

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

Cilt XVI, Ocak-2012, Sayı 1

Vol XVI, January-2012, No. 1



**ANKARA
Şubat-2012**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University

Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Editörler: Editors :

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assist. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assist. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Yayın Yönetmeni : Publishing Manager :

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Değer KANYILMAZ Değer KANYILMAZ

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Gazi Üniversitesi Matbaa İşletmesi ve Ahşap İmalathanesi Müdürlüğü
Gölbaşı/ANKARA

Tel : +90 312 484 10 94 e-posta: gazi-bas-mevil@hotmail.com

Basım Tarihi : Şubat 2012

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD) Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), U L A K B İ M tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (**Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim**) olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile hukukdergi@gazi.edu.tr adresine gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe ve İngilizce özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, geri çevrilir.
7. Editörler kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*, Baskı. Basıldığı Yer, Yıl,
Örn. AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, b. 2, Ankara 2007.

İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü:

Örn. AYHAN, s. 178.

Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü:

AYHAN, Şirketler, s. 120. ve AYHAN, Ticarî İşletme, s. 136.

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, sayı numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:

Örn. AYHAN, s. 31.

İnternette alınan dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim 13 Haziran 2010).

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:

Örn. AYHAN, s. 31.

İletişim Adresi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 21 51

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

BOŞ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 16 Ocak 2012 Sayı 1

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

İşkolu Tespiti Konusunda Yargıtay Kararlarının Yol
Açtığı Usul Sorunu ve Çözümü

Mehmet Nusret BEDÜK.....1-30

KAMU HUKUKU

Türkiye’de Olağan Dönem Kanun Hükmünde Kararnâme’leri
İle İlgili Bazı Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler

Mustafa AVCI.....33-62

İdari Yargıda Derdestlik

Celal İŞIKLAR.....63-106

İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Açısından
Türkiye’nin Ayrılıkçı Terör Örgütü PKK İle Mücadelesi

Fatma TAŞDEMİR.....107-152

Motorlu Taşıtlar Üzerinden Alınan Vergilerin Çevreyi
Korumaya Yönelik Ve Adil Olarak Düzenlenmesi

Ümit Süleyman ÜSTÜN.....153-190

Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M. 257)

İlhan ÜZÜLMEZ.....191-216

Çift Meclis Sistemi ve Türkiye

Bülent YAVUZ / Mahmut BÜLBÜL.....217-260

ÇEVİRİ

Kollektif Menfaatte Tüketici Örgütleri Vasıtasıyla Alacağın
(Topluluk Davası Yoluyla) Tahsiline, Banka Hesabına PIN
Destekli Müdahaleye ve İspat Yükünün Dağılımına İlişkin
Alman Federal Temyiz Mahkemesi Kararı

Levent BÖRÜ.....263-276

* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

BOŞ

Gazi University Faculty of Law Review

Volume 16 January 2012 Number 1

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

- Issue Of Procedure Brought Along By The Supreme Court's Decisions
Regarding The Determination Of Branches Of Activity And Its Resolution
Mehmet Nusret BEDÜK.....1-30

PUBLIC LAW

- Evaluations About Some Problems Related To Decree Law Of
Regular Period In Turkey
Mustafa AVCI.....33-62
- The Pendency In Administrative Jurisdiction
Celal İŞIKLAR.....63-106
- Turkey's Struggle With Seperatist Terrorist Organization PKK:
Dimensions Related International Human Rights Law And
International Humanitarian Law
Fatma TAŞDEMİR.....107-152
- Regulation Of Taxes On Motor Vehicles By Taking Into
Consideration Of Environment Protection And Tax Equality
Ümit Süleyman ÜSTÜN.....153-190
- Official Misconduct (TCC. s. 257)
İlhan ÜZÜLMEZ.....191-216
- Bicameral System And Turkey
Bülent YAVUZ / Mahmut BÜLBÜL.....217-260

TRANSLATION

- The Decision Of The German Federal Court Of Appeal Concerning
Debt Collection (By Means Of Class Action) Through Consumer
Organizations In Collectiv Interest And Pin Aided Access To Bank
Account And Allocation Of Burden Of Proof
Levent BÖRÜ.....263-276

* Articles are drawn up according to the surnames of the authors.

BOŞ

ÖZEL HUKUK>>

BOŞ

İŞKOLU TESPİTİ KONUSUNDA YARGITAY KARARLARININ YOL AÇTIĞI USUL SORUNU VE ÇÖZÜMÜ

(İl Özel İdaresi Genel Sekreterlikleri Hakkında Verilen
Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)

Mehmet Nusret BEDÜK*

Özet

2005 yılında yapılan yasal değişiklikler dolayısıyla il özel idarelerinin faaliyetleri ve organizasyon yapısında meydana gelen köklü değişiklikler sonucunda, daha önce bu işyerlerinde örgütlü sendikalar arasında işkolu konusunda uyuşmazlıklar çıkmış, işkolu tespiti yeniden gündeme gelmiştir. Bakanlığın son iki yıl içinde yaptığı işkolu tespitlerinde, il özel idaresi genel sekreterlikleri işyerlerinde yapılan işlerin, niteliği itibariyle “inşaat” işkoluna girdiğini belirlemiştir. İşkolu tespit kararları, Resmi Gazetede yayımlanmış ve tespite karşı ilgililer yasal süresi içinde dava açmışlardır. Uyuşmazlıklara bakan yerel mahkemeler de, Bakanlık işkolu tespit kararı yönünde hükme varmışlardır.

İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğinin işletme olarak kabul edilmesinin ve parçalı işkolu tespitinin yapılmasının yerinde olacağı yönündeki Yargıtay’ın bozma kararları esas bakımından hukuka aykırı olduğu gibi, dava dosyalarının yerel mahkemelere geri gönderilmesi de Sendikalar Kanunu’nun 4’üncü maddesinde öngörülen usule açıkça aykırıdır. Açılan işkolu tespit davalarının bir kısmı halen derdest olup, bir kısmı ise, kesinleşmiş durumdadır. İki farklı içtihadın ardından, son Yargıtay kararı karşısında, yerel mahkemenin nasıl bir karar vereceği sorunu, bu aşamada ancak Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararı ile sağlanabilecektir. Böylece, benzer durumdaki tüm il özel idareleri işyerlerinin aynı işkolunda olduğu kabul edilerek, uygulamada yeknesaklık sağlanmış, dolayısıyla sendika ve işçiler yararına bir sonuca ulaşılmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sendikalar Kanunu, İl Özel İdaresi, işçi sendikaları, aynı işkolunda faaliyet, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Yargıtay kararları

ISSUE OF PROCEDURE BROUGHT ALONG BY THE SUPREME COURT’S DECISIONS REGARDING THE DETERMINATION OF BRANCHES OF ACTIVITY AND ITS RESOLUTION

**(Assessment Of The Supreme Court’s Decision Taken With Regard To Secretariat
General Of The Special Provincial Administration)**

Abstract

In the consequence of the revolutions (fundamental changes) occurred in the organizational structure and activities of Special Provincial Administrations by rea-

* Yrd. Doç. Dr., YalovaÜniv. Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD. Öğretim Üyesi.

son of the legal amendments made in 2005, there had been occurred some disputes on the subject of branches of activity among labour unions in these work places and determination of branches of activity gained currency again. In the determinations of branches of activity made by the Ministry within a year, the Special Provincial Administration specified that the works conducted in the work places should be included in the field of 'construction' in respect of qualification. Decisions on the determination of branches of activity were published in the Official Gazette and relevant persons brought a suit within the period of legal process. And the local courts ruling the disputes delivered judgments in line with the Ministerial decisions regarding the determination of branches of activity.

As in the case where reversing decisions that it would be fitting to regard the Secretariat General of the Special Provincial Administration as an enterprise and to perform a partial determination of branches of activity of the Supreme Court are contrary to the law with regard to basis; case files' being returned to local courts is clearly without due process of the procedure set forth in Article 4 of the Trade Union Act as well. While some cases brought for determining branches of activity still have a pending nature and some others are in finalized situation. In pursuit of two different judicial opinions, the problem 'what kind of decision local courts will take against the resolution of the Supreme Court' can only be provided through the decision of joint chambers. Thus, uniformity in practice will be assured and we will reach to fruition for the benefit of workers by regarding all work places of Special Provincial Administrations that are in similar situation as they are included in the scope of the same branch of activity.

Key Words: Trade Unions Act, Special Provincial Administration, worker's trade unions, in the same branch of activity, the Ministry of Labour and Social Security, the Supreme Court's decisions

GİRİŞ

Toplu iş hukukunda uyuşmazlıklar, sadece işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında değil, aynı zamanda sendikaların kendi aralarında da sözkonusu olabilmektedir. Sendikalar arası mücadele, çoğu kez aynı işkolunda örgütlü işçi sendikaları arasında çıkmaktadır. Gerçekten, kurulu bulunduğu işkoluna giren işyer(ler)inde sendikal faaliyette bulunmak ve böylece toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini elde etmek, dolayısıyla daha fazla üyeye sahip olmak isteyen bir sendika, haliyle aynı işkolundaki diğer sendikalarla rekabet içindedir¹. Bununla birlikte, benzer mü-

¹ KILIÇOĞLU, s.85.

cadelenin aynı menfaati gözeten, fakat farklı işkollarında örgütlü işçi sendikalar için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Şu farkla ki, bu sendikalar arasındaki mücadele, işyerinin hangi işkoluna girdiği konusundadır.

Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 13.05.2005 tarih ve 5286 sayılı Kanun ile kaldırılarak, Genel Müdürlüğün taşra teşkilatı, il özel idarelerine devredilmiş (Geçici md.1), bu Müdürlüklerin gördüğü hizmetlerin, İstanbul ve Kocaeli illeri dışında il özel idarelerince, İstanbul ve Kocaeli illerinde ise; il sınırları dahilinde yapılmak üzere, büyükşehir belediyelerince yerine getirilmesi öngörülmüştür. Daha sonra, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu md.6'da yapılan değişiklik; önceden köy hizmetleri müdürlükleri tarafından yerine getirilen hizmetler de dahil edilerek, il özel idarelerinin görev ve sorumluluk alanları daha da genişletilmiştir².

Anılan yasal düzenlemelerle birlikte, il özel idarelerinin faaliyetleri ve organizasyon yapısındaki köklü değişikliklerden dolayı, daha önce bu işyerlerinde örgütlü sendikalar arasında işkolu konusunda uyuşmazlıklar çıkmış, 2007 yılında Bakanlık³, örneğin Kayseri İl Özel İdaresi'nde yürütülen faaliyeti; daire başkanlıklarını esas alarak, aynı işyerinde hem 15 sıra numaralı "inşaat" ve hem de 17 sıra numaralı "ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar" olmak üzere iki farklı işkolu faaliyeti olarak tespit etmiştir. Bu konuda herhangi bir dava da açılmadığı için, işkolu tespit kararı kesinleşmiş, böylece bir dönem bu işyerinde farklı işkolunu ilgilendiren iki toplu iş sözleşmesi uygulanmıştır⁴.

2009 yılı itibariyle, il özel idaresi genel sekreterlikleri işyerlerinin hangi işkoluna girdiği, her ilde ayrı ayrı uyuşmazlık konusu olmuş, ilgili sendikalar bu yerlere ilişkin işkolu tespiti yapılmasını Bakanlıktan talep etmişlerdir. Bakanlık, 2007 yılındaki iki farklı asıl iş (işkolu) anlayışından vazgeçerek, yapılan işlerden sadece birini asıl iş, diğerlerini de ona yardımcı iş olarak tespit etmiştir. Her il özel idaresi için aynı şekilde verilen işkolu tespit kararları, iki sendika tarafından yargıya taşınmış, uyuşmazlıklara bakan yerel mahkemeler de Bakanlık işkolu tespit kararı yönünde hükme varmışlardır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, davacı taraflarca temyiz yoluna başvurulmuş, başvuruları inceleyen Yargıtay, ilk başta onama kararı vermiş iken, daha sonra bu kararından dönerek bozma kararı vermiş ve dosyaları yerel mahke-

² ŞEN, s.178-179; AYDINLI, s.171.

³ Bakanlık, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'dır.

⁴ ŞEN, s.179, 181.

melere iade etmiştir. Bunun üzerine, yerel bir mahkeme, özel dairenin bozma kararına karşı direnmiş, fakat Hukuk Genel Kurulu direnme kararını usul bakımından bozmuştur.

Yargıtay’ın il özel idarelerine ilişkin verdiği “parçalı işkolu” tespiti ve uygulanmasına ilişkin bozma kararlarının, esas bakımından kamu kurumlarında önemli sonuçlar doğuracağı bir gerçektir⁵. Açılan işkolu tespit davalarının bir kısmı halen derdest olup, bir kısmı ise kesinleşmiş durumdadır. İki farklı içtihadı ardından, son olarak Yargıtay’ın derdest iki davada, tekrar ilk görüşü yönünde karar vermiş olması, uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldırmıştır. En son vermiş olduğu kararları esas bakımından isabetli görülse de, Yüksek Mahkemenin birbiri ardına farklı içtihatlarla bulunması, bu sefer usul bakımından bazı problemlere yol açmıştır. Nitekim, Yargıtay’ın en son kararına uygun bir karar vermiş, ancak parçalı işkolu tespiti yönünde karar vermediği için dava dosyası bozularak iade edilen yerel mahkeme; Hukuk Genel Kurulunun direnme konusundaki emsal kararı karşısında, şimdi nasıl bir karar vereceği sorunu ile karşı karşıya gelmiştir. O nedenle, sözkonusu uyuşmazlığın esas bakımından olduğu gibi, usul bakımından da değerlendirilmesi ve soruna acil bir çözüm bulunması gerekir.

I. GENEL OLARAK İŞKOLU TESPİTİ

İşkolu, toplu iş hukukunun önemli kavramlarından biridir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nda yer alan bir çok düzenlemede, örneğin, işçi ve işveren sendikalarının kurulmaları (Sen.K.md.3), sendika kurucusu olabilme (Sen.K.md.5), sendika ve konfederasyon Tüzüğü’nün hazırlanması (Sen.K.md.7), sendika üyeliğinin kazanılması (Sen.K.md.22) ve sona ermesi (Sen.K.md.25/son), asıl iş ile yardımcı işlerin değerlendirilmesi (Sen.K.md.60/2), toplu iş sözleşmesinin kapsam ve düzeyinin belirlenmesi (TİSGLK.md.3), toplu iş sözleşmesinin teşmili (TİSGLK.md.11), toplu iş sözleşmesinin yapılması (TİSGLK.md.12), yetki tespiti (TİSGLK.md.13,14) ve itirazlarında (TİSGLK.md.15), belirleyici bir rolü bulunmaktadır⁶.

⁵ Bkz. AYDINLI, s.164 vd.; ŞEN, s.183 vd.

⁶ İşyerinin girdiği işkolunun tespiti, sendikaların kuruluşları ve üyelik ilişkilerinden başlayarak, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti ile grev ve lokavt haklarının kullanılmasına kadar tüm faaliyetleri etkilemektedir (EKONOMİ, “İşkolumun Belirlenmesi, s.36); ayrıca bkz. NARMANLIOĞLU, s.79; GÜNAY, “İşkolumun Tespiti”, s.126; aynı yazar, Şerh, s.156; DEMİR, s.52-53; DOĞAN, s.132.

Güçlü sendikacılık anlayışının benimsendiği toplu iş hukukumuzda, sendikal örgütlenme, işkolu esasına dayanmaktadır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’na göre, işçi ve işveren sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işyerlerinde çalışan işçi ve işverenler tarafından kurulur. İşkolu esasına göre sendikalaşma ilkesine bir istisna olarak, kamu işveren sendikalarının, aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve aynı işkolunda faaliyette bulunması şartı aranmaz. Bir işkolunda birden fazla sendika kurulabilir. Ancak meslek veya işyeri esasına göre işçi sendikası kurulamaz (md.3)⁷.

İşçi ve işveren sendikalarının kurulabileceği işkolları Sendikalar Kanunu’nun 60. maddesinde belirtilmiştir. Kanunda 28 işkolu sayılmıştır. Örneğin, il özel idaresi genel sekreterlikleri işyerlerine ilişkin anlaşmazlık konusu olan işkollarından biri 15 sıra numaralı “inşaat”, diğeri ise 17 sıra numaralı “ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar” işkoludur. Bu işkollarına giren işlerin neler olacağı, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü de alınarak ve uluslararası normlar da göz önünde bulundurularak bir tüzükle düzenleneceği öngörülmüştür (md.60/3). Kanuna uygun olarak çıkarılan İşkolları Tüzüğü’ne⁸ ekli listede, 28 işkolu sıra numarasına göre sayılmış ve her işkoluna giren işlerin neler olduğu açıklanmıştır. Örneğin 15 sıra numaralı “inşaat” işkoluna giren işler, *bina, yol, köprü, demiryolu, tünel, metro, kanalizasyon, liman, dalgakıran, havuz, istihkam, hava alanı, dekovil ve tramvay yolu, spor alanları yapımı gibi her çeşit yapıcılık işleri ile bunların etüt, proje, araştırma, bakım, onarım vb. işleri*, 17 sıra numaralı “ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar” işkoluna giren işler, *her türlü mali kuruluşlar, ticaret borsaları, ticaret ve sanayi odaları, birlikleri, kooperatifler, kredi esham ve tahvil borsaları, her türlü büro ve benzeri kuruluşlar ile dernekler, noterler, işçi ve işveren kuruluşları, her türlü sınai, tarımsal, kimyasal ve hayvansal maddelerin ve ürünlerin alımı ve satımı, eğitim kurumları, sahne, perde ve benzeri gösteri sanatları, müzik, resim, heykel, dekorasyon, edebiyat ve benzeri güzel sanatlarla ilgili işler* olarak belirlenmiştir.

Bir işyerinin girdiği işkolu, işyerinde yürütülen asıl işe göre belirlenir. İşkolu tespiti yapılırken işyerinde yürütülen yardımcı işler işkolu tespiti

⁷ Yasal düzenlemenin eleştirisi için bkz. ŞAHLANAN, s.24 vd.; ayrıca bkz. KUTAL, s.118 vd.; ÇELİK, s.423-424; NARMANLIOĞLU, s.74 vd.; KILIÇOĞLU, s.85-86; DOĞAN, s.129-131.

⁸ İşkolları Tüzüğü (06.12.1983 tarih ve 18243 sayılı RG.)

tinde dikkate alınmaz. Çünkü işyerinde yapılan asıl işin yanında aynı işyerinde yapılan yardımcı işler, asıl işin girdiği işkoluna dahildir⁹. Nitekim, Sendikalar Kanunu'nda açıkça ifade edildiği üzere, "Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır" (Sen.K.md.60/2, İşkolları Tüz.md.3). İşyerindeki işçiler aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olamazlar (Sen.K.md.22/1). Yardımcı işte çalışanlar bile ancak işyerinin bağlı olduğu işkolunda kurulu sendikaya üye olabilirler (Sen.K.md.22/2). Şu halde, yardımcı işlerde çalışan işçiler gördükleri işe göre değil, o işyerinde yürütülen asıl faaliyet ya da baskın olan faaliyet hangisi ise, onun girdiği iş kolunda kurulu bulunan işçi sendikasına üye olabilirler. Şu halde, bir hastanede aşçı olarak çalışan işçinin gördüğü iş, asıl işe yardımcı bir iş sayıldığından, bu işçinin 24 sıra numaralı sağlık işkolunda kurulu bir sendikaya üye olması gerekir. Binaenaleyh, yardımcı iş niteliğinde görülen iş, aslında bağımsız bir işyeri (asıl iş) ise, bu durumda sözkonusu işte çalışan işçi, o işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üye olmalıdır¹⁰.

Her işkolunda çalışan, sendikalara üye olan ve olmayan işçilerin sayıları ile bunların sendikalara dağılımı Çalışma Bakanlığınca her yıl Ocak ve Temmuz aylarında çıkartılacak istatistiklerde gösterilir (Sen.K.md.60/son). İşveren, işe aldığı veya herhangi bir nedenle iş sözleşmesi sona eren işçileri, izleyen ayın 15'ine kadar aylık bildirimle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bildirmekle yükümlüdür (Sen.K.md.62). Sonuçta, işyerinin girdiği işkolunda faaliyet gösteren, o işyerinde çalışanların büyük çoğunluğunu üye kaydeden sendika, o işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olur.

Toplu iş sözleşmesi yetki tespitinde ya da yetkiye itiraz aşamasında işyerinin hangi işkoluna girdiği konusunda anlaşmazlık çıkması halinde, ilgililerin başvurusu üzerine, işkolu, o işyerinde yürütülen işin niteliğine göre Bakanlıkça saptanır. Bakanlığın bu konudaki kararına karşı, ilgililer, Sendikalar Kanunu'nun 4'üncü maddesine göre dava açabilirler (İşkolları Tüz.md.4)¹¹.

⁹ EKONOMİ, "İşkolunun Belirlenmesi", s.37; NARMANLIOĞLU, s.80; SUR, s.74.

¹⁰ OĞUZMAN, Yargıtayın 1985 Yılı Kararları, s.149; ŞAHLANAN, s.29; EKONOMİ, "İşkolunun Belirlenmesi", s.41, 48; SÜMER, Uygulamalar, s.350; UŞAN, s.181; Sen.K.md.60/2 hükmü, bir işletmeye bağlı işyerlerinden birinde yapılan işi asıl iş, diğer bir işyerinde yapılan işi yardımcı iş olarak kabul edileceği şeklinde yorumlanamaz (AYDINLI, s.174).

¹¹ İşkolu tespiti, toplu iş sözleşmesinin yapılıp yapılmamasına bağlı değildir. İşkolu tespiti toplu iş sözleşmesi yürürlükte iken de yapılabilir. Bkz. OĞUZMAN, s.15; ÇELİK, s.427; TUNCAY, s.39; NARMANLIOĞLU, s.85-86; SUR, s.77, 265.

İşkolu tespitini, işveren veya üyesi bulunduğu işveren sendikası, işyerinde faaliyet gösteren veya göstermeyi amaçlayan işçi sendikaları ve işyerinde çalışan işçiler talep edebilir¹². Başvuru üzerine, işkolu tespiti için Bakanlık müfettişlerince işyerinde keşif yapılarak durum tutanakla tespit edilir¹³. Buna istinaden Bakanlıkça verilen işkolu tespit kararı, Resmi Gazetede yayımlanır. Bu tespite karşı ilgililer (başvurmakta menfaati bulunan), kararın yayımını takip eden onbeş gün içinde işyerinin bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkemede dava açabilirler. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi halinde, Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar (Sen.K.md.4). Madde hükmünden anlaşıldığı üzere, mahkemenin artık bu karara karşı direnme yetkisi bulunmamaktadır. Onbeş günlük dava açma süresi, hak düşürücü süre olup, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır¹⁴.

İşyerinin girdiği işkolu mahkeme kararı ile kesinlik kazandıktan sonra işyerinde görülen işin başka bir işkoluna girmesini gerektiren bir farklılaşma söz konusu olursa, yeniden işkolunun tespiti için Bakanlığa başvuruda bulunulabilir¹⁵.

II. İŞKOLU TESPİTİ KONUSUNDA İL ÖZEL İDARESİ GENEL SEKRETERLİKLERİNDE YAŞANAN UYUŞMAZLIKLAR

A) İl Özel İdaresi Genel Sekreterlikleri İşyerlerine İlişkin Bakanlığın İşkolu Tespiti Kararları

İnceleme konusu olayda, il özel idaresi genel sekreterlikleri işyerlerinde sendikal faaliyette bulunmak ve dolayısıyla toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olmak isteyen, farklı işkollarında örgütlü, birden fazla sendika bulunmaktadır. Bu sendikalar, işkolu hususunda anlaşmazlığa düşmüş ve il özel idaresi genel sekreterlikleri işyerlerinin hangi işkoluna girdiğinin tespitini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan talep etmişlerdir.

¹² GÜNAY, Şerh, s.158; DOĞAN, s.133.

¹³ KILIÇOĞLU, s.88.

¹⁴ OĞUZMAN, s.14-15; ÇELİK, s.426; TUNCAY, s.39; ŞAHLANAN, s.31; NARMANLIOĞLU, s.82-83; GÜNAY, Şerh, s.163; aynı yazar, "İşkolunun Tespiti", s.133; SÜMER, Uygulamalar, s.354; Yarg.9.HD., 11.03.1987, E.1987/2597, K.1987/2807; Çimento İşveren, Mayıs 1987, s.35; "İşkolu tespitine itiraz davası bir tespit davası niteliğindedir ve yargılama sonucu davanın kabulüne karar verildiğinde, mahkemenin kararı işkolu tespit kararı yerine geçer" (DOĞAN, s.136).

¹⁵ EKONOMİ, Yargıtayın 1997 Yılı Kararları, s.186; SÜMER, Uygulamalar, s.354; ŞEN, s.176.

Kısaca açıklamak gerekirse, il özel idaresi genel sekreterlikleri henüz kurulmadan önce bu işyerlerinde il özel idaresi müdürlükleri faaliyet göstermekteydi. O yıllar Bakanlık, bu Müdürlüklere ait işyerlerinin çalışma konusunun İşkolları Tüzüğü'nün 17 numaralı "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar" işkoluna girdiği tespitinde bulunmuştur. Keza, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatının il özel idarelerine devrinden önce Bakanlık, bu Müdürlüklere ait işyerlerinin çalışma konusunun İşkolları Tüzüğü'nün 15 numaralı "inşaat" işkoluna girdiğini tespit etmiştir.

5286 sayılı Kanun ile Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü kaldırılarak, Genel Müdürlüğün taşra teşkilatı, il özel idarelerine devredilmiş (Geçici md.1), bu Müdürlüklerin gördüğü hizmetlerin, İstanbul ve Kocaeli illeri dışında il özel idarelerince, İstanbul ve Kocaeli illerinde ise; il sınırları dahilinde yapılmak üzere, büyükşehir belediyelerince yerine getirilmesi öngörülmüştür. Daha sonra, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu md.6'da yapılan değişiklik; önceden köy hizmetleri müdürlükleri tarafından yerine getirilen hizmetler de dahil edilerek, il özel idarelerinin görev ve sorumluluk alanları daha da genişletilmiştir¹⁶. Yasal değişiklikler dolayısıyla, il özel idarelerinin faaliyetleri ve organizasyon yapısında meydana gelen köklü değişiklikler sonucunda, daha önce bu işyerlerinde örgütlü sendikalar arasında işkolu konusunda uyuşmazlıklar çıkmış, yeniden işkolu tespiti gündeme gelmiştir.

İl özel idaresi genel sekreterlikleri işyerlerinin hangi işkoluna girdiği, her ilde ayrı ayrı uyuşmazlık konusu olmuş, ilgili sendikalar, bu yerlere ilişkin işkolu tespiti yapılmasını, Bakanlıktan talep etmişlerdir. Bakanlık, son iki yıl içinde yaptığı tespitlerde, il özel idaresi genel sekreterlikleri işyerlerinde yapılan işlerin, niteliği itibarıyla "İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "inşaat" işkoluna girdiğini belirlemiştir. Bakanlığın bu işyerlerine ilişkin işkolu tespit kararları Resmi Gazetede yayımlanmış ve tespite karşı ilgililer yasal süresi içinde dava açmışlardır.

B) Tarafların İtiraz ve Savunmaları

Yargıtay ilamlarından anlaşıldığı üzere, davacı taraf aynı işkolunda örgütlü iki işçi sendikası, davalı taraf ise farklı bir işkolunda örgütlü bir işçi sendikasıdır.

Davacı taraf sendikaların ortak talepleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Resmi Gazete'de yayınlanan İl Özel İdaresi Genel

¹⁶ ŞEN, s.178-179; AYDINLI, s.171.

Sekreterliği'nde yapılan işlerin niteliği itibariyle İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "inşaat" işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararının iptali ile anılan işyerindeki işlerin 17 sıra nolu "ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar" işkoluna girdiğine karar verilmesidir. Ayrıca sendikalardan biri, bu taleplerinin mümkün olmaması halinde, davalı idareye bağlı, İdari ve Mali İşler Daire Başkanlığı, Sağlık, Eğitim ve Sosyal Hizmetler Daire Başkanlığı, Hukuk Müşavirliği, İnsan Kaynakları Müdürlüğü, Muhasebe Müdürlüğü, Destek Hizmetleri Müdürlüğü gibi bazı başkanlık ve/veya müdürlüklerde mevcut ve ileride faaliyet konuları ile ilgili kurulacak işyerlerinin 17 sıra nolu "ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar" işkoluna girdiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalarda ilgili sendika ile birlikte, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve ilgili İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği hasım gösterilmiştir.

Davalı tarafların ortak savunma ve iddiaları, İl Özel İdaresi Kanunun 2005 yılında değiştirilerek, il özel idaresinin amaç ve görevlerinin değiştirildiğini ve bu çerçevede işyerinde ağırlıklı olarak inşaat işlerinin yapıldığını, söz konusu işyerinin İş Kolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "inşaat" işkoluna girdiğini, Bakanlık işkolü tespit kararının hukuka uygun olduğunu, savunarak davanın reddine karar verilmesini istemişlerdir.

C) Yargıtay'ın Esasa İlişkin Vermiş Olduğu Kararlar

Yapılan yasal değişiklikler sonrası, il özel idarelerinin gerek teşkilat yapısında, gerek ise görev ve sorumluluklarında meydana gelen önemli değişiklik ve gelişmeler dolayısıyla, Bakanlık il özel idareleri işyerlerinin 15 sıra numaralı inşaat işkoluna girdiğini tespit etmiş, ancak tespit kararı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık çıkmıştır. Bunun üzerine açılan davalarda uyuşmazlıklara bakan yerel mahkemeler de aynen Bakanlık işkolü tespiti yönünde karar vermiş, fakat davacı taraflar temyiz yoluna başvurmuşlardır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 15.07.2010, E.2010/25648, K.2010/24131 sayılı ilamında "... İşyerindeki işçi sayısı ve çalıştığı kısımlar dikkate alındığında ağırlıklı olarak çalışanların inşaat işkoluna giren faaliyetlerde bulunması, iş organizasyonu içindeki üretilen mal hizmetlerin ağırlığı ve üretim miktarında inşaat işlerinin ilerde olması, yatırım araçları ile makine parkındaki makinelere yapılan yatırım miktarında inşaat işlerine ilişkin olanların çoğunluğa sahip olması dikkate alındığında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nde yapılan işle-

*rin niteliği itibariyle İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "inşaat" işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararı yerinde olup, bu nedenlerle doğru olan mahkeme kararının **onanmasına....**" şeklinde karar vermiştir¹⁷.*

Çok geçmeden Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Manisa İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği hakkında 02.11.2010, E.2010/34471, K.2010/31408 sayılı ilamında görüldüğü üzere, önceki **kararından dönmüş**, bu işyerlerinin inşaat işkoluna girdiğine ilişkin yerel mahkeme kararını **bozmuştur**. Yargıtay, Manisa dışında, Kahramanmaraş, Bilecik ve Kastamonu İl Özel İdaresi Genel Sekreterlikleri işyerlerinin inşaat işkoluna girdiğine hükmeden yerel mahkeme kararlarını **bozmuş**, "*İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğinin işletme olarak kabul edilmesinin ve parçalı işkolu tespitinin yapılmasının yerinde olacağı*" şeklinde ortak bir sonucuna ulaşmıştır¹⁸.

Yüksek Mahkeme; verdiği tüm bozma kararlarındaki dönme gerekçesinde ilk olarak, 1982 Anayasası'nın "Sendika Kurma Hakkı" başlığını taşıyan 51'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan "Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz" hükmünün yürürlükten kaldırılmasını göstermiştir. Aynı kararda ikinci olarak, "il özel idarelerinin yapısına sürekli yeni işyerleri katılmak suretiyle büyümesi ve gelişen bu süreçte ilerde yapısına yeni işyerlerinin katılabilecek olmasını" gerekçe göstererek Kahramanmaraş İl Özel idaresi Genel Sekreterliğinin işletme olarak kabul edilmesinin ve parçalı işkolu tespitinin yapılmasının yerinde olacağı sonucuna varmıştır¹⁹.

Kahramanmaraş, Bilecik gibi birçok il özel idaresi genel sekreterliklerine ilişkin Yargıtay'ın bozma kararlarındaki sonuç hükmünde "*Somut olayda dosya kapsamı hüküm vermeye yeterli bulunmadığından yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır*" ifadesine yer verilirken, Kastamonu İl

¹⁷ Bkz. Yarg.9.HD., 15.07.2010, E.2010/25648, K.2011/24131, Çalışma ve Toplum, 2011/3 (30), s.487-492.

¹⁸ Yarg.HGK., 18.05.2011, E.2011/9-347, K.2011/311, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, erişim: 27 Aralık 2011; Yarg.9.HD., 30.12.2010, E.2010/49487, K.2010/41975; Yarg.9.HD., 27.01.2011, E.2010/821, K.2010/75; Yarg.9.HD., 02.11.2010, E.2010/34471, K.2010/31408 (bu kararlar henüz yayınlanmamıştır). Karar metinleri için bkz. AYDINLI, s.164-172; ŞEN, s.183-187).

¹⁹ "Yüksek Mahkeme önceki kararlarında işyeri ve işletme kavramlarının değerlendirilmesinde atomize bir anlayışa sahipken şu andaki yaklaşımında ise parçalama yolunu seçerek her iki içtihadında kanuni mevzuata ve iş hukukunun genel prensiplerine aykırı kararlar vermiştir" (AYDINLI, s.174); Karar eleştirisi için ayrıca bkz. ŞEN, s.187-189; AYDINLI, s.177-178.

Özel İdaresi Genel Sekreterliği'ne ilişkin kararında ise, şöyle bir sonuç hükmü bulunmaktadır; “*Somut olayda mahkemece parçalı işkolu tespiti yapılması gerektiği belirtilmiş ise de, hangi birimlerin hangi işkoluna girdiği konusunda karar verilmeyip, bu hususun bakanlıkça yapılması gereken teknik bir konu olduğu şeklinde hüküm kurulması hatalı olmuştur. Yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılarak gerektiğinde uzman bilirkişiler vasıtası ile keşif yapıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir*”²⁰.

İki farklı kararından sonra, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, son olarak, 18.10.2011 tarih ve 2011/43281 Esas ve 2011/38000 Karar sayılı ilamı ve 25.10.2011 tarih ve 2011/46741 Esas ve 2011/40994 Karar sayılı ilamı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın işkolu tespitinin iptali talebini reddeden yerel mahkeme kararlarını **oybirliğiyle onanmasına** karar vererek, Niğde ve Aksaray İl Özel İdaresi Genel Sekreterliklerdeki işyerlerinin 15 sıra numaralı “inşaat” işkoluna girdiğine hükmetmiştir.

D) Kararların Esas Bakımından Değerlendirilmesi

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre, “İşçi sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işyerlerinde çalışan işçiler tarafından kurulur” (md.3/1). Kanun koyucu bu hükümle güçlü sendikacılığı ve çalışma barışını sağlamak amacıyla işkoluna göre sendikalaşma ilkesini kabul etmiştir. Bu doğrultuda meslek ya da işyeri esasına göre sendika kurulamayacağı da yasada hükme bağlanmıştır (md.3/3). Buna göre, işçilerin sendika kurmalarında veya bir sendikaya üye olmalarında mesleklerine bakılmaksızın sadece işyerinde yapılan asıl işin girdiği işkolu esas alınmaktadır²¹.

İşkolu ilkesine göre örgütlenme ve faaliyette bulunma bakımından Sendikalar Kanunu ve İşkolları Tüzüğü, işletmeyi değil, işyerini esas almaktadır²². Sendikalar Kanununa göre işyeri, işin yapıldığı yere denilir (md.2/8). İşin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle, dinlen-

²⁰ Yarg.9.HD., 14.07.2010, E.2010/25648, K.2011/24131 (bu karar henüz yayınlanmamıştır). Karar metni için bkz. AYDINLI, s.168-169.

²¹ EKONOMİ, “İşkolunun Belirlenmesi”, s.34; KUTAL, s.118-125; TAŞKENT, s.601; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.320; DEMİR, s.39; SÜMER, İş Hukuku, s.171; aynı yazar, Uygulamalar, s.349; GÜNAY, “İşkolunun Tespiti”, s.126; UŞAN, s.179; DOĞAN, s.130-131.

²² EKONOMİ, “İşkolunun Belirlenmesi”, s.36.

me, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır (md.2/9). 4857 sayılı İş Kanununa göre ise işyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime denir (md.2/1). İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır (md.2/2). İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür (md.2/3).

İşyeri, işin görüldüğü yerden ibaret olmadığı gibi, farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı coğrafi alan içinde veya birbirine yakın bulunmaları da gerekmemektedir²³. İşyerinin mal veya hizmet üretimi için ayrı bir alanı kullanması durumunda, bu yerlerin tek bir işyeri mi, yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi olduğunun tespitinde, “hukuki bağılılık, işin niteliği ve yönetimi bakımından bağılılık” unsurlarının bir arada gerçekleşmesi aranır. Buna göre hukuki bağılılık, bu yerlerin aynı işverene bağlı olmasıdır. İşin niteliği bakımından bağılılık ise, amaçta birliği ifade eder²⁴.

Bir işyerinin girdiği işkolu, işyerinde yürütülen “asıl işe”, diğer bir ifadeyle, “işyerinin teknik amacını oluşturan mal veya hizmet üretimine” göre belirlenir²⁵. Asıl iş ve yardımcı iş kavramları, Alt İşverenlik Yönetmeliğinde tanımlanmıştır. Buna göre, asıl iş, mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan işi (md.3/c), yardımcı iş ise, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan, ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan işi ifade eder (md.3/g). Öğretide ise, yardımcı işler, “bir işyerinin bütünlüğü içinde asıl işle bağlantılı olan ve olmayan bütün işler”²⁶, “doğrudan teknik amacı gerçekleştirmek amacına yönelik olma-

²³ TAŞKENT s.604; YENİSEY, s.27; AYDINLI, s.173.

²⁴ OĞUZMAN, s.11; EKONOMİ, s.60; SÜZEK, s.175-176; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.47-48; NARMANLIOĞLU, s.125; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.197-200; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.60-61; TAŞKENT s.603-604; SÜMER, Uygulamalar, s.351; YENİSEY, s.26-29; AYDINLI, s.173-174.

²⁵ ÇELİK, s.427; EKONOMİ, “İşkolunun Belirlenmesi”, s.47; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.321; TUNCAY, s.40; SUR, s.74; AYDINLI, s.172-173.

²⁶ EKONOMİ, “İşkolunun Değişmesi”, s.29.

makla beraber, asıl işle bağlantılı bir biçimde, teknik amacın gerçekleştirilmesini sağlayan işlerdir”²⁷ şeklinde tanımlanmaktadır. Yargıtay’a göre yardımcı işler, asıl işe yardımcı olan ve o işi tamamlayan nitelikteki işler olarak anlaşılmalıdır. Yardımcı işler, asıl işlere tam uyum sağlayan, yapılmaması halinde asıl işi sekteye uğratan ve asıl işin yapılması için varlığı ve devamı zorunlu olan işler niteliğinde olmalıdır²⁸.

Sendikalar Kanununun göre, “Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır” (md.60/2). İşkolu ilkesi gereği, işyeri, asıl iş ve yardımcı iş(ler) ile birlikte bir bütün olarak ele alınır²⁹. Yardımcı işler, ancak işkolunun belirlenmesinde ölçüt olan bir “işyeri” kapsamında yürütülen işler olabilir. Ayrıca, yardımcı işler için kanunda belirli nitelik ve şartlar aranmamaktadır³⁰.

Bilindiği üzere bir işletme, birden çok işyerinden oluşabileceği gibi, tek işyerinden de ibaret olabilir. İş hukuku bakımından işletme, iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için aynı işverene ait bir veya birden fazla işyerinden oluşan organize edilmiş bütündür³¹. Eğer işletme, tek bir işyerinden ibaret ise, bu işyerinde yürütülen asıl iş tespit edilir ve işyerinde yürütülen yardımcı işler de asıl işin girdiği işkolunda kabul edilerek, tek bir işkolu tespiti yapılır. Yok eğer, söz konusu işletmede birden fazla işyerinin olduğu ve bu işyerlerinde yürütülen asıl işlerin aynı işkolunda olduğu sonucuna varılırsa, bu işyerleri için; 2822 sayılı TİSGLK.md.3/1 hükmü gereği, tek bir “işletme toplu iş sözleşmesi” yapılmalıdır. Buna karşılık, işletmede birden fazla işyerinin olduğu ve bu işyerlerinde yürütülen asıl işlerin birbirinden farklı işkollarında olduğu tespit edilirse, asıl işlerin farklı olduğu bu işyerleri için ayrı ayrı işkolu tespiti yapılması gerekir³².

Öte yandan, bir işyerinde çalışan işçilerin hangi işkolunda kurulu sendikaya üye olabileceklerinin belirlenmesi, o işyerinde yürütülen asıl işin hangi-

²⁷ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II, s.80, 84.

²⁸ Yarg.9.HD., 09.09.1987, E.1987/8782, K.1987/7457, Kamu-İş D. Ekim 1987, s.25-27.

²⁹ EKONOMİ, “İşkolunun Değişmesi”, s.28-29; aynı yazar, “İşkolunun Belirlenmesi”, s.37; NARMANLIOĞLU, s.84; YENİSEY, s.23-37; AYDINLI, s.173.

³⁰ EKONOMİ, “İşkolunun Belirlenmesi”, s.41;

³¹ ESENER, s.84-87; ÇELİK, s.55-57; EKONOMİ, s.64; SÜZEK, s.178-179; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.190-201; NARMANLIOĞLU, s.120-127; CENTEL, s.73-74; YENİSEY, s.32-37; ŞEN, s.187.

³² AYDINLI, s.175.

si olduğu ve bunun hangi işkoluna girdiğinin belirlenmesine bağlıdır. Yardımcı işlerde çalışan işçiler, gördükleri işe göre değil, o işyerinde yürütülen asıl faaliyet ya da ağırlığı olan faaliyet hangisi ise, onun girdiği işkolunda kurulu bulunan işçi sendikasına üye olabilmektedirler (Sen.K.md.22/1,2) (İş Kolları Tüzüğü md.3). Söz konusu hukuki düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere, “kanun koyucunun asıl amacı, işyeri içinde asıl olan faaliyetin merkez alınarak diğer faaliyetlerin buna bağlı olmasını sağlamak ve böylece işyerlerinin kendi içinde parçalanmasının getireceği özellikle toplu iş sözleşmesinin en önemli işlevi olan dirlik ve düzen fonksiyonunu ortadan kaldıran ihtimallerin önüne geçmektir”³³. Şu halde, hastanede aşçı olarak çalışan işçinin gördüğü iş, asıl işe yardımcı iş sayıldığından, 24 sıra numaralı sağlık işkolunda kurulu bir sendikaya üye olması gerekir. Buna karşın, yardımcı iş niteliğinde görülen iş, aslında bağımsız bir işyeri (asıl iş) ise, sözkonusu işte çalışanlar, o işyerinin girdiği işkolunda kurulu bir sendikaya üye olabileceklerdir³⁴.

Yukarıda açıklandığı üzere, il özel idareleri, 2005 yılından itibaren ciddi bir değişikliğe uğramış Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün taşra teşkilatı il özel idarelerine devredilmiştir. Şimdi ise, il özel idaresi teşkilat yapısı, genel sekreterliğe bağlı yazı işleri, mali hizmetler, imar ve kentsel iyileştirme, yol ve ulaşım, su ve kanal hizmetleri, insan kaynakları, hukuk müşavirliği, ilçe özel idaresi vb. birimlerden oluşmaktadır³⁵. İl özel idaresi genel sekreterliklerinin işyerlerinin hangi işkoluna girdiği, özellikle il özel idaresi işyerlerindeki yapısal değiştirildikten sonra, ülke çapında uyuşmazlık konusu olmuştur.

Bakanlık, aynı işyerindeki birimlerde (daire başkanlıklarında ve/veya müdürlüklerinde) yapılan işleri dikkate alarak, il özel idaresi genel sekreterliklerinin işyerlerinin bir kısmında 17 sıra numaralı, diğer bir kısmında 15 sıra numaralı işkolunda faaliyet gösteren sendikalar için yetki tespitinde bulunmuştur. Yetki itirazı olmadığı için, toplu iş hukuku uygulaması bakımından, 2009 yılına kadar bir sorun yaşanmamıştır. Buna karşın, il özel idaresi işyerlerinde iki ayrı asıl işin ve dolayısıyla iki ayrı işkolunun olduğu sonucuna ulaşılması öğreti haklı olarak eleştirilmiştir³⁶. Çünkü bir işyerinde görülen, bir-

³³ AYDINLI, s.173.

³⁴ OĞUZMAN, Yargıtayın 1985 Yılı Kararları, s.149; ŞAHLANAN, s.29; EKONOMİ, “İşkolunun Belirlenmesi”, s.48; SÜMER, Uygulamalar, s.350; UŞAN, s.181; AYDINLI, s.174.

³⁵ ŞEN, s.188; AYDINLI, s.175-176.

³⁶ ŞEN, s.180; Kamu hizmetlerinin zamanında, verimli ve istikrarlı bir şekilde yerine getirilebilmesi, idarenin teşkilatlanmasını gerekli kılmıştır. Ancak idarenin teşkilat yapısının şemati-

den fazla ve farklı işkollarına giren her mal ve/veya hizmet üretiminin ayrı birer asıl iş olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Aksi düşünüldüğünde, işyerinde birden çok sendikanın faaliyette bulunması anlamına gelir ki, bu da işkolu ilkesine aykırıdır³⁷. İşkolu ilkesine göre örgütlenmede, her işyeri yalnız bir işkoluna giren ünite olduğu kabul edilmekte, işçiler de asıl işin girdiği işkolunda örgütlü sendikaya üye olabilmektedir. Şu halde, işyerinde birden fazla ve farklı işkollarına giren mal ve/veya hizmet üretimi yapılsa da, işyerinin sadece bir işkolunda değerlendirilmesi gerekmektedir³⁸.

Sonuç olarak, il özel idaresi genel sekreterliği bünyesinde yer alan daire başkanlıkları ve/veya müdürlüklerinin birbirinden ayrı işyerleri niteliğinde değerlendirmek doğru bir yaklaşım olmamıştır³⁹. Zira, iktisadi, hukuki ve teknik açıdan birbirine bağlı olan bu birimler, amaçta ve yönetimde birlik çerçevesinde verilen görevleri bir bütün (tek bir işyeri) olarak yerine getirmektedir. Aslında, bu birimler farklı işkollarında faaliyet gösterdikleri halde, işyerinin bir bütün olarak kabul edilip, tek bir işyeri sicil numarasının bulunması ve uygulamada işçilerin her iki tarafta da çalıştırılabiliyor olması, sendikal faaliyet açısından; sonradan, sorun haline gelmiştir⁴⁰.

Nitekim, durumu fark eden Bakanlık, ilgililerin başvurusu üzerine, 2009 yılında itibaren, Bilecik, Kütahya, Siirt, Batman, Aydın, Rize, Mersin, Şanlıurfa, Kahramanmaraş, Bayburt, Manisa ve Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterlikleri için, yapılan işlerin niteliği itibarıyla “İşkolları Tüzüğü”nün 15 sıra numaralı “inşaat” işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararları vermiştir.

ze edilerek belli müdürlük ve/veya daire başkanlıklar gibi birimlere ayrılması, bu birimlerin iş hukuku anlamında birbirinden bağımsız işyeri olarak kabul edileceği sonucunu doğurmaz. Yoksa, bu idari birimlerin her birini ayrı ayrı işyeri olarak ele almak, özellikle toplu iş hukukunun düzenlemelerini ve genel yapısını tamamen göz ardı etmek anlamına gelir (AYDINLI, s.175).

³⁷ “Asıl iş birden fazla ve değişik işkollarına giren mal ve/veya hizmet üretimi olduğunda işyerinde birden çok sendikanın faaliyeti sözkonusu olamaz” (EKONOMİ, “İşkolunun Belirlenmesi”, s.48).

³⁸ NARMANLIOĞLU, s.84-85; ŞEN, s.180.

³⁹ AYDINLI, s.174.

⁴⁰ İşyerlerine ilişkin Bakanlığın ve SGK Başkanlığının kendi bürokratik işlerinin belirli düzen içinde yürütülmesi ve işyeri denetimlerinin yapılabilmesi için farklı işyeri sicil numarası verilmiş olabilir. Fakat böyle bir amaçla yapılan numaralandırmaların sendikaların yetkisini belirleme ve hangi tür toplu iş sözleşmesinin yapılacağı gibi önemli konularda mutlak olarak bağlayıcı olması, her zaman gerçek durumla bağdaşmayabilir. Bölge çalışma müdürlüğünde ve sosyal sigortalar kurumu şubesinde bağımsız işyeri olarak yapılan kayıt adı bir karine oluşturur, fakat aksi ispat edilirse ona göre işlem yapılır (AYDINLI, s.174); ayrıca bkz. OĞUZMAN, s.12; EKONOMİ, “İşkolunun Belirlenmesi”, s.44; TAŞKENT s.606; ŞEN, s.180.

Bakanlığın son işkolu tespiti bizce de doğrudur. İl özel idaresi genel sekreterlikleri; bünyesinde yer alan birimlerle birlikte aynı işverene bağlı, tek bir işyeri ve aynı zamanda bir işletme olarak değerlendirmelidir. Yoksa, aynı işverene bağlı farklı hizmetleri üreten farklı teknik amaçları olan işyerlerinden oluşan bir işletme olarak değerlendirilmemelidir. Başka bir ifadeyle, il özel idaresi genel sekreterliklerine bağlı daire başkanlıkları ve/veya müdürlüklerinin bu çerçevede ayrı bir işyeri olarak kabul edilmemelidir⁴¹.

Aslında temel sorun, işkolunun belirlenmesinde mal ve/veya hizmetlerden (asıl iş olarak) hangisinin esas alınacağıdır⁴². Öğretide ve Yargıtay’ca kabul edildiği üzere, “üretimi gerçekleştirilen mal ve/veya hizmetler için yapılan yatırımların oranı ve fazlalığı” ile “kurulan iş organizasyonundaki ağırlıkları” gibi ölçütler kullanılarak, asıl iş tespit edilmelidir. Bu ölçütler yanında ayrıca, üretilen mal ve/veya hizmetlerde çalışan işçi sayıları ve üretim miktarları, iş yerinde kullanılan araç, gereç ve makine parkındaki makineler yapılan yatırımlar da dikkate alınmalıdır⁴³.

Bu ara şöyle bir soru akla gelebilir ki; iş organizasyonu içindeki ağırlığı, önemi ve bu hizmetlere yapılan yatırım oranı, işyerinde çalışan işçi sayısının işyerinde yapılan işlere göre dağılımı, üretim miktarı ve diğer tüm yatırımlar ölçü alındığında, il özel idareleri genel sekreterliklerindeki işyerlerinin inşaat değilde, ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar işkoluna girmesi mümkün müdür? Elbette, işyerinin girdiği işkolu mahkeme kararı ile kesinlik kazandıktan sonra işyerinde görülen işin başka bir işkoluna girmesini gerektiren bir farklılaşma söz konusu olabilir. Bu durumda, yeniden işkolu tespiti için Bakanlığa başvurmak mümkündür. Yoksa, böyle bir farklılaşma olmadıkça yeniden işkolu tespiti için Bakanlığa başvurulamaz⁴⁴. Oysa, son olarak yargıya ta-

⁴¹ “İl Özel İdaresi Genel Sekreterlikleri işveren niteliğinde bulunmakta, ilgili daire başkanlıkları ise işvereni temsilen kanunda öngörülen amaçları gerçekleştirmek için yapılan işin görülmesi açısından görevlendirilmiş birer işveren vekili niteliğinde görülmektedir” (ŞEN, s.189).

⁴² NARMANLIOĞLU, s.84-85; Kayseri İl Özel İdaresi işyerlerine ilişkin Bakanlığın son işkolu tespit kararını sonuç itibariyle isabetli bulan, fakat gerekçesinde, büro işlerinin asıl işe yardımcı iş olarak değerlendirilmesini yanlış bulan öğreti görüşüne göre, Bakanlık bunun yerine inşaat işlerinin büro işlerinden daha fazla olduğu veya iş organizasyonu içerisinde inşaat işlerinin daha ağırlıklı olduğu” gerekçesine dayanmış olsaydı daha isabetli olurdu (ŞEN, s.180).

⁴³ OĞUZMAN, s.15; EKONOMİ, “İşkolunun Belirlenmesi”, s.48; NARMANLIOĞLU, s.85; GÜNAY, “İşkolunun Tespiti”, s.131; SUR, s.74; ŞEN, s.177-178; AYDINLI, s.174.

⁴⁴ EKONOMİ, Yargıtayın 1997 Yılı Kararları, s.186; SÜMER, Uygulamalar, s.354; ŞEN, s.176; Yarg.9.HD., 06.02.1993, E. 1993/16091, K. 1993/17873, İşveren, Mart 1994, s.18.

şınan işkolu tespiti anlaşmazlıklarında görülen o ki, ne Bakanlık işkolu tespit kararlarında ve ne de yargı kararlarında aksi varit olmuştur.

Kaldı ki, uygulamadan bilindiği üzere, köy hizmetlerinden devredilen işçi sayısı ile il özel idaresinde çalışan toplam işçi sayısı karşılaştırıldığında, öteden beri inşaat işlerinde çalışan işçiler daha fazladır. Pozisyon olarak düz işçi olarak gösterilen işçilerin fiilen başka işlerde (büro ve/veya inşaat işkoluna giren işlerde) çalıştırılmaları söz konusudur. Ayrıca, 2005 yılı öncesi il özel idaresinin büro işkoluna giren birimlerinin yapısal değişiklik sonrasında yoğun olarak inşaat ve yapı işlerini koordine eden idari bürolar haline gelmiş olduğu da söylenebilir. Sonuç itibarıyla, il özel idarelerine ilişkin verilen kararlardan da anlaşıldığı üzere, işyerindeki yoğun ve ağırlıklı faaliyetlerin gerek yatırım ve gerekse işçi istihdam oranları dikkate alındığında inşaat işkolundaki faaliyetlerden olduğu ve bu nedenle bu işyerlerinin 15 sıra numaralı inşaat işkoluna girdiğinden dolayı, Bakanlığın işkolu tespit kararı ve aynı yöndeki yargı kararları hukuka uygundur⁴⁵.

Buna karşın, il özel idarelerinin işyerlerinin girdiği işkolu konusunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bozma kararı, iş mevzuatına açıkça aykırıdır. Yukarıda belirtildiği gibi, bir işletmenin bağımsız işyerlerinde görülen işlerin, birbirine yardımcı nitelikte olup olmaması, asıl işin belirlenmesiyle bir ilgisi yoktur. Asıl iş, yardımcı iş ayırımı bağımsız bir işyeri için sözkonusu olur. Bir işletmenin veya kamu kuruluşunun bağımsız işyerlerinin birbirine yardımcı olmaları veya bunlardan biri veya bir kısmının asıl işleri, diğerlerinin ise bunlara yardımcı işleri yürüttükleri şeklindeki Yargıtay görüşü işkolu esasına göre sendikalaşma ve yasal düzenlemelere uygun değildir⁴⁶.

Yargıtay 9.HD.'nin bozma ilamındaki il özel idaresini işletme olarak kabul eden ve her bir birim için farklı işkolu tespit edilmesi gerektiği yönündeki görüşü, işkolu ilkesi ve mevzuat hükümleri ile çelişmekle birlikte, daha sonra dava dosyasının yerel mahkemeye gönderilmesi de Kanuna açıkça aykırıdır ve hatalıdır. Nitekim, bu hata sonucu olarak Kahramanmaraş İş Mahkemesi direnme kararı vermesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da direnme kararını usule aykırı bularak bozması aşağıda inceleneceği üzere, görül-

⁴⁵ Aynı görüşte, AYDINLI, s.176-177; ŞEN, s.189.

⁴⁶ OĞUZMAN, Yargıtayın 1985 Yılı Kararları, s.149; EKONOMİ, “İşkolunun Belirlenmesi”,s.41; aynı yazar, “işkolunun değişmesi”, s.26 vd.; ÇELİK, s.428; TUNCAY, s.40; NARMANLIOĞLU, s.81, 84-85; YENİSEY, s.314-317; TAŞKENT s.608; SÜMER, Uygulamalar, s.350; AYDINLI, s.172-173; DOĞAN, s.132.

mekte olan davalar için usul bakımından bazı sorunlara neden oluşturmuştur. Hâlbuki, Yarg.9.HD., 30.12.2010, E.2010/49487, K.2010/41975 sayılı ilamıyla verdiği bozma kararı, uyuşmazlığı çözümleyecek kesin bir karar olarak değerlendirilemez. Zira, hüküm sonucunda, Yüksek Mahkeme dosya kapsamını hüküm kurmaya yeterli bulmadığını belirterek, Mahkemeden ek araştırma ve inceleme yapmasını istemiştir.

Sonuç olarak, öğretilerdeki çoğunluk görüşüne göre; açık mevzuat hükmü gereği, il özel idaresi genel sekreterliklerinde görülen işlerin niteliğine ve yapılan faaliyetlerin amacına göre parçalı işkolu tespiti kararı verilemeyeceği, değerlendirilen somut uyuşmazlıklarda il özel idarelerinin toplam yatırımları içinde hangi yatırımların en büyük paya sahip olduğu ve bu bağlamda genel hizmet organizasyonu içinde yapılan işlerin ağırlıklı kısmının hangi işkoluna giren işlerden oluştuğu ve çalışan toplam işçinin çoğunlukla hangi işkoluna dahil olduğu hususları işkolu tespitinde esas alınması gerekir.

Yargıtay'ın son iki kararı, işkolu uyuşmazlığının çözümü konusunda tam olarak emsal oluşturmakta ve yukarıdaki argümanlarımızı teyit etmektedir. Söze konu olan Yargıtay 9. HD.'nin 18.10.2011 tarih ve 2011/43281 Esas ve 2011/38000 Karar sayılı ilamı ve 25.10.2011 tarih ve 2011/46741 Esas ve 2011/40994 Karar sayılı ilamı ile Bakanlık işkolu tespiti kararının iptali talebini reddeden yerel mahkeme kararlarını oybirliğince onanmasına karar vererek, Niğde ve Aksaray İl Özel İdaresi Genel Sekreterliklerdeki işyerlerinin 15 sıra numaralı "inşaat" işkoluna girdiğine hükmedilmiştir. Bu son karar ile Yüksek Mahkeme uyuşmazlık hakkında verdiği mevzuata aykırı önceki kararından da dönerek, sorunun çözümü için bizce de isabetli olan içtihadını ortaya koymuştur.

III. İL ÖZEL İDARESİ GENEL SEKRETERLİKLERİ İŞYERLERİNİN GİRDİĞİ İŞKOLUNA İLİŞKİN YARGITAY KARARLARININ YOL AÇTIĞI USUL SORUNU VE ÇÖZÜMÜ

A) Usul Sorunu

Dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak, il özel idareleri hakkında açılan işkolu tespit davalarının bir kısmı halen derdest olup, bir kısmı ise kesinleşmiş bulunmaktadır. Yargıtay, Kahramanmaraş, Manisa, Bilecik ve Kastamonu İl Özel İdaresi Genel Sekreterlikleri işyerlerinin inşaat işkoluna girdiğini kabul eden yerel mahkeme kararlarını bozmuş, İl Özel İdaresi Genel Sekre-

terliğinin işletme olarak kabul edilerek, parçalı işkolu tespitinin yapılmasının yerinde olacağı sonucuna ulaşmıştır⁴⁷.

Yukarıda açıklandığı üzere, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin il özel idareleri hakkındaki bozma kararı, esas yönünden iş mevzuatına açıkça aykırıdır. Çünkü, bozma ilamı doğrultusunda il özel idaresinin işletme olarak kabul edilmesi ve her bir birim için farklı işkolu tespit edilmesi mevzuat hükümleri ile çelişmektedir. Anılan hukuki gerekçelerden dolayı, aynı düşünce ile örneğin, Kayseri İş Mahkemesi, Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nde yapılan işlerin, niteliği itibarıyla, İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "İnşaat" işkoluna girdiği yönünde karar vermesi ve Yargıtay'ın da bu kararı onaması, birçok ilk derece mahkemeleri için emsal oluşturmıştır⁴⁸. Davalar henüz kesinleşmiş değildir. Söz konusu bu davalar taraflarca temyiz edilmiş ancak bu sefer Yargıtay verdiği isabetli bu ilk kararından dönmüştür⁴⁹.

Yargıtay'ın il özel idarelerine ilişkin verdiği "parçalı işkolu" tespiti ve uygulanmasına ilişkin bozma kararları, esas yönüyle kamu kurumlarında ciddi sorunlar doğurabileceği gibi⁵⁰, yargılamanın bu aşamasında bir takım usul sorunlarının da yaşanmasına neden olabilecek niteliktedir.

Nitekim, Kahramanmaraş İş Mahkemesinin 27.01.2011 tarih ve E.2010/821, K.2010/75 sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesince bozulmuş ve dosya yerel mahkemeye yukarıda anılan gerekçelerden dolayı iade edilmiştir. Yerel mahkemenin bozma kararına karşı direnme kararı vermesi üzerine, Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlığı inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Mahkemenin direnme kararını usule aykırı bularak bozmuştur. Kurul kararında, işkolu tespitine ilişkin olarak açılan davada kararın temyiz edilmesi halinde; yasa gereği, Yargıtay'ın uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlayacağı, bu nedenle Mahkemece bu karara karşı direnilemeyeceğini açıklamıştır⁵¹.

⁴⁷ Yarg.9.HD., 30.12.2010, E.2010/49487, K.2010/41975; Yarg.HGK., 18.05.2011, E.2011/9-347, K.2011/311, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, erişim: 27 Aralık 2011; Yarg.9.HD., 27.01.2011, E.2010/821, K.2010/75; Yarg.9.HD., 02.11.2010, E.2010/34471, K.2010/31408 (bu kararlar henüz yayınlanmamıştır).

⁴⁸ Bkz. Yarg.9.HD., 14.07.2010, E.2010/25648, K.2011/24131, Çalışma ve Toplum, 2011/3 (30), s.487-492.

⁴⁹ Yarg.HGK., 18.05.2011, E.2011/9-347, K.2011/311, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, erişim: 27 Aralık 2011.

⁵⁰ Bunun ne gibi ciddi sorunlara yol açabileceğine ilişkin bkz. AYDINLI, s.177-178.

⁵¹ Yarg.HGK., 18.05.2011, E.2011/9-347, K.2011/311

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bozma gerekçesi olarak şu görüşlere yer vermiştir: “ ... Anılan düzenlemede yer alan, işkolunun tespitiyle ilişkin olarak açılacak bir davanın seri yargılama usulüne göre iş davalarına bakan mahkemece en geç iki ay içinde karara bağlanması düşüncesi, işin niteliği ve aciliyetinden kaynaklanmakta olup; yasa koyucu tarafından bu aciliyete uygun olarak getirilen açık düzenleme ile de temyiz incelemesini yapan Yargıtay Özel Dairesince iki ay içerisinde uyuşmazlığın kesin olarak karara bağlanacağı hükme bağlanmıştır.

Benzer nitelikteki düzenlemelere; 4857 sayılı İş Kanununun 20/3; 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 3, 12, 15 ve 60. maddelerinde de yer verilmiş; bu düzenlemelerde de yine iş hukukuna yön veren temel ilke ve düşüncelerden hareket edilmiştir. Nitekim, Hukuk Genel Kurulu’nun 13.03.1985 gün 1984/9-834 E. ve 1985/201 K. sayılı kararında da, benzer bir konu ele alınarak; 2822 sayılı Kanunun 15. maddesinde yer verilen “Yargıtay’ca ...kesin karara bağlanır.” hükmü ile yasa koyucunun burada bozma kararına karşı direnme yolunu kapamayı amaçladığının vurgulandığına işaret edilmiştir. Hal böyle olunca, Yargıtay Özel Daire kararının kesinliğinden maksadın, mahkemece bu karara karşı direnilemeyeceği, olduğunun kabulü gerekir.

Hukuk Genel Kurulu’nun 20.10.2004 gün ve 2004/9-510 E., 2004/557 K.; 08.12.2004 gün ve 2004/9-654 E.,2004/664 K.; 21.09.2005 gün ve 2005/9-474 E.,2005/510 K.; 23.11.2005 gün ve 2005/9-579 E.,2005/648 K.; 12.04.2006 gün ve 2006/9-211 E., 2006/195 K.; 18.10.2006 gün ve 2006/9-621 E.,2006/673 K.; 03.12.2008 gün ve 2008/9-716 E.,2008/726 K.; 27.01.2010 gün ve 2009/9-592 E., 2010/35 K.; 24.02.2010 gün ve 2010/9-33 E. 2010/105 K sayılı ilamlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir.

Açıklanan nedenlerle; kesin nitelikteki bozma kararına direnilmesine yasal olarak olanak bulunmadığı ve uyulması gerektiği halde, yerel mahkemece önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı belirtilen nedenle bozulmalıdır”.

Gerçekten, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun “İşkolunun Belirlenmesi” başlıklı 4’üncü maddesinde açıkça ifade edildiği üzere, bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti hakkında açılan davada, mahkeme **iki ay içinde** karar verir. Kararın temyiz edilmesi halinde, Yargıtay, uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar. Yalnız, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca açıkla-

nan gerekçe, hukuki açıdan her ne kadar isabetli ise de, somut olay bakımından yine de tartışılabilir bir yönü bulunmaktadır. Şöyle ki, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bozma kararının sonuç hükmü dikkatlice okunacak olursa, Özel Dairenin uyuşmazlığı çözümleyecek şekilde kesin bir karara varmış olmadığı görülecektir. Sonuç hükmündeki “... *Somut olayda dosya kapsamı hüküm vermeye yeterli bulunmadığından yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır.*” ifadesiyle, Yüksek Mahkeme dosya kapsamını hüküm kurmaya yeterli bulmadığını, hakimden ek araştırma ve inceleme yapmasını istemiştir. Hâlbuki, işkolu tespiti için bu aşamada ilk derece mahkemesi değil, Yargıtay’ın nihai olarak karar vermesi gerekirdi.

İşkolu tespitine ilişkin mahkeme kararının temyiz edilmesi halinde, Yargıtay’ın uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlayacağına ilişkin Kanun hükmü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun md.361 vd. (Eski HUMK.md.427 vd.) maddelerinde öngörülen temyiz yolu için getirilmiş istisnai bir düzenlemedir. İş mahkemesinin kararının temyiz edilmesi halinde, Yargıtay yerinde bulduğu karar için onama ya da kararı isabetli bulmuyorsa bozma kararı verecektir. Bozma kararı veren Yüksek Mahkeme, dosyayı yerel mahkemeye göndermeksizin uyuşmazlık hakkında kendisi kesin olarak karar verecektir. Öğretide ŞAHLANAN’ın çok isabetli öngörüsüyle, “aksine düşünce bizi bozmayı müteakip dosyanın yerel mahkemeye gönderilmesi ve yerel mahkemenin de doğal olarak ısrar hakkının bulunduğu sonucuna götürür ki, bu olasılıkta uyuşmazlığın Hukuk Genel Kurulu’na kadar gitmesi kaçınılmaz hale gelir”⁵². Maalesef, bu endişe, Kahramanmaraş İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğindeki işyerlerinin hangi işkoluna girdiğine ilişkin davada aynen yaşanmıştır. Oysa kanun koyucunun amacı bu olmasa gerektir. Nitekim, yerel mahkemenin direnme kararını bozan Hukuk Genel Kurulu, “*Yargıtay’ca ...kesin karara bağlanır.*” hükmü ile kanun koyucunun burada bozma kararına karşı direnme yolunu kapama amacının vurgulandığını dile getirmektedir. Sendikalar Kanunun 4. madde hükmünün gerekçesinden ve uygulamadaki kabalardan anlaşıldığı üzere, Yargıtay’ın verdiği karar, esas hakkında çözümleyici bir karardır. Bu durumda işkolunu yanlış belirleyen yerel mahkeme kararı bozularak kaldırılır ve işkolu tespiti bizzat Yargıtay tarafından kesin biçimde yapıl(malı)dır⁵³. Bir başka öğreti görüşüne göre, uyuşmazlığın kesin ola-

⁵² ŞAHLANAN, s.31.

⁵³ SUR, s.78; ŞAHLANAN, s.31-32; GÜNAY, “İşkolunun Tespiti”, s.133; TUĞ, s.42; SÜ-

rak karara bağlanacağı ifadesi, yerel mahkeme kararının bozmayı gerektirmesi ve fakat tahkiki icap ettiren bir hususun bulunmaması, delillerin uyuşmazlığın çözümü için yeterli olması halinde, Yargıtay'ın bozma kararı verip, dosyayı yerel mahkemeye göndermeksizin, uyuşmazlığın kendisi tarafından kesin olarak karara bağlanacağını gösterir⁵⁴.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Kahramanmaraş'ın yanı sıra Rize ve Bilecik İş Mahkemelerinin kararlarında da uyuşmazlığı çözümleyecek şekilde kesin bir karara varmamış ve bu kararlarında da aynı sonuç hükmüne yer vermiştir. Bununla birlikte, Özel Dairenin Kastamonu İş Mahkemesi kararında ise, şöyle bir sonuç hükmü bulunmaktadır; *“Somut olayda mahkemece parçalı işkoluna tespiti yapılması gerektiği belirtilmiş ise de, hangi birimlerin hangi işkoluna girdiği konusunda karar verilmeyip, bu hususun bakanlıkça yapılması gereken teknik bir konu olduğu şeklinde hüküm kurulması hatalı olmuştur. Yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılarak gerektiğinde uzman bilirkişiler vasıtası ile keşif yapıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir”*⁵⁵.

Uygulamada görüldüğü üzere, Yargıtay 9.HD., anılan gerekçelerle bozma kararı vererek, dosyaları yerel mahkemeye iade etmektedir. Daha önceden bir mahkemenin Yargıtay'ın bozma kararına karşı direnmesi sonucunda Hukuk Genel Kurulunun mahkemenin önceki kararında direnmesini usul ve yasa aykırı bularak reddetmesi mahkeme hakimlerini esas yönünde verecekleri karar bakımından tereddüte düşürmüştür.

Yargılamanın tam da bu aşamasında Yargıtay 9. HD.'nin 18.10.2011 tarih ve 2011/43281 Esas ve 2011/38000 Karar sayılı ilamı ve 25.10.2011 tarih ve 2011/46741 Esas ve 2011/40994 Karar sayılı ilamı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın işkolu tespitinin iptali talebini reddeden yerel mahkeme kararlarını oybirliğince onanmasına karar verilerek, Niğde ve Aksaray İl Özel İdaresi Genel Sekreterliklerdeki işyerlerinin 15 sıra numaralı “inşaat” işkoluna girdiğine hükmedilmiştir. Son iki karar ile Yüksek Mahkeme uyuşmazlık hakkında verdiği mevzuata aykırı önceki kararından da dönerek, sorunun çözümü için olması gereken içtihadını ortaya koymuştur. Ancak bu sefer-

MER, Uygulamalar, s.354; DOĞAN, s.137-138.

⁵⁴ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II, s.83; ŞEN, s.177; Yarg.9.HD., 11.09.1990, E.1990/9694, K.1990/9258, YKD., C.17, S.2, Şubat 1991, s.210-211.

⁵⁵ Yarg.9.HD., 14.07.2010, E.2010/25648, K.2011/24131, karar metni için bkz. AYDINLI, s.168-169.

de, dosyası daha önce Yargıtay tarafından bozularak iade edilen yerel mahkemeler, nasıl bir karar vereceği sorunu ile karşılaşmışlardır. Zira, haklı olduğu halde ve Yargıtay'ın bozma kararına neden olan görüşünden dönerek isabetli olan ilk görüşünü tekrar benimsemesine rağmen, yerel mahkeme bu aşamada yasa gereği bozma kararına karşı direnemeyecektir. Bu nedenle, sorunun bir an önce Yargıtay tarafından çözüme kavuşturulması elzemdir.

B) Sorunun Çözümü Konusunda Görüş ve Öneriler

Yukarıdaki açıklamalardan sonra, bir an için Yargıtay'ın il özel idarelerine ilişkin verdiği “parçalı işkolu” tespitinin esas bakımından hukuka uygun olduğu düşünülse ve Sendikalar Kanunu md.4'deki “Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar” hükmü bulunmasaydı, Yargıtay, böyle bir uyuşmazlık karşısında nasıl karar verirdi? Yargıtay ilamlarından anlaşıldığı üzere, Yüksek Mahkeme anılan bozma kararlarında uyuşmazlığı çözümleyecek şekilde kesin bir karara varmamış, dosya kapsamı hüküm kurmaya yeterli bulmadığından mahkemeden ek araştırma ve inceleme yapmasını talep etmiştir. Zira, bu araştırma ve inceleme ancak yerel mahkeme tarafından yerine getirilebilecektir. Ancak, yerel mahkeme daha önce esasa ilişkin karar verdiğiinden, bozma kararı yönünde karar vermek zorunda kalacaktır. O zamanda akla şu sorular gelmektedir; acaba eksik inceleme tamamlamasıyla mahkeme ilk kararının aksine bir karar verebilecek mi ? Verdiğini varsayarsak, taraflar bu kararı temyiz edebilecekler mi ? Yahut mahkeme bir idari görev olarak söz konusu eksikleri tamamlayarak, duruşma yapmadan, dosyayı Yargıtay'a gönderebilir mi? Usul ekonomisi bir tarafa, anılan varsayımların hiçbirinin usul hukukunda yeri (cevabı) yoktur (bulunmamaktadır). Kaldı ki, Sendikalar Kanunu md.4 hükmü, kesin bir hüküm olması, Yargıtay'ın farklı bir uygulamada bulunmasına izin vermemektedir.

Mahkemelerin, benzer (aynı nitelikte) olaylar hakkında verdikleri kararlar arasında çelişki bulunması, kanun önünde eşitlik ilkesini (Anayasa md.10) zedelediği gibi, adalet duygusunu inciten ve vatandaşların Devlet'e olan güvenini sarsan bir etki doğurabilir. İşte sosyal bakımdan çok ağır olan bu sakıncayı önlemek üzere, adli yargı alanında Yargıtay'a hukuk yargılamalarında birliği sağlama görevi verilmiştir⁵⁶. Nitekim, Yargıtay Kanunu'nda da öngörüldüğü üzere, Yargıtay'ın en önemli görevlerinden biri, adli yargı ala-

⁵⁶ Bkz. AYM'nin 12.06.1969 tarih ve 38/34 sayılı kararı (RG. 29.01.1070, S.13412, s.11-13); aynı yönde bkz. KURU, s.9.

nında içtihat birliğini sağlamaktır (md.15/2). Diğer bir ifade ile benzer konularda tüm mahkemelerin aynı karar vermesini sağlamak, çelişkili kararların çıkmasını önlemektir. Gerek, ilk derece mahkemelerinin gerekse, Yargıtay Daire ve Kurullarının aynı nitelikteki olaylar hakkında verecekleri çelişkili kararlar, şüphesiz dava tarafları açısından eşitsizliklere yol açacağı gibi, adalete olan güven duygularını da zedeleyecektir⁵⁷. Özellikle, kanun yollarına başvurulduğu hallerde üst mahkeme kararları arasında çelişkili kararlar söz konusu ise, bu uyuşmazlıkların giderilmesi için artık tek bir yol kalıyor; o da Yargıtay içtihatlarının birleştirilmesi yoludur⁵⁸.

Benzer hukuki konulara ilişkin birbirine aykırı, çelişkili en az iki Yargıtay kararı bulunması halinde, içtihadı birleştirme yoluna gidilebilir. Ayrıca, Yargıtay hukuk dairelerinden biri, yerleşmiş içtihadından dönmek isterse veya aynı hukuki sorun hakkında birbirine uymayan kararlar vermiş ise, Hukuk Genel Kurulu tarafından içtihatların birleştirilmesine karar verilir⁵⁹. Hukukumuzda içtihatların birleştirilmesi yolunun Türk hukukuna özgü olduğu, ilk olarak ise 1926 yılında 834 sayılı Mahkemei Temyiz Teşkilatının Tevsiiine Dair Kanun ile kabul edildiği belirtilmektedir⁶⁰.

Yargıtay Kanunu'nun 45'inci maddesine göre, içtihatların birleştirilmesi, Yargıtay Birinci Başkanı tarafından doğrudan doğruya içtihadı birleştirme kurulundan istenebileceği gibi, Yargıtay'ın ilgili Dairesi, mahkeme hâkimliği veya taraf vekilleri de Yargıtay Birinci Başkanlığına başvurarak, içtihatların birleştirilmesini isteyebilirler. İchtihatların birleştirme yoluna gidilmesinin gerekip gerekmediğine, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu, kesin olarak karar verir. Gerekli olduğuna karar verirse, İchtihadı Birleştirme Kurulundan içtihadın birleştirilmesini ister. İlgili İchtihadı Birleştirme Kurulu, birbirine aykırı kararlardan birindeki görüşü doğru bulabilir. Fakat, o kararlardaki görüşle bağlı kalmayıp, yeni bir görüşü de benimseyebilir. İchtihatların birleştirilme

⁵⁷ Mahkemelerin benzer konulardaki kararları arasında çelişki bulunmaması, ilk önce Yargıtay dairelerinin veya kurullarının her olay hakkında verdikleri kararlarla sağlanır. Bir Yargıtay dairesinin veya kurulunun kendi kararları arasında ve kendi kararları ile diğer Yargıtay daireleri ve kurullarının kararları arasında uyum varsa, kanunlar bütün yurttaki aynı şekilde uygulanıyor demektir (KURU, s.9).

⁵⁸ Bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.677- 678; KURU, s.9 vd.; İchtihadı birleştirme yolunun gerekliliği ve gelişimi hakkında geniş bilgi için bkz. BİLGE, s.246 vd. Konuya ilişkin tarihi süreç için ayrıca bkz. BİLGE, "Yargıtay Kurullarında Gelişme", s.309 vd.

⁵⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.678-679.

⁶⁰ KURU, s.13.

kararları kesindir, ilke kararlarıdır, Yargıtay Genel Kurullarını, Dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar ve bu karara karşı başvurulabilecek başka bir kanun yolu da bulunmamaktadır⁶¹.

İl özel idaresi genel sekreterlikleri bünyesindeki işyerlerinin hangi işkoluna girdiği konusundaki Bakanlığın işkolu tespiti yönünde karar veren yerel mahkeme kararını temyizen inceleyen Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin önce onama, sonra bozma ve tekrar onama şeklinde verdiği kararlar göstermektedir ki, Yüksek Mahkemenin, il özel idaresi genel sekreterlikleri bünyesindeki işyerlerinin girdiği işkolu konusunda müstakar bir kararı ancak oluşturabilmiştir.

Başta belirtildiği üzere, Yargıtay, dosya kapsamı hüküm vermeye yeterli olmadığı, mahkemece araştırma ve inceleme yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesis edilmediği için bozma kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemesine gönderilmiştir. Mahkeme karara karşı direnmiş, fakat Hukuk Genel Kurulu direnme kararını usulden bozmuştur. Açılan işkolu tespit davalarının bir kısmı halen derdest olup, bir kısmı ise kesinleşmiş durumdadır. Ancak bu arada Yargıtay, Niğde ve Aksaray İl Özel İdaresi Genel Sekreterlikleri ile ilgili kararlarında öğreti ve uygulamadaki baskın görüşe uygun olarak, il özel idaresi genel sekreterliklerinin inşaat işkoluna girdiğine hükmetmiştir. Binaenaleyh, tüm eleştiri ve değerlendirmeler karşısında Yüksek Mahkemenin son kararından dönmesinin isabetli olduğu ve bu dava gibi derdest diğer davalar için de bir içtihat oluşturacağı kanaatindeyim.

Esas bakımından isabetli olsa da, Yüksek Mahkemenin birbiri ardına farklı içtihatlarda bulunması, bu sefer usul bakımından bazı problemlere yol açmıştır. Nitekim, yukarıda açıklanan gerekçelerle daha önce dava dosyası bozularak iade edilen yerel mahkeme, en son Yargıtay kararına uygun bir karar vermiş, fakat emsal kararda görüldüğü üzere, Hukuk Genel Kurulu yerel mahkemenin direnme kararını usul yönünden bozmuştur. Bu durum karşısında, yerel mahkemenin nasıl bir karar vereceği sorunu; yukarıda açıklandığı üzere, ancak Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı ile sağlanabilecektir. Böylece, benzer durumdaki tüm il özel idareleri işyerlerinin aynı işkolunda olduğu kabul edilerek, uygulamada yeknesaklık sağlanmış, dolayısıyla sendika ve işçiler yararına bir sonuca ulaşılmış olacaktır.

⁶¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 680-681. İctihadı birleştirme kararlarının Anayasa'ya aykırı olmadığı hakkında bkz. AKİL, s.17 vd.; 1961 Anayasası dönemine ilişkin tartışmalar için bkz. KURU, s.10, dn.4'de anılan yazarlar.

SONUÇ

2005 yılında yapılan yasal değişiklikler dolayısıyla il özel idarelerinin faaliyetleri ve organizasyon yapısında meydana gelen köklü değişiklikler sonucunda, daha önce bu işyerlerinde örgütlü sendikalar arasında işkolu konusunda uyuşmazlıklar çıkmış, işkolu tespiti yeniden gündeme gelmiştir.

Teşkilat yapısına bakıldığında il özel idareleri, genel sekreterliğe bağlı, belli müdürlük ve/veya daire başkanlıklardan oluşmaktadır. Yalnız, bu birimlerin iş hukuku anlamında birbirinden bağımsız işyeri ve bu işyerlerinin farklı işkoluna girdiği kabul edilemez. Zira, iktisadi, hukuki ve teknik açıdan birbirine bağlı olan bu birimler, amaçta ve yönetimde birlik çerçevesinde verilen görevleri bir bütün (tek bir işyeri) olarak yerine getirmektedir. Bir işyerinde görülen, birden fazla ve farklı işkollarına giren her mal ve/veya hizmet üretiminin ayrı birer asıl iş olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Aksi düşünüldüğünde, işyerinde birden çok sendikanın faaliyette bulunması anlamına gelir ki, bu da işkolu ilkesine aykırıdır. Öte yandan, bir işletmenin veya kamu kuruluşunun bağımsız işyerlerinin birbirine yardımcı olmaları veya bunlardan biri veya bir kısmının asıl işleri, diğerlerinin ise bunlara yardımcı işleri yürüttükleri şeklindeki görüşe katılmak mümkün değildir. Bununla birlikte, Bakanlık, il özel idareleri işyerlerinde yapılan işlerden sadece birini asıl iş, diğerlerini de ona yardımcı iş olarak dikkate almış olsa da, son işkolu tespit kararlarının sonuç itibarıyla doğru olduğunu söyleyebiliriz. İl özel idaresi genel sekreterlikleri; bünyesinde yer alan birimler ile birlikte, aynı işverene bağlı, tek bir işyeri ve aynı zamanda bir işletme olarak değerlendirmelidir.

Bu işyerinde işkolu belirlenirken (asıl iş olarak hangisinin esas alınacağı konusunda) üretimi gerçekleştirilen mal ve/veya hizmetler için yapılan yatırımların oranı ve fazlalığı, kurulan iş organizasyonundaki ağırlıkları, üretim miktarları, çalışan işçi sayıları ve işyerinde kullanılan araç, gereçleri ve bunlara yapılan yatırımları ölçü almak gerekir.

Bakanlığın son iki yıl içinde yaptığı işkolu tespitlerinde, il özel idaresi genel sekreterlikleri işyerlerinde yapılan işlerin, niteliği itibarıyla “inşaat” işkoluna girdiği belirlenmiştir. İşkolu tespit kararları, Resmi Gazetede yayımlanmış ve tespite karşı ilgililer yasal süresi içinde dava açmışlardır. Uyuşmazlıklara bakan yerel mahkemeler de, Bakanlık işkolu tespit kararı yönünde hükme varmışlardır. Açılan tüm davalarda temyiz yoluna gidilmiştir. İlk başta, Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği’nde yapılan işlerin, niteliği iti-

barıyla, “inşaat” işkoluna girdiği yönünde karar veren yerel mahkeme kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesince onanmış ve bu karar, birçok ilk derece mahkemeleri için emsal olmuştur. Fakat daha sonra, Yargıtay, diğer yerel mahkeme kararlarını bozmuş, il özel idaresi genel sekreterliklerinin işletme olarak kabul edilip, mevzuatta yeri olmayan, parçalı işkolu tespitinin yapılmasının yerinde olacağı sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay’ın “parçalı işkolu” tespiti ve uygulanmasına ilişkin bozma kararlarının, esas yönüyle kamu kurumlarında ciddi sorunlar doğurabileceği öngörülmekle birlikte, yargılamanın bu aşamasında bir takım usul sorunlarına da yol açabileceği hiç akla gelmemiştir. Sendikalar Kanunu’nun 4’üncü maddesinin açık hükmüne rağmen, Yargıtay, işkolu tespit(i) davalarında uyuşmazlığı çözümleyecek şekilde kesin bir karara varmamış, dosya kapsamını hüküm kurmaya yeterli bulmayarak, hâkimden ek araştırma ve inceleme yapmasını istemiştir. Hâlbuki, bozma kararı veren Yüksek Mahkeme, dosyayı yerel mahkemeye göndermeksizin uyuşmazlık hakkında kendisi kesin olarak karar vermesi gerekirdi. Bu hatalı uygulama sonucu, dosyası iade edilen yerel bir mahkeme direnme kararı verince, Hukuk Genel Kurulu, direnme kararını; Sendikalar Kanunu’nun 4’üncü maddesinin açık hükmünü gerekçe göstererek, haklı olarak bozmuştur.

Yargılamanın bu aşamasında Yargıtay 9. HD. uyuşmazlık hakkında verdiği mevzuata aykırı önceki kararından da dönerek, sorunun çözümü için olması gereken içtihadını ortaya koymuştur. Ancak bu seferde, dosyası daha önce Yargıtay tarafından bozularak iade edilen yerel mahkemeler, nasıl bir karar vereceği sorunu ile karşılaşmışlardır. Zira, haklı olduğu halde ve Yargıtay’ın bozma kararına neden olan görüşünden dönerek isabetli olan ilk görüşünü tekrar benimsemesine rağmen, yerel mahkeme bu aşamada yasa gereği bozma kararına karşı direnememektedir.

Hâlbuki, Yargıtay’ın en önemli görevlerinden biri, adli yargı alanında içtihat birliğini sağlamaktır. Diğer bir ifade ile benzer konularda tüm mahkemelerin aynı karar vermesini sağlamak, çelişkili kararların çıkmasını önlemektir. Yargıtay hukuk dairelerinden biri, yerleşmiş içtihadından dönmek isterse veya aynı hukuki sorun hakkında birbirine uymayan kararlar vermiş ise, Yargıtay Kanunu’nun 45’inci maddesinde öngörüldüğü üzere, içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilebilir.

İl özel idaresi genel sekreterlikleri bünyesindeki işyerlerinin hangi işkoluna girdiği konusundaki Bakanlığın işkolu tespiti yönünde karar veren ye-

rel mahkeme kararını temyizden inceleyen Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin önce onama, sonra bozma ve tekrar onama şeklinde verdiği kararlar göstermektedir ki, Yüksek Mahkemenin, işkolu konusunda müstakar bir kararı ancak oluşturabilmiştir.

Açılan işkolu tespit davalarının bir kısmı halen derdest olup, bir kısmı ise, kesinleşmiş durumdadır. İki farklı içtihadın ardından, son Yargıtay kararı karşısında, yerel mahkemenin nasıl bir karar vereceği sorunu; yukarıda açıklandığı üzere, ancak Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararı ile sağlanabilecektir. Böylece, benzer durumdaki tüm il özel idareleri işyerlerinin aynı işkolunda olduğu kabul edilerek, uygulamada yeknesaklık sağlanmış, dolayısıyla sendika ve işçiler yararına bir sonuca ulaşılmış olacaktır.

KAYNAKLAR⁶²

AKİL Cenk, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, AÜHFD. C.57, S.3, 2008.

AKTAY Nizamettin/**ARICI** Kadir/**KAPLAN-SENYEN** E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2009

AYDINLI İbrahim, “Yargıtay’ın İl Özel İdarelerine İlişkin Verdiği “Parçalı İşkolu” Tespiti ve Uygulanmasına İlişkin Bozma Kararlarının Kamu Kurumlarında Meydana Getirdiği ve/veya Getirebileceği Vahim Sonuçların Düşündürdükleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.23, Eylül 2011.

BİLGE Necip, “Yargısal İçtihatların Bağlayıcı Etkileri ve İçtihadı Birleştirme Kararları” (A. Recai Seçkin’e Armağan), Ankara 1974.

BİLGE Necip, “Yargıtay Kurullarında Gelişme ve Reform Zorunluluğu” (Yargıtay Kurullarında Gelişme), AÜHFD., Y.1965-1966, C.22-23, S.1-4.

CENTEL Tankut, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994.

ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2008.

DEMİR Fevzi, Sendikalar Hukuku, İzmir 1999.

DOĞAN İlhan, “Toplu İş Hukukumuzda İşkolu Tespiti Üzerine”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.6, Haziran 2007.

⁶² Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- EKONOMİ** Münir, İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987.
- EKONOMİ** Münir, “İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma Ve İşyerinin Girdiği İşkolunun Belirlenmesi” (İşkolunun Belirlenmesi), İş Hukuku Dergisi, C.I, İstanbul 1991.
- EKONOMİ** Münir, “İşkolunun Değişmesi ve Toplu İş Sözleşmesine Etkisi” (İşkolunun Değişmesi), İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, 9-12 Aralık 1997 Abant, Tühis Yayın No.26.
- EKONOMİ** Münir, “Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997 (Yargıtayın 1997 Yılı Kararları), İstanbul 1999.
- ESENER** Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978.
- EYRENCİ** Öner/**TAŞKENT** Savaş/**ULUCAN** Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.
- GÜNAY** Cevdet İlhan, “İşyerinin Girdiği İşkolunun Tespiti” (İşkolunun Tespiti), Sicil İş Hukuku Dergisi, S.10, Haziran 2008.
- GÜNAY** Cevdet İlhan,, Sendikalar Hukuku Şerhi (Şerh), Ankara 1999.
- KURU** Baki, İçtiharların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar, Ankara 1977.
- KURU** Baki/**ARSLAN** Ramazan/**YILMAZ** Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011.
- KUTAL** Metin, “Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006.
- MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008.
- NARMANLI OĞLU** Ünal, İş Hukuku II - Toplu İş İlişkileri - İzmir 2001.
- NARMANLIOĞLU** Ünal, İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri-I, İzmir 1998,
- OĞUZMAN** Kemal, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, C.1, İstanbul 1984.
- OĞUZMAN** Kemal, “Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin

Kararlarının Değerlendirilmesi 1985, (Yargıtayın 1985 Yılı Kararları) İstanbul 1987.

