bursa (2011), Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 538
- 3) Bkz. Recai Galip OKANDAN, "Ämme Hukukunda Kuvvetler Bölümü Meselesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2, (1936), s. 521; Erdoğan TEZİÇ, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Gözden Geçirilmiş Onaltıncı Bası, İstanbul (2013), Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 465

maddi mahiyetlerinden ziyade, hukuk alanındaki etki ve sonuçlarıdır. Devletin hukuki sonuçlar doğuran faaliyetleri onun hukuki fonksiyonlarını meydana getirir.⁴ Devletin klasik hukuki fonksiyonlarını oluşturan yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları, maddi ve şekli kriterlere göre tasnif edilebilmektedir. Maddi kriter, devletin hukuki fonksiyonlarının tasnifini, bu fonksiyonların ifasında başvuru işlemlerin hukuki mahiyetine dayandırmaktadır. Maddi mahiyetine göre hukuki işlemler, kural işlem, sübjektif işlem ve yargı işlemi olarak üçe ayrılmakta ve her bir işlem devletin üç temel hukuki fonksiyonundan birini meydana getirmektedir. Şekli ve organik kritere göre ise devlet fonksiyonu, faaliyeti icra eden ajana ve faaliyetin icra ediliş biçimine göre belirlenmektedir.⁵

Kuvvetler ayrılığı teorisi, bir yönüyle devlet kudretini sınırlandırarak, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla kullanılırken, diğer yönüyle kuvvetler arası ilişkilere göre hükümet sistemlerini belirlemek amacıyla da kullanılmaktadır.⁶ Devlet fonksiyonlarının yerine getirilmesi sırasında yasama ve yürütme organları arasında birtakım ilişkiler ve bağlar ortaya çıkmaktadır. Yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkiler pozitif anayasa hukuku açısından hükümet sistemlerinin sınıflandırılması yönünden belirleyici olmaktadır. Bu sınıflandırmada esas olan yasama ve yürütme arasındaki ilişkilerdir. Yargı organı ve fonksiyonunun özgürlükçü ve demokratik ülkelerin tamamında bağımsız olması gerektiği ilke olarak kabul edilmektedir. Yargı organının bağımsızlığı ve yargıçlarla savcılara tanınan teminatlar hukuk devleti açısından son derece önemlidir.⁷

Klasik kuvvetler ayrılığı teorisi, 18. yüzyıl sonlarında ortaya çıkan ilk yazılı anayasalara ve 19. yüzyıl anayasacılık hareketlerine yön veren temel kuramlardan birini oluşturmuştur. Ancak 19. yüzyıl boyunca siyasi partilerin, baskı gruplarının ve diğer siyasi katılım yollarının gelişmesi klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin sorgulanmasına yol açmıştır. 19. yüzyıl sonlarında yürütme ve idarenin işlevlerindeki artış, siyasetin tartışmalı alanından ayrı düşünülen ve etkinlik amacına

4) Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara (2011), Yetkin Yayınları, s. 187

5) ÖZBUDUN, a.g.e.; s. 188-191; Turan GÜNEŞ, *Parlamanter Rejimin Bugünkü Mânası ve İşleyişi*, İstanbul (1956), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 11-19; Murat SEZGİNER, *Günümüz Demokrasilerinde Kuvvetler İlişkisi ve 1982 Anayasası'nda Sorunlar*, Ankara (2010), Seçkin Yayınları, s. 17-19

6) Mehmet TURHAN, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Diyarbakır (1989), Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 3; Mehmet Merdan HEKİMOĞLU, *Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı "Demokratik Hükümet Sistemleri" ve Türkiye*, Ankara (2009), Detay Yayıncılık, s. 7-8

7) TURHAN, a.g.e., s. 21; Münci KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), Ankara (1993), Yetkin Yayınları, s. 285-287

yönelen bilimsel idare ve kamu hizmeti anlayışını⁸ ön plana çıkarmıştır. Bilimsel yaklaşımın siyaset ve yönetim ayrılığını esas alması, kuvvetler ayrılığının işlevsel yönüne dikkat çekmektedir. 20. yüzyıl başlarından itibaren devletin diğer organları karşısında daha güçlü bir yürütme ve idare organına ihtiyaç duyulması kamu yönetiminde salt bilimsel yaklaşımın geçerli olamayacağı, siyasetin zorunlu olarak yönetim üzerinde etkisi olduğunu savunan yönetsel devlet (*administrative state*) kavramının geliştirilmesine neden olmuştur. Klasik kuvvetler ayrılığı teorisini kuvvetlerin işbirliği ve uyum gereksinimi doğrultusunda daha esnek yorumlayan yönetsel devlet anlayışı, kamu yönetiminin örgütlenme ve işleyişinin toplumda ön planda olduğu bir idare anlayışını savunmaktadır.⁹ Ancak günümüzde demokratik anayasal değerlerin, yönetimin etkinliği amacıyla gerçekleştirilecek idari reformlara feda edilmemesi görüşü tercih edilmektedir. Reform ve yeniden örgütlenme önerilerinin aynı zamanda kuvvetler ayrılığını azaltarak, bireysel hakları, siyasi katılımı, temsil ve şeffaflığı zayıflatarak başarıya ulaşmaları uygun değildir.¹⁰ Klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin sorgulanmasına yol açan bir diğer gelişme ise anayasa yargısının ortaya çıkması, yaygınlaşması ve işlevinin giderek pekişmesi sayesinde, yargının diğer iki kuvvet karşısında güçlenmesidir.¹¹

Kuvvetler ayrılığı kuramının devlet kudretini sınırlandırarak, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma ve kuvvetler arası ilişkilere göre hükümet sistemlerini belirleme amaçlarından günümüzde vazgeçilmiş değildir. Ancak kuvvetler ayrılığı kuramının söz konusu amaçları gerçekleştirebilmesi için klasik üçlü (*tripartite*) ayırımın gözden geçirilmesi ve mevcut devlet organlarına yenilerinin eklenmesi de dahil olmak üzere farklı birtakım görüşler ileri sürülmüştür. Yeni kuvvetler ayrılığı teorisi hükümet sistemleri üzerindeki tartışmaları da kapsamakla birlikte, bu çalışmada demokratik hükümet sistemlerinin tamamı için tehdit oluşturan yetki temerküzü, demokratik denetim eksikliği, kötü ve keyfi yönetim, temel hak ve hürriyetlerin ihlali gibi riskleri en aza indirecek görüş ve önerilerin incelenmesine ağırlık verilmektedir.

Klasik kuvvetler ayrılığı doktrininin temel ilkelerini günümüz demokrasilerine uyarlayarak farklı bir devlet yapısı geliştirmeyi amaçlayan yeni kuvvetler ayrılığı teorisini ele alan bu çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde,

8) Bkz. Woodrow WILSON, "The Study of Administration", *Political Science Quarterly*, 2, 2, (1887), s. 197-222

9) Bkz. Dwight WALDO, *The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration*, New York (1948), The Ronald Press Company, s. 104-129

10) Bkz. David H. ROSENBLOOM, "The Separation of Powers", *Revisiting Waldo's Administrative State: Constancy and Change in Public Administration*, Ed: David H. Rosenbloom ve Howard E. McCurdy, Washington D.C. (2006), Georgetown University Press, s. 87-103

11) Bkz. Ozan ERGÜL, *Yeni Kurumsal Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara (2007), Adalet yayınevi, s. 80-81

klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin tarihsel ve düşünsel çerçevesi; ikinci bölümde, klasik kuvvetler ayrılığı teorisine yöneltilen eleştiriler ve yeni kuvvetler ayrılığı teorisi arayışları; üçüncü bölümde, yeni kuvvetler ayrılığı teorisinin gelişimi ve bu konudaki çeşitli görüşler; dördüncü ve son bölümde ise, yeni kuvvetler ayrılığı teorisinin Türkiye’de uygulanabilirliği konularına yer verilmektedir.

I- Klasik Kuvvetler Ayrılığı Teorisinin Tarihsel ve Düşünsel Çerçevesi

A- Klasik Kuvvetler Ayrılığı Teorisinin Tarihsel Temelleri

Klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin tarihsel temelleri Antik Yunan ve Roma’ya kadar uzanmaktadır. Antik Yunan’da, Atina sitesinin *demokratia* yönetiminde siyasi toplulukla ilgili görevlerin niteliğine göre Halk Meclisi, Beşyüzler Konseyi, Magistralar ve Halk Mahkemeleri gibi organlar arasında paylaştırıldığı ve site yönetimine ilişkin yetkilerin söz konusu organlar tarafından kullanıldığı bilinmektedir. Eski Roma’da da Krallık Döneminde ortaya çıkan ve özellikle Cumhuriyet Döneminde geliştirilen siyasal sistemde, yetkileri dönem dönem farklılaşsa da, karma yönetimin unsurlarını teşkil eden *consuller*, senato ve halk meclisleri yer almıştır. Eski Roma’da Cumhuriyet Döneminde, iki kişiden oluşan *consuller*in birbiri üzerindeki kontrol ve denetim yetkisi, ayrıca gerek görüldüğünde Senato’ya hesap verme yükümlülükleri, kuvvetler arası ilişkilerde denge oluşturulmak istendiğine işaret etmektedir.¹² Antik Yunan ve Roma’da siyasi iktidarın farklı organlar eliyle kullanılması, iyi yönetim anlayışı ve toplumsal dengelerin korunmasına hizmet etse de, klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin temel amaçları arasında yer alan devlet kudretini sınırlandırarak, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma amacının bulunduğunu söylemek için henüz erkendir.¹³ İktidarın tek elde toplanarak despotizme dönüşmesini önlemek için modern dönemde ortaya çıkan cumhuriyetçi gelenek, kuvvetler ayrılığı ve federalizm gibi kurum ve uygulamalar Antik demokraside mevcut değildir. Atina demokrasisinde siyasi iktidarın yoksul çoğunluğun elinde despotizme dönüştüğü iddiaları dönemin demokrasi muhaliflerince sıklıkla dile getirilmiş olsa da, bu iddialara karşı kuvvetler ayrılığını hedefleyen bir kurumsal düzenleme geliştirilememiştir. Modern toplumlarla karşılaştırıldığında oldukça türdeş sosyal yapısı bulunan küçük ölçekli bir site devleti görünümündeki Atina’da, yoksul halk ile zengin azınlık arasındaki gerilimli ilişki, despotizme varacak kadar çatışmalı ve yıkıcı bir hal almamıştır.¹⁴

12) Recai Galip OKANDAN, “Devlet ve Kuvvetlerin Tefriki”, *İstanbul Barosu Mecmuası*, XII, (1938), s. 550-552

13) İlhan AKİPEK, “Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasında Âmil Olan Fikirler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, 1-2, (1938), s. 167-168

14) Oktay UYGUN, *Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları*, İstanbul (2003), İnkılâp Kitabevi, s. 123-124

Kuvvetler ayrılığı teorisiyle ilgili çalışmalarda, kuramın düşünsel kökeni genellikle Antik Yunan düşünürlerinden Aristoteles’e (M.Ö. 384-322) dayandırılmaktadır. Bunun nedeni, Aristoteles’in, Antik Yunan site devletlerinin yönetim yapısına ilişkin gözlemlerinde, site devletlerinde bulunan üç temel fonksiyonu ortaya koyması ve bunların özelliklerini incelemesinden kaynaklanmaktadır. Ancak Aristoteles’in görüşü, yönetimi birbirinden farklı organlara vererek, siyasi iktidarı sınırlandırmak ve bu sayede bireysel özgürlükleri güvenceye almak değil, farklı toplum kesimleri arasında dengeye dayalı iyi ve istikrarlı bir yönetimin ilkelerini ortaya koyabilmektir. Aristoteles, site yönetiminin organlarını yönetim biçimleriyle (özellikle, demokrasi, oligarşi, aristokrasi ve monarşi) bağlantılı olarak örneklendirmekte ve açıklamaktadır.¹⁵

Eski Roma’da siyasi organ ve kurumların hiçbirinin kendi otoritesini diğer organlara üstün kılabilmesine imkân vermeyecek bir örgütlenme öngörüldüğünü söylemek mümkündür. Özellikle Cumhuriyet Döneminde, *consuller*, senato ve halk meclisleri, birbirine karşı muhalefet ve müdahale ihtimalini göz önüne alarak kendi yetki alanları dâhilinde kalmaya gayret göstermişlerdir. Roma siyasal düşüncesinde, üç organa özgü unsurları bünyesinde toplayan karma yönetim şeklinin savunulması, Roma’da pozitif alanda tecrübe edilen siyasi sisteme dayan-

15) Aristoteles’e göre; “...Bütün anayasalarda üç öge vardır ve ciddi bir yasa koyucunun, bunların her biri için en iyi düzenlemeyi araması gerekir. Bu öğelerin birincisi, topluca görüşüp düşünmedir [“meşveret”], yani ulus çapında önem taşıyan her şeyin tartışılması; ikincisi yürütmedir, yani bütün görev ve yetkiler karmaşası, bunların sayıları ve nitelikleri, yetkilerinin sınırları ve seçilme yöntemleri; üçüncüsü yargı düzenidir.

Görüşüp düşünme ya da güdülecek siyaseti kararlaştırma ögesinin yetkileri, savaş ve barış; bağlaşmalar yapma ve bozma; yasama; ölüm, sürgün ve (mallarına) el koyma cezaları; görevlilerin seçilmesi ve görev süreleri boyunca davranışlarını soruşturma konularını kapsar. Bütün bunları karara bağlama hakkı, (1) ya bütün yurttaşlara verilmelidir, (2) ya hepsi bazılarının (örneğin, bir ya da birden çok resmi organa), (3) ya bazıları belli kimselere, ötekileri başkalarına, (4) ya da bazıları bütün yurttaşlara, ötekileri bazılarının. Bütün yurttaşlara bütün konularda egemen erk verilmesi, demokratik niteliktedir; demos’un amacı, her yerde işte bu tam eşitliktir.”

(.....)

“Gözden kaçırılmaması gereken bir başka noktayı da burada anmak uygun düşer: Hangi işler ayrı ayrı yerlerde farklı yetkiler kurarak ele alınmalı, hangileri ise gücü her yerde geçerli tek bir yetkeye bırakmalı? Kalabalık şehir-merkezlerinde düzeni korumak gibi sorunları düşünüyorum. Her yerde ayrı bir pazaryeri denetçisi mi olmalı, yoksa hepsi için bir tek mi? İşler, işin türüne göre mi, görev başında bulunan kişilere mi göre dağıtılmalı? Düzen sağlama ödevi bir tek adama mı verilmeli, kadınlar ve çocuklar için ayrı ayrı kimselere mi? Anayasalara ilişkin görevleri düşündüğümüz zaman da buna benzeyen sorular ortaya çıkar. Anayasa, görevde bir nitelik ayrılığı yaratır mı? Dolayısıyla, demokraside, oligarşide, aristokraside ve monarşide elbette bunları oluşturan kişiler farklı -aristokrasilerde iyi eğitilmişler, oligarşilerde zenginler, demokrasilerde özgür doğumlular- olmakla birlikte, aynı görevliler yasaca eşit yeterlilikte midir? Yoksa görevler arasındaki farklar açısından bazıları gerçekten farklı mıdır ve bazı yerlerde aynı görevler en iyi olur da, bazı yerlerde ayrı görevler mi? Çünkü burada güçlü, şurada ise küçük bir görevin duruma en iyi uyması olanaklıdır.” ARISTOTELES, Politika, Çev: Mete Tunçay, 4. Basım, İstanbul (1993), Remzi Kitabevi, s. 132-137

maktadır.¹⁶ Karma yönetimin en önemli savunucularından biri olan Polybios'a (M.Ö. 200-118) göre, Roma siyasal sistemi, krallık, aristokrasi ve demokrasi gibi çeşitli yönetim şekillerinin unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşmuş bir yönetimdir. Ancak, Roma'nın özelliği yalnızca karma bir hükümet sistemi meydana getirmiş olmasından değil, aynı zamanda siyasi sisteme dahil olan muhtelif unsurlar arasında devlete ait görev ve yetkilerin bölüştürülmesi ve bu unsurlar arasında bir denge ve uyumun, karşılıklı çalışma bütünlüğünün kurulması ve sürdürülmesini mümkün kılacak araçlara yer verilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.¹⁷ Eski Roma'lı düşünür, hukukçu ve *consul* olan Cicero (M.Ö. 106-43) da, *De Republica* adlı eserinde, üç yönetim şeklinin denge ve uyumuna dayalı bir karma yönetimin en tercih edilir yönetim şekli olduğunu belirtmiş ve bu prensipleri gerçekleştiren Roma Devleti'nin siyasi kurum ve organlarını savunmuştur.¹⁸

Antik Yunan ve Roma'da, toplumsal ve siyasal yaşamın koşulları birlikte düşünüldüğünde, Antik dönem teorisyenlerinin anayasacılıkla bağlantılı esas düşüncesinin toplumdaki farklı kesimler arasında denge oluşturarak, farklı çıkar gruplarının karar alma, yürütme ve yargılama fonksiyonlarının yerine getirilmesinde rol almalarının sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Bu anlamda, Antik Yunan ve Roma'da devlet teorisine yön veren temel düşüncenin kuvvetler ayrılığından ziyade karma yönetim anlayışı olduğunu söylemek daha doğru olacaktır.¹⁹

Ortaçağ siyasal düşüncesinde ve uygulamada siyasi iktidarın hükmetme ve yönetme ile kural koyma olmak üzere iki temel fonksiyonu olduğu kabul edilmektedir. Ancak kral her iki fonksiyona da katılmaktadır. Hükmetme ve yönetme fonksiyonu kralın münhasır yetki alanına dahil kabul edilirken, kural koyma yetkisini feodal güçlerle işbirliğini gözeterek kullanmak zorundadır.²⁰ Ortaçağ'da özellikle 14. yüzyılda şiddetlenen papa-kral çatışmasının dünyevi iktidar lehine sonuçlanmasına kadar papalığın siyasi iktidar üzerinde önemli etkisi olduğunu ve kendisini dünyevi iktidarın üzerinde konumlandığını belirtmek gerekir.²¹ Dini otoritenin bireyler ve toplumlar üzerindeki siyasi iktidar iddialarını reddeden Padova'lı Marsilius (1270-1342), Barışın Savunucusu adlı eserinde, Roma

16) Recai Galip OKANDAN, *Umumî Âmme Hukuku: Birinci Kitap (İlk Zamanlar)*, İstanbul (1946), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 656

17) OKANDAN, *Umumî Âmme Hukuku...*, s. 653-654

18) Bkz. OKANDAN, *Umumî Âmme Hukuku...*, s. 678-682

19) VILE, a.g.e., s. 25. Aynı yöndeki görüşler için bkz. Steven G. CALABRESI, Mark E. BERGHAMUSEN ve Skylar ALBERTSON, "The Rise and Fall of the Separation of Powers", *Northwestern University Law Review*, 106, 2, (2012), s. 529-532

20) Suri RATNAPALA, "John Locke's Doctrine of the Separation of Powers: A Re-Evaluation", *American Journal of Jurisprudence*, 38, 1, (1993), s. 193

21) Bkz. Mehmet Ali AĞAOĞULLARI ve Levent KÖKER, *Tanrı Devletinden Kral-Devlete*, Ankara (1991), İmge Kitabevi Yayınları, s. 8-12, 80-85

piskoposlarının (papalığın) yöneticilik arzularının devlette huzursuzluk ve uyumsuzluk yarattığını açıkça ifade etmiştir.²² Marsilius, yasama yetkisi ve yönetimin özellikleri ile yönetim biçimlerini incelerken, yasa koyucu ile yönetici ilişkisi üzerinde de durmuştur. Marsilius’a göre, “...devletin bir bölümü öteki bölüm ya da görevlerini kurar ve saptar. Bunlardan birincisine yasa koyucu; yasa koyucudan aldığı yetkeyle ve aynı erkin belirttiği biçime -yani, yasaya- uyarak yönetimi elinde tutan ikincisine de araç organ ya da yürütme organı deriz. Yürütme organının toplumsal eylemleri her zaman mümkün olduğu kadar yasaya uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Çünkü yasamacının yetkenin ilk ve gerçek kaynağı olması dolayısıyla, devletin çeşitli görevlerini yerine getirecek kimse-leri atamasına rağmen, yöneten bölüm (pars principans) yöneltilir, bu görevleri ve genel olarak yasaları da gereği gibi yürütür...”²³ Marsilius’un yasama ve yürütme fonksiyonlarını birbirinden ayırarak farklı ellere vermesi, yönetimde etkinliği sağlayabilmek için işbölümüne gidilmesi düşüncesine dayanmaktadır. Marsilius’un dahili taksimat yoluyla, devlet kudretinin sınırlandırılması yönünde bir teşebbüsü bulunmadığından, yasama-yürütme ilişkisi üzerindeki görüşleri klasik kuvvetler ayrılığı teorisiyle doğrudan bağlantılı değildir.²⁴

Modern devletin oluşum sürecinde “Prens” adlı eserinde monarşiyi savunan görüşleriyle tanınan Machiavelli (1469-1527), daha sonra kaleme aldığı ve Roma Devleti’nin siyasi sistemini incelediği “Titus Livius’un İlk On Kitabı Üzerine Söylevler”²⁵ (Söylevler) adlı eserinde, bin yıldan fazla hüküm süren Venedik Cumhuriyeti’nin karma yönetim anlayışını övmüştür.²⁶ Machiavelli, Söylevler’de, cumhuriyet yönetiminde eşitlik düşüncesinin halkı daha sağduyulu ve yasalara saygılı olmaya sevk ettiğini ve bu yönetimin halkın kendi çıkarlarını ortak çıkarla bağdaştırmasına yol açtığını ileri sürmüştür. Özellikle, cumhuriyet yönetiminde halkın silah altına alınma konusunda daha istekli olduğu için paralı askerlere ihtiyaç duyulmadığını belirtmiştir. Bu özelliklerin cumhuriyet yönetimlerini, iktidarın kötüye kullanılma ihtimali yüksek olan prensliklerden daha istikrarlı ve güvenli hale getirdiğini ifade etmiştir.²⁷

22) Mete TUNÇAY (Çev.), “Barış Savunucusu’ndan Seçme Parçalar”, *Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi - 1: eski ve orta çağlar seçilmiş yazılar*, Derleyen: Mete Tunçay, Ankara (1985), Teori Yayınları, s. 410

23) TUNÇAY, a.g.e., s. 406

24) VILE, a.g.e., s. 31

25) Niccolò MACHIAVELLI, *Titus Livius’un İlk On Kitabı Üzerine Söylevler*, Çev: Alev Tolga, İstanbul (2009), Say Yayınları

26) CALABRESI, BERGHAUSEN ve ALBERTSON, a.g.m., s. 532

27) Richard BELLAMY, “The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy”, *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Richard Bellamy ve Dario Castiglione (Ed.), Oxford (1996), Blackwell Publishers, s. 29-30

17. yüzyıldan itibaren karma yönetim modelinin siyasal düşünceler tarihinde geniş taraftar bulduğu görülmektedir. İngiltere’de 1640’lardan 18. yüzyıla kadar ki süreçte Kral, Lordlar Kamarası ve Avam Kamarasından oluşan yönetim yapısının, toplumdaki teklifi, azlığı ve çokluğu temsil ettiği için karma yönetimin özelliklerini taşıdığı görüşü geniş kabul görmüştür. Üç siyasal organ da yetkilerini yasalara ve devletin temel yapısına bağlı olarak kullanmaya özen göstermiştir. Kuzey Amerika’daki İngiliz kolonileri de, 1607 ila 1776 yılları arasında İngiliz karma yönetimini kendi yönetimlerine uyarlamışlardır. Kolonilerde, İngiliz kralı monarşiyi ya da teklifin çıkarlarını; Kralın onayıyla genelde koloni valileri tarafından atanan Vilayet Konseyi aristokrasiyi ya da azlığın çıkarlarını; halkın seçtiği koloni meclisleri ise çokluğun, özellikle de vergi ödeyenlerin çıkarlarını temsil ediyordu.²⁸ Amerika’da federal devletin kuruluş sürecinde, karma yönetimin toplumsal kesimler arasında orantılı bir denge kurma düşüncesinden ziyade, federal devletin organlarını kuvvetler ayrılığı ilkesiyle sınırlayacak bir hükümet sistemi oluşturulması amaçlanmıştır. Ayrıca kuvvetler arasında kurulmaya çalışılan denetim ve denge mekanizması ile bir yandan federal devlet yönetiminde uyum ve bütünlüğün sağlanması, diğer yandan kuvvetlerin birbirini sınırlandırarak tüm iktidarın tek elde toplanmasının engellenmesi hedeflenmiştir.

B- Locke, Montesquieu ve Blackstone’un Kuvvetler Ayrılığı Teorileri

Klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin temel ilke ve özelliklerinin geliştirilmesindeki öncü rolleri nedeniyle, İngiliz düşünür ve hekim John Locke (1632-1704), Fransız düşünür ve hukukçu Montesquieu (1689-1755) ile İngiliz düşünür ve hukukçu William Blackstone’un (1723-1780) konuyla ilgili görüşleri üzerinde durulması gerekmektedir. Adı geçen üç düşünürün de kuvvetler ayrılığı teorilerini İngiliz siyasal sisteminden esinlenerek geliştirdikleri bilinmektedir.²⁹ İngiliz siyasal sisteminin temelini oluşturan parlamenter hükümet modeli, kuvvetler ayrılığı teorisinin ortaya çıktığı dönemde henüz gelişim aşamasında olup, yürütme organının ikili yapısı ve yasama-yürütme ilişkileri bakımından bugünkü parlamenter sistemden oldukça farklı bir görünüme sahiptir.³⁰ Ayrıca parlamenter sistemin işleyişi üzerinde etkili olan siyasi partilerin ve diğer siyasi kurumların 17. ve 18. yüzyıllarda henüz yeterince gelişmediğini belirtmek gerekir. Günümüzde kuvvetlerin ılımlı ayrılığı ya da işbirliğine dayalı hükümet sistemleri arasında kabul edilmesine rağmen, parlamenter sistemin kuvvetler ayrılığı teorisinin çıkış noktasını oluşturması dikkat çekicidir.

28) CALABRESI, BERGHAUSEN ve ALBERTSON, a.g.m., s. 532-533

29) Bkz. David JENKINS, “The Lockean Constitution: Separation of Powers and the Limits of Prerogative”, *McGill Law Journal - Revue de Droit de McGill*, 56, 3, (2011), s. 573-577

30) Bkz. John A. FAIRLIE, “The Separation of Powers”, *Michigan Law Review*, 21, (1922-1923), s. 397

Locke, “Uygar Yönetim Üzerine İkinci İnceleme”sinde³¹, yasama ve yürütme gücünün kökenini insanların tabiat halinde sahip oldukları yetkilere dayandırmaktadır. Bunlardan birincisi, kendisini ve başkalarını korumak için doğal yasanın sınırları içerisinde uygun göreceği şekilde davranabilmektir. Bu yetki, yasama gücünün temelini oluşturmaktadır. Tabiat halinde sahip olunan ikinci yetki ise doğal yasaya karşı işlenen suçların cezalandırılmasıdır. Bu yetki ise Locke’a göre, yürütme gücünün temelini oluşturmaktadır. İnsanların tabiat halinde bu yetkileri etkin bir şekilde kullanamamaları, uygar yönetimin kurulmasına yol açmıştır.³² Locke, yasama ve yürütme gücünün yanı sıra, savaş ve barış ile ilgili işleri ve antlaşmalar yapmayı kapsayan ayrı bir federatif güçten söz etmektedir. Locke’a göre, *“her toplumun icracı ve federatif gücü kendi içlerinde çok farklı olmasına rağmen, farklı kişilerin ellerinde aynı anda çok zor ayrılabilir ya da yerleşebilir. Her ikisi de uygulamaları için toplum gücünü gerektirdiğinden, devletin gücünü farklı ve başkasının emrinde olmayan ellere vermek ya da kamu gücünün farklı idareler altında olacağı icracı ve federatif gücün farklı hareket edebilen kişilere verilmesi neredeyse uygulanamazdır ve muhtemelen bir süre sonra düzensizliğe ve yıkıma sebep olacaktır.”*³³ Locke, yasama gücünün kapsamını değerlendirirken, yasaların insanlar arasında eşit uygulanmasını ve insanların yararı amacını taşımasını, insanların ortak rızası olmadan vergilerin artırılamayacağını, son olarak da yasama yetkisinin devredilemeyeceğini savunmaktadır.³⁴ Locke’a göre, ılımlı monarşilerde ve sınırlı yönetimlerde yasama ve yürütme gücü farklı ellerde toplandığından, toplumun yararı için birçok hususun yürütme gücüne sahip olanın takdirine bırakılması gerekmektedir. Locke, kanunun emri olmadan hatta bazen ona aykırı olarak, özellikle acele karar alınması gereken durumlarda, kamu yararı için sağduyuya göre hareket etme gücünü imtiyaz (*prerogative*) olarak adlandırmaktadır.³⁵ İmtiyaz gücünün keyfi olarak kullanılmasını kabul etmeyen Locke, böyle bir ihtimal karşısında tabiat hali varsayımına başvurarak, kişilerin direnme hakkına başvurmaktan (cennete müracaat etmekten - *appeal to Heaven*) başka çarelerinin kalmayacağını ifade etmektedir. Tanrı ve tabiat asla bir insanın kendini korumasını ihmal ederek kendini tamamen başkasına vermesine izin vermeyeceğinden, icra gücü ya da akıllı prensler kendilerini tehlikeye atma riskini göze almayacaklardır.³⁶ Locke,

31) John LOCKE, *Uygar Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Toplumda Devlet*, Çev: Serdar Taşçı ve Hale Akman, İstanbul (2002), Metropol Yayınları

32) VILE, a.g.e., s. 64-65; LOCKE, a.g.e., s. 113-115

33) LOCKE, a.g.e., s. 115

34) LOCKE, a.g.e., s. 103-112

35) LOCKE, a.g.e., s. 125-126

36) LOCKE, a.g.e., s. 129-130. Locke’a göre imtiyaz kavramı ve günümüz liberal toplumlarının güvenlik gereksinimi karşısında bu kavramın nasıl uyarlanabileceği hakkında bkz. JENKINS, a.g.m., s. 554-563, 586-589.

doğa halinden toplumsal düzene geçişte, mevcut kanunlara uygun olarak yargılama yetkisinin devlete verildiğini ifade etse de, devlet örgütlenmesinde yasama ve yürütme gücünden ayrı, bağımsız bir yargı gücünden bahsetmemekte, yargılamayı, yürütme fonksiyonu içerisinde yani kanunların uygulanması kapsamında ele almaktadır.³⁷

Montesquieu “Kanunların Ruhu Üzerine”³⁸ adlı eserinde modern anayasalarda devlet örgütlenmesinin temelini oluşturan kuvvetlerin üçlü ayırımına açıkça yer vererek, siyasal özgürlüklerle kuvvetler ayrılığı arasındaki ilişkiyi modern dönemde ilk kez ortaya koymuştur. Montesquieu’nun yönetim biçimleri, kanunların özellikleri ve uygulanması, ticaret, vergiler ve para politikası gibi konular üzerine özgün görüş ve değerlendirmeleri bulunmasına rağmen, ismi doktrin ve uygulamada kuvvetler ayrılığı teorisiyle özdeşleşmiş gibidir. “Kanunların Ruhu Üzerine” adlı eserin yoğun rağbet görmesinin dışsal ve içsel nedenleri üzerinde durulabilir. Dışsal nedenlerin başında liberalizmin yükselişi ve Romantik hareketlerle Rönesans’ın toparlayıcı gücünün canlanarak, yeni ve çekici siyasal doktrinlere yol açması gelmektedir. İçsel neden ise kitabın en uygun dönemde önemli bir meydan okuma içermesidir. 18. yüzyılda yeni özgürlük ve devlet anlayışları her yerde yaygınlaşıyordu. Yeni dünyanın hammaddesi hazır olmakla birlikte henüz gerekli şekil ve anlamdan yoksundu. Montesquieu bu konuda sağlam gerekçelere dayanan ve uygulama kabiliyeti bulunan bir öneri geliştirdi. Yasamayı yürütmenin sularından ayırdı ve aralarına yargı blokunu yerleştirdi. Yeni devletin yetki alanlarını belirleyerek, sınırlarını tespit etmiş oldu.³⁹ “Kanunların Ruhu Üzerine” adlı eserin “Anayasayla ilgili olarak siyasi özgürlüğü meydana getiren kanunlar üzerine” başlığını taşıyan on birinci kitabında, özgürlük kavramı, çeşitli devletlerin amacı, İngiliz anayasal sistemi, monarşi idaresi, Yunanlıların kahramanlık çağlarındaki kralları, Roma’da krallık ve cumhuriyet devirleri ve cumhuriyet devrinde devletin organları ve yapısı konularına yer verilmiştir.⁴⁰ Montesquieu, İngiliz anayasal sisteminden hareketle kuvvetler ayrılığı teorisini açıkladığı bölümde, modern devlette güç ilişkilerinin niteliğini ve güçlerin farklı ellerde toplanmasının özgürlüklerle bağ-

37) RATNAPALA, a.g.m., s. 203-204; LOCKE, a.g.e., s. 114

38) MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine I*, Çev: Fehmi Baldaş, 2. Baskı, İstanbul (1998), Toplumsal Dönüşüm Yayınları

39) James T. BRAND, “Montesquieu and the Separation of Powers”, *Oregon Law Review*, 12, 3, (1933), s. 179

40) MONTESQUIEU, a.g.e., s. 231-270

lantısını açıkça ortaya koymuştur.⁴¹ Montesquieu özgürlükleri güvenceye almak için sadece kuvvetleri ayırmakla yetinmemiş, yasama ve yürütme arasında denge kurmaya çalışmıştır. Kanunların çeşitli sebeplerle ülkeden ülkeye değişiklik göstereceğini savunan Montesquieu’nun tüm devletler için, tüm zamanlarda geçerli olmak üzere geliştirdiği genel kuramlardan en önemlisi kuvvetler ayrılığıdır. Montesquieu’nun savunduğu kuvvetler ayrılığı kuramının uygulamada gerçekleşme imkanı ne olursa olsun, Avrupa’da 18. yüzyıl monarşilerini istibdadada gitmekten alıkoyarak, siyasi liberalizmin yaygınlaşmasına katkıda bulunduğu inkar edilemez.⁴² Montesquieu, “Kanunların Ruhu Üzerine” adlı eserinin altıncı bölümünde yargılama yetkisi ve cezaların tayini konularını incelemiştir. Yönetim biçimleriyle kanunlar ve yargılama usulleri arasındaki ilişkiye değinen Montesquieu, istibdat idarelerinde kanun diye bir şey bulunmadığını, hâkimin kendi kendisinin kuralını tayin ettiğini; monarşilerde kanun bulunduğunu, kanunun kesin olduğu yerde hâkimin kanunu uygulayacağını, kesin olmadığı yerde ise kanunun ruhunu aramakla yetineceğini; cumhuriyet yönetiminde ise hâkimlerin kanun metinlerini olduğu gibi uygulamalarının devlet yapısının özelliğinin bir gereği olduğunu ve malî mülkü, şerefi ya da canî söz konusu oldu-

41) Montesquieu’ya göre,

“[h]er devlette üç çeşit yetki vardır: bir, yasama yetkisi; iki, Devletler hukukuna bağlı olan şeyleri uygulama yetkisi; üç, medeni hukuka bağlı olan şeyleri uygulama yetkisi.

Birincisinde hükümdar ya da bu işe memur edilmiş kimse ya bir süre için ya da her zaman için yürürlüğe girecek kanunları yapar; eskiden yapılmış olanları düzeltir ya da yürürlükten kaldırır. İkincisinde barışı sağlar ya da savaş açar; büyükelçiler gönderir ya da kabul eder; ülkesinde güveni sağlar, istisaları önler. Üçüncüsüyle de suçları cezalandırır ya da kişiler arasındaki anlaşmazlıkları yargılar. Buna yargılama yetkisi, ikincisine de sadece Devletin uygulama ya da yetkisi adını vereceğiz.

Vatandaşın siyasi özgürlüğü demek, insanın kendini güvenlik içinde görmesinden duyduğu kalp huzuru demektir; özgürlüğün varolması için de, hükümetin, bir vatandaşın başka bir vatandaştan korkmasını önleyebilecek durumda olması gerek.

Yasama yetkisiyle uygulama ya da yürütme yetkisi aynı kişiye ya da aynı memurlar topluluğuna verilirse, ortada özgürlük diye birşey kalmaz; çünkü aynı hükümdarın ya da aynı senatonun şiddet kullanarak uygulamak için ağır kanunlar yapmasından korkulur.

Yargılama yetkisi, yasama yetkisiyle uygulama yetkisinden ayrılmazsa ortada yine özgürlük diye bir şey kalmaz. Yargılama yetkisi yasama yetkisiyle birleştirilseydi vatandaşların hayatı ve özgürlüğü üzerindeki yetki keyfi olurdu: çünkü hakim aynı zamanda kanun yapıcısı olurdu. Uygulama yetkisiyle birleştirilseydi, o zaman hakim elinde yargılama yetkisinden başka bir de baskı kuvveti bulunurdu.

Bu üç yetki: yani kanun yapma yetkisi, genel kararları uygulama yetkisi, suçları ya da vatandaşlar arasındaki anlaşmazlıkları yargılama yetkisi, aynı zamanda aynı kişinin, ya da yüksek memurlardan, soylulardan, halktan müteşekkil aynı toplulukların elinde bulunsaydı, Devlette her şey yıkılırdı....”

MONTESQUIEU, a.g.e., s. 234-235

42) Cavit Orhan TÛTENGİL, *Montesquieu -Siyaset ve İktisat Açısından Bir Yaklaşım-*, İstanbul (1977), Cem Yayınevi, s. 50

ğunda, kanunun vatandaşın aleyhine yorumlanamayacağını iddia etmektedir.⁴³

Klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin gelişim sürecinde son olarak Blackstone'un "İngiltere Kanunları Üzerine Yorumlar"⁴⁴ adlı eserindeki görüşlerine değinilecektir. Blackstone'un kuvvetler ayrılığı kuramıyla ilgili görüşlerinin Montesquieu'dan esinlendiği, hatta Montesquieu'nun tekrarından ibaret olduğu ve orijinal bir nitelik taşımadığı ileri sürülmüştür.⁴⁵ Ancak Blackstone'un Montesquieu'nun görüşleri üzerinde yaptığı değişiklik ve uyarlamalar, İngiltere'de ve Amerika'daki İngiliz kolonilerinde geniş kabul görmüş ve bir bakıma Amerika'daki koloniler Montesquieu'nun görüşlerini Blackstone'un bakış açısıyla öğrenmiş ve uygulamışlardır. Blackstone, kuvvetler ayrılığı kuramını İngiliz anayasa teorisine uyarlamış ve Montesquieu'nun daha önce yapmadığı şekilde anayasal kurumlar arasındaki dengeyi gözeterek, İngiltere'de uygulanabilir bir sistem haline getirmiştir. Blackstone, yasama ve yürütme arasındaki ayrılığı tereddütsüz kabul etmekle birlikte, karma yönetim teorisıyla kuvvetler ayrılığı kuramı arasında ortaya çıkabilecek çatışmayı da öngörmüştür. Bu nedenle yürütme gücünün yasamanın tamamını kapsamasa da, bir bölümüne dahil olabileceğini ileri sürmüştür.⁴⁶ Blackstone'a göre yasama ve yürütme gücünün tek elde toplanması tiraniyle sonuçlanacaktır; ancak iki gücün kesin olarak ayrılması da er ya da geç öngörülen amacına aykırı olarak aynı neticeyi doğuracaktır. Bu nedenle Kralın yasama yetkisini bizzat kendisi kullanamamakla birlikte, yasamanın kabul ettiği kanunları reddetme yetkisi bulunduğu kabul edilmiştir. Bu sayede yasama organı, yürütmenin onayı olmaksızın, onun yetkilerini sınırlandıracak düzenlemeler yapamayacaktır.⁴⁷ İngiliz hükümet sisteminde yasama organında halkı ve soyluları temsil eden iki ayrı kanatın karşılıklı olarak birbirini sınırlayabilmesi ve kralın her iki meclis üzerindeki yetkisi, bu organları yasal sınırları içerisinde faaliyet göstermek zorunda bırakmıştır. Mekanikteki üç ayrı güç gibi, söz konusu güçlerin farklı yönlerde hareket etmeleri birbirlerini dengeleyerek, özgürlük ve topluluğun mutluluğu istikametine doğru yönelmelerine sebep olacaktır.⁴⁸ Blackstone, yasama-yürütme ilişkilerinin yanı sıra, yargılama

43) MONTESQUIEU, a.g.e., s. 138. Montesquieu'nun "Kanunların Ruhu" adlı eserinin bir çok bölümünde dönemin Osmanlı Devleti'nin yönetim ve toplum yapısının olumsuz örnekler arasında sayıldığını belirtmek gerekir. Örneğin bkz. MONTESQUIEU, a.g.e., s. 136-137, 235.

44) William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England in Four Books, vol.1*, Ed: George Sharswood, Philadelphia (1893), J.B. Lippincott Co.

45) Bkz. VILE, a.g.e., s. 111-112

46) VILE, a.g.e., s. 112-113

47) İngiltere'de 1708 yılından bugüne kadar Parlamento'nun kabul ettiği yasalar kral tarafından reddedilmemiş olup, kraliyet onayı (*royal assent*) zamanla sembolik bir yetki haline dönüşmüştür.

48) BLACKSTONE, a.g.e., s. 154-155. Bu noktada, 1911 ve 1949 Parlamento Kanunlarıyla, Lordlar Kamarasının yasama sürecindeki yetkilerinin Avam Kamarası lehine önemli ölçüde sınırlandırıldığını belirtmek gerekir.

yetkisi üzerinde de durarak, kuvvetler ayrılığı teorisini İngiliz hukuk sistemini göz önünde bulundurarak geliştirmiştir. Blackstone'a göre, yargı yetkisinin yasama ve yürütmeden ayrı bir organa verilmesi, kral tarafından atanıyor olsalar da, yargıçların keyfi olarak görevden alınamamaları, siyasal özgürlüklerin en önemli koruyucularından birisidir. Eğer yargı yetkisi yasa koyucuya verilmiş olsaydı, bireylerin yaşam, özgürlük ve mülkiyet hakları -yasa koyucular tarafından uyulmasa bile mahkemelerin gözetmek zorunda olduğu- hukukun temel ilkelelerine göre değil, kendi kişisel görüşlerine göre karar veren keyfi yargıçların elinde olurdu. Eğer yargı yetkisi yürütmede toplansaydı, bu birleşme kısa süre içinde yasama organı aleyhine aşırı yük getirirdi. Blackstone'a göre, özgür bir anayasa da, yürütme ve yargının yetki alanını birleştirmekten daha fazla kaçınılması gereken bir şey yoktur.⁴⁹ Kendisinden önce temelleri atılan klasik kuvvetler ayrılığı kuramından yola çıkarak, yargı bağımsızlığının teorik gerekçesini tamamlayan düşünür, Blackstone olmuştur.⁵⁰

C- Klasik Kuvvetler Ayrılığı Teorisinin Modern Anayasacılık Hareketleri Üzerindeki Etkisi

Kuvvetler ayrılığı teorisine örnek oluşturan İngiltere'de -1650'li yıllarda yaşanan kısa süreli Cromwell dönemi dışında- anayasal kurumların ve kurumlar arasındaki ilişkinin tarihsel süreç içerisinde geliştiği ve kuvvetler ayrılığının katı doktriner bir yaklaşımla ele alınmadığı bilinmektedir. Bagehot'a göre, İngiliz anayasal sisteminde, yasama ve yürütme güçleri arasında sıkı bir birliktelik, hatta neredeyse bütünleşme söz konusudur. Hemen hemen bütün kaynaklarda yer alan klasik teoriye göre, İngiliz sisteminin olumlu yanı yasama ve yürütme yetkilerinin tamamen birbirinden ayrılmasıdır; oysa gerçekte sistemin esas iki gücün tekil yaklaşımından kaynaklanmaktadır. İki gücü birbirine bağlayan organ ise kabinedir.⁵¹ ABD'nin başkanlık sisteminde kongre ve başkanın belirli süreler için görevde olmaları ve bu süre dahilinde anayasada yer alan denetim ve denge mekanizmaları dışında birbirlerini etkileyememeleri, sistemi gerekli esneklikten yoksun ve katı bir hale getirmektedir. İngiliz kabine sisteminde ise gerek olağan dönemlerde, gerek -fazla tecrübe edilmemiş olsa da- olağanüstü dönemlerde halk iradesine uygun, daha esnek ve sert değişimleri engelleyen bir

49) BLACKSTONE, a.g.e., s. 269. Blackstone'un Doğu imparatorluklarında yargı bağımsızlığının bulunmadığı ve bu arada dönemin Osmanlı Devleti'nde yargı yetkisinin padişah ve yürütmede toplanmasının despotik ve korkunç bir hal aldığı yönündeki görüşlerinin Montesquieu'ya yakınlığı gözden kaçmamaktadır.

50) Horst DIPPEL, "Blackstone's Commentaries and the Origins of Modern Constitutionalism", *Re-interpreting Blackstone's Commentaries: A Seminal Text in National and International Context*, Wilfrid Prest (Ed.), Oxford (2014), Hart Publishing, s. 210

51) Walter BAGEHOT, *The English Constitution*, Second Edition, Boston (1873), Little, Brown and Company, s. 76

yönetim yapısı mevcuttur.⁵² Bagehot'a göre, İngiltere'de özgürlükler yürütmeye karşı yüzyıllar süren direnmenin sonucunda kazanıldığı için, yürütme ve idareye karşı (o dönemde) İsviçre ve Amerika'da olduğunun aksine güvensizlik duygusu hâkimdir.⁵³

19. yüzyıl sonlarında İngiltere'de yasamanın üstünlüğü görüşünü pekiştiren klasik teorisyenlerden Dicey'e göre, hukuki bakış açısıyla yasamanın egemenliği İngiliz siyasi sisteminin temel niteliğidir.⁵⁴ Dicey, Blackstone'a atıfla, birlikte hareket eden Kral, Lordlar Kamarası ve Avam Kamarası'nın "Parlamentoda Kral" ("*King in Parliament*", tarihsel ifadeyle "*King in Council*") olarak tanımlanabileceğini ve söz konusu kurumların birlikte Parlamento'yu oluşturduğunu belirtmektedir. Dicey, İngiliz Parlamentosu'nun yasama yetkisinin sınırsız olduğunu, dilediği yasayı yapma ya da yapmama konusunda serbest olduğunu, herhangi bir kişi ya da kurumun Parlamentosunun çıkardığı yasaları bertaraf edemeyeceğini iddia etmektedir.⁵⁵ Dicey'e göre, tek başına kral ya da Parlamentosunun iki kanadından birisi, seçim bölgeleri veya mahkemeler parlamentosunun egemenliğine rakip olamazlar.⁵⁶ Parlamento egemenliğinin ahlaki ilkeler veya uluslararası kurullarla, Kralın imtiyaz yetkisiyle veya önceki yasama döneminde kabul edilen yasalarla sınırlı olduğu yönündeki görüşler de gerçeği yansıtmamaktadır.⁵⁷

20. yüzyıl sonlarından itibaren İngiliz anayasal sisteminde önemli değişiklikler olmuştur. Bogdanor'un belirttiği gibi "Yeni İngiliz Anayasası" Bagehot ve Dicey'in kendi dönemlerinde başarıyla savundukları eski anayasadan oldukça farklıdır. Bogdanor'a göre, İngiltere'nin 1973'te Avrupa Topluluklarına üye olması ve 1997'den itibaren yapılan anayasal reformlardan sonra, İngiltere'de artık klasik teorilerin geçerliliği kalmamıştır. Yeni anayasasının temel unsurları arasında yer alan yetki devri (*devolution*) yasaları, 1998 İnsan Hakları Yasası, İskoçya Yasası, Lordlar Kamarası reformu, Londra'nın yetki genişliği ve Londra Valisinin seçimiyle ilgili yasal düzenlemeler, birçok anayasal reformun gerçekleştirilmesi için başvurulmuş referandum usulü, İngiliz anayasal sistemini önemli ölçüde değiştirmiş ve yazılı anayasaya sahip olan demokrasilere yakınlaştırmış-

52) BAGEHOT, a.g.e., s. 94-98

53) BAGEHOT, a.g.e., s. 346-347

54) A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Third Edition, London (1889), Macmillan and Co., s. 37

55) DICEY, a.g.e., s. 37-39

56) DICEY, a.g.e., s. 48-58

57) DICEY, a.g.e., s. 58-67. İngiltere'de parlamento egemenliği teorisinin niteliği, hukuki ve fiili sınırları, Parlamentosunun dominyonlar üzerindeki yasama yetkisi ve parlamento egemenliği teorisinin eleştirisiyle ilgili olarak bkz. Ergun ÖZBUDUN, "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25, 1, (1968), s. 59-79

tır.⁵⁸ Yargı organının yapısı ve işleyişine ilişkin önemli düzenlemeler getiren 2005 Anayasal Reform Yasası da “Yeni İngiliz Anayasası”nın temel unsurlarından birini oluşturmaktadır.⁵⁹

Kuvvetler ayrılığı teorisinin modern anayasacılık hareketleri üzerindeki etkisi -sınırlı da olsa- ilk kez 17. yüzyıldan itibaren Kuzey Amerika’daki İngiliz kolonilerinde görülmüştür. 1606 yılında kabul edilen Virginia’nın ilk kuruluş belgesinde, mutlak iktidar kral ve kurul (Londra’da ve kolonilerde 13’er kişiden oluşması öngörülen organ) arasında bölüştürülmüştür.⁶⁰ Massachusetts’ten göç ederek Connecticut’ı kuran halkın İngiliz etkisi olmaksızın hazırladığı Anayasa’da ise seçimle işbaşına gelen yasama organına, yöneticilere ve valiye yer verilmiştir. Connecticut anayasasında kamu görevlilerinin yasama organı tarafından suçlanabilmeleri (*impeachment*), daha sonra Amerikan federal anayasasında yer verilecek olan federal kamu görevlilerinin Kongre tarafından suçlanıp yargılanabilmesinin ilk örneğini oluşturmaktadır.⁶¹ Kuzey Amerika’daki İngiliz kolonilerinin federasyon öncesinde kabul ettikleri anayasalar arasında, kuvvetler ayrılığı teorisinin gelişmesindeki rolüne yukarıda değinilen İngiliz düşünür John Locke’un Carolina yönetimi için hazırladığı 1669 tarihli anayasadan da söz etmek gerekir. Carolina anayasası kısmen yürürlüğe girebilmiş ve kısa bir süre uygulanabilmiş olsa da, Locke’un görüşlerinin uygulamaya aktarılabilmesi yönünden dikkat çekicidir. Locke’un anayasasında kuvvetler ayrılığı teorisi yönünden üzerinde durulması gereken hususlar arasında, ilk kez çift kanatlı yasama organına yer verilmesi, idari taksimatın ayrıntılı biçimde düzenlenmesi, parlamentoda kabul edilen yasaların yüz yıl sonra başkaca bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden yürürlükten kalkacağına kabul edilmesi, üst düzey yöneticilere yasama işlemini veto etme yetkisi verilmesi sayılabilir.⁶² 1776 yılında 13 koloninin İngiltere’den bağımsızlığını ilan etmesinin ardından, bağımsız devletlerin kabul ettikleri anayasalarda klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin etkisi daha açık görülmektedir.

58) Vernon BOGDANOR, *The New British Constitution*, Oxford (2009), Hart Publishing, s. xi-xiii; Yavuz ATAR, *Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Konya (2000), Mimoza Yayınları s. 25-39

59) 2005 Anayasal Reform Yasası, devletin diğer organlarıyla karşılaştırıldığında, İngiltere’de yargının en güçsüz organ olduğu algısını değiştirmiş ve yargının kurumsal bağımsızlığını güçlendirerek, diğer güçler karşısında eşit konumda görülmesine katkıda bulunmuştur. Anayasal Reform Yasasıyla yargı organının konumu güçlenmesine rağmen, yargısal aktivizme yol açmamıştır. Roger MASTERMAN, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, Cambridge (2011), Cambridge University Press, s. 243-244. 2005 Anayasal Reform Yasasının tam metni için bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/pdfs/ukpga_20050004_en.pdf (2 Aralık 2015)

60) Sydney George FISHER, *The Evolution of the Constitution of the United States*, Philadelphia (1897), J.B. Lippincott Company, s. 27-28

61) FISHER, a.g.e., s. 41-44

62) FISHER, a.g.e., s. 50-54

Amerika’da bağımsızlığın ilanından sonra kurulan Konfederasyon sürecinde yaşanan gelişmeler ve bağımsız devletlerin kolonyal dönemden beri sahip oldukları anayasal tecrübeler federal anayasanın şekillenmesinde ve kabulünde önemli rol oynamıştır.⁶³

18. yüzyıl Anayasacılık hareketleri arasında yer alan 1755 Korsika Anayasası, Montesquieu ve dönemin diğer siyasi düşünürlerinin etkisiyle Korsikalı yurtsever ve lider Pascal Paoli tarafından hazırlanmıştır. Rousseau, 1762 yılında yayımlanan “Toplum Sözleşmesi” adlı eserinde, Korsika adasının özgürlük mücadelesinden övgüyle söz etmektedir.⁶⁴ Rousseau, Corsica hükümetinden aldığı davet üzerine yeni Korsika Anayasasının hazırlanması için çalışmaya başlamış, ancak Korsika’nın 1769 yılında Fransa topraklarına dahil edilmesi nedeniyle projesini tamamlayamamıştır.⁶⁵ 1755 Korsika Anayasasında halk egemenliği ilkesinin, yasa- ma ve yürütme organlarının ayrılığının ve genel irade kuramının izlerini görmek mümkündür.⁶⁶ Diğer ülkelerde mutlak monarşilerin karşısında parlamentoların güçlenmesine paralel olarak güçler arası dengeyi tesis etmeyi ve yürütmenin tek başına hâkimiyetini engellemeyi amaçlayan kuvvetler ayrılığı teorisi, İsveç’te farklı bir işlev görmüştür. 1719-1772 yılları arası özgürlük dönemi olarak adlandırılan İsveç’te, parlamentonun (*Riksdag*) mutlak egemenliğine karşı Kral III. Gustavus’un 1772 yılında yaptığı kansız darbenin ardından hazırlanan 1772 İsveç Anayasasında, kral ve parlamentonun yetkileri arasında denge kurularak, kuvvetler ayrılığını esas alan bir anayasal sistem kurulmak istenmiştir.⁶⁷ 18. yüzyıl sonlarında federal düzeyde Kuzey Amerika’da, daha sonra Lehistan-Litvanya Birliği ve Fransa’da kuvvetler ayrılığını esas alan anayasalar hazırlanmıştır.⁶⁸ 19. yüzyılın başlarından itibaren başta İspanya ve Norveç olmak üzere Avrupa ülkelerinde kabul edilen anayasalarda, 1810 ila 1830 yılları arasında Simón Bolívar öncülüğünde gerçekleştirilen reformlar sonucunda kabul edilen Venezüella ve diğer Latin

63) Bkz. FISHER, a.g.e., s. 70-89

64) Jean Jacques ROUSSEAU, *Toplum Sözleşmesi*, Çev: Vedat Günyol, Altıncı Basım, İstanbul (1994), Adam Yayınları, s. 63

65) Musée de la Corse, “Pasquale de’Paoli (1725-1807) La Corse au cœur de l’Europe des Lumières”, 23 juin - 29 décembre 2007, http://www.musee-corse.com/var/ezflow_site/storage/original/application/7eb40d3aa3c3b500873471aa062ff951.pdf (2 Aralık 2015)

66) Korsika Anayasasının orijinal metni için bkz. <http://pasqualepaoli.free.fr/2/2.html> (2 Aralık 2015)

67) Nils HERLITZ, *Sweden: A Modern Democracy on Ancient Foundations*, Minneapolis (1939), The University of Minnesota Press, s. 29. İsveç’te 1772 Anayasası döneminde kralın yetkileri kısa sürede genişlediği ve fiilen mutlak monarşiye geçildiği için, 1809 yılında bir devrim daha yaşanmış ve yeni hazırlanan 1809 Anayasasında kralla parlamento arasındaki ilişkiler parlamenter sistemin özelliklerine uygun olarak yeniden düzenlenmiştir. Bkz. HERLITZ, a.g.e., s. 29-36

68) Ran HIRSCHL, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford (2014), Oxford University Press, s. 133

Amerika ülke anayasalarında -bölgesel özellikler göz önünde tutulduğu için farklı derecelerde olsa da- klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin etkileri görülmektedir.⁶⁹ Modern anayasacılık hareketlerinin başlangıcından günümüze kadar kabul edilen anayasalarda kuvvetler ayrılığını kurumsallaştırmayı amaçlayan düzenlemeler ve kuvvetler arasında uyumlu ve dengeli ilişkileri sürdürmeye yönelik araçlar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Bu çalışma kapsamında dünya anayasalarının tamamındaki kuvvetler ilişkisine değinme imkanı bulunmasa da, modern anayasacılık hareketinin yaygınlaşmasında en önemli rolü oynadığı düşünülen ABD Anayasası'nda ve Fransa'da Devrim sonrası kabul edilen anayasal belgelerde klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin etkileri üzerinde kısaca durulacaktır.

ABD Anayasasının yapım sürecinde Philadelphia Konvansiyonuna katılan delegelerin tamamı -bir kısmı James Madison gibi kararlı, bir kısmı ise John Dickinson gibi tereddütlü de olsa- yeniden kurulacak ulusal devletin cumhuriyetçi yönetim ilkelerine dayanması gerektiğine inanıyordu. Bununla birlikte, cumhuriyetçi ilkeler ulusal yönetimin kurumları, yetkileri ve işleyişinin şekillenmesi konularında yeterince belirgin değildi. Cumhuriyetçilik, yönetimin oluşmasında iki çok genel ilkeyi şart koşuyordu. Bunlardan birincisi, temel karar verici siyasal aktörlerin halk tarafından belirlenmesidir. Cumhuriyetçi teoriye göre, siyasi kararların meşruiyeti, yurttaşları temsil eden kurumlar tarafından alınmalarına bağlıdır. İkincisi, farklı siyasal sorumluluklara sahip olan kurumların birbirinden ayrılması gerekmektedir. Tek bir kişi ya da kurumun kural yapma, yürütme, yorumlama ve yaptırım yetkilerini elinde bulundurması halinde, devlet kudretinin kötüye kullanılabilmesi kabul edilmektedir.⁷⁰ Madison'a göre, yasama, yürütme ve yargılama güçlerinin aynı ellerde toplanması, ister bu tek kişi, azlık veya çokluk olsun, ister miras, kendi kendini atama veya seçim yoluyla göreve gelsin, tam anlamıyla tiranlık olarak nitelendirilebilir.⁷¹ Şayet federal anayasa güçlerin toplan-

69) HIRSCHL, a.g.e., s. 133-139

70) David Brian ROBERTSON, *The Constitution and America's Destiny*, Cambridge (2005), Cambridge University Press, s. 102-103

71) James MADISON, "No. 47", *The Federalist*, George W. Carey ve James McClellan (Ed.), Indianapolis (2001), Liberty Fund, s. 249. Federalist yazılar, 1787 yılının Ekim ayı sonları ile 1788 yılının Mayıs ayı sonunda ABD Anayasasının federe devletlerdeki onay sürecinde Alexander Hamilton, James Madison ve John Jay tarafından, Anayasanın desteklenmesi amacıyla dört ayrı New York Gazetesinde düzensiz aralıklarla yayımlanan 85 yazıdan oluşmaktadır. Yazıların tamamı, M.Ö. 6. yüzyılda yaşamış, belagati, cömertliği ve cumhuriyetçi yönetim ilkelerine bağlılığıyla tanınan Roma'lı efsanevi devlet adamı ve general Publius Valerius Publicola'ya atıfla "Publius" takma adı altında yayımlanmıştır. Bazı yazıların kimin tarafından kaleme alındığı uzun süre tartışmalı olsa da, bugün 51 yazının Hamilton, 39 yazının Madison, beş yazının ise o dönemin çoğunu hastalıkla geçiren Jay tarafından kaleme alındığı kabul edilmektedir. George W. CAREY ve James MCCLELLAN (Ed.), "Editor's Introduction", *The Federalist*, Indianapolis (2001), Liberty Fund, s. xlv- xlvi. Buna karşılık, aynı dönemde ABD Anayasası hakkındaki çekişme ve itirazlarını dile getiren yazılar yayımlayanlar, anti-federalistler olarak bilinmektedir.

masından veya kaynaşmasından sorumlu olsaydı ya da anayasada güçlerin toplanması riski bulunsaydı, sistemin külliyen reddi için başkaca bir tartışmaya gerek kalmazdı. Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı teorisinin genel esaslarını açıklayan ve Amerikan federe devlet anayasalarındaki kuvvetler ayrılığıyla ilgili hükümlere değinen Madison, kuvvetler ayrılığının yasama, yürütme ve yargı arasında hiçbir bağlantı bulunmayacağı anlamına gelmediğini ifade etmektedir.⁷² Madison, Thomas Jefferson'un devleti oluşturan üç kuvvetten ikisinin kendi üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla karar alması durumunda anayasa değişikliği veya ihlallerin giderilmesi için halka başvurularak bir konvansiyon toplanması yönündeki önerisini, teorik gerekçelerle reddetmiştir. Madison'a göre, kuvvetler arası mücadeleden yasa organı daha avantajlı çıkacak ve sık sık halka müracaat edilmesi durumunda, yönetime duyulan güven ve saygıda aşınma meydana gelecektir.⁷³ Diğer güçler karşısında daha güçlü konumda bulunan yasama organının, birbirinden farklı seçim yöntemleriyle belirlenen ve farklı çalışma esasları olan kanatlara bölünmesi gerektiğini savunan Madison'a göre, ABD gibi birleşik devletlerde halkın verdiği yetki öncelikle iki devlet arasında (federe/federal) bölünmekte, daha sonra her bir devlet de kendi içinde farklı organlara ayrılarak, bireysel hakların korunmasında ikili güvence sistemi ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bir cumhuriyette yalnızca yöneticilerin ihlallerine karşı değil, aynı zamanda bir toplumsal grubun, diğer toplumsal grupların adaletsizliğine karşı da korunması gerekmektedir. Bu kötülükten korunmanın birinci yolu, toplumda çoğunluktan bağımsız (topluluğun tümünü kapsayacak) bir irade oluşturmak; ikinci yolu ise vatandaşların farklı vasıflarının tamamını kabul ederek, bu vasıflardan yalnızca birini ön plana çıkaran adaletsiz bir çoğunluk oluşmasına engel olmaktır.⁷⁴ ABD Anayasası metninde kuvvetler ayrılığı ifadesine açıkça yer verilmemekle birlikte, üç organın oluşumu, görev ve yetkileri ile kuvvetler arası ilişkileri düzenleyen denetim ve denge mekanizmalarına yer verilmiş olması, anayasanın klasik kuvvetler ayrılığı teorisini federal devlet yapısıyla bağdaştıran ilk ve en önemli örnek olduğunu göstermektedir.

Anti-federalistlerin görüşleri federalistlerden daha heterojen nitelikte olup, tamamı anayasaya muhalif kişilerden oluşmamaktadır. Anti-federalistler, Anayasayı değişiklik önerileriyle birlikte kabul edebilecek durumda olanlardan, mevcut alternatifler arasında en uygunu olduğu için onay verenlere kadar geniş bir yelpazede yer almaktadır. Anti-federalistleri yalnızca anayasaya karşı olan ve federalistlere karşı yenilgiye uğrayan muhalifler şeklinde değil, federalistlerle birlikte anayasal sistemin gelişiminde önemli rol oynayan yazar ve düşünürler olarak değerlendirmek daha doğru olur. Bkz. Herbert J. STORING, *What the Anti-Federalists Were For?*, Chicago and London (1981), The University of Chicago Press, s. 3-6

72) MADISON, a.g.e., s. 249-255

73) James MADISON, "No. 49", *The Federalist*, George W. Carey ve James McClellan (Ed.), Indianapolis (2001), Liberty Fund, s. 260-264.

74) James MADISON, "No. 51", *The Federalist*, George W. Carey ve James McClellan (Ed.), Indianapolis (2001), Liberty Fund, s. 267-272.

Montesquieu’nun kuvvetler ayrılığıyla ilgili görüşlerinin Fransız Devrimi ve anayasal gelişimi üzerindeki etkisi, ABD Anayasal sistemi üzerindeki etkisinden daha sınırlı olmuştur. Bunun nedeni, Fransız Devrimine yön veren genel irade ve ulusal egemenlik kuramıyla kuvvetler ayrılığı teorisinin birbiriyle bağdaştırılmasının güçlüğüdür. Devrimle, halkın çoğunluğunu oluşturan üçüncü toplumsal tabaka (*tiers état*) temsilcilerinin ulusal kurucu meclisi oluşturması, Rousseau’nun öngördüğü ve Sieyès’in kurumsallaştırdığı ulusal egemenlik kavramını ön plana çıkarmıştır. Ancak ilk devrimcilerin siyasal tercihi kralın mutlak yetkilerinin sınırlandırılarak anayasal bir kurum haline dönüştürüleceği anayasal bir monarşiden yanadır. Bu durum devrimin temel ilkeleriyle giderilmesi güç bir çelişki yarattığından, devrim sürecinde 1792 yılında krallığın kaldırılmasıyla sonuçlanmıştır.⁷⁵ Kuvvetler ayrılığı teorisinin Amerika ve Fransa’da oynadığı roller birbirinden farklıdır. Fransa’da kuvvetler ayrılığı katı bir ideolojik yaklaşımla ele alınırken, Amerika’da, daha ziyade olaylara yön veren katı bir inanç ve kanaat gereği olarak değil, devrim koşullarının mantığı içinde değerlendirilmiştir.⁷⁶ Fransa’da kuvvetler arası ilişkiler farklı yönde gelişse de, kuvvetler ayrılığı teorisine anayasal metinlerde açıkça yer verilmesi tercih edilmiştir. 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin 16. maddesi, kuvvetler ayrılığı kavramını anayasanın vazgeçilmez bir unsuru olarak düzenlemektedir. Buna göre; “*Hakların güven altına alınmadığı, kuvvetler ayrılığının belirlenmediği bir toplumda anayasa yoktur.*”⁷⁷ Fransa’da, 1791 yılından 1958 yılına kadar kabul edilen 15 yazılı anayasanın tamamında, hukukun öncelikle siyasetten ayrılması, daha sonra farklı şekillerde de olsa siyasete bağlanması yönünde Fransız Devriminden bu yana devam eden geleneğin sürdürüldüğü görülmektedir. Buna göre, kural koyma yetkisini elinde bulunduran organ fiilen devlet egemenliğine de sahip olmaktadır. Fransa’da Devrimden bugüne kadar değişmeden süre gelen bu ilke yasama ve yürütme organları arasındaki kurumsal rekabet ekseninde şekillenmektedir. Rousseau’nun genel irade teorisinden beslenen ulusal egemenliğe sahip yasama organı, yargı yetkisine katı bir sınır

75) Christoph MÖLLERS, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford (2013), Oxford University Press, s. 19

76) VILE, a.g.e., s. 194

77) Server TANİLLİ, *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, İstanbul (1976), Cem Yayınevi, s. 453. 1791 Anayasasının başında yer verilen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi hükümleri, gerek 1946 Anayasası, gerek 1958 Anayasasının başlangıç kısımlarında yapılan atıf uyarınca halen yürürlükte bulunmakta (TANİLLİ, a.g.e., s. 451) ve temel ölçü norm olarak ele alınmaktadır. Örneğin, bkz. Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, “Loi visant à réprimer la contestation de l’existence des génocides reconnus par la loi”, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012-647-dc/decision-n-2012-647-dc-du-28-fevrier-2012.104949.html> (2 Aralık 2015)

çizmektedir.⁷⁸ 1958 yılında kabul edilen Beşinci Cumhuriyet Anayasasıyla kurulan Anayasa Konseyi'ne sınırlı da olsa anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisi verilmeden önce hâkim olan anlayış, 1791 Anayasasında ve daha sonraki bazı anayasalarda açıkça hükme bağlandığı üzere, mahkemelerin yasama yetkisinin kullanılmasına müdahale edemeyeceği, yasaların uygulanmasını askıya alamayacağı, idari fonksiyonları ihlal edemeyeceği ve herhangi bir idari işlem yapma yetkisini bizzat üstlenemeyeceği şeklindedir.⁷⁹

II- Klasik Kuvvetler Ayrılığı Teorisine Yöneltilen Eleştiriler ve Yeni Kuvvetler Ayrılığı Teorisi Arayışları

A- Klasik Kuvvetler Ayrılığı Teorisine Yöneltilen Eleştiriler

Kuvvetler ayrılığı konusunu ele alan çalışmaların büyük çoğunluğunda kuvvetler ayrılığı teorisinin tarihi gelişimi üzerinde durulduktan sonra, teoriye yöneltilen eleştiriler ve teorinin günümüzdeki anlamı üzerinde durulmaktadır.⁸⁰ Kuvvetler ayrılığı teorisinin ortaya konulduğu anayasacılık hareketlerinin ilk dönemlerinde, kuvvetler ayrılığının devletin işleyişinde ne tür sonuçlar doğuracağı, ayrıca yeni ortaya çıkacak siyasal kurumların kuvvetler arasındaki ilişkileri nasıl etkileyeceği öngörülemeyeceğinden, klasik kuvvetler ayrılığı teorisi zamanla öngörülen amaçlarına ulaşmada yetersiz kalmıştır. Ancak kuvvetler ayrılığı teorisinden ve öngördüğü temel ilkelerden vazgeçilemeyeceği için klasik teoriye yöneltilen eleştiriler sayesinde kuvvetler ayrılığının günümüzde de işlerliğini sürdürebilecek bir içeriğe kavuşması amaçlanmaktadır.