SUR Melda, İş Hukuku Toplu İlişkileri, Ankara 2009.

SÜMER Halûk Hâdi, İş Hukuku, Konya 2011.

SÜMER Halûk Hâdi, İş Hukuku Uygulamaları (Uygulamalar), Konya 2010.

ŞAHLANAN Fevzi, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995.

ŞEN Murat, “Yargıtay’ın İki farklı İçtihadı Çerçevesinde İl Özel İdaresi İşyerlerinin Dahil Olduğu İşkolu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.21, Mart 2011.

TAŞKENT Savaş, “Yetki Tespiti Açısından Belirli Kavramlar Ve Bazı Uygulama Sorunları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.

TUĞ Adnan, Sendikalar Hukuku, Ankara 1992.

TUNCAY A. Can, Toplu İş Hukuku, İstanbul 2010.

TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005.

UŞAN M.Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İş Hukuku C.I, Ankara 2006.

YENİSEY Kübra Doğan, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.

KAMU HUKUKU>>

BOŞ

TÜRKİYE'DE OLAĞAN DÖNEM KANUN HÜKMÜNDE KARARNÂME'LERİ İLE İLGİLİ BAZI SORUNLARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Mustafa AVCI*

Özet

Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi verilmesi bazı durumlarda gerekli olduğu için bu düzenleme Anayasa'da yer bulmuştur. Kanun hükmünde kararnâme'ler konusunda ortaya çıkan sorunların hemen hemen tamamına yakını, Anayasa'daki kanun hükmünde kararnâme'ler rejimine ilişkin düzenleme eksikliklerinden veya yanlışlıklarından kaynaklanmaktadır. Örneğin, kanun hükmünde kararnâme'lerin imzalanması için Cumhurbaşkanı'na gitmesi konusunda Anayasa'nın kanun hükmünde kararnâme'leri düzenleyen 91.maddesinde bir düzenleme yer almamaktadır. Yine kanun hükmünde kararnâme'nin Meclis tarafından reddedilmesi veya Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine, bu kanun hükmünde kararnâme'nin değiştirdiği veya uygulamadan kaldırdığı önceki tarihli kanunun yürürlüğe girmesine ilişkin Anayasa değişikliğinin yapılması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin yine Anayasa, kanun hükmünde kararnâme'nin Meclis'e sunulmadan yürürlüğe girdiğini düzenlemiştir. Çünkü ancak yürürlükte olan bir şey yürürlükten kalkabilir. Bu hatalı düzenlemenin Anayasa'da düzeltilmesi gerekmektedir. Anayasa'da, yürürlükten kalkar yerine yürürlüğe girmez denmesi gerekirdi. Dolayısıyla önümüzdeki günlerde Anayasa'da yapılması plânlanan değişikliklerde, kanun hükmünde kararnâme'ler konusunda tespit edilen birçok soruna yönelik çözüm önerilerinin hayata geçirilmesi beklenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kanun hükmünde kararnâme, yetki kanunu, idarenin düzenleyici işlemi, Anayasa Mahkemesi, yargısal denetim.

EVALUATIONS ABOUT SOME PROBLEMS RELATED TO DECREE LAW OF REGULAR PERIOD IN TURKEY

Abstract

The Council of Ministers is vested with the authority to issue a decree in the Constitution as this may be required in some cases. Almost all problems related with decree laws result from deficiencies or falsities concerning the regime of decree laws in the Constitution. For example, regarding the signing of decree laws by the President, the Constitution does not provide any regulation in Article 91, which is related with the decrees with the farce of law.

* Yrd.Doç.Dr. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Further, upon rejection of a decree law by the Parliament or cancellation of a decree law by the Constitutional Court, there is need to make a constitutional amendment regarding the enforcement of the previous law amended or removed by the given decree law. For instance, organized the Constitution, being submitted to Parliament by decree law enter into force. Because, something that is in effect cease to have effect. This erroneous statement in the Constitution should be corrected. Rather than cease to have effect, the statement should be that the decree law does not enter into force. Thus, the constitutional amendments planned for the coming days are expected to target at the solutions of many problems related with decree laws.

Key Words: *Decree law, enabling statute, the regulatory process of the administration, Constitutional Court, judicial review.*

Giriş

1961 Anayasası'nın 64.maddesinde yapılan değişiklikle Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi verilmiştir.¹ 1982 Anayasası da, "kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi verme" kenar başlıklı 91.maddesi ile kanun hükmünde kararnâme rejimini ayrı maddede ve ayrıntılı olarak düzenleyerek, kanun hükmünde kararnâme uygulamasını bir Anayasal kurum olarak sürdürmüştür.²

1982 Anayasası'nın 7.maddesi, *yasama yetkisi devredilemez* demektir. 1961 Anayasası'nda ve 1982 Anayasası'nda da mevcut bir kural olan, *yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine*, 1971 yılında yapılan Anayasa deği-

¹ 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği, yürütme organının düzenleme alanındaki yetkileri açısından yeni bir dönem başlatmıştır. Bakınız. TANÖR/YÜZBAşIOğLU, s.362vd. ;GÖZÜBÜYÜK, Açıklamalı Türk Anayasaları, s.103, 154. ;ÖZBUDUN, s.232. ;GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s.55vd. ;ATAR, Karşılaştırılmalı ve Notlu Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Önceki Anayasalar, s.125-126. ;GÜNDAY, s.91. ;Şüphesiz asıl olan yasama organının düzenleme yetkisidir. Bakanlar Kurulu'nun kanun hükmünde kararnâme'lerle düzenleme yapma yetkisi, devletin sosyal ve ekonomik alana müdahale gereksinimini karşılamak, önemli ve zorunlu hâllerde çabuk karar alınmasını sağlamak amacıyla kullanılabilir istisnâ bir yetkidir. Kanun hükmünde kararnâme'ler konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız. GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, s.24-171. ;YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararnâme Uygulaması, s.73-90. ;TANÖR/YÜZBAşIOğLU, s.362-383. ;ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s.248-253. ;ÖZBUDUN, s.232-241.

² TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s.27, 31vd.

şikliği ile oluşturulan kanun hükmünde kararnâme’ler ile bir istisna getirilmiş olmaktadır. Doktrinde, kanun hükmünde kararnâme’lerin yasama yetkisinin bir devri niteliğinde olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte,³ kanaatimizce kanun hükmünde kararnâme’ler, kısmen Anayasa’da yer alan yasama yetkisinin devri olarak belirtilebilir. Yani bir yetki devri olarak nitelendirilebilir ancak Anayasa’da yer alan bir yetki devri olduğu için istisna olarak kabul edilebilir.⁴ Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi bir kararında, kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisini *kendine özgü ayrık bir yetki* olarak görmekle birlikte, *yasama yetkisinin devredilmezliği* ilkesinin bir istisnası olarak kabul etmemiştir.⁵ Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki kararlarının istikrarlı olmadığı da görülmektedir. Kanun hükmünde kararnâme uygulamasının yaygınlaşması, onun istisnaî bir düzenleme olma niteliğinden uzaklaşmasına neden olmaktadır.⁶

³ “Kanun hükmünde kararnâme, Meclis’in yasama yetkisini yürütme organına devretmesi; belli konuların Meclis’in yasama alanının dışına çıkarılması; belli konulara ilişkin kanunların düzenleyici işlem konumuna indirilmesi; yasama yetkisinin kullanılmasında yeni ve değişik bir yöntem ya da genişletilmiş bir düzenleme yetkisi değildir.” Bakınız. KARAHANOGULLARI, Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği, s.41-62. ;“Bakanlar Kurulu’nun sahip olduğu kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi, kendine has, sui-generis bir yetkidir. Ancak, kanun hükmünde kararnâme’ler konusunda, yasama organı tarafından Bakanlar Kurulu’na *yasama yetkisinin devri* söz konusu değildir.” Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.59-60. ;“Kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi, yasama yetkisinin özel bir kullanım biçimidir. Ancak, yasama organı aslî yetki sahibi olarak her an kendisinin düzenleyebileceği işten tamamen el çekmediği sürece; yasama organının kendi denetimi altında geçici bir süre için, bu alanı yürütme organının düzenlemesine izin vermesi yetki devri değildir” Bakınız. YÜZBAŞIOĞLU, s.56vd. ;“Kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi, maddî bakımdan kaynağını Anayasa’dan alan sui-generis bir yasama işlemidir.” Bakınız. SAĞLAM, s.265.

⁴ “Kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisinin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine Anayasa ile getirilmiş bir istisna olduğu açıktır.” Bakınız. GÜNDAY, s.92-93.

⁵ “Anayasa’nın 87 ve 91.maddelerinde de yetkinin ‘devrinden’ değil, ‘verilmesinden’ söz edilmektedir. Yetkinin verilmesi ile devri, hukuksal sonuçları yönünden farklıdır. Devir durumunda yetki devredilene geçer; devredenin o yetkiyi kullanması söz konusu olamaz. Oysa kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisinin verilmesinde yetkiyi veren yasama organı yetkiyi kaldırabilir, kapsamına giren konularda kendisi düzenleme yapabilir.” Anayasa Mahkemesi. Karar Tarihi:16.09.1993. Esas:1993/28, Karar:1993/28. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:13.09.1995/22403. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>. Erişim Tarihi:09.11.2011.

⁶ “Kanun hükmünde kararnâme uygulamasının yaygınlaşmasıyla, idarenin kanuniliği ilkesinin yerini idarenin kanun hükmünde kararnâme’lere uygunluğu ilkesi almaktadır.” Ayrıca bakınız. BİLGİN, s.173. ;“Kanun hükmünde kararnâme uygulamasının yaygınlaştırılması, yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.” Aksi görüş için bakınız. GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, s.89vd.

Son zamanlarda yasama organı tarafından çıkarılan yetki kanunu'na dayanılarak idarî teşkilat dâhil birçok alanda kanun hükmünde kararnâme'ler ile düzenlemeler yapılması, olağan dönem kanun hükmünde kararnâme'leri konusunu tekrar güncel hâle getirmiştir. Bu çalışmada, olağan dönem kanun hükmünde kararnâme'leri ile ilgili bazı sorunlar ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerileri değerlendirilmektedir.

1. Kanun Hükmünde Kararnâme'lerin Hukukî Niteliği ve Konusu

Bakanlar Kurulu'nun kanun hükmünde kararnâme çıkarabilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılan bir yetki kanunu'yla yetkilendirilmesi gerekir.⁷ Kanun hükmünde kararnâme'ler, fonksiyonel açıdan bir yasama işlemidir. Ancak, kanun hükmünde kararnâme'lerin bir düzenleyici işlem mi yoksa yasama işlemi mi olduğu konusunda zaman zaman tartışmalar da olmuştur.⁸ Kısaca belirtmek gerekir ki, kanun hükmünde kararnâme, organik açıdan *idarî işlemdir*, fonksiyonel açıdan ise tipik bir *yasama işlemi*dir. Organik açıdan idarî işlemdir çünkü yürütme organı olan Bakanlar Kurulu tarafından yapılmaktadır. Fonksiyonel açıdan ise, yasama işlemidir çünkü konusunu çoğunlukla kanunların değiştirilmesi oluşturmaktadır.⁹

⁷ Kanun Hükmünde Kararnâmelerin hukukî niteliği konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız. GÖZLER, Anayasa Hukukuna Giriş, s.318. ;GÖZLER, İdare Hukuku, s.1042. ;ATAY, s.48vd. ;SAĞLAM, s.261-271. ;TAN, s.335-353. ;TEZİÇ, Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnâmeler, s.3-14.

⁸ Duran, kanun hükmünde kararnâme'nin, bir yetki kanunu'na dayandığı için ve yetki kanunu'nda belirtilen ilkeler ve sınırlamalar doğrultusunda çıkarılabileceği için bunun bir düzenleyici işlem yani yürütme işlemi olduğunu belirtmektedir. Bakınız. DURAN, Kanun Hükmünde Kararnâme, s.3-19. ;Özbudun da, Anayasa'nın yürütmenin düzenleyici işlemlerini, kanun hükmünde kararnâme, tüzük, yönetmelik ve Cumhurbaşkanlığı kararnâme'si olarak belirttiğini ve dolayısıyla kanun hükmünde kararnâme'nin bir yürütme işlemi olduğunu ifade etmiştir. Bakınız. ÖZBUDUN, s.231. ;1982 Anayasası'nın 91.maddesinin 2.fikrasına göre, *yetki kanunu*, çıkarılacak kanun hükmünde kararnâme'nin amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararnâme çıkarılıp çıkarılamayacağını belirtir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnâme uygulamasını, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin bir istisnası olarak kabul etmemesinin sonucu olarak Bakanlar Kurulu'na genel ve sınırları belirsiz bir yetki veren yetki kanunlarını, 'yasama yetkisinin devredilmezliği' ilkesine aykırı bularak iptal etmektedir. İlgili kararlar için bakınız. YÜZBAŞIOĞLU, s.65.

⁹ "Anayasa'da öngörüldüğü şekli ile kanun hükmünde kararnâme'ler yapısal bakımdan yürütme organı işlemi, işlevsel yönden ise yasama işlemi niteliğindedirler..." Bakınız. Anayasa Mahkemesi. K.T:06.10.1993. E:1993/35. K:1993/34. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:20.11.1993/21764. ;Bu yöndeki kararlar için bakınız. Anayasa Mahkemesi. K.T:13.11.1995. E:1995/45. K:1995/58. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:24.11.1995/22473. ;Anayasa Mahkemesi. K.T:20.09.1995. E:1995/43. K:1995/46. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:29.09.1995/22419. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankasi>. E.T:09.11.2011. ;Danıştay 8.Daire-

Kanun hükmünde kararnâme’lerin konusuna gelince, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından usûlüne uygun olarak çıkarılmış bir yetki kanunu varsa, düzenlenecek olan konu veya konuların yetki kanunu’nda belirtilmiş olması şartıyla ve yasak alanlar dışında, kanun hükmünde kararnâme çıkarılabilir.¹⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki, Bakanlar Kurulu’na belli ve somut olmayan konularda kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi verilemez, çıkarılacak kanun hükmünde kararnâme’nin konusunun belli ve somut olması gerekir.¹¹ Bu konuda Anayasa Mahkemesi’nin kararları da vardır.¹²

Kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi konu bakımından Anayasa’nın 91 ve 163.maddelerinde¹³ sınırlandırılmıştır.¹⁴ Buna göre,

si. K.T:07.06.1990. E:1990/811. K:1990/69. Bkz. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi). E.T:10.11.2011. ;Ayrıca bakınız. KARAHANOGULLARI, Kanun Hükmünde Kararnâmenin Niteliği, s.41-62. ;GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER, s.148. ;TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s.32.

¹⁰ Öncelikle belirtmek gerekir ki, tüzük ve yönetmelik gibi idarenin genel düzenleyici işlemlerinin var olabilmesi için, bunlardan önce gelen bir kanunun var olması şarttır. Kanun hükmünde kararnâme’de ise önceden bir kanunun var olması şart değildir. Bir konunun kanun ile düzenlenebilmesi, o konunun kanun hükmünde kararnâme ile de düzenlenebilmesine kural olarak bir engel teşkil etmez yani (Anayasa’da belirtilen sınırlamalar dışında) kanun hükmünde kararnâme ile de o konu düzenlenebilir. Bakınız. ÖZBUDUN, s.233vd. ;GÖZLER, Anayasa Hukuku, s.319. ;GÖZLER, İdare Hukuku, s.1046-1047.

¹¹ 1961 Anayasası’nda Bakanlar Kurulu’na *belli konularda* kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi verilmiş iken, 1982 Anayasası’nın kanun hükmünde kararnâme’yi düzenleyen 91.maddesinde böyle bir ifade yer almamıştır. Ancak, 1982 Anayasası’nın 87.maddesi mucibince yine Bakanlar Kurulu’na *belli konularda* kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi verilebileceği görülmektedir. Bakınız. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.92-93. ;ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s.250. ;“1982 Anayasası, belli bir konu ile yetki kanunu’nda sınırlama getirilmesini açıkça öngörmemektedir.” Bu görüş için bakınız. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.366.

¹² Anayasa Mahkemesi’ne göre; “Anayasa’nın 87.maddesi, Bakanlar Kurulu’na verilecek kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisinin ancak belli konularda olabileceğini belirtmektedir. Bu durumda, Türkiye Büyük Millet Meclisi Bakanlar Kurulu’na, ancak belli konularda bu yetkiyi verebilir, her konuyu kapsayacak genişlikte kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi verilemez, ayrıca kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisinin konusu somut olmalıdır”. Bakınız. Anayasa Mahkemesi. K.T:06.02.1990. E:1988/62. K:1990/3. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:12.10.1990/20663. ;Yine Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnâme’nin konusunun, dayanağı olan yetki kanunu’nda belirgin bir şekilde yer alması gerektiğine karar vermiştir: “Kanun hükmünde kararnâme’nin amacı ve kapsamı da, *konusu gibi* geniş içerikli, her yöne çekilebilecek yuvarlak ve genel anlatımla gösterilmemeli, farklı şekillerde yorumlamaya elverişli olmamalıdır.” Anayasa Mahkemesi. K.T: 02.10.1996. E:1996/61. K:1996/35. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:27.12.1996/22860. Bkz. [http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar Bilgi Bankası](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar_Bilgi_Bankasi). E.T:09.11.2011.

¹³ Anayasa’nın 163.maddesine göre, “Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararnâme ile bütçede değişiklik yapma yetkisi verilemez.” Ayrıca bakınız. YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararnâme Uygulaması, s.75.

¹⁴ Anayasa’nın 91.maddesinin 1.fikrasına göre; “Sıkıyönetim ve olağanüstü hâller saklı kalmak

Anayasa'nın 12-40 ve 66-74.maddelerinin alanlarına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yasağı getirmiştir.

Anayasa'da öngörülen *kanunla düzenleme* kuralının, kanun hükmünde kararname'lerle düzenleme yapılmasını kapsayıp kapsamadığı da tartışmalıdır.¹⁵ Anayasa'nın kanunla düzenleneceğini öngördüğü bir konu, kanun hükmünde kararname ile ilgili hüküm olan Anayasa'nın 91.maddesinin sınırlaması dışında kalmadıkça ya da 163.maddede olduğu gibi, kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe, kanun hükmünde kararname ile düzenlenebilir.¹⁶

Son zamanlarda kabul edilen 6223 sayılı Yetki Kanunu ile Bakanlar Kurulu'na idarî teşkilat kurulmasına ve düzenlenmesine ilişkin olarak ka-

üzere, Anayasa'nın *ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde* yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile *dördüncü bölümünde* yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararname'lerle düzenlenemez.” Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız. GÖZLER, İdare Hukuku, s.1047vd. ;GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.96vd. ;KARAHANOGULLARI, Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi, s.387-435. ;Anayasa'nın 91.maddesinin 1.fıkrasında yer alan düzenleme, Anayasa'nın 13.maddesinde yer alan; “temel hak ve hürriyetler... Ancak kanunla sınırlanabilir” düzenlemesiyle uygunluk teşkil etmektedir. Bakınız. GÖZLER, İdare Hukuku, s.1043.

¹⁵ AZRAK, Hukuk Devleti Açısından Memurların Mesleki Güvenceleri, s.3vd.

¹⁶ Kanun hükmünde kararname'ler rejimi, Anayasa'nın 91.maddesinde düzenlenmiştir. Bir konunun 91.maddede belirtilen kanun hükmünde kararname ile düzenleme yasağı kapsamına girip girmediğinin tespitinden önce, Anayasa'nın *kanunla düzenlenir* dediği konuların kanun hükmünde kararname ile düzenlenip düzenlenemeyeceğinin tartışılması gerekir. Doktrinde Anayasa'nın değişik maddelerinde öngörülen *kanunla düzenleme* koşulunun o konuda kanun hükmünde kararname çıkarılmasını engellemediği belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bakınız. ÖZBUDUN, s.235. ;GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, s.102. ;GÖZLER, İdare Hukuku, s.1043vd. ;AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.55. ;AVCI, s.84-85. ;Anayasa Mahkemesi. K.T:16.05.1989. E:1989/4. K:1989/23. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:08.10.1989/20306. ;Anayasa Mahkemesi. K.T:01.02.1990. E:1988/64. K:1990/2. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:21.04.1990/20499. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>. E.T:09.11.2011. ;Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararname ile düzenleme yasağını, Anayasa'nın 12-40 ve 66-74.maddelerinin alanlarına ilişkin düzenlemelerle sınırlı tutmuş ve yasak kapsamına giren maddelerle dolaylı bir ilginin varlığını yeterli görmemiştir: “Dolaylı biçimde kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendirmeyecek bir düzenleme düşünmek oldukça güçtür. Bu nedenle de dolaylı bir ilginin varlığına dayanılarak sonuca gitmek isabetli değildir”. Bakınız. Anayasa Mahkemesi. K.T:06.01.1986. E:1986/15. K:1987/1. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:04.10.1987/19594. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>. E.T:09.11.2011. ;Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 91.maddesindeki sınırlamanın dışında kalan 128.maddesi ile ilgili yapılacak düzenlemelerin, aralarında doğrudan bir ilgi olmadığı için 91.maddedeki yasak kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Bakınız. Anayasa Mahkemesi. K.T:08.02.1989. E:1988/38. K:1989/7. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:03.05.1989/20157. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>. E.T:09.11.2011.

nun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi verilmiştir. Kanun hükmünde kararnâme ile idârî teşkilat kurup kurulamayacağı konusunun incelenmesi gerekir. Anayasa’nın 123.maddesine göre; “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve *kanunla düzenlenir*.” İdârî teşkilat, kanun hükmünde kararnâme’yle düzenlenebilecek konular arasında görünmekle birlikte, Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisini, *ivedi ve zorunlu* durumlarda kullanılabilecek bir yetki olarak tanımlamış ve kanun hükmünde kararnâme’yle yeni bakanlık kurulmasını Anayasa’ya aykırı bulmuştur.¹⁷ Öte yandan Anayasa Mahkemesi’nin kamu iktisadî teşebbüsleri ve mahallî idarelerin kanun hükmünde kararnâme’yle düzenlenebileceğine hükmettiği kararları da bulunmaktadır.¹⁸ Yayla’ya göre, kanun hükmünde kararnâme ile kamu tüzel kişisi veya bir başka ifadeyle idârî teşkilat kurulması konusunda duraksamaya düşülebilir çünkü sorun karmaşıktır.¹⁹

Anayasa Mahkemesi’ne göre, *belirli kanun alanları dışında*,²⁰ *ivedi ve zorunlu hâllerde*,²¹ yetki kanunu’nda belirtilen konulara ilişkin olarak kanun hükmünde kararnâme ile düzenleme yapılabilirse de, *ivedi ve zorunlu* olarak nitelendirilemeyecek konularda kanun hükmünde kararnâme ile düzenleme

¹⁷ Bakınız. Anayasa Mahkemesi. K.T:01.02.1990. E:1988/64. K:1990/2. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:21.04.1990/20499. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankasi>. E.T:09.11.2011. ;Ayrıca bakınız. YILDIRIM/KARAN, s.4.

¹⁸ Bakınız. Anayasa Mahkemesi. K.T:16.05.1989. E:1989/4. K:1989/23. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:08.10.1989/20306. ;Anayasa Mahkemesi. K.T:08.02.1989. E:1988/38. K:1989/7. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:03.05.1989/20157. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankasi>. E.T:09.11.2011.

¹⁹ “Kanun hükmünde kararnâme bir kanun gibi olmakla birlikte bazı özellikler taşır. Kanun hükmünde kararnâme ile idârî teşkilat kurulduğunda, ortaya sürekli çalışacak olan bir kuruluş çıkacaktır. Bu kuruluşu oluşturan ilgili kanun hükmünde kararnâme, Meclis tarafından reddedilirse, ret kararının resmî gazete’de yayımlandığı tarihte söz konusu kanun hükmünde kararnâme yürürlükten kalkacaktır. Ama bu arada (ki bu ara yıllarca sürebilmektedir) idârî teşkilata verdiği hayat sürmektedir. Aksi hâlde meydana gelecek karmaşa, hukukî güven ve istikrarla bağdaşmayacaktır.” Bakınız. YAYLA, s.226.

²⁰ Anayasa’nın 91.maddesinin 1.fikrasında kanun hükmünde kararnâme ile düzenlenemeyeceği belirtilen temel hak ve özgürlükler, ancak kanun ile düzenlenebilir. Ayrıca Anayasa’nın 163. maddesinde belirtildiği gibi kanun hükmünde kararnâme çıkarılamayacağı düzenlenen konular da ancak kanun konusu edilebilir.

²¹ Anayasa Mahkemesi’nin artık yerleşik hâle gelen içtihadına göre, kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi, Anayasa’nın 91.maddesindeki koşullara ilave olarak, “önemli, ivedi ve zorunlu” hâllerde verilmelidir. Bakınız. Anayasa Mahkemesi. K.T:01.02.1990. E:1988/64. K:1990/2. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:21.04.1990/20499. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankasi>. E.T:09.11.2011.

yapılmamalıdır.²² Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararname düzenlemesi ile ilgili verdiği bir karar²³ ile (ki daha sonra da bu doğrultuda birçok karar vermiştir ve bu konuda yerleşik içtihat oluşturmuştur)²⁴ çok geniş alanları kapsayan ve acil nitelikte olmayan kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmeye başlamıştır. Dolayısıyla kanun hükmünde kararname'lerin çıkarılmasına ilişkin yeni bir sınır oluşturmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin yukarıda belirtilen kararı ile kanun hükmünde kararname'nin konusu geniş nitelikte veya kanun hükmünde kararname'nin çıkarılması acil değil ise yasama yetkisinin devri olacağı, kanun hükmünde kararname'nin konusu dar nitelikte veya kanun hükmünde kararname'nin çıkarılması acil ise yasama yetkisinin devri olmayacağı şeklinde bir mantık ortaya çıkmıştır. Bu durumda çıkarılacak olan kanun hükmünde kararname'nin konusunun geniş nitelikte olup olmadığının nasıl ve hangi organ tarafından tespit edileceği sorunu karşımıza çıkmaktadır ki bu konuda yapılacak tespitlerin çok sübjektif olacağı aşikârdır. Kanaatimizce kanun hükmünde kararname'nin konusunun geniş veya dar nitelikte olması şeklinde bir sınırlama ölçütünün getirilmesi doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Kısaca belirtmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bu kararın mantıklı bir gerekçesini bulmak oldukça zor gözükmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, o dönemde kanun hükmünde kararname'lerin oldukça fazla sayıda çıkartılmasının bir sonucu olarak ve bu durumu bertaraf etmek amacıyla belirtilen gerekçeye dayalı kararı vermiş olduğu düşünülebilir. Ayrıca ifade edilebilir ki, Anaya-

²² Anayasa Mahkemesi'ne göre, “niteliği itibariyle uzun süreli ve çok yönlü çalışmayı gerektiren düzenlemeler ivedi ve zorunlu olarak nitelenemez”. Bakınız. Anayasa Mahkemesi. K.T:05.10.2000. E:2000/45. K:2000/27. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:28.10.2000/24214. ;“1982 Anayasası döneminde idarî teşkilât ve kamu personelinin nitelikleri konusunda birçok kanun hükmünde kararname çıkarılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise, bazen ivedilik ve zorunluluk koşuluna uymadığı, bazen de yasama yetkisinin devri anlamına gelebileceği için sınırları belirsiz ve genel nitelikli yetki kanunlarını iptal etmiştir”. Bakınız. Anayasa Mahkemesi. K.T:20.03.2001. E:2001/9. K:2001/56. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:19.01.2002/24645. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>. E.T:09.11.2011. ;Belirtmek gerekir ki, bir yetki devri uygulaması olan kanun hükmünde kararname'nin konularının sınırlandırılması yoluna gidilerek kanun hükmünde kararname'ye bir sınır getirilmek istenmiştir. Kanun hükmünde kararname'nin yasama yetkisinin devri olmadığı konusundaki görüş için bakınız. KARAHANOGULLARI, Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği, s.41-62.

²³ Bakınız. Anayasa Mahkemesi. K.T:08.02.1989. E:1988/38. K:1989/7. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:03.05.1989/20157. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>. E.T:09.11.2011.

²⁴ YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararnâme Uygulaması, s.76.

sa Mahkemesi’nin, kanun hükmünde kararnâme’nin çıkarılması bakımından getirdiği *ivedi (acil)* ölçütünün de çok soyut ve sübjektif değerlendirmelere açık olduğu görülmektedir.²⁵ Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi’nin *kanunîlik (legalite)* denetimi yapması gerektiği, *yerindelik (opportunité)* denetimi yapmaması gerektiği söylenebilir.²⁶ Çünkü yerindelik denetimi hâliyle sübjektif değerlendirmeleri bünyesinde taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda belirtilen kararı ile bir yerindelik denetimi yaptığını söylemek yanlış olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi kararlarının bu konuda *icthat yolu ile* yeni bir yasak alan oluşturduğu görülmektedir.

1982 Anayasası’nın 91.maddesinin 2.fıkrası, yetki kanunu’nun nasıl olacağını, yani çıkarılacak kanun hükmünde kararnâme’nin genel olarak sınırlarını da belirtmiştir. Anayasa’nın 91.maddesine göre, çıkarılacak kanun hükmünde kararnâme’nin acil olması gerektiği şeklinde bir süre sınırlaması konmamıştır. Yine Anayasa’da, kanun hükmünde kararnâme’nin birden fazla çıkarılıp çıkarılamayacağından bahsedilmektedir. Dolayısıyla bu durumda da, yani kanun hükmünde kararnâme’nin birden fazla çıkarılıp çıkarılmayacağı söz konusu ise acillikten söz edilemeyecektir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve yukarıda belirtilen karara karşı ilk çelişki, daha Anayasa’nın 91/2.fıkrasındaki düzenleme ile ortaya çıkmaktadır. Belirtilen karara karşı bir başka çelişki, Anayasa’nın 91.maddesinin 3.fıkrasında yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi yasama dönemi sona erse bile kanun hükmünde kararnâme çıkarılabilecek iken, kanun hükmünde kararnâme’nin nasıl acil olabileceği bir çelişki oluşturmaktadır.²⁷

2. Kanun Hükmünde Kararnâme’leri Cumhurbaşkanı’nın İmzalaması

Kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi Bakanlar Kurulu’na verilmiştir. Kanun hükmünde kararnâme’lerin imzalanması için Cumhurbaşkanı’na gitmesi konusunda Anayasa’nın kanun hükmünde kararnâme’leri düzenleyen 91.maddesinde bir düzenleme yer almamaktadır. Böyle bir düzenlemeye 91.maddede yer verilmemesinin mantıklı bir gerekçesi olmadığı da bellidir çünkü kanun hükmünde kararnâme’ler 91.maddede belirtilmediği hâlde

²⁵ İvedilik ve zorunluluk şartlarının belirsizliği konusundaki eleştiri için bakınız. GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, s.94-95. ;ÖZBUDUN, s.236.

²⁶ Bakınız. TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s.181.

²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız. GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, s.81-100.

imzalanması için Cumhurbaşkanı'na gitmektedir. Bilindiği gibi tüzük'ler de imzalanması için Cumhurbaşkanı'na gitmektedirler. Ancak belirtmek gerekir ki, tüzük'lerin Cumhurbaşkanı'nın imzasına gideceği konusunda Anayasa'nın 115.maddesinde açık hüküm söz konusudur: "Tüzükler, Cumhurbaşkanı'na imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır." Fakat Anayasa'nın kanun hükmünde kararnâme'leri düzenleyen 91.maddesinde böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Bu maddede, 115.maddedeki gibi bir düzenleme olmamasının mantıklı bir gerekçesi yoktur. Çünkü aynı 115.maddedeki gibi, kanun hükmünde kararnâme'ler de, 91.maddede düzenleme olmamasına rağmen, Cumhurbaşkanı'na imzalanması için gitmektedir. Bu konuya ilişkin olarak bir idârî teamülün olduğu ve bu sebepten dolayı, bu konuda bir düzenleme olmadığı hâlde, kanun hükmünde kararnâme'lerin Türk pozitif hukukuna girdiği tarih olan 1971 yılından bu yana uygulamanın bu şekilde gerçekleştiği ifade edilebilir.

1961 Anayasası'nın 64.maddesinde kanun hükmünde kararnâme'lerin imzalanması için Cumhurbaşkanı'na gideceği açık bir şekilde yazmaktadır. 1982 Anayasası'nın 91.maddesinde ise böyle bir düzenleme yoktur. Ancak 1982 Anayasası'nın 8.maddesinde Cumhurbaşkanı'nın açık bir şekilde *yürütme organı* olduğu belirtildiği için, yukarıda belirtilen kural 91.maddeye uyarlanarak böyle bir uygulama oluşmuştur. Bakanlar Kurulu ve Cumhurbaşkanı, yürütmenin iki kanadını oluşturmaktadır. Dolayısıyla kanun hükmünde kararnâme imzalanması veya bir başka ifadeyle imza ile onaylanması için Cumhurbaşkanı'na gelmektedir.²⁸ Yine ayrıca belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanı'nın yetki ve görevlerini düzenleyen 104.maddede, *kararnâme'leri imzalamak* Cumhurbaşkanı'nın yetkileri arasında sayıldığı ve kanun hükmünde kararnâme de netice itibarıyla bir *kararnâme* olduğu için Cumhurbaşkanı'nın imzasına gelmesi çok doğal karşılanması gereken bir durumdur.²⁹

Cumhurbaşkanı'nın kanun hükmünde kararnâme'lerdeki imzasının hukukî niteliğinin yani Cumhurbaşkanı'nın imzasının kurucu nitelikte mi yoksa duyurucu nitelikte mi olduğunun da incelenmesi gerekir. Kanun hük-

²⁸ Cumhurbaşkanı'nın imzasının bir onay olmadığı, Cumhurbaşkanı'nın hukuka aykırı olduğuna inandığı kanun hükmünde kararnâme'leri imzalamaması gerektiği de belirtilmiştir. Bakınız. GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s.151. ;Cumhurbaşkanı'nın kanun hükmünde kararnâme'leri imzalamayı reddetme yetkine sahip olmadığı da ifade edilmiştir. Bakınız. GÖZLER, İdare Hukuku, s.1049.

²⁹ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s.151. ;ÖZBUDUN, s.237.

münde kararnâme’lerin dışındaki diğer kararnâme’lerde Cumhurbaşkanı’nın imzası olmadan işlem tamamlanamaz yani Cumhurbaşkanı’nın imzası kurucu niteliktedir. Kanun hükmünde kararnâme’lerde de Cumhurbaşkanının imzası kurucu niteliktedir. Yani Cumhurbaşkanı imzalamaz ise oluşmaz ve yürürlüğe girmez.³⁰

Kanun hükmünde kararnâme’lerde Cumhurbaşkanı’nın yaptığı denetimin bir yerindelik denetimi olduğu görülmektedir. Bu bakımdan mevcut önüne gelen kanun hükmünde kararnâme’yi imzalaması ve direnmemesi gerekir. Ancak kanun hükmünde kararnâme’de Anayasa’ya aykırılık görür ise, hiç değilse bir defaya mahsus olmak üzere kanun hükmünde kararnâme’yi Bakanlar Kurulu’na geri gönderip gönderemeyeceğinin doktrinde tartışmalı olduğu belirtilebilir.

Teziç’e³¹ göre, Cumhurbaşkanı’nın, kanun hükmünde kararnâme’yi imzalamada direnmesi hâlinde ne olacağı konusu Anayasa ve kanunlarda düzenlenmediğinden, Cumhurbaşkanı’nın bir kanunu imzalamada direnmesi hâlinde ne olmaktaysa, kanun hükmünde kararnâme’yi imzalamada direnmesi hâlinde de aynı uygulamanın geçerli olması gerektiği şeklinde bir yorum yapılmak suretiyle çözüm bulunabilir. Yani kanunlarda olduğu gibi, kanun hükmünde kararnâme’lerde de, bir defaya mahsus olmak üzere Bakanlar Kurulu’na geri gönderip, kanun hükmünde kararnâme’nin aynen kabul edilip Cumhurbaşkanı’nın önüne gelmesi durumunda imzalamak zorunda olmalıdır. Şayet geri gönderilen kanun hükmünde kararnâme’nin değişmesi hâlinde tekrar geri gönderebilecektir. Onar, bu görüşe kısmen katılmaktadır. Onar, kanun hükmünde kararnâme’nin bir kanun olmadığını, kanun hükmünde kararnâme’yi yasama organı’nın yapmadığını ve dolayısıyla Anayasa’da kanunlar için söz konusu olan bu düzenlemenin kanun hükmünde kararnâme’ye yayılamayacağını belirtmektedir. Zira kanun hükmünde kararnâme’ler için Anayasa’da böyle bir yol açıkça belirtilmemektedir.³² Onar, kanun hükmünde kararnâme’ler bakımından bu konunun tartışmalı olduğunu, Cumhurbaşkanı’nın bu durumda parlamenter sistemin koşullarından kaynaklanan bir yerindelik denetimi yaptığını ve kanun hükmünde kararnâme’nin

³⁰ GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnâmelerin Hukuki Rejimi, s.112.

³¹ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız. TEZİÇ, Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnâmeler, s.3-14.

³² Erdal Onar’a göre, tüzük ise yine aynı kanun gibi değerlendirilmelidir. Cumhurbaşkanı tüzüğü imzalamada direnir ve tüzük aynen kabul edilirse imzalamak zorundadır.

Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa'ya aykırı bulunması hâlinde tekrar tekrar imzalanmayabileceğini ancak geri gönderilme neticesinde kanun hükmünde kararnâme'nin aynen kabul edilmesi hâlinde ikinci defa geri gönderilmemesi gerektiğini, başka bir çözüm yolu olmadığı için kabul etmektedir.

3. Kanun Hükmünde Kararnâme'lerin Kabulü ve Yürürlüğe Girmesi

Kanun hükmünde kararnâme'lerin hukukî rejimi ile ilgili bir başka sorun Anayasa'nın 91.maddesinin son fıkrasındaki bir düzenlemede yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, kanun hükmünde kararnâme yapıldıktan sonra yürürlüğe girebilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulması gerekmektedir. Dolayısıyla şöyle bir sorun ortaya çıkabilir: Kanun hükmünde kararnâme yapıldıktan sonra onaylanması için Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmaz ise ne olacaktır? Anayasa'nın 91.maddenin son fıkrasında bu durumda; "...kanun hükmünde kararnâme'ler... yürürlükten *kalkar*" denilmektedir. Belirtmek gerekir ki, kanun hükmünde kararnâme, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmamıştır ve dolayısıyla Anayasa, kanun hükmünde kararnâme'nin *Meclis'e sunulmadan yürürlüğe girdiğini* ifade etmiş olmaktadır. Çünkü ancak yürürlükte olan bir şey yürürlükten kalkabilir. Bu hatalı ifadenin Anayasa'da düzeltilmesi gerekmektedir. Anayasa'da, bu duruma ilişkin olarak, *yürürlükten kalkar* yerine *yürürlüğe girmez* denmesi gerekirdi. Bu şekilde düzenlenmediği için, Meclis'e sunulmadığı hâlde, kanun hükmünde kararnâme bir gün bile olsa yürürlükte sayılabilir ve o bir gün içerisinde kanun hükmünde kararnâme uygulanabilir şeklinde bir yorum yapılabilir. Yine Anayasa'nın 91.maddesinin son fıkrasında; "...Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce reddedilen kanun hükmünde kararnâme'ler bu kararın resmî gazete'de yayımlandığı tarihte, *yürürlükten kalkar*" denilmektedir. Böylece kanun hükmünde kararnâme'nin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde *onaylanmadan yürürlükte olduğu* belirtilmiş olmaktadır. Dolayısıyla, bu kanun hükmünde kararnâme hükümlerine dayanarak yapılmış uygulama işlemleri ve kazanılmış haklar da doğal olarak saklı kalır.³³ Anayasa koyucunun bu kuralı koymaktaki amacı da hukuk güvenliğini sağlamak ve kazanılmış hakları korumaktır.³⁴ Bu durumdaki kanun hükmünde kararnâme'ler, hiçbir zaman bir kanuna dönüşmemesine karşın, resmî gazete'de yayımlandıkları günle, red ya da değişiklik kanununun resmî gazete'de yayımlandıkları gün arasında, kanun hükmünde kararnâme olarak yürürlükte kalmış olurlar.

³³ ÖZBUDUN, s.239.

³⁴ KUZU, s.370vd.

1982 Anayasası’nın 91.maddesinin son fıkrasından bir önceki fıkrasına göre; “Kanun hükmünde kararnâme’ler, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonları ve Genel Kurulu’nda *öncelikle* ve ivedilikle (yani bir defa görüşme) görüşülür.”³⁵ İvedilikle görüşmeden ne anlaşılmaması gerektiği belli olmasına karşın, *öncelikle* görüşmeden ne anlaşılmaması gerektiği belli değildir hatta bu ifadenin son derece muğlâk ve sübjektif değerlendirmelere açık olduğu belirtilebilir. *Öncelikle* ifadesi tam olarak belli bir süreyi ifade etmemektedir. Herkesin *öncelik anlayışının* farklı olduğu düşünüldüğünde, Anayasa’daki bu ifadeye göre, Meclis’e gelen bir kanun hükmünde kararnâme, belki hiçbir zaman görüşülmeyebilir. Çünkü *öncelikle* ifadesinden başka bir ifadenin Anayasa’da mevcut olmadığı ve bu konuda boşluk olduğu görülmektedir. Bu nedenlerle *öncelikle* ifadesinin Anayasa’dan çıkarılması veya yerine kesinlik belirten bir ifadenin getirilmesi gerekmektedir.

Kanun hükmünde kararnâme ile ilgili değerlendirilmesi gereken bir başka sorunu örnekten yola çıkarak belirtecek olursak, bir kanun hükmünde kararnâme 2 Şubat 2011 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilerek, yine 2 Şubat 2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne onay için gönderildiğinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu kanun hükmünde kararnâme’yi, 3 Şubat 2012 tarihinde görüşmek suretiyle, kanun hükmünde kararnâme hakkında üç değişik karar alabilecektir.³⁶ Şöyle ki; Meclis, kanun hükmünde kararnâme’yi, *1-Kabul edebilir, 2-Değiştirerek kabul edebilir, 3-Reddedebilir*.³⁷ Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin kanun hükmünde

³⁵ “Kanun hükmünde kararnâme’lerin Meclis’te görüşülüp karara bağlanması için Anayasa’da belli bir süre öngörülmemiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi öündeki kanun hükmünde kararnâme’lerin görüşülmesinde Meclis’in takdir yetkisi söz konusudur. Önemli olan kanun hükmünde kararnâme’lerin gündemdeki öteki kanun tasarısı ve tekliflerinden öncelikle ve ivedilikle görüşülüp karara bağlanmasıdır.” Bakınız. ATAY, s.53. ;“Öncelik ve ivedilikle görüşme zorunluluğu, kanun hükmünde kararnâme’lerin ‘gündemdeki öteki kanun tasarısı ve tekliflerinden öncelikle ve ivedilikle görüşülüp karara bağlanmasıdır.’ Dolayısıyla, yasama organı gündemini düzenlemek durumunda bulunan Başkanlık tarafından görüşülecek kanun hükmünde kararnâme’lerin gündemin ‘kanun tasarısı ve teklifleri ile komisyonlardan gelen diğer işler’ kısmının ilk sırasına konulması gerekmektedir. Bu mekanizma Meclis içtüzüğü’nde öngörüldüğü gibi Genel Kurulun işaret oyuyla karar vermesine gerek kalmadan Anayasa gereği kendiliğinden işleyecektir.” Bakınız. ZENGİN/ALTIN, s.40.

³⁶ Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüğü, Meclis’in ancak bir kanunla kanun hükmünde kararnâme’leri reddedebileceği, aynen veya değiştirerek kabul edebileceğini düzenleyerek, bu konuya açıklık getirmiştir. Bakınız. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.379. ;Ayrıca bakınız. GÜNDAY, s.96. ;Meclis’in ret, onay veya değiştirerek onay işlemlerini kanun şeklinde değil, bir parlamento kararı şeklinde yapması gerektiği konusunda bakınız. GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnâmelerin Hukuki Rejimi, s.149-155.

³⁷ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.378vd. ;TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s.29. ;GÖZLER, İdare Hu-

kararnâme için alabileceği bu üç karar üzerinde durmakta fayda vardır: 1-Mecelis, kanun hükmünde kararnâme'yi kabul ederse, kanun hükmünde kararnâme, kanun olur. Bu durumda incelenen konu itibarıyla kanaatimizce bir sorun çıkmaz. Gerek 2 Şubat 2011 tarihinde kanun hükmünde kararnâme'nin yapılmasından sonra, gerekse Meclis tarafından kanun hükmünde kararnâme'nin kabul edilerek kanun yapılmasından sonra, dava açma süreleri ayrı ayrı başlamak şartıyla, Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası için başvurma hakkı, ilgili kişi ve makamlara tanınmıştır. Yani, dava açma süresi olan 60 günlük süre, 2 Şubat 2011'de ve yine Meclis tarafından 3 Şubat 2012'de kanun hükmünde kararnâme'nin kabul edilmesinden sonra yeniden ayrıca başlamaktadır. 2-Kanun hükmünde kararnâme, Meclis tarafından değiştirilerek kabul edilebilir. Bu durumda da yine incelenen konu itibarıyla kanaatimizce bir sorun çıkmayacaktır. Kanun hükmünde kararnâme, kanun olacaktır. Anayasa Mahkemesi'ne başvuru ile ilgili yukarıda yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır. 3-Kanun hükmünde kararnâme, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından reddedilebilir. Bu durumda kanun hükmünde kararnâme, 3 Şubat 2012 tarihinden itibaren *hukuk dünyasında yok* kabul edilebilir. Bu durumda şu sorun ortaya çıkabilir: Reddedilen kanun hükmünde kararnâme ile önceki tarihli bir kanun değiştirilmiş veya uygulamadan kaldırılmış ise, kanun hükmünde kararnâme, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde reddedilince, önceki tarihli o kanun yok mu yoksa kendiliğinden yürürlüğe girdiği mi kabul edilecektir. Bir başka ifadeyle, kanun hükmünde kararnâme Meclis tarafından reddedildiğinde önceki tarihli kanun dirilecek mi yoksa o kanun da mı reddedilmiş sayılacaktır. Bu konu tartışmalıdır ve bu tartışmalar devam etmektedir. Kanaatimizce bu konuda en mantıklı yaklaşım, önceki tarihli kanunun *askıda olduğu* şeklindedir.³⁸ Yani kanun hükmünde kararnâme'nin reddedilmesi ile önceki tarihli kanun kendiliğinden yürürlüğe girmelidir. Bu konuda aksi görüşte olan yazarlara göre, kanun hükmünde kararnâme'nin yapılarıyla önceki tarihli kanun kendiliğinden yürürlükten kalktığından, kanun hükmünde kararnâme'nin reddedilmesiyle önceki tarihli kanun kendiliğinden yürürlüğe girmeyecektir.³⁹ Kanaatimizce bu yaklaşım pragmatist açıdan bakıldığın-

kuku, s.1051vd. ;GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.100-102. ;ÖZBUDUN, s.237vd. ;ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s.252-253.

³⁸ Bu görüşü savunan diğer yazarların açıklamaları konusunda bakınız. DURAN, Kanun Hükmünde Kararnâme, s.5. ;YÜZBAŞIOĞLU, s.155-156. ;TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s.29.

³⁹ Doktrinde aksi yönde görüş taraftarları da az değildir. Aksi görüş için bakınız. GÖZLER, İdare Hukuku, s.1053. ;ÖZBUDUN, s.239-240. ;SERİM, s.42.

da doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü hukukta ve kanunda boşluk olması istenen bir durum değil, aksine arzu edilmeyen bir durumdur. Kanunun askıda olması halinde hukukta boşluk olmayacaktır. Ayrıca Meclis, kanun hükmünde kararnâme’yi reddederken önceki tarihli kanunu reddetmemektedir, sadece o kanun hükmünde kararnâme’yi reddetmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, reddedilen kanun hükmünde kararnâme, önceki tarihli bir kanunu uygulamadan kaldırabilir. Bu durumda Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin, kanun hükmünde kararnâme’yi, kabul etmesi hâlinde önceki tarihli kanun uygulamadan kalkmış olacaktır. Aksi görüşe göre, Meclis’in kanun hükmünde kararnâme’yi reddetmesi hâlinde de, önceki tarihli kanun yürürlüğe girmeyeceği için yine uygulamadan kalkmış olacaktır. Böylece farklı kararlar ile aynı hukukî sonuçların ortaya çıkması söz konusu olacaktır ki, bu mantıken ve hukuken doğru bir yaklaşım değildir. Bu açıklamalar da önceki tarihli kanunun *askıda olduğu* görüşünü kuvvetlendirmektedir.⁴⁰

Anayasa Mahkemesi’nin, kanun hükmünde kararnâme’yi, Meclis tarafından görüşülmeden iptal etmesi durumunda, kanun hükmünde kararnâme’nin uygulamadan kaldırdığı önceki tarihli kanunun yürürlüğe girip girmeyeceği tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce önceki tarihli kanunun askıda olduğu yönündeki görüş bu hâlde de geçerli olmalıdır.⁴¹ Ancak belirtmek gerekir ki, aksi görüşte olan yazarlar önceki tarihli kanunun bu hâlde dahi yürürlüğe girmeyeceğini savunmaktadırlar.⁴² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında özetle, “kanunda boşluk olduğunu belirtmek suretiyle, kanun hükmünde kararnâme’nin yürürlükten kalkmasının, uygulamadan kaldırılan ya da hükümleri değiştirilen kanunun geri gelmesi sonucunu doğurmayacağı-

⁴⁰ “1961 Anayasası düzeninde kanun hükmünde kararnâme işlevsel bakımdan idârî düzenleyici işlem niteliğinde olduğundan, iptal edilmesi, ya da Meclis tarafından reddedilmesi durumunda, bu kanun hükmünde kararnâme’nin değiştirdiği ve böylece askıya aldığı kanun hükümlerinin tekrar kendiliklerinden uygulamaya girecekleri kabul ediliyordu.” Bakınız. TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s.29.

⁴¹ Belirtmek gerekir ki, kanun hükmünde kararnâme’lerin ister doğrudan Anayasa’ya aykırı olmaları nedeniyle, ister yetki kanunu’nun iptal edilmiş olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmeleri hâlinde; aynı Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından reddedilmeleri durumunda olduğu gibi, iptal edilen kanun hükmünde kararnâme’lerin değiştirdiği veya uygulamadan kaldırdığı kanun hükümlerinin, esasen yürürlükten kalkmamış, sadece *uygulanabilirliklerinin askıya alınmış* olduklarının, kanun hükmünde kararnâme’lerin iptali kararının resmî gazete’de yayımlanmasıyla birlikte, askıya alınmış kanun hükümlerinin kendiliğinden yürürlüğe gireceğinin kabul edilmesi gereklidir.

⁴² GÖZLER, İdare Hukuku, s.1053. ;ÖZBUDUN, s.239-240.

na” hükmetmiştir.⁴³ Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararında; “Anayasa Mahkemesi’nin, kanun hükmünde kararname’yi, Meclis tarafından görüşülmeden iptal etmesi durumunda da önceki tarihli kanunun yürürlüğe girmeyeceğini” belirtmiştir. Hâlbuki Meclis’in kanun hükmünde kararname’yi reddetmesi hâlinde olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi’nin kanun hükmünde kararname’yi, Meclis tarafından görüşülmeden iptal etmesi durumunda da, aslında olan önceki tarihli kanunun yürürlüğe girmesi gereklidir.

Bir kanun başka bir kanunla ilga edilir ve bu kanun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse, ilga edilen ilk kanun tekrar yürürlüğe girmez⁴⁴ ancak, kanun, kanun hükmünde kararname değildir. Dolayısıyla kanun için geçerli olan hukuk ilkelerini ve kurallarını tümüyle alarak kanun hükmünde kararname’ler için kullanmak her zaman doğru bir yaklaşım olmayabilir. Kısaca belirtmek gerekirse, hukukî bir konudaki yorumun hukukî boşluğu doldurmak için yapılması gerektiği münasebetiyle, önceki tarihli *kanunun askıda* olduğu ve yukarıda belirtilen durumlarda yürürlüğe tekrar girmesi gerektiği yönündeki anlayış kanaatimizce daha doğru gözükmektedir.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, kanun hükmünde kararname’nin Meclis’ce reddedilmesi veya Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine, bu kanun hükmünde kararname’nin değiştirdiği veya uygulamadan kaldırdığı önceki tarihli kanunun yürürlüğe girmemesi nedeniyle oluşan hukukî boşluğun ne şekilde doldurulacağı konusunda, mahkemeler dâhil hiçbir organ veya kişi değerlendirmelerde bulunamaz ve hâkimlere yön gösteremezler. Hukukî boşluk olduğunda, her hâkim bu konuya ilişkin yorumu kendi takdirine göre yapacaktır.⁴⁵ Bütün bu açıklamalar göstermektedir ki, idarede birliğin bozulmaması ve kaotik bir durumla karşı karşıya gelmemenin bir gereği olarak *kanunun askıda* olduğunu kabul etmek en doğru yaklaşım olacaktır.

⁴³ Bakınız. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K.T:10.12.1997. E.1997/665. K:1997/1016. Karar için bakınız. GÖZLER, İdare Hukuku, s.1054.

⁴⁴ GÖZLER, İdare Hukuku, s.1053. ;ÖZBUDUN, s.240.

⁴⁵ “Ancak; 1-Hâkimin hukuk yaratma yetkisi nedeniyle, uyuşmazlıkları çözmek için önceki tarihli kanunu uygulaması olanaklıdır. 2-Kanun düzeyinde bağlayıcı niteliği olan içtihadı birleştirme kararı uyarınca, kanun (veya kanun hükmünde kararname) iptal edilsin edilmesin, yürürlükten kaldırılan hükme göre doğan hakka bağlı olarak yüklenilen ve açık ya da örtülü sözleşmeye dönüşerek özel hukuk alanına geçen borcun, önceki tarihli kurallara göre sürmesi gerekir. 3-Bir kanunun (veya kanun hükmünde kararname’nin) iptali, gerçek anlamda bir kazanılmış hakkı zedeliyorsa, önceki tarihli kanunun etkisini sürdürmesi düşünülebilir. Bu, kazanılmış hakkın korunması anlamında bir uygulama niteliğindedir.” Bakınız. SERİM, s.42.

4. Kanun Hükmünde Kararnâme’lerin Yargısal Denetimi

1982 Anayasası, kanun hükmünde kararnâme’lerin yargısal denetimini Anayasa’ya uygunluk denetimi olarak öngörmüş ve bu yetkiyi Anayasa Mahkemesi’ne vermiştir. Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnâme’lerin Anayasa’ya uygunluk denetimini hem esas hem de şekil bakımından yapmaktadır.⁴⁶ Bu bağlamda, kanun hükmünde kararnâme’ler, 1982 Anayasası’nın 148, 149, 150 ve 151.maddeleri uyarınca, 150.maddenin öngördüğü kişi ve makamlarca açılacak iptal davasında esas ve şekil bakımından Anayasa Mahkemesi’nin denetimine konu olabilecekleri gibi, Anayasa’nın 152.maddesi uyarınca, itiraz yolu ile de⁴⁷ diğer mahkemelerde esas bakımından (şekil bakımından denetim hariç)⁴⁸ Anayasa’ya aykırılıkları ileri sürülmek suretiyle denetime konu olabilirler.⁴⁹

1982 Anayasası’nın 153.maddesine göre, Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tabi diğer kurallar gibi, kanun hükmünde kararnâme’ler de, kural olarak, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararlarının resmî gazete’de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. İstisna olarak Anayasa Mahkemesi, gereken hâllerde, kararın resmî gazete’de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçmemek koşuluyla, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Hukukî boşluk doğmaması için, iptal kararlarının yürürlüğe girmesinin ertelenmesi hâlinde idarenin de yargının da söz konusu hükümleri uygula-

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bakınız. KABOĞLU, s.82-83. ;ALİEFENDİOĞLU, s.104. ;GÖZLER, Anayasa Hukukuna Giriş, s.320-321.

⁴⁷ 1961 Anayasası itiraz yolunu düzenlediği 151.maddesinde, kanun hükmünde kararnâme’lerin itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi’nin denetimine getirilmesini öngörmüyordu.

⁴⁸ Kanun hükmünde kararnâme’lerin şekil bakımından denetiminin kapsamı, kanunlardan farklı olarak sınırlandırılmamıştır. Ancak, Anayasa, 148.maddesiyle, kanunların şekil bakımından denetimine itiraz yolunu da kapsayan sınırlamalar getirirken; kanun hükmünde kararnâme’ler için bu maddede bir hüküm koymamasına ve Anayasa’nın 152.maddesinde de kanun hükmünde kararnâme’lerin itiraz yoluyla şekil bakımından denetimini engelleyen bir hüküm olmamasına karşın, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usûlü Hakkında Kanun’un 21.maddesiyle; “Şekil bozukluğuna dayanan Anayasa’ya aykırılık iddiaları mahkemelerde ileri sürülemez” hükmüyle, *kanun hükmünde kararnâme’lerin de itiraz yoluyla şekil denetiminin önünü kapamıştır*. Bakınız. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.382. ;“2949 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun’un 22. maddesine göre, kanun hükmünde kararnâme’lerin şekil bakımından Anayasa’ya aykırılıkları iddiasıyla açılacak iptal davaları için de süre olarak 60 gün belirlenmiştir. O hâlde, kanun hükmünde kararnâme’lerin şekil bakımından Anayasa’ya aykırılıkları iddiasıyla açılacak iptal davalarının 10 günlük süre kısıtlamasına tâbi olmadığı söylenebilir.” Bakınız. GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, s.115.

⁴⁹ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.382.

ması gerektiği savunulabilir.⁵⁰

1982 Anayasası'ndaki kanun hükmünde kararnâme'ler rejiminde, kanun hükmünde kararnâme'ler fonksiyonel olarak yasama işlemi olduklarından, kanunlar gibi Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygunluk denetimine tâbi kılınmışlardır.⁵¹ Yine bu bağlamda, 1982 Anayasası'na göre, yetki kanunu'nda, kanun hükmünde kararnâme ile değiştirilebilecek ya da yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin belirtilmesi zorunlu olmadığı; bu nedenle de, kanun hükmünde kararnâme'lerin yürürlükteki öteki kanunlara uygunluğu söz konusu olamayacağından, artık kanun hükmünde kararnâme'lerin Danıştay tarafından denetlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.⁵² Çünkü kanun hükmünde kararnâme'lerin kendi içeriklerinin yetki kanunu'na aykırılığı aynı zamanda bir Anayasa'ya aykırılık sorunu oluşturmaktadır ve bu durum da Anayasa Mahkemesi'nin denetiminin kapsamına girmektedir.⁵³ Her ne

⁵⁰ “Bu konuda tam bir görüş birliği yoktur. Yargı yerleri, (belki geciktirici meselenin uzaması nedeniyle) nihaî kararın verilmesini erteleyebilir. Herhâlde, boşluk doğmaması gerekçesi, iptal edildiği bilinen hüküm veya hükümlerin bir süre daha uygulamada kalmasını haklı kılabilir.” Bakınız. YAYLA, s.414. ;“Yürürlükte kalan kanun ve kanun hükmünde kararnâme hükümleri uygulanacaktır. Bu yürütme için bir zorunluluktur.” Bakınız. BİLGİN, s.171-172. ;“İptal edilmiş olduğu bilindiği hâlde eldeki davaların Anayasa'ya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görüşülüp çözümlenmesi, Anayasa'nın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemez.” Danıştay 5.Dairesi. K.T:23.12.1992. E:1992/1219. K:1992/3872. ;Ayrıca bakınız. Danıştay 8.Dairesi. K.T:13.10.1997. E:1996/5256. K:1997/2729. Bkz. [http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankası](http://www.danistay.gov.tr/Danistay_Bilgi_Bankasi). E.T:09.09.2011.

⁵¹ 1961 Anayasası'ndaki kanun hükmünde kararnâme'ler rejiminde, kanun hükmünde kararnâme'ler fonksiyonel olarak yasama işlemi değil, *idarenin genişletilmiş düzenleyici işlemi* olarak görüldüğü için, *istisnai olarak* Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tâbi kılınmışlardır (TEZİÇ, s.29-30). Bundan dolayı ve 1961 Anayasası'nın 144.maddesindeki; “İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır” hükmüne de bağlı olarak, doktrinde bazı yazarlar (DURAN, Kanun Hükmünde Kararnâme, s.8vd), kanun hükmünde kararnâme'lerin özellikle yetki kanunu ve diğer kanunlara uygunluk yönünden, Danıştay tarafından da denetlenebileceğini ileri sürmüşlerdir. Uygulamada ise, Danıştay Dava Daireleri Kurulu, *inceleme yeteneği olmadıkları* gerekçesiyle kanun hükmünde kararnâme'leri denetlemekten kaçınmıştır (Danıştay Dava Daireleri Kurulu. K.T:07.06.1974. E:1974/142. K:1974/540. Bakınız. GÖZLER, İdare Hukuku, s.1054-1055).

⁵² “Danıştay'ın herhangi bir aşamada kanun hükmünde kararnâme'leri denetlemesi söz konusu olamaz.” Bakınız. TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s.30-31. ;ÖZBUDUN, s.240.

⁵³ “Kanun hükmünde kararnâme'nin kendi içeriğinin Anayasa'ya aykırı olmaması, fakat yetki kanunu'na aykırı olması durumunda, bunun da bir Anayasa sorunu oluşturacağı, dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisine tabi olacağı açıktır.” Bakınız. ÖZBUDUN, s.240. ;Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından verilen bir yetki kanunu olmadan kanun hükmünde kararnâme çıkarılması durumunda dahi, buna ilişkin denetimin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması gerekmektedir. “Bu tür kanun hükmünde kararnâme'ler bir ‘yok’ işlem niteliğinde de olsa, ‘yokluğun’ Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmesi ve ‘yokluğundan

kadar, Anayasa, kanun hükmünde kararnâme’lerin, yetki kanunu’na uygunluk denetiminden değil, Anayasa’ya uygunluk denetiminden söz etmiş ise de, kanun hükmünde kararnâme’ler rejimi ve yetki kanunu’nun kendine özgü işlevinden dolayı, yetki kanunu’na aykırı olan kanun hükmünde kararnâme hükümleri, yetki unsuru yönünden Anayasa’ya da aykırı düşeceklerinden, kanun hükmünde kararnâme’lerin yetki kanunu’na uygunluğu da, Anayasa’ya uygunluk denetiminin konusunu oluşturacaktır. Bir başka ifadeyle, kanun hükmünde kararnâme’ler içerik olarak Anayasa’ya aykırı olmasalar bile, dayandıkları yetki kanunu’na aykırılık teşkil ederlerse, öncelikle yetki kanunu’na ve bu nedenle Anayasa’ya aykırı olduklarına ilişkin bir durum ortaya çıkacaktır. Aksi bir uygulamada kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisinin, Anayasa’nın öngörmediği bir şekilde kullanılmış olacağı ifade edilmiştir.⁵⁴

Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnâme’leri, içerikleri yönünden Anayasa’ya uygunluklarını denetlediği gibi, yetki kanunlarına uygunlukları yönünden de denetlemektedir. Bir diğer ifadeyle, Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnâme’lerin Anayasa’ya uygunluk denetimini yaparken, hem içerikleri hem de yetki kanunlarına uygunlukları yönünden değerlendirme yapmaktadır. Ayrıca, yetki kanunu’nun Anayasa’ya uygunluğunu denetlediğini belirtmeye gerek yoktur. Anayasa Mahkemesi’nin, kanun hükmünde kararnâme’lerin yargısal denetimine ilişkin olarak verdiği (bu karardan sonra verdiği diğer kararlar da aynı yönde olduğu için önemlidir) bir kararı özetle şu şekildedir: “Anayasa’da kanun hükmünde kararnâme’lerin siyâsal denetimi yanında yargısal denetimi de öngörülmüştür. Kanun hükmünde kararnâme’ler fonksiyonel açıdan yasama işlemi niteliğinde olduklarından, bunların yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi de Anayasa Mahkemesi’ne verilmiştir. Anayasa’nın 148, 150, 151 ve 153.maddelerine göre, kanun hükmünde kararnâme’lerin esas ve şekil bakımından Anayasa’ya uygunluğunu Anayasa Mahkemesi denetlemektedir. Kanun hükmünde kararnâme’lerin yargısal denetimi söz konusu olduğunda, dayandığı yetki kanunu’nun öncelikle Anayasa’ya, daha sonra ise, kanun hükmünde kararnâme’nin kendisinin hem yetki kanunu’na hem de Anayasa’ya uygunluğunun denetlenmesi gerekmektedir. Her ne kadar, Anayasa’nın 148.maddesinde, kanun hükmünde

dolayı iptaline’ karar verilmesi gerekir.” Bakınız. ALİEFENDİOĞLU, s.122. ;“Yetki kanunu olmaksızın kanun hükmünde kararnâme çıkarılması, yasama işlevinin yürütme tarafından gaspıdır. İdare hukukunda işlev gaspı, yokluk derecesinde hukukî sakatlık nedenidir.” Bakınız. DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s.407.

⁵⁴ TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s.31-32. ;ÖZBUDUN, s.240.

kararnâme'lerin yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, sadece Anayasa'ya esas ve şekil bakımından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de, Anayasa'ya uygunluk denetiminin kapsamına öncelikle kanun hükmünde kararnâme'nin dayanağı olan yetki kanunu'nun denetiminin girdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın ilgili maddesinde, Bakanlar Kurulu'na ancak yetki kanunu'nda belirtilen sınırlar içinde kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi verildiği görülmektedir. Bu durumda yetki kanunu olmazsa kanun hükmünde kararnâme'nin de olmayacağı açıktır. Bu yetkinin dışına çıkılması kanun hükmünde kararnâme'yi Anayasa'ya aykırı hâle getirir. Böylece, kanun hükmünde kararnâme'nin yetki kanunu'na aykırı olması Anayasa'ya aykırı olması ile özdeşleşir.”⁵⁵

5. İptal Edilen Yetki Kanunu'na Dayanılarak Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnâme'lerin Hukukî Durumu

Doktrinde, Kanun hükmünde kararnâme'ler rejiminin özellikleri ve yetki kanunu ile kanun hükmünde kararnâme arasındaki sıkı bağ nedeniyle, yetki kanunu'nun iptali hâlinde, ona dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnâme'lerin bundan etkilenmeyerek geçerliliklerini sürdürmeye devam edeceklerini savunmanın, Anayasa'da yer alan kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, yasama yetkisinin devredilmezliği ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkelerine aykırılık teşkil edebileceği ileri sürülmüştür.⁵⁶

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi. K.T:13.11.1995. E:1995/45. K:1995/58. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:24.11.1995/22473. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>. E.T:09.11.2011.

⁵⁶ Gözler, bu görüşe katılmamaktadır. Gözler'e göre, zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle, dayandığı yetki kanunu Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kanun hükmünde kararnâme'lerin geçerliliği etkilenmez. Bakınız. GÖZLER, İdare Hukuku, s.1068. ;Atar da aksi görüştedir. Atar'a göre, yetki kanunu'nun iptal edilmesi hâlinde buna dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnâme'ler yürürlükte kalmaya devam eder. İptal edilen kanun hükmünde kararnâme'ye dayanılarak daha önce yapılan işlemler de geçerliliğini sürdürür. Çünkü Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümez. Bakınız. ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s.252. ;Bu görüşte olan yazarlar ise çoğunluktadır. Bakınız. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.103. ;TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.382-383. ;TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s.32. ;Anayasa Mahkemesi de istikrarlı bir şekilde bu görüşü savunmaktadır. Bakınız. Anayasa Mahkemesi. K.T:05.02.1992. E:1990/22. K:1992/6. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:27.11.1993/21771. ;Anayasa Mahkemesi. K.T:13.11.1995. E:1995/45. K:1995/58. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:24.11.1995/22473. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>. E.T:09.11.2011. ;Yıldırım ise, yetki kanunu yürürlükteyken çıkarılan kanun hükmünde kararnâme'nin kazanılmış hak niteliğinde, bireysel bir hukukî duruma girdiğini kabul etmenin güç olduğunu, çünkü kanun hükmünde kararnâme'nin kendisinin genel hukukî durumlar yaratan bir hukuk kuralı olduğunu, bu sebeplerle yetki kanunu'nun iptali sonrasında, iptal edilen yetki kanunu'na dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnâme'lerin iptali isteminde, kararların geriye yürümezliği ilkesine dayanılmaması gerektiğini belirtmiştir. Bakınız. YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararnâme

İptal edilen yetki kanunu’na dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnâme’lerin hukukî durumlarının ne olacağı, son derece tartışmalı ve değişik yaklaşımların olduğu bir konudur.⁵⁷ Bu bağlamda konuya ilişkin üç yaklaşımın olduğu görülmektedir. Bu yaklaşımlardan *birincisi*, yetki kanunu iptal edilen kanun hükmünde kararnâme’lerin, ayrıca bir karara gerek olmaksızın, iptal edilen yetki kanunu’nun yürürlükten kalkması ile birlikte, *kendiliğinden yürürlükten kalkmış* sayılmalarıdır. Bir kanun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğinde, nasıl o kanunun uygulanmasını göstermek için yapılmış olan tüzük ve yönetmelik gibi genel düzenleyici idârî işlemler kendiliğinden yürürlükten kalkarak, hükümsüz hâle geliyorsa; yetki kanunları Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kanun hükmünde kararnâme’lerin de, iptal kararı ile birlikte kendiliğinden yürürlükten kalkarak, hükümsüz hâle gelebileceğini ileri süren bu yaklaşım kanaatimizce doğru gözükmemektedir. Çünkü kanunla tüzük ve yönetmelik arasındaki ilişki ile yetki kanunu ile kanun hükmünde kararnâme arasındaki ilişki aynı nitelikte değildir ve bu konuda kıyas yapmak da yanlış olacaktır. Belirtmek gerekir ki, kanunlar, yetki kanunlarından farklı olarak, doğrudan hukukî sonuçlar doğuran ve bireylere haklar ve borçlar yükleyen düzenlemelerdir. Tüzük ve yönetmelik gibi genel düzenleyici idârî işlemler ise, kanunun uygulanmasını gösteren düzenlemelerdir. Bir başka anlatımla, tüzük ve yönetmelik olmaksızın da kanun doğrudan bireylere uygulanabilir, ancak kanun olmadan tüzük ve yönetmelik, uygulanması bir yana, var olamaz. Dolayısıyla kanunun iptal edilmesiyle, iptal edilen kanunun uygulanmasını gösteren tüzük ve yönetmelik gibi genel düzenleyici idârî işlemlerin kendiliğinden yürürlükten kalkmış sayılmasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, yetki kanunlarının işlevi, bireyler üzerinde doğrudan hukukî sonuçlar doğurmak, bireylere haklar ve borçlar yüklemek değil, doğrudan hukukî sonuçlar, haklar ve borçlar doğuracak olan kanun hükmünde kararnâme’lerle düzenleme yapılabilmesi için, Bakanlar Kurulu’na yetki vermekten ibarettir. Bireyler üzerinde doğrudan hukukî sonuçlar, haklar ve borçlar doğuran kanun hükmünde kararnâme’ler olduğu için, kanun hükmünde kararnâme’lerin yetki kanunu’ndan ayrı bir hukukî değerinin olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Yetki kanunu’nun iptal edil-

Uygulaması, s.88.

⁵⁷ Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bakınız. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.104vd. ;TEZİÇ, Anayasa Hukuku, s.31vd. ;ÖZBUDUN, s.240-241. ;TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.382-383. ;ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s.252. ;YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararnâme Uygulaması, s.84-88. ;ATAY, s.53. ;GÜNDAY, s.97-98.

miş olması, kanun hükmünde kararnâme'lerin içini boşaltıp, hukukî sonuçlar, haklar ve borçlar doğurabilmesini engellemez; sadece kanun hükmünde kararnâme'leri yetki unsuru yönünden sakat ve dolayısıyla da Anayasa'ya aykırı işlemler durumuna getirir. Bu nedenle, yetki kanunu iptal edildiğinde, ona dayanarak çıkarılan kanun hükmünde kararnâme'lerin de, iptal kararının yürürlüğe girmesiyle birlikte, kendiliğinden yürürlükten kalkacağını ileri sürmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır.⁵⁸ İkinci yaklaşım olarak belirtilebilecek Gözler'in görüşü şu şekildedir: "Kanun hükmünde kararnâme'nin, bir yetki kanunu'na dayanılarak çıkarıldıktan sonra yetki kanunu'na devamlı olarak dayanması şart değildir. Zaten bu mümkün de değildir. Yetki kanunları altı ay, bir yıl gibi kısa süreli kanunlar olduğuna göre, bu yetki kanunu'na dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnâme'ler hâliyle dayanakları olan yetki kanunu'nun süresinin bitimi ile yürürlükten kalktıktan sonra da varlıklarını devam ettireceklerdir. Aksi takdirde kanun hükmünde kararnâme ile düzenleme yapmanın bir anlamı kalmazdı. Dayandığı yetki kanunu'nun süresinin bitmesiyle, kanun hükmünde kararnâme nasıl geçerliliğini yitirmiyorsa, dayandığı yetki kanunu'nun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi de, kanun hükmünde kararnâme'nin geçerliliğini etkilemez."⁵⁹ Kanaatimizce daha uygun olan üçüncü yaklaşıma göre ise, kanun hükmünde kararnâme'ler, içeriğine bakılmaksızın, sadece dayanakları olan yetki kanunu'nun iptal edilmiş olması gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeleri gerekir.⁶⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'ya

⁵⁸ "Yetki kanunları iptal edilen kanun hükmünde kararnâme'lerin kendiliklerinden yürürlükten kalkmaları mümkün değildir. Mutlaka Anayasa Mahkemesi tarafından ayrıca iptal edilmeleri gerekir. Anayasa Mahkemesi, yetki kanunu'nun iptal edilmiş olmasının kanun hükmünde kararnâme'lerin geçerliliğini etkilediğini kabul ediyorsa da, bu kararnâme'lerin kendiliğinden yürürlükten kalkacaklarını kabul etmemektedir. Bunlar ancak Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelirlirse Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebileceklerdir." Bakınız. GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, s.126.

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bakınız. GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, s.122-123.

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnâme'nin dayanağı olan yetki kanunu'nun iptal edilmiş olmasının, kanun hükmünde kararnâme'yi kendiliğinden Anayasa'ya aykırı hâle getirdiğine karar vermiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi. K.T:05.02.1992. E:1990/22. K:1992/6. Anayasa Mahkemesi bu kararı daha sonra verdiği birçok kararında da yinelemiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi. KT:05.05.1992. E:1991/33. K:1992/32. ;Anayasa Mahkemesi. KT:06.10.1993. E:1993/32. K:1993/32. ;Anayasa Mahkemesi. KT:06.10.1993. E:1993/36. K:1993/35. ;Anayasa Mahkemesi. K.T:08.07.1994. E:1994/53. K:1994/48. ;Anayasa Mahkemesi. K.T:13.11.1995. E:1995/45. K:1995/58. ;Anayasa Mahkemesi. K.T:23.05.1996. E:1996/22. K:1996/16. ;Anayasa Mahkemesi. K.T:30.01.1997. E:1997/17. K:1997/6. ;Anayasa Mahkemesi. K.T:07.05.1997. E:1997/40. K:1997/47. GÖZLER, Kanun Hükmünde Ka-

uygunluk denetimi yaparken taleple bağlı olduğundan ve dolayısıyla bir başvuru olmadan, iptal edilen yetki kanunu’na dayanılarak çıkarılmış olan kanun hükmünde kararnâme’leri re’sen belirleyerek, bunlar hakkında da kendiliğinden iptal kararı verme yetkisi bulunmamaktadır.⁶¹ Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi’nin, iptal edilen yetki kanunu’na dayanılarak çıkarılmış olan kanun hükmünde kararnâme’leri iptal edebilmesi, iptal davası ya da itiraz başvurusu yoluyla önüne gelmesi durumunda söz konusu olabilecektir. Bu durumda Gözler’e göre; “Kanun hükmünde kararnâme, yetki süresi devam ederken çıkarılmış olduğuna ve Anayasa Mahkemesi de yetki kanunu’nu daha sonraki bir tarihte iptal edeceğine göre, kanun hükmünde kararnâme’ye karşı daha önceden iptal davası açılmamış ise, yetki kanunu’nun iptal edilmiş olması nedeniyle kanun hükmünde kararnâme’ye karşı tekrar iptal davası açmak mümkün olmayacaktır; çünkü 60 günlük iptal davası açma süresi muhtemelen geçmiş olacaktır.”⁶² Belirtmek gerekir ki, Anayasa, kanun hükmünde kararnâme’lerin Anayasa’ya uygunluk denetiminde *itiraz yolunu* da benimsemiştir. Dolayısıyla, kanun hükmünde kararnâme’lerin itiraz yoluyla da Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirilebilmesi mümkündür. Burada başka bir sorun karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki; dayandıkları yetki kanunu iptal edildiği hâlde, iptal davası açılmayan ve itiraz yoluna da başvurulmayan kanun hükmünde kararnâme’ler yürürlükte kalmaya devam edeceklerdir. Bu sorun ise şu şekilde giderilebilir: Türkiye Büyük Millet Meclisi, yetki kanunları iptal edilen kanun hükmünde kararnâme’leri görüşürken, Anayasa’nın 153.maddesindeki; *Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı* ilkesine binaen, dayanak olan yetki kanunu’nun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeniyle, kanun hükmünde kararnâme’leri reddedip yürürlükten kaldırabilir veya iptal kararının gerekçesi doğrultusunda Anayasa’ya uygun hâle getirmek suretiyle kanun hükmünde kararnâme’leri kabul edip kanunlaştırabilir. Yetki kanunu’nun iptalinden önce, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde görüşerek ka-

rarnamelerin Hukuki Rejimi, s.120’deki dipnottan.

⁶¹ “Yetki kanunu’nun iptal edilmesinden önce, bu Kanuna istinaden çıkarılan kanun hükmünde kararnâme’ler hakkında Anayasa Mahkemesi’nce ayrıca iptal kararı verilmedikçe, bu kanun hükmünde kararnâme’lerin yürürlüğü devam etmektedir.” Anayasa Mahkemesi. K.T:06.09.1995. E:1995/47. K:1995/40. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:11.11.1995/22460. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>. E.T:09.11.2011.

⁶² Bakınız. GÖZLER, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, s.127. ;“Bu durumda ortaya çıkabilecek muhtemel zaman aşımı sorunu, Anayasa’daki 60 günlük iptal davası açma süresini, yetki kanunu’nun iptal kararının resmî gazete’de yayımlanmasından itibaren başlatmak suretiyle çözümlenebilir.” Bu görüş için bakınız. YÜZBAŞIOĞLU, s.142.

bul edilen kanun hükmünde kararname'ler ise, artık kanun oldukları için, yetki kanunu'nun iptal edilmesinden etkilenmeyeceklerdir, bu aşamadan sonra, kanunun Anayasa'ya uygunluğunun denetimi söz konusu olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi, yetki kanunu iptal edilen kanun hükmünde kararname'lerin hukukî durumu ile ilgili ilk ve ayrıntılı değerlendirmesini, iptal ettiği 3479 sayılı Yetki Kanunu'na dayanılarak çıkarılmış olan 388 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'yi denetlerken yapmıştır: "Yetki kanunu'nun iptali, bu kanuna dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararname'nin tamamının dayanaksız kalması sonucunu doğurmaz."⁶³ Ancak daha sonra Anayasa Mahkemesi bu görüşünü değiştirmiş ve kanun hükmün-

⁶³ "Bir yetki yasasının iptal edilmesinde buna dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararname'lerin hukuksal durumları ne olacaktır? Hukukumuzda ilk kez ortaya çıkan bu sorunun bu davada öncelikle çözümlenmesi gerekmektedir.

Yetki yasalarına dayanılarak çıkarılan ve yapısı ve etkileri yönünden yasa benzeri bulunan kanun hükmünde kararname'lerin Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi Anayasa Mahkemesi'nin görevi olduğundan yetki yasasının iptalinin, buna dayanan kanun hükmünde kararname'lere etkisi doğrudan Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirme alanı içinde kalmaktadır.

Yetki yasasının iptalinin, buna dayanılarak çıkartılan kanun hükmünde kararname'lere etkisi konusunda tek ve kesin bir esas koymaya ve bu doğrultuda yorum yapmaya olanak yoktur. Olayın Anayasa Mahkemesi önüne getiriliş biçimi, yani iptal davası ya da itiraz yolu ile aykırılık savında bulunulmuş olması değişik sonuçlar ortaya çıkarabilir. Ayrıca, kanun hükmünde kararname'nin dayandığı yetki yasasının iptal gerekçesi, iptali istenen kanun hükmünde kararname'nin Anayasal durumunu belirleyecektir. Bu bakımdan, öncelikle 3479 sayılı Yetki Yasası'nın Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptali gerekçesi üzerinde durmak gerekir. Yetki yasasının Anayasa'nın 91. maddesinde sayılan öğelerden birine aykırı olması nedeniyle iptali durumunda, içerdiği kuralları Anayasa'ya uygun olsa bile buna dayanan kanun hükmünde kararname'lerin iptalini gerektirir.

İncelenen davada 388 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin dayanaksız kaldığı savında bulunulmuştur. Anayasa'nın 91.maddesi kapsamında olan ve öbür Anayasal ölçütler bakımından 91.maddeye uygun düşen bir yetki yasasının denetiminde, Anayasa Mahkemesi'nce bir yetki yasası konusunda ilk kez uygulanan ve Anayasa'nın bütününden kaynaklanan yorumla getirilen yeni bir ölçütle iptal kararı verilmiştir. Bu ölçütün daha önce çıkan yetki yasalarının kullanım alanına etkisi kabul edildiği takdirde kanun hükmünde kararname ile yapılan düzenlemelerde istikrarsızlık ve güvensizlik yaratacak ve bu kanun hükmünde kararname'lerin tesis ettiği hukukî durumlar ve kazanılmış haklar büyük ölçüde ihlal edilebilecektir. Bu bakımdan gelecek için gözetilebilecek ve her düzenleme alanı için ayrı bir görünüm kazanmaya elverişli olan "ivedilik, zorunluluk" ve "belirli zamanda yetki kullanma" ölçütlerinin geçmişe dönük olarak kullanılması, hem Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe yürümeceği yolundaki kurala aykırı olur hem de Anayasa Mahkemesi'nin 3479 sayılı Yetki Yasası'nın iptaliyle ilgili kararının gerekçesine uygun düşmez.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 3479 sayılı Yetki Yasası'nın iptali, bu Yasa'ya dayanılarak çıkartılan 388 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin tümünün dayanaksız kalması sonucunu doğurmayacağından incelemenin içerik yönünden sürdürülmesi gerekir." Anayasa Mahkemesi. K.T:17.07.1990. E:1990/1. K:1990/21. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:16.07.1991/20931. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankasi>. E.T:09.11.2011.

de kararnâme’leri denetlediği bütün kararlarında kullandığı kararını vermiştir: “Yetki kanunu’nun Anayasa’ya aykırı olması nedeniyle iptali durumunda, içerdiği kurallar Anayasa’ya uygun olsa bile, iptal edilen yetki kanunu’na dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnâme’lerin iptali gerekir.”⁶⁴ Anayasa Mahkemesi’nin iptal edilen yetki kanunlarına dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnâme’lerin iptal edilmesi gerektiği şeklindeki yaklaşımının istikrar kazanmış olduğu görülmektedir.⁶⁵

Sonuç

Kanun hükmünde kararnâme düzenlemesinin oluşturulma nedenlerinin başında, sosyal devletin ekonomik yaşama müdahalesinin güçlü yürütmeyi gerektirmesi gelmektedir. Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararnâme çıkarma yetkisi verilmesi bazı durumlarda gerekli olduğu için bu düzenleme Anayasa’da yer bulmuştur. Zaten Anayasa’daki düzenlemelerin hiçbiri gereksiz değildir.

⁶⁴ “Bir yetki kanunu’na dayanmadan çıkarılan, yetki kanunu’nun kapsamı dışında kalan, dayandığı yetki kanunu’nun Anayasa’ya aykırılığı saptanan ya da Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal edilen kanun hükmünde kararnâme’lerin Anayasal konuları birbirinden farksızdır. Bu durumda kanun hükmünde kararnâme’ler Anayasal dayanaktan yoksun bulunduklarından, içerikleri Anayasa’ya aykırı bulunmasa bile dava açıldığında iptali gerekir.” Anayasa Mahkemesi. K.T:05.02.1992. E:1990/22. K:1992/6. ;Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı ve bu konuda vermiş olduğu diğer kararları için bakınız. GÖZLER, İdare Hukuku, s.1065 ve 1066’taki dipnot. ;YILDIRIM, Kanun Hükmünde Kararnâme Uygulaması, s.87’deki dipnot.

⁶⁵ Burada kısaca şu konuyu da belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda, *iptal kararlarının geriye yürümezliği* ilkesini, *mutlak ve katı* bir şekilde yorumlamayıp; sadece iptal edilen hükümlere göre, bütün sonuçları ile fiilen elde edilmiş olan kazanılmış hakları korumak ve böylece iptal kararlarının devlete ve hukuka güveni sarsabilecek, toplumsal kargaşaya yol açabilecek etkilerini önlemekle sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi, kararlarında *iptal kararlarının geriye yürümezliği* ve *kazanılmış hakların korunması* ilkelerini ayrıntılı olarak değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi. K.T:12.12.1989. E:1989/11. K:1989/48. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:22.01.1990/20410. ;Anayasa Mahkemesi. K.T:17.07.1990. E:1990/1. K:1990/21. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:16.07.1991/20931. ;“Yetki Kanunu’nun iptalinin, bu kanuna dayanılarak çıkartılan kanun hükmünde kararnâme’lere etkisinin Anayasa’nın 153.maddesindeki ‘iptal kararları geriye yürümez’ kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi uygun değildir. Yetki kanunu’nun iptaline ilişkin kararın, resmî gazete’de yayımı gününe kadar çıkarılan kanun hükmünde kararnâme’leri etkilemeyeceği biçiminde bir ilke de konulamaz.” Anayasa Mahkemesi. K.T: 06.09.1995. E:1995/47. K:1995/40. Resmî Gazete Tarih ve Sayısı:11.11.1995/22460. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>. E.T:09.11.2011. ;Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararlarının geriye yürümezliği ile ilgili doktrinadaki görüşler ve değerlendirmelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız. AZRAK, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği, s.151vd. ;Kararların geriye yürümezliği ilkesinin tartışmalı olduğunu da belirtmek gerekir. Bakınız. YILDIRIM, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, s.70vd. ;ÇAĞLAYAN, s.127.

Kanun hükmünde kararname'ler konusunda ortaya çıkan sorunların hemen hemen tamamına yakını, Anayasa'daki kanun hükmünde kararname'ler rejimine ilişkin düzenleme eksikliklerinden veya yanlışlıklarından kaynaklanmaktadır.

Kanun hükmünde kararname'lerin imzalanması için Cumhurbaşkanı'na gitmesi konusunda Anayasa'nın kanun hükmünde kararname'leri düzenleyen 91.maddesinde bir düzenleme yer almamaktadır. Yine kanun hükmünde kararname'nin Meclis tarafından reddedilmesi veya Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine, bu kanun hükmünde kararname'nin değiştirdiği veya uygulamadan kaldırdığı önceki tarihli kanunun yürürlüğe girmesine ilişkin Anayasa değişikliğinin yapılması gerektiği belirtilmektedir.

1982 Anayasası'nın 91.maddesinin son fıkrasından bir önceki fıkrasına göre; "Kanun hükmünde kararname'ler, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonları ve Genel Kurulu'nda *öncelikle* ve ivedilikle (yani bir defa görüşme) görüşülür." İvedilikle görüşmeden ne anlaşılması gerektiği belli olmasına karşın, *öncelikle* görüşmeden ne anlaşılması gerektiği belli değildir hatta bu ifadenin son derece muğlak ve subjektif değerlendirmelere açık olduğu belirtilebilir. *Öncelikle* ifadesi tam olarak belli bir süreyi ifade etmemektedir. Herkesin *öncelik anlayışının* farklı olduğu düşünüldüğünde, Anayasa'daki bu ifadeye göre, Meclis'e gelen bir kanun hükmünde kararname, belki hiçbir zaman görüşülmeyebilir. Çünkü *öncelikle* ifadesinden başka bir ifadenin Anayasa'da mevcut olmadığı ve bu konuda boşluk olduğu görülmektedir. Bu nedenlerle *öncelikle* ifadesinin Anayasa'dan çıkarılması veya yerine kesinlik belirten bir ifadenin getirilmesi gerekmektedir.

Anayasa, kanun hükmünde kararname'nin *Meclis'e sunulmadan yürürlüğe girdiğini* düzenlemiştir. Çünkü ancak yürürlükte olan bir şey yürürlükten kalkabilir. Bu hatalı düzenlemenin Anayasa'da düzeltilmesi gerekmektedir. Anayasa'da, *yürürlükten kalkar* yerine *yürürlüğe girmez* denmesi gerekirdi. Dolayısıyla önümüzdeki günlerde Anayasa'da yapılması planlanan değişikliklerde, kanun hükmünde kararname'ler konusunda tespit edilen birçok soruna yönelik çözüm önerilerinin de hayata geçirilmesi beklenmektedir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara, 2011.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- ATAR, Yavuz, *Karşılaştırmalı ve Notlu Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Önceki Anayasalar*, Mimoza Yayınları, Konya, 2008.
- ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, 5.Baskı, Konya, 2009.
- ATAY, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006.
- AVCI, Mustafa, *Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- AZRAK, Ali Ülkü, *Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği*, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt: I, Ankara, 1984. s.151-168.
- AZRAK, Ali Ülkü, *Hukuk Devleti Açısından Memurların Mesleki Güvenceleri, Kamu Personeli Sorunları, İdare Hukuku Sempozyumu*, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:8, 4-5 Nisan, Eskişehir, 2003. s.1-12.
- BİLGİN, Pertev, *İdare Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İptal Edilen Düzenleyici İşlemin Yerine Eskisi Yürürlüğe Girer Mi?*, *Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Dergi No:14, Ankara, 2000. s.137-142.
- DURAN, Lutfi, *Kanun Hükmünde Kararnâme*, *Amme İdaresi Dergisi*, TODAİE Yayınları, Cilt:8, Sayı:2, Ankara, 1975. s.3-19.
- DURAN, Lutfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- GÖZLER, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Ekin Kitapevi. Bursa. 2000.

- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt:I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi, 13.Baskı, Bursa, 2008.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, *Açıklamalı Türk Anayasaları*, Turhan Kitabevi, 4.Baskı, Ankara, 2002.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, 27.Baskı, Ankara, 2008.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt:I, Turhan Kitapevi, 4.Baskı, Ankara, 2006.
- GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, 7.Baskı, Ankara, 2003.
- KABOĞLU, İbrahim, *Anayasa Yargısı*, İmge Kitabevi, 2.Baskı, Kasım, İstanbul, 1997.
- KARAHANOGULLARI, Onur, Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt:52, Sayı:1-4, Ankara, 1997. s.387-435.
- KARAHANOGULLARI, Onur, Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği, (Bir Öneri: Birlikte Yasama), *Amme İdaresi Dergisi*, TODAİE Yayınları, Cilt:31, Sayı:2, Haziran, Ankara, 1998. s.41-63.
- KUZU, Burhan, *Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara, 2000.
- SAĞLAM, Fazıl, Kanun Hükmünde Kararnâme Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar, *Anayasa Yargısı*, Cilt:I, Ankara, 1984. s.261-271.
- SERİM, Bülent, İptal Edilen Kuralın Yerine Eskisinin Kendiliğinden Yürürlüğe Girememesi, *Amme İdaresi Dergisi*, TODAİE Yayınları, Cilt:28, Sayı:1, Mart, Ankara, 1995. s.33-46.
- TAN, Turgut, Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnâme Uygulaması ve Sorunlar, *Ankara Üniversitesi Siyâsal Bilgiler Fakültesi Dergisi*,

Cilt:50, Sayı:1-2, Ankara, 1995. s.335-350.

TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Nemci, *1982 Anayasası’na göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 8.Baskı, İstanbul, 2006.

TEZİÇ, Erdoğan, Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnâmeler, *Amme İdaresi Dergisi*, TODAİE Yayınları, Cilt:5, Sayı:1, Mart, Ankara, 1972. s.3-14.

TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 5.Baskı, İstanbul, 1998.

YAYLA, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, 1.Baskı, Eylül, İstanbul, 2009.

YILDIRIM, Turan/KARAN, Nur, *İdare Hukuku I*, XII Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, Ekim, 2009.

YILDIRIM, Turan, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, *Amme İdaresi Dergisi*, TODAİE Yayınları, Cilt:26, Sayı:4, Ankara, 1994. s.69-80.

YILDIRIM, Turan, Kanun Hükmünde Kararnâme Uygulaması, *Hukuk Araştırmaları*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt:9, Sayı:1-3, İstanbul, 1995. s.73-90.

YÜZBAŞIOĞLU, Nemci, *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 1996.

ZENGİN, Eyüp/ALTIN, Sırrı, Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnâme Uygulaması, *Sayıştay Dergisi*, Sayı:34, Temmuz-Eylül, Ankara, 1999. s.29-45.

<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankasi>.

<http://www.danistay.gov.tr/Danistay/Bilgi/Bankasi>.

BOŞ

İDARİ YARGIDA DERDESTLİK

Celâl IŞIKLAR*

Özet

Derdestlik hâli, yâni “(a)ynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olması” (HMK m.114/ı), medeni usûl hukukunda artık bir dava şartıdır. Tarafları, sebebi ve konusu aynı olan davaya aynı dava denir.

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre derdestlik hâli bir dava şartıdır. Derdestlik durumu, medeni usûlde ön incelemede ve davanın her aşamasında gözetilir. Derdestlik hâli tespit edildiği takdirde ikinci davanın usûlden reddi gerekir. 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’na göre derdestlik bir ilk itiraz idi. HUMK döneminde derdestlik varsa davanın açılmamış sayılmasına karar verilirdi (m. 187-194).

İdari yargı mevzuatında derdestlikle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, idari yargılama hukukunda da derdestlik durumu söz konusu olabilir. İdari yargıda derdestlik durumunda medeni usûl hukukuna ilişkin kural, hüküm ve sonuçlar kıyasen uygulanır.

Derdestlik, medeni usûlde olduğu gibi idari yargıda da kamu düzenine ilişkin bir dava şartıdır. Buna göre, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilir veya hâkim tarafından re’sen dikkate alınabilir. Bize göre, kesin hüküm gibi derdestlik de ilk incelemede bakılacak hususlardandır. Eğer, derdestlik hâli tespit edilirse sonraki davanın usûl yönünden reddine karar verilmelidir.

Danıştay önceki dönemde (HUMK) derdestlik varsa (davaların birleştirilmesi veya incelemeksizin ret gibi) değişik kararlar vermekte idi. Yeni Kanun (HMK) döneminde artık davanın usûlden reddine karar vermesi gerekmektedir.

İdari yargılama mevzuatında derdestliğe yer verilmesi ve/veya en azından bu konuda HMK’na atıfta bulunulması yerinde olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Derdestlik, İdari yargı/yargılama, Dava şartı, Derdestlik itirazı/defi, (Görülmekte olan) aynı dava, Davanın usûlden reddi

THE PENDENCY IN ADMINISTRATIVE JURISTITION

Abstract

The pendency (derdestlik), which means the situation of reopening of “the same case, opened before and still in progress” (Civil Procedure Law-HMK A.114/ı)

* Dr., Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Daire Başkanı Merasim So. Yüce-tepe/ ANKARA e-posta: c.isiklar@hotmail.com

is now the necessity of a lawsuit in the civil procedure law. The cases are the same ceases whose parties, reasons and subject matters are the same.

According to the Civil Procedure Law which came into force on 1 October 2011, Law No. 6100, the pendency is a necessity of a lawsuit. The Pendency status shall be observed at every stage of first review and trial in civil procedure. If the pendency is determined, the second case must be rejected from procedural perspective. According to the Law of Civil Procedure No. 1086 the pendency was one of the first objections. In the era of HUMK, if there was Pendency, it should have been given the decision of “the case is not opened” (Article 187-194).

In the administrative jurisdiction there is no legislation for pendency. However, the pendency may be subject to the administrative jurisdiction. If there is pendency in the administrative jurisdiction, the rules, decisions and results apply in comparison to Civil Procedure Law.

The pendency is one of the case terms in the administrative jurisdiction as in the civil procedure law, concerning the public order. Accordingly, in every stage of the proceedings can be claimed by the parties or ex officio by the judge may be taken into account. For us, the pendency is also subject to first review like the exact terms (kesin hüküm). If the pendency is determined, the second case must be rejected from procedural perspective.

If there was the pendency, the Council of State gave different decisions in the past (During the Code of Civil Procedures Law-HMUK) such as rejection of the case or merging of the cases. In new law era (During Civil Procedure Law-HMK), if the pendency is determined, the second case must be rejected from procedural perspective.

The pendency should be included in the legislation of the administrative proceedings and/or at least this subject should be in place to reference to Civil Procedure Law-HMK

Key Words: *Pendency, Administrative justice/jurisdiction, The case term, Objection of the pendency, (Pending) same action, Rejection of a case from procedural perspective*

GİRİŞ

Bir usûl hukuku kurumu olarak derdestlik davanın görülmekte/ incelenmekte olması demektir. Derdestlikten maksat, davaya konu hukuki uyuşmazlığın davanın açılmasından sona ermesine kadarki süreçte içerisinde bulunduğu usûl hukukuna ilişkin hâldir.¹ Birbirleri ile sıkı ve yakın ilişki bulunmasına rağmen, medeni usûlde derdestlik ile derdestlik itirazı/iddiası/ şartı farklı kavramlardır. İtiraz/iddia/şart olarak ileri sürülebilme hâli, ilkinin doğal sonucu değilse de varlığı ona bağlıdır. Derdestlik itirazı/iddiası/ şartı, ilkinin en az iki kez varlığını gerektirir. Derdestlik itirazı/iddiası/şartı, derdestliğin usûl hukuku alanında doğurmuş olduğu asli etkidir. 1 Ekim 2011 tarihi itibarıyla mülga 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 187-194'üncü ve zikredilen tarihten sonra yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK)² 114/1-ı'ncı maddelerinde düzenlenen derdestlik iddiası, birbirinin aynı iki davanın açılmış ve görülmekte olmasıdır. Başka bir ifadeyle, derdestliği “davanın tekrarlanması” olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.³

Bu açıklamalarla birlikte pozitif düzenlemeler de göz önünde bulundurularak bir tanım yapmak gerekirse, medeni usûl bakımından derdestlik itirazı/iddiası/şartı, açılmış ve hâlen görülmekte olan bir davanın, yeniden (ikinci kez) aynı veya başka bir mahkemede açılması durumunda, ikinci davanın açıldığı mahkemede ileri sürülen ve bu davanın, daha önceden de açılmış ve hâlen görülmekte olması sebebiyle (HUMK'a göre) açılmamış sayılmasına/(HMK'ya göre) usûlden reddine karar verilmesini sağlamaya yönelmiş bulunan yargılamaya engel bir (HUMK'a göre) ilk itirazdır / (HMK'ya göre) dava şartıdır.⁴

Derdestliğin idari yargılama usûlünde medeni usûldeki gibi açık bir düzenlemeye konu edilmediği görülmemektedir. Uygulamada derdestlik konusuna gereken önem verilmemiştir.⁵ Ancak bu durum, idari yargıda hiç

¹ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C.II, s.1679; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.358; ULUKAPI, Derdestlik, s.397; TANRIVER, s.5

² 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girerek 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununu yürürlükten kaldıran 12.1.2011 sayılı ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 4.2.2011 gün ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³ GÖRAN/BERKARDA/AYANOĞLU/BERK, s.123; KALABALIK, s.287

⁴ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C.IV, s.4217; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.682; TANRIVER, s.17, 4 vd.; YILMAZ, s.149; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.340

⁵ TAN, s.1049

derdest davalara rastlanmadığı ve derdestlik iddiasının ileri sürülemeyeceği veya dikkate alınıp incelenemeyeceği anlamına gelmemektedir. Aşağıda izah olunacağı üzere, idari yargıda da davaların derdestliği ve buna bağlı olarak yargılamayı etkilemesi mümkündür. Çalışmamızda bu hususun yanı sıra derdestliğin, ortaya çıkışı, tespiti, şartları, mahiyeti ve sonuçları ele alınmaktadır. Kaçınılmaz olarak, kurumun merkezi özelliğinden dolayı çalışma boyunca medeni yargılama hukukuyla temasta ve karşılaştırmada bulunmak gerekmiştir.

Burada, öncelikle şu hususa açıklık getirmek lazımdır. Yalın olarak “tutma ve yakalama,” hukuken “görülmede olan (dava)” anlamına gelen “derdest (dava)” ibaresi,⁶ artık yeni HMK’da kullanılmamaktadır. Bir dava şartı kabul edildiği 114’üncü maddenin 1 bendinde de derdestlik yerine “*Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olması*” ifadesi kullanılmıştır. Aynı şekilde bu terimlere idari yargılama hukuku mevzuatında rastlanmamaktadır. Ancak, eskidiği için zor anlaşılan derdest, derdesti rüyet gibi ibarelerin artık sözlük anlamında kullanılmadığı ve Kanun’da da terk edildiği bir gerçektir. Bununla beraber doktrinde ve uygulamada kurumun derdestlik olarak adlandırılmasına devam edileceğini tahmin ediyoruz. Biz bu sebeplerle çalışmamızda, derdest olma durumunu ifade eden derdestliğe, hâli hazırda bir davanın görülmekte olmasını değil, her ikisi de görülmekte olan ve ilkinin aynısı ikinci bir davanın bulunması anlamını yükledik. Yani derdestlik terimi, bize göre görülmekte olan bir davanın aynısının açılmasıyla ortaya çıkan hukuki hâl ve vakıayı tüm hüküm ve sonuçlarıyla kapsayan ve karşılayan bir kurumu ifade etmektedir. Buna bağlı olarak, idari yargılamada re’sen araştırma konusu bir dava şartı olduğundan da derdestlik itirazı ve iddiası yerine geçmek üzere “derdestlik durumu” ibaresinin kullanılmasının daha anlaşılır ve amaca uygun olduğunu düşünüyoruz.⁷

Bu yaklaşım çerçevesinde, idari yargıda *derdestlik durumu*, aynı veya farklı yargı çevrelerine dâhil iki idare mahkemesi, iki vergi mahkemesi ve bir idare mahkemesi ile vergi mahkemesi arasında ortaya çıkabileceği gibi, Danıştay ile idare mahkemesi arasında da olabilir. Hukuk düzenimiz gereği, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile Danıştay ve idari mahkemeleri veya adli mahkemeler arasında da derdestlik durumu söz konusu olabilir.

⁶ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, “Derdest”, 10.B., Ankara 2005, s.504 Bkz. YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, “Derdest”, “Derdest-i rüyet”, “Derdestlik”, Ankara 1982, s.113

⁷ Benzer şekilde idari yargı bakımından kavramı karşılamak üzere “derdestlik savunması” ibaresi de kullanılmaktadır. Bkz. TAN, s.1048

İ.İDARİ YARGIDA DERDESTLİK KURUMUNUN YERİNİN OLUP OLMADIĞI

İdari yargı mevzuatında kesin hüküm gibi derdestlik kurumuyla da ilgili bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Gerçekten, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunan gerek İYUK'un 31'inci, gerek 1602 Sayılı Kanun'un 56'ncı maddelerinde derdestlik de, kesin hüküm de sayılmamıştır. Bununla birlikte, her ikisi de uygulanmaktadır.

Derdestlik konusunda idari yargı mevzuatında doğrudan bir hüküm bulunmaması veya HUMK/HMK'ya atıf yapılmamış olması, bunun, hiçbir zaman idari yargılamada uygulama alanı bulmayacağı anlamına gelmemektedir. İdari yargı yerlerinde de derdestlik hâli söz konusu olabilir. Bir görüşe göre, her ne kadar açık bir hüküm yoksa da İYUK'un 31'inci maddesi hükmüyle HUMK'na yapılan göndermenin genel ve geniş bir kapsama sahip olduğundan, işin niteliği gereği idari yargılama usûlünde derdestlik kurumunun uygulanabileceği kabul edilmektedir. Buna göre, İYUK'un HUMK'a yollama yapan m.31 hükmü tahdidi değil tadadi olduğundan derdestliği de kapsamaktadır. Ayrıca derdestlik, “non idem/ ne bis idem (*Aynı fiilden ötürü bir kişi ancak bir kez yargılanabilir*)” genel ilkesi uyarınca tüm usûl hukuk disiplinleri bakımından genel geçerlilik taşıyan merkezi bir kurumdur.⁸ Başka bir görüş, İYUK m.31'deki yollamanın HUMK'daki “Fasıl” veya “Kısım” olarak düzenlenen başlıklarına yapıldığını, dolayısıyla esasen ilk itiraz olarak öngörülen derdestliği doğrudan kapsamamasının düzenlemenin amacına uygun olduğunu, ancak 31'inci maddede yer verilmemiş olsa bile hukuki gerçeğin tek ve bunu belirlemenin sâdece yetkili ve görevli mahkemeye ait olduğu (ki bu kamu düzenindendir) dikkate alındığında, yargılamanın doğasında bulunan derdestlik halinin idari yargıda da uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.⁹ Bir başka yazara göre, idari yargının özelliği dikkate alınarak tek tek saymak yerine bu kurumlar idari yargılama kanununda ayrıca düzenlenmeli¹⁰ veya 521 sayılı Kanun'da olduğu gibi gönderme yapılan konuların genel esasları ile uygulanacağı belirtilmelidir.¹¹

⁸ GÖZÜBÜYÜK, s.447; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.961; TAN, s.1048; TANRIVER, s.113-114; ŞEKERCİ, Derdestlik II, s.399-402; ŞEKERCİ, Yönetmelik Yargılama Hukukunda, s.430, 433, 435, 447; EROĞLU, s.30; ULUKAPI, Derdestlik, s.413

⁹ GÖRAN/BERKARDA/AYANOĞLU/BERK, s.123-124; KALABALIK, s.288. Maddede sayılmamakla beraber derdestliğin idari yargıda da kıyasen uygulanması gerektiği hakkında, KURU, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C.IV, s.4255

¹⁰ ÇIRAKMAN, s.104

¹¹ ŞEKERCİ, Yönetmelik Yargılama Hukukunda, s.434; ÇETİNTEME, s.125

Derdestlik kurumunun idari yargıda yeri ve tatbiki konusunda, idari yargı yerlerinin çekimser davrandığı ve çoğu kez sonradan açılan davayı ilk dava ile ilişkilenmek yoluna gittikleri belirtilmektedir.¹² Bu yöndeki bir görüşe göre de, olumlu görev uyuşmazlığı ve bağlantı kararı çerçevesinde çözülecek bir sorun olduğundan idari yargıda derdestlik iddiası söz konusu olamaz.¹³

Doktrindeki bu görüşlerle ortaya konan derdestlik durumunun, idari yargılamada da yerinin ve uygulama alanının bulunduğu ana fıkre biz de katılıyoruz. Kanaatimizce, derdestlik, hem kendi özü itibarıyla, hem de görev/yetki/hukuki yarar¹⁴ gibi dava şartlarıyla doğrudan ilişkili iç içe olması bakımından bizatihi kamu düzenine ilişkin, yargılamanın doğası gereği bütün usûl hukukları için geçerli ve merkezî bir kavramdır. Hukuki gerçek tek olduğuna göre, yargılama sürecinde derdestlik tespit edildiği veya ileri sürüldüğü takdirde bir hükme dahi ihtiyaç duyulmaksızın, her hangi bir kayda ve şarta bağlı olmadan ve doğrudan uygulanmak durumundadır. Bu, kamu yararına olduğu gibi, usûl ekonomisinin de bir gereğidir. Zira ileride kesin hüküm uyuşmazlığı teşkil edecek surette mükerrer yargılama yapmanın hiçbir anlamı ve gereği yoktur.¹⁵

Peki, idari yargıda uygulama imkân ve alanı bulunduğunu kabul ettiğimiz derdestlik kurumu, aynen ve istisnasız medeni usûl mevzuatına tâbi midir? İdari yargılama usûlünün özelliklerine ve idari dava türlerine göre, derdestlik kurumunun, nitelik, kapsam ve şartları, ortaya çıkması, tespiti ve tayini, hüküm ve sonuçları bakımından idari yargıda bir takım farklılıklar göstermesi doğaldır. Ancak, işin mahiyetinden kaynaklanan bir durum söz konusu olmadıkça, medeni usûl hukukuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasının gerektiği de açıktır.

¹² GÖRAN/BERKARDA/AYANOĞLU/BERK, s.123-124

¹³ BERK, s.51

¹⁴ Hukuki himaye ihtiyacı içinde bulunmayan davacının, ikinci bir dava açmasında hukuken korunan güncel bir yararı bulunmadığından, esasen derdestlik hâlinde hukuki menfaat şartının mevcut olmayacağı hakkında açıklamaları içeren HMK'nun 114 üncü maddesinin gerekçesi için bkz. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan Hukuk Muhakemeleri Kanununa, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2011, s.168-171

¹⁵ ÇAĞLAYAN, İdare Yargılama Hukuku, s.171

II. DERDESTLİK DURUMU: OLUŞMASI VE ORTAYA ÇIKMASI

A. AÇILMIŞ VE GÖRÜLMEKTE OLAN DAVA (DERDEST DAVA) KAVRAMI

Medeni usûl yönünden derdestlik itirazı/şartı, idari yargıda ise derdestlik durumu konusuna girmeden önce, hem ilk hem sonraki dava için bir ön şart ve buna bağlı ilk sorun şeklinde kendini gösterdiğinden, burada her iki dava bakımından ortak ve geçerli bir mesele olarak “açılmış ve görülmekte olan dava” (eski ifadesiyle davanın derdest olması) ne demektir, onu açıklayalım.

1. Bir Davanın Açılıp Görülmeye Başlanması

Medeni usûlde dava dilekçesinin esas kaydına girmesiyle dava açılmış olur. Ayrık bir düzenleme olmadığından davanın açılması aynı anda usûl hukuku bakımından doğurduğu diğer sonuçlar gibi derdestlik de kendiliğinden ortaya çıkar. Yani dava açılmakla, tarafların iradesinden bağımsız olarak, bir şarta bağlı olmadan, araya başka bir olgu veya işlem girmeksizin ve gerekmeksizin, derdestlik hâli de başlar.¹⁶ Dava açılma anı bu kayda göre belirlenmekle beraber, dava açılmış sayılması için harca tabi ise bu harcın yatırılmış olması şarttır.¹⁷

İdari yargıda bir dava açılabilmesi için kural olarak harcı yatırılmış bir davanın bulunması gerekmektedir.¹⁸ Kanunun 6 ncı maddesine göre, Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına veya 4 üncü maddede yazılı yerlere (Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlıklarına veya bunlara gönderilmek üzere idare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına, idare veya vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk hâkimliklerine veya yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarına) verilen dilekçelerin harç ve posta ücretleri alındıktan sonra kaydı yapılır ve dava bu kaydın yapıldığı tarihte açılmış sayılır.

¹⁶ ULUKAPI, Derdestlik, s.399; TANRIVER, s.8-9, 13

¹⁷ Uygulamada dava açılma zamanının tayin tespitinde yaşanan sorunlar Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararına konu olmuştur. Bu İBK Kararına göre, harca tabi olmayan davalar, hakimimin dava dilekçesinin esas defterine kaydedilmek üzere kaleme havale ettiği tarihte; harca tâbi olan davalar ise, harcın ödendiği tarihte açılmış sayılır. Bunda dilekçenin üzerindeki tarih değil, fiilen kaleme verildiği gerçek tarih esastır. Harç yatırılmış olmakla beraber, davacı tarafından dilekçe geç verilmişse, dava, bunun kalem kaydına girdiği tarihte açılmış sayılır. Bkz. Yargıtay İBK, 6.2.184, 7/3, RG: 19.3.1984/18436

¹⁸ BERK, s.18-19

Kanunun, 4001 sayılı Kanunla değiştirilen 6'ncı maddesinin 4'ncü fıkrasına göre, herhangi bir sebeple harcı veya posta ücreti verilmeden veya eksik harç ve posta ücreti ile dava açılmış olması hâlinde, otuz gün içinde harcın ve posta ücretinin ödenmesi ve tamamlanması hususu ilgili kişiye tebliğ edilir. Tebligata rağmen gereği yerine getirilmediği takdirde bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanır. Bu defa da harç ve posta ücreti süresi içinde verilmez veya tamamlanmaz ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

İdari yargıda da dava açılmakla dava konusu uyuşmazlık, bir yargı yeri önünde görülmeye başlanmış olur; yani derdest hâle gelir.¹⁹ Kanuna uygun şekilde açılmış idari davaların görülmesine, yargılamaya son veren hâller ortaya çıkana dek devam edilir. Bu yargılama süreci boyunca davanın görülmekte, yani derdest olduğu, bundan sonra aynı dava tekrar açıldığı takdirde de, iki aynı davanın yargılamasının yapılmakta olduğu anlamında derdestlik durumundan söz edilebilir.

2. Görülmekte Olan Davanın Sona Ermesi

Derdestlik, davanın sonunda verilmiş olan şekli anlamda kesinleşmiş bir hükümle birlikte veya davanın geri alınması, feragat, kabul veya sulh gibi genel ve olağan surette sona erer. Ancak medeni usûlde terditli, kümülâtif veya seçimlik dava yığılması bazı özel durumlar da söz konusu olabilmektedir. Asıl ve feri davaların bir arada açıldığı terditli davalarda ilk ve asıl talep yönünden derdestliğin sona ermesi, genel ve olağan hâlden ayrı bir özellik göstermez. Buna karşılık, ilk talebin kabulü hâlinde sonraki taleple ilgili derdestliği davanın açıldığı tarih itibarıyla ve geçmişe etkili olacak şekilde bozucu bir şart gerçekleşmiş gibi ortadan kalkar. İlk ve asıl talebin reddi hâlinde ise, sonraki talebin incelemesi yapılır, derdestlik durumu bir özellik göstermediğinden genel ve olağan şekilde sona erebilir. Kümülâtif, yani aynı derecede birden fazla talebin tek dilekçe ile dava edildiği objektif davalarda, aslında her talep konusunun ayrı bir dava teşkil ettiği dikkate alındığında, her talep için ayrı derdestlik hâli söz konusudur. Dolayısıyla, her talep hakkında hüküm fıkrasında verilen karar çerçevesinde genel ve olağan surette sona erme hâlleriyle derdestlik de şeklen kesinleşmiş hükümle ortadan kalkacaktır. Esasen, gerçek anlamda bir dava yığılması oluşturmayan seçimlik davalarda ise derdestlik genel kuralara göre tabidir.²⁰

¹⁹ GÖZÜBÜYÜK, s.447; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.961; TAN, s.1048; ÇAĞLAYAN, İdare Yargılama Hukuku, s.171

²⁰ TANRIVER, s.13 vd.

İdari yargıda, medeni usûldeki gibi derdestlikle ilgili özel durumlardan söz edilebilir mi? Bir kere, idari yargıda terditli dava açılması mümkün olmadığından,²¹ buna ilişkin bir derdestlik hâli ve derdestlik itirazı da söz konusu olamaz. Dava dilekçelerinin ilk inceleme esnasında terditli talep içerdiği anlaşıldığı takdirde, şartlı dava açılmayacağından ayrı ayrı dava açılması veya şartın kaldırılarak taleplerin sebep-sonuç ilişkisi içinde ortaya konmasına imkân vermek üzere Kanun'un 14/3-g ve 15/d'inci maddeleri uyarınca dilekçenin reddine karar verilir. Örneğin, bir memurun müdürlüğe vekâleten geçici görevlendirme işleminin iptali ve bunun reddi hâlinde bu makama atama yapılmama işleminin iptali için açılan bir davada asli talebe ek şartlı ve terditli bir talepte bulunulduğundan ilk inceleme sonunda dilekçenin reddine karar verilmesi gerekir. Dilekçedeki yanlışlık giderilinceye ve ek davanın şarta bağlılığı ortadan kaldırılincaya kadar bunun derdest olduğu söylenemez. Ancak ortada görevlendirme ve atama yapılmama şeklinde iki ayrı işlem bulunması hâlinde, bunların ayrı ayrı dava edilmesi mümkün olduğundan derdestlik hâli başlar ve aynısı açıldığı takdirde derdestlik itirazı sürülebilir.

Objektif dava yığılması ise bazı şartlarda ve belli hâllerde mümkün olur. Zira idari yargıda kural olarak herkesin tek başına ve her bir idari işlem/eylem için ayrı bir dilekçe ile dava açmasıdır.²² Gerçekten de, 2577 sayılı Kanunun 5'inci maddesine göre; her idari işlem aleyhine kural olarak ayrı ayrı dava açılır. Ancak, istisnai bazı hâllerde birden fazla işlem aleyhine veya müştereken birden fazla davacı birlikte aynı dilekçe ile dava açılabilir. Bu bağlamda, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir. Öncelikle belirtilmelidir ki aynı dilekçe ile dava açılabilmesi için her işlemin konusu aynı yargı yerinin görev alanı içinde olmalıdır.²³ İdari yargıda birden

²¹ KARAVELİOĞLU, s.428; KALABALIK, s.312.

Bu doğrultuda, Dnş. 12.D., 22.11.2006, 7974/5418, ERGEN, s.87

²² GÖZÜBÜYÜK, s.435; YENİCE/ESİN, s.154; ALAN, s.39; CANDAN, s.259; KARAVELİOĞLU, s.449; KALABALIK, s.314; YILDIRIM, s.415

²³ GÖZÜBÜYÜK, s.436; CANDAN, s.266; KARAVELİOĞLU, s.453; KALABALIK, s.314-315.

Bu doğrultuda, Danıştay'ca Tekel ürünleri toptan satıcılığı işiyle uğraşan davacı, stoklarının tespiti ile fiyat farkının tahakkuku işlemine ve buna ilişkin 27.12.1995 tarihli genelgenin iptali için açtığı davada, davalı ile davacı arasında imzalanan sözleşmenin ihlali-ne dayanan tahakkuk işlemi adli yargının, genelge iptali talebi ise idari yargının görevine girdiğinden Kanunun 5 inci maddesi gereğince ayrı ayrı dava açılmak üzere 15/1-d maddesi uyarınca dilekçenin reddine karar verilmiştir. Dnş. 10. D., 14.4.1997, 1996/6312-

fazla talebin konu edilebileceği bir diğer hâl, idari işlemin iptali ile birlikte tam yargı davası açılmasıdır. Kanunun 12'nci maddesi uyarınca ilgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla iptal ve tam yargı davalarını birlikte de açabilirler. Burada tür olarak bile ayrı iki davanın tek dilekçe ile açıldığı çok açıktır.

Kanun'un gerek 5'inci madde çerçevesinde, gerekse 12'nci maddeye göre iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılması hâllerinde, birden fazla talebin tek dilekçe ile dava edildiği kümülâtif dava yapılmışından söz edilebilir. Bu durumda aslında her talep konusuna ilişkin ayrı bir dava bulunduğu dikkate alındığında, her talep için ayrı ve birbirinden bağımsız derdestlik hâli söz konusudur. Her talep için derdestlik hâli ayrıca genel kurallara göre başlayacağı gibi buna göre sona erecektir. Bunun sonucu olarak, her talep hakkında hüküm fıkrasında ayrı bir karar verilecektir. Her talep hakkında verilen karar da birbirinden ayrı ve bağımsız surette şekli anlamda kesinleşmiş bir hüküm mahiyetinde olduğundan, derdestlik hâli de sadece ve münhasıran ilgili talep bağlamında ortaya çıkacak, birbirini etkilemeyecektir.

Sicil notu yetersizliğinden ötürü kademe ilerlemesi yapamayan bir memurun her iki işlemin iptali için açtığı davada sebep-sonuç ilişkisi, bunların yanında kademe ilerlemesi yapılmadığı için zarara uğranılmasından dolayı açılan davada ise 12'nci maddedeki iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılması hâli söz konusudur. Bunların hepsi tek bir dilekçe ile dava edildiğinde aynı anda derdestlik durumu başlar. Sonradan bu talepler hakkında başka bir dilekçe verilir ve aynen dava edilirse, her talebe ilişkin dava için ayrı ayrı derdestlik itirazı mümkün olur.

İdari yargıda ilk inceleme kurumu sırasında bazı noksanlıklar sebebiyle dilekçe reddi yapılabilmektedir. Bu takdirde otuz gün içinde eksiklikler giderilerek yenileme dilekçesi verilirse, dava dilekçenin ilk verildiği tarih

1997/1305, BAL/KARABULUT/ŞAHİN, s.58-59. Bunun gibi, bedelsiz ithâl izni verilmemesine ilişkin 17.12.1993 tarihli idari işlem ile 94/1 sayılı Bedelsiz İthâl Tebliğinin ilgili maddesinin iptali için açılan davada, Danıştay tarafından dosyanın tekemmülüyle duruşma yapıldıktan sonra, 93/1 sayılı tebliğden yararlandırmama işlemi ile uygulama işlemi tesis edildiği tarihte yürürlükten kalkmış olduğundan izin işleminin dayanağı olmadığı anlaşılan 94/1 sayılı tebliğin hükmünün iptali için davaların ayrı ayrı açılması gerektiği sonucuna varılarak Kanun'un 5'inci maddesi gereğince ayrı ayrı dava açılmak üzere 15/1-d'nci maddesi uyarınca dilekçenin reddine karar verilmiştir; Dnş. 10.D., 19.3.1996, 1994/4554-1996/1566, BAL/KARABULUT/ŞAHİN, s.60-61; ayrı Danıştay dairelerinin görevine giren birden fazla davanın birlikte açılmayacağı hakkında, Dnş. 11.D., 18.1.2011, 2010/10570,-2011/248, (özel arşiv)

itibariyle açılmış kabul edilir. Bize göre dilekçe reddi hâlinde, esasen açılmış ve fakat askıda bir dava hâli mevcut olduğundan, yenileme dilekçesi vermeksizin ayrıca (hem konusu, sebepleri ve tarafları aynı, hem de dava açma süresi içinde) başka bir dava açılırsa derdestlik durumu doğmaz; tâ ki, süresinde yenileme dilekçesi verilene dek. Hem yenileme dilekçesinin verildiği, hem de aynı davanın münhasıran ve ikinci kez bir dava açıldığı hâllerde, ikinci davadan sonraki yenileme dilekçesi derdestlik durumu/itirazı şartlarını ortaya çıkarır. Burada dilekçe reddine uğrayan davanın derdestliği askıda olduğundan ikinci davada derdestlik itirazı yapılamaz. Aksine yenileme dilekçesinden sonra açılan aynı ikinci dava baştan beri derdestlik itirazı şartlarını taşır. Zira yenileme dilekçesiyle askıdan indirilmiş ve derdest bir dava söz konusudur ve bu ava daha önce açılmıştır.

Bir diğer husus, ilk inceleme sonunda idari merci tecavüzü sebebiyle dilekçenin görevli merci tevdiine karar verilmesi hâlidir. Dilekçelerin görevli mercie tevdi hâlinde, yargı yerine başvurma tarihi, merciiine başvurma tarihi olarak kabul edilir. Görevli mercie tevdi kararı verilmiş bir dava dilekçesi idari başvuru dilekçesine dönüştüğünden, artık derdest bir davadan bahsedilemez. Bu dilekçeden bağımsız olarak bir diğer dilekçe ile (konusu, sebepleri ve tarafları) aynı dava tekrar açılırsa, henüz yargılamayı engelleyen derdestlik itirazı şartları doğmamış olduğundan dava görülür. Ne zaman ki, ilk müracaatın tevdi edildiği görevli merciinin kararı üzerine (üçüncü bir dilekçeyle) dava açılır, bize göre derdestlik durumu oluşur ve (üçüncüye göre eski tarihli olsa bile) ikinci dilekçe ile açılan davada derdestlik durumunu doğuran şartlar ortaya çıkar.

Esasen, gerçek anlamda bir dava yığılması oluşturmayan seçimlik davalarda ise derdestlik, genel kurallara tâbidir

B. DERDESTLİK DURUMUNU OLUŞTURAN HÂL VE ŞARTLAR

Görülmemekte olan iki aynı davadan söz edebilmek için bazı hâllerin varlığı şarttır. Bu hâllere, HUMK bakımından derdestlik itirazı/iddiası şartları denilmektedir. İtiraz kurumu bulunmadığından idari yargıda derdestlik durumuna yol açan hâllerden, kısacası derdestlik durumuna ilişkin şartlardan söz edilebilir.

Gerek medeni usûlde derdestlik itirazı/şartının ileri sürülebilmesi, gerekse idari yargılama usûlünde derdestlik durumunun gerçekleştiğini

söyleyebilmek için, a) aynı davanın aynı veya farklı mahkemelerde iki kere açılmış olması, b) birinci davanın görülmekte ve c) bununla ikinci davanın aynı olması gerekir.

1. Aynı Davanın Aynı veya Farklı Mahkemelerde İki Kere Açılmış Olması

Derdestlik itirazının/şartının ileri sürülebilmesi için öncelikle aynı davanın iki kere açılmış olması lazımdır. Bu iki davanın aynı anda açılması gerekmediği gibi, aynı mahkemede açılmış olması da zorunlu değildir. Yeter ki, ilk dava henüz sona ermemiş olsun. Medeni usûl hukuku hükümlerine dayanarak derdestlik itirazı/şartı ileri sürülebilmesi için ilki değilse de, ikinci davanın mutlaka hukuk mahkemesinde açılmış olması gerekir.²⁴

İkinci dava birinciden ayrı ve müstakıl bir dava olmak zorundadır. Görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine, bunlar henüz kesinleşmeden görevli ve yetkili mahkemede dava açılması örneğinde olduğu gibi ikinci dava ilkinin devamı mahiyetinde ise ayrı bir davadan bahsedilemez.

İdari yargılama usûlüne göre derdestlik denetimi yapılabilmesi için, ikinci kez açılan davanın idari yargı yerinde açılması şarttır. Buna karşılık, ilk davanın idari yargı yerinde açılmış olması zorunlu değildir. Hukuk, hatta ceza mahkemelerinde veya Askerî Yüksek İdare Mahkemesinde görülmekte olan davanın aynısı, Danıştay veya idare mahkemelerinde tekrar açıldığında –diğer şartları varsa- derdestlik hâli söz konusu olabilir.

Ortada gerçek anlamda bir dava yoksa derdestlik hâlinde bahsedilemez. Derdestlik hâlinde söz edebilmek için, tanımı gereği, gerek daha önceden mahkeme önüne getirilmiş olan, gerekse bir kere daha mahkeme önüne getirilen husus gerçek anlamda bir dava niteliği taşımalıdır. Bu bağlamda, ilk davada işlemin sadece yürütmenin durdurulması istenmiş olup da yenisinde aynı işlemin iptali dava edilmiş ise, ya da tam aksi söz konusu olduğunda, davalar aynı mahkemede açılmış olsa bile, “yürütmenin durdurulması talepli” iddia bakımından ortada gerçek anlamda bir dava bulunduğu söylenemeyeceğinden derdestlik hâli de kabul edilemez.

2. İlk Davanın Görülmekte Olması

Derdestlik itirazının/şartının ileri sürülebilmesi için ikinci davanın açıldığı tarihte, ilk davanın hâlen görülmekte olması gerekir. İlk davanın

²⁴ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C.IV, s.4219; ULUKAPI, Derdestlik, s.412-413; TANRIVER, s.43

görülmekte olmasından, açılmış davanın henüz karara bağlanmamış bulunması veya bir karar verilmiş olsa bile bunun henüz şekli anlamda kesinleşmemiş olmasını anlamak lazımdır.²⁵

Görülmekte olan ilk davanın, dava şartlarından birini taşıyamamasının, kanun yollarına başvurulmuş olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Burada, yapılan atıftan dolayı idari yargıda da uygulama alanı bulunan, feragat, kabul ve sulh gibi davaya son veren taraf işlemlerinin, medeni usûlde davanın görülmesi hâlini nasıl etkilediğine temas yerinde olacaktır. Mahkeme önünde yapılacak feragat, kabul veya sulh hâlinde davanın kendiliğinden ve doğrudan doğruya sona ereceğini ve verilecek kararın bunu tespit ve belgelemekten başka bir hüküm ifade etmediğini kabul eden hâkim görüşe göre, bu işlemlerin ortaya çıkışıyla ilk davanın derdest olma hâli de ortadan kalkar. Buna bağlı olarak da sonraki davada artık derdestlik iddiası ileri sürülemez; ancak yeni açılan dava, kesin hüküm varmış gibi reddedilmelidir.²⁶ Aksi görüşe göre, mahkeme huzurunda yapılacak feragat, kabul veya sulh, davayı kendiliğinden sona erdirmez; her dava gibi bu taraf işlemleri söz konusu ise dava ancak mahkemenin bunları esas alarak vereceği kararla son bulur. Böyle bir şekli anlamda kesin hüküm bulunmadıkça ilk dava hâlâ derdest, yani görülmektedir.²⁷

İdari yargılama usûlünde feragat ve kabul müesseselerine yer verilmiştir. 2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesi feragat ve kabul hâlinde Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu'nun (dolayısıyla HMK'nın) bu husustaki hükümlerinin aynen uygulanacağını hükme bağlamıştır. O hâlde, idari yargı yerinde feragat ve kabulün, medeni usûlde olduğu gibi ya taraflarca gerçekleştirilmesiyle, ya da buna dayanarak mahkemenin verdiği hükümle sonuç doğuracağı ve derdestliğin bu ihtimallere göre belirleneceği söylenebilir. Biz de, feragat ve kabul gibi taraf işlemlerinin, mahkeme önünde irade edilmesinden itibaren ve kendiliğinden uyuşmazlığı ortadan kaldırdığı ve verilecek hükmün bunu

²⁵ KURU, C.II, s. 1569 vd.; 1679; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.338, 357; ULUKAPI, Derdestlik, s.416; TANRIVER, s.49

²⁶ HUMK'nun 95'inci maddesinde feragat ve kabulün şekli anlamda kesin hükmün bütün sonuçlarını doğuracağını kayıtlandığına işaretlerle, feragat ve kabulün temel işlevinin mahkemenin kararının tamamlayıcısı olmak değil, aksine başka bir hüküm kurulmasını önlemek olduğunu ileri süren bu görüşe göre, aslolan, taraf işlemidir. Bu görüşün gerekçelendirilmesi ve diğer sahipleri için bkz. TANRIVER, s.54-56

²⁷ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C.IV, s.3613, 3701, 3757; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.613, 622, 627-628

tespit, teyit ve tevsik edici olduğu fikrini kabul ediyoruz. Bununla beraber, idari yargıda gerek yargılamanın yazılılığından dolayı, gerek özellikle iptal davasının objektif niteliği dikkate alınarak, feragat ve kabul işlemleri yapıldığı takdirde derdestliğin hemen ve tamamen değil, karara kadar askıya kalktığı kabul edilmelidir. Bu durumda askıdaki derdestlik ikinci davada gerekirse bekletici mesele yapılmalı, feragat ve kabule dayanan hükmün tesis ve şekli anlamda kesinleşmesi üzerine – diğer şartları varsa- sonraki dava kesin hüküm sebebiyle reddolunmalıdır. Bu usûl ekonomisine de uygun düşer.

İlk davanın görülmekte olması konusunda değinilmesi gereken bir durum da HUMK'un 409'uncu maddesi uyarınca işleminden kaldırılmış ve üç aylık süre içerisinde de yenilenmediğinden açılmamış sayılan davalardır. Özünde tebligat yapılamamasına dayanan davanın açılmamış sayılması kararının kendisi de tebliğ edilemediği zaman zarfında temyiz prosedürünün işlemeyeceği ortadadır. Bu takdirde dava şeklen kesinleşmemiş olduğundan, –takip edilmese de- derdest kalmaya devam edecektir. Hâliyle dava ikinci kez açılacak olursa derdestlik itirazı ile karşılaşabilecektir.²⁸

Medeni usûl öğretisinde, tebligattan dolayı kesinlik kazanamayan davanın açılmamış sayılması kararlarının verildiği davaların hâlen derdest olduğu kabul edilmektedir. Bu usûle ilişkin nihai kararın, gerek temyiz yolunun açık olması sebebiyle şeklen de olsa kesinleşmemesi, gerek buna yol açan davacının açacağı ikinci davada karşı tarafın derdestlik itirazının sonucuna katlanma zorunluluğu, gerekse 409'uncu maddede öngörülen şartları taşıyıp taşımadığının ve özellikle vekâlet ücretinin doğru tayin edilip edilmediğinin ancak temyiz incelemesi sonunda ortaya çıkacak olması gibi sebeplerle, davanın derdestliğinin temyiz prosedürü tamamlanıp da şeklen kesinleşinceye dek sürdüğü düşünülmektedir.²⁹

Buna karşılık, işleminden kaldırma kararını izleyen üç ay boyunca davanın derdest olduğunu kabul eden Yargıtay'a göre, davanın açılmamış sayılması kararı verildikten sonra açılan ikinci davada artık derdestlik itirazında bulunulamaz. Zira, Kanun koyucunun davaların takipsiz bırakılmasını engellemeyi amaçladığı dikkate alındığında, tebliğe çıkarılamayan kararın temyiz edilmeyerek veya temyiz aşamasından geçerek kesinleşmesinin

²⁸ TANRIVER, s.50-51

²⁹ TANRIVER, s.52-53. Bkz. KURU, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C.IV, s.4091; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 668-669; ULUKAPI, Derdestlik, s.416

derdestlik açısından bir önemi bulunmamaktadır. Bu sebeple, açılacak ikinci davada derdestlik itirazında bulunulamaz.³⁰

Bilindiği gibi, İYUK'un 6/4 ve 26'ncı maddelerinde medeni usûldekine benzer şekilde, iki ayrı dosyanın işleminden kaldırılması ve/veya davanın açılmamış sayılması hâli öngörülmüş bulunmaktadır. İlki, idari yargıda da davanın açılmış sayılabilmesi için zorunlu olan yargılama giderlerinin yatırılmamış olması hâlidir. İYUK'un 4001 sayılı Kanun'la değiştirilen 6'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasına göre, herhangi bir sebeple harcı veya posta ücreti verilmeden veya eksik harç ve posta ücreti ile dava açılmış olması hâlinde, otuz gün içinde harcın ve posta ücretinin ödenmesi ve tamamlanması hususu ilgili kişiye tebliğ edilir. Tebligata rağmen gereği yerine getirilmediği takdirde bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanır. Bu defa da harç ve posta ücreti süresi içinde verilmez veya tamamlanmaz ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

Dosyanın işleminden kaldırılması ve buna bağlı olarak davanın açılmamış sayılması kararı verilen diğer hâl, tebligat yapılamamasıdır. Açılmış dava esnasında davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması hâlinde, yapılacak işlem, Kanunun 26/3'üncü maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması hâlinde, yeni adresini bildirmesine kadar dava dosyası işleminden kaldırılır. Dosyanın işleminden kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.

Öncelikle Kanun'un 46'ncı maddesine göre nihai kararlara karşı temyize gelinebileceğini, davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararların hâkimin dosyadan elini çekmesi sonucunu doğurduğundan nihai nitelikte olduğunu³¹ hatırlattıktan sonra, şimdi yukarıdaki hâllerin derdestlik ile ilgi ve etkisini irdeleyelim. İlk durumda henüz açılmış bir dava yoktur. Harç yatırıldığı takdirde davanın kayda giriş tarihinde açılmış sayılması hâlinde, tâlikî şarta bağlılık söz konusudur. Dolayısıyla, gerek tebligat aşamasında, gerekse davanın açılmamış sayılması hâlinde görülmekte olan bir davadan

³⁰ Bu doğrultuda, 13.HD, 28.2.1992, 1489/1792, YKD, 1992/4, s.559-560. Derdestlik sebebiyle davanın reddine hükmeden yerel mahkemenin kararını derdestlik olmadığından davaya devam edilmesi görüşüyle bozan 19 ncu Hukuk Dairesinin (19. HD, 11.12.1995, 10588/11001) kararına direnilmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu direnme kararını bozmuştur: HGK, 18.9.1996, 19/461/607, TANRIVER, s.51-52, dp.31. Aynı görüşte, YILMAZ, s.152

³¹ ÇAĞLAYAN, Kanun Yolları, s.47, 56-57

söz edilemeyeceğinden, bizce, ayrıca açılacak ilkinin aynı yeni bir davada derdestlik durumundan bahsedilemez. Her ne kadar davanın açılmamış sayılmaması kararı temyizi kabil nihai bir karar ise de, baştan itibaren ortada bir dava bulunmadığından bunun doğal sonucu olarak derdest olduğu da ileri sürülememelidir.

Tebliğat yapılamamasından ötürü dosyanın işlemiden kaldırılması kararı, idari yargılama usûlüne göre bir başvuruya veya zamana kadar hâkimin dosyadan eline çekmesini gerektirmekle beraber sonlandırmayan, davayı şarta bağlı olarak askıya alan, özel bir karar türüdür. Bu kararın hüküm ve sonuçları, düzenlemenin kendisinde gösterilmiştir. Bu durum, temyize başvurmakla değil, ya davacının yeni adresini bildirmesi ile kendiliğinden, ya da süre dolunca verilecek davanın açılmamış sayılması kararı ile sona erecektir. Bu, hâkimin yargı merciinin davadan elini çekmesi sonucuna yol açan, usûle ilişkin nihai nitelikteki davanın açılmamış sayılması kararına karşı, ilgililer temyiz yoluna başvurabilirler.³² Bunun sonucu olarak, davanın derdest olduğu ve bu sebeple açılacak ilkinin aynısı ikinci bir davada derdestlik durumunun söz konusu olacağı kanaatindeyiz.

3. Birinci Dava İle İkinci Davanın Aynı Olması

İlk ve sonraki davanın aynı olması, -kesin hüküm itirazında olduğu gibi- her ikisinin taraflarının, konularının ve dava sebeplerinin aynı olması demektir.

a. Her İki Davanın Taraflarının Aynı Olması

Medeni usûl hukuku doktrininde taraf kavramı, her tür davada geçerli olmak üzere ve genellikle şekli veya maddi taraf kuramı çerçevesinde açıklanmaktadır.³³ Genellikle dilekçede, kendi adına hukuki himaye isteyen kişi (davacı) ile bunun muhatabı, yani kendisine karşı hukuki himaye istenen kişi (davalı) olarak gösterilenleri taraf sayan şekli taraf kuramı kabul görmektedir.³⁴ Salt dava dilekçesinde taraf konumunda gösterilmiş olmayı yeterli gören ve

³² ÇAĞLAYAN, Kanun Yolları, s.57

³³ Bu kuramlar ile sadece mal varlığı davalarında tarafın tespit ve tayinine yaradığından medeni usûl hukukunda rağbet görmeyen işlevsel taraf kuramı hakkında geniş bilgi için bkz. TANRIVER, s.60-62, KURU, C.I, s.887 vd.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 258 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.206-207; ULUKAPI, Derdestlik, s.416; ULUKAPI, Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, s.11 vd.

³⁴ TANRIVER, s.60, 62; KURU, C.I, s.887 vd.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.258 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.206; ULUKAPI, s.422-423; HANAĞASI, s.162-163

bu bakımdan usûli nitelik taşıyan şekli taraf kuramına göre, dilekçede taraf olarak gösterilen davacı ve davalı dışında kalan kanuni ve iradi temsilciler ile feri müdahil davanın tarafı değildir. Buna karşılık, taraf kavramı külli ve cüzi hâlefleri de kapsar.³⁵ Tarafı, maddi hukuk ilişkisinin süjesi olarak gören ve bu suretle taraf sıfatı ile özdeşleştiren maddi taraf kavramının aksine, şekli taraf kavramına göre taraf sıfatı işin esasına geçildiğinde incelenen bir dava şartı mesabesinde olup taraftan ayrı ve farklıdır.³⁶

Derdestlik durumunun tespiti açısından şekli taraf kuramı yaklaşımına göre tarafların aynı olup olmadığının anlaşılması için dilekçede –karşılıklı olarak davacı ve davalı konumunda bulunmak kaydıyla- aynı kişilerin gösterilmesi yeterlidir. Tarafların aynı sayılması için üstlendikleri rollerin de aynı olması gerekmez; ilkinde davacı olan kişi ikinci davada davalı konumunda bulunabilir.³⁷

2577 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesinin 2’nci fıkrasının a bendi gereği, idari dava dilekçesinde, “*Taraflarınad ve soyadları veya unvanları*” gösterilmek zorundadır. İdari yargıda açılacak davalara ait dilekçelerde, davayı açan kişi kendisini/temsil ettiği kişiyi davacı olarak, husumeti yönelttiği kişiyi davalı olarak göstermek durumundadır (İYUK m.3/2). İdari yargılama usûlümüze göre, gerçek veya tüzel kişi olabilen davacı aynı zamanda ehliyet kavramı içinde bir ilk inceleme konusu ve dava şartıdır. Davalı ise daima bir idari kurum veya kuruluş olarak husumet kavramına dâhildir. Husumet de bir ilk inceleme konusu ve dava şartıdır. Davacının tamamen veya hiç gösterilmemesi dilekçenin reddini gerektirir (İYUK m.14/3-c, 15/1-b). Buna karşılık, davalının gösterilmemesi hâlinde hâkim bu noksanlığı re’sen gidermekle yükümlü kılındığından, hiç gösterilmese veya yanlışlık yapılsa dahi gerekli düzeltme yapılır (İYUK m. 14/3-f, 15/1-c).

İdari yargıda tarafların dilekçede gösterilmesi ve uygun teşkili, yargılama usulünün tekemmül ettirilmesi ve işin esastan incelenmesi için yeterli olmamaktadır. İlk inceleme konusu ve bir dava şartı olarak, iptal

³⁵ PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.576-578

³⁶ PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.213-214. Davanın taraflarının tayininde maddi hak ilişkisinin objektif unsuruna, yani davanın konusuna önem veren maddi hukuk taraf kavramına göre, bu ilişki çerçevesinde gerçek tarafların araştırılması ve taraf sıfatı olanların davacı ve davalı olarak kabulü gerektiğinden taraf sıfatı/husumet dava şartı konumundadır. Bkz. ULUKAPI, Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, s.11

³⁷ TANRIVER, s.63-64; KURU, C.I, s.887 vd.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 258 vd.; ULUKAPI, Derdestlik, s.424; Z.YILMAZ, s.154

davalarında menfaat ihlalinin, tam yargı davalarında hak ihlalinin varlığı gerekir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, idari dava türüne göre taraf aynılığını değerlendirelim: İptal davalarında şekli anlamda aynı olan tarafın, farklı bir menfaatinin ihlali üzerine açtığı davada derdestlik hâinden söz edilemez. Örneğin, bir kişi, memuriyete ilişkin (atama/sicil/disiplin/ mali vb) bir düzenleyici işlemin iptali için vatandaş olarak açtığı davadan sonra devlet memurluğuna girdiği takdirde, aynı işleme karşı süresinde açtığı ikinci davada derdestlik hâli bulunduğu söylenemez. Lâkin, ilkinde statü dışında olan davacının (taraf ehliyeti kapsamında) sübjektif ehliyeti bulunmamaktadır. Bu sebeple davanın menfaat ihlali bulunmadığından ilk incelemede dava şartı yokluğundan reddi gerekir. Buna karşılık, ikincisinde artık statüyü kazanmış olduğundan menfaat ihlali durumu söz konusu olabilir. Dolayısıyla davanın esastan incelenmesi lazım gelir.

Yukarıda verilen iki örnekte de, davanın tarafları dilekçe üzerindeki taraf teşkiline ve medeni usûl hukukuna göre şekli anlamda aynıdır. O hâlde (sebeup kavramına olan etkisi şimdilik göz ardı edilmek kaydıyla) idari yargıda da bu davaların davacılarının aynı olduğu sonucuna varılabilir mi? Bu sonuç kabul edilirse, davaların ilkinde menfaat ihlali yokluğundan dolayı davayı usûlden reddetmek, ikincisinde esasa girmek çelişki yaratmayacak mıdır? Bunlarda taraf aynılığından ötürü derdestlik durumu bulunduğu söylenebilir mi? Bizim cevabımız, burada şeklen aynılık varsa da, idari yargılama usûlü bakımından tarafların farklı olduğudur.

Bu noktada, bir kez daha medeni usûlde kabul gören şekli taraf kavramı bakımından, tarafların, dilekçede usûlen davacı ve davalı gösterilenlerle teşkil edildiğini ve taraf sıfatının dava şartı olmadığını belirttiikten sonra, bu kavram bağlamında menfaat/hak ihlali şartı ile derdestlik ilişkisini açalım. Eskiden husumet kavramı ile birlikte mütalaa edilmekle birlikte daha farklı ve özel bir anlama gelen taraf sıfatını teknik olarak, dava konusu hak ile taraflar arasındaki ilişki olarak açıklayabiliriz.³⁸ Kural olarak sübjektif hakkı ihlal

³⁸ Kısa bir açıklama yapmak gerekirse, İslam hukukundan gelen husumet kavramı, taraf sıfatının yanı sıra taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve dava takip yetkisi için de kullanılmakta ise de; bu terimlerin her birinin ayrı ayrı kullanılmasının daha uygun olduğu; sübjektif hakla tarafların ilişkisi demek olan taraf sıfatının dava şartı olmayıp re'sen de gözetilen bir ilk itiraz olduğu; taraf sıfatının yokluğu hâlinde davanın esasına girildikten sonra husumetten reddinin gerektiği; bunun gerçek taraflar için değil sadece dilekçede gösterilen taraflar için maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği kabul edilmektedir. YENER, , s.153 vd. KURU, Hukuk Muhake-

edilenin dava açma hakkı bulunduğundan, davacı sıfatı da aynı kişiye aittir. Bunun karşısında, dava yoluyla sübjektif hakkın talep edildiği gerçek muhatap da taraf sıfatını taşımaktadır. Doktrinde bunlardan ilkinde aktif husumet, ikincisine pasif husumet denmektedir.³⁹ Sıfatın belli ölçüde taraf ehliyetiyle de ilişkili olduğunu, çift yönlü olarak birinin mevcut olmamasının diğerinin de yokluğuna işaret edebileceğini belirtelim.⁴⁰

İdari yargıda bir kişinin iptal davası açabilmesi için menfaatinin ihlal edilmiş olması gerekir.⁴¹ Menfaat ihlalinde söz edebilmek için mutlaka sübjektif bir hakka dayanmak gerekmektedir. Menfaat, davacı tarafın hukuki himaye ihtiyacı anlamında, öze değil, usûle ilişkin bir dava şartıdır. Taraf sıfatı ise tanımı gereği dava konusu hakka, yani esasa ilişkindir. Fransız idari yargı öğretisinden kaynaklanan menfaatin doğrudan ve kişisel olma niteliğinin, objektif nitelik taşıyan iptal davalarında taraf sıfatı ile menfaat ihlaline tekabül etmesi sonucunu doğurduğu belirtilmektedir. Daha açık bir ifadeyle, kişisel bir menfaati doğrudan ihlal edilmiş kişi, aynı zamanda taraf sıfatına sahiptir; bu unsur yoksa kişinin taraf sıfatı da bulunmaz. Bu yüzden, işlemle davacı arasında makul ve ciddi ilişki kurulması şeklinde beliren taraf sıfatının varlığı, iptal davalarında esasa değil, sadece davanın dinlenebilirliği/kabule şayanlığı için aranan bir şart mesabesinde. Buna karşılık sübjektif özellikli tam yargı davaları için aynı şey söylenememektedir. İYUK'un m.2/I-b'de açıkça davacı sıfatının "idari işlem ve eylemle kişisel hakkı doğrudan ihlal edilenlere" ait olduğu belirtildiğinden, bu iddiaya dayanılarak açılan davalar esastan incelenmek durumundadır.⁴²

meleri Usûlü, C.I, s.1156-1157

³⁹ Husumetin sıfat ve ehliyetle ilgisi için bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.213; ÜS-TÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, s.301-312; YILMAZ, s.28-29

⁴⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.214

⁴¹ Sübjektif ehliyet olarak da adlandırılan "menfaat ihlali" davacı ile davanın konusu işlem olan arasında makul, ciddi ve kişisel bir ilişki bulunması demektir. Bir menfaatin kişisel sayılabilmesi için iptali istenen işlem, ya doğrudan doğruya davacı hakkında yapılmış olmalı ya da dolaylı olarak davacıyı etkilemelidir. Geniş bilgi için bkz. ONAR, s.1781; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.348, 1167 vd.; GÖZÜBÜYÜK, s.165 vd.; ALAN, s.32; YENİCE/ESİN, s.486; KARAVELİOĞLU, s.1024; CANDAN, s.103 vd.; AKYÜREK, s.29; ÖZDEK, s.104; KOÇAK, s.123; ERHÜRMAN, s.49-50; KAYA, s.1117 vd.; KALABALIK, s.159 vd.

⁴² Sonradan medeni yargılama hukukuna da aktarılan "doğrudan ve kişisel menfaat" kavramının, Fransız idari hukuku doktrini tarafından iptal davası teorisi bağlamında 19'ncü yüzyılda geliştirildiği; sıfat kavramının da "hukuki ve meşru menfaat" gibi davacının içinde bulunduğu hukuki duruma ilgili olduğu; bu sebeplerle menfaatin Fransız hukukunda daha geniş bir kapsama sahip olan sıfatın bir görünümü olarak belirlediği, hatta örtüştüğü belirtilmektedir

Böyle olunca, menfaati ihlal olunmak şartıyla, bundan daha kapsamlı, temelli ve esaslı bir hakkın gerçek tarafı olmak anlamındaki sıfat kavramı arasında bir ilgi bulunmakla birlikte, ayniyet olmadığı ortaya çıkmaktadır. Menfaat ilişkisi, sıfat/aktif husumet kavramına göre hem daha izafi ve nispi, hem de karşı tarafın idare olmasından dolayı daha ziyade konu odaklıdır. Dolayısıyla, davanın esasına girilmeden önce (ve davanın her aşamasında) varlığının gözetilmesi, iptal davalarında taraf sıfatının dava şartı olarak kabul edilmesi anlamına gelmemektedir.

Danıştay uygulamasına gelince, tasfiye hâlindeki şirketin vergi borçlarının tahsili için çıkarılan ödeme emrine karşı tasfiye memuru tarafından emrin iptali istemiyle açılan davada, vergi mahkemesi, daha önce şirket tarafından aynı konuda açılmış davadan dolayı mükerrer dava söz konusu olduğu için incelemeksizin reddine karar vermiştir. Danıştay, 17.12.1998 tarihinde feshedilerek tüzel kişiliği sona ermiş şirkete ödeme emri düzenlenemeyeceği gibi, tasfiye memurunca da temsiline imkân olmadığını belirterek ikinci davanın taraf ehliyeti yönünden reddinin gerektiğine hükmetmiştir. Bu bakımdan derdestlik gerekçesiyle davayı incelemeksizin reddi kararını hukuka uyarlı bulmamışsa da, esasen dava ehliyeti yönünden reddi gerektiğinden temyizden incelediği kararı onamıştır.⁴³

b. Her İki Davanın Konusunun Aynı Olması

Tüm önemine rağmen, izafi ve değişkenliğinden dolayı dava kavramının tek bir tanımını yapmakta ve bu çerçevede mahiyetini açıklamakta müşkülât vardır. Dava konusuyla ilgili kavramsal tartışmalara girmeksizin şunu net olarak söyleyebiliriz ki, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu, dava konusunun belirlenmesinde maddi hukuk ilişkisini değil, usûlî talebi esas almıştır.⁴⁴ Dava konusunun tayininde usûlî

⁴³ Dnş. 7.D., 14.6.2005, 1018/1227, DD, S.111

⁴⁴ Bu hususta HUMK'un (dolayısıyla HMK'nın) göreve ilişkin 8 (m.4), ihtiyari dava arkadaşlığı şartına ilişkin 43/1 (m.57/a), dava konusunun ıslahı yoluyla artırılmasına ilişkin 83 (m.179), dava konusunun devriyle ilgili 186 (m.125) ve kesin hükümle ilgili 237 (m.303) nci maddeleri örnek verilmektedir. Biz, şimdilik burada yeni HMK'da dava dilekçesinin içeriğini düzenleyen 119'ncü maddesinde davanın konusu ile talep sonucuna ayrı bentlerde yer verildiğini, kesin hükümle ilgili 303'ncü maddede (HUMK m.237'den farklı olarak) talep sonucunun aynılığının esas alındığını, aynı şekilde feragat ve kabulle ilgili kısımda (m.307-312) talep sonucundan vazgeçme ve buna muvafakatten bahsedildiğini söylemekle yetiniyoruz.

Dava konusuna ilişkin tartışma ve açıklamalar ile medeni usûl hukukunda talep sonucun esas alındığına dair bkz. KURU, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C.II s.1586, 1601 vd.; PEKCANI-

nitelikteki talep esas alındığı takdirde, dava sebebinin oluşturan olguların da dâhil edilip edilmeyeceği hususu ihtilaflı ise de, genel kabul “talep sonucunun” tek başına ve yalın olarak dava konusunu belirleyeceği yönündedir.⁴⁵

Şurası muhakkak ki, derdestlik iddiasında dava konusunun yanında dava sebebinin de aynı olması arandığından, medeni usûl yargılaması açısından, usûli nitelikli talep sonucu olarak tanımlanan dava konusunun kapsam ve içeriğinin belirlenmesinde, maddi vakıaların da dikkate alınmasının bir etki ve önemi bulunmamaktadır.

Bu çerçevede, ilki ile ikinci davanın konusunun aynı olup olmadığı, her iki dava dilekçesinin talep sonucu karşılaştırılarak belirlenecektir.⁴⁶ Kısa bir açıklama yapmak gerekirse, dava edilen maddi şeylerin üzerindeki hakların birbirinden farklı olması, birinde alacağın kendisinin, diğerinde faizinin istenmesi; ilkinde borcun veya alacağın belli bir kısmının, ikincisinde kalan kısmın talep edilmesi; eda davasının, müspet veya menfi tespit davasının ardından açılması; aynı sebeple açılan davalardan birinin maddi, diğerinin manevi tazminat davası olması hâllerinde, talep sonuçları farklı olduğundan davanın konusu itibarıyla derdest olduğu ileri sürülemez. Buna karşılık, müspet veya menfi tespit davası eda davasını müteakip açıldığı, konunun nakdi bir tutar olan davaların rakamlarında fark bulunduğu, talep sonucunun özü olmaktan başka anlamı olmayan hukuki himaye amacının ayniyet göstermediği, asıl davada davayı hadise olarak incelenen hususun daha sonra ilkinden bağımsız ve ayrıca dava konusu edildiği, özdeşlik bulunduğundan ilk müspet tespit davasının ardından menfi veya önceki menfi tespit davasını takiben sonra müspet tespit davasının açıldığı durumlarda ise dava konularının aynı olduğu kabul edilmelidir.⁴⁷

2577 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasının b bendi gereği, idari dava dilekçesinde, (davanın sebepleri ile birlikte) davanın konusu ile birlikte dayandığı deliller gösterilmelidir. Maddenin c bendine göre, “*Davaya konu olan idari işlemin yazılı bildirim tarihi*” gösterilir. Bu da

TEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.579; TANRIVER, s.67 vd

⁴⁵ TANRIVER, s.76 vd.; ULUKAPI, Derdestlik, s.426; HANAĞASI, s.162

⁴⁶ Kesin hüküm hâlinin tayininde, ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davanın talep sonucunun aynılığına bakılacağını kayıtlayan HMK’nın 303’ncü madde hükmü, bu yargıyı –derdestlik için de- daha da pekiştirmiş bulunmaktadır.

⁴⁷ TANRIVER, s.78 vd.; ULUKAPI, Derdestlik, s.425 vd.; ŞEKERCİ, Derdestlik I, s.220; YILMAZ, s.154-156

iptal davalarında konunun idari işlem olduğunu göstermektedir. Maddenin d ve e bentlerinde, vergi, resim, harç, benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarına ilişkin davalarla tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın belirtileceği, vergi davalarında davanın ilgili bulunduğu verginin veya vergi cezasının nevi ve yılının, tebliğ edilen ihbarnamenin tarihi ve numarasının gösterileceği hükme bağlanmıştır.

İdari yargıda davanın konusu; davacının idareyle aralarında çıkan ve idari davanın şart ve imkânlarına göre mahkemeden giderilmesini istediği ihtilafın, dava dilekçesinde ifadesidir. İdari dava türlerine bağlı olarak davanın konusu, geniş anlamda ya bir idari işlemin iptali, ya da idarenin bir faaliyetinden doğan bir zararın tazminidir. Bunlar idari sözleşmeye ilişkin de olabilir. Davacı, davanın geniş anlamda konusuna dâhil olan dava türlerinden (iptal, tam yargı, temyiz gibi) hangisine girdiğini belirtmelidir. Dava türü ismen yazılmamış olsa bile, dilekçenin düzenleniş biçimi ve içeriğinden açıkça anlaşılır olmalıdır. Bu husus yargılamanın usûlünü de belirleyeceğinden önemlidir.⁴⁸

Davanın konusu bir işlem veya sözleşmenin iptaline ilişkin ise, bu işlemin ne olduğu, tarih ve sayısı veya içeriği verilmek suretiyle somut olarak belirtilmelidir. Talep sonucu da, buna paralel şekilde açık ve net olarak aynı idari işlemin iptaline karar verilmesi yönünde olmalıdır.

Tam yargı davalarında ise, davanın konusu; idarenin belli bir maddi ve/veya manevi zararının karşılığı belirli bir meblağın tazminen ödenmesinden ibarettir. Buna paralel olarak talep sonucunda da, mutlak surette parasal olarak ifade edilen belli bir tutarın maddi ve/veya manevi tazminat olarak ödetilmesine hükmedilmesi istenmelidir. Bir parasal miktar dava ediliyorsa bu miktar net olarak belirtilmelidir.⁴⁹ Aynı zorunluluk; vergi, resim, harç, benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarına ilişkin davalarda da vardır.⁵⁰ Her iki davada sadece tazmini istenen tutarlar arasında fark olması derdestliğe mani değildir. Bize göre, örneğin aynı aylara ait eksik maaş ödemelerinin veya benzeri mali hakların belli bir tutar telaffuz edilmeksizin hükmen tazminine

⁴⁸ MÜDERRİSOĞLU, s.641

⁴⁹ Tazminat tutarının gösterilmemesi hâlinde dilekçenin reddine dair; Dnş. 5.D., 1673/1734, ÖZKAYA/TOPUZ, s.137-138

⁵⁰ Davanın konusu ile aynı anlama gelmekle birlikte, MÜDERRİSOĞLU, müddeabihi dava konusundan ayrı ve uyuşmazlık olan miktar olarak ele almaktadır, MÜDERRİSOĞLU, s.641

ilişkin (iptal davasına bürünmüş tam yargı) dava⁵¹ ile bunlarla ilgili yekûnun para olarak ifade edilerek verilmesine dair maddi tazminat davası aynı konuda açılmış davalardır. Buna karşılık, açılan davalardan biri maddi tazminat, diğeri manevi tazminat ise dava konularının aynı olduğu söylenemez.

Uygulamada, davanın konusu; medeni usûlden alınan idari dava dilekçe formatında “Davanın konusu” ile “Neticeyi talep/talep sonucu” şeklinde iki başlık altında açıklanmaktadır. Davanın konusu, davacının neye yöneldiğini gösterdiğinden, dilekçenin düzenleniş biçimine göre “konu” ile “talep” bölümü uyumlu olmalı, davacı burada dava ile ne elde etmek istediğini açıkça ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde, ama kısa ve öz olarak ifade etmelidir.⁵²

Danıştay uygulamasına bakılacak olursa, bir uyuşmazlıkta, raportörlerin yerinde inceleme yapmalarını engellemeleri üzerine Rekabet Kurulunun ... tarih ve ... sayılı kararıyla 4054 sayılı Yasanın 17/d maddesine göre verdiği süreli para cezasına itirazın reddi üzerine davacı şirketin açtığı dava, süre yönünden reddedilmiştir. Şirketin incelemeye daveti üzerine bu tarihe kadar olan günlük tahakkuk ettirilen miktarın ödenmesine ilişkin işlemin iptali için dava açılmıştır. Bu işlemde hukuka aykırılık görmeyen Danıştay, davalı idarenin taraf ve konusu aynı ikinci davanın derdestlik sebebiyle incelenemeyeceği iddiasını da her iki davadaki kararların farklı olduğunu belirterek kabul etmemiştir.⁵³

Bir idari işlemin tesisinden sonra hukuki ve maddi hâl ve şartlar değiştiği takdirde bilahare başvuru üzerine yapılan yeni işleme karşı açılacak davanın konusu ilkinden farklılık gösterebilir. Buna karşılık işlemin kaldırılması, düzeltilmesi veya değiştirilmesi için yapılan başvuruya verilen cevaba karşı açılan ikinci davanın konusu aynıdır. Zira, dava asıl olarak ilk işleme ilişkindir. Danıştay da aynı doğrultuda karar vermiştir.⁵⁴

⁵¹ Danıştay İBK kararına göre, kamu görevlilerinin mali haklarına ve işleme bağlı belli zararlarından doğan uyuşmazlıklarda miktar gösterilmese de dava edilebilir, bunun dilekçede gösterilmemesi noksanlık sayılmaz. Dnş. İBKK, 29.12.1983, 1/10, DD, S.54-55, s.129 vd.

⁵² GÖZÜBÜYÜK, s.428; YENİCE/ESİN, s.142; KARAVELİOĞLU, s.412; TOPUZ/ÖZKAYA, s.121 vd.; CANDAN, s.254 vd.

⁵³ Dnş. 25.11.2002, 2000/5592-2002/4506, DKD, S.1, s.418-422

⁵⁴ Geçici ihâle kararını iptal eden 11.10.2001 tarihli valilik işleminin iptali için idare mahkemesinde dava açan şahıs, ayrıca 16.10.2001 tarihinde idareye yaptığı başvuru 31.10.2001 tarihinde reddi üzerine de tekrar dava açmıştır. İdare mahkemesi ikinci davayı esastan inceleyerek işlemin iptaline karar vermiştir. İdarenin temyizi üzerine Danıştay, derdestlikten dolayı ikinci davanın esasının incelenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle hukuka uyarlı bulmadığı kararı bozmuştur. Bkz. Dnş. 10. D., 25.11.2004, 2003/2595-2004/7611, DD, S.109,

Danıştay bir kararında, boş bir kadroya nitelikleri uymayan başka bir personelin atanması hâlinde, uygun durumdaki bir diğer kamu görevlisinin bu işleme karşı dava açabileceği gibi, doğrudan kendisinin atanmamasını konu eden bir dava açabileceğine hükmetmiştir. Danıştay’a göre her hâlde menfaat ihlali bulunan davacının açtığı iki şekilde açılan davaların konusu aynıdır.⁵⁵

c. Her İki Davanın Sebebinin Aynı Olması

Usûl hukukunda, dava konusu gibi dava sebebinde de önemli bir yeri vardır. Genel olarak sebep kavramından, maddi ve/veya hukuki sebep anlaşılır. Maddi sebep, talepte bulunmayı gerektiren ve haklı gösteren vakıalar bütünü, başka bir deyişle talebe yol açan tüm olay ve olguları ifade eder. Buna karşılık, talebi haklı kılmaya yarayan vakıaların (ferdileştirilmek

s.286-288

⁵⁵ Davacının boş bulunan kadroya atanan kişinin atanma kriterlerini taşımadığından bahisle bunun iptali için yaptığı başvururun rektörlüğün 28.5.2004 tarihli kararıyla reddi üzerine açtığı dava ile bu yargılama devam ederken anılan kadroya kendisinin atanmamasına ilişkin işlemin iptali için açtığı ikinci dava arasında derdestlik bulunduğu sonucuna varan ve bu sebeple ikinci davayı incelemeksizin reddeden idare mahkemesi kararını temyizen inceyelen Danıştay aynı gerekçelerle onamıştır. Bkz. Dnş. 8. D., 3.2.2006, 388/4833, DBB

Bunun gibi, yurt dışı görevden alınma işleminin hukuka uyarlı olduğu yargı kararı ile sabit görülen davacının, yurt içinde atandığı yere ilişkin açtığı iptal davasında idare mahkemesi, genel müdürlüğe atanan davacının yurt dışı görevinden merkeze dönüşünde geçmiş hizmetleri, hizmet süresi ve bulunduğu görevler dikkate alındığında en son görev yaptığı genel müdürlük görevine eş değer bir göreve ya da durumuna uygun başka bir göreve atanması gerekirken, dış ticaret uzmanlığı kadrosuna atanmasında açık takdir hatası bulunduğu sonucuna vararak işlemi iptal etmiş, ayrıca dava konusu işlemin iptali üzerine davacının genel müdürlük görevine veya eşdeğer bir göreve ya da durumuna uygun başka bir göreve atanması gerekeceğinden, parasal kayıplarının mevcut görevi ile atanacağı yeni görevinin maaşı esas alınarak belirlenecek olması nedeniyle bu aşamada parasal kayıpları hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Davalı idarenin temyizi üzerine Danıştay; “Dava dosyası ile Dairemizin 2006/7581 esasında kayıtlı dosyanın birlikte incelenmesinden; davacının ...’nden alınarak, ... Uzmanı olarak atanmasına ilişkin 20.4.2005 tarih ve 2005/784 sayılı işlemin iptali ile yoksun kaldığı parasal hakların faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açtığı davanın Ankara 1. İdare Mahkemesi’nin 21.6.2006 günlü, E:2005/2037, K:2006/1543 sayılı kararıyla reddedildiği, bu kararın temyizen incelenmesi ve dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulması istemiyle davacı tarafından yapılan başvurunun Dairemizin 26.1.2007 günlü ve E:2006/7581 sayılı kararıyla, davacının ... görevinden alınmasına ilişkin işlem yönünden yürütmenin durdurulması isteminin reddine, Uzmanı olarak atanmasına ilişkin işlemin yürütülmesinin durdurulmasına şeklinde karara bağlandığı, bakılan bu davanın da aynı atama işleminin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.// Davacı, önceki davası ve bakılan bu davası ile netice itibarıyla aynı atama işleminin iptalini istemektedir.” gerekçesiyle “Böylece, ortada davacının elde etmek istediği nihai amacına yönelik olarak açtığı, tarafları konusu ve sebebi aynı olan iki dava bulunması hâlinde sonradan açılan bu davanın derdestlik nedeniyle açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken davanın esastan incelenerek işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.” Dnş. 5.D., 5.6.2007, 554/290, DBB

suretiyle) hukuki niteliği, yani davanın dayandığı somut hukuki ilişki hukuki, sebep olarak tanımlanır.⁵⁶

Türk medeni usûl hukuku doktrinde, dava sebebinin tayininde, hukuki sebebi kasteden ferdileştirme kuramı değil, davanın temelini oluşturan olay ve olguların kendisi, yâni maddi sebep görüşü esas alınmaktadır. Kesin hükümde olduğu gibi derdestlikte de dava sebebine vakıalar oluşturur.⁵⁷ Bu bakımdan, dava dilekçesinde talebin gerekçesini oluşturan vakıaların -tamamının değilse de son isteğin dayanağı olarak belirlenebilecek kadarının,- kronolojik bir sıra dâhilinde ayrıntılı olarak açıklanması gerekmektedir.⁵⁸

2577 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasının b bendi gereği, idari dava dilekçesinde, *davanın konusu ile birlikte davanın sebepleri ve dayandığı deliller* gösterilmelidir. Dava dilekçesinin içeriğini düzenleyen 3'üncü maddede, hukuk davasına mahsus dilekçelerde olduğu gibi, özet olarak bütün vakıaların sıralanacağına ve hukuki sebeplerin özetlerinin belirtileceğine dair ayrı ve açık bir hükme yer verilmemiştir. Bu bakımdan, maddeye göre dilekçede gösterilmesi gereken dava sebebi kavramına, hem maddi vakıaların, hem de hukuki sebebin dâhil olup olmadığının; kapsama dâhilseler bu iki unsurun dava sebebini tayin ve tespit için aynı derecede etki ve öneminin bulunup bulunmadığının ortaya konması gerekmektedir.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, idari yargıda derdestliğin oluşumu açısından –her iki davada da ayniyet bulunmak kaydıyla- dava sebebi kavramının kapsam ve içeriğinin herhangi bir önemi yoktur. Böyle de olsa, idari yargıda dava sebebi hakkındaki görüşleri özetlemek yararlı olacaktır.

⁵⁶ KURU, Dava Sebebi, s.219; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.330-333

⁵⁷ KURU, Dava Sebebi, s.244; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.578

⁵⁸ Buna dayanak olarak, esasen hukuku uygulamak bağlamında olguları hukuken nitelemenin hâkimin görevi olduğu belirtilerek ((HUMK m.75, HMK m.25), HUMK'un iddiaların dayandığı bütün vakıaların sıra dahilinde özet olarak gösterme mecburiyetine ilişkin 179 uncu madde (HMK m.119), ileri sürülmeyen iddia sebeplerinin hakim tarafından re'sen dikkate alınmayacağı şeklindeki 75/1 inci madde (HMK m.25) ve hakim hukuki sebepleri re'sen dikkate alması gereğini hükme bağlayan 76 ncı madde (HMK m.33) düzenlemeleri gösterilmektedir. Bu görüş ve gerekçelendirilmesi için bkz. TANRIVER, s.88-89; KURU, Dava Sebebi, s.215 vd.; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C.II, s.1590; s. 603; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 343; ULUKAPI, Derdestlik, s.420; ŞEKERCİ Derdestlik I, s.219; ÜSTÜN-DAĞ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasası, s.50 vd.; ALANGOYA, s.106. Türk hukukunda hukuki sebebi davanın sebebi sayan POSTACIOĞLU, Medeni Usûl Hukuku Dersleri, s.386 vd., 388, 435; POSTACIOĞLU, Hukuki Sebep, s.500 vd.

Tatbikatta, dava sebebi, hukuk davalarından örnek alınarak tanzim edilegelmekte olan idari dava dilekçelerinde “maddi olaylar” ve “hukuki sebepler” şeklinde iki başlık altında açıklanmaktadır. Doktrinde de, dilekçelerin bu şekilde tanziminden hareketle, davacının, “olaylar” bölümünde kendisini dava açmaya sevk eden maddi vakıaları açıklamak; “hukuki sebepler” bölümünde ise bunların hukuki nitelendirilmesini yapmak ve kendisini haklı kılan yasal düzenlemeleri göstermek durumunda olduğu ifade edilmektedir. İdari yargıda, davanın sebebini, davanın dayanağını oluşturan maddi vakıalar ile bunlara uygulanan mevzuat hükümlerinin bütününe oluşturduğu söylenebilir. Ancak, idari yargıda re’sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan, maddi ve hukuki sebeplerin noksan veya yanlış gösterilmiş olmasının, her zaman dilekçenin reddine yol açmayacağı kabul edilmelidir. Buna ilaveten, hukuk düzenimizde olay ve olguların hukuki nitelendirilmesinin ve uygulanacak hukuk kuralının tespit ve tayininin, hâkimin yetki ve görevi olduğuna işaret edilerek, dava dilekçesinde kimi zaman hukuki sebeplerin tam veya gereği gibi açıklanmamış olmasına da pek önem atfedilmemektedir. Zira bu eksikliklerin dosyadaki diğer bilgi ve belgelerle ve dosyanın tekemmülü sürecinde giderilmesi mümkündür.⁵⁹ Yine de, bu husus, hiçbir vakıaya (maddi sebep) temas etmeden ve hukuki sebep gösterilmeden dava açılabileceği anlamına gelmemektedir.

Danıştay da, Fransız Danıştay’ının aksine,⁶⁰ çoğunlukla hukuka aykırılık sebeplerinin genel olarak belirtilmesini, hatta bazen soyut “kanuna aykırılık” iddiasını bile yeterli saymakta; davanın sebeplerinin nelerden ibaret olduğu gösterilmemişse dilekçe reddi yoluna gitmektedir.⁶¹

Davanın sebepleri dava türüne göre ayrı ayrı belirtilmelidir. İptal davasında bu, işlemin hangi yönlerden hukuka aykırı olduklarına ilişkin maddi ve hukuki sebepleri açıklamakla olur. Tam yargı davalarında sorumluluğu doğuran zararın kaynağı işlem veya eylemin ne olduğu, nasıl gerçekleştiği, zararın şekli ve miktarı gibi hususlar gösterilir.

⁵⁹ YENİCE/ESİN, s.142-143; TOPUZ/ÖZKAYA, s.123; KARAVELİOĞLU, s.412

Bununla beraber GÖZÜBÜYÜK’ün davanın sebebi olarak dilekçede, sadece hukuka aykırılık hâlleri bağlamında hukuki sebeplerin gösterilmesi gerektiğini belirttiği (GÖZÜBÜYÜK, s.428), CANDAN’ın da benzer şekilde davanın sebebini hukuki sebep olarak tanımladığı (CANDAN, s.428) görülmektedir.

⁶⁰ GÖZÜBÜYÜK, s.428

⁶¹ Danıştay 12.D., 24.1.1969, 175-141, GÖZÜBÜYÜK, s.428-429

Yukarıda değindiğimiz üzere, derdestlik yönünden genellikle sebebin mahiyetinin pek önemi yoksa da, kimi zaman sebepten maddi vakıaları anlamak gerekebilir. İdari yaptırımlarla ilgili adli yargıda açılan davalara ait dilekçelerde dava sebebinin maddi olgu ve olaylara tekabül etmesi karşısında, aynı dava idari yargıda açıldığında derdestlikten söz edebilmek için bu dilekçede de dava sebebi olarak açıklanan vakıalar aynı olmalıdır. İki dilekçeden birinde, -hâkimce re'sen doğrusu gözetileceğinden- hukuki sebebin belirtilmemesinin veya eksik ya da yanlış gösterilmesinin, maddi olgu ve olaylarda farklılık bulunmadığı sürece, derdestlik durumuna bozucu bir etkisinden söz edilemez.

İptal davalarında, çoğu kez sebepteki değişiklik konuyu da değiştirir. Örneğin, yasayla sadece belli derece ve kademedeki personele tanınan bir mali hakkın idarece verilmemesi üzerine, ilgili memurun düzenlemenin Anayasaya aykırılığını da ileri sürerek açtığı dava ile sonraki bir tarihte yasa hükmünün lehe değişmesi hâlinde yeni başvurursunun reddinden dolayı açtığı dava aynı mali hakka tekabül etse de, hem sebep hem konu yönünden farklılık taşıdıklarında aynı dava olarak görülemez.

III. DERDESTLİK DURUMUNUN USÛL HUKUKU BAKIMINDAN NİTELİK VE İŞLEVİ

A. MEDENİ USÛL HUKUKUNA GÖRE DERDESTLİK İTİRAZININ/ŞARTININ HUKUKİ MAHİYETİ

Birçok yabancı ülke hukukunda derdestlik hâline bağlı sonuç Türk hukuk düzenine göre farklılık göstermektedir. Aynı davanın önceden açılmış ve hâlen görülmekte olması hâlinin, Alman, Avusturya, İsveç, İsviçre'nin bazı kantonlarının hukuk düzeninde bir yargılama engeli değil, dava şartı; derdestlik iddiasının da dava şartına ilişkin bir usûli itiraz olduğu kabul edildiği belirtilmektedir.⁶²

Türk hukuk düzenine gelince, HMK'nın yürürlüğe girmesinden önceki medeni usûl mevzuatına göre derdestlik iddiası bir yargılama engeline bağlı bir ilk itiraz mahiyetindedir. Derdestlik mülga HUMK'un 187/4'üncü maddesinde açıkça ilk itiraz sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu Kanuna göre, ilk itiraz olarak ileri sürüldüğünde eğer aynı davanın birden fazla görülmesi olgusu gerçekse (ikinci) davanın açılmamış sayılmasına karar verilir (m.194).

⁶² TANRIVER, s.22-31

Bunun sonucu olarak davanın esasına girilmeden önce ve taraflarca ileri sürülmek zorundadır. Hâkim derdestlik durumunu re'sen dikkate alamaz. Hâkim, esasa girmeden önce farkına varsa da itiraz yoksa kendiliğinden, esasa girildikten sonra ileri sürülmüşse talep üzerine de olsa artık davanın açılmamış sayılmasına karar veremez.

HUMK'un öngördüğü derdestlik sistemi olması gereken hukuk açısından eleştirilmiştir. Buna göre, derdestlik hâlinde hangi sebeple olursa olsun daha önce açılmış ve görülmekte olan bir davaya rağmen ilkinin aynısı ikinci bir davaya bakılmasında davacının herhangi bir menfaati olamaz. Bu yüzden derdest bir dava varken açılan mükerrer dava, esasına girilmeyerek hukuki yarar noktasından reddedilmelidir. Ancak Kanun buna cevaz vermemektedir. Esasen kesin hükümde olduğu gibi derdestliğin re'sen gözetilen bir dava şartı olarak düzenlenmemiş olması eksikliklerdir. Bu sebeple, eleştirenlerce bazı yabancı ülke hukuklarında olduğu gibi HUMK'da da dava şartı olarak derdestliğe yer verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁶³

Nitekim HUMK'u kaldıran 6100 sayılı HMK'nın 11'inci maddesinin 1 inci fıkrasının 1 bendinde “*Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması*” hâli, yâni derdestlik durumu aynı gerekçelerle bir dava şartı sayılmıştır.⁶⁴ Bunu takip eden “*Dava şartlarının incelenmesi*” başlıklı 115'inci maddeye göre de, mahkeme, dava şartlarının mevcut

⁶³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.309, 684; TANRIVER, s.32-33; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.326; ŞEKERCİ, “Yönetsel Yargılama Hukukunda...”, s.438 vd.

⁶⁴ Tasarının konuyu ilişkin 119 uncu madde gerekçesine göre; “*Maddenin birinci fıkrasının (1) bendinde ise aynı davanın daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması hususu yani teknik bir ifadeyle derdestlik iddiası bir olumsuz dava şartı hâline getirilmiş ve bu suretle derdestlik itirazı ilk itiraz olmaktan çıkartılıp; dava şartına ilişkin usûlî bir itiraza dönüştürülmesi sağlanmıştır. Açılmış ve görülmekte olan bir davanın davacısı, hukukî korunma sürecini başlatmıştır. Artık onun aynı davayı yeniden bir başka mahkeme önüne getirmesinde hukuken korunmaya değer güncel bir yararı kalmamıştır; bu bağlamda hukuken korunma ihtiyacı içerisinde bulunmamaktadır ve onun yapacağı tek iş, davanın sonucunu beklemekten ibarettir. Öte yandan, dava açmaktaki yarar hukukî olmalıdır; ideal veya ekonomik yarar tek başına yeterli değildir. Dolayısıyla daha önce açılmış ve hâlen görülmekte olan bir davanın, hangi saikle olursa olsun ikinci kez açılması hâlinde, davacının bu ikinci davayı açmaktaki yararı hukukî değildir. O hâlde derdestlik itirazının korunmasının temelinde, aynı davanın tekrar açılıp görülmemesinin sağlanmasında davacının hiçbir hukukî yararının bulunmadığı düşüncesi yatmaktadır. Hukukî yararın ise dava şartı olduğu konusunda, bu düzenlemelerden önce dahi doktrin ve yargı uygulaması bağlamında bir görüş birliği mevcuttur. Derdestlik itirazı da hukukî yarar eksikliğinin, somut ve özel plânda bir düzenleniş biçimi olduğuna göre, onun da temelinde yatan bu düşünceye uygun bir işlev görmemesinin sağlanabilmesi için ilk itiraz olmaktan çıkartılıp; dava şartına ilişkin usûlî bir itiraza dönüştürülmesinde kaçınılmaz bir zorunluluk mevcuttur.”*

olup olmadığını, dolayısıyla derdestlik durumunu davanın her aşamasında kendiliğinden araştırmak zorundadır. Taraflar da derdestlik sebebiyle davanın esasına girilemeyeceğini dava şartı olarak her zaman ileri sürebilirler.

Kanunun sistemine göre, mahkeme, derdestlik durumunu tespit ederse kural olarak davanın usûlden reddine karar verir. Ancak, 115'inci maddenin 2'nci fıkrasına göre, davanın usûlden reddine karar vermeden önce dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddeder. Keza, 3'üncü fıkraya göre de dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usûlden reddedilemez.