Kuvvetler ayrılığı teorisinin modern demokrasilerde halen işlevini sürdürüp sürdürmediği değerlendirilirken, kuvvetler ayrılığı kavramına farklı yaklaşımlar üzerinde durulmaktadır. Gwyn, kuvvetler ayrılığı teorisine ulaşmak isteni-

78) Alec STONE, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, New York and Oxford (1992), Oxford University Press, s. 24

79) STONE, a.g.e., s. 25. Beşinci Cumhuriyet Anayasasında Fransız Anayasa Konseyi'ne (*le Conseil constitutionnel*) *ex ante* (önleyici) anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisi verilmiş olup, yürürlükteki yasal düzenlemelerin anayasaya uygunluk denetimi, kısa süre önce gerçekleştirilen bir anayasa değişikliğiyle, somut norm denetimi yoluyla ve ancak hak ve özgürlüklerin ihlali iddiasıyla sınırlı olarak kabul edilmiştir. 23 Temmuz 2008 tarihli anayasa değişikliği uyarınca, 1 Mart 2010 tarihinden itibaren görülmekte olan bir davada uygulanacak yasa hükmünün Anayasada güvenceye alınan hak ve özgürlüklerden birini ihlal ettiğinin taraflarca ileri sürülmesi durumunda, Danıştay (*Le Conseil D'État*) veya Yargıtay (*La Cour de cassation*) tarafından anayasaya aykırılık sorununun bekletici mesele yapılarak, Anayasa Mahkemesi'ne havale edilebileceği düzenlenmiştir. Bkz. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/> (2 Aralık 2015)

80) Bkz. GÜNEŞ, a.g.e., s. 13-19; GÖZLER, a.g.e., s. 549-552; TEZİÇ, a.g.e., s. 471-473; ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 187-191; İbrahim KABOĞLU, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 10. Baskı, İstanbul (2015), Legal Yayıncılık, s. 202-206; SEZGİNER, a.g.e., s. 26-30; Rıza ARSLAN, *Demokratik Yönetim Sistemleri: Parlamenter, Başkanlık, Yarı-Başkanlık ve Konkordanz Yönetim Sistemleri*, Bursa (2013), Dora Basım-Yayın, s. 31-32

len amaçları göz önünde bulundurarak, beş farklı yaklaşımdan söz etmektedir. Bunlar hukukun üstünlüğü, sorumluluk ya da hesap verebilirlik, ortak menfaat, denkleştirme ve etkinlik yaklaşımlarıdır.⁸¹ *Hukukun üstünlüğü yaklaşımı*⁸² uyarınca asli kural koyma yetkisiyle, yürütme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisi aynı organa verilmemelidir. Yürütmenin takdir yetkisi ve düzenleyici işlem yapma yetkisi yürütmenin iradesinden bağımsız olarak yapılan kanunlarda öngörülen sınırlar dahilinde kullanılmalıdır. *Sorumluluk ya da hesap verebilirlik yaklaşımı*, görevini kötüye kullanarak, hukuka aykırı davranışlarda bulunan kamu görevlileri hakkında öngörülen hukuki yaptırımların uygulanmasını gerektirmektedir. Burada yasama-yürütme ayrılığı değil, hesap sorma görevini yerine getirecek kurumun yürütmeden bağımsızlığı önem taşımaktadır. Denetim organı mahkemeler olabileceği gibi, bazı ülkelerde kamu denetçisi ve en önemlisi seçmenler de olabilmektedir. *Ortak menfaat yaklaşımı*, yasama meclisinin yalnızca kendi menfaatlerini gerçekleştirmeye çalışan gruplardan veya diğer gruplar aleyhine orantısız üstünlüğe sahip tek bir hâkim gruptan oluşmasına karşıdır. Kararların çatışan menfaatlere sahip gruplar arasında müzakere ve uzlaşma yoluyla alınması çoğulculuğun gereğidir. *Denkleştirme yaklaşımı*, devlet organlarının birbirine karşı temel fonksiyonlarının kullanılmasını denetleyici araçlara sahip olmasını ve böylece güç dengesinin sağlanmasını önermektedir. Kuvvetler ayrılığına yöneltilen eleştirilerin büyük bölümü, denetim ve denge araçlarının yönetimin etkinliği ve sorumluluğunu azalttığı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. *Etkinlik yaklaşımı* ise yasama ve yürütme organlarının tarihsel oluşum sürecinde temel argümanlardan biri olan yönetimde etkinliğin sağlanmasının, kuvvetler ayrılığı teorisinin gelişimiyle tersine döndüğünü ve yönetimin etkinliğini azalttığını ileri sürmektedir.⁸³

20. yüzyılın büyük bölümünde, anayasal kuvvetler ayrılığını savunan 18. yüzyıl teorilerinin artık geçerliliğini yitirdiği ileri sürülmüştür. Kötü ve verimsiz yönetim uygulamaları, iktidarın bölünerek karmaşık bir anayasal denge düzeni kurmaya çalışılmasının bedeli olarak görülmüştür. Mekanik bir denetim ve denge sistemine dayanan kuvvetler ayrılığı anlayışının, Woodrow Wilson'un ifadeyle, Newton'un evren teorisinin bir kopyası olarak görülmesi, Amerikan siyasal sisteminin iyi yönetimi gerçekleştirememesinin sebebi olarak değerlendirilmiş-

81) William B. GWYN, "The Separation of Powers and Modern Forms of Democratic Government", *Separation of Powers - Does it Still Work?*, Robert A. Goldwin ve Art Kaufman (Ed.), Washington, D.C. (1986), American Enterprise Institute for Public Policy Research, s. 68

82) Gwyn'in "*The rule-of-law version*" olarak ifade ettiği yaklaşım, hukuk devleti kavramından daha dar kapsamlı olduğu için, "hukuk devleti" değil, "hukukun üstünlüğü" kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

83) GWYN, a.g.e., s. 68-70

tir.⁸⁴ Ancak bu yaklaşım, Amerikan anayasacılığının gerçek ilkelerini yanlış yorumlamaktadır. Klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin temelleri yeniden incelendiğinde anayasal sistemin iki temel hedefe yöneldiği, bunlardan birincisinin etkin yönetimi gerçekleştirmek, ikincisinin ise bireysel özgürlükleri güvenceye almak olduğu görülecektir. Bu iki temel hedefi görmezden gelip, Wilson'un hatalı kuvvetler ayrılığı anlayışına takılıp kalmak, siyasal karar alma sürecinin dinamikleri hakkında yanlış sonuçlara ulaşılmasına yol açacaktır.⁸⁵

Başkan Carter ve Clinton dönemlerinde Beyaz Saray hukuk danışmanı olarak görev yapan Lloyd Cutler, yürütmenin ulusal çıkarlara uygun görerek taraf olunmasını istediği SALT II'nin (Stratejik Silahların Sınırlandırılması Antlaşması) yürürlüğe girememesinden, uluslararası antlaşmalara onay yetkisini Senato'ya veren kuvvetler ayrılığı anlayışını sorumlu tutmuştur. Benzer şekilde bazı çevreler, 1994 yılında Clinton'un kapsamlı sağlık reformu tasarısını kanunlaştıramaması nedeniyle kuvvetler ayrılığını suçlamıştır. Oysa mevcut vakalarda suçlanması gereken, kuvvetler ayrılığında ziyade, siyasal karar alma sürecinde takip edilen yoldur. Kuvvetler ayrılığını suçlamadan önce, SALT II Antlaşmasının gerçekten ulusal çıkarlara uygun olup olmadığı veya idarenin sağlık reformu programına kamuoyu desteğinin düzeyi sorgulanmalıdır.⁸⁶

Dahl'a göre, Madison'un ileri sürdüğünün aksine, tarihsel süreçte güçlü azınlıkların ya da geniş kitlelere dayanan diktatoryal yönetimlerin tiraniye dönüşmelerinin engellenmesiyle anayasal kuvvetler ayrılığının doğrudan ilişkisi bulunmamaktadır. Bu durumda pek çok değişken rol oynamakla birlikte, anayasal kuvvetler ayrılığı bu değişkenlerden biri değildir. Dahl'a göre Madison'un yanılttığı noktalardan birincisi, yöneticilerin karşılıklı olarak birbirini denetlemeleri tiraniyi önlemek için yeterli bir yol değildir; ikincisi, dış denetim aracı olarak anayasal reçetelerin önemi fazla abartılmıştır ve siyasal davranışlar üzerindeki denetim kavramı psikolojik gerçekleri yanlış anlamaktadır; üçüncüsü, Madison, belirli devlet görevlilerinin diğer devlet görevlilerini denetlemesi sayesinde tiraninin engelleneceğini söyleyerek, çoğulcu toplumlarda mevcut sosyal denge ve denetim unsurlarını hafife almaktadır.⁸⁷ Kuvvetler ayrılığı teorisinin tek başına tiraninin engellenmesi için yeterli olamayacağı doğrudur. Ancak, hukuki meşruiyeti tartışma konusu olmayan devlet organlarının anayasal kuvvetler ayrılığının öngördüğü denetim ve denge araçları sayesinde yetki temerküzünün engellen-

84) Jessica KORN, *The Power of Separation: American Constitutionalism and the Myth of the Legislative Veto*, Princeton, New Jersey (1996), Princeton University Press, s. 14

85) KORN, a.g.e., s. 14

86) KORN, a.g.e., s. 22-23

87) Robert A. DAHL, *A Preface to Democratic Theory*, Expanded Edition, Chicago and London (2006), The University of Chicago Press, s. 21-22

mesinde önemli rol oynadığını göz ardı etmemek gerekir. Çoğulcu toplumlardaki sosyal denge ve denetim unsurlarının günümüzde devlet organlarının anayasal denetim araçlarından daha etkili hale dönüşebildiği görülmektedir. Nitekim 18. yüzyıl sonlarında federal devletin kurulma aşamasında Madison, 51 numaralı Federalist yazısında bir toplumsal grubun, diğer toplumsal grupların adaletsizliğine karşı korunmasının yollarını göstermeye çalışmıştır.⁸⁸ Ancak Madison'un 18. yüzyıl koşullarında sosyal denge ve denetim unsurlarının, ayrıca başta siyasi partiler olmak üzere çeşitli siyasi kurumların günümüzdeki kadar gelişeceğini öngörebilmesi mümkün değildir.

Yasama-yürütme ilişkileri yönünden klasik kuvvetler ayrılığı teorisine yöneltilen en önemli eleştiri, siyasi partilerin gelişimini ve siyasal hayata hâkim olmasını hesaba katmaması, hatta siyasi partileri olumsuz ayrışma ve hizip olarak görmesi ve partilere rağmen bir anayasa tasarlamaya teşebbüs etmesidir.⁸⁹ Mahkemelerin ve hukukçuların aksine siyaset bilimciler karşıt normatif perspektiften olsa da siyasi partilerin kuvvetler ayrılığının uygulanmasındaki lider rolünü uzun süre önce takdir etmişlerdir. Siyaset bilimcilerin siyasi partilere odaklanmaları, Amerikan başkanlık sistemini İngiliz parlamenter sistemiyle birlikte ele alan siyasal düşüncenin geleneksel çizgisinden kaynaklanmaktadır. Demokratik meşruiyet ve kanun koyma gücünü ayrı ayrı seçimle iş başına gelen başkan ve Kongre arasında resmen bölüştüren Madison modelinden farklı olarak, Westminster sisteminde yürütme organı yasama organının çoğunluğu içinden çıkmakta ve yönetim üzerinde doğrudan denetim sahibi olmaktadır. Westminster sisteminde siyasi iktidar ayrışmamakta, bilakis bütünleşmektedir. Woodrow Wilson'un Madison modelini eleştirisinde, birbirine rakip iki güç olan yürütme ve Kongrenin işbirliği olmaksızın sistemin işleyemez hale geleceği vurgulanmaktadır. Wilson'a göre anayasal kuvvetler ayrılığı, seçmene karşı demokratik sorumluluğu belirsiz hale getirmektedir. Oysa, parlamenter sistemde yetki ve sorumluluğun başbakan ve bakanlar kurulunda birleşmesi sistemi daha üstün hale getirmektedir. Siyaset bilimciler arasında yaygın olarak benimsenen parti hükümeti görüşüne göre, siyasal davranışların belirlenmesinde parti çizgisi, kuvvet çizgisinden daha belirleyici olmaktadır. Eğer kuvvetler arasında parti mensubiyeti değil kuvvet mensubiyeti ön planda olsaydı, kuvvetler arasında işbirliğinden ziyade mücadele söz konusu olurdu. Başarılı bir parti yönetimi için diğer şart ise kuşkusuz iki kuvvetin aynı partinin kontrolünde olmasıdır. İki kuvvetin farklı siyasi partilerin kontrolü altında olması durumunda, Madison'un öngördüğü

88) Bkz. MADISON, "No. 51", s. 267-272

89) Daryl J. LEVINSON ve Richard H. PILDES, "Separation of Parties, Not Powers", *Harvard Law Review*, 119, (2006), s. 2320

rakip kuvvetler ortaya çıkacaktır. Siyasi partilerin günümüzdeki konumu hakkında Madison'un perspektifiyle bir değerlendirme yapılacak olursa, kuvvetler ayrılığına siyasi partilerden gelen esas tehdit, parti bölünmesinden değil, parti bütünleşmesinden kaynaklanmaktadır. Modern demokrasilerde Madison'cular, bölünmüş yönetimden korkmamalı, parti bölünmesine kuvvetler arasındaki rekabet dinamiğinin canlandırılması açısından bakmalıdır. Madisoncu'lar, Temsilciler Meclisi, Senato ve Başkanlığın aynı çoğunluk partisinin kontrolünde olmasını denetimsiz ve dengesiz bir yönetime yol açacağı gerekçesiyle endişeyle karşılamalıdır.⁹⁰

Klasik kuvvetler ayrılığı teorisine yöneltilen bir diğer eleştiri ise, geleneksel olarak devletin üç fonksiyonunu kesin ölçütlerle tespit etmeye çalışıp, her bir fonksiyon kapsamındaki yetkilerin, görev alanına göre üç ayrı organa verilmesinin günümüzde imkansız hale gelmesidir. Ancak bu belirsizlik nedeniyle endişelenmek de yersizdir. Çünkü devlet yönetimi yalnızca üç kuvvet arasında bölüşülmüş değildir. Siyasal sistemin gelişmesiyle birlikte bölünme klasik üçlü ayırmadan çok daha karmaşık bir hal almıştır.⁹¹ Örneğin ABD'de, devlet iktidarı çok sayıda farklı karar vericiler arasında dağılmıştır: Kongre içerisinde; meclis komisyon başkanları, kıdemli Senato komisyon üyeleri, Senato grup başkan vekilleri, Temsilciler Meclisi çoğunluk lideri gibi. Yürütme içerisinde; idari kurum yöneticisi, işletme ve bütçe dairesi yöneticisi, Birleşik Devletler Savcısı (United States attorney) gibi. Yargı içerisinde; sulh hâkimi, icra hâkimi, bölge mahkemesi hâkimi, istinaf hâkimi gibi.⁹² Söz konusu karar vericilerden her biri devlet kudretinin kullanılmasında önemli rol oynamaktadır. Devlet kudreti bu şekilde dağılmış olmaktadır. Bu tarz bir bölünme karmaşık, hatta kaotik gibi görünmekle birlikte, siyasi iktidarın temerküzü tehdidine karşı güvence sağlamaktadır. Devlet kudretinin ideal ölçüde bölünmüş olup olmadığı ise ayrı ve zor bir sorundur. Bazıları, yetkinin gereğinden fazla bölündüğü kanaatinde olabilirler. Ancak, ideal bölünme düzeyini sağlamaya çalışmak gereksiz bir uğraş olur. Bu durum, klasik kuvvetler ayrılığı yaklaşımındaki yetkilerin tam olarak paylaştırılması kadar tutarsız bir girişimdir. Bununla birlikte, yetki dağılımının oranı ve niteliğinin, yetki temerküzü kaygılarına yol açmayacak biçimde düzenlenmesi gerektiği söylenebilir.⁹³

90) LEVINSON ve PILDES, a.g.m., s. 2325-2329

91) M. Elizabeth MAGILL, "Beyond Powers and Branches in Separation of Powers Law", *University of Pennsylvania Law Review*, 150, (2001), s. 651. Siyasal yapıların çok işlevliliği, devletin üç fonksiyona ayrılması yönündeki girişimleri büsbütün imkansız hale getirmektedir. Bkz. VILE, a.g.e., s. 346-351

92) MAGILL, a.g.m., s. 651

93) MAGILL, a.g.m., s. 651-654

B- Yeni Kuvvetler Ayrılığı Teorisi Arayışları

Klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin ortaya atıldığı ve anayasal belgelerle uygulama alanına geçtiği 18. yüzyıldan bu yana toplumsal, siyasal, ekonomik, teknolojik ve hukuksal alanlarda meydana gelen gelişmeler, klasik kurumsal yaklaşımın amaçlarını ortadan kaldırmasa da, kuvvetler ayrılığının yeniden ele alınarak günün şartlarına uyarlanmasını gerekli kılmaktadır. Kuvvetler ayrılığının yeni düzene uyarlanması ihtiyacı, klasik teorinin gözden geçirilerek eksik ve işlemeyen yönlerini telafi etmeye yönelik revizyonist görüşler ile aslında saf halde hiçbir ülkede uygulanmayan klasik triolojinin terkedilerek, tamamen yeni bir kuvvetler ayrılığı teorisi geliştirilmesini savunan daha radikal görüşlere yol açmıştır. Yeni kuvvetler ayrılığı teorisi arayışları 19. yüzyıldan beri devam etmekte olup, bu konuda birbirinden oldukça farklı ve hatta birbiriyle çelişen çeşitli öneriler geliştirilmiştir. Yeni kuvvetler ayrılığı teorisi önerileri, büyük ölçüde yukarıda aktarılan klasik teoriye yöneltilen eleştirilerden yola çıkarak, günümüzde uygulanabilir bir kuvvetler ayrılığı teorisi oluşturmaya çalışmaktadır. Bu bağlamda, kuvvetlerin yalnızca hukuki fonksiyonları bakımından değil, aynı zamanda siyasi ve ekonomik fonksiyonları bakımından yeniden bölüştürülmesi ve kuvvetler arası ilişkinin yeniden şekillendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Yeni kuvvetler ayrılığı teorisinin hükümet sistemi arayışlarıyla da ilgili olduğuna kuşku yoktur. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, bu çalışmada kuvvetler ayrılığının demokratik hükümet sistemlerinin tamamında ilke olarak kabul gören yetki temerküzünü önleme, demokratik denetimi yaygınlaştırma, kötü ve keyfi yönetimi engelleme, temel hak ve hürriyet ihlallerini önleme ve olumsuz sonuçlarını gidermeye yönelik amaçlarına ağırlık verilmektedir.

1950'li yılların başlarında Dean Don K. Price Amerika'da sözleşmeli federalizmin (*federalism by contract*) ortaya çıktığını ileri sürmüştür. Sözleşmeli federalizmle kastedilen devlet yönetiminin dışında gelişen sistemin yeni tip bir devlet hiyerarşisi ortaya çıkarmasıdır. Sözleşme aynı zamanda idari bir yöntem olarak Amerikan ekonomisinin büyük bölümünde kamu-özel ayrımını belirsiz hale getirmiştir.⁹⁴ Miller'e göre, benzer bir gelişme de ulusal devlet iktidarının üçlü ayrımında görülmektedir. 20. yüzyılda çoğulcu toplumsal grupların ön plana çıkarak hâkim konuma gelmesi, "özel" iktidarlar sisteminin oluşumuna işaret etmektedir. Bu oluşumlar arasında dev ticaret şirketleri önde gelmektedir. Bu nedenle ekonomik hâkimiyeti elinde bulunduran dev şirketlerin ve finansal ortaklarının anayasal teoride ve kuvvetler ayrılığı kapsamında tanınmalarının tartışılması

94) Arthur S. MILLER, "Separation of Powers: An Ancient Doctrine Under Modern Challenge", *Administrative Law Review*, 28, (1976), s. 306

gerekmektedir.⁹⁵ Bu gelişme Ortodoks kuvvetler ayrılığı kuramını üç yönden etkilemektedir. Birincisi, dev şirketlerin ekonomik iktidarı zaten parçalanmış olan ulusal egemenlik kuramının daha fazla çözümlenmesine sebep olmaktadır. İkincisi, paradoksal olarak toplumsal gruplarla kamu idaresi birimleri arasındaki bütünleşme hukuken ve diğer yönlerden tanınmaya başlanmıştır. Bu bütünleşme ekonomik ve siyasi iktidarın birleşmesine yani bir çeşit yerli şirketçiliğe (*corporativism*⁹⁶) yol açmaktadır. Son olarak da yasama ve yürütmenin ekonomik iktidar birimlerinin hâkimiyetine girmesi, tek bir sınıfın birden fazla devlet gücünü elinde bulundurmasına sebep olduğu için, bireysel özgürlükler yönünden tehdit oluşturmaktadır. Bu analizden mahkemeler de muaf tutulmamakta ve “siyasi” kurumlar olarak çıkar gruplarının hedefi haline gelmektedir. Toplumsal grupların gücünün artması, siyasal ekonominin ilgi alanını değiştirmekte olup, hukukun da bu gelişmeyi takip etmesi doğaldır. Nihayet, kuvvetler ayrılığı teorisi günümüzde “özel” iktidarları dikkate almak durumundadır.⁹⁷

Calabresi, “Anayasal Reform için bir Ajanda” başlıklı yazısında, öncelikle ABD Anayasasının insanoğlunun tasarladığı en iyi anayasa olduğunu savunmaktadır.⁹⁸ Calabresi’ye göre, anayasa çerçevesinde federalizm ve kuvvetler ayrılığı özgürlükleri özel ve kamusal saldırılardan korumak için başarıyla işlemekte, ulusal karar alma mekanizmaları kişisel menfaatler için kullanılmamakta, ancak geniş mutabakat sağlandığı zaman gerekli düzenlemeler yapılabilmekte ve anayasanın kabulünden sonra gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri sayesinde bireysel haklar korunmaktadır. Bununla birlikte, Madison’cu denetim ve denge sistemi yeterince işlemediği için anayasada yapılacak birkaç hızlı değişiklikle bu eksikliğin giderilebilmesi mümkündür.⁹⁹ Kongre yönünden, Yeni Düzen (*New Deal*) döneminde 1933 ila 1938 yılları arasında yapılan yasalar nedeniyle federal hükümetin gereksiz yere büyümesi ve harcamalarının artması yurttaşlara aşırı yük getirmiştir. Bu sorunun çözümü için daha önce denk bütçe, harcamaların sınırlandırılması, vergi artışlarının güçleştirilmesi, milletvekilliği süresinin sınırlandırılması, kısmi başkanlık vetosu gibi öneriler geliştirilmiştir. Bu düzenlemelerin yeniden gündeme alınarak, hayata geçirilmesi mümkündür. Yürütme organı yönünden, başkanın sahip olduğu geniş düzenleyici işlem yetkisi, yine özellikle Yeni Düzen döneminde. Demokratik sorumluluğu olmayan

95) MILLER, a.g.e., s. 306-307

96) Burada, faşist ekonomik düzenin temelini oluşturan korporatizm kastedilmemektedir.

97) MILLER, a.g.e., s. 307-309

98) Steven G. CALABRESI, “An Agenda for Constitutional Reform”, *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, William N. Eskridge, Jr. ve Sanford Levinson, New York and London (1998), New York University Press, s. 22

99) CALABRESI, a.g.e., s. 22-23

bağımsız birtakım kurumlar ve gereksiz idari bürokrasi yaratılmasına yol açmıştır. Denetim ve denge sistemini yeniden kurabilmek için başkanın sahip olduğu düzenleme yapma yetkisi Kongrenin onayına tabi tutulabileceği gibi, başkana geniş düzenleme yetkisi veren yasalar ilgili yasama komisyonlarınca gözden geçirilerek, gerekirse yürürlükten kaldırılabilir. Son olarak demokratik sorumluluğu bulunmayan bürokratlar ve idari kurumlar yeniden başkanın kontrolüne verilerek, bu kişi ve kurumların eylem ve işlemlerinden doğrudan Beyaz Saray sorumlu tutulabilir. Federal yargı, reforma tabi tutulması gereken son kurum olup, federal mahkemeler özellikle iç savaş sonrası yapılan anayasa değişikliklerini uygunsuz biçimde kötüye kullanarak, toplumsal değişimin otokratik aracı haline gelmiştir. Daha önce federal kanunlar üzerinde kullanılan denetimsiz yargılama yetkisi, daha sonra siyasal yönden daha güvenli olduğu için federe devlet yasaları üzerinde kullanılmaya başlanmıştır. Çünkü federe devletlerin, federal yargı üzerinde herhangi bir denetim aracı bulunmamasına rağmen, Kongrenin elinde yargı bütçesini onaylama, federal yargıçları atama ve suçlama yetkileri bulunmaktadır. Bu sorunun çözümü ise federal yargının yetkilerini anayasanın orijinal haline döndürmek ve federe devletlere radikal toplumsal değişiklikleri dayatmalarına engel olacak bir dizi yasal ve anayasal değişiklik yapmaktır.¹⁰⁰

Calabresi'nin yeni Madison'cu görüşlerinin ve anayasal reform önerilerinin kuvvetler ilişkisine yenilikçi ve etkili bir çözüm getiremediği için eleştiri aldığı tahmin etmek güç değildir.¹⁰¹ Calabresi'nin yeni kuvvetler ayrılığı görüşü yetki temerküzünü önleyerek devlet yetkilerinin kötü ve keyfi kullanılmasını engellemeye ve federal organların yetkilerini sınırlandırmaya hizmet etse de, demokratik denetimi ve özgürlük alanını genişletmeye katkıda bulunduğu kuşkuludur. Diğer yandan Calabresi'nin Amerikan kuvvetler ayrılığı sistemini diğer uluslar için örnek model olarak takdim etmesi de eleştirilmektedir.¹⁰²

Yeni kuvvetler ayrılığı teorisi arayışlarının ilk örneklerine değinildikten sonra, yakın geçmişte bu konuda ön plana çıkan görüşlerden üçü üzerinde durulacaktır. Birincisi, Ackerman'ın ABD için alternatif bir hükümet sistemi önerisini de içeren yeni kuvvetler ayrılığı teorisi; ikincisi Carolan'ın çağdaş yönetimde keyfiliğin önlenmesini amaçlayan ve yurttaşların özerkliğini temel normatif değer olarak kabul eden yeni kuvvetler ayrılığı teorisi; üçüncüsü ise farklı yazarlar tarafından değişik biçimlerde dile getirilen dördüncü güç önerileridir.

100) CALABRESI, a.g.e., s. 23-27

101) Örneğin, bkz. MAGILL, a.g.m., s. 619-621

102) Bkz. Bruce ACKERMAN, "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, 113, 3, (2000), s. 634-635

III- Yeni Kuvvetler Ayrılığı Teorisinin Gelişimi ve Bu Konudaki Çeşitli Görüşler

A- Ackerman'ın Yeni Kuvvetler Ayrılığı Teorisi

Yeni kuvvetler ayrılığı veya modern kuvvetler ayrılığı kavramları 20. yüzyılda çeşitli yazarlarca dile getirilmiş olmakla birlikte, Ackerman'ın 2000 yılında *Harvard Law Review*'da yayımlanan "Yeni Kuvvetler Ayrılığı" başlıklı makalesinden¹⁰³ sonra doktrinde yoğun olarak tartışılan bir konu haline gelmiştir. Ackerman, öncelikle Amerikan tarzı yönetim biçiminin mutlak bir doğru olarak görülmemesi gerektiğini, nitekim İkinci Dünya Savaşından sonra, ABD ve müttefik devletlerin savaşın mağlupları olan Japonya ve Almanya'ya ABD tipi kuvvetler ayrılığı veya başkanlık sistemini dayatmadıklarını tespit etmektedir. Kuvvetler ayrılığı teorisini yalnızca kurumsal yönüyle ele almanın eksik olacağını belirten Ackerman, normatif yönden kuvvetler ayrılığının korumayı amaçladığı değerlerin ve siyasal ideallerin göz ardı edilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Normatif yönelim olmaksızın yalnızca kurumsal kuvvetler ayrılığı üzerinde durmak, zahmetsiz bir anayasa mühendisliğine dönüşecektir.¹⁰⁴ Ackerman kuvvetler ayrılığını meşrulaştırıcı idealler olarak demokrasi, mesleki yetkinlik ile temel hakların korunması ve geliştirilmesinden söz etmektedir. Kuvvetler ayrılığı bir yandan halka dayalı özyönetim projesine hizmet edebileceği gibi diğer yandan onu engelleyebilir de. Demokratik kurallar mahkemeler ve idare organları tarafından olabildiğince tarafsız şekilde uygulanmadıkça, yalnızca sembolik olarak kalır. Temel hakların korunması ve geliştirilmesi ideali olmaksızın demokratik yönetim ve mesleki yetkinlik ilkeleri yalnızca tiraninin araçları haline dönüşebilir.¹⁰⁵ Ackerman eserinin üç bölümünde kuvvetler ayrılığının normatif ideallerine uygun bir "sınırlanmış parlamenterizm" ("*constrained parliamentarism*") modeli önermektedir. Birinci bölümde, demokratik yasama yetkisi farklı organlar arasında bölüştürülmekte ve bu konuda yazı boyunca yinelenen iki tez ortaya atılmaktadır. Birinci tez, negatif yönde olup, Temsilciler Meclisi, Senato ve Başkanlık arasındaki Amerikan tarzı kuvvetler ayrılığının diğer ülkelere ihraç edilmemesi konusunda uyarıda bulunmaktadır. Bu sistem Amerika'da yeterince iyi işlemiş olsa da, dışarıda felaketten başka bir sonuç ge-

103) ACKERMAN, a.g.m., s. 634-729. Ackerman daha önce yayımlanan *We the People* adlı eserinde klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin günümüz demokratik koşullarına uygun olarak yeniden ele alınması gerektiği üzerinde durmuştur. Bkz. Bruce ACKERMAN, *We the People 1 - Foundations*, paperback edition, Cambridge, Massachusetts (1993), The Belknap Press of Harvard University Press, s. 259 vd. Ancak bu görüşlerini "The New Separation of Powers" başlıklı makalesinde geliştirerek, yeni bir kuvvetler ayrılığı teorisi önermiştir.

104) ACKERMAN, a.g.m., s. 639

105) ACKERMAN, a.g.m., s. 640

tirmemiştir. İkinci tez daha yapıcı olup, hem İngiliz tarzı Westminster modelini hem ABD modelini reddedip, kuvvetler ayrılığının geleceği en parlak modelinin sınırlandırılmış parlamentarizm olduğunu ileri sürmektedir. Önerilen modelde parlamentonun yasama yetkisi, ulusal ölçekte halk oylamaları ile federal sistemlerde mahalli idarelerin temsili gibi demokratik özyönetim kurumlarıyla sınırlandırılmaktadır.¹⁰⁶ İkinci bölümde, kuvvetler ayrılığının yargı ve idare organlarının mesleki yetkinlikleri üzerindeki potansiyel katkılarının olumlu ve olumsuz yönleri değerlendirilmektedir. Olumsuz yönüyle, Amerikan uygulaması yeniden mercek altına alınmaktadır. Amerikan sistemi bağımsız ve yetkin bir yargı organının geliştirilmesinde başarılı olsa da, idari organlar yönünden aynı şey söylenemez. Temsilciler Meclisi, Senato ve Başkan arasındaki idare aygıtını kontrol altında tutma mücadelesi idare organlarını aşırı siyasallaştırarak, yürütme organını hukuk devletine düşman haline getirmiştir. Oysa parlamentarizm ve kamu yönetimi arasında süregelen etkileşim demokrasi ve mesleki yetkinlik açısından daha yapıcı bir ilişki vaat etmektedir. Yine de parlamento ile idare organları arasındaki ilişkileri yalnızca yazılı olmayan kurallara bırakmak büyük bir hata olacaktır. Ackerman parlamento ile idare organları arasındaki ilişkileri düzenlemeye yönelik bütünleştirici organ (*integrity branch*) ve düzenleyici organ (*regulatory branch*) adı altında iki ayrı anayasal kurum tesis edilmesini önermektedir. Bağımsız bir kuruluş statüsünde düzenlenmesi öngörülen bütünleştirici organa, özerk bir bütçe tahsis edilecektir. Bütünleştirici organın temel işlevi yönetimdeki yolsuzlukları ve usulsüzlükleri önlemek olacaktır. Düzenleyici organ ise genel esasları yasama organı tarafından ortaya koyulan ancak ayrıntılı olarak düzenlenmesi mümkün olmayan rehber ilkeleri, idari fonksiyonun işleyişinde ayrıntılı olarak düzenleyecek ve gerektiğinde daha etkin ve süratli bir şekilde gözden geçirebilecektir. Elbette yeni oluşturulacak kurumlarda demokratik katılımcılığı sağlayacak ve yargısal denetimi güvenceye alacak birtakım mekanizmalar geliştirilmesi gerekmektedir.¹⁰⁷ Üçüncü bölümde, temel hakların daha etkili bir biçimde güvenceye alınmasının yolları tartışılmaktadır. Ackerman'ın önerdiği sınırlandırılmış parlamentarizm modelinde de temel hakların güvenceye alınmasında yüksek mahkeme önemli bir rol oynamaktadır. Ancak geleneksel olarak mahkeme odaklı bakış açısının ötesinde, demokratik katılım haklarının daha etkin korunması ve dağıtıcı adaletin daha etkili gerçekleştirilebilmesi için sistemin yargı dışı kurumlarla desteklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁰⁸ Ackerman'a göre, temel normatif değerler üzerine inşa edilmeye çalışılan yeni sınırlandırılmış parlamentarizm modelinin ilk bakışta karmaşık bir yapıya sa-

106) ACKERMAN, a.g.m., s. 640-641

107) ACKERMAN, a.g.m., s. 694 vd.

108) ACKERMAN, a.g.m., s. 641

hip olduğu düşünülebilirse de, mevcut Amerikan sisteminin de hayli karmaşık olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Esas sorun, karmaşıklıktan ziyade, kuvvetlerin doğru amaçlarla ayrılıp, ayrılmadığıdır.¹⁰⁹

B- Carolan'e Göre Modern Devlet Teorisi Olarak Yeni Kuvvetler Ayrılığı

Carolan'ın, 2009 yılında yayımlanan “Yeni Kuvvetler Ayrılığı: Modern Devlet için bir Teori”¹¹⁰ başlıklı kitabında, yurttaşların özerkliğini temel normatif değer olarak kabul eden yeni bir kurumsal kuvvetler ayrılığı kuramı ortaya atılmıştır. Carolan, geleneksel üçlü kurumsal kuvvetler ayrılığı kuramının hem tanımsal hem normatif yönden yetersiz olduğunu, çağdaş yönetim gereklerini ve keyfiliği önlemeye yönelik normatif kavramları daha fazla dikkate alan yeni bir kuvvetler ayrılığı sistemiyle değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹¹¹ Yeni bir kurumsal kuvvetler ayrılığı modeli geliştirilirken, mevcut sistemin keyfi uygulamaları önlemek konusundaki başarılı yönlerinin ve reform yapılması gereken unsurlarının tespit edilmesi önem taşımaktadır. Yönetmelik devlet modelinin ortaya çıkması, merkezi yönetimin geleneksel anlayışında en büyük sorun yaratan gelişmedir. Bu nedenle keyfi yönetimin engellenmesi için öncelikle mevcut sistemdeki idari takdir yetkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir. İdarenin takdir yetkisinin sınırlandırılması konusunda daha önce geliştirilen ve yargı organları tarafından da benimsenen “transmisyon kayışı teorisi”¹¹² önemli bir işlev görmüştür. Buna göre, idari fonksiyonun yerine getirilebilmesi için yasa- da açıkça yetki verilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu sayede, idarenin takdir yetkisinin kötüye kullanılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Transmisyon kayışı teorisi, bireyi tüm kamusal yetkilerin normatif kaynağı olarak gören liberal felsefe geleneğinde yer almakta olup, keyfi yönetime yol açabilecek durumları önlemeye çalışmaktadır. İrlanda gibi bazı ülkelerde halen transmisyon teorisi uygulanmakta iken, ABD’de bu teori terk edilmiştir. Bunun nedeni transmisyon teorisinde idarenin her türlü yaratıcı takdir yetkisinin reddedilmesi, oysa

109) ACKERMAN, a.g.m., s. 728

110) Eoin CAROLAN, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, Reprinted Edition, Oxford (2011), Oxford University Press

111) CAROLAN, a.g.e., s. 106

112) Devletin üç organı tarafından sahip olunan birtakım yetkilerin devlet idaresinin yerine getirilmesi noktasında idari organlara aktarılmasını ifade eden transmisyon kuramı ilk kez A. A. Berle tarafından ortaya atılmış ve savunulmuştur. Bkz. A. A. BERLE JR, “The Expansion of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, 30, (1916-1917), s. 431 vd. BERLE’İN benzetmelerinden yola çıkarak kuramı “transmisyon kayışı teorisi” (*transmission belt theory*) olarak adlandıran Stewart, bu teoriyi belirsiz, genel ve farklı yorumlara yol açabilecek kanunlar çıkarılabilmesi nedeniyle, siyasi sorumluluğu olmayan idari organların özellikle bireysel hakları ilgilendiren konularda kullandıkları yetkilerin meşruiyet sorunu doğurduğu gerekçesiyle eleştirmiştir. Bkz. Richard B. STEWART, “The Reformation of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, 88, 8, (1975), s. 1675-1676

yönetsel devletin bu yetkiye ihtiyaç duymasındır. Bu durumda mahkemelerin yasal kesinlik gereksinimini zorla kabul ettirmeleri elverişsiz ve anlamsız hale gelmiştir. İdari organlara takdir yetkisi verilmesinin ikinci gerekçesi olarak mesleki yetkinlik görüşü ileri sürülmüştür. Devletin yönetim yapısında idari takdir yetkisinin uzmanlaşma düşüncesiyle kabul edilmesi, bu yetkinin keyfi sonuçlar doğurmayacağı varsayımına dayanmaktadır. Ancak idari takdir yetkisine uzmanlık yaklaşımı da kamuoyunun güvenini sağlayamadığı gibi, idari faaliyetlerin gündelik yaşamda aşırı kapsayıcı hale geldiği, uygulamaların eşitlik ve esneklikten yoksun olduğu gibi eleştirilere maruz kalmıştır. Üçüncüsü, karar alma sürecine bireylerin katılımını kolaylaştıran çıkarların temsili görüşüdür. Buna göre, idari kurumlara devredilen takdir yetkisinin kullanılmasından menfaatleri etkilenen herkesin sistematik olarak adil temsiline sağlanmasıyla kurumsal adalet sağlanmış olacaktır. Çoğunlukçu anlayıştan farklı olarak, çıkarların temsili yaklaşımı her yurttaşın normatif önemini kabul etmektedir. Dördüncü olarak Mashaw tarafından ileri sürülen görüşe göre, idari organlara belirsiz yetki devirlerini, idarenin tepesinde yer alan Başkanın kendisine seçimlerde izhar edilen seçmen tercihlerine cevap verebilirliğini kolaylaştıran bir araç olarak görmek gerekir. Yurttaşlar başkana oy verirken tek kişinin genel hükümet politikalarını belirleyeceği düşüncesini taşımaktadır. Ancak bu görüş, idari meşruiyetin kaynağı olarak halka hesap verebilirliğe güvenerek, keyfiliğin önlenmesi ilkesinin normatif önemini göz ardı ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹¹³

İdari takdir yetkisinin keyfi olarak kullanılıp kullanılmadığının yargı organları tarafından denetlenmesi konusunda, idarenin tüm organlarının ilke olarak usulî adalet (*procedural fairness*) gerekleriyle bağlı olduğu kabul edilmektedir. Yargısal denetim ölçütü hesap verebilirlikten ziyade keyfiliğin önlenmesi endişesi üzerine yoğunlaşmaktadır. Usulî adalet anlayışı bireylerin karar alma sürecine katılım olanaklarını artırıcı bir işlev görebilir. Ancak bu anlayış mevcut sistemde yurttaşların özerkliğinin tanınması biçiminde değil, idari sistemin karar alma kapasitesinin genişletilmesinin bir aracı olarak katkı sağlamaktadır. Usulî adalet anlayışı elbette her olayda uygun sonuçlara ulaşmayı garanti etmemektedir. Aksi halde mahkemelerin karar verici organlar yerine geçmeleri gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte, mahkemelerin usulî adalet anlayışını geliştirmeleri, devletin kurumsal adaleti gerçekleştirme iddiasını destekleyici niteliktedir.¹¹⁴ Usulî adalet anlayışının başarıya ulaşma potansiyeli günün koşullarına uymayan hatalı kuvvetler ayrılığı teorisine sıkı sıkıya bağlı kalınması nedeniyle engellenmektedir. Geleneksel kuvvetler ayrılığı teorisi uyarınca yargılamaya işlevi yalnızca

113) CAROLAN, a.g.e., s. 106-113

114) CAROLAN, a.g.e., s. 113-114

somut davada mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlığın çözülmesiyle sınırlıdır. Mahkemelerin usulî adalet anlayışı, yargılama sürecinde bireysel adaletin yerine getirilmesi şeklinde görülmektedir. Yargısal içtihatlar çerçevesinde geliştirilen, yönetimin kamu gücünün kullanılmasında adil davranma yükümlülüğüne ilişkin ilkelerin ise genel prensipler olarak kurumsallaşma imkanı bulunmamaktadır. Bu ilke ve politikaların bireysel ve toplumsal davranışlar üzerindeki etkisi düşünüldüğünde, mahkemelerin bu alanda yer almayıp, yalnızca idari faaliyetlerin ortaya çıkardığı sonuçlarla ilgilenmesinin, keyfiliği önlemek konusunda yeterli koruma sağlayıp sağlayamayacağı tartışmalıdır.¹¹⁵ İdari teşkilatta yer alan yardımcı kuruluşların ilke ve politika belirleme yetkileri kabul edilirken, mahkemelere yalnızca ilke ve politikaların uygulanmasından kaynaklanan sonuçları değerlendirme yetkisi verilir, bu ilke ve politikaların geliştirilmesi aşamasında yetki verilmemesinin sebebi nedir? Bu durum, idari organların bağlı bulunduğu yürütme organının (bakanlıkların) seçmene karşı hesap vermek zorunda olduğu, oysa yargı organlarının bu yönde bir sorumluluğu bulunmadığı şeklinde açıklanmaktadır. Oysa Carolan, hesap verebilirliğin de yurttaş çıkarlarının güvenceye alınmasında yeterli bir gerekçe olamayacağını tespit edildiğini belirtmektedir.¹¹⁶ Özellikle seçimlerde hesap verebilirliğin fiili değil, farazi olarak gerçekleştiği hallerde bu durum daha belirgindir. Ayrıca kuvvetler ayrılığı teorisine atıf yaparak, aslında korunması gereken değerlerin gelişimini sınırlamak, klasik üçlü kuvvetler ayrılığının normatif temeliyle de bağdaşmamaktadır.¹¹⁷

Çağdaş yönetimlerin meşru kabul edilebilmesi için idari faaliyetlerin tamamında keyfiliğin önlenmesi ilkesinin devlet organları tarafından bütüncül olarak uygulanması konusunda kararlı olunması gerekmektedir. Kuvvetler ayrılığının önsel olarak yasamanın üstünlüğü (ve hatta kapsayıcılığı) ilkesi üzerindeki ısrarı, bazı durumlarda mevcut kurumsal yapıyı zayıflatmaktadır. Bunun nedeni ilkesel düzenleme yapma yetkisine münhasıran yasama organının veya onun verdiği yetki çerçevesinde idari organların sahip olduğu iddiasıdır. Oysa yukarıda değinildiği üzere, bu ilke idare organlarının takdir yetkisini sınırlamak konusunda yeterli olmadığı gibi katı şekilde uygulandığı zaman kuvvetler ayrılığıyla korunması amaçlanan normatif değerlerin korunmasını engelleyici sonuç doğurabilmektedir. Üçlü kuvvetler ayrılığı teorisi, idari organların takdir yetkisini normatif olarak kabul edilemeyecek şekilde kullanmaları halinde bile yargısal denetimi devre dışı bırakarak sınırlandırmaktadır. Keyfiliğin önlenmesi ilkesinin idarenin bazı faaliyetleri bakımından uygulama kabiliyetinin bulunma-

115) CAROLAN, a.g.e., s. 114-116

116) CAROLAN, a.g.e., s. 116-117

117) CAROLAN, a.g.e., s. 117

ması sistemin kurumsal adalet iddialarına önemli ölçüde zarar vermektedir.¹¹⁸

Carolan, üçlü kuvvetler ayrılığının uygulanmasından kaynaklanan sorunları ortaya koyduktan sonra, seçmenlere yönelik (*constituency-oriented*)¹¹⁹ bir kurumsal ayrılık modelini savunmaktadır. Normatif yönden, her bir yurttaşın özerkliği sistemin temel değeri olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla çoğunlukçuluk reddedilerek, kurumsal demokrasi anlayışı bireyci biçimde yeniden düzenlenmektedir. Carolan'ın modeli, örgütsel yeniden yapılanmanın bir parçası olarak müşterek faaliyetler içinde yurttaşın farklı çıkarlarını tespit etmekte ve birey-devlet ilişkilerinin sezgisel anlayışını yansıtan dağınık bir kurumsal yapı oluşturulmasını öngörmektedir. Sistemin bireysel çıkarlara vurgu yapmasına rağmen, topluluk davası yolu sınırlandırılmamakta, aksine teşvik edilmektedir. Yeni teori, hâkim işlevselci paradigmanın tüm kamusal ve dolayısıyla kurumsal faaliyetleri kapsayan değerler çatışmasını yansıtacak biçimde sistemi yeniden tanımlama yanlılığına düşmemeye çalışmaktadır. Teorinin soyut ve sezgisel olarak çekici olmasının yanında, pratik uygulamada çağdaş yönetişimin temel özelliklerine de uygun olduğu iddia edilmektedir. Uygulamada, yönetsel devleti geleneksel *imperium* teorisinin katı mantığından kurtaracak yollar gösterilmektedir. Örneğin, sistem idarenin takdir yetkisi gerçeğini kabul etmekle kalmakta, aynı zamanda bunu karar alma yapılarını geliştirmek için kullanmaktadır. Bu durum, müdahaleci devlet gerçeğinin tümüyle reddedilmeyerek, genel olarak kabul edilmesinin bir sonucudur. Yeni model, hukuku emir olarak gören geleneksel anlayışı reddetmekte ve kamu gücünün kullanılmasını çok kurumun dahil olduğu bir sürecin sonucu olarak görmeyi tercih etmektedir. Önerilen teori, seçimle işbaşına gelen kurumların tamamını güç bölüşümünde bir bütünün parçaları olarak görerek, yürütmenin hâkimiyetinden kaçınmaktadır. Böylece işlevsel özerklikleri pratikten ziyade teorik olan, yalnızca görünüşte farklı olan kurumlar arasında değil, tam olarak bağımsız birimler arasında yetki dağılımı sağlanmaktadır. Carolan'ın geliştirdiği seçmenlere yönelik kurumsal ayrılık modeli, Madison'un amaçladığı kuvvetler ayrılığı yoluyla tiraniyi önleme hedefinin kontrol ve denge araçlarıyla gerçekleştirilmesi düşüncesini günümüz koşullarında yeniden hayata geçirmeye çalışmaktadır.¹²⁰

Carolan'ın önerdiği modelde, keyfiliğin önlenmesi amacıyla mahkemeler, bireyi -hangi aşamada ortaya çıkarsa çıksın- keyfi saldırılardan korumakla görevli olup, mahkemelerin geleneksel rollerinin ötesinde müdahale yetkileri kabul

118) CAROLAN, a.g.e., s. 117-118

119) *Constituency* kelimesi, seçim bölgesi anlamına da gelmekle birlikte, Carolan'ın burada kastettiği husus bölgesel özerkliğe dayalı bir model değil, birey olarak seçmen odaklı bir kuvvetler ayrılığı sistemi geliştirebilmektir.

120) CAROLAN, a.g.e., s. 134-135

edilmektedir. Bireyin daha etkin korunabilmesi için, eski zamanların şekilsel kamu-özel ayrımının da aşılması gerektiği savunulmaktadır. Bireyin, kurumsal sürecin hiçbir aşamasında iktidarın keyfi muamelesine muhatap olmama hakkı bulunduğundan, bazı durumlarda mevcut kuralların daha esnek uygulanması gerekmektedir. Bireyler yalnızca yasal düzenleme eksikliği nedeniyle, keyfi müdahaleye karşı başvuru hakkından mahrum bırakılmamalıdır. Kuvvetlerin klasik kurumsalcı anlayıştan farklı olarak dağılık biçimde ayrıldığı ve koruyucu müdahalelerde bulunabilen bir devlette keyfiliğin önlenmesi için suni ve şekilsel sınıflandırmalardan vazgeçilerek, yürütme ve idare organlarının tamamını kapsayan, daha dinamik ve amaç odaklı bir yaklaşım benimsenmesi gerekmektedir. Bu yaklaşım, mahkemelerin somut davalar özelinde tespit ederek uyguladığı usulî adalet kuramının gelişimiyle bugüne kadar kısmen uygulanabilmiştir.¹²¹ Carolan, yargılama yetkisinin sınırsız olduğu varsayılarak, tüm karar alma süreçleri üzerinde yargısal hegemonya kurulmasının da klasik kuvvetler ayrılığıyla benzer bir kurumsal katılığa yol açacağını öngörmektedir. Önerilen sistemde keyfiliğin önlenmesi konusunda yargıya geniş yetkiler verilse de, mahkemelerden idarenin alanına saygı göstermesi ve yönetim alanına müdahalenin sınırlarını doğru belirlemesi beklenmektedir.¹²²

C- Dördüncü Güç Önerileri

Kuvvetler ayrılığı teorisi kapsamında dördüncü güç önerilerinin üç temel çıkış noktası olduğu söylenebilir. Birincisi, klasik kurumsal ayrımın dışında kalan ancak önemli devlet yetkileri kullanan bazı idari kuruluşların konumunu ifade etmektedir. İkincisi, kuvvetler ayrılığı teorisinin kurumsal temeli sorgulanmadan, geleneksel üçlü ayrımın geliştirildiği 18. yüzyılda öngörülemeyecek ölçüde güçlenen birtakım toplumsal, siyasal veya yönetsel kuruluşların önemini vurgulamaktır. Üçüncüsü ise yeni kuvvetler ayrılığı teorisi tartışmaları kapsamında klasik üçlü kurumsal ayrımın yeni bir organ veya organlarla takviye edilmesi düşüncesidir.

ABD’de 1930’lu yıllarda idari kuruluşların tek başlı yürütme organına karşı yetkilerinin artması yönünde bir eğilim gelişmiştir. Bu eğilim, özellikle Amerikan federal yönetiminin ekonomik faaliyetleri üzerindeki düzenleme yetkisi sıkça eleştirilen bağımsız kurulların varlığına saldırı boyutlarına ulaşmıştır. Yüksek Mahkeme’nin, Başkanın bağımsız kurul üyelerini görevden alma yetkisinin anayasal dayanağının bulunmadığına karar vermesi, yürütme organının sahip olduğu yegane yetkiyi de elinden almıştır. Başkanın ancak bu kurullarda boşalan üyeliklere atama yapma yetkisi kalmıştır ki, üyelerin görev süresinin Başkan’dan

121) CAROLAN, a.g.e., s. 135-136

122) CAROLAN, a.g.e., s. 192-198

daha uzun olduğunu da belirtmek gerekir. Yürütmenin güçlendirilmesi amacıyla bağımsız kurullara yöneltilen eleştiriler iki noktada yoğunlaşmıştır. Birincisi, idari mekanizmanın tek başlı olmasının üstünlüğü inancı, ikincisi ise aynı kurullarda hem yargı benzeri hem idari yetkilerin birbirine karışmış olmasından duyulan rahatsızlıktır.¹²³ Başkanın İdari Yönetim Komitesi’nin¹²⁴ 1937 yılında yayımladığı idari reforma ilişkin raporunda yönetimdeki bağımsız kurulların varlığı ağır bir dille eleştirilmiştir. Meselenin özü raporda yer verilen şu ifadelerden anlaşılmalıdır: “Devlette kimseye karşı sorumlu olmayan, halkın seçilmiş temsilcileri yoluyla belirlediği hükümetin genel politikaları ve çalışmalarını işbirliği imkânsız olan başsız bir ‘dördüncü güç’ ortaya çıkmıştır.”¹²⁵ Bu görüş, o dönemin siyaset bilimi anlayışına hâkim olan, tüm politikaların (en azından politikaların çoğunun) en son seçimlerde verilen karara uygun olması gerektiği varsayımına dayanmaktadır.¹²⁶

Strauss’a göre, basit hükümet bölümü modeli zengin çeşitliliğe sahip olan hükümet şekilleri sayesinde uzun süre önce geçerliliğini yitirmiştir. Günümüz ABD sisteminde başkan ve Kongre, sınırları ve yetkileri belirlenmemiş olan bir yönetimle baş etmek durumundadır. Siyasetten geniş ölçüde ayrışan kamu hizmeti, bağımsız kurulların özel konumuna bakılmaksızın tümüyle devletin dördüncü etkin gücü olarak kabul edilebilir.¹²⁷ Strauss’a göre, bürokratik karar alma yöntemi de değişmiştir. Modern bürokrasi bağlamında siyaset paradoksal olarak şüphe uyandırmaktadır. Yönetmeliklerin siyaset alanının dışında objektif tahlillere dayalı olarak belirlenmesi düşüncesi, öncelikle bağımsız kurullar için gündeme gelmiş olabilir, ancak günümüzde yürütme organı içerisinde cereyan eden karar alma teknikleri de bu düşünceden oldukça etkilenmektedir.¹²⁸ Buna karşılık, ABD Anayasasında tüm yasama yetkileri iki kanattan oluşan Kongreye verilmiş olmasına rağmen, yürütme organına ve idareye yetki devri konusunda kuvvetler

123) Ralph F. FUCHS, “Concepts and Politics in Anglo-American Administrative Law Theory”, *The Yale Law Journal*, 47, (1938), s. 572-573

124) Komite başkanının adıyla, yani Brownlow Komitesi olarak da bilinmektedir.

125) FUCHS, a.g.m., s. 573

126) FUCHS, a.g.m., s. 573. Yaşanan gelişmelerin ardından, Roosevelt’in başkanlık döneminde, 1939 yılında kabul edilen Yürütmenin Yeniden Yapılandırılması Kanunu uyarınca Başkanın Yürütme Ofisi (*Executive Office of the President*) kurulmuştur. Yasayla, Başkanın yürütme alanındaki yetkileri genişletilerek, kurumsal başkanlık kavramı ortaya çıkmış ve başkanın siyasal sürecin sınırlarından bağımsız olarak yönetme yetkisine sahip olması sağlanmıştır. Bkz. Sydney M. MILKIS, “Executive Power and Political Parties: The Dilemmas of Scale in American Democracy”, *The Executive Branch*, Joel D. Aberbach ve Mark A. Peterson (Ed.), Oxford (2005), Oxford University Press, s. 392

127) Peter L. STRAUSS, “The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”, *Columbia Law Review*, 84, 3, (1984), s. 582

128) STRAUSS, a.g.m., s. 582 vd.

ayrılığıyla bağdaşmayacak düzenlemeler yapıldığı ve yargı organlarının yasama yetkisinin devri niteliğindeki düzenlemeleri onaylayıcı yönde içtihat geliştirdikleri yönünde eleştiriler bulunmaktadır. Böylece yasama organının, idarenin yanlış uygulamalarına karşı siyasi sorumluluktan, yani seçmenlere hesap verebilirlikten kurtulmak istediği iddia edilmektedir. Buna çözüm olarak da kuvvetler ayrılığın- dan kaynaklanan bir prensip olan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin yeniden canlandırılarak, yasama organının yetki devri yoluyla kendi yetkilerinin kötüye kullanılmasını engellemesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹²⁹

İkinci olarak, özellikle 20. yüzyılda güçlenen bir takım toplumsal, siyasal veya yönetsel kuruluşlar ön plana çıkarılmakta ve dördüncü güç olarak nitelendirilmektedir. Bu yaklaşımda, klasik üçlü ayrımın yetersizlikleri sorgulanıp, kuvvetler ayrılığının normatif değerler temelinde, yeni bir model etrafında şekillendirilmesinden ziyade, mevcut sisteme yeni bir güç daha eklenmesi düşüncesi ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda 20. yüzyılda iletişim araç ve tekniklerinin gelişmesine paralel olarak, medya genel bir söylemle dördüncü güç olarak anılmaya başlanmıştır. Hatta bir ölçüde sendikalar ve işveren örgütleri gibi çıkar grupları da, siyaseti lobicilik yoluyla etkileme çabaları nedeniyle, beşinci güç gibi hareket etmektedirler. Sözü edilen görüşler devlet örgütlenmesinden ziyade toplumsal yapıya yöneliktir.¹³⁰ Siyasal iktidarın yetkilerinin iş, bilim, medya, din ve özel ilişkiler alanına müdahale etmemesi gerektiğine kuşku yoktur. Sözü edilen sistemler özerk olduğu için siyasi iktidarın yetkileri bu alanda sınırlıdır. Kavram karışıklığını önlemek bakımından kuvvetler ayrılığı terimi yalnızca devlet örgütlenmesini ifade etmek için kullanılmaya devam edilmelidir.¹³¹

Üçüncü olarak, yeni kuvvetler ayrılığı teorisi tartışmaları kapsamında klasik üçlü kurumsal ayrımın yeni bir organ veya organlarla takviye edilmesi görüşü, doktrinde farklı yazarlar tarafından dile getirilmektedir. Klasik üçlü devlet yapılanmasına yeni güç veya güçler ilave edilmesi görüşü, ön plana çıkarılan normatif değerlere, önemi dolayısıyla yönetimde daha ağırlıklı olarak yer verilmesi talep edilen kamusal alanlara veya devlet fonksiyonlarına göre farklılaşmaktadır. Örneğin, Leib üç geleneksel kuvvete ilave olarak, mevcut kontrol ve denge

129) Bkz. Craig L. TAYLOR, "The Fourth Branch: Reviving the Nondelegation Doctrine", *Brigham Young University Law Review*, (1984), s. 619-645

130) Jörg TREMMEL, "Parliaments and future generations: The four-power-model", *The Politics of Sustainability: Philosophical Perspectives*, Dieter Birnbacher ve May Thorseth (Ed.), London and New York (2015), Routledge, s. 219

131) TREMMEL, a.g.e., s. 219 vd. Tremmel bu tespitlerinden sonra, devlet örgütlenmesini esas alan güçler ayrılığı kapsamında demokrasiden demokrasiye değişebilen ve gelecek kuşakların çıkarlarını temsil edecek olan demokratik bir yeni güç yapılanması önermekte ve bu sistemde tüm organların eşit güç ve yetkiye sahip olamayacağını vurgulamak için yeni modelin üç bu- çuk kuvvetler ayrılığı olarak nitelendirilmesinin daha uygun olacağını belirtmektedir.

sistemine, halkın kendine özgü söz hakkına sahip olacağı, halka ait bir kuvvet (*popular branch*) oluşturulmasını, bu sayede halk egemenliği görüşünün daha somut biçimde hayata geçirilebileceğini savunmaktadır.¹³² Yeni oluşturulacak halka ait kuvvet, halk girişimi ve referandumun yerini alarak, yarı doğrudan demokrasi yöntemlerinin eksikliklerini telafi edecektir. Yeni organın görev ve yetkileri ulusal ve federe devlet anayasalarında yapılacak değişikliklerle düzenlenecektir. Önerilen organın kararları kanun hükmünde olmakla birlikte, federal veya federe devletin yasama ve yürütme organlarının üçte iki oy çoğunluğuyla kaldırılabilir veya veto edilebilir, ayrıca yargı organları önünde kararlara itiraz edilebilecektir. Müzakereye dayalı kararları etkisiz kılma araçları her kurumsal düzenin işleyişinde yer almakla beraber, bu yetkilerin antidemokratik ve otoriter gerekçelerle kullanılmayacağını garanti etmek zordur.¹³³ Seçilme yeterliliğine sahip olan yurttaşlar arasından tabakalı örnekleme (*stratified samples*) yoluyla tesadüfen seçilecek 525 seçmenden oluşması öngörülen yeni organ, yaklaşık 15'erli müzakere grupları halinde, küçük yurttaş jürilerine benzer şekilde toplanacaktır. Önerilen halka ait organın görev alanına giren konularda kanun yapma yetkisi olup, yasama ve yürütme organlarının bu görevin ifasında müzakereci organa yardımcı olması gerekmektedir. Yasama ve yürütme organları da halkın temel menfaatleriyle ilgili olmayan veya halka ait organın görev alanına girmeyen konularda, şu anda olduğu gibi, düzenleyici işlem yapma yetkisine sahip olacaktır. Leib'in önerdiği sistemde, seçmenlerin %10 çoğunluğunun talep etmesi halinde halk girişimi yoluyla müzakere gündemi belirlenebileceği gibi, yasama organının alacağı kararla, çıkarılan yasalar halkoyuna da sunulabilecektir. Ayrıca öngörülen modelin çoğunluk tiranisine yol açmaması için, alınacak kararların yargı denetimine tabi olacağı kabul edilmektedir.¹³⁴

Avustralya'daki kuvvetler ayrılığı sisteminden yola çıkan McMillan ise üçlü kurumsal yapılanmaya bütünlendirici (*integrity*) güç veya gözetim (*oversight*) gücü adını verdiği yeni bir organ eklenmesi gerektiğini savunmaktadır.¹³⁵ Dördüncü güç, ombudsman, idare mahkemeleri, sayıştay, başmüfettiş, gizlilik ve bilişim komiserleri, insan hakları ve ayrımcılığın önlenmesi komiserleri, yolsuzlukla mücadele kurulları ve kamu sektörü standartları komiserleri gibi yasal ve bağımsız denetim organlarından meydana gelecektir. Yeni teorinin kuvvetler ayrılığı üzerinde inşa edilmesinin gerekçesi, mevcut denetim organlarının yürütme organının diğer

132) Ethan J. LEIB, "Towards a Practice of Deliberative Democracy: A Proposal for a Popular Branch", *Rutgers Law Journal*, 33, (2002), s. 363-364

133) LEIB, a.g.m., s. 364

134) LEIB, a.g.m., s. 364-370

135) John MCMILLAN, "Re-thinking the Separation of Powers", *Federal Law Review*, 38, (2010), s. 440

kurumlarıyla aynı kapsamda düzenlenmesinin elverişsiz olmasıdır. Oysa gözetim organlarının siyaset oluşumu, hizmetlerin yürütülmesi veya toplumsal düzenin sağlanması gibi görevleri bulunmayıp, esas görevi söz konusu idari işlevleri yürüten organları denetleyip, hesap sormaktır. Denetleyici kurumların diğer idari organlardan ve bakanlıkların yönlendirmesinden bağımsız olmaları, yasalarla güvence altına alınmıştır. Bu kurumların yönetimde hukukun üstünlüğünün sağlanması, idari kararların ve yönetsel faaliyetlerin denetlenmesi konusunda yeni ve etkili bir araç olarak önemli işlevler üstlenmesi öngörülmektedir.¹³⁶

IV- Yeni Kuvvetler Ayrılığı Teorisinin Türkiye’de Uygulanabilirliği

A- Türkiye’de Klasik Kuvvetler Ayrılığı Teorisinin Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar

Türkiye’de Cumhuriyetin kuruluşundan günümüze kadar kabul edilen üç anayasa da klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin izlerini görmek mümkündür. Ancak üç anayasa arasında kuvvetler ilişkisinin niteliği ve kuvvetler ayrılığı teorisine amaçlanan ilkelerin korunması bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Bu çalışmada kuvvetler ayrılığının hükümet sistemlerinin belirlenmesindeki rolünden ziyade, yetki temerküzü, demokratik denetim eksikliği, kötü ve keyfi yönetim, temel hak ve hürriyetlerin ihlali gibi yönetsel sorunlar karşısında kuvvetler ayrılığının etkin bir model teşkil edip edemediği üzerinde durulmaktadır. Türkiye’de klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin uygulanmasından kaynaklanan sorunları da yukarıda incelenen eleştirilerden ayrı düşünmek mümkün değildir. Bu başlık altında, 1924, 1961 ve 1982 anayasalarında kuvvetler ayrılığı teorisinin uygulanmasından kaynaklanan temel sorunlara kısaca değinilmekle yetinilecektir.