Bu düzenleme karşısında, derdestlik olgusunun farkına esasa girmeden önce varılmışsa bunun giderilmesi için bir süre verilip verilmeyeceği ile esasa girildikten sonra fark edildiğinde artık usûlden ret kararı verilip verilemeyeceği hususlarını açıklamak gerekmektedir. Bizim kanaatimiz, bunun mümkün olmadığı, yani süre verilmesi gerekmediği ve her aşamada davanın usûlden reddinin kararlaştırılabileceği yönündedir. Bir kere Kanun her ne kadar dava şartı noksanlığından ve yokluğundan bahsediyorsa da, kesin hüküm gibi derdestlik hâli de olumsuz bir şart, yani varlığı aranıp da noksanlığı giderilmesi gereken bir husus değil, aksine olmaması istenen bir olgudur. Bu yüzden noksanlığın giderilmesi için süre tayini yoluna gidilemez. Belki, süre verilmek suretiyle diğer davanın bertaraf edilmesi şansı verilmesi gerektiği savunulabilir ise de, öteki davadan feragatin kesin hüküm sonucu doğurması ve Kanunun derdestlik sebebiyle usûlden reddi gereken davayı sonra açılan dava olarak belirlemesi karşısında bu görüşe itibar etmek mümkün gözüküyor. Derdestliğin sonradan davanın esasına girdikten sonra fark edilmesi hâlinde, davanın usûlden reddedilemeyeceği fikri de savunulamaz. Bu düşünce her şeyden önce derdestliğin dava şartı olma niteliği ile bağdaşmaz.

B. İDARİ YARGILAMA USÛLÜNE GÖRE DERDESTLİK DURUMUNUN HUKUKİ MAHİYETİ

Yukarıda açıklandığı gibi, mülga HUMK'un 187-194'üncü ve yürürlükteki 6100 sayılı HMK'nın 114/1-1'nci maddelerinde düzenlenen derdestliğin, görülmekte olan bir dava ile aynı taraflarca, aynı sebeplere dayanarak ve aynı konuda yeni bir dava açılmasını ifade ettiği dikkate

alındığında, derdestliği “davanın tekrarlanması” olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.⁶⁵ Medeni usûlde olduğu gibi, idari yargıda da, ilkinin tekrarı ikinci bir davaya bakılmasında davacının herhangi bir menfaati olamaz. Bu yüzden derdest bir dava varken açılan mükerrer dava esasına girilmeyerek hukuki yarar noktasından, fakat derdestlik sebebiyle reddedilmelidir.

Ancak hukuk yargılamasına ilişkin hukuki yarar şartı ile iptal davalarına özgü menfaat şartı arasında az da olsa mahiyet farkı bulunduğunu, birebir örtüşmediğini gözden kaçırmamak gerekir. Kaldı ki, HMK’da da (m.114/h) “hukuki yarar” hususu, derdestlikten önce gelen bir dava şartı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunun anlamı, derdestliğin münhasıran bir şart olarak ele alınıp değerlendirileceğidir.

Derdestlik kurumuna hiç yer vermemiş olan idari yargı mevzuatında doğal olarak derdestliği bir dava şartı sayan açık bir normun da bulunması beklenemez. Dolayısıyla, derdestlik durumunun idari yargıda bir dava şartı olup olmadığının, bir dava şartı ise aynı zamanda ilk inceleme konusu olarak kabul edilip edilemeyeceğinin ortaya konması gerekmektedir.

Derdestliği olumlu görev uyuşmazlığı ve bağlantı kararı çerçevesinde ele alan bir görüşe göre, idari yargıda derdestlik itirazı ileri sürülemez.⁶⁶ Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre ise, derdestlik, idari yargının özelliğinden dolayı, re’sen araştırma ilkesi ile kamu düzeni ve yararı gereği bir ilk itiraz değil, olumsuz bir dava şartı olup davanın her safhasında kendiliğinden gözetilmelidir.⁶⁷ Daha önce yukarıda yaptığımız, derdestlik kurumunun genel bir ilke ve merkezi nitelikte bir kavram olduğuna dair açıklamalarımız doğrultusunda, bu kabulün usûl hukukundaki karşılığı, derdestlik olgusunun bir dava şartı sayılması gerekir. İdari yargıda ilk itiraz vb. başka kurum da bulunmadığına göre, derdestliğin, görev ve yetki çerçevesinde değil, bunlarla birlikte menfaat, konu, sebep ve usûl ekonomisi gibi kavramlarla sıkı ilişkisi dikkate alınarak dava şartı sayılmasından başka bir yol gözükmemektedir.

Kanaatimize göre, derdestlik durumu dava şartı olduğu gibi, aynı zamanda idari yargılama usûlü bakımından bir ilk inceleme konusudur. Bu husustaki bir görüşe göre, İYUK’un 14’üncü maddesinde öngörülen ilk inceleme konuları, dolayısıyla –özel olarak kuralla bağlanan yasama

⁶⁵ GÖRAN/BERKARDA/ AYANOĞLU/BERK, s.123; KALABALIK, s.287

⁶⁶ BERK, s.51

⁶⁷ GÖZÜBÜYÜK, s.447; TANRIVER, s.116; ŞEKERCİ, “Derdestlik II, s.402; “Yönetmelik Yargılama Hukukunda...”, s.447 ; EROĞLU, s.31

kısıntılarını saymazsak- dava şartları sınırlı sayıdadır.⁶⁸ Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, Kanun'un 14'üncü maddesinde öngörülen ilk inceleme konuları yol gösterici ve yapılması zorunlu asgari denetimi tanımlamaktadır. Örneğin kesin hüküm böyledir.⁶⁹ Biz, maddedeki düzenlemenin “yol gösterici” mahiyette değil, emredici olduğunu ve sıranın kesin olduğunu düşünmekle beraber, başka dava şartlarını dışlamadığını ve yasaklamadığını, kesin hüküm ve derdestlik gibi bazı hâllerin kamu düzenini ilgilendirdikçe her aşamada olduğu gibi ilk inceleme esnasında da ele alınabileceğini kabul etmekteyiz.

B. DERDESTLİK DURUMUNUN USÛL HUKUKU BAKIMINDAN İŞLEVİ

1. Derdestlik İtirazının Medeni Usûl Hukukunda Hukuki İşlevi

Medeni usûl hukuku öğretisi, üstlendiği rol ve öngörülen amaçlara göre derdestlik itirazının gaye ve işlevi ile ilgili şu hususlara temas etmektedir: Usûl ekonomisi, dürüstlük kuralı, çelişkili kararları önleme ve kamu yararı. HMK ile getirilen ön inceleme kurumu, ilk itirazların büyük ölçüde dava şartı hâline dönüştürülmesi gibi yenilikler de dikkate alındığında, bu işlevlerin, artık derdestlik dava şartı bakımından da evleviyetle ve daha etkin biçimde geçerlidir. Aynı işlevler, idari yargılama usûlü bakımından da söz konusudur.

a. Usûl Ekonomisi İlkesi

Anayasa'nın 141/1'inci maddesinde kayıtlı “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*” düzenlemesinde pozitif temelini bulan usûl ekonomisi ilkesine göre, boş ve gereksiz yere dava açılmaması ve yargılamaların en az giderle, en az sürede ve en az zorlukla yürütülmesi esastır. Medeni usûl yargılaması bakımından bu esas, HMK'nın 30'uncu maddesinde de emredici bir kural olarak aynen benimsenmiştir.

Esasen, zaten açılıp görülmekte olan bir dava varken tekrar hukuki koruma sağlamanın bir anlamı olmadığı gibi, bunun vakit, nakit ve emek kaybına yol açacağı açık olduğundan, bunu üstlenen derdestlik iddiası kurumunun her bakımdan ve tamamen usûl ekonomisine hizmet ettiği ortadadır. Kaldı ki, ikinci bir dava açılmasında hukuki bir yarardan da söz edilemeyeceğinden, hâkim, re'sen bu davayı esasa girmeden ve usûlden reddetmek zorundadır.⁷⁰

⁶⁸ MÜDERRİSOĞLU, s.655

⁶⁹ BERK, s.25

⁷⁰ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C.II, s.1363; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.309;

b. Dürüstlük Kuralının Gerekleri

Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi uyarınca, herkes, haklarını kullanırken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bunun sonucu olarak, hukuk düzeni bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını korumaz. Zaten ortada hukuki korumaya yönelik açılmış bir dava varken, merakını tatmin etmek, zarar vermek, sağlama almak gibi saiklerle ikinci bir dava ikamesi, dürüstlükle bağdaşmaz; hakkın kötüyü kullanılması demektir.⁷¹

c. Birbiriyle Çelişen Kararlar Verilmesini Önleme

Hukuk düzeninde aynı davayla ilgili olarak birbiriyle çelişen ve bağdaşmayan kararların ortaya çıkmasını engellemek üzere kesin hüküm kurumu öngörülmüştür. Aynı çapta olmasa da, derdestliğin de, yargılama süreci ilerlediğinde kesin hükme dönüşerek onun gibi biri diğerine ters ve aykırı düşen kararlara yol açması kuvvetle muhtemeldir. Derdestliği dava şartı olarak ele aldığımız takdirde, çelişkili kararları önleme amacını gerçekleştirmek mümkün hâle gelir.⁷²

d. Kamu Yararını Gerçekleştirme

Dava açma hakkına sığınarak boş yere, gereksiz, hukuken faydası olmayan, amaçtan yoksun ve ortaya çelişkili kararlar çıkmasına elverecek şekilde bir daha aynı davayı açmak hukuki güvenliği bozar. Derdestlik iddiası, hukuki güvenlik yoluyla kamu yararının gerçekleştirilmesine aracılık eder.⁷³ Bu sebeple, HUMK döneminde bile medeni usûl bakımından dava şartına dönüştürülmesinin, derdestlik itirazını kamu yararını sağlamada daha etkin kılacağı düşünülmekte idi.⁷⁴

2. Derdestlik Durumunun İdari Yargıdaki Genel ve Tümel İşlevi: Kamu Düzeni

Derdestlik şartı, idari yargılama usûlünde de medeni usûlde üstlendiği ve hedef aldığı işlevleri gerçekleştirmeye yöneliktir. Hatta denilebilir ki, hem

ULUKAPI, Derdestlik, s.397; TANRIVER, s.20-22. Bunu, usûl ekonomisi bağlamında iktisadi neden olarak açıklayan görüş için bkz. ŞEKERCİ, "Yönetmelik Yargılama Hukukunda...", s.437

⁷¹ ULUKAPI, Derdestlik, s.401; TANRIVER, s.23; ŞEKERCİ, "Yönetmelik Yargılama Hukukunda...", s.437

⁷² ULUKAPI, Derdestlik, s.402; TANRIVER, s.25-26; ŞEKERCİ, "Yönetmelik Yargılama Hukukunda...", s.437

⁷³ ULUKAPI, Derdestlik, s.402; TANRIVER, s.26-27.

⁷⁴ TANRIVER, s.27

dava şartı olarak kabulü, hem idari yargılamanın özellikleri dikkate alındığında, derdestliğin yukarıda belirtilen fonksiyonu yerine getirme potansiyeli daha yüksektir.

Bilindiği gibi, idari yargı yolu daha kolay, seri, masrafsız ve ekonomiktir. Dolayısıyla derdestlik durumunda, idari yargıda medeni usûle göre usûl ekonomisi ilkesinin gerçekleşme imkân ve ihtimali daha fazladır. İdari faaliyetler karşısında bireylerin idare ile eşit konumda olmadığı ve idari yargıda bu zeminde gerçekleşen uyuşmazlıklara bakıldığı dikkate alınır, özellikle idarenin, açılan mükerrer davalarda dürüstlük kuralına aykırı olarak sukutunun vahim sonuçlar doğurabileceği ortadadır. Sadece yargılamalar boyunca ve sonunda verilecek kararların çelişmesi değil, salt görülmekte olan birbirinin aynı iki dava bulunması bile, buna engel olmayan yargı mercileri kadar idareye olan kamu güvenini sarsar. Keza, idari yargılama alanında kamu yararı ön plandadır. İdare yargının bu özelliği, medeni usûle göre daha belirgin ve baskındır.

Görüldüğü üzere, yukarıda belirtilen esaslara aykırılık, genelde ve sonuç olarak kamu düzeninin ihlali demektir. Ancak bundan da öteye, idari yargılama usûlünün bizatihi kendisi kamu düzeni ile sıkı bir ilişki içindedir.⁷⁵ Medeni usûlde davayı taraflarca hazırlama ve tasarruf yetkisi söz konusu iken, idari yargılama usûlüne hâkimin re'sen araştırma ilkesi damgasını vurur. Özellikle objektif nitelikteki iptal davalarında söz konusu hukuka aykırılık hâlinin, sadece tarafları ilgilendirmede, doğrudan kamuyu etkilediği ve bağladığı düşünüldüğünde, aynı davaların yargı mercileri önünde ve görülmekte olmasının, kamu düzeni açısından birçok sakınca doğuracağı şüphesizdir. Aynı şekilde, idari tam yargı davalarında da derdestliğin kamu düzenine olumsuz etkisinin, medeni usûldeki davalara göre daha açık ve kesin olduğunu ifade edebiliriz.

İdari yargıda derdestliğin kamu düzenini direk etkilemesine bir örnek olayla izah edebiliriz: Belli tarihte yürürlüğe girecek imar planı değişikliğinin iptaline ilişkin bir dava sürerken, peşinden aynı davanın bir daha açıldığı durumda, gerek yargılama süreci esnasında ilk inceleme konuları, müdahillik talebi, yürütmenin durdurulması, bilirkişilik gibi esas dışı hususlarda, gerekse esasla ilgili farklı ve birbiriyle çelişen kararlar verildiğini, fakat kanun yoluna başvurulduğundan henüz kesin hüküm elde edilemediğini var sayalım. Eğer

⁷⁵ TANRIVER, s.115

birinde yürütmenin durdurulması talebi kabul edilip de diğerinde reddedilirse, aynı düzenleyici işlemle sorunu olan birçok kişinin hukuki durumlarının da aksi şekilde etkileneceği, haklarında tesis edilmiş ve edilecek birel işlemlerin birbirine zıt olabileceği, bunun bir kaosa yol açacağı ortadadır.

Bütün bu sebeplerle, idari yargıda derdestliğin, diğer tüm fonksiyonları üstlenen, asli ve doğrudan kamu düzeni konusu oluşturduğu kabul edilmelidir.

IV. DERDESTLİK DURUMUNUN TESPİTİ VE ORTAYA KONMASI

a. Medeni Usûlde

Medeni usûlde derdestlik itirazı, HUMK'a göre ikinci davada davalı olan kişinin kendisi, veya kanuni ya da iradi temsilcileri ve varsa asli müdahil tarafından ileri sürülebilir. Pasif ihtiyari dava arkadaşlığı ile bunlarla aynı hükümlere tâbi şekli mecburi dava arkadaşlığı hâlinde, ortada arkadaş sayısınca dava bulunduğundan, her biri –kendisinin davası için sonuç doğurmak üzere- ayrı ayrı itiraz edebilirler. Buna karşılık pasif maddi mecburi dava arkadaşlığında tek bir dava söz konusu olduğundan, davalılar tek başına derdestlik itirazında bulunamazlar, itirazın hep birlikte yapılması gerekir. Üçüncü kişiler ve bu meyanda ferî müdahil derdestlik itirazında bulunamazlar.⁷⁶

Mülga HUMK'a göre derdestlik iddiası bir ilk itiraz olduğundan, esasa girilmeden önce yapılmak zorundadır. Buna göre, iddia, yazılı ve seri yargılama usûllerinde en geç esasa cevap süresi içinde verilecek cevap dilekçesiyle yapılmalıdır (m.189/I, 195/I ve m.503, 505). Sözlü ve basit yargılama usûllerinde ise en geç ilk oturumda sözlü veya yazılı olarak derdestlik itirazında bulunabilir (m.478).

Buna karşılık 6100 sayılı HMK'a göre ise derdestlik durumu yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilmesi gereken bir dava şartı olarak düzenlendiğinden (m.114/1-ı), olumsuz bir dava şartının varlığı, ön inceleme safhasına kadar ileri sürülebileceği gibi, dava sonuçlanana kadar da bu şarttan dolayı davanın usûlden reddinin gerektiği iddia olunabilir. HUMK'tan farklı olarak derdestlik durumunu yalnızca belli bazı kişiler değil, herkes ileri sürebilir.

⁷⁶ TANRIVER, s.91-92; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C.IV, s.3467 vd.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 599-600; ULUKAPI, Derdestlik, s.431 vd.

HANAĞASI'na göre, medeni usûlde, kesin hüküm gibi derdestlik durumunun da görev ve yetki şartlarından sonra, ancak menfaatten önce incelenmesi gereken bir konudur. Zira, derdestlik hâlinde zaten davanın görülmesinde menfaat yoktur.⁷⁷

b. İdari Yargıda

Bilindiği gibi, İYUK'da HUMK'daki gibi bir ilk itiraz kurumu düzenlenmemiştir. Buna karşılık, idari yargılama usûlünde, açılmış davaların işin esasına girilmeden önce dilekçeye ilişkin şekil ve dava şartları yönünden incelenmesi için konulan ilk inceleme kurumuna yer verilmiştir. Yalnız ilk incelemede değil, davanın her safhasında re'sen gözetilecek olumlu dava şartlarının engellemesi hâlinde davanın reddedilmesi gerekmektedir. Şekil noksanlıkları olan dilekçeler ise reddedilir (m.14).

Bizce derdestlik idari yargılama hukuku açısından davanın konusuna ilişkin bir dava şartıdır. Bu bakımdan derdestlik, gerek ileri sürüldüğünde, gerekse re'sen ilk inceleme düzenindeki sırası (imzalı ve yazılı dilekçenin 3 ve 5'inci maddeye uygunluk hâlleri hariç) 14'üncü maddede gösterilen konulardan sonra gelecek şekilde incelenmelidir. Zira, derdestlik sonucuna varabilmek için, görevli ve yetkili mahkemede açılmış mükerrer davanın konu, sebep ve taraflarının ilkiyle aynı olduğunun tespiti gerekir.

Medeni usulde derdestliğin eskiden ilk itiraz olarak yargılamanın belli bir aşamasında incelenmesi ve davalı tarafından ileri sürülmesinin gerekmesinden hareketle, bazı yazarlarca idari yargılama usulünde “derdestlik savunması” terimini kullanıldığı göze çarpmaktadır.⁷⁸ Bize göre, bu ifadeden, derdestliği sadece davalı taraf olan idarenin savunmasında ileri sürebileceği gibi bir anlam çıkarılabilir ise de, bu gerçeği yansıtmamaktadır. Kanaatimize göre, idari yargıda, gerek kamu düzenine ilişkinliğinden ötürü, gerek idare yargılama usûlüne re'sen araştırma ilkesinin hâkim olması sebebiyle, derdestlik ileri sürülsün sürülmesin, hem ilk inceleme konusu olarak, hem de bu aşama geçilmiş olsa bile yargılamayı engelleyen bir dava şartı olarak dava sonuçlanıncaya kadar her zaman dikkate alınmak durumundadır. Kamu düzenine ilişkin hususlar, her hâlde ve safhada re'sen dikkate alınmak durumundadır. Çünkü, yargılama sürecinde ileri sürülme

⁷⁷ Yazarın, menfaati taraflara değil davanın konusuna ilişkin saydığı da gözden kaçırılmamalıdır. HANAĞASI, s.298-299

⁷⁸ TAN, s.1048

ve yasal süreler geçmiş olsa bile, hâkim, kamu yararını sağlamak için kamu düzenini ilgilendiren hususları (Haurio'nun deyiimiyle bir *yargı zabıtası/police judiciaire* gibi) re'sen inceleme ve araştırma yetkisine sahiptir.⁷⁹ Re'sen araştırma ilkesi sâdece esası değil, ilk inceleme safhası dâhil tüm yargılama sürecini kapsamaktadır. Bu cümleden olarak, kamu düzenini ilgilendiren görev, yetki, ehliyet, süre ve husumet hususları ile yargılama aşamasına ilişkin replik-düplik süreleri de ilke kapsamına dâhildir. İlke, şüphesiz iddia ve savunmaların araştırılması, belgelerin incelenmesi ile genel olarak işlemin unsurlarını da içine almaktadır.⁸⁰ Bu açıdan derdestliğin de re'sen araştırma yetkisi kapsamında olduğu rahatlıkla söylenebilir.

V. DERDESTLİK DURUMUNDA YAPILACAK İŞLEM

A.DERDESTLİK DURUMU TESPİT EDİLDİĞİ TAKDİRDE

Medeni yargılama usûlünde HMUK yürürlükte iken derdestlik bir ilk itiraz olarak ileri sürülebilir ve ikinci davanın görülmemesi istenebilirdi. Bu talep haklı görüldüğü takdirde, hâkim, aynı Kanunun 194'üncü maddesi uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar vermek durumunda idi.⁸¹ Buna karşılık, HMK'nın yürürlüğe girişinden sonra ise, bir dava şartı olması sebebiyle derdestlik hâlinde Kanunun açık hükmü gereği (m.115) her safhada verilecek karar davanın usûlden reddi şeklinde olmalıdır.

Bize göre, idari yargılamada derdestliğin anlaşılması hâlinde, önceki dönemde verilecek karar (mülga) HUMK'un 194'üncü maddesine izafeten davanın açılmamış sayılması olmalı idi.⁸² Ancak HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra, artık derdestlik hâlinin bir dava şartı olarak ilk inceleme aşaması başta olmak üzere davanın her safhasında re'sen gözetilmesi gerekir. Bundan sonra derdestliği re'sen veya iddia üzerine tespit eden hâkim davanın usûlden reddine karar vermelidir

Danıştay'ın uygulaması geçmişte HUMK'da öngörülen sistemden farklı şekilde gelişmiştir. Danıştay, ilk inceleme veya esastan inceleme sırasında derdestlik hâlini fark ettiği takdirde, HUMK m.194'e göre davanın açılmamış

⁷⁹ YORGANCIOĞLU, s.226

⁸⁰ OĞURLU, s.123 vd. Bu hususlar ve kamu düzeni kavramı hakkında ayrıca bkz. YORGANCIOĞLU, s.219 vd.

⁸¹ YILMAZ, s.155

⁸² GÖZÜBÜYÜK, s.447; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.961; ŞEKERCİ, Yönetmelik Yargılama Hukukunda, s.442

sayılmasına değil, davanın incelenmeksizin reddine⁸³ veya iki davanın birleştirilerek birlikte incelenip sonuçlandırılması yoluna gitmiştir.⁸⁴ Örneğin, belediyenin yıkım kararının iptali için açılan bir iptal davası görülmekte iken aynı konuda tarafları ve sebebi aynı bir başka davanın açıldığı gerekçesiyle her iki davanın birleştirilmesine karar vermiştir.⁸⁵ İdari yargı yerlerinin derdestliği bağlantılı dava kapsamında çözmesi eleştirilmektedir.⁸⁶ Uygulamada, alt mahkemelerin, Danıştay'ın bağlantıya işaretleyip inceleyip bozduğu kararlar üzerine⁸⁷ veya re'sen tespit ettiği hâllerde⁸⁸ derdestlik sebebiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verdiği görülmektedir.

B. DERDESTLİK DURUMUNUN BULUNMADIĞI SONUCUNA VARILMASI HÂLİNDE

Medeni usûlde taraflar iddia ettiği hâlde, hâkim derdestlik olmadığı kanaatine varırsa bunu ara kararı ile reddederek davayı esastan incelemeye başlar. Böyle bir itiraza rağmen bir karar alınmaması veya ara kararındaki isabetsizlik temyizi mümkün bir bozma sebebidir.⁸⁹

İdari yargıda hâkim, tarafların (özellikle davalı idarenin) iddiası üzerine veya ilk inceleme esnasında re'sen yapacağı araştırma sonunda derdestliğin bulunmadığı neticesine varabilir. Derdestlik taraflarca ileri sürülmüş olup da, kabul görmezse bu bir ara kararla ortaya konur. Derdestlik talebinin uygun bulunmayarak reddine ilişkin ara karar nihai olmadığından, ancak davanın usûlden veya esastan reddine ilişkin kararla birlikte temyiz edilebilir. Eğer derdestlik durumu var da ilk mahkeme aksine karar vermişse, Danıştay daha çok davaların birleştirilmesi gerektiğinden bahisle hükmü bozmaktadır. Bu sebeple bozulan davalarda kararı veren ilk derece mahkemesi, buna uyarırsa ikinci davayı birincisiyle birleştirmek durumundadır.

⁸³ DİDDK, 22.10.2009, 2006/3227-2009/1856, DD, S.123, s.103-1105; (Mahkemenin derdestlik sebebiyle incelenmeksizin ret kararını sonuç olarak onayan) Dnş. 7.D., 14.6.2005, 1227/1018, DD, S.111; (veya bozan) 10.D., 25.11.2004, 2003/2549-2004/7611, DD, S.109, s.286

⁸⁴ ŞEKERCİ, Derdestlik II, s.404; TANRIVER, s.113-114

⁸⁵ Dnş. 6.D., 9.2.1981, 1981/353, ŞEKERCİ, Derdestlik II, s.405

⁸⁶ GÖRAN/BERKARDA/AYANOĞLU/BERK, s.124-125; KALABALIK, s.288

⁸⁷ Örneğin, Ankara 7.İdare Mahkemesi, 27.3.2008, 486/389

⁸⁸ Örneğin, Ankara 7.İdare Mahkemesi, 6.12.2007, 1414/2456; Kırıkkale İdare Mahkemesi, 10.12.2010, 560/626, ÇAĞLAYAN, İdare Yargılama Hukuku, s.171, dp.86

⁸⁹ YILMAZ, s.157

Hâkimin, ilk inceleme aşamasında veya yargılamanın her safhasında yapacağı araştırmalarda derdestlik durumuna rastlamazsa, doğal olarak bir karar vermesine gerek yoktur. Derdestlik bulunduğu hâlde, ilk derece mahkemesi başka bir karar vermişse, bize göre bu durum bozma sebebi oluşturur. Ancak temyiz incelemesinde, kendisinden önce gelen ilk inceleme konusu dava şartının bulunduğu anlaşıldığı takdirde, usûl ekonomisi gereği buna işaretlerle kararı onamak daha yerinde olur.

Derdestlik ayrı yargı yerlerinde veya aynı mahkemede önceki henüz kesinleşmemiş olan aynı davanın açılması gibi hâllerde ortaya çıkabilir. Danıştay ve AYİM gibi birden fazla dairenin bulunduğu yargı mercilerinde aynı davanın mükerrer olarak açılması mümkündür. Bu takdirde de kendini görevli görmeyen sonraki dairenin derdestlik kararı vermek yerine dosyayı görevli daireye tevdi etmesi ve bu dairece derdestlik kararı verilmesi en uygun yoldur.

VI. ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ'NDE DERDESTLİK DURUMU

Genel idari yargıda olduğu gibi, derdestlik kurumuna askeri idari yargı mevzuatında da yer verilmemiştir. Bilindiği gibi askeri idari yargı, ilk ve son derece mahkemesi olan ve 1601 sayılı Kanun'la belirlenen yargılama usûlünü uygulayan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi marifetiyle yürütülmektedir.

1601 sayılı AYİM Kanunu'nun yargılama usûlünü düzenleyen özel hükümlerinde derdestliğe ilişkin bir kurala yer verilmediği gibi, aynı Kanun'un Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunan 56'ncı maddesinde kesin hüküm gibi derdestlik de sayılmamıştır. Bununla beraber, 56'ncı madde hükmünün 2577 sayılı Kanun'un 31'inci maddesi hükmüne göre daha esnek ve atıfta bulunulan kurumların tahdidi değil tadadi olduğu belirtilmektedir.⁹⁰

Genel hukuk esasları gereği, re'sen araştırma ilkesi ve kamu düzenine ilişkinlik durumu da dikkate alındığında, medeni usûldeki derdestliğin kıyasen askeri idari yargıda da uygulama alanı bulunduğu kabul edilmelidir.

Mülga HUMK'un 187-194'üncü ve yürürlükteki HMK'nın 114-115'inci maddelerinde düzenlenen derdestlik, görülmekte olan bir dava ile aynı taraflarca, aynı sebeplere dayanılarak ve aynı konuda yeni bir dava açılması hâlini ifade eder. Bu takdirde, itiraz üzerine sonraki davanın

⁹⁰ ŞEKERCİ, Derdestlik II, s.403; TANRIVER, s.118

açılmamış sayılmasına karar verilir.⁹¹ Kanaatimize göre ilk davanın görevsiz yargı yerinde açıldığını düşünen ikinci yargı yeri kendini görevli sayıyorsa, derdestlik hâli söz konusu olduğunda taraflar görevsizlik iddiasında bulunmadıkça ve bu hususta bir karar vermedikçe, davaya devam etmelidir. Bu, hem idari yargılamanın mahiyetine, hem de usûl ekonomisi ilkesine uygun bir çözüm tarzıdır.

Bu konuyu askerlik yükümlülüğünden doğan bir uyuşmazlık çerçevesinde örneklendirecek olursak, idarenin askerlik hizmeti yapmamış saymasına karşı, ilgili tarafından bunun tespiti için hukuk mahkemesinde açılan davanın ardından AYİM’de bu husustaki işlemin iptali için dava açılması hâlidir. Böyle bir durumda, derdestlik itirazında bulunulsa bile, AYİM yargılamayı sürdürmeli ve görevsizlik iddiası hâlinde görevlilik kararı vermelidir. Askerlik hizmeti esnasında vefat eden oğullarından dolayı vazife malullüğü aylığı bağlamaması isteğinin reddi üzerine ebeveynin, önce idare mahkemesine açtığı davanın –her ne kadar görevsizlik kararı verilmiş ise de- temyiz aşamasında olup henüz kesinleşmediği, bu dava devam ederken görevsizlik kararına istinaden aynı kişilerce ve aynı işlem sebebiyle AYİM’de de dava açıldığı bir uyuşmazlıkta, Mahkeme, iki dava arasında derdestlik hâli bulunduğunu, ancak 1602 sayılı Kanun’un 41’inci maddesine göre görevsiz mahkemeye başvuru tarihi AYİM’e başvuru tarihi olduğundan AYİM’deki davanın ilk açılan dava olarak kabulünün gerektiğini ve esasen davaya bakma görevinin AYİM’e ait olduğunu, dolayısıyla derdestlik itirazının idare mahkemesinde yapılmasının gerektiğini belirterek işin esasına girerek davayı reddetmiştir.⁹²

Bu çözüm tarzının AYİM ile diğer adli ve idari yargı düzenleri arasındaki uyuşmazlıklar arasında geçerli olacağı, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin kendi daireleri arasında söz konusu olamayacağı dikkate alınmalıdır. Esasen, AYİM’in kendi daireleri arasında derdestlik durumu ortaya çıktığında, dosyanın görevli daireye tevdiinin gerekeceği ve bu dairece derdestlik kararı verilebileceği açıktır.

AYİM, mülga HUMK döneminde derdestlik itirazı üzerine veya re’sen aynı davanın daha önce aynı veya başka (AYİM-Danıştay, AYİM-İdare

⁹¹ KALABALIK, s.320. Bu yönde, AYİM 1.D, 5.3.2002, 331/364; AYİM 1.D., 12.1.1999, 30/40

⁹² AYİM 3.D., 22.12.2005, 451/1454 (Yayınlanmamıştır)

Mahkemesi) yargı yerlerinde açılmış ve görülmekte olduğunu tespit ettiği takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar vermiştir.⁹³ HMK döneminde AYİM'in kanuna uygun hareket ederek derdestliği bir dava şartı olarak göreceğini ve davanın usûlden reddine karar vereceğini tahmin ediyoruz.⁹⁴

SONUÇ

İdari yargılama sürecinde taraf, sebep ve konusu birbirinin aynı davaların aynı zaman zarfında görülmekte olması gibi bir olguya, yani derdestlik hâline rastlanmaması mümkün değildir. Ne var ki idari yargıda derdestlik kurumu öngörülmemiş ve atıf şeklinde de olsa pozitif bir düzenlemeye tâbi tutulmamıştır. Bununla birlikte, özellikle kamu düzeni gereği öğretide ve uygulamada idari yargılama usûlünde derdestlik kurumunun varlığı tanınmış ve derdestlik hâline bir takım sonuçlar bağlanmıştır.

⁹³ AYİM 1.D., 27.9.1987, 257/377; 2.D., 11.11.1996, 1995/666-1996/1132; 3.D., 21.09.2006; 2005/1357-2006/937, AYİMD, S.22, K.1, s.108; AYİM 3.D., 10.09.2009; 986/868, AYİMD, S.25, K.1, s.91

⁹⁴ Mahkemenin derdestliğe bakışını göstermek üzere bir kararının geniş özetine yer veriyoruz: “Dava dosyasının incelenmesinden; davacının 03.03.2001 tarihinde işlediği kaçakçılık suçundan yargılandığı ve Kocaeli 1 nci Asliye Ceza Mahkemesinin 17.07.2001 tarih ve 2001/220-872 E-K sayılı kararı ile neticeten 32.990,666 TL ağır para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, bu kararın 11.09.2001 tarihinde kesinleştiği ve 22.10.2001 tarihinde infaz edildiği, MSB.lığının 10.04.2007 tarihli işlemi ile davacının daha önce yedek subay aday adayı olarak alınan askerlik kararının er olarak tadil edildiği, bu işlemin 10.04.2007 tarihinde davacıya tebliği üzerine davacının 18.04.2007 tarihinde AYİM kayıtlarına giren dava dilekçesi ile vekili aracılığıyla “er olarak askere sevk edilme işleminin iptali” istemiyle AYİM’de dava açtığı, işbu davada da müvekkili hakkında Kocaeli 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 07.06.2007 tarih ve 2001/220-872 E-K sayılı kararı ile “yasaklanmış haklarının geri verilmesine” karar verildiğini, bu karar üzerine davacının yedek subay aday adayı olma hakkını yeniden kazandığını ve er olarak askere sevk edilmesi işleminin hukuka aykırı olduğunun ileri sürülerek işlemin iptalinin talep edildiği, söz konusu davanın yargılanması AYİM 2.D.nin 2007/1113 Gensek, 2007/395 Esasına kayıtlı dosya üzerinde devam etmekte iken 26.10.2007 tarihinde kayıtlara giren dava dilekçesi ile, müvekkili hakkında Kocaeli 1. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 07.06.2007 tarih ve 2001/220-872 E-K sayılı kararı ile “yoksun kalınan hakların iadesi” kararı verildiği ve bu karar uyarınca idarece müvekkilinin yedek subay aday adayı olarak askere alınması yönünde işlem tesis edilmesine yönelik 28.08.2007 tarihli istemlerinin reddine dair işlemin iptali istemiyle işbu davanın açıldığı anlaşılmıştır. (...) // Şu hâlde, bir davanın “derdestlik” nedeniyle açılmamış sayılmasına karar verilebilmesi için gerekli olan (a) Aynı davanın iki kere açılmış olması, (b) Birinci davanın görülmekte (derdest) olması, (c) Birinci dava ile ikinci davanın aynı dava olması şartları, bu davada tamamen gerçekleşmiş bulunmaktadır. Açıklanan nedenlerle; 1. Bu dava konusunun Dairemizin 2007/395 Esas numarasına kayıtlı derdest davadaki iptal istemiyle aynı olduğu anlaşılmakla, derdestlik nedeniyle DAVANIN AÇILMAMIŞ SAYILMASINA, ... karar verildi.” (2D. 9.7.2008, 2007/1015, 2008/782)

İdari yargılama usûlünde derdestlik durumunda medeni usûle ilişkin hükümlerin uygulanacağı konusunda tereddüt yoktur. Nitekim 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren ve medeni usûlü düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda olduğu gibi idari yargıda da derdestlik durumu olumsuz bir dava şartı mesabesinde görülmektedir. Bu yönüyle derdestlik durumu (ilk inceleme dâhil) her aşamada re'sen gözetilmesi gereken bir husustur. Hâkim, talep olmasa bile davanın mükerrer olduğunu belirlediği takdirde sonraki davayı reddetmek zorundadır.

Derdestlik, idari yargılama usûlü bakımından davanın konusuna ilişkin bir dava şartı olarak, bize göre öncelikle İYUK'nun 14 ve 15'nci maddeleri çerçevesinde ilk inceleme aşamasında dikkate alınması gereken bir konudur. Bu bakımdan derdestlik, gerek ileri sürüldüğünde, gerek re'sen ilk inceleme düzenindeki sırası bakımından (imzalı ve yazılı dilekçenin 3 ve 5'inci maddeye uygunluk hâlleri hariç) 14'üncü maddede gösterilen konulardan sonra gelecek şekilde incelenmelidir. Zira, derdestlik sonucuna varabilmek için, görevli ve yetkili mahkemede açılmış mükerrer davanın konu, sebep ve taraflarının ilkiyle aynı olduğunun tespiti gerekir.

Bununla beraber, idari yargılama usûlünün özelliğinden dolayı, aynı davanın yeniden açıldığı her hâlde derdestlik durumunun oluştuğu ve bu sebeple davanın usûl yönünden reddine karar verilmesi gerektiği söylenemez. Örneğin, ilk inceleme sırasında bazı noksanlıklardan dolayı dilekçe reddedildikten sonra süresinde yenilendiği zamana kadarki davanın askıda kaldığı süreçte aynı davanın ilkinden ayrı ve bağımsız olarak açılan ikinci davanın derdestliğinden söz edilemez. Keza, ilk inceleme sonunda idari merci tecavüzü sebebiyle dilekçenin görevli mercie tevdiine karar verilmesi hâlinde de, aynı davanın görevli mercie başvurmadan veya bunun sonucu beklenmeden ilkiyle ilişkili olmadan yeniden açılması mümkündür; bu davaya karşı derdestlik ileri sürülemez. Ancak her iki hâlde de bize göre bu davalarda usûl ekonomisi gereği acele edilmeyerek ilk davayla ilgili yenileme veya idarenin ön karar sürecinin tamamlanması beklenmelidir. Bu çerçevede, ilk dava dilekçesinin noksanlıkları giderilerek yenilenmesi veya ilgili mercinin kararı üzerine ilk davaya devam edilmesi üzerine, sonraki davalara artık derdestlik oluşturduğu kabul edilmelidir.

İdari yargıda usûl hukukunun genel bir esası olarak ve kamu düzeni gereği, yasal bir dayanağı olmamasına rağmen derdestlik durumu uygulama

alanı bulmakta ise de, bunun yasal bir düzenlemeye kavuşturulması yerinde olacaktır. Bu konuda İYUK'un HUMK/HMK'Ya yollama yapan 31'inci maddesi hükmüne kesin hüküm ile birlikte “derdestlik” ibaresinin eklenmesi yeterli olabilir. Mamafih, artık HMK'nın 114'üncü maddesinde olduğu gibi İYUK'un 14-15'inci maddelerine derdestliği (ve tabii kesin hükmün de) bir dava şartı olduğuna ilişkin hüküm konması en kesin çözüm şeklidir.

KAYNAKÇA

- ALAN , Nuri; İptal Davasının Ön ve Esastan Kabul Şartları, *Danıştay Dergisi*, Yıl 13, Sa. 50-51, 1983, s. 22-50
- ALANGOYA, Yavuz, Medeni Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979
- BERK, Kahraman, İdari Yargılama Usûlü Kanununa Göre İlk İnceleme, İstanbul 2008
- BAL, Yakup/ KARABULUT, Mustafa / ŞAHİN, Yahya, İdari Yargılama Usûlü İle İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları, Ankara 2003
- CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usûlü Kanunu, Ankara 2011
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargıda Kanun Yolları, Ankara 2002
- , İdare Yargılama Hukuku, Ankara 2011
- ÇETİNTEMEL, Harun, İlk Derece Yargı Yerlerinin Sorunları, *Danıştay Dergisi*, Sa. 68-69, s. 110-126
- ÇIRAKMAN, Erol, Hukuk Yargılama Usûlünün İdari Yargıda Uygulanması, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Ankara 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Yayın No:33, Ankara 1982, s.102-112
- EROĞLU, Yaşar, Danıştay Kanunuyla Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununa Atıf yapılan Hâllerde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştay'da Uygulanışı, *Danıştay Dergisi*, Sa. 8, 1973, s.30-49

- GÖRAN, Sait / BERKARDA, Kemal / AYANOĞLU, Taner / BERK, Kahraman, İdari Yargılama İlgili Konular, *Danıştay Ve İdari Yargı Günü 135.Yıl Sempozyumu*, 9 Mayıs 2003, Danıştay Başkanlığı Yayını: 68, Ankara 2004
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 26.B., Ankara 2007
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku, C.II İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2003
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref / DİNÇER, Güven, İdari Yargılama Usûlü, b.2, Ankara 1999
- HANAĞASI, Emel, Davada Menfaat, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009
- Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan Hukuk Muhakemeleri Kanununa, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara 2011
- KALABALIK, Hâilil, İdari Yargılama Usûlü Hukuku, b.3, Konya 2009,
- KARAVELİOĞLU, Celâl, Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usûlü Kanunu, C.I-II, b.5, Ankara, 2001
- KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Demir-Demir Yayıncılık, C.II, b.6, İstanbul 2001
- , Hukuk Usûlünde Dava Sebebi, *Makaleler*, İstanbul 2006, s.215-246
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Ankara 2006, s.358
- MÜDERRİSOĞLU, Hakkı, Danıştay Kanunu ve Danıştay Yargılama Usûlü, Ankara 1978
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usûl Hukuku, b.11, Ankara 2011
- İlhan POSTACIOĞLU, Medeni Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s.386
- , Davanın ve Kaziyei Muhkemin Unsuru Olarak Hukuki Sebep, *Recai SEÇKİN'e Armağan*, Ankara 1974, s.497-527
- ŞEKERCİ, Ersin, Medeni Usûl Hukukunda ve İdari Yargılama Usûlünde Derdestlik I, *Yargıtay Dergisi*, Sa. 1986/3, s.207-226
- , Medeni Usûl Hukukunda ve İdari Yargılama Usûlünde

- Derdestlik II, *Yargıtay Dergisi*, Sa.1986/4, s.396-408
- , Yönetmelik Yargılama Hukukunda derdestlik, *Ankara Barosu Dergisi*, S.1989/3
- TAN, Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011
- TANRIVER, Süha, Medeni Usûl Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No:531, Ankara 1998
- ULUKAPI, Ömer;, Medeni Usûl Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları, *Yargıtay Dergisi*, 1995, Sa.4, s.395-445
- , Medeni Usûl Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Ankara 1997
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, b.6, İstanbul 1997
- , İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967,
- YENER, Orhan, Hukuk ve Ceza Davalarında Taraf Teşkili ve Dava Ehliyeti, Davaya Vekalet, Yetkin Yayınevi, Ankara 1997
- YENİCE, Kazım / ESİN, Yüksel; Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usûlü, Ankara, 1983
- YILDIRIM, Turan, İdari Yargı, İstanbul 2008
- YILMAZ, Zekeriya, Medenî Usûl Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması, Ankara 2001
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, “Derdest”, “Derdest-i rüyet”, “Derdestlik”, Ankara 1982, s.113

İNSAN HAKLARI HUKUKU VE İNSANCIL HUKUK AÇISINDAN TÜRKİYE’NİN AYRILIKÇI TERÖR ÖRGÜTÜ PKK İLE MÜCADELESİ

Fatma TAŞDEMİR*

Özet

PKK Türkiye’nin topraklarının bir kısmında bağımsız bir Kürt devleti kurmayı amaçlayan ayrılıkçı bir terör örgütüdür. Türkiye, ayrılıkçı terör örgütü PKK’ya karşı ülke içinde yürüttüğü mücadelesini geleneksel olarak İnsan Hakları Hukukuna dayandırmıştır. Ancak bu yaklaşım, son dönemlerde tartışılmaya başlanmış ve PKK ile mücadelede Silahlı Çatışmalar Hukukunun uygulanması önerileri gündeme gelmiştir. Bu çalışmada, ilk olarak Uluslararası İnsancıl Hukuk ve uluslararası İnsan Hakları Hukuku arasındaki ilişki ele alınacaktır. İkinci olarak, Türkiye’nin geleneksel politikası, yani terörizmle mücadelede Uluslararası İnsan Hakları Hukuku yaklaşımı, gözden geçirilecektir. Son olarak, Türkiye’nin ayrılıkçı terör örgütü PKK’ya karşı ülke içinde yürüttüğü mücadelesinde bir paradigma değişikliğine gitmesinin olumlu ve olumsuz yönleri detaylı bir biçimde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Terörizm, Türkiye, PKK, İnsan Hakları Hukuku, Uluslararası İnsancıl Hukuk, İç Silahlı Çatışma, Tadic Yargısı, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü.

TURKEY’S STRUGGLE WITH SEPERATIS TERRORIST ORGANAZATION PKK : DIMENSIONS RELATED TO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Abstract

PKK, which aims to establish an independent statehood in a part of Turkey’s territory is a separatist terrorist organization. Turkey has traditionally based its policy for struggling against the separatist terror organization, PKK, within the country on the International Human Rights Law. However, this approach has started to be discussed lately, and proposals for enforcement of Internal Armed Conflicts Law have come to be on the agenda. In this study first of all, relation between International Humanitarian Law and International Human Rights Law will be analysed. Secondly, Turkey’s traditional policy - the approach of enforcement of International Human Rights Law to combat against terrorism - will be revised. Finally, probability of Turkey’s changing the old paradigm, and positive and negative aspects of the new paradigm will be discussed.

Key Words: Terrorism, Turkey, PKK, International Human Rights Law, International Humanitarian Law, Internal Armed Conflict, The Tadic’ jurisprudence, The Statute of the International Criminal Court.

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi

I. Teorik Çerçeve: Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Uluslararası İnsan Hakları Hukuk Arasındaki İlişki

Uluslararası İnsancıl Hukuk ve uluslararası İnsan Hakları Hukuk önemli kesişim alanına sahiptir. Her iki hukuk dalı da tüm koşullarda bireylerin korunması ve himaye edilmesi amacını paylaşmaktadır.¹ Ancak, önemli kesişim noktalarına rağmen, Uluslararası İnsancıl Hukuk ve uluslararası İnsan Hakları Hukuku ayrı tarihsel ve teorik hukuk rejimleri olarak kalmaya devam etmektedir.²

İki hukuk dalı arasındaki farklılıkların en önemlisi Uluslararası İnsancıl Hukukun sadece “silahlı çatışma” hallerinde, İnsan Hakları Hukukunun ise, kural olarak, her zaman -barış zamanı veya savaş zamanı- uygulanmakta olmasıdır.³ Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanması için “silahlı çatışmanın” olması, *sine qua non* koşuldur.⁴

Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar bakımından durumu değerlendirdiğimizde, Uluslararası İnsancıl Hukuk sadece “silahlı çatışma” hallerinde uygulanır; iç gerilim ve iç karışıklık durumlarını kapsamaz. Ancak, bir devletin ülkesinde ortaya çıkan iç karışıklıkların ve gerginliklerin silahlı çatışma düzeyine ulaştığını gösteren bariz bir sınırın bulunmaması, İnsancıl Hukukun, İnsan Hakları Hukukunun yerine geçtiği veya onunla beraber uygulanmaya başladığı zamanı tespit etmeyi güçleştirmektedir.⁵

¹ Hans-Joachim Heintze, “On the Relationship Between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law”, *IRRC*, C. 86, S. 856, 2004, s.789.

² Mark Freeman, “International Law and Internal Armed Conflicts: Clarifying the Interplay Between Human Rights and Humanitarian Protections”, *The Journal of Humanitarian Assistance*, 24 Temmuz 2000, (<http://jha.ac/2000/07/24/international-law-and-internal-armed-conflicts-clarifying-the-...>, erişim 30 Haziran 2008) ; Kenneth Watkin, “Controlling the Use of Force: A Role For Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict”, *AJIL*, C. 98, No 1, 2004, s.10.

³ Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş*, İstanbul, Beta yayınları, 2006, s.2; A. Emre Öktem, *Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları*, Derin Yayınları:95, İstanbul, 2007, s.415; Rona Gabor, “Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the War on Terror”, *The Fletcher Forum of World Affairs*, C.27, S.2, 2003, s.57; Theodor Meron, “The Humanization of Humanitarian Law”, *AJIL*, C. 94, 2000, s.240.

⁴ *The International Institute of Humanitarian Law and The International Committee of the Red Cross, XXVIIth Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law: International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence*, (Summary Report Prepared by the International Committee of the Red Cross), Kasım 2003, s.8.

⁵ Silja Vöneky, “The Fight Against Terrorism and The Rules of The Law of Warfare” (ed. Walter Christian, Vöneky Silja et al.), *Terrorism as a Challenge for National and International*

Ülke içi iç şiddet sırasında hangi Uluslararası Hukuk normları uygulanacaktır? Burada üç farklı durumu ayırt eden bir modele dayanarak, değişen Uluslararası Hukuku standartlarından söz edebiliriz. Medeni barış, münferit şiddet eylemleriyle karakterize edilen birinci durumda, bir bütün olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukuku uygulanır.⁶ İkinci durum, bir hükümet tarafından kamu güvenliğini sağlamak ve kamu düzenini muhafaza etmek için kuvvet kullanmasını içeren, ilk duruma göre daha kolektif fakat henüz yeterince örgütlenmemiş olan ve dolayısıyla silahlı çatışma teşkil etmeyen bastırıcı tedbirleri içeren iç gerginlik ve karışıklıklardır. Böyle durumlarda da yalnızca, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku uygulanmakta ancak hükümet yetkililerine “olağanüstü hal (emergency)” ilan etme yetkisi verilmektedir. Hükümetler, iç gerginlik ve karışıklık durumunda Uluslararası İnsan Hakları Hukuku çerçevesindeki yükümlülüklerinin bir kısmını askıya alabilmekte veya sınırlandırabilmektedir.⁷Bu bağlamda, örneğin, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin “olağanüstü durumda yükümlülük azaltma” başlığını taşıyan md. 4, “*Sözleşmeciler Taraf Devletler, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun meydana gelmesi ve bunu resmen ilan etmeleri halinde, durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçüde, Uluslararası Hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı düşmeyecek ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken gibi sebeplerle ayrımcılık içermeyecek şekilde, bu Sözleşmedeki yükümlülüklerinde azaltma yapan tedbirler alabilir*” demektedir.⁸ Benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 15. maddesi de, insan haklarının sert çekirdeğini oluşturan, yaşam hakkı, işkence ve zalimane gayri insani ve aşağılayıcı muamele yasağı, kölelik yasağı, suç ve cezanın geriye yürümezliği gibi bazı temel haklar dışında, insan temel hak ve özgürlüklerinin askıya alınmasına izin vermektedir. Nitekim AİHS md. 15 şu şekildedir: “*1-Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir. 2- Yurarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dı-*

Law: Security Versus Liberty? (içinde), Berlin/Heidelberg, 2004, s.930.

⁶ *The International Institute of Humanitarian Law and The International Committee of the Red Cross, XXVIIth round table ...*, s.5.

⁷ *The International Institute of Humanitarian Law and The International Committee of the Red Cross, XXVIIth round table ...* s.5; Heintze, s.791.

⁸ Bkz., (<http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>, erişim 30 Haziran 2008).

şında, 2. madde ile 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlale mezon kılmaz. 3- Bu maddeye göre aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmecî Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmecî Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.”⁹ Uluslararası İnsan Hakları belgelerinin olağanüstü hallerde, belli hükümlerden deregasyonlara izin vermesi, sivillerin korunmasını sınırlandıran bir faktör olması nedeniyle, Uluslararası İnsan Hakları rejiminin önemli zayıflıklarından bir tanesi olarak görülmektedir.¹⁰ Ancak İnsan hakları belgelerine deregasyonların dâhil edilmesi, insan haklarının silahlı çatışma sırasında da uygulanmaya devam edileceğini vurgular.¹¹ İnsan Hakları Hukuku'ndan farklı olarak İnsancıl Hukukun düzenlediği hakların ise askıya alınması söz konusu değildir.¹²

Üçüncü ve son durum bir iç silahlı çatışma durumudur. Bu durumda, Uluslararası Hukukun her iki dalı yani Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Uluslararası İnsan Hakları Hukuku birlikte uygulanır. Bir iç silahlı çatışma durumunda uygulanacak Uluslararası İnsancıl Hukukun dört ana kaynağı vardır. Bunlar: i) Martens hükmü¹³; ii) ortak madde 3; iii) II Numaralı Ek Protokol; iv) 1998 Roma Statüsü md. 8 (2) (c-f) dir. İç silahlı çatışmalar sırasında uygulanabilir Uluslararası İnsan Hakları Hukuku korumaları konusunda ise oldukça geniş bir kaynak dizisi söz konusudur.¹⁴

⁹ Bkz., (http://tr.wikisource.org/wiki/Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_S%C3%B6zleşmesi), erişim 15 Temmuz 2008) .

¹⁰ Elizabeth Chadwick, *Self-Determination, Terrorism And The International Humanitarian Law Of Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1996, s.76; Lindsay Moir,, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, s.195.

¹¹ Moir, s.196.

¹² Moir, s.196.

¹³ “Martens Clause”, 1907 La Haye Tüzüklerinin önsözünde ve 1949 Cenevre Sözleşmelerinde (I. CS md.63; II. CS md. 62; III. CS md. 142 ve IV. CS md. 158) bulunmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) tarafından 1949 Korfu Boğazı davasında ve 1986 Nikaragua davasında örfi hukuk statüsü kazandığı ileri sürülmüştür. Bkz., 1949 The Corfu Channel Case, Meritis, ICJ, Reports 1949. “ Martens Kaydı uyarınca, “herhangi silahlı çatışmaya taraf olanlar, medeni halklar arasında yerleşik gelenekler, insaniyet kanunları ve kamu vicdanının emirlerinden kaynaklanan, Uluslararası Hukuk ilkelerinin koruması altında olmaya devam edeceklerdir.”

¹⁴ Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Belgelerinden en önemlileri şunlardır: 1945 BM Andlaşması (md. 55 ve md.56); 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi; BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) S.lı kararı ile kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren “BM Kişisel-Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası

İki hukuk dalı arasındaki bir başka önemli farklılık, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk arasındaki normatif ilişki konusundadır. Uzun yıllar, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun, silahlı çatışma durumunda uygulanamayacağı düşünülmüş ve dolayısıyla 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri birbirlerini hesaba katmadan ayrı ayrı hazırlanmıştır.¹⁵ Ancak, bu algılama zaman içinde değişmiş; BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md. 4/1 ve AİHS md. 15/2'de insan haklarının uygulanma alanı savaş zamanına genişletilmiştir.¹⁶ İnsancıl hukuk ve insan hakları normlarının aynı anda uygulanabilir olması da önemli bir sorun ortaya çıkarmıştır. Bir çatışma halinde hangi normun diğerine üstün tutulacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Bu durum iki hukuk dalı arasındaki normatif ilişkinin niteliğinin berraklaştırılmasını gerektirmektedir.

Normlar çatışması genellikle değişik nitelikte iki andlaşma halinde, *lex specialis derogat lex generalis* (özel kanun genel kanunu ilga eder) kuralı gibi hukuk teknikleriyle çözülmektedir.¹⁷ Genel olarak, İnsan Hakları Hukuku silahlı çatışma sırasında uygulanmasına karşın, Uluslararası İnsancıl Hukuk, silahlı çatışma sırasında *lex specialis* olarak üstünlüğe sahiptir.¹⁸ Bir başka ifade ile İnsan Hakları Hukuku daha genel ilkeleri içerirken, İnsancıl Hukuk ise daha özel ve istisnai bir uygulama alanına sahiptir.¹⁹ Nitekim Uluslararası Adalet Divanı (UAD) bu normatif ilişkiyi teyit etmiştir. Nükleer Silahlara İliş-

sı Sözleşme.” ve “BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”. Türkiye bu sözleşmeleri 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmeler 4 Haziran 2003 gün ve 4868 sayılı yasa ile uygun bulunmuştur. Bkz., (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_225.htm, erişim 6 Ağustos 2008). 1951'de yürürlüğe giren “Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme”; 7 Temmuz 1955'de yürürlüğe giren “Köleliğe İlişkin Sözleşme”; 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren İnsan haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi. Türkiye söz konusu sözleşmeyi 18 Mayıs 1954'de onaylamıştır. Bkz. R.G. 19 Mart 1954, S. 8662. 22 Kasım 1969'da imzalanan ve 12 Temmuz 1978'de yürürlüğe giren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi; 26 Haziran 1981'de imzalanan 21 Ekim 1986'da yürürlüğe giren İnsan ve Halkların Haklarına İlişkin Afrika Anlaşması. Bkz., Münci Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1991.

¹⁵ Heike Krieger, “A Conclit of Norms: The Relationship Between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study”, *Journal of Conflict & Security Law*, C.11, No 2, ss.266-267.

¹⁶ Heintze, s.790.

¹⁷ Bkz., Edip Çelik, *Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1986, ss.133-134.

¹⁸ Krieger, s.270; Heintze, s.796.

¹⁹ Öktem, s. 420.

kin Danışma Görüşünde UAD, “*Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin sağladığı koruma savaş zamanında sona ermez; en azından, bu belgenin getirdiği bazı yükümlülükler kamusal tehlike halinde ayrık hükümler getirilebileceğini öngören 4. madde bu sonuca götürmektedir. Bununla beraber yaşam hakkına saygı, ayrık hükümlere tabi hükümler arasında değildir. İlke olarak, yaşam hakkından keyfi biçimde mahrum bırakılma hakkı, muhasamat/hostilities sırasında da geçerlidir. Ancak, bu durumlarda yaşam hakkından keyfi biçimde mahrum bırakılmanın ne anlama geldiğini tespit etmek, ilgili lex specialis’e yani silahlı çatışmalar hukukuna aittir. Böylece, silahlı çatışma sırasında belli bir tip silahın kullanılması sonucu meydana gelen ölümlerin, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 6. maddesine aykırı biçimde yaşam hakkından mahrum bırakılma sayılıp sayılamayacağını söylemek, Sözleşme hükümlerinin değil, sadece silahlı çatışmalarda uygulanabilir hukukun ışığında mümkündür*” demektedir.²⁰ Ne var ki; bu konudaki belirsizlikler hala devam etmektedir.²¹ UAD, İnsancıl hukukun bir bütün olarak tüm kurallarının insan hakları hukuku üzerindeki üstünlüğünü kabul etmemiş; yaşam hakkından mahrum bırakılma özel sorununa ilişkin olarak bu açıklamayı yapmıştır. UAD aynı yaklaşımı 2004 tarihli, “İşgal Edilen Filistin Topraklarında Bir Duvar İnşasının Hukuki Sonuçlarına Dair Danışma Görüşü’nde” de sürdürmüş ve şu ifadelerle yer vermiştir: “*Mahkeme, daha genel olarak, İnsan hakları andlaşmalarının sağladığı koruma, silahlı çatışma sırasında sona ermez. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşme’nin 4. maddesinde rastlanan türde ayrık hükümlerin doğurduğu etki saklı kalmak üzere, insan hakları sözleşmelerinin sağladığı koruma silahlı çatışma halinde sona ermez. Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları Hukuku arasındaki ilişki hususunda üç ihtimali durum vardır: Bazı haklar; münhasıran Uluslararası İnsancıl Hukuk konusuna girer; diğerleri, münhasıran İnsan Hakları Hukuku konusuna girer; diğerleri ise, hali-hazırda her iki Uluslararası Hukuk dalının kapsamına girer. Soruya yanıt vermek için Mahkeme Uluslararası Hukukun her iki dalını da dikkate alacaktır yani İnsan Hakları Hukuku ve lex specials olarak Uluslararası İnsancıl Hukuk.*”²² Aynı ifade, 19 Aralık 2005 tarihli Kongo Ülkesindeki Silahlı Faaliyetlere İlişkin Davada, kısaca “Kongo Davasında” da

²⁰ Bkz., ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 Temmuz 1996, ICJ Reports 1996 (I), s.239, para. 25.

²¹ Krieger, s.268.

²² ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 Temmuz 2004, parag.106.

yer almıştır.²³ Dolayısıyla, insan hakları, Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanması ile toptan iptal (en block) edilmemektedir.²⁴

Uluslararası İnsancıl Hukukun *lex specialis* olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna üstünlüğünü öngören yaklaşımın istisnaları bulunmaktadır. Söz konusu kuralın istisnalarından birisi, iç silahlı çatışmalarla bağlantılı olarak ileri sürülmekte ve ortak madde 3'ün “adil yargılanma hakkı” konusunda asgari düzeyde ve muğlâk garantiler içermekteyken İnsan Hakları Hukukunun tam tersine, bu konuda oldukça detaylı hükümler içerdiği ileri sürülmektedir.²⁵ Nitekim Krieger bu konuda, bir iç silahlı çatışmada muhasamatın gerçekleştirilmesinde İnsan Hakları Hukuku yaklaşımının uygulanmasının daha faydalı olacağını ve İnsan Hakları Hukukunun bu durumları etkin şekilde düzenlerse, silahlı çatışmanın bu özel türü bakımından *lex sepecialis* olabileceğini ileri sürmektedir.²⁶

Şimdi her iki modeli açıklayan bu teorik bilgileri, Türkiye'nin 1984 tarihinden bu yana sürdürdüğü ayrılıkçı terörizmle yani PKK ile mücadelesi bağlamında, etkinlik, tercih edilebilirlik ve siyasal çıkarlara uygunluk açısından ayrı ayrı değerlendirelim.

II. Türkiye'nin Ayrılıkçı Terörizmle Mücadelede Benimsediği Yaklaşımlar

A. Ayrılıkçı Terörizmle Mücadelede İnsan Hakları Hukuku Yaklaşımı

Terörizmle mücadelede birinci model, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin uygulanmasının söz konusu olmadığı, tek alternatif kurallar dizisinin barış zamanında uygulananlar kurallar dizisi olduğunu varsayan “cezai adalet modeli”²⁷ olup söz konusu kurallar dizisi de Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda, bir devletin Anayasası ve Ceza Hukukunda bulunmaktadır.²⁸ Tür-

²³ *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo*, Judgment of ICJ, 19 Aralık 2005, parag . 216 (<http://www.icj.cij.org/icjwww/decesions.htm>, erişim 8 Ağustos 2008).

²⁴ Krieger, s.271.

²⁵ Krieger, s.273.

²⁶ Krieger, s..275.

²⁷ Ronald D. Crelinstein, ve Alex P. Schmid, “Western Responses to Terrorism: A Twenty-Five Year Balance Sheet”, Ronald D. Crelinstein ve Alex P. Schmid, (eds.), *Responses To Terrorism* (içinde), Londra, 1993, s.333.

²⁸ Michael H. Hoffman, “Rescuing the Law of War: A Way Forward in an Era of Global Terro-

kiye, ayrılıkçı terör örgütü PKK'ya karşı ülke içinde yürüttüğü mücadelesini geleneksel olarak bu paradigmaya dayandırmıştır. Bu süreçte bir yandan taraf olduğu Uluslararası İnsan Hakları belgelerini ²⁹ öte yandan da kendi Anayasa ve Ceza hukukunu uygulama yoluna gitmiştir. ³⁰

Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında olduğu gibi terörizmle mücadelede de merkezi bir rol oynamaktadır. İnsan Hakları Hukuku, suçluların iadesinden olağanüstü haller rejimine uzanan geniş bir alanda terörizm konusuna temas eden düzenlemeler getirmektedir. ³¹ Uluslararası İnsan Hakları Hukuku çerçevesinde terörle mücadele devletlerin sadece bir hakkı değil; aynı zamanda bir görevidir ve iç şiddetin kontrol altına alınması görevini de, geleneksel olarak polis ve jandarma gücü gerçekleştirir. ³² İç şiddetin kontrol altına alınması sırasında “silahlı kuvvet” kullanılması ise genellikle bir çeşit “olağanüstü hal” ilanı halinde söz konusudur. ³³

İnsan Hakları Hukuku çerçevesinde terörizmle mücadelede sırasında devlet kurumları tarafından ülke içinde kuvvet kullanılması, “kolluk harekâtı (law enforcement)” ile ilgili modele dayanır. ³⁴ Bu modelin uygulanmasının ön koşulu, göreceli bir güvenlik ortamının varlığıdır. ³⁵ Kolluk harekâtının amacı basittir: Suç işlenmesinin önlenmesi, işlenmekte olan suçun bastırılması, işlenmiş olan suçların zanlılarının yargıya sevk edilmesi. Askeri harekât, somut ve ciddi bir saldırının durdurulması, bastırılması; tehdidin etkisiz kılınması görevini içerir. ³⁶

Bu modelde devletlerin, terör saldırılarını engellemek için kuvvet kullanma hakkına sahip oldukları hususunda tereddüt yoktur ve bu kuvvet, ölümcüllük boyutuna da varabilir. Ancak, terör eylemleri ne kadar ciddi ve failler

rism”, *Parameters*, 2005, ss.19-20.

²⁹ Bkz., geride dipnot 14, s. 3.

³⁰ Bkz., ileride dipnot 118, s.21.

³¹ Öktem, s.243.

³² Greg Travalio ve John Altenburg, “Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force”, *Chi. J. Int'l L.*, C.97, 2003, s. 98; Watkin, ss. 9 ve 13.

³³ Elspeth Guild, “Inside Out or Outside In? Examining Human Rights in Situations of Armed Conflict”, *International Community Law Review*, C. 9, 2007, s.35.

³⁴ Watkin, s.2.

³⁵ *The International Institute of Humanitarian Law...*, s.13.

³⁶ Sadi Çaycı, “PKK Terörüyle Mücadelede Uygulanacak Hukuk”, *Stratejik Analiz*, Eylül 2007, s.36.

ne kadar tehlikeli olursa olsunlar, devletin buradaki kuvvet kullanma hakkı sınırsız olmayıp Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna tabidir. Devlet görevlileri ölümcül güç kullanımına, kendisine veya bir üçüncü şahsa karşı yakın bir öldürme ve yaralama tehdidi halinde; insan yaşamını ağır tehlikeye koyabilecek ciddi bir suçun işlenmesini önlemek için başvurabilir.³⁷ Her halükarda, bu modelin rehber ilkeleri devlet görevlilerine, “kasıtlı” ölümcül güç kullanıma hakkını vermemektedir. Barış zamanında, Uluslararası İnsan Hakları Hukukuna göre, uygulanacak kuvvetin derecesi suçun ciddiliğiyle ve durumun gerekleri ile orantılı olmalıdır. Üstelik kolluk güçleri kuvvet kullanmadan önce sesli uyarıda bulunmalıdır. Yine barış zamanında devlet görevlileri, ciddi tehlike arz eden kişileri ayırt ederek sadece bunlara karşı kuvvet kullanmak durumundadır.³⁸

Bu modelde, terörizmle mücadele, uluslararası insan hakları organlarının denetimine konulmaktadır. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi denetim organlarından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) AİHS md. 2 ‘de bulunan yaşam hakkına saygı gösterme yükümü çerçevesinde³⁹ birçok olayda, silahlı kuvvet kullanımının, güdülen meşru amaçla orantılılığını sorgulamak durumunda kalmıştır.⁴⁰ Terörizmle mücadelede sırasında devletin güvenlik güçlerinin yaşam hakkına müdahalesi konusunda, “*McCann ve diğerleri Birleşik Krallık’a karşı davasında*”⁴¹ AİHM, yetersiz istihbarat, hatalı takdir yetkisi nedeniyle, öldürücü güce başvurmanın, AİHS md. 2/2 çerçevesinde “başkalarını kanun dışı şiddete karşı korumak için mutlak surette

³⁷ Kenneth Roth, “The Law of War in The War on Terror”, *Foreign Affairs*, C. 83, 2004, s.2.

³⁸ The International Institute of Humanitarian Law..., a.g.b., s.13.

³⁹ AİHS’nin Yaşama Hakkı konusundaki 2. maddesi şu şekildedir: 1- Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez. 2- Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz: a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için; b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için; c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için.

⁴⁰ Watkin, s.26; Guild, s.38; Öktem, s.272.

⁴¹ Dava konusu olay şu şekilde gelişmiştir: İngiliz askeri özel birliklerini (SAS), Gibraltar’da, bombalı saldırı gerçekleştirmeyi planlayan IRA (Irish Republican Army /İrlanda Cumhuriyet Ordusu) mensubu üç şüpheli kişiyi, 6 Mart 1988’de ateşli silahlarla öldürmüştür. Ancak, operasyon sonrasında teröristlerin silah ya da patlayıcı bulundurmadaıkları ortaya çıkmıştır. Üç teröristin yakınları, *inter alia*, AİHS’in “yaşam hakkını” düzenleyen 2. maddesine saygı gösterilmediği esasında AİHM önünde dava açmıştır. Bkz., *McCann and Others v. United Kingdom Case*, 17 /1994/464/545; ECtHR 5 Eylül 1995.

zorunlu bir eylemin sonucu olduğuna” ikna olmadığını belirterek, bu sebeple Sözleşmenin 2.maddesinin ihlale uğradığına hükmetmiştir.⁴² Mahkeme, terörizme karşı mücadelede özel birliklerin (SAS) kullanılmasını meşru görürken; iç meselelerde askeri teknik ve taktiklerin etkin şekilde kullanılmasını reddetmiştir.⁴³ Yine, devlet içindeki bireylere bir “düşman (enemy)” olarak muamele yapılamayacağına; tutuklama için makul bir fırsat varken bireylerin vurulamayacağına karar vermiştir.⁴⁴

Türkiye’de 1984’den bu yana PKK’ya yönelik sürdürdüğü mücadelede bu yaklaşım çerçevesinde birçok strateji benimsemiştir. Bu stratejiler çerçevesinde 1984 yılında terörizmden en çok etkilenen dokuz ilde “sıkıyönetim” ilan etmiş. Ardından 1987-2002 yılları arasında Güneydoğu Anadolu Bölgesi’nde “Olağanüstü Hal” rejimini uygulamaya geçirmiştir.⁴⁵ Anayasal düzenini koruma ve ülke bütünlüğünü sağlamak için ayrılıkçı terör örgütüne yönelik ülke içinde ve dışında askeri operasyonlar düzenlemiş ve düzenlemektedir. Türkiye, gerçekleştirdiği bu iç güvenlik harekâtları sırasında, silahlı kuvvetlerini, kolluk güçleri gibi kullanmaktadır.⁴⁶ Bu durum, PKK’nın çatışmanın bir iç güvenlik meselesi olmadığı fakat iki farklı ve ayrı halk arasında savaş olduğu iddialarına yol açmaktadır.⁴⁷ Ancak, belirtmek gereklidir ki; bu modelde, askeri birliklerin iç güvenlik operasyonlarına katılması otomatik olarak “silahlı çatışmanın” mevcudiyetini kabul etme anlamına kesinlikle gelmemektedir.⁴⁸

Güneydoğu olayları çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları mekanizmalarına yapılan başvuruların ağırlık noktasını, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele, köy boşaltma, köy yakma ve zorunlu göç iddiaları oluşturmuştur.⁴⁹ AİHM, *McCann* davasında olduğu gibi Türkiye ile ilgili davalarda da güvenlik güçlerinin operasyon sırasında kuvvet kullanımlarını gereklilik ve orantı-

⁴² *McCann and Others v. United Kingdom Case*, parag. 213.

⁴³ *McCann and Others v. United Kingdom Case*, Parag. 183.

⁴⁴ Watkin, s.26; Guild, s.38.

⁴⁵ İbrahim Cerrah, “The Stance of a Democratic Society, against Terrorism: Turkey’s Approach”, (<http://www.Turkishweekly.net/comments.php?id=2061>, erişim 24 Temmuz 2008), s.5.

⁴⁶ Sadi Çaycı, “İnsan Hakları Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, *Stratejik Analiz*, Temmuz 2005, s. 78.

⁴⁷ Çaycı, “İnsan Hakları Hukuku açısından ...”, s.78; Cerrah, ss. 6-7.

⁴⁸ Moir, s.39; Watkin, s.14 ve 26.

⁴⁹ Guild, s.38.

lık ilkesi bakımından incelemiştir.⁵⁰ Söz konusu davalarda AİHM, devletin soruşturma yapma görevi üzerinde özellikle durmuş ve özellikle devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen kuvvet kullanımlarının insan ölümüne yol açması halinde etkin bir biçimde soruşturma yapmasını gerektirmekte olduğuna karar vermiştir.⁵¹ AİHM, Söz konusu davalarda, soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi veya yetersiz soruşturma nedeniyle yetkililerin md. 2 çerçevesinde, yaşam hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.⁵² Türkiye, bu olaylar karşısında kendisini tıpkı Rusya ve İngiltere'nin yaptığı gibi, AİHS md. 15 çerçevesinde ayırık hallere başvurmak yerine, askeri eylemlerini AİHS md. 2 2 (a) çerçevesinde “*bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için kesin zorunluluk haline gelen kuvvet kullanımına*” dayandırmıştır.⁵³

Sonuç olarak, terörizmle mücadelede İnsan Hakları Hukuku yaklaşımı, uygulanan güvenlik politikası ile insan hakkı arasında bir denge kurulmasını gerektirmekte; devletin bu mücadeleyi hukukun üstünlüğü anlayışı çerçevesinde gerçekleştirmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.⁵⁴ Bu modelde, devlet amaçlara ulaşmak için bütün araçlara başvuramamakta; sivilleri ayırık ederek, şartların gerekleriyle, örneğin kendini müdafaa ya da hasmını etkisiz veya silahsız bırakmak amaçlarıyla orantılı olarak kuvvet kullanabilmektedir. Bu çerçevede, İnsan Hakları Hukuku, kolluk güçlerinin hareket serbestisini sınırlayan olumsuz bir etken olarak görülmemekte tam tersine, devletin insan hakları kavramının uygulanmasındaki başarı derecesi, terör örgütünün toplumda taban ve destek bulmasını önleyecek ve azaltacak, toplum üzerindeki gereksiz baskıyı kaldıracak çok önemli bir etken olarak değerlendirilmektedir.⁵⁵

⁵⁰ Türkiye ile ilgili davaların bir kısmı için bkz., *Sürek and Özdemir v. Turkey*, 23927/94-24277/94, 8 Temmuz 1999; *Güleç v. Turkey*, 54/1997/832/1044, 27 Temmuz 1998; *Öğur ve Turkey*, 21954/93, 27 Temmuz 1998; *Kaya v. Turkey*, 18 Şubat 1998 reports 1998-I; *Ergi v. Turkey*, 66/1997/850/1057, 28 Temmuz 1998; *Ahmet Özken v. Turkey*, 21889/93, 6 Nisan 2004.

⁵¹ AİHM'in *Kaya v. Türkiye* davası, Türkiye'nin yetersiz soruşturma nedeniyle 2. maddeyi ihlal ettiğine hüküm verdiği ilk karardır. Bkz., geride dipnot 50.

⁵² Heintze, ss. 810-811; Guild, s.40.

⁵³ William Abresch,, “A Human Rights of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya”, *Center for Human Rights and Global Justice Working Paper Extrajudicial Executions Series (CHRGJ)*, S.4, 2005, ss.10-11.

⁵⁴ İbrahim Kaya ve Yücel Acer, “Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Korunması ve Sığınmacılar Hukukundaki Non-Refoulement İlkesi”, (<http://www.turkisweekly.net/turkce/makle.php?id=139>, erişim 24 Temmuz 2008).

⁵⁵ Sadi Çaycı, “Türkiye'deki Ayrılıkçı Terörle Mücadelenin Hukuki Boyutları”, *Avrasya Dosyası*, C. 12, S.3, 2006, s.146.

İnsan hakları ihlali üzerine kurulu bir anti-terör politikası ise, devletin hukuki temelleriyle beraber, sosyal yapısına da zarar verecek bir etmen olarak görülmektedir.⁵⁶

B. Terörizmle Mücadelede Uluslararası İnsancıl Hukuk Yaklaşımı

Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukuku (*jus in bello*), uluslararası ya da uluslararası olmayan nitelikte silahlı çatışmalardan kaynaklanan insani sorunları özel olarak düzenlemeye yönelik olarak oluşturulmuş ve insani nedenlerle, tarafların istedikleri savaş yöntemi ya da araçlarını kullanma hakkını sınırlandıran ya da çatışmadan zarar gören ya da görebilecek olan kişi ve malları koruyan, sözleşme ya da teamül kökenli uluslararası kurallardır. Başlıca kaynakları, 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmeleri ve Bildirileri; 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek Protokollerdir.⁵⁷

Uluslararası İnsancıl Hukuk yaklaşımı terörizmi önlemede bir yanıt sağlamakta mıdır? Bu soruyu, uluslararası nitelikteki ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bakımından ayrıntılı olarak ele almak yararlı olacaktır.

1. Uluslararası Nitelikteki Silahlı Çatışmalar ve Terörizm

Silahlı Çatışmalar Hukuku “**silahlı çatışma**” sırasında işlenen terörizme bir yanıt sağlamaktadır. Bu hukuku, bir silahlı çatışma sırasında terörist eylemlere başvurulmasını koşulsuz bir biçimde yasaklamakta ve teröristlerin bastırılmasını temin etmektedir.⁵⁸ Bir silahlı çatışma için öngörülen kıstasların karşılanmaması halinde ise Silahlı Çatışmalar Hukuku uygulanmamaktadır.

Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunun uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara uygulanabilir kuralları, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli I numaralı Ek Protokol'de⁵⁹ somutlaşmaktadır. Uluslararası nitelikteki

⁵⁶ Sertaç H. Başeren, “İnsan Hakları ve Terörizm”, İnsan Hakları ve Güvenlik içinde, *Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını*, No 1, Ankara, 2001, ss.209, 223.

⁵⁷ Tütüncü, ss.4-12.

⁵⁸ Hilaire McCoubrey ve Nigel D. White, *International Law and Armed Conflict*, Dartmouth Publishing Company, Dartmouth, 1992, s.189.

⁵⁹ *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 June 1977. Türkiye, 8 Haziran 1977 tarihli I numaralı Ek Protokol'e taraf değildir. Protokol metni için bkz., (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/ff3.../aa0c5bcbab5c4a85c12563cd002d6d09?openDocument>, erişim 7 Ağustos 2008).

silahlı çatışmalar, savaş ve savaşa varmayan sınırlı silahlı çatışmaları içeren devletlerarası silahlı çatışmaları ile uluslararasılaşmış silahlı çatışmaları kapsamaktadır.

Devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen terörist saldırıların, uluslararası nitelikteki bir silahlı çatışma teşkil etmesi için gereken kıstasları karşılaması mümkün değildir. İlk olarak, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak madde 2/1 ve 1977 tarihli I numaralı Ek Protokol'ün 1/3 maddesine göre, bir silahlı çatışmanın varlığından bahsedebilmek için savaş ilanına gerek yoktur; fiili bir silahlı güç kullanımının belli bir yoğunluk düzeyine ulaşması yeterlidir. Ancak, Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukuku bakımından bir silahlı çatışma teşkil etmek için somut “yoğunluk eşiğini” belirlemek her zaman kolay değildir. İkinci olarak, Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunun uygulanabilmesi için silahlı gücün, Uluslararası Hukukun bir süjesi tarafından Uluslararası Hukukun diğer bir süjesine karşı kullanılmış olması gerekmektedir. Devlet dışı bir karaktere sahip olan terörist örgütler, genel bir kural olarak, Uluslararası Hukukun bir süjesi değildirler.⁶⁰ Bu görüş iki istisna açısından da doğrudur. İlk istisna I numaralı Ek Protokol md. 1/4'te yer almaktadır. I numaralı Ek Protokol md. 1/4 altında, terörist örgütlerin, “bağımsızlık savaşçısı” olarak nitelendirilmeleri pratikte mümkün olmadığı gibi, md. 1/4'de yer alan koşulların terörist örgütler tarafından karşılanması da imkânsızdır. İkinci istisna, devlet dışı aktörlerin uluslararası nitelikte bir çatışmaya taraf olabilmesi için; bir devlet tarafından grupsal bazda savaşı (belligerent) olarak tanınması gereklidir. Fakat devletler tarafından böyle bir tanınmanın bir terörist örgüte verilmesi imkânsızdır.⁶¹ Gerçekten, teröristler genel olarak özel gruplardır; bunlar her saldırıya tekil nitelik veren vur-kaç taktiği kullanırlar; saldırıların nerede ve ne zaman gerçekleşebileceğini ve kimin sorumlu olduğunu tahmin etmek imkânsızdır.⁶² Bunlar ne bir tarafın düzenli askeri gücüdür ne de silahlarını açıkça taşır; ayırt edici işaretler kullanır ve operasyonlarını Savaş Hukuku ve örfüne uygun olarak gerçekleştirirler. Tam tersine, terörist saldırıların, gizlice gerçekleştirmesi ve kullanılan yöntemlerin tamamen Savaş Hukukuna aykırı olması terörist saldırıların özel bir niteliğidir. Bu nedenle terörist-

⁶⁰ Adam Roberts, “Counter-Terrorism, Armed Force and the Laws of War”, *Survival*, C. 44, S. 1, 2002, s. 11.

⁶¹ Vöneky, ss. 931-932.

⁶² Vöneky, s.929.

lerin yasal savaşçı olması imkânsızdır.⁶³ Dolayısıyla, devlet dışı aktörler olarak teröristlerin ve terör örgütlerinin uluslararası nitelikte bir çatışmaya taraf olamayacakları tartışma konusu yapılamaz. Bununla birlikte, devlet dışı aktörler olarak teröristlerin ve terör örgütlerinin uluslararası nitelikte bir çatışmaya taraf olamayacakları olgusu, bunların eylemlerinin Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukuku tarafından kapsanmayacağı anlamına gelmez. Terörist örgütlerin belli bir yoğunluk düzeyine ulaşan terörist eylemlerinin bir devlete izafe edilmesi halinde, terörist örgütlerin eylemleri Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukuku tarafından kapsanır.⁶⁴ Uluslararası İnsancıl Hukuk, uluslararası nitelikte silahlı çatışmalar söz konusu olduğunda terörizmi açıkça yasaklamakta özellikle sivillere ya da sivil mülkiyete zarar veren terörist eylemleri ve amacı sivil halk arasında terörü yaymak olan şiddet tehdidini de açıkça yasaklamaktadır.⁶⁵ I numaralı Ek Protokol'ün 85. madde 3. paragrafına göre, bu yasağın ağır ihlalleri bir “savaş suçu” teşkil etmektedir.

2. Terörizmle Mücadelenin İnsan Hakları Hukuku Yerine İnsancıl Hukuk Yaklaşımı Esas Alınarak Yürütülmesi Önerileri

11 Eylül 2001’de gerçekleşen terörist saldırıların ardından ABD Başkanı George W. Bush, 15 Eylül 2001’de ve 29 Kasım 2001 tarihinde yaptığı “ulusa sesleniş” konuşmalarında, “terörizme karşı savaş” ilan etmiştir.⁶⁶ Bu bağlamda, son yirmi yılda kolluk harekâtı modeli (law enforcement) çerçevesinde yürütülen anti-terör taktiklerinin yetersiz olduğuna karar vererek Bush yönetimi, 11 Eylül saldırılarının, ABD’yi, Savaş Hukukunun uygulanacağı bir silahlı çatışma durumuna sokan bir saldırı teşkil ettiğine karar vermiştir.⁶⁷ 7 Ekim 2001’den itibaren de ABD, El Kaide ve kendisini barındıran Taliban’a karşı kapsamlı bir askeri operasyon gerçekleştirmiş ve Uluslararası İnsancıl Hukuk kurallarına bağlı kalacağını bildirmiştir.⁶⁸ Yaşanan gelişmeler sırasında ABD,

⁶³ Vöneky, ss. 929, 937.

⁶⁴ Roberts, s. 27; Vöneky, s.933.

⁶⁵ Bkz., I Numaralı Ek Protokol md.51/2; md. 85/3 ve IV. Cenevre Sözleşmesi md.33.

⁶⁶ Glenn M. Sulmasy, “The Law of Armed Conflict in the Global War on Terror: International Lawyers Fighting the Last War”, *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol’y*, C. 19, 2005, s.312; Roth, s.1.

⁶⁷ *President’s Military Order of November 13, 2001, Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, (<http://www.whitehouse.gov/news/releases/20011113-27.htm>) (Millitary Order) erişim 20 Haziran 2008).

⁶⁸ *Letter Dated 7 October 2001 From the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations Addressed to the President of the Security Council*, (<http://>

Uluslararası İnsancıl Hukukunun uygulanması konusunda birçok sorunla karşılaşmış bunlardan en önemlisi savaş tutsaklarına tatbik edilecek muameleye ilişkin normlar olmuştur.⁶⁹

1949 Cenevre Savaş Tutsakları Sözleşmesinin 4. maddesine göre, savaş tutsağı statüsünden yararlanacak kişiler, *inter alia*, i) çatışan bir tarafın milis kuvvetleri ve gönüllü birlikleri dâhil silahlı kuvvetleri mensupları; ii) çatışan taraflara bağlı öteki milis kuvvetleri ve direniş örgütleri dâhil gönüllü birlikleridir. Bu ikinci gruptakilerin bu statüye sahip olabilmeleri için; ayrıca sorumlu bir komutanın yönetiminde olmak; ayırt edici bir işaret taşımak; silahlarını açıkça taşımak; operasyonlarını Savaş Hukuku kurallarına göre gerçekleştirmek koşullarını da yerine getirmeleri gerekmektedir.⁷⁰ Savaş tutsağı statüsü kriterlerinin karşılanıp karşılanmadığı hususunda bir şüphe doğması halinde, Sözleşme'nin md. 5/2'de öngörülen “şüphe kuralının” uygulanması gerekmektedir.

ABD, Afganistan'da yürüttüğü terörizme karşı savaşı “uluslararası nitelikte bir silahlı çatışma” olarak nitelendirmesine karşın, ele geçirilen Taliban mensuplarına üniforma giymedikleri, silahını açıkça taşımadıkları ve Savaş Hukuku ve Örfüne uymadıkları gerekçesiyle III. Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde savaş tutsağı statüsü vermemiş⁷¹ bunları “yasadışı savaşçı (non-privileged combatants)” ve “saldırgan siviller (offensive civilians)”⁷² olarak nitelendirmiştir.

Yasadışı savaşçı kategorisi Cenevre Sözleşmelerinde düzenlenmeyen ancak devlet uygulamalarında ve doktrinde yer alan bir kavramdır.⁷³ Yasal savaşçıların tersine, yasa dışı savaşçıların çatışmalara doğrudan taraf olma hakkı yoktur. Bunlar sivillerden farklı olarak askeri saldırıların yasal hedefleridir. Ayrıca, uygulanan hukukun savaş tutsakları için oluşturduğu özel koruma

www.un.int, erişim 20 Haziran 2008).

⁶⁹ Sulmasy, s.312

⁷⁰ Hoffman, s.22.

⁷¹ Jordan J. Paust, “There Is No Need to Revise the Laws of War in Light of September 11 th”, *The American Society of International Law Task Force on Terrorism*, Kasım 2002, s.4; Hoffman, s.22.

⁷² Anne-Marie Slaughter, ve William Burke-White, “An International Constitutional Moment”, *Harvard International Law Journal*, C.43, S.1, 2002, s. 13.

⁷³ Slaughter, ve William, s.13; Hoffman, s.22.

rejiminden yararlanmaları da söz konusu değildir.⁷⁴ III. Cenevre Sözleşmesi md. 5/2 çerçevesinde yakalanan kişilerin savaş tutsağı olup olmadığına ilişkin bir şüphe doğması halinde, bu kişilerin yetkili bir mahkeme tarafından statüleri kesinleşinceye kadar Sözleşmenin korumasından faydalanacağına ilişkin bir istisna içermektedir. Uygulamada bu şüphe, 2001’de Afganistan’da ABD birliklerine karşı savaşırken yakalanıp Guantanamo’ya götürülen El Kaide ve Taliban mensupları hakkında doğmuştur. Ancak, ABD, Cenevre Sözleşmesi md. 5/2 çerçevesinde herhangi yetkili bir mahkeme kurma yoluna gitmeyecek, Guantanamo’daki tutsakların statüsünün şüpheli olmadığına zımnen karar vermiştir.⁷⁵

ABD hükümeti, El Kaide ile mücadeleyi bir “savaş “olarak görmeye devam ederek, bir yandan çatışmanın coğrafi alanını, Yemen gibi diğer ülkelere genişletmiş; öte yandan, El Kaide ve Taliban mensuplarının yargılanmasızın, süresiz alı konmalarını meşrulaştırmak arzusuyla, çatışmaların ne zaman sona ereceğini gündeme getirmeyerek çatışmaları süre olarak da sınırsız kılmıştır. Bu durum, yani çatışmaların coğrafi ve süre olarak genişlemesi ve Guantanamo’daki şüpheli tutsaklara uygulanan zor kullanım yöntem ve teknikleri sıklıkla dünya basınında yer almış ve şiddetle eleştirilmiştir.⁷⁶

11 Eylül terörist saldırılarından sonra yaşanan gelişmeler Uluslararası İnsancıl Hukukun küresel terörizmle mücadeledeki rolünü gündeme getirmiştir. Terörizmle mücadelede uluslararası İnsan Hakları yaklaşımına başvurma etkinliği ve yerindeliği konusunda doktrinde tartışmaları alevlendirmiştir. Doktrindeki tartışmaları gözden geçirdiğimizde bu konuda üç farklı görüş olduğu ortaya çıkmaktadır. Birinci görüşü savunan yazarlar, terörizmle mücadelenin eskisi gibi kolluk harekâtı çerçevesinde sürdürülmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Nitekim Bush yönetiminin terörizme karşı savaş retorikine başvurmalarının Amerikalıları daha güvenli yapmak adına daha az özgür kıldığını belirten Kenneth Roth, Uluslararası İnsancıl Hukukun kılavuz ilkelerinin, küresel terörizmi değil “siyasal” çatışmaları ele almak için kaleme alındığını; dolayısıyla terörizmle mücadelede uygun bir yaklaşım olmadığı-

⁷⁴ Hoffman, s.28.

⁷⁵ Steven R. Ratner, “Jus Ad Bellum and Jus In Bello After September 11”, *AJIL*, C. 96, S. 4, 2002, s. 911.

⁷⁶ Steven R. Ratner, “The War on Terrorism and International Humanitarian Law”, *Mich. St. J. Int’l L.*, C. 14, 2006, s.24; Bal, İhsan, “Terörle Mücadele, ABD ve Guantanamo”, (<http://turkishweekly.net/turkce/yorum.php?id=132>, erişim 25 Temmuz 2008).

nı vurgulamaktadır.⁷⁷ Bu görüşü benimseyen yazarlardan Jordan J. Paust ve diğerleri mevcut Savaş Hukuku korumalarının asilik ve savaşan taraf statüsü için öngörülen kriterleri karşılamayan El Kaide'ye verilmesi halinde, bunların insani muamele görme hakkına sahip olacağını ve savaş yöntemi olarak uluslararası terörizmi meşrulaştırabileceklerini ileri sürmektedir.⁷⁸

Buna mukabil doktrinde bir başka kısım yazarsa, “ABD liderliğindeki “terörizme karşı savaşta” Uluslararası İnsancıl Hukuk yaklaşımının uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. İkinci görüşü benimseyen yazarlar da kendi içinde bölünmektedir. Bu görüşü benimseyen yazarlardan bir kısmı, Uluslararası İnsancıl Hukukun mevcut kurallarının terörizmle mücadelede yeterli olduğunu savunmaktayken; bir başka kısmı ise mevcut İnsancıl Hukukun teröristler için çok fazla cömert olduğu ve dolayısıyla revize edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu bağlamda, Uluslararası İnsancıl Hukukun mevcut kurallarının terörizmle mücadelede yeterli bir çerçeve sağladığını ileri süren Steven R. Ratner, revizyon önerilerinin İnsancıl Hukukun bir dizi yanlış kavrayışından kaynaklanmakta olduğunu ve sorunun hukukun kendisi değil uygulamadan kaynaklandığını ileri sürmektedir.⁷⁹ Ratner, “.... *Yeni bir Kodifikasyon açıkça belirsizlikleri ele almakta faydalara sahiptir, fakat bu ayrıca geleneksel olmayan savaşçılara, taktiklerinin kabul edilebilir olduğuna ilişkin bir mesaj gönderecektir; tıpkı sömürge halklarına taktiklerinin kabul edilebilir olduğu mesajını gönderen I Numaralı Ek Protokol gibi. Kanımca, böyle bir mesaj, amacı sivilleri öldürmek, ekonomik ve çevresel zarar vermek olan terör örgütlerine gönderilmemelidir*” demektedir.⁸⁰ Terörizmle mücadelede Uluslararası İnsancıl Hukuk yaklaşımının uygulanmasını savunan yazarlardan bir başka kısmı ise terörizmin 21. yüzyılın en önemli güvenlik sorunu olduğunu buna mukabil mevcut örfi hukuk ve Cenevre Sözleşmelerinin yeni dünya düzenini ya da düzensizliğini öngöremediğini, bu nedenle savaşta eski normları ve örfleri kullanmanın düşmanla savaş isteğini aşındıracağını belirtmekte; terörizme karşı yeni ve modernize edilmiş bir Silahlı Çatışmalar Hukukunun

⁷⁷ Roth, ss.2, 5.