1924 Anayasasıyla ilgili çalışmaların büyük çoğunluğunda, bu Anayasanın “kuvvetler birliği ve fonksiyonlar ayrılığı” temeline dayandığı kabul edilmektedir. Bunun nedeni, Anayasanın 5. maddesinde, yasama yetkisi ve yürütme kuvvetinin Büyük Millet Meclisinde belireceği ve onda toplanacağı düzenlenmiş olmasıdır. Bu anlayışa paralel olarak Anayasanın 6. maddesinde Meclisin yasama yetkisini bizzat kullanacağı, 7. maddesinde ise Meclisin yürütme yetkisini kendi seçtiği Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği Bakanlar Kurulu eliyle kullanılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasanın 7. maddesinin ikinci fıkrasına göre Meclis, hükümeti her vakit denetleyip, düşürebilmesine rağmen, hükümetin meclis seçimlerini yenileme yetkisi bulunmamaktadır.¹³⁷ Ancak Meclis yürütme yetkisini bizzat kullanmadığına göre, Milli Mücadele Döneminden kalma ulusal

136) MCMILLAN, a.g.m., s. 440-443

137) Ergun ÖZBUDUN, *1924 Anayasası*, İstanbul (2012), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 16-17

egemenlik hassasiyetinin anayasal ifadesi olmasının ötesinde, Anayasanın kuvvetler birliği ilkesine dayalı bir sistemi öngördüğünü savunmak güçtür. Ayrıca anayasada düzenlenen yasama-yürütme ilişkileri yönünden tarafsız ve sorumsuz devlet başkanlığı, karşı imza ilkesi, bakanların bireysel ve ortak siyasal sorumluluğu, fonksiyonlar ayrılığı gibi parlamenter rejimin bütün temel ilkeleri kabul edilmiştir.¹³⁸ Anayasanın 8. maddesi yargı hakkının, millet adına usul ve kanuna göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağını hükme bağlarken, yargı organının düzenlendiği dördüncü fasıl başlığında yargı organı ayrı bir kuvvet olarak kabul edilmektedir. Bu düzenlemeler millet adına egemenliğin yalnızca Meclis tarafından kullanılacağını açıkça belirten Anayasanın 4. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde çelişkili olarak görülebilirse de,¹³⁹ 1924 Anayasasında kuvvetler ayrılığı teorisinin temel unsurlarının en azından şekilsel olarak benimsendiği söylenebilir. Anayasanın 54. maddesinde yargı bağımsızlığı güvenceye alınarak, yasama ve yürütme organlarının mahkeme kararlarını değiştiremeyecekleri ve yerine getirilmesini geciktirip, engelleyemeyecekleri kabul edilmiştir. 1924 Anayasasının klasik kuvvetler ayrılığı teorisi bakımından en büyük eksikliği çoğunluğun tahakkümünü önleyecek denetim ve denge araçlarına yeterince yer vermemiş olmasıdır. Anayasanın tek parti yönetimi altında uygulandığı 1925-1946 yılları arasındaki dönemde iktidarın tek merkezde, yürütme organında, yürütme organı içinde de Cumhurbaşkanında toplanmış olması, demokratik yönetimde karşılaşılabilecek sorunları bu dönemde açığa çıkarmamıştır. Çok partili hayata geçildiği 1946 yılından sonra ise meclis çoğunluğunun her şeye kadar olduğu anlayışı, demokratik denetim mekanizmalarının işletilememesine ve iktidar-muhalefet ilişkilerinin giderek gerginleşmesine yol açmıştır.¹⁴⁰

Türkiye'de 1961 Anayasasına kadar hâkim olan durum, şu ya da bu şekilde kuvvetlerin birleşmesi, devlet iktidarının belli bir kesiminde yetki ve güçlerin yoğunlaşmasıdır. Anayasa hükümlerine göre meclis, gerçekte ise tek partiden ya da çoğunluk grubundan ve iktidar partisinden güç alan hükümet, en etkin ve aktif odak durumundadır. 1961 Anayasası, devlet iktidarının ve egemenliğin kullanılmasının çeşitli organ ve kurumlar arasında dağıtılması ve bunlar arasında karşılıklı denetim ve denge araçlarının oluşturulması yönünde önemli yenilikler getirmiştir. O zamana kadar teorik olarak mecliste birleşen yasama ve yürütme yetkileri, yumuşak bir kuvvetler ayrılığı şeklinde ikiye ayrılıp, iki ayrı organa teslim edilmiştir. Ayrıca meclis artık egemenliği kullanan tek organ değil, bu organlardan bir tanesi olarak kabul edilmiştir.

138) ÖZBUDUN, *1924 Anayasası*, s. 17-22

139) Bu yöndeki görüşler için bkz. ÖZBUDUN, *1924 Anayasası*, s. 53-55

140) ÖZBUDUN, *1924 Anayasası*, s. 81-82

1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesinin kurulması ve meclisin yasama yetkisinin ilk kez yargı denetimine tabi kılınması, kuvvetler ayrılığının denetlenebilir hale gelmesi yönünden önemli bir gelişmedir. Yasama-yürütme ilişkileri bakımından, yasama organına ağırlık verilmekle birlikte, iki organ arasında işbirliği ve dengenin sağlanmasına çalışılmıştır. İktidar muhalefet ilişkileri açısından, azınlıkta kalanların korunmasına yönelik birtakım güvenceler getirilmiştir. Yürütme organı içindeki yekparelik ve merkezîyetçilik yumuşatılarak, yerel yönetimler güçlendirilmiş, özerk kuruluşlar (TRT ve Üniversiteler) öngörülmüştür. Yasama organının iki meclisli hale getirilerek ikiye bölünmesi, Senato'da genel oyla göreve gelmeyen bazı dengeler oluşturulmaya çalışılması da kuvvetler ayrılığı yönünden değinilmesi gereken düzenlemelerdir. Senato'da seçimle göreve gelmeyen üyelerin temsilci sayılmalarının, demokratik teori yönünden kabul edilemeyecek bir durum olduğuna ise kuşku yoktur.¹⁴¹ 1961 Anayasasında siyasal karar organlarının (yasama ve yürütmenin) yargı organı üzerindeki etkilerinin önlenmesine, buna karşılık yargının denetim işlevini etkin bir şekilde yerine getirebilmesine önem vermiştir. Yargı bağımsızlığı ve hâkim teminatının güvenceye alınması için Yüksek Hâkimler Kurulu oluşturulmuştur. Anayasada tabii hâkim ilkesinin benimsenmesi de yasamanın yargıya müdahalesini engelleyici ve daha önemlisi adil yargılanma hakkını koruyucu bir yeniliktir. Yargının siyasal karar organlarını denetleyebilmesine olanak tanıyan yenilikler ise başta Anayasa Mahkemesinin kurulması ile idarenin bütün eylem ve işlemlerinin idari yargı denetimine tabi kılınmasıdır.¹⁴²

1961 Anayasasında 1971-1973 ara rejim döneminde yapılan iki önemli değişiklikle kuvvetler ilişkisinde yürütmeyi güçlendirici ve yargı denetimini sınırlayıcı düzenlemelere gidilmiştir. 1961 Anayasasında kuvvetler ayrılığı konusunda değinilmesi gereken en önemli sorun, 1971 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilmesidir. Türk hukukuna kanun hükmünde kararnamelerin girmesi, kuvvetler ayrılığının temel ilkelerinden biri olan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden önemli sapmalara yol açmıştır.¹⁴³ Diğer bir sorun, 1970'li yıllarda Danıştay'ın çeşitli kararlarında, kamu düzeninin gerektirdiği hallerde idarenin genel ve asli düzenleme yetkisi bulunduğunu, idarenin bir alanı düzenleyebilmesi için mutlak

141) Bülent TANÖR, *İki Anayasa: 1961 ve 1982*, 2. (Tıpkı) Baskı, İstanbul (1991), Beta Basım Yayım Dağıtım, s. 22-23

142) TANÖR, a.g.e., s. 24

143) Bu konuda bkz. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 248-261; Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, İstanbul (1996), Beta Basım Yayım Dağıtım; Kemal GÖZLER, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Bursa (2000), Ekin Basım Yayın Dağıtım; A. Argun AKDOĞAN (Der.), *Kanun Hükmünde Kararnamelerle Yönetmek*, Ankara (2012), YAYED

surette bu hususta yetki tanıyan bir metnin zorunlu olmadığını, yasal metin olmasa dahi idarenin genel düzenleme yetkisi içinde düzenlemelerde bulunabileceğini kabul etmiş olmasıdır. Oysa, idarenin kanuna dayanması gereği, kanunun olmadığı yerde idarenin de olamayacağı, idarenin özerk ve asli bir düzenleme yetkisinin bulunmadığı konularında o dönemde doktrinde büyük ölçüde görüş birliği mevcuttu.¹⁴⁴

1982 Anayasasının kuvvetler ilişkisine yönelik tercih ve düzenlemeleri, anayasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ortaya çıkan hukuki belirsizlikler nedeniyle, hükümet sisteminin işleyişinde önemli sorunlara yol açmıştır.¹⁴⁵ Anayasada 2007 yılında 5678 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin ardından Cumhurbaşkanının halk tarafından seçileceğinin kabul edilmesi, gerek hukuki gerek siyasi tartışmaları daha da yoğunlaştırmıştır. Kuvvetler ayrılığı yönünden 1982 Anayasasının temel sorunları, yürütme organını güçler dengesini bozacak şekilde güçlendirmesi, yargı bağımsızlığı ve hâkim teminatını azaltması, yargı denetimini sınırlandırması, demokratik denetim yollarını zayıflatması ve temel hak ve hürriyetleri -konumuz yönünden özellikle de kolektif hakları- demokrasi ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak ölçüde sınırlamasıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarıyla anayasanın elverdiği ölçüde kuvvetler ayrılığının temel ilkeleri korunmaya çalışılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi özellikle 1982 Anayasası döneminde verdiği bazı tartışmalı kararlarıyla, yasamanın takdir yetkisini engelleyici bir yargısal aktivizm içerisine girmiştir.¹⁴⁶

1982 Anayasasının, 1961 Anayasasından farklı ve bilinçli şekilde yürütmeyi “görev” olarak değil “yetki” olarak kabul etmesi, yürütmenin doğrudan anayasadan kaynaklanan birtakım yetkileri bulunduğunu, bu yetkileri kullanabilmek için ayrıca yasal bir dayanağa ihtiyacı olmadığını ortaya koymaktadır.¹⁴⁷ Yürütmenin anayasada “yetki” olarak kabul edilmesi, yürütme ve idare organlarının eylem ve işlemlerinde, özellikle de hazırladığı düzenleyici işlemlerde, daha müdahaleci ve kapsayıcı bir yaklaşım benimsemesine yol açmıştır. 1982 Anayasasına göre sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanacak Bakanlar Kuruluna, yetki kanununa gerek olmaksızın kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi, ayrıca sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler hakkında Anayasa Mahkemesinde şekil ve esas bakımından anayasaya aykırılığı iddiasıyla dava açılmaması, yürütme organını güçlendiren düzenlemelerin başında gelmektedir.

144) ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 195

145) SEZGİNER, a.g.e., s. 83-132; HEKİMOĞLU, a.g.e., s. 188-205

146) Bkz. Yusuf Şevki HAKYEMEZ, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara (2009), Yetkin Yayınları, s. 27-32, 128-146

147) Bkz. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 196-200

1982 Anayasası yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatının güvenceye alınması ve yargı denetiminin sağlanması konularında da kuvvetler ayrılığı kuramından uzaklaşmıştır. 1982 Anayasasında özellikle 2010 yılında yapılan anayasa değişikliklerinden önce Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısı ve işleyişiyle ilgili hükümler, yargı bağımsızlığı ve hâkim teminatı ilkeleriyle bağdaşmaktadır. 1982 Anayasasında yargı denetimine getirilen sınırlamalar arasında, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açabilecek kişi ve kurum sayısının azaltılması, yürütme ve idarenin bazı eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında bırakılması, idari yargı denetiminin sınırlandırılması sayılabilir.

Kuvvetler ayrılığı sisteminde denetim ve denge mekanizmalarının işleyişinde başta siyasi partiler olmak üzere demokratik toplum kuruluşlarının önemi bilinmektedir. 1982 Anayasası genel olarak siyasetin alanını daraltma ve istediği şekilde dizayn etme düşüncesiyle siyasi partilere, sendikalara ve sivil toplum örgütlerine önemli sınırlama ve yasaklar getirmiştir. Anayasa, kolektif hak ve özgürlüklere karşı özel bir duyarlılık içindedir. Özellikle 2001 yılında yapılan anayasa değişikliklerinden önce toplantı ve gösteri yürüyüşü, dernek kurma hakkı vb. gibi toplu çalışma ve eylem biçimlerine getirilen aşırı ve yeni kısıtlamalar bu yaklaşımı ortaya koymaktadır.¹⁴⁸

B- Yeni Kuvvetler Ayrılığı Teorisinin Türkiye Koşullarında Değerlendirilmesi

Türkiye’de 1982 Anayasasının ve anayasaya dayalı hukuki sistemin henüz klasik kuvvetler ayrılığının temel ilkelerini gerçekleştirmek konusunda dahi eksikleri bulunmaktadır. Bu nedenle yasama-yürütme ilişkilerinde denetim ve denge araçlarının etkin şekilde kullanılabilmesi, yetki temerküzüne yol açmayacak ve yargı denetimini güçlendirecek yeni düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Kuvvetler ayrılığıyla korunması amaçlanan temel normatif değerler arasında kabul edilen keyfiliğin önlenmesi ve yurttaşların özerkliğini esas alan demokratik bir model geliştirilmesi tüm toplumsal kesimlerin ortak beklentisidir. Bu nedenle Türkiye’de yeni anayasa çalışmaları kuvvetler ayrılığının yeniden tanımlanması konusunda bir fırsat olarak görülebilir.

Yeni kuvvetler ayrılığı teorisi arayışları arasında yer verilen görüşler, her ülkede uygulanabilecek evrensel bir model geliştirme düşüncesinden ziyade, mevcut üçlü kuvvetler ayrılığı sisteminin eksikliklerine dikkat çekerek, yeni tasarlanacak modelde bu eksiklikleri giderecek kurum ve kuralları ortaya koymaya çalışmaktadır. Bu konuda farklı kesimlerin farklı değerleri ön plana çıkarması ve bu değerleri koruyucu yönde önerilerde bulunması, demokrasinin gereği olarak

148) Bkz. TANÖR, a.g.e., s. 141-142

doğal karşılanmalıdır. Yeni kuvvetler ayrılığı teorilerinin ortak noktası mevcut sistemdeki yetki temerküzü, denetim eksikliği ve demokrasi açığını giderecek bir formül ortaya koyabilmektir. Bu nedenle devletin mevcut organları kendi içinde yeniden yapılandırılabilirliği gibi, bu organlara bağımsız yeni anayasal kuruluşlar da eklenebilir.

Türkiye’de 1990’lı yıllardan bu yana ortaya çıkan düzenleyici kurulların ve denetim organlarının yürütme ve idareden bağımsızlığının sağlanması büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle yeni anayasada veya yapılacak anayasa değişikliklerinde bu kurulların bağımsızlığını güçlendirecek güvencelere yer verilmelidir. Devletin hiç bir kurumu etkin ve bağımsız bir denetim sisteminin dışında tutulmamalıdır. Bu nedenle mevcut sistemde denetim dışında kalan veya yeterince etkili denetlenemeyen kurumlar tespit edilerek, idari denetim kapsamına alınmalıdır. Yargı denetiminin etkinleştirilmesi için mevcut hukuki yolların daha kolay erişilebilir olması, uyuşmazlıklar hakkında adil ve etkili bir yargılama sonucunda, makul sürede karar verilebilmesi gerekmektedir. Yargı dışı denetim yollarının iyi yönetimin geliştirilmesi ve temel hak ve özgürlüklerin korunması amaçları doğrultusunda daha esnek ve etkili çalışabileceği, Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumunun bugüne kadarki uygulamalarıyla ortaya çıkmıştır. Türkiye’nin AB direktifleri çerçevesinde oluşturması gereken ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik kurulunu da en kısa sürede ayrı bir kanunla düzenleyerek, sivil toplum örgütleriyle işbirliği halinde, bağımsız bir kuruluş olarak hayata geçirmesi önem taşımaktadır.

Devlet odaklı geleneksel yönetim anlayışı, merkezi idare teşkilatının aşırı büyümesi ve yavaş işlemesi, vatandaşların kamu yönetimine katılım eksikliği de Türkiye’de kuvvetler ayrılığının mevcut uygulamasından kaynaklanan sorunlar arasındadır. Bu nedenle yeni kuvvetler ayrılığı arayışlarının idari teşkilatın yeniden yapılandırılmasını ve yerinden yönetimlerin güçlendirilmesini göz ardı etmemesi gerekmektedir. Türkiye’de halen genel bir idari usul kanunu kabul edilmediğinden, yönetime ilişkin temel ilkeler mevzuatta dağınık halde bulunmaktadır. Danıştayın yerleşik içtihatlarıyla ortaya konulan idari usul ilkelerini de dikkate alan genel bir idari usul kanunu hazırlanmalıdır. Türkiye’de kamu yönetiminde reform yapılması yönünde uzun zamandan beri süregelen çağrı ve talepler doğrultusunda merkezi yönetim ile yerel yönetimler arasındaki görev, yetki ve sorumlulukları açıkça tanımlayan “Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı”nın yeniden gündeme alınması ve yasalaşması kuvvetler ayrılığının temel hedeflerine uygun olacaktır.¹⁴⁹

149) Selman KARAKUL, “Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2, 3, (2015), s. 94-96

Sonuç

Klasik kuvvetler ayrılığı kuramına göre yasama, yürütme ve yargı güçlerinin aynı ellerde toplanması -ne şekilde olursa olsun- keyfi yönetime yol açacak ve özgürlükleri yok edecektir. Bu nedenle üç temel gücün üç farklı organa verilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, klasik kuvvetler ayrılığı kuramı da kuvvetlerin mutlak katı bir ayrımının devleti çalışamaz hale getireceğini öngördüğü için, devlet organları arasındaki ilişkilerin denetim ve denge mekanizmalarıyla hukuki olarak belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Klasik kuvvetler ayrılığı kuramının tarihsel temellerinin Antik Yunan ve Roma'ya kadar uzandığı ileri sürülmektedir. Ancak modern devlette güç ilişkilerinin niteliğini ve güçlerin farklı ellerde toplanmasının özgürlüklerle bağlantısını açıkça ortaya koyan düşünür Montesquieu olmuştur. Klasik kuvvetler ayrılığı kuramının pozitif alana geçmesi ve yaygınlaşması ise Kuzey Amerika'daki İngiliz Kolonileri ve ABD Anayasası sayesinde gerçekleşmiştir. Fransa'da kuvvetler ayrılığı katı bir ideolojik yaklaşımla ele alınırken, Amerika'da devrim koşullarının mantığı içinde değerlendirilmiştir.

19. ve 20. yüzyılda ortaya çıkan siyasal gelişmeler, anayasalarda düzenlenen kurumsal kuvvetler ayrılığının, mevcut haliyle öngörülen siyasi ideallerine ve normatif amaçlarına ulaşmasının mümkün olamayacağını, günün koşullarına göre yeniden ele alınması gerektiğini ortaya koymuştur. 19. yüzyılda yasama-yürütme ilişkilerini etkileyen en önemli gelişme modern siyasi partilerin ortaya çıkması ve özellikle disiplinli parti yapısına sahip olan ülkelerde, yasama ve yürütme organlarına aynı siyasi partiye mensup kişilerin hâkim olması durumunda, kurumsal kuvvetler ayrılığının yetki temerküzüne engel olamamasıdır. 19. yüzyılın sonlarından itibaren ortaya çıkan bir diğer olgu ise yönetsel devlet anlayışıdır. Yürütme ve idarenin faaliyetlerinin her geçen gün artarak güçlenmesi ve yasama organının yetki devri yoluyla asli düzenleme yapma yetkisini yürütme ve idareyle paylaşması üçlü kurumsal ayrımı tartışmaya açmıştır. Bu dönemde ABD'de bağımsız düzenleyici kurulların ortaya çıkarak güçlenmesi de klasik kuvvetler ayrılığı kuramının geçerliliğinin sorgulanmasına yol açan bir diğer gelişmedir.

Klasik kuvvetler ayrılığı kuramının sorgulanması, savunduğu siyasi ideallerden ve normatif değerlerden vazgeçilmesi anlamına gelmemektedir. Keyfi yönetimin önlenmesi ve yurttaşların özgürlüğünün korunması ideallerinin sürdürülebilmesi için klasik üçlü kurumsal ayrımın gözden geçirilerek yeni bir kuvvetler ayrılığı teorisi geliştirilmesi çabaları gündeme gelmiştir. Yeni kuvvetler ayrılığı teorisi tartışmaları ABD modeli ekseninde gelişse de, ABD'den esinlenerek kuvvetler ayrılığı teorisini anayasalarında düzenleyen tüm devletler için¹⁵⁰ geçerli

150) Hükümet sistemlerine, dolayısıyla yasama ve yürütme güçlerinin sert veya yumuşak ayrılığı-

olabilecek tespit ve öneriler içermektedir. Yeni kuvvetler ayrılığı teorisi arayışları içinde ön plana çıkan görüşlerden birincisi, Ackerman'ın ABD için alternatif bir hükümet sistemi önerisini de içeren yeni kuvvetler ayrılığı teorisi; ikincisi, Carolan'ın çağdaş yönetimde keyfiliğin önlenmesini amaçlayan ve yurttaşların özerkliğini temel normatif değer olarak kabul eden yeni kuvvetler ayrılığı teorisi; üçüncüsü ise farklı yazarlar tarafından değişik biçimlerde dile getirilen dördüncü güç önerileridir. Yeni kuvvetler ayrılığı teorilerinin ortak noktası mevcut sistemdeki yetki temerküzü, denetim eksikliği ve demokrasi açığı sorunlarını giderebilecek bir formül ortaya koyma çabasıdır.

Yeni kuvvetler ayrılığı teorisi Türkiye yönünden değerlendirildiğinde, 1982 Anayasasında henüz klasik kuvvetler ayrılığının gerçekleştirilebilmesine yönelik bir takım sorunlar olduğu görülmektedir. Bu sorunlar arasında yasama-yürütme ilişkilerinde yürütme organının yetkilerinin orantısız biçimde artırılmış olması, yargı bağımsızlığı ve yargı denetiminin tam olarak gerçekleştirilememesi ve kolektif hakların kullanılması konusunda getirilen sınırlamalar sayılabilir. Bu anlamda, yeni anayasa çalışmaları kuvvetler arası ilişkilerin yeniden düzenlenmesinde, bağımsız denetim kurullarının güçlendirilmesinde ve demokratik katılımın artırılmasında bir fırsat olarak görülebilir. Yeni kuvvetler ayrılığı teorisi tüm ülkelerde geçerli evrensel bir modeli dayatmamakla birlikte, klasik kurumsal kuvvetler ayrılığı kuramına yönelttiği eleştirilerin yeni anayasa çalışmalarında gözden kaçırılmaması önem taşımaktadır.

KAYNAKLAR

- Ackerman, Bruce, *We the People 1 - Foundations*, paperback edition, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1993.
- Ackerman, Bruce, "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, 113, 3, 2000.
- Ağaogulları, Mehmet Ali ve Levent Köker, *Tanrı Devletinden Kral-Devlete*, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 1991.
- Akdoğan, A. Argun (Der.), *Kanun Hükmünde Kararnemelerle Yönetmek*, Ankara, YAYED, 2012.
- Akipek, İlhan, "Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasında Âmil Olan Fikirler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, 1-2, 1938.
- Aristoteles, *Politika*, Çev: Mete Tunçay, 4. Basım, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1993.
- Arslan, Rıza, *Demokratik Yönetim Sistemleri: Parlamenter, Başkanlık, Yarı-Başkanlık ve Konkordanz Yönetim Sistemleri*, Bursa, Dora Basım-Yayın, 2013.
- Atar, Yavuz, *Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Konya, Mimoza Yayınları, 2000.

na bakılmaksızın kuvvetler ayrılığını benimseyen tüm devletler kastedilmektedir.

- Bagehot, Walter, *The English Constitution*, Second Edition, Boston, Little, Brown and Company, 1873.
- Bellamy, Richard, “The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy”, *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Richard Bellamy ve Dario Castiglione (Ed.), Oxford, Blackwell Publishers, 1996.
- Berle Jr, A. A., “The Expansion of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, 30, 1916-1917.
- Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol.1, Ed: George Sharswood, Philadelphia, J.B. Lippincott Co., 1893.
- Bogdanor, Vernon, *The New British Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2009.
- Brand, James T., “Montesquieu and the Separation of Powers “, *Oregon Law Review*, 12, 3, 1933.
- Calabresi, Steven G., “An Agenda for Constitutional Reform”, *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, William N. Eskridge, Jr. ve Sanford Levinson, New York and London, New York University Press, 1998.
- Calabresi, Steven G., Mark E. Berghausen ve Skylar Albertson, “The Rise and Fall of the Separation of Powers”, *Northwestern University Law Review*, 106, 2, 2012.
- Carey, George W. ve James McClellan (Ed.), “Editor’s Introduction”, *The Federalist*, Indianapolis, Liberty Fund, 2001.
- Carolan, Eoin, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, Reprinted Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Dahl, Robert A., *A Preface to Democratic Theory*, Expanded Edition, Chicago and London, The University of Chicago Press, 2006.
- Dicey, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Third Edition, London, Macmillan and Co., 1889.
- Dippel, Horst, “Blackstone’s Commentaries and the Origins of Modern Constitutionalism”, *Re-interpreting Blackstone’s Commentaries: A Seminal Text in National and International Context*, Wilfrid Prest (Ed.), Oxford, Hart Publishing, 2014.
- Ergül, Ozan, *Yeni Kurumsalci Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara, Adalet yayınevi, 2007.
- Fairlie, John A., “The Separation of Powers “, *Michigan Law Review*, 21, 1922-1923.
- Fisher, Sydney George, *The Evolution of the Constitution of the United States*, Philadelphia, J.B. Lippincott Company, 1897.
- Fuchs, Ralph F., “Concepts and Politics in Anglo-American Administrative Law Theory”, *The Yale Law Journal*, 47, 1938.
- Gözler, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2000.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt I*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.
- Güneş, Turan, *Parlemanter Rejimin Bugünkü Mânası ve İşleyişi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956.
- Gwyn, William B., “The Separation of Powers and Modern Forms of Democratic Government”, *Separation of Powers - Does it Still Work?*, Robert A. Goldwin ve Art

Kaufman (Ed.), Washington, D.C., American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1986.

- Hakyemez, Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Hekimoğlu, Mehmet Merdan, Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı “Demokratik Hükümet Sistemleri” ve Türkiye, Ankara, Detay Yayıncılık, 2009.
- Herlitz, Nils, Sweden: A Modern Democracy on Ancient Foundations, Minneapolis, The University of Minnesota Press, 1939.
- Hirschl, Ran, Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Jenkins, David, “The Lockean Constitution: Separation of Powers and the Limits of Prerogative”, McGill Law Journal - Revue de Droit de McGill, 56, 3, 2011.
- Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 10. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2015.
- Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), Ankara, Yetkin Yayınları, 1993.
- Karakul, Selman, “Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri”, Ombudsman Akademik Dergisi, 2, 3, 2015.
- Korn, Jessica, The Power of Separation: American Constitutionalism and the Myth of the Legislative Veto, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1996.
- Leib, Ethan J., “Towards a Practice of Deliberative Democracy: A Proposal for a Popular Branch”, Rutgers Law Journal, 33, 2002.
- Levinson, Daryl J. ve Richard H. Pildes, “Separation of Parties, Not Powers”, Harvard Law Review, 119, 2006.
- Locke, John, Uygur Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Toplumda Devlet, Çev: Serdar Taşçı ve Hale Akman, İstanbul, Metropol Yayınları, 2002.
- Machiavelli, Niccolò, Titus Livius’un İlk On Kitabı Üzerine Söylevler, Çev: Alev Tolga, İstanbul, Say Yayınları, 2009.
- Madison, James, “No. 47”, The Federalist, George W. Carey ve James McClellan (Ed.), Indianapolis, Liberty Fund, 2001.
- Madison, James, “No. 49”, The Federalist, George W. Carey ve James McClellan (Ed.), Indianapolis, Liberty Fund, 2001.
- Madison, James, “No. 51”, The Federalist, George W. Carey ve James McClellan (Ed.), Indianapolis, Liberty Fund, 2001.
- Magill, M. Elizabeth, “Beyond Powers and Branches in Separation of Powers Law”, University of Pennsylvania Law Review, 150, 2001.
- Masterman, Roger, The Separation of Powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- McMillan, John, “Re-thinking the Separation of Powers”, Federal Law Review, 38, 2010.
- Milkis, Sydney M., “Executive Power and Political Parties: The Dilemmas of Scale in American Democracy”, The Executive Branch, Joel D. Aberbach ve Mark A. Peterson (Ed.), Oxford, Oxford University Press, 2005.

- Miller, Arthur S., “Separation of Powers: An Ancient Doctrine Under Modern Challenge”, *Administrative Law Review*, 28, 1976.
- Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine I, Çev: Fehmi Baldaş, 2. Baskı, İstanbul, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998.
- Möllers, Christoph, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Musée de la Corse, “Pasquale de’Paoli (1725-1807) La Corse au cœur de l’Europe des Lumières”, 23 juin - 29 décembre 2007, http://www.musee-corse.com/var/ezflow_site/storage/original/application/7eb40d3aa3c3b500873471aa062ff951.pdf (2 Aralık 2015).
- Okandan, Recai Galip, “Âmme Hukukunda Kuvvetler Bölümü Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2, 1936.
- Okandan, Recai Galip, “Devlet ve Kuvvetlerin Tefriki”, İstanbul Barosu Mecmuası, XII, 1938.
- Okandan, Recai Galip, *Umumî Âmme Hukuku: Birinci Kitap (İlk Zamanlar)*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1946.
- Özbudun, Ergun, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25, 1, 1968.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Özbudun, Ergun, *1924 Anayasası*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012.
- Ratnapala, Suri, “John Locke’s Doctrine of the Separation of Powers: A Re-Evaluation”, *American Journal of Jurisprudence*, 38, 1, 1993.
- Robertson, David Brian, *The Constitution and America’s Destiny*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Rosenbloom, David H., “The Separation of Powers”, *Revisiting Waldo’s Administrative State: Constancy and Change in Public Administration*, Ed: David H. Rosenbloom ve Howard E. McCurdy, Washington D.C., Georgetown University Press, 2006.
- Rousseau, Jean Jacques, *Toplum Sözleşmesi*, Çev: Vedat Günyol, Altıncı Basım, İstanbul, Adam Yayınları, 1994.
- Sezginer, Murat, *Günümüz Demokrasilerinde Kuvvetler İlişkisi ve 1982 Anayasası’nda Sorunlar*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010.
- Stewart, Richard B., “The Reformation of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, 88, 8, 1975.
- Stone, Alec, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, New York and Oxford, Oxford University Press, 1992.
- Storing, Herbert J., *What the Anti-Federalists Were For?*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1981.
- Strauss, Peter L., “The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”, *Columbia Law Review*, 84, 3, 1984.
- Tanilli, Server, *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, İstanbul, Cem Yayınevi, 1976.
- Tanör, Bülent, *İki Anayasa: 1961 ve 1982*, 2. (Tıpkı) Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1991.

- Taylor, Craig L., "The Fourth Branch: Reviving the Nondelegation Doctrine", Brigham Young University Law Review, 1984.
- Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Gözden Geçirilmiş Onaltıncı Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2013.
- Tremmel, Jörg, "Parliaments and future generations: The four-power-model", The Politics of Sustainability: Philosophical Perspectives, Dieter Birnbacher ve May Thorseth (Ed.), London and New York, Routledge, 2015.
- Tunçay Mete (Çev.), "Barış Savunucusu'ndan Seçme Parçalar", Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi - 1: eski ve orta çağlar seçilmiş yazılar, Der: Mete Tunçay, Ankara, Teori Yayınları, 1985.
- Turhan, Mehmet, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Diyarbakır, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989.
- Tütengil, Cavit Orhan, Montesquieu -Siyaset ve İktisat Açısından Bir Yaklaşım-, İstanbul, Cem Yayınevi, 1977.
- Uygun, Oktay, Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 2003.
- Vile M.J.C., Constitutionalism and the Separation of Powers, Second Edition, Indianapolis, Liberty Fund, Inc., 1998.
- Waldo, Dwight, The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration, New York, The Ronald Press Company, 1948.
- Wilson, Woodrow, "The Study of Administration". Political Science Quarterly, 2, 2, 1887.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996.

ÖZET

Klasik kuvvetler ayrılığı kuramı, devlet örgütlenmesinde yasama, yürütme ve yargı güçlerini ayrı ellerde toplayarak, yetki temerküzünü ve keyfi yönetimi engellemeyi amaçlamaktadır. Ancak 19. ve 20. yüzyıllarda ortaya çıkan siyasal gelişmeler, üçlü kuvvetler ayrılığının, güvence altına almayı hedeflediği normatif değerlerin korunmasında yetersiz kaldığını göstermiştir. Bu nedenle kuvvetlerin klasik modelden farklı bölünmesini öngören, yeni kuvvetler ayrılığı teorileri önerilmeye başlanmıştır. Bu çalışmada, klasik kuvvetler ayrılığı teorisinin tarihsel ve düşünsel çerçevesi; klasik kuvvetler ayrılığı teorisine yöneltilen eleştiriler ve yeni kuvvetler ayrılığı teorisi arayışları; yeni kuvvetler ayrılığı teorisinin gelişimi ve bu konudaki çeşitli görüşler; son olarak da yeni kuvvetler ayrılığı teorisinin Türkiye'de uygulanabilirliği konuları incelenmektedir.

Anahtar kelimeler: Klasik Kuvvetler Ayrılığı Teorisi, Montesquieu, Madison, Yeni Kuvvetler Ayrılığı Teorisi, Demokratik Denetim.

Aile Hekimlerinin Hukuki Statüsü

The Legal Status of Family Physicians

Dr. Hüseyin Melih Çakır

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

ABSTRACT

The “Health Transformation Program” announced by the Ministry of Health in 2003 gave healthcare services a new direction. In this context, the first step foreseen was the family physicians model for the delivery of primary healthcare services. Implementation of the model commenced with the introduction of Law No. 5258 on the Pilot Implementation of Family Medicine which came into force in 2004. The secondary legislation adopted pursuant to this law has attempted to create the legal framework for the model. Decisions of the Supreme Court and the Council of State regarding this legislation is that it has played an important role in determining the legal status of family physicians. However, it is difficult to say that discussions on this issue have come to an end. This study aims to put forward suggestions and provide a framework for the model through examining the legal status of family physicians in light of relevant legislation and judicial decisions.

Keywords: Health Transformation Program, Family Physicians, Family Medicine, Primary Healthcare Services, Law No. 5258, Healthcare Services.

Giriş

2003 yılında Sağlık Bakanlığı'nın yayınladığı “Sağlıkta Dönüşüm Programı” kapsamı içinde yer alan Aile Hekimliği, kişiye yönelik koruyucu hizmetler ile birinci basamak tanı ve tedavi hizmetlerinin bireyin kendi seçeceği doktorlar tarafından yürütülmesini esas alan bir modelidir.

Ülkemizde 5258 sayılı “Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun” ile birlikte aile hekimliği modeli 2005 yılında Düzce’de başlatılıp, 2006’da on ve 2007’de on üç pilot ilin daha katılması ile toplam yirmi dört ilde uygulanmıştır. 2011 yılından itibaren de tüm illerde aile hekimliği uygulamasına geçilmiştir.

Sağlık sisteminin giriş kapısı olarak nitelendirilen bu model, birinci basamak sağlık hizmetleri dahil tüm sağlık sistemini derinden etkilemektedir.

Sağlık sistemi içerisinde bu denli önemli bir değişiklik yaratan aile hekimliği modelinin ve bu modelin ana unsuru konumundaki aile hekiminin hukuki statüsü ise büyük önem arz etmektedir. Zira aile hekimi ile idare arasındaki ilişki *sui generis* bir nitelik taşımakta ve ayrıca üzerinde durulması gerekmektedir. Bu çalışma kapsamında, aile hekimliği hizmetlerinin hukuki niteliği, aile hekimlerinin hizmete alınması ve denetimleri ile aile hekimliğinin sona ermesi gibi başlıklar incelemeye tabi tutulacaktır.

I. Aile Hekimliği Kavramı

Aile hekimliği (ya da genel pratisyenlik), kendine özgü eğitim içeriği, araştırması, kanıt temeli, klinik faaliyeti olan akademik ve bilimsel bir disiplin ve birinci basamak sağlık hizmeti yönelimli klinik uzmanlıktır¹. Aile hekimliği, hasta bakımının yanı sıra sağlıklı insanların düzenli muayenelerinin gerçekleştirildiği, hasta - doktor ilişkisinin ilk basamağını oluşturmaktadır².

Aile hekimliği, farklı sağlık sistemleri içerisinde gelişebilmektedir. Ancak planlanma, organize edilme ve yönetilme şeklindeki bazı farklılıklara karşın, aile hekimliğinin karakteristiğini oluşturan bazı özellikleri tüm ülkelerde özdeştir. Her ne kadar bu özelliklerin, diğer bazı uzmanlık dalları açısından da geçerli olduğu söylenebilecekse de, aile hekimliğiyle özel bir ilgisinin olduğu kabul edilmektedir. Dünya Sağlık Örgütüne (DSÖ) göre, aile hekimliğinin yedi karakteristik özelliği, genel olma³, sürekli olma⁴, kapsamlı olma⁵, koordineli

1) Wonca Europe. The European Definition of The General Practitioner/Family Physician. 2011 Edition, s.8. <http://www.woncaeurope.org/sites/default/files/documents/Definition%203rd%20ed%202011%20with%20revised%20wonca%20tree.pdf>. E.T.: 10.11.2015.

2) MASİC, Izet / HADŽIAHMETOVIĆ, Miran / DONEV, Doncho / POLLHOZANI, Azis / RAMADANI, Naser / SKOPLJAK, Amira / PASAGIĆ, Almir / ROSHI, Enver / ZUNIĆ, Lejla / ZILDŽIĆ, Muharem, "Public Health Aspects of the Family Medicine Concepts in South Eastern Europe", Mater Sociomed., 2014 Aug; 26(4), s.277.

3) Genel olma, tüm nüfusun seçilmemiş sağlık problemlerini ifade eder. Toplumun belirli bir kesimini, yaş, cinsiyet, sosyal sınıf, ırk, din veya başka bir nedenle; ya da herhangi bir şikayet veyahut sağlıkla ilgili problem nedeniyle dışlamama anlamına gelir. Genel olma ayrıca, en kısa beklemeyle hizmete kolayca erişmeyi; erişim sağlanırken, coğrafi, kültürel, yönetsel ya da finansal bir engel sebebiyle sınırlanmamayı da içerir.

4) Aile hekimliği, hastalık merkezli değil öncelikle kişi merkezlidir. Hasta ve doktor arasında vuku bulan uzun soluklu kişisel ilişkiye dayanır. Bu ilişki, bir hastalığın belirli bir bölümüyle sınırlı olmayıp; kişilerin sağlığının uzunca bir süre korunması şeklinde kendisini gösterir.

5) Aile hekimliği, kişilere psikolojik, fiziksel ve sosyal bakımdan, entegre sağlık gelişimi, koruyucu, tedavi, rehabilite ve destekleyici sağlık hizmetleri sağlar. Aile hekimliği, hastalık - rahatsızlık ara yüzüyle ilgilenir; klinik kararlarla, hasta-doktor ilişkisinin insancıl ve etik yönlerini bütünlendirir.

olma⁶, işbirlikçi olma⁷, aile odaklı bakım sunma⁸ ve toplum odaklı olma⁹, olarak ifade edilmektedir¹⁰.

Aile hekimliği, hem bir uzmanlık dalı hem de bir hizmet modelidir¹¹. Bir uzman olarak aile hekimi, birinci basamak iyileştirici hizmetleri sunmak üzere eğitilmiş hekimdir. Bu durumda hasta bireyle ilk karşılaşan hekim olarak sadece aile hekimliği uzmanları görev alabilmektedir¹².

Bir hizmet modeli olarak aile hekimliği anlayışı ise, her ailenin bir bütün olduğu, aile bireylerinin yaş ve hastalık gözetmeksizin birlikte incelenmesi gerektiği görüşünden hareketle geliştirilmiş bir sağlık hizmeti anlayışı ya da biçimidir¹³. Bu modelde aile hekimleri, sağlık sisteminin bileşenleri olan finansman, örgütlenme, yasal düzenleme ve insangücü ile bağlantılı olarak değerlendirilir ve sistem içinde artık aile hekimliği uzmanlığı temel olarak alınmaz. Sisteme uyum gösteren ve kabul eden her hekim aile hekimi olabilir¹⁴.

“20. yüzyılın ilk çeyreğinden itibaren ortaya çıkan ve 1960’lı yıllarda birçok ülkede sosyoekonomik dinamiklere de bağlı olarak, farklı isim ve modellerle de olsa birinci basamak sağlık hizmetleri alanında uygulama yapan Aile Hekimi-

-
- 6) Aile hekimliği, kişilerin ilk olarak başvuracakları kişi konumundaki aile hekimlerine müracaatlarında ortaya koydukları çeşitli sağlık problemleriyle ilgilendirir. Ancak aile hekimleri gerekli gördüklerinde, hastanın uygun zamanda bir uzmana ya da başka bir sağlık personeline sevkini de sağlarlar. Bu durumda, aile hekimleri hastaları, uygun hizmet ve hizmetten en iyi şekilde yararlanılma hakkında bilgilendirmeli ve hastanın kabulü sırasında öneri ve destekleriyle koordinatör olarak görev yapmalıdır. Diğer sağlık ve sosyal hizmet personeliyle olan ilişkilerinde aile hekimleri, hastanın sağlık problemleri konusundaki tavsiyeleriyle sağlık yöneticisi gibi hareket etmelidir.
 - 7) Aile hekimleri, gerekli durumlarda ya da hastalığın başka bir disiplinin alanına girmesi halinde hastalarının bakımını devretmeye; diğer tıp, sağlık ve sosyal hizmet sunucularıyla birlikte çalışmaya hazırlıklı olmalıdır. Aile hekimleri, iyi işleyen çok disiplinli bir takıma katkı sunmalı ve onun bir parçası olmalıdır. Bunun yanı sıra, bu takıma liderlik etme konusunda da hazırlıklı olmalıdır.
 - 8) Aile hekimliği, kişilerin sağlık problemlerini, onların ailevi durumları, sosyal ve kültürel bağlantıları ile yaşam ve çalışma koşulları bağlamında ele alır.
 - 9) Hastaların problemleri, onların içinde yaşadıkları toplumla birlikte değerlendirilmelidir. Aile hekimi, kişinin içinde yaşadığı topluluğun sağlık ihtiyaçlarının farkında olmalı ve yerel sağlık sorunlarına olumlu katkı sağlamak için, diğer sağlık profesyonelleri, diğer sektörlerdeki örgütler ve yardım gruplarıyla işbirliği yapmalıdır.
 - 10) WHO Regional Office of Europe, “Draft Charter For General Practice/Family Medicine in Europe”, Copenhagen, Denmark, 6–7 February 1998, s.13-14. http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0007/119167/E60714.pdf. E.T.: 12.09.2015.
 - 11) ÖZTEK, Zafer, “Türkiye’de Sağlıkta Dönüşüm Programı ve Aile Hekimliği”, Hacettepe Tıp Dergisi, C.40, S.1, Y.2009, s.8. Bu ayırım, “aile hekimliği modeli” – “aile hekimliği sistemi” olarak da yapılmaktadır. Bkz. AKSAKOĞLU, Gazanfer / KILIÇ, Bülent / UÇKU, Reyhan, “Aile Hekimliği Modeli / Sistemi Türkiye İçin Uygun Değildir”, Toplum ve Hekim, Y.2003; C.18, S.4, s. 253 vd.
 - 12) ÖZTEK, s.8; AKSAKOĞLU / KILIÇ / UÇKU, s.253.
 - 13) ÖZTEK, s.8.
 - 14) AKSAKOĞLU / KILIÇ / UÇKU, s.253.

Genel Pratisyen; kişi ve ailesini yaşadığı çevreyle birlikte biyopsikososyal açıdan bir bütün olarak ele alır. İkinci ve üçüncü basamak sağlık kuruluşlarıyla gerekli koordinasyonu sağlayarak hastanın sevk ve takibini organize eder. Yaptığı ev ziyaretleri ve rutin takiplerle, kişiye yönelik hem tedavi edici hem de koruyucu sağlık hizmetlerini bir arada sunar¹⁵.

Aile Hekimi, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 2'inci maddesinde¹⁶, DSÖ'nün ifade ettiği genel karakteristik özellikleri de kısmen ihtiva eder şekilde tanımlanmıştır. Buna göre aile hekimi; "kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabiptir".

Ülkemizde de aile hekimliği uzmanlığı olmakla beraber¹⁷; aile hekimliği bir hizmet modeli olarak düzenlenmiştir. Zira aile hekimi tanımından anlaşılacağı üzere, aile hekimi, aile hekimliği uzmanının yanı sıra, Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabip olabilecektir.

II. Aile Hekiminin Hizmete Alınması

Aile hekimlerinin istihdamı konusunda temel yöntem sözleşme yapılması olsa da; bazı durumlarda görevlendirme ya da yetkilendirme yöntemleriyle de aile hekimliği hizmetlerinin sunulması mümkün olabilmektedir. Aşağıda bu yöntemler incelemeye tabi tutulacaktır.

A. Aile Hekiminin Sözleşmeyle Çalıştırılması

Ülkemizde aile hekimliği sisteminin temelini, aile hekim ile idare arasında sözleşme yapılmasına bağlı bir istihdam şekline dayandığı söylenebilecektir. Bu husus aslında aile hekimliği hizmetlerini sunacak olan kişilerin gönüllülük esasına dayalı olarak çalıştırılmak ve farklı ücret rejimine tabi tutulmak istenmesinin bir sonucu olarak da düşünülebilir.

Nitekim Danıştay bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: "...(K)amu kesiminde, özellikle de Sağlık Bakanlığında sözleşmeli personel istihdamı çok yaygın

15) AKTAŞ, Ekin Özgür / ÇAKIR, G. "Aile Hekimlerinin, Aile Hekimliği Uygulaması Hakkındaki Görüşleri: Bir Anket Çalışması", Ege Tıp Dergisi, C.51, S.1, Y.2012, s.23.

16) Maddede ayrıca aile sağlığı elemanı da tanımlanmıştır. "Aile sağlığı elemanı; aile hekimi ile birlikte hizmet veren hemşire, ebe, sağlık memuru gibi sağlık elemanıdır".

17) Aile hekimi uzmanlığı, 1983 yılında Tababet Uzmanlık Tüzüğü'ne alınarak bir uzmanlık dahi olarak kabul edilmiştir. ALGIN, Kürşat / ŞAHİN, İsmet / TOP, Mehmet, "Aile Hekimlerinin Mesleki Sorunları ve Çözüm Önerileri" Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.7, S.3, Y.2004, s.251.

biçimde uygulanmaktadır. Sözleşmeli personel istihdamı, genel olarak, uzmanlık gerektiren yaşamsal önemi haiz sağlık hizmetinin özelliğinden, yurdun tüm bölgelerine sağlık hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir biçimde ulaştırılması zorunluluğundan kaynaklanmakta ve sağlık personelinin ücret düzeyinin iyileştirilmesinde bir araç olarak da kullanılmaktadır. Aynı durumun, aile hekimliği pilot uygulamasında da geçerli olduğu gözlenmektedir...¹⁸“.

Sözleşme, iki taraflı bir hukuki işlem olduğu için, görevlendirme ya da atama gibi idarenin tek taraflı olarak yaptığı işlemlerden ayrılmaktadır. Bu nedenle aile hekimlerinin imzalamış oldukları sözleşmelerin hukuki çerçevesi üzerinde durulması gerekmektedir. Bu bağlamda aşağıda, aile hekimlerinin imzaladıkları sözleşmelerin, tarafları, hukuki niteliği ve süresi incelenecektir.

1. Sözleşmenin Tarafları

5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre, “Sağlık Bakanlığı; Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanı olarak çalıştırılacak sağlık personelini, kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakatı üzerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personelini aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye veya aile hekimliği uzmanlık eğitimi veren kurumlarla sözleşme yapmaya yetkilidir.

Aile sağlığı elemanları, aile hekimi tarafından belirlenen ve Sağlık Bakanlığı tarafından uygun görülen, kurumlarınca da muvafakatı verilen Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşları personeli arasından seçilir ve bunlar sözleşmeli olarak çalıştırılır. Bu suretle eleman temin edilememesi halinde, Sağlık Bakanlığı, personelini bu hizmetler için görevlendirebilir. İhtiyaç duyulması halinde, Türkiye’de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabilir”.

Bu hükme göre sözleşmenin bir tarafında idare bulunurken; diğer tarafında bulunan tabip, farklı nitelikleri haiz olabilmektedir. Bu nedenle sözleşmenin tarafı olan idare ile karşı tarafında bulunan tabibin kim olduğu üzerinde durmak gerekmektedir.

a. Sözleşmenin Tarafı Olarak İdare

18) Danıştay 5.D., 15.04.2009 tarih, E.2007/6860 – K.2009/2011.

5258 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde, idare adına sözleşme yapmaya yetkili makam Sağlık Bakanlığı olarak gösterilmiştir. Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği (Sözleşme Yönetmeliği)'nin 6'ncı maddesine göre ise, "...sözleşmeleri Bakanlık adına imzalamaya ve sözleşmeleri sona erdirmeye vali yetkilidir. Vali, sözleşme yapma yetkisini, vali yardımcılarında birine veya halk sağlığı müdürüne devredebilir".

Şu halde, idare adına sözleşmeyi yapma yetkisi bakanlık adına vali tarafından kullanılacaktır. Sözleşme yapma yetkisini valiye devreden bu hükmün hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmişse de Danıştay, "Kanunun Bakanlığa verdiği yetkiye dayanılarak ve hizmet gerekleri gözetilerek sözleşmeyi vali ya da görevlendireceği mercinin yapmasının hukuka uygun olduğu(na)" hükmetmiştir¹⁹.

b. Sözleşmenin Tarafı Olarak Aile Hekimi

Sözleşmenin diğer tarafında bulunan aile hekimi, aile hekimliği uzmanı, uzman tabip ya da tabip şeklindeki farklı nitelikleri haiz kişiler arasından seçilebilmektedir. Sözleşmeli olarak çalıştırılan aile hekimlerinin, 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerinde belirtilen şartları taşımaları ve yetmişbeş yaşından gün almamış olmaları gerekir. Altmışbeş yaşın üzerinde olanlar ile sözleşme imzalanabilmesi için, sağlık durumunun aile hekimi ve aile sağlığı elemanı görevini yapmasına engel teşkil etmeyeceğine ilişkin sağlık kurulu raporu alma şartı aranır (Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği, Madde 5/2). Ancak aile hekimi olabilmek için aranan bu yaş şartı, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir²⁰.

5258 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesine göre aile hekimi olacak bu tabipler, Sağlık Bakanlığı veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli arasından seçilebileceği gibi; kamu görevlisi olmayan tabipler de bu alanda istihdam edilebileceklerdir. Aşağıda sözleşmenin tarafı olan aile hekimleri, organik anlamda yapılacak bu ayırım ışığında incelenecektir.

ba. Aile Hekiminin Kamu Görevlisi Tabip Olması

Sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimlerinin ekseriyetini, kamu görevlisi tabipler oluşturmaktadır. Sağlık Bakanlığı, diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli içerisinde seçilecek bu aile hekimleri, memur statüsünde olabileceği gibi; sözleşmeli personel statüsünde de bulunabilmektedir. Zira 5258 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi hükmü bu konuda bir ayırma gitmemektedir. Ayrıca, 5258 sayılı Kanun'un 3/3'üncü maddesinde, "...(s)özleşmeli personel statüsünde çalışmak-

19) Danıştay 5.D., 15.04.2009 tarih, E.2007/6860 – K.2009/2011.

20) Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. "Kamu Hizmeti Görevlileriyle İlgili Genel İlkeler Aile Hekimleri İçin Geçerlidir" başlığı.

ta iken aile hekimi ve aile sağlığı elemanı statüsüne geçenlerden” bahsedilmek suretiyle sözleşmeli personelin de aile hekim olabileceği açıkça ifade edilmiştir²¹.

Sözleşmenin tarafı olabilmek açısından aile hekimi olmak isteyen tabibin memur ya da sözleşmeli personel statüsünde olması arasında bir fark yoktur. Zaten her iki personel de kamu görevlisi statüsündedir²². Kamu görevlisi olarak görev yapan bu tabipler, kendi istekleri ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakatı üzerine aile hekimi olmak için sözleşme imzalayabileceklerdir. Bu iki şart birlikte gerçekleşmek durumundadır.

Bu iki statü arasındaki fark, tabiplerin, aile hekimliğinin sona ermesinin ardından eski görevlerine geri dönmek istediklerinde ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta iken aile hekimi statüsüne geçenlerden önceki sözleşmeli personel statüsüne dönmek isteyenler, eski kurumlarındaki boş pozisyonlara öncelikle atanırken; kadroya bağlı olarak görev yapanlardan aile hekimliği statüsüne geçenler ise, talepleri halinde eski görevlerine doğrudan atanmaktadır²³. Zira, sözleşmeli aile hekimi olarak çalışan kadrolu tabipler, kurumlarında aylıksız veya ücretsiz izinli sayılmakta ve bunların kadroları ile ilişkileri devam etmektedir (5258 sayılı Kanun m.3/3).

Burada dikkat çekici olan husus ise, bir kadroya bağlı olarak çalışan tabibin, kadroyla ilişkisi devam ederken; aynı anda sözleşmeli aile hekimi statüsünde görev yapabmesidir. Böylece tabip, aynı anda hem kadrolu hem de sözleşmeli

21) Bilindiği üzere sağlık hizmetleri alanında, 4924 Sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları tarafından hizmet sözleşmesiyle, sözleşmeli personel istihdam edilmesi yaygın bir uygulamadır.

22) “...Sağlık Bakanlığı'nın sözleşmeli olarak çalıştıracağı personel eliyle eleman temininde güçlük çekilen yerlerde yürüttüğü sağlık hizmetlerinin niteliği itibariyle belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetler olması, (...)

hususları gözetildiğinde, sözleşmeli personel tarafından sunulacak sağlık hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır. Bu durumda, söz konusu asli ve sürekli görevleri yerine getiren sözleşmeli personelin de 'diğer kamu görevlileri' kapsamında yer aldığı kabulü gerekmektedir”. AYMK, 23.07.2009 tarih, E.2005/145 – K.2009/112.

23) **Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği, Madde 12/3:** “Bakanlık ve bağlı kuruluş kadrolarında memur statüsünde görev yapmakta iken ücretsiz izne ayrılarak sözleşmeli statüde aile hekimi veya aile sağlığı elemanı olan personel, sözleşmesinin herhangi bir suretle sona ermesi halinde kadro veya personel dağılım cetveli fazlalığına bakılmaksızın ücretsiz izne ayrıldığı görevine geri döner. Ancak kadrosunun bulunduğu birimin aile hekimliği uygulaması nedeniyle kaldırılması halinde bu birimin aktarıldığı toplum sağlığı merkezine atanır ve bunların memuriyet görevine başlamasından itibaren 30 gün içinde kendisinin talep etmesi ve müdürlüğün de uygun görmesi ile bir defaya mahsus olmak üzere aynı il içinde personel dağılım cetvelinde açık olan ve doluluk oranlarına göre ihtiyaç duyulan kadrolardan birine yer değiştirme suretiyle ataması yapılabilir”.

personel statüsü içerisinde bulunmaktadır. Zira tabipler, sözleşmeli aile hekimi statüsünde görev yaptığı süre zarfında kurumlarında aylıksız veya ücretsiz izinli sayılmaktadırlar²⁴. Bu düzenlemeyle tabiplere, kadrolarının kendilerine sağladığı hukuki güvenceyi²⁵ muhafaza etme imkanı sağlanarak aile hekimliğinin özendirilmek istendiği söylenebilir.

Nitekim Danıştay da bu durumu çifte güvence olarak nitelendirmektedir. Danıştay'a göre, "... 5258 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin 3. Fıkrasının(a) ... göre, sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta iken aile hekimi ve aile sağlığı elemanı statüsüne geçenlerden önceki sözleşmeli personel statüsü ne dönmek isteyenler, eski kurumlarındaki boş pozisyonlara öncelikle atanırlar ve bu madde kapsamındaki çalışmalarını hizmet sürelerinde dikkate alınır. Bu durum, kamuda görevli iken kendi istekleriyle sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanı olarak görev yapmaya başlayanların, davacı tarafından ileri sürüldüğü gibi statüsüz ve güvencesiz olmayıp, aksine çifte güvenceye sahip olduklarını göstermektedir..."²⁶.

Ashına bakılırsa, "hiyerarşi yetkisi altındaki personelle sözleşme imzalayan idare olmak kolay açıklanabilir bir durum değildir"²⁷. Ayrıca her iki statünün muhafazası, disiplin işlemleri konusunda hukuki uyumsuzlukların çıkması ihtimalini bünyesinde barındırmaktadır. Aile hekiminin, aylıksız veya ücretsiz izinli sayıldığı kadrosuyla olan bağının devam etmesi, aile hekimliği hizmetine ilişkin mevzuata aykırı işlemlerden dolayı kadrosunun tabi olduğu mevzuat kapsamında da soruşturmaya tabi tutulmasına sebep olabilmektedir²⁸.

bb. Aile Hekiminin Kamu Görevlisi Olmayan Tabip Olması

5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 2'inci fıkrasına göre, "(i)htiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye

24) "...(K)amu görevlisinin izin, hastalık gibi durumlarında da kadrosuyla bağlantısı ve dolayısıyla kamu görevlisi olma durumu(nun) sürdüğü, (...) aylıksız iznin de bir izin türü olduğu, aylıklı kadrolu görevle ilişkisi ortadan kaldırmadığı, bu durumda, aylıksız iznin, geçici bir süre görevden izinli olma durumunu oluşturduğu ve aylıklı (kadrolu) bir görevde bulunma konumunda değişiklik yaratmadığı..." hakkında bkz. Danıştay 8.Daire, 16.12.2008 tarih, E.2008/3355 – K.2008/8274 in Danıştay İDDGK, 30.01.2014 tarih, E.2010/3468 – K.2014/124. www.kazan-ci.com.

25) "(K)adrolar, memurların alacağı aylıklar için bir güvence teşkil etmektedir". AVCI, Mustafa, "Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş", Yetkin Yay., Ankara, 2009, s.89.

26) Danıştay 5.D., 15.04.2009 tarih, E.2007/6860 – K.2009/2011.

27) YAŞAR, Hasan Nuri, "İdare Hukuku", 2.Bası, Der Yay., İstanbul, 2014, s.321.

28) Bu konuda bkz. "Aile Hekimliğinin Sona Ermesi" başlığı.

Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabilir”.

Madde hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere, kamu görevlisi olmayan tabiplerin belli şartları yerine getirmesi halinde aile hekimi olması mümkündür. Ancak kamu görevlisi olmayan aile hekimlerinin hizmete alınması şartlarını ortaya koymadan önce, aile hekimliği hizmetlerinin kamu görevlisi olmayan tabipler tarafından yürütülmesinin mümkün olup olmadığı ön sorunu üzerinde durmak gerekmektedir.

bba. Aile Hekimliği Hizmetlerinin Hukuki Niteliği ve Kamu Görevlisi Olmayan Tabiplerce Yürütülmesi

5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 2'inci maddesinde yer alan aile hekimi tanımına göre, aile hekimi, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetleri sunmaktadır. Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin 3/f maddesinde birinci basamak sağlık hizmetleri ise, “(s)ağlığın teşviki, koruyucu sağlık hizmetleri ile ilk kademedeki teşhis, tedavi ve rehabilitasyon hizmetlerinin bir arada verildiği, bireylerin hizmete kolayca ulaşabildikleri, etkin ve yaygın sağlık hizmeti sunumu” olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere birinci basamak sağlık hizmetleri, koruyucu sağlık hizmetlerini de kapsar şekilde tanımlanmıştır. Aile hekimi tanımında yer alan koruyucu sağlık hizmetlerinin birinci basamak sağlık hizmetleri tanımı içerisinde mündemiç olduğu düşünüldüğünde, aile hekimleri tarafından sunulan sağlık hizmetlerinin, birinci basamak sağlık hizmetleri olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu hizmetlerin, kamu görevlisi statüsünde olmayan tabipler tarafından yürütülüp yürütülemeyeceği üzerinde ise ayrıca durmak gerekmektedir. Aşağıda bu husus, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin vermiş olduğu karar ekseninde ele alınacaktır.

bbaa- Aile Hekimliği Hizmetlerinin Hukuki Niteliğine Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Aile hekimleri tarafından sunulan hizmetlerin hukuki niteliği, hizmetin kamu görevlisi olmayan tabiplerce yürütülmesinin Anayasa'nın 128'inci maddesine uygunluğu ekseninde tartışılmıştır. Anayasa Mahkemesi, aile hekimliği hizmetlerinin ‘genel idare esaslarına göre yürütülmek zorundan olan hizmetler’ kapsamında yer aldığını şu şekilde ifade etmiştir: “...Anayasa'nın 128. maddesinde Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüle-

ceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği belirtilmiştir. Maddede sözü edilen 'diğer kamu görevlileri' kavramı memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisiyle çalışanları kapsamaktadır. Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde memur ve/veya diğer kamu görevlilerinden hangisinin çalıştırılacağına ilişkin tercih yasakoyucunun takdir alanı içindedir.

Kamu hizmeti, geniş tanımıyla, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.

5258 sayılı Yasa'ya göre aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak hizmetler, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak tanı koyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetleridir.

Sağlık Bakanlığı'nın, aile hekimliği hizmetlerini, pilot olarak belirleyeceği illerde görevlendireceği ya da sözleşmeli olarak çalıştıracağı personel eliyle yürütmesi, bu hizmetlerin niteliği itibarıyla belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve dolayısıyla aile ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilmez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetler olması, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının bu hizmetleri kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda ve tam gün çalışma esasına göre sunmaları, aile hekimliği pilot uygulamasına geçilen illerde bu hizmetlerin ücretsiz olarak verilmesi, kişilerin bu sağlık hizmetlerinden yararlanabilmelerinin aile hekimlerine kayıt olmalarına bağlı olması ve bu illerde aile hekimliği kapsamındaki hizmetlerin sadece aile hekimlerince sunulması, birinci basamakta düzenlenmesi öngörülen her türlü reçete, rapor ve sevklerin ve diğer resmi belgelerin, aile hekimleri tarafından düzenlenmesi, birinci basamaktan ikinci ve üçüncü basamak sağlık kurum ve kuruluşlarına sevklerin aile hekimlerince yapılması, sözleşmeli çalışacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının idare ile imzalayacakları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunması, sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının ücretlerinin idarece ödenmesi, aile hekimlerinin düzenledikleri tüm kayıt, evrak ve belgelerin resmi kayıt ve evrak niteliğinde olması, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının mevzuat ve sözleşmeye uygunluk ve diğer konularda, Bakanlık, ilgili mülki idare ve sağlık idaresinin denetimine tabi olmaları, görevleriyle ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlarda Devlet memuru gibi kabul edilmeleri gözetil-

diğinde, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır.

Bu durumda, ihtiyaç duyulması halinde, Türkiye’de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Yasa’nın 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları, Sağlık Bakanlığı’nın önerisi, Maliye Bakanlığı’nın uygun görüğu üzerine idari hizmet sözleşmesi yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceklerdir. Bu şekilde çalıştırılanlar Anayasa’nın 128. maddesinde yer alan ‘diğer kamu görevlisi’ kapsamında olduğundan, iptali istenen kural Anayasa’ya aykırılık oluşturmamaktadır...²⁹“.

29) AYMK, 21.2.2008, E. 2005/10, K. 2008/63. Aynı yönde bkz. “...Sağlık işletmeleri, 3359 sayılı Yasanın öngördüğu kuruluşlar olduğundan türlerini belirlemek için yine sözü edilen yasaya dayanmak gerekir. Yasanın özellikle 3. ve 5. maddesindeki düzenlemelerden, sağlık işletmelerinin, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı’nın gözetim ve denetiminde bulunduğu anlaşılacaktır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda değişiklik yapan 15.5.1975 günlü, 1897 sayılı Yasanın 5. maddesi gereğince Bakanlar Kurulu’na çıkarılan 26.11.1975 günlü, 7/10986 sayılı Kararname’de Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, devlete verilen asli ve sürekli görevleri genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kurumlar arasında gösterildiğinden, bu bakanlığın yönetim ve denetiminde bulunan ve yer alan, sağlık işletmeleri de bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetlerini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kuruluşlardan sayılmadır...”. AYMK, 19.04.1988 tarih, E.1987/16 – K.1988/8. “...4924 sayılı Yasa ile eleman temininde güçlük çekilen yerlerde ve hizmet dallarında sağlık hizmetlerinin etkili ve verimli bir şekilde yürütülebilmesini sağlamak üzere Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları tarafından hizmet akdi ile sözleşmeli olarak sağlık personeli istihdam edilmesi öngörülmüştür. Söz konusu sözleşmeli personelin pozisyon unvanları Yasa’nın eki (1) sayılı cetvelde, uzman tabip, tabip, diğer tabibi, eczacı, veteriner, biyolog, psikolog, sosyal çalışmacı, diyetisyen, fizyoterapist, çocuk gelişimcisi, odyolog, tıbbi teknoloğ, sağlık teknikeri, hemşire, ebe ve sağlık memuru olarak sayılmıştır.

Sağlık Bakanlığı’nın sözleşmeli olarak çalıştıracadığı personel eliyle eleman temininde güçlük çekilen yerlerde yürüttüğu sağlık hizmetlerinin niteliği itibarıyla belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetler olması, sözleşmeli personelin haftalık çalışma süresinin emsali Devlet memuru ile aynı olması, izinleri hakkında kural olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun uygulanması, Devlet memurları için yasaklanmış fiil ve eylemlerde bulunamayacaklarının ve siyasi partiye üye olamayacaklarının belirtilmesi, sözleşmeli personelin idare ile imzalayacakları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunması, sözleşmeli personelin ücretlerinin idarece ödenmesi, emsali Devlet memuru esas alınarak Harcırah Kanunundan yararlandırılması, haklarında Kamu Konutları Kanunu, Mal Bildiriminde Bulunulması, Rişvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu hükümlerinin uygulanmasının öngörülmesi, görevi ile veya görevi başında işlenen suçların Devlet memuruna karşı işlenmiş sayılması, disiplin cezaları ve sicil konuları dahil olmak üzere 4924 sayılı Yasa’da hüküm bulunmayan hallerde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun uygulanacak olması hususları gözetildiğinde, sözleşmeli personel tarafından sunulacak sağlık hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır. Bu durumda, söz konusu asli ve sürekli görevleri yerine getiren sözleşmeli personelin de ‘diğer kamu görevlileri’ kapsamında yer aldığının kabulü gerekmektedir...”. AYMK, 23.07.2009 tarih, E.2005/145 – K.2009/112. Aksi yönde bkz. “...Sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, aile hekimliği hizmetlerini “genel idare esaslarına göre yürütülmek zorunda olan hizmetler” olarak değerlendirmiş; idare ile kamu görevlisi olmayan tabipler arasında imzalanan sözleşmeyi “idari sözleşme”; tüm özlük hakları yasal düzenlemelere konu edilmiş, idareyle yaptığı bir idari hizmet sözleşmesiyle kamu hizmetinin yürütülmesine katılan tabiple-riyse “diğer kamu görevlisi” olarak nitelendirmiştir^{30 31}.

bbab- Anayasa Mahkemesi Kararının Beraberinde Getirdiği Sonuçlar

Anayasa Mahkemesinin, aile hekimliği hizmetlerini “genel idare esaslarına göre yürütülmek zorunda olan hizmetler” ve aile hekimi tabipleri “diğer kamu görevlisi” olarak nitelendirmesi, kamu görevlisi – kamu görevlisi olmayan tabip ayrımının ötesinde, tüm aile hekimleri için geçerli bazı sonuçları da beraberinde getirmektedir. Aşağıda bu kararın beraberinde getirdiği sonuçlar incelemeye tabi tutulacaktır.

metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir.

Bu çerçevede, artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dahil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı yaratmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek, kaynak kullanımını kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.

Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi olanaklıdır...”. AYMK, 22.11.2007 tarih, E.2004/114 – K.2007/85. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin E.2005/10 sayılı aile hekimlerine ilişkin kararına karşı oy yazan Serdar Özgüldür de bu karara atıfta bulunarak aile hekimliği hizmetlerinin Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti kategorisi içerisinde değerlendirelemeyeceğini ifade etmiştir.

30) AKGÜNER, Tayfun, “Kamu Personel Yönetimi”, Der Yay., İstanbul, 2009, s.54.

31) Karara karşı oy yazan Serdar Özgüldür, kamu görevlisi olmayan tabiplerin aile hekimi olmaları durumunda, bunların diğer kamu görevlisi sayılmayacağını şu şekilde ifade etmiştir: “Bu şekilde istihdam edilen kamu görevlisi olmayanların hukuki statülerine gelince:

Anayasa'nın 56. ve 47. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, aile hekimliği uygulamasında istihdam edilen kamu görevlisi olmayan kişilerin ‘diğer kamu görevlisi’ sayılmayacakları, bunların, sağlık hizmetinin Mahkememiz kararında işaret edilen özelliği dikkate alınarak çalıştırılan ‘farklı’ bir kategoriyi teşkil ettiği ve kamu hukukundan ziyade özel hukuk hükümlerine tâbi oldukları görülmektedir”.

bbaba- Aile Hekimliği Hizmetleri Özel Hukuk Kişilerince Yürütülemeyecektir

Anayasa Mahkemesi'nin kararından çıkan ilk sonuç, aile hekimliği hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülemeyeceğidir. Zira Anayasa'nın 128'inci maddesine göre, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri aracılığıyla yerine getirilecektir. Anayasa Mahkemesi, aile hekimliği hizmetlerini, genel idare esaslarına göre yürütülmek zorunda olan hizmetler olarak nitelendirerek bu hizmetlerin özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilebilmesinin önüne geçmiştir³² 33.

Halbuki, birinci basamak sağlık hizmetleri, özel hukuk kişilerince; yani memur ya da diğer kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından da yürütülebilir niteliktedir ve hâlihazırda da yürütülmektedir³⁴. Kaldı ki, yasa koyucu, genel idare esaslara göre yürütülmek zorunda olmayan kamu hizmetlerinin de, memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülmesini kararlaştırabilecektir³⁵. Bu durumda, hizmetin yürütülmesi noktasında özel hukuk kişilerini veya memur ve diğer kamu görevlilerini ya da her ikisini de kapsayacak karma bir yürütüm şeklini tercih etme konusunda yasa koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır³⁶. Bir diğer ifadeyle, Anayasa Mahkemesi aile hekimliği hizmetlerini, genel idare esaslara göre yürütülmek zorunda olan kamu hizmetleri olarak nitelendirmemiş olsa dahi, yasa koyucu bu hizmetlerin yürütülmesinin, memurlar ya da diğer kamu görevlileri tarafından gerçekleştirileceğine karar verebilecektir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin bu nitelendirmesinden bağımsız şekilde 5258 sayılı Yasa'ya bakıldığında, aile hekimlerinin öncelikle kamu görevlisi tabipler arasından seçileceği görülmektedir. Yani, Anayasa Mahkemesi, aile hekimliği hizmetlerini "genel idare esaslara göre yürütülmek zorunda olan kamu hizmetleri" olarak nitelendirmeseydi dahi, bu hizmetler ekseriyetle ve öncelikle kamu görevlisi tabipler tarafından yerine getirilecekti. Bu minvalde, kamu görevlisi olmayan tabiplerin aile hekimi olarak istihdam edilmesi noktasında da, yasa koyucu tercihini "diğer kamu görevlileri"nden yana kullanabilecekti. Ancak

32) Sağlık hizmetlerinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKIR, Hüseyin Melih, "Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi", On iki Levha Yay., İstanbul, 2015, s.220 vd.

33) Yıldırım, Anayasa'nın 128'inci maddesinin, Devlet'in yürüteceği kamu hizmetlerini belirleme fonksiyonuna sahip olmadığını ifade etmektedir. YILDIRIM, Turan, In "Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi", s.219 – 220.

34) ÇAKIR, s.230 vd.

35) SEVER, Çiğdem, "Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözüm ve Anayasa'nın 128. Maddesinin I. Fıkrası", Ankara Barosu Dergisi, S.2013/3, s.251.

36) ÇAKIR, s.231-232.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bu kararlar, aile hekimliği hizmetlerinin özel hukuk kişilerince ve özel hukuk sözleşmeleriyle yürütülmesinin önüne geçmek suretiyle; yasa koyucunun bu alanda sahip olduğu takdir yetkisini sınırlandırmıştır.

Hâlbuki birçok ülkede aile hekimlerinin istihdamları noktasında farklı yöntemler öngörülebilmektedir. Örneğin, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Macaristan, Romanya ve Slovakya'da aile hekimleri bağımsız yüklenici(hizmet sunucu) konumundadırlar. Litvanya, Polonya, Slovenya ve Hırvatistan'da ise aile hekimleri, kamu çalışanı veya bağımsız hizmet sunucu olma konusunda seçme hakkına sahiptirler. Aile hekimleri, Karadağ'da çoğunlukla kamu görevlisiyken; Rusya'da tamamıyla kamu çalışanı konumundadırlar³⁷.

Hollanda'da ise, farklı bir yapılanma söz konusudur³⁸. Aile hekimleri kamu çalışanı olmadıkları gibi; hükümetten de herhangi bir ücret almamaktadır. Sigorta şirketleri, aile hekimine kayıtlı kişi listesinde yer alan her bir hasta için -ki bu ücret aile hekiminin toplam gelirinin %70'ine karşılık gelmektedir- ve aile hekimlerinin kişilere sundukları hizmetin karşılığı olarak -bu da aile hekiminin geriye kalan %30'luk gelirini ifade etmektedir- bir bedel ödemektedirler³⁹.

Görüldüğü üzere aile hekimlerinin kamu görevlisi olarak görev yapmadığı birçok uygulamaya rastlamak mümkündür. Nitekim ülkemiz açısından baktığımızda da birinci basamak sağlık hizmetlerinin bir kısmı çok uzun süredir özel hukuk kişilerince sunulabilmektedir. Muayenehaneler bunun tipik örneğidir. Aile hekimliği hizmetleri açısından da yasa koyucunun böyle bir tercihte bulunabileceğinin kabulü gerekmektedir. Zira sağlıkta dönüşüm programının belki

37) OLESZCZYK, Marek / ŠVAB, Igor / SEİFER, Bohumil / KRZTOŃ-KRÓLEWIECKA, Anna / WINDAK, Adam, "Family Medicine In Post-Communist Europe Needs A Boost. Exploring The Position Of Family Medicine In Healthcare Systems Of Central And Eastern Europe And Russia", *BMC Family Practice*, Vol.13:15, Y.2012, s.3-4.

38) Hollanda'da 2006 yılında sağlık alanında yapılan reform neticesinde, kamu ve özel sağlık sigortası ayrımı ortadan kaldırılarak, tüm vatandaşların bir özel sağlık sigortasına sahip olmaları sağlanmıştır. Sağlık sigortası sahibi olmak her vatandaş için bir zorunlulukken; sigorta şirketleri açısından da her vatandaşı kabul etme bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. Hizmetin sunucusu aile hekimiyse, finansmanını sağlayan sigorta şirketleri arasındaki ilişki sözleşmelerle düzenlenmektedir. Bu sözleşmelerin içeriği çoğunlukla, ulusal düzeyde, hükümet, aile hekimisi ve sigorta şirketlerinin şemsiye örgütleri tarafından gerçekleştirilen müzakereler neticesinde belirlenmekte; sigorta şirketlerine önemli hareket serbestisi tanınmaktadır. DE BAKKER, Dinny H. / GROENEWEGEN, Peter P., "Primary Care In The Netherlands: Current Situation And Trends", *Italin Journal of Public Helth*, , Vol.6, No.2, Y.7/2009, s.129-130. Sigorta şirketleri, hizmetin finansmanını sağlayan kuruluşlar olarak, hastaların avukatı gibi hareket etmektedirler. VAN WEEL, Chris / SCHERS, Henk / TİMMERMANS, Arno, "Health Care in The Netherlands", *The Journal of the American Board of Family Medicine*, Vol. 25, March-April 2012, s.14.

39) VAN WEEL / SCHERS / TİMMERMANS, s.14.

de ana hedefi olan, hizmetin sunumu, finansmanı ve organizasyonu ayrımında, sağlık hizmetinin sunumu açısından yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisinin daha geniş olduğu söylenebilecektir. Sağlık hizmetinin düzenlenmesi ve denetlenmesi Anayasa'nın 56'ncı maddesiyle Devlete görev olarak verilmektedir; hizmetin sunumunda kamu ve özel hukuk kişilerinden faydalanılacağı açıkça ifade edilmiştir⁴⁰. Bu nedenle, aile hekimliği hizmetleri ya da diğer ifadeyle birinci basamak sağlık hizmetleri açısından özel hukuk kişilerince sunum noktasında gerçekleştirilecek bir tercihi yasa koyucunun bu konudaki takdir yetkisi kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nasıl ki yasa koyucunun aile hekimliği modelini tercih etme ya da etmeme konusunda takdir yetkisi varsa; bu tercihin yapılması durumunda, hizmetin yürütülme yöntemiyle ilgili olarak düzenleme yapma konusunda da aynı oranda takdir yetkisinin varlığını kabul etmek gerekmektedir.

Burada yapılacak bir değerlendirmede, faaliyetin düzenleniş şekli değil, bizzat kendisinden yola çıkılması daha uygun olacaktır⁴¹. Zira yasa koyucu, hizmete duyulan ihtiyacın farklılaşması halinde, sağlık kamu hizmetinin değişkenliği kapsamında hizmetin yürütülmesinde değişiklikler yapabilecektir. Bu takdirde Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu karar, asli düzenleme yetkisine sahip olan yasa koyucunun takdir yetkisini daha en başında sınırlayacak; bu da, sağlık kamu hizmetinin günün gereksinimleri doğrultusunda uyarlanmasının önüne geçebilecektir.

bbabb- Kamu Hizmeti Görevlileriyle İlgili Genel İlkeler Aile Hekimleri İçin Geçerlidir

1982 Anayasası'nın 128'inci maddesine göre, “memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir”. Aile hekimlerinin diğer kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi, bu kişilerin Anayasa'nın 128'inci maddesi kapsamında değerlendirilmesi sonucunu beraberinde getirmektedir. Bu doğrultuda, 128'inci maddede yer alan yukarıdaki hususların kanunla dü-

40) **1982 Anayasası, Madde 56:** “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir...”

41) Bu değerlendirme yapılırken, çok özel ve salt kamusal usullerle yürütülmek zorunda olan faaliyetlerin veya Devletin 'düzenleme' ve 'edimde bulunma' faaliyetlerinden düzenlemeye (ve denetlemeye) ilişkin olanların genel idare esaslarına göre yürütülmek zorunda olan hizmetlerin tespitinde ölçüt olarak kullanılabilmesi düşünülebilir. ÇAKIR, s.234-235.

zenlemesi yönündeki güvence, aile hekimleri açısından da geçerli olacaktır. Bir diğer ifadeyle, bu hususlara ilişkin temel çerçeve yasayla düzenlenmeksizin düzenleyici işlemlere konu edilemeyecektir.

Ancak gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay'ın, 128'inci maddede yer alan hususların 'kanunla düzenlenmesi' gerektiği yönündeki kurala açık ve kesin bir çerçeve çizdiğini söylemek zordur. Hatta her iki yüksek mahkemenin, aynı konuya ilişkin birbirinden farklı kararlar verdiğine şahit olunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un, "...bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler..."ın yönetmelikle düzenlenmesini öngören, 8'inci maddesinin ikinci fıkrasının iptali istemini şu gerekçeyle reddetmiştir: "...Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerektiği açıktır. Yasa'da aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödemelerin üst sınırı, yapılacak ödeme tutarlarının tespitinde dikkate alınacak kriterler belirlenmiş ve hangi hallerde bu ödeme tutarından en fazla ne kadar indirim yapılacağı belirtilerek bu konularda yasal çerçeve çizilmiştir. İptali istenen kuralda da, bu Yasa'da belirtilen esaslar çerçevesinde aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları ile sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır.

Bu durumda Yasa'da belirtilen genel çerçeve ve esaslar doğrultusunda, ayrımı ve uzmanlık gerektiren konuların yönetmelikle düzenlenmesi konusunda yetki verilmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır...⁴²."

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, 5258 sayılı Kanunla, aile hekimlerine yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları konusunda yasal çerçevenin çizilmiş olduğunu, dolayısıyla Anayasa'nın 128'inci maddesine

42) AYMK, 21.2.2008, E. 2005/10, K. 2008/63. Karara karşı oy yazan üyelerin gerekçeleri şu şekildedir:

Üye Fulya Kantarcıoğlu'nun karşı oyu: "...Kamu görevlisi niteliğini taşıyan personelden sözleşmeyle çalıştırılacaklara yapılacak ödemelerin belirlenmesinin ise, yönetmeliğe bırakılması memurların ve diğer kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına aykırıdır..."

Üye Mehmet Erten ve A.Necmi Özer'in karşı oyları: "...Aile hekimliği ve aile sağlığı elemanları kamu görevlisi niteliğinde memur olduklarından, bunların da nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekir. İptali istenilen bölümde ise, aile hekimliği ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödemelerin tutarı ile bu tutarlarda yapılacak indirimin miktarı ve indirimin şartları ile sözleşmenin feshini gerektiren nedenler, Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu durum kanunla düzenlenme gereğini açıkça ihlal ettiğinden, sözü edilen bölüm Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır..."

bir aykırılık olmadığını ifade etmiş; kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmenin feshini gerektiren nedenler⁴³ konusunda ise bir değerlendirme yapmaksızın iptal istemini reddetmiştir.

Daha sonra Danıştay da, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8'inci maddesine dayanılarak çıkarılan, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığı'nca Çalıştırılan Personele Yapılacak Öde-

43) Aksi yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda düzenlenen sağlık işletmelerinde çalıştırılmak istenen sözleşmeli personelle imzalanacak sözleşmelerin usul ve esaslarının Bakanlar Kurulunca belirlenmesini öngören yasa hükmünü şu gerekçeyle iptal etmiştir: "...(S)özleşmeli personel genel çizgileriyle, kamu hizmetinin asli ve sürekli bir görevinde, memur ve işçiden ayrı, kamu hukuku bağlantısı olan kimsedir. Sözleşmeli olarak çalışan böyle bir görevli, 'diğer kamu görevlisi' sayılabilir.

Hiçbir yasaya, kurala bağlı olmadan sözleşmeli personel çalıştırılması hukuksal yönden olanaksızdır. Yasada sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin esasların bulunması Anayasa'nın 128. maddesinin gereğidir. Bu personeli göreve alma, görevden çıkarma nedenleri ve çalıştırma koşulları yasada gösterilmelidir. Kamu görevlilerine ilişkin düzenlemeler ancak bu biçimde yapılabilir. Önemi ve değeri nedeniyle devletin başlıca görevleri içindeki hizmetler, genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerdir. Kadro tahsisi genel idare hizmetlerinin karakteristiğidir. Genel idare hizmetlerinin yapısal ve işlemsel özellikleri, onu öbür hizmetlerden ayırır. Genel idare hizmetlerinde görevli kimselerin yasaların güvencesi altındadırlar. Bu gereği yerine getirmeyen, dışlayan düzenleme, kamu hizmetinin sürekliliğine ters düşer. Yasayla düzenlenmesi gereken konuların, hiçbir yasaya bağlı olmaksızın yürütülmesine olanak vermek Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır...". AYMK, 19.04.1988 tarih, E.1987/16 – K.1988/8.

Anayasa Mahkemesi, 4924 sayılı Yasa ile eleman temininde güçlük çekilen yerlerde ve hizmet dallarında sağlık hizmetlerinin etkili ve verimli bir şekilde yürütülebilmesini sağlamak üzere Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları tarafından hizmet akdi ile sözleşmeli olarak sağlık personeli istihdam edilmesine olanak tanıyan Kanun'a ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede; sözleşmenin feshine ilişkin hususların özlük hakkı kapsamında olduğunu ve yasayla düzenlenmesi gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: "...5413 sayılı Yasa ile değiştirilen 4924 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin birinci fıkrasında sözleşmeli personelin sözleşmesinin feshi konusu düzenlenmekte olup, itiraz konusu kuralla 'hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uymaması nedeniyle sicil veya disiplin amirleri tarafından yazılı olarak ikaz edilenlerden söz konusu koşullara uymama halinin tekerrürü durumu' halinde, Sağlık Bakanlığınca bir ay önceden yazılı ihbarda bulunmak şartıyla sözleşmeli personelin sözleşmesinin feshedebileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinde, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği ifade edilmiştir.

Sözleşmeli personelin sözleşmesinin feshi, bu kişilerin özlük hakları kapsamında yer almakta ve yasa ile düzenlenmesi zorunlu bulunmaktadır.

İtiraz konusu kuralda, hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uyulmamasının tekerrürü halinde sözleşmenin feshedilebileceği hükme bağlanmıştır. Hizmet sözleşmesinde yer alacak hususlar, 4924 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, sözleşmeli personelin görev yeri, görevi dahilinde yapacağı işlerin tanımı, uyacakları mesleki ve etik kurallar, ödev, yetki ve sorumlulukları ile diğer hususlar hizmet sözleşmesinde belirtilecektir. Bu bağlamda, itiraz konusu kuralda sözleşmenin feshedilebilmesi için aranan 'hizmet sözleşmesinde belirtilen koşullara uyulmamasının tekerrürü halinin tespiti, Yasa'nın 5. maddesi gözetilerek yapılacaktır. Hizmet sözleşmesinde yer alan koşulların çerçevesi Yasa'nın 5. maddesinde belirtildiğinden, hizmet sözleşmesinin Sağlık Bakanlığınca feshedilebilmesi için gerekli koşulların Yasa ile düzenlendiğinin kabulü gerekmektedir...". AYMK, 23.07.2009 tarih, E.2005/145 – K.2009/112;

meler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmelikte⁴⁴ yer alan, “izinler” başlıklı 8’inci maddenin⁴⁵ iptali istemini, Anayasa Mahkemesi’nin kararıyla aynı doğrul-

44) Bu Yönetmelik, 30.12.2010 tarih ve 27801 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, “Aile Hekimliği Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ile Sözleşme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Yönetmeliğin adı, 16.3.2015 tarih ve 2015/7528 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı Eki Yönetmeliğin 1 inci maddesiyle, “Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği” şeklinde değiştirilmiştir.

Madde 25: “(1) 27/6/2005 tarihli ve 2005/9142 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. (2) Mevzuatta Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmeliğe yapılan atıflar bu Yönetmeliğe yapılmış sayılır”.

45) **Madde 8:** “Aile hekimliği uygulamaları için Bakanlıkça görevlendirilen uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları izin kullanımı yönünden kendi mevzuatlarına tabidirler.

Sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının yıllık izin süreleri otuz gündür. Bu personele, mazereti sebebiyle 5 gün daha izin verilebilir. Kadın personele doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı hafta süreyle izin verilir. Çoğul gebelik halinde doğum öncesi sekiz haftalık izin süresine iki hafta eklenir. Ancak beklenen doğum tarihinden sekiz hafta öncesinde sağlık durumunun uygun olduğunu hekim raporuyla belgeleyen personel isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda kadın personelin isteği halinde, doğum öncesinde çalıştığı süreler doğum sonrası ücretli izin süresine eklenir. Doğumun erken gerçekleşmesi nedeniyle doğum öncesi sekiz haftalık ücretli iznin kullanılmayan bölümü de doğum sonrası ücretli izne eklenir. Yıl içinde tek hekimin uygun görmesiyle toplam yirmi güne kadar hastalık izni kullanılabilir ve toplam yirmi günü aşan hastalık izni için sağlık kurulu raporu gereklidir.

Yukarıda belirtilen izinlerin kullanılması sırasında, sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimi, bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinde belirtilen şartları taşıyan tabip veya tabiplerle veya aile sağlığı elemanları ile anlaşarak, hizmetin görülmesini sağlar. Bu anlaşma yerel sağlık idaresince uygun görülmesi halinde uygulanır. Bu durumda, asıl aile hekimi ya da aile sağlığı elemanına ödeme tam olarak yapılır. Geçici aile hekimi ya da aile sağlığı elemanına bu geçici görevi dolayısıyla ödeme yapılmaz.

Bu mümkün olmadığı takdirde yerel sağlık idaresi, diğer aile hekimleri, aile sağlığı elemanları veya Bakanlık personelinin geçici aile hekimi veya geçici aile sağlığı elemanı olarak görevlendirir. İzne ayrılan aile hekimi veya aile sağlığı elemanına kişi başına yapılacak net ödeme hesaplanır. Hesaplanan miktarın % 50’si aile hekimi veya aile sağlığı elemanına, kalan % 50’si geçici aile hekimi veya geçici aile sağlığı elemanına ödenir. Gezici sağlık hizmetleri giderlerinin ise tamamı, çalışılan gün sayısına göre hesaplanarak geçici aile hekimi veya hekimlerine ödenir. Aile hekimi veya aile sağlığı elemanı 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre geçici işgöremezlik ödeneği alıyorsa önce bu ödeneği alır. Bu ödeneğin ödendiğine dair dekont ile başvurması üzerine raporlu olduğu süre için hak edişi hesaplanır. Hesaplanan miktar, işgöremezlik ödeneğinden fazla ise aradaki fark ödenir, eşit veya az olması durumunda ödeme yapılmaz.

Görevlendirme suretiyle çalışan aile hekimi veya aile sağlığı elemanlarının izin kullanması halinde yerine Bakanlıkça geçici aile hekimi veya geçici aile sağlığı elemanı görevlendirilir. Bu Yönetmelik gereği yapılacak ödemeler, görevlendirilen personele çalışılan gün sayısına göre yapılır. Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının Bakanlıkça veya acil hallerde valilikçe, doğal afet gibi olağanüstü durumlarda başka yerde görevlendirilmesi halinde her türlü ödemeleri tam olarak ödenir ve hizmetin devamı için yerel sağlık idaresince gerekli tedbirler alınır.

Askerlik nedeni ile sözleşmesini usulünce sona erdirenler terhis tarihinden itibaren bir ay, doğum nedeni ile sözleşmesini usulünce sona erdirenler doğum nedeniyle kullandığı ücretli izin süresinin bitimi tarihinden başlayan bir yıllık süre içerisinde müracaatları üzerine, ayrılmadan önceki çalıştıkları ilde, ilk boşalacak aile hekimliğine sıralama dışı başlatılırlar.

İzin vermeye ve hastalık raporlarını izne çevirmeye, yerel sağlık idarelerinin teklifi üzerine bu buldukları yerin mülki idare amirleri yetkilidir”.

tuda olacak şekilde şu gerekçelerle reddetmiştir: “...5258 sayılı Yasa’nın 8. maddesine dayanılarak getirilen bu düzenlemenin yasal dayanağının bulunmadığı yolundaki iddia geçerli görülmemiştir. Dava konusu Yönetmelik hükmü, genel olarak kamuda görev yapan diğer sözleşmeli personele tanınan haklarla koşutluk göstermektedir. Aile hekiminin yıllık izin döneminde sözleşme ücretinden istisnai olarak %50 oranında kesinti yapılabilmesine olanak tanınması, ücretli izin hakkı bulunmadığı şeklinde yorumlanamaz. Bu durumda dahi sözleşmeli aile hekiminin aldığı ücretin memur statüsündeki hekimden daha fazla olduğu ve aile hekimine “temel ücret”in her durumda ödendiği anlaşılmaktadır...⁴⁶”.

Ancak Danıştay’ın bu kararına konu Yönetmeliği yürürlükten kaldıran, “Aile Hekimliği Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ile Sözleşme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”in iptali istemiyle açılan davada, Yönetmeliğin dayanağı olan 5258 sayılı Yasa’nın 8. Maddesi hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ileri sürülmüş ve yasa hükmü yeniden itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır⁴⁷. Yönetmeliği “izin hakkına” ilişkin düzenleme getiren hükmünün iptali isteminden yol çıkılarak yapılan bu başvuru hakkında, Danıştay’ın mülga yönetmelik döneminde verdiği kararın aksine, Anayasa Mahkemesince şu gerekçeyle iptal kararı verilmiştir: “... Kanun’da, (...) sözleşmeli aile hekimi ile aile sağlığı elemanlarının izin hakkına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

İtiraz konusu kurallarda, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarıyla yapılacak sözleşmede yer alacak hususların Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak, Sağlık Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Böylece sözleşmeli olarak çalıştırılacak aile hekimliği personeliyle imzalanacak hizmet sözleşmesinde yer alacak özlük haklarına ilişkin hususların kanunla belirlenmesi gerekirken bu konuda idareye düzenleme yetkisi tanındığı anlaşılmaktadır.

Nitekim itiraz konusu kurallara dayanılarak Bakanlar Kurulunca hazırlanan

46) Danıştay 5.D., 15.04.2009 tarih, E.2007/6860 – K.2009/2011.

47) Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu 8’inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan “ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler” bölümüne yönelik iptal başvurusunu, 21.2.2008 günlü, E.2005/10, K.2008/63 sayılı kararıyla Anayasa’ya aykırı olmadığı gerekçesiyle esastan reddetmiş olduğu için; maddenin geri kalanını incelemeye tabi tutmuştur.

Yüksek Mahkeme daha sonra, Başvuran Mahkemede bakılmakta olan davada, itiraz konusu kuralın ikinci fıkrasına dayanılarak hazırlanan Aile Hekimliği Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ile Sözleşme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in bazı maddelerinin iptali istenildiğini; dolayısıyla, bakılmakta olan davada, 8’inci maddenin birinci fıkrasına dayanılarak hazırlanan Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği’nin dava konusu edilmediği ifade ederek, incelemeyi yalnızca ikinci fıkra yönünden yapmıştır.

Aile Hekimliği Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ile Sözleşme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 1. maddesinde, Yönetmelik'in amacının, "sözleşmeli olarak çalıştırılacak personelle görevlendirme suretiyle çalıştırılanlara yapılacak ödemeler, bunların izinleri ve sözleşme esaslarını belirlemek" olduğu ifade edildikten sonra, 11. maddesinde sözleşme ile çalıştırılan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının izin hakkına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Buna göre, kamu görevlisi statüsünde olan sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının, özlük hakları kapsamında bulunan izin hakkına ilişkin temel ilkelerin yönetmelikle düzenlenmesine imkân tanıyan kurallar, kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesi ve yasama yetkisinin devredilmezliği yönündeki anayasal ilkelerle bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Kanun'un 8. maddesinin ikinci fıkrasının "Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarıyla yapılacak sözleşmede yer alacak hususlar." ve ".Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak, Sağlık Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." bölümleri, "sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının izin hakkı" yönünden Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir...⁴⁸.

Görüldüğü üzere aile hekimlerinin diğer kamu görevlisi olarak nitelendirilmesinin bir sonucu olarak, sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının, özlük hakları kapsamında bulunan izin hakkı'na ilişkin hususların Yönetmelikle düzenlenmiş olması, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal kararı verilmesi sonucuna yol açmıştır. Aynı yasa maddesine ilişkin aynı yönde bir başka karar da, sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının yaş şartı yönünden verilmiştir⁴⁹.

48) AYMK, 11.09.2014 tarih, E.2014/82 – K.2014/143.

49) "Kanun'da, (...) sözleşmeli aile hekimi ile aile sağlığı elemanlarının bu göreve atanabileceği yaş sınırına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

İtiraz konusu kurallarda, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarıyla yapılacak sözleşmede yer alacak hususların Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak, Sağlık Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Böylece sözleşmeli olarak çalıştırılacak aile hekimliği personelinin bu göreve atanabileceği yaş sınırının kanunla belirlenmesi gerekirken bu konuda idareye düzenleme yetkisi tanıdığı anlaşılmaktadır.

Nitekim itiraz konusu kurallara dayanılarak Bakanlar Kurulunca hazırlanan Aile Hekimliği Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ile Sözleşme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, sözleşmeli olarak çalıştırılacak aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarıyla sözleşme imzalayabilmek için yetmişbeş yaşından gün almamış olma şartı getirilmiştir.

Buna göre, kamu görevlisi statüsünde olan sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının, bu göreve atanabileceği yaş sınırının yönetmelikle düzenlenmesine imkân tanıyan kurallar, kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesi ve yasama yetkisinin devredilmezliği yönündeki anayasal ilkelerle bağdaşmamaktadır.

Bu kararlarda dikkat çekici olan ise, Yüksek Mahkeme tarafından verilen iptal kararına esas yasa hükmünün lafzında, herhangi bir şekilde ‘izin’ ya da ‘yaş’ ifadesi geçmemesi; bu hususa ilişkin herhangi bir düzenleme de bulunmamasıdır. Anayasa Mahkemesince iptal edilen yasa hükmü, Kanun’un 8’inci maddesinde varlığını korumaktadır. Yüksek Mahkeme, 8’inci maddede yer alan, “aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarıyla yapılacak sözleşmede yer alacak hususlar (...) yönetmelikle düzenlenir” ifadesinin içeriğini, izin ve yaş şartına ilişkin hususların Yönetmelikte düzenlenmiş olmasından yola çıkarak iptal etmiştir.

Burada akla gelen ilk soru, Anayasa Mahkemesi’nin bu kararıyla birlikte yeni bir karar türü yaratmış olup olmadığıdır. Bilindiği üzere, Anayasa Mahkemesi kararları temelde, ‘iptal’ ve ‘ret’ olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır⁵⁰. Bu iki seçeneğin dışında, çeşitli şekillerde ara kararların da verilebileceği ifade edilmektedir⁵¹. İptal kararı, dava konusu olan normu ortadan kaldırmaktadır⁵². Nitekim Anayasa’nın 153/3’üncü maddesinde açıkça, “(k)anun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar” denilmektedir. Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen kararı da, bir iptal kararı olmakla birlikte; iptal olunan yaş ya da izne ilişkin herhangi bir ifade yasa metninde yer almadığı için; Anayasa Mahkemesinin ‘belirli yönlerden iptal ettiği’, sözleşmeli aile hekimleriyle yapılacak sözleşmede yer alacak hususların Yönetmelikle düzenleneceği yönündeki hüküm, Anayasa’nın 153/3’üncü maddesinin aksine yürürlükten kalkmamıştır.

Burada, yaş ya da izne ilişkin yasayla düzenlenmesi gereken konularda yasa koyucu düzenleme yapmamış (ihmal etmiş); bu boşluk, Yönetmelik hükümler-

Açıklanan nedenlerle, Kanun’un 8. maddesinin ikinci fıkrasının “Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarıyla yapılacak sözleşmede yer alacak hususlar.” ve “Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak, Sağlık Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.” bölümleri “sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının yaş şartı” yönündeki ara kararlar olarak sınıflandırılmaktadır. KABOĞLU, s.359; TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku”,13.Bası, Beta Yay., İstanbul, 2014, s.536 vd. Yazarlar, Anayasa Mahkemesince yapılan denetim sonucunda uygulanan ‘iptal’ dışındaki yaptırımları, ızzımını ilga ve Anayasanın doğrudan uygulanması”, “ihmal ve Anayasasının doğrudan uygulanması”, “Anayasaya uygun yorum” ve tedbir niteliğindeki “yürürlüğün durdurulması” uygulamaları olarak ifade etmektedirler. TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s.536 vd.

50) TEZİÇ, Erdoğan, “Anayasa Hukuku”, 17.Bası, Beta Yay., İstanbul, 2014, s.256.

51) KABOĞLU, İbrahim. Ö., “Anayasa Hukuku Dersleri”, 10.Baskı, Legal Yay., İstanbul, 2015, s.359. Yazar, Türk Anayasa Mahkemesinin iki tür ara karar geliştirdiğini ifade etmektedir. Bunlar, yasayı iptal etmeden, onu Anayasaya uygunluk açısından yorumlayan yorumlayıcı ve açıklayıcı kararlar ile Anayasaya aykırılık içermesine karşın, Mahkemenin yasayı iptal etmek yerine ihmal ederek Anayasa kurulunu görülmekte olan davada doğrudan uygulaması şeklindeki ara kararlar olarak sınıflandırılmaktadır. KABOĞLU, s.359; TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku”,13.Bası, Beta Yay., İstanbul, 2014, s.536 vd. Yazarlar, Anayasa Mahkemesince yapılan denetim sonucunda uygulanan ‘iptal’ dışındaki yaptırımları, ızzımını ilga ve Anayasanın doğrudan uygulanması”, “ihmal ve Anayasasının doğrudan uygulanması”, “Anayasaya uygun yorum” ve tedbir niteliğindeki “yürürlüğün durdurulması” uygulamaları olarak ifade etmektedirler. TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, s.536 vd.

52) ÖZBUDUN, Ergun, “Türk Anayasa Hukuku”, 15. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2014, s.456.

riyle doldurmuştur. Bunun sonucunda Yüksek Mahkeme, kanunda olmayan bir ifadeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, -Yönetmeliğe yaptığı atfı bir kenara bırakacak olursak-, ihmal yoluyla anayasaya aykırılığın⁵³ iptal kararı verilmek suretiyle, yaptırıma tabi tutulduğu şeklinde yorumlanabilecektir.

Bu yönüyle Anayasa Mahkemesinin kararı, “yorumlu ret” kararıyla da benzer sonuçlar doğurmaktadır. Zira “yorum kaydı altında anayasa uygun” karar verilmesi halinde de, hüküm yasadaki varlığını sürdürmekte, fakat anlamı Anayasa Mahkemesince netleştirilmektedir⁵⁴. Ancak Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararları, bu kararlarla yasa koyucu gibi hareket ettiği; bu durumun ise, Anayasa'nın 153/2'inci maddesi hükmü[□] gereğince yasaklandığı; kararlarının gerekçelerinin değil, sadece hüküm fıkralarının bağlayıcılığının kabul edilmesi gerektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi mevcut kararlarıyla da, yasanın lafzında olmayan bir hükmü Yönetmelikte düzenlenmiş olmasından yola çıkarak iptal etmek suretiyle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde yasa hükmüne bir anlam vermiş; aslında yasa koyucu gibi hareket etmiştir. Bilindiği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin görevi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemektir. Bir diğer ifadeyle Anayasa Mahkemesinin görevi, dava konusu kararda olduğu gibi yönetmelikle düzenlenmesi öngörülen hususların, düzenlenip düzenlenmediği ya da ne şekilde düzenlendiğini değil; yasada yer alan, bu hususların yönetmelikle (ya da diğer düzenleyici işlemlerle) düzenlenmesi öngören hükmün Anayasaya uygun olup olmadığını denetlemektedir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararlarında ortaya koyduğu gerekçelerin bağlayıcılığı tartışması-çekincesinin, Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu bu son kararlar açısından da geçerliliğini koruduğunu söylemek mümkündür. Zira somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararının ardından, Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'ne “izinler” başlıklı “Geçici Madde 4” eklenerek⁵⁶, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının izin haklarına yönelik kanuni düzenleme yapıncaya kadar sözleşmeli aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının izinleri hakkında bu maddedeki usul ve

53) İhmal veya başka bir nedenle yasama organının hareketsiz kalarak, yapması gerektiği halde işlemi yapmamış olması veya kural koymamış olması, ihmal yoluyla anayasaya aykırılık oluşturmaktadır. Türkiye'de yasa koyucunun ihmalleri, Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi kılınmamıştır. KABOĞLU, s.326.

54) ÇAĞLAR, Bakır, “ Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, İHİD, C.5, S.1-3, s.30.

55) ÖZBUDUN, s.453-454.

56) R.G.: T.16.04.2015, S.29328.

esasların uygulanacağı düzenlenmiştir. Böylece, diğer kamu görevlisi kapsamındaki sözleşmeli aile hekimlerinin kanunla düzenlenmesi gereken izin hakları, hukuki boşluk oluşmaması adına, yasama, yürütme ve yargı organları açısından bağlayıcı olan Anayasa Mahkemesi kararının aksine, yeniden Yönetmeliğe konu edilmiştir.

Halbuki Anayasa Mahkemesinin elinde, yukarıda ifade edilen çekinceleri ortadan kaldırmak adına, pozitif hukuk anlamında gerekli hukuki imkanlar mevcuttur. Yüksek Mahkeme, bu tarz kararlar vermek yerine, elinde olan iptal ve bir yılı aşmamak kaydıyla iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi belirleme yetkisini⁵⁷ (A.Y.m.153/3) kullanabilecektir. Böylece, hem yasa hükmüne yeni bir anlam vermekten imtina etmiş; hem de yasa koyucuya bu konuda düzenleme yapma konusunda bir zaman tanımak suretiyle yasal boşluk oluşmasının önüne geçmiş olacaktır.

bbb. Aile Hekimliği Hizmetlerinin Kamu Görevlisi Olmayan Hekimlerce Yürütülmesinin Şartları

Kamu görevlisi olmayan aile hekimi istihdamı için ilk şart: bu hekimlere “ihtiyaç duyulması”dır. Bir diğer ifadeyle, kamu görevlisi olmayan aile hekimi istihdamı tali niteliktedir. Nitekim Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin (Uygulama Yönetmeliği) 15'inci maddesinin 7'inci fıkrasında, “(b)u madde çerçevesinde yerleştirme işlemi yapılmasına rağmen aile hekimliği pozisyonlarının doldurulamaması halinde valilik kamu görevlisi olmayan tabip ve uzman tabiplerden aile hekimi olarak çalıştırılmak üzere ihtiyaç duyulan sayıyı belirleyerek Kurumdan talepte bulunur”. Görüldüğü üzere, kamu görevlisi olmayan aile hekimi istihdamı için, aile hekimliği pozisyonlarının kamu görevlisi olan tabiplerle doldurulamaması gerekmektedir.

Nitekim Danıştay da, öncelikle kamuda çalışan hekimlerle sözleşme imzalanacağını, bu suretle eleman temin edilememesi halinde serbest çalışan hekimlerle idari hizmet sözleşmesi yapılacağını ve sonuçta aile hekimliği hizmetinin her durumda kamu görevlisi statüsünde bulunan personel tarafından yürütüleceğini ifade etmektedir⁵⁸.

57) Bu takdirde iptal edilen ve/fakat yasa koyucuya düzenleme yapması için süre verilen yasa hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı sorunu gündeme gelebilecektir. Böyle bir durumda yargı mercisinin, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşıdığı ve Anayasaya aykırılığı tespit edilmiş bulunan yasa hükmünü, Anayasa'nın üstünlüğü kuralı (A.Y.m.11) ve Anayasa'nın 138'inci maddesi gereğince uygulamama yetkisi, hatta yükümlülüğü bulunduğu ifade edilmektedir. Bu durumda, ya mümkünse Anayasa'nın doğrudan uygulanması yoluna gidilecek ya da ortaya çıkan boşluk içtihatla doldurulacaktır. YILDIRIM, Turan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı”, Amme İdaresi Dergisi, C.26, S.4, Y.1993, s.70-71.

58) Danıştay 5.D., 15.04.2009 tarih, E.2007/6860 – K.2009/2011.

Bu şekilde aile hekimliği pozisyonları doldurulamazsa, Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınmak kaydıyla, kamu haklarından mahrumiyeti, memuriyete engel mahkûmiyeti ve görevini devamlı yapmasına engel olabilecek akıl hastalığı bulunmayan kamu görevlisi olmayan tabipler, Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin 15'inci maddesinde yer alan yerleştirilme esasları çerçevesinde aile hekimi olarak sözleşme imzalayabilecektir.

2. Sözleşmenin Süresi ve Hukuki Niteliği

Aile hekimliği hizmetleri, hem kamu görevlisi hem de kamu görevlisi olmayan tabiplerle sözleşme imzalanmak suretiyle yürütülebilmektedir. Aile hekimlerinin imzaladıkları sözleşmelerin süresi iki malî yıl olup, sözleşmenin imzalandığı ve takip eden malî yılı kapsamaktadır (Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği, Madde 6).

Tabiplerle imzalanan bu sözleşmeler, gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay tarafından idari hizmet sözleşmesi yani daha genel bir ifadeyle idari sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla, "bu sözleşmelerden doğan uyumsuzlukların çözüm yeri idari yargı mercileridir"⁵⁹.

Anayasa Mahkemesi, aile hekimlerinin imzaladıkları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olduğunu kabul etmiş ve bu nitelendirmeyi aile hekimliği hizmetlerinin hukuki niteliğinin tespitinde şu şekilde kullanmıştır: "...Sağlık Bakanlığının, aile hekimliği hizmetlerini, pilot olarak belirleyeceği illerde görevlendireceği ya da sözleşmeli olarak çalıştıracağı personel eliyle yürütmesi, bu hizmetlerin niteliği itibariyle belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve dolayısıyla aile ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilmez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetler olması, (...) sözleşmeli çalışacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının idare ile imzalayacakları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunması, (...) aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır..."⁶⁰.

Danıştay da Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına atf yaparak aynı sonuca şu şekilde ulaşmıştır: "...Kamu görevlisi olmayan tabip ve sağlık çalışanlarının, gereksinim duyulması halinde "idari hizmet sözleşmesi" yapılarak aile hekimliğinde çalıştırılmalarına olanak tanındığı ve bu şekilde sözleşmeli olarak çalıştırılanların da, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan "diğer kamu görevlisi" statüsünde oldukları yukarıda açıklanmıştır..."⁶¹.

59) AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, "Türk İdare Hukuku", 5.Bası, Seçkin Yay., Ankara, 2014, s.471.

60) AYMK, 21.2.2008, E. 2005/10, K. 2008/63.

61) Danıştay 5.D., 15.04.2009 tarih, E.2007/6860 – K.2009/2011.

Danıştay'ın da kararına esas aldığı Anayasa Mahkemesi kararına bakıldığında Yüksek Mahkeme, aile hekimliği hizmetlerinin “Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu”na kanaat getirirken, kamu görevlisi olmayan tabiplerin imzaladıkları sözleşmelerin idari hizmet sözleşmesi olduğunu tartışmasız kabul etmiş ve bu kabulü hizmetin niteliğinin tespitinde bir araç olarak ele almıştır⁶².

Bu yöntem herhangi bir dayanak olmaksızın yasa koyucunun -lafzına rağmen- niyetini okuma ve yasama faaliyetine benzer biçimde metnin içeriğini belirleme şeklindeki bir yorum olarak değerlendirilerek eleştirilmiştir⁶³. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararına karşı oy yazan bazı üyeler, aile hekimliği hizmetlerinin ‘genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerektiği’ değerlendirmesine katılıp; kamu görevlisi olmayan tabiplerin imzaladıkları sözleşmenin “idari hizmet sözleşmesi” olarak nitelendirilmesine katılmayarak, yasa hükmünün iptali gerektiği yönünde karara karşı oy yazmışlardır⁶⁴. Zira, diğer kamu görevlisi, ancak idare ile “kamu hukuku ilişkisi içinde bulunan” ve “hizmetin asli elemanı” sayılabilecek bir görevde çalışanlar olarak ifade edilmektedir⁶⁵. Bu takdirde, genel idare esaslarına göre yürütülmek zorunda olduğu ifade olunan bu hizmetlerin, idareyle bir kamu hukuku ilişkisi içerisinde bulunmayan, memur ya da diğer kamu görevlisi statüsünde olmayan tabipler tarafından sunulması gibi durum ortaya çıkacaktır

62) Aynı yönde bir başka Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYMK, 23.07.2009 tarih, E.2005/145 – K.2009/112.

63) SEVER, s.262.

64) Üye Şevket Apalak'ın karşı oy gerekçesi: “İptali istenen kural ise kamu görevlisi olmayan sağlık elemanı çalıştırma yöntemini öngörmektedir. Yapılacak sözleşmenin hukuksal niteliğinin belirsizliği yanında, Anayasa’da yer almayan bir görevlendirmenin söz konusu olduğu açıktır. Bu şekilde çalıştırılanlar ile kamu görevlilerini de sözleşmeyle ve yeni bir konumla çalıştırma olanağı birlikte gözetildiğinde, Anayasa’da yer almayan farklı bir görevlendirmenin gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Dahası, bu şekilde çalıştırılanlara 657 sayılı Yasa’nın sözleşmeli personelle ilgili ücretlerinin üstünde bir ödeme yapılmasıyla, Anayasa’nın amaçladığı dizgenin dışına çıldığı, kendine özgü, konum ve ücretleriyle eşitlikle de çelişir sonuçlara etken bulunduğu anlaşılmaktadır...”.

Üye Zehra Ayla Perktas'ın karşı oy gerekçesi: “...Bu durumda aile hekimliği sağlık hizmeti, kamu hizmeti olduğundan devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevleri arasında yer alan bu hizmetlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri dışındaki kişiler tarafından görülmesi yasal olarak mümkün değildir. (...) Anayasa’nın 128. maddesine göre bir kamu hizmeti olan aile hekimliğinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler kapsamında bulunması nedeniyle kamu görevlisi niteliği taşımayanlar tarafından yürütülmesi mümkün olmadığından bu kapsamda bir ödeme yapılması olanaksızdır.

65) GÜRAN, Sait, “Anayasa’nın 128. Ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu”, in Amme İdaresi Dergisi, C.17, S.3, Y.1984, s.199. Benzer bir tanım Anayasa Mahkemesi tarafından da yapılmıştır: “...’Diğer kamu görevlileri’, memurlar ve işçiler dışında kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisiyle bağlı olarak çalışanlardır”. AYMK, 19.04.1988 tarih, E.1987/16 – K.1988/8.

ki, bu da karşı oy gerekçelerinin dayanağını oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin sözleşmenin hukuki niteliğini “idari hizmet sözleşmesi” olarak belirlerken hiçbir gerekçe ortaya koymamış olması, kanunda açıkça “kamu görevlisi olmayan tabip”ten bahsedilmek suretiyle sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu izlenimi yaratılması, 4924 sayılı Yasa’nın 1’inci maddesinde olduğunun aksine kamu görevlisi olmayan tabiplerin sözleşme imzalararak aile hekimi olmaları durumunda işçi sayılmayacağına açıkça ifade edilmemiş olması, 5258 sayılı Yasa’yla getirilen sistemde, kamuya ait taşınmazların Aile Sağlığı Merkezi (ASM) olarak aile hekimince kiralanabilmesi⁶⁶, mevzuatta ASM’nin, fiziki ve teknik şartlarının kamuya ait sağlık kuruluşlarında pek örneğine rastlanılmayan şekilde ayrıntılı düzenlenmesi⁶⁷ ve muayenehanelere benzer şekilde açılması⁶⁸-işletilmesi⁶⁹, aile hekiminin hizmet verdiği birimin kira, elektrik, su ve yakıt gibi giderlerinin bir kısmı ödemesi⁷⁰ ile aile hekiminin sağlık hizmeti sunumu ve yardımcı hizmetler için ilave personel seçme ve çalıştırma imkanına sahip olması⁷¹ gibi hususlar, aile hekimini serbest çalışan hekime yaklaştırmakta ve akdedilen sözleşmenin hukuki niteliği konusunun daha dikkatle ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle tabiplerin imzaladıkları sözleşmelerin hukuki niteliğinin açıkça ortaya konulması yerinde olacaktır. Bu da idari sözleşmenin (idari hizmet sözleşmesi) ölçütü sorunuyla yakından ilgilidir.

Bu durumda ilk olarak, sözleşmenin öngörüldüğü ve düzenlendiği kanuna bakmak gerekmektedir. Şayet kanunda sözleşmenin idari ya da özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde ya da buna işaret eden bir hüküm varsa, buna itibar edilerek hukuki nitelendirme yapılabilecektir⁷². Kanunla yapılan nitelendirme, doğrudan yapabildiği gibi, dolaylı da yapılabilmektedir⁷³. Nitekim, 4924 sayılı

66) 5258 sayılı Kanun, Madde 4.

67) Uygulama Yönetmeliği, Madde 23-24.

68) Uygulama Yönetmeliği, Madde 25.

69) Uygulama Yönetmeliği, Madde 26.

70) Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği, Madde 16.

71) Uygulama Yönetmeliği, Madde 23.

72) DURAN, Lütfi, “İdare Hukuku Ders Notları”, İstanbul, 1982, s.430; Gözler, kanun koyucunun, bir sözleşmenin idari veya özel hukuk sözleşmesi olduğunu serbestçe belirleyebileceğini ifade etmektedir. GÖZLER, Kemal, “İdare Hukuku”, C.II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s.14. “Kanun koyucunun sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerle de idari sözleşme nitelendirmesi yapabileceği kabul edilir. Bu durumda, sözleşmeyle ilgili getirilen özel hukuku aşan ve kamusal nitelikteki bir kısım hükümlerden hareketle, yargı organı tarafından idari sözleşme nitelmesi yapılmaktadır. Bu durumlar için kanun tarafından belirleme veya kanun tarafından ön belirleme ya da kanun etkisiyle idari sözleşme tanımlamaları yapılmıştır.” SEZGİNER, Murat, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeleri)” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.1-2, Y. 2013, s.1591.

73) GÖZLER, s.14; TEKİNSOY, Ayhan, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, AÜHFD, C.55, S.2, Y.2006, s.185.

Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun kapsamında çalışacak personelle akdedilen sözleşmelerin, idari hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde – her ne kadar Anayasa Mahkemesinin gerekçesinde yer almasa da- yasal düzenleme belirleyici olmuştur. Zira Kanun’un “amaç ve kapsam” başlıklı 1’inci maddesinde, ‘hizmet akdi ile sözleşmeli olarak istihdam edilecek ve işçi sayılmayacak sağlık personeli’den bahsedilmektedir. Bu da, idare ile sağlık personeli arasında akdedilecek sözleşmelerin idari hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi sonucunu beraberinde getirmektedir. Ancak aile hekimlerinin imzaladıkları sözleşmeler açısından 5258 sayılı Kanun’da böyle bir ifade yer almamaktadır.

Aksine kanunda, kamu görevlisi olmayan tabiplerle sözleşme imzalaması öngörülmüş; bu da, “kamu görevlisi olmayan tabip” ifadesinin, dolaylı olarak aile hekimlerinin imzaladıkları sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu şeklinde yorumlanmasına yol açmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararına karşı oy yazan üyeler de, “kamu görevlisi olmayan tabip” ifadesine vurgu yapmışlardır. Ancak 5258 sayılı Kanun’un bütününe bakıldığında yasa koyucunun, “kamu görevlisi olmayan tabip” ifadesiyle, sözleşmenin hukuki niteliğini dolaylı olarak belirleme amacının olmadığını söylemek mümkündür. Zira, daha önce açıklandığı üzere idare, hem kamu görevlisi hem de kamu görevlisi statüsü dışındaki tabiplerle sözleşme imzalayabilmektedir. Hatta aile hekimlerinin çoğunluğu hali hazırda kamu görevlisi olan ve aile hekimi olduğunda da bu statüyle bağı devam eden kamu görevlisi hekimlerden oluşmaktadır. “Kamu görevlisi olmayan tabip” ifadesinin ise, tabiplerin, aile hekimi olabilmek için idareyle sözleşme yapmadan önceki hukuki durumlarını nitelendirmek için kullanıldığı söylenebilecektir. Bu nedenle, “kamu görevlisi olmayan tabip” ifadesini dolaylı bir nitelendirme olarak kabul etmeyen Anayasa Mahkemesi kararına katılmak mümkündür.

Dolayısıyla aile hekimlerinin imzaladıkları sözleşmelerin hukuki niteliğinin tespitinin yapılması için başka kriter(ler)e ihtiyaç vardır. Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için gerekli olan kriterler doktrinde ve yargı kararlarında, sözleşmenin taraflarından birisinin idare olması⁷⁴, konusunun kamu hizmeti ol-

74) Bülül, Anayasa’nın 47’inci maddesinde 1999 yılında yapılan değişiklikten sonra, sözleşmenin kanunla nitelendirilmesi olasılığı bir yana, bugün artık idari sözleşmenin tek ölçütünün yatırım ve hizmetleri gerçek veya tüzelkişiye gördürecek olan tarafın idare olması olarak ifade etmektedir. Yazar, 47’inci maddede yapılan değişiklikten sonra, idari sözleşme ölçütlerinde olan “kamu hizmeti” ve “idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması” ölçütlerinin önemini kaybettiğini söylemektedir. BÜLBÜL, Erdoğan, “Kamu İştirakleri”, Beta Yay., İstanbul, 2004, s.138.

ması⁷⁵ ve sözleşmede idareye üstünlük ve ayrıcalık tanınması⁷⁶ gerektiği şeklinde ifade edilmektedir⁷⁷. Aile hekimlerinin imzaladıkları sözleşmelerin bir tarafında idare bulunmakta ve aile hekimi, sağlık kamu hizmetinin yürütülmesine katılmaktadır. Ayrıca idarenin aile hekiminin yerine getirdiği faaliyetler üzerinde denetim ve yaptırım uygulama ile sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme yetkileri de bulunmaktadır⁷⁸. Bu kriterler açısından bakıldığında, aile hekimlerinin aksettikleri sözleşmelerin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Öte yandan, âkid gerçek kişinin kamu hizmetinin yürütülmesinde bizzat ça-

75) Bu şartın gerçekleştiğinden bahsedebilmek için, sözleşmenin karşı tarafının kamu hizmetinin ifasına doğrudan doğruya katılması ya da yardım etmesi gerektiği ifade edilmektedir. DURAN, s.431-432.

76) "Sözleşmenin konusunu oluşturan kamu hizmetinin temel ilkelerine uygun yürütülmesi ve kamu yararının gözetilmesi sorumluluğunu taşıyan idare bazı yetkilere sahip olup sözleşmenin karşı tarafına göre üstün konumdadır. İdarenin elindeki ve özel hukuku aşan bu yetkilerin tam olarak belirlenmesi zordur. Sözleşmenin yerine getirilmesinde kusuru görülen karşı tarafta yaptırım uygulayabilme, sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilme ve gereğinde son verebilmek gibi yetkiler bu cümleden sayılabilir". TAN, Turgut, "İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler", AÜSBFD, C.50, S.3-4, s.294 vd.

77) İdari Sözleşme ölçütleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BİLGİN, Pertev, "Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri", İstanbul, 1970; DURAN, s.430; ÖZAY, İl Han, "Günışığında Yönetim", Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 511-512; GÜN-DAY, Metin, "İdare Hukuku", 10. Bası, İmaj Yay., Ankara, 2011, s.184 vd.; ODYAKMAZ, Zehra, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1998, C.2, S.1-2, s.149 vd.; ÇAL, Sedat, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.14, S.1, Y. 2010, s.230 vd.; TAN, s.293 vd.; Gözler, konusunun kamu hizmeti olması ve sözleşmede idareye üstünlük ve ayrıcalık tanınması kriterlerinden birinin varlığının, sözleşmenin idari sayılması için yeterli olacağını ifade etmektedir. GÖZLER, s.24.

Anayasa Mahkemesine göre, "bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir". AYMK, 9.12.1994 tarih, E. 1994/43 - K. 1994/42-2. Danıştay'a göre ise, "Bir sözleşmenin "idari sözleşme" niteliğinde olabilmesi için bir idarenin kamusal yetkilerine dayanarak hazırladığı ve kendisine üstünlük ve ayrıcalık tanıyarak sürekli bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olarak düzenlenen sözleşmeler olması gerekmektedir". Danıştay 8.D., 13.12.1999 tarih, E.1999/2852 - K.1999/7533. Bir uyuşmazlık Mahkemesi kararında aktarılan yakın tarihli bir Danıştay kararında ise, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması ve idareye üstün ve ayrıcalıklı yetkiler tanınması ölçütlerinden birinin varlığı idari sözleşme olarak nitelendirilmek için yeterli kabul edilmiştir. Buna göre: "...İdari sözleşmeler, taraflarından en az birisi bir kamu tüzel kişisi olan ve bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin ve/veya özel hukuku aşan birtakım hükümler içeren sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede, bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için yapılan idari sözleşmeler, gerek hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönlerinden özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır. (Danıştay 13. Dairesi'nin 2014/2005 Esas, 2014/2889 Karar sayılı kararı)". in Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), 29.12.2014 tarih, E.2014/1138 - K.2014/1179. www.kazanci.com. E.T.:11.12.2015.

78) Bu hususlar hakkında bkz. "Aile Hekiminin Denetlenmesi" başlığı.

lışması veya başlı başına bir kamu ödevini yüklenip yerine getirmesi hallerinde, işin niteliğine ve önemine bakılmaksızın idari sözleşme ilişkisinin bulunduğu ifade edilmektedir⁷⁹. Bir diğer ifadeyle, “sözleşme, sözleşmeci gerçek kişinin bir kamu hizmetinin yürütülmesine katılmasını öngörüyorsa ortada bir idari sözleşme vardır⁸⁰”.

Nitekim Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu da, Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkındaki 5441 sayılı kanunun değişik 5’inci maddesine göre 1 yıl süreli sözleşmeyle işe alınan ve sözleşmenin sona ermesinden iki gün önce alınan bir kararla sözleşmenin yenilenmeyeceği kendisine bildirilen kişinin açmış olduğu davada bu yönde bir değerlendirme yapmıştır. Buna göre: “...5441 sayılı Kanunla Yasa Yapıcı Tiyatroyu, kâmil mânası ile devamlı bir âmme hizmeti kabul ve Devlet Tiyatrosunu âmme hizmeti gören bir âmme idaresi olarak kurmuştur. Burada çalışan sanatçılar, hangi tarz ve şekilde hizmete alınırsa alınsın bir âmme ajandır ve yukarıda vazife ile ilgili kısımda açıklandığı üzere, sanatçı, Memurin Kanununun 1 inci maddesinde tarif olunan müstahdemdir. 5441 sayılı Kanunun 5 inci maddesi hükmüne müsteniden 9 uncu madde esasları dahilinde tanzim olunan mukavele bir idarî mukavele ve aynı zamanda Memurin Kanununun 3 üncü maddesi hükmüne uygun bir istihdam mukavelesi mahiyetindedir...⁸¹”. Buradan hareketle de, sağlık kamu hizmeti yürüten gerçek kişi konumundaki aile hekimleriyle imzalanan sözleşmelerin, idari hizmet sözleşmesi olarak nitelemesi gerektiği söylenebilecektir.

B. Aile Hekiminin Görevlendirme Yapılmak Suretiyle Çalıştırılması

5258 sayılı Kanunla getirilen aile hekimliği modeli için temel istihdam aracı sözleşme olarak görülse de; idare, bazı hallerde görevlendirme ya da yetkilendirme yapmak suretiyle aile hekimliği hizmetlerinin görülmesini sağlayabilmektedir. Nitekim, 5258 sayılı Kanun’un 1’inci maddesinde Kanun’un amacı, “aile hekimliği hizmetlerinin yürütülebilmesini teminen görevlendirilecek (...) sağlık personelinin statüsü ve malî hakları ile hizmetin esaslarını düzenlemektir” denilmektedir. Ayrıca Kanun’un 3/1’inci maddesinde, Sağlık Bakanlığı’nın, Bakanlık personelini aile hekimleri uygulamaları için görevlendirme yetkisinin olduğu açıkça ifade edilmektedir.

Ancak görevlendirme usulü, geçici nitelikte bir istihdam modelidir. Nitekim

79) DURAN, s.432. Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkındaki 5441 sayılı kanunun değişik 5 inci maddesine göre 1 yıl süreli sözleşmeyle işe alınan ve sözleşmenin sona ermesinden iki gün önce alınan bir kararla sözleşmenin yenilenmeyeceği kendisine bildirilen kişinin açmış olduğu davada

80) GÖZLER, s.26.

81) Danıştay İBKG, 4.7.1964 tarih, E.1964 674 – K.1964 344, Aktaran, DURAN, Lütfi, “İdarî Mukavele”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.32, S.1, Y.1966, s.356-357.

Danıştay da görevlendirme usulünün geçici ve istisnai bir yöntem olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: "...Davacı, memur statüsündeki hekimlerin sözleşme ile aile hekimi olarak görevlendirilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Oysa, 5258 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin 1. fıkrası bu geçici görevlendirmeye olanak tanımaktadır. Geçici olarak yürütülecek hizmet, yine birinci basamakta-ki sağlık kamu hizmeti olduğu gibi, aile hekimi olarak görevlendirme işleminin görevlendirilen memurun statüsünü değiştirici bir etkisi olmadığı da çok açıktır. Aile hekimliğinde sözleşmeli personel istihdamı asıl olup, gerek yasa, gerekse ilgili yönetmelikte görevlendirmenin gereksinim halinde başvurulabilecek istisnai ve geçici bir yöntem olarak benimsendiği görülmektedir⁸²".

Geçici görevlendirme suretiyle çalışan aile hekimi ise "geçici aile hekimi" olarak isimlendirilmektedir. Uygulama Yönetmeliği'nin 3/j bendine göre geçici aile hekimi, "(a)ile hekiminin yıllık izin, hastalık izni ve diğer nedenlerle görev başında bulunmadığı sürede yerine bakan veya boş aile hekimliği pozisyonuna yerleştirme yapılncaya kadar bu pozisyona görevlendirilen aile hekimini" ifade etmektedir.

Bu tanımdan hareketle görevlendirme nedenlerini, aile hekiminin görevi başında bulun(a)maması sebebiyle geçici görevlendirme yapılması ve aile hekimi pozisyonunun doldurulamaması nedeniyle görevlendirme yapılması şeklinde iki başlık altında incelemek mümkündür.

a. Aile Hekiminin Görevi Başında Bulun(a)maması Sebebiyle Geçici Görevlendirme Yapılması

Aile hekiminin görevi başında bulun(a)maması sebebiyle geçici görevlendirme yapılması çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda yapılacak görevlendirmelerden birisi, aile hekiminin tedbir olarak görevden uzaklaştırılması halinde, aile hekimliği pozisyonuna hizmetinin aksamaması adına yapılan görevlendirmelerdir⁸³.

Bir diğeri ise, geçici aile hekimi tanımından da anlaşılacağı üzere, aile heki-

82) Danıştay 5.D., 15.04.2009 tarih, E.2007/6860 – K.2009/2011.

83) **Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği, Madde 13/5:** "Birinci fıkranın (g) ve (h) bentlerine münhasır olmak üzere, aile hekimliği hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülen aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, Sağlık Bakanı, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu Başkanı, vali, Bakanlık sağlık denetçileri veya Türkiye Halk Sağlığı Kurumu sağlık denetçileri tarafından en fazla iki aya kadar sözleşmeleri askıya alınmak suretiyle görevden uzaklaştırılabilir. Bu süre içinde tamamlanacak idari soruşturma neticesinde ilgililerin anılan bentlerde yer alan fiilleri işledikleri sabit görülür ise sözleşmeleri sona erdirilir, aksi hâlde ilgililer görevlerine iade edilir. Sözleşmenin askıda olduğu süre zarfında, müdürlükçe pozisyona geçici görevlendirme yapılır ve sözleşmeli aile hekimi ile görevlendirilen aile hekimine 17 nci maddeye göre, sözleşmeli aile sağlığı elemanı ve görevlendirilen aile sağlığı elemanına ise 20 nci maddeye göre ödeme yapılır".

minin çeşitli nedenlerle görev başında bulunmamasıdır. Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliğinin 8'inci maddesinde, aile hekiminin hizmet içi eğitim için veya olağanüstü hallerde görevlendirilmesi halinde, hizmetin devamı için halk sağlığı müdürlüğüne gerekli tedbirlerin alınacağından bahsedilmektedir. Burada ifade edilen gerekli tedbirlerin başında, geçici aile hekimi görevlendirilmesinin olduğuna kuşku yoktur. Yine maddenin devamında, sözleşmeli olarak çalıştırılan aile hekiminin, izinli veya raporlu olduğu süre içinde, hizmetin görülmesini sağlamak için, 5'inci maddede belirtilen şartları taşıyan hekim ile anlaşamaması halinde, yine halk sağlığı müdürlüğüne geçici aile hekimi görevlendirilecektir. Bu durumda görevlendirme, birden fazla birimi bulunan aile sağlığı merkezlerinde, aynı aile sağlığı merkezinde görev yapan diğer sözleşmeli aile hekimlerinden; ancak görevlendirme yapılacak sözleşmeli aile hekimi bulunmadığı takdirde sözleşmeli aile hekimliği çalışanları dışından yapılır.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, aile hekimine hizmetin görülmesini sağlamak için bir hekimle anlaşma yükümlülüğü yüklenmesi doğru bir yaklaşım değildir. İdare kamu gücü kullanma ayrıcalığına ve tek taraflı işlem yapma yetkisini haizken; aile hekiminin böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla aile hekiminin, özlük haklarını kullanması sırasında, hizmetin devamını sağlayacak personel temin etmesi oldukça düşük bir ihtimaldir. Öte yandan, aile hekimliği hizmetlerinin kamu hizmetinin tabi olduğu ilkeler uyarınca yürütülmesi, hizmetin asıl sahibi konumundaki idarenin sorumluluğundadır. Bu sorumluluğu; bir diğer ifadeyle aile hekimliği hizmetlerinin sürekliliğini sağlama yükümlülüğünü, aile hekimine yüklemek aile hekiminin otomatikman düşük ücret almasına yol açmak suretiyle cezalandırılması sonucunu doğurabilecektir. Zira, Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 17'inci maddesine göre, aile hekimi bu yükümlülüğü yerine getirmesi halinde idareden tam ödeme alırken; yerine getirmemesi halinde alacağı ücrette kesinti yapılmakta; bir nevi aile hekimi özlük hakkını kullanması sebebiyle yaptırma tabi tutulmaktadır.