⁷⁸ Eric A. Posner, “Terrosim and the Laws of War”, *Chi.J. Int'l L.*, 2004-2005, s. 423-434; Paust, ss.2-3; Christopher Greenwood, “International Law and the “War Against Terrorism”, *International Affairs*, C. 78, S. 2, 2002, ss.301ve 305; Travalio ve Altenburg, ss. 98-100; Ronald J. Sievert, “ War on Terrorism or Global Law Enforcement Operations?”, *Notre Dama L. Rev.*, C. 78, S.2, 2002-2003, ss.346-353.

⁷⁹ Ratner “ The War on...” , s.19.

⁸⁰ Ratner, “The War on ...”, s.25.

geliştirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁸¹ Bu görüşü savunan yazarlardan Glenn M. Sulmasy, yeni tehditleri karşısında eski kuralları uygulayarak, kapana kapılmış vaziyette kalmanın anlamsız olduğunu; 1949 Cenevre Sözleşmeleri bertaraf edilmeden, terörizme karşı savaşı düzenleyen yeni bir hukuksal çerçevenin oluşturulması gerektiğini ileri sürmektedir.⁸²

Doktrindeki üçüncü bir görüş ise, terörizmle mücadelede her iki paradigmanın da sorunu tamamen kavrayamadığını ve tatmin edici bir çözüm sunmadığını ileri sürmekte ve bir üçüncü paradigmanın yani bir Örfi Savaş Hukuku paradigmasının, geliştirilmesini önermektedir.⁸³ Bu görüşü savunan yazarlardan Michael H. Hoffman, “*Örfi Savaş Hukuku ileriye dönük bir yoldur. Bu terörizm-karşıtı operasyonlarda uygulanabilir üçüncü bir seçenektir ve yasadışı savaşçılara Cenevre Sözleşmelerini uygulamak ya da terörizm karşıtı askeri operasyonları Ceza Hukuku çerçevesine sokmaya çalışmaktan daha faydalı bir yaklaşımdır.*” demektedir.⁸⁴

11 Eylül çerçevesinde terörizmle mücadelede uygulanacak yaklaşımın ne olması gerektiği konusunda doktrinde alevlenen tartışmalar, Türk doktrinini de etkilemiştir. PKK ile mücadelede Silahlı Çatışmalar Hukukunun uygulanması önerileri gündeme gelmiştir. Bu bağlamda, örneğin Gündüz Aktan, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesinin terörle mücadelede, “İnsan Hakları Hukukunun” sağladığından, çok daha etkin bir hukuki çerçeve oluşturacağını ileri sürmüştür.⁸⁵ PKK terör örgütünün eylemleri sonucu olarak, Türkiye’de düşük yoğunlukta bir silahlı çatışmanın⁸⁶ yaşanmakta olduğunu belirten Sadi Çaycı’da ayrılıkçı terörizmle mücadelede gerçekleştirilen iç güvenlik hareketinin planlanmasında ve icrasında, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar hukukunun, kurallarından bir “rehber” olarak yararlanılabileceğini ileri sürmüştür.⁸⁷

⁸¹ Posner, ss.423,434; Greenwood, ss.301-302.

⁸² Sulmasy, ss.314, 316.

⁸³ Hoffman, s.20.

⁸⁴ Hoffman, s.27.

⁸⁵ Gündüz Aktan, “Hukuki altyapı (4), Radikal, 23.8.2005.

⁸⁶ Düşük yoğunlukta silahlı çatışma; siyasal askeri, sosyal, ekonomik, psikolojik v.b. hedeflerin elde edilmesine yönelik, genellikle önceden planlanmış; diplomatik, ekonomik veya psikolojik baskıdan terörizm yokluyla şiddet ortamını turandırarak ayaklanma ve iç savaşa kadar çeşitlere ve aşamalara ayrılabilen sınırlı bir siyasal- askeri mücadele sürecidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Sadi Çaycı, *Düşük Yoğunlukta Çatışma*, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara, 1989, ss.3-4.

⁸⁷ Çaycı “İnsan Hakları Hukuku açısından...”, dipnot 14, s.82; Sadi Çaycı, “PKK’yla Müca-

Bu tartışmalar ışığında Türkiye, ayrılıkçı terörizmle mücadelesinde başarılı olabilmek için geleneksel yaklaşımından vazgeçmelidir? Türkiye ayrılıkçı terörizmle mücadelede Uluslararası Nitelikte Olamayan Silahlı Çatışmalar Hukuku yaklaşımını benimsemeli midir? Böyle bir yaklaşımı kabul etmenin Türkiye açısından avantajlı ve dez-avantajlı yönleri neler olabilir? bu sorular üzerinde durmak yararlı olacaktır.

3. Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku ve Terörizm

a. 1949 Cenevre Sözleşmeleri Ortak Madde III Çerçevesinde İç Silahlı Çatışmanın Unsurları ve Güneydoğu'daki Durum

i. 1949 Cenevre Sözleşmeleri Ortak Madde III Çerçevesinde İç Silahlı Çatışmanın Unsurları

1936'da patlak veren İspanya İç Savaşı, geleneksel “savaşan taraf” doktrininin iç silahlı çatışmaları yetersiz bir biçimde düzenlediğini açık kılmiştir.⁸⁸ Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından düzenlenen 1949 Cenevre Diplomatik Konferansında 63 hükümet temsilcisi, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3⁸⁹ hükmünü kabul etmiştir. Bu madde uluslararası bir belgede yer

dele, Sınır Ötesi Harekât ve Hukuk”, *Stratejik Analiz*, Ağustos 2005, s.38.

⁸⁸ Moir, s.19.

⁸⁹ 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3 şu şekildedir:

“Silahlı anlaşmazlığın Yüksek Akit Taraflardan birinin toprakları üzerinde çıkması halinde, anlaşmazlığa taraf teşkil edenlerden her biri, en az olarak, aşağıdaki hükümleri uygulamakla mükellef olacaktır:

1. Muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen kimseler, silahlarını terk edenler ve hastalık, yaralılık, mevküflük veya herhangi bir sebeple muharebe dışı kalanlar; ırk, renk, din ve akide, cinsiyet, doğum ve servet veya buna benzer herhangi bir kıstasa dayanan ve aleyhte görülen hiçbir tefrik yapılmadan insani suretle muamele göreceklardır.

Bu sebeple, yukarıda bahis konusu kimselere, aşağıdaki muamelelerin yapılması, nerede ve ne zaman olursa olsun yasaktır ve yasak kalacaktır:

a) Hayata, vücut bütünlüğüne ve şahsa tecavüz, her nevi katil, sakatlama, vahşice muamele, işkence ve eziyet;

b) Rehine almak;

c) Şahısların izzeti nefislerine tecavüz, bilhassa hakaretimiz ve haysiyet kırıcı muameleler;

d) Medeni milletlerce elzem olarak tanınan adli teminatı haiz nizamı bir mahkeme tarafından önceden bir yargılama olmaksızın verilen mahkûmiyet kararları ile idam cezalarının infazı.

2. Yaralı ve hastalar toplanacak ve tedavi edilecektir. Milletlerarası Kızılhaç Komitesi gibi tarafsız insani bir teşkilat, anlaşmazlık halindeki taraflara hizmetlerini arz edecektir.

Anlaşmazlık halindeki Taraflar, bundan başka, hususi andlaşmalar yolu ile işbu Sözleşmenin diğer hükümlerinin tamamı veya bir kısmını yürürlüğe getirmeye çalışacaklardır.

alan iç silahlı çatışmaların ilk hukuksal düzenlemesidir.⁹⁰

Hangi çatışmaların C. I-IV, ortak madde 3'ün kapsamına girdiği sorusu açıkçası çok önemlidir. Ancak bu konuda bir uzlaşma yoktur; bu da sorunun çözümünü zorlaştırmaktadır. Madde metni incelendiğinde, belgenin kendisi “*Yüksek Akit Taraflardan birinin ülkesi üzerinde çıkmış uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma halinde*” uygulanabileceğini belirtmektedir. Bu hüküm, maddenin uygulanabilmesi için iki ayrı kriter öngörmektedir: Bu kriterlerden ilk ve daha az sorunsal olanı, çatışmanın “*Yüksek Akit Taraflardan birinin ülkesi üzerinde çıkmış*” olmasıdır.⁹¹ İkincisi ise, Yüksek Akit Tarafların ülkesi üzerinde “bir silahlı çatışmanın” çıkmış olmasıdır. Bilindiği üzere, “silahlı çatışma” kavramının evrensel düzeyde kabul edilen bir tanımı henüz mevcut değildir ve ortak 3. madde, kesin olarak hangi hallerde bir silahlı çatışmanın var olacağını önermeksizin, uygulama çerçevesinin “uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma” olduğunu belirterek olumsuz bir yolla, maddenin uygulanacağı çatışmaları tanımlamaya çalışmaktadır.⁹² Bu nedenle, burada “uluslararası nitelikte-olmayan silahlı çatışma” kavramının tam olarak ne anlama geldiği, hangi hallerde bir iç silahlı çatışmanın varlığından bahsedilebileceği önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.

1949 Diplomatik Konferansta ortak 3. madde metni hazırlanırken, uluslararası nitelikte-olmayan silahlı çatışma eşiğine ulaşan durumları ayırt etme konusunda doğan bu sorunun çözümüne yönelik olarak, bir takım ölçütler teklif edilmiştir.⁹³ Diplomatik Konferansta önerilen kriterlerin⁹⁴ amacı örgütlenmemiş, kısa süreli ve küçük çaplı bir gerginlik ve karışıklık eylemlerinden, gerçek bir silahlı çatışma durumunu ayırt eden koşullara işaret etmektir.⁹⁵ Bu bağlamda söz konusu koşullardan özellikle asilerin teşkilatlanması, hükümetin silahlı kuvvetlerini kullanması ve savaşan taraf statüsünün tanınması kısıtları üzerinde durmak faydalı olacaktır.

Yukarıdaki hükümlerin uygulanması anlaşmazlık halinde bulunan tarafların hukuki durumları üzerinde bir tesir icra etmeyecektir”. Madde metni için bkz., R.G., Kasım 1965, S.12145.

⁹⁰ Laura Lopez, “Uncivil Wars: The Challenge of Applying International Humanitarian Law to Internal Armed Conflicts”, *NYU Law Review*, C. 69, 1994, s.925.

⁹¹ Moir, s.31.

⁹² Anthony Cullen, “The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”, *U Miami INT’L&Comp. L.Rev.*, C.12, 2004, s.193.

⁹³ Gabor, “Intersting time for...”, s.59.

⁹⁴ Moir, s.35.

⁹⁵ Cullen, s.195.

Ortak 3. madde çerçevesinde bir iç silahlı çatışmanın varlığından bahsedebilmek için asilerin belli bir düzeyde teşkilatlanmış olması gerektiği yaygın şekilde kabul edilmiştir. Bu durum, asilerin bir silahlı çatışmaya “taraf” olması olgusundan kaynaklanmaktadır.⁹⁶ Asilerin bir iç silahlı çatışmaya taraf olabilmesi için gerekli olan teşkilatlanma düzeyi, ortak madde 3 tarafından getirilen çeşitli yükümlülükleri yerine getirme kabiliyetine sahip olma ölçüsünde olması gerektiği konusunda genel bir uzlaşma vardır. Bu yükümlülüklere saygı gösterme kabiliyeti olmaksızın, bir silahlı çatışmanın var olacağını kabul etmek zor olacaktır.⁹⁷

Asilerin belli bir düzeyde teşkilatlanmış olması ölçütü yanında, 1949 Diplomatik Konferansta, belirgin bir toprak parçasının kontrolü de sayılmıştır. Belirtmek gerekir ki; ülke kontrolünün olmaması ortak madde 3’ün uygulanmasını engelleyen bir ölçüt değildir. Asilerin belli bir ülke parçasını kontrolü altında tutmamaları halinde de ortak madde 3 uygulanabilir.⁹⁸

1949 Diplomatik Konferansta C.I-IV, ortak madde 3’ün bir duruma uygulanabilmesi için öne sürülen ikinci faktör, meşru hükümetin, askeri anlamda teşkilatlanmış ve ulusal toprakların bir kısmı üzerinde hâkim bulunan asilere karşı, düzenli askeri güce başvurmakla yükümlü olmasıdır.⁹⁹ Bununla birlikte, ayaklanmayı kontrol altına almak için her ikisi de devlet otoritesinin savaş silahı olan polis gücünün kullanılması ile ordunun aynı şeyi yapması arasında fark olup olmadığı hususu önem kazanmaktadır. Devletin barış ve iç istikrarı sağlamak için polis gücünden ziyade silahlı kuvvetlerini kullanmasını gerektiren haklı nedenler olabilir. Ortak 3. maddenin uygulanabilmesi için ordunun kullanılması gerekli bir kıstas olarak kabul edilirse, ayaklanmayı bastırmak için polisin geniş bir askeri mühimmata sahip olmasını sağlamak amacıyla bir devletin ordu birliklerini geçici olarak polis gücüne dönüştürmesini engelleyen hiçbir kural yoktur. Üstelik polis ya da silahlı kuvvet terimlerinin, evrensel düzeyde kabul gören tanımlarının olmaması sorun teşkil etmektedir. Dolayısıyla asilere karşı ordu birliklerinin kullanılması, durumu, iç silahlı çatışma haline dönüştürmek için yeterli ve elzem bir koşul değildir.¹⁰⁰

⁹⁶ Moir, s.36.

⁹⁷ Moir, s.36.

⁹⁸ Moir, s.38.

⁹⁹ Moir, s.38.

¹⁰⁰ Moir, s.38.

Günümüzde maddenin, eşkıyalık, sokak hareketleri ve terörizm gibi münferit ve öngörülme-yen şiddet olaylarını aşan fakat savaşılan taraflık statüsünün tanınması ölçüsüne varmayan, uluslararası nitelikte-olmayan silahlı çatışma durumlarına uygulanması konusun da bir uzlaşma oluşmuştur.¹⁰¹

Ortak madde 3(2)'nin içeriği konusunda üzerinde durulması gereken önemli bir husussa, “*Yukarıdaki hükümlerin uygulanması anlaşmazlık halinde bulunan tarafların hukuki durumları üzerinde bir tesir icra etmeyecektir*” şeklindeki “etkisizlik” paragrafıdır. Devletler bakımından hayati önem arz eden bu son paragraf çerçevesinde, ortak 3. maddenin uygulanması, asilerin herhangi otoriteye sahip olduğunun hükümet tarafından tanınması anlamına gelmemekte yani muhalif silahlı grupların hukuksal statüsünü etkilememektedir. Ayaklananlar, iç hukuk çerçevesinde ayaklanmacı olarak kalacak; hükümet ayaklanmayı bastırma yetkisine sahip olacak ve ayaklanmanın bastırılması halinde ulusal ceza kanunlarının suç saydığı eylemler dolayısıyla da bu kişileri yargılayabilecektir.¹⁰² Sonuç olarak C. -IV, ortak madde 3 hükmü, *Çatışmalara aktif şekilde katılmayan kişilere* temel insancıl güvenceleri sağlamaya yönelik olup; ister düşük düzeyde ister yüksek düzeyde olsun *de facto* iç silahlı çatışmaların tümünde ve **kendiliğinden** uygulanmaktadır.¹⁰³

Uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın olup olmadığı hakkındaki kararlar ilgili devletin kendisi tarafından verilmektedir.¹⁰⁴ Uygulamada, devletlerin müşterek 3. maddeyi uygulamaktan genellikle kaçındıkları gözlemlenmektedir.¹⁰⁵ Hükümetler sıklıkla silahlı çatışmanın varlığını resmi

¹⁰¹ Anthony Cullen, “Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”, *Military Law Review*, C.183, 2005, s. 85; Lieutenant Colonel Yair M. Lootsteen, “The Concept of Belligerency in International Law, *Mil. Law Rev.*, C. 166, 2000, s.122.

¹⁰² Derek Jinks, “September 11 and the Laws of War”, *The Yale Journal of International Law*, C.28, S.1, 2003, s.18; Sadi Çaycı, *Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları Hukuku Açısından Güneydoğu Olayları*, (yayımlanmamış doçentlik tezi), Ankara, 1997, ss.49-50.

¹⁰³ Öktem, s.87.

¹⁰⁴ Cullen “Key Developments ...”, s.85.

¹⁰⁵ 1949-1975 arası dönemde gerçekleşen iç savaşların incelenmesi pratikte maddenin uygulamadaki yeri konusunda tam bir çerçeve sağlamaktadır. Bu dönemde gerçekleşen önemli iç savaşlardan bir tanesi olan 1954’te Cezayir’in Fransa’dan siyasal bağımsızlığını elde etmek için başlattığı iç savaştır. Savaşın başlangıç aşamasında, 1955’de FLN (Cezayir Ulusal Bağımsızlık Cephesi); 1956’da ise Fransa, çatışmanın C.I-IV, ortak madde 3 hükmü tarafından kapsandığını açıkça kabul etmiştir. Ne var ki uygulamada tarafların, C.I-IV, ortak madde 3 hükmüne uymaları tatmin edici olmamıştır. 1959’da, Küba Hükümeti ile Fidel Castro liderliğindeki silahlı hareket arasında gerçekleşen iç savaşta, Küba Hükümeti, C.I-IV, ortak madde 3 hükmünün ilgisini kabul etmiş fakat resmi bir beyanda bulunmamıştır. 1960-1964

olarak tanımaktan ziyade buna yalnızca bir iç karışıklık-huzursuzluk olarak muamele etmeyi, şiddetle bunu bastırmayı daha uygun görmektedir.¹⁰⁶ 1980 El Salvador; Angola, Rwanda, Afganistan, Çeçenistan, Bosna Hersek ve Sri Lanka'daki iç çatışmaların da gösterdiği gibi devlet uygulamalarında da İnsancıl Hukuk ve özel olarak da C.I-IV, ortak madde 3 hükmüne, halen saygı gösterilmediğini ortaya koymaktadır. Bu durum, C.I-IV ortak madde 3 hükmünün, ister düşük düzeyde ister yüksek düzeyde olsun, *de facto* iç silahlı çatışmaların tümünde ve *otomatik (ipso jure)* uygulanması gerekliliğinin pratikte kolaylıkla kabul edilmediğini kanıtlamaktadır.¹⁰⁷

ii. C.I-IV. Ortak Madde 3 ve Güneydoğu'daki Durum

Yukarda ayrıntılı bir biçimde üzerinde durulan ortak madde 3'deki "silahlı çatışmanın", unsurları çerçevesinde, Türk askeri ve PKK militanları arasında gerçekleştiren sayısız silahlı angajman, PKK örgütünün eylemlerine karşı yürütülmekte olan "terörizmle mücadele" yahut "iç güvenlik hareketinin", ülkede ortak madde 3 hükmünün uygulanmasını gerektirecek kapsam ve içerikte bir stratejik ortamın yani, düşük düzeyde bir iç silahlı çatışmanın olduğunu göstermektedir.¹⁰⁸ Ancak Türkiye'nin Güneydoğudaki durumu ortak madde 3 hükmünün uygulanmasını gerektirecek düşük düzeyde bir iç silahlı çatışma olarak kabul etmemesinin bir takım haklı nedenleri vardır. Bir silahlı çatışmanın varlığını resmen tanıma eylemi pek çok nedenden dolayı bizim açımızdan dezavantajlıdır. İlk olarak, Türkiye, bir terör örgütü olan PKK/Kongra-Gel'in, en azından ortak madde 3 altında hak ve yükümlülük sahibi olmasını gerektirecek kadar bile olsa "hukuksal bir kişilik" kazandıracak olması nedeniyle madenin uygulanması konusunda isteksizdir.¹⁰⁹ İkinci-

Kongo hükümeti ile Katanga arasında yaşanan iç savaşta hiçbir taraf C.I-IV, ortak madde 3 hükmünün uygulanmasını açıkça kabul etmemiş; bununla birlikte insancıl normlara uyma Cezayir'dekinden daha fazla olmuştur. 1967-1970 Nijerya-Biafra arasındaki iç savaşta Federal Hükümet, çatışmanın uluslararası nitelikte olduğunu kabul etmeksizin, gönüllü olarak C.I-IV, ortak madde 3 hükmünün öngördüğünden daha geniş bir biçimde insancıl norm uygulamayı seçmiştir. 1964-1966 arası dönemde Vietnam savaşı sırasında ortak madde 3 hükmünün uygulanması için çaba sarf edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz., David P. Forsythe, "Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts", *AJIL*, C.72, 1978, ss. 274-275; Moir, s.81.

¹⁰⁶ Meron, "The Humanization of ...", ss.239, 261; Forsythe, s.276.

¹⁰⁷ Moir, s.86; Georges Abi-Saab, "Non-International Armed Conflicts", *International Dimensions of Humanitarian Law* (içinde), Henry Dunant Institute, UNESCO, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, Londra, 1988, s.221.

¹⁰⁸ Abresch, s.16; Çaycı, Uluslararası İnsancıl Hukuk ve..., ss.51-52.

¹⁰⁹ Moir, s.66.

ci olarak ortak madde 3 hükmünü kabul etmek uluslararası topluma, devletin iç güvenliğini sağlamaktan bile aciz olduğu yönünde yanlış bir mesaj gönderebilecektir.¹¹⁰ Üçüncü olarak, Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları belgeleri ve iç mevzuatı hiçbir ayırım yapmadan tüm kişilere çok daha fazla koruma sağlamaktadır. Gerçekten, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları belgeleri ile ortak madde 3 hükmünü karşılaştırdığımızda bu haklı gerekçe daha net bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Türkiye'nin yeni taraf olduğu BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi¹¹¹ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ile Martens kaydı ve ortak madde 3 hükmü karşılaştırıldığında genel olarak temel insan hakları belgelerinin kimi bakımlardan Martens kaydı ve Ortak madde 3 hükmünün içeriğini tekrar ettiği hatta bazı durumlarda söz konusu hükümleri daha detaylı bir biçimde düzenlediği görülmektedir. Ortak madde 3 ve II Numaralı Protokol tarafından sağlanan güvencelere benzer olan bu haklar, iç silahlı çatışmalara uygulanabilir asgari geleneksel standartları daha ileri düzeyde tanımlamaktadır.¹¹² Örneğin, ortak madde 3(1)'deki ayırımcılık yapılmaması koşulunu, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md.2 (1) daha detaylı bir biçimde düzenlemektedir. Yine, ortak madde 3 (1) (a), hayata, vücut bütünlüğüne ve şahsa tecavüz, her nevi katil, sakatlama, vahşice muamele, işkence ve eziyeti yasaklanmaktadır. Bu hüküm oldukça muğlak ve geneldir. Yaşam hakkı, gerek AİHS md. 2 'de gerekse, "*Her insan doğuştan yaşam hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşam hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz*" şeklindeki Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md. 6 (1)'de daha detaylı bir biçimde düzenlenmiştir.¹¹³ Yine, "işkence yasağı" başlığını taşıyan Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin md.7 ve AİHS md.3, işkence yasağı konusunda ortak madde 3'ü daha fazla detaylandırmakta ve İnsancıl Hukukunun yorumlanmasının önemli örneklerinden bir tanesini teşkil etmektedir.¹¹⁴ Ortak madde 3 (1) (d) 'deki adil yargılanma, AİHS md. 6 ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md. 14'de ortak madde 3'ten çok daha kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında, kölelik ve kulluk yasağı, din ve vicdan özgürlüğü; çocuk hakları, aile hakkı, isim hakkı, vatandaşlık hakkı, hükümete katılım hakkı ise ortak madde 3'de bulunmayan fakat temel insan hakları belgelerinde bulunan

¹¹⁰ Moir, s.66.

¹¹¹ Bkz. geride dipnot 14, s.3.

¹¹² Meron, "The Humanization of ...", s.274.

¹¹³ Moir, s.198.

¹¹⁴ Freeman, a.g.m., s.3 ; Moir, s.200.

ve iç silahlı çatışma sırasında etki doğurabilecek korumalardandır. Bunlardan özellikle, din ve vicdan özgürlüğü ve yönetime katılım hakkı iç silahlı çatışmalarla yakından alakalı olabilir.¹¹⁵ Türk iç hukukunun en temel belgesi olan 1982 Anayasasının, 15(2). maddesi¹¹⁶ ile ortak madde 3 hükmü kıyaslandığında 1982 Anayasasının söz konusu hükmünün ortak madde 3'deki asgari korumalardan daha ileri düzeyde bir koruma sağlamakta olduğu söylenebilir.¹¹⁷ Türkiye'nin terörle mücadele ortamında Uluslararası İnsancıl Hukuk yaklaşımını kabul etmemesinin ardındaki dördüncü nedeni, PKK'nın bir terör örgütü olarak, Savaş Hukuku kurallarına saygı gösteremeyecek olması da sayılabilir. Gerçekten, 1978'de kurulan silahlı mücadele yoluyla Türkiye sınırları içinde bağımsız bir Kürdistan devleti kurmayı amaçlayan PKK, 15 Ağustos 1984'te Şemdinli ve Eruh baskınlarıyla terörizm üzerine kurulu faaliyetlerine başlamıştır.¹¹⁸ 11 Eylül sonrası uluslararası kamuoyunda oluşan terörizm karşıtı havadan etkilenen örgüt, kan ve şiddetle özdeşleşen adından kurtulmak maksadıyla, 4 Nisan 2002'de 8. Kongresinde ismini "Kürdistan Özgürlük ve Demokrasi Kongresi" (Kadek) olarak; 15 Ekim 2003 tarihinde de Kongra-Gel (Kürdistan Halk Kongresi) olarak değiştirmiştir.¹¹⁹ Ancak, isim değişikliğine rağmen terör örgütünün liderlik kadroları, silahlı unsurları, amblemi ve amacı değişmemiştir. Örgütün Eylül 1999 yılından beri sürdürdüğünü ifade ettiği sözde "tek taraflı ateşkesin" 1 Haziran 2004 tarihinden itibaren sona ereceğini ve meşru savunma mantığı çerçevesinde saldırıya karşılık vereceğini ilan eden 29 Mayıs 2004 tarihli bildirisi, örgütün terörist niteliğinin bir başka göstergesidir.¹²⁰ Dolayısıyla, Örgütün Eylül 1999 yılından beri sürdürdüğünü ifa-

¹¹⁵ Moir, s.209.

¹¹⁶ Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması konusunda madde 15 şu şekildedir: "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.(Değişik: 7.5.2004-5170/2 md.)Birinci fıkrada belirtilen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

¹¹⁷ Öktem, s.442.

¹¹⁸ Bkz., PKK (Partiya Karkeren Kürdistan-Kürdistan İşçi Partisi Kronoloji (1978-2006), (http://www.usakgundem.com/pdfs/Usak_PKK_Kronoloji.pdf., erişim 13 Temmuz 2008).

¹¹⁹ Terörizmle Mücadele ve Türkiye'nin Terörizmle Uluslararası Mücadeleye Katkıları, (<http://realterror.blogcu.com/4577362>., erişim 15 Temmuz 2008).

¹²⁰ "Terör ve Güvenlik", (<http://www.terorizm.info/index>., erişim 31 Temmuz 2008).

de ettiği sözde “tek taraflı ateşkes ilanı” PKK örgütünün hukuksal statüsü üzerinde hiçbir etkisi olmamıştır.¹²¹ Beşinci neden, PKK terör örgütünün saldırılarını yalnızca ülke içinde değil ülke dışından özellikle Irak’ın kuzeyindeki terör üslerinden gerçekleştirmeye devam etmesidir.¹²² Tüm bu haklı nedenlerle Türkiye, “Güneydoğuda, bir silahlı çatışmanın varlığını reddederek, terörizmle mücadelesini, “ülke içi terörizme karşı koyma harekâtı (domestic counter terrorism)” olarak nitelendirmektedir.

Öte yanda PKK/kongra-gel’de, ortak madde 3 hükmünün uygulanmasını reddetmekte ve bir “ulusal bağımsızlık hareketi” olarak tanınmak istemektedir.¹²³ Zira PKK’nın, mevcut durumun, ortak madde 3 hükmü kapsamına girdiğini kabul etmesi, çatışmanın uluslararası nitelikte-olmayan bir iç silahlı çatışma olduğunu kabul etmek anlamına gelecektir. Silahlı mücadele yoluyla Türkiye sınırları içinde bağımsız bir Kürdistan devleti kurmayı amaçlayan PKK’nın amacı, çatışmanın uluslararası nitelikte olduğunu vurgulayarak, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin tamamının uygulanmasını sağlamaktır. Bir başka ifade ile grupsal bazda *savaşan taraf* (belligerent party) statüsünü kazanmak, militanlarının ise *muharip/savaşçı* (combatant) sayılmasını sağlayarak teslim olan ya da sağ ele geçirilen PKK militanlarına savaş esiri statüsü kazandırarak, bunları Türkiye’nin cezai yargı yetkisinden çıkarmaktır. Oysa belli bir stratejik durumun kendisinin silahlı bir çatışma olarak nitelendirilmesi kendiliğinden, silahlı topluluğun “savaşan taraf”, mensuplarının da “muharip” sayılmasını gerektirmez. PKK “çatışmanın tarafı” bazında bir terör örgütü olup bu örgütün eylemleri de terörist eylemlerdir. Bu nedenle teslim olan ya da sağ olarak ele geçirilen PKK mensupları savaş esiri olamaz.¹²⁴

PKK’nın bir “ulusal bağımsızlık hareketi” olarak tanınmasını isteyen Örgüt elebaşı Öcalan 1995 tarihinde PKK’nın 1977 tarihli I Numaralı Ek Protokole bağlı olduğunu ilan etmiştir. I numaralı Ek Protokol md. 96/3 altında, bir “ulusal bağımsızlık hareketi” tek yanlı bir bildirimle Sözleşmeleri ve Protokolü uygulamayı üstelendiğini depozitör devlete bildirerek, Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukun faydalarından yararlanma hakkı olduğunu kolaylık-

¹²¹ Bkz., “PKK/Kongra-gel”, (http://www.mfa.gov.tr/pkk_kongra-gel.tr.mfa, erişim 31 Temmuz 2008).

¹²² Abresch, s.16.

¹²³ Abresch, s.16.

¹²⁴ Çaycı, “PKK’yla Mücadele, Sınır Ötesi...”, s.38.

la iddia edebilmektedir.¹²⁵ Ancak PKK'nın bu yöndeki deklarasyonunun hukusal etkisi, I Numaralı Ek Protokol md. 96'daki işlemlerin gerçekleştirilememesi sonucu resmi olarak ortadan kalkmıştır.¹²⁶ Kaldı ki; Türkiye, yalnızca sömürge yönetimindeki halkların ulusal bağımsızlık mücadelelerini teorik olarak uluslararasılaştıran I Numaralı Ek Protokol'e taraf değildir. Bu nedenle, Protokol, ABD ve İsrail gibi taraf olmayan Türkiye'yi de bağlamaz.¹²⁷ Öte yandan I Numaralı Ek Protokol md. 1/4'ün teamül kuralı değerinde olduğunu meşrulaştıracak devlet uygulamaları unsuru da yetersizdir.¹²⁸ Bu yönde bir teamül kuralı doğsa bile Türkiye sürekli itiraz eden (persisten objector) devlet olması sıfatıyla örfi nitelik kazansa bile I Numaralı Ek Protokol'ün ilgili hükümleriyle bağlı olması söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, PKK'nın bu girişiminin hiçbir değeri yoktur.

b. 1977 Tarihli II Numaralı Ek Protokol ve Diğer Önemli Gelişmeler Çerçevesinde Silahlı Çatışmanın Unsurları

i. 1977 Tarihli II Numaralı Ek Protokol Çerçevesinde Silahlı Çatışmanın Unsurları

İç silahlı çatışmaları düzenleyen Uluslararası Hukuk mekanizmalarındaki belirgin eksiklikleri gidermek amacıyla hazırlanan II Numaralı Ek Protokol 8 Haziran 1977 tarihinde konsensüsle kabul edilmiştir.

II Numaralı Ek Protokol'ün konu ve kişi bakımından uygulama alanı, madde 1. ve 2. madde tarafından düzenlenmektedir. Protokolün hangi tür çatışmalara uygulanacağını düzenleyen madde 1 hükmü Protokolün kilit taşı olup¹²⁹ şu şekildedir:

1- 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3'ü, mevcut koşullarını ya da uygulanmasını değiştirmeksizin, geliştiren ve destekleyen bu Protokol, Bir Yüksek Akit tarafın ülkesinde; bu tarafın silahlı kuvvetleri ile sorumlu bir komuta altında bulunan, bu Protokolü uygulama yeteneğine ve ülkenin bir kısmında sürekli ve planlı(concerted) askeri harekât yürütmeye

¹²⁵ Edward Kawakwa, *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, s. 60.

¹²⁶ Abresch, s.16.

¹²⁷ Vöneky, s.932.

¹²⁸ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2000, ss. 145-146.

¹²⁹ Forsythe, ss.272, 283.

izin verecek düzeyde denetime sahip ayrılıkçı silahlı kuvvetler ya da örgütlenmiş silahlı gruplar arasında cereyan edebilecek tüm silahlı çatışmalara uygulanacaktır”.

2- “Bu Protokol, silahlı çatışma olarak değerlendirilmeyen, sokak hareketleri, ayrı ayrı ve öngörülmeleyen bir biçimde şiddet eylemleri ve benzeri öteki eylemler gibi iç gerginlikler ve iç karışıklıklar durumlarında uygulanmayacaktır” .¹³⁰

II Numaralı EK Protokol md. 1 incelendiğinde, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın pozitif ve somut bir tanımını içerdiği görülmektedir.¹³¹ II Numaralı Ek Protokol madde 1, “göreceli olarak yüksek yoğunluktaki” silahlı çatışmalara uygulanmaktadır. Bununla birlikte, II Numaralı Ek Protokol’de yer alan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kavramı, “klasik iç savaş” kavramı ile eş anlamalı değildir.¹³² Yani “savaşan taraf statüsünün” tanınmasından farklı olarak, madde 1’in uygulanması için, ayaklananlar, denetimleri altındaki ülke üzerinde, *de facto* egemen yetkiler kullanan bir hükümet teşkil etmek zorunda değildir.¹³³ Protokol, yalnızca bir Yüksek Akit tarafın silahlı kuvvetleri ile ayrılıkçı silahlı kuvvetler ya da örgütlenmiş silahlı gruplar arasındaki silahlı çatışmalara uygulanmaktadır.¹³⁴ Dolayısıyla, 1970’lerin ortalarındaki Lübnan İç Savaşında ve 1989-1990’ da Somali’de vaka olduğu gibi, devlet otoritesinin çöktüğü, iki ya da daha fazla hükümet dışı grup arasındaki çatışmaları kapsamamaktadır.¹³⁵

II Numaralı Ek Protokol madde 1(1) hükmünde geçen “bu tarafın silahlı kuvvetleri (armed force)” ve “ayrılıkçı silahlı kuvvetler ve teşkilatlı silahlı gruplar” terimleri tam olarak ne ifade etmektedir? Açıkçası, “silahlı kuvvetler” terimi gri bölgeler içermekte olup; örneğin, devlet açısından ulusal mu-

¹³⁰ *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protections of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)*, 8 June 1977”; Commentary: General Introduction to the Commentary on Protocol II, par. 4414, (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/webprint/475-750999-COM?>, erişim 18 Nisan 2008).

¹³¹ Dere, s.26.

¹³² Arturo Carrillo-Suarez, “Hors De Logique: Contemporary Issues in International Humanitarian Law As Applied To Internal Armed Conflict”, *Am. U. Int’l L. Rev.*, C. 15, 1999-2000, s.85.

¹³³ Carrillo-Suarez, s.82.

¹³⁴ Abi-Saab, ss.228-229.

¹³⁵ Hilaire McCoubrey ve Nigel D. White, *International Organizations and Civil Wars*, Dartmouth, Aldershots, 1995, s.67.

hafızların, gümrük teşkilatının, polis kuvvetleri veya benzeri kuvvetlerin de bu terime dâhil olup olmadığı açık değildir. Ayrılıkçı silahlı kuvvetler ya da örgütlenmiş silahlı gruplar “sorumlu komutanlık” altında olmalıdır ifadesinden kasıt, muhalif silahlı kuvvetler ya da örgütlenmiş silahlı grupların bir dereceye kadar teşkilatlanmış olmasıdır. Buradaki teşkilatlanma, düzenli bir ordudaki hiyerarşik askeri sistem kadar mutlak anlamda düşünülmemektedir. Kastedilen, bir yandan sürekli ve düzenli askeri harekât planlayabilecek ve icra edebilecek, öte yandan *de facto* otorite namına disiplin uygulayabilecek imkân ve kabiliyete sahip bir teşkilatın mevcudiyetidir.¹³⁶ Sürekli ve planlı askeri harekât icra edebilmekten kasıtsa, harekâtın önemli ölçüde ve aralıkta olması ve örgütlü nitelikte olmasıdır. Böylece örgütlü dahi olsa, münferit terörist eylemler tanımın dışında kalmaktadır.¹³⁷

II Numaralı Ek Protokol madde 1 çerçevesinde, uluslararası nitelikte -olmayan silahlı çatışma, birbiriyle zıt iki eşik arasındaki bir çatışma dizisidir. Bu bağlamda spektrumun/tayfın bir başında 1949 Cenevre Sözleşmeleri Ortak madde 2’de tanımlanan uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar yer alır; tayfın diğer başında ise asgari eşik tesis eden, II Numaralı Ek Protokol md.1/2 tarafından “silahlı çatışma sayılmayan “ iç karışıklık ve iç gerginlikler” yer alır. Bu bağlamda, geniş anlam içinde, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma, bu iki eşik arasında yer olan silahlı çatışmalardır. Yani, bir devletin ülkesinde gerçekleşen, terörizm, sokak hareketleri, iç karışıklık ve iç gerginlik, düzeyinin yukarısına çıkan; fakat devletlerarası savaşın aşağısında düşen her hangi çatışmadır.¹³⁸

II Numaralı Ek Protokol md. 3, Protokolün, taraf devletlerin iç işlerine karışılması için bir esas olarak kullanılmasını yasaklamakta ve yabancı güçlerce müdahale amaçlı olarak istismar edilmesinin önünü kesmektedir.¹³⁹

Günümüzde BM Örgütüne taraf 192 devlet bulunmaktadır.¹⁴⁰ 2008 itibari ile söz konusu devletlerden yalnızca 163 tanesi, 7 Aralık 1978 tarihinde yürürlüğe giren II Numaralı Ek Protokol’e taraftır.¹⁴¹ II Numaralı Ek

¹³⁶ McCoubrey, ss.65-66.

¹³⁷ McCoubrey, s.66.

¹³⁸ Carrillo-Suarez, s.69.

¹³⁹ Öktem, s.90.

¹⁴⁰ Bkz., (<http://www.un.org/members/list.shtml>, erişim 24.04.2008).

¹⁴¹ Bu devletlerarasında örneğin Belçika, Bosna-Hersek, Kongo, Fransa, El Salvador, Yunanistan, Almanya, İtalya, Rwanda, Sudan, Tacikistan bulunmaktadır. Öte yandan, ABD, Türkiye,

Protokol’e taraf devletlerarasında Angola, Namibya, Mozambik, Somali, Irak, Afganistan ve Sri Lanka, Haiti, Nikaragua gibi iç savaşla kuşatılmış ülkeler bulunmamaktadır. Üstelik II Numaralı Ek Protokol’e taraf olan ve ülkelerinde iç savaş yaşanan devletler de Protokol hükümlerine yeterli derecede uyulduğu ve saygı gösterildiği söylenemez. Bu durum Protokol’ün devlet uygulamasında kapsamının çok sınırlı olduğunu göstermektedir.

ii. Diğer Önemli Gelişmeler Çerçevesinde Silahlı Çatışmanın Unsurları

2 Ekim 1995 ‘de Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY) Temyiz Dairesi, “*The Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*” yargı yetkisi konusundaki *Tadic* kararını yayınlamıştır. Karar, Uluslararası İnsancıl Hukukun pek çok yönü yanında silahlı çatışmanın tanımını da önemli ölçüde etkilemiştir.¹⁴² Kararın 70. paragrafında “silahlı çatışmanın” tanımı şu şekilde yapılmıştır:

*“Bir silahlı çatışma, devletlerarasında bir silahlı güce başvurma söz konusu olduğunda ya da hükümet kurumları ile organize silahlı gruplar arasında ya da bu grupların kendi aralarında uzun süreli (protracted) silahlı şiddet olduğunda mevcuttur. Uluslararası İnsancıl Hukuk bu gibi silahlı çatışmaların başlangıcından itibaren uygulanır ve düşmanlıkların sona ermesinin ötesine uzanan genel bir barışa ulaşıncaya kadar; ya da iç çatışma durumlarında, barışçıl bir çözüm elde edilinceye kadar uygulanır. Bu ana kadar, Uluslararası İnsancıl Hukuk savaşan devletlerin ülkelerinin tamamında uygulanmaya devam eder ya da iç çatışma durumlarında, fiili çatışma gerçekleşsin ya da gerçekleşmesin bir tarafın kontrolü altındaki toprakların tamamında uygulanmaya devam eder.”*¹⁴³

Böylece, Temyiz Dairesi, Uluslararası İnsancıl Hukukun uygulanmasını başlatan bir “silahlı çatışmanın” varlığını ileri sürmek için esasları beraklaştırmıştır. Temyiz Dairesi, ilk olarak, çatışmalarda asgari düzeyde bir yoğunluk olması gerektiği, yani silahlı güce başvurma ya da iki taraf arasında uzun süreli/protracted bir çatışmanın olması gerektiği hükmüne varmıştır.

İsrail, Rusya Federasyonu ve İngiltere taraf değildir. Detaylı bilgi için bkz., (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/webSign?ReadForm&id=475&ps=P>), erişim 24 .04.2008).

¹⁴² Derek, s.27.

¹⁴³ Prosecutor v. Dusko Tadic (a/k/a Dule), No IT-94-1-AR-72, parag. 70, (2 Ekim 1995), (<http://www.un.orgg/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, erişim 2 Haziran 2008).

İkinci olarak, şiddet eylemlerine karışan birimlerin bir örgütlenme düzeyine sahip olmasını, gerekli görmüştür.¹⁴⁴ Böylece, Temyiz Dairesi, ortak 3. maddenin uygulanması için görece olarak düşük bir eşik ileri sürmüş ve daha kapsamlı bir yaklaşım benimsemiştir. *Tadic* Yargı Dairesi de Temyiz Dairesi tarafından önerilen “silahlı çatışma” kavramını uygulamıştır.¹⁴⁵ Rwanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTR) de bu yaklaşımı benimsemiş ve Mahkeme, Rwanda’da silahlı çatışmanın varlığını belirlemekte, “hem yoğunluk hem de çatışmaya taraf olanların örgütlenmesini değerlendirmenin gerekli” olduğunu desteklemiştir.¹⁴⁶

ICTY’nin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmayı, “*hükümet kurumları ile organize silahlı gruplar arasında ya da bu grupların kendi aralarında meydana gelen uzun süreli silahlı şiddet*” olarak karakterize etmesi, modern Uluslararası İnsancıl Hukukta, iç silahlı çatışmanın kavramsallaştırılması bakımından önemli bir etkiye bulunmuştur. Tanım Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin (ICC) Roma Statüsü madde 8 (2)(f)’ de yer almıştır.¹⁴⁷ 17 Temmuz 1998 tarihli Roma Statüsü madde 8 (2)(f), “*Paragraf 2 (e), uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanır ve dolayısıyla gösteleriler; münferit ve zaman zaman meydana gelen şiddet hareketleri veya benzer nitelikte diğer fiiller gibi iç karışıklıklar ve gerginliklere uygulanmaz. Bir devletin toprakları dâhilinde, hükümet kurumları ile organize silahlı gruplar arasında ya da bu grupların kendi aralarında meydana gelen uzun süreli silahlı çatışmalara uygulanır.*” şeklindedir.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın bu tanımı, *Tadic* Yargı kararında benimsenen tanımdan birazcık farklılaşmaktadır. Roma Statüsünde, “uzun süreli (protracted) silahlı şiddet” terimi yerine “uzun süreli silahlı çatışma” kavramı kullanılmıştır. Bu ince ayırım, iç silahlı çatışmanın kapsamını değiştiriyor ya da *Tadic* tanımından farklı bir uygulama eşiği oluşturuyor olarak yorumlanmamaktadır.¹⁴⁸ Ancak madde 8 (2) (f)’ de yer alan bu tanım II Numaralı Ek Protokol, madde 1/ 1’den farklılıklar göstermektedir. *Tadic* formü-

¹⁴⁴ Derek, a.g.m., s.28.

¹⁴⁵ Prosecutor v. Dusko Tadic, a/k/a “Dule”, Case No IT -94-1- T, Opinion and Judgment, 7 Mayıs 1997, <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/tad-ts/70507JT2-e.pdf>, (4 Haziran 2008).

¹⁴⁶ Prosecutor v. Akayesu, No ICTR-96-4-para.620 (2 Eylül 1998).

¹⁴⁷ Cullen, “Key Developments...”, s.102.

¹⁴⁸ Meron, “The Humanization of...”, s.260.

lünün, Roma statüsü, madde 8 (2) (f) ye uyarlanması neticesinde, iç silahlı çatışmanın tanınması için II Numaralı Ek Protokolün gerektirdiği yoğunluk eşiği düşürülmüştür. Roma statüsü, madde 8 (2) (f) çerçevesinde, çatışmada işlenen savaş suçlarının ICC'nin yetkisi altına girmesi için ayrılıkçı silahlı kuvvetlerin ya da örgütlenmiş silahlı grupların, sorumlu bir komutanın yönetiminde olması ve ülkesinin bir bölümünde sürekli ve düzenli askeri harekât yürütmeye izin verecek düzeyde denetim sağlaması gerekmemektedir.¹⁴⁹ Öte yandan, iç silahlı çatışmanın yalnızca hükümet kurumları ile örgütlü gruplar arasında değil aynı zamanda bu grupların kendi aralarında da gerçekleşebileceği kabul edilmiştir.¹⁵⁰

Roma Statüsü madde 8 (2) (f) deki hükmünün düşük bir uygulama eşiği öngörmesi nedeniyle devletlerin endişelerini gidermek için, Roma Statüsü madde 8 (3) şu hüküm eklenmiştir: “ *Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarla ilgili Statüdeki hiçbir hüküm (2 (c) ve (d) paragraflarındaki hiçbir ifade), bir hükümetin, devlet dâhilinde kanun ve düzeni sürdürme ve yeniden kurma veya devletin ülkesel birliğini ve toprak bütünlüğünü tüm yasal araçlarla savunma sorumluluğuna etki etmez.*” Bu hüküm, II Numaralı Ek Protokol madde 3/1'den iktibas edilmiştir ve Statü hükümlerinin iç silahlı çatışma konusunda devlet egemenliğini bozacak şekilde yorumlanamayacağını vurgulamaya hizmet etmektedir.¹⁵¹

Tadic yargısı ile ortaya çıkan ve Roma Statüsü madde 8 (2) (f)'ye uyarlanan iç silahlı çatışma kavramı, günümüze kadar Uluslararası İnsancıl Hukukun kapsamına girmeyen, hükümet güçlerinin dahli olmaksızın örgütlenmiş silahlı gruplar arasında gerçekleşen çatışma durumlarını kapsar hale gelmiştir. Uluslararası İnsancıl Hukukun kaydettiği bu gelişme, devlet yapısının parçalandığı, başarısız devletlerdeki çatışmaları kapsamaktadır.¹⁵² ICC Roma Statüsü'nde, ortak madde 3 ve II Numaralı Ek Protokol'ün anlamı dâhilindeki, “ *iç “silahlı çatışmalar” ayaklanma, münferit ve izole edilmiş şiddet eylemleri ya da diğer benzer yapıdaki şiddet eylemleri gibi iç karışıklık ve iç gerginlik durumlarını içermez*” görüşünü muhafaza etmektedir.¹⁵³

¹⁴⁹ Cullen, “Key Developments...”, s.102.

¹⁵⁰ Theodor Meron, “Classification of the Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout”, *AJIL*, C. 92, 1998, ss.236-237,

¹⁵¹ Cullen, “Key Developments...”, s.105.

¹⁵² Cullen “Key Developments...”, s.105.

¹⁵³ Derek, s.29

iii. II Numaralı Ek Protokol ve Diğer Önemli Gelişmeler Çerçevesinde Güneydoğu'daki Durum

Türkiye'nin taraf olmadığı II Numaralı Ek Protokol'deki, "silahlı çatışmanın" unsurları çerçevesinde Güneydoğu'daki durumu değerlendirdiğimizde, Güneydoğu'daki durumun "yüksek yoğunlukta bir silahlı çatışma" teşkil etmediği çok açıktır. Zira PKK'nın "savaşan taraf" veya "asilik" gibi kayda değer bir statüye sahip olabilmesinin en önemli şartı, belirli ve yeterli bir coğrafyada etkin ve sürekli bir denetim oluşturmaktır. Bunun ön şartı yeterli imkân ve kabiliyette, komuta-kontrol ve iç disiplin düzenine sahip silahlı bir kuvvet olunmasıdır. Vur kaç türü eylemler gerçekleştiren, asker sivil ayırt etmeyen PKK, tipik terör eylemleri gerçekleştirmekte olup; İnsancıl Hukuka saygı gösterme yeteneğine sahip değildir. Bu tür etkin bir emir-komuta unsurundan yoksundur.¹⁵⁴ Öte yandan, köy ve kasabalar PKK'nın denetimi altında olmadığı gibi PKK'nın kırsalda bile denetimi yoktur. PKK eylemlerini gerçekleştirirken Irak'ın kuzeyindeki Kandil, Zap, Avaşin, Hakurk gibi terör üslerine güvenmektedir.¹⁵⁵ Dolayısıyla, tekrar belirtmek gerekirse, Türkiye'nin Güneydoğu'sunda II Numaralı Ek Protokol'ün uygulanmasını gerektirecek "yüksek yoğunlukta" bir silahlı çatışma söz konusu değildir. Bununla birlikte, ayrılıklı terörizmle mücadelede gerçekleştirilen iç güvenlik hareketinin planlanmasında ve icrasında, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar hukuku kurallarından rehber olarak yararlanılmasında bir engel yoktur.¹⁵⁶

II Numaralı Ek Protokol hükümleri incelendiğinde Protokol'de yer alan hükümlerin pek çoğunun, temel insan hakları belgelerinde eşdeğer hükümlerinin bulunduğu görülmektedir. Ancak ortak madde 3'ün tersine, Protokol hükümleri temel uluslararası insan hakları belgelerindeki muadil hükümlerinden çok daha fazla kapsamlıdır.¹⁵⁷ Bu durum, II Numaralı Ek Protokol hükümlerinin ortak madde 3 geliştirmek ve desteklemek için hazırlanmış bir belge olmasının bir sonucudur. Bu tespitleri, II Numaralı Ek Protokol hükümlerini, temel insan hakları belgelerindeki hükümlerle karşılaştırmalı olarak analiz ederek pekiştirmek mümkündür.

¹⁵⁴ Çaycı, Uluslararası İnsancıl Hukuk ve..., s.46.

¹⁵⁵ (<http://www.turkmeatronik.com/mforum/index.php?topic=2256.0>, erişim 7 Ağustos 2008); (<http://www.candundar.com.tr/index.php?Did=6282>, erişim 7 Ağustos 2008).

¹⁵⁶ Çaycı, "İnsan Hakları Açısından Bir Değerlendirme...", s.82

¹⁵⁷ Freeman, ss.3-4.

II Numaralı EK Protokol'ün insan hakları hükümleri “ İnsancıl Muamele” başlıklı ikinci bölümde bulunmaktadır. Bu bölümde, madde 4'te, “Temel Güvenceler”; madde 5'te “Özgürlüğü Kısıtlanan Kişiler” ve madde 6'da, “Yargısal Güvenceler” düzenlenmektedir.¹⁵⁸ “Temel Güvenceler” konusundaki md. 4/1'dekine benzer hükümler, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin md. 17/1, md.18 ve md. 19'da; AIHS'nin md.9 ve md.10'da bulunmaktadır. II Numaralı EK Protokol'ün md. 4 (2) (d) hükmü, koruma altındaki kişilere yönelik her türlü terörizm eylemini yasaklamaktadır. Bu madde, daha önce yalnızca uluslararası nitelikteki bir silahlı çatışma sırasında uygulanabilir olan bir hükmü¹⁵⁹, iç silahlı çatışma sırasında, sivillerin korunmasına genişletmektedir. ¹⁶⁰II Numaralı Ek Protokol md. 13 (2) de ise, sivil bireyler gibi, sivil halkın terör saldırılarının hedefi olmasını ve başlıca amacı sivil halk arasında terörü yaymak olan şiddet eylemleri ya da şiddet tehdidini yasaklamaktadır. Şiddet eylemleri gerçekleştirme tehdidi yasağının eşdeğer bir düzenlemesi açıkça temel insan hakları belgelerinin hiç birisinde bulunmamaktadır.¹⁶¹ Madde 4(2) (g)' de yer alan yağmalama yasağına yakın herhangi bir düzenleme temel insan hakları belgelerinde bulunmamaktadır. ¹⁶² Yine, yukarıda S.lan eylemlerin herhangi birisini işleme tehdidini açıkça yasaklayan, md. 4(2) (h)'deki son hükme benzer bir düzenleme, insan hakları sözleşmelerinin hiç birisinde bulunmamaktadır.¹⁶³

II Numaralı Ek Protokol madde 4(3), çocukların din ve ahlak dâhil eğitim hakkı; ailelerinin yeniden birleştirilmesini kolaylaştırma ve 15 yaşına varmayan çocukların çatışmalara katılmaması ve çocukların çatışma bölgelerinden güvenli bölgelere nakledilmesi gibi konularda, çocuklara Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin md. 24 (1)'den daha detaylı bir koruma sağlamaktadır.¹⁶⁴ II Numaralı Ek Protokol md. 6 “Yargısal Güvenceleri” içermektedir. Madde 6/5, çatışmaların sonunda, iktidarı elinde bulunduran otoritelerin, silahlı çatışmalara katılmış olan kişilere ya da enterne edilmiş ya da tutuklanmış olmasına bakmaksızın silahlı çatışmayla bağlantılı olarak, özgür-

¹⁵⁸ Bkz., geride dipnot 130.

¹⁵⁹ Bkz., geride dipnot 65.

¹⁶⁰ Moir, , s 215.

¹⁶¹ Freeman, ss.3-4.

¹⁶² Freemanss.3-4.

¹⁶³ Moir, s.219.

¹⁶⁴ George H. Aldrich, “Jurisdiction of the International Criminal Tribunal For the Former Yugoslavia”, *AJIL*, C. 90, 1996, s.60.

lüklerinden mahrum bırakılan kişilere, mümkün olan en geniş af çıkartmaya teşvik etmektedir. Af çıkartılmasını öngören md.6/5 hükmünün, temel insan hakları belgelerinde muadili yoktur. II Numaralı Ek Protokolün III. Bölümü (madde 7 -12) 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3/2'deki “yaralı ve hastalar toplanacak ve tedavi edilecektir.” şeklindeki hükmü daha detaylı bir şekilde düzenlemektedir. Bu hükümlerinde temel insan hakları belgelerinde eşdeğer hükümleri bulunmamaktadır. Ek II Numaralı Protokolün IV. Bölümü (md. 13-18) ise “sivil halk” başlığını taşımakta ve sivillerin korunması konusunda, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3'ün öngördüğünden çok daha detaylı bir koruma sağlamaktadır. Bu kısımda, tehlikeli güçler içeren iş ve binaların korunmasına ilişkin md. 15 ve yardım faaliyetleri ve yardım derneklerine ilişkin md. 18 in temel insan hakları belgeleri çerçevesinden birebir muadili yoktur.¹⁶⁵

İç silahlı çatışmalar çerçevesinde birlikte uygulama alanına sahip olan, Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Uluslararası İnsan Hakları Hukuku arasındaki normatif ve kurumsal ilişki irdelendiğinde, her iki hukuk dalı tarafından sağlanan güvenceler arasında, kimi açıklar ve uyumsuzluklar bulunmasına karşın, her iki hukuk dalının birbirini güçlendirmekte ve tamamlamakta olduğu söylenebilir. Ortak madde 3 asgari düzeyde, zaruri insancıl güvenceleri belirtmekte ve ayrıık hükümler getirilemeyen birçok insan hakları korumalarını içermektedir. Yüksek bir uygulama eşiğine sahip II Numaralı Ek Protokol ise, ortak madde 3 tarafından öngörülen güvenceleri daha da geliştirmekte fakat ender olarak uygulanmaktadır.¹⁶⁶

Sonuç

Terörizmle mücadelede Uluslararası İnsancıl Hukuk yaklaşımı özellikle liberal devletler tarafından tercih edilmeyen bir yaklaşımdır. Ancak bu hukuksal değil daha ziyade psikolojik ve siyasal nedenlerden kaynaklanmaktadır.¹⁶⁷

İç Silahlı çatışmalar bakımından da devletler, iç silahlı çatışmalara İnsancıl Hukuku uygulamakta isteksizdir. Ancak bu da hukuksal değil daha ziyade psikolojik ve siyasal nedenlerden kaynaklanmaktadır. Devletlerin iç silahlı çatışmalara İnsancıl Hukuku uygulamadaki isteksizliklerinin ardındaki psikolojik ve siyasal nedenlerden bazıları şunlardır: İlk olarak, Uluslara-

¹⁶⁵ Bkz., geride dipnot 130.

¹⁶⁶ Moir, s.231.

¹⁶⁷ Roberts, s.9.

rası İnsancıl Hukuku uygulamak, egemen devlet içinde yetki sahibi başka bir “tarafın” olduğunu zımnen kabul etmek anlamına gelmektedir. Ortak madde 3’ün son paragrafı, madde hükmünün uygulanması tarafların hukuksal statüsünü etkilemeyeceğini belirtmesine karşın, bu asilere “objektif hukuksal statü” kazandırır.¹⁶⁸ İkinci olarak, Ortak madde 3’ün uygulanabilirliğini kabul etmek, hükümetin büyük çaplı şiddeti durdurmadaki yeteneksizliğini kabul etmesi anlamına gelir. Üçüncü olarak ortak madde 3’ün uygulanabilirliğini kabul etmek asilerin, ortak madde 3’e uygun olarak “*taraflar özel anlaşmalarla mevcut sözleşmenin tamamını veya bir kısmını uygulamaya koyabilirler*” hükmünü talep etmesine olanak verir; bu talepler savaş tutsağı statüsü elde etme ve ulusal cezai kovuşturmalardan bağıışıklık taleplerine ulaşabilir.¹⁶⁹ II Numaralı Protokol’ün uygulanabilirliğini kabul etmek ise hükümetten ziyade silahlı bir grubun ülke topraklarının bir kısmında denetim kurduğunu ve ülkedeki durumun kontrol-dışı olduğunu kabul etmek anlamına gelecektir.¹⁷⁰ Tüm bu siyasal nedenlerden dolayı hükümetler, gerek ortak madde 3 gerekse II Numaralı Protokolü devreye sokmakta isteksizdir. Sorunu insan hakları hukukunun öngördüğü rejime başvurarak çözmeyi tercih etmektedirler. Meseleyi hukuksal bakımından değerlendirdiğimizde ilk olarak, gerek 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3, gerekse II Numaralı Ek Protokol ve Tadic yargısı ile ortaya çıkan ve 1998 Roma Statüsü madde 8 (2) (f)’de yer alan silahlı çatışmanın tanımı, terörizmin, bir “silahlı çatışma” teşkil etmediğini açıkça belirtmektedir.¹⁷¹ Buna karşılık, bir iç mücadelede uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın varlığına neden olan hususların yanında ayrıca terörizm de eş zamanlı olarak var olabilir.¹⁷² Belirtilmesi gereken önemli nokta, terörizmin, Uluslararası Hukukun, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda da başvurulmasını yasakladığı yöntemler arasında olduğudur. Gerçekten, hem 1977 tarihli II Numaralı Ek Protokol hem de 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi, terörizmi yasaklamaktadır. Söz konusu Protokol’ün 4/2, d maddesi terörizmi; 4/2, h maddesi terörizm tehdidini ve 13. maddesi sivil halka karşı terör eylemlerini yasaklamaktadır. 1949 Ce-

¹⁶⁸ Chadwick, s.8.

¹⁶⁹ Abresch, s.11.

¹⁷⁰ Abresch, ss.17-18; Chadwick, ss.85,134.

¹⁷¹ Marco Sassoli, “Terrorism and War”, Journal of International Criminal Justice, C.4, 2006, s.965; Rona, s. 63; Chadwick, s.128.

¹⁷² Sertaç H. Başeren, “Uluslararası Hukuk Açısından Terörizm”, Dünyada ve Türkiye’de Terör içinde, T.C. Merkez Bankası Yay., Ankara, 2002, s. 190.

nevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesi çerçevesinde uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda terörist fiillerin yasaklanması, anılan maddedeki “insancılık ilkesi” ile açıklanmaktadır.¹⁷³ İkinci olarak, eğer uluslararası olmayan silahlı çatışmalar söz konusu olmuş iç çatışmanın mahiyetine bağlı olarak, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3 ve 1977 tarihli II numaralı Ek Protokol yanında, insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasına ilişkin kurallar ve ilgili devletin insan haklarına ilişkin düzenlemeler aynı anda uygulanır.¹⁷⁴ Bu durum sivililerin korunması bakımından önem arz eder. Üçüncü olarak, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kavramı çerçevesinde teknik olarak, “muharip-savaşçı” statüsü mevcut değildir. İç çatışmalara ortak madde 3 ve II Numaralı Ek Protokolün uygulanması, isyancı gruba ve bu grubun mensuplarına *ipso jure* muharip-savaşçı statüsü (grupsal bazda belligerent; bireysel bazda combatant) kazandırmaz. Dolayısıyla ele geçirilmeleri halinde bunların savaş esiri statüsü elde etmeleri söz konusu olmayıp; ele geçirilen bir silahlı asi grup mensubu, Uluslararası İnsancıl Hukuka uyup uymadığından bağımsız olarak basitçe savaşmış olması olgusu dolayısıyla cezalandırılabilir.¹⁷⁵ Dördüncü olarak, uluslar arası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanabilir İnsancıl Hukuk, hükümlerinin ihlal edilmesinden dolayı bireysel cezai sorumluluk öngörmemektedir. Buna karşın BM tarafından ICTY, ICTR ve ICC’nin kurulmuş olması iç silahlı çatışma sırasında işlenen uluslararası hukukun ihlalleri dolayısıyla bireysel cezai sorumluluk bakımından büyük önemdedir. Zira Tadic Davasında ICTY, ICTY Statüsü md. 3 çerçevesinde, “savaş hukuku ve örfünün” uluslararası veya iç silahlı çatışma sırasında ihlalleri dolayısıyla bireysel cezai sorumluluk tesis etmiştir.¹⁷⁶ Yine, ICTY Statüsü md. 5’de kapsanan suçların, iç silahlı çatışma sırasında ihlalleri açıkça insanlığa karşı suç teşkil etmekte ve insanlığa karşı suçlar dolayısıyla bireysel cezai sorumluluk hâsıl olmaktadır. Temyiz dairesi, Uluslararası Örfi Hukukun, ortak madde 3’ün “ciddi ihlalleri” dolayısıyla bireysel cezai sorumluluk yüklediğine karar vermiştir. Bununla birlikte, Temyiz Dairesi, ICTY Statüsü md. 2 çerçevesinde, “ağır ihlal” rejimininse, yalnızca uluslararası nitelikte silahlı çatışmalara uygulanacağına karar vermiş ve bu eğilim daha sonraki ICTY iç-

¹⁷³ Başeren, “İnsan Hakları ve Terörizm”, s. 221.

¹⁷⁴ Başeren “Uluslararası Hukuk Açısından Terörizm”, s. 190

¹⁷⁵ Sassoli, s.970; Başeren, “İnsan Hakları ve Terörizm”, s. 221.

¹⁷⁶ Christopher Greenwood, “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, EJIL, C. 7, 1996, ss.266-267.

tiheadında da sürdürölmüştür.¹⁷⁷ ICTR Statüsü, “soykırım” ve “insanlığa karşı suçlar” yanında, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ortak madde 3 ve II Numaralı Ek Protokol hükümlerinin ihlalleri dolayısıyla bireysel cezai sorumluluk tesis etmiştir. Bu, ortak madde 3 ve II Numaralı Ek Protokol hükümlerinin ihlalleri dolayısıyla ilk kez bireysel cezai sorumluluğun pür iç silahlı çatışmalara genişlemesini temsil etmekte olup büyük önem taşımaktadır.¹⁷⁸

11 Eylül 2001 tarihinden bu yana yaşanan gelişmeler çerçevesinde Türkiye’nin de terörizmle mücadelede uygulamakta olduğu geleneksel politikalarını etkinlik ve verimlilik bakımından tekrar gözden geçirmesi ve alternatif yaklaşımları pozitif ve negatif yönleri ile detaylı olarak ele alması son derece yararlıdır. Bu bağlamda Türkiye’nin terörizmle mücadelede uyguladığı geleneksel paradigmadan vazgeçerek Güneydoğu’daki durumu ortak madde 3’ün uygulanması gerektirecek düşük düzeyde bir iç silahlı çatışma olarak nitelendirmesi hukuksal bakımdan sorun doğurmayacaktır. Ancak bu yaklaşımı benimsemenin *siyasal* açıdan çok fazla olumsuz sonuçları vardır. Yukarda da belirtildiği gibi, bu yaklaşımı benimsemek en başta, terör örgütünü cesaretlendirerek, “objektif hukuksal statü” elde etme arayışlarını artırır. Cenevre Sözleşmelerinin tamamının ve bir kısmının uygulanmasını talep etmesine olanak verir. Bu talepler, savaş tutsağı statüsü elde etme ve ulusal ceza hukuku kavuşturmalarından bağışık olma istemlerine varabilir. Bu nedenle Türkiye ayrılıkçı terör örgütü PKK/KCK ile mücadelesini insan hakları hukuku çerçevesinde sürdürmeye devam etmelidir. Bu model çerçevesinde de siyasal zemin oluşturma adına güvenlik zafiyetinin oluşmasına izin vermemelidir.

¹⁷⁷ Aldrich, s.68.

¹⁷⁸ Greenwood, s.280

KAYNAKÇA

- Abi-Saab, Georges, “ Non-International Armed Conflicts”, International Dimensions of Humanitarian Law (içinde), Henry Dunant Institute, UNESCO, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht,Boston,Londra, 1988.
- Abresch, William, “ a Human Rights of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya”, *Center for Human Rights and Global Justice Working Paper Extrajudicial Executions Series (CHRGJ)*, S. 4, 2005, s.1-28.
- Aktan, Gündüz, “Hukuki altyapı (4), **Radikal**, 23.8.2005.
- Aldrich, George H., “ Jurisdiction of the International Criminal Tribunal For the Former Yugoslavia”, *AJIL*, C. 90, 1996, s.64-69.
- Bal, İhsan, “Terörle Mücadele, ABD ve Guantanamo”, (<http://turkishweekly.net/turkce/yorum.php?id=132>, erişim 25 Temmuz 2008).
- Başeren, Sertaç H., “İnsan Hakları ve Terörizm”, *İnsan Hakları ve Güvenlik* içinde, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, No 1, Ankara, 2001, s. 195-224.
- Başeren, Sertaç H., “Uluslararası Hukuk Açısından Terörizm”, *Dünyada ve Türkiye’de Terör* içinde, T.C. Merkez Bankası Yay., Ankara, 2002, s. 183-206.
- Carrillo-Suarez, Arturo, “ Hors De Logique: Contemporary Issues in International Humanitarian Law As Applied To Internal Armed Conflict”, *Am. U. Int’l L. Rev.* , C. 15, 1999-2000, s.1-150.
- Cerrah, İbrahim, “ The Stance of a Democratic Society,against Terrorism: Turkey’s Approach”, ([http:// www. Turkishweekly.net/comments.php?id=2061](http://www.Turkishweekly.net/comments.php?id=2061), erişim 24 Temmuz 2008).
- Chadwick, Elizabeth, *Self-Determination, Terrorism And The International Humanitarian Law Of Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1996.
- Crelinstein, Ronald D. ve Alex P. Schmid, “Western Responses to Terrorism: A Twenty-Five Year Balance Sheet”, Ronald D. Crelinstein ve Alex P. Schmid, (eds.), *Responses To Terrorism* içinde, Londra, 1993.

- Cullen, Anthony, “The Parameters of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”, *U, Miami INT’L&Comp.L.Rev.*, C. 12, 2004, s.189-229.
- Cullen, Anthony, “Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law”, *Military Law Review*, C. 183, 2005, s.66-109.
- Çaycı, Sadi, *Düşük Yoğunlukta Çatışma*,(yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara, 1989.
- Çaycı, Sadi, *Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları Hukuku Açısından Güneydoğu Olayları*,(yayınlanmamış doçentlik tezi), Ankara, 1997.
- Çaycı, Sadi, “Türkiye’deki Ayrılıkçı Terörle Mücadelenin Hukuki Boyutları”, *Avrasya Dosyası*, C.12, S.3, 2006, s.139-165.
- Çaycı, Sadi, “PKK’yla Mücadele, Sınır Ötesi Harekât ve Hukuk”, *Stratejik Analiz*, Ağustos 2005, s.36-44.
- Çaycı, Sadi, “Ayrılıkçı Terörle Mücadelenin Hukuksal Boyutları, *Askeri Adalet Dergisi*, Yıl.24, S.97, Eylül 1996, s.22-33.
- Çaycı, Sadi, “PKK Terörüyle Mücadelede Uygulanacak Hukuk”, *Stratejik Analiz*, Eylül 2007, s.34-40.
- Çaycı, Sadi, “İnsan Hakları Hukuku açısından Bir Değerlendirme”, *Stratejik Analiz*, Temmuz 2005, s.78-82.
- Çelik, Edip, *Milletlerarası Hukuk*, Birinci Kitap, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1986.
- Erickson, Richard J., *Legitimate Use of Force Against State-Sponsored Terrorism*, Air University Press, Washington D.C., 1989.
- Forsythe, David P., “ Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-Internattional Armed Conflicts”, *AJIL*, C. 72, 1978, s. 272-295.
- Freeman, Mark, “International Law and Internal Armed Conflicts: Clarifying the Interplay Between Human Rights and Humanitarian Protections”, *The Journal of Humanitarian Assistance*, 24 Temmuz 2000, <http://jha.ac/2000.07.24/international-law-and-internal-armed-conflicts-clarifying-the> (30 Haziran 2008) s.1-9.

- Gasser, Hans-Peter, “Acts of Terror “Terrorism” and International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, C. 84, S. 847, 2002, s. 547-570.
- Greenwood, Christopher, “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, *EJIL*, C. 7, 1996, s.265-283.
- Guild, Elspeth, “ Inside Out or Outside In? Examining Human Rights in Situations of Armed Conflict”, *International Community Law Review*, C. 9, 2007, s.33-58.
- Heintze, Hans-Joachim, “ Onthe Relationship Between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law”, *IRRC*, C. 86, No 856,2004, s.789-814.
- Hoffman, Michael H., “ Rescuing the Law of War: A Way Forward in an Era of Global Terrorism”, *Parameters*, 2005, s.18-35.
- Jinks, Derek, “September 11 and the Laws of War”, *The Yale Journal of International Law*, C.28, S. 1, 2003, s.1-50.
- Kapani, Münci, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1991.
- Kaya, İbrahim ve Yücel Acer, “Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Korunması ve Sığınmacılar Hukukundaki Non-Refoulement İlkesi”, <http://www.turkisweekly.net/turkce/makle.php?id=139>, (24 Temmuz 2008).
- Kawakwa, Edward, *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992,
- Krieger, Heike, “A Conflict of Norms: The Relationship Between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study”, *Journal of Conflict & Security Law*, C. 11, No 2, s.265-291.
- Lootsteen, Lieutenant Colonel Yair M., “ The Concept of Belligerency in International Law, *Mil. Law Rev.*, C. 166, 2000, s.109-141.
- Lopez, Laura, “Uncivil Wars: The Challenge of Applying International Humanitarian Law to Internal Armed Conflicts”, *NYU Law Review*, C. 69, 1994, s.916-962.

- McCoubrey, Hilaire ve Nigel D. White, *International Law and Armed Conflict*, Dartmouth Publishing Company, Dartmouth, 1992.
- McCoubrey, Hilaire ve Nigel D. White, *International Organizations and Civil Wars*, Dartmouth, Aldershots, 1995.
- Meron, Theodor, “ The Humanization of Humanitarian Law”, *AJIL*, C. 94, 2000, s.239-278
- Meron, Theodor, “Classification of the Conflict in the Former Yuoslavia: Nicaragua’s Fallout”, *AJIL*, C. 92, 1998.
- Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Öktem, A. Emre, *Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları*, Derin Yayınları:95, İstanbul, 2007.
- Paust, Jordan J., “ There Is No Need to Revise the Laws of War in Light of September 11 th”, *The American Society of International Law Task Force on Terrorism*, Kasım 2002, s.1-12.
- Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2000.
- Pries, Kari Mariska, *Repression, Freedom, and Minimal Geography: Human Rights, Humanitarian Law, and Canadian Involvement in El Salvador, 1977-1984* (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Queen University, Ontario, Kanada, 2007.
- Ratner, Steven R., “Jus Ad Bellum and Jus In Bello After September 11”, *American Journal of International Law*, C. 96, S. 4, 2002, s. 905-921.
- Ratner, Steven R., “ The War on Terrorism and International Humanitarian Law”, *Mich. St. J. Int’l L.*, C.14, 2006, s.19-26.
- Roberts, Adam, “Counter-Terrorism, Armed Force and the Laws of War”, *Survival*, C. 44, S. 1, 2002, s. 7-32.
- Roth, Kenneth, “The Law of War in The War on Terror”, *Foreign Affairs*, C. 83, 2004, s.2-7.
- Sassoli, Marco, “Terrorism and War”, *Journal of International Criminal Justice*, C. 4, 2006, s.959-981.

Sievert, Ronald J., “ War on Terrorism or Global Law Enforcement Operations?”, *Notre Dama L. Rev.*, C. 78, 2002-2003, s.307-351.

Slaughter, Anne-Marie ve William Burke White: “An International Constitutional Moment”, *Harvard International Law Journal*, C. 43, S. 1, 2002, s. 1-21.

Sulmasy, Glenn M., “The Law of Armed Conflict in the Global War on Terror: International Lawyers Fighting the Last War”, *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol'y*, C. 19, 2005, s.309-316.

The International Institute of Humanitarian Law and The International Committee of the Red Cross, XXVIIth round table on Current Problems of International Humanitarian Law: International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence, (Summary Report Prepared by the International Committee of the Red Cross), Kasım 2003.

Travalio, Greg ve John Altenburg, “Terrorism , State Responsibility, and the Use of Military Force”, *Chi.J. Int'l L.*, C. 97, 2003, ss. 97119. Greenwood, Christopher: “International Law and the War Against Terrorism”, *International Affairs*, C. 78, S. 2, 2002, s. 301-317.

Vöneky, Silja, “The Fight Against Terrorism and The Rules of The Law of Warfare”, (ed, Walter Christian, Vöneky Silja et al,) *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security Versus Liberty?* (içinde), Berlin/Heidelberg, 2004, s. 925-951.

Watkin, Kenneth, “ Controlling the Use of Force: A Role For Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict”, *AJIL*, C.98, No1, 2004, s.1-34.

İnternet Kaynakları ve Yargı Kararları

(<http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>, erişim 10 Ağustos 2008), (http://tr.wikisource.org/wiki/Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_S%C3%B6zleşmesi, erişim 15 Temmuz 2008) .

(http://www.turkhukuksitesi.com/makale_225.htm, erişim 6 Ağustos 2008) (<http://www.turkmekatronik.com/mforum/index.php?topic=2256.0>, erişim 7 Ağustos 2008) .

(<http://www.candundar.com.tr/index.php?Did=6282> , erişim 7 Ağustos 2008).

(<http://www.un.org/terrorism/instruments.shtml>, erişim 8 Ağustos 2008).

(<http://www.un.org/members/list.shtml>., erişim 24.04.2008).

(<http://www.icrc.org/ihl.nsf/webSign?ReadForm&id=475&ps=P>., erişim 24.04.2008).

Letter Dated 7 October 2001 From the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations Addressed to the President of the Security Council, (<http://www.un.int>, erişim 20 Haziran 2008).

“PKK (Partiya Karkeren Kürdistan-Kürdistan İşçi Partisi Kronoloji (1978-2006)”, 5 Şubat 2008, (http://www.usakgundem.com/pdfs/Usak_PKK_Kronoloji.pdf., erişim 13 Temmuz 2008).

PKK/Kongra-gel”, (http://www.mfa.gov.tr/pkk_kongra-gel.tr.mfa, erişim 31 Temmuz 2008).

President’s Military Order of November 13, 2001, Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, (<http://www.whitehouse.gov/news/releases/20011113-27>. Htm (Military Order), erişim 20 Haziran 2008).

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protections of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977”. Commentary: General Introduction to the Commentary on Protocol II, par., 4414; (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/webprint/475-750999-COM?>, erişim 18 Nisan 2008).

(<http://www.un.orgg/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, erişim 2 Haziran 2008).

“Terörizmle Mücadele ve Türkiye’nin Terörizmle Uluslararası Mücadeleye Katkıları”, (<http://realterror.blogcu.com/4577362>. erişim 15 Temmuz 2008).

“Terör ve Güvenlik,” (<http://www.terorizm.info/index>., erişim 31 Temmuz 2008).

Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo, Judgment of ICJ, 19 Aralık 2005, (<http://www.icj.cij.org/icjwww/decesions.htm>-, erişim 8 Ağustos 2008.)

ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8 Temmuz 1996, ICJ Reports 1996 (I).

ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9 Temmuz 2004.

McCann and Others v. United Kingdom Case, 17 /1994/464/545; ECtHR 5 Eylül 1995.

Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”, Case No IT-94-I-AR-72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Ekim 1995.

Prosecutor v. Dusko Tadic, a/k/a “Dule”, Case No IT -94-I- T, Opinion and Judgment, 7 Mayıs 1997, (<http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/tad-ts70507JT2-e.pdf>., erişim 4 Haziran 2008.)

Prosecutor v. Akayesu, No ICTR-96-4- erişim 2 Eylül 1998).

BOŞ

MOTORLU TAŞITLAR ÜZERİNDEN ALINAN VERGİLERİN ÇEVREYİ KORUMAYA YÖNELİK VE ADİL OLARAK DÜZENLENMESİ

Ümit Süleyman ÜSTÜN*

Özet

Vergilendirme bireylerin tercihlerinde, teşvik etmeye ve caydırmaya yönelik düzenlemeler getirmek suretiyle etkili olmaktadır. Çevrenin korunmasında olumlu etkiler oluşturmada vergiler önemli rol oynamaktadır.

Bu çalışmada çeşitli ülkelerdeki motorlu taşıtlar üzerinden alınan vergiler ve bu vergilerin tarife yapıları incelenecektir. Türkiye’de motorlu taşıtlar üzerinden alınan vergiler hakkında öneriler getirilecektir.

Türkiye’deki motorlu taşıtlar vergisi tarifesini, çevreyi koruma amacından çok uzaktır. Motorlu taşıtlar vergisi mutlaka araçların yaydığı karbon emisyon miktarlarını esas alacak şekilde düzenlenmelidir. Ayrıca mükelleflerin mali güçlerini de dikkate almak suretiyle adil bir vergilendirmeye yapılmaya çalışılmalıdır. Bu bakımdan Motorlu taşıtlar ve özel tüketim vergisi tarifelerinin çevre dostu ve çevreyi daha az kirleten araçların kullanılmasının teşvik edilmesini sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vergi, Çevre Vergileri, Motorlu Taşıtlar Vergisi, Özel Tüketim Vergisi, CO2 emisyonu, Çevrenin korunması.

REGULATION OF TAXES ON MOTOR VEHICLES BY TAKING INTO CONSIDERATION OF ENVIRONMENT PROTECTION AND TAX EQUALITY

Abstract

Taxation is effective on individuals' behavior using the methods of encouraging or discouraging. Taxes have an important role to make positive effects on protecting environment.

In this study, taxes on motor vehicles in various countries and the tax tariff of these countries are studied. Suggestions will be made about taxes on motor vehicles in Turkey.

The current form of motor vehicle tax tariff in Turkey is far from purpose of protecting the environment. Motor vehicle taxes must be based on carbon emissions.

* Yrd. Doç., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.
(sustun@selcuk.edu.tr)

In addition to this, a fair taxation must be observed. So use of environmentally friendly and less polluting vehicles can be encouraged by re-scheduled the tariff of Motor Vehicles Tax and Special Consumption Tax.

Key Words: Tax, Environmental Taxes, Motor Vehicles Tax, Special Consumption Tax, CO2 emission, Protection of environment.

I. GİRİŞ

Devletin üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerini yerine getirebilmesi için yapmak zorunda bulunduğu kamu harcamalarının finansmanı kamu gelirlerinden sağlanmaktadır. Kamu gelirlerinin en büyük bölümünü ise vergiler oluşturmaktadır.

Vergilerin klasik amacı olan malî amaç, devletin üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği kamu harcamalarının finansmanını karşılamayı ifade etmektedir. Vergilerin malî (fiskal) amacı olarak ifade edilen bu amaç, vergilerin tarihî gelişim süreci içinde daima rol oynamıştır¹. Diğer bir ifadeyle, vergilerin en eski amacı, devlet hazinesinin ihtiyaç duyduğu gelirin karşılanmasıdır².

Ancak günümüzde vergilerin bu klasik amacı değişime uğramıştır. Artık kamu giderlerini karşılama amacı yanında, ekonomik ve sosyal yapı ile ilgili çeşitli etkilerin oluşturulması amacıyla da vergilere başvurulabilmektedir³. Bu, maliye politikasının bir gereğidir. Modern anlamda maliye politikasının doğuşu, 1929-1930'da dünyada meydana gelen büyük ekonomik kriz ve bu krizin yol açtığı anlayış değişimine bağlanmaktadır⁴. Maliye politikası amaçlarına ulaşmada en önemli araçlardan biri olan vergiler aracılığıyla ülkenin genel, sosyal, ekonomik ve malî yapısı üzerinde etkili olmaya çalışılmaktadır⁵.

¹ AKDOĞAN, s. 120.

² AKDOĞAN, s. 121.

³ AKDOĞAN, s. 122, 134; Malî amaç dışı vergileme için bkz. GÖKER, s. 11 vd.

⁴ AKDOĞAN, s. 470, 472.

⁵ AKDOĞAN, s. 474.

Bu anlayış değişimine paralel olarak, genel itibarıyla 1929-1930'dan sonra, kişilerin tercih ve davranışlarını etkilememeyi ifade eden tarafsız vergi görüşü, yerini müdahaleci ve düzenleyici vergi anlayışına bırakmıştır⁶. Buna göre vergiler aracılığıyla devletin amaçladığı çeşitli etkilerin gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir. Vergiler artık sadece devlete gelir etmeye yönelik olarak, malî amaçla alınmamaktadır. Vergiler, devletin gerçekleştirmeyi amaçladığı çok çeşitli alanlarda düzenleyici ve yönlendirici nitelikte önemli bir fonksiyon ifa etmeye başlamıştır.

Ancak vergiler, her ne kadar sadece malî amaçla alınmasa bile, aslında malî amaç her zaman için geçerliliğini sürdürmektedir⁷. Ayrıca, sadece malî amaçla alınan vergilerin bile, gelir elde amacından başka sonuçlar doğurabilmesi mümkündür⁸. Ancak burada bir verginin alınmasındaki temel amacın ne olduğunun tespiti önemlidir⁹. Bazı vergilerin doğrudan malî amaçla uygulanmasına rağmen, bazı vergiler malî olmayan sebepler ön planda tutulmak suretiyle uygulamaya konulmakta ve bunlardan elbette ki gelir elde edilmesi yani malî amacın ortaya çıkması da söz konusu olmaktadır. Çevre vergileri ile ilgili ayrımda bu hususa değinilecektir.

Vergilemenin birey davranışlarında etkili olması, birey davranışlarında özendirme veya caydırma yöntemlerini kullanarak etkili olması, yönlendi-

⁶ “Verginin tarafsız olması, kişilerin tercih ve davranışlarını etkilememesi, vergi öncesi ve sonrası refah dağılımını değiştirmemesi şeklindeki klasik yaklaşımın tersine, verginin düzenleyici yanının da büyük önem taşıdığı görülmektedir”, AKDOĞAN, s. 121.

⁷ Vergi hangi amaçla alınırsa alınsın, özünde bir mali amaç bulunmaktadır. Bir verginin konulmasında esas amaç aslında malidir: “Bilindiği, gibi vergilemeden beklenen birincil amaç ulusal gelirin yeniden bölüşümünü ve devlet bütçesinin finansmanını sağlamaktır. Son yıllarda, bunun yanında, ekonomik dalgalanmaların durulması, sürümdeki (tedavüldeki) para niteliğinin ve buna bağlı talebin ayarlanması, dış satımın korunması ve özendirilmesi, işsizliğin, alkollü içki ve sigara tüketiminin azaltılması, belirli enerji türlerinin kullanılmasının özendirilmesi vs. vergilemenin ikincil amaçlarını oluşturmuştur”, ALİEFENDİOĞLU, s. 595; Bu husus başka bir yazar tarafından ise şu şekilde ifade edilmektedir: “Her verginin esas gayesi tabiatıyla malidir. Zira vergiler devlet tarafından amme masraflarının karşılanması ve dolayısıyla hükümet vazifelerinin ifasını temin maksadıyla kamusal maliyeye tahsis edilen nakit vasıtalarıdır ... Şu kadar ki, vergi alacaklısı vergiye muayyen şekiller vermek suretiyle sosyal, siyaset, nüfus siyaseti ilâh. sahalarında arzu ettiği tesirleri kolaylıkla elde edebileceğini bildiği için, vergi tahsili vesilesiyle aynı zamanda diğer gayeleri de tahakkuk ettirmeye çalışır”, NEUMARK, s. 82’den aktaran: GÖKER, s. 12, dn. 36.

⁸ GÖKER, s. 8.

⁹ “Ancak verginin etkinliğini tartışırken konunun mali yönü yanında amacı doğrultusunda varılan sonuca da bakılmalıdır. Söz gelimi yasaklayıcı bir tüketim ya da gümrük vergisinin başarısının kanıtı toplanan vergiden çok beklenen yasaklamanın gerçekleşip, gerçekleşmediğine bağlıdır”, ALİEFENDİOĞLU, s. 595-596.

rici vergilendirmeyi ifade etmektedir¹⁰. Yönlendirici vergilendirmenin bir çok kullanım alanı vardır. Kültürel amaçlar, tüketim alışkanlıklarının değiştirilmesi, nüfus planlaması, bağımlılık yapan maddelerin kullanımının önlenmesi bu sebeplerden bazılarıdır¹¹. Mesela, devlet sağlık açısından tehlikeli durumlarda, sağlığa zararlı maddeleri yapay olarak pahalalandırıp tüketime yönünü değiştirebilir. Bu bağlamda alkolü içki, sigara gibi maddeleri tüketenler özel bir vasıtalı vergiyle yükümlü kılınabilir¹². Ancak çoğu ülkede bu gibi maddeler sadece sağlık politikasına ilişkin sebeplerle değil, aksine malî amaçla da verilemeye tabi tutulmaktadır¹³.

Çevrenin korunması bakımından da vergilerden yararlanılabilmektedir¹⁴. Vergilerin yönlendirici ve düzenleyici niteliği çevre konusunda da ön plana çıkmaktadır. Çevreyi kirletici etkenlerin arasında motorlu taşıtların çevreye yaydığı zararlı gazlar da yer almaktadır. Vergiler yoluyla motorlu taşıtların çevreye verdiği zararın asgariye indirilmesi amaçlanmaktadır. Bu çalışma kapsamında motorlu taşıtların çevreyi koruyucu şekilde vergilendirilmesinin önemi ve esasları üzerinde durulacaktır. Ancak bütün motorlu taşıtların değil, sadece binek araçların vergilendirilmesi detaylı bir şekilde ele alınacak, diğer motorlu taşıtlara ise kısa atıflar yapılacaktır. Ayrıca motorlu taşıtların vergilendirilmesinde malî güç ilkesinin göz önünde bulundurulmasının gerekliliğine de değinilecektir. Bu bağlamda, Türkiye’de motorlu taşıtlar üzerinden alınan vergiler değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

II. ÇEVRENİN KORUNMASI VE VERGİLERİN ROLÜ

2872 sayılı Çevre Kanununun¹⁵ 2. maddesinde çevre, “canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde bulundukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam”

¹⁰ GÖKER, s. 1.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKER, s. 59 vd.

¹² TURHAN, s. 39.

¹³ Hatta bu gibi vergilerde dahi asıl amacın aslında malî amaç olduğu doktrinde vurgulanmaktadır: Örneğin alkol vergisinin “*ahlâkı iyileştirmeye yönelik talî gayesi, gerçek bir samimiye-
tin ifadesi olmayıp, sadece maliye politikasını yürütenlerin ileri sürebilecekleri rahat bir ar-
gümandır*”, LOTZ, s. 274’den aktaran: TURHAN, s. 39; “*Bu tür ürünlerin üzerindeki katma
değer ve özel tüketim vergilerinin verimliliği karşısında toplum sağlığını korumak ve tüke-
timin azaltılması amacından daha çok yüksek gelir elde etmek öncelikli amaca dönüşebilir*”,
GÖKER, s. 75.