Bunun yanı sıra, Anayasa'nın 128'inci maddesi ve Anayasa Mahkemesi'nin aile hekimlerinin özlük haklarının yasayla düzenlenmesi gerektiği yönünde vermiş olduğu kararlar göz önüne alındığında, yönetmelikte böyle bir düzenlemeye yer verilmesinin hukuken kabul edilebilir bir tarafı da bulunmamaktadır.

b. Aile Hekimi Pozisyonunun Doldurulmaması Nedeniyle Görevlendirme Yapılması

Geçici aile hekimi görevlendirilebilmesi için ikinci olasılık ise, aile hekimliği pozisyonu için yerleştirme yapılamamasıdır. Bu husus, Uygulama Yönetmeliği'nin 17'inci maddesinde düzenlenmiştir. "Görevlendirme" başlıklı 17'inci maddeye göre, "ildeki boş aile hekimi ve aile sağlığı elemanı pozisyonları görevlendirme

suretiyle doldurulur. Farklı ilçeden görevlendirme yapılması halinde, görevlendirme süresi, personelin rızası olmadıkça altı ayı geçemez”. Her ne kadar madde metninde yerleştirme yapılamaması halinde gerçekleştirilecek bir görevlendirmeden bahsedilmiyorsa da; maddenin başlığı ve Uygulama Yönetmeliği'nin sistematığı içerisinde bulunduğu konum, bizi bu sonuca götürmektedir.

C. Aile Hekiminin Yetkilendirme Yapılmak Suretiyle Çalıştırılması

Aile hekimlerinin hizmete alınması noktasında incelenmesi gereken son yöntem, yetkilendirmedir. Bu usul, Uygulama Yönetmeliğinin 29'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “(a)ile sağlığı merkezleri dışında birinci basamak sağlık hizmeti veren; üniversiteler, askeri birlikler, hastaneler, kurum ve işyerlerinde yetkilendirilmiş aile hekimliği hizmeti verilebilir. Bu kurumlarda Kurumun (Türkiye Halk Sağlığı Kurumu) öngördüğü eğitimleri almaları şartı ile herhangi bir suretle istihdam edilen hekimlerin talebi ve kurumlarının teklifi üzerine, valiliğin uygun görüşü ve Kurumun onayı ile kendi görev ve sorumluluk alanlarıyla sınırlı olmak kaydıyla, aile hekimliği yetkisi verilir. Kurumlar bu Yönetmelikteki fiziki şartları ve teknik donanımı sağlamakla yükümlüdür. Yetkilendirilmiş aile hekimleri Kurum tarafından belirlenen hizmete özel sözleşmeyle göreve başlatılırlar. Yetkilendirilmiş aile hekimi, aile hekiminin yaptığı iş ve işlemleri yapmakla yükümlüdür. Yetkilendirilmiş aile hekimine de kişi kaydı yapılır.

Yetkilendirilmiş aile hekimi, aile hekimliği görevi dışında kalan hususlarda kendi mevzuat hükümlerine tabidir.

Üniversitelerin aile hekimliği anabilim dallarına ve aile hekimliği uzmanlık eğitimi veren eğitim ve araştırma hastaneleri aile hekimliği klinik şefliklerine kendilerinin talebi ve kurumlarının teklifi üzerine yetkilendirilmiş aile hekimliği yetkisi verilir. Bu birimlerde görev yapan öğretim elemanları kendi görev ve sorumluluk alanları dışında da kişi kaydı yapabilirler”.

Görüldüğü üzere, ASM'ler dışında kalan birinci basamak sağlık hizmeti veren sağlık kurum-kuruluşları içerisinde yer alan tabiplerin talebi ve çalıştıkları kurum-kuruluşun teklifi üzerine, bu tabiplere aile hekimliği yetkisi verilebilmektedir. Bu tabipler de, diğer aile hekimleri gibi sözleşme imzalamak suretiyle göreve başlamakta ve aile hekimleri için geçerli olan görev ve yetkilere sahip olmaktadır.

III. Aile Hekiminin Denetlenmesi

Sağlık kamu hizmetinin bir parçası olan aile hekimliği hizmetlerinin kamu görevlisi olarak nitelendirilen sözleşmeli tabipler tarafından sunuluyor olması, gerek bu hizmetler gerekse tabipler üzerindeki denetime etki etmektedir. Sağlık hizmetlerinin sağlıklı yaşama hakkıyla olan yakın ilişkisi ve sağlık hizmetleri ala-

nında Anayasa'nın 56'ncı maddesi gereğince Devlete yüklenen denetim görevi, aile hekimlerinin kamu görevlisi statüsünde bulunmasıyla birleşince denetim daha da içeriksek bir hal alabilmektedir. Ancak ülkemizde kabul edilen aile hekimliği modelinde denetim ilk etapta, otokontrol odaklı hasta-hekim ilişkisine dayanmaktadır. Zira aile hekiminden memnun olmayan kişi, aile hekimini serbestçe değiştirebilmektedir⁸⁴. Bu durum, aile hekimine kayıtlı kişi sayısının azalmasına sebep olmak suretiyle, aile hekimine yapılacak ödeme tutarının azalmasına⁸⁵ ve hatta sözleşmenin sona erdirilmesine⁸⁶ yol açabilmektedir. Bu da aile hekiminin öncelikle kendisi üzerinde bir otokontrol mekanizması geliştirmesine yardımcı olmaktadır.

Öte yandan, kişi memnuniyetine dayalı denetimin haricinde de aile hekimlerinin idare tarafından denetlenmesine ilişkin hükümler mevzuatta yer almaktadır. 5258 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesine göre, "aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, mevzuat ve sözleşme hükümlerine uygunluk ile diğer konularda Bakanlık, ilgili mülki idare ve sağlık idaresinin denetimine tâbidir". Bu hükümle, aile hekimlerini denetleme yetkisine sahip makamlar ile bu denetimlerde temel alınacak hususlar ortaya konulmuştur. Bunun dışında kalan denetime ilişkin hususların ise, Sağlık Bakanlığı'na çıkarılacak Yönetmelikle düzenleneceği Kanun'un 8'inci maddesinde düzenlenmiştir.

Bu noktada, denetime ilişkin hususların yönetmelikle düzenlenip düzenlenemeyeceği; denetimin yaptırımını da bünyesinde taşıyıp taşımadığı hususları önem arz etmektedir⁸⁷. Anayasa'nın 38'inci maddesinde dayanağını bulan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi bu anlamda büyük önem arz etmektedir. Nitekim anayasa Mahkemesi de sağlık hizmeti alanında vermiş olduğu bir kararında suçların kanunla düzenlenmesi gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: "Yönetim, yönetim

84) Uygulama Yönetmeliği, Madde 8/1: "Kişilerin aile hekimlerine ilk kaydı, müdürlük tarafından ikamet ettikleri bölge göz önünde bulundurularak yapılır. Yenidoğanlar ile henüz nüfusa kayıtlı olmayan bebek ve çocuklar annelerinin kayıtlı olduğu aile hekimine kaydedilir. Her ilçe ve 10/7/2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununa tabi olmayan il merkezleri ayrı bir bölgedir. Kişiler, aile hekimini bölge sınırlaması olmaksızın serbestçe seçebilirler. Zorunlu haller dışında aile hekimi üç aydan önce değiştirilemez. Aile hekimi değişikliği kişilerin yazılı talebi üzerine hizmet almak istediği aile hekimince veya ilgili toplum sağlığı merkezince yapılır. Aile hekimince yapılan değişiklik, talep belgesi ile birlikte beş iş günü içerisinde ilgili toplum sağlığı merkezine ulaştırılır".

85) Bu hususta bkz. Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği, Madde 16.

86) Bu hususta bkz. Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği, Madde 13: "Aşağıdaki hâllerde, sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimi ve aile sağlığı elemanının sözleşmesi, feshi gerektiren fiilin kişiye tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde alınan savunmalar uygun görülmediği takdirde, vali tarafından herhangi bir ihbar veya ikaza gerek duyulmadan sona erdirilir:

a) Aile hekimine kayıtlı kişi sayısının aralıksız iki aydan fazla süreyle (aylık yapılan üçüncü bildirimde) bin kişinin altına düşmesi".

87) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKIR, s.307 vd.

ilişkisi nedeniyle yönetilenler hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Disiplin hukukunun kaynağını oluşturan bu yetki, Anayasa çerçevesi içinde yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen koşullarda kullanılır. (...) ‘Kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır...⁸⁸.”

Ancak, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin idare hukuku anlamında, ceza hukuku alanında uygulandığı sertlikte uygulanmadığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda, ‘idari ceza’ türünün, disiplin cezalarında⁸⁹, regülatif cezalarda ve hatta kabahatlerde kanunla belirlenmesinin zorunlu olduğu; hangi fiillere hangi cezaların uygulanacağını gösteren ‘idari suçlar’ın ise, yasanın çizdiği çerçeve dahilinde düzenleyici işlemlere konu edilebileceği ifade edilmektedir⁹⁰. Bu durum aynı zamanda Anayasa’nın 128’inci maddesinin de bir gereğidir. Nitekim gerek Danıştay gerekse Anayasa Mahkemesi disiplin cezalarının kanunla düzenlenmemiş olmasını hukuka aykırı bulmaktadır⁹¹. Kamu görevlisi olarak nitelendirilen aile hekimleri açısından da, en azından uygulanacak olan disiplin cezalarının kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak 5258 sayılı kanunda idari yaptırım anlamında bir düzenleme bulunmamakta; aile hekimlerine ilişkin disiplin cezaları ve

88) AYMK, 19.04.1988 tarih, E.1987/16 – K.1988/8.

89) Kanunla düzenlenmesi gerektiği ifade edilen disiplin cezası, kamu hizmeti görevinin etkili biçimde gerçekleştirilebilmesi için, yalnızca kamu hizmetinde görevli ya da bu hizmeti icra eden organla ilişkisi olan kişiye uygulanabilen yaptırımlardır. OĞURLU, Yücel, “İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma”, Seçkin Yay., İstanbul, 2000, s.98.

90) ULUSOY, Ali, “İdari Yaptırımlar”, Oniki Levha Yay., İstanbul, 2013, s.85-86. Anayasa’nın 38’inci maddesi gereğince yalnızca disiplin cezalarının değil; disiplin suçlarının da kanunla düzenlenmesi gerektiği hakkında bkz. GÖÇGÜN, Muhammed, “Yükseköğretim Kurumlarında Görev Yapan Personelin Çekilmiş Sayılması”, MÜHFHAD, C. 19, S. 3, s.198.

91) Danıştay, kanunda düzenlenmeyen bir disiplin cezasının, yönetmelikte öngörülme suretiyle öğretim elemanlarına uygulanamayacağına karar vermiştir. DİDDGK, 05.11.2012 tarih, E.2011/2486 – K.2012/1698, www.kazanci.com. Anayasa Mahkemesi ise, öğretim elemanlarının disiplin işlemlerine dair usul ve esasların kanunda gösterilmeyerek, yükseköğretim kuruluca düzenlenmesinin öngörülmesini Anayasa’nın 38 ve 128’inci maddelerine aykırı bulmuştur. Kararın gerekçesi şu şekildedir: “...Dava konusu kural bu haliyle disiplin uygulamaları ile ilgili olarak genel ilkeleri ortaya koymamakta disiplin cezalarını gerektiren hal ve durumları belirlememektedir. Ayrıca kuralda, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zamanasını ve karar verme süreleri, yüksek disiplin kurulunun çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz ve savunma hakkı başta üzere kamu görevlilerinin hakları, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hallerde özlük dosyasından silinebileceği gibi konuların hiçbiri ile ilgili kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Kapsama dahil edilen personelin disiplin işlemlerine dair usul ve esasların kanunda gösterilmeyerek, tüm bu işlemlerin yükseköğretim kuruluca düzenlenmesini öngören düava konusu kural anayasa ile bağdaşmamaktadır”. AYMK, 14.01.2015 tarih, E.2014/100 – K.2015/6.

disiplin suçları yönetmelikte düzenlenmektedir. Bu durum, sadece Anayasa'nın 38'inci ve 128'inci maddeleri açısından değil, yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin 7'inci madde açısından da sorun ihtiva etmekte; sözleşmenin feshi gibi aile hekimi ile kamu görevlisi statüsü arasındaki bağı kesen disiplin yaptırımları dahil olmak üzere tüm disiplin cezalarının ikincil mevzuatla düzenlenmesi hukuka aykırılık taşımaktadır. Bu bağlamda, denetime ilişkin hususların yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin yasa hükmünün itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşındığı takdirde Yüksek Mahkemenin, aile hekimlerinin 'yaş şartı' ve 'izin hakkı' yönünden verdiği kararlarla aynı doğrultuda iptal kararı vermesi kuvvetle muhtemeldir.

A. Denetim Usulü

Aile hekimlerinin denetlenmesi hususunda, Uygulama Yönetmeliği'nin 33'üncü maddesinde Kanun'un 6'ncı maddesine ek olarak, denetimin ne şekilde gerçekleştirileceği ve usulü hakkında kısa bilgi verdikten sonra, bu hususta Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliğine atıfta bulunmuştur. Buna göre, “..(d)enetim yapmaya yetkili amir, ilgili mevzuat ve sözleşme şartlarına aykırılığı doğrudan kendisi tespit edebileceği gibi, tespiti yapmak üzere incelemeci veya soruşturmacı da görevlendirebilir. Bu denetimler Kurum tarafından belirlenen denetleme formları ile gerçekleştirilir. Mevzuat ve sözleşme şartlarına aykırılık tespit edildiği takdirde, Aile Hekimliği Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ile Sözleşme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte belirtilen hükümler çerçevesinde ilgililer hakkında işlem tesis edilir”.

Uygulama Yönetmeliği'nin atıfta bulunduğu Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 11'inci maddesine göre ise, “(a)ile sağlığı merkezi, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliğinin 29 uncu maddesi hükmü çerçevesinde⁹², olağan dışı denetimler hariç olmak üzere, altı aylık aralıklarla denetlenir. Yapılan denetimler sonucunda ilgili mevzuat ve sözleşme şartlarına aykırı fiillerin tespit edilmesi hâlinde aykırılığın mahiyetine göre;

a) Adli yönden, 2/12/199 tarihli ve 483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında

92) Bu atıf yürürlükten kaldırılan 25/5/2010 tarihli ve 27591 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin “denetim” başlıklı 29'uncu maddesine yapılmıştır. Bu yönetmelik, 25.01.2013 tarih ve 28539 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'yle yürürlükten kaldırılmıştır. Uygulama Yönetmeliği'nin 40/2'inci maddesine göre, “(d)iğer mevzuatta, 25/5/2010 tarihli ve 27591 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliğine yapılmış olan atıflar bu Yönetmeliğe yapılmış sayılır”. Bu nedenle, 29'uncu madde ifadesinin, Uygulama Yönetmeliği'nin “denetim” başlıklı 33'üncü maddesine yapılmış bir atıf olarak değerlendirmek gerekmektedir. Zira, Uygulama Yönetmeliği'nin 29'uncu maddesi denetimle ilgili bir madde değildir. Madde, “yetkilendirilmiş aile hekimleri”ni düzenlemektedir.

Kanun hükümlerine göre,

b) İdarî yönden 13 üncü ve 14 üncü madde hükümlerine göre,

c) Kamu zararı oluşturan malî hususlar yönünden; 27/9/206 tarihli ve 206/1058 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Kamu Zararlarının Tahsilne İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre gerekli işlemler tesis edilir”.

Görüldüğü üzere, aile hekimleri, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu tarafından belirlenen denetleme formları esas alınarak, altı aylık dönemlerde rutin olarak denetlenecek ve denetimler sonucunda mevzuat ve sözleşme şartlarına aykırı fiillerin tespit edilmesi hâlinde, idari yönden Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 13'üncü ve 14'üncü maddelerine göre gerekli işlemler tesis edilecektir. Burada bahsedilen “gerekli işlemler”den kastın ise, idari yaptırımları da içeren, 13 ve 14'üncü maddede sayılan işlemler olduğu açıktır.

B. Denetim Sonucu Yaptırım Uygulanması

Denetimler sırasında mevzuat ve sözleşme şartlarına aykırı fiillerin tespit edilmesi hâlinde Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 13'üncü ve 14'üncü maddelerinde yer alan yaptırımlar uygulanmaktadır. Aile hekimleri sözleşmeyle çalışmalarına karşın, bu maddelerde öngörülen yaptırımların uygulanmasına yönelik işlemlerin Danıştay tarafından, sözleşmeden ayrılabilen⁹³ ve iptal davasına konu edilebilen işlemler olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. Zira Danıştay, Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği EK-2'de yer alan ihtar puanı uygulamasına yönelik idari işlemin iptali istemini hukuka ve mevzuata aykırılık olmadığı gerekçesiyle esastan reddetmiştir⁹⁴.

Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesi, “sözleşmenin yetkili mercii tarafından sona erdirilmesi” başlığını taşımakta ve maddede yer alan fiilleri gerçekleştiren aile hekimlerinin sözleşmeleri herhangi bir bildirimle gerek kalmaksızın sona erdirilmektedir. Bu konuya “aile hekimliğinin sona ermesi” başlığında tekrar değinilecektir.

Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 14'üncü maddesi ise, “sözleşmenin ih-taren sona erdirilmesi” başlığını taşımakta ve aile hekimlerine uygulanacak idari yaptırım olarak öngörülen “ihtar puanı”nın nasıl ve kim tarafından uygulanacağına ilişkin hükümler içermektedir⁹⁵. Her ne kadar Ödeme ve Sözleşme

93) Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SEZGİNER, Murat, “Ayrılabilir İşlem Kuramı”, Yetkin Yay., Ankara, 2000.

94) Danıştay 5.D., 13.10.2015 tarih, E.2013/1979 – K.2015/7838. (UYAP)

95) **Madde 14:** (1) Ek (2)'de yer alan fiilleri işleyen sözleşmeli aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına ilgili vali yardımcısı tarafından, tespitin Bakanlık veya Türkiye Halk Sağlığı Kurumu tarafından yapılması hâlinde ise Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca, ihtar puanı gerektiren fiilin

Yönetmeliği'nde yer almasa da tespit, Kanun'un 6'ncı maddesi gereğince ilgili mülki idare ve sağlık idaresi ya da Bakanlık veya Türkiye Halk Sağlığı Kurumu tarafından yapılabilecektir. Burada toplum sağlığı merkezleri tarafından bu tespitin yapılıp yapılamayacağı sorusuna ise olumlu cevap verilebilecektir. Zira, Toplum Sağlığı Merkezi Ve Bağlı Birimler Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesine göre⁹⁶, toplum sağlığı merkezinin aile hekimliği birimlerine yapacağı "ziyaret"ten bahsedilmekte; bu "ziyaret"te mevzuatın izin verdiği sınırlar çerçevesinde her türlü kayıtlara erişilebileceği, elde edilen verilerin ve yapılan değerlendirmelerin ise aynı Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 11'inci maddesinde yer verilen olağan denetimle paralel şekilde altışar aylık dönemlerde müdürlüğe yazılı olarak ya da elektronik ortamda bildirileceği düzenlenmektedir. Burada "ziyaret" olarak ifade edilen hususun aslında bir denetim olduğunu madde hükmünden anlamak mümkündür.

Bu denetimler devamında yapılan tespitler sonucunda, gerçekleştirilen fiilin

kişiye tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde alınan savunmalar uygun görülmediği takdirde fiillerine karşılık gelen ihtar puanları uygulanmak suretiyle doğrudan yazılı ihtar yapılır. Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca yapılan ihtarlar, işlem yapılmak üzere ilgili valiliğe bildirilir.

(2) İlgili aile hekimi ve aile sağlığı elemanı, vali yardımcısının verdiği ihtara karşı, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde valiye, Türkiye Halk Sağlığı Kurumunun verdiği ihtarlara karşı ise Bakanlık Müsteşarına itirazda bulunabilir. İtiraz mercileri otuz gün içinde itirazı inceleyerek karara bağlar ve kararı ilgisine yazılı olarak bildirir.

(3) Bir sözleşme dönemi içinde, verilen ihtar puanlarının yüz puana ulaşması hâlinde sözleşme valı tarafından sona erdirilir.

(4) Sözleşmeleri ihtaren sona erdirilen aile hekimi ve aile sağlığı elemanları, bir yıl süreyle yeniden sözleşme imzalamak üzere talepte bulunamaz.

(5) Bir sözleşme dönemi içinde ihtar puanlarının yüz puana ulaştığının, sözleşme dönemi sona erdikten sonra tespit edilmesi hâlinde, tespit tarihinde geçerli olan sözleşme sona erdirilir.

(6) İhtarı gerektiren fiilin işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren en geç iki ay içinde gerekli işlem başlatılarak takip eden altı ay içerisinde sonuçlandırılır. İhtarı gerektiren fiillerin işlendiği tarihten itibaren iki yıl içinde ihtar verilmemesi hâlinde ihtar verme yetkisi zamanaşımına uğrar.

96) **Madde 13:** "(1) TSM'nin izleme ve değerlendirme çalışmalarına ilişkin görevleri şunlardır: (...)

c) Bölgesindeki aile hekimliği birimlerinin çalışma düzenine uyumlarını ilgili mevzuatına göre izlemek ve değerlendirmek, hazırladığı raporu müdürlüğe iletmek,

ç) Bölgesinde hizmet veren aile hekimliği birimlerinin çalışmalarını ve kayıtlarını ilgili mevzuatına göre izlemek ve değerlendirmek amacıyla aile sağlığı merkezlerini ziyaret etmek, mevzuatın izin verdiği sınırlar çerçevesinde her türlü kayıtlarına erişmek, elde ettiği verileri ve yaptığı değerlendirmeleri öncelikli olarak aile sağlığı merkezi çalışanlarına yazılı ya da sözlü olarak, ayrıca altışar aylık dönemlerde de müdürlüğe yazılı olarak ya da elektronik ortamda bildirmek, bu görevi yaparken hasta ve çalışan hakları ile kişisel mahremiyetin korunması ilkelerine riayet etmek,

d) Bölgesinde hizmet veren aile hekimliği birimlerinin gezici sağlık hizmeti planlarını bir önceki ayın son haftası içinde aile hekimlerinden almak, plana uyulup uyulmadığını izlemek ve değerlendirmek, hazırladığı raporu müdürlüğe bildirmek,..."

karşılığı Yönetmeliğin EK-2 formunda yer alan ihtar puanı, vali yardımcısı ya da Halk Sağlığı Kurumunca aile hekimine “yazılı ihtar” edilmektedir. Bu ihtar yapılmadan önce, aile hekiminin savunması alınmak zorundadır. Burada bahsedilen “yazılı ihtar”dan anlaşılması gereken, idari ceza uygulanmasıdır. Aynı, Toplum Sağlığı Merkezi Ve Bağlı Birimler Yönetmeliği’nin 13’üncü maddesinde ‘denetim’ ifadesinin kullanılmasından imtina edilerek “ziyaret” ifadesinin kullanıldığı gibi; burada da, ‘yaptırım’ ifadesinin kullanılmasından kaçınılarak, “yazılı ihtar” ifadesi kullanılmıştır. Ancak bu faaliyet ve işlemlerin adının değiştirilmesi, bunların niteliğini ve kanunla düzenlenmesi gerektiği gerçeğini değiştirmemektedir.

Aile hekimi, vali yardımcısının verdiği ihtara karşı, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde valiye; Türkiye Halk Sağlığı Kurumunun verdiği ihtarlar karşı ise Bakanlık Müsteşarına itirazda bulunabilecektir. İtiraz mercileri otuz gün içinde itirazı inceleyerek karara bağlamakta ve kararı ilgisine yazılı olarak bildirmektedirler.

Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği’nin 14’üncü maddesinde, aile hekimleri hakkında uygulanacak yaptırımlar için zamanaşımı süresi de öngörülmüştür. Buna göre, “(i)htarı gerektiren fiilin işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren en geç iki ay içinde gerekli işlem başlatılarak takip eden altı ay içerisinde sonuçlandırılır. İhtarı gerektiren fiillerin işlendiği tarihten itibaren iki yıl içinde ihtar verilmemesi hâlinde ihtar verme yetkisi zamanaşımına uğrar”.

IV. Aile Hekimliğinin Sona Ermesi

Aile hekimliği çeşitli şekillerde sona erebilmektedir. Bunlar, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi, sözleşmenin çalışan tarafından sona erdirilmesi ve sözleşmenin feshedilmek suretiyle sona erdirilmesi başlıkları altında toplanabilir.

Ölüm hâlinde veya tâbi olduğu mevzuata göre zorunlu olarak emekli olması gereken aile hekimlerinin sözleşmeleri, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın sona ermektedir. Ancak yaş haddinden emekli olması gerekenler emekliliğe sevk edildikten sonra, Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği’nin 5’inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen şartları yerine getirmesi kaydıyla, mevcut sözleşme şartlarına göre çalıştırılmaya devam edilebilir(Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği, Madde 12).

Öte yandan, sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimleri askerlik, doğum, emeklilik ve sair sebeplerle iki ay önceden bildirmek kaydıyla sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilirler. Halk sağlığı müdürlüğü, şartların uygun olması durumunda, iki aylık süreyi beklemeden sözleşmenin sona erdirilmesini kabul edebilir. Müdürlüğün kabul etmemesi durumunda, bu süreyi doldurmadan görevden ayrılan aile hekimi, bir yıl süreyle sözleşmeli aile hekimi olamayacaktır(Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği, Madde 15).

Bu iki durumun yanı sıra aile hekimliği, idarenin tek taraflı sözleşmeyi feshetmesi suretiyle de sona erebilmektedir. Bu sona erme, Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 14'üncü maddesinde yer aldığı üzere, yüz ihtar puanına ulaşılması sonucunda gerçekleşebileceği gibi; bu yönetmeliğin 13'üncü maddesinde⁹⁷ düzenlendiği şekliyle, aile hekiminin savunması alındıktan sonra, vali tarafından herhangi bir ihbar veya ikaza gerek duyulmadan da vukuu bulabilir.

Aile hekiminin sözleşmesinin 13'üncü madde gereğince, herhangi bir ihbar veya ikaza gerek duyulmadan sona erdirilmesi hallerinden bazıları, kamu görevlisi aile hekimlerinin kadrolarıyla da etkileşim içerisindedir. Kamu görevlisi aile hekimlerinin, aile hekimliği sözleşmesi imzalandıktan sonra içerisine girdikleri statü, "sözleşmeli aile hekimliği"dir. Bu kişilerin kurumlarından aylıksız izinli sayılması, "sözleşmeli aile hekimliği" statüsü içerisinde buldukları gerçeğini değiştirmemektedir. Buna karşın, kamu görevlisi aile hekimlerinin bu statüsü, aylıksız izinli bulunduğu kadrosuyla çok sıkı bir ilişki içerisinde bulunmakta; bu durum, özellikle disiplin hükümleri açısından bir güvence olmaktan öte handikap boyutuna ulaşabilmektedir. Örneğin, çalışanın kadrosu veya pozisyonundan istifa etmesi, aile hekiminin sözleşmesi ihtara gerek kalmaksızın feshedilmesine sebep olmaktadır (Madde 13/d). Halbuki aile hekimi, idareyle sözleşme imzala-

97) **Madde 13:** "(1) Aşağıdaki hâllerde, sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimi ve aile sağlığı elemanının sözleşmesi, feshi gerektiren fiilin kişiye tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde alınan savunmalar uygun görülmediği takdirde, vali tarafından herhangi bir ihbar veya ikaza gerek duyulmadan sona erdirilir:

- a) Aile hekimine kayıtlı kişi sayısının aralıksız iki aydan fazla süreyle (aylık yapılan üçüncü bildirimde) bin kişinin altına düşmesi.
- b) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerinde yer alan şartlar ile bu Yönetmelikte belirtilen şartların taşınmadığının anlaşılması veya bu şartların sonradan kaybedilmesi.
- c) 7 nci maddede belirtilen faaliyetlerde bulunulduğunun tespit edilmesi.
- ç) Kurumundan aylıksız veya ücretsiz izinli sayılanlar hakkında, yüksek disiplin kurullarınca verilen Devlet memurluğundan çıkarma cezasına veya sözleşmenin sona erdirilmesine dair kararın valiliğe bildirilmesi.
- d) Çalışanın kadrosu veya pozisyonundan istifa etmesi.
- e) Mücbir sebepler hariç, özürsüz ve kesintisiz olarak on gün görev başında bulunulmaması.
- f) Sağlık sebebiyle bir sözleşme döneminde yüzseksen günü aşan süreyle görevin ifa edilememesi.
- g) Eczane veya medikal firmaları, beşeri ilaç firmaları veya özel sağlık kuruluşları gibi mesleği ile ilgili alanlarda faaliyet gösteren gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişilerinin temsilcileri ile etik dışı haksız çıkar ilişkisinde bulunulduğunun tespit edilmesi.
- ğ) Menfaat karşılığında gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlendiğinin tespit edilmesi.
- h) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125 inci maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinde yer alan fiil ve hâllerin işlendiğinin tespit edilmesi.
- ı) Gözaltına alınma, tutuklanma veya hükümlülük nedeniyle görevi başında bulunamama süresinin sekiz haftayı aşması."

mak suretiyle yeni bir statü içerisine girmiş; kadrosuyla bağının devam edeceği ve aylıksız izinli sayılacağı, bir güvence olarak 5258 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir.

Yine, "kurumundan aylıksız veya ücretsiz izinli sayılanlar hakkında, yüksek disiplin kurullarınca verilen Devlet memurluğundan çıkarma cezasına veya sözleşmenin sona erdirilmesine dair kararın valiliğe bildirilmesi" halinde(Madde 13/ç) veya 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125 inci maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinde yer alan fiil ve hâllerin işlendiğinin tespit edilmesi durumunda(Madde 13/h) aile hekiminin sözleşmesi feshedilmektedir. Bu durum, "non bis in idem" ilkesine aykırı gözükmektedir.

Danıştay Başkanlar Kurulu önüne gelen bir uyuşmazlıkta, aile hekimi olarak görev yapan kişi hakkında, 657 sayılı Kanun'un 125/E-g maddesine istinaden devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiş; Başkanlar Kurulu, "idarece yapılan disiplin soruşturması sonucunda, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelikteki yüz kızartıcı ve utanç verici davranışlarının tespiti üzerine davacıya, devlet memurluğundan çıkarma cezası verildiği, uyuşmazlığa konu edinilen disiplin cezasının aile hekimliği ile ilgili personele ilişkin bir mevzuattan değil 657 sayılı Kanun'dan kaynaklandığı" gerekçesiyle, kamu görevlilerinin disiplin işlemlerini ilgilendiren mevzuattan kaynaklanan uyuşmazlığın temyizen incelenmesi görevinin, Onikinci Daireye ait bulunduğu karar vermiştir⁹⁸.

Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesine göre, bu disiplin cezasının devamında, aile hekiminin ihtara gerek kalmaksızın sözleşmesinin sona erdirilmesi gündeme gelecektir. Bu durum ise, aynı fiil sebebiyle mükerrer cezalandırılma sonucuna yol açmaktadır⁹⁹. Bu nedenle, sözleşme imzalayan kamu görevlisi tabibin kadrosuyla ilişkisinin kesileceği; aile hekimliğinin sona ermesi halinde ise kadro koşulu aranmaksızın eski görevine dönebileceğine ilişkin bir hükmün 5258 sayılı Kanun'a koyulması yerinde olacaktır.

Sonuç

Pilot il uygulamasıyla sağlık sistemimize giren aile hekimliği modeli, tüm ülke çapında uygulanır hale gelmiş; ancak hukuki alt yapı anlamında istenilen se-

98) Danıştay Başkanlar Kurulu, 18.02.2014 tarih, E.2013/372 – K.2014/37.

99) Ulusoy, TÜİK'te uzman yardımcısı olarak görev yapan bir kişiye aynı fiil nedeniyle hem aylıktan kesme cezası hem de sözleşmeli personel statüsüne son verme yaptırımını uygulanmasını non bis in idem ilkesine aykırı görmeyen Danıştay İDDK kararı hakkında şu ifadelere yer vermiştir: "Kişinin sözleşmeli personel statüsünün sona erdirilmesi Kurumdan ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğurmamakta, mali açıdan kayıplarına karşın, Kurumda kadrolu olarak çalışmaya devam edebilmektedir. Bu nedenle bu işlemi idari tedbir olarak nitelendirmek mümkündür". ULUSOY, s.112. Ancak aile hekimlerine ilişkin mevzuata bakıldığında, mevzuatta öngörülen fiillerin işlenmesi, hem aile hekimliği sözleşmesinin feshedilmesine hem de kişinin kadrosuyla ilişkisinin kesilmesi sonuca sebep olmaktadır.

viyeye ulaşılamamıştır. Zira, 2004 yılında yürürlüğe giren 5258 Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun, tüm ülke genelinde uygulanmaya başlanmasına ve bu süreç zarfında önemli deneyimler elde edilmesine karşın; Kanun'da, adından “pilot” ibaresinin çıkarılmasının dışında önemli değişiklik yapılmamıştır. Bunun yerine yasa koyucu, sağlık hizmetleri alanındaki genel eğilimine paralel şekilde ve kimi hususlarda yasama yetkisinin devrine sebebiyet verecek derecede düzenleme yetkisini idareye devretmiştir.

5258 sayılı Kanun'un yetersiz kalması ve düzenleme yetkisinin bu denli devri, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal kararları verilmesi sonucunu da beraberinde getirmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin gerek aile hekimliği hizmetlerinin hukuki niteliği gerekse bu hizmetin düzenleniş şekline ilişkin vermiş olduğu kararlara tam anlamıyla katılmaya olanak bulunmamaktadır. Özellikle, aile hekimliği hizmetlerinin genel idare esaslarına göre yürütülmek zorunda olan hizmetler kapsamında değerlendirilmesi, yasa koyucunun sağlık hizmetlerinin ne şekilde sunulacağı konusunda sahip olduğu takdir yetkisini sınırlandırması sebebiyle oldukça eleştiriyeye açıktır.

Bunun yanı sıra Yüksek Mahkeme'nin yasa hükümlerine yeni anlamlar verecek nitelikte vermiş olduğu iptal kararları, hem Anayasa Mahkemesi'nin yeni bir karar türü yaratıp yaratmadığı sorusunun sorulmasına hem de uygulamada belirsizliğe yol açmıştır. Zira Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının arkasından, iptal kararı verilen hususlara ilişkin yönetmelikle düzenleme yapılmıştır. Bu da, yasal düzenleme eksikliğinin, Anayasa Mahkemesi'nin vereceği 'idare-i maslahat' türünden kararlarla giderilemeyeceğinin bir göstergesi olarak yorumlanabilecektir.

Bu yasal düzenleme eksikliğinin en çok göze çarpan yanı ise, yaptırımlara ilişkin bölümdür. Zira 5258 sayılı Kanun'da “yaptırım” ifadesine dahi yer verilmemektedir. Yaptırımın, denetimin bir uzantısı olduğu düşünülse dahi, denetime ilişkin yasal düzenlemenin hukuki çerçeveyi çizmekten oldukça uzak olması, bu konudaki eksikliği daha da belirgin hale getirmektedir. İdare ise, yasal düzenlemedeki bu eksikliğin farkında olacak ki yapmış olduğu yönetmeliklerde, denetime “ziyaret”, yaptırma ise “ihtar” demek suretiyle bu eksikliği gizleme çabası içerisine girmektedir.

Hâlbuki bu tarz çabalara gerek yoktur. Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesinden bu yana on yıldan fazla süre geçmiştir. Bu süre zarfında modelin işleyen ve aksayan yönleri tespit edilmiş ve her ne kadar bazı yönlerine katılmak mümkün olmasa da Anayasa Mahkemesi'nin modele bakış açısı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle yapılması gereken şey, tüm bu tecrübeler ışığında 5258 Sayılı Kanun'un yeniden ele alınmasıdır.

KAYNAKLAR

- Akgüner, Tayfun, “Kamu Personel Yönetimi”, Der Yay., İstanbul, 2009.
- Aksakoğlu, Gazanfer / Kılıç, Bülent / Uçku, Reyhan, “Aile Hekimliği Modeli / Sistemi Türkiye İçin Uygun Değildir”, Toplum Ve Hekim, Y.2003; C.18, S.4.
- Aktaş, Ekin Özgür / Çakır, G., “Aile Hekimlerinin, Aile Hekimliği Uygulaması Hakkındaki Görüşleri: Bir Anket Çalışması”, Ege Tıp Dergisi, C.51, S.1, Y.2012.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, “Türk İdare Hukuku”, 5.Bası, Seçkin Yay., Ankara, 2014.
- Algın, Kürşat / Şahin, İsmet / Top, Mehmet, “Aile Hekimlerinin Mesleki Sorunları Ve Çözüm Önerileri” Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.7, S.3, Y.2004.
- Avcı, Mustafa, “Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş”, Yetkin Yay., Ankara, 2009.
- Bilgen, Pertev, “Uyuşmazlık Mahkemesi Ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri”, İstanbul, 1970.
- Bülbül, Erdoğan, “Kamu İştirakleri”, Beta Yay., İstanbul, 2004.
- Çağlar, Bakır, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, İhid, C.5, S.1-3.
- Çakır, G. “Aile Hekimlerinin, Aile Hekimliği Uygulaması Hakkındaki Görüşleri: Bir Anket Çalışması”, Ege Tıp Dergisi, C.51, S.1, Y.2012.
- Çakır, Hüseyin Melih, “Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi”, On İki Levha Yay., İstanbul, 2015.
- Çal, Sedat, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu Ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.14, S.1, Y. 2010.
- De Bakker, Dinny H. / Groenewegen, Peter P., “Primary Care In The Netherlands: Current Situation And Trends”, Italin Journal Of Public Helth, , Vol.6, No.2, Y.7/2009.
- Duran, Lütfi, “İdare Hukuku Ders Notları”, İstanbul, 1982.
- Göçgün, Muhammed, “Yükseköğretim Kurumlarında Görev Yapan Personelin Çekilmiş Sayılması”, Mühfhad, C. 19, S. 3.
- Gözler, Kemal, “İdare Hukuku”, C.II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- Günday, Metin, “İdare Hukuku”, 10. Bası, İmaj Yay., Ankara, 2011.
- Güran, Sait, “Anayasa’nın 128. Ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu”, İn Amme İdaresi Dergisi, C.17, S.3, Y.1984.
- Kaboğlu, İbrahim. Ö., “Anayasa Hukuku Dersleri”, 10.Baskı, Legal Yay., İstanbul, 2015.
- Masic, Izet / Hadziahmetovic, Miran / Donev, Doncho / Pollhozani, Azis / Ramadani, Naser / Skopljak, Amira / Pasagic, Almir / Rosh, Enver / Zunic, Lejla / Zildzic, Muharem, “Public Health Aspects Of The Family Medicine Concepts İn South Eastern Europe”, Mater Sociomed., 2014 Aug; 26(4).
- Odyakmaz, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1998, C.2, S.1-2.
- Oğurlu, Yücel, “İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma”, Seçkin Yay., İstanbul, 2000.

- Oleszczyk, Marek / Švab, Igor / Seifer, Bohumil / Krztoń-Królewiecka, Anna / Windak, Adam, “Family Medicine In Post-Communist Europe Needs A Boost. Exploring The Position Of Family Medicine In Healthcare Systems Of Central And Eastern Europe And Russia”, *Bmc Family Practice*, Vol.13:15, Y.2012.
- Özay, İl Han, “Günişğinde Yönetim”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Özbudun, Ergun, “Türk Anayasa Hukuku”, 15. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2014.
- Öztekin, Zafer, “Türkiye’de Sağlıkta Dönüşüm Programı Ve Aile Hekimliği”, *Hacettepe Tıp Dergisi*, C.40, S.1, Y.2009.
- Sever, Çiğdem, “Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözülme Ve Anayasa’nın 128. Maddesinin I. Fıkrası”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2013/3.
- Sezginer, Murat, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.17, S.1-2, Y. 2013.
- Tan, Turgut, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, *Aüsbfd*, C.50, S.3-4.
- Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi, “1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku”, 13. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2014.
- Tekinsoy, Ayhan, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Aühfd*, C.55, S.2, Y.2006.
- Teziç, Erdoğan, “Anayasa Hukuku”, 17. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2014.
- Ulusoy, Ali, “İdari Yaptırımlar”, *Oniki Levha Yay.*, İstanbul, 2013.
- Van Weel, Chris / Schers, Henk / Timmermans, Arno, “Health Care In The Netherlands”, *The Journal Of The American Board Of Family Medicine*, Vol. 25, March–April 2012.
- Who Regional Office Of Europe, “Draft Charter For General Practice/Family Medicine In Europe”, Copenhagen, Denmark, 6–7 February 1998, S.13-14. http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0007/119167/E60714.pdf. E.T.: 12.09.2015.
- Wonca Europe. The European Definition Of The General Practitioner/Family Physician. 2011 Edition, <http://www.woncaeurope.org/sites/default/files/documents/definition%203rd%20ed%202011%20with%20revised%20wonca%20tree.pdf>. E.T.: 10.11.2015.
- Yaşar, Hasan Nuri, “İdare Hukuku”, 2. Baskı, Der Yay., İstanbul, 2014.
- Yıldırım, Turan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.26, S.4, Y.1993.

ÖZET

Sağlık Bakanlığı 2003 yılında yayınlamış olduğu “Sağlıkta Dönüşüm” programıyla sağlık hizmetine yeni bir yön vermiştir. Bu kapsamda birinci basamak sağlık hizmetlerinin sunumu için aile hekimliği modeli öngörülmüştür. Model, 2004 yılında yürürlüğe giren 5258 sayılı “Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun” ile uygulanmaya başlanmıştır. Bu kanuna dayanılarak çıkarılan ikincil düzenlemelerle modelin hukuki çerçevesi oluşturulmaya çalışılmıştır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın bu mevzuata ilişkin olarak vermiş olduğu

kararlar, aile hekimlerinin hukuki statüsünün tespitinde önemli rol oynamıştır. Ancak bu konudaki tartışmanın sona erdiğini söylemek zordur. İşte bu çalışmada, aile hekimlerinin hukuki statüsü, ilgili mevzuat ve yargı kararları ışığında incelenerek, önerilerde bulunulacak ve modele bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sağlıkta Dönüşüm Programı, Aile Hekimi, Aile Hekimliği, Birinci Basamak Sağlık Hizmetleri, 5258 Sayılı Kanun.

ÖZEL HUKUK

Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Kişisel Malların Gelirleri (TMK.m.219/II,b.4)

Incomes of the Personal Properties in Course of the Liquidation of
Legal Property Regime Between Spouses

Prof. Dr. Nevzat Koç

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

In this article, regarding the liquidation of the legal property regime between spouses, the incomes of the personal properties, that are considered to be property acquired in accordance with the fourth subparagraph second paragraph of Article No.219 of Turkish Civil Code No.4721, are reviewed and evaluated.

After the observations in the doctrine regarding to the solution of major legal problems, which are suitable to be discussed, and the conclusions of the implementation (in court decisions) and our personal assessments are described in detail in the article text, only the conclusions are stated in sum and as articulated in the “Conclusion” section.

Keywords: Legal Property Regime, The Acquired Properties, Personal Properties, Incomes of Personal Properties, Liquidation.

Genel Olarak

Bu makalemizde, eşler arasındaki yasal mal rejiminin tasfiyesinde, 4721 sayılı yeni Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendi gereğince edinilmiş mal olarak kabul edilen kişisel malların gelirleri incelenip değerlendirilecektir.

Doktrinde ve mahkeme kararlarında bu konudaki tespit ve değerlendirmelerde birçok örneğine rastladığımız gibi, makalemizde de kullandığımız “eşler”, “bir eşin”, veya “eşler arasında” ya da “eşlerden biri” sözcüklerinin, evlilik birli-

ğinin sona ermesi nedeniyle, artık “*eski eşler*”, “*eski bir eşin*” “*eski eşler arasında*” veya “*eski eşlerden biri*” şeklinde anlaşılmalıdır.

Eşler arasındaki yasal mal rejiminin tasfiyesinde edinilmiş mal olarak kabul edilen kişisel malların gelirleri oluşturduğu için, Türk Medenî Kanununun 231. maddesi gereğince yapılan hesaplama sonucunda artık değer varsa, bu gelirlerin de, kural olarak artık değer kalemlerine dâhil edilmesinde yasal bir zorunluluk olduğu göz önünde tutularak, makalenin kapsamı sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, ayrı bir makale konusu oluşturabilecek diğer konular, inceleme ve değerlendirme kapsamı dışında bırakılmıştır.

Ayrıca, makalemizin temel konusunun, bir hukuk bürosunun isteği üzerine, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 293. maddesi gereğince, tarafımızdan uzman görüşü olarak hazırlanan yazılı hukukî mütalâada, eşlerden birinin kişisel mallarının gelirlerini oluşturan hukukî (medenî) ürünler arasındaki bir ticaret şirketi hisse senetlerine ilişkin kâr payları olması nedeniyle, doğal ürünler hakkında, ayrıntılı açıklamalar yapılmayacaktır. Kaldı ki, makalemizin konusu ile ilgili olarak yayınlanmış olan hukukî eserlerde de, hukukî ürünler hakkında, doğal ürünlere göre çok daha kapsamlı açıklamalar yapıldığı belirlenmiştir.

Hemen belirtelim ki, doktrinde ileri sürülen ve uygulamada da aynı yönde hükme bağlanan görüşler, tarafımızdan da isabetli görüldüğü durumlarda, bu görüşlere yollama yapılmakla yetinildiği gibi, bazı ek açıklamalara yer verilerek, katkıda bulunulmasına çalışılmıştır. Araştırma konumuzla ilgili mahkeme kararları da doktrinde ileri sürülen görüşlerle uyumlu biçimde hükme bağlandığı ve tartışma konusu olmadığı hâlde, yeterli açıklıktan uzak görülen bazı noktalara ilişkin olarak –aynı veya farklı görüşleri olan akademisyenlerin, yeni kitap ve makale yayınlarında ortaya koyabilecekleri kendi değerlendirmelerini incelemenin yararlı olacağı düşüncesiyle- kişisel değerlendirmeler yapılmıştır. Buna karşılık, doktrinde ve uygulamada tartışmalı olduğu belirlenen bazı hukukî problemlerin çözümüne katkı sağlamak düşüncesiyle, önce, bu tartışmalı noktalara ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler ve uygulamada (mahkeme kararlarında) varılan sonuçlar özetlenerek açıklanmış ve ardından kişisel görüş ve değerlendirmemiz belirtilmiştir.

Makale konumuzla ilgili olarak, tartışılmaya elverişli başlıca hukukî problemler, şunlardır:

- Kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mal olarak kabul edilmesinin dayandırıldığı düşüncenin isabetli olup olmadığı,

- Eşlerin Türk Medenî Kanununun 221. maddesi gereğince yaptıkları sözleşmenin geçerlilik şekline mi, yoksa ispat şekline mi bağlı olduğu,

- Türk Medenî Kanununun 221. maddesi gereğince, eşler arasında yapılan sözleşme sonucunda, kişisel mallara ilişkin kuralların fiili bir karine olarak mı, yoksa doğrudan mutlak bir biçimde mi uygulanması gerektiği,

- Eşlerin, aralarındaki sözleşme ile tasfiyede malların hangi andaki değerlerinin esas alınacağını kararlaştırdıkları takdirde, bu hükmün –uyuşmazlık konusu olması hâlinde- geçerli sayılması gerekip gerekmediği,

- Kişisel malların gelirleri hesaplanırken, sürüm değerinden bir indirim yapılması gerekip gerekmediği,

- Kişisel malın gelirlerinin hukukî (medenî) ürün olarak, paradan ibaret olması durumunda, bu paraların Türk Medenî Kanununun 684. maddesinin ikinci fıkrası anlamında asıl şeyin bütünüleyici parçası olup olmadığı,

- Yasal mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir davada, yargılama süresinin uzaması sebebiyle, bilirkişi raporunun sunulduğu tarih ile mahkemece davacının istemi üzerine, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin kararın verildiği tarih arasında malların değerinde bir azalma meydana geldiği takdirde, hâkimin belirli bir oranda artışa hükmedebilip hükmedemeyeceği.

Aşağıda belirttiğimiz görüş ve değerlendirmeler, makalemizin metninde ve dip notlarında ayrıntılı biçimde açıklandıktan sonra, “Sonuç” bölümünde, sadece vardığımız sonuçlar, özetle ve maddeler hâlinde belirtilmiştir.

- Tartışılmaya elverişli başhca hukukî problemlerin çözümüne ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşler ile uygulamada (mahkeme kararlarında) varılan sonuçlar,

- Doktrinde ve uygulamada tartışmalı olmadığı gibi, kanaatimizce de, isabetli bulduğumuz bazı görüş ve değerlendirmeler,

- Doktrinde ve uygulamada, aynı veya farklı yönde görüş ve değerlendirme yapıldığı görülmemekle birlikte, açıklamayı yararlı bulduğumuz bazı kişisel görüş ve değerlendirmeler.

I. Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimi

“Yürürlük” kenar başlıklı 1029. maddesi gereğince, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni Türk Medenî Kanununun¹ “A. Yasal mal rejimi” kenar başlıklı 202. maddesinin birinci fıkrasına göre: “Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır.” Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise: “Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler.” Bu yasal düzenleme nedeniyle, eşlerin aralarında yapacakları bir sözleşme ile seçimlik mal rejimi niteliğindeki mal ayrılığı

1) RG. 8.12.2001, S. 24607.

(TMK.m.242–243) veya paylaşmalı mal ayrılığı (TMK.m.244–255) ya da mal ortaklığı (TMK.m.256–281) rejimlerinden birini kabul etmedikleri takdirde, yasal mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimi olur².

II. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 225. maddesinde, edinilmiş mallara katılma rejimini sona erdiren sebepler belirtilmiştir. Kanaatimizce, sınırlayıcı biçimde sayılmış olan söz konusu sona erme sebepleri şunlardır:

1. Eşlerden birinin ölmesi,
2. Eşlerin diğer mal rejimlerinden birine geçme konusunda sözleşme yapmaları
3. Mahkemece, evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi³.

2) 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun “B. Mal rejimleri” kenar başlıklı 10 maddesi şöyledir: “Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında, bu tarihe kadar tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere, yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar” (f.1).

“Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan boşanma veya iptal davaları sonuçlanıncaya kadar, eşler arasında tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Dava boşanma veya iptal kararıyla sonuçlanırsa, bu mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümler uygulanır. Davanın redle sonuçlanması hâlinde eşler, kararın kesinleşmesini izleyen bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, Kanunun yürürlük tarihinden geçerli olmak üzere, yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar” (f.2).

“Şu kadar ki eşler, yukarıdaki fıkralarda öngörülen bir yıllık süre içinde mal rejimi sözleşmesiyle, yasal mal rejiminin, evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler” (f.3)

Yukarıdaki hükümler uyarınca, mal birliği veya mal ortaklığı rejiminin yasal mal rejimine dönüşmesi hâlinde, (mülga 743 sayılı) Türk Kanunu Medenîsinin ilgili mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümleri uygulanır” (f. son). Bkz. RG. 8.12.2001, S. 24607.

Bu maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi gereğince, eşlerin 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2002 tarihine kadar tâbi oldukları yasal mal rejimi, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin 170., 181. ve 186 ilâ 190. maddelerinde düzenlenmiş olan mal ayrılığı rejimi idi. Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinde seçimlik mal rejimlerinden biri olan mal birliği rejimine (m.191-210), yeni Medenî Kanunumuzda yer verilmediği belirtilmelidir.

3) Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 28.3.2013 tarihli ve E. 2012/9614, K. 2013/4584 sayılı kararından: “...açılıp olumlu sonuçlanan ve kesinleşen bir boşanma kararı olmadıkça, mal rejiminin tasfiyesi istenemez ve yapılamaz. Davacı, açılan ilk boşanma davası ile birlikte, aynı zamanda mal rejimi davasını da açmıştır. Daha sonra da, davanın feragat nedeniyle reddine karar verilmiştir. Söz konusu feragatin, mal rejimi bakımından hukukî sonuç doğuracak nitelikte olmadığı açıktır. Çünkü, doğmayan haktan feragat söz konusu olamaz. Bu genel evrensel bir hukuk kuralı olup, uygulamada gözetilmektedir. Bu nedenle, birinci davadan feragatin eldeki mal rejimi davasının sonucuna bir etkisinin olduğunu kabul etmek mümkün görülmemektedir. Yapılan açıklamalar karşısında “feragat”, ancak yapıldığı dava ya da davalar için hukukî sonuç doğurabilmekte olup, eldeki davaya etkisi olmamaktadır...” (www.kazanci.com.tr)

III. Kişisel Malların Gelirlerinin Edinilmiş Mal Olarak Kabul Edilmesinin Dayandırıldığı Düşünce

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre⁴, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendinde, kişisel malların gelirlerinin de edinilmiş mal⁵ sayılmasında, evlilik süresince eşin, bu malın gelir getirmesi için emek harcayacağı, o buna emek ve zaman harcarken, diğer eşin de eve ya da edinilmiş mala emek harcayacağı düşüncesine dayanmaktadır. Kanaatimize, bu görüşte, yerinde olarak, bir eşin kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mal sayılmasının kabul edilmesindeki düşüncenin, söz konusu gelirlerin elde edilebilmesi için, evlilik süresince sadece o eşin harcayacağı emek ve zamanın yeterli olmayacağı, diğer eşin de ev veya edinilmiş mal için harcayacağı emek ve zamanın da bu gelirlerin elde edilmesine sağlayacağı katkının da göz önünde tutulması gerektiği ileri sürülmektedir⁶. Kanaatimize, bu düşüncenin, yürürlükteki Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin gerekçesinde de belirtilmesi uygun olurdu.

IV. Kişisel Malların Gelirleri

Edinilmiş mal sayılan kişisel malların gelirleri, yürürlükteki Türk Medenî Kanununun “Eşya Hukuku” başlıklı Dördüncü Kitabının Birinci Kısımındaki mülkiyetin genel hükümlerine ilişkin Birinci Bölümündeki “*B. Mülkiyet hakkının kapsamı*” üst başlığı altında, 684 ilâ 687. maddelerde düzenlenen bütünlüyci

4) Kılıçoğlu, Ahmet: Medenî Kanun’umuzun Aile - Miras ve Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler, B.3, Ankara 2014, s.208.

5) Türk Medenî Kanununun “II. Edinilmiş mallar” kenar başlıklı 219. maddesinin birinci fıkrasına göre: “Edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir.” Maddenin ikinci fıkrasına göre de: “Bir eşin edinilmiş malları özellikle şunlardır:

1. Çalışmasının karşılığı olan edinimler,
2. Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler,
3. Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar,
4. Kişisel mallarının gelirleri,
5. Edinilmiş malların yerine geçen değerler.”

6) Aksi görüşte: Uluç, Yusuf: Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Ankara 2014, s.336.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 11.12.2012 tarihli ve 9032/12145 sayılı kararında da, katılma alacağının kanundan kaynaklanması nedeniyle, bu alacak bakımından, talepte bulunan eşin çalışıp çalışmamasının veya herhangi bir katkıda bulunup bulunmamasının bir öneminin de bulunmadığı görüşüne yer verilmiştir. Bu karar için bkz. Karamercan, Fatih: Katkı - Değer Artış Payı, Katılma Alacağı Davaları, B. 2, Ankara 2015, s. 47 – 48). Kanaatimize, katılma alacağı isteminde bulunan eşin, evlilik süresince çalışmaya da, diğer eşin kişisel mallarının gelirlerini elde etmesine herhangi bir katkıda bulunmadığı söylenemez. Aksi görüşün kabulü hâlinde, diğer eşin, kişisel malların gelirlerini hiçbir harcama yapmaksızın (veya tüketimde bulunmaksızın), yasal mal rejiminin tasfiyesi gerçekleşinceye kadar, aynı miktar ve değerde koruması mümkün olmaz.

parça hükmünden (TMK.m.684) sonraki “II. Doğal ürünler” kenar başlıklı 685. madde kapsamında yer verilen hukukî (medenî) ürünler arasındadır⁷. Söz konusu 685. maddenin ikinci fıkrasına göre: “Ürünler, dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre âdetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerdir.” Fıkra, ürünlerin, dönemsel olarak elde edilen doğal ürünlerden ibaret olmayıp, hukukî ürünleri de ifade ettiği açıkça belirtilmektedir. Kanaatimizce, maddenin kenar başlığında “Doğal veya hukukî ürünler ile diğer verimler” şeklinde bir ibarenin kullanılması daha uygun olurdu.

Ürünler, asıl şeyden ayrılıp bağımsız bir mal olarak, ayrı bir aynî hakkın konusunu oluşturabildikleri hâlde, kural olarak asıl şeyin maliki, o ürünlerin de maliki olarak kalır (TMK.m.685/I). Ancak, kişisel malların gelirleri edinilmiş mal sayıldığı ve artık değer varsa, yasal mal rejiminin tasfiyesi sonucunda, söz konusu gelirlerin yarısı üzerinde, diğer eşe katılma alacağı (alacak hakkı) tanındığı için (TMK.m.219/II,b.4), söz konusu kuralın, kanun koyucu tarafından zayıflatılarak, bu kurala bir istisna tanındığı açıktır⁸.

Doğal ürünlere örnek olarak, sebzeler, meyveler, yağ, süt, yumurta, yün, hayvanların yavruları ve tarlalardaki ekinlerin mahsulleri (tahıllar ve baklagiller) doğal ürün olarak gösterilebilir.

Faizler⁹, taşınır ve taşınmaz malların kira bedelleri, haksız işgal tazminatı (ecrimisil) ve anonim şirketler ile sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklarda pay senetleriyle ortaklara sağlanan kazançlar (kâr payları; hisse

7) Yürürlükteki Türk Medenî Kanununun 686. maddesinde düzenlenen eklentiler de, mülkiyetin kapsamında yer alır.

8) Bkz. ve karşı. *Acar, Faruk*: Aile Hukukumuzda Aile Konutu – Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, B.4, Ankara 2014, s.172. Yazara göre (s.173), bir eşin kişisel malının gelirinin para olması hâlinde, diğer eşe katılma alacağı oranında para ödeme borcu altına girdiği için, -paranın “değer sağlama borcu” niteliği göz önünde tutulduğunda, bütünüleyici parçanın asıl şeye bağlılığı ilkesinin iyice zayıfladığı görülür. Kanaatimizce, kişisel malın gelirlerinin hukukî (medenî) ürün olarak, paradan ibaret olması durumunda, bu paraların Türk Medenî Kanununun 684. maddesinin ikinci fıkrası anlamında asıl şeyin bütünüleyici parçası olmadığı da söylenebilir. Gerçekten, söz konusu fıkraya göre: “Bütünüleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır.” Bu görüş, Türk Medenî Kanununun 685. maddesinin son fıkrasında, sadece doğal ürünlerin, asıl şeyden ayrılıncaya kadar onun bütünüleyici parçası olarak kabul edilmesiyle de desteklenebilir.

9) Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 14.3.2013 tarihli ve 12/5212 E., 2013/3549 K. sayılı kararında, boşanma davasının açılmasından önce, 01.01.2002 tarihi ile boşanma davasının açıldığı 18.11.2005 tarihi arasında hesaplara yatırılan paralar ile bunların faiz gelirlerinin hesaplamada gözetilmesi, katılma alacağının hesaplanması bakımından, Türk Medenî Kanununun yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin 202, 218, 219, 231, 232, 235 ve 236. maddelerinin göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. *Karamercan*, s. 44.

temettüleri)¹⁰, irtifak haklarında, kişisel mal niteliğindeki yüklü taşınmaz malikinin, yararlanan taşınmaz malikinden elde ettiği gelirler (üst hakkı, intifa, oturma, geçit hakkı bedelleri), maddî nitelikte olmayan (gayri maddî) hakların¹¹ gelirleri, hukukî (medenî) ürünlerdir¹². Bu hukukî ürünlerin (TMK.m.219/II,b.4), edinilmiş mal olarak, artık değerın hesaplanmasına dâhil edilebilmesi ise, yasal mal rejiminin uygulanmaya başlandığı (yani evlilik birliğinin kurulduğu evlenme tarihinden) sonra elde edilmesi ve bunların finansmanının (sermayenin),

10) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 24.5.2007 tarihli ve E. 2007/6042, K. 2007/8727 sayılı kararından: “Şirket hissesi kocanın kişisel malıdır. Kişisel malın yerine geçen değerler de kişisel maldır (TMK.m.220/2-4). Kişisel malın geliri ise, aksine sözleşme yapılmadığı sürece edinilmiş maldır (TMK.m.219/4, 221/2). Mahkemece yapılacak iş; 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği 1.1.2002 ile mal rejiminin sona erdiği 26.02.2004 tarihleri arasında şirket tarafından davalıya payı dikkate alınarak bir temettü verilmiş ise bunun tesbiti...mal rejiminin sona erdiği sırada (26.02.2004’te) mevcut olan edinilmiş malların tasfiyede dikkate alınacağınn gözetilmesi (TMK.m.235), buna göre katılma alacağı hesaplanması yoluna gidilmelidir. (TMK.md.236).” (www.kazanci.com.tr)

11) “Maddî nitelikte olmayan (gayri maddî) haklar terimi, fikrî mülkiyet konusu patentler, markalar, faydalı modeller, coğrafi işaretler, telif hakları, endüstriyel tasarımlar ile fikrî ve sınaî hakları ifade eder.

12) Bkz. ve karşı. *Kılıçoğlu* (Yenilikler), s. 238; *Şıpka, Şükran*: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, B.3 (B.1’den Tıpkı Basım), İstanbul 2013, s.100-101; *Acar*, s.172-173; *Uluç*, s.336; ayrıca bkz. aş.a.dn.41. Şüphesiz ki, eşlerden birinin veya her ikisinin kişisel mallarının gelirlerini oluşturan bütün hukukî ürünlerin edinilmiş mallar olarak artık değere dâhil edilebilmesi için, borçlu eşin söz konusu gelirleri sebebiyle, alacaklı durumundaki diğer eşe borcunun da, diğer borçlarda olduğu gibi muaccel olması şarttır.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 6.4.2010 tarihli ve E. 2010/58, K. 2010/1634 sayılı kararından: “...Yargıtay’ın yerleşmiş uygulamaları uyarınca tasfiye tarihine yakın tarih olarak, karar tarihi kabul edildiğine, dolayısı ile alacak, hükümle muaccel hâle geldiğine göre, hüküm altına alınan alacağa ilişkin faizin hüküm tarihinden itibaren başlatılması gerektiğini amir bulunan TMK.m.239 f.III hükmüne aykırı biçimde faizin dava tarihinden başlatılması doğru değildir.” (www.kazanci.com.tr)

Gümüş’e göre, Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendinin, söz konusu hükmün kaynak İsviçre Medenî Kanununa uygun olarak, kişisel malların (doğal ve hukuksal) ürünleri (Ertrage) (TMK 685 ve 805) olarak okunması (*kanaatimizce* “anlaşılması”) daha uygun olur. Bkz. *Gümüş*, Mustafa Alper: Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK.m.185–281), İstanbul 2008, s.260. *Kanaatimizce*, Türk Medenî Kanununun “c. *Faizler*” kenar başlıklı 805. maddesinin, intifa hakkına konu olan sermayenin faizleri ve diğer dönemsel gelirlerin, daha geç muaccel olsalar bile, intifa hakkının başladığı tarihten sona erdiği tarihe kadar intifa hakkı sahibine ait olduğu belirtildiği için, Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendinin, aynı Kanunun 685. maddesinin ikinci fıkrasına göre açıklanıp yorumlanması yeterli olur. Çünkü, kişisel malların gelirleri, eşlerin Türk Medenî Kanununun 221. maddesine göre aksine bir sözleşme yapmalarını hâlinde, kural olarak –faizler de dâhil olmak üzere, bütün hukukî ürünler-, yasal mal rejiminin uygulanmasına başlandığı evlenme tarihinden tasfiye ânına kadar geçen süre boyunca, aynı Kanunun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü fıkrasının açık hükmü nedeniyle, edinilmiş mallar kategorisinde yer alır. Yazar (s.260, dn.147), *Acar*’ın (s.54) da aynı görüşte olduğunu ifade etmişse de, yollama yapılan eserde *Acar*, sadece Türk Medenî Kanununun 685. maddesinden söz etmekle birlikte, aynı Kanunun 805. maddesinden söz etmemiştir. Bkz. *Acar*, s.54. Bununla birlikte, Türk Medenî Kanununun 805. maddesinin, aynı Kanunun doğal ve hukukî (medenî) ürünlere ilişkin bir örnek içerdiği söylenebilir.

eşlerden biri veya her ikisi tarafından, kişisel mallarından sağlanmış olmalarına bağlıdır¹³.

Sermaye artırımının, payların itibarı değerlerinin, pay sayısında değişiklik yapılmaksızın, yani nominal artırım yoluyla, şirketçe ortaklara dağıtılmayan kârlardan oluşan yedek akçelerden karşılanarak gerçekleştirilmesi hâlinde, bu dağıtılmamış kârlar da edinilmiş mal sayılır (TMK.m.219/II,b.4)¹⁴. Eşlerden birinin veya her ikisinin, evlenmeden önce elde ettikleri payın yedek akçeye dönüştürülmüş kârının edinilmiş mal sayılması için, bu kârın mal rejimi devam ederken oluşması şarttır¹⁵.

Yargıtay'ın, davalı eşin, borsa hissesinin satışı sonucunda elde ettiği para kişisel mal olmakla birlikte, bu parayı bir bankada değerlendirerek elde ettiği gelirleri de hukukî ürün saydığı anlaşılan kararı¹⁶, kanaatimizce de isabetlidir.

13) Bkz. ve karş. *Acar*, s.173.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 16.12.2010 tarihli ve E. 2010/714, K. 2010/6144 sayılı kararından: "...davalı koca evlilik birliği süresince ortağı ve yöneticisi olduğu madencilik ve inşaat şirketi aracılığı ile ticarî faaliyette bulunarak kâr elde etmiş, Kayseri Büyükşehir Belediyesine iş yapmak suretiyle 01.01.2002 tarihinden boşanma davasının açıldığı tarihe kadar hakedişlere hak kazanmıştır. Mahkemece davalının anılan yollarla gelir elde edip etmediği araştırılmamış, davacı kadının katılma alacağı olup olmadığı üzerinde durulmamıştır. Mahkemece yapılacak iş;... davalının ortak ve yönetici olduğu madencilik ve inşaat şirketinin gerek sermayesinden elde ettiği kâr, gerekse yöneticilikten dolayı ücret ile Belediyeden elde ettiği hakedişlerin tarihleri dikkate alınarak, davacı kadının bu malvarlıkları üzerindeki katılma alacağının belirlenmesi gerekmektedir..." (www.kazanci.com.tr); ayrıca bkz. aşa.dn.41.

14) Bkz. ve karş. *Acar*, s.174; *Uluç*, s.343. Anonim şirket genel kurulu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun "III - Kâr payı ile yedek akçeler arasında ilgi" kenar başlıklı 523. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi gereğince, bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı (istikrarlı) kâr payı dağıtım yönünden haklı görüldüğü takdirde, Kanunda ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yedek akçe ayrılmasına da karar verebilir.

Mevcut payların evlilikten önce edinildiği için kişisel mal olması durumunda, iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımlarında *gratis* payların oranına göre hesaplanacak miktarının edinilmiş mal sayılacağı belirlenirken, "zamana oranla hesaplama" kuralı uygulanmalıdır. Böylece, sermayeye eklenen yedek akçe veya dağıtılmamış kârın ne kadarlık kısmının evlilikten önce ve ne kadarlık kısmının evlilik sırasında olduğu dikkate alınarak bir sonuca varılması gerekir. Bkz. ve karş. *Uluç*, s.343. Sermaye artırımlarında *gratis* (bedelsiz) paylar, şirketçe yedek akçe veya dağıtılmamış kârdan karşılandığı için, aslında ortaklarına bedelsiz verilen paylar değildir.

15) Bkz. ve karş. *Acar*, s. 176 ve dn.169.

16) Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 10.2.2012 tarihli ve 1880/8788 sayılı kararından: "... Davalı vekili, cevap dilekçesinde 5.000,00 TL'nin vekil edeni tarafından İmar Bankasında değerlendirilen para olup, borsa hissesinin satışı sonucu elde edilen para olduğundan kişisel mal sayıldığı hâlde, temyiz dilekçesinde bunun gelirinin edinilmiş mal kabul edilmesi ve buna göre düşmenin yapılmasının hatalı olduğunu bildirmiş ise de, TMK'nun 219/1. fıkranın ("219/2. fıkranın" denilmeliydi) 4. bendi uyarınca kişisel malların gelirleri de edinilmiş mal sayıldığından, değerlendirilen paranın getirisi de bu nedenle edinilmiş mal olup, hesaplamada göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Davalı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazı yerinde değildir." (Karamercan, s.44).

Keza, Yüksek Mahkemenin diğer bir kararında¹⁷, henüz dağıtılmamış olan kâr paylarının da hukukî ürün olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılması da hukuka uygundur.

Kişisel malların gelirleri, yürürlükteki Türk Medenî Kanununun 231. maddesi¹⁸ gereğince, artık değerın hesaplanmasında, bu maddede belirtilen toplam değere dâhil edilmesi gereken edinilmiş mallardan sayılır. Aynı Kanunun “V. Artık değere katılma” üst başlıklı 236 ilâ 238. maddelerinde, kanuna, sözleşmeye ve mahkemece evlenmenin iptaline, boşanma veya mal ayrılığına karar verilmesine göre, artık değere katılma hakkına sahip olanların, hangi ölçü ve sınırlamalar çerçevesinde bu haklarını kullanabilecekleri belirtilmiştir. Yine aynı Kanunun “VI. Katılma alacağıının ve değer artış payının ödenmesi” üst başlıklı 239 ilâ 241. maddelerinde de, buna ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Araştırma konumuz olan bu makalede, kanun gereği edinilmiş mal sayılan kişisel malların gelirlerinin, bunlardan özellikle hukukî (medenî) ürünlerin incelenip değerlendirilmesi amaçlandığı için, bir önceki paragrafta belirtilen ve ayrı bir makale konusu olabilecek söz konusu hükümler üzerinde durulmayacaktır. Burada, sadece kanuna göre artık değere katılmaya ilişkin yürürlükteki Türk Medenî Kanununun iki fıkradan ibaret 236. maddesinde yapılan düzenleme belirtilmekle yetinilecektir. Maddenin birinci fıkrasında, her eşin veya mirasçılarının, diğer eşe ait artık değerın yarısı üzerinde hak sahibi olmakla birlikte, katılma alacaklarının takas edileceği kabul edilmiştir¹⁹. Aynı maddenin ikinci fıkrasında

17) Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 11.12.2012 tarihli ve 9032/12145 sayılı kararından: *Kadın üzerine kayıtlı taşınmaz için karar tarihine en yakın değeri 540.000 TL. üzerinden yarı oranda 270.000 TL., kadının hissedarı olduğu şirketten dağıtılmamış kâr payından kadına düşen ve katılma alacağı hesabına konu miktarın 102.695 TL. ve yarısının 51.347,50 TL olduğu, toplam sonucu davacı H.A. lehine 321.347,50 TL. katılma alacağı bulunduğu görülmektedir... Az yukarıda anılan ilkeler, dosyada toplanan delillerle birlikte değerlendirildiğinde, H.A lehine taşınmaz ve şirketteki hisse bakımından bulunan 321.347,50 TL. katılma alacağıında usul ve yasaya aykırılık yoktur. Kaldı ki bu miktara yönelik tarafların bir itirazı veya temyizi de bulunmamaktadır.*” Yüksek Mahkemenin, 14.3.2013 tarihli ve E.2012/5212, K.2013/3549 K. sayılı diğer bir kararında da, şirketlerde bulunan payların kural olarak edinilmiş mal kabul edilmediği, ancak payların yıllara göre tasarruf edilen kârlar olarak nitelendirilen paralarının (gelirlerinin) kural olarak edinilmiş mal sayıldığı belirtilmiştir. Kararda, payların getirisi esas alınarak, tasarruf edilebilen kâr niteliğindeki parasal miktarlar bakımından, 01.01.2002 tarihinden, boşanma davasının açıldığı 18.11.2005 tarihine kadarki miktarların edinilmiş mal olduğu için, bunlar üzerinde hesaplamaların yapılmasının düşünülmeli gerektiği belirtilerek, yerel mahkeme kararının bozulduğu anlaşılmaktadır. Bu kararlar için bkz. *Karamercan*, s.47-48.

18) “4. Artık değer” kenar başlıklı Türk Medenî Kanununun 231. maddesine göre: “Artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dâhil olmak üzere, her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır (f.1). Değer eksilmesi göz önüne alınmaz (f.son).”

19) Kanaatimizce, Türk Medenî Kanununun 236. maddesinin birinci fıkrasının “Alacaklar takas edilir.” şeklinde ifade edilen son cümlesinin, takasın bir def’i niteliğinde olması nedeniyle, ancak bu def’in ilgili tarafla ileri sürülmesi hâlinde, mahkemece göz önünde tutulması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Madde gerekçesinde de “takas edilebileceği” şeklinde yapılan açıklamaya, bu yorum tarzını doğrulamaktadır.

ise, zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkime, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranını hakkaniyete uygun olarak azaltma veya kaldırma kararı verme yetkisi de tanınmıştır.

V. Kişisel Malların Gelirleri Kavramının, İkame Değer Kavramından Farkı

Kişisel malların gelirleri terimindeki “gelir” sözcüğü, “kişisel malların ikame (veya kaim) değeri” (surrogat) kavramından farklıdır. Kişisel mallar, belirli veya belirsiz aralıklarla bir defa veya birden fazla ürün ortaya çıkarılabilir. Fakat, “gelir” olarak nitelendirilen söz konusu ürünler nedeniyle, kişisel mallar ekonomik bakımdan bir zarara uğramaz. Buna karşılık, bir kişisel malın ikame değeri” (surrogat) varsa, kişisel malın yerini bu değer aldığı için, söz konusu kişisel mal, artık kısmen veya tamamen ortadan kalkar; çünkü o malın yerine kısmen veya tamamen aynı ya da farklı cinsten başka bir mal geçirilmiş olur²⁰. Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendinde, kişisel malların “ikame değeri” değil, sadece “kişisel gelirleri” edinilmiş mal sayılmaktadır.

VI. Ürün sayılmayan kazançlar

Doktrinde, kanaatimizce de haklı olarak, eşlerden birinin aşağıda belirtilen kazançlarının, kişisel mallarının gelirlerini oluşturan ürünlerden sayılmayacağı ileri sürülmektedir²¹.

1. Sermayedeki Endüstriyel ve Konjonktürel Artışlar

Doktrinde, sermayedeki endüstriyel ve konjonktürel artışların ürün sayılmayacağı görüşü ileri sürülmektedir²². Kanaatimizce, bu görüşte söz konusu edilen sermayedeki endüstriyel (sınaî) ve konjonktürel artışlar ifadesiyle, edinilmiş mallar ve kişisel malların, ekonomik terimler olan arz - talep dengesi, faiz ve enflasyon etkisi göz önünde tutularak, değişik yıllarda ortaya çıkabilen artışlar kast edilmektedir. Şüphesiz ki, bu artışlar, hem edinilmiş mallar ile kişisel mallar kategorisinde yer alan malların değerlerini, hem de edinilmiş mal olarak kabul edilen kişisel malların gelirlerini olumlu yönde etkileyecektir. Bununla birlikte, bu tür artışlar ürün sayılmayacağı için, eşlerden birinin, kişisel mallarından elde ettiği ayrı ve bağımsız gelirlerden de sayılamaz: bu nedenle, artık değer hesaplanırken, edinilmiş mallar arasına dâhil edilemez.

2. Bir Ticarî Ortaklığın Tasfiyesi Sonucunda, Bir Ortağa Düşen ve Kazanç Sağlayan Tasfiye Payı

Ticarî ortaklıklarda, herhangi bir ortaklığın (kollektif, komandit, limited veya

20) Bkz. ve karşı. *Acar*, s.171.

21) Bu görüş ve açıklamalar için özellikle bkz. *Gümüş*, s.261; *Acar*, s.173 vd.

22) *Gümüş*, s.261.

anonim ortaklığın) tasfiyesi sonunda bir ortağın (eşin), kendisine düşen tasfiye payı bir kazançtan ibaret ise, onun bu kazancı da edinilmiş mallar veya kişisel mallar kapsamında yer alır; bu nedenle, kişisel mallar kategorisinde bulunması koşuluyla, böyle bir kazanç, kanun gereği (TMK.m.219/II,b.4) eşleri edinilmiş mal sayılan gelirlerinden biri olarak kabul edilemez²³.

3. Ticarî Ortaklıkta, Bir Ortağın Kişisel Malları ile Finansmanını Sağlamak Suretiyle Satın Aldığı Yeni Paylar

Ticarî ortaklıklarda, bir ortağın kişisel malları ile finansmanını sağlamak suretiyle, yeni pay satın alma hakkını kullanarak elde ettiği söz konusu yeni paylar da -somut olayda, eşler arasındaki bir anlaşma nedeniyle- farklı bir sonuca varılması gerekmediği takdirde, bu yeni payların, artık değer hesaplanması sırasında, kişisel malların, kanun gereği (TMK.m.219/II,b.4) edinilmiş mal sayılan gelirlerine dâhil edilmesi mümkün değildir²⁴.

Anonim şirketlere ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun “3. Rüçhan hakkı” kenar başlıklı 461. maddesinin birinci fıkrasına göre: “Her pay sahibi, yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermayeye oranına göre, alma hakkını hâizdir.” Anonim şirketlerde, her pay sahibi, esas sermayenin artırılması sırasında oluşan yeni payları, bu hüküm gereğince, öncelikle satın alma hakkına (rüçhan hakkını) kullandığı takdirde, yeni paylar, eski payların ürünü kabul edilmez, aksine kökeninde bulunan eski paylar üzerindeki hakkın genişlemesi olarak kabul edilir²⁵. Bununla birlikte, zamanı geldikçe, yeni paylara dağıtılan kâr paylarının da artık değer hesaplanması sırasında, kişisel malların, kanun gereği (TMK.m.219/II,b.4) edinilmiş mal sayılan gelirlerine dâhil edilmesi gerektiğinde bir tereddüt yoktur.

4. Eşlerden Birinin, Ailenin Kullanımına Sunduğu Kişisel Malın, Ailenin Geçimine Katkıları

Eşlerden birinin, ailenin kullanımına sunduğu kişisel malın, ailenin geçimine sağladığı katkılar nedeniyle, söz konusu kişisel malın kullanım karşılığı, Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendi kapsamına giren bir gelir olmadığı için, edinilmiş mal sayılmaz. Çünkü eşler, kanun gereği, ailenin geçimini sağlamak amacıyla, evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılmakla yükümlüdürler (TMK.m.186/f.

23) Aynı görüşte: *Acar*, s.173. Yazarın (s.173), burada yapılan tasfiye payı ödemesinin ikame (veya kaim) değer (surrogat) olduğu görüşünü kabul etmesi, kanaatimizde de isabetlidir.

24) Bununla birlikte, bir eşin kişisel malları ile finansmanını sağlamak suretiyle edindiği yeni payların gelirlerinin, kanun gereği (TMK.m.219/II,b.4) edinilmiş mal olarak kabul edilmesi gerektiğinde şüphe yoktur.

25) Bkz. ve karşı. *Acar*, s. 174.

son). Bu nedenle, meselâ, ailenin eşlerden birine miras yoluyla kalan bir evde oturması durumunda, evin rayiç kira bedelinin farazî olarak hesaplanmak suretiyle edinilmiş mal sayılması mümkün değildir²⁶.

5. Eşlerin Yaptıkları Bir Sözleşme ile Kişisel Mal Olarak Kabul Ettikleri Kişisel Malların Gelirleri

Eşler, Türk Medenî Kanununun 221. maddesinin ikinci fıkrası gereğince²⁷, aralarındaki bir sözleşme ile kişisel malların gelirlerini, aynı Kanununun 219. maddesinin dördüncü bendi anlamında edinilmiş mal değil, kişisel mal olarak kabul edebilirler. Böylece, Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendinin, emredici nitelikte bir hukuk kuralı olmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, doktrinde, Türk Medenî Kanununun 221. maddesi gereğince, eşler arasında yapılan sözleşme sonucunda, kişisel mallara ilişkin kuralların fiilî bir karine olarak mı, yoksa doğrudan mutlak bir biçimde mi uygulanması gerektiği konusu tartışmalıdır. Aşağıda, önce bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşlerin ve daha sonra, kişisel değerlendirmemizin açıklanmasında yarar görülmektedir. Hemen belirtelim ki, bu tartışmanın, bir hukukî problem olarak, hukuk uygulamamıza yansımış bir örneğine rastlanamamıştır.

Bir görüşe göre²⁸, eşlerin yaptıkları sözleşme ile kişisel malların gelirlerini de kişisel mal olarak kabul etmeleri hâlinde, artık söz konusu ürünlerin getireceği ürünler de karine olarak kişisel mal sayılır. Bu görüşe göre taraflar, mal rejimi sözleşmesi ile ürünlerin getireceği ürünleri, kişisel malların gelirleri (edinilmiş mal) olarak kararlaştırabilirler. Bu durumda, aralarındaki sözleşme ile kişisel mal ürünlerinin getireceği ürünlerin de kişisel mal olduğu yönündeki fiilî karinenin aksinin kabul edildiğini iddia eden eş, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür²⁹. Kişisel mallara ilişkin kuralların fiilî bir karine olarak uygulanması gerektiğine ilişkin görüşte, aynı sonucun, sözleşme ile kişisel mal olarak kabul edilen edinilmiş malların yerine geçecek olan değerler (ikame değerler) için de geçerli

26) Bkz. ve karşı. *Acar*, s. 177. Yazar (s.177-178), eşlerin her ikisinin de miras yoluyla intikal etmiş birer konutu olsa, ailenin eşlerden birinin evinde oturmaları ve diğer eşin evinin kiraya verilmesi durumunda, evini kiraya veren diğer eşin, elde ettiği kira bedellerinin, o kişisel malın geliri olarak edinilmiş mal sayılmasının (TMK.m.219/II,b.4) âdil bir çözüm tarzı olduğunu, kanaatimizce de haklı olarak belirtmektedir.

27) Bu fıkra hükmü için bkz. aşa. dn.40.

28) *Gümüüş*, s.274.

29) İspat yükü, hukuk tekniği bakımından, iddiasını ileri süren tarafın yükümlülüğü olmayıp, ona tanınan bir hak olduğu için, ispat yükünün kendisine ait olduğu belirtilmelidir.

Doktrinde fiilî karine, kanun tarafından öngörülmüş olmamakla birlikte, ispat edilen bir olgudan, başka bir olgunun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılması olarak tanımlanmaktadır. Bkz. *Oğuzman*, Kemal / *Barlas*, Nami: Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, B.16, İstanbul 2010, s.305 ve dn.432-433.

olduğu, bu durumda ikame değerlerin de, karine olarak kişisel mallar arasında yer aldığı kabul edilmektedir. Yani, böyle bir sözleşme ile kişisel mal olarak kabul edilen edinilmiş malların ikame değerlerinin, edinilmiş mal olarak kabul edildiğini ileri süren eş, ikame değerlerin kişisel mal olduğuna ilişkin fiilî karine-nin aksini ispat yükü altındadır. Meselâ, eşlerden birine babasından miras kalan paranın faiz gelirinin, eşler arasındaki sözleşme ile kişisel mal olarak kabul edilmesi hâlinde, bu para ile satın alınacak taşınmaz veya hisse senedinin getireceği kira ve kâr payı kazancı da, fiilî bir karine olarak, kişisel mallar içerisinde yer alır.

Doktrinde *Piotet* tarafından ileri sürülen diğer bir görüşe göre³⁰ ise, eşlerin böylece akdî bir özel malvarlığı (*Sondergut*) veya kendisine özgü (*sui generis*) bir kişisel mal oluşturdukları için, söz konusu özel malvarlığı, doğrudan mutlak bir biçimde kişisel mallara ilişkin kurallara tâbidir.

Kanaatimizce de, eşlerin Türk Medenî Kanununun 221. maddesi gereğince, aralarında yaptıkları mal rejimi sözleşmesi ile bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin³¹ ve kişisel malların gelirlerinin, kişisel mal sayılacağı kabul ettikleri takdirde, bu konuda fiilî karineden söz edilmesine de gerek kalmaz. Çünkü eşlerin aralarındaki böyle bir sözleşmenin varlığı hâlinde, edinilmiş malların ikame değerlerinin ve ürünlerin getireceği ürünlerin de, bunların malvarlığı rejiminin tasfiye ânına kadar, hangi zamanda gerçekleşirse gerçekleşsin, kişisel mal olarak kabul edilmesi gerektiğinde bir tereddüt yoktur³². Sadece, eşlerin ilk sözleşme ta-

30) *Gümüş*, s.274 ve dn. 210.

31) Kanaatimizce, Türk Medenî Kanununun 221. maddesinin birinci fıkrasının, eşlerin, mal rejimi sözleşmesiyle, “bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin” kişisel mal sayılacağı kabul edebilecekleri şeklinde kaleme alınmış olmasının, kaynak İsviçre Medenî Kanununun 199. maddesinin birinci fıkrasında “özgülenmiş bulunan edinilmiş malvarlığı değerleri” şeklinde kullanılan ibareye göre, daha isabetli olduğu söylenebilir. Çünkü, Medenî Kanunumuzun söz konusu fıkra metni, edinilmiş malların ikame değerlerinin de açıkça hükmün kapsamına alınmasını sağlamaktadır. Böylece, bu hüküm, sadece eşler arasındaki sözleşmenin yapıldığı tarihte, fıkarda belirtilen sebeplerle mevcut ve özgülenmiş olan edinilmiş malları değil, daha sonraki tarihlerde, hem aynı fıkra kapsamındaki başka edinilmiş malları hem de bunların ikame değerlerini de kapsayacak biçimde, genişletici bir yoruma elverişli hâle getirilmiştir. Madde gerekçesinde, İsviçre Medenî Kanununun 199 uncu maddesinde olduğu gibi eşlere mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş malların kapsamını daraltma olanağının tanındığı belirtilmişse de, kanaatimizce bu madde gerekçesinde, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle, kişisel mal olarak kabul edebilecekleri edinilmiş malların kapsamı daraltılmış olmakla birlikte, bunların ikame değerlerinin de aynı sözleşme gereğince, kişisel mal sayılması amacıyla, kaynak İsviçre Medenî Kanununun 199 uncu maddesinde kullanılan “özgülenmiş bulunan malvarlığı değerleri” ibaresi yerine, “edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerleri” şeklinde bir ibarenin kullanıldığı açıklamasına da yer verilmesi daha isabetli olurdu.

Doktrinde ileri sürülen aksi yöndeki bir görüşe göre ise, fıkra metnimizin, kaynak Kanuna uygun olarak anlaşılması gerekir. Bkz. *Zeytin, Zafer*: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005, s.127.

32) Bu konuda ayrıca bkz. yuk. V.

rihinden sonraki bir tarihte, aralarındaki sözleşmede, Türk Medenî Kanununun 5. maddesinde³³ yapılan yollama gereğince, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun 13. maddesine uygun bir değişiklik yapabilecekleri söylenebilir. Gerçekten, Türk Medenî Kanununun mal rejimlerinin genel hükümlerinden biri olan 202. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, aynı Kanunun 205. maddesinde öngörülen geçerlilik şekline uygun olarak, seçimlik mal rejimlerinden birini (mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejimini) tercih edebileceklerinde bir tereddüt yoktur. Ancak, Türk Medenî Kanununun 221. maddesinde öngörülen sözleşmenin geçerlilik şekline mi, yoksa ispat şekline mi tâbi olduğu konusu tartışılabilir niteliktedir. Kanaatimizce, bu konuda, Türk Medenî Kanununun 205. maddesinde düzenleme yapılmaması nedeniyle, bir kanun boşluğunun bulunduğu söylenebilir³⁴. Bu kanun boşluğunun, Türk Medenî Kanununun 1. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, aynı Kanunun 205. maddesinin kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle doldurulabileceği ileri sürülebilir. Bu düşünce, eşlerin seçimlik mal rejimlerinden birini seçmedikleri takdirde, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini seçtikleri kabul edildiği için savunulabilir niteliktedir. Bununla birlikte, geçerlilik şekline ilişkin Türk Medenî Kanununun 205. maddesinin, aynı Kanunun 221. maddesinde öngörülen sözleşme bakımından da, kıyas yoluyla uygulanması gerektiği görüşü kabul edilmezse, hâkimin bu kanun boşluğunu, -örf ve âdet hukukuna göre de doldurması mümkün olmadığı için-, kendisi kanunkoyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse, ona göre karar vermek suretiyle doldurması gerekir (TMK.m.1/II). Kanaatimizce, bu durumda hâkimin hukuk boşluğunu, yasal mal rejimine ilişkin Türk Medenî Kanununun 221. maddesinde öngörülen sözleşmenin de, yine aynı Kanunun 205. maddesinde olduğu gibi, geçerlilik şekline tâbi tutarak doldurması ve somut uyuşmazlığı çözmesi daha isabetli olur³⁵.

33) Maddeye göre: “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*”

34) Bu konuda, Türk Medenî Kanununun 205. ve 221. maddelerinin kaynağını oluşturan İsviçre Medenî Kanununun 181. ve 199. maddelerinde de söz konusu kanun boşluğunun bulunduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, kanunkoyucunun Türk Medenî Kanununun 221. maddesinde, eşler arasındaki sözleşmeyi geçerlilik şekline bağlı kılmak istemediği için, söz konusu sözleşmenin şekline ilişkin bir düzenleme yapmadığı görüşü kabul edilirse, o takdirde kanun boşluğundan söz edilemez. Kanaatimizce, Türk Medenî Kanununun 221. maddesinin gerekçesinde de, bu konuda bir açıklamaya yer verilmediği için, bu maddede bilinçli bir boşluk bırakıldığı düşüncesinin kabulü güçtür.

35) Yargıtay'ın 27.3.1957 tarih ve 1/3 sayılı içtihadı birleştirme kararında belirtildiği gibi, kanun hükmünün anlamının belirlenmesinde (yorumlanmasında) göz önünde tutulması gereken ilk esas, metni oluşturan sözlerden çıkan anlamdır. Ancak, madde metninden çıkan anlam, maddenin kanuna konulmasıyla güdülen amaca aykırı sonuçlar doğuracak olduğu takdirde, kanunun sözünden (lâfzından) çıkan anlam yerine, kanunun özünden (ruhundan) çıkan anlamı göre hüküm vermek gerekir ki bu durum, Medenî Kanunun 1. maddesindeki kuralın sonuçlarıdır (RG. 22.6.1957, S. 9640).

Uluç'a göre (s.345-346), eşlerin Türk Medenî Kanununun 221. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mal sayılmayacağına ilişkin bir sözleşmeyi noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapmaları gerekir; böyle bir sözleşme âdi yazılı şekilde yapılamaz.

VII. Kişisel Malları Değerlendirme Anı

Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, kanaati-mizce, yürürlükteki Türk Medenî Kanununun 229. maddesi³⁶ ile 235. maddesinin, edinilmiş mal olarak kabul edilen kişisel malların gelirleri için de uygulanması gerekir. Bu nedenle, kişisel malları değerlendirme ânı başlığı altında, söz konusu değerlendirmeden söz edilmesi yararlı görülmüştür.

Yürürlükteki Türk Medenî Kanununun 235. maddesinin birinci fıkrasında, mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş malların, tasfiye ânındaki değerleriyle hesaba katılacakları, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, hesaplamada edinilmiş mallara eklenecek olanların, herhangi bir edinilmiş malın devredildiği tarihteki değerinin esas alınacağı kabul edilmiştir. Madde gerekçesinde, maddenin birinci fıkrasında, malların Türk Medenî Kanununun 232 nci maddesinde³⁷ öngörülen sürüm değerlerinin, tasfiye ânındaki sürüm değerleri olması gerektiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce de, bu yasal düzenleme ile davacı (alacaklı) eşin, özellikle tasfiye ânında, inceleme konumuz bakımından, Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendi gereğince, edinilmiş mallar arasında kabul edilen kişisel malların değer artışına bağlı olarak, bunların gelirlerindeki değer artışından yararlandırılması veya diğer bir ifadeyle, evlilik birliğinin sona erdiği tarihteki daha düşük gelirlere ortak edilmek suretiyle zarara katlanmak zorunda bırakılmaması isabetli olmuştur.

Maddenin ikinci fıkrasında, yürürlükteki Türk Medenî Kanununun “2. Eklenecek değerler” kenar başlıklı 229. maddesinin ikinci bendi gereğince, “Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla

36) “2. Eklenecek değerler” kenar başlıklı Türk Medenî Kanununun 229. maddesine göre: “Aşağıda sayılanlar, edinilmiş mallara değer olarak eklenir:

1. Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar,
2. Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler.

Bu tür kazandırma veya devirlere ilişkin uyumsuzluklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir.”

Kanaatimizce, maddede sınırlayıcı biçimde sayılan edinilmiş mallara eklenecek değerler, Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendi gereğince edinilmiş mal niteliğindeki kişisel mallarının gelirlerinin, eşlerden biri veya her ikisi tarafından kullanılarak yapılan kazandırma ve devirler bakımından da uygulama alanı bulur.

37) Maddeye göre: “Mal rejiminin tasfiyesinde malların sürüm değerleri esas alınır.”

Türk Medenî Kanununun 256 ilâ 281. maddelerinde düzenlenen mal ortaklığı rejimine ilişkin hükümlerden, “V. Değer belirlenmesi” kenar başlıklı 275. maddesine göre de: “Mal rejimi sona erince, mevcut ortaklık mallarının değerlendirilmesinde tasfiye ânı esas alınır.”

yaptığı devirler” söz konusudur. Kanunkoyucunun, bu hükümle, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesine rağmen, tasfiyenin henüz yapılmamış olabileceğini düşünerek, hak sahibi olan eşin tasfiye ânına kadar malların değer kazanması nedeniyle zarara uğramasını önlemek istediği anlaşılmaktadır. Kaynak İsviçre Medenî Kanununun 214. maddesinin birinci fıkrasında da yer verilen bu hükmün, kanaatimizce de, özellikle Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği 2002 yılından önceki yıllarda, yüksek oranda enflasyon artışlarının görüldüğü ülkemiz için de isabetli olduğu kabul edilmelidir³⁸.

Kılıçoğlu'na göre³⁹, tasfiyenin eşlerin anlaşmasına dayandığı hâllerde eşler, malların hangi andaki değerlerini esas alacağını serbestçe kararlaştırabilirler. Bu nedenle, edinilmiş malların, tasfiye ânındaki değerleriyle hesaba katılacaklarının öngörüldüğü Türk Medenî Kanununun 235. maddenin birinci fıkrası, eşlerin tasfiyede anlaşamadıkları hâllerde önem taşır.

Kanaatimizce, bu görüşe katılma olanağı olup olmadığı, eşlerin, malların hangi andaki değerlerinin (meselâ, evlilik birliğinin, dolayısıyla yasal mal rejiminin veya seçimlik mal rejimlerinden biri olan mal ortaklığı rejiminin sona erdiği tarihteki değerlerinin) esas alınacağını kararlaştırmalarının geçerliliği sorununun çözümlenmesine bağlıdır. Eşlerin, Türk Medenî Kanununun 221. maddesinin ikinci fıkrası⁴⁰ kapsamında bir sözleşme yapmaları hâlinde, kişisel malların gelirleri de kişisel mal kategorisinde yer alacağı için, bu durumda kişisel malların, tasfiye ânındaki değerleriyle hesaba katılmalarına da gerek kalmaz⁴¹. Buna karşılık, eşle-

38) Bkz. ve karşı. *Kılıçoğlu*, s. 246.

Kanunkoyucu tarafından, Türk Medenî Kanununun 235. maddesinin birinci fıkrası ile 275. maddesinde, yasal mal rejiminin veya seçimlik mal rejimlerinden biri olan mal ortaklığı rejiminde, edinilmiş malların veya ortaklık mallarını değerlendirme âmi olarak, tasfiye ânının kabul edilmesinin, özellikle boşanma davası ile birlikte veya boşanma kararının kesinleşmesinden sonra açılan tasfiye davası ile ilgili yargılamanın uzun sürmesi durumunda, davacı eşin katılma alacağının düşük hesaplanması nedeniyle uğrayabileceği zararı önleyici nitelikte olduğu açıktır. Kanunkoyucunun, Türk Medenî Kanununun 506. maddesinde, saklı paylı mirasçuların açtıkları tenkis davasında, mirasbırakanın tenkise tâbi tasarrufların değerinin, mirasbırakanın tenkise tâbi tasarrufu gerçekleştirdiği tarih yerine, karar tarihine göre belirlenmesi gerektiğini kabul ettiği düzenlemenin de, davacıların zararlarını önleyici veya saklı paylarını daha âdil bir biçimde elde etmelerini sağlayıcı nitelikte olduğu şüphesizdir. Aynı değerlendirmenin, mirasın paylaşılmasında, taşınmazların paylaşmanın yapıldığı zamandaki gerçek değerleri esas alınarak, tarımsal taşınmazların gelir değerine, diğer taşınmazların ise sürüm değerine göre mirasçılara özgülenmesi gerektiğine ilişkin Türk Medenî Kanununun 657. maddesinde yapılan düzenleme için de geçerli olduğu kabul edilmelidir.

39) *Kılıçoğlu*, s. 246.

40) Fıkraya göre: “Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını da kararlaştırabilirler.” Aynı maddenin ilk fıkrasına göre de: “Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler.”

41) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 9.6.2008 tarihli ve E. 2007/10436, K. 2008/8191 sayılı kararından: “...b- Davalı adına kayıtlı olan ticarethane, taraflar arasında mal ayrılığının geçerli olduğu

rin söz konusu fıkra hükmünün uygulanmasını gerektiren bir sözleşme yapmaları hâlinde, kişisel malların gelirleri arasındaki doğal veya hukukî (medenî) ürünlerin miktarında bir uyumsuzluk varsa, bunların kaynağını oluşturan kişisel malların tasfiye ânındaki değerlerinin esas alınması gerekir. Bu ihtimalde, kişisel malların tasfiye ânındaki değerleriyle hesaba katılacağı öngörüldüğü Türk Medenî Kanununun 235. maddesinin birinci fıkrası hükmünün, emredici nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, eşlerin söz konusu emredici hükme aykırı olarak, kişisel malların değerlerinin, evlilik birliğinin, dolayısıyla yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin veya seçimlik mal rejimlerinden biri olan mal ortaklığı rejiminin⁴² sona erdiği tarihteki sürüm (rayiç) değerlerinin hesaba katılacaklarına ilişkin olarak yaptıkları bir sözleşme hükmünün, uyumsuzluk hâlinde geçersiz olduğu sonucuna varılmalıdır. Çünkü yasal mal rejimi ile mal ortaklığı rejiminin tasfiyesinde, edinilmiş malların veya ortaklık mallarının tasfiye ânındaki değerlerinin hesaba katılması gerektiğinin öngörüldüğü Türk Medenî Kanununun 235. ve 275. maddelerinin, emredici hükümler niteliğinde oldukları kabul edilmelidir. Kanunkoyucunun amacı, bu hükümleri tamamlayıcı (yedek) hukuk kuralı olarak düzenlemek olsaydı, her iki hükmün başına “Eşler arasındaki sözleşmede aksine bir hüküm öngörülmedikçe” şeklinde, bir ibarenin eklenmesi gerekirdi; oysa hem söz konusu maddelerde hem de kaynak İsviçre Medenî Kanununun 214. ve 240. maddelerinde, böyle bir ibareye yer verilmemiştir.

Kanaatimizce de, tasfiyenin mahkeme kararına dayandığı hâllerde, “tasfiye ânı” için düşünülebilecek en son an, mahkeme kararının verildiği andır⁴³.

dönemde alınmış olup, bu ticarî işletme, edinilmiş mallara katılma rejiminde davalının kişisel malıdır. Bu işletmenin 1.1.2002’den sonraki geliri ise, edinilmiş malıdır (TMK.219/3). Boşanma davası 7.6.2004 tarihinde açılmış olup, boşanma ile sonuçlanmıştır. O hâlde, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiği 7.6.2004 tarihleri arasındaki davalıya ait ticarethanenin gelirinin, gerektiğinde bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle tespiti ve taraflar arasında Türk Medenî Kanununun 221. maddesi gereğince yapılmış olan bir sözleşme olup olmadığı da araştırılıp, sonucu uyarınca bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (www.kazanci.com.tr)

42) Eşlerin, yaptıkları bir sözleşme ile, diğer seçimlik mal rejimi olan mal ayrılığı rejimini seçmeleri durumunda, Türk Medenî Kanununun 242. ve 243. maddelerinin uygulanması gerekeceği için, aralarında böyle bir sözleşme yapmaları söz konusu olamaz.

43) Bu görüş için bkz. *Kılıçoğlu*, s.247. Yazara göre (s.247), mahkemece malların değerlerinin tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırıldığı durumlarda, bilirkişi raporunun verildiği tarihten uzun bir süre geçtikten sonra, karar tarihi itibarıyla, mallarda meydana gelen değer kaybının da göz önünde tutulması gerekir. Bu nedenle, hâkim, bu gibi hâllerde, gerektiğinde, verdiği kararın yargılama süresini göz önünde tutarak, malların değerinde belirli oranda bir artışa hükmedebilir. Kanaatimizce, yargılama süresinin uzaması sebebiyle, bilirkişi raporunun sunulduğu tarih ile mahkemece davacının istemi üzerine, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin kararın verildiği tarih arasında malların değerinde bir azalma meydana geldiği takdirde, kanunda hâkime belirli bir oranda artışa hükmetme konusunda bir takdir yetkisi verilmediği için, *Kılıçoğlu*’nun bu görüş ve değerlendirmesine, ancak bu konuda bilinçsiz bir kanun boşluğunun

VIII. Kişisel Malların Gelirlerinin, Sürüm Değerine Göre Hesaplanması

Yürürlükteki Türk Medenî Kanununun “IV. Değerin belirlenmesi / 1. Sürüm değeri” kenar başlıklı 232. maddesinde öngörülen “Mal rejiminin tasfiyesinde malların sürüm değerleri esas alınır.” hükmünün, uyuşmazlık konusu olan kişisel malların gelirlerinin hesaplanmasında da uygulanması gerekir. Buna göre, yürürlükteki Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendinde, edinilmiş mal olarak kabul edilen kişisel malların gelirlerinin hesaplanmasında, taraflar arasında aynı Kanunun 221. maddesi gereğince, aksine bir sözleşme yapılmış olmadıkça, söz konusu edinilmiş malların sürüm (rayiç) değeri (kaynak İsviçre Medenî Kanununun 211. maddesinde kullanılan Fransızca terimle, “*valeur vénale*”) göz önünde tutulmalıdır.

IX. Kişisel Malların Gelirleri Hesaplanırken, Sürüm Değerinden Bir İndirim Yapılması Gerekip Gerekmediği Sorunu

Doktrinde, kişisel malların gelirleri hesaplanırken, bunların net miktarlarının esas alınması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir⁴⁴. Aynı görüşe göre, “bu anlamda olmak üzere, kişisel malların gelirlerinin elde edilmesi için yapılan giderler (tarladan elde edilen ürünün tohumluk, ekim ve hasat giderleri gibi), ödenen vergiler, amortismanlar, enflasyon nedeniyle para değerindeki kayıplar (faiz gelirlerinde anaparanın enflasyon nedeniyle uğradığı değer kaybı gibi) indirilmelidir”⁴⁵. Kanaatimizce, kişisel malların gelirleri (TMK.m.219/II,b.4), Türk Medenî Kanununun 235. maddesinin birinci fıkrası gereğince, mal rejiminin sona erdiği anda mevcut olan edinilmiş mallar arasında kabul edilmelidir⁴⁶. Bu nedenle, kişisel malların gelirlerinin, tasfiye ânındaki değerleri (miktarları) ile hesaba katılması gerekir.

bulunduğunun kabul edilmesi koşuluyla, hâkimin bu kanun boşluğunu, Türk Medenî Kanununun 1. maddesinin ikinci fıkrası gereğince doldurması gerektiği takdirde katılmak mümkün olur. Bununla birlikte, böyle bir bilinçsiz kanun boşluğunun bulunduğu düşüncesi, tartışılabilir niteliktedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 25.12.2007 tarihli ve E. 2007/1097, K. 2007 / 17749 sayılı kararından: “Değer artış payı (TMK.m.227) ve katılma alacağı (TMK.m. 231, 236) hesabında, tasfiye tarihinin boşanma ve mal rejiminin sona erdiği tarih olmayıp, tasfiye veya değer artış payına yönelik açılmış bulunan davanın karar tarihi olduğu göz önüne alınmalıdır.” Aynı yönde: 2. HD., 3.3.2008 tarihli ve E. 2008/896, K. 2008/2616 sayılı karar. (www.kazanci.com.tr)

44) Kılıçoğlu, s.239; aynı görüşte: Acar, s.178.

45) Uluç’a göre (s.338), meselâ, kiraya verilen evin kira geliri söz konusu ise, kiralananın bakımı, onarımı ile iyileştirilmesi, kira stopajı gibi giderler, ticarî araç söz konusu ise, bakım ve vergi masrafları ve benzeri giderler düşürülüp net gelir bulunacaktır.

46) Kanaatimizce, hukuka uygun bir değerlendirme olan, kişisel malların gelirleri bakımından da, Türk Medenî Kanununun edinilmiş mallarla ilgili 202, 218, 219, 231, 232, 235 ve 236. maddelerinin göz önünde bulundurulması gerektiğine ilişkin Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 14.3.2013 tarihli ve 12/5212 E., 2013/3549 K. sayılı kararı için bkz. yuk.dn.9.

Kanaatimizce, kişisel malların gelirleri arasındaki doğal ürünlerin elde edilmesinin, bu amaçla yapılan giderlere bağlı ve sonuçta diğer eşin veya mirasçılarının artık değerini yarısı üzerinde katılma alacağına sahip olmasında (TMK.m.236) bir tereddüt olmadığı için, bu giderlerin (vergiler de dâhil olmak üzere) -daha önce ödenmiş ve artık değerini mevcut olması koşuluyla-, kişisel malların gelirlerinden indirilmesine gerek yoktur. Aynı sonuç, eşlerden birinin, tasfiye ânında, yapılması söz konusu olan giderlerden kaynaklanan borçlarını henüz ödememiş olması hâlinde, Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendi gereğince edinilmiş mal sayılan kişisel malların gelirlerinin hesaplanmasında, aynı Kanunun 231. maddesi uygulanarak, bu borçlar ödenip, edinilmiş malların toplam değerinden çıkarıldıktan sonra kalan miktarın, artık değer sayılması ihtimali için de geçerlidir⁴⁷. Buna karşılık, belirtilen maddenin gerekçesinde de açıklandığı üzere, maddenin ikinci fıkrasında, yapılacak hesaplama sonucu edinilmiş mallarla ilgili bir artık değer ortaya çıkmaması, yani değerdeki eksilme hâlinde, artık değer söz konusu olamayacağı için, bu ihtimalde, kişisel malların gelirlerinden bir indirim yapılması da mümkün olmaz. Çünkü, edinilmiş malların toplam değerinden çıkarıldıktan sonra artık değer yoksa, bu ihtimalde, diğer eşin katılma alacağı da yoktur.

47) Bu nedenle, *Uluç*'ün (s.338), kişisel mallar için yapılan ya da yapılacak her türlü masrafların kişisel malların ürünlerinden (gelirlerinden) düşürülmesi ve hesabın ondan sonra yapılmasının zorunlu olduğuna ilişkin açıklaması da eleştirilebilir niteliktedir. Çünkü, Türk Medenî Kanununun 231. maddesi gereğince, artık değer, *borçların sadece ilgili olduğu kişisel malın gelirlerinden değil, edinilmiş malların toplam değerinden çıkarılarak bulunabilir*. Şu hâlde, kişisel mallar için yapılan veya yapılacak her türlü masrafların kişisel malların ürünlerinden (gelirlerinden) düşürülmesi, eşlerden birinin veya her ikisinin, artık değeri oluşturabilecek mallarının sadece kişisel mallar olması hâlinde söz konusu olabilir. Kaldı ki, bu ihtimalde masrafların kişisel malların gelirlerinden çıkarılınca, başka bir hesap yapılmasına gerek kalmaksızın, varsa artık değer ortaya çıkmış olur.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 6.4.2010 tarihli ve E. 2010/58, K. 2010/1634 sayılı kararından: "...hükme esas alınan 06.04.2009 hâkim havale tarihli rapor ekindeki hesap özeti ve detay mizanlar incelendiğinde, 2004 yılına ilişkin olarak dikkate alınan belgenin, ödenecek vergi ve fonlar, sigorta kesintileri, amortisman gibi borçlar bakımından bilgi içermediği görülmektedir. Bundan ayrı, davalının çalışması karşılığında elde ettiği işletme gelirinden, yaptığı iş, sosyal statüsü, meslekî konumu, küçük bir çocuk sahibi olması gibi hususların da dikkate alınmasıyla tespit edilebilecek kişisel harcamalarının belirlenmediği ve işletme geliri olarak belirlenen miktardan düşülmediği anlaşılmaktadır..." (www.kazanci.com.tr). Kanaatimizce bu kararda, Türk Medenî Kanununun 231. maddesinde, kişisel harcamaların da edinilmiş malların toplam değerinden çıkarılması öngörülmediği hâlde, yerel mahkeme kararının bozma sebepleri arasında bunun da belirtilmesi eleştirilebilir niteliktedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 3.3.2008 tarihli ve E. 2008/896, K. 2008/2616 sayılı kararından: "Olayları anlatmak taraflara, hukukî niteleme hâkime aittir. Davacı kadın, davalı kocanın edinilmiş malları üzerinden katılma alacağı (TMK.m.231) isteminde bulunmuştur.

Mahkemece yapılacak iş; eklenecek değerlerden (TMK.m.229) ve denkleştirmeden (TMK.m.230) elde edilen miktarlar da dâhil olmak üzere, davalı kocanın edinilmiş malların (TMK.m.219) toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan artık değer (TMK.m.231) yarısı üzerinden (TMK.m.236/1), tarafların kazanılmış hakları da dikkate alınarak hüküm kurmaktan ibarettir." (www.kazanci.com.tr)

Kılıçoğlu'na göre⁴⁸, Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendinin karşılığı olan İsviçre Medenî Kanununun 197. maddesinin dördüncü bendi konulurken, İsviçre'de enflasyon olmadığı göz önünde tutulmuştur. Ülkemizde ise, yüksek enflasyon olmasının bir sonucu olarak, kişisel malların gelirleri hesaplanırken, bu gelirlerden, öncelikle kişisel malların zaman içinde enflasyon nedeniyle değer kaybının karşılanması, artan miktarın edinilmiş mal olarak değerlendirilmesi gerekir. Kanaatimizce, -bu başlığın ilk paragrafında da belirttiğimiz gibi-, Türk Medenî Kanununun 235. maddesinin birinci fıkrası gereğince, mal rejiminin sona erdiği anda mevcut olan edinilmiş mallar arasında kabulü gerekli kişisel malların gelirlerinin (TMK.m.219/ II,b.4), tasfiye ânındaki değerleri (miktarları) ile hesaba katılması zorunludur. Para değerinde enflasyon nedeniyle meydana gelen azalmaların edinilmiş malların toplam değerinden çıkarılması gerektiğine ilişkin bir hükme, Türk Medenî Kanununun 235. maddesinin birinci fıkrasında yer verilmemiştir. Bu nedenle, ülkemiz bakımından, para değerinde enflasyon nedeniyle meydana gelen azalmaların kişisel malların gelirlerinden indirilmesi gerektiğine ilişkin *Kılıçoğlu* tarafından ileri sürülen görüşe, bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmesi koşuluyla, söz konusu kanun boşluğunun, Türk Medenî Kanununun 1. maddesinin ikinci fıkrası gereğince doldurulması için katılmak mümkün olur. Bununla birlikte, böyle bir kanun boşluğu bulunup bulunmadığı tartışılabilir niteliktedir. Gerçekten, kişisel malların gelirlerinden böyle bir indirim yapılması gerektiğine ilişkin bir hükme yer verilmemesinin, bu başlık altında yaptığımız açıklamalar ve günümüzde, ülkemizde de yüksek oranda yıllık enflasyon artışı olmadığı göz önünde tutulduğunda, kaynak İsviçre Medenî Kanununun 197. maddesinin dördüncü bendinde, bir kanun boşluğundan söz edilemiyorsa, Türk hukuku bakımından da bir kanun boşluğunun bulunmadığı görüşü kuvvetle savunulabilir.

48) *Kılıçoğlu*, s.239. *Acar*'a göre de (s.178), paranın faiz gelirinin hesabında enflasyonun paranın değeri üzerindeki etkilerinin dikkate alınması gerekir. Yazara göre (s.178 ve dn.175), meselâ %100 faizle bankaya yatırılan 1.000 TL'nin yıl sonu itibarıyla 2.000 TL'ye ulaşması durumunda, enflasyon % 65 cereyan etmiş ise, 350 TL'nin gelir, geri kalan 1650 TL'lik kısmın anaparanın kendisi olarak kabul edilmesi gerekir. Yüksek enflasyonun baskısı altında yaşayan ülkelerde, kişisel malın değerinin kendiliğinden düşmesinin ve faiz yoluyla değerinin korunması durumunda da, tümüyle edinilmiş mal statüsüyle paylaşma tâbi tutulmasının doğurduğu haksızlık, böylece önlenmiş olacaktır. Kanaatimizce, bu örnekte, kişisel mal niteliğindeki anaparanın bir yıl sonunda, Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü fıkrası gereğince edinilmiş mal sayılan hukukî ürünü 1000 liradan, % 65 oranındaki enflasyon nedeniyle, 650 lirasının yeniden anaparaya eklenerek, geri kalan 350 liranın, artık değer olması durumunda, yarısı olan 175 liranın diğer eşe ödenmesi gerektiği görüşünün yasal dayanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki, bu örnekte, 1.000 liranın artık değer olması varsayımında, bunun yarısının, yani 500 liranın, anaparaya eklenerek, 1650 lira yerine, 1.500 liraya yükselmesi sonucunda, kişisel mal sahibi eşin, 150 liralık para kaybının, diğer eşin 325 liralık para kaybına göre, haksızlık doğurduğunun kabulü güçtür.

X. Belirli bir malın, eşlerden birine ait olduğu iddiasını ispat yükü

Belirli bir malın eşlerden birine ait olduğu iddiasını ispat yükünün kime ait olduğu, Türk Medenî Kanununun 6. maddesinin⁴⁹ özel bir uygulama örneğini oluşturan ve iki yasal karineye yer verilen, aynı Kanunun 222. maddesinde, üç fıkra hâlinde şöylece düzenlenmiştir:

“Belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispat etmekle yükümlüdür⁵⁰ (f.1). Eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır (f.2). Bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir (f.3).”

Makalemizde, eşler arasında veya onlardan birinden veya her ikisinden alacaklı olan üçüncü kişiler arasında, bir malın edinilmiş mal veya kişisel mal olup olmadığı konusunda bir uyuşmazlık olduğu takdirde, medenî usul hukuku ile sıkı bir ilişkisi bulunan ispat yükünün ayrıntılı biçimde açıklanmasına gerek görülmediği için, sadece Türk Medenî Kanununun 222. maddesindeki düzenleme belirtilmekle yetinilmiştir⁵¹.

Sonuç

Makalemizin “Genel olarak” başlığı altındaki açıklamalarımızda da belirtildiği üzere, tartışılmaya elverişli başlıca hukukî problemlerin çözümüne ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşler ile uygulamada (mahkeme kararlarında) varılan sonuçlar ve kişisel değerlendirmelerimiz, makale metninde ayrıntılı biçimde açıklanmış olup, sadece vardığımız sonuçlar, aşağıda özetle ve maddeler hâlinde belirtilmiştir.

1. 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 225. maddesinde, edinilmiş mallara katılma rejimini sona erdiren sebepler sınırlayıcı biçimde sayılmıştır.

2. Bir eşin kişisel malların gelirlerinin, edinilmiş mal sayılmasının kabul edilmesinin, söz konusu gelirlerin elde edilebilmesi için, evlilik süresince sadece o eşin harcayacağı emek ve zamanın yeterli olmayacağı, diğer eşin ev veya edinilmiş mal için harcayacağı emek ve zamanın, bu gelirlerin elde edilmesine sağlayacağı katkının da göz önünde tutulması gerektiği düşüncesine dayandırıldığına ilişkin olarak doktrinde isabetli olarak yapılan bu açıklamanın, yürürlükteki Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin gerekçesinde de belirtilmesi uygun olurdu.

49) Madde hükmüne göre: “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”

50) İspat yükünün, hak niteliğinde olduğu için, bu fıkra “...ispat yükü altındadır.” yerine, “ispat etmekle yükümlüdür.” şeklinde bir ibare kullanılması isabetli değildir. Ayrıca bkz. yuk.dn.29.

51) Türk Medenî Kanununun 230. maddesinin ikinci fıkrasına göre: “Her borç, ilişkin bulunduğu mal kesimini yükümlülük altına sokar. Hangi kesime ait olduğu anlaşılamayan borç, edinilmiş mallara ilişkin sayılır.”

3. Türk Medenî Kanununun “c. Faizler” kenar başlıklı 805. maddesinde, intifa hakkına konu olan sermayenin faizleri ve diğer dönemsel gelirlerin, daha geç muaccel olsalar bile intifa hakkının başladığı tarihten sona erdiği tarihe kadar intifa hakkı sahibine ait olduğu belirtildiği için, Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendinin, aynı Kanunun 685. maddesinin ikinci fıkrasına göre açıklanıp yorumlanması yeterli olur. Bununla birlikte, Türk Medenî Kanununun 805. maddesinin, aynı Kanunun doğal ve hukukî (medenî) ürünlere ilişkin bir örnek içerdiği söylenebilir.

4. Türk Medenî Kanununun 236. maddesinin birinci fıkrasının “*Alacaklar takas edilir.*” şeklinde ifade edilen son cümlesinin, takasın bir def’i niteliğinde olması nedeniyle, ancak bu def’in ilgili tarafça ileri sürülmesi hâlinde, mahkemece göz önünde tutulması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır.

5. Doktrinde, kanaatimizce de haklı olarak, eşlerden birinin aşağıda belirtilen kazançlarının, kişisel mallarının gelirlerini oluşturan ürünlerden sayılmayacağı ileri sürülmektedir. 1. Sermayedeki endüstriyel ve konjonktürel artışlar, 2. Bir ticarî ortaklığın tasfiyesi sonucunda, bir ortağa düşen ve kazanç sağlayan tasfiye payı, 3. Ticarî ortaklıkta, bir ortağın kişisel malları ile finansmanını sağlamak suretiyle satın aldığı yeni paylar, 4. Eşlerden birinin, ailenin kullanımına sunduğu kişisel malın, ailenin geçimine katkıları, 5. Eşlerin yaptıkları bir sözleşme ile kişisel mal olarak kabul ettikleri kişisel malların gelirleri.

6. Eşlerin Türk Medenî Kanununun 221. maddesi gereğince, aralarında yaptıkları mal rejimi sözleşmesi ile bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin ve kişisel malların gelirlerinin, kişisel mal sayılacağını kabul ettikleri takdirde, bu konuda fiilî karineden söz edilmesine de gerek kalmaz. Çünkü, eşlerin aralarındaki böyle bir sözleşmenin varlığı hâlinde, edinilmiş malların ikame değerlerinin ve ürünlerin getireceği ürünlerin de, bunların malvarlığı rejiminin tasfiye ânına kadar, hangi zamanda gerçekleşirse gerçekleşsin, kişisel mal olarak kabul edilmesi gerektiğinde bir tereddüt yoktur. Sadece, eşlerin ilk sözleşme tarihinden sonraki bir tarihte, aralarındaki sözleşmede, Türk Medenî Kanununun 5. maddesinde yapılan yollama gereğince, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun 13. maddesine uygun bir değişiklik yapabilecekleri söylenebilir.

7. Türk Medenî Kanununun 221. maddesinde öngörülen sözleşmenin geçerlilik şekline mi, yoksa ispat şekline mi tâbi olduğu konusu tartışılabilir niteliktedir. Kanaatimizce, bu konuda, Türk Medenî Kanununun 205. maddesinde düzenleme yapılmaması nedeniyle, bir kanun boşluğunun bulunduğu söylenebilir.

Bu kanun boşluğunun, geçerlilik şekline ilişkin Türk Medenî Kanununun 205. maddesinin, aynı Kanunun 221. maddesinde öngörülen sözleşme bakı-

mından da, kıyas yoluyla uygulanarak doldurulması gerektiği görüşü kabul edilmezse, hâkimin bu kanun boşluğunu, -örf ve âdet hukukuna göre de doldurması mümkün olmadığı için-, kendisi kanunkoyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse, ona göre karar vermek suretiyle doldurması gerekir (TMK.m.1/II). Kanaatimizce, bu durumda hâkimin hukuk boşluğunu, yasal mal rejimine ilişkin Türk Medenî Kanununun 221. maddesinde öngörülen sözleşmenin de, yine aynı Kanununun 205. maddesinde olduğu gibi, geçerlilik şekline tâbi tutarak doldurması ve somut uyumsuzluğu çözmesi daha isabetli olur.

8. Türk Medenî Kanununun 221. maddesinin birinci fıkrasının, eşlerin, mal rejimi sözleşmesiyle, *“bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin”* kişisel mal sayılacağını kabul edebilecekleri şeklinde kaleme alınmış olmasının, kaynak İsviçre Medenî Kanununun 199. maddesinin birinci fıkrasında *“özgülenmiş bulunan edinilmiş malvarlığı değerleri”* şeklinde, kullanılan ibareye göre, daha isabetli olduğu söylenebilir. Çünkü, Medenî Kanunumuzun söz konusu fıkra metni, edinilmiş malların ikame değerlerinin de açıkça hükmün kapsamına alınmasını sağlamaktadır.

9. Türk Medenî Kanununun 229. maddesinde sınırlayıcı biçimde sayılan edinilmiş mallara eklenecek değerler, Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendi gereğince edinilmiş mal niteliğindeki kişisel mallarının gelirlerinin, eşlerden biri veya her ikisi tarafından kullanılarak yapılan kazandırma ve devirler bakımından da uygulama alanı bulur.

10. Yürürlükteki Türk Medenî Kanununun 235. maddesinin birinci fıkrasında, mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş malların, tasfiye ânındaki değerleriyle hesaba katılacakları, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, hesaplamada edinilmiş mallara eklenecek olanların, herhangi bir edinilmiş malın devredildiği tarihteki değerinin esas alınacağı kabul edilmiştir. Bu yasal düzenleme ile davacı (alacaklı) eşin, özellikle tasfiye ânında, inceleme konumuz bakımından, Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendi gereğince, edinilmiş mallar arasında kabul edilen kişisel malların değer artışına bağlı olarak, bunların gelirlerindeki değer artışından yararlandırılması veya diğer bir ifadeyle, evlilik birliğinin sona erdiği tarihteki daha düşük gelirlere ortak edilmek suretiyle zarara katlanmak zorunda bırakılmaması isabetli olmuştur.

11. Eşlerin, Türk Medenî Kanununun 221. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında bir sözleşme yapmaları hâlinde, kişisel malların gelirleri de kişisel mal kategorisinde yer alacağı için, bu durumda kişisel malların, tasfiye ânındaki değerleriyle hesaba katılmalarına da gerek kalmaz. Buna karşılık, eşlerin söz

konusu fıkra hükmünün uygulanmasını gerektiren bir sözleşme yapmamaları hâlinde, kişisel malların gelirleri arasındaki doğal veya hukukî (medenî) ürünlerin miktarında bir uyumsuzluk varsa, bunların kaynağını oluşturan kişisel malların tasfiye ânındaki değerlerinin esas alınması gerekir. Bu ihtimalde, kişisel malların tasfiye ânındaki değerleriyle hesaba katılacağı öngörüldüğü Türk Medenî Kanununun 235. maddesinin birinci fıkrası hükmünün, emredici nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, eşlerin söz konusu emredici hükme aykırı olarak, kişisel malların değerlerinin, evlilik birliğinin, dolayısıyla yasal mal rejiminin (edinilmiş mallara katılma rejimi) veya seçimlik mal rejimlerinden biri olan mal ortaklığı rejiminin sona erdiği tarihteki sürüm (rayiç) değerlerinin hesaba katılacaklarına ilişkin olarak yaptıkları bir sözleşme hükmünün, uyumsuzluk hâlinde geçersiz olduğu sonucuna varılmalıdır.

12. Tasfiyenin mahkeme kararına dayandığı hâllerde, “tasfiye ânı” için düşünülebilecek en son ânın, mahkeme kararının verildiği an olduğuna ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşe katılmak gerekir.

13. Tasfiye davasında yargılama süresinin uzaması sebebiyle, bilirkişi raporunun sunulduğu tarih ile mahkemece davacının istemi üzerine, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin kararın verildiği tarih arasında malların değerinde bir azalma meydana gelmiş olabilir. Doktrinde, böyle bir durumda, gerektiğinde hâkimin, verdiği kararın yargılama süresini göz önünde tutarak, malların değerinde belirli oranda bir artışa hükmedebileceği yönünde bir görüş ileri sürülmüştür. Kanunda, bu durumda hâkime belirli bir oranda artışa hükmetme konusunda bir takdir yetkisi verilmediği için, ancak bu konuda bilinçsiz bir kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilmesi koşuluyla, hâkimin bu kanun boşluğunu, Türk Medenî Kanununun 1. maddesinin ikinci fıkrası gereğince doldurması gerektiği takdirde, bu görüşe katılmak mümkün olur. Bununla birlikte, böyle bir bilinçsiz kanun boşluğunun bulunduğu düşüncesi, tartışılabilir niteliktedir.

KAYNAKLAR

- Acar, Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu – Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, B.4, Ankara 2014.
- Gümüş, Mustafa Alper, Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK.m.185–281), İstanbul 2008.
- Karamercan, Fatih, Katkı - Değer Artış Payı, Katılma Alacağı Davaları, B. 2, Ankara 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Medenî Kanun’umuzun Aile - Miras ve Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler, B.3, Ankara 2014
- Şıpka, Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, B.3 (B.1’den Tıpkı Basım), İstanbul 2013.

- Uluç, Yusuf, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Ankara 2014.
- Zeytin, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005
- www.kazanci.com.tr

KISALTMALAR

- aşa: aşağıda
 B: Bası (Basım)
 Bkz(bkz): Bakınız
 E: Esas
 f: fıkra
 HD: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
 K: Karar
 karşı: karşılaştırmamız
 m: madde
 RG: Resmî Gazete
 S: Sayı
 s: sayfa
 TBK: (6098 sayılı) Türk Borçlar Kanunu
 TMK: (4721 sayılı) Türk Medenî Kanunu
 vd: ve devamı
 yuk: yukarıda

ÖZET

Bu makalemizde, eşler arasındaki yasal mal rejiminin tasfiyesinde, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 219. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendi gereğince edinilmiş mal olarak kabul edilen kişisel malların gelirleri incelenip değerlendirilmiştir.

Tartışılmaya elverişli başlıca hukukî problemlerin çözümüne ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşler ile uygulamada (mahkeme kararlarında) varılan sonuçlar ve kişisel değerlendirmelerimiz, makale metninde ayrıntılı biçimde açıklandıktan sonra, “Sonuç” bölümünde, sadece vardığımız sonuçlar, özetle ve maddeler hâlinde belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yasal Mal Rejimi, Edinilmiş Mallar, Kişisel Mallar, Kişisel Malların Gelirleri, Tasfiye.

Mimarlık Projeleri ile Mimarlık Eserleri ve Bunlar Üzerinde Değişiklik Yapılması

Architectural Projects, Architectural Works and their Modification

Doç. Dr. Müjgan Tunç Yücel

İstanbul Medipol Üniversitesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT:

Intellectual effort can be categorized as intellectual work in two cases. Architectural projects are the first category and the architectural works are the second one. Architectural projects have been considered as “scientific and literary” works according to “Law of Intellectual and Artistic Works”. Architectural projects should carry the characteristic of the author and should include individual creativity to be able to benefit from the protection of Law of Intellectual and Artistic Works. Additionally, architectural works should have aesthetic value to be able to benefit from the protection of the Law. Modification of the architectural projects and works is allowed to according to the 16 provision of Law of Intellectual and Artistic Works. However, functionality factor of the architectural works enlarge the limits of modifications that could be made without the authors consent.

Key Words: Intellectual Property, Intellectual Effort, Work, Aesthetic Value, Architectural Works, Architectural Projects, Modifications of the Works.

Giriş

Bir yapının planlanmasına, tasarlanmasına ve inşasına ilişkin çalışmalar, mimari fikri ürün olarak nitelendirilmektedir. Bu fikri çalışma kâğıt üzerinde çizilip somutlaştırıldığında mimarlık projesinden, üç boyutlu olarak maddi şekilde ortaya çıktığında ise mimari yapıdan söz edilir. Mimari yapı güzel sanat eseri olma şartlarını taşıyorsa mimarlık eseri sayılır¹.

1) Literatürde mimari proje, mimari eser şeklindeki ifadeler de kullanılmaktadır. Ancak FSEK’de mimarlık projesi ve mimarlık eseri kavramları kullanıldığından, çalışmamızda da bu kavramlar tercih edilmiştir.

Mimarlık projeleri ile mimarlık eserler arasındaki ayrımın belirlenmesi önemlidir. Mimarlık projeleri FSEK’de ilim ve edebiyat eserleri kategorisinde yer almakta, bu eserler mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler olarak kabul edilmektedir. Mimari eserler ise güzel sanat eserleri sayılmaktadır. Eser kategorisinde farklı bölümlerde yer alan mimarlık projeleri ile mimari eserler, koruma kapsamında da farklılığa sebep olmaktadır.

Çalışmamızda mimarlık projeleri ve mimarlık eserlerinin ayrımı, fikri bir çabanın eser olma kriterleri kapsamında kavramsal bir bakış açısından ele alınacak; mimarlık projeleri ve mimarlık eserlerde değişikliğin kapsamı ve sınırları da kısaca değerlendirilecektir.

A. Eser ve Güzel Sanat Eseri Ayrımı

1. Genel Olarak

Eser, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 1/B maddesinde², “Sahibinin hu-

2) Madde 1/B

Bu Kanunda geçen tanımlardan;

- a) Eser: Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini,
 - b) Eser sahibi: Eseri meydana getiren (...) (1) kişiyi,
 - c) İşlenme eser: Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müs-takil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsullerini,
 - d) Derleme eser: Özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan eseri,
 - e) Tespit: Seslerin veya ses temsillerinin veya ses ve görüntülerin anlaşılabilir, çoğaltılabilir veya iletilebilecek şekilde bir araca kaydedilmesi işlemini,
 - f) Fonogram: Sinema eseri gibi görsel-işitsel eserler içindeki ses tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin veya ses temsillerinin tespit edildiği ses taşıyıcısı fiziki ortamı,
 - g) Bilgisayar programı: Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını,
 - h) Arayüz: Bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümlerini,
 - ı) Araştırma: Bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışverişi yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneğini,
 - j) Bağlantılı haklar: Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sahip oldukları hakları,
 - k) Komşu haklar: Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları ile radyo-televizyon kuruluşlarının sahip oldukları hakları,
 - l) Bakanlık: Kültür ve Turizm Bakanlığını,
- İfade eder.

susiyetini taşıyan ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri” olarak tanımlamıştır. İsviçre Fikri Haklar Kanunu (URG) m.2’de³ de eser; değeri ya da amacından bağımsız, bireysel karakteri taşıyan, edebiyat ve sanatın fikri yaratımları, olarak tanımlanmıştır. Alman Fikri Haklar ve Bağlantılı Haklar Kanunu (UrhG) §2’de⁴ edebiyat bilim ve sanat eserlerinin, kişisel fikri bir yaratım olmak kaydıyla, maddede sayılan türlerinin korunacağı ifade edilmiştir.

FSEK uyarınca eser sayılmanın şartları, sahibinin hususiyetini taşıma ve maddede sayılan eser kategorilerinden birine girme olarak kabul edilmektedir. Ancak bu özellikleri taşıyan fikri çabalar eser olarak korunabilecektir.

Mimari alandaki fikri yaratımlar, FSEK’de iki tür eser kategorisinde korunmaktadır. Mimari fikri yaratımlar, bir yapının planlanmasına, tasarlanmasına ve inşasına yönelik fikri çalışmaların bütününe ifade eder⁵.

FSEK m.2/f.1/b.3/c.1’de “ilim ve edebiyat eserleri” arasında “Bedii vasfı bu-

3) URG Art.2:

Eser kavramı:

1. Eserler, değer ya da amacından bağımsız olarak, edebiyat ve sanat alanındaki, bireysel karakteri taşıyan fikri yaratımlardır.
2. Buna özellikle şunlar dahildir:
Edebiyat, ilim ya da dil eserleri;
Müzik eserleri;
Güzel sanat eserleri, özellikle resim, heykel ve grafik;
Bilimsel ya da teknik çizimler, planlar, haritalar ya da şekiller;
Mimari eserler;
Uygulamalı sanat eserleri;
Fotoğraf, film ya da diğer görsel ve işitsel eserler;
Koreografi eserleri ve pandomimalar;
3. Bilgisayar programları da eser sayılır.
4. Bireysel karakteri yansıtan fikri yaratımlar olmaları şartıyla eserin taslağı, başlığı ya da parçası da aynı şekilde korunur.

4) UrhG §2:

Korunan Eserler

Koruma kapsamındaki edebiyat, bilim ve sanat eserleri bilhassa;

1. Dil eserleri, yazı eserleri, nutuklar ve bilgisayar programları;
2. Müzik eserleri;
3. Dans eserleri de dahil olmak üzere pandomimalar;
4. Yapı eserleri ve bağlantılı eserler ile taslaklar da dahil olmak üzere güzel sanat eserleri;
5. Fotoğraf eserleri ve bunun gibi yaratılmış eserler;
6. Film eserleri ve film eseri gibi yaratılan eserler;
7. Bilimsel ya da teknik alandaki sunumlar, planlar, haritalar, eskizler, tablolar ve somutlaşmış sunumlar.

(2) Bu Kanun anlamında eserler, yalnızca kişisel zihni yaratımlardır.

5) Gürhan Sefa Doğrul, Mimarın Telif Hakkı, Ankara 2013, s.77.

lunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri” sayılmıştır⁶. Buna göre bedii vasfı olmayan mimarlık ve şehircilik tasarımları ile projeleri ile mimari maketler, ilim ve edebiyat eseri olarak koruma altındadır. Maddede “bedii vasfı” olarak belirtilen kavram Kanun’da “estetik değer” olarak da yer almaktadır. Bedii, eşi ve benzeri olmayan, eşsiz; yeni, görülmemiş anlamına gelmektedir⁷. Bedii kavramının “latif”, “güzel”, “eşsiz”, “nadir bulunan” anlamları vardır⁸. Estetik değerinin ne olduğu aşağıda⁹ incelenecektir.