¹⁴ POTTER – PARKHURST – LANE, s. 1-2.

¹⁵ Resmi Gazete (RG.) 11.8.1983, S. 18132.

olarak tanımlanmıştır. Çevre kirliliği ise, “Çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etkiyi” ifade etmektedir.

Çevre ve çevrenin korunması tüm insanlığı ilgilendiren çok önemli konulardandır. Çevreyi en fazla kirlüten ve bu kirlilikten en çok etkilenen canlı, insandır¹⁶. Çevrenin kirletilmesinin önüne geçilmediği takdirde bundan bütün insanların zarar göreceği aşikârdır. Bu bakımdan milletlerarası anlaşmalar yapılmakta, devletler ortak politikalar oluşturmaya çalışmaktadırlar.

Çevre, global (küresel) kamusal mallardandır¹⁷. Global kamusal mallar, dünyadaki bütün bireyler ve gelecek kuşaklar tarafından elde edilebilen, herkesin yararlanabildiği, tüketimlerinde kısıtlamanın ve rekabetin bulunmadığı ve finansmanın global olarak sağlandığı mallar olarak tanımlanabilir¹⁸. Global bir kamusal mal olması itibarıyla çevrenin önemi büyüktür. Bu nedenle çevrenin korunması bir çok uluslar arası antlaşmanın konusunu oluşturmaktadır.

Global kamusal malların finansmanı için global vergilerin alınması önerileri getirilmektedir¹⁹. Çevrenin korunmasına yönelik olarak alınan vergiler değişik isimlerle anılmaktadır. Bunlara çevre vergileri, yeşil vergiler, kirlilik vergileri veya ekolojik vergiler denilmektedir²⁰. Hepsi aslında aynı kavramı ifade etmektedir.

Çevre vergilerinin en yaygını ise atık ve emisyon azaltılmasına yönelik olan vergilerdir. Bu vergilerin en önemli kısmını ise karbon vergileri oluşturmaktadır²¹. Çevrenin korunması bakımından karbon vergisi uygulaması önerilmektedir. Karbon vergileri karbondioksit (CO₂) emisyonunu azaltmak için, fosil yakıtın karbon içeriğine bağlı olarak alınan bir vergidir²². Bu vergiler, fiyatları etkileyerek, karbon emisyonuna sebep olan fosil yakıtların kullanım maliyetlerini artırmaktadır²³. Dolayısıyla karbon vergileri, daha az kar-

¹⁶ Bkz. TOROSLU, s. 150.

¹⁷ BİLİCİ – BİLİCİ, s. 30; “İnsanların biyolojik, sosyal ve ekonomik faaliyetlerini içinde sürdürdükleri ortam olan çevre, bütün unsurlarıyla bir küresel kamusal mal niteliğindedir”, Bkz. BAŞARAN, s. 90.

¹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ORTAÇ, s. 15 vd.

¹⁹ Bkz. TEKİN – VURAL, s. 323 vd.

²⁰ JAMALİ, s. 80; BİLGİN – ORKUNOĞLU, s. 81.

²¹ JAMALİ, s. 219, 222; Karbon vergisinin diğer adı, emisyon vergisidir, bkz. ARIKAN, s. 36.

²² TEKİN – VURAL, s. 328; AKKAYA, s. 1 vd.; LITMAN, s. 6.

²³ HOTUNLUOĞLU – TEKELİ, s. 111, 121.

bon emisyonuna yol açan teknolojilerin ve enerji kaynaklarının tercih edilmesini teşvik etmek suretiyle karbon emisyonunun azaltılmasına katkı sağlamış olacaktır²⁴.

Küresel ısınma, dünya genelindeki sıcaklığının zamanla artışı anlamına gelmektedir. Bu sıcaklık artışı çevre dengesini (ekolojik dengeyi) de bozmakta ve iklim değişikliklerine yol açmaktadır. İklim değişikliğine yol açan faktörlerin başında insan kaynaklı sera gazı emisyonlarının artması gelmektedir. Sera gazı emisyonu içindeki en büyük pay da karbondioksit gazına aittir²⁵. Dolayısıyla küresel ısınma bakımından en önemli kirletici karbon dioksittir. Uluslar arası boyutta yapılan birçok düzenlemede karbondioksit salımının azaltılması üzerinde durulmaktadır.

Çevre sorunları, tüm dünyada endüstriyel gelişme, kentleşme, hızlı nüfus artışı gibi sebeplere bağlı olarak özellikle 20. yüzyılın ortalarından itibaren dünyada önemli gündem maddesi haline gelmiştir²⁶. Çevre, insanın yaşaması için vazgeçilmez bir niteliğe sahiptir. Bu bakımdan çevre hakkı, bir insan hakkı olarak ortaya çıkmaktadır. Herkesin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı vardır²⁷. Çevre hakkı ilk kez, Birleşmiş Milletler'in 1972'de Stockholm'de düzenlediği İnsan Çevresi Konferansı ile bir uluslararası hukukî metinde yer almıştır. Bunun sonucunda yayımlanan bildirinin ilk maddesinde "İnsan, onurlu ve iyi yaşam sürmeye imkan veren nitelikli bir çevre, özgürlük, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları temel hakkına sahiptir" hükmü yer almaktadır²⁸. Bundan sonra yapılan düzenlemelerde çevrenin korunmasına yönelik hükümler yer almıştır.

Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesine²⁹ yönelik olarak 11 Aralık 1997'de Kyoto Protokolü kabul edilmiştir. Bu Protokol, altı sera gazının³⁰ emisyonunun, iklimde değişikliğe yol açmayacak düzeye (1990

²⁴ KARAKAYA – ÖZÇAĞ, s. 5.

²⁵ Bkz. KARAKAYA – ÖZÇAĞ, s. 2; "Sera gazlarının yoğunluğunun artması nedeniyle atmosferin ısı tutma yeteneği artmakta ve dünyanın mevcut sıcaklığını artırıcı etki yapmaktadır... İklim değişikliğine neden olan sera gazları arasında karbondioksit gazı %80'lik bir yer teşkil etmektedir", HOTUNLUOĞLU – TEKELİ, s. 110.

²⁶ GÜNEŞ, s. 260, 265; JAMALİ, s. 97.

²⁷ JAMALİ, s. 95-96.

²⁸ GÜNEŞ, s. 263.

²⁹ 4990 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. RG. 21.10.2003, S. 25266.

³⁰ Karbon dioksit (CO₂), Metan (CH₄), Diazot Monoksit (N₂O), Hidroflorokarbonlar (HFC), Perflorokarbonlar (PFC), Kükürt Heksaflorid (SF₆).

yılındaki seviyelere) indirilmesini zorunlu kılmaktadır³¹. 5836 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan bu sözleşme, 13 Mayıs 2009 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır³². Protokolün 3/1. maddesine göre, “*Ek-I’de yer alan Taraflar, 2008-2012 yıllarını kapsayan taahhüt döneminde, Ek-A’da sıralanan insan faaliyetlerinin neden olduğu karbondioksit eşdeğeri sera gazlarının salımları toplamını, 1990 yılı seviyelerinin en az yüzde 5 aşağısına indirmek için*”, *Ek-B’de kayıtlı sayısallaştırılmış salım sınırlandırma ve azaltım taahhütlerine uygun olarak ve işbu Madde’nin hükümleri gereğince hesaplanarak tayin edilmiş olan miktarları aşmamasını, bireysel ya da müştereken sağlayacaklardır*”.

Protokolün 2/1. maddesinde ise, “*Ek-I’de yer alan Tarafların her biri, 3. madde’deki sayısallaştırılmış salım sınırlandırma ve azaltım taahhütlerini yerine getirirken, sürdürülebilir kalkınmayı teşvik etmek amacıyla, ulusal koşullarına uygun olarak, aşağıdaki politika ve önlemleri uygulayacak ve/veya daha da geliştirecektir*” hükmü yer almaktadır. Bunun konumuz itibarıyla önemli olan politika ve önlemleri ise şu şekildedir: “(iv)Yeni ve yenilenebilir enerji türleri, karbondioksiti gideren teknolojiler ile çevre dostu ileri ve yenilikçi teknolojilerin araştırılmaları, teşvik edilmeleri, geliştirilmeleri ve kullanımlarının artırılması; (vi) *Ulaştırma sektöründeki, Montreal Protokolü’nce denetlenmeyen sera gazlarının salımlarının sınırlandırılması ve/veya azaltılmasına yönelik önlemlerin teşvik edilmesi*”.

Bu bağlamda motorlu taşıtların yol açtığı karbondioksitin önlenmesi için ülkelerin tedbir alması gerekmektedir. Ayrıca çevre dostu yeni teknolojilerin (elektrikli araçlar gibi) teşvik edilmesi gerekmektedir. Bu hususlarda gerekli etkilerin oluşturulmasında vergiler önemli rol oynayacaktır.

³¹ ÇELİKKAYA, Çevre Vergisi Reformu, s. 105.

³² RG. 13.05.2009, S. 27227; Türkiye, Kyoto Protokolünün müzakereleri sırasında Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesine (BMİDÇS) taraf olmadığı için Protokolün müzakerelerine katılamamış, dolayısıyla, Sözleşme’nin Ek-I’inde yer almasına rağmen, Protokolün Ek-B listesine girmemiştir. Bu yüzden, Türkiye’nin birinci taahhüt döneminde sayısallaştırılmış salım sınırlandırma ve azaltım yükümlülüğü bulunmamaktadır. 2012 yılı sonuna kadar Türkiye’nin Kyoto Protokolü kapsamındaki sorumlulukları esas itibarıyla, tüm taraflar için geçerli olan 10. madde ile sınırlı kalacaktır. Bkz. <http://web.ogm.gov.tr/diger/iklim/Sayfalar/kyotoprotokolu.aspx>, ET. 11.11.2011.

³³ “*Bu hedef, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi bağlamında, iklim değişikliğini önlemeye yönelik atılan en büyük adım olarak görülmektedir*”, KARAKAYA – ÖZÇAĞ, s. 3.

Yine Anayasada da çevrenin korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Anayasanın Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması başlıklı 56. maddesinde çevreyle ilgili hüküm yer almaktadır. Buna göre: “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

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

Çevreyi korumak ve geliştirmek devletin ve vatandaşların görevi olarak belirtilmiştir³⁴. Buna göre devlet, çevreyi geliştirmek ve korumak için gerekli tedbirleri almak durumundadır. Bu kapsamda çevrenin korunmasına vergiler yoluyla da önlem almak durumundadır.

Sağlık ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını gerçekleştirmede devlet kendi imkânları çerçevesinde gerekli kaynakları sağlayacaktır. Ancak devletin çevreyi kirletenlere de yönelerek gerekli kaynakları oluşturma zorunluluğunun bulunduğundan söz edilmelidir. Çevreyi kirletenler bu kaynağın temin edilmesinde hedef kitle olmalı, bunlardan elde edilen gelirler çevrenin eski haline getirilmesi ve korunmasında kullanılmalıdır³⁵. Dolayısıyla devletin çevre vergileri uygulamasının, anayasanın ilgili hükmü çerçevesinde bir zorunluluk olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda motorlu taşıtlardan alınacak vergilerin de çevreyi koruyucu nitelikte olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Çevrenin korunmasında vergilerin önemli fonksiyon ifa edecek niteliği haizdir. Yönlendirici vergilemenin önemli alanlarından birisi de çevre koruma alanıdır. Hatta, vergilerin yönlendiriciliğine en çok ihtiyaç duyulan alanların başında çevrenin korunmasının geldiği rahatlıkla söylenebilir³⁶.

Yönlendirici vergilendirmede özendirme ve caydırma etkili olabilmektedir. Çevreyi korumaya yönelik faaliyetlerin özendirilmesi, çevreye zarar veren davranışların ise caydırılması söz konusu olabilmektedir³⁷. Bireylerin dav-

³⁴ Anayasanın çevre ile ilgili diğer hükümleri için bkz. TAŞKIN, s. 259.

³⁵ JAMALİ, s. 302.

³⁶ “Vergilerin tarafsızlığı ilkesinden en başta çevrenin korunması anlamında vazgeçilmesi ve çevrenin yani dünyanın geleceğinin tarafında olmak zorunludur. Bu nedenle vergilerin yönlendiriciliğine en çok ihtiyaç duyulanan çevrenin korunması alanı olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır”, GÖKER, s. 70.

³⁷ GÖKER, s. 66, 69; Bu husus vergilerin ikincil amacı olarak da vurgulanmakta ve vergiler yoluyla böyle etkilerin sağlanabileceği belirtilmektedir: “Belirli enerji türlerinin kullanılması- nın özendirilmesi”... “yasaklayıcı tüketim”, Bkz. ALİEFENDİOĞLU, s. 595, 596.

ranışları, çevrenin korunması bakımından çok önemlidir³⁸. Bireylerin davranışları üzerinde vergiler yoluyla etkili olunmak suretiyle, çevrenin korunmasına yönelik düzenlemeler gerçekleştirilebilecektir. Devlet, çevrenin korunmasında olumlu etkiler oluşturabilmek için vergilerden, vergilerin yönlendirici özelliğinden yararlanmaktadır. Bu bakımdan, çevrenin korunmasına yönelik veya çevreye daha az zarar veren ya da zarar vermeyen faaliyetler için vergi teşviki tanınması veyahut da çevreye olumsuz etki yapan faaliyetlerin ise daha ağır vergilendirilmesi akla ilk gelen örneklerdendir.

Çevre kirliliği ve bu bağlamda küresel ısınmayla mücadelede kullanılan vergilerin teorik temeli, kirleten (veya kullanan) öder ilkesine dayanmaktadır³⁹. Çevre vergilerinin diğer adı Pigou vergisidir⁴⁰. Arthur Cecil Pigou, kirliliğin üçüncü kişiler üzerine ekstra bir maliyet yüklediğini fark etmiş ve kirliliği vergilendirme fikrini öne sürmüştür. Daha sonra kendi adıyla anılacak olan kirlilik vergisini ilk ortaya koyan kişidir⁴¹. Çevreye verilen zarar sonucu ortaya çıkan olumsuz dışsallıkların, bu dışsallıkları oluşturan birimlere içselleştirilmesi yani, maliyet olarak yüklenmesi gerekir. Bu aşamada vergiler önemli fonksiyon görmektedir⁴².

Çevre vergilerinin toplum refahını artırma potansiyeli bulunmaktadır. Pigou tarafından tespit edilen bu duruma göre, çevre vergileri, çevre kirliliğini azaltmak suretiyle sosyal refahı artırmaktadır⁴³. Bunun dışında çevre vergilerinin ikinci bir yararından daha bahsedilmektedir. Buna göre çevre vergileri, çevre kalitesini iyileştiriyor ve sağlanan hasılat saptırıcı etkisi olan vergilerin azaltılmasında kullanılarak sosyal refahı artırıyorsa, çifte yarar (double dividend) sağlamış olmaktadır⁴⁴.

³⁸ GÖKER, s. 64.

³⁹ BAĞDİĞEN – DEMİR, s. 155; KAZICI, s. 2; “Yeni vergilerin getirilmesinin temel amacı çevreyi korumaktır. Bunlar kirletenin veya ürünlerin vergilenmesi şeklinde uygulanmaktadır. İkincisi daha sıktır”, KULU, s. 2; “Ülkeler çevre vergileri için “kirleten öder” veya “kullanan öder” ilkelerinden her hangi birini uygulayabilirler. Bu ilkelerden herhangi birini seçmede de tamamen serbesttirler”, ARIKAN, s. 36.

⁴⁰ GÖKER, s. 65; HOTUNLUOĞLU – TEKELİ, s. 111.

⁴¹ JAMALİ, s. 120.

⁴² Bkz. BAĞDİĞEN – DEMİR, s. 155; “Maliyetlerin, negatif dışsallıkların yayılmasına neden olan ekonomik birimlerin maliyet fonksiyonlarına girmesiyle özel maliyetler ve sosyal maliyetler arasındaki fark minimuma ulaşmış olacaktır”. HOTUNLUOĞLU – TEKELİ, s. 111-112.

⁴³ AKKAYA – BAKKAL, s. 2.

⁴⁴ AKKAYA – BAKKAL, s. 2; “Çevre vergilerinin birinci faydası ne kadar büyük olursa, ikin-

Çevreyi korumaya yönelik çok sayıda vergiler bulunmaktadır. Örneğin Avrupa Birliğinde, Motorlu Araçlar Vergisi, Motorlu Araçlar Yakıt Vergileri, Atık Vergisi, Kimyasal İlaç Vergisi, Enerji Vergisi, Hava ve Su Kirliliği Vergisi, Ambalaj Maddeleri Vergisi, Araba Lastik Vergisi, Petrol Atık Vergisi gibi vergiler, çevreyi koruma amacının ön planda olduğu vergiler arasındadır⁴⁵. Türkiye’de ise Çevre Kanununun 3/h maddesinde, çevre vergilerine ilişkin genel bir hüküm bulunmaktadır: “h) Çevrenin korunması, çevre kirliliğinin önlenmesi ve giderilmesi için uyulması zorunlu standartlar ile vergi, harç, katılma payı, yenilenebilir enerji kaynaklarının ve temiz teknolojilerin teşviki, emisyon ücreti ve kirletme bedeli alınması, karbon ticareti gibi piyasaya dayalı mekanizmalar ile ekonomik araçlar ve teşvikler kullanılır”.

Çevre vergileri içinde en önde gelen amaç ise, iklim değişikliğine ilişkin olanlardır denilebilir⁴⁶. Bu bakımdan Kyoto Protokolü önem kazanmaktadır. İklim değişikliklerinin önlenmesine yönelik Kyoto Protokolü ile karbon emisyonunun azaltılması hedeflenmektedir.

Doğrudan doğruya çevre hedefini gözeterek uygulamaya konulan vergiler birincil (aslı) çevre vergisi olarak ifade edilebilir, Buna karşın bir verginin konulmasında esas sebep gelir elde etmek olmasına rağmen, söz konusu verginin çevre üzerinde de olumlu etkilerinin bulunması halinde ise, bu tür vergiler ikincil (talî) çevre vergileri olarak adlandırılabilirler⁴⁷.

ci faydasının ortaya çıkma şansı o ölçüde azalacaktır. Çünkü çevre vergileri nedeniyle kirletici birimlerin çevreyi kirletme maliyetlerinin artacağı, buna bağlı olarak da çevre vergilerinin matrahı azalacağı için, toplum refahını arttıran ek bir fayda yaratmak amacıyla kullanılacak gelir azalmış olacaktır”. METCALF, s. 655 vd.’den aktaran: AKKAYA – BAKKAL, s. 5; “Çevre vergileri bir taraftan negatif dışsallıkları içselleştirerek çevrenin kalitesinin artmasına hizmet ederken diğer taraftan da emek üzerindeki vergi yükünü düşürerek kaynak dağılımında etkinliğin artmasına neden olmaktadır”, bkz. ÇELİKKAYA, Çevre Vergisi Reformu, s. 98.

⁴⁵ ÖZDEMİR, s. 16; “Çevre vergilerinin çok düşük olması, çevrenin gözden çıkarılması ve satılması anlamına gelir. Bununla birlikte söz konusu vergilerin çok ağır olması durumunda yatırım projeleri ve ekonomi zarar görebilir”, bkz. SCHLEMMINGER – MARTENS, s. 227’den aktaran: TAŞKIN, s. 266.

⁴⁶ GÖKER, s. 68.

⁴⁷ Bu konuda karşılaştırma için bkz. GAGO – LABENDEIRA, s. 28-29, 32’den aktaran: AKKAYA – BAKKAL, s. 4. Eskiden uygulanan akaryakıt tüketim vergisinin 2001 yılı bütçe gelirleri içindeki payının % 14,24’tü. Bu yüzden söz konusu verginin esas itibarıyla malî amaçla alındığı, dolayısıyla bu verginin ikincil (talî) nitelikte bir çevre vergisi olduğu söylenebilir. AKKAYA – BAKKAL, s. 4-5.

Akaryakıt tüketim vergisi için yapılan bu yorumun Özel Tüketim Vergisi (ÖTV) için de geçerli olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu bakımdan ÖTV, talî nitelikte bir çevre vergisidir deni-

III. MOTORLU TAŞITLARDAN ALINAN VERGİLERİN ÇEVRE ÜZERİNDE ETKİLERİ

Motorlu taşıtlar, çevrenin kirlenmesindeki en önemli faktörlerden birisidir. Yapılan araştırmalara göre, dünyada motorlu taşıtların her yıl yaydığı karbondioksit (CO₂) miktarı ortalama 900 milyon ton civarındadır. Gelişmiş ülkeler sahip oldukları büyük araç filoları dolayısıyla bu emisyonunda en büyük pay sahibidirler⁴⁸.

İnceleme konumuz itibariyle motorlu taşıtların çevre kirliliği üzerindeki etkilerine değinmek gerekmektedir. Motorlu taşıtların çevreyi kirliletmele-ri, inkâr edilemez bir gerçektir. Taşıt araçları, uçaklar ve lokomotiflerde kullanılan benzin, mazot ve jet yakıtı, hava kirliliğini, dolayısıyla çevre kirliliğini meydana getiren en önemli unsurlardandır⁴⁹. Sadece motorlu kara taşıtları de-ğil, aynı zamanda uçaklar da havayı önemli oranda kirliletmektedir. Uçak mo-torlarının egzoz gazlarında çok miktarda su buharı ve karbon dioksit, az mik-tarda karbon monoksit, nitrojen oksit, sülfür dioksit ve hidrokarbon bulun-maktadır⁵⁰.

Motorlu taşıtların yol açtığı kirlleticilerin belli başlıları şu şekilde belir-tilebilir:

Karbon Monoksit (CO): Renksiz, kokusuz ve zehirli bir gazdır. Yanı-şın tam olmadığı fosil yakıtlardan, demir çelik tesislerinden ve petrol rafineri-lerinden kaynaklanmaktadır. Trafığın çok yoğun olduğu yerlerde çok fazla bi-rikimi olur⁵¹.

Kurşun: Vücuda solunum ve beslenme yoluyla giren kurşun, insan sağ-lığı için çok tehlikelidir. Havanın kurşunla kirlenmesinde en büyük etken motorlu taşıtlardır. 1920'lerde motorlardaki verimi artırmak için benzine kur-şun ilave edilmeye başlanmıştır. Ancak egzozdan çıkan kurşunla hava önemli oranda kirlenmiştir⁵². Daha sonraki düzenlemelerle kurşunsuz benzinin yasak-lanması söz konusu zararların önlenmesinde olumlu sonuçlar oluşturmıştır.

lebilir.

⁴⁸ ÇELİKKAYA, Karbon, s. 61.

⁴⁹ Diğer unsurlar ise, evlerde ticarî kuruluşlarda ısı enerjisi üretmek için yakılan yakıtlar ile kimyasal ürünler üreten tesisler, demir-çelik, tuğla, çimento gibi fabrikalardan çıkan gazlar olarak belirtilebilir. Bkz. ENGİN, s. 82.

⁵⁰ ENGİN, s. 81.

⁵¹ ENGİN, s. 85.

⁵² ENGİN, s. 85-86.

Partikül Madde: Dizel motorlu araçlarda oluşmaktadır. 10 mikrometre-den küçük olanlar tehlikeli sınıfa girmekte, akciğerlere kadar kolayca ilerleyebilmektedir⁵³.

Karbon Dioksit (CO₂): Yanmanın tam olduğu fosil yakıtlardan çıkmaktadır. Zehirli değildir fakat solumaya da elverişsizdir. Hava kirlenmesi artı-
ça, atmosferdeki oranı da artmaktadır. Karbondioksit uzun dalgalı radyasyo-
nu tutmaktadır. Dolayısıyla dünyanın enerji kaybını azaltmakta ve birkaç de-
recelik ısı artışına yol açacaktır. Bu ısı artışı da kutuplarda buz kütlelerinin
erimesine, deniz seviyelerinin yükselmesine yol açacaktır⁵⁴. Karbondioksit,
insan-yapımı sera gazlarının en önemlisi denilebilir. Karbondioksitin iklim
değişimine yol açmadaki payı, diğer sera gazları ile kıyaslandığında, % 50 ile
en fazladır⁵⁵.

Benzinli motorlardan CO, azot oksit (NO_x) ve hidrokarbonlar yayılır-
ken; dizel motorlu araçlardan ise CO, NO_x ve partikül maddeler yayılmakta-
dır⁵⁶.

Binek otomobiller büyük miktarda CO₂ yayılmasına sebep olmak sure-
tiyle çevreyi önemli ölçüde kirletmektedirler. Toplam CO₂ emisyonunun yak-
laşık % 28'inin ulaştırmadan kaynaklandığı, bunun % 84'ünün ise karayolu
ulaştırmasından kaynaklandığı tespit edilmiştir. Karayolu kaynaklı emisyo-
nun yarıdan fazlasına ise binek otomobiller yol açmaktadır⁵⁷. Ayrıca, karbon
monoksit emisyonunun yaklaşık % 60'ı ve azot oksit (NO) emisyonunun yarı-
dan fazlası, ulaştırmadan kaynaklanmaktadır⁵⁸.

⁵³ KILIÇ – BOZKURT – MAMALI ve arkadaşları, s. 17.

⁵⁴ ENGİN, s. 86.

⁵⁵ TOPAL, s. 142.

⁵⁶ KILIÇ – BOZKURT – MAMALI ve ark., s. 13.

⁵⁷ SEBASTIAN, s. 419; ÇELİKKAYA, Karbon, s. 62; Şehir merkezlerindeki CO'nun % 70-90'ı, NO_x'in % 40-70'i, hidrokarbon ve kurşun emisyonunun ise tamamının trafikteki mo-
torlu araçlardan kaynaklandığı belirtilmektedir, bkz. BAYRAM, s. 161.

⁵⁸ TOPAL, s. 142; Hindistan'ın Mumbai kentiyle ilgili yapılan araştırmada araçların yaydığı
emisyon oranları ölçülmüştür. Her ne kadar binek araçlar, iki ve üç tekerlekli araçlar daha
fazla kilometre yapıyor olsalar da (toplam kilometrenin % 79 'u), toplam partiküler madde
(PM₁₀) emisyonunun % 24'ünü oluşturmaktadırlar. Otobüs ve diğer dizel araçlar ise, toplam
kilometrenin %21'ini yapmalarına rağmen toplam emisyonun % 77'sine yol açmaktadırlar,
bkz. TAKEUCHİ – CROPPER – BENTO, s. 32. Bu bakımdan sadece binek araçlar için de-
ğil, yolcu ve yük taşımacılığı yapan araçlarla ilgili olarak da karbon emisyonu esasına göre
vergi düzenlemesi yapılmasının, ne ölçüde hayati önem taşıdığı anlaşılmaktadır.

Ülkemizde de çevrenin kirlenmesinde ulaşım araçlarının rolü oldukça büyüktür. Ancak bu, ulaşım araçlarının sayılarının fazlalığından ziyade, eskimiş motor yapıları iye yanma sistemlerindeki yıpranmadan dolayı yanmanın tam olmaması ve bu yüzden egzoz gazlarında daha fazla kirletici bulunmasındandır⁵⁹.

Motorlu taşıtların çevreyi kirletmelerinin önlenmesinde vergilerden yararlanılmalıdır. Çevreyi az kirleten araçların ödüllendirilmesi, daha az vergi alınması ya da çevreyi daha fazla kirleten araçların daha ağır vergi yüküne tabi tutulmaları gerekmektedir. Bu noktada vergiler önemli yönlendirici etkiye sahip olarak ortaya çıkmaktadır.

Nitekim vergilerin tarafsız olma özelliğinin yerini müdahaleci niteliğe bırakmasına⁶⁰ paralel olarak, aracın ilk alımında uygulanan vergiler, yıllık tes-cil işlemleri sırasında (yıllık periyodik olarak alınan vergiler⁶¹), ve aracın kullanımı esnasında dolaylı olarak alınan diğer bir takım vergiler, tüketicilerin kararlarını etkilemektedir⁶².

Temiz bir çevre hedefine ulaşmada kullanılabilecek bir araç olan çevre vergileri matrahın büyüklüğüne bağlı olarak önemli vergi hasılatı da sağlayacaktır. Çevre vergilerinden elde edilen bu hasılat kaynak dağılımını bozucu etki yapan diğer vergilerin azaltılmasında kullanılmak suretiyle toplum için ek bir fayda daha sağlayabilecek niteliktedir⁶³.

IV. AVRUPA BİRLİĞİ ÜLKELERİNDE MOTORLU TAŞITLAR ÜZERİNDEN ALINAN CO2 ESASLI VERGİLER

A. Genel Olarak

Avrupa Birliği, Kyoto Protokolü çerçevesinde araçların neden olduğu CO2 emisyonunun azaltmayı hedeflemektedir⁶⁴. Avrupa Parlamentosu çıkardığı EC/443/2009 sayılı Direktif⁶⁵ ile bu konuda düzenlemeler yapmıştır.

⁵⁹ ENGİN, s. 87.

⁶⁰ AKDOĞAN, s. 121.

⁶¹ Ülkemizdeki Motorlu Taşıtlar Vergisinin karşılığı olarak alınan ve sirkülasyon (circulation) vergisi olarak adlandırılan vergiler. Bu konuda bkz. EKINS – POTTER, s. 4.

⁶² EKINS – POTTER, s. 3.

⁶³ AKKAYA – BAKKAL, s. 19.

⁶⁴ ÇELİKKAYA, Karbon, s. 62.

⁶⁵ 23.04.2009 tarih ve (EC) 443/2009 sayılı AB Direktifi, AB Resmi Gazetesi (OJ) L 140, 5.6.2009, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:140:0001:001>

Buna göre yeni binek araçlardaki CO₂ emisyonunun 2012 yılında ortalama olarak kilometrede 130 grama ve 2020 yılında ise 95 grama (madde 13/5) indirilmesi hedeflenmektedir.

Halen 27 AB ülkesinin 18'sinde binek araçlarda CO₂ emisyonuna veya yakıt tüketimine göre, araçların ilk alımında tescilde ve/veya yıllık bazda motorlu taşıtlar vergisi uygulanmakta ve bazılarında vergi teşvikleri de sağlanmaktadır⁶⁶. Bazı önemli AB ülkelerinde motorlu taşıtlar üzerinden alınan vergiler şu şekilde belirtilebilir:

1. Almanya

Almanya'da Motorlu Taşıtlar Vergisi, 1 Temmuz 2009'da yeniden düzenlenmiş ve federal vergi olarak kabul edilmiştir. Daha önce motor silindir hacmi motorlu taşıtların vergilendirilmesinde esas kriter olarak kabul edilirken yeni düzenlemeyle, motorlu taşıtlar vergisi CO₂ temelli olarak yapılandırılmıştır. 1 Ocak 2009'dan itibaren tescil ettirilen bütün araçlar artık hem motor silindir hacmi hem de CO₂ emisyonlarına göre vergilendirmeye tabi tutulacaktır⁶⁷. Buna göre, Motorlu Taşıtlar Vergisi, temel vergi ve CO₂ vergisi olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Ayrıca benzinli ve dizel araçlar bakımından da farklılaştırmaya gidilmiştir⁶⁸:

5:EN:PDF, ET. 30.11.2011.

⁶⁶ CO₂ Based Motor Vehicle Tax, <http://www.scp-knowledge.eu/sites/default/files/CORPUS%20WP%203%20KU%20CO2%20based%20motor%20vehicle%20tax.pdf>, ET. 11.12.2011, s. 1; Ayrıca tescilden alınan vergilerin genel vergi gelirleri içindeki oranının çok düşük olmasından dolayı (genel vergi gelirleri içindeki en yüksek paya ulaştığı Malta'da, tescil vergileri vergi gelirlerinin % 3,7'sini oluşturmaktadır), AB ülkelerinde tescil vergilerinden yıllık motorlu taşıt vergilerine doğru kademeli bir geçiş konusunda genel bir eğilim de bulunmaktadır. Bu konuda bkz. SEBASTIAN, s. 421.

⁶⁷ EKİNCİ, s. 164; Ayrıca bkz. http://www.acea.be/images/uploads/files/20110330_CO2_tax_overview.pdf, s.2, ET. 11.12.2011.

⁶⁸ Bunlara ilaveten, düşük CO₂ yayan araçları cazip hale getirmek için, 120 g/km'ye kadar CO₂ yayan araçlar vergiden muaf tutulmuştur. Bu muafiyet miktarları AB düzenlemelerine uygun olarak 1.1.2012'den itibaren 110 g/km ve 1.1.2014'den itibaren ise 95 g/km'ye düşecektir. Bkz. EKİNCİ, s. 164. "Bu açıklamalar doğrultusunda WW Golf Marka 1.4 motor silindir hacimli ve CO₂ değeri 144 g/km olan benzinli binek otomobili için motorlu taşıtlar vergisi şöyle hesaplanacaktır;

1. Adım: 1400 (motor silindir hacmi) x 2 € (temel vergi miktarı) = 28,00 €

2. Adım: (gram başına CO₂ 2 €, ancak 120g/km CO₂ vergiden muaf)

144g/km-120g/km (vergiden muaf olan miktar) = 24x2 = 48,00 €

28,00+48,00 = 76,00 € Hesaplanan motorlu taşıtlar vergisi", bkz. EKİNCİ, s. 165.

Benzinli Binek Araç	Dizel Binek Araç
Her 100 cm ³ 'de 2 € + 120 g/km CO ₂ üzeri her g/km için 2 €	Her 100 cm ³ 'de 9,50 € + 120 g/km CO ₂ üzeri her g/km için 2 €

Ayrıca elektrikli binek araçları ilk tescil tarihinden itibaren beş yıl boyunca vergiden muaf tutulmuştur⁶⁹.

2. İngiltere

İngiltere'de 2001 yılından itibaren motorlu taşıtların vergilendirilmesinde salınan CO₂ miktarı esas alınmaya başlanmıştır. 2009-2010 döneminde itibaren karbon salınımına ilişkin 13 basamaklı bir tarife üzerinden vergilendirme rejimine geçilmiştir. Ayrıca yeni alınan araçlar için ilk yıl farklı oranlar uygulanması kabul edilmiştir. Bu oran düşük karbon salımlı araçlarda standart orandan düşük iken, yüksek karbon salımlı araçlarda ise daha yüksektir⁷⁰.

2011-2012 döneminde (1 Nisan 2011 - 31 Mart 2012 dönemi) İngiltere'de uygulanan motorlu taşıtlar vergisi şu şekilde belirtilebilir⁷¹:

Vergi tarife basamakları	CO₂ emisyonu (g/km)	İlk yıl vergisi £	Standart vergi miktarı £
A	100'e kadar	0	0
B	101-110	0	20
C	111-120	0	30
D	121-130	0	95

⁶⁹ EKİNCİ, s. 5.

⁷⁰ House of Commons Environmental Audit Committee, Vehicle Excise Duty as an Environmental Tax, Tenth Report of Session 2007-08, http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/04_08_08_env_audit.pdf, s. 7, ET. 11.12.2011; ÇELİKKAYA, Karbon, s. 63. İlk yıl bu miktar A-D basamakları arasında kalan (130 g/km'den az CO₂ emisyonu olan) araçlar için 0 iken, E-G basamakları arasındaki (131-165 g/km arası CO₂ emisyonu olan) araçlar için standart vergi miktarı ile aynı ve diğerleri için daha yüksektir, bkz. <http://www.nextgreencar.com/roadtax.php>, ET. 11.12.2011.

⁷¹ Elektrikli araçlar vergiden muafır. Mart 2001'den önce tescil edilmiş araçlar için motor hacmine göre vergileme yapılmaktadır. 1550 cc.'ye kadar araçlar için 130 £, daha büyük hacimli araçlar için ise 215 £ vergi uygulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.nextgreencar.com/roadtax.php>, ET. 11.12.2011.

E	131-140	115	115
F	141-150	130	130
G	151-165	165	165
H	166-175	265	190
I	176-185	315	210
J	186-200	445	245
K	201-225	580	460
L	226-255	790	445
M	255'den yukarı	1000	460

3. Fransa

Fransa'da 2008 yılından itibaren CO2 esaslı yeni bir sisteme, ödül-ceza (bonus-malus) sistemine geçilmiştir. Buna göre 2011 yılında, 125 g/km ve daha az karbon emisyonlu yeni araç alımlarında ödül uygulaması (200-2600 € arası) söz konusudur. 151 g/km ve daha fazla karbon emisyonuna sahip yeni araç alımlarında ise artan miktarlarda vergi (200-5000 € arası) uygulanmaktadır⁷². Bunun temel amacı, tüketicilerin çevreye zarar vermeyen araçları tercih etmelerini sağlamaktır⁷³.

Bu ödül sistemine ek olarak, 15 yaşından büyük araçların hurdaya çıkarılması ve 110 g/km'den daha az karbon emisyonlu yeni araç alımında ayrıyeten 300 € ödül uygulaması da bulunmaktadır⁷⁴.

4. Diğer AB Ülkeleri⁷⁵

Finlandiya'da yeni araç alımında uygulanan tescil harcı 60 g/km ve daha az karbon emisyonlu araçlarda % 12.2 oranında uygulanmaktadır. Artan oranlı olarak uygulanan bu verginin oranı 360 g/km ve daha yukarı karbon

⁷² http://www.french-property.com/news/money_france/car_emission_tax_bonus, ET. 11.12.2011; ÇELİKKAYA, Karbon, s. 65.

⁷³ Fransa'da uygulanan bu ödül-ceza sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOUTIN – D'HAULTFOEUILLE – GIVORD, s. 2.

⁷⁴ http://www.acea.be/images/uploads/files/20110330_CO2_tax_overview.pdf, s. 2, ET. 11.12.2011.

⁷⁵ AB ülkelerindeki motorlu taşıtların vergilendirilmesi hakkında bilgi için bkz. http://www.acea.be/images/uploads/files/20110330_CO2_tax_overview.pdf, s. 1-3, ET. 11.12.2011.

emisyona araçlarda ise % 48.8'e çıkmaktadır. Yıllık motorlu taşıtlar vergisi ise karbon emisyonuna göre 20 – 600 € arasında değişmektedir.

İrlanda'da da benzer şekilde tescil vergisi % 14 (120 g/km karbon emisyonuna kadar) ile % 36 (225 g/km karbon emisyonundan fazla araçlar için) arasında değişmektedir. Motorlu taşıtlar vergisi ise 2008 yılından itibaren CO2 esaslı olup, 104 ila 2100 € arasında değişmektedir.

İsveç'te daha detaylı düzenleme bulunmaktadır. Motorlu taşıtlar vergisinde öncelikle temel bir vergi miktarı (360 İsveç Kronu) bulunmaktadır. Bu miktara, 120g/km'nin üzerinde karbon emisyonunun üzerindeki her bir gram için 20 Kron daha eklenmektedir. Dizel araçlarda toplam tutar ayrıca 2,55 ile çarpılmaktadır. Çevre dostu araçlara da 5 yıllık vergi muafiyeti tanınmaktadır. Bu muafiyet için karbon emisyonunun 120 g/km'den az olması gerekmektedir. Elektrikli araçlar için ise elektrik tüketiminin en fazla 37 kwh/100 km olması şartı aranmaktadır.

Malta'da ise hem CO2 hem de aracın yaşı esas alınmaktadır. 1-4 yaş arası bir grup olarak kabul edilmektedir. CO2 emisyonu ve yaş arttıkça alınan vergi de artmaktadır⁷⁶. Türkiye'deki mevcut durumun aksine, yaşı artması verginin de artmasına yol açmaktadır.

B. Avrupa Birliğinin CO2 Esaslı Vergilendirme Politikalarının Etkisi

Avrupa Birliği ülkelerinin motorlu taşıtların yaydığı emisyon miktarlarını azaltmaya yönelik çabaları çevrenin korunması bakımından olumlu sonuçlar vermektedir⁷⁷. Yapılan vergi düzenlemeleri sonucunda çevreye zarar veren araç sayısı azalmakta, çevreyi korumaya duyarlı araç sayısı artmakta ve bunlara bağlı olarak araçların yaydıkları CO2 emisyon oranlarında kayda değer düşüşler gerçekleşmektedir.

Otomobil üreticileri de yapılan düzenlemelere uygun olarak araç üretmektedirler. Avrupa Birliğinin bu konuda yayımladığı izleme raporlarında da bu durum ortaya konmaktadır. Yeni üretilen binek araçlardaki ortalama CO2 salınımını gösteren tabloda görüleceği üzere, yapılan düzenlemelerin olumlu sonuç vermekte olduğu rahatlıkla söylenebilir:

⁷⁶ <http://www.doi.gov.mt/en/archive/Budget2009/images/Vehicle%20Reg%20Tax.pdf>, s. 12, ET. 11.12.2011.

⁷⁷ POTTER – PARKHURST – LANE, s. 10.

27 AB Ülkesinde Yeni Binek Araçlardaki Ortalama CO2 Emisyon Oranları⁷⁸

gCO2/km	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Tüm yakıtlı araçlar	172.2	169.7	167.2	165.5	163.4	162.4	161.3	158.7	153.6	145.7
Benzinli araçlar	177.4	175.3	173.5	171.7	170.0	168.1	164.9	161.6	156.6	147.6
Dizel araçlar	160.3	159.7	158.1	157.7	156.2	156.5	157.9	156.3	151.2	145.3
Alternatif yakıtlı araçlar	208.0	207.4	179.2	164.7	147.9	149.4	151.1	140.0	137.0	125.8

Yeni araçlardaki karbon emisyonlarının düzenli olarak azalma eğilimi göstermesi, motorlu taşıtlarda uygulanan vergilendirme politikalarının olumlu sonuç verdiğini göstermektedir.

V. TÜRKİYE’DE MOTORLU TAŞITLAR ÜZERİNDEN ALINAN VERGİLER VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Türkiye’de Motorlu Taşıtlar Üzerinden Alınan Mevcut Vergiler

Türkiye’de motorlu taşıtlardan alınan vergiler, iki grupta ele alınabilir. İlk grupta, aracın ilk iktisabında alınan Özel Tüketim Vergisi ile Katma Değer Vergisi bulunmaktadır. Bunun dışında ise, aracın kullanımı sırasında yıllık periyodik olarak alınan Motorlu Taşıtlar Vergisi bulunmaktadır.

Özel Tüketim Vergisi Kanunun II sayılı listesindeki mallardan kayıt ve tescile tabi olanların ilk iktisabı özel tüketim vergisine tabidir. Özel Tüketim Vergisi Kanununda 13.10.2011 tarihinde yapılan son oran değişiklikleri⁷⁹ sonucunda binek araçlardan alınan vergi miktarları, yüksek motor hacimli araç-

⁷⁸ European Commission, Report From The Commission To The European Parliament, The Council And The European Economic And Social Committee, Brussels, 10.11.2010, COM(2010) 655 final, Monitoring the CO2 emissions from new passenger cars in the EU: data for 2009, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0655:FIN:EN:PDF>, s. 3, ET. 30.11.2011.

⁷⁹ 2011/2304 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 13.10.2011, S. 28083. Bu düzenlemeden önce ÖTV 1600 cm3-2000 cm3 arasındaki araçlar için % 60 ve 2000 cm3 araçlar için % 84 olarak uygulanmaktaydı.

larda artırılmıştır: Buna göre, motor silindir hacmi 1600cm³'ü geçmeyenler % 37; 1600 cm³ – 2000 cm³ arası % 80 ve 2000 cm³'ü geçenler % 130 oranında özel tüketim vergisine tabidirler.

Vergi oranlarının bu şekilde yüksek belirlenmesi, tüketicilerin tercihlerinde doğrudan etkili olmaktadır. Nitekim 2009 ve 2010 yılına ilişkin satış miktarları şu şekildedir⁸⁰:

Motor hacmine Göre Binek Araç Satışları (2009-2010)				
MOTOR HACMİ	2010 Aralık Sonu		2009 Aralık Sonu	
	Adet	Payı (%)	Adet	Payı (%)
1600cm ³ altı	412.162	80,85	304.785	82,41
1600cm ³ -2000 cm ³ arası	87.246	17,11	56.766	15,35
2000cm ³ üzeri	10.376	2,04	8.268	2,24
Toplam	509.784		369.819	

Yapılan son vergi oranlarındaki artışlar sonucunda, yukarıdaki satış sayılarının düşük motor hacimli araçlar lehine artacağı açıktır.

Elektrikli araçlar motor silindir hacmine sahip değildir. Dolayısıyla bunların Özel Tüketim Vergisi Kanunu kapsamına girmediği doktrinde belirtilmekteydi⁸¹. Ancak 25 Şubat 2011 tarihinde yapılan düzenleme⁸² ile sadece elektrik motoru olan araçlarla ilgili özel tüketim vergisi oranları belirlendi. Buna göre, motor gücü 85 kw'ı geçmeyenler % 3; 85 kw ila 120 kw arasında olanlar % 7 ve 120 kw'ı geçenler ise % 15 oranında vergiye tabi tutulacaktır. Hibrit (hem elektrikli hem de benzinli/dizel motora sahip olan) araçlar için her hangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bunlar normal silindir hacmi esas çerçevesinde vergiye tabi olacaklardır.

Motorlu taşıtların ilk alınması sırasında uygulanan diğer bir vergi ise Katma Değer Vergisidir. Motorlu araçların ticarî mahiyette teslimi, ithali %18 oranında Katma Değer Vergisine tabidir.

⁸⁰ TOPAL, s. 141.

⁸¹ KARADUMAN, s. 153.

⁸² 2011/1435 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 25.02.2011, S. 27857 (2. Mükerrer).

Aracın kullanımı sırasında ise Motorlu Taşıtlar Vergisi alınmaktadır. Motorlu Taşıtlar Vergisi, servet üzerinden alınan bir vergidir. Motorlu taşıta sahip olma, vergi ödeme gücünün bir göstergesi olarak kabul edilmiştir⁸³.

Binek araçlar Motorlu Taşıtlar Vergisinin I sayılı tarifesinde yer almaktadır. Bu tarifiede otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzerleri ile motosikletler bulunmaktadır. Söz konusu motorlu araçların vergilendirilmesinde, motor silindir hacmi ve aracın yaşı esas alınmaktadır. 2011 yılı için geçerli tarife şu şekildedir:

I Sayılı Tarife

Motor Silindir Hacmi (cm ³)	Taşıtların Yaşları İle Ödenecek Yıllık Vergi Tutarı (TL)				
	1 - 3 yaş	4 - 6 yaş	7 -11 yaş	12-15 yaş	16 ve yukarı yaş
1-Otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzerleri					
1300 cm ³ ve aşağısı	436	304	172	129	48
1301 - 1600 cm ³ e kadar	697	523	304	215	84
1601- 1800 cm ³ e kadar	1.227	961	566	346	136
1801 - 2000 cm ³ e kadar	1.931	1.490	876	523	208
2001 - 2500 cm ³ e kadar	2.897	2.105	1.315	787	313
2501 - 3000 cm ³ e kadar	4.038	3.513	2.196	1.183	436
3001-3500 cm ³ e kadar	6.150	5.534	3.334	1.666	613
3501 - 4000 cm ³ e kadar	9.667	8.348	4.918	2.196	876
4001 cm ³ ve yukarısı	15.820	11.863	7.027	3.160	1.227

B. Türkiye’de Motorlu Taşıtlar Üzerinden Alınan Vergilerin Çevrenin Korunması ve Adalet İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, motorlu taşıtlar üzerinden alınan vergiler temel itibarıyla, özel tüketim vergisi, katma değer vergisi ve motorlu taşıtlar vergilerinden oluşmaktadır.

⁸³ AKDOĞAN, s. 267.

Özel tüketim vergisi, motor silindir hacmine göre aracın bedeli üzerinden nisbî olarak (%37-80-130) alınmaktadır. Katma değer vergisi hesaplanırken de özel tüketim vergisi matraha dahi edilip % 18 oranında uygulanmaktadır. Motorlu taşıtlar vergisinde ise aracın motor silindir hacmi ile yaşı esas alınmakta ve buna göre belirlenen maktu vergi miktarları uygulanmaktadır.

Bu itibarla, Türkiye’de genel anlamda karbon emisyonlarının sınırlandırılmasına ilişkin doğrudan bir vergi uygulamasının bulunmadığı belirtilmektedir⁸⁴. Daha önce motorlu taşıtlar vergisinde, binek araçlar için ağırlığa göre vergi alınması uygulaması bulunmaktaydı⁸⁵. Bu uygulamadan vazgeçilip motor silindir hacmine göre vergilendirmeye geçilmesi sonucu, özel tüketim vergisinde olduğu gibi, küçük motorlu araçların tercihinin teşvik edilmesi sağlanmış olmaktadır. Bu da karbon emisyonunun azaltılmasına dolaylı yoldan hizmet etmektedir⁸⁶. Yani bu vergilerin çevreyi koruma bakımından ancak dolaylı yoldan etkili oldukları söylenebilir.

Özel tüketim vergisi ve motorlu taşıtlar vergilerinin motor silindir hacimlerine göre uygulanması, kişilerin tercihlerini doğrudan etkilemektedir. Gerçekten de motorlu taşıtların satış miktarlarına ilişkin veriler incelendiğinde, böyle bir sonuçtan bahsedilmesi mümkündür. Fakat bu vergilerin mevcut düzenleme itibarıyla, çevreyi koruma amacıyla çıkarılmadıklarının dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla çevrenin korunmasına yönelik ortaya çıkabilecek faydaların tamamen tesadüfî nitelik taşıdığı ileri sürülmektedir⁸⁷.

⁸⁴ Buna göre, “fossil yakıtlar üzerindeki özel tüketim vergileri kuramsal olarak, kullanımı sınırlandırmayı amaçlayan vergiler olarak kabul edilse ve dolaylı olarak bu işlevi yerine getiriyor olsa bile, bu vergilerin ekolojik amaçlı olarak sınıflandırılması söz konusu değildir. Çünkü bu vergiler tamamen gelir amaçlıdır”, JAMALİ, s. 234.

⁸⁵ Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununda kamyonet, kamyon gibi araçlarda ağırlığa göre vergi alınmaktadır. “Fossil yakıt kullanımları devam ettiği sürece, daha ağır ve büyük olanlarından daha fazla vergi alınması, küresel ısınmayla mücadelede düşük karbon salınımı hedefinin sağlanmasında önemli bir düzenlemedir. Kişiler daha az vergi ödemek için daha hafif ve küçük araçları tercih edebileceklerdir”, BAĞDİGEN, s. 169. Ağırlığa göre vergi uygulamasının çevreye (çok) dolaylı yönden fayda sağladığı söylenebilir.

⁸⁶ KOYUNCU, s. 134; JAMALİ, s. 331. “Motor silindir hacminin esas alınmasının nedeni motor hacmi arttıkça yakıt miktarının ve çevreye yayılacak zehirli gazın artacak olmasıdır”, ÇELİKKAYA, Çevre Vergisi Reformu, s. 114.

⁸⁷ ŞAHİN, s. 131; JAMALİ, s. 331. Karş. “Bu haliyle Motorlu Taşıtlar Vergisi sistemi yaşlı ve fazla yakıt tüketen yeni araç alımını sınırlandırmaktadır”, EKİNCİ, s. 166.

Fakat motorlu taşıtlar üzerinden vergi alınmasında, çevrenin korunması amacının da artık esas tutulmaya başlandığı görülmektedir. Nitekim özel tüketim vergisinde elektrikli araçlar için yapılan düzenleme, doğrudan çevre koruma amaçlı olarak motorlu taşıtlarla ilgili olarak gerçekleştirilen ilk düzenleme niteliğindedir. Çevreyi kirletmeyen elektrikli araçların kullanımı, vergi oranlarında yapılan düzenleme ile doğrudan teşvik edilmiş olmaktadır. Ancak elektrikli araçların yeni teknolojiye sahip olmaları ve üretim maliyetlerinin yüksekliği göz önünde bulundurulunca, düşük oran belirlenmesinin tek başına yeterli bir teşvik olmadığı da ortaya çıkmaktadır⁸⁸. Bunun için Fransa örneğinde olduğu gibi bir ödül sistemine yer verilmesi, zararlı emisyonu yol açmayan bu tür araçlar için daha başka imkanlar tanınması, çok daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Elektrikli araçlar bakımından özel tüketim vergisi oranlarının düşük belirlenmesi, çevrenin korunması bakımından büyük önem taşımaktadır. Fakat motorlu taşıtlar vergisinde henüz bu yönde adımlar atılmaması büyük bir eksiklik teşkil etmektedir. Motorlu taşıtlar vergisinin gecikmesizin gözden geçirilip yeni baştan düzenlenmesi gerekmektedir. Özel tüketim vergisi de motorlu taşıtlar vergisiyle birlikte tekrar ele alınmalıdır. Çünkü her iki vergide

⁸⁸ “Motorlu taşıtların emisyon miktarı dikkate alınarak gerçekleştirilecek bir çevre vergisi; tersine artan oranlı vergilendirme etkisi aracılığıyla (ülkemizde gelir düzeyi düşük kesimin ağırlıklı olarak eski teknolojili araç sahiplikleri nedeniyle) vergi yükünün düşük kesim üzerinde kalmasına ve gelir dağılımının bozulmasına yol açabileceğinden ötürü getirilmek istenilmemektedir. Oysa ki asıl dikkat edilmesi gereken konu; motorlu taşıtlara ilişkin çevre vergilerinin gelişmiş ülkelerdeki uygulaması incelendiğinde, melez araçlara uygulanan vergi teşviklerinin ileri teknolojiye sahip araçların fiyatları yüksek olsa da, vergi indirimlerinin tüketici taleplerini dengeleyici etkisi ile tüketicilerin bu tür araçları yüksek oranda talep etmelerine neden olmaktadır. Ülkemizde ise; bu tür teknolojiye sahip araçların çok yüksek fiyatlarda olmaları ve bu araçlara yönelik vergi indiriminin bulunmaması dolayısıyla galerilere getirilme miktarları ve tercih edilme düzeyleri çok düşüktür. Dolayısıyla melez araçlarda vergi indirimi uygulamasının ülkemizde de tercih edilmesi; insan sağlığının, karayollarımızın ve çevrenin yararına olacaktır”, BİLGİN – ORKUNOĞLU, s. 104. Ancak doktrinde elektrikli araçlara teşvik verilmesinden önce, muhtemel bazı sorunların mutlaka dikkatle incelenmesi gerektiği belirtilmektedir. Buna göre; Türkiye’de elektriğin yaklaşık % 80’lik oranının termik santrallerden elde edildiği, elektrik arzı konusunda sıkıntı yaşandığı, elektrikli araçların karbon emisyonuna yol açmamasına rağmen elektrik üretiminin kendisinin emisyonu açtığı, ayrıca bu araçların ağırlığının yaklaşık % 40’ının bataryadan oluştuğu, bunun da çevreyi başka açılardan tehdit ettiği ileri sürülmekte, elektrikli araçlara verilecek teşvikte bu hususun dikkate alınması gerektiği söylenmektedir. Bunlara ilaveten elektrikli araçların yaygınlaşması halinde (akaryakıt kullanımının azalmasına paralel olarak) özel tüketim vergisinden elde edilen gelirin o ölçüde azalacağı da vurgulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TOPAL, s. 143. Ayrıca elektrik üretiminin emisyonu sebep olması hakkında bkz. KOYUNCU, s. 138.

de motor silindir hacminin esas alınması ve hâlâ yayılan CO2 miktarlarının göz önüne alınmaması büyük eksikliklerdir. Ayrıca özel tüketim vergisinde, sadece elektrikli araçların değil, hem elektrikle hem de benzin veya dizelle çalışan (hibrit) araçların da dikkate alınması ve bunlar için de teşvik edici yönde ayarlamalar yapılması gerekir.

Anayasanın 56/2. maddesinde “Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm gereğince, vergilendirme yetkisinin kullanılmasında çevrenin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu bağlamda, motorlu taşıtların vergilendirilmesinde çevrenin korunmasına yönelik düzenlemeler bulunması gerektiği aşîkardır. Çevrenin korunmasında vergilerden de yararlanılması, devlete Anayasa ile yüklenmiş bir görev niteliğindedir.

Anayasanın 73/1. maddesinde ise, “*Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür*” hükmü yer almaktadır. Malî güce göre vergilendirme, mükelleflerin ekonomik ve şahsî durumlarının vergilendirmede göz önünde tutulması gereğini ifade etmektedir. Bu ilke aynı zamanda, eşitlik ilkesinin vergilendirmede uygulama aracıdır. Vergide eşitlik ilkesi, mükelleflerin vergi ödeme güçleri dikkate alınmak suretiyle vergilendirmenin yapılmasını öngörür. Vergide eşitlik ilkesi, malî gücü aynı olanların aynı, farklı olanların ise ayrı oranda vergilendirilmesidir⁸⁹. Vergilerin malî güce göre uygulanması, devlete yüklenmiş bir görev niteliğindedir.

Yine Anayasanın 73/2. maddesinde ise malî güce göre vergilendirme ilkesinin tekrarı niteliğinde olan, “*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır*” hükmü yer almaktadır. Vergi yükünün adil ve dengeli dağılımının yapılabilmesi bakımından da motorlu taşıtlar üzerinden alınacak vergilerin malî güç ilkesine göre alınması gerekmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, motorlu taşıtların vergilendirilmesinde, çevrenin korunmasının ve malî gücün dikkate alınmamasının anayasa aykırılık teşkil edeceği anlaşılmaktadır. Devlet kendisine anayasa ile yüklenmiş görevlerini yerine getirmemiş olmaktadır. Bu bakımdan motorlu taşıtların vergilendirilmesinin mutlaka gözden geçirilmesi, yeniden düzenlenme-

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi, 6.7.1995 gün ve E. 1994/80, K. 1995/27, RG. 2.2.1996, S. 22542, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1210&content=, ET. 12.12.2011.

si gerekmektedir. Bu düzenlemede ise hem çevreyi koruyucu hükümlere yer verilmeli (CO2 esaslı vergilendirilmeye geçilmeli), hem de malî güç ilkesi de dikkate alınmalıdır. Sadece çevrenin veya sadece malî gücün dikkate alınması yeterli olmayacaktır.

Kanun koyucunun bu konularda ihmalinden doğan sorumluluğunun bulunduğundan dahi bahsedilebilir⁹⁰. Çevreyi korumak için gerekli vergi düzenlemelerinin gecikmeksizin yapılması gerekir.

Motorlu taşıtlar vergisinin servet vergisi niteliğinde olduğu göz ardı edilmemelidir. Servet vergileri özellikle gelir ve servet dağılımındaki denge-sizlikleri gidermek veya azaltmak amacıyla uygulanmaktadır. Hatta “*servet vergilerinin hissedilecek şekilde uygulanması, vergi yükünün adil dağılımına da hizmet etmektedir*”⁹¹. Bu bakımdan motorlu taşıtlar vergisinin, vergi yükü-nün adil dağılımını gerçekleştirecek şekilde uygulanması gerekmektedir.

Motorlu taşıtlar vergisinin, mevcut haliyle ne tam bir servet vergisi ni-teliğinde olduğu, ne de olumsuz dışsallıkları azaltmaya yönelik niteliğe sa-hip olduğu vurgulanmaktadır⁹². Ancak bu verginin sonuçları ele alındığında her iki amacı da dolaylı olarak yerine getirdiği ileri sürülmektedir. Buna göre, yüksek fiyatlı araçlar yüksek silindir hacmine sahiptir. Silindir hacmine göre yapılan vergilendirme bu açıdan, servet vergisi özelliği taşımaktadır. Ayrıca yaş arttıkça rayiç değer azalmakta olduğundan, servet vergisi özelliğini taşı-maktadır⁹³.

Ancak yaşa göre vergilendirmenin olumsuz yönü de bulunmaktadır. Motorlu taşıtlar vergisindeki mevcut düzenleme itibariyle, aracın yaşı arttık-ça ödenen vergi azalmaktadır. Fakat yaş arttıkça teknolojinin eskimesine pa-ralel olarak çevreye salınan karbondioksit miktarı artmakta ve çevre daha faz-la kirletilmektedir⁹⁴. Yaş konusunda bir tercih yapılması gerekmektedir. Mev-cut durumdaki gibi yaş arttıkça verginin azalması servet vergisi esasına uy-gun olsa da, çevrenin korunması bakımından tamamen ters etki oluşturmaktadı-r. Bunun için eğer yaş bir kriter olarak alınacaksa, Malta örneğinde oldu-

⁹⁰ TOROSLU, s. 152.

⁹¹ BİLİCİ – BİLİCİ, s. 181.

⁹² KOYUNCU, s. 133.

⁹³ KOYUNCU, s. 134.

⁹⁴ EKİNCİ, s. 166; KOYUNCU, s. 137; ÇELİKKAYA, Çevre Vergisi Reformu, s. 114; BİL-GİN – ORKUNOĞLU, s. 98.

ğu gibi, yaşın artmasıyla ödenecek verginin artması gerekmektedir. Malî güce göre vergilendirmeyi gerçekleştirmek, çevreyi koruyucu niteliğe de sahip olan başka kriterlerden (motor hacmi gibi) yararlanılmalıdır.

Malî güce göre vergilendirmeyi gerçekleştirmek için kasko değerinin esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Böyle bir uygulama, vergide eşitlik ve adaletin gerçekleşmesini sağlayacaktır⁹⁵. Motorlu taşıtlar vergisi mevcut yapısı itibarıyla malî gücü göre vergilendirmeyi gerçekleştirmekten uzaktır. Her ne kadar yüksek silindir hacimli araçların değerinin genelde yüksek olması ve bunlardan yüksek vergi alınması malî güç ilkesine uygun olsa da, bu genel kurala uymayan durumlar da bulunmaktadır. Silindir hacmi yüksek olmasına rağmen değeri düşük araçlar olabileceği gibi, düşük silindir hacimli araçlar arasında da yüksek değerli araçlar bulunabilmektedir.

Türkiye’de satılan bazı araçlar bakımından yapılan bir incelemede de bu durum görülmektedir⁹⁶:

Markası	Tipi	Tip Uzantısı	Model	2011 Yılı Motorlu Taşıtlar Vergisi	2011 Yılı Ocak Ayı Kasko Sigortası Değeri	Kasko değeri/ Motorlu taşıtlar vergisi %
TOFAŞ	ŞAHİN	S	1997	215	5.350	4,01
FİAT	PALİO	1.4 EL	2000	215	6.700	3,2
FORD	FOCUS	1.6 AMB.	2000	215	14.300	1,5
VOLKSW.	GOLF	1.6 TRENDLINE	2000	215	17.800	1,2
FİAT	MEREA	1.6 ELX	2001	304	11.100	2,73
BMW	3 SERİSİ	3.16İ	2005	304	35.900	0,84
FORD	MONDEO	2.0 GHİA	1997	523	8.000	6,53
RENAULT	MEGANE	1.5 DCİ PRIVILEGE	2008	523	33.900	1,54

⁹⁵ KALAYCI – YETER, s. 114; KÜÇÜK, s. 3.

⁹⁶ Bu tablo, KALAYCI – YETER, s. 113’teki tablo esas alınarak oluşturulmuştur.

PEUGEOT	206	1.4 SEDAN COMF.	2009	697	16.850	4,13
VOLKSW.	PASSAT	1.4 TSİ C.LINE	2010	697	46.600	1,49
PEUGEOT	206	2.0 GTİ	2001	876	14.050	6,23
MERCEDES	E 200	ELEGANCE KOMP.	2001	876	59.500	1,47
FORD	MONDEO	2.0 TDCI TREND	2008	1.490	28.750	5,18
BMW	3 SERİSİ	3.20 CD	2008	1.490	80.150	1,85

Yukarıdaki örnekte de görüldüğü üzere yüksek değerli araçlarda verginin ağırlığı nisbî olarak çok düşük kalmaktadır. Örneğin bir BMW araçta verginin ağırlığı % 0,84'tür. Oysa yüksek motorlu fakat kasko değeri daha düşük olan Peugeot 206'da ise verginin ağırlığı % 6,23'e kadar çıkmaktadır. Bu örnek bile motorlu taşıtları vergisinin malî güce göre vergilendirmeden ne kadar uzak olduğunu göstermektedir. Motor hacmi esas, malî güce göre vergilendirmeyi gerçekleştirmekte oldukça yetersiz kalmaktadır. Motorlu taşıtlar vergisinin yeniden düzenlenmesinde bu hususun da dikkate alınması gerekmektedir.

Özel Tüketim Vergisi Kanunun 12. maddesi ile Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununun 10. maddesinde, Bakanlar Kuruluna EURO normlarını sağlayan katalitik konvertör ile donatılmış araçlarda vergi oranını/miktarını yarıya kadar indirme yetkisi tanınmıştır. Bu yetkinin kullanılması halinde de çevre ile ilgili olumlu sonuçlar elde edilebilecektir⁹⁷. Yeni bir düzenleme yapılmaya kadar kanundaki bu hükümden yararlanılarak çevreye daha az zarar veren araçların kullanımı teşvik edilebilir. Ayrıca CO2 esaslı yeni düzenleme yapıldıktan sonra, eski araçlar için geçiş süreci boyunca da bu hükümden istifade edilebilir.

CO2 esaslı vergilendirme için doktrinde çeşitli alternatif vergilendirme önerileri getirilmektedir⁹⁸. Bu önerilerde vergilendirmeye esas alınacak kriter olarak CO2 emisyon miktarı, motor hacmi, yaş gibi unsurların esas alınması

⁹⁷ BAĞDİĞEN, s. 169, 171; KALAYCI – YETER, s. 113; “Benzinli motorlarda kullanılan katalitik konvektörler zararlı egzoz emisyonlarını %90 oranında temizleyebilmektedirler”, bkz. KILIÇ – BOZKURT – MAMALI ve ark., s. 34, 51.

⁹⁸ Bkz. TOPAL, s. 144-148; KOYUNCU, s. 137.

gerektiği ileri sürülmektedir. Avrupa Birliği ülkelerinde de yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır. Her ülke farklı kriterleri esas almaktadır. Ancak hepsinde ortak olan tek kriter yayılan CO₂ miktarıdır. Öncelikle, CO₂ emisyonunun ne şekilde dikkate alınması, emisyonun nasıl sınıflandırılması gerektiğini belirlemek gerekir.

Karbon emisyonu konusunda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından tüketicilerin bilgilendirilmesine yönelik çıkarılan bir yönetmelikte, araçların emisyon sınıfları belirtilmiştir⁹⁹. Yönetmelikte resmî spesifik CO₂ emisyon sınıfı şu şekilde belirtilmiştir:

Resmi Spesifik CO ₂ Emisyon Sınıfı	Resmi Spesifik CO ₂ Emisyonu E _c (g/km)
A	$E_c < 100$
B	$101 \leq E_c < 125$
C	$126 \leq E_c < 150$
D	$151 \leq E_c < 175$
E	$176 \leq E_c < 200$
F	$201 \leq E_c < 225$
G	$E_c > 225$

Yönetmelikte emisyon sınıfı 7 basamak altında belirlenmiştir. Motorlu taşıtlardan alınacak vergilerin yeniden düzenlenmesinde bu sınıflar dikkate alınabilir. Ancak İngiltere’de 13 sınıfın bulunması, Almanya’da her bir gram için vergi miktarının artması hususları dikkate alındığında, vergilemenin yapılmasında daha ayrıntılı bir belirlenmesi yapılmasının isabetli olacağı düşünülebilir. Almanya örneğinde olduğu gibi her bir gram için verginin artması, mükelleflerin vergi ve dolayısıyla çevre bilincini olumlu yönde artıracaktır. Kişiler araç alımlarında çok daha bilinçli şekilde hareket edeceklerdir.

CO₂ kriterine ek olarak motorlu taşıtlar vergisinde kasko değerinin esas alınması, vergi adaletini sağlamak bakımından çok önemli bir rol ifa edecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere, sadece motor silindir hacminin esas alınma-

⁹⁹ “Yeni Binek Otomobillerde Yakıt Ekonomisi ve CO₂ Emisyonu Konusunda Tüketicilerin Bilgilendirilmesine İlişkin Yönetmelik”, RG. 28.12.2005, S. 25330. Yönetmeliğin 1. maddesi şu şekildedir: “Bu Yönetmeliğin amacı; tüketicilerin bilinçli seçim yapabilmesine imkan vermek için, piyasada satışa veya kiraya sunulan yeni binek otomobillerinin CO₂ emisyonu ve yakıt ekonomisi ile ilgili bilgi edinmesini sağlamaktır”.

sı malî güce göre vergilendirmeden çok uzak kalmaktadır. Bunun dışında motor silindir hacmine yine yer verilmelidir. Motor silindir hacmi bir ölçüde de olsa malî gücü gerçekleştirmeye katkı bulunmakta, ayrıca çevrenin korunmasında da etki sağlamaktadır. Son olarak yaş da bir kriter olarak tarifede yer almalıdır. Ancak yaş arttıkça vergi azalmamalı, bilakis artmalıdır. Bu açıklamalar ışığında, **Motorlu Taşıtlar Vergisi** bakımından şöyle bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı düşünülebilir:

I. Aşama: Kasko Değeri: Her aracın kasko değerinin % 1'i ilk aşamada belirlenmeli ve vergi miktarının ilk unsurunu oluşturmalıdır. Kasko değerinin hesaplanmasının zorluğu ileri sürülebilir. Ancak idare, gelişen teknolojiden de yararlanarak bu değeri tespit etme kapasitesine sahiptir. Kasko değerinin tespitinin çok zor olduğu eski araçlar için zaten geçiş süreci tanınmalı, hurda indirimi gibi teşviklerle bunların trafikten çekilmesi sağlanmalıdır. Malî güce göre vergilemenin sağlanması bakımından kasko değerinin mutlaka dikkate alınması gerekir.

II. Aşama: Motor Silindir Hacmi: Motor silindir hacmine göre belirlenen maktu miktarlar, ilk aşamada kasko değerinin % 1'i olarak tespit edilen miktara eklenmelidir. Bu kriter hem malî güce göre vergilendirmeye hizmet edecek, hem de çevre için olumlu faydalar sağlayacak niteliktedir. Örneğin;

1100 cm ³ ve aşağısı: 100 TL	2001 – 2500 cm ³ : 1100 TL
1101 – 1300 cm ³ : 200 TL	2501 – 3000 cm ³ : 1500 TL
1301 – 1600 cm ³ : 300 TL	3001 – 3500 cm ³ : 2000 TL
1601 – 1800 cm ³ : 500 TL	3501 – 4000 cm ³ : 3000 TL
1801 – 2000 cm ³ : 800 TL	4000 cm ³ ve yukarısı: 5000 TL gibi

III. Aşama: CO₂ esaslı vergilendirme aşaması: Bu aşamada daha önce çıkarılan yönetmelikteki gibi 7 sınıf esas alınabilir. Ancak İngiltere'deki gibi sınıfların sayısının artırılması, çevreye duyarlılık bakımından daha olumlu olacaktır. Hatta Almanya'daki gibi her bir gram için artan vergi miktarları da belirlenebilir. Bu şekildeki her bir gram için vergi miktarının artışı, mükelleflerin karbon emisyonları ve dolayısıyla çevreye karşı daha bilinçli olmalarını sağlama bakımından etkisi daha büyük olabilecektir.

Eğer yönetmelikteki 7 basamak halindeki değerler esas alınacaksa, ileriki yıllar için daha düşük emisyonlu araçları teşvik edecek nitelikte olarak,

85 gramdan aşağı salınan araçların A+ sınıfı olarak belirlenmesi yerinde olacaktır. Düşük emisyonlu araçların teşvik edilmesi, yüksek emisyonlu araçların caydırılması bakımından, bu aşama için şöyle bir tarife düşünülebilir:

A+: 0 TL	D: 600 TL
A: 100 TL	E: 1000 TL
B: 200 TL	F: 1500 TL
C: 300 TL	G: 2200 TL

Ancak yayılan karbondioksit miktarına ilişkin sınıf aralıkları geniş olarak belirlendiği için, vergi miktarında dik artışların oluşmaması bakımından, söz konusu sınıf sayılarının artırılması daha isabetli olacaktır.

IV. Aşama: Yaş kriteri: Çevrenin korunması için getirilmelidir. Dolayısıyla yaş arttıkça vergi de artmalıdır. Ancak yaş kriterinin onbeş yaşından büyük araçlar için uygulanması daha yerinde olacaktır. On yaşına kadar araçlarda yaş, vergi miktarını etkilememelidir. Buna göre:

1-15 yaş arası: - (Yaşa dayalı herhangi bir artış olmamalıdır)

15-16 yaş: İlk üç aşamada bulunan vergi miktarları % 5 artırımlı uygulanmalıdır.

17-18 yaş: İlk üç aşamada bulunan vergi miktarları % 10 artırımlı uygulanmalıdır.

19-20 yaş: İlk üç aşamada bulunan vergi miktarları % 15 artırımlı uygulanmalıdır.

21 yaş ve yukarısı: İlk üç aşamada bulunan vergi miktarları % 20 artırımlı uygulanmalıdır.

Bunlara ilaveten hurda indirimi teşvikleri de olmalıdır. Böylece eski araçların vergi yükü arttığı için çevreye duyarlı yeni teknolojiler teşvik edilmiş olacaktır.

Özel Tüketim Vergisinde ise, mevcut uygulamaya CO2 emisyon değerleri kriteri eklenmelidir. Mevcut uygulamadaki oranlar gözden geçirilebilir. CO2 emisyon değerleri, motor hacmine göre belirlenen oranları değiştirecek ikinci bir oran olarak uygulanmalıdır. Burada yapılacak düzenleme ile Fransa'daki ödül-ceza sisteminin etkisi oluşturulabilir.

Buna göre hem motor hacmi hem de CO2 değerleri esas alınacaktır. Örneğin:

A+ sınıfı : Motor hacmine göre belirlenen ÖTV oranı % 20 indirimli uygulanacaktır.

A: Motor hacmine göre belirlenen ÖTV oranı % 15 indirimli uygulanacaktır.

B: Motor hacmine göre belirlenen ÖTV oranı % 10 indirimli uygulanacaktır.

C: Motor hacmine göre belirlenen ÖTV oranı % 5 indirimli uygulanacaktır.

D: Motor hacmine göre belirlenen ÖTV oranında herhangi bir değişiklik yapılmayacaktır.

E: Motor hacmine göre belirlenen ÖTV oranı % 10 artırılarak uygulanacaktır.

F: Motor hacmine göre belirlenen ÖTV oranı % 20 artırılarak uygulanacaktır.

G: Motor hacmine göre belirlenen ÖTV oranı % 30 artırılarak uygulanacaktır.

Bu sayede düşük emisyonlu araç alımları teşvik edilmiş olurken, yüksek emisyonlu araç alımları ise caydırılmış olacaktır.

Eski araçların daha ağır vergilendirilmesine paralel olarak hurda indirimini teşviki verilmelidir. Eski araçlarını hurdaya çıkaranlara, yeni araç alımında özel tüketim vergisinde indirim tanınmalıdır. Buna göre özel tüketim vergisinde emisyon sınıflarına göre belirlenen indirimler iki kat olarak uygulanabilir.

Sadece binek araçlarda değil, diğer motorlu taşıtlarda da CO2 emisyonunun dikkate alınması gerekir. Diğer motorlu taşıtlar da çevreyi kirletmektedir. Bunlar için de çevreyi koruyucu vergilere geçilmesi gerekmektedir. Hava taşımacılığında binek araçlara göreceli olarak az, fakat hızlı artış gösteren CO2 emisyonu bulunmaktadır¹⁰⁰. Bu durumun farkında olan ülkelerde buna yönelik vergiler uygulanmıştır¹⁰¹.

¹⁰⁰ EKINS – POTTER, s. 10.

¹⁰¹ Örneğin İsveç'te, sadece iç hatlardaki uçuşlar için sivil havacılıkta uçak türlerine göre fark-

Her yıl yayımlanan iklim değişikliği performans endeksinde¹⁰² Türkiye 2011 yılında 50. sırada yer almıştır. Raporda Türkiye'nin zayıf bir performans sergilediği vurgulanmaktadır. Her ne kadar motorlu taşıtların yaydığı CO₂, burada çok büyük oranda etkili değilse de, motorlu taşıtların çevreyi kirliletme-deki etkisi tartışılmazdır. Dolayısıyla Türkiye'nin çevreyi koruyucu politikalar belirlemesi gerekmektedir. Bu noktada, çevreyle ilgili diğer bütün alanların yanı sıra motorlu taşıtlar alanında da çevreyi koruyucu vergilendirme yoluna gecikmesizin gidilmelidir.

CO₂ esaslı vergilendirmeye geçilmesi, günümüzde çevrenin korunması bakımından bir zorunluluk halini almıştır. Çevrenin korunması ve gelecek nesillerin daha sağlıklı bir çevrede yaşayabilmeleri için bu yönde yapılacak düzenlemenin bir an evvel hayata geçirilmesi gerekmektedir.

CO₂ esaslı vergilendirmeye geçilirken ortaya çıkabilecek sorunlar¹⁰³ dikkate alınmalı ve bu yüzden mutlaka bir geçiş süreci tanınmalı, tedricî olarak bu uygulamaya geçilmelidir. Hukukî güvenlik ilkesine de uygun olarak, yapılacak düzenlemenin yapıldığı tarihten sonraki vergilendirme döneminden itibaren geçerli olması gerekir. Mükellefler buna göre durumlarını ayarlamalıdır. Eski araç sahiplerinin vergi yükü hemen artırılmamalı, en az 5 yıllık uyum süreci içinde aşama aşama yeni vergilendirme sistemine geçilmelidir. Bu dönemde hurda indirimi gibi teşviklerle yeni vergiye uyum sağlanmalıdır. Ayrıca yerli üretimin bu yeni teknolojiye sahip olması bakımından koruyucu ve destekleyici tedbirlerin de mutlaka dikkate alınması gerekmektedir.

VI. SONUÇ

Çevrenin korunması tüm insanlık için büyük bir sorundur. Bu yüzden çevreyi koruyucu nitelikteki düzenlemelerin tüm devletler tarafından gerçek-

İlaştırmış azot oksit ve CO₂ vergisi alınmıştır, BİLGİN – ORKUNOĞLU, 87.

¹⁰² “The Climate Change Performance Index, Results 2011”, <http://www.indiaenvironmentportal.org.in/files/ccpi11.pdf>, ET. 11.12.2011.

¹⁰³ Doktrinde Türkiye'deki araçların çoğunun eski olduğu belirtilmekte, CO₂ esaslı vergilendirmeye geçişte toplumun büyük bir kesimi bu uygulamadan olumsuz etkileneceği ileri sürülmektedir. Ayrıca sermaye birikiminin yetersiz olması sebebiyle, vergilendirme sisteminin değişmesinin araç sahiplerini ekonomik anlamda sıkıntıya sokabileceği belirtilmektedir. Satılan binek otomobillerinin yaklaşık %70'i ithal araçlardan oluşmasının da CO₂ esaslı vergilendirme sonucu ülkenin cari dengesini olumsuz etkileyebileceği de iddia edilmektedir. Ayrıca yerli üretim araçların da düşük emisyonlu olmasının teşvik edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır, bkz. TOPAL, s. 142-143.

leştirilmesi gerekmektedir. Yapılan uluslararası sözleşmelerle de çevrenin korunması bakımından taraf devletlere zorunluluklar yüklenmektedir.

Vergiler günümüzde sadece malî amaçlarla değil, aynı zamanda düzenleyici amaçlarla da alınmaktadır. Devletin gerçekleştirmeyi amaçladığı çok çeşitli alanlarda, vergiler düzenleyici ve yönlendirici nitelikte önemli bir fonksiyon ifa etmeye başlamıştır. Çevrenin korunmasında da vergilerden yararlanılmaktadır. Vergiler yoluyla gerek teşvik edici gerekse caydırıcı nitelikte düzenlemeler yapılabilmekte, bu sayede kişilerin tercihleri üzerinde etkili olunmaktadır.

Çevreyi kirleten etkenlerden birisi de motorlu taşıtlardır. Motorlu taşıtlar içinde de binek araçlar çevrenin kirlenmesinde en büyük paya sahiptir. Binek araçlar yaydıkları karbondioksitle çevreyi kirletmekte, küresel ısınmaya yol açan faktörler arasında yer almaktadırlar. Bu bakımdan motorlu taşıtlar üzerinden alınan vergiler yoluyla çevreyi kirleten araçların alımının/kullanımının caydırılması ve çevreye duyarlı araçların alınmasının teşviki sağlanabilmektedir.

Başta Avrupa Birliği ülkeleri olmak üzere dünyada motorlu taşıtların vergilendirilmesinde karbondioksit esaslı vergilendirmeye geçilmiştir. Bu noktada Türkiye’de motorlu taşıtların vergilendirilmesinde çevrenin doğrudan dikkate alınmadığı görülmektedir. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde, çevre için ancak dolaylı yoldan olumlu etkiler oluşturulabilmektedir. Hatta doktrinde bu tür olumlu etkilerin ancak tesadüf olduğu da vurgulanmaktadır.

Özel tüketim vergisinde elektrikli araçların vergisinin düşük oranlı olarak düzenlenmesi, motorlu taşıtlar bakımından çevreye yönelik doğrudan etki oluşturan ilk düzenleme niteliğindedir. Bundan sonra artık CO2 esaslı vergilendirmeye geçişin sağlanması gerekmektedir. Gerek özel tüketim vergisinde, gerekse motorlu taşıtlar vergisinde CO2 esaslı vergilendirme sağlanmalıdır.

Motorlu taşıtlar vergisinde mali gücün dikkate alınması için kasko değerinin de dikkate alınması gerekir. Mevcut yapısı itibarıyla, motor silindir hacmine göre belirlenen maktu vergiler, vergi adaletini gerçekleştirmekte yetersiz kalmakta, hatta vergi adaletine ters durumların oluşmasına dahi yol açmaktadır.

Bu yüzden motorlu taşıtların vergilendirilmesinde hem çevrenin korunmasına yönelik hükümler yer almalı, hem de malî güce göre vergilendirme

sağlanmalıdır. Motorlu taşıtlar vergisinin servet vergisi niteliği de göz ardı edilmemek suretiyle, malî güç ilkesinin dikkate alınması gerekir. Bu amaçları gerçekleştirebilmek için de vergi tarifesinin, bazı kriterleri içerecek şekilde düzenlenmesi gerekir. Böylelikle vergi tarifi basit olmaktan çıkmakta, karmaşık bir görünüm arz etmektedir. Ancak adaletin ve çevrenin korunması amacının gerçekleşebilmesi için, tarife yapısının bu farklı kriterleri içerecek şekilde karışık görünüme sahip olması da bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Bu belirlemeleri vergi idaresinin gerçekleştirecek olması, mükelleflerin tespit, hesaplama gibi konularda yükümlülüklerinin bulunmaması da, vergi tarifesinin karmaşık olmasını mükellefler bakımından olumsuz hale getirmeyecektir.

Kısaca, motorlu taşıtlardan alınan vergilerin dünyadaki genel eğilime uygun olarak, hem şimdiki hem de gelecek nesilleri de düşünmek suretiyle, CO2 esaslı olarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak bu yapılırken bu vergilerin malî gücü de dikkate alacak şekilde adil olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Mali güce göre vergilendirme ilkesi dikkate alınarak düzenlenecek bir vergi tarifi, diğer ülkelere de örnek teşkil edebilecektir.

KAYNAKÇA

- AKDOĞAN, Abdurrahman, *Kamu Maliyesi*, Ankara 2009.
- AKKAYA, Şahin – BAKKAL, Ufuk, Çevre Vergileri ve Çifte Yarar, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, C. 55, Sa. 2, 2005, s. 1-22, (<http://www.iudergi.com/tr/index.php/iktisatmecmua/article/view/7220/6734>, ET. 12.12.2011)
- AKKAYA, Şahin, An Instrument of Limiting Carbon Emissions: Carbon Tax, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Sa. 23-24, Ekim 2000-Mart 2001, (<http://www.sbf.istanbul.edu.tr/dergi/sayi23-24/02.htm>, ET. 11.11.2011).
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Vergilemenin Ekonomik Sınırları, *Prof. Dr. Akif ERGİNAY'a 65. Yaş Armağanı*, Ankara 1981, s. 595-610.

- ARIKAN, A. Naci, Çevre Vergilerinin Önemi ve Kalkınma, *Vergi Dünyası*, Sa. 336, Ağustos 2009, s. 35-44.
- BAĞDİGEN, Muhlis – DEMİR, Emre, Küresel Isınmayla Mücadelede Türk Vergi Mevzuatı, *ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 6, Sa. 12, 2010, s. 153-177.
- BAŞARAN, Fehmi, Küresel Bir Kamu Malı Olarak Çevrenin Artan Önemi ve Sayıştay Denetimi, *Sayıştay Dergisi*, Sa. 65, s. 89-110.
- BAYRAM, Hasan, Türkiye’de Hava Kirliliği Sorunu: Nedenleri, Alınan Önlemler ve Mevcut Durum, *Toraks Dergisi*, C. 6, Sa. 2, Ağustos 2005, s. 159-165.
- BİLGİN, Sibel – ORKUNOĞLU, Işıl Fulya, Fiskal ve Ekstrafiskal Amaçlar Bağlamında 1970’lerden Günümüze Çevre Vergileri, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 12, Sa. 1, 2010, s. 77-108.
- BİLİCİ, Nurettin – BİLİCİ, Adem, *Kamu Maliyesi*, Ankara 2011.
- BOUTIN, Xavier – D’HAULTFOEUILLE, Xavier – GIVORD, Pauline, The Environmental Effect of Green Taxation: The Case of The French “Bonus/Malus”, (http://www.webmeets.com/files/papers/ESWC/2010/2467/bonus_malus080210.pdf, ET. 11.12.2011).
- Car Tax and Fuel Duty, (<http://www.nextgreencar.com/roadtax.php>, ET. 11.12.2011).
- CO2 Based Motor Vehicle Tax, (<http://www.scp-knowledge.eu/sites/default/files/CORPUS%20WP%203%20KU%20CO2%20based%20motor%20vehicle%20tax.pdf>, ET. 11.12.2011).
- ÇELİKKAYA, Ali, Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerde Çevre Vergisi Reformları ve Türkiye’deki Durumun Değerlendirilmesi, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 11, Sa. 2, 2011, s. 97-120 (Çevre Vergisi Reformu).
- ÇELİKKAYA, Ali, Motorlu Taşıtların Vergilendirilmesinde Yeni Eğilim: Karbon Temelli Vergilendirme, *Vergi Sorunları*, Kasım 2010, Sa. 266, s. 61-71 (Karbon).
- EKINS, Paul – POTTER, Stephen, Reducing Carbon Emissions Through

- Transport Taxation, Briefing Paper Six, March 2010, (http://www.greenfiscalcommission.org.uk/images/uploads/gfcBriefing6_PDF_ISBN_v7.pdf, ET. 11.11.2011).
- EKİNCİ, Filiz, Almanya’da Motorlu Taşıtlar Vergisinde Karbondioksit (CO2) Temelli Vergilendirmeye Geçiş, *Vergi Dünyası*, Sa. 358, Haziran 2011, s. 162-167.
- ENGİN, Naci, Hava Kirlenmesi, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, C. 47, Sa. 1-4, 1989, s. 79-88.
- European Commission, Report From The Commission To The European Parliament, The Council And The European Economic And Social Committee, Brussels, 10.11.2010, COM(2010) 655 final, Monitoring the CO2 emissions from new passenger cars in the EU: data for 2009. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0655:FIN:EN:PDF>, ET. 30.11.2011).
- GAGO, Alberto – LABENDEIRA, Xavier, Towards A Green Tax Reform Model, *Journal of Environmental Policy & Planning*, 2000, Sa. 2, s. 25-37.
- GÖKER, Cenker, *Yönlendirici Vergilendirme*, Ankara 2011.
- GÜNEŞ, Ahmet M., Yeni Anayasa Tartışmaları Bağlamında Çevre, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, Yıl 2011, Sa. 3, s. 259-283.
- HOTUNLUOĞLU, Hakan – TEKELİ, Recep, Karbon Vergisinin Ekonomik Analizi ve Etkileri: Karbon Vergisinin Emisyon Azaltıcı Etkisi Var mı?, *Sosyoekonomi*, Temmuz-Aralık 2007, 2007-2, s. 107-125.
- House of Commons Environmental Audit Committee, Vehicle Excise Duty as an Environmental Tax, Tenth Report of Session 2007-08, (http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/04_08_08_env_aduit.pdf, ET. 11.12.2011).
- JAMALİ, Tarık, *Ekolojik Vergiler (Çevre Vergileri)*, Ankara 2007.
- KALAYCI, Şeref – YETER, Mehmet, Otomobillerde Eşit, Adil ve Çevreci Vergilendirme: Kasko Sigortası Değeri ve Karbon Temelli Vergileme Modeli, *Vergi Dünyası*, Sa. 361, Eylül 2011, s. 108-116.
- KARADUMAN, İbrahim, Elektrikli Otomobiller ve Vergilendirilmesi

- Konusunda Öneriler, *Vergi Sorunları*, Sa. 267, Aralık 2010, s. 144-157.
- KARAKAYA, Etem – ÖZÇAĞ, Mustafa, Sürdürülebilir Kalkınma ve İklim Değişikliği: Uygulanabilecek İktisadi Araçların Analizi, (<http://www.econturk.org/Turkiyeekonomisi/manas.pdf>, ET. 01.12.2011).
- KAZICI, Sami, Vergilendirme ve Çevre, *Vergi Dünyası*, Sa. 136, Aralık 1992, (<http://www.vergidunyasi.com.tr>, ET. 12.12.2011).
- KILIÇ, Tuğba – BOZKURT, Talha – MAMALI, Ceyda ve arkadaşları, Motorlu Taşıtlar ve Adapazarı'nda Motorlu Taşıtlardan Kaynaklanan Emisyonların Envanterlenmesi, (<http://www.sahakk.sakarya.edu.tr/documents/raporlar/motorlu-tasitlar-ve-emisyonlari.pdf>, ET. 12.12.2011).
- KOYUNCU, İlyas, Çevreci Araçların Lastik Sesi Duyulurken Muhtemel Vergilendirme Yöntemi, *Vergi Sorunları*, Sa. 268, Ocak 2011, s. 132-138.
- KULU, M. Bahattin, Çevre Vergileri ve Gelişmiş Ülkelerdeki Uygulaması, *Vergi Dünyası*, Sa. 234, Şubat 2001, (<http://www.vergidunyasi.com.tr>, ET. 12.12.2011).
- KÜÇÜK, Muzaffer, Motorlu Taşıtlar Vergisi Tarife Değişikliği Önerisi, *Vergi Dünyası*, Sa. 293, Ocak 2006, (<http://www.vergidunyasi.com.tr>, ET. 12.12.2011).
- Kyoto Protokolü, (<http://web.ogm.gov.tr/diger/iklim/Sayfalar/kyotoprotokolu.aspx>, ET. 11.11.2011).
- LITMAN, Todd, Carbon Taxes “Tax What You Burn, Not What You Earn”, (<http://www.vtpi.org/carbontax.pdf>, ET. 11.12.2011).
- LOTZ, W., Finanzwissenschaft, 2. Aufl., Tübingen 1931.
- METCALF, Gilbert E., A Distributional Analysis of Green Tax Reforms, *National Tax Journal*, C. 52, Sa. 4, Aralık 1999, s. 655-681.
- NEUMARK, Fritz, *Maliye İlmine dair Ekonomik ve Sosyal Tetkikler*, İstanbul 1940.
- New Bonus and Tax Rates for Vehicle Emissions, (http://www.french-property.com/news/money_france/car_emission_tax_bonus, ET. 11.12.2011).