FSEK m.4/f.1/b.3’de ise “Mimarlık eserleri” güzel sanat eseri başlığı altında sayılmış ve koruma kapsamına alınmıştır.

İlim ve edebiyat eseri sayılan mimarlık projeleri ile güzel sanat eseri kategorisindeki mimarlık eserlerin yalnızca eser kategorileri içindeki yerleri değil, eser nitelikleri ve korunma kapsamı da farklıdır.

2. Eser Vasfı

Her türdeki eser, kişisel fikri bir yaratma söz konusu ise korunmaya değerdir¹⁰. Eser, mevcut ya da bilineni tekrarlayanı ziyade, yaratıcı olan fikri üründür¹¹. Eser sahibinin yaratıcılığı eserde çeşitli seviyelerde vücut bulabilir. Bazı hallerde eserin kime ait olduğunun tespit edileceği derecede yoğun bir yaratıcı iz mevcut olabilecektir. Ancak bir fikri çabanın eser sayılması için bu yoğunlukta bir yaratıcılık seviyesinin bulunması şart değildir¹². Bazı hallerde eserdeki ya-

6) Madde 2 – İlim ve edebiyat eserleri şunlardır:

1. (Değişik: 7/6/1995 - 4110/1 md.) Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları,

2. Her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, Pantomimaller ve buna benzer sözsüz sahne eserleri

3. Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, herçeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri.

Arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar.

7) TDK Büyük Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr).

8) Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004, s.117.

9) Bkz . aşa. A 3.

10) Dreier/ Schulze, Urheberrechtsgesetz, 5. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2015, Schulze, §2, Rn.6,7.

11) Şafak N. Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998, s. 32.

12) Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s.96.

ratma seviyesinin yeterli ölçüye ulaşmış olup olmadığı bakımından, daha önce aynı konuda ortaya konmuş eserlerin insanda yarattığı etki ile eser niteliği tartışılan fikri çabanın insanda yarattığı etkinin kıyaslanması gerekebilir. Yani eserin “yenilik” getirip getirmediğinin tespiti burada önem kazanacaktır¹³. Bu bağlamda, sadece farklılık tek başına yeterli değildir. Eser, gündelik ve rutinin ötesine geçmelidir. Ancak bu halde, yaratıcının özelliklerini taşıdığından, orijinallik ya da bireysellikten bahsedilebilir¹⁴. O halde bundan anlaşılması gereken yenilik, objektif anlamda¹⁵, mutlak bir yenilik değildir. Öyle ki, birbirinden bağımsız olarak aynı yaratımı ortaya koyan eser sahipleri dahi korumadan faydalanabilecektir¹⁶.

Bir fikri çabanın eser sayılmasında, eserin sahibinin özelliğini taşıması, sübjektif unsur olarak ifade edilmektedir. Objektif unsur ise, fikri çabanın FSEK’de yer alan ve tahdidi olarak sayılan eser kategorilerinden birine girmesidir. FSEK’de “ilim ve edebiyat eserleri”, “musiki eserler”, “güzel sanat eserleri”, “sinema eserleri”, “işleme ve derleme eserler” olmak üzere dört çeşit eser kategorisine yer verilmiştir.

İsviçre doktrininde ise eser kavramının üç unsurundan bahsedilmektedir: İlki, bir yaratımın varlığı; ikincisi, bunun edebiyat ya da sanat alanında olması; üçüncüsü ise bireysel karakteri taşımadır. Bu üç unsur gerçekleştiğinde eser korunacaktır¹⁷.

Eser amacından ya da değerinden bağımsız olarak korunur. Estetik değeri olmayan yahut yalnızca pratik bir amaca yönelmiş eserler dahi koruma kapsamındadır¹⁸. Bunun için eserin tevdi ya da herhangi bir sicile tescili gerekli değildir¹⁹.

Özel olarak eserin yayınlanmış olması ya da başka bir şekilde tespiti gerekmez; eserin ancak somutlaşınca ortaya çıkıyor olması bundan müstesnadır²⁰.

Eserin beyin tarafından algılanabilir yani ifade edilebilir olması gerekir, ancak bu ifadenin formu önemli değildir. Eserin korunması ne fikri hakkın korunmasına yönelik iradeyi ne de temyiz kudret yahut fiil ehliyetini gerektirir; ancak hak ehliyeti her zaman aranacaktır²¹.

13) Öztan, s.96, 97.

14) Dreier/Schutze, Rn. 18.

15) Öztan, s.96.

16) Dreier/Schultze, Rn. 17.

17) Ivan Cherpillod, Urheberrechtsgesetz (UWG), Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung (Herausgeber: Barbara K. Müller/ Reinhard Oetli) Staempflis Handkommentar, Zweite Auflage, 2012, s. 26.

18) Cherpillod, s.26.

19) Cherpillod, s.27.

20) Cherpillod, s.26.

21) BGE 116 II 351

Sahibinin hususiyetini yansıtmaya tespiti her somut olayda yapılması gereken bir kriter olarak karşımıza çıkar. Fikri ürünün özel bir zihinsel çaba ile meydana getirilmiş olması hususiyet unsurunun varlığını gösterir²².

3. Güzel Sanat Eseri Vasfı

FSEK bir fikri çabanın, eser sayılması için “bedii vasfı²³” taşımasını aramaz. Ancak bir eserin güzel sanat eseri sayılması için “estetik değere²⁴” sahip olması gereklidir.

Estetik değer (bedii vasfı) “güzellik ölçülerine uyan, gözü gönüllü okşayan, beğenilen” nitelikleri ifade etmektedir²⁵. “Estetik değer, eserin, insanın sanat duygusuna hitap eden özelliklerdir. Bu, eserdeki iyi-kötü, güzel-çirkin, yüksek-düşük vb. kişisel ve sübjektif anlamlandırmalara elverişli olan biçimsel özelliklerdir.”²⁶ Ancak eserin, güzel sanat eseri sayılabilmesi, başka bir deyişle estetik değeri olduğundan bahsedebilmek için, bu eserin herkesçe güzel bulunması aranmaz²⁷.

FSEK m.4’de²⁸ güzel sanat eserlerinin, estetik değere sahip olmak kaydıyla maddede sayılanlardan ibaret olduğu ifade edilmiştir. Mimarlık eserleri FSEK m.4 b.3’te güzel sanat eserleri arasında sayılmaktadır.

Şu halde FSEK uyarınca; estetik değeri haiz olan yapılar, güzel sanat eserleridir ve bunlar mimarlık eseri olarak tanımlanmaktadır²⁹.

22) Doğrul, s. 104.

23) FSEK m.2’de “bedii vasfı” ifadesi korunmuştur.

24) FSEK’de 1995 yılında yapılan değişiklikle bedii vasfı ifadesi yerine estetik nitelik kavramı tercih edilmiştir.

25) Savaş Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2012, s.55.

26) Hayri Bozgeyik, Mimaride Telif Hakları, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 48.

27) Bozbel, s.55.

28) Madde 4:

Güzel sanat eserleri, estetik değere sahip olan;

1. Yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafı,

2. Heykeller, kabartmalar ve oymalar,

3. Mimarlık eserleri,

4. El işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları,

5. Fotoğrafik eserler ve slaytlar,

6. Grafik eserler,

7. Karikatür eserleri,

8. Her türlü tiplmelerdir.

Krokiler, resimler, maketler, tasarımlar ve benzeri eserlerin endüstriyel model ve resim olarak kullanılması, düşünce ve sanat eserleri olmak sıfatlarını etkilemez.

29) Bozgeyik, s. 46.

B. Mimarlık Projeleri

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu(FSEK) m.2, ilim ve edebiyat eserlerinin nelerden ibaret olduğunu düzenlemektedir. Maddenin f.1/b.3 hükmü uyarınca; “*Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topografyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri*” ilim ve edebiyat eseri sayılır.

Bir yapının vücuda getirilebilmesi için öncelikle yapının nasıl oluşturulacağına ilişkin bir fikri çalışma yapılır ve bu fikri çalışma sonucunda ortaya çıkan ürünün iki boyutlu olarak kağıt üzerinde şekillenmesiyle mimarlık projesi ortaya çıkar³⁰.

FSEK’de mimarlık projeleri, ilim ve edebiyat eserleri kategorisinde sayılmıştır. Henüz tamamlanmamış mimarlık projelerinin bu kapsamda korunup korunmayacağı Türk hukukunda tartışmalıdır³¹. Ancak URG Art.2’de ve UrhG §2’de taslakların da, sahibinin hususiyetini yansıttığı olması şartıyla korunacağı açıkça ifade edilmiştir.

FSEK m.1/B’de, fikri yaratımların eser kategorisinde sayılmasının şartları, sahibini hususiyetini taşıması ve Kanun’daki eser kategorileri içinde yer alan bir tür olmasından ibarettir.

İlim ve edebiyat eserlerine ilişkin m. 2’de, ilim ve edebiyat eserlerinin hangi türlerden ibaret olduğu sayılmış; bu türlerden herhangi birine giren fikri yaratımların, sahibinin hususiyetini taşımak kaydıyla ilim ve edebiyat eser olarak korunacağı kabul edilmiştir. Üçüncü bentte yer alan “*Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle...*” ibaresiyle, teknik ve ilmi mahiyetteki fotoğraf eserlerinin bedii vasfı bulunmaması gerektiği özellikle vurgulanmıştır. Bunun sebebi, bedii vasfı bulunan fotoğraf eserlerinin, güzel sanat eseri kategorisinde korunuyor olmasıdır. Bedii vasfının aranmayacağına ayrıca vurgulanması, fotoğraf eserlerine ilişkindir. Ancak bu durum, diğer ilim ve edebiyat eserleri bakımından bedii vasfını taşımanın koruma şartı olarak arandığı anlamına gelmez.

Sahibinin hususiyetini yansıtmayı tespiti her somut olayda yapılması gereken bir kriter olarak karşımıza çıkar. Fikri ürünün özel bir zihinsel çaba ile meydana getirilmiş olması hususiyet unsurunun varlığını gösterir³². Mimarlık projeleri de,

30) Doğrul, s.78.

31) Bozbel, s.35.

32) Doğrul, s. 104.

Kanun'daki ilim ve edebiyat eserleri arasında sayıldığından, sahibinin hususiyetini taşımak kaydıyla eserlere tanınan korumadan faydalanacaktır.

Mimarlık projelerinde sahibinin hususiyetini taşıma unsurunun tespiti, diğer ilim ve edebiyat eserlerine göre zor olabilir. Zira mimarlık projelerinde genellikle ortak bilimsel teknik ve metotlar kullanılarak, bir takım mevzuat hükümlerine uygun plan ve projelerin oluşturulması söz konusu olabilecektir³³. Üstelik mimarlık projelerinin oluşturulmasında eser sahibinin teknik yardımcılardan faydalanması olasıdır. Günümüzde hemen her mimarlık projesinin bilgisayar yardımıyla oluşturulduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda, mimarlık projelerinde hususiyet unsurunun daha esnek değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁴.

Eser korumasından faydalanacak bir mimarlık projesinin mutlak yeni olması gerekmez. Bu özellik diğer eser türlerinde de aranmamaktadır.

Mimarlık projelerinin, eser olarak korunabilmeleri için ayrıca tevdi edilmeleri veya herhangi bir sicile tescil edilmeleri gerekmemektedir³⁵. Projelerin belediyelerce onaylanması, fikri hukuk açısından değil idare hukuku açısından sonuç doğurmaktadır³⁶.

C. Mimari Eserler

Yapının, eser olarak koruma kapsamında sayılabilmesi için; bir fikri yaratıma dayanan özgün bir biçimlendirmenin mahsulü, yeni ve orijinal bir düşüncenin ifadesi, eser sahibinin hususiyeti yani onun kişisel mührüne sahip, benzer yapılardan, bilinenlerden ve alelade olanlardan açık bir şekilde ayırt edilebilen ve estetik nitelik taşıyan fikri çaba olması gerekir³⁷.

Güzel sanat eseri kategorisinde fikri hak korumasından yararlanacak olan yapıların estetik niteliğe sahip olması gereklidir. Ancak bütün güzel sanat eserlerinde olduğu gibi mimarlık eserlerinin de eşsiz, tek yahut objektif anlamda yeni olması değil, yaratıcı ve bağımsız bir fikri çabanın ürünü olması gerekir³⁸.

Mimarlık eserinde sanat değeri ve yaratıcılık mevcutken, alelade yapıda böyle bir özellik bulunmaz³⁹.

33) Esra Hamamcıoğlu, *Mimari Tasarım ve Eserlerin Korunması-I (Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta)*, İnşaat Sektöründe Mimari Haklar, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum, İstanbul 2014, Editörler: Özge Uzun Kazmacı / Esra Hamamcıoğlu/ Argun Karamanlioğlu, s. 29-55, s. 37.

34) Doğrul, s.106; Hamamcıoğlu, s.37.

35) Cherpillod, s.27.

36) K. Emre Gökyayla, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*, 2. Baskı, Ankara 2001, s. 87.

37) Bozgeyik, s. 50

38) Sami Karahan/ Cahit Suluk/ Tahir Saraç/ Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, Ankara 2011, s.54.

39) Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser*, Ankara 2007, s. 230.

Mimarlık eseri sayılabilecek yaratımlar evler, fabrika yapıları, dükkanlar, kiliseler, camiler ve müzeler olduğu kadar köprüler, anıtlar, bahçeler ve iç mekanlar (mesela kulisler gibi) da olabilir⁴⁰.

Yapılar, estetik değere sahip olmak kaydıyla güzel sanat eseri olarak korunabileceğinden, bir mimarlık projesi çerçevesinde ve bir mimar tarafından yapılmış olsalar dahi estetik değere sahip olmayan, sıradan binalar mimarlık eseri değildir ve güzel sanat eseri olarak korunamazlar. Estetik niteliği olmayan bu binalar sadece birer “yapıdır”. Buna mukabil, eser niteliği taşımayan bir mimarlık projesini uygulayan ve kendi fikri çabasıyla güzel sanat eseri niteliğinde bir mimari yapıyı yaratan kişi de mimarlık eserinin sahibi sayılır. Ayrıca mimarlık eserini yaratanın da eser sahibi sayılması için, mutlaka mimarlık eğitimi almış olması gerekmez. Başka bir ifadeyle estetik niteliği haiz bir mimarlık eser, mimar olmayan bir kişi tarafından da meydana getirilebilir⁴¹.

Estetik algısı, sübjektif bir değer yargısına dayanır. Estetik niteliğin algılanmasındaki ölçü, eseri değerlendiren kişinin eğitimi, kültürü, yaşı, cinsiyeti gibi çeşitli etkenlere göre değişebilir. Bir mimari yaratım, mimarın değer yargısına göre estetik niteliğe sahip olmasına rağmen, müteahhidin yargısına göre estetik nitelikten yoksun olabilir⁴². Şu halde, bir yapının mimarlık eseri vasfında olduğunun söylenebilmesi, estetik unsurunun objektif kriterlerle tespit edilememesinden dolayı oldukça güçtür⁴³. Bir yapının estetik değere sahip ve dolayısıyla mimarlık eseri olup olmadığının tespiti teknik bir mesele olduğundan bu konuda tereddüt halinde uzmanların görüşüne başvurulmalıdır⁴⁴.

Mimarlık eserlerinde korunan, mimari plan, kroki ve maketler değil, yapının bizzat kendisidir⁴⁵. Mimarlık projeleri ise FSEK m.2/f.1/b.3 uyarınca ilim ve edebiyat eseridir ve bu halde korunan, kağıt üzerinde ifade edilmiş iki boyutlu projedir.

Mimarlık eserlerinde önemli olan, yapının, bir bireysel estetik yaratmanın belirgin çizgilerini taşıyıp taşımadığıdır. Bu şart mevcut oldukça, faydalılık amacı da göz önünde tutularak yaratılmış bulunsalar bile evler, fabrika yapıları, dükkanlar, kiliseler, camiler ve müzeler olduğu kadar köprüler, anıtlar, bahçeler ve iç mekanlar da (mesela kulisler gibi) olabilir⁴⁶. Yapının teknik birtakım inşaat eleman-

40) Dreier/Schultze, §2, Rn. 181.

41) Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 62.

42) Doğrul, s.80.

43) Doğrul, s. 80

44) Kılıçoğlu, s. 23; Doğrul, s. 111

45) Erel, s. 48

46) Dreier/Schultze, §2, Rn. 181.

larından meydana gelen veya bilinen bir inşaat stiliyle inşa edilmiş yahut modern bir mimari akıma göre yapılmış bir mimarlık eseri olmayıp, mimarın bireysel estetik anlayış ve yaratıcılık (şekillendirme) yeteneğini yansıtmaması gereklidir⁴⁷.

Mimarlık eserinden maksat, bizzat yapının kendisidir. Yoksa, binanın içinde yer alan döşemeye ve süslemeye ilişkin parçaların da, mimarlık eseri kavramına dâhil olduğunu söylemek güçtür. Örneğin, binanın bir yerine sıkıştırılan dolap, mimarlık eseri olarak değerlendirilemez; fakat estetik nitelik taşıyorsa, diğer bir güzel sanat eseri olarak kabul edilebilir⁴⁸.

Mimari Projelerin ve Eserlerin Değiştirilmesi

1. Genel Olarak

FSEK m.16⁴⁹, eser sahibinin haklarından, eserde değişiklik yapılmasını menetmek hakkına ilişkindir. Buna göre, eser sahibinin izni olmaksızın eserde değişiklik yapılması mümkün değildir. Aynı esas URG Art. 11'de⁵⁰ de geçerlidir. UrhG §14'de⁵¹ benzer bir düzenleme yer almaktadır.

Değiştirme konusundaki münhasır hak, eseri yaratma gücüne sahip şahsın hâkimiyet haklarını ilgilendiren genel bir değiştirme yasağını getirir⁵². Eser sahibinin her türlü değişikliğe karşı korumandan faydalanması mümkündür; büyük

47) Öztan, s. 138-139

48) Gökyayla, s. 96.

49) Madde 16: Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz.

Kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işliyen, umuma arzeden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir.

Eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak izin vermiş olsa bile şeref veya itibarını yahut eserinin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmelere muhalefet hakkını muhafaza eder. Bu haktan sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür.

50) URG Art. 11:

Eserin Bütünlüğü

1 Eser sahibi;

Eserin ne zaman ve nasıl değiştirileceğini;

Eserin ne zaman ve nasıl işleneceği veya derleneceğini

Belirlemek konusunda münhasır hakka sahiptir.

2 Sözleşmesel veya kanuni olarak üçüncü kişilerin eseri değiştirme ya da işleme yetkisine sahip olması halinde dahi, eser sahibi, kişiliğine zarar veren bozulmalara itiraz edebilir.

Eserin parodisinin yapılması gibi değişik ve kullanımlar ise caizdir.

51) UrhG §14:

Eser sahibinin, eser üzerindeki haklı fikri ya da şahsi menfaatlerini tehlikeye düşürecek değişiklikleri ya da başka ihlalleri yasaklama hakkı vardır.

52) Öztan, s.317.

ya da küçük, “iyi” ya da “kötü”⁵³. Mesela bir müzik eserinin farklı versiyonlarda çalınması, bir parçasının telefon zili olarak kullanılması gibi. Eser sahibinin yapılan değişikliklere sonradan muvafakat etmesi mümkündür. Bu muvafakat zımnı de olabilir⁵⁴.

Eser, eser sahibinin izni olmadıkça değiştirilemez (FSEK m.16/f.1). Ancak FSEK m.16/f.2’de, eserin değiştirilmesi yasağına istisna getirilmiştir. Buna göre, kanunen yahut eser sahibinin izni ile eseri işleme veya değiştirme yetkisine sahip olan kişiler, bu yetkilerini kullanırken, değiştirme veya işlenmenin zorunlu kıldığı bir takım değişiklikleri, eser sahibinden ayrıca bunun için izin almaksızın da yapabileceklerdir. FSEK m.16/II’ye göre; bu değişiklikleri yapabilecek kişiler, “kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arzeden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan”lardır. Ayrıca bu değişiklikleri yapmaları bu değiştirmelerin ancak “işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen” değişiklikler olması halinde mümkündür.

Örneğin, bir şehirde ticaret geçmişte bir merkezde yoğunlaşmışken, zamanla ticari hareket şehrin başka bir alanına kayabilir. Buna mukabil aynı bölgede kültürel faaliyetler yoğunlaşabilir. İşte bu halde, ticaret faaliyetlerinin yürütüldüğü bir yapının artık kültürel faaliyetlerin yürütüldüğü bir yapı haline getirilmesi gerekebilir. Böyle bir durumda anılan yapının kullanım amacının değişmesi ve buna bağlı olarak tadili bir zorunluluk halinde gelmiştir denilebilir. Bu ihtimalde, söz konusu yapı bir eser olsa dahi, estetik değerlerin korunmasındaki menfaatin, fonksiyonelliğin sağlanmasındaki faydanın gerisinde kaldığı kabul edilmiştir⁵⁵.

Ancak değiştirme yetkisinin eser sahibince kendisine tanındığı kişiler dahi, eser sahibinin şeref veya itibarını yahut eserinin mahiyet ve hususiyetlerini bozan değişiklikleri yapamazlar. Bu husus mimarlık projeleri ve mimarı eserler de dahil olmak üzere bütün eserler için geçerlidir.

53) Herbert Pfortmüller, Urheberrechtsgesetz (UWG), Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung (Herausgeber: Barbara K. Müller/ Reinhard Oetli) Staempflis Handkommentar, Zweite Auflage, 2012, s.106.

54) Pfortmüller, s. 106.

55) Yargıtay kararlarından alınan örnekler için bkz. Fethi Merdivan/ Levent Yavuz/ Türkay Ahca, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara 2014, s. 482 vd. “Mimarî eserden önemli unsurlar eksilmiyorsa, mimarî eserde yapılan değişiklik fevkalade cüz’i ise yahut değişiklik yapının tamamının bıraktığı izlenimi değiştirmiyorsa tadilata cevaz vardır...” “... teknik ve yönetsel ihtiyaçlar karşısında kullanımı için zorunlu eklemeler yapılması, tatil köyü veya üniversite kampüsü gibi yapı kompleksi içerisindeki boş alanlara sonradan başka bir mimar tarafından farklı birimlerin inşası, binanın sağlamlığı ve emniyetinin sağlanması ve otel olarak değişen ihtiyaçlara uygun hizmet verebilmek için konfor ve hizmet şartlarını iyileştirme amacıyla taşıyan tadilatlar yapılması...”

2. Mimarlık Projelerinin Değiştirilmesi

Mimarlık projelerinde değişiklik yapılmasının mümkün olup olmadığını FSEK m.16 kapsamında değerlendirmek gerekir. Mimarlık projelerinde bilimsel ve teknik içerik, bireysel fikri yaratım kriterini ortaya çıkardığından, değiştirme yasağı da bu açıdan ele alınmalıdır⁵⁶.

Mimarlık projesinde değişikliğin söz konusu olabilmesi için bizatihi proje üzerinde bunun yapılması gerekir; proje esas alınarak yapılan bina üzerinde, projeden farklı olarak değişiklik yapılması projenin değiştirilmesi değildir⁵⁷. Şu halde mimarlık projesinin uygulanması (inşa edilmesi) neticesinde ortaya çıkan yapının projeden farklı olması, mimarlık projesinin değiştirildiğini göstermez.

Mimarlık projelerinde eser sahibi ve projeyi değiştirmeye yetkili kişi mimardır. Mimarlık projesini çizen mimar, projenin değiştirilmesini FSEK m.16/f.1 hükmüne göre engelleyebilir.

Mimarlık projesinde değişiklikler uygulamada farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bir olayda mimar iş sahibinin isteği üzerine bir proje çizmiş ve inşaatın başlaması için ilgili idare nezdinde bir takım mimarlık hizmetlerini de yerine getirmişken, iş sahibi başka bir mimarla anlaşarak, aynı projeyi yeni anlaştığı mimarın adıyla ve üzerinde bazı değişiklikler yaparak idareye sunmuş ve ruhsat alarak inşaatla başlamıştır. Bu durumda eser sahibinin, eseri üzerinde adının belirtilmesi ve eserde değişiklik yapılmasını menetme hakları ihlal edilmiştir⁵⁸.

Mimarlık projesinin değiştirilmesinin gerektiği durumlarda, bunun gerçekten zaruri olup olmadığı dikkatle değerlendirilmelidir. Mimarlık projesinin değiştirilmesi imar planı değişikliği veya deprem yönetmeliğindeki bir değişiklik gibi kanuni gereklilikten ya da inşaat alanında öngörülemeyen ve değişikliği kılan hallerle karşılaşılması gibi fiili bir gereklilikten kaynaklanıyorsa, projenin değiştirilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmelidir⁵⁹. Projede değişikliğin zorunlu olduğu bu gibi hallerde mimar ile iş sahibi arasındaki menfaat dengesinin de

56) Bozgeyik, s. 143

57) Bozgeyik, s. 143 ve dn. 2'de anılan Yargıtay 11. HD'nin 4.4.2005 tarih ve E 2004/6421, K 2005/3433 sayılı kararı: "...davalının (iş sahibi) projede her hangi bir değişikliğe gitmediği, mimari yapıdaki değişiklikler ile ilgili tadilat projesi yaptırmamış olduğu, dolayısıyla proje üzerinde doğrudan bir manevi hak ihlali bulunmadığı, mimari yapı üzerindeki değişikliklerin imar mevzuatı karşısında izinsiz olmasının ve para cezası ve önleme yolunun bulunmasının her zaman eser sahibi lehine manevi hak ihlali sonucunu doğuran sebepler olarak kabul edilemeyeceği..." Yazar, Yargıtayın söz konusu kararında tadilat projesi ile projenin değiştirilmesi arasındaki ayrımın doğru anlaşılmasını ifade etmektedir. Zira tadilat projesi projenin değiştirilmesi değil, yapının değiştirilmesine ilişkin başlıbaşına ek bir projedir.

58) Bozgeyik, s. 147

59) Doğrul, s. 188

gözetilerek, mimarlık projesini çizen mimar yani eser sahibi, proje değişikliğini yapmak üzere öncelikle davet edilmelidir. Ancak mimarın projede değişiklik yapmayı reddetmesi yahut bunun için fahiş bir ücret talep etmesi halinde, değişiklik FSEK m.16/f.2 kapsamında bir zaruret halinin varlığından dolayı, iş sahibine, mimardan izin almaksızın mimarlık projesini değiştirme ya da başka bir mimara değişiklikleri yaptırma yetkisi tanınmalıdır⁶⁰.

3. Mimarlık Eserlerinin Değiştirilmesi

Bir yapının mimarlık eseri olarak kabul edilebilmesi için estetik niteliğe sahip olması gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere, mimarlık projeleri bireysel fikri yaratım olmak kaydıyla ilim ve edebiyat eseri sayılırken; yapılar estetik niteliği haiz olmak kaydıyla güzel sanat eseri sayılabilirler. Estetik niteliği olmayan yapılar, mimarlık projesinin çoğaltılmış bir örneği sayılır (FSEK m.22)⁶¹. Bu sebeple de mimarın bu yapıda değişikliği yasaklama hakkının olmadığı kabul edilmektedir⁶².

Mimarlık projesindeki değişiklik (yukarıda anlatılan istisnalar haricinde) bundan müstesnadır. Estetik niteliği olmadığı için mimarlık eseri kabul edilmeyen bir yapının değiştirilmesi mimarının iznini gerektirmediği halde, bu yapının mimarlık projesinin değiştirilmesi ancak FSEK m.16/f.2 kapsamında bir zaruret halinin varlığı halinde mümkün olabilecektir. Yargıtay da proje üzerinde herhangi bir değişiklik yapılmadan yapının değiştirilmesini, mimarın proje nedeniyle eser sahipliğinden kaynaklanan mali ve manevi haklarına tecavüz oluştur-

60) Yargıtay 11. HD'nin, 31.01.2012 tarih, E 2011/7360, K 2012/1096 sayılı kararı şu şekildedir: "...idare mahkemesi kararından sonra kesinleşen yeni imar planına göre mimari projenin yeniden düzenlenmesinin zorunlu olduğu, değişiklik yapılmadan inşaata devam edilemeyeceği, davalının projeyi çizen proje müellifi olup husumetin doğru kişiye yöneltildiği, davalının değişikliklerin masraflarının yükleniciye ödetilmek istendiği yönündeki savunmasının ileride doğması muhtemel bir ihtilafa yönelik olup, ayrı bir dava konusu olabileceği gerekçesiyle davanın kabulüne mimari projenin yeniden oluşturulan imar planına göre tadil edilmesi için Mimar H... 'a hükmen izin verilmesine ..." (Doğrul, s. 188.)

61) FSEK m.22:

Çoğaltma Hakkı

Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.

Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerinin de kapsar.

62) Doğrul, s. 199.

mayacağına karar vermiştir⁶³.

Eser niteliğini haiz olduğundan mimarlık eseri kapsamında korunan bir yapının değiştirilmesi de ancak FSEK m.16/f.2 kapsamında mümkün olabilecektir. Şu halde mimarlık eserinde değişikliği de ancak “kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işliyen, umuma arzeden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan” kimseler yapabilecek ve onlar da ancak “işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen” değişiklikler olması halinde bunları yapabileceklerdir.

Temel olarak diğer eserlerde bulunan ve mimarlık eserlerinde de bulunması gereken özellikler yanında mimarlık eserlerinde “kullanım amacı” yani işlevsellik de söz konusu olabilir⁶⁴. Ancak işlevsellik yani kullanım ihtiyaçlarına uygunluk, mimarlık eserindeki korumayı sağlayan unsur değildir. İşlevsel olmasa da bir yapı eser sayılabilir. Mimarlık eserlerinin büyük bir çoğunluğunda işlevsellik bulunabilir ancak anıtlarda işlevsellik söz konusu değildir. Bir yapıda işlevsellik arttığı ölçüde, eser olarak korunabilmesi için daha önce ortaya konulmuş olan fikri çabalardan o ölçüde farklı olması gerekir⁶⁵. İşlevsellik, sahibini eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkını mimarlık eserlerinde, diğer eserlere oranla daraltan bir etkiye yol açmaktadır. İşlevselliği önemli olan bir eserde değişiklik yapılması, diğer güzel sanat eserlerinde olduğu gibi katı kısıtlamalara tabi tutulamaz⁶⁶. Zira kullanım amacı ön planda olan bir eserde değişiklik, örneğin tadilat yapılması, bir gereklilik olarak ortaya çıkabilecektir. O halde, eserde değişiklik gereğinin işlevsellik sebebiyle artması, eser sahibinin eserde değişikliği men etme hakkını da, mimarlık eserlerinde bu ölçüde kısıtlayacaktır.

63) Yargıtay 11. HD'nin 02.07.2013 tarih ve E 2011/12553, K 2013 / 14085 sayılı kararı (Hukuk Türk İçtihat Programı): “.../ Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, yapılan değişikliklerin, mimari eserin mimar tarafından tasarlanan görünümünü bozduğu, bu eylemden ötürü mimarın mesleki itibarı ve onurunun etkilenmesinin kaçınılmaz olduğu, manevi zarar doğdu, maddi tazminat şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile, 6.000,00 TL manevi tazminatın tahsiline, sair taleplerin reddine karar verilmiştir. Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davalının maliki bulunduğu konutta yaptığı imara aykırı tadilatların davacıya ait mimari proje üzerinde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle söz konusu davalı eyleminin, davacının mimari proje nedeniyle eser sahipliğinden kaynaklanan mali haklarına tecavüz de oluşturmayacak bulunmasına göre, davacı vekilinin maddi tazminat istemlerinin reddine ilişkin olarak ileri sürdüğü bütünü temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.” Benzer şekilde: Yargıtay 11. HD'nin 16.01.2012 tarih ve E 2010/7743, K 2012/167 sayılı kararı (Merdivan/Alca/Yavuz, s. 152): “Mimari proje üzerinde değişiklik yapılmaksızın, yapıda meydana getirilen değişiklik proje üzerindeki haklara tecavüz oluşturmaz.”

64) Dreier/Schulze, §2, Rn. 231.

65) Dreier/ Schulze, §2, Rn. 185.

66) Erel, s.125

Erel konuya ilişkin olarak “Fikri hukuk doktrininde eser sahibi olarak mimara tanınan himayenin, onu sadece malikin keyfi tasarruflarına karşı korumak amacıyla yönelik olduğu kabul edilmektedir. FSEK m.16/III hükmü genel olarak eser sahiplerine, eserde şeref ve itibarlarını zedeleyecek değişiklikler yapılmasına engel olma hakkı tanımıştır. Ancak mimari eserlerde kullanım amacı estetik mülahazalardan önce geldiğinden, hiçbir hukuk düzeni mimarın sübjektif estetik değerlerinin korunması uğruna, kullanım amacından uzaklaşmış yahut yetersiz kalmış bir yapının orijinal haliyle muhafaza edilmesine veya malikin yine bu estetik değerleri korumak uğruna ağır külfetler altına sokulmasına cevaz vermez” diyerek yapı sahibi ile eser sahibi arasındaki menfaatlerin dengelenmesi gerektiğini vurgulamıştır⁶⁷.

Eserdeki değişiklik haklı sebepten, örneğin işlevsellik sebebiyle yapının değiştirilmesi zorunluluğundan kaynaklanıyorsa eser sahibinin izni aranmayacak; haklı sebep, örneğin mimarlık eserinin işlevsellik sebebiyle değiştirilmesi söz konusu değilse eser sahibinin izniyle bu değişiklik yapılabilecektir^{68 69}.

Yargıtay 11. HD'nin 10.02.2006 tarih, E 2006/453, K 2006/1248 sayılı kararında⁷⁰, işlevsel özelliklerin ön planda olması halinde yapı malikinin, değişen

67) Erel, s. 127.

68) Suluk, s. 23.

69) Kilisedeki mobil orgun kaldırılması eser sahibinin hakkını ihlal sayılmamıştır (BGH GRUR1982, 107-110). Berlin garının eski kubbeli tavanının düz tavan olarak değiştirilmesi eser sahibinin hakkını ihlal sayılmıştır (LG Berlin ZUM 2007, 424 vd.).

70) .../ Davacı vekili, müvekkilinin uluslararası düzeyde tanınan “dünya mimarlık sanatına önemli katkılar sunmuş ve bu sanatı etkilemiş” çok önemli mimar olduğunu, 1964 yılında dava konusu Ankara Stad Oteli için açılan proje yarışmasına müvekkilinin Site Kollektif Şirketi mimarı olarak dava dışı Doğan Tekeli ve Samuel Sisa ile birlikte katıldıklarını ve yaptıkları projenin birinci olduğunu, daha sonra otel yapımı aşamasında şirketin tasfiyesi ve devirler ile Stad Oteli projesine ait hakların müvekkiline bırakıldığını, projenin ikmal ve inşaatının mesleki kontrol-lüğü ve iç mimari/dekorasyon projeleri tanzim ve kontrolünün de davacının yapım ve uhdesine verilmesi sonucunda otelin tamamlanarak 1970 yılında hizmete girdiğini, önceki yıllarda müvekkilinin izni olmadan otelde değişiklik yapıldığını öğrenildiğini, gazetelerde Radisson Sas firmasına işletmeye verilen otelde değişiklik yapıp tamamen yenileneceği haberlerinin yer aldığını, yapılan bu değişikliklerin tüm eseri etkileyip mimari yapıdaki bütünlük ve orijinal karakteri bozacak olup, eser sahibinin sanatsal hususiyetinin kaybolacağını, mimari bir eserin güzel sanat eseri olması nedeniyle yapılacak değişiklik ve eklemeler için eser müellifinden izin alınması gerektiğini, FSEK'nun 21.maddesi anlamında münhasıran eser sahibi davacıya ait olan işleme hakkının izinsiz kullanılması nedeniyle davacının mali ve manevi haklarının zarar gördüğünü ileri sürerek, şimdilik FSEK'nun 68, 70/3.maddesi gereğince 300 milyar lira, mali haklar tazminatının, FSEK'nun 70/1.maddesi gereğince 100 milyar lira manevi haklar tazminatının faiziyle birlikte tahsilini, hükmün ilanı talep ve dava etmiştir. / Davalı vekili, bina malikinin kullanma ihtiyacı ile mimari telif hakkının çatışması durumunda telif hakkının esasen ileri sürülemeyeceğini, bu durumda işleme hakkından söz etmeye de olanak bulunmadığı, otelde tadilat yapılmasının söz konusu olmadığını, cephesinin şekli ve oda pencerelerinin doğramaları dahil aynen muhafaza edileceğini, sadece tamir ve boya işleri yapılacağını, Yangın Yönetmeliği gereği kapıların değiştirilmesi gerektiğini, eskiyen ve değişmesi zorunlu

ihtiyaçlar doğrultusunda eserde değişiklik yapabileceği kabul edilmiştir. Ancak bu değişikliğin binanın bütünlüğüne zarar vermemesi ve eser sahibinin şeref ve itibarının zedelememesi gerekir.

Sonuç

Mimari alanda ortaya çıkan ilk fikri çalışma, nasıl bir yapının ortaya çıkacağına ilişkindir. Bu fikri çalışma kâğıt üzerinde çizilip somutlaştığında mimarlık projesinden; üç boyutlu olarak maddi şekilde ortaya çıktığında ise mimari yapıdan söz edilir.

Mimarlık projeleri, FSEK m.2/f.1/b.3 uyarınca, ilim ve edebiyat eseri olarak koruma kapsamındadır. Bütün fikir ve sanat eserleri gibi mimari projelerin de FSEK kapsamında korunabilmesinin temel şartı eser sahibinin hususiyetini taşımasıdır. Mimarlık projelerinde hususiyet, içeriğin bilimsel ve teknik ilkelere göre şekillendirilmesinde ortaya çıkmaktadır.

Fikri çalışmanın üç boyutlu olarak maddi şekilde ortaya çıkması ve ortaya çıkan bu yapının estetik değer taşıması halinde ise mimarlık eserinden söz edilir. Mimarlık eserleri, FSEK m.4/f.1/b.3'te güzel sanat eserleri arasında sayılmıştır. Mimarlık eserlerinde hususiyet unsurunun, yapının biçiminde bulunması gerekir. Mimarlık eserlerinde hususiyet, bunların estetik değeri bakımından söz konusu olmaktadır. Estetik nitelik (bedii vasıf) “güzellik ölçülerine uyan, gözü

olan sabit ve hareketli dekorasyonun yenilenmesinin tamirat kapsamında olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir. / Mahkemece, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, dava konusu projenin 1964 yılında yapılan bir yarışmada birincilik ödülü aldığı ve bu projeye uygun inşaatın 1970 yılında tamamlandığı, Ulus meydanı- İstasyon ve Çankaya arasında karakteristik bir ortak noktaya inşa edilecek olan yapı için açılan yarışmayı kazanacak olan projenin, her bakımdan binanın yapılacağı Ulus semtinin tarihi ve kültürel dokusuna uygun, aynı zamanda da modern bir başkenti simgeleyen mesajlar içeren farklı ve özgün bir çalışma olması gerekeceğinin tartışılmaz olduğu, dava konusu binanın güzel sanat eseri niteliğinde olduğu, ancak, dava konusu yapının otel olması nedeniyle, binanın sağlamlığı, emniyetinin sağlanması yanında binanın kullanım alanını büyütme ve genişletme için de zorunlu tadilat ve değişiklikleri yapabileceği, aksi takdirde, otel olarak inşa edilmiş olan bir yapının değişen konfor ve hizmet ihtiyaçlarına cevap vermesi ve kullanımının olanaksız hale geleceği, asıl olan bu değişiklikleri içeren tadilat projesi ve uygulamasının, eserin bütünlüğünü bozmaması olduğu, bilirkişi raporunda bu değişikliklerin teker teker değerlendirildiği, ihtiyaçtan kaynaklandığı, proje ve binanın bütünlüğüne bir zarar vermediği, eser sahibinin şeref ve haysiyetini zedelediği, sonuç olarak davacının mali ve manevi haklarının ihlal edilmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. / Karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir. / Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. / SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, takdir edilen 400.00.-YTL duruşma vekillik ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 25.10.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. (<http://fikrimulkiyetplatformu.org/mimari-eserlere-iliskinstad-otel-karari/> erişim tarihi: 1.2.2016.)

gönlü okşayan, beğenilen” nitelikleri ifade etmektedir. Bir yapının estetik değere sahip ve dolayısıyla mimarlık eseri olup olmadığının tespiti teknik bir mesele olduğundan bu konuda tereddüt halinde uzmanların görüşüne başvurulmalıdır.

Mimarlık projeleri ve mimarlık eserlerinin değiştirilmesi uygulamada birçok hukuki ihtilafa sebebiyet vermektedir. Aslında bu konunun uygulamada tartışılmasının temel nedeni, “mimarlık projeleri” ile “mimarlık eserleri” arasındaki önemli ayrımın yeterince anlaşılabilmesidir.

Mimarlık projesini çizen mimar, projenin değiştirilmesini FSEK m.16/I hükmüne göre engelleyebilir. Mimarlık projesinde değişikliğin zaruri olması halinde mimarın haklarına FSEK anlamında halel gelmiş olmaz. Fakat mimarlık projelerinde zorunlu değişiklik gerektiğinde, mimarlık projesini çizen mimardan makul bir ücret karşılığında değişiklik yapması istenmelidir. Mimar, projede değişiklik yapmayı reddederse; menfaatler dengesini sağlayabilmek bakımından değişiklik FSEK’in 16. maddesinin 2. fıkrası kapsamında bir zaruret halinden kaynaklanıyorsa iş sahibine de mimardan izin almaksızın mimarlık projesini değiştirme yetkisi tanınmalıdır.

İlim ve edebiyat eseri niteliğindeki mimarlık projeleri gibi mimarlık eserleri de, eser sahibinin izni olmadıkça değiştirilemez (FSEK m.16/f.1). Genel nitelikte bir ilke olan değiştirme yasağı bakımından FSEK m.16/f.2’de kanuni bir istisna yer almaktadır. Buna göre eseri kullanma yetkisine sahip olanlar, belli kurallara tabi bir yetki çerçevesinde eserde değişiklik yapabilmektedir. Değiştirme yetkisinin sınırını “kullanım hakkı bakımından zaruri ölçü” kriteri belirlemektedir. Mimarlık eserini ister kanun gereği, isterse sözleşmeye dayalı olarak kullanma hakkına sahip olan kişiler, sahip oldukları hakkın kullanılması bakımından zaruri olan değişiklikleri yapabilir. Eserde işlevsellik arttıkça eserde değişiklik yapılması Mimarlık eserlerinde işlevselliğin söz konusu olması sebebiyle eser sahibinin değişikliği men etme hakkı da bu ölçüde kısıtlanmaktadır.

Her halde, eser sahibi, kayıtsız ve şartsız olarak izin vermiş olduğu hallerde bile şeref veya itibarını yahut eserinin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri men etme hakkını haizdir.

KAYNAKLAR

- Ateş, Mustafa, Fikri Hukukta Eser, Ankara 2007.
- Belgesay, Mustafa Reşit, Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955.
- Bozbel, Savaş, Fikir Ve Sanat Eserleri Hukuku, İstanbul 2012.
- Bozgeyik, Hayri, Mimaride Telif Hakları, Ankara 2014.
- Cherpillod, Iwan, Urheberrechtsgesetz (Uwg), Bundesgesetz Über Das Urheberrecht Und Verwandte Schutzrechte. Mit Ausblick Auf Eu-Recht, Deutsches Recht, Staatsverträge Und Die Internationale Rechtsentwicklung (Herausgeber: Barbara K.

Müller/ Reinhard Oetli) Staempflis Handkommentar, Zweite Auflage, 2012

- Doğrul, Gürhan Sefa, Mimarın Telif Hakkı, Ankara 2013.
- Dreier/ Schulze, Urheberrechtsgesetz, 5. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2015.
- Erdil, Engin, İçtihatlı Ve Gerekçeli Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, C.1-2, İstanbul 2009.
- Erel, Şafak, Türk Fikir Ve Sanat Hukuku, 2. Bası, Ankara 1998.
- Gökyayla, K. Emre, Telif Hakkı Ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2001.
- Hamamcıoğlu, Esra, Mimari Tasarım Ve Eserlerin Korunması-I (Türk Hukuku Ve Karşılaştırmalı Hukukta), İnşaat Sektöründe Mimari Haklar, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum, İstanbul 2014, Editörler: Özge Uzun Kazmacı / Esra Hamamcıoğlu/ Argun Karamanlıoğlu, S. 29-55.
- Karahan, Sami / Suluk, Cahit / Saraç, Tahir / Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2011.
- Kılıçoğlu, Ahmet, “Fikri Hukuk Açısından Mimari Projeler Ve Mimarlık Eserleri”, Fmr Ankara Barosu Fikri Mülkiyet Ve Rekabet Hukuku Dergisi, S.4, 2007.
- Öztan, Fırat, Fikir Ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.
- Pfortmüller, Herbert, Urheberrechtsgesetz (Uwg), Bundesgesetz Über Das Urheberrecht Und Verwandte Schutzrechte. Mit Ausblick Auf Eu-Recht, Deutsches Recht, Staatsverträge Und Die Internationale Rechtsentwicklung (Herausgeber: Barbara K. Müller/ Reinhard Oetli) Staempflis Handkommentar, Zweite Auflage, 2012
- Suluk, Cahit, Mimari Eserlerde Eser Sahibi İle Yapı Malikinin Menfaatlerinin Dengelenmesi, Fmr Ankara Barosu Fikri Mülkiyet Ve Rekabet Hukuku Dergisi, S.1, 2011.
- Merdivan, Fethi / Yavuz, Levent / Alca, Türkey, Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara 2014.

ÖZET

Mimari alandaki fikri çaba iki alanda eser kategorisinde değerlendirilir. Bunlardan ilki mimarlık projeleri; ikincisi ise mimarlık eserleridir. Mimarlık projeleri FSEK kapsamında ilim ve edebiyat eserleri kategorisinde sayılmıştır. Mimarlık eserleri ise güzel sanat eserleri kapsamındadır. Mimarlık projelerinin ilim ve edebiyat eseri sayılarak korunabilmesi, sahibinin hususiyetini taşıyan bireysel bir yaratım olması şartına bağlıken; yapıların mimari eser olarak korunabilmesi aynı şartın yanında estetik niteliğini haiz olmasını da gerektirir. Mimarlık projelerinde ve mimarlık eserlerinde değişiklik yapılması FSEK'in eserde değişikliğe ilişkin 16. maddesi kapsamında mümkündür. Ancak mimari eserlerde işlevsellik unsurunun bulunması, eser sahibinin izni olmadan değişiklik yapılmasının sınırlarını genişletmektedir.

Anahtar kelimeler: Fikri Hak, Fikri Çaba, Eser, Hususiyet, Estetik Nitelik, Mimarlık Projesi, Mimarlık Eseri, Eserde Değişiklik.

Tescilli Markanın Kullanım Sonucunda Yanıltıcı Hale Gelmesi

Becoming Deceptive of Registered Trademark as a Result of its Use

Yrd. Doç. Dr. Doruk Utku

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Öğretim Üyesi

ABSTRACT

A registered trademark may become deceptive as a result of its use and create a danger of misleading the buyers as to the source, quality, features or geographical origin of the goods or services provided under that mark. In this article, circumstances which lead a trademark to become deceptive as result of its use are studied in the light of the related judicial precedents in Canadian, English and German laws and especially role of the public understanding of a mark's significance that comes from its manner of past use is taken into consideration. The conclusions derived from the study are presented in the context of Turkish Trade Mark Law and particularly by concerning well-known trademarks.

Keywords: Registered Trademark, Deceptive Trademark, Revocation, Use of Trademark

I. Giriş

Tescilli bir markanın malın veya hizmetin niteliği, kalitesi, üretim yeri veya coğrafi kaynağı gibi konularda alıcıları “yanıltma” ihtimali taşınması ya baştan itibaren markanın kendisinden kaynaklanan bir tehlike olarak ortaya çıkar ya da marka kullanım sonucunda yanıltıcı olabilecek hale gelir. Markanın “iltibas yaratma ihtimali” doktrinde¹ çok ayrıntılı şekilde incelenen bir konu olmasına rağmen, “yanıltıcı olma tehlikesi” ve özellikle de bu tehlikenin markanın kullanımını neticesinde ortaya çıkması hakkında bu derece ayrıntılı bir incelemeye

1) Örn. Sevgi **EPÇELİ**, Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, İstanbul 2006, s. 33 vd.

rastlayabilmiş değiliz. Çalışmamızda, tescilli markanın kullanım neticesinde alıcıları yanıltıcı hale gelmesi ihtimali mukayeseli hukuktaki somut emsal kararlar ışığında incelenmiştir. Çalışmada önce, MarKHK'nin “tescilli markanın yanıltıcılığını” düzenleyen hükümleri kısaca ele alınacak; mukayeseli hukukta markanın kullanım yoluyla yanıltıcı hale gelmesine ilişkin emsal yargı kararları incelendikten sonra, Türk Hukuku ve özellikle de tanınmış markalar açısından değerlendirme yapılarak varılan sonuçlar topluca belirtilecektir.

II. 556 Sayılı KHK'de Tescilli Markanın Yanıltıcılığını Düzenleyen Hükümler

Markanın mal veya hizmetin özellikleri konusunda tüketicileri yanıltıcı etkiye sahip olması hususu MarKHK'de iki hükümde düzenlenmiştir:

MarKHK m. 7/I bent (f)'ye göre: “*Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı² yanıltacak markalar*”³ tescil edilmez; bu tür bir marka tescil edilirse, hükümsüzlüğü MarKHK m. 42/I bent (a) uyarınca dava yoluyla talep edilebilir.

MarKHK m. 42/I bent (e)'ye göre ise: “*Hak sahibi veya yetkili kaldığı kişi tarafından kullanım sonucunda tescil edildiği mal ve hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda halkta⁴ yanlış anlama ihtimali var ise*”⁵ markanın iptali istenebilir. MarKHK m. 42/I'de her ne kadar markanın “hükümsüz sayılmasına” karar verilmesinden bahsediliyor olsa da, bu bent açısından kastedilen aslında geçmişe etkili “hükümsüzlük” değil, ileriye etkili “iptal” yaptırımıdır⁶.

- 2) Hükümde markanın sadece “halkı” yanıltma tehlikesinden bahsedilmekle birlikte; yanlış ihtimalinin varlığı ya da yokluğu her somut olayda markayı taşıyan malın veya hizmetin hitap ettiği (genel halk, profesyonel kullanıcı, çocuk, genç, yaşlı vb.) çevreye göre, bu çevredeki ortalama bilgi ve dikkat düzeyine sahip bir alıcı ölçüt alınarak belirlenmelidir. Bkz. Sevilay UZUNALLI, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi İle Bağlantılı Kavramların Yorumu, İstanbul 2008, s. 128-129.
- 3) Düzenlemenin mehzazı 21.12.1988 tarih ve 89/104/EEC sayılı mülga Konsey Direktifi (OJ L 40, 11.2.1989, s.1) m. 3/I bent (g) hükmüdür. Hâlihazırda yürürlükte bulunan 22.10.2008 tarih ve 2008/95/EC sayılı Parlamento ve Konsey Direktifi (OJ L 299, 8.11.2008, s.25) m. 3/I bent (g) de aynı hükmü aynı lafızla içermektedir.
- 4) Bkz. yukarıda dn. 2.
- 5) Düzenlemenin mehzazı 89/104/EEC sayılı mülga Direktif m. 12/II bent (b) hükmüdür. Yürürlükteki 2008/95/EC sayılı Direktif m. 12/II bent (b)'de de aynı hüküm aynı lafızla yer almaktadır. Ayrıca bkz. İngiliz Hukukunda Trade Marks Act 1994 Art. 46 (1) (d) ve Alman Hukukunda MarkenG § 49 Abs. 2 (2).
- 6) Bkz. Sami KARAHAN, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002, s. 5-6; Hamdi YASAMAN / Sıtkı Anlam ALTAY / Tolga AYOĞLU / Fülüraya YUSUFOĞLU / Sinan YÜKSEL, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt II, İstanbul 2004, s. 850; Arslan KAYA, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 322. Aksi fikirde: “Hükümsüzlük” ve “iptal” terimlerinin eş anlamlı olduğunu savunan Ünal TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012, § 29 No. 2.

Her ikisi de “yanıltıcı markalar”⁷ hakkında düzenleme içeren bu iki MarKHK hükmü arasındaki fark açıktır. MarKHK m. 7/I bent (c) marka olarak tescili istenen ibare veya işaretin daha tescil başvurusu sırasında halkı yanıltıcı nitelik taşımasını bir mutlak ret sebebi olarak düzenlemektedir. Böyle bir mutlak ret sebebinin varlığına rağmen marka olarak tescil edilmiş işaretler için MarKHK m. 42/I bent (a) uyarınca geçmişe etkili “hükümsüzlük” davası açılabilir. MarKHK m. 42/I bent (e) ise tescil başvurusu sırasında halkı yanıltıcı olmayan bir marka işaretinin/ibaresinin yanıltıcı olma tehlikesinin sonradan, marka kullanımı sonucunda ortaya çıkması durumunu düzenlemekte ve bu durumu iptal yaptırımına bağlamaktadır. Söz konusu iptal sebebi markanın piyasada ilk kez kullanımı sonucunda oluşabileceği gibi, marka kullanımında marka devri veya lisanslama neticesinde meydana gelen değişiklik sebebiyle de ortaya çıkabilir⁸.

Türkiye’de köklü ve uzun süre kullanılmış markaların az olması nedeniyle MarKHK m. 42/I (e) uygulamasına pek rastlanmamakta; hatta bu hükmün uygulama alanının belirsiz olduğu bile ifade edilmektedir⁹. Uygulama örneklerinin bulunmaması nedeniyle de doktrinde verilen “teorik” misaller genellikle, yanıltıcılığın çok bariz olduğu coğrafi kaynak üzerine odaklanarak, örneğin, artık Gemlik’te üretilmeyen zeytinyağı üzerinde ‘Gemlik Zeytinyağı’ markasının kullanılması¹⁰ gibi tescilli markadan ziyade coğrafi işarete kayan misallerden ibaret bulunmaktadır. Oysa mukayeseli hukukta durum farklıdır.

III. Mukayeseli Hukukta Markanın Kullanım Sonucu Yanıltıcı Hale Gelmesine İlişkin Emsal Kararlar

Mukayeseli hukukta tescilli bir markanın sonradan halkı yanıltıcı hale gelmesine örnek olarak en sık atfı yapılan kararlardan biri Kanada Federal Mahkemesinin *Wilkinson Sword (Canada) v. Juda* kararıdır¹¹. Karar Kanada’da 40

7) Her iki hükümde de markanın, malın ya da hizmetin ancak “niteliği”, “kalitesi”, “üretim yeri” veya “coğrafi kaynağı” hakkında yanıltıcı olmasından bahsedilmekle birlikte; bu sayımın sınırlayıcı olmadığı, markanın mala veya hizmete ilişkin diğer hususlarda yanıltıcı olmasının da aynı hükümlerin kapsamına gireceği hususunda bkz. Sabih **ARKAN**, Marka Hukuku, Cilt: II, Ankara 1998, s. 164; **KARAHAN**, s. 71 ve 135; **UZUNALLI**, s. 127-128. Alman Hukuku açısından aynı yönde Karl-Heinz **FEZER**, Markenrecht, 4. Auflage, München 2009, MarkenG § 49 No. 36. Mehaz 89/104/EEC sayılı mülga Direktif ile yürürlükteki 2008/95/EC sayılı Direktif m. 3/I bent (g) ve 12/II bent (b) hükümlerinde söz konusu sayımın, sınırlayıcı değil, örnekle-yici olduğu hususu “mesela” ve “özellikle” kelimeleri kullanılarak açıkça vurgulanmıştır. Keza MarKHK m.7/I bent (f)’deki “gibi” ibaresi de bu hususu belirtmektedir.

8) William **CORNISH** / David **LLWELYN** / Tanya **APLIN**, Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trade Marks and Allied Rights, 8th Edition, London 2013, para. 18-76.

9) Uğur **ÇOLAK**, Türk Marka Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 255-256.

10) **YASAMAN** / **ALTAY** / **AYOĞLU** / **YUSUFOĞLU** / **YÜKSEL**, s. 877. İçinde orijinal safran bulunmayan “Yıldız Safranbolu Lokumu” örneği için ayrıca bkz. **KAYA**, s. 330.

11) [1967] 59 Dominion Law Reports – D.L.R. (2nd) 418, www.westlawinternational.com (24.04.2015); kararın kısa bir özeti için ayrıca bkz. **CORNISH** / **LLWELYN** / **APLIN**, para. 18-77.

yıldan uzun bir süre İngiliz imalatı olduğu yönünde tanıtımı yapılarak satılmış, üretimi ve ithalatı da gerçekten İngiltere'deki bir firmaca gerçekleştirilmiş olan "Wilkinson Sword" markalı tıraş bıçaklarını konu almaktadır. Tıraş bıçaklarını üreten bu İngiliz teşebbüs, Kanada'da tescilli "Wilkinson Sword" markasını Kanada'daki bağlı ortaklığına devrederek bazı üretim aşamalarını bu ortaklığa bırakmış ve İngiltere'den Kanada'ya yapılacak bağımsız paralel ithalatı böylece engellemeye çalışmıştır. Kanada'daki bağlı ortaklığın Juda isimli bir paralel ithalatçıya karşı açtığı davada, savunma olarak, Kanada'da tescilli "Wilkinson Sword" markasının halkı yanıltıcı duruma geldiği, zira Kanada'daki bağlı ortaklığın, tıraş bıçaklarının İngiliz imalatı olduğu yönündeki yerleşik halk kanaatinin muhafaza edilmesini sağlayacak şekilde satışa devam ettiği; oysa satılan bıçakların bazı üretim aşamalarının artık İngiltere yerine Kanada'da gerçekleştiği; böylece "Wilkinson Sword" markasının "orijinal" İngiliz tıraş bıçakları ile Kanada'daki bağlı ortaklıkça üretilen tıraş bıçaklarının birbirinden ayırt edilmesini sağlama işlevini kaybettiği ve ayırt ediciliğinin zedelendiği ileri sürülmüş; Mahkeme de bu savunmayı benimseyerek Kanada'da tescilli "Wilkinson Sword" markasının iptaline karar vermiştir.

Benzer nitelikteki bir başka karar Kanada Yüksek Mahkemesinin *Breck's Sporting Goods v. Magder et. al.* kararıdır¹². Karara konu olan olay Kanada'da satılan Fransız malı "Mepps" marka olta takımı ve sahte balık yemleri hakkındadır. Bu marka, Kanada'da sicile tescilinden önce, Fransız bir imalatçının Kanada'ya sattığı balık yemlerinde kullanılmıştır. Fransız teşebbüs markasının Kanada'da tescili için 1955 yılında başvuruda bulunmuş ve başvuruyu 1956 yılında bir Amerikan firmasına devretmiştir. Kanada firması, Fransız imalatçının "Mepps" marka ürünlerini bu Amerikan firması ile yaptığı anlaşma sayesinde temin etmeye başlamış ve Kanada'da geniş bir ticaret hacmine ulaşmış; 1959 yılında da tescilli markayı Amerikan firmasından devralıp, hemen ardından da Fransız üretici ile sonradan iki kez yenilenen beş yıllık bir münhasır distribütörlük anlaşması imzalamıştır. "Mepps" marka malları başka bir kaynaktan veya Fransız üreticiden temin ederek Kanada'da satan teşebbüslere karşı açılan marka ihlali davasında, savunma olarak, markanın yeterli ayırt edicilik sağlamadığı gerekçesiyle hükümsüzlüğü ileri sürülmüştür. Kanadalı distribütör firmanın bu iddiaya karşı ileri sürdüğü, "Mepps" markası köken işletmeyi gösteren bir üretici markası olmakla birlikte, kendisinin bu markayı sadece ticaret (satış) markası olarak ve Fransız üreticiden zaten markalı şekilde temin ettiği malların satışında kullandığı yönündeki savunması Yüksek Mahkemece kabul görmemiştir. Yük-

12) Bu kararın hem Fransızca hem İngilizce metinleri için bkz. [1976] 1 Supreme Court Reports – S.C.R. 527, <http://scc-csc.lexum.com> (24.09.2015).

sek Mahkeme, malların, Fransa'dan temin edildikten sonra Kanada'da montajlanıp paketlenildiğini, Fransız imalatçı tarafından konulduğu şekliyle "Mepps" markalı olarak ve fakat buna ek teşkil etmek üzere "Made in France" etiketiyle de etiketlenerek satışa sunulduğunu saptamış; "Mepps" markasının Fransa'da değil, Kanada'da montajlanıp paketlenen mallar için bu şekilde kullanılmasıyla halka 1956 yılı öncesine kıyasla gerçeğe aykırı bir mesaj iletmeye başladığı gerekçesiyle markanın halkı yanıltıcı hale geldiğine ve ayırt edicilik niteliğinin zedelendiğine karar vermiştir.

Bir başka örnek karar İngiltere'de verilen **Scandecor Developments AB v. Scandecor Marketing AB** kararıdır¹³. "Scandinavian decor" kelimelelerinden türetilmiş olan "Scandecor" İsveç merkezli uluslararası bir teşebbüsün öğrenciler ve gençler arasında çok tanınan sanat posterleri markasıdır. İsveçli ana şirket çeşitli ülkelerdeki bağlı ortaklıklarına yüksek derecede otonomi tanımakta; "Scandecor" marka hakları İsveçli ana şirketin elinde tutuluyorken, farklı ülkelerdeki perakende satışlar bağlı ortaklıklarca yapılmaktadır. Şirketin Birleşik Krallıktaki bağlı ortaklığı Scandecor Ltd. İngiltere'de önce kendi adına biri şekil ve diğeri ibare olan iki "Scandecor" marka tescilli başvurusu yapar ve daha sonra bu tescilleri İsveçli ana şirket Scandecor International'a devredip, malların bu markayla satışını İngiltere'de sürdürmeye devam eder. İsveçli ana şirket Scandecor International 1994'te tasfiyeye girer ve marka hakları Scandecor Development AB unvanlı şirketçe devralınır. Bu yeni ana şirket, kendisi de el değiştirmiş olan İngiltere'deki eski yavru ortaklığa "Scandecor" marka lisansını vermeyi reddeder ve bu eski yavru ortaklığın hem "Scandecor" ibaresini yeni ticaret unvanında kullanmasına hem de "Scandecor" markasıyla satış yapmasına karşı marka tecavüzü davası açar. Eski yavru ortaklık ise karşı dava olarak, İsveçli ana şirketin, "Scandecor" markasının İngiltere'deki satışlarda kullanımına izin vererek markanın aldatıcı hale gelmesine yol açtığını, markanın İngiltere'de artık davacının değil, İngiliz şirketinin sattığı ürünler için ayırt edici hale geldiğini ve mevcut marka tescilleri uyarınca İsveçli davacı firma tarafından kullanılmasının markanın köken işletme gösterme fonksiyonu yüzünden halkı yanıltıcı olacağını ileri sürerek marka iptali talep eder. Mahkeme, salt bir lisans ilişkisi çerçevesinde kullanılmasının markayı kural olarak yanıltıcı hale getirmeyeceğini vurgulamakla birlikte; somut olayda marka sahibi İsveçli şirketin, lisans alan İngiliz yavru ortaklığın sattığı mallar üzerinde kalite kontrolü dâhil hiçbir denetimi olmamasının tüketicilerin bu markayı taşıyan malları sadece İngiliz şirketi ile ilişkilendirmelerine yol açtığı ve bu durumun İsveçli ana şirket adına olan

13) [2002] Fleet Street Reports – F.S.R. (7) 122, www.westlawuk.com (24.09.2015). Kararın kısa özeti için ayrıca bkz. **CORNISH / LLWELYN / APLIN**, para. 18-78; Lionel **BENTLY** / Brad **SHERMAN**, Intellectual Property Law, 2nd Edition, New York 2004, s. 901-902.

mevcut marka tescillini yanıltıcı hale getirdiği tespitinde bulunur.

Yukarıda özetlenen üç kararın ortak yönleri aşağıdaki şekilde belirlenebilir:

(1) Kararlarda yer alan “markanın ayırt edici karakterini kaybetmesi” gibi ifadeler, markanın MarKHK m. 42/I bent (d) anlamında “jenerik ad” haline dönüşmesi, yani aynı tür malların hepsini ifade etmek için başvuru cins adı durumuna gelmesi ve ayırt edicilik özelliğini böylece kaybetmesi manasında kullanılmamıştır. Bu ifadelerle kastedilen husus, markanın, benzer iki grup ürünün tüketicilerce köken işletme ve nitelik (örn. İngiliz malı, Fransız malı, İsveç malı vb.) açısından ayırt edilmesini sağlama yeterliliğinin ortadan kalkmasıdır. Zira markaların kararlarda belirtilen şekildeki kullanımları neticesinde, tüketiciler, markaya bakarak Kanada üretimi malları İngiliz veya Fransız üretimi ya da İsveç üretimi malları İngiliz üretimi mallardan ayırt edebilme olanağını kaybetmişlerdir.

(2) Kararların hiçbirinde, davaya konu markanın bizatihi kendi içinde malın üretim yerini gösteren bir ibare bulunmamaktadır. Tüketicilerin markayı belirli bir ülkedeki işletme ve üretim ile yanlış şekilde ilişkilendirmelerine yol açan husus, markanın içinde tescil sırasında mevcut olan bir ibare değil, markanın o ana kadarki kullanıma tarzıdır. Söz konusu markaları tüketiciler nezdinde yanıltıcı hale getiren olgu, “Wilkinson Sword” tıraş bıçaklarının İngiliz malı olduğu yönündeki yerleşik halk imajının bazı üretim aşamaları artık Kanada’da gerçekleşen tıraş bıçakları için de sürmesini sağlayacak şekilde tanıtım ve pazarlama yapılması, eskiden Fransa’dan tam monte vaziyette gelip satılan “Mepps” markalı malların artık Kanada’da montajlanıp paketlenmelerine rağmen halen “*Made in France*” etiketiyle satılmaları, “Scandecor” markası İsveç firmasına ait olmasına rağmen İngiliz firmasınınca tamamen serbest şekilde ve kontrol edilmeksizin dizayn edilip üretilen posterlerin bu marka altında satılıyor bulunması şeklindeki “davranışlardır”.