- ORTAÇ, F. Rifat, *Global Kamu Malları ve Finansmanı*, Ankara 2004.
- Overview of CO2 Based Motor Vehicle Taxes in the EU, (http://www.acea.be/images/uploads/files/20110330_CO2_tax_overview.pdf, ET. 11.12.2011).
- ÖZDEMİR, Biltekin, Küresel Kirlenme Sürdürülebilir Ekonomik Büyüme ve Çevre Vergileri, *Maliye Dergisi*, Sa. 156, Ocak-Haziran 2009, s. 1-36.
- POTTER, Stephen – PARKHURST, Graham – LANE, Ben, European Perspectives on a New Fiscal Framework For Transport, (<http://www.psi.org.uk/ehb/docs/fiscal-potter2.pdf>, ET. 11.12.2011).
- Registration Tax and Annual Circulation Tax Guidelines, (<http://www.doi.gov.mt/en/archive/Budget2009/images/Vehicle%20Reg%20Tax.pdf>, ET. 11.12.2011).
- SCHLEMMINGER, Horst – MARTENS, Claus Peter, *German Environmental Law For Practitioners*, Netherland 2004.
- SEBASTIAN, Lazar, Registration Taxes on Vehicles: Evolutions and Trends in The European Union and Romania, (<http://steconomice.uoradea.ro/anale/volume/2007/v2-finance-accounting-and-banks/93.pdf>, ET. 11.12.2011).
- ŞAHİN, Yusuf, Türk Vergi Sisteminin Çevresel Vergiler Açısından Değerlendirilmesi, *Vergi Sorunları*, Sa. 133, Ekim 1999, s. 119-137.
- TAKEUCHİ, Akie – CROPPER, Maureen – BENTO, Antonio, The Impact of Policies to Control Motor Vehicle Emissions in Mumbai, India, *Journal Of Regional Science*, C. 47, Sa. 1, 2007, s. 27-46.
- TAŞKIN, Ahmet, Çevrenin Hukuksal Yönden Korunması, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2010, Sa. 1, s. 239-292.
- TEKİN, Ahmet – VURAL, İsmail Y., Global Kamusal Malların Finansman Aracı Olarak Global Vergi Önerileri, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl 2004, Sa. 12, s. 221-337.
- The Climate Change Performancı Index, Results 2011, (<http://www.indiaenvironmentportal.org.in/files/ccpi11.pdf>, ET. 11.12.2011).
- TOPAL, Ahmet, Binek Otomobillerde Emisyon Bazlı Vergilendirmeye Geçiş Süreci ve Öneriler, *Vergi Dünyası*, Sa. 357, Mayıs 2011, s. 140-148.

TOROSLU, Nevzat, Doğal Çevrenin Kirlenmesi ve Ceza Hukuku, *Prof. Dr. Akif ERGİNAY'a 65. Yaş Armağanı*, Ankara 1981, s. 149-190.

TURHAN, Salih, *Vergi Teorisi ve Politikası*, İstanbul 1998.

23.04.2009 tarih ve (EC) 443/2009 sayılı AB Direktifi, AB Resmi Gazetesi (OJ) L 140, 5.6.2009, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:140:0001:0015:EN:PDF>, ET. 30.11.2011).

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (TCK M. 257)

İlhan ÜZÜLMEZ*

Özet

Toplum adına yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinden bazıları Devlet tarafından üstlenilmiştir. Devlet, değişik nedenlerle bizzat üstlendiği bu kamu hizmetlerini, kamu görevlileri eliyle yerine getirmektedir. Toplum, kamu görevlilerinin, üstlendikleri görevleri tarafsız ve gereği gibi yerine getirecekleri hususunda bir inanç taşımaktadır. Bir hukuk toplumunda, bu inancın zedelenmemesi Devletin varlığını devam ettirebilmesinin temel şartlarından birini oluşturmaktadır. Bu nedenle, hemen bütün çağdaş devletlerin ceza kanunlarında, adeta Devlet cihazının eli ayağı olarak nitelendirilebilecek kamu görevlilerine karşı işlenen kimi fiiller ile bizzat kamu görevlilerinin işledikleri ve kendilerine duyulan güveni ihlal eden bazı fiiller suç teşkil eden haksızlıklar olarak cezalandırılmaktadırlar. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da çağdaşı tüm modern ceza kanunları gibi kamu görevlilerine karşı veya kamu görevlileri tarafından işlenen suçları, yaptırım altına almıştır. Bunlardan birisi de TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçudur.

Anahtar Kelimeler: Görevi kötüye kullanma, kamu görevlisi, görevin gerekleri,

OFFICIAL MISCONDUCT (TCC. S.257)

Abstract

Some of the public services performed for the society are undertaken by the State. Having undertaken these public services due to different reasons, the State performs such duties through public officials. The society is firmly convinced that the public officials will perform their duties duly and impartially. In a society governed by the rule of law, it is of utmost importance for the survival of the State that such belief is not shaken. For this reason, in almost all modern states' criminal codes, crimes committed against public officials, who can be regarded as the real organs of the State, alongside such crimes violating the public trust and committed by the public officials are punished accordingly. Just like in all other modern criminal systems, Turkish Criminal Code No. 5237 provides sanctions for crimes committed against the public officials, as well as those crimes committed by them. An example of such category is the "misconduct" set forth in the Article 257 of the Turkish Criminal Code.

Key Words: misconduct, public official, requirements of office,

* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

I- SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

TCK'nın görevi kötüye kullanma başlığını taşıyan ve üç fıkradan oluşan 257. Maddesi şöyledir “(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Maddenin ilk fıkrasında, icrai bir hareketle görevin gereklerine aykırı davranılması; ikinci fıkrasında ihmali bir hareketle görevin gereklerine aykırı davranılması yaptırım altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, görevi kötüye kullanmanın, görevin gereklerine uygun davranmak için veya davranması sebebiyle menfaat temin etme şeklinde tezahür eden biçimi cezalandırılmıştır.

İnceleme konumuzu oluşturan TCK'nın 257. maddesi 5237 sayılı TCK'nın kabul edildiği 26.09.2004 tarihinden bu yana bir kez değişikliğe uğramıştır. 6086 sayılı Kanunun 1. maddesiyle yapılan bu değişiklikle, maddenin birinci ve ikinci fıkrasındaki seçimlik objektif cezalandırılabilme şartlarından birini oluşturan “*kişilere haksız kazanç sağlayan*” ifadesindeki “*kazanç*” ibaresi “*menfaat*” olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesini maddenin önceki halinde geçen “*kazanç*” ibaresinin sadece ekonomik kazanç olarak algılanması oluşturmaktadır. Oysa görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilere ekonomik olarak ölçülemeyen bir menfaat da sağlanabilir. Böylelikle görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle kişilere herhangi bir menfaat sağlayan kamu görevlisi madde kapsamında cezalandırılabilecektir¹.

Bunun dışında, yine 6086 sayılı Kanunun 1. maddesiyle 257. maddede düzenlenen suçların cezalarında da değişiklik yapılmıştır. Birinci fıkrada düzenlenen işlenen görevi kötüye kullanma suçunun cezası

¹ Bkz. 6086 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss565.pdf>).

bir yıldan üç yıla kadar hapis iken, altı aydan iki yıla kadar hapis olarak; ikinci fıkradaki ihmali hareketle işlenen görevi kötüye kullanmanın cezası altı aydan iki yıla kadar hapis iken, üç aydan bir yıla kadar hapis olarak değiştirilmiş; üçüncü fıkradaki görevlerinin gereklerine uygun davranmak için veya bu nedenle menfaat temin etme için ceza yönünden birinci fıkraya yapılan atıf değiştirilmiş, bu suç için bağımsız olarak bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. 6086 sayılı Kanunun genel gerekçesinde bu değişikliğin aynı bölümde yer alan suçlar arasında cezalar yönünden dengenin sağlanması amacıyla gerçekleştirildiği belirtilmiştir².

TCK'nın 257. maddesiyle, 765 sayılı eski TCK'nın 228, 230 ve 240. maddelerinde düzenlenmiş olan suçlar bir arada toplanmıştır. Bu tercihte, eski Kanun döneminde, bu suçların ayrımında ortaya çıkan belirsizlikleri giderme düşüncesi etkili olmuştur. Ayrıca, eski kanunda basit rüşvet olarak 212/1. maddede cezalandırılan fiiller de, görevi kötüye kullanma kapsamında, sadece kamu görevlilerinin faili olabildiği bir suç tipi olarak 257/3. maddede düzenlenmiştir³.

Görevi kötüye kullanma; genel, tali ve tamamlayıcı bir suç tipi olarak kanunda yer almaktadır⁴. Suç tipinin bu özelliğine maddede “*kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*” ibareleriyle işaret edilmiştir. Buna göre, TCK'nın 257. maddesi, kamu görevlisinin görevinin gerekleriyle bağdaşmayan fiili başkaca suçları oluşturmadığı hallerde uygulanabilecektir. Bu nedenle, kanunun görevi kötüye kullanmaya ilişkin 257. maddesi “ikame hüküm” niteliğindedir⁵.

II- KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bir hukuk toplumunda, sosyal hayatın devamı bakımından önemli olan ve kamu hizmeti olarak isimlendirilen bir takım faaliyetler, devlet tarafından üstlenilmekte ve bizzat Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri marifetiyle yerine getirilmektedir⁶. Toplumdaki bütün fertler adına yürütülen bu faaliyetlere kamu görevi, bu görevi yerine getiren kişilere ise kamu görevlisi denilmek-

² Bkz. 6086 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss565.pdf>).

³ Bu hususta bkz. ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s. 929; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 809.

⁴ GÖKCEN, s. 55.

⁵ Bkz. ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 193.

⁶ ÜZÜLMEZ, s. 275.

tedir⁷. Bir kamu görevini yerine getirmekle görevlendirilen kişi, bu görev dolayısıyla bir kamu hukuku yükümlülüğü altına girmektedir. Kamu görevlisi, üstlenmiş olduğu görevi sadakatle yerine getirmek, bireylerin kamu idaresine karşı duymaları gereken güveni sarsmamak zorundadır⁸. Bu çerçevede, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmasının cezalandırılmasıyla korumaya alınan hukuki değer, “kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine uygun hareket ettikleri, bu görevleri dolayısıyla kendilerine tanınan yetkileri hukuken belirlenmiş sınırlar içinde kullandıkları konusunda toplumda hâkim olan güven”dir⁹.

TCK’nın 257. maddesinde görevi kötüye kullanmanın üç değişik şekli üç ayrı suç tipi olarak yaptırım altına alınmış ise de, bu suçlarla korunan hukuki değer aynıdır. Dolayısıyla bu suç ile korumaya alınan hukuki değerle ilgili yukarıda yapılan açıklamalar, görevi kötüye kullanmanın her bir şekli bakımından geçerlidir.

III- İCRAİ HAREKETLE İŞLENEN GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU (m. 257/1)

A- TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI

1- Fail

Görevi kötüye kullanma, kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle, öncelikle kimlerin kamu görevlisi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. TCK’nın 6/1-c maddesine göre kamu görevlisi deyiminden “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılır. “Kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin kamusal bir faaliyet olmasıdır”¹⁰. Mevzuatla belirlenmiş usul ve esaslar çerçevesinde kamu adına gerçekleştirilen her türlü hizmet kamusal faaliyeti belirtir. Devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının icrası kapsamında yürüttüğü faaliyete, bu fonksiyonları yerine getiren organlara, atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılıp çalışan kişiye kamu görevlisi denir¹¹. Şu halde, toplumdaki bütün fertler adına

⁷ ÖZGENÇ, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 134.

⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 810.

⁹ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 195.

¹⁰ Bkz: Madde gerekçesi.

¹¹ SOYASLAN, s. 647-648.

yürütülen bir faaliyetin icrasına kamu hukuku usulüne göre, anayasal ifadeyle “genel idare esaslarına göre” (AY m. 128) katılan herkes kamu görevlisidir¹².

Görevi kötüye kullanma sadece kamu görevlilerinin fail olabileceği özgü bir suçtur. Ancak, 257. maddenin öngördüğü formülasyondan, sırf kamu görevlisi sıfatını taşımanın da suçun faili olabilmek için yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla, görevi kötüye kullanma, bütün görünüm biçimleri itibarıyla kamu görevlisi sıfatının fail olabilmek için yeterli olduğu “sırf yükümlülük suçları”ndan¹³ değildir. Zira kanunda, bu yükümlülüğü ihlal eden fiil ayrıca tanımlanmıştır. Buna göre, kamu görevlisinin “görevinin gereklerine aykırı davranmış” olması gerekmektedir. Bu şekilde, failin başka hukuk disiplininin kaynaklanan özel bir yükümlülük altında olmasının, yani özel faillik niteliğini taşımasının yeterli olmadığı, ayrıca bu kişinin fiil üzerinde hâkimiyet kurmasının gerekli olduğu suçlara “hâkimiyet ve yükümlülük suçları”¹⁴ denilmektedir. Bu nedenle, somut olayda, bir kamu görevlisinin görevinin gereklerinin ne olduğunun tespit edilmesi, bu suçun oluşumu ve dolaşısıyla failinin tespiti bakımından önem arz etmektedir.

Tabi oldukları hukuki rejim gereği bazı kişilerin kamu görevlisi gibi cezalandırılmasının öngörüldüğü hallerde, bu kişilerin görevlerinin gereklerine aykırı davranışları halinde fiilleri kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlardan hangisine uymakta ise, ona göre cezalandırılacaklardır. Örneğin Kooperatifler Kanununun 62. maddesinin son fıkrasında bu yön- de bir hüküm bulunmaktadır¹⁵.

2- Konusu ve Mağduru

Suçun konusu, kamu hukuku usulüne göre kamu görevlileri tarafından üstlenilen ve toplumdaki bütün fertler adına icra edilen kamu görevidir. Bu nedenle, görevi kötüye kullanma suçunun mağduru, toplumu oluşturan herkeştir. Bununla birlikte, bir kamu görevlisinin görevini kötüye kullanması nedeniyle, özellikle belli bir kişinin veya belli kişilerin zarara uğraması veya mağduriyeti söz konusu olmuşsa, bunlar da özel olarak suçun mağdurdurlar¹⁶. Görevin gereklerine aykırı fiil, kamu kurum ve kuruluşlarının zararına

¹² ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 541.

¹³ Kavram için bkz. ÖZGENÇ, Suça İştirakin Hukuki Esası, s. 169.

¹⁴ ÖZGENÇ, Suça İştirakin Hukuki Esası, s. 168.

¹⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 810.

¹⁶ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 199; GÖKCAN, s. 61; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/

neden olabilir. Bu gibi hallerde, toplumu oluşturan herkes suçun mağduru, zarara uğratılan kamu kurum ve kuruluşları da suçtan zarar görendir. Hemen belirtelim ki, bu ayırım, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından önem arz etmektedir.

3- Fiil

Görevi kötüye kullanma suçunun 257/1. maddede düzenlenen şekli ancak icrai bir hareketle işlenebilir. İcrai hareket, vücuttan yapma şeklinde sadır olan ve davranış normlarının öngördüğü yasağı ihlal eden insan davranışını ifade etmektedir¹⁷. Buna göre, kamu görevlisinin görevinin gereklerine icrai bir hareketle aykırı davranması halinde 257/1. maddeye uygun suç oluşacaktır¹⁸.

Maddede “görevinin gereklerine aykırı davranmakla” bu suçun işleneceğinden bahsedilmektedir. Buna göre, suçun oluşumu için, öncelikle fiilin kamu görevlisinin görev alanına giren bir hususla ilgili olması gerekir¹⁹. Eğer

TEPE, s. 1027.

¹⁷ Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 347–348; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 214 vd.

¹⁸ “Konya İli Ereğli İlçesi Milli Eğitim Müdürü iken Karaman İli Sarıveliler İlçesi’ne Milli Eğitim Müdürü olarak atanan katılanın, İdare Mahkemesi’nin yürütmeyi durdurma kararıyla 15.01.2004 tarihinde eski görevine geri döndürüldüğü, hemen sonra Ereğli Kaymakamlığı’nın Konya Valiliği’ne yazdığı 15.01.2004 tarihli yazı üzerine Konya İl Milli Eğitim Müdürü sanık Mehmet Özer’in teklifi ve Vali Yardımcısı sanık İsmail Akman’ın uygun görüşü ile Konya Valisi’nin olur vermesiyle 19.01.2004 tarihinde Derebucak İlçesi’ne geçici olarak görevlendirildiği anlaşıldığından, Vali’nin onayı ile hukuken geçerli ve uygulanabilir bir idari işlem haline gelen geçici görevlendirme işleminin, İl Milli Eğitim Müdürü sanık Mehmet Özer tarafından teklifin hazırlanması ve Vali Yardımcısı sanık İsmail Akman’ın teklif hakkında olumlu görüş bildirilmesinin idari işlemin yasal olarak zorunlu ve asli unsurları olması nedeniyle, yargı kararını şeklen uygular görünüp kararın hukuki sonuçlarını etkisiz kılmak amacıyla yapılan geçici görevlendirmenin katılanı zarara uğrattığından 765 sayılı TCY’nın 228.maddesindeki sanıklara yüklenen suçun sabit olmasına karşın mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile beraat hükmü kurulması,” Yarg. 4. CD 08.02.2010, 2008-7876/2010-1601.

¹⁹ “442 sayılı Köy Kanunu’nun 36.maddesi hükümleri uyarınca, köy muhtarlarının mahkemelerden gönderilen ihzar müzekkerelerinin yerine getirilmesi konusunda doğrudan bir görevi bulunmayıp, yükümlülükleri, bu hususta jandarmaya yardımcı olmaktan ibaret olup; jandarma görevlilerinin Hamdiye ve Hacer Yağan isimli şahısların tanık olarak dinlenmek üzere mahkemede hazır bulundurulmalarına ilişkin ihzar müzekkeresinin gereğini yöntemince uygulamak yerine telefonla tanıkların muhtar tarafından hazır edilmesini istediklerinin ve sanık köy muhtarının da adı geçenlere karakola gitmeleri gerektiğini haber verdiğinin anlaşılması karşısında, sanık bakımından görevi kötüye kullanma suçunun yasal öğelerinin oluşmadığı gözetilerek beraate hükmolunması gerekirken, yasal olmayan gerekçe ile hükümlülük kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD. 25.01.2010, 2009-16038/2010/546.

“Ancak; posta tebligat görevlisi olan sanığın, mahkemelerce yakınan M. adına çıkarılan

fiil, kamu görevlisinin görev alanıyla ilgili değil ise, yani ifa edilen iş kamu görevlisinin görevinin (gerekleri) kapsamına girmiyorsa, görevi kötüye kullanma değil, başkaca suçlar (örn. m. 262)²⁰ veya kabahat neviden haksızlıklar oluşur²¹. Aynı şekilde kamu görevlisi sıfatının kötüye kullanıldığı hallerde de görevi kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır²².

Üstlenilen görevin kapsamının ve dolayısıyla gereklerinin belirlenmesinde, her somut olayda ilgili kamu görevlisinin statüsünü düzenleyen mevzuat esas alınır. Başka bir anlatımla, bir davranışın görevin gereklerine uygunluğu ya da aykırılığı, idare hukuku kurallarına göre belirlenir²³. Buna göre, görevin mutlaka bir kanunla veya yazılı hukuk kuralıyla kamu görevlisine tevdi edilmiş olması şart değildir. Üstlenilen görevle ilgili olmak kaydıyla amirin emrine aykırı davranılması halinde, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla görevi kötüye kullanma suçu oluşur.

Görevi kötüye kullanma, kanuni tanımda görevin gereklerinin ne şekilde kötüye kullanılarak işleneceği bizzat belirtilmediğinden, serbest hareketli bir suçtur²⁴. Buna göre görevin gereklerine aykırılık oluşturan her türlü davranışla suçun işlenebilmesi mümkündür.

Görevin gereklerine aykırı davranış, kamu görevlilerinin görevlerinin ifası için tesis ettikleri işlemler çerçevesinde tezahür eder. Zira kamu görevlileri üstlenmiş oldukları kamu görevini idari işlemler tesis etmek suretiyle yerine getirmektedirler. Bu kapsamda, bir idari işlemin geçerliliği bakımından

tebligatları yasada belirtilen yönteme uymadan kardeşi ve muhtar vekiline vererek görevinin gereklerine aykırı davranma biçimindeki *icrai nitelikli eyleminin*, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 257/1. maddesinde öngörülen kamunun ekonomik zararına, bireylerin mağduriyetine veya kişilerin haksız kazanç sağlamasına yol açıp açmadığının araştırılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun ve lehe yasanın saptanması gerekirken, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması," Yarg. 4. CD 12.03.2008, 2006-8819/2008-3265.

²⁰ "Kaymakamlık yazı işleri müdürü olan sanığın ve geçici köy korucu maaşlarının fazla verilen miktarların geri alınmasında görevli olmaması nedeniyle, oğlu askerdeyken onun adına yanlışlıkla yatırılan maaşları alan yakının bu parayı sanığa maliyeye yatırması için geri vermesine karşın, sanığın gereğini yapmaktan ibaret eyleminin zarar görenin yakınmasına bağlı güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır." Yarg. 4. CD. 04.07.2007, 2431/6402 (Yaşar/Gökcan/Artuç, C.: VI, s. 7241).

²¹ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 196; GÖKCAN, s. 63; ŞİK, s. 62.

²² ŞİK, s. 60.

²³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 812.

²⁴ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 1028.

gerekli olan unsurlardan biri yönünden hukuka aykırı davranıldığı hallerde görevin gereklerine aykırı bir davranışın varlığından bahsetmek gerekmektedir. Buna göre, görevin gereklerine aykırı davranış, kamu görevlisinin görevinin ifası bağlamında tesis etmiş olduğu işlem ve eylemlerde, yetki (görev) alanının dışına çıkmasını, söz konusu işlem ve eylemin tesisi açısından kanunda öngörülen usule aykırı davranmasını, idari işlemde maksat unsuru yönünden hukuka aykırı davranmasını ifade etmektedir²⁵.

İdareye tanınan takdir hakkının, bir kamu görevlisi tarafından usulüne uygun bir şekilde kullanılması görevin gereklerine aykırı bir davranışı oluşturmamalıdır. Zira takdir hakkının söz konusu olduğu hallerde idareye belli bir durumda iki seçenekten birini tercih etme noktasında yetki verilmektedir. İdare kendine tanınan bu yetki çerçevesinde tercihte bulunarak görevini yerine getirmiş olmaktadır. Dolayısıyla idareye takdir hakkının tanındığı hallerde, tercih yetkisinin dışına çıkılması halinde ancak görevi kötüye kullanmadan bahsedilebilecektir.

4- Kamunun Zararına, Kişilerin Mağduriyetine ve Kişilerin Haksız Çıkar Sağlamasına Neden Olma

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı her davranışı bir haksızlık teşkil etmektedir. Ancak, kamu görevlisinin sırf böyle bir haksızlığı gerçekleştirmesi cezalandırılabilmesi bakımından yeterli değildir. Ayrıca görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle kamunun zararına veya kişilerin mağduriyetine ya da kişilerin haksız bir kazanç (menfaat) sağlamasına neden olması da gerekir. Bu nedenle, her somut olayda görevin gereklerine aykırı davranış sebebiyle kamunun zararına mı, kişilerin mağduriyetine mi, yoksa üçüncü kişilere haksız menfaat sağlanmasına mı neden olunduğunun gösterilmesi gerekir. Bunun tespiti cezalandırılabilirliğin şartlarının oluşup oluşmadığının denetlenmesi ve aynı zamanda cezanın bireyselleştirilmesi açısından önemlidir²⁶. Buna göre, görevi kötüye kullanma yeni TCK'da, 765 sayılı eski TCK'dan farklı olarak, zarar suçu olarak düzenlenmiştir²⁷. Yeni kanundaki ha-

²⁵ Bu hususta bkz. GÖKCAN, s. 67 vd.; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 934 vd.; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 812-813; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 1028 vd.

²⁶ “Sanık tarafından “adres yetersiz alıcı tanınmıyor” açıklamasıyla iade edilen tebligatta, cadde ve işhanı isminin bulunması ve aynı adrese daha önce de tebligatların yapılmış olması karşısında; görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluştuğu gözetilmeden yerinde görülme-yen gerekçe ile beraat kararı verilmesi, Yarg. 4. CD, 31.03.2010, 2008-9137/2010-5865.

²⁷ ŞİK, s. 61.

liyle görevi kötüye kullanmanın bir zarar suçu olduğu hususunda doktrinde görüş birliği olmakla birlikte²⁸, suça bu özelliği kazandıran kamunun zararına, kişilerin mağduriyetine ve kişilerin haksız kazanç sağlamasına neden olma koşullarının teorik mahiyetinin tartışmalı olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Bir görüşe göre²⁹, kamunun zararına, kişilerin mağduriyetine ve kişilerin haksız kazanç sağlamasına neden olmak görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsurlarından neticeyi oluşturmaktadır. Dolayısıyla görevi kötüye kullanma suçunun tamamlanabilmesi için maddede öngörülen seçimlik neticelerden en azından birinin somut olayda gerçekleşmesi gerekmektedir.

Diğer görüşe göre³⁰, bu unsurlar suçun maddi unsurlarından neticeyi değil, failin cezalandırılabilmesi için gerçekleşmesi zaruri olan objektif cezalandırma şartını oluşturmaktadır. Kamunun zararına, kişilerin mağduriyetine ve kişilere haksız kazanç sağlanmasına neden olunması kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı fiilinin suç teşkil edebilmesi için değil, görevinin gereklerine aykırı davranışından dolayı cezalandırılabilmesi için ceza siyaseti gerekçeleriyle kabul edilmiş olan objektif nitelikli şartları oluşturmaktadır. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı kasti her davranışı bir haksızlık ve dolayısıyla suçtur. Ancak bu fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için objektif cezalandırılabilme şartını oluşturan kamunun zararına neden olmak, kişilerin mağduriyetine yol açmak ve kişilerin haksız kazanç sağlamasına sebebiyet vermek hususlarından birinin gerçekleşmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce de, görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu; kamunun zararına, kişilerin mağduriyetine ve kişilerin haksız kazanç sağlamasına neden olmaya bağlı değildir. Kamu görevlisinin kasten görevinin gereklerine aykırı davranması suçun oluşumu için yeterlidir. Ancak, kanun koyucu, cezalandırılabilirliğin alanını daraltmak bakımından bu unsurları objektif cezalandırılabilme şartı haline getirmiş ve kamu görevlisinin belli nitelik arz eden görevi kötüye kullanmalardan dolayı cezalandırılabilmesini sağlamıştır.

²⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 814; SOYASLAN, s. 676-677; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 937; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1030.

²⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 814; SOYASLAN, s. 677; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 1030; GÖKCEN, s. 81 vd.

³⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 937; ŞIK, s. 138; ÜZÜLMEZ/AKKAŞ, s. 77; MERAN, s. ???.

Yargıtay kararlarında kamunun zararı, kişilerin mağduriyeti ve üçüncü şahıslara haksız menfaat sağlanması bazen maddi unsurlardan netice olarak³¹ bazen de objektif cezalandırılma şartı olarak değerlendirilmektedir³².

Bu noktada değinilmesi gereken diğer bir husus da, objektif cezalandırılabilme şartı olarak nitelendirilen kamunun zararından, kişilerin mağduriyetinden ve üçüncü şahıslara haksız bir menfaat sağlamadan ne anlaşılması gerektiğidir.

Kamunun zararına neden olmak madde gerekçesinde ekonomik bakımdan kamunun zararına sebebiyet vermek şeklinde açıklanmıştır. Kamu zararı, kamu kaynağında artışa engel olunmasını veya eksilmeye neden olunmasını ifade etmektedir (bkz. 5018 sayılı Kamu Maliyesi Yönetimi ve Kontrol Kanunu m. 71). Dolayısıyla kamunun zararına neden olmak, geniş anlamda kamu görevinin, görevin gereklerine uygun şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kamu menfaatinin haleldar olması, kamu düzenini bozulmuş olması şeklinde

³¹ “Noter olan sanığın katılan Tahsin Tarık Üregül’ün kardeşi Turgut Üregil’e verdiği vekâletnamede gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yetkisi bulunmadığı halde, bu ilk vekâletnamede bulunan her türlü sözleşme yapma yetkisine dayanarak avukat Engin Ömer Oğuz’a Borçlar Kanunu 388/3. maddesine aykırı olarak; ön satım sözleşmesi yapma yetkisi vererek, sözkonusu taşınmazın, satış vaadi sözleşmesiyle satılmasına yol açılması eyleminin kamu zararı, haksız çıkar sağlama üç mağduriyet öğelerinin oluşması koşuluyla görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yetersiz gerekçe ile beraat kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD, 07.04.2010, 2008-10504/2010-6305.

³² “Ancak; hekimlerin hastalarıyla olan ilişkilerini düzenleyen 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün 16. Maddesinin “hekim, bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmi metodları tatbik suretiyle bizzat yaptığı muayene neticesinde edindiği vicdani ve fenni kanaate ve şahsi müşahedesine göre rapor verir. Hususi bir maksatla veya hatır için rapor veya herhangi bir vesika verilmez”, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 23. maddesine göre ise “Hekim, acil olgular gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz” şeklindeki düzenlemelere rağmen doktor olan sanığın, görmediği ve bizzat muayene etmediği, tahlil ve tetkik yaptırmadığı Hacer Bayat isimli hastanın sağlık karnesine ilaç yazmaktan ibaret eylemi ile görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işlediği anlaşılmakla; 5237 sayılı TCY’nın 257.maddesinde düzenlendiği üzere eylemin, kişilerin mağduriyetlerine, kamu zararına yol açıp açmadığı ve kişilere haksız kazanç sağlayıp sağlamadığı tartışılıp açıklanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, reçete edilen Tarden isimli ilacın tıbbi gerekliliğine dayanılarak beraat kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD, 01.11.2010, 2008-20682/2010-18036.

“Ancak; 1- Kaymakam olan sanığın, makam aracına ruhsata işletmeden LPG cihazı taktırarak, LPG alımlarını benzin alınmış gibi göstermesi karşısında, 5237 sayılı TCY’nın 257. maddesinde öngörülen görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için cezalandırma koşulu olan kamu zararı, kişilerin mağduriyeti ya da haksız kazanç sağlama öğelerinin oluşup oluşmadığı tartışılmadan ve bu hususta bilirkişi raporu alınmadan eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçeyle hükümlülük kararı verilmesi,” Yarg. 22.02.2010, 2009-20555/2010/2854.

anlaşılmalıdır³³. Yargıtay madde açısından kamunun zararına neden olmayı, ekonomik açıdan bir zarara sebebiyet verme şeklinde anlamakta ve bu yönde istikrar kazanmış kararlar vermektedir³⁴.

Kişilerin mağduriyetine neden olmak ise, görevin gereklerine aykırı davranış sebebiyle kişinin haklı bir çıkarının zedelenmesine, haklarının ihlal edilmesine neden olunması şeklinde anlaşılmalıdır³⁵. Buna göre, görevin gereklerine aykırı davranış sebebiyle kişilerin sadece ekonomik bakımdan zarara uğramaları değil, her hangi bir çıkarlarının zedelenmesine neden olmak da kişisel mağduriyet kapsamında değerlendirilecektir. Bu husus madde gerekçesinde, “*Bu mağduriyet, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararı ifade etmez. Mağduriyet kavramı, zarar kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Örneğin kişi, tabi tutulduğu sınavda başarılı olmasına rağmen, başarısız gösterilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında, belli bir parsel, sahibine duyulan husumet dolayısıyla, plan tekniğine aykırı olarak, yeşil alan olarak gösterilmiş olabilir. Kişinin, kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşıdığı hâlde, yararlanması engellenmiş olabilir. Kişinin, belli bir sınai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşıdığı hâlde, bu faaliyeti engellenmiş olabilir.*” şeklinde izah edilmiştir³⁶.

Görevin gereklerine aykırı bir davranışla kişilere haksız bir menfaat sağlanmış da olabilir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranarak kişilere haksız bir menfaat sağladığı hallerde de cezalandırılması söz konusu olacaktır. Kişilere sağlanan haksız menfaat, ekonomik anlamda bir çıkar olabileceği³⁷ gibi ekonomik bir karşılıkla ölçülemeyecek diğer herhangi

³³ Soyaslan’a göre, kamu görevlisi tarafından soyut kuralın ihlali devletin itibarına, saygınlığına, güvenilirliğine zarar verir. Bunun önlenmesi açısından görevi kötüye kullanma kanuna konulmuştur. Nihai olarak hükmün amacı hukuk devletini korumaktır. Kamunun zararına neden olunması, eğer görevin gereklerine aykırı davranarak kamu açısından ekonomik bir zarara neden olma şeklinde anlaşılırsa, hukuk devleti korunmamış olur. Bu durum ise, TCK’nın 1. maddesiyle bağdaşmamaktadır. Bkz. SOYASLAN, s. 677.

³⁴ Yarg. CGK, 18.10.2005, 96/118 (YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C.: VI, s. 7335-7336) ; Yarg. 4. CD, 02.03.2009, 2007-2915/2009-3623 (YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C.: VI, s. 7337-7338); Yarg. 4. CD, 26.06.2007, 2636/6041 (YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C.: VI, s. 7339).

³⁵ Yarg. 4. CD, 14.10.2010, 2009-14967/2010/6924 (www.hukukturk.com).

³⁶ Ayrıntı bilgi için bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C.: VI, s. 7261-7262.

³⁷ “Ancak; sanığın Siirt Barosu Başkanı olarak görev yaptığı dönemde, aynı baroya kayıtlı olan oğlu Avukat Rıdvan Özer’i, diğer avukatlardan daha çok olmak üzere yüz iki kez zorunlu müdafii olarak görevlendirerek; oğluna haksız kazanç sağlamasına karşın, müdafilik görevlerini emek ve mesai harcıyarak yerine getirdiğinden söz edilerek beraat kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD, 11.03.2010, 2009-20568/2010-3981.

bir fayda da olabilir. Örneğin, açılması gereken bir davanın kamu görevlisi tarafından açılmamış olması da kişilere haksız bir menfaatin sağlanması kapsamında değerlendirilmelidir.

Hemen belirtelim ki, 257. maddenin 6086 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki şeklinde bu şart “kişilere haksız bir kazanç sağlanması” şeklindeydi. Kişilere haksız kazanç sağlamanın ne şekilde anlaşılması gerektiği hususu doktrinde tartışmalı olduğu gibi, sırf ekonomik bir çıkarı ifade ettiği yönünde eleştiriler de söz konusu idi³⁸. Maddede yapılan değişiklikte artık bu husustaki duraksamaların ve tereddütlerin önüne geçilmiş ve kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle, bir kişinin durumunu iyileştirmeyle, ona haksız bir yarar sağlamayla suçun işlenebileceği kabul edilmiştir.

Sağlanan menfaatin haksız olması gerekir. Dolayısıyla hak edilmeyen bir yararın kamu görevlisi fail tarafından görevin gereklerine aykırı davranılması suretiyle sağlanmış olması gerekmektedir. Örneğin, gerekli şartları taşımaması nedeniyle belli bir göreve atanması mümkün olmayan bir kişinin, atamaya yetkili kamu görevlisi tarafından bu kişinin atama için gerekli şartları taşımadığını bilmesine rağmen atanması halinde, bu kişiye haksız bir menfaat sağlanmış olmaktadır. Yine aynı şekilde, gerekli şartları taşınamasına rağmen bir kişinin devletin sağladığı bir krediden faydalandırılması, yine şartları taşınamasına rağmen kişinin bir faaliyet izninden yararlandırılması görevin gereklerine aykırı bir davranışla kişilere haksız menfaat sağlanmasını belirtmektedir³⁹.

Her ne kadar görevi kötüye kullanma suçu açısından “kamunun zararına”, “kişilerin mağduriyetine” ve “kişilere haksız bir menfaat sağlamaya” neden olmak objektif cezalandırılma şartını oluşturmakta ise de, somut olayda failin cezalandırılabilmesi bakımından bu şartların görevin gereklerine aykırı davranışın sonucu olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Görevin gereklerine aykırı davranış ile objektif cezalandırılma şartını oluşturan bu neticeler arasında neden sonuç ilişkisinin kurulamadığı hallerde failin sorumluluğu yoluna gitmek, fail hakkında objektif isnadiyetle bulunmak mümkün değildir.

³⁸ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, C.: VI, 7264 vd.

³⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, (7), s. 820-821.

B- TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Görevi kötüye kullanma kasten işlenebilen suçlardandır. Maddede, suçun oluşumu için, failin kasten hareket etmesi yeterli görülmüş, onun belli bir maksat veya saikle hareket etmesi aranmamıştır⁴⁰. Bu kapsamda, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir davranışta bulunduğu, kendisine tanıyan yetkinin sınırlarını aştığı bilincine sahip olarak gerçekleştirdiği fiiller görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır⁴¹. Suçun unsurunu değil, objektif cezalandırılabilme şartını oluşturduğundan, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışı sonucunda, kamunun zararına veya kişilerin mağduriyetine neden olduğunu ya da kişilere haksız bir yarar sağladığını bilmesi gerekli değildir⁴². Bu şartların objektif olarak gerçekleşmesi, görevin gereklerine aykırı bir davranış gerçekleştirdiği bilinciyle hareket eden kamu görevlisinin cezalandırılması açısından yeterlidir⁴³.

IV- İHMALİ HAREKETLE GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA (TCK M. 257/2)

A- TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI

1- Fail, Mağdur ve Konu

Görevi kötüye kullanma suçunun icra hareketle işlenen şekli ile ihmalî hareketle işlenen şekli, suçun maddi unsurlarından fail, mağdur ve konu yönünden herhangi bir farklılık göstermemektedir. Yukarıda yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

2- Fîl

Görevi kötüye kullanmanın bu şekli “görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstermek” suretiyle işlenebilir. Bir kamu görevlisinin, üstlenmiş olduğu görevin gereği olarak belli bir yönde davranmasının kendisinden beklendiği, diğer bir ifade ile kamu görevlisinin belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün söz konusu olduğu hallerde, kendisin-

⁴⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 947.

⁴¹ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 200.

⁴² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s. 947.

⁴³ Karşı görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, (7), s. 828-829; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/ TEPE, s. 1040; GÖKCEN, s. 101; SOYASLAN, s. 677.

den beklenen davranışı hiç gerçekleştirmemesi veya gecikerek yerine getirmesi halinde, ihmali davranışla görevi kötüye kullanmış olacaktır⁴⁴.

Görevi kötüye kullanmanın bu şekli, görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermek veya gecikme göstermek suretiyle işlenebileceğinden, seçimlik hareketli bir suç özelliği taşımaktadır⁴⁵.

İlk seçimlik hareket, kamu görevlisinin, görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermesidir. İhmal, kamu görevlisinin, üstlenmiş olduğu görev kapsamına giren bir işle ilgili olarak belli bir yönde davranması için gerekli şartlar oluşmasına rağmen, kendisinden beklenen hareketi yapmaması, yani savsamasıdır⁴⁶. Örneğin, bir atama işleminin yapılması için gerekli tüm şartlar oluşmasına rağmen, işlemin tekemmülü için zorunlu olan son imzanın yetkili merci tarafından atılmaması nedeniyle atamanın yapılamaması halinde görevin gereklerini yapmakta ihmal söz konusudur⁴⁷.

Burada, görevin hiç yerine getirilmemesi söz konusudur⁴⁸. Dolayısıyla görevin kapsamına giren bir işin gereği gibi yapılmaması, diğer unsurlarının da oluşması kaydıyla icrai hareketle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur⁴⁹.

⁴⁴ “Belediye Başkanı olan sanığın, icra memurluğunun maaşından kesinti yapılması yolundaki buyruğunu yerine getirmemekten ibaret olan pasif nitelikteki eyleminin TCY’nın 257/2. madde ve fıkrasında öngörülen görevi savsama niteliğinde olduğu gözetilmeden görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan hükümlülük kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD, 07.05.2010, 2008-12807/2010-9306 (www.hukukturk.com).

⁴⁵ ŞİK, s. 79.

⁴⁶ “Belediye Fen İşleri Müdürü olan sanığın Asliye Hukuk Mahkemesinin 18.10.2004 tarihli yazısı ve üç adet tekit yazısına, ilgili bilgi ve belgeleri göndermeyerek cevap vermeme eylemi ile görevin gereklerine aykırı davrandığı gözetilmeden TCY. nın 257. maddesinde öngörülen “kamu zararı, kişilerin mağduriyeti ve haksız kazanç sağlama” öğelerinin gerçekleşmesi koşuluyla hükümlülük kararı verilmesi yerine yerinde olmayan gerekçeyle beraate hükümlenmesi”, Yarg. 4. CD, 08.02.2011, 2008-21882/2011-1223 (www.hukukturk.com).

⁴⁷ “... Belediye başkanı ve fen işleri müdür vekili olan sanıkların, belediye encümeninin 5392 ada 2 parseldeki konutun yıkımına ilişkin aldığı 22.06.2001 tarih ve 358 sayılı kararı, İmar Yasası’nın 32. maddesine aykırı olarak uygulamadıklarının anlaşılması karşısında, suçun olduğu gözetilmeden “belediyenin yeterli makine ve ekipmanının bulunmadığı, mali yönden zayıf olduğu” biçimindeki yasal olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi,” Yarg. 4. CD, 15.09.2008, 2007-12854/2008-16679 (www.hukukturk.com).

⁴⁸ GÖKCAN, s. 107; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 943; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, s. 1034; SOYASLAN, s. 525.

⁴⁹ GÖKCAN, s. 107-108. Aksi görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 823.

İhmali hareketle görevi kötüye kullanmayı oluşturan diğer seçimlik hareket, görevinin gereklerini yapmakta gecikme göstermektir. Gecikme göstermek, esas itibarıyla görevin gereği olan bir işin zamanında yapılmamasını ifade etmektedir. Bu ihtimalde, kamu görevlisi görevinin gereği olan işi yapmıştır. Ancak, bunu geç yerine getirmiştir⁵⁰. Görevin gereklerinin yerine getirilmesinde gecikme gösterilmesi hali de aslında bir ihmalin varlığı anlamına gelmektedir. Zira belli bir yönde davranışta bulunulması için gerekli şartların oluştuğu andan itibaren, icrai bir davranışta bulunmakla yükümlü olan kişinin kendisinden beklenen yönde hareket etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla icrai hareket emrinin şartları oluşmasına rağmen hareketsiz kalmak, yani gecikme göstermek ihmaldir⁵¹. Bu nedenle, görevin gereklerini yerine getirmede gecikme göstermeye 257/2. maddede seçimlik hareket olarak yer verilmesine dahi, gecikmenin söz konusu olduğu hallerde ihmalden hareketle aynı sonuca varmak mümkündür. Bununla birlikte, kanun koyucu bu hususta ortaya çıkabilecek tartışmaların önüne geçmek maksadıyla bu hususu açıkça düzenlemeyi tercih etmiştir.

Bir görevin yerine getirilmesi için mevzuatta bir süre belirlenmiş olabilir. Belirlenen bu süre içerisinde görevin yerine getirilmemesi halinde gecikmenin söz konusu olduğu hususunda bir şüphe yoktur⁵². Bu gibi hallerde, gecikme, kamu görevlisine kusur izafesini engelleyecek bir nedenden kaynaklanmadıkça kamu görevlisinin sorumluluğu yoluna gidilecektir.

Buna karşılık, görevin yerine getirilmesi bakımından mevzuatta herhangi bir süre öngörülmemiş olabilir. Bu gibi hallerde, görevin yerine getirilmesi bakımından olağan iş akışının gerekleri göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, görevin niteliği ve somut olayın özelliklerine göre şekillenen olağan iş akışı içerisinde görevi yerine getirilmesi belli bir zamanı almış ise, bu geçen zaman görevin gereklerini yerine getirmede gecikme olarak değerlendirilmemelidir⁵³. Görevin yerine getirilmesinde gecikmenin vaki olduğu bir halde, bunun olağan iş akışının gereği mi olduğu, yoksa kamu görevlisinin görevini yapmaktaki ihmalden mi kaynaklandığı hususunda bir tespit yapılamıyorsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesine göre hareket etmek gerekir⁵⁴. Yargı-

⁵⁰ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 215.

⁵¹ GÖKCAN, s. 108-109.

⁵² ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 216; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 823; GÖKCAN, s. 109.

⁵³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 823; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 216; GÖKCAN, s. 109.

⁵⁴ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 216.

tay, iş yoğunlu nedeniyle bir görevin zamanında yerine getirilmediği hallerde, işin hiç görülmemesinde veya geç yerine getirilmesinde ilgili kamu görevlisinin kastının varlığından bahsedilemeyeceği gerekçeleriyle görevi kötüye kullanma suçunun oluşmadığı sonucuna ulaşmaktadır⁵⁵.

Kamu görevlisinin, görevin gereklerini yerine getirmede ihmal veya gecikme göstermesi nedeniyle cezalandırılabilmesi için, sırf görevin gereklerine aykırı bir ihmalinin varlığının tespiti yeterli değildir. Ayrıca bu ihmali davranışıyla kamunun zararına veya kişilerin mağduriyetine ya da kişilerin haksız bir çıkar sağlamasına neden olması gerekmektedir. Bu objektif cezalandırılabilme şartlarından biri gerçekleşmedikçe, ihmali sabit olsa dahi kamu görevlisinin cezalandırılması mümkün değildir⁵⁶.

B- TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Görevi kötüye kullanma suçunun bu şekli de kasten işlenebilen suçlardandır. Dolayısıyla, kamu görevlisi ihmalden dolayı sorumluluğu, belli yönde icrai davranışta bulunmasını gerektiren şartların oluştuğunu bilmesine rağmen, kendisinden beklenen yönde hareket etmemesine bağlıdır. Suçun icrai hareketle işlenen şeklinde olduğu gibi, failin hangi maksat veya saikle hareket ettiğinin önemi bulunmamaktadır. Kamu görevlisinin, belli yönde icrai davranışta bulunması gerektiğini bilmesine rağmen, yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde kasten hareket etmiş olacaktır. Objektif cezalandırılabilme şartları kastın kapsamına girmediğinden, kamu görevlisinin ihmalinin sonucunda kamunun zararına veya kişilerin mağduriyetine sebebiyet verdiğini ya da üçüncü kişilere haksız bir çıkar sağladığını bilmesi gerekli değildir.

⁵⁵ Yarg. CGK, 02.03.2010, 2009-204/2010-39 (www.hukukturk.com).

⁵⁶ “Belediye başkanı olan sanığın, belde sınırları içerisinde H., M., H.’in kaçak ve ruhsatsız inşaat yaptığını öğrendiği halde; katılanın 14.01.2005 tarihli şikayetine kadar imar mevzuatında mevcut idari ve cezai nitelikteki yaptırım yollarına başvurmayarak, anılan inşaatların tamamlanmasına ve kaçak inşaat sahiplerinin haksız kazanç sağlamalarına neden olması karşısında; yüklenen görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun oluştuğu gözetilmeden, “sanığın kaçak yapı yapan kişileri kolladığına ilişkin kesin bilgiye ve delile ulaşamadığı” biçimindeki yasal olmayan gerekçeyle beraatine karar verilmesi,” Yarg. 4. CD, 26.05.2009, 2007-7545/2009-10187 (www.hukukturk.com).

“Belediye Başkanı ve Fen İşleri Müdürü olan sanıkların, suça konu inşaatın devam etmemesi nedeniyle yıkım kararı almadıklarını savunmaları ve 2.11.2004 günlü bilirkişi raporunda inşaat ek olarak yapılan kolon ile ilave tabliyenin yıkılmış olduğunun belirtilmesi karşısında; yıkım kararı alınmaması sonucu 5237 sayılı TCY.nın 257/2. maddesinde öngörülen kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı, ya da kişilere haksız kazanç sağlama öğelerinin gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilip tartışılarak, sonucuna göre sanıkların hukuksal durumlarının belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi,” Yarg. 4. CD, 02.11.2007, 2006-3422/2007-8715 (www.hukukturk.com).

V- KAMU GÖREVLİSİNİN GÖREVİNİN GEREKLERİNE UYGUN DAVRANMAK İÇİN VEYA BU NEDENLE KİŞİLERDEN KENDİSİNE VEYA BİR BAŞKASINA ÇIKAR SAĞLAMASI (TCK M. 257/3)

A- TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI

1- Fail, Mağdur ve Konu

Suçun faili ve konusu bakımından görevi kötüye kullanmanın 257. maddenin 1 ve 2. fıkralarında düzenlenen şekliyle ilgili yapılan açıklamalar aynen burada da geçerlidir. Bu nedenle, suçun faili ve konusu bakımından yukarıdaki açıklamalara atıfla yetiniyoruz.

Buna karşılık, görevi kötüye kullanmanın bu şekli mağdur yönünden bir özellik arz etmektedir. Bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak için veya uygun davrandığı için kendisi veya bir başkasına çıkar sağladığı hallerde, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu hususunda herhangi bir şüphe yoktur. Burada esas sorun, toplumun oluşturan herkesin yanı sıra kamu görevlisine çıkar sağlayan kişinin de suçun mağduru sayılıp sayılmayacağı noktasında toplanmaktadır. Özellikle kamu görevlisinin, kendisine çıkar sağlanması yolunda herhangi bir davranışı bulunmamasına rağmen, diğer tarafın teklifi üzerine çıkar sağlandığı hallerde, çıkar sağlayan kişinin mağdur mu, yoksa azmettiren mi olduğu hususu tartışmalı hale gelmektedir⁵⁷.

Kanaatimizce, hükmün sevk amacını da göz önünde bulundurarak, görevin gereklerine uygun davranılması veya davranıldığı için çıkar sağlamanın bizzat kamu görevlisinin davranışlarından kaynaklandığı hallerde, çıkar sağlamak durumunda kalan kişiyi bu suçun mağduru olarak kabul etmek gerekir. Buna karşılık, kamu görevlisiyle muhatap olan kişi, kamu görevlisinin bu yönde bir davranışının olmamasına rağmen işinin daha hızlı ve itinalı şekilde görülmesini sağlamak amacıyla çıkar sağlamayı teklif ettiği ve kamu görevlisinin de bunu kabul ettiği hallerde, teklif eden kişiyi azmettiren olarak iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu tutmak gerekir⁵⁸.

2- Fiil

Görevi kötüye kullanmanın bu şekli, kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranması veya davranması sebebiyle kendisine veya üçün-

⁵⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 825.

⁵⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 825.

cü bir şahsa çıkar sağlamasıyla işlenmektedir. Görevin gereklerine uygun davranması veya davrandığı için çıkar sağlamakla bu suç işlenebildiğinden, görevi kötüye kullanmanın bu şekli de seçimlik hareketli suç olarak düzenlenmiştir.

İlk seçimlik hareket, kamu görevlisinin görevinin gerekleri çerçevesinde hareket etmesi için kendisine veya üçüncü bir şahsa herhangi bir çıkar sağlanması şeklinde tezahür etmektedir. Bu ihtimalde, görevin gerekleri çerçevesinde hareket edilmesinin kamu görevlisi tarafından çıkar sağlanmasına bağlı tutulduğu bir hal söz konusudur.

Diğer seçimlik hareket ise, kamu görevlisine görevinin gereklerine uygun davranması nedeniyle kendisine veya üçüncü bir şahsa herhangi bir çıkar sağlanmasından ibarettir. Bu seçimlik hareket, görevin gereklerine uygun davrandıktan sonra çıkarın sağlanmasıyla gerçekleşmektedir⁵⁹.

Suçun oluşumu için, çıkar sağlamaya neden olan işin kamu görevlisinin görev alanına girmesi gerekmektedir⁶⁰. Suçun oluşumu, kamu görevlisinin görevin gereklerine uygun davranması veya davrandığı için çıkar sağlanmasını gerektirdiğinden, belli bir iş ile ilgili olması gerekmektedir⁶¹.

Ayrıca kamu görevlisine haklı bir hususun temini için çıkar sağlanmış olmalıdır. Eğer kamu görevlisine görevinin gereklerine aykırı davranması için, yani haklı olmayan bir hususun temini için çıkar sağlanıyorsa, konunun rüşvet suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Maddede, suçun oluşumu bakımından çıkarın bizzat kamu görevlisine sağlanması ile üçüncü bir şahsa sağlanması arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir. Ayrıca çıkarın, mutlaka ekonomik bir değerle ifade edilebilen yarar olmasının gerekmediği, maddi veya manevi her türlü yararın bu kapsamda dününmesi gerektiği genel olarak kabul görmektedir⁶².

⁵⁹ “Tanıklar H. ve N.’nin beyanlarının katılan-mağdurenin aşamalarda özü değişmeyen anlatımlarını doğrulaması ve tüm dosya kapsamı karşısında, sanığın yapması gereken ameliyatı yaptıktan sonra görevinin gereklerine aykırı olarak mağdureden para almak şeklinde sübut bulan eyleminin tüm unsurlarıyla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu sabit olduğu halde bu suçtan cezalandırılması yerine yazılı gerekçelerle beraetine karar verilmesi,” Yarg. 5. CD, 03.05.2011, 2008-6181/2011-3644 (www.hukukturk.com).

⁶⁰ GÖKCAN, s.

⁶¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 945. Karşı görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 826. Ayrıca bkz. GÖKCAN, s. 116.

⁶² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 945.

Kamu görevlisinin görevin gereklerine uygun davranması veya bu nedenle çıkar sağlaması muhatabını icbar etmesinden, onu ikna etmesinden veya onun hatasından yararlanmasından kaynaklanması, görevi kötüye kullanmanın özel bir şekli olan irtikâbı oluşturduğundan, 257/3. madde uygulanmaz. Bu husus madde gerekçesinde “*Maddenin üçüncü fıkrasına göre; kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması, bazı hâllerde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Ancak, bunun için, fiilin icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturmaması gerekir. Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için, kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması, rüşvet suçunu oluşturacaktır. Buna karşılık, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranmak amacıyla kişilerden menfaat temin etmesi durumunda ise, rüşvet suçu değil, kural olarak icbar suretiyle irtikâp suçu oluşur. Ancak, somut olayda, kişinin menfaat sağlama yönünde icbar edildiği yönünde somut dayanak noktalarının bulunmaması durumunda, fiilin görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek ceza ya hükmedilecektir.*” şeklinde açıklığa kavuşturulmuştur⁶³.

B- TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Görevi kötüye kullanmanın diğer şekilleri gibi maddenin 3. Fıkrasında düzenlenen biçimi de kasten işlenebilir. Suçun oluşumu için kastın varlığı yeterlidir, kastın dışında başkaca subjektif unsurun gerçekleşmesi gerekli değildir.

⁶³ “Tekirdağ Köy Hizmetleri İl Müdürlüğünde Makina Mühendisi olarak çalışırken, Tekirdağ Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğü bünyesinde Makina Mühendisi bulunmadığından A.İ.T.M. projelerini onaylamakla Vali oluru ile görevli kılınan sanık F. H.’in 2000 yılından 08.05.2003 tarihine kadar müşteki-sanık R. E. ve çalışanı S. C.’in onaylanmak üzere getirdikleri projeler nedeniyle dosya başı 2 milyon TL. isteyip aldığı, bilahare sanık F.’nin daha önce onaylamış olduğu projeler nedeniyle birikmiş parayı istemesi üzerine, Raşit Eren’in C.Savcısına müracaatı ile temin ve numarası tespit edilen 170 Milyon TL.nin makam odasında verilmesinden hemen sonra güvenlik görevlilerince sanığın masasının çekmecesinde paralarla birlikte suçüstü yakalanması şeklinde gelişen olayda; irtikabın cebir veya ikna kısmının yasanın ve doktrinin kabul ettiği anlamda oluşmadığı, sanığın eylemi 765 sayılı TCK.nun 212/1. maddesinde belirgin yapması gereken işi yapmak için rüşvet alma suçunu oluşturduğu, 765 sayılı TCK.nun 212. maddelerinin 1 ve 2. fıkralarında basit ve nitelikli rüşvet alma suçları ayrı ayrı düzenlenip yaptırım altına aldığı halde 5237 sayılı TCK.nun rüşveti tanımlayan 252/3. maddenin de “rüşvet kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak işi yapması veya yapmaması için kişiyle verdiği anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlanmasıdır” denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapması yada yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının rüşvet suçu kapsamından çıkarıldığı, bu durumda aynı Yasanın 257/3. maddesi delaletiyle 257/1. maddesindeki müteselsilen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı halde yazılı şekilde hükme varılması,” Yarg. 5. CD, 27.06.2007, 1602/5353 (www.hukukturk.com).

VI- KUSURLULUK

Kişinin işlemiş olduğu haksızlıktan dolayı sorumlu tutulabilmesi kusurlu sayılabilmesine bağlıdır. Buna göre, kişi, fiili işlediği sırada algılama yeteneğine sahip değilse veya algılama yeteneğine sahip olmakla birlikte irade yeteneğine sahip değil ise, işlemiş olduğu bu fiilden dolayı kusurlu addedilemeyeceği için cezalandırılmayacaktır⁶⁴.

Bu teorik açıklamalar, kural olarak, inceleme konumuzu oluşturan suç bakımından da geçerlidir. Ancak, görevi kötüye kullanma suçunda, kusurluluk bağlamında daha ziyade davranışları hukukun icaplarına göre yönlendirme yeteneği, yani irade yeteneğinin etkilenmesi gündeme gelebilir. Örneğin, zorunluluk hali çerçevesinde bir kamu görevlisi görevinin gereklerine aykırı davranmış olabilir. Yine bir kamu görevlisi maruz kaldığı cebir ve tehdidin etkisiyle görevin gereklerine aykırı davranmış veya yine maruz kaldığı cebrin veya tehdidin etkisi ile görevin gereklerini yerine getirme yönünde icrai bir davranışta bulunamamış olabilir. Bu gibi hallerde, görevin gereklerine aykırı davranan kamu görevlisini somut olayın şartları çerçevesinde kusurlu addetmek mümkün olmayabilecektir.

Suçun ihmali davranışla işlenen şekli bakımından, kamu görevlisinin, somut olayda kendisinden beklenen yönde davranışta bulunabilme imkânına sahip olup olmadığı hususu kusurluluk kapsamında değerlendirilmelidir.

VII- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A- TEŞEBBÜS

Görevi kötüye kullanma, görevin gereklerine aykırı davranışın icrasıyla birlikte tamamlanan bir haksızlıktır. Ancak failin gerçekleştirdiği bu haksızlıktan dolayı cezalandırılabilmesi için, maddede öngörülen objektif cezalandırılabilme şartlarından en az birisinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Objektif cezalandırılabilme şartları haksızlığın kapsamına dâhil olmadıklarından, teşebbüs bakımından bu unsurların göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Dolayısıyla görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs, görevin gereklerine aykırı davranışın icrasının tamamlanması safhasına kadar mümkündür. Zira teşebbüs, kastedilen suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanıp elde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen elde olmayan nedenler-

⁶⁴ Bkz. ÖZGENÇ, s. 338 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 243.

le neticenin gerçekleştirilememesini ifade etmektedir. Buna göre, bünyesinde neticeye haksızlığın bir unsuru olarak yer vermeyen “sırf hareket suçları” fiilin icrası aşamasında teşebbüs halinde kalabilmektedir. Bu nedenle, doktrinde ileri sürülen objektif cezalandırılabilme şartını ihtiva eden suçların teşebbüse elverişli olmadığı yolundaki görüşe⁶⁵ katılmadığımız gibi, görevin gereklerine aykırı davranışa rağmen kamunun zararının, kişilerin mağduriyetinin veya kişilere haksız bir yarar sağlamanın söz konusu olmadığı hallerde teşebbüsten bahsedilmesi gerektiğini belirten düşünceye⁶⁶ de iştirak etmiyoruz.

Görevi kötüye kullanma suçunun ihmali hareketle işlenen şekli teşebbüse elverişli değildir.

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine uygun davranmak için veya bu nedenle kendisine veya üçüncü bir şahsa bir çıkar sağlanması talebinde bulunması, ancak çıkarın muhatabı tarafından sağlanmadığı hallerde suçun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekmektedir. Buna karşılık, çıkar sağlama teklifinin haklı bir hususun temini için kamu görevlisiyle muhatap durumundaki kişi tarafından geldiği hallerde, kamu görevlisinin bunu kabul etmemesi halinde, aslında akim kalmış görevi kötüye kullanmaya azmettirme söz konusudur. Hukukumuzda akim kalmış azmettirmeyi cezalandırmaya imkân sağlayan bir düzenleme söz konusu olmadığından, bu kişiyi akim kalmış görevi kötüye kullanmaya azmettirmeden cezalandırmak mümkün değildir. Ancak bu durum azmettirme fiilinin oluşturduğu diğer suçlardan dolayı failin cezalandırılmasına engel değildir. Nitekim uygulamada bu gibi hallerde fiilin hakaret suçunu oluşturduğu kabul edilmektedir⁶⁷.

⁶⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 948.

⁶⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, (7), s. 831; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 1040.

⁶⁷ “Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sair temyiz itirazlarının reddine, 5237 sayılı TCK’nın rüşveti tanımlayan 252/3. maddesinde “rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır” denilerek sadece nitelikli rüşvete yer verildiği, kamu görevlisinin yapması gereken işi yapması ya da yapmaması gereken işi yapmaması için yarar sağlanmasının veya kişilerin bu şekildeki iş için kamu görevlisine çıkar temin etmelerinin rüşvet tanımından çıkarıldığı, ancak sanığın oluşa uygun olarak işlediği kabul edilen haklı hususun temini için rüşvet teklif etme fiilinin kamu görevlisinin şeref ve saygınlığına saldırı niteliğinde olması sebebiyle aynı Yasa’nın 125/3. maddesinde düzenlenen kamu görevlisine hakaret suçunu oluşturacağı gözetilmeden...” Yarg. 5. CD, 12.05.2008, 2006-1435/2008-4255 (www.hukukturk.com).

B- İŞTİRAK

Görevi kötüye kullanma, kamu görevlileri tarafından işlenebilen özgü bir suçtur. Ancak, suçun faili olabilmek bakımından sırf kamu görevlisi sıfatını taşımak yeterli değildir. Ayrıca üstlenilen görevin gereklerine aykırı bir davranışın gerçekleştirilmiş olması da gerekmektedir. Dolayısıyla kamu görevlisi sıfatını taşımakla birlikte, fiil üzerinde hâkimiyet kuramayanlar bu suçun faili olamayacaklardır.

Buna göre, belli bir kamu görevini üstlenmiş olan kişiler bu suçun müstakil veya müşterek faili olabilirler. Kamu görevlisini, görevinin gereklerine aykırı davranmaya karar verdiren veya kamu görevlisinin fiiline, bu fiilin işlenmesini kolaylaştıran bir katkıda bulunan kişiler ise, azmettiren ve yardım eden olarak katılmış olacaklardır (m. 40/2).

C- İÇTİMA

Görevi kötüye kullanma, tamamlayıcı tali bir suç tipidir. Bu nedenle, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı bir davranışının kanunda tanımlanan başkaca suçu oluşturmadığı hallerde TCK'nın 257/1-2. maddelerini uygulamak gerekmektedir. Örneğin bir kamu görevlisi, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapmak veya yapmamak için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamış ise, görevinin gereklerine aykırı bu tarz davranış kanunda rüşvet olarak (m. 252) tanımlanmış ve ayrıca yaptırım altına alınmıştır. Asli-tali norm ilişkisi şeklinde görünüşte içtimanın söz konusu olduğu bu gibi hallerde, sadece, özel ilave unsurlarla asli norm halini alan kuralın uygulanmasıyla yetinilmesi gerekmektedir. Hemen belirtelim ki, farklı neviden fikri içtima hükümlerini uygulamak suretiyle de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Zira kamu görevlisi görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapmak veya yapmamak için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağladığı hallerde, bu fiiliyle hem genel tamamlayıcı norm olan 257/1-2. maddeyi, hem de rüşveti yaptırım altına alan 252. maddeyi ihlal etmiş olmaktadır. Bu gibi hallerde farklı neviden fikri içtima hükümlerinden hareketle, kamu görevlisinin daha ağır yaptırımı gerektiren rüşvet suçundan dolayı sorumlu tutulması gerekmektedir.

Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranışı sonucunda bir kişi ölmüş veya yaralanmış olabilir. Örneğin suç işlenmesini önlemekle görevli bir kolluk görevlisi, bir suç olayıyla karşılaşmasına rağmen, bunun işlenmesini engellemek için herhangi bir müdahalede bulunmaz ve neticede bir

kişi ölür veya yaralanır. Bu durumda, belli bir yönde icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında olan kolluk görevlisinin, kendisinden beklenen yönde icrai bir davranışta bulunmadığı takdirde bir kişinin ölebileceğini veya yaralanabileceğini öngörmüş ise, kasten (olası kastla) öldürme veya yaralama (m. 81, 86) suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerekir. Buna karşılık, bu kolluk görevlisi ihmalinin sonucunda bir kişinin ölebileceğini veya yaralanabileceğini objektif dikkat ve özen yükümüne aykırı davranışı sebebiyle, yani kendisinden beklenen ihtimam ve özeni göstermemesi yüzünden öngörmemiş ise, taksirle öldürme (m. 85) veya yaralama (m. 89) suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekmektedir^{68, 69}. Bu gibi hallerde kolluk görevlisi, ihmali davranışıyla

⁶⁸ Kolluk görevlisi olaydaki ihmali davranışıyla, kasten hareket ettiğinin kabul edilebildiği hallerde aynı zamanda müdahalede bulunmadığı kişilerin işlemiş olduğu kasten öldürme veya yaralama suçuna yardım da etmiş olmaktadır. Ancak kolluk görevlisinin kendi ihmali davranışı sebebiyle fail olarak sorumluluğu söz konusu olduğu için, failliğin şerikliğe asliliği kuralı gereğince, sadece fail olarak işlemiş olduğu suçtan dolayı sorumluluğu yoluna gidilecektir. Bkz. ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 231.

⁶⁹ “Ancak; trafik kazası sonucu hastane acil servisine getirilen ölenin, yapılan ilk müdahaleden sonra yatırıldığı ortopedi servisinde görevli sanık doktor İlker ile hemşire Hatice’nin uzun süre geçmesine rağmen zamanında ve yeterli kontrol-muayene ile ölemede gelişen klinik bulgulara uygun gerekli müdahaleyi yapmak ya da yapılmasını sağlamaları gerekirken bunu yapmamaları nedeniyle Yüksek Sağlık Şurasının 28.12.2001 tarih ve 10448 sayılı kararı ile ölüm olayında her bir sanığın 4/8 oranında kusurlu bulunduğu belirtilmiş olması karşısında; dosya ile birlikte, ölen ile ilgili tüm raporlar ile hastane kayıt ve belgeleri gönderilmek suretiyle, Adli Tıp Kurumundan sanıkların tedavide kusur veya savsamalarının bulunup bulunmadığı, bulunduğu saptandığı takdirde yükletilen savsama niteliğindeki eylemler ile ölüm arasındaki illiyetdin belirlenmesine yönelik olarak, sanıkların kendilerine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumluluklarını yerine getirmeleri durumunda dahi ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin görüş alınarak; sanıkların bu yöndeki sorumluluklarını yerine getirmiş olmaları halinde yine de ölüm olayı kaçınılmaz biçimde gerçekleşeceği sonucuna varılması durumunda, eylemlerinin görevi savsama suçunu; ölüm olayının gerçekleşmesinde, sanıkların kendilerine yükletilen sorumluluklarını yerine getirmemelerinin etkili olduğu sonucuna varılması durumunda da taksirle ölüme neden olmak suçunu oluşturacağı ve kusur oranlarına göre cezalandırılmaları gerekeceği gözetilmeden, eksik soruşturmayla görevi savsama suçundan hüküm kurulması,” Yarg. 4. CD, 11.02.2004, 2003-1064/2004-2055 (GÖKCAN, s. 134, dpn. 248).

Nedensellik bağı, ihmali suçlarda, icrai suçlarda olduğu gibi, doğal olarak belirlenmemektedir. Bu nedenle, modern doktrin ihmali suçlarda nedensellik bağının tespitinde şart teorisi-nin olmaz olmaz şart formülünü kullanmamaktadır. İhmali suçlarda, nedensellik bağı normatif bir değerlendirmeye belirlenmekte ve hukuken belli yönde davranmakla yükümlü olan kişinin kendisinden beklenen hareketi yapsaydı tipe uygun neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine bakmaktadır. Dolayısıyla, icrai bir davranışta bulunmakla yükümlü olan kişinin kendisinden beklenen hareketi yapsaydı dahi, neticenin kesinliğe yakın bir şekilde meydana geleceğinin tespit edildiği hallerde, ihmali hareketiyle netice arasında nedensellik bağı kurulamadığından sorumlu olmadığı kabul edilmektedir (bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 318-319).

Bu kapsamda, Yargıtay kararına konu olayda, yapılan nedensellik bağı araştırması sonucunda, hekim ve hemşirenin kendisinden beklenen yönde davranmış olsalardı dahi, neticenin

hem görevi kötüye kullanma suçunu hem de öldürme veya yaralama suçlarından birini işleyerek, farklı neviden fıkri içtima hükümlerinin (TCK m. 44) uygulanmasını gerektiren bir sonucu ortaya çıkarmış olmaktadır⁷⁰.

Görevi kötüye kullanma suçu kapsamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilirliği sorununa değinmek gerekmektedir. TCK'nın 43/1. maddesine göre, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi halinde, faile tek ceza verilir ve ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Aynı fıkranın son cümlesine göre ise, mağduru belli olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanır. Buna göre, kamu görevlisinin bir kişiye karşı bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik tarihlerde görevin gereklerine aykırı davranması halinde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ve tek cezaya hükmedilmesi gerekir. 765 sayılı Kanun döneminde zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili olarak Yargıtay kararına⁷¹ konu olan “*PTT görevlisi olan sanığın, aynı kişiye karşı aynı konuda iki ayrı tarihte çıkartılan tebligatı, apartman görevlisine sormadığı halde sormuş gibi tutanak düzenleyerek iade etmesi*” olayında bu kapsamda zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Buna karşılık, kamu görevlisinin değişik zamanlardaki görevinin gereklerine aykırı davranışı sonucunda farklı kişiler mağdur olmuş ise, aynı suçun değişik zamanlarda bir kişiye karşı işlenmiş olma şartı gerçekleşmediği için zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Bunun dışında, bir kamu görevlisi bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle kamunun zararına sebebiyet vermiş veya üçüncü kişilere haksız bir çıkar sağlamış olabilir. Doğrudan belli bir kişinin mağduriyetinin söz konusu olmadığı bu gibi hallerde, 43/1. maddenin son cümlesindeki “*Mağduru belli olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanır*” hükmü çerçevesinde hareket etmek gerekmektedir.

meydana geleceği kesin olarak söylenebiliyorsa, artık hekim ve hemşireye görevi kötüye isnadında da bulunulmaması gerekmektedir. Bu nedenle, Yargıtay'ın kararında ayırımın doğru olmadığını düşünüyoruz.

⁷⁰ Ayrıca bkz. TCK m. 257'nin gerekçesi.

⁷¹ Yarg. 4. CD, 13.12.2000, 8609/8886 (GÖKCAN, s. 131, dpn. 238).

VIII- YAPTIRIM

TCK'nın 257. maddesinde icrai hareketle görevi kötüye kullanma için altı aydan iki yıla kadar hapis, ihmali davranışla görevi kötüye kullanma için üç aydan bir yıla kadar hapis ve nihayet görevini gereklerine uygun davranması veya bu nedenle yarar sağlaması hali için ise, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür.

Görevi kötüye kullanmaktan dolayı hapis cezasına mahkûm olan kamu görevlisi hakkında, TCK'nın 53/5. maddesi çerçevesinde belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma tedbirinin uygulanması gerekmektedir. Yine kamu görevlisinin mahkûm olduğu sonuç hapis cezası kısa süreli olması nedeniyle TCK'nın 50. maddesi kapsamında seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilecektir. Ancak bu kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrildiği hallerde de TCK'nın 53. maddesi kapsamında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbirinin uygulanması gerekmektedir.

Görevini kötüye kullanan kamu görevlisi hakkında soruşturma yapılabilmesi için 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde izin alınması gerekmektedir. Bununla birlikte, 4483 sayılı Kanunun 2/2 ve 3. Maddelerine göre “*Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır. Ağır ceza-yı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir.*” Örneğin, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinde yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçların soruşturması bakımından özel bir usul öngörülmüştür.

KAYNAKÇA

- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2010.
- GÖKCEN, Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (5237 Sayılı TCK M. 247–266), Ankara 2008.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2011.
- ÖZER, Veli Özer/KANBUR, Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.
- ÖZGENÇ, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, 1. Bası, Ankara 2002.
- ÖZGENÇ, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2011.
- ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhur, Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler, Gazi Ün. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: VI, 2003/1-2, s. 189-238.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2010, s. 647-648.
- ŞIK, Hüseyin, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu (MD. 257), Ankara 2008.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2010.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İrtikap Suçu (M. 250)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 14, 2006/2.
- ÜZÜLMEZ, İlhan/AKKAŞ, Ahmet Hulusi, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: II, Sayı: 1-2, Kayseri 2007.

ÇİFT MECLİS SİSTEMİ ve TÜRKİYE

Bülent YAVUZ*

Mahmut BÜLBÜL**

Özet

Demokrasi kavramından bahsedildiğinde ilk akla gelen devlet organı yasama organıdır. Demokratik ülkelerde kanun yapmak, yeni kurallar tanzim etmek yetkisi parlamentolara verilmiştir. Parlamentoların üye sayıları her ülkenin kendi şartlarına bağlıdır. Ayrıca parlamentolar yapıları bakımından da tek meclisli ya da çift meclisli olabilir.

Türk parlamento tarihinde hem tek meclisli hem de iki meclisli sistem tecrübesi yaşanmıştır. Yürürlükte olan 1982 Anayasası tek meclisli bir yapıyı benimsemiştir. Şayet gerçekleştirilebilirse, yeni anayasada yasama organı hangi sisteme göre düzenlenmelidir? Tek meclisli bir yapı mı yoksa iki meclisli bir yapı mı tercih edilmelidir? Hangi sistem Türkiye için daha kullanışlı olacaktır? Bu çalışma, bu sorulara cevap bulmayı hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: TBMM, Meclis, Çift Meclis, Senato, Yasama

BICAMERAL SYSTEM AND TURKEY

Abstract

When we mention about the concept of democracy, it is the legislative body of the state that comes to mind first. In democratic countries, parliaments are given the authority to make or enact laws. It depends on the countries' own conditions that how many members their parliaments have. Moreover, parliaments could be bicameral or unicameral in terms of structure.

There have been both experience of bicameral and unicameral system in Turkish parliament history. The 1982 Constitution Turkey in effect today, has adopted an unicameral structure. If it is possible to make a new constitution, which structure should be preferred? Which system would be more useful for Turkey? This study aims to answer these questions.

Key Words: GNAT, Assembly, Bicameral, Senate, Legislature

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku öğretim üyesi.

** TBMM Yasama Uzmanı

GİRİŞ

Devlet niteliğini taşıyan her siyasi organizasyonda, yasama, yürütme ve yargı erklerinin bulunması ve bu erklerin farklı ellerde olması, kuvvetler ayrılığı ilkesinin esasını oluşturmaktadır¹. Temel hak ve hürriyetlerin teminat altına alınması ve hukuk devleti kavramının tam anlamıyla işlerlik kazanabilmesi için bu kuvvetlerin tek elde toplanmaması gerektiği² kabul edilmektedir.

Demokrasi kavramından bahsedildiğinde ilk akla gelen devlet organı yasama organıdır. Yasama yetkisinin varlığı, devlet olmanın zaruri bir sonucudur. Bu nedenledir ki yasama fonksiyonunun devletin ortaya çıkışıyla beraber başladığı³ kabul edilir. İngiltere’de yasama organı, 13. yüzyılın başlarından itibaren varlığını hissettirmeye başlamıştır⁴.

Çift meclis yapısının ülkelerin temel dinamikleri çerçevesinde geliştiğini ifade etmek mümkündür. Çift meclis, kısaca devletin üç temel kuvvetinden biri olan yasama kuvveti ve bu kuvvetin kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak olan en temel fonksiyonunu elinde bulunduran yasama organının iki meclisli olmasını anlatan bir örgütlenme biçimidir. Günümüzde dünya üzerinde bulunan ülkelerin yaklaşık üçte birinde çift meclis sisteminin uygulandığı⁵ ifade edilmektedir. İngiltere, ABD, Fransa, İspanya, İtalya, Almanya gibi ülkelerin de çift meclisli parlamento sistemi işleten ülkeler arasında olduğu görülmektedir.

İngiltere’de krallar, ülkenin işlerini görüşmek ve özellikle yeni bir vergi koymak istedikleri zaman, devlet erkanından başka, halk tarafından da temsilciler seçilmesini emreder ve bunları bir çatı altında toplarlardı. Toplanmayı gerektiren konular görüşüldükten sonra bu meclisler dağılırdı. Ülkenin çeşitli yerlerinden gelen vekillerin görevleri, Meclisin dağılmasıyla sona ererdi. Kral tekrar bir istişarede bulunmak isterse yeniden seçimler yapılır ve yeni bir meclis meydana getirilirdi. Parlamenter sistem, İngiltere’de yerleştikten son-

¹ Atilla ÖZER, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2. bası, Ankara, 2005, s. 115-116.; Zafer GÖREN, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Barış Yayınları, İzmir, 1997, s.138.

² Mehmet TURHAN, **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, Diyarbakır, 1989, s. 21-22.

³ ÖZER, s. 217-218.

⁴ Bülent YAVUZ, **Parlamenter Hükümet Sisteminde ve 1982 Anayasası’nda Başbakan**, Asil Yayınevi, Ankara, 2008.s. 7.

⁵ Peri URAN, **Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 24.

ra, parlamento bu sistemin temel unsurlarından biri haline gelmiştir⁶.

Türkiye’de 1876 Kanun-ı Esasi ve 1961 Anayasası iki meclisli, 1921 ve 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunları ile 1982 Anayasası ise tek meclisli parlamento yapılarını tercih etmiştir. Görüldüğü gibi ülkemizde hem tek meclisli hem de iki meclisli sistem tecrübesi yaşanmıştır. Gerek 12 Haziran 2011 seçimleri öncesinde gerekse seçimler sonrasında, siyasi partilerin yeni anayasanın yapılmasına ilişkin birtakım vaat ve temennilerde bulundukları; birtakım plan ve projelerinin olduğunu duyurdukları görülmüştür. Şayet gerçekleştirilebilirse, yeni anayasada yasama organı hangi sisteme göre düzenlenmelidir? Tek meclisli bir yapı mı yoksa iki meclisli bir yapı mı tercih edilmelidir? Hangi sistem Türkiye için daha kullanışlı olacaktır? Bu çalışma, bu sorulara cevap bulmayı hedeflenmektedir.

I. GENEL OLARAK ÇİFT MECLİS SİSTEMİNİN TERCİH EDİLME ve ÖNERİLME SEBEPLERİ

Çift meclisli yapıyı tercih eden ülkelerin farklı farklı sebeplere dayandığı söylenebilir. Örneğin İngiltere’de parlamentonun iki ayrı kanattan oluşması, tarihsel süreç içerisinde kendiliğinden olmuştur. Bu durum, İngiliz siyasi hayatının ancak çift meclisli bir parlamento ile mümkün olabileceği düşüncesini ortaya çıkarmıştır. İngiltere dışındaki ülkelerde ikinci meclisin kurulması farklı sebeplere ve ihtiyaçlara dayandırılmıştır. Örneğin İrlanda’da çift meclis sisteminin uygulanmasının nedeni, G. İrlanda’daki azınlıkların, kendi menfaatlerinin himayesi için ikinci bir meclisin kurulmasını istemiş olmalarından kaynaklanmaktadır⁷. Çift meclis sisteminin belli başlı tercih edilme sebeplerini aristokratik geleneği yasama organına yansıtma isteği, çoğunluk iradesini frenleme amacı, federal yapıyı muhafaza etme amacı, yasa yapma fonksiyonunda kaliteyi artırma amacı ve iktisadi ikinci meclis oluşturma amacı olarak saymak mümkündür.

Çift meclis sistemini değerlendirirken hangi egemenlik anlayışının benimseneceği de önemlidir. Eğer milli egemenlik anlayışı benimsenecekse, egemenliğin ve bu arada milli iradenin tek ve bölünmez olduğunu, bu egemenliği temsil edecek olan müessesenin de tek yapılı olması gerektiğini kabul etmek gerekir. Bu durumda Milleti temsil eden meclis üyelerinin de farklı sosyal ta-

⁶ URAN, s. 136-137.

⁷ İlhan ARSEL, “Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler”, *AÜHFD*, C. 11, S. 3-4, 1954., s. 80-81.

bakaları temsil etmesi, ayrı ayrı kaynaktan gelmesi de düşünülemez. Zaten bu mesele 1789 Devrimi sonrası Fransa’ında da değerlendirilmiştir. ABD ve İngiltere örneğindeki gibi iki meclisli bir yapı yerine 1791 Anayasası’nda tek meclisli bir yapı benimsenmiştir⁸. Gerçi Fransa’da tek meclisli yapı 1795’te sona ermiş ve yerini iki meclisli yapıya bırakmıştır. Ancak bu yapıda da millî egemenlik anlayışı ve milletin tekliği iki meclisli yapı ile bağdaştırılmaya çalışılmıştır. Bu değişiklikle bir yandan tek yapıli meclisin istibdadının önüne geçilmek, diğer yandan da İngiltere’de 1910 yılında yaşanan asiller-halk çatışması gibi bir durumun yaşanması önlenmek istenmiştir⁹.

A. Aristokratik Geleneğin Yasama Organına Yansıtılmak İstenmesi

Parlamentonun tek veya çift meclisten oluşması, toplumun sosyal ve siyasi yapısı, içinde bulunduğu tarihi şartları, devletin temel kuruluşu ile siyasi ve iktisadi anlayışına bağlıdır¹⁰. Dolayısıyla, çift meclis yapısını, bütün sosyal kurumlarda olduğu gibi, teoriden ziyade toplumun pratikte ortaya çıkmış özel şartlarının doğurduğunu söylemek mümkündür.

Tarihi perspektifle değerlendirildiğinde, aristokratik geleneğe sahip olan ülkelerde, soyluların ayrıca temsiline sağlanması zorunluluğu, halkın temsilcilerinden oluşan meclisin yanında bir ikinci meclisin bulunması gerektiği sonucunu doğurmuştur. Çift Meclisli yapının kökeninde aristokratların kendilerini halktan soyutlama ve ayrı bir temsil imkanıyla belirli ayrıcalıkları kazanma isteği yatmaktadır¹¹. Başka bir ifadeyle, iki meclis sisteminin teorisi uygulamadan sonra oluşturulmuştur. Lordlar Kamarası örneğine baktığımızda, kendiliğinden oluşmuş, herhangi bir anayasal metne dayanmaksızın ortaya çıkan bir ayrışmanın olduğu görülmektedir. Çift meclis sistemini uygulayan birçok ülkede soyluların ya da belli bir sınıfın temsili düşüncesi yoktur. Bu düşünce çift meclis sisteminin doğduğu ülke olan İngiltere’de mevcuttur. Genel olarak siyasi kurumlar belirli bir toplumsal ve siyasal ihtiyaçtan doğmaktadır. İngiltere’de Lordlar Kamarası belirli bir ihtiyacı karşılamak maksadıyla kendiliğinden doğmuş ve soyluların kendilerinin ayrı bir mecliste temsil

⁸ Horst DIPPEL, The Ambiguities Of Modern Bicameralism: Input- Vs. Output-Oriented Concepts In The American And French Revolutions, **Legal History Review**, Vol. 71, No. 3-4., 2003, s.418-420.

⁹ DIPPEL, s.421.

¹⁰ Mustafa DOĞANAY, **Çift Meclis Sistemi ve Türk Parlamento Tarihindeki Gelişim Süreci**, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2007, s. 7.

¹¹ YAVUZ, s. 12.

edilme isteği İngiltere’de Lordlar Kamarasının siyasi arenaya çıkmasına sebep olmuştur.

İkinci meclisin kurulmasını savunan düşünürlerin bazıları, halkın içinde doğum, zenginlik ve itibar yönünden diğerlerinden ayrılan imtiyazlı bir sınıfın bulunduğunu, bunların yasama faaliyetlerine katılmasında sayısız faydalar olduğunu ileri sürmüşlerdir¹². 1814 tarihli Fransız Âyan Meclisi, 1885 tarihli Macar Anayasasıyla kurulan “Chambre des Magnats”, Birinci Dünya Savaşından önceki Prusya Âyan Meclisi ve eski İtalyan Senatosu hep bu düşünceye dayanılarak kurulmuş meclislerdir¹³.

Aristokratik geleneği sürdürme ve bunu yasama organına yansıtma amacına dayanan düşünceye göre, tek meclisle modern bir toplumu oluşturan bütün unsurları temsil etmek mümkün değildir. Birçok unsur, zorunlu olarak meclisin dışında kalmakta veya gerçek değerleri nispetinde temsil edilememektedirler. Bu nedenle parlamentoda ülkeyi bütün unsurlarıyla temsile yardım edecek ikinci meclise ihtiyaç duyulmaktadır¹⁴.

B. Çoğunluk İradesini Frenleme Amacı

Toplumda sınıf ayrımı olmayan ülkelerde de çift meclis sisteminin kabul edilebildiği görülmektedir. Bu ülkelerde çift meclise ihtiyaç duyulmasının gerekçesi olarak demokrasinin tehlikelerini önleme ve sakıncalarını azaltma amacı¹⁵ gösterilmiştir. Bu amaç, belki de çift meclis sisteminin gerekliliğine ilişkin en mantıklı ve güçlü savunmayı oluşturmaktadır. Seçimle işbaşına gelen tek yapılı meclisin sahip olacağı gücü kötüye kullanma ihtimali bulunmaktadır. Bu ihtimali ikinci meclisin önleyebileceğini¹⁶ kabul etmek gerekir.

Çift meclis sistemiyle birinci meclisin aşırılıklarının frenlenmesi, orada kabul edilen bir kanunun, gerek yerindelik ve gerekse anayasaya uygunluk açısından ikinci meclis tarafından gözden geçirilmesi amaçlanmaktadır. Tek meclis, yetkilerin kendisinde toplandığı ve “milli iradeyi” kendisinin temsil

¹² Naci KINACI, “Demokrasi Rejiminde İkinci Meclis”, *Forum*, C.14, S. 169, 15 Nisan 1960, s. 10.

¹³ ARSEL (1954), s. 81.

¹⁴ Miceli VINCENZO, *Modern Parlamentolar*, (Çev. Atıf, Akgüç), Ulus Basımevi, Ankara, 1946, s. 50.

¹⁵ ARSEL, İlhan, *Çift Meclis Sistemi*, (Yayınlanmamış teksir) İstanbul Üniversitesi Merkez Kütüp., No: 1953/544. s. 3.

¹⁶ Cecilia TESTA, Bicameralism and corruption, *European Economic Review* 54 (2010), s.181.

ettiği varsayımından hareket ederek, yetkilerine bir sınırlama getirilmesine karşı çıkabilir. İkinci meclisin varlığı, egemenliğin kullanılmasında bir kayıt-lama ve denge unsuru olabilir¹⁷.

Seçim usulleri ve seçim barajları olan bir ülkede, her şeyin çoğunluk elinde bulunacağı ve kanunun dahi çoğunluğun iradesi sonucu olacağı düşünülerek yasama organının iki ayrı meclisten oluşmasının¹⁸, azınlığın haklarının korunması açısından iyi bir tedbir olacağı kabul edilmiştir¹⁹. Çift meclis sistemi, birinci meclisin devlet ve toplum hayatında sebep olacağı istikrarsız çoğunluğuna karşı bir denge oluşturmakta ve istikrarı temin etmenin yanında azınlığın haklarının gözetilmesini de sağlayan bir denge unsuru oluşturmaktadır²⁰. Siyasi partiler demokrasilerin vazgeçilmez unsurlarından biridir. Ancak muhalefetsiz tek parti iktidarı da, sorumsuz bir iktidar anlamına gelebilmektedir²¹.

Yasama organının devlet teşkilatı içerisinde çok kuvvetli yetkilere sahip olması ve anayasayı dahi değiştirebilme imkanına sahip olması, toplum için tehlikeli görülmüş ve tek meclisten oluşan böyle bir organın her zaman tehlikeli olabileceği iddia edilmiştir²². Bu sebeple yasama organının iki ayrı meclisten oluşmasının, onu daha anlamlı bir kuvvet haline getirme imkanını sağlayacağı kabul edilmiştir.

C. Federal Devlet Yapısı Açısından Zorunlu Görülmesi

Çift meclis sistemi, federal devletlerde bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Çünkü; bu tür devletlerde, biri federe devlet, diğeri federal devlet olmak üzere birbirinden farklı iki ayrı yapı vardır. Dolayısıyla halkın temsili ve federe devletlerin temsili gibi iki ayrı temsil olgusu söz konusu olmaktadır. İşte iki meclisli yapı ile birlikte, ilk meclisin bütün ülke yurttaşlarını temsil etmesine karşılık; ikinci meclis, federe devletleri temsil edebilmektedir. Örnek olarak, ABD’de Temsilciler Meclisi bütün yurttaşları temsil etmekte iken, Senato her federe devletin eşit sayıda seçtiği üyelerden kurulmakta ve federe

¹⁷ Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 373.

¹⁸ İrlanda’da çift meclis sistemi, çoğunluğa karşı azınlığın haklarını korumak için kurulmuştur.(ARSEL (1954), s. 82.)

¹⁹ ARSEL (1953), s. 7.

²⁰ Tesauro ALFONSO, “Anayasa Tecrübesinde Çift Meclis Sistemi”, (Çev. Bülent Nuri Esen), **AD**, Y.40, S. 9, Eylül 1949, s. 1236.

²¹ ARSEL (1954), s. 83.