(3) Kararlarda tartışılan hiçbir husus ürünün “coğrafi kaynağı” hakkında değildir. Üretici teşebbüslerin İngiliz, Fransız, Kanada, İsveç, İngiliz vb. firması şeklinde ayrılıp ifade edilmelerinin sebebi, bunların anılan ülkelerde üretim yapmakla farklı bir bilgi ya da anlayışa dayalı olarak, farklı kalitede ve nitelikte mal üreteceklerine dair halkta yerleşik olan kanaattir. Dolayısıyla, bu manada “üretim yeri” hakkında yanıltılmak, aslında ürünün “niteliği ve kalitesi” konusunda yanıltılmak, diğer bir deyişle markanın ürüne sağladığı “nitelik ve kalite imajının” aldattıcı olması ile eş anlamlıdır.¹⁴

Bu kapsamda, üretim yerinin sanayi ürününe kalite imajı sağlaması ve markanın da bu kalite imajını alıcılara yanıltıcı şekilde yansıtmaması konusunda ünlü

14) Karş. FEZER, MarkenG § 49 No. 37.

bir örnek olan, Alman Federal Mahkemesinin “Jena” kararından¹⁵ da bahsedilmelidir: Thüringen Eyaletinin “Jena” şehri dünya optik cam endüstrisinin merkezi konumundadır ve bu özelliğiyle tanınmaktadır. Şehir İkinci Dünya Savaşı takiben Sovyet işgal bölgesi ve sonra da Alman Demokratik Cumhuriyeti (*Deutsche Demokratische Republik – DDR*) sınırları içinde kalır. Jena şehrinde kurulmuş olan ve imalat merkezi bu şehirde bulunan optik cam üreticisi Carl-Zeiss Vakfı, işletmelerinin sosyalist hükümetçe bedelsiz kamulaştırması nedeniyle Jena’daki merkezini 1948 yılında Almanya Federal Cumhuriyeti’ne (*Bundesrepublik Deutschland – BRD*) taşıyarak, faaliyetlerine burada devam eder. Carl-Zeiss Vakfına bağlı “JENAer GLASWERK SCH. & GEN.” firması bilimsel veya teknik amaçlı ya da günlük kullanım maksatlı cam ürünleri üretmektedir. Söz konusu firma ürünlerinde “Jena” veya “JENAer” ibarelerini içeren markalar kullanmakta olup; 1960 yılında “Jena” ve 1970’de de “JENA 2000” markaları için tescil başvurusunda bulunmuştur. Öte yandan, DDR’deki Carl-Zeiss Vakfı işletmelerinin 1948 yılında kamulaştırılmasını takiben Jena şehrinde de “Volkseigene Betrieb (VEB) Jenaer-Glaswerk Schott & Genossen” ve “VEB Carl-Zeiss-Jena” firmaları kurulmuştur. “VEB Carl-Zeiss-Jena” tarafından üretilen ürünlerin BRD’deki satışını, merkezi yine Jena şehrinde olan “J.-optik Jena GmbH” gerçekleştirmektedir. “J.-optik Jena GmbH” dava açarak “Jena” ve “JENA 2000” markalarının sicilden terkinin ile davalının “JENA 2000” markasını ticarete kullanmaktan men edilmesini talep eder. Davacının iddiasına göre, Carl-Zeiss Vakfının işletmeleri tüm dokümanları, know-how’ı ve 15.000 çalışını ile Jena şehrinde kalmasına, davalı “JENAer GLASWERK SCH. & GEN.” bunların hiçbirini kullanmakta olmamasına ve üretimi Jena’da yapmamasına rağmen; “Jena işi” optik camlarla bağlantılı kalite imajını gösteren “Jena” ibaresinin davalı markalarında tek başına kullanılması halkı yanıltıcı niteliktedir. Sunulan delillerden biri de, optik cam sektöründeki alıcılar arasında yapılmış olan ve “Jena” ibaresinin %32, “Jena 2000” ibaresinin ise %27 oranında DDR (Jena şehri) kökenli cam ürünlerini çağrıştırdığını gösteren bir anket çalışmasıdır. Federal Mahkeme “Jena” ibaresinin sadece yer adı veya köken işletmeye ilişkin bir kelime olmayıp, ayrıca optik ürünlerde kalite tasavvuru (*Gütevorsstellung*) yaratan bir “kalite mefumu” (*Gütebegriff*) olduğunu kabul ederek; ilgili ticaret çevresinin %32’lik bölümünün bu kelimeyi sadece marka değil, “imalat yerini” gösteren bir ibare olarak da algılamasını dikkate alıp, “Jena” ve “JENA 2000” ibarelerinin sadece BDR’de üretim yapan davalıca herhangi bir eke yer vermeden marka olarak kullanılmasının aldatıcılık tehlikesi (*Täuschungsgefahr*) taşıdığına hükmeder.

15) BGH 26.09.1980 I ZR 19/78, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – GRUR 1981, Heft 1, s. 57-60.

IV. Türk Hukuku Açısından Değerlendirme

Türkiye’de gerek 556 sayılı MarKHK m. 16, gerek ondan önce yürürlükte olan 551 sayılı Markalar Kanunu¹⁶ m. 34 ve hatta ondan da önce yürürlükte bulunan 1888 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi m. 4 markanın işletmeden ayrı olarak devrine müsaade etmiş; markanın başlı başına bir malvarlığı değeri olduğu ve işletmeden ayrıca tasarrufa konu olabileceği hep kabul edilmiştir¹⁷. Buna karşılık bazı yabancı hukuklarda markanın işletmeden ayrıca devrine uzun süre izin verilmemiş; bu yasağın gerekçesi olarak, markanın “köken işletme gösterme fonksiyonu” bulunması ve işletmeden ayrı olarak devri halinde halkın malların kökeni hakkında yanılacağı fikri gösterilmiştir¹⁸. Fakat bu fikirde asıl vurgulanmak istenen husus, halkın, kendisi için o kadar da önemli olmayan¹⁹ “köken işletme” konusunda yanılması değil; markanın garanti fonksiyonunun (kalite imajının) halkı yanıltıcı biçimde kullanılma ihtimalidir. Zira “...işletmeden ayrı olarak devredilen markanın devralan tarafından kullanılması, alıcıların markayı taşıyan malların halen devredene ait işletmeden kaynaklandığı ve aynı kaliteyi koruduğunu düşünmelerine yol açar”²⁰. Ne var ki, markanın malın daima aynı işletmede üretileceğini garantiemediği düşüncesinin kabulü marka hakkının işletmeden ayrı devrine müsaade edilmesinin yolunu açmıştır²¹; tüketicinin kalite değişiminden “mutlak şekilde” korunmasının imkânsızlığı anlaşılabilir, bu amaca yönelik bir devir yasağı yerine, onun markanın devri nedeniyle ortaya çıkabilecek muhtemel kalite ve/veya nitelik değişiklikleri konusunda yanıtılmasını engelleyecek bir sistem kabul edilmiştir. Devrin sicile tescili sırasında uygulanabilecek MarKHK m. 16/IV (devrin sicile işlenmemesi) ve devir sonrası marka kullanımı sürecinde uygulanabilecek MarKHK m. 45/I bent (e) (devralan adına yapılan tescilin iptali) müeyyidelerinin asıl fonksiyonu budur²². Yukarıda özetlenen örnek kararların genellikle bir marka devrinden veya lisanslanmasından sonra ortaya çıkan olayları konu almaları tesadüf değildir; MarKHK m. 45/I bent (e), marka devri veya lisansı söz konusu olmadan da uygulanabilir olmasına rağmen, esas önemini markayı taşıyan malları üreten “köken işletmenin” marka devri veya lisansı neticesinde değişmesi halinde gösterir. Bu köken işletme değişikliğini tüketicilerin gözünden kaçırılmaya, üretiminin halen aynı işletmede ve aynı şekilde sürdürüğü intibamı yaratmaya yö-

16) RG. 12.03.1965, 11951.

17) Bkz. Haydar **ARSEVEN**, Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, İstanbul 1951, s. 122; **ARKAN**, s. 177.

18) Örn. İsviçre Hukukunda eski MSchG Art. 11 açısından Alois **TROLLER**, Immaterialgüterrecht, Band II, 3. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1985, s. 813 ve 820.

19) Karş. **TEKİNALP**, § 22 No. 58.

20) **ARKAN**, s. 176.

21) **ARKAN**, s. 176.

22) **ARKAN**, s. 176.

nelik davranışlar, tüketicilerin malın kalitesi veya niteliğindeki muhtemel değişiklikler konusunda yanıltılması ile eş anlamlıdır. Markanın bir üretim şekli, kültürü, organizasyonu veya know-how'ı olmayıp; neticede üzerinde bu hususlar hakkında sadece “imaj” taşıyan bir “işaret” olduğu akıldan çıkartılmamalıdır. Bu imaj doğru olabileceği gibi, gerçeğe aykırı ve yanıltıcı da olabilir veya sonradan bu duruma gelebilir. Önemli olan, tüketiciye muhtemel bir yanılgıya²³ karşı dikkatli olma fırsatının verilmesidir. Markayı kullanan kişi markanın yanıltıcı olma tehlikesini bertaraf etmek için gerekli tedbirleri almalı; özellikle de, üründe meydana gelebilecek nitelik veya kalite değişikliklerini markanın yanıltıcı olma ihtimalini kasıtlı şekilde artırmak suretiyle tüketicinin dikkatinden kaçırmaya çalışmamalıdır²⁴.

V. Tanınmış Markanın Kullanılmayla Yanıltıcı Hale Gelmesi

Tanınmış markalarda hem ayırt edicilik ve reklam işlevleri hem de garanti fonksiyonu, daha doğru deyişle “kalite imajı” diğer markalara nazaran daha güçlüdür. Söz konusu imaj, yukarıda izah edildiği gibi, markayı taşıyan malın üretiminden sorumlu “köken işletmenin hep aynı olduğu ve aynı kalacağı”, bu durumun da malın kalite düzeyi ile niteliğini koruyacağı inancı ile sıkı şekilde bağlantılıdır²⁵. Tanınmış markanın “itibar” özelliği ise aslında gerçekliği değil, tüketicinin malın kalitesi/niteliği hakkında zihninde taşıdığı ve markayı oluşturan işaret veya ibare ile özdeşleştirdiği, onu yönlendiren olumlu bir “imajı” ifade eder²⁶. Bu itibar malın kendisine ilişkin deneyimlerden çok, öncelikle reklam yoluyla alıcıların bilincine yerleştirilen düşünce ve bilgilerle desteklenir²⁷. Hatta Tüketici bizzat yaşadığı deneyimleri bile bu düşünce ve bilgilerin yönlendirmesiyle değerlendirir²⁸. Bu nedenle tanınmış markanın güçlü reklam fonksiyonu tüketicinin dikkatini bu markayı taşıyan mallara çekerek markayı devralanın daha fazla satış yapmasını sağlarken; ek tanıtımın marka tanınırlığını arttırmasının yanı sıra aldatıcı şekilde yapılarak, marka devri sonucu meydana gelen köken işletme değişikliğini tüketici algısından kaçırma ihtimali de artar. Zira tanınmış markanın yeni sahibi tüketici dikkatinin bu markaya zaten daha kolay çekildiğini (reklam fonksiyonu) ve onun bilincindeki “kalite imajının” da hâlihazırda önceden oluşturulduğunu (garanti fonksiyonu) dikkate alarak, bu kalite imajının

23) Yanılma tehlikesi ciddi olmalıdır. Bkz. **UZUNALLI**, s. 128.

24) Bununla birlikte, markanın kullanım sonucunda yanıltıcı hale geldiğini kabul etmek için marka sahibinin veya onun izniyle markayı kullanan kişinin mutlaka kasıtlı veya kusurlu davranmış olmasına gerek yoktur. Bkz. Osman **ŞANAL**, İçtihatlı-Açıklamalı Markalarda Hükümsüzlük Davaları, 2. Bası, Ankara 2006, s. 184

25) Bkz. **KAYA**, s. 59-60.

26) Hanife **DİRİKKAN**, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s. 148.

27) **DİRİKKAN**, s. 148.

28) **DİRİKKAN**, s. 148-149.

bağlı bulunduğu “köken işletme aynıdır” şeklindeki tüketici inancını sarsmak istemeyecek; eski işletmeden yalnız “marka hakkının” (işaretin) devralındığı, yani “köken işletmenin” (üreticinin) değiştiği hususunu tüketici algısından kaçırma-ya çalışacaktır. Dolayısıyla, tanınmış bir markanın işletmeden ayrı olarak devri halinde tüketicilerin malın niteliği veya kalitesindeki muhtemel değişiklikler konusunda yanıltılma tehlikesi, malın halen aynı üretim-kalite standartları benim-senerek aynı işletme tarafından ve aynı know-how’la üretildiği yönünde yanlış bir kanaatin etkisi altında yönlendirilmeleri tehlikesi daha da artmaktadır.

VI. Sonuç

Tescilli markanın kullanım sonucunda yanıltıcı hale gelmesi bazen markanın ilk sahibinin üretim yerini veya tarzını ya da ürünün (yahut hammaddesinin) coğrafi kaynağını değiştirmesinden kaynaklanabileceği gibi; marka hakkını devralan ya da lisansını elde eden yeni bir üreticinin eski üretimle coğrafi kaynak, hammadde ya da know-how açısından hiç bağlantısı olmayan bir üretim gerçekleştirmesi sonucunda da ortaya çıkabilir. İlk durumda markanın yanıltıcı hale gelme tehlikesi onun kendi içinde yer alan ve değişen üretim durumuna artık uymayan (örn. eski üretim yerini, eski coğrafi kaynağı veya ürünün eskiden sahip olduğu bir niteliği belirten) bir ibareden veya işaretten kaynaklanır. İkinci durumda ise yanıltıcılık, sadece bu tür bir ibarenin veya işaretin markadaki varlığından değil, alıcıların markanın eski üretici döneminde kazandığı ve fakat yeni üreticinin dönemindeki fiili duruma uymayan imajının etkisi altında kalmalarından da kaynaklanabilir²⁹. Tanınmış markalarda bu etki (garanti ve reklam fonksiyonları) çok daha güçlü ve hatta sıradan bir tüketicinin ürünündeki nitelik ya da kalite değişimini fiilen tecrübe etmesine rağmen fark etmesini engelleyebilecek kadar baskın olabileceğinden; tanınmış bir markanın devirden veya lisanslanmadan sonra yeni üretici tarafından kullanılması neticesinde yanıltıcı hale gelmesi tehlikesi daha büyüktür. Söz konusu tehlikenin varlığı, tanınmış bir markayı devralan ve fakat bu markayı taşıyan mallara ilişkin üretimi yöntem veya kaynak açısından eski marka sahibinin üretiminden önemli ölçüde farklı olan bir üreticiyi tanınmış markanın yanıltıcı hale gelmemesi için özel önlemler almak ya da en azından markanın yeni ürünün niteliği veya kalitesi konusunda

29) “Markanın halkta yanlış anlama ihtimali yaratması, markanın objektif olarak yanıltılmaya uygun olan yanlış bir bilgi içermesini şart koşar” (UZUNALLI, s. 128) şeklindeki görüşe, biz, MarkHK m. 42/I bent (e)’de düzenlenen “kullanım sonucu yanıltıcı hale gelme” ihtimali açısından mutlak surette katılmıyoruz. Tescilli bir markanın onu devir veya lisans alan yeni bir üretici ve/veya satıcı tarafından kullanılmasının bu markanın yanıltıcı hale gelmesi tehlikesine yol açıp açmadığı belirlenirken, sadece markanın içerdiği “objektif bilginin” değil, ilgili tüketici çevresinin o markanın eski üretici ve/veya satıcı döneminde kazandığı imajın etkisi altındaki sübjektif durumunun da dikkate alınması gerekir.

yanıltıcı hale gelme ihtimalini (fili duruma artık uymayan eski marka imajını özel bir çabayla korumak suretiyle) daha da güçlendirecek davranışlardan kaçınmak zorunda bırakabilir. Keza tanınmış bir markanın kullanımı için lisans veren marka sahibi de lisans alanın üretim faaliyetleri üzerinde, yine aynı sebeple, daha sıkı bir denetim kurmak ve uygulamak zorundadır.

KAYNAKLAR

- Arkan, Sabih, Marka Hukuku, Cilt: Iı, Ankara 1998.
- Arseven, Haydar, Nazari Ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul 1951.
- Bently, Lionel / Sherman, Brad, Intellectual Property Law, 2nd Edition, New York 2004.
- Cornish, William / Llwelyn, David / Aplin, Tanya, Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trade Marks And Allied Rights, 8th Edition, London 2013.
- Çolak, Uğur, Türk Marka Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2014.
- Dirikkan, Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.
- Epçeli, Sevgi, Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, İstanbul 2006.
- Fezer, Karl-Heinz, Markenrecht, 4. Auflage, München 2009.
- Karahan, Sami, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002.
- Kaya, Arslan, Marka Hukuku, İstanbul 2006.
- Şanal, Osman, İçtihatlı-Açıklamalı Markalarda Hükümsüzlük Davaları, 2. Bası, Ankara 2006.
- Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012.
- Troller, Alois, Immaterialgüterrecht, Band Iı, 3. Auflage, Basel Und Frankfurt Am Main 1985.
- Uzunallı, Sevilay, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi İle Bağlantılı Kavramların Yorumu, İstanbul 2008.
- Yasaman, Hamdi / Altay, Sıtkı Anlam / Ayoğlu, Tolga / Yusufoglu, Fülürya / Yüksel, Sinan, Marka Hukuku, 556 Sayılı Khk Şerhi, Cilt Iı, İstanbul 2004.

ÖZET

Tescilli bir marka kullanım sonucunda yanıltıcı hale gelebilir ve alıcıları o marka altında sağlanan malların veya hizmetlerin kökeni, kalitesi, özellikleri ya da coğrafi kaynağı hakkında yanlış yönlendirme tehlikesi yaratabilir. Makalede tescilli bir markanın kullanım sonucunda yanıltıcı hale gelmesine yol açan koşullar Kanada, İngiliz ve Alman hukuklarındaki emsal yargı kararları ışığında incelenmiş; özellikle de, kamunun bir markaya onun geçmişteki kullanım şekli sebebiyle yüklediği anlamın bu husustaki rolü ele alınmıştır. İncelemeden çıkarılan sonuçlar Türk Marka Hukuku bağlamında ve bilhassa da tanınmış markalar dikkate alınarak değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tescilli Marka, Yanıltıcı Marka, İptal, Markanın Kullanımı

İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun Organ Sıfatı

Private Assembly of Privileged Shareholders as Organ of JSC

Harun Eryiğit

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

ABSTRACT

Regarding the legal status of the private assembly of privileged shareholders various approaches have been expressed both by the doctrine and the Supreme Court decisions and it seems that the controversies will continue on practice of Turkish Commercial Code No:6102 (TCC).

In this article, firstly we will define the concept of “organ” in legal entities and explain the methods to determine organs of joint stock companies. Afterwards the legal status of private assembly of privileged shareholders will be discussed within the framework of the TCC.

Keywords: Determination Methods of Organs in Legal Entities, Organs of Joint Stock Companies, Private Assembly of Privileged Shareholders.

Giriş

Gerçek kişilerin ömürlerinin bir süreyle sınırlı olması ve belirli amaçların gerçekleştirilmesi için ortaya konulacak teşkilat ve gücü tek başlarına ortaya koyamamaları, hukuk düzenince gerçek kişiler dışında, başkaca varlıklara da kişi sıfatının tanınmasına ve hak süjesi olarak görülmesine yol açmıştır¹. Böylece ortak amacın gerçekleşmesini sağlayacak sürekli örgütlenmeye sahip kişi veya

1) “Demek oluyor ki, ‘tüzelkişilik’ kavramının ortaya çıkması için toplum yapısının belirli bir aşamaya varmış olması, sürekli amaçlara hizmet ve bu amaçlar çerçevesinde hizmet düşüncesinin doğması ve bu amaca daha iyi hizmet edilebilmesi için de gerçek kişilerden bağımsız olarak ‘hak ehliyeti’ni haiz bir varlığa ihtiyaç duyulması gerekir.” HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I, İstanbul, 1979, s.6; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt 1 - Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2014, s. 199.

mal topluluklarına, birleşen kişilerden veya malı tahsis eden kişiden bağımsız bir kişilik tanınmış ve bu tür kişi ya da mal toplulukları tüzel kişiler olarak adlandırılmıştır². Yapısı ve kendisine egemen olan ilkeler göz önüne alındığında ülke ve dünya ekonomisinde önemli bir yer tutan anonim ortaklıklar, bu önemine binaen en detaylı şekilde düzenlenen tüzel kişiler olma özelliğini kazanmıştır³.

Tıpkı diğer tüzel kişilerde olduğu gibi anonim ortaklıklar da sahip oldukları hakları, organları vasıtası ile kullanabilecek ve organları tarafından gerçekleştirilen işlem ve fiillerden sorumlu tutulacaktır. Öyleyse işlem ve fiilleri doğrudan anonim şirketin kendisi üzerinde sonuç doğuracak olan bu organların doğru tespiti yalnızca anonim şirketler hukuku alanında değil, anonim şirketlerin önemli bir yer tuttuğu piyasalar açısından da önem arz etmektedir.

İşbu bağlamda yaptığımız çalışmamızda, anonim ortaklığın bütün organları değil, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun organ sıfatı tartışılmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile hüküm altına alınan düzenlemeler ile yeniden gündeme gelen bu tartışmayı en doğru şekilde ortaya koyabilmek adına, genel olarak tüzel kişilerde organ kavramından bahsedilmiş ve tüzel kişiliğe sahip olan anonim ortaklığın organlarından kısaca söz edilmiştir. Son olarak ise anonim ortaklığa ilişkin düzenlemelerde kendisine yer bulan imtiyazlı pay sahipleri kurulunun organ sıfatını haiz olup olmadığı 6102 sayılı TTK hükümleri çerçevesinde tartışılmıştır.

I. Anonim Ortaklıkta Organ Kavramı ve Tespiti

A. Genel Olarak Tüzel Kişilerde Organ Kavramı ve Tespiti

Tüzel kişiler, belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelen kişilerden oluşur ve kendisini oluşturan kişilerden bağımsız bir hukuk süjesi haline gelir⁴. Kuruluş belgelerinde belirtilen amaçları gerçekleştirebilmek için yapacakları irade açıklamalarını, organları vasıtası ile dış dünya ile paylaşır ve aynı şekilde karar alma sürecini bu organlar vasıtası ile yürütür⁵. Bu yönüyle tüzel kişilerin hak sahibi olmasını ve borç altına girmesini sağlayan organların tespiti ve organ kavramının tanımı konumuz açısından önem arz etmektedir.

Kanun koyucu tarafından açık bir tanımı yapılmayan organ kavramına ilişkin

- 2) OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *Kişiler Hukuku*, 14. Baskı, İstanbul, 2014, s.240
- 3) PULAŞLI, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2011, s.477
- 4) SEROZAN, Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, Vedat, İstanbul, 2013, s.492.
- 5) ÖZTAN, Bilge, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk*, Ankara, 1970, s.18.

doktrinde farklı tanımlar yapılmıştır⁶. Ancak tüzel kişilerde organ kavramı, organ sıfatının tespiti için aranacak olan tüm kriterleri içerecek ve temel unsurları kapsayacak şekilde “tüzel kişinin kanun maddeleri, tüzüğü, iç talimatnamesiyle yetkili kılınan ve tüzel kişi için önemli olan görevleri devamlı ve bağımsız olarak gerek üçüncü kişiler ile olan ilişkilerde, gerek tüzel kişinin iç teşkilatında yerine getirmesi için yetkili kılınan veya kendisine bu tip görevleri fiilen ve dışa belli olacak şekilde bağımsız ifa yetkisi verilen kişi veya kişi grupları” olarak tanımlanabilir⁷.

Doktrinde farklı açılardan tanımlanan organın nasıl tespit edileceği, hangi durumlarda bir organın varlığından söz edilebileceği ve bu organların tespitinde kullanılacak kıstaslar yasa koyucu tarafından açık bir şekilde gösterilmemiştir⁸. Bu tespitin, hangi kriterlere göre yapılacağı ise doktrinde maddi ve şekli olmak üzere iki başlık altında incelenmiştir⁹. Bu ayrıma göre, şekli ya da maddi kriterlerden birinin sağlanması ile birlikte, tüm fiil ve işlemlerinden tüzel kişinin sorumlu olacağı organlar tespit edilmiş olacaktır.

1) Şekli Kriter Yolu İle Organ Sıfatının Belirlenmesi

Şekli kriter yoluyla organ sıfatının belirlenmesi yönteminde, organ sıfatının kazanılması bir hukuki işlem sonucu meydana gelmektedir¹⁰. Bu kriter uyarınca organ sıfatının tespitine temel teşkil edecek olan hukuki işlem, kanun koyucu, hâkim veya resmi bir makam tarafından yapılabileceği gibi, tüzel kişinin bizzat kendisi tarafından da yapılabilecektir¹¹.

a. Kanun koyucu tarafından bu sıfatın bizzat tanınması yönteminde, kanun koyucu önemine binaen bazı kişi ya da kişi gruplarını bizzat ve detaylı olarak düzenlemekte ve bu kişi veya kişi gruplarına organ sıfatını tanımaktadır¹². Hatta

6) Organ kavramına ilişkin farklı tanımlar için bkz; **AKİPEK, Jale G., AKINTÜRK, Turgut**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku (Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Birinci Cilt), İstanbul, 2014, s.549; **HATEMİ, Hüseyin**, Organın Fiilinden Dolayı Tüzel Kişinin Sorumluluğu, II. Sorumluluk Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 1980, s.138; **AKÜNAL, Teoman**, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1995, s.46; **DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan**, s. 237; **OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Kişiler Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, 2014, s.263.

7) **ÖZTAN, Bilge**, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2014, s.334.

8) **ERGUN, Ömer**, Medeni Hukukta Tüzel Kişilerin Ehliyet Durumu, İstanbul, 2010, s.190;

9) **ÖZTAN**, Organ Kavramı, s.28; **ERGUN**, s.189;

10) **ERGUN**, s.189

11) **ÖZTAN**, Organ Kavramı, s.29.

12) Organ sıfatının tanımından yola çıkıldığında, kanun koyucu tarafından açık bir şekilde “organ” kelimesi kullanılmasa dâhi, kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenen ve tüzel kişinin gerek iç işleyişinde gerekse de tüzel kişinin üçüncü kişiler ile olan ilişkilerinde tüzel kişi için önemli olan görevleri bağımsız olarak yerine getiren şahıs ya da şahıslara organ sıfatının kanun koyucu tarafından tanındığı kabul edilmelidir. Aksinin kabulü halinde kanun koyucunun açıkça “organ” terimini kullanmadığı alanlarda, organ sıfatının kanun koyucu tarafından değil, tüzel kişinin iradesi ile tanındığı sonucuna varmak gerekecektir ki bu durum kanun koyucunun yokluğuna sonuç bağladığı zorunlu organların dahi organ sıfatını tüzel kişinin iradesi ile kazandığı sonucuna bizi ulaştırır.

bu organlardan bazılarının varlığını tüzel kişiliğin zorunlu unsuru olarak öngörmektedir. Aksi halde tüzel kişinin fiil ehliyetinin kaybı söz konusu olabilecektir¹³.

b. Bir ikinci yöntem olarak, tüzel kişilerde organ sıfatının hâkim veya resmi bir makam kararı ile belirlenmesi de mümkündür. Buna göre belirli şartların varlığı durumunda kanun koyucu hâkimin yahut resmi bir makamın organ tayin etmesini öngörebilir¹⁴. Bu zorunluluk, çağrı veya gündeme madde konulmasına ilişkin istemleri yönetim kurulunca olumlu karşılanmayan azlık hakkına sahip pay sahiplerinin başvurusu üzerine kayyım atanması durumuna benzer şekilde, talep üzerine söz konusu olabileceği gibi¹⁵, şirketin feshine karar verilmesi durumunda karşılaştığımız üzere bir talep olmaksızın hâkim tarafından resen atanması şeklinde de gündeme gelebilir¹⁶.

c. Son olarak tüzel kişilere kuruluş belgelerine koyacakları bir hükümle ihtiyari organ oluşturma imkânı da tanınmıştır¹⁷. Tüzel kişilerin amaçlarının çeşitliliği ve bu amaçları gerçekleştirebilmeleri için sahip olmaları gereken teşkilatlanmanın farklılığı göz önüne alınarak, tüzel kişilerde organlara ilişkin düzenlemelerde tüzel kişiye irade serbestisi tanınmıştır¹⁸. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu düzenlemelerin, kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmemesi gerektirir¹⁹.

2) Maddi Kriter Uyarınca Organ Sıfatının Tespiti

Organ sıfatının tespitinde karşımıza çıkan bir diğer yöntem olan maddi kriter uyarınca, tüzel kişiye ait önemli fonksiyonların bir kişi ya da kurul tarafından bağımsız olarak sürekli yerine getirilmesi durumunda da bir organdan bahsedilebilecek ve şekli kriter uyarınca bir organdan söz edilemiyor olsa da bu şahıs ya da

13) “*Fiil ehliyetinin yokluğu nedeniyle, tüzel kişi üçüncü şahıslarla muamelede bulunamaz. Fakat tüzel kişinin hak süjesi olarak kalma iradesi mevcutsa ve gayesini gerçekleştirebilmesi için mameleki varsa (Zweckvermögen), kendisi hak süjesi olma özelliğini muhafaza eder.*” ÖZTAN, Organ Kavramı, s.24-25.

14) ÖZTAN, Organ Kavramı, s. 35

15) MADDE 439- MADDE 412- (1) Pay sahiplerinin çağrı veya gündeme madde konulmasına ilişkin istemleri yönetim kurulu tarafından reddedildiği veya isteme yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmediği takdirde, aynı pay sahiplerinin başvurusu üzerine, genel kurulun toplantıya çağırılmasına şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi karar verebilir. Mahkeme toplantıya gerek görürse, gündemi düzenlemek ve Kanun hükümleri uyarınca çağrıyı yapmak üzere bir kayyım atar.

16) MADDE 536- (3) Şirketin feshine mahkemenin karar verdiği hâllerde tasfiye memuru mahkemece atanır.

17) ÖZTAN, Organ Kavramı, s.31-32; OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, s.267; ERGUN, s.19; GÜNAYDIN, Bureu, Anonim Şirkette Zorunlu Organ Eksikliğine Dayanan Fesih Davası, İstanbul, 2012, s.12.

18) “*Ayrıca tüzel kişinin gayesine ulaşması için gerekli görülen organlar statü ile doğrudan doğruya tayin edilmeyip tayin işi başka bir organa da bırakılmış da olabilir.*” ÖZTAN, Organ Kavramı, s. 32- 33.

19) SOYKAN, İsmail Cem, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, İstanbul, 2012, s.58.

şahıslara organ sıfatı tanınacaktır²⁰. Bu kriter uyarınca organ sıfatının tespitinde temel unsuru organların yerine getirmekle yükümlü olduğu görev ve faaliyetler oluşturmaktadır²¹. Herhangi bir atama yahut seçim kararı olmaksızın, fiilen organların yerine getirmekle yükümlü olduğu faaliyetleri yerine getiren şahıs ya da şahıslar da organ kabul edilecektir²².

B. Anonim Ortaklıkta Organ

Anonim ortaklıkta tüzel kişilik, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan ve sermayenin tamamını ödemeyi, şartsız taahhüt ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur (TTK m.335). Şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır (TTK m.355). Kanunun aradığı iradelerin açıklanması ve bu hususun ticaret sicilinde tescil edilmesi tüzel kişiliğin kazanılması için kurucu unsurdur²³. Tüzel kişiliği haiz olan anonim ortaklıklar kişilik kazandıkları andan itibaren hak ve fiil ehliyetine sahip olacaklardır²⁴. Sahip oldukları bu hak ve fiil ehliyetini or-

20) **HELVACI** konuya ilişkin olarak “*olgu organ*” terimini kullanmıştır. **HELVACI, Mehmet**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001, s.9, **KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT, Çağlar**, Anonim Şirketler Hukuku, C.I, Ankara,2013, s.388 ; Ayrıca bkz; “*Ayrıca ve sorumlu kişiler çevresi açısından, “ortaklık organı” terimi pek uygun gelmiyor. Bunu, haklı olarak Guhl ileri sürüyor ve bir Federal Mahkeme kararını zikrederek, ortaklık, adına hareket eden kişinin, kanun veya esas mukavele tarafından organ olarak kabul edilmesinin önemi olmadığını belirtiyor. Gerçekten önemli olan, bu kişinin ortaklığı idare ve temsil yetkilerine sahip bulunmasıdır. Böylece fonksiyonel organ kavramı ortaya çıkıyor ve gerek kanun koyucu, gerek müellifler haklı olarak sadece organları değil, fakat ortaklığın kurulmasına katılanları, yönetimi ile görevlendirilenleri v.s. ele alıyorlar. Bu sebeple, sorumlu kişilerin ayrı ayrı belirtilmesinin veya organ teriminin, fonksiyonel organ anlamında kullanılmasının daha doğru olacağı kanısındayız”*. **POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ TEKİNALP, Gülören**, Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XLV-XLVII, S.1-4, 1982, s.349.

21) **ERGUN**, s.191;

22) **BİLGİLİ, Fatih**, Yeni Gelişmelerle İsviçre Ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu Ve Organların Tazminat Borcu, Ankara, 2004, s.32; **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT)**, s.389;

23) TTK Kanun Gerekçesi Madde 355 – Birinci fıkrâ: “6762 Sayılı Kanunun 301 inci maddesinin yerini alan 355 nci madde, anonim şirketin tüzel kişilik kazanmasında tescilin kurucu etkisini açıkça belirtmektedir.”.

24) 6762 Sayılı TTK dönemi için öngörülen ultra vires ilkesi gereği, ortaklıkların hak ehliyeti esas sözleşmede öngörülen faaliyet konuları ile sınırlı olarak kabul edilmiştir: “*Tüzel kişilerin hak ehliyeti kendilerine tanınan bu en geniş sınır dahilinde, statülerinde yazılı olan gayeleri ile tahdit edilmiştir.*” **ÖZTAN**, Organ Kavramı s. 22; **ALPER, Gizem**, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı), İstanbul, 2013,s.95; 6762 Sayılı kanundaki bu yasağa ilişkin detaylı eleştiriler için bkz; **YILDIZ, Burçak**, TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki “Ultra Vires” Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2006, C.55, S.1, s.338. Ancak 6102 sayılı TTK döneminde bu durum artık bir hak ehliyeti sınırlaması olmaktan çıkarılmıştır. Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz; **PULAŞLI, Hasan**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2011, s.601. ; **TEKİNALP, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku – Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu. Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme, İstanbul, 2013, s.225; **ALPER**, s.130.

ganları vasıtası ile açıklayacakları irade beyanları ile ortaya koyacak olan anonim ortaklıklarda bu organların tespiti önem arz edecektir. Organ sıfatının tespitinde aranılacak kriterlere göre bir ayrıma gidecek olursak;

Şekli kriterler açısından yapılacak ilk tespit kanun koyucunun iradesi olacaktır. Kanun koyucunun bu husustaki iradesi iki temel başlık altında incelenecektir. Buna göre kanun koyucu tarafından öngörülen organlar ihtiyari ve zorunlu olmak üzere iki başlık altında incelenebilir. TTK'nın ilgili düzenlemeleri göz önüne alındığında yönetim kurulu ve genel kurul anonim ortaklığın zorunlu organlarıdır ve yokluklarına bazı hukuki sonuçlar bağlanmıştır²⁵.

Bunun yanı sıra kanunda öngörülen ve tüzel kişi için önemli olan görevleri yerine getirecek birtakım ihtiyari organlarda mevcuttur. Yönetim kurulunca atanacak olan murahhas müdür, kanun koyucu tarafından öngörülmüş bulunan ihtiyari organa örnek olarak gösterilebilir^{26 27}.

Şekli kriter açısından yapılacak bir diğer inceleme, anonim ortaklıklarda tüzel kişinin kendi iradesi ile organ tayin edip edemeyeceği hususudur. Anonim ortaklıklar açısından zorunlu organların yanı sıra, kanun koyucu tarafından düzenlenmeyen ancak esas sözleşme ile öngörülecek ihtiyari organların teşekkül ettirilip, ettirilemeyeceği sorusunun cevabı kanaatimizce olumsuz olacaktır.

25) “TTK sisteminde denetçi (TTK, m.399 ve 400) organ değildir, Yeni düzende denetçi AO'nun kurumsal yapısının bir parçası değil, bir hizmet birimidir.” **TEKİNALP**, s.182; “Yeni düzenlemede anonim şirketin hesaplarının denetlenmesi sistemi tamamen değiştirilerek, 6762 sayılı Yasada anonim şirketin üç kanunî organından biri olan ve uzmanlık bilgisi hatta okuma yazması bulunması zorunlu bile olmayan denetçi veya denetçiler vasıtasıyla yapılan denetlemenin, yeni Kanunda bağımsız ve uzman kişiler eliyle yapılması öngörülmektedir. Dolayısıyla anonim şirketin denetiminde görevli bulunan kişiler artık organ sıfatını haiz değildir. Bu durumda, anonim şirketin yasal organları genel kurul ve yönetim kuruludur ve bu organlar, kanunda öngörülen yetki sınırları çerçevesi içinde görev yaparlar.” **PULAŞLI**, s.655.

26) **ÖZTAN**, Organ Kavramı, s.74; **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT)**, s.629; **PULAŞLI**, s.1102.

27) TTK m. 367/1 ve m.370/2 uyarınca yönetim kurulu sahip olduğu görev ve yetkilerin tamamını veya bir kısmını yönetim kurulu üyesi olan murahhaslara (murahhas üye) yahut yönetim kurulu üyesi olmayan üçüncü kişilerden seçilen müdürlere (murahhas müdür) bırakabilirler. Ancak kanunun burada kullanmış olduğu “müdür” terimi bazı karışıklıklara yol açmaktadır. Şöyle ki; kanunun ifade etmeye çalıştığı anlam ile müdür, yönetim kurulunun sahip olduğu yönetim ve/veya temsil yetkilerini haiz iken, uygulamada sıkça kullanılan anlamı ile müdür sadece belirli iş ve işlemleri şirket adına yapan ve genellikle şirket ile aralarında hizmet akdi bulunan kişiler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yönü ile bakıldığında Kanun'un kullandığı terim itibari ile “müdür” şirketin yönetim ve/veya temsil yetkisine sahip olması ve bu yetkiyi bağımsız olarak kullanabilmesi itibari ile organ sıfatını haiz iken, uygulamada karşılaşılan müdürler bu sığata sahip olamazlar. Bu karışıklığı gidermek amacı ile yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin tamamını ya da bir kısmını bağımsız olarak kullanan ve yönetim kurulu üyesi olmayan üçüncü kişiler doktrinde murahhas müdür olarak adlandırılmıştır. Kullanım için bkz; **ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP)**, s.273; **PULAŞLI**, s.1102; **KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT)**, s.629; **HELVACI**, s.60.

6102 sayılı TTK m.340 hükmü uyarınca anonim ortaklıklarda esas sözleşme, TTK' nin anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak TTK' da buna açıkça izin verilmişse sapabilecektir. Bu durumda TTK' da öngörülmeleyen bir organ tipinin esas sözleşme ile yaratılması mümkün olmayacaktır²⁸. Ancak esas sözleşmede ya da talimatnamede gösterilmemiş olsa dahi, maddi kriterin sağlanması koşulu ile olgu organ durumu söz konusu olabilecektir²⁹. Yani ortaklığın karar alma veya yürütme sürecine kesin olarak katılma yetkisine sahip olan ve bu şekilde tüzel kişiliği bağlayıcı işlemlerde bulunan kişi ya da kişi grupları da organ sıfatına sahip olabilecektir³⁰.

II. İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun Organ Sifatının Tartışılması

Şu ana kadar yapılan tüm açıklamalar ışığında genel olarak tüzel kişilerde organ kavramı ve anonim ortaklıklar özelinde organ kavramı incelenmiştir. Bu kısımda yapılacak olan tartışma ise, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun organ vasfına sahip olup olmadığı noktasına odaklanacaktır.

A. Genel Olarak İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu

eTTK'dan farklı olarak³¹, 6102 sayılı TTK'da imtiyaz kavramına bir tanım getirilmiş ve imtiyazın ne olduğu kanunda açıkça düzenlenmiştir. Buna göre imtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır (TTK m.478/2).

Anonim ortaklıkta ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir (TTK m.478/1). İşte kanunun tanımış olduğu bu yetkiler kapsamında çıkarılacak olan imtiyazların koruma altına alınması ve imtiyazlı pay sahiplerinin haklarına güvence oluşturulması amacı ile kanun koyucu bazı düzenlemeler getirmiştir.

TTK m. 454/1 uyarınca genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine, yönetim kuruluna sermayenin arttırılması konusunda yetki verilmesine dair kararıyla yönetim kurulunun sermayenin arttırılmasına ilişkin kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise, bu karar anılan pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda, alacakları bir kararla onanmadıkça uygulan-

28) eTTK dönemi için bkz; "Ancak TK'da, anonim ortaklıkların, zorunlu organlarının dışında, esas sözleşmelerinde gösterilmek ve emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla, ihtiyari organlar oluşturmalarını engelleyen bir düzenleme de yoktur. Dolayısıyla anonim ortaklıklar da, bunların görev ve yetkilerini esas sözleşmede göstererek, çeşitli ihtiyari organlar oluşturabilir." **SOYKAN**, s.58.

29) **HELVACI**, s.7.

30) **ERGUN**, s.188 vd.; **SEROZAN**, s.506.

31) 6762 Sayılı TTK'da konuya ilişkin düzenlemeyi içeren madde "Esas mukavele ile bazı nevi hisse senetlerine kar payı veya tasfiye halindeki şirket mevcudunun dağıtılması ve sair hususlarda imtiyaz hakları tanınabilir" şeklinde olup imtiyaz kavramına bir tanım getirilmemiştir.

maz. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun³² oluşumu için, bu hususun, esas sözleşmede açıkça öngörülmüş olmasına gerek yoktur. Esas sözleşme ile yahut ilk esas sözleşmenin değiştirilmesi ile ortaya çıkacak imtiyazlı paylar ile birlikte imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu da teşekkül edecektir³³.

Haklarının ihlal edildiğini ileri süren imtiyazlı pay sahipleri ya da temsilcileri genel kurulda, esas sözleşmenin değiştirilmesine, kanunda aranan toplantı ve karar nisabına uygun olarak olumlu oy vermişlerse, yani imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmış genel kurul toplantısında karara olumlu oy vermişse, ayrıca özel toplantı yapılmaz (TTK m.454/4). Yönetim kurulunca toplanmaya çağrılan özel kurul, süresi içerisinde³⁴ toplanamazsa, genel kurul kararına onay vermiş sayılır (TTK m.454/5).

İmtiyazlı pay sahiplerince verilecek onay olmaksızın uygulanamayacak olan genel kurul kararı, onama kararına kadar askıda hükümsüz olacaktır³⁵. Bu duru-

- 32) *"Doktrinde bu kurulları "imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu", "imtiyazlı özel genel kurulu" ya da "özel kategori pay kurulları" diye nitelendiren hukukçular bulunmaktadır"* **ÖRNEK, Mustafa Yiğit**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.45
- 33) **PULAŞLI**, s.1207; **ŞENER**, s.554; **ÖRNEK**, s.45; **YILMAZ, Duygu**, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Payların Korunması, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.32. ; **KİRTİL, Neşe**, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2005, s.21.
- 34) TTK m.454/2 uyarınca yönetim kurulu, en geç genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren bir ay içinde özel kurulu toplantıya çağırmakla yükümlüdür. Aksi hâlde, her imtiyazlı pay sahibi yönetim kurulunun çağrı süresinin son gününden başlamak üzere, on beş gün içinde, bu kurulun toplantıya çağrılmasını şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir. Yapılacak olan çağrıda belirtilen tarihte toplanamayan özel kurul, genel kurulun almış olduğu karara onay vermiş sayılır. Ancak bu sürenin ne zaman başlayacağı noktasında sorular ortaya çıkmıştır. Konuya değinen **AKAD**, sürenin genel kurul kararının ilanından itibaren başlayacağına öngören düzenleme (TTK m.454/3) ile genel kurul kararının imtiyazlı pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda onaylanmadıkça uygulanamayacağına ilişkin düzenlemenin (TTK m.454/1) birbirini ile çeliştiğini dile getirmiştir (**AKAD, Gül**, Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul, 2013, s.50). Doktrinde ise bu sürenin genel kurul toplantısına yönelik çağrının ilanından sonra başlaması gerektiği kabul edilmiştir. (**KENDİGELEN, Abuzer**, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2012, s. 304; **MOROĞLU, Erdoğan**, Türk Ticaret Kanunu İle Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler, s. 252.). Aksi yönde görüş için bkz; "... sürenin başlangıç tarihi 'kararın ilan edildiği' tarih değil 'kararın alındığı tarih' olmalıdır." **ORUÇ, Murat**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı na Göre Anonim Ortaklıkta İmtiyazların Korunması, BATİDER, C. XXVI, S.4, s.189.
- 35) **PULAŞLI**, s.752-753. **ŞENER**, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara, 2015, s.553; **GÖNEN, Eriş**, Açıklamalı - İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ankara, 2010, s.2830; *"TTK.nun 34 ncü maddesi uyarınca Ticaret Sicil Memurluğu yasal şartların mevcut olup olmadığını esas bakımından da incelemekle yükümlüdür. Ticaret Sicil Memurluğu ortaklıklarla ilgili başvurularda tescili istenen hususun yok veya butlan ile malül olduğunu tesbit ettiğinde tescil istemini ret etmek durumundadır. Aynı Yasa'nın 389 ve 391 nci maddeleri hükmüne ise, sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunca onanması gerekmekte olup, bu yöndeki düzenlemede emredici mahiyettedir. Öte yandan, TTK.nun 390 ncü maddesi uyarınca da tescil kurucu niteliğe haizdir. Sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararları anılan hükümler uyarınca imtiyazlı pay*

mun yaratacağı olumsuz sonuçları ortadan kaldırmayı hedefleyen kanun koyucu ortaklık adına yönetim kurulunca bir iptal davası açılması imkânı getirmiştir. Buna göre yönetim kurulu, özel kurulun onaylamama kararı aleyhine, karar tarihinden itibaren bir ay içinde, genel kurulun söz konusu kararının pay sahiplerinin haklarını ihlal etmediği gerekçesi ile bu kararın iptali ile genel kurul kararının tescili davasını, şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açabilir (TTK m.454/7).

B. İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun Organ Niteliği

Kanunda özel olarak düzenlenen imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun hukuki niteliği ve organ vasfını taşıyıp taşımadığı hususu doktrinde tartışılmıştır.

Bir görüşe göre imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, emredici bir iç organ niteliğindedir ve kanuni bir organ niteliğini haiz olduğu için esas sözleşme ile kaldırılamaz³⁶. Kanuni bir iç organ kabul edilmesinin sebebi ise söz konusu kurulun dar anlamda bir genel kurul niteliği taşıması ve burada alınan kararların ise genel kurul kararı niteliğinde olmasıdır³⁷.

Doktrinde diğer bir görüş ise, eTTK m.389 ve TTK m.454 hükümlerinin aksinin sözleşme ile düzenlenebileceğini ve imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlali söz konusu olmadığında uygulanmaması gereken bir düzenleme olduğunu dile getirerek söz konusu kurulun organ niteliğini haiz olmadığını dile getirmişlerdir³⁸.

sahipleri genel kurulunca tasdik edilinceye kadar askıda olup, ancak imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunca tasdik edilmekle infaz olanağı kazanır.” T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2004/11672 K. 2005/10136 T. 21.10.2005 (Kazancı İçtihat Bankası-Son Görüntüleme: 25.08.2015); Aksi yönde görüş için bkz; “GK kararı, geçerlilik yönünden İPGK karardan bağımsızdır. GK kararının İPGK tarafından onanmadıkça tenfiz edilemeyeceği hallerde GK'nın kararının askıda hükümsüz olduğu savunulamaz.” **POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin**: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2010, s.465.

36) **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, s. 425; **PULAŞLI**, s.1207; **AKAD**, s.24; **KİRTİL**, s.19; **ÖRNEK**, s.47.

37) **KARAHAN, Sami**, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, Ankara, 1992.s.150; **MOROĞLU, Erdoğan**, “İmtiyazlı Pay sahipleri Kurulu Kararının İptali Davası”, Hukuki Mütalaalar, İstanbul, 2007, s.69; **PULAŞLI**, s.1207; **ŞENER**, s.554 **AKAD**, s.24; **ÖRNEK**, s.47. Yargıtay 11. HD içtihatları da bu görüşü destekler niteliktedir; T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 1975/1516 K. 1975/3138 T. 5.5.1975 YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2004/11672 K. 2005/10136 T. 21.10.2005 (Kazancı – Son Görüntüleme: 25.282015)

38) “ Üçüncü konu 389 ve 391. maddelere göre oluşturulan özel toplantıların kanuni organ sayılıp sayılmayacağı. Burada sayın Tekinalp'ten biraz ayrılıyorum. Eğer esas sözleşmede, örneğin sermaye artırımında imtiyazlı pay sahiplerinin böyle bir hakkı bulunmadığı kabul ediliyorsa bana göre bu geçerlidir. Yani imtiyazlı hisse senedi sahiplerinin haklarını vazgeçilemeyecek bir hak olarak saymak mümkün değildir.” **REİSOĞLU, Seza**, XIII. THYKS, Ankara 1996, Tartışmalar, s. 28. Benzer bir şekilde **KARAYALÇIN**'da imtiyazlı pay sahiplerine ilişkin düzenlemenin emredici nitelik taşımadığı ve kamu düzeni ile alakalı olmadığını dile getirmiştir. **KARAYALÇIN, Yaşar**, Esas Sermaye Artırımında İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Hukuki Durumu, THYKS, X, Ankara, 1993 s. 101. Farklı bir bakış açısı getiren **TEKİNALP** ise esas sözleşmede ‘hakların ihlali’ kavramı tanımlanarak bazı genel kurul kararları açısından imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu kararının aranmadan tenfiz mümkün olduğunu savunmuştur. **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, s.428

Kanaatimizce konunun tam olarak değerlendirilmesi ve doğru tespitin yapılması için, ilk olarak tüzel kişilerde organ kavramı ve organ sıfatının tespiti için yapılan açıklamalar göz önüne alınarak değerlendirmeye bu noktadan başlanması daha doğru olacaktır. Bizimde katıldığımız tanım uyarınca tüzel kişilerde organ, tüzel kişi için önemli olan görevleri devamlı ve bağımsız yerine getiren şahıs ya da şahıs grupları olarak tanımlanabilir³⁹. Söz konusu tanım uyarınca tüzel kişilerde organ kavramından bahsedilebilmesi için aranacak olan ilk şart, tüzel kişinin gerek üçüncü kişiler ile ilişkilerinde gerekse de kendi içerisindeki iradesinin oluşmasında veya dışarıya yansıtılmasında etkin rol oynamasıdır.

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu açısından bu açıklamalar ışığında bir değerlendirme yapıldığında, söz konusu kurulun emredici nitelikte olup olmadığına bakılmaksızın organ sıfatının tespiti mümkün olabilecektir. İmtiyazlı pay sahipleri özel kuruluyla ilişkin düzenlemelerin, kanun gereği emredici nitelikte olduğuna kanaat getirilirse, kanunca öngörülen bu kurul, kanun koyucunun iradesi çevresinde zorunlu organ olarak nitelendirilecektir. Böylesi bir durumda TTK'nın ilgili hükümlerince açıkça düzenlenen imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, ortaklık esas sözleşmesinde imtiyazın öngörülmesi ile kendiliğinden ortaya çıkacak⁴⁰ ve bu durum devam ettiği müddetçe ortaklığın diğer organlarından bağımsız olarak, ortaklığın karar alma sürecinde etkin rol oynayacak, ilgili konularda özel kurulun kararı olmaksızın genel kurulun, yani tüzel kişinin karar alması mümkün olmayacaktır.

Doktrinde bir görüşçe ileri sürüldüğü gibi, özel kurulun emredici hükümlerle düzenlenmediği kanaatine ulaşılması durumunda da, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu emredici olmamasına rağmen öngörülmesi durumunda kanun gereği esas sözleşme ile düzenlenecek ve yine kanun koyucunun iradesi uyarınca, ihtiyarı kanuni organ sıfatına sahip olacaktır⁴¹. Bu varsayımda ortaya çıkacak tek fark, kurulun oluşabilmesi için tüzel kişinin, oluşturulacak imtiyazların yanında imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun da teşekkülüne ilişkin iradesinin ortaya koyulması olacaktır. Ancak bu irade ortaya koyulduğu andan itibaren, kanun koyucu tarafından öngörülen hükümler özel kurula uygulanacak ve tıpkı "muraahas müdür" atanması durumunda olduğu gibi görev ve yetkileri kanun koyucu tarafından belirlenmiş olan ve kanun koyucu tarafından öngörülen ihtiyarı bir organ teşekkül ettirilmiş olacaktır⁴². Kısacası emredici yahut ihtiyarı olduğuna

39) ÖZTAN, Medeni Hukuk, s.334

40) Bkz; dn. 33.

41) Konuya ilişkin detaylı tartışma için bkz; dn 12.

42) İmtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin düzenlemenin emredici olmadığı varsayımında, kurulun karara katılma yetkisinin ortaklıkça sınırlandırılması durumunda ne olacağı sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce böyle bir durumda teknik anlamda bir "imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu"ndan bahsetmemiz mümkün olmayacaktır. İhtiyarı olduğu kabul edilse dâhi, asgari sınırları kanun koyucu tarafından çizilen özel kurulun elinden bu yetkilerin alınması durumunda teknik olarak bir özel kurul hiç teşekkül etmeyecektir. Dolayısı ile kurulun organ sıfatını haiz olup olmadığı tartışmasına yer olmayacaktır.

bakılmaksızın, işlevi gereği anonim ortaklığın karar alma sürecine kesin olarak katılma iradesi ortaya çıkmış olacaktır. Nitekim ihtiyari olarak da olsa, özel kurul teşekkül ettiği andan itibaren, kurulun vereceği karar tüzel kişinin bazı faaliyetlerini yürütebilmesi için zorunluluk arz edecek, genel kurul kararlarının uygulanabilmesi ancak ve ancak özel kurulun onayı ile gerçekleşebilecektir. Öyleyse organ sıfatının tespitinde aradığımız tüzel kişi için önemli olan görevleri devamlı ve bağımsız olarak yerine getirme şartı sağlanmış olacaktır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kanaatimizce de imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, kanunen zorunlu ve emredici nitelikte bir iç organdır. Özellikle TTK m.340 ile öngörülen “*esas sözleşme, bu kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir*” hükmü karşısında imtiyazlı pay sahiplerine ilişkin kanun koyucunun iradesi dışında ve bu hükümlerden sapan bir düzenlemenin esas sözleşmeye konulması mümkün gözükmemektedir.

Son olarak konuya ilişkin soru işareti oluşturabilecek bir diğer husus 6102 sayılı TTK m.458/8 hükmü ile getirilen “*iptal davası, genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy kullananlara karşı yöneltilir*” düzenlemesidir. İmtiyazlı pay sahipleri kurulu kararları aleyhine açılacak olan iptal davasında davalı sıfatının kime ait olacağı eski kanun döneminde doktrinde tartışılmıştır⁴³.

İlk görüşe göre, tüzel kişiye izafeten alınan imtiyazlı pay sahipleri kararlarının iptali için açılacak olan dava, şirket tüzel kişiliğine yöneltilmelidir⁴⁴. Diğer bir görüşe göre ise, imtiyazlı paysahiplerince alınan karara karşı olarak açılacak iptal davasında, davalı sıfatının şirket tüzel kişiliğine ait olması ve bu cihetle imtiyazlı pay sahiplerini yönetim kurulunun temsil etmesi fikri çıkar çatışmalarına yol açacaktır. Bu nedenle davalı sıfatı iptali istenen karar doğrultusunda oy kullanan imtiyazlı pay sahiplerine tanınmalıdır⁴⁵.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.454/8’de konuya açıklık getirmiştir. Buna göre iptal davası, genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy kullananlara karşı yöneltilir. Düzenlemenin bu hali ise imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun

43) Detaylı bilgi için bkz; **MOROĞLU, Erdoğan**: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 12 Levha, İstanbul, 2012, s.181 ve s.225.

44) “*Bu kitabın önceki baskılarında, genel kurulda alınan çoğunluk kararları gibi azınlık ve imtiyazlı paysahipleri kararlarının da şirket tüzel kişiliğine izafeten alındığını; kararlar kime izafeten alınıyor ise bunların iptaline dair davanın da o kişiye yöneltilmesinin zorunlu olduğunu; çoğunluk kararları ile birlikte azınlık ve imtiyazlı paysahipleri kararlarının da iptali imkanı kabul edildiğine göre davalı sıfatı bakımından TTK m.445 inci maddesinin sistemine aykırı çözümlere gidilmesi çelişkili bir tutum olacaktır..*” **MOROĞLU**, Hükümsüzük, s.226. ; Aynı yönde bkz; **ARSLANLI**, Halil, Anonim Şirketler II-III (Anonim Şirketin Organizasyonu), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960, s.81; **KENDİGELEN**, Abuzer, Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri, Prof. Dr. Fahiman Tekil’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2003, s.331;

45) **TEKİNALP** (POROY/ÇAMOĞLU), s.427;; **KARAHAN**, s.154;**ERİŞ**, s.2825.

organ sıfatını haiz olup olmadığı noktasında soru işaretleri doğurabilecek niteliktedir⁴⁶. Daha öncede değindiğimiz üzere, kural olarak organlar tarafından gerçekleştirilen işlemler, organları değil, tüzel kişinin bizzat kendisini bağlayacaktır. Bu genel kural uyarınca, ortaklığın organlarınca gerçekleştirilen fiil ve işlemlere karşı açılacak olan davalarda husumet organlara yahut organları oluşturan kişilere değil, bizzat tüzel kişinin kendisine yöneltilecektir. Örneğin, ortaklıkça alınan bir genel kurul kararının iptaline ilişkin dava, kural olarak anonim ortaklığa karşı açılabilir. Bunun ise sebebi alınan kararın organı değil, ortaklığı bağlamasıdır. Fakat imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunca alınan kararlara karşı iptal davasının yalnızca karara olumsuz oy kullanan pay sahiplerine yöneltileceğine ilişkin düzenlemede yer alan hüküm istisna niteliğindedir. Düzenlemenin temelinde aksi bir kabulün hukuken mümkün ve gerçekçi olmaması yatmaktadır⁴⁷. Eski kanun döneminde de dile getirildiği üzere⁴⁸, genel kurul tarafından alınan karara onay vermeyen imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunca açılacak olan davada imtiyazlı pay sahiplerinin, çoğu zaman genel kuruldaki çoğunluk tarafından görevlendirilecek yönetim kurulunca temsil edilmesi hukuk mantığına uygun düşmeyecektir. Bu nedenledir ki getirilen düzenlemenin temelinde, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunca alınan kararların ortaklığı bağlamamasına yönelik irade değil, çıkar çatışmalarının önüne geçme amacı yatmaktadır. Kısacası imtiyazlı pay sahiplerince TTK m.454/8 uyarınca verilecek onay kararı haricinde bir hususta, örneğin, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunca alınan bir kararda, yönetim kurulu üyelerinden birine hakaret içerecek ifadelerin yer alması sonucunda kişilik hakları zedelenen yönetim kurulu üyesinin bu zarara ilişkin açacağı tazminat davası karar onaylayan imtiyazlı pay sahiplerine değil, doğrudan ortaklığa yöneltilecektir. Nitekim söz konusu irade tüzel kişinin organı olan özel kurula değil, şirket tüzel kişiliğine aittir.

Sonuç

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun organ vasfının tartışıldığı çalışmamız

46) 6102 sayılı TTK'nın genel gerekçesinde konuya ilişkin açıklama yapılmamıştır. TTK m.454'ün gerekçesinde sekizinci fıkraya hiç yer verilmemiş, yedinci fıkranın gerekçesinde "(ö)zel kurul kararının iptalinin dava edilebilmesi 6762 sayılı Kanunda yer almamakla birlikte ancak doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilmişti. Son fıkra, bu boşluğu kısa, açık bir hükümlle doldurmaktadır. Hükümde davalı gösterilmiş ve dava açma süresi kısaltılmıştır" denilmekle yetinilmiştir.

47) "Bilhassa ortaklık genel kurul kararını reddeden özel kurul kararının iptal davasında, bu temsilin düşünülmesi mümkün ve gerçekçi de değildir. Gerçekten, örneğin esas sözleşme değişikliğini gerekli kılan bir sermaye artırımında sözleşme değişikliğini genel kurula sunan ve buna ilişkin işlemleri yürüten yönetim kurulu ile (TK.392) sermaye artırımının yapılmasına verdiği bilirkışı raporlarıyla sebebiyet veren denetçilerin (TK.392/son, 393/b.6) sermaye artırımına karşı çıkan bir iradeyi temsil etmeleri düşünülemez." KARAHAN, s.154;

48) MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.222.

neticesinde ortaya çıkan sonuçları, ayrıntıya girmeksizin şu şekilde özetlemek mümkündür:

a- Hukuk düzeninde önemli bir yer tutmakta olan tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri kanun ile düzenlenmiş ve bu ehliyetlerini organları vasıtası ile kullanacağı düzenleme altına alınmıştır. Ancak hangi durumlarda bir organın varlığından bahsedileceği sınırlı bir şekilde sayılmamış ve kanunda açıkça gösterilmemiştir. Buna göre doktrinde farklı kriterler benimsenerek organ sıfatının tespiti yapılmıştır. Buna göre ve tüzel kişinin gerek iç işleyişinde gerekse de tüzel kişinin üçüncü kişiler ile olan ilişkilerinde tüzel kişi için önemli olan görevleri bağımsız olarak yerine getiren şahıs ya da şahısların organ vasfını haiz olduğu kabul edilmiştir.

b- Şekli kriter uyarınca organ sıfatının tespitinde tüzel kişinin iradesi ile bir takım ihtiyarı organlar oluşturabilecekken, TTK' da öngörülmeyen bir organ tipinin esas sözleşme ile yaratılması mümkün olmayacaktır. Ancak, esas sözleşmede öngörülme bile kanuna aykırı olmamak kaydı ile tüzük, yönerge, talimatname ya da yönetim kurulunun alacağı bir kararla da şekli anlamda ihtiyarı organ yaratılması söz konusu olabilecektir.

c- İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun hukuki niteliği ve organ vasfını taşıyıp taşımadığı hususu doktrinde tartışılmıştır. Ancak tartışma söz konusu hükümlerin emredici olup olmadığı hususunda yoğunlaşmıştır. Kanaatimizce konuyu doğru bir şekilde sonuca ulaştırmak için organ kavramının tanımı ve organ sıfatının tespitinde aranacak kriterlerden yola çıkılması daha doğru bir sonuca ulaştıracaktır. Buna göre emredici niteliği haiz olup olmadığına bakılmaksızın anonim şirketin karar alma sürecinde kesin ve bağımsız bir rol oynayan özel kurulun organ sıfatını haiz olduğu kabul edilmelidir.

d- 6102 sayılı TTK'nın getirdiği düzenlemeler göz önüne alındığında imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun kanunen zorunlu bir organ olduğu, özel kurulun fiil ve işlemlerinden dolayı bizzat tüzel kişinin kendisinin sorumlu olduğunun kabulü gerekmektedir.

e- 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.454/8'de özel kurulca alınan karara karşı açılacak olan iptal davasının, genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy kullananlara karşı yöneltileceğine ilişkin hükmünün tespit ettiğimiz hususa aykırılık teşkil etmediği dile getirilmiştir. Hükmün düzenlenme amacının, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunca alınan kararların ortaklığı bağlamamasına yönelik irade değil, çıkar çatışmalarının önüne geçme amacı yattığı tespit edilmiştir.

KAYNAKLAR

- Akad, Gül Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, Vedat, İstanbul, 2013.
- Akünel, Teoman Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, Beta, İstanbul, 1995.
- Akipek, Jale G./ Akantürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku (Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Birinci Cilt), Beta, İstanbul, 2014.
- Alper, Gizem, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı Ve Kapsamı), Vedat, İstanbul, 2013.
- Arslanlı, Halil, Anonim Şirketler II-III (Anonim Şirketin Organizasyonu), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960
- Bilgili, Fatih, Yeni Gelişmelerle İsviçre Ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu Ve Organların Tazminat Borcu, Seçkin, Ankara, 2004.
- Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt 1 - Temel Kavramlar Ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz, İstanbul, 2014.
- Ergun, Ömer, Medeni Hukukta Tüzel Kişilerin Ehliyet Durumu, 12 Levha Yayıncılık, 2010.
- Gönen, Eriş, Açıklamalı - İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Seçkin, Ankara, 2010.
- Günaydın, Burcu, Anonim Şirkette Zorunlu Organ Eksikliğine Dayanan Fesih Davası, Beta, İstanbul, 2012.
- Hatemi, Hüseyin, Organın Fiilinden Dolayı Tüzel Kişinin Sorumluluğu, II. Sorumluluk Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 1980.
- Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuk Tüzel Kişileri I, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1979.
- Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul, 2001.
- Karahan, Sami, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar Ve İmtiyazların Korunması, Kazancı, Ankara, 1992.
- Karayalçın, Yaşar, Esas Sermaye Artırımında İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Hukuki Durumu, Thyks, X, Batider, Ankara, 1993.
- Kendigelen, Abuzer, Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri, Prof. Dr. Fahiman Tekil'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2003, S.321-333.
- Kırca, İsmail/ Şehirali Çelik/ Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C.I, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.
- Kendigelen, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, Değişiklikler İşlenmiş Ve Güncellenmiş 2. Bası, Xı Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- Kirtil, Neşe, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2005.
- Moroğlu, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 12 Levha, İstanbul, 2012.
- Moroğlu, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu İle Yürürlük Ve Uygulama Kanunu Tasarıla-

rı Değerlendirme Ve Öneriler, 12 Levha, İstanbul, 2012.

- Moroğlu, Erdoğan, “İmtiyazlı Pay Sahipleri Kurulu Kararının İptali Davası”, Hukuki Mütalaalar, Vedat, İstanbul, 2007.
- Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, 14. Baskı, Filiz, İstanbul, 2014.
- Örnek, Mustafa Yiğit, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Oruç, Murat, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta İmtiyazların Korunması, Batider, C. Xxvi, S.4.
- Öztan, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014.
- Öztan, Bilge, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı Ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku, Vedat, İstanbul, 2010.
- Poroy Reha / Tekinalp Ünal/ Tekinalp Gülören, Ortaklıklar Hukukunda Organların, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.Xlv-Xlvii, S.1-4, 1982.
- Serozan, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat, İstanbul, 2013.
- Pulaşlı, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. I-İ, Ankara 2011.
- Soykan, İsmail Cem, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, 12 Levha, İstanbul, 2012.
- Şener, Oruç Hami, Teorik Ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Seçkin, Ankara, 2015.
- Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku – Anonim Ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu. Birleşme, Bölünme Ve Tür Değiştirme, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Yıldız, Burçak, TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti Ve Bu Bağlamda Ttk M. 137 Hükümündeki “Ultra Vires” Sınırlamasının Yerindeliliğinin Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2006, C.55, S.1.
- Yılmaz, Duygu, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Payların Korunması, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

ÖZET

İmtiyazlı pay sahipleri kurulunun hukuki niteliğine ilişkin gerek doktrin gerekse Yargıtay kararlarında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Görüldüğü kadarı ile bu tartışma ve görüş ayrılıkları 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) döneminde de devam edecektir.

Bu çalışmada genel olarak tüzel kişilerde organ kavramı ve anonim ortaklıklar özelinde organ sıfatının nasıl tespit edileceği hususları açıklanacak; daha sonra 6102 sayılı TTK’nın da getirdiği düzenlemeler ışığında özel kurulun organ sıfatı tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tüzel Kişilerde Organ Sıfatının Tespiti, Anonim Ortaklıkta Organ, İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu.