²² ARSEL(1954), s. 87.

devletleri temsil etmektedir²³. Zaten 1787 yılında ABD Federal Anayasası yapılırken, büyük eyaletler ile küçük eyaletleri uzlaştırmak ve federal birlikteliği sağlayabilmek, ancak çift meclis sistemini getirmekle mümkün olmuştur. Amerika’da hala yürürlükte olan bu sistem, 1787 yılında Philadelphia Konvansiyonunda görüşülmüş ve nüfusu kalabalık olan devletler, mecliste çoğunluğu sağlamak amacıyla, milletvekili sayısının nüfusa göre tespitini istemişler, nüfusu az olan devletler bu teklife karşı çıkmışlar, uzlaştırıcı bir düşünce ortaya atılmış ve bu düşünce kabul görmüştür²⁴. Günümüzde, ABD’de çift meclis yapısının devletin ilk kurulduğu dönemdeki kadar önemi kalmamıştır. Tocqueville’ye göre ABD’de yasama organının ikiye bölünmesinin günümüzde tek bir faydası kalmıştır: o da yasama fonksiyonunu yavaşlatmak ve böylece hukukun dönüşümünü sağlama fonksiyonunu yüksek mahkemenin üstlenmesinin önünü açmaktır²⁵.

Fransa’daki iki meclisli yapı da farklı bir temsil anlayışı ile karşımıza çıkmaktadır. İkinci meclis, Millet Meclisinin aksine Fransa’nın deniz aşırı topraklarında (sömürge toprakları) bulunan halkı da temsil etmektedir²⁶. İkinci meclisin seçim bölgesi olarak Fransa ve deniz aşırı departmanın kabul edildiği seçiminde; il meclis üyeleri ile belediye meclislerinin üyeleri oy kullanabildiğinden, yapılan oylama dolaylı niteliktedir. Özetle halkın seçtiği temsilciler, ikinci meclis olan senato üyelerini seçmektedir. Fransa’da belli oranda özerk olan deniz aşırı toprakların temsil edilmesini sağlaması yönüyle federal devlet yapısında güdülen amaca paralellik olduğu söylenebilir.

D. Yasa Yapma Fonksiyonunda Kaliteyi Artırma Amacı

Çift meclisli yapı, 19. yy siyaset biliminin yükselen değeri olmuştur. Tocqueville, Esmein, Bryce gibi ünlü düşünürler bu sistemi savunmuşlardır. Bu düşünürlerin ikinci meclisi savunurken ortaya koyduğu sağlam gerekçelerden biri de, birinci meclisçe aceleye getirilmiş ve üzerinde yeterince düşünülmeyen hazırlanmış kanunların ikinci meclisçe kontrol edilebilmesine ilişkin fayda olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde medyanın rolü, hükümet

²³ TEZİÇ, s. 369.

²⁴ DIPPEL, s.417.

²⁵ Alexis de TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, 2 vols. (*OEuvres complètes*, ed. by J.-P. Mayer, I), Paris 1961, I,85. Cf. (DIPPEL, s.418’den naklen)

²⁶ Ali ÖZTÜRK, *İtalya, Fransa, Federal Almanya, İngiltere ve İran Parlamentoları Üzerinde Araştırma ve A.B.D., Federal Almanya, Fransa, İngiltere, Japonya ve Kanada Parlamentoları Hakkında Tercüme Bilgiler*, TBMM y., Ankara, 1981, s. 14.

üzerinde oluşturulan kamuoyu baskısı, anayasa yargısının gittikçe önemini artırıyor olması, siyasi partilerin yürüteceği muhalefet düşünüldüğünde, ikinci meclisin birinci meclisin yaptığı yasa üzerindeki denetim fonksiyonunun öneminin bundan ikiyüz yıl önceki öneminden çok geride kaldığını kabul etmek gerekir²⁷. Artık ikinci meclisle ulaşılmak istenen bu faydanın, sağlıklı işletilmesi koşulu ile medya, muhalefet, anayasa yargısı gibi müesseselerle rahatlıkla elde edilebileceği ortadadır.

Birinci meclis tarafından yapılan bir kanunun, ikinci meclis tarafından gözden geçirilmesi, bu yöndeki olumsuzlukları önlemek ve kanunlardan umulan menfaati sağlamak için yerinde bir tedbir olarak kabul edilmektedir. Bunu sağlamak amacıyla, ikinci meclise seçilmek için yaş ve tecrübe bakımından farklı şartlar aranmaktadır²⁸. TEZİÇ konuyla ilgili olarak, *“İkinci meclis kanunların yapılmasında daha olumlu sonuçlar verir. Birinci meclisteki çoğunluğun siyasi tercihleri, ikinci mecliste toplum yararına daha uygun bir duruma getirilebilir. Öte yandan ikinci meclis, birinci meclisin aceleci tutumuna karşı bir fren rolü oynayarak, parlamento çalışmalarında, duygusal davranışların yerine, düşüncenin egemen olmasını sağlar”*²⁹ ifadelerini kullanmıştır. Ayrıca Lord BALFOUR, 1907 tarihinde, *“Lordlar Kamarasının mevcudiyeti, halkın arzu ettiği kanunları memlekete kazandırmaya ve bu kanunların, cemiyetin menfaatiyle kabili telif olacak şekilde hazırlanmalarına yarar”* demiştir³⁰.

Demokratik ülkelerde parti siyaseti ve parti çıkarlarıyla toplumun çıkarları çoğu zaman uyuşmamaktadır. Parlamento faaliyetlerinde ve kanunların hazırlanmasında, siyasi parti mensuplarının ülke ve toplum için en faydalı olan yerine, üyesi bulunduğu partinin çıkarlarını savundukları görülmektedir³¹. Demokratik sistemlerde parti sisteminden vazgeçme düşünülemeyeceğine göre hiç olmazsa bu sistemin sakıncalarını azaltmak için ikinci meclisin varlığı önemlidir.

²⁷ DIPPEL, s.422-423.

²⁸ Hüseyin Nail KUBALI, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İÜHF Yayınları, No. 351, İstanbul, 1971.s. 359.

²⁹ TEZİÇ (2005), s. 373.

³⁰ ARSEL (1954), s. 88.

³¹ ARSEL (1954), s. 89.

E. İktisadi İkinci Meclis Tercihi

Tarihte, toplumlarda meydana gelen sosyo-ekonomik değişim ikinci meclislerin farklı bir tipi olan iktisadi ikinci meclisleri ortaya çıkarmıştır. Coğrafi bir çerçeve içinde gruplandırılan seçmenlerin seçtiği, birinci meclis karşısında, “korporatif” ya da “mesleki” bir oylamaya göre seçilen meclislerle iktisadi meclisler denilmektedir³². II. Dünya Savaşı öncesi Romanya (1923 Anayasası) ve Yunanistan’da (1927 Anayasası) görülmüş olan korporatif çift meclis sistemi, günümüzde 1937 Anayasası ile İrlanda’da³³ uygulanmaktadır. Anayasa’nın 18. maddesine göre Seanad Éireann adı verilen ikinci meclis, 60 üyeden oluşmaktadır. Bu üyelerden 11’i birinci meclis tarafından seçilmekte, 49’u ise korporatif usulle seçilmektedir. Bu nitelikteki ikinci meclisler, özellikle liberal demokrasilerin dışında faşist ve sosyalist rejimlerde doğmuş ve gelişmiştir. Bu tür ikinci meclisler iki şekilde ortaya çıkmıştır. Faşist rejimler, siyasal temsili ortadan kaldırmak suretiyle, bu tip bir uygulamaya gitmişlerdir. Bu tip rejimlerde genellikle siyasal nitelikteki parlamentonun yerini, yalnız “mesleki” kökenli tek bir meclis almaktadır. Sosyalist rejimlerde ise siyasal meclisin yanında, üreticilerin ve özellikle sendikaların temsiliyi sağlamak amacıyla bu tip ikinci meclisler kabul edilmektedirler. Burada Faşist uygulamanın tersine siyasal meclis de devam eder. Örneğin Sosyalist Yugoslavya’da 1963 Anayasası Federal Meclis’e rağmen; sanayi, tarım ve esnaf temsilcilerinden oluşan bir “Üreticiler Meclisi” kurmuştur³⁴.

II. TÜRKİYE’DE MECLİS YAPISI TERCİHLERİNE İLİŞKİN TARİHİ GELİŞİM SEYRİ

Osmanlı Devleti, Kanun-ı Esasi öncesi dönemde idari yönetim sistemi bakımından mutlak monarşiyi kabul etmesinden dolayı padişahın yetkilerini sınırlandıracak hukuk kuralları veya hukuki mekanizmalar bulunmamaktaydı. Osmanlı’da anayasallaşma hareketleri Batı’ya nazaran daha geç başlamıştır.

Osmanlı Devletinde 1876 öncesi yaşanan 1808 tarihli Sened-i İttifak, 1839 Gülhane Hattı Hümayun’u, 1856 ıslahat fermanı, 1868’de Şurayı Devletin kurulması ve bu gelişmelere bağlı belgeler, anayasalı sistemin getirilme-

³² Server TANİLLİ, **Devlet ve Demokrasi**, Çağdaş Yayınları, 8. baskı, 1996, s. 257.

³³ İrlanda Anayasasına göre, genel oy prensibi ile seçilmiş Temsilciler Meclisinin yanı sıra, toplumdaki değişik meslek ve sosyal kategorilerin temsiliyi sağlamak amacıyla çeşitli meslek kuruluşlarının temsil edildiği senato oluşturulmuştur.

³⁴ DOĞANAY, s.7-8.

sinde önemli kilometre taşları olmakla birlikte anayasa değillerdir³⁵. Bu metinler daha çok bürokrasiden gelen birkaç insanın, çökmekte olan devleti kurtarmak için ortaya koydukları çare arayışlarının sonucu olarak ortaya çıkmıştır³⁶.

Osmanlı-Türk tarihinde ilk yazılı Anayasa, 23 Aralık 1876 tarihinde yayımlanan ve “1293 Kanun-i Esasisi” olarak ifade edilen anayasadır³⁷. Kanun-ı Esasi, ilk şekliyle devlet yetkilerini Padişah’ta toplamıştır. Zaten yürütmeye egemen olan padişah, hem yasama faaliyetlerine yön verebilme hem de denetleyip son sözü söyleme yetkisine sahip kılınmıştır³⁸. 1876 Anayasasının 32. maddesine göre Meclisi Umumi adını taşıyan çift meclisli bir parlamento kurulmuştur. Böylece ilk defa, çift meclis sistemi de Türk siyasi hayatına girmiştir. Heyet-i Ayan adını taşıyan meclis üyeleri, doğrudan Padişah tarafından seçilmekte, Heyet-i Mebusan üyeleri ise kısmi bir seçimle iş başına gelmekteydi. Yasama organının bu yapısı monarşik yönetim özelliği ağır basan 1830 tarihli Belçika Anayasa’sının izlerini taşımaktaydı. Anayasanın kabulünden sonraki uygulamalar göz önünde bulundurulduğunda, bu örneğin bilinçli bir tercih olarak ortaya konulduğu sonucunu çıkarmak mümkündür. Bütün üyeleri genel seçimler sonucu iş başına gelmiş üyelerden oluşan bir mecliste Padişahın etkinliğinin zayıf olacağı açıktır. Seçimle iş başına gelmiş üyeler karşısında Padişahın iradesini baskın kılacak Heyet-i Ayan gibi bir meclise ihtiyaç duyulmuş olması, anayasa yapılırken nasıl bir yasama organı yapısı hedeflendiğini ortaya koymaktadır.

1921 Anayasasına göre, yasama ve yürütme kuvvetleri TBMM’de toplanmıştır³⁹. Hükümet Büyük Millet Meclisi hükümeti adını almış ve doğru-

³⁵ Tarık Zafer TUNAYA, **Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)**, Birinci Kitap, Kanun-ı Esasi ve Meşrutiyet Dönemi, İBÜ Yayınları, No. 16, İstanbul, Ekim 2001, s. 4.

³⁶ Suna KİLİ, “1876 Anayasa’sının Çağdaşlaşma Sorunları Açısından Değerlendirilmesi”, **Kanun-ı Esasi’nin 100.Yıl ARMAĞAN**, (1978), AÜSBF. Yayını, Ankara 1978, s.192.

³⁷ 1876 Kanun-i Esasinin, doğrudan doğruya padişah’a atanmış bir komisyon tarafından hazırlanması, padişah tarafından kabul ve ilan olunması, yapımında halkı temsil eden bir yasama organı ya da kurucu meclis olmaması yönünden ve halkoylaması da söz konusu olmadığından hukuki açıdan padişahın tek yanlı bir işleminden doğmuş “Ferman Anayasa” özelliğindedir. (TANÖR, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, Yapı Kredi Yayınları-963, 14. Baskı, İstanbul, Ocak 2006, s. 133.)

³⁸ Tunçer KARAMUSTAFAOĞLU, **Yasama Meclislerini Fesih Hakkı**, Ankara, 1982, s. 182.

³⁹ “1921 Anayasasının kurduğu bu hükümet sistemi anayasa doktrininde “meclis hükümeti sistemi” adıyla bilinen sistemin tipik örneğidir. Klasik anayasa hukuku, hükümet sistemlerini sınıflandırırken, kuvvetler ayrılığı, daha doğrusu yasama ve yürütme kuvvetlerinin birbirleriyle olan ilişkilerini kriter olarak kabul etmektedir. Buna göre yasama ve yürütme kuvvet-

dan doğruya kendi üyeleri arasından seçilmiştir. Ayrıca bir hükümet başkanı olmayıp Meclis Başkanı Bakanlar Kurulunun da doğal başkanıdır. Bu Anayasaya göre parlamento tek meclisli yapıdadır. 1921 Anayasasının tek meclisli bir yapı kurması, sistemin kendisi, tarihi ve siyasi koşulların bir sonucudur. 1921 Anayasası'nın meclis hükümeti sistemini benimsemesi, bir olağanüstü dönem anayasası olması, savaş gibi olağanüstü bir dönemde ivedi karar alabilecek bir yapıya sahip, bütün yetkileri elinde bulunduran meclise ihtiyaç duyulması gibi sebeplerle, bu dönemde çift meclisli bir yapının düşünülmesi mümkün değildi. 1924 Anayasası, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ilk anayasası niteliğindedir. Bu Anayasa yasama organını tek meclisli olarak düzenlemiştir⁴⁰. TBMM'yi milletin tek temsilcisi olarak millet adına egemenlik hak-

lerinin aynı organda toplandığı rejimler “kuvvetler birliği” rejimleri, bu kuvvetlerin ayrı organlara verildiği sistemler “kuvvetler ayrılığı” sistemleri olarak adlandırılmaktadır. Kuvvetler birliği söz konusu iki kuvvetin ya yasamada ya da yürütme organında birleşmesi suretiyle gerçekleşebilir. Yasama ve yürütme kuvvetinin yürütme organında birleşmesi, mutlak monarşilerde ve diktatörlüklerde söz konusu olabilir. Bu iki kuvvetin yasama organında birleşmesine ise “meclis hükümeti” adı verilmektedir.” (Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8.Baskı, Ankara, 2004, s. 28.)

⁴⁰ 1924 Anayasasının, Anayasa Komisyonu görüşmelerinde, Karesi Mebusu Süreyya Bey, kanunların mükemmel, düzenli olarak yayımını temin etmek, kanunların kanunlar külliyyatında düzensizlik gösterecek şekilde çıkarılmasına mani olmak üzere, Meclis-i Mebusan'ın zaman zaman oluşan hassasiyetine mukabil daha ılımlı bir ruh hali ile çalışacak, en önemli ilim ve ihtisas sahibi kişilerden oluşan ve yine millet tarafından seçilmiş bir ikinci meclisin lüzumuna ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir. Konuşmasının devamında, ikinci meclis kabul olunursa, seçimlerin yenilenmesi ve kanunların iadesi meselesinin, milli egemenlik esasına uygun bir şekilde halledilmesinin mümkün olabileceğini ileri sürmüştür. (A. Şeref GÖZÜBÜYÜK./Zekai SEZGİN, **1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri**, AÜSBF Yayınları, No. 78-60, s. 8-9.) “1924 Anayasasının Meclis görüşmelerinde Bursa Milletvekili Refet Bey, o dönemdeki parlamentoların iki meclisli olduğunu ve bunun genel bir kaide halini aldığından bahsetmiş, büyük inkılaplar ve siyasi tecrübeler geçirmiş milletlerin istisnasız durumlarının bu şekilde olduğunu söylemiş; Avrupa’da, Fransa, İngiltere, İtalya, Hollanda, Belçika gibi çağdaş ve cumhuriyetle idare edilen ülkelerin parlamentolarının iki meclisten oluştuğundan bahsederek parlamentonun iki meclisli sistemden oluşmasını savunmuştur. Konuşmasının devamında, diğer devletler dikkate alındığında örneğin, İspanya, Portekiz, batıda bulunan devletlerden, İsveç, Norveç, Danimarka, daha sonra orta Avrupa’da bulunan yeni ve eski devletlerin, ve özellikle yeni kurulan devletlerin meclislerinin iki meclisli bir sistem benimsediklerini, Amerika’yı oluşturan elli kadar devletin de cumhuriyetle idare olunduğunu ve bunların parlamentolarının iki meclisten oluştuğunu dile getirmiştir. İngiltere ve Fransa’nın en büyük üniversitelerinde hukuk dersleri veren hocaların parlamentoların iki meclisten oluşması hususunda ortak fikir sahibi olduklarını ve ülkemiz açısından da, hükümetle parlamento arasında anlaşmazlık çıkması durumunda parlamentoya eşit bir kurumun bu anlaşmazlığı çözmesi gerektiğini bu kurumunda ikinci bir meclis olması gerektiğini söylemiştir. Çift meclisten yana olan görüşlerde belirttiğimiz, hükümetle parlamento arasında çıkacak uyuşmazlıkların çift meclis sistemiyle aşılabacağı tezini savunmuştur. Refet Bey, eğer ki meclisle hükümetin karşı karşıya gelmesi durumunda iki şıkkın bulunduğunu, ya meclisin fesih olunacağını ya da hükümetin istifa edeceğini söylemiş bunun da ülke menfaatleri için uygun olmadığını

kını tek başına kullanacak meclis olarak tanımlamıştır. Bu kapsamda, yasama ve yürütme yetkisi TBMM’de toplanmıştır.

Türkiye’nin tek partili döneminde yasama organının yapısı ve sistem pek fazla tartışmaya konu olmamıştır. Ancak çok partili hayata geçilmesi ve ilk defa çok partili seçimler yoluyla iktidarın el değiştirmesi üzerine, 1950-1960 yılları arasında yaşanan şiddetli siyasi tartışma ortamının da etkisi ile sistem tartışılmaya başlamıştır. Yaşanılan olumsuz süreçten 1924 Anayasası sorumlu tutulmuş ve ikinci bir meclisin bulunmayışı önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir. ONAR’a göre 27 Mayıs sonrasında çift meclis sisteminin benimsenmesinin nedeni, devlet iktidarının sınırlandırılmasına yeni bir kurum eklemektir⁴¹.

ALDIKAÇTI da bu bağlamda 1924 Anayasasının, çok partili demokratik siyasal yaşamı düzenlemek için yetersiz görüldüğünü, bunun sonucunda kişi hak ve özgürlüklerinin teminatı yönünden ikinci meclis konusunun siyasal partilerin tüzük ve programlarına girdiğini belirtmiştir⁴². Tüm bu süreç sonucunda, 1961 Anayasası ile çift meclis sistemi uygulamaya konulmuştur.

1961 Anayasası’na göre TBMM, kuruluş ve yetkileri itibarıyla birbirinden ayrı ve farklı iki meclisten meydana gelmiştir. Bu meclislerden birincisi Millet Meclisi, diğeri ise Cumhuriyet Senatosudur. Anayasa, kayıtsız ve şartsız Türk milletine ait olan egemenliğin, millet tarafından yetkili organlar eli-

ğini ve bu eşit durumda olan bir ikinci meclisle çözülebileceğini, çift meclisin kabulü halinde başka ülkelerdeki sistemlerin taklit edilmeyeceğini ve Heyet-i Ayan meclisine benzer yapıda olmayacağını ve ikinci meclise de ayan meclisi demeye lüzum bulunmadığını, birinci meclise birinci millet meclisi, ikincisine de ikinci millet meclisi ve bunların ikisinden oluşan meclise de Büyük Millet Meclisi denileceğini belirten bir konuşma yapmıştır.”(TBMM, **Zabit Ceridesi**, C. 7, s. 234-235.)

⁴¹ “Federal devlet olmadığı halde, bazı ülkelerde hala çift meclisli bir parlamentonun bulunmasının nedeni, İngiltere’de olduğu gibi uzun yıllardan beri süre gelen bir geleneğin korunmasıdır. Günümüzde, çift meclisli bir yapılanma, federal olmayan ve tarihsel geçmişten kaynaklanan bir geleneğin sürdürülmesi gibi bir gereksinimi de bulunmayan İtalya, Fransa, Japonya, Polonya, Romanya, ve 1961 Anayasası döneminde Türkiye gibi ülkelerde de görülmektedir. Bu tür ülkelerde çift meclis sisteminin belirlenmesinin nedeni, devlet iktidarının sınırlandırılmasına yeni bir kurum eklemektir. Bir başka deyişle, oluşturulacak ikinci meclisle, birinci meclisin aşırılıklarının frenlenmesi, orada kabul edilen bir kanunun, gerek yerindelik (opportunite), gerek anayasaya uygunluk açısından ikinci meclis tarafından gözden geçirilmesi ve varsa gerekli düzeltmelerin yapılması amaçlanmaktadır” (Erdal ONAR, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, Ankara, 2003, s. 27-28.)

⁴² ALDIKAÇTI, Orhan, **Anayasa Hukukunun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, 3. Baskı, İÜHF yay, İstanbul, 1978, s. 108.

le kullanılacağını belirtmiş; yasama yetkisini TBMM'ye vermiş ve onu oluşturan her iki organın yetkilerini bazı farklar ile aynı kılmış ve hatta bazı konularda iki meclisin birlikte toplanarak karar vermeleri esasını kabul etmiştir⁴³.

1961 Anayasasına göre Millet Meclisinin tamamıyla doğrudan halk tarafından seçilmesine karşın Cumhuriyet Senatosu'nda halk tarafından seçilen üyelerin yanı sıra seçimle gelmeyen üyelere de yer verilmiştir. 1961 Anayasasının 70. maddesinde, Cumhuriyet Senatosunun genel oyla seçilen yüz elli üye ile Cumhurbaşkanıca seçilen on beş üye ve 13 Aralık 1960 tarihli ve 157 sayılı Kanunun altında adları bulunan Milli Birlik Komitesi Başkanı ve üyeleri ile eski Cumhurbaşkanıca seçilen oluşacağı, bu tabii üyelerin yaş kaydı gözetilmeksizin, Cumhuriyet Senatosunun üyesi olarak görev yapacakları düzenlenmiştir.

24 Mayıs 1961 tarihli ve 304 sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu ile 25 Mayıs 1961 tarihli ve 306 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu iki meclis için farklı seçim sistemleri öngörmüştür⁴⁴. Milletvekili seçimi için nispi seçim sistemi ve Cumhuriyet Senatosu için basit çoğunluk usulü uygulanmıştır⁴⁵. Ancak 1964 yılında yapılan değişiklikle her iki meclisin de seçim usulü aynı hale getirilmiştir⁴⁶.

1960'ların sonlarına doğru siyasi şiddet olayları artmış ve bu olayların önüne geçilememiştir. 12 Mart 1971 tarihinde ordu (Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarıca) tarafından bir "muhtıra" verilerek Başbakan Süleyman DEMİREL istifaya zorlanmış ve bir partiler üstü hükümet kurularak anayasa değişikliği gündeme getirilmiştir⁴⁷.

1961 Anayasası, bu ara rejim döneminde, 1971 ve 1973 yılında iki defa

⁴³ İlhan ARSEL, **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Birinci Kitap "Cumhuriyetin Temel Kuruluşu", Mars Matbaası, Ankara 1965, s. 176-177.

⁴⁴ 24 Mayıs 1961 tarihli ve 304 sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanununa göre yapılan ilk Cumhuriyet Senatosu seçimi basit çoğunluk sistemine göre 15 Ekim 1961 tarihinde yapılmıştır. İlk seçimde, Adalet Partisi oyların %34.5'ini alarak 71, CHP oyların %36.1'ini alarak 36, Yeni Türkiye Partisi oyların %13'ünü alarak 27 ve Cumhuriyetçi Köylü Millet Partisi oyların %12.5'ini alarak 16 üye kazanmışlardır. Görüleceği üzere CHP'nin oy oranı daha yüksek olmasına rağmen Adalet Partisinden daha az üye çıkarmıştır.

⁴⁵ Cem EROĞUL, **Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosunun Yeri**, AÜSBF Yayınları No. 398, Ankara, 1977, s. 17.

⁴⁶ URAN (2008), s. 222

⁴⁷ Serap YAZICI, **Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 101-134.

önemli değişikliğe uğramıştır. Fakat Anayasa’da yapılan bu değişiklikler tartışmalara son vermemiştir. 1975’ten sonra siyasal şiddet ve terör olaylarının hızla artması ve bunların önlenememesi, siyasal sistemde ciddi tıkanıklıkların meydana gelmesi, hükümet ve parlamentonun zaman zaman karar alamaz⁴⁸ ve politika üretemez duruma gelmesi ile birlikte 12 Eylül 1980 günü Türk Silahlı Kuvvetlerinin yönetime el koyması ile sonuçlanmıştır.

1982 Anayasasının yürürlüğe girmesiyle yeni bir dönem başlamıştır. 1961 Anayasası öncesi, çift meclisin kurulması yönünde oluşan kamuoyu, 1982 Anayasasının yapımı aşamasında çift meclis sisteminin kaldırılması yönünde şekillenmiştir. Yaklaşık 20 yıllık uygulama sonucu ikinci meclisin etkinliği göz önünde tutularak, kamuoyu baskısıyla ve Milli Güvenlik Konseyinin de kaldırılması yönündeki isteği doğrultusunda Cumhuriyet Senatosu kaldırılmıştır. Yasama organı 1982 Anayasası ile birlikte yeniden tek meclisli hale getirilmiştir.

III. ÇİFT MECLİS SİSTEMİNİN TÜRKİYE İÇİN GEREKLİ OLDUĞU GÖRÜŞÜ VE DEĞERLENDİRMESİ

Çift meclis sistemi üzerinde yazarlar ve siyaset adamlarından bir kısmı, yasama organının iki ayrı meclisten oluşmasını faydalı ve zorunlu görürken, diğerleri ikinci meclisi lüzumsuz ve hatta hükümetin icraatlarını engelleyeceği düşüncesiyle sakıncalı bulmaktadırlar⁴⁹.

Çift meclis sistemine karşı çıkanlar, tek meclisin ülkenin siyasi ve sosyal hayatına, halk iradesine uygun düşecek en iyi yöntem olduğu fikrinde birleşmektedirler. ALDIKAÇTI’ya göre, Anayasa hukukunda temel hak ve hürriyetleri daha iyi teminat altına alabilecek (Anayasa Yargısı gibi) yeni sistemler bulunmuş ve ikinci meclis daha ziyade hissi bağlarla devam ettirilen kalın-tı bir kurum haline gelmiştir⁵⁰. Bu sebeple de artık ülkemiz açısından çift meclise ihtiyaç kalmamıştır.

⁴⁸ Parlamentonun karar alamaz hale geldiğine ilişkin en bariz örnek olarak, ülkede kriz ortamı devam ederken, siyasal çıkar çatışmaları ön planda tutulduğu için 22 Mart 1980 günü başlayan Cumhurbaşkanı seçimleri bir çıkmaza girmiş ve 21 Ağustos 1980 tarihine kadar süren 115 turdan bir sonuç alınamamış olması gösterilmektedir. (Mehmet PANTÜL-Bekir Sıtkı YALÇIN, **Türk Parlamento Hukukunda İkinci Meclisler**, Cumhuriyet Senatosu Vakfı Yayınları, Haziran 1982, s. 176.)

⁴⁹ ARSEL, (1954), s. 80.

⁵⁰ ALDIKAÇTI, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul, 1970, s.225.

Çift meclis sistemine karşı çıkanların dayandığı önemli argümanlardan birisi de milli egemenlik anlayışıdır. İki ayrı meclisin millet iradesini, yani milli egemenliği temsil edemeyeceği düşüncesini ileri sürmektedirler. Milli iradenin bölünmeye müsait olmadığı ve ancak tek bir meclis eliyle temsil edilebileceği iddia edilmektedir⁵¹. Bu bağlamda egemenliğin bir bütün olarak halkta toplandığı demokratik rejimlerde, egemenliğin iki ayrı meclis tarafından kullanılmasının demokrasi fikri ile bağdaşmadığı savunulmaktadır.

Çift meclis sisteminin, yasama faaliyetlerinin yapılmasında, bir kaygısızlık, bir sorumsuzluk doğurduğu, daha doğrusu meclislerin karşılıklı olarak sorumluluklarını birbirlerinin üzerine atmak istedikleri ve bu sebeple de aksayan siyasi mekanizmada, gerçek sorumluyu bulmanın mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁵².

Çift meclis sisteminin, medeni toplumlar için değil, daha ziyade az gelişmiş toplumlar için yararlı olacağı ileri sürülmüştür⁵³. Sosyal ve kültürel bakımdan az gelişmiş bir toplumda, genel seçimle kurulan yasama organı tabanını yansıtacağından, bu sakıncayı gidermek için, ikinci bir meclis kurmak gerekmektedir. Bu nedenle az gelişmiş ya da geri kalmış toplumlarda, bilimsel ve moral niteliği yüksek üyelerden oluşacak bir ikinci meclisin gerekli olduğu düşünülmektedir⁵⁴. Ancak bu düşüncenin çok da geçerli olmadığını gösteren husus, günümüzün en gelişmiş demokrasilerinde çift meclis sisteminin işletiliyor olmasıdır.

Çift meclis sistemini savunanlar, parlamentonun bir ülkenin siyasi hayatında etkili olabilmesinin ancak iki meclis sistemiyle mümkün olabileceğini ileri sürmektedirler. Bu görüş taraftarlarına göre, meclislerden her biri yapısal oluşumlarındaki ve görevlerindeki farklar itibarıyla, birbirini tamamlamaktadır. Başka bir ifadeyle, genel kurullar, halkın sadece sayısal olarak değil, aynı zamanda kültürel bakımdan da gerçek temsilini sağlamaktadır⁵⁵.

Ali Fuat BAŞGİL, çift meclis sisteminin gerekli olduğunu, ikinci bir meclise taraftar olduğunu, ikinci bir meclisin ülkede istikrar temin edeceğini

⁵¹ E. Giraud, *La Crise de la Démocratie et les Réformes nécessaires du Pouvoir Législatif*, Paris 1925, s.97, ARSEL (1954), s. 90.'dan naklen.

⁵² Berthelemey-Revue de Dr. Publ, 1913, s.400, ARSEL (1954), s. 91.'den naklen.

⁵³ Bugün dünyanın en ileri ve en medeni toplumlarında çift meclis sisteminin uygulanıyor olması bu görüşün isabetsiz olduğunu göstermektedir.

⁵⁴ ARSEL (1954), s. 98.

⁵⁵ ALFONSO, s. 1236.

ve kişi hak ve hürriyetlerinin bekçisi olacağını, iyi kanunlar yapılmasını sağlayacağını, parti ihtiraslarını frenleyeceğini belirterek ikinci meclisin kurulmasını istemiştir⁵⁶.

Parlamentar hükümet sisteminde yasama ve yürütme kuvvetlerini birbirinden ayrı düşünmek mümkün değildir. Hele bir de parlamento içinde tek başına çoğunluğu elde etmiş bir parti söz konusu olursa, disiplinli parti anlayışının da etkisiyle, iktidar partisi hem yasamayı hem de yürütmeyi kontrol altında tutabilecektir. Bu durumda klasik anlamı ile kuvvetler ayrılığı ilkesinin pratikte görülmesi güç olacaktır.

Konuyla ilgili olarak, KABOĞLU, çift meclis sisteminin anayasal denge için gerektiğini belirtmiştir. KABOĞLU, “*Bunun hem erkler ayrılığı bakımından yararı var hem de yasama yürütme işbirliği açısından yararı var. Hem de millet meclisinde bir partinin hakimiyeti altında siyasal saiklerle hızlıca parti liderlerinin gözetiminde oy veren milletvekillerini dengeleyen ikinci bir organın varlığı bakımından gerekiyor*”⁵⁷ şeklinde bir açıklama yapmak suretiyle çift meclis sisteminin erkler ayrılığı bağlamında ve tek parti hakimiyetini önleyici bir özellik taşıyacağını ifade etmiştir.

Türkiye’de çift meclisli sistemin getirilmesini savunanlar, genel itibarıyla aristokratik geleneği sürdürme, federal devlet yapısını muhafaza etme ya da iktisadi ikinci meclis oluşturma ihtiyacı gibi gerekçeler üzerinde durmaktadırlar. Çift meclis sistemi savunulurken daha çok bu sistemin iki faydası ön plana çıkarılmaktadır: Bunlardan birincisi siyasi iktidarın, birinci meclisin ya da çoğunluk iradesinin gücünü frenleme; ikincisi de yasa yapma fonksiyonunda kaliteyi artırma faydasıdır. Dolayısıyla Türkiye gündeminde olmayan ve öne çıkarılmayan amaçlar yerine sadece öne çıkarılan bu iki amaç açısından meselenin değerlendirilmesi yararlı olacaktır.

Çift meclis sisteminin getirilmesi halinde, bu sistemi önerenler tarafından ortaya konulan faydalar Ülkemizde gerçekten sağlanabilecek midir? Bu sorunun cevabını bulabilmek için sistemi, geçmişteki uygulaması, yani 1961 uygulaması ile birlikte değerlendirmekte yarar vardır. Aşağıda Türkiye açısından çift meclisi savunanların ön plana çıkardığı iki fayda ve bu iki faydanın 1961 Anayasası uygulaması ile birlikte değerlendirmesi yapılmıştır.

⁵⁶ Vatan Gazetesi, 27 Temmuz 1947; Ali Fuat BAŞGİL, “Anayasa Meselelerimize Dair, Bir Ankete Verilen Cevaplar”, *Siyasi İlimler Mecmuası*, S.197, Ağustos 1947, s. 223-224.

⁵⁷ <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/449244.asp> (Erişim Tarihi: 24.3.2011)

A. ‘Birinci Meclis, Çoğunluk İradesi Ya da Siyasal İktidarın Frenlenmesi Sağlanır’ Görüşü

Çift meclis sistemiyle öncelikli olarak birinci meclisin aşırılıklarının frenlenmesi, orada kabul edilen bir kanunun, gerek yerindelik ve gerekse anayasaya uygunluk açısından ikinci meclis tarafından gözden geçirilmesi ve varsa gerekli düzeltmelerin yapılması amaçlanmaktadır. Bu durum 1960 öncesi durumla bağlantılı olarak sürekli dile getirilmiştir. Tek meclis, yetkilerin kendisinde toplandığı ve “milli iradeyi” kendisinin temsil ettiği varsayımından hareket ederek, yetkilerine bir sınırlama getirilmesine karşı çıkabilir. Bu durumda ikinci meclisin varlığı, egemenliğin kullanılmasında bir kayıtlama ve denge unsuru olabilir⁵⁸.

Seçim usulleri ve seçim barajları olan bir ülkede, her şeyin çoğunluk elinde bulunacağı ve kanunun dahi çoğunluğun iradesi sonucu olacağı düşünülerek yasama organının iki ayrı meclisten oluşmasının⁵⁹, azınlığın haklarının korunması açısından iyi bir tedbir olacağı ileri sürülmektedir⁶⁰. Çift meclis sistemi, birinci meclisin devlet ve toplum hayatında sebep olacağı istikrarsız çoğunluğuna karşı bir denge oluşturmakta ve istikrarı temin etmenin yanında azınlığın haklarının gözetilmesini de sağlayan bir denge unsuru oluşturmaktadır⁶¹.

Kanunların iki defa ve farklı organlarda incelenerek çıkarılması halinde, kanunların anayasaya veya insan haklarına aykırı bir nitelik taşıması önlenmiş olacaktır. Parlamentoyu iki kanada bölmekle, meclislerin birbirlerini frenlemeleri ve bir çeşit “denge” fonksiyonu üstlenmeleri mümkün olmaktadır⁶².

Yasama organının devlet teşkilatı içerisinde çok kuvvetli yetkilere sahip olması ve anayasayı dahi değiştirebilme imkanına sahip olması, toplum için tehlikeli görülmüş ve tek meclisten oluşan böyle bir organın her zaman tehlikeli olabileceği iddia edilmiştir⁶³. Bu sebeple yasama organının iki ayrı

⁵⁸ TEZİÇ (2005), s. 373.

⁵⁹ İrlanda’da çift meclis sistemi, çoğunluğa karşı azınlığın haklarını korumak için kurulmuştur.(ARSEL (1954), s. 82.)

⁶⁰ ARSEL (1953), s. 7.

⁶¹ ALFONSO, s. 1236.

⁶² Yahya Kazım ZABUNOĞLU, **Devlet Kudretinin Sınırlanması (Doktora Tezi)**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963, s. 207.

⁶³ J. Laferrière-. s.628 vd., ARSEL(1954), s. 87’den naklen.

meclisten oluşmasının, onu daha anlamlı bir kuvvet haline getirme imkanını sağlayacağı kabul edilmiştir.

Siyasal iktidarın güçlenmesi olgusu dönemler itibariyle sürekli tartışıl gelmiştir. Siyasal iktidarın güçlenmesi ve gücün kötüye kullanılabileceği düşüncesi, siyasal görüşü karşıt olanlar için sürekli bir endişe ve korku unsuru olarak görülmüştür. 1960 sonrası yürütmenin sınırlandırılması tezi karşısında 1980 darbesi ve hazırlanan 1982 Anayasası çalışmaları sırasında yürütmenin güçlendirilmesi fikri ön plana çıkmıştır.

BAŞGİL, vatandaş hak ve hürriyetleriyle Anayasanın koruyuculuğunu yapmak üzere bir ikinci meclisin kurulmasının şart olduğunu belirtmiş ve çift meclis sisteminin; “- İkinci meclisin, tek meclisin tahakkümünü önleyeceği ve menfaatlerine düşkün bir çoğunluğun eline geçmesi mümkün olan hükümet silindirisinin vatandaş hak ve hürriyetlerini çiğneyip geçmesine mani olacağını, - Demokrasinin, hakkın ve hürriyetin mutlak surette teminatı olmadığını, bütün kuvvet ve yetkilerin bir elde ve bir merkezde toplanması durumunda, demokrasinin, fert ve devlet hayatı ile münasebetleri için her rejimden daha tehlikeli bir rejim olacağı ve bir meclis istibdadı doğuracağını ve çift meclis usulünün bu tehlikeyi önleyeceğini,”⁶⁴ ifade etmiştir. Aynı şekilde Başkanlık sistemi önerilerine karşı çıkan CHP Genel Başkanı Kemal KILIÇDAROĞLU, parlamenter yapının güçlendirilmesi için ‘senato’ formülünü gündeme getirmiştir. Bu kapsamda parlamenter yapıyı güçlendirmek amacıyla senatonun kurulması gerektiğini, bir denetim mekanizması rolü üsleneneğini belirtmiştir⁶⁵.

ARSEL, demokrasi ile yönetilen ülkelerde çift meclis sistemini benimse eğiliminin sebebinin, demokrasilerin tehlikelerini önlemek ve zararlarını azaltmak amacı olduğunu, seçim yöntemlerinin her şeye karıştığı bir dönemde, her şeyin çoğunluk elinde bulunacağı ve kanunların dahi çoğunluk iradesinin kuru bir ifadesi olacağını ve neticede azınlığın daima çoğunluk önünde ezilmeye mahkum olacağı düşünülmek yasama organının iki ayrı meclis

⁶⁴ Ali Fuat BAŞGİL, “Demokrasilerde Vatandaş Hak ve Hürriyetlerinin Korunması ve Bu Bakımdan Anayasamızın Eksiklikleri”, Muhammet Raşit Seviğ’e Armağan, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1956, s. 581-614.

⁶⁵ KILIÇDAROĞLU, “Parlamenter yapıyı güçlendirmeliyiz. Bunun için senato düşünülebilir. Eskiden vardı ve oldukça verimliydi. Bazı yasaları geri de gönderiyordu, böylece bir denetim mekanizması oluşturuyordu. Şimdi öyle bir mekanizma olmadığı için Anayasa Mahkemesi o misyonu üstleniyor. Hem senato sisteminde sadece üniversite mezunları olacağı için başka açılardan da bir denge oluşturur diye düşünüyorum.” ifadelerini kullanmıştır. (İsmail KÜÇÜKKAYA, “Senato Bombası”, Akşam Gazetesi, 28.9.2010)

halinde teşkil etmesinin en iyi bir tedbir olacağını kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶⁶.

KUBALI, parlamenter sistemde “ikinci meclis” kurumunun çok önemli olduğunu, milletin bu sisteme müsait olduğunu, ikinci meclisin hükümetle millet meclisi arasında hakem ve denge unsuru olacağını ve bu şekilde temel hak ve hürriyetler için daha saygılı kanunların yapılmasını mümkün kılacağını ifade etmiştir⁶⁷.

Öte taraftan APAYDIN, ikinci meclise vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini garanti etmek bakımından da gerek olmadığını; çünkü ikinci meclisin Anayasayı ayakta tutmak suretiyle vatandaş hak ve hürriyetlerini teminata bağlar şekilde bir fonksiyon ifa edemeyeceğini; ikinci meclisin reddettiği bir kanunu reddedilen şekilde kabul etmek, birinci meclis için hukuki bir mecburiyet olsaydı, belki parti ihtiraslarından uzak bir şekilde ve yalnız memleket menfaati düşüncesiyle hareket eden bir meclisin vatandaş hak ve hürriyetlerini korumada bir faydasının olabileceğini; kaldı ki ikinci meclisin de faaliyetlerine, birinci meclisin iktidar zümresi ile hoş geçinmek düşüncesi hakim olursa asıl tehlikenin işte o zaman baş göstereceğini, uygun olanın ikinci bir meclis kurmak yoluna girmektense asıl, kanunların yargısal denetimini anayasanın izin verdiği hakimlerimize duyurmaya ve onlara Anayasa’ya aykırı gördükleri kanunları tatbik etmemeğe hakları olduğunu anlatmaya çalışmanın daha doğru olacağını ifade etmiştir⁶⁸.

TBMM Eski Başkanı İsmet SEZGİN, senato ile ilgili olarak “*Yararlı görürüm. Geçmişte senato mükemmel işlev gördü, bizim yaptığımız yasaları o akil adamlar gözden geçirirdi. Bir senato olsa, adeta Anayasa Mahkemesi’nin görevini de yerini getirir, fevkalade iyi olur. Senato önerisi tartışılmalı, hatta geç kalındığını söyleyebilirim.*” şeklinde ifade etmiştir⁶⁹.

İki meclisli sistemlerde, meclislerden biri yürütme organı ile diğer meclis arasındaki uyumsuzluklarda hakem rolünü oynayabilmekte ve onların görüşlerini birleştirerek uzlaşmalarını sağlayabilmektedir⁷⁰. Devlet idaresinde

⁶⁶ ARSEL (1953), s. 7.

⁶⁷ KUBALI, s. 76-77.

⁶⁸ Vatan Gazetesi, 2 Ağustos 1947; APAYDIN, Burhan, “Anayasa Meselelerimize Dair; Bir Ankete Verilen Cevaplar”, *Siyasi İlimler Mecmuası*, S. 199, Ekim 1947, s. 339-340.

⁶⁹ <http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=HaberDetay&ArticleID=874057> (Erişim Tarihi: 24.03.2011)

⁷⁰ Amerika Birleşik Devletlerinin 2. başkanı olan John Adams, 1776 yılında yazdığı bir ese-

kişisel otoritesini hâkim kılmak isteyen bir Devlet veya hükümet başkanı, bu isteğini tek meclise karşı gerçekleştirebilme olanağına sahip olduğu halde, ikinci meclisin varlığı halinde, her ikisini de nüfuz ve tesir altına alması güçtür⁷¹.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin işletildiği bir sistemde, kuvvetler arasında bir uyuşmazlığın çıkması ve tikanıklığın yaşanması ihtimali vardır. Ayrıca böyle dönemlerde bir devlet organının diğer organın görev alanına müdahale etme ihtimali de söz konusudur. Yürütmenin veya yargının yasamaya ait bir görev veya yetkiyi kullanması, sistemi çıkmaza sokacaktır. İşte böyle bir yetki aşımının olmaması, diğer bir ifade ile yasama organının görev alanının diğer organlara karşı korunması için çift meclis sistemi önerilmektedir. 23. Yasama Döneminde TBMM Başkanı Köksal TOPTAN, Anayasa Mahkemesinin, parlamentonun çıkardığı Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik yapan 5735 sayılı Kanun hakkında vermiş olduğu kararı değerlendirirken Mahkemenin şekil denetiminin ötesine geçerek anayasa değişikliğini esastan incelemesini ve değişikliği iptal etmesini eleştirmiştir. Bu kararın kuvvetler ayrılığı ilkesine zarar verdiğini ve bu tür kararların önüne geçmek için senato uygulamasının ülkemizde yararlı olacağını ifade etmiştir⁷². Bu öneri karşısında kamuoyunda çeşitli tepkiler ortaya çıkmıştır⁷³. Belirtmek gerekir ki, Köksal TOPTAN, bu görüşü ile meclis iradesinin denetlenmesi gerektiğini, ama bu sınırlandırmanın başka bir organ tarafından değil de yasama organının kendi içinde, ikinci meclis tarafından gerçekleştirilen bir denetim olması gerektiğini ortaya koymuştur. Yani bir anlamda anayasa yargısının yerini ikinci meclis tarafından yapılan denetimin alması gerektiği ortaya konulmuştur. Esasın-

rinde bu görüşe yer vermiştir. Adams'ın görüşleri için bkz: John ADAMS, *Thoughts on Government*, in: *Works of John Adams*, ed. by Adams, 1776, s.195-196.; DIPPEL, s.415.'den naklen.

⁷¹ KUBALI (1971), s. 359.

⁷² <http://www.milliyet.com.tr/koksal-toptan-dan-ilginc-cikis-/siyaset/haberdetayarsiv/08.06.2008/874057/default.htm> (E.T.: 4.12.2011)

⁷³ "MHP Genel Sekreteri Cihan Paçacı, Meclis Başkanı Köksal Toptan'ın senato önerisini, "Bu öneri Türkiye'nin içinde bulunduğu krizi kısa sürede çözecek bir öneri değildir" sözleriyle değerlendirmiş ve sadece senatonun kurulmasının tartışılmasının yeterli olmadığını belirtirken Başkanlık Sistemi ve seçim sisteminin de bu kapsamda tartışılması gerektiğini ancak bunların uzun vadede tartışılması gereken unsurlar olduğunu söylemiştir."(<http://arsiv.sabah.com.tr/2008/06/07/haber,4C52A55E01884C51A7C02A8C08A3A602.html> (E. T.: 24.3.2011) Eski Başbakan Mesut Yılmaz, TBMM Başkanı Köksal Toptan'ın "Senato" önerisinin, Türkiye'nin sorununa çözüm olacağı kanaatinde olmadığını söylemiştir. ("Yılmaz: Senato Önerisi Soruna Çözüm Olmaz", Anadolu Ajansı, 10.6.2008)

da Köksal TOPTAN'ın ileri sürdüğü görüş, ikinci meclisi savunurken, anayasa yargısına karşı çıkan bir görüş olarak belirlemektedir. Yine 2010 yılında, dönemin DP Genel Başkanı Hüsamettin CİNDORUK, Anayasa değişikliğini yetersiz bulduklarını söyleyerek, 'yarı başkanlık ve senato' önerisinde bulunmuştur. Senato için; “ *senato kurum olarak Anayasa Mahkemesi'nin görevlerinin bir kısmını üstlenecektir, bir denetim organı olacaktır. 550 milletvekili ni düşürelim 400-430'a, 150 senatörlü bir yeni organ kuralım. Bu meclis aynı zamanda bir filtre görevi yapsın. Bunu 19 sene yaşadık, başarılı bir sistemdi de. Ama başka bir şey; geçmişte tabi üyeler vardı, darbenin izlerini taşıyordu. Şimdi sadece eski cumhurbaşkanları tabi üye olsun, onların da sayıları 2-3'ü geçmez, diğerleri seçimle gelsin, 6 yılda bir seçilsin, iki de bir devletin temel düşüncesi tehlikeye girmesin, tartışmaya açılmasın.*” ifadelerini kullanmıştır⁷⁴.

Değerlendirme:

Yukarıda da ifade edildiği gibi, ikinci meclislerin gerekliliğine ilişkin en önemli düşünce siyasi iktidarın ya da birinci meclisin iradesinin sınırlandırılması düşüncesidir. Bu yönüyle, ikinci meclislerin teorik olarak faydalı olacağını kabul etmek gerekir. Ancak, bu teorik faydanın pratikte karşılık bulabilmesi için gerekli şartların hazırlanmasında zorunluluk vardır. İkinci meclislerin beklenen faydayı verebilmesi için öncelikle bu fren mekanizmasını işletebilecek bir güce sahip olması gerekir. İkinci meclisin bu gücünden de ancak hem hukuki zeminde yetkilere sahip olması, hem de bu yetkileri kullanırken güçlü bir meşruiyet kaynağına dayanması halinde bahsedilebilecektir.

Parlamente sistemde yürütme yasama organından beslenmektedir. Yürütmeyi oluşturan ve siyasal iktidara yön veren güç, parlamento içinde oluşacak çoğunlukla olacaktır. Çoğunluğu ele geçiren her siyasal parti aynı zamanda yürütmenin de sahibi olacaktır. Aynı şekilde, parlamentonun bir kanadında çoğunluğu sağlayan bir siyasal görüşün diğer kanadında çoğunluğu sağlaması muhtemeldir. Ülkemizde 1961 Anayasası döneminde, yaklaşık 20 yıllık süreçte oluşan Senato kompozisyonu büyük oranda bu ihtimalin gerçekleştiğini ortaya koymuştur.

Yasama organının meydana gelişi ve beslendiği kaynak aynı olduğu müddetçe ikinci meclisin çoğunluk iradesini frenleme amacına hizmet etme kabiliyeti azalacaktır. Çift meclis sisteminde her iki meclisin seçimle oluşma-

⁷⁴ “Cindoruk'tan 'Yarı Başkanlık ve Senato' Önerisi”, ANKA Haber Ajansı, 19.1.2010.

sı nedeniyle, aynı seçmenlerin seçeceği meclisler benzer politik görüşlere sahip olacaktır. Bir başka deyişle, partilerin birinci meclisteki sandalye dağılımı ile ikinci meclisteki sandalye dağılımı paralel olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki meclislerin farklı sandalye dağılımına sahip olmaları da imkansız değildir. İki meclisin seçim usulünün farklı olması, farklı zamanlarda meclis üyesi seçimi yapılması gibi sebeplerle meclislerde partilerin güçlerinin farklı olması sonucu doğabilir. Ayrıca iki meclisin seçim usulü aynı olsa bile, iki meclisin de aynı karakterde ve şekilde kurulacağının garantisi yoktur. İki ayrı meclis tıpkı iki ayrı şahıs gibi başka özellikleri olan iki varlık halinde ortaya çıkmaktadır. Buna örnek olarak İtalya'daki çift meclis sistemi gösterilmektedir. İtalyan Parlamentosunu oluşturan Temsilciler Meclisi ile Senato, tek dereceli seçim sistemine göre halk tarafından seçilmelerine rağmen, bütünüyle farklı iki ayrı meclis olarak ve birbirlerine zıt iki ayrı karaktere bürünebilmektedir⁷⁵. Ancak bu sonucun ortaya çıkmasında İtalyan siyasi hayatının parçalı yapısının, parti sisteminin rolünün olduğunu da belirtmek gerekir. Ayrıca İtalyan Anayasası, Cumhuriyet Senatosu için bölge usulünü (md. 57), seçmen olabilmek için 25, seçilebilmek için 40 yaşını kabul etmiştir (Md.58)⁷⁶.

Her iki meclisin seçimle oluşması nedeniyle, aynı seçmenlerin seçeceği meclislerin birbirinin benzeri olacağı ifade edilebilir. Ancak farklı bir seçim sistemi ile oluştuğu takdirde, ilk meclise oranla demokratik olmayacaktır⁷⁷. Aynı bünyede iki meclisin aynı zihniyet ve aynı iradeyi temsil edeceği kabul edilse bile, iki meclisin aynı işleri göreceği düşüncesiyle ikinci meclisin gereksiz bir organ olacağı gerekçesiyle çift meclis sistemine karşı çıkmaktadır. Peki meclislerin farklı kompozisyona sahip olmasını sağlayacak ve aynı zamanda halkın iradesini yansıtacak, demokratik niteliği zedelenmemiş, adil seçim yöntemleri bulunabilir mi? Öncelikle demokratik niteliği olan, halkın iradesine dayanan adil bir temsil isteniliyorsa, aristokratik niteliği olan, seçimle gelmemiş üyelerden oluşan bir meclis bir alternatif olarak düşünülemez. Zaten ülkemizde aristokratlardan oluşan bir ikinci meclis, hiçbir kesim tarafından önerilmemektedir. Bu durumda yine genel oy ve halk iradesine dayanan iki meclisli bir yapı önerildiği anlaşılmaktadır. Seçimle oluşan iki meclisin kompozisyonunun birbirinden farklı olabilmesi için -yukarıda da bahsedildi-

⁷⁵ ARSEL (1954), s. 91.

⁷⁶ ALDIKAÇTI (1978), s.226.

⁷⁷ TEZİÇ (2005), s. 373-374.

ği gibi- seçim sistemlerinin farklı olması gerekir⁷⁸. Aynı halk iradesinden farklı sonuçlar ortaya çıkarabilmek için, seçim sistemlerinden birinin demokratik niteliği muhakkak zayıf olacaktır. Bir başka ifadeyle aynı halkın, iki meclis seçiminde farklı tercihte bulunması beklenmektedir. Ayrıca halkın iki ayrı meclis seçiminde farklı siyasi tercihlerde bulunması, iki meclis seçimi arasında önemli sayılabilecek bir sürenin geçmesi halinde mümkün olabilir. Tabii iki seçim arasında önemli bir sürenin geçmesi halinde bile, halkın tercihinin değişeceğinin garantisi yoktur.

1961 Anayasasını hazırlayan Temsilciler Meclisinde Anayasa Komisyonu sözcülüğünü yapacak olan Turan GÜNEŞ, ikinci meclisi; “ İki meclisin de aynı seçmenlerle, aynı seçim usulleriyle ve aynı zamanda seçileceğini, bu takdirde iki organın da teşekkülünün şüphesiz aynı olacağını, aynı partinin hakimiyeti altında olan meclislerin birbirlerini frenlemeyeceklerini, parti liderlerinin parti programlarını uygulama zamanında getirecekleri kanun tekliflerini kabul edeceklerinin aşikar olduğunu,” ifade etmiştir⁷⁹. Aynı şekilde, Süleyman DEMİREL, “Senatonun kapatılmasının yanlış olduğunu söylemiştim. Çok faydaları vardır, ama biz senato imkânını iyi değerlendiremedik. Meclis’in tekrarı gibi çalıştı, tam bir dublikasyon oldu. Senato, Meclis’in tekrarı gibi çalışmamalı.” şeklinde ifade etmiştir⁸⁰.

Meseleyi ülkemizde, 1961 Anayasası dönemindeki uygulama ile izah edecek olursak daha açıklayıcı olacaktır. Aşağıdaki tablolarda 1961 Anayasası döneminde Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi seçimlerinde yer alan siyasal partiler ve elde ettikleri sandalye sayıları gösterilmiştir.

Tablo.1. 1961 Anayasası Dönemi Millet Meclisi Genel Seçimleri Partilere Göre Milletvekili Dağılımı⁸¹

	AP	CGP	CHP	CKMP	MHP	MP	MSP	TİP	YTP	BAĞ	TBP	DP
1961	158	-	173	54	-	-	-	-	65	-	-	-
1965	240	-	134	11	-	31	-	14	19	1	-	-
1969	256	15	143	-	1	6	-	2	6	13	8	-
1973	149	13	185	-	3	-	48	-	-	6	1	45
1977	189	3	213	-	16	-	24	-	-	4	-	1

⁷⁸ Arend LIJPHART, **Patterns of democracy : government forms and performance in thirty-six countries**, New Haven: Yale University Press, 1999, s.207.

⁷⁹ Turan GÜNEŞ, “İkinci Meclis”, **Siyasi İlimler Mecmuası**, S. 271, Ekim 1953, s. 287-289.

⁸⁰ (<http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=HaberDetay&ArticleID=874057>) (Erişim Tarihi: 24.03.2011)

⁸¹ TBMM Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü arşivi.

Tablo.2. 1961 Anayasası Dönemi Cumhuriyet Senatosu 1/3 Yenileme Seçimleri ve Partilere Göre Dağılımı⁸²

	AP	CGP	CHP	CKMP	MHP	MP	MSP	TİP	YTP	BAĞ
1961 Senato Seçimi	71	-	36	16	-	-	-	-	27	-
1964 1/3 yenileme	31	-	19	-	-	-	-	-	-	1
1966 1/3 yenileme	35	-	13	1	-	1	-	1	1	-
1968 1/3 yenileme	38	1	13	-	-	1	-	-	-	-
1973 1/3 yenileme	22	1	25	-	-	-	3	-	-	1
1975 1/3 yenileme	27	-	25	-	-	-	2	-	-	-
1977 1/3 yenileme	21	-	28	-	-	-	1	-	-	-
1979 1/3 yenileme	33	-	12	-	1	-	4	-	-	-

Yukarıdaki iki tablo birlikte değerlendirildiğinde genel itibariyle Millet Meclisi seçimlerindeki sandalye dağılımının Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimlerindeki dağılımla paralellik sergilediği görülmektedir. Tabloda iki seçim döneminin istisna oluşturduğu görülmektedir. Birincisi 1961 Millet Meclisi seçimleri ile 1961 Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde görülmüştür. AP, Millet Meclisi seçimlerinde 450 sandalyeden 158'ini kazanmış yani mecliste CHP'den daha az sandalye çıkarmışken, Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde en çok sandalye çıkaran parti olmuştur. Yine CHP 1973 ve 1977 Millet Meclisi seçimlerinde üstüste iki dönem en çok sandalye çıkaran parti olmuş ancak 1975 ve 1979 Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde en çok sandalyeyi AP çıkarmıştır. Sonuç olarak, 1961 Anayasası dönemi uygulamasına baktığımız zaman iki meclis seçimlerinde kompozisyon açısından birbirine paralel sonuçların ortaya çıktığı söylenebilir.

1961 Anayasası döneminde Millet Meclisi doğrudan halk tarafından seçilmişken, Cumhuriyet Senatosunun genel oyla seçilmişlerin yanı sıra bir kı-

⁸² TBMM Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü arşivi.

sım üyeleri Cumhurbaşkanınca atanmakta, bir kısım üyeleri ise tabii üye sıfatıyla sürekli senatör olma payesini almaktaydılar. Seçilmiş üyelerin dışındaki üyelerin varlığı her zaman eleştiri konusu olmuştur. 1961 Anayasası döneminde senato üyesi olarak belirtilen şartlarla seçkin bir çoğunluğun oluşturulduğu ifade edilmiş⁸³ ve eleştirilmiştir.

Belirtmek gerekir ki meselenin parti sistemi ile de yakın bir ilgisi vardır. Şöyle ki, disiplinli bir parti anlayışının işlediği ama parti içi demokrasinin iyi işlemediği bir sistemde, parti üst yönetimi iki meclis için adayları paralel düşünen kişiler arasından belirleyecektir. Seçimler sonrasında da parti üst yönetimi meclis üyelerinin iradelerine yön verecektir. Böylece birinci mecliste çoğunluğu sağlayan parti, ikinci mecliste de çoğunluğu sağladığı zaman, ikinci meclisin birinci meclisi frenlemesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Meseleyi Türkiye’de günümüzde uygulanmakta olan barajlı seçim sistemi ile birlikte değerlendirdiğimizde, ikinci meclis için seçim barajının uygulanmaması halinde, çift meclis sisteminin seçim haksızlıklarının giderilmesini nispeten sağlayabileceğini ve ikinci meclisin fren mekanizmasını işletebileceğini kabul etmek gerekir. Birinci meclis için yapılan seçimlerde %50’nin altında bir oy aldığı halde mecliste sandalyelerin mutlak çoğunluğunu elde eden parti ya da partiler hükümeti kurabilecektir. Ancak, barajsız gerçekleştirilen ikinci meclis seçimlerinde iktidar partisi ya da partileri aynı oy oranı ile azınlıkta kalacaktır. Böylece, iktidar partisi ya da partileri yasama organında tek başlarına karar çıkartamayacaklar, muhalefet partileri ile uzlaşma arayışına gireceklerdir. Ancak, iktidar partisi ya da partileri hem birinci mecliste hem de ikinci mecliste mutlak çoğunluğu elde ettiği takdirde, uzlaşmaya zorlayıcı bir mekanizmadan bahsetmek zor olacaktır. Bu durumda, fren mekanizmasının işlemesi ancak daha nitelikli bir çoğunluğun gerektiği kararlar için mümkün olacaktır.

Yukarıda bahsedilen bütün engellerin bir an için ortadan kalktığı ve gerçekten birinci meclisi frenleyebilecek kompozisyona sahip ikinci meclisin oluşturulduğu düşünülse bile, birtakım zorluklar bizi bekleyecektir. Şöyle

⁸³ Sedat LAÇİNER konu ile ilgili olarak şu görüşlere yer vermiştir: “*Senato sadece halkoyuyla seçilenlerden oluşmaz, seçimle gelen 150 kişi ve cumhurbaşkanının atadığı 15 kişiye ek olarak bir de ömür boyu senatörler (tabii senatör) vardır. Halkın seçeceği senatörler de öyle sıradan kişiler arasından olamaz, aday olabilmek için 40 yaşını doldurmak ve üniversite mezunu olmak şartı vardır. Böylece elitist bir yaklaşımla Senato’da kendince ‘seçkin’ bir çoğunluk oluşturulmak istenmiştir.*” (Sedat LAÇİNER, ”Türkiye’de Kuvvetler Ayrılığı Hiç Olmadı,” *Usak Stratejik Gündem*, 29.3.2010.)

ki, yaş, sosyal statü, siyasi anlayış itibariyle farklı kimselerden meydana gelen ve yetkileri itibariyle de az çok farklı durumda bulunan iki meclis arasında anlaşmazlıklar çıkması ihtimal dahilinde olduğuna göre, kanunların çıkarılması gecikecek, hatta imkansız hale gelebilecektir. Meseleleri farklı değerlendirebilen iki meclis olduğu zaman, çift meclisli yapı, siyasi hayatta tıkanıklığa yol açacak; siyasi faaliyetlerde tereddütler doğuracak ve hükümet faaliyetlerinde istikrarsızlıklara yol açarak anayasal hayatı açık bir şekilde tehdit edebilecektir⁸⁴. Esasında bu sakıncayı gidermenin de bir yolu vardır. Şöyle ki, ikinci meclisin yetkilerinin çok iyi hesaplanarak tespit edilmesi halinde, siyasi tıkanmaların önüne geçilmiş olacaktır. İkinci meclisin fren fonksiyonu altında çoğulcu demokrasiyi hayata geçirebilmek ve çoğunluğun azınlığın hakları aleyhine karar verebilmesini önlemek için savunulmaktadır. Çoğunluğun hangi kararları alabileceği tespit edilir ve mutlak surette toplumda ve dolayısıyla toplumun temsilcilerinde konsensüsün aranacağı hususlar tespit edildiği ve konsensüs gerekli olan kararlar için ikinci meclise kritik yetkiler verildiği takdirde çözüme ulaşılmış olacaktır. Böylece hem tıkanma yaşanmaması adına, birinci meclis çoğunluğunun siyasi hayatı yönlendirebilmesinin önü açılmış, hem de çoğulcu demokrasiyi yaşatabilmek için, konsensüs gereken hususlarda ikinci meclise fren fonksiyonunu vermiş oluruz.

Acaba 1961 Anayasası uygulamasında, Cumhuriyet Senatosu, Millet Meclisinin iradesini ne kadar frenleyebilmiştir? Belirtmek gerekir ki, 1961 Anayasası, kanunların kabulünde tamamen kendine özgü bir yöntem belirlemiştir⁸⁵. Bu yöntemde Cumhuriyet Senatosuna nazaran Millet Meclisine üstünlük tanınmıştır. Her iki meclis arasında gidip gelmeler sonucunda, Millet Meclisi son sözü söyleyebilmektedir. Ancak Millet Meclisinin iradesini kabul ettirebilmesi birtakım şartlara bağlanmıştır. Millet Meclisi bu şartları gerçekleştiremezse Cumhuriyet Senatosunun veya kurulan karma komisyonun kararını benimsemek zorunda kalmaktadır.

Aşağıdaki tabloda 1961 Anayasası döneminde Cumhuriyet Senatosunda işlem gören kanun tasarı ve tekliflerinin genel dökümü verilmiştir⁸⁶.

⁸⁴ ALFONSO, s. 1236.

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz. URAN (2008), s. 244-248.

⁸⁶ Cumhuriyet Senatosu Genel Sekreterliği Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü Kayıt Defterleri.

Tablo.3. Cumhuriyet Senatosunda İşlem Gören Kanun Tasarı ve Teklifleri

	Tasarı	Teklif	Toplam
Aynen Kabul	1729	338	2067
Değiştirilerek Kabul	176	69	245
Ret	22	73	95
Süresi İçinde Görüşülemeyen	29	21	50
Komisyonunda Kalan	-	5	5
Sahibi Tarafından Geri Alınan	-	3	3
İşlemden Kaldırılan	-	2	2
Toplam	1956	511	2467

1961-1980 tarihleri arasında Cumhuriyet Senatosuna 1956 tasarı, 511 teklif, toplamda 2467 metin gelmiştir. Bunların 2067'si aynen kabul edilmiştir. Gelen tasarıların 245'i değiştirilerek kabul görmüş, 95'i reddedilmiş ve 50'si de süresi içinde görüşülmemiştir. Bu verilere göre 1961-1980 arası kabul edilen kanun tasarı ve tekliflerinin yaklaşık %84'ü, Millet Meclisinden geldikleri gibi Senato tarafından aynen benimsenerek kanunlaşmışlardır. Süresi içinde görüşülmediği için kabul edilmiş sayılanları da dahil ettiğimizde 2117 adet metin aynen kabul edilmiştir. Bir başka ifade ile süresi içinde görüşülmediği için aynen kabul edilmiş sayılanlarla birlikte tasarı ve tekliflerin bütün tasarı ve tekliflere oranı yaklaşık %86'yı bulduğu görülmektedir. Kanunların aynen kabul edilmek için ikinci mecliste geçirdikleri süre, ortalama olarak iki aydır. Başka bir ifadeyle, çift meclis sisteminin kanunların %86'sı için uygulamadaki etkisi, birinci meclisin olağan kanunlaştırma işlemlerini her bir kanun tasarı ve teklifi için iki ay geciktirmekten ibarettir⁸⁷. Esasında belirtmek gerekir ki, birinci meclisten gelen kanunların ikinci meclis tarafından aynen kabul edilme oranının %86 olmasını normal karşılamak gerekir. İkinci meclisten, gelen bütün kanun metinlerine bir direnç göstermesini beklemek, ikinci meclisin sistemi tıkayan bir unsur hüviyetine bürünmesini beklemek anlamına gelecektir. Sistem içinde çok güçlü olan Avusturalya Senatosu bile ken-

⁸⁷ DOĞANAY (2007), s. 112.

disine gelen metinleri konjonktüre göre %62 ile %93.5 arasında değişen oranlarda aynen kabul etmektedir⁸⁸.

Tek meclisli ülkelerde kanunların daha hızlı ve kolaylıkla yasalaştığı yönünde bir kanaat vardır. Ancak, senato uygulamasının yasama faaliyetlerini yavaşlatmasıyla ilgili olarak 1977 yılında senato üyesi olan CHP Ordu senatörü Orhan VURAL yaptığı bir açıklamada senatonun usulü inceleme yaptığını, Millet Meclisinin baskın olduğunu, senatonun sadece yasama sürecini uzattığını ifade etmiştir⁸⁹.

23. Dönem TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı Burhan KUZU, çift meclis sistemi ile ilgili olarak *“bizim 20 yıllık çift meclis denememiz var, beklenen oranda fayda sağlamadı. Bunun nedeni şu; aynı parti hem millet meclisinde hem de senatoda çoğunluğu alınca bir şey değişmiyor. Nitekim Türkiye’de 20 yıllık uygulamada CHP ilk kez 1977’de senatoda çoğunluğu aldı, bir defa o dönem engelledi. Önceki dönemde Adalet partisi çoğunluğu vardı ve gelen kanun olduğu gibi geçiyordu. İyi niyetle söylenmiş olsa bile sadece süreci uzatıyor.”*⁹⁰ ifadelerini kullanmıştır. Aynı şekilde YAZICI da senato sisteminin yasama sürecini ağırlaştıran bir yapı olacağını belirtmiştir. YAZICI’ya göre, *“İkinci bir meclisin kurulması demek yasama sürecinin yavaşlaması, temponun düşmesi demektir. Zaten yasama süreci doğası gereği yavaş bir süreçtir. İkinci bir meclis yaratarak bu süreci biraz daha*

⁸⁸ 1996’da %74.3, 1997’de %65.4, 1998’de %68.8, 1999’da %65.1, 2000’de %65.9, 2001’de %74.5, 2002’de %75.7, 2003’de %62, 2004’de %68.5, 2005’te %82.4, 2006’da %93.5, 2007’de %88 oranında aynen kabul gerçekleşmiştir. Stanley BACH, Senate Amendments and Legislative Outcomes in Australia, 1996-2007, **Austrailean Journal of Political Science**, Vol.43, No.3, September 2008, s. 407.

⁸⁹ Vural, *“O zaman da Türkiye Cumhuriyeti Devleti parlamenter-demokratik sistemle yönetiliyordu. Yani Parlamento en üst organdı. Senato sistemini Parlamenter- demokratik sistemle yürüten dünyada başka bir ülke yoktur herhalde Türkiye dışında! Eğer senato sistemine geçilecekse bu modelin, yani parlamenter sistemin değişmesi şart. Çünkü bizim zamanımızda kurulmuş olan senatonun çatısına baktığımızda ABD’deki senato gibi yetkilerinin olmadığını görüyoruz. Sadece biz usulen Meclis’ten çıkan yasaları inceliyorduk, gerekli yerleri değiştirip Meclis’e gönderiyorduk. Meclis, ikinci defa tetkik edip, üzerinde görüştükten sonra bizim görüşümüzü dikkate alıp almamakta serbestti. Meclis baskındı. Senato sadece süreci biraz daha uzatırdı o kadar. Ama sistem değişir, başkanlık sistemi veya yarı başkanlık sistemine geçilir ve o ülkelerde uygulanan senato sistemi kabul edilirse durum değişebilir. Bunun için yetki ve sorumlulukların değişmesi şart. O zaman işler tıkanmadan yürür. Parlamenter sistemde senatonun oluşu o zaman da bana ters geliyordu.”* şeklinde ifade etmiştir.(Burcu BULUT, “Senato’ için parlamenter sistemin değişmesi şart”, **Akşam Gazetesi**, 28.9.2010)

⁹⁰ Posta Gazetesi, 29.9.2010, s.13.

*yavaşlatmak gerçekçi değildir*⁹¹. LAÇİNER, 1961 Anayasası dönemi Senato uygulaması ile ilgili olarak yasama sürecinin belirgin bir şekilde yavaşladığı⁹² görüşüne yer vermiştir.

1961 ve 1982 Anayasası dönemlerini kanun çıkarma üretkenliği açısından, çıkarılan kanun sayıları ile mukayese edecek olursak şu sonuçlara ulaşmak mümkündür. 1961-1980 döneminde, 15 Ekim 1961 seçimlerinden sonra ilk olarak 22.1.1962 tarihli ve 1 Sayılı “Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerine Ödenek ve Yollukları Kanunu⁹³” kabul edilmiş, 12 Eylül 1980 öncesi de son olarak 20.3. 1980 tarihli 2300 sayılı “Jandarma Genel Komutanlığının Yeniden Teşkilatlanması, Modern Silah, Araç ve Gereçlerle Donatılması Amacıyla İçişleri Bakanlığı Jandarma Genel Komutanlığına Gelecek Yıllara Geçici Yüklenmelere Girişme Yetkisi Verilmesi Hattındaki 1632 sayılı Kanunun 1, 2 ve 5. Maddelerinin Değiştirilmesine ilişkin Kanun⁹⁴” kabul edilmiştir. Yani bu 19 yıllık dönemde çıkarılan kanun sayısı 2300’dür. Buna göre çift meclisli dönemde yılda ortalama 121 kanun çıkarılmıştır. 6 Kasım 1983 seçimlerinden sonra TBMM ilk olarak 4.1.1984 tarihli ve 2970 sayılı “31.12.1960 Tarihli ve 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile 3.6.1949 Tarihli ve 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁹⁵” kabul edilmiştir. 6 Kasım 2010 tarihi itibarı ile 6058 sayılı kanun çıkarılmıştır. Bu durumda 28 yıllık dönemde 3088 kanun çıkarılmıştır. Buna göre, bu dönemde yılda yaklaşık 106 kanun çıkarılmıştır. Tek meclisli dönemde çift meclisli döneme nazaran yıl bazında daha az kanun çıkarıldığı görülmektedir. Dolayısıyla tek meclisli dönemde daha hızlı ve daha fazla sayıda kanun çıkarılacağı, çift meclisli dönemde ise meclisin üretkenliğinin olmayacağı düşüncesi Türkiye pratiğinde karşılığını bulmamaktadır. Üstelik, dönemlerin şartları arasındaki farkı da gözardı etmemek gerekir. 1960-1980 dönemi şartları ile 1982 sonrası ve hele 2000’li yılların şartları arasında büyük farklar vardır. Günümüzde toplumsal

⁹¹ <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/449244.asp> (E. T.: 24.3.2011)

⁹² “1961 Anayasası yürütmeyi tek başına çalışmaz hale getirmede yargı dışında yasamaya da roller biçmiştir. Meclis’te ‘senato’ adı altında ikinci bir kamara oluşturulmuş ve yasama süreci hissedilir bir oranda yavaşlatılmıştır. Anayasanın 92. maddesi öylesine karışıktır ve senatoya işleri zorlaştırmada öylesine ince yetkiler vermiştir ki tıpkı Anayasa Mahkemesi gibi Senato’ya da ‘yürütmeye ve yasamaya karşı derin devletin el freni’ desek abartmış olmayız.” (LAÇİNER, Sedat, “Türkiye’de Kuvvetler Ayrılığı Hiç Olmadı,” **Usak Stratejik Gündem**, 29.3.2010.)

⁹³ R.G., T.:27.1.1962, S.: 11020.

⁹⁴ R.G., T.: 30.3.1980, S.: 16945.

⁹⁵ R.G., T.: 14.1.1984, S.: 18281.

ihtiyaçların hızla değişmesi ve bu ihtiyaçları karşılayacak kanunların ve kanun değişikliklerinin çıkarılması zorunluluğu, Milletlerarası antlaşma yapma sıklığının eski dönemlere göre çok büyük bir artış göstermiş olması gibi hususları görmezden gelmek mümkün değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, geçmişte parlamentonun her iki kanadının ittifakla üzerinde anlaştığı bir kanunun kısa bir zaman içerisinde çıkarıldığı da görülmüştür⁹⁶.

B. ‘Yasa Yapma Fonksiyonunda Kalite Artar’ Görüşü

Birinci meclis tarafından yapılan bir kanunun, ikinci meclis tarafından gözden geçirilmesi, bu yöndeki olumsuzlukların önlenmesi ve kanunlardan umulan menfaatin sağlanması için ikinci meclisin faydalı olacağı ileri sürülmektedir. Bunu sağlamak amacıyla, ikinci meclise seçilmek için yaş ve tecrübe bakımından farklı şartlar aranmaktadır⁹⁷. TEZİÇ konuyla ilgili olarak, *“İkinci meclis kanunların yapılmasında daha olumlu sonuçlar verir. Birinci meclisteki çoğunluğun siyasi tercihleri, ikinci mecliste toplum yararına daha uygun bir duruma getirilebilir. Öte yandan ikinci meclis, birinci meclisin aceleci tutumuna karşı bir fren rolü oynayarak, parlamento çalışmalarında, duygusal davranışların yerine, düşüncenin egemen olmasını sağlar”*⁹⁸ ifadelerini kullanmıştır. Ayrıca Lord BALFOUR, 1907 tarihinde, *“Lordlar Kamarasının mevcudiyeti, halkın arzu ettiği kanunları memleketeye kazandırmaya ve bu kanunların, cemiyetin menfaatiyle kabili telif olacak şekilde hazırlanmalarına yarar”* demiştir⁹⁹.

Demokratik ülkelerde parti siyaseti ve parti çıkarlarıyla toplumun çıkarları bazen farklı olabilmektedir. Parlamento faaliyetlerinde ve kanunların hazırlanmasında, siyasi parti mensuplarının ülke ve toplum için en faydalı olan yerine, üyesi bulunduğu partinin çıkarlarını savundukları görülmektedir¹⁰⁰. Demokratik sistemlerde parti sisteminden vazgeçme düşünülemeyeceğine göre, bu sistemin sakıncalarını azaltmak için ikinci meclis alternatifi düşünülebilir.

⁹⁶ Af Kanunu tasarısı, 25.12.1967 tarihinde Millet Meclisi Başkanlığınca İlk Komisyona havale edilmiş ve Genel Kurulun 25.12.1967 tarihli 21 nci Birleşiminde öncelik ve ivedilikle görüşülerek kabul edilmiştir. Aynı tasarı aynı gün Cumhuriyet Senatosu Komisyonunda ve Genel Kurulunda görüşülerek kabul edilmiştir.

⁹⁷ KUBALI (1971), s. 359.

⁹⁸ TEZİÇ (2005), s. 373.

⁹⁹ Hanard-Parl. Deb. Off. Rep. 4’üncü seri, 1907, cilt: CL XXVI, ve 3 üncü seri LXXXVI, s: 1175, ARSEL (1954), s. 88.’den naklen.

¹⁰⁰ ARSEL (1954), s. 89.

Kanunların yapımı, belirli bir tecrübe gerektirdiğinden, kanun koyucunun her çeşit toplumsal meseleler hakkında uzman seviyesinde olmasa bile, hiç değilse orta derecede bir bilgi ve tecrübeye sahip olması gerekir. Bu şart, tamamen sağlanamadığı için alelacele yapılan kanunlar, toplumsal ihtiyaçları karşılamak bir yana, mevcut durumu da alt üst edebilmektedir. Bu sorunu giderme adına çift meclis sisteminin gerekli olduğu ifade edilmiştir.

1924 Anayasasının hazırlanması aşamasında, Karesi Mebusu Süreyya Bey, kanunların mükemmel, düzenli olarak yayımını temin etmek, kanunların kanunlar külliyyatında düzensizlik gösterecek şekilde çıkarılmasına mani olmak üzere, Meclis-i Mebusan'ın zaman zaman oluşan hassasiyetine mukabil daha ılımlı bir ruh hali ile çalışacak, en önemli ilim ve ihtisas sahibi kişilerden oluşan ve yine millet tarafından seçilmiş bir ikinci meclisin lüzumuna ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir¹⁰¹.

Nihat ERİM, Siyasi İlimler Mecmuasında yayınlanan bir makalesinde Anayasa'da göze çarpan iki hususun tek meclis sistemi ve kuvvetler birliği olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda ERİM, “*Anayasa'ya göre, alelâde kanunlar, meclisin basit çokluğu ile kabul edilmektedir. Hatta Anayasa dahi üçte iki çoğunlukla değiştirilebilmektedir. Anayasa'da değişiklik yapmak için ayrı bir Kurucu Meclis yoktur. Cumhurbaşkanı veto yetkisi tanınmamıştır. İkinci bir meclis kurulduğu takdirde, bu meclis, teşekkül tarzı itibariyle, yumuşatıcı, fevri ve ani kararların önüne geçici, Devletin esas müesseselerini günlük politika ihtiraslarından koruyucu bir rol oynayacaktır. Tek meclisin diğer bir mahzuru da, kanunların bazen aceleye gelmesi yüzünden, ihtiyacı karşılayamaması, kanun tekniği bakımından da sakat çıkmasıdır. Bu, her tek meclisli sistemde görüldüğü üzere, bizde de görülmektedir. İkinci meclis kanunları bir süzgeçten daha geçirecektir. İkinci meclise üye seçilmek için tahsil, tecrübe, yaş bakımlarından türlü kayıtlar konacağından bu meclis bir nevi ihtisas encümeni rolünü de oynayacaktır. İkinci meclis, cumhuriyetlerin eksiği olan istikrar unsurunu teşkil eder.*” görüşlerine yer vermiştir¹⁰². Ancak, Burhan APAYDIN¹⁰³, kanunların mükemmelliğini sağlama bakımından ikinci meclisin gerekli olmadığını, çünkü muhalif partilerin de bulunduğu bir mecliste, iktidar partisinin eleştirilere maruz kalmamak için yapacağı kanunların eksik ve yan-

¹⁰¹ GÖZÜBÜYÜK / SEZGİN, s. 8-9.

¹⁰² Nihat ERİM, “Anayasa Meselelerimiz”, *Siyasi İlimler Mecmuası*, S. 199, Ekim 1947, s. 297-298.

¹⁰³ Vatan Gazetesi, 27 Temmuz 1947.

lış tarafları olmamasına azami derecede özen göstereceğini, ikinci meclisten de beklenenin zaten kanunların ikinci mecliste eleştirisi süzgecinden geçeceğini bilen birinci meclisi dikkatli davranmaya sevk etmek olduğunu, teknik şekilde ortaya çıkan frenlemek ve denetim altında bulundurmak rolünü, muhalif partilerin de ifa edebileceğini, kanunların noksanlıkları da bu tenkitler sırasında ortaya çıkacağından, bu tenkitleri dikkate alarak kanunların doğru bir şekilde çıkmasını temin edeceğini, yoksa inatla iş görmek isteyen ve ülke menfaatlerine aldırış etmeyen bir parti için, ikinci meclisin mütalaalarına omuz silkmenin işten bile olmayacağını söylemiştir.

Çift meclis sisteminde, meclislerden biri tarafından kabul edilip diğerine gönderilen bir kanun tasarısının, gönderilen meclisçe uygun bulunması için belirli bir sürenin geçmesi gerekmektedir. Bu süre zarfında ise tasarının içeriği hakkında yeteri kadar düşünme ve kamuoyunu aydınlatma imkanı sağlanmaktadır. Bu şekilde tasarının sadece meclislerin değil, aynı zamanda kamuoyunun denetiminden de geçmesi sağlanmaktadır¹⁰⁴. Bu bağlamda 19. Yasama Döneminde DSP Milletvekili Bülent ECEVİT, TBMM üye tamsayısının arttırılmasıyla ilgili görüşmelerde üye sayısının artırılmasına karşı çıkmış ve bunun yerine Senatonun Kurulmasını teklif etmiştir. ECEVİT, “.....İlle de milletvekilliği sayısı 450’den 600’e çıkarılacak ise, milletvekilliği sayısına 150 milletvekilliği daha eklemek yerine, 12 Eylül 1980 döneminde çok haksız bir kararla ve önyargıyla kapatılan Cumhuriyet Senatosu yeniden kurulmalıdır. Ben, Cumhuriyet Senatosu Büyük Millet Meclislerinde de çalıştım ve Cumhuriyet Senatosunun, rejime, yasama çalışmalarına ne kadar olumlu katkıları olduğunu yaşayarak gördüm. Genellikle, bizde, bazı yasalar, âdeta gözden kaçırılmak istenirmiş gibi aceleyle getirilir ve toplum, kamuoyu, o yasalardan bazılarındaki sakıncaları sonradan fark eder, tepkisini gösterir; fakat, Cumhuriyet Senatosu varken, bu durumlarda, biz milletvekilleri olarak Senatoya başvururduk “şurada bir yanlışlık yapmışız, bir hata yapmışız; eğer kabul ederseniz, siz lütfen bunu düzeltin” derdik ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün ilgili hükmüne göre, ivedi durumlarda, 15 gün içinde, Senato, eğer gerekli görürse ilgili düzenlemeyi yapardı, düzeltmeyi yapardı. Böylelikle, Cumhurbaşkanlarının veto yetkilerini kullanmalarına, şimdikinden çok daha az gereksinme duyulurdu ve Meclisten çıkan yasalar aleyhinde Anayasa Mahkemesine başvurulmasına da, şimdikinden çok daha az gereksinme duyulurdu. Dediğim gibi, biz, 450 Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin 600’e

¹⁰⁴ ARSEL (1954), s. 88.

*çıkartılmasına kesinlikle karşıyız; fakat, ille de böyle bir niyet varsa, bize rağmen böyle bir niyet varsa, bu vesileyle, Cumhuriyet Senatosunun yeniden kurulmasını öngörüyoruz, öneriyoruz.”*¹⁰⁵ şeklinde ifade etmiştir.

Kanunların iki defa ve farklı organlarda incelenerek çıkarılması, bundan dolayı da her kanunun anayasaya veya insan haklarına aykırı bir nitelik taşımasını teorik bakımdan önleyici özellik taşıyabilir. Parlamentoyu iki kanada bölmekle, meclislerin birbirlerini frenlemeleri ve bir çeşit “denge” fonksiyonu üstlenmeleri mümkün olmaktadır¹⁰⁶.

Değerlendirme:

İkinci meclis üyeleri, ister soyluluk prensibine, ister atama, isterse seçim sistemine göre göreve gelsinler, birinci meclis üyelerine oranla, çok daha muhafazakar eğilimde oldukları görülmektedir. Bu durum ise toplumun çağdaşlaşma hızını kesen bir neden olarak görülmektedir¹⁰⁷.

Yukarıda belirtilen görüşler çerçevesinde, aceleye getirmeden ve toplum denetimi sağlanarak sağlıklı kanunların yapılabileceği ve bunun da senatonun kurulmasıyla layıkıyla yerine getirileceği ifade edilmek istenmiştir. Ayrıca çift meclisin varlığı halinde, kanunlar en azından iki defa ve farklı organlarca incelenmesiyle, her kanunun, Anayasaya ve insan haklarına aykırılık tehlikesini içermesinin önleneyeceği ve bu şekilde kararların daha isabetli ve yerinde olacağı belirtilmiştir.

İkinci meclisin anayasa ve insan haklarına aykırı kanunların çıkarılmasını önleyeceği görüşünün doğru olmadığı da ileri sürülmektedir. Bunlara göre, siyasi kurumlar anayasaya ve insan haklarına aykırı kanunların çıkmasını hiçbir zaman önleyemezler. Böyle olsaydı çift meclis sistemine sahip ülkelerde, anayasa mahkemeleri kurulması yönünde bir uygulamaya gidilmezdi¹⁰⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, ikinci meclislerin anayasaya aykırı kanunlara mutlak surette engel olamaması, anayasaya aykırı kanunların çıkma ihtimalini azaltamayacağı anlamına gelmez.

Çift meclis sistemi teklif edilirken, yasama fonksiyonunda kalitenin artacağı, dolayısıyla da Anayasaya ve anayasal ilkelere uygun kanunların çıkma-

¹⁰⁵ TBMM Tutanak Dergisi, 19. Dönem, 4. YY,128. B., C.89, s.485-486.

¹⁰⁶ ZABUNOĞLU, s. 207.

¹⁰⁷ PANTÜL-YALÇIN, s. 17.

¹⁰⁸ KINACI, s. 10.

rılacağı ileri sürülmektedir. Aslında yukarıda Köksal TOPTAN'ın çift meclis sistemi ile ilgili görüşleri üzerinde dururken de belirtildiği gibi, bu önerinin altında yatan düşünce, 'çift meclis sistemi getirildiği takdirde anayasa yargısına ve anayasa mahkemesine ihtiyaç kalmayacağı' düşüncesidir. Serap YAZICI, çift meclis sisteminin Türkiye'ye hiçbir fayda sağlamayacağı görüşünü dile getirmiştir. YAZICI, “*Önleyici denetimden beklenen yararın Türkiye tecrübeleriyle sağlanmadığı ortaya çıkmıştır; beklenen yarar sağlanamamıştır. İkincisi, hiçbir zaman bir siyasi organın yapacağı denetimle, bağımsız bir yargı organının yapacağı denetim aynı anlama gelmeyecektir, dolayısıyla anayasa yargısı muhafaza edilmeli*” şeklinde bir ifadede bulunmuştur¹⁰⁹.

1961 Anayasası ve 1982 Anayasası dönemini, çıkarılan kanunlar ve anayasa yargısı açısından mukayese ettiğimiz takdirde de bir takım sonuçlar elde etmek mümkündür. Aşağıda 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası döneminde anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurular ve sonuçları verilmiştir.

Tablo 4: 1961 Döneminde Anayasa Mahkemesine Yapılan Başvurular ve Sonuçları¹¹⁰

Yıl	İptal Davası	İtiraz Başvurusu	İptal Kararı	Ret Kararı
1962	6	29	1	12
1963	149	30	31	56
1964	15	20	10	26
1965	13	21	9	33
1966	7	19	13	17
1967	15	24	5	22
1968	7	48	5	31
1969	19	31	13	32
1970	23	32	9	23

¹⁰⁹ <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/449244.asp> (E. T.: 24.3.2011)

¹¹⁰ <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?lt=emplate&id=44&lang=0&c=1> (E.T.: 30.11.2011)

1971	17	29	15	31
1972	13	38	16	20
1973	16	22	5	15
1974	9	39	15	14
1975	5	187	40	24
1976	22	30	14	13
1977	11	119	19	32
1978	20	49	9	25
1979	10	29	11	21
1980	3	73	5	35
1981	-	16	2	20
1982	-	6	0	1
Toplam	380	891	217	503

Not: Yukarıdaki tabloda kısmen iptal kararları da iptal kararları altında toplanmıştır. Bir sonraki yıla devreden dosyalar sebebi ile yıllar itibariyle başvuru sayısı ile karar sayısı örtüşmemektedir. Ayrıca noksanlığı sebebiyle iade edilen dosyalar ve yeniden karar vermeye yer olmadığına hükmedilen dosyalar sebebiyle toplam başvuru sayısı ile iptal ve ret kararlarına ilişkin sayı arasında önemli bir fark vardır.

Tablo 5: 1982 Döneminde Anayasa Mahkemesine Yapılan Başvurular ve Sonuçları¹¹¹

YIL	İptal Davası	İtiraz Başvurusu	İptal Kararı	Ret Kararı
1983	-	11	0	7
1984	6	8	2	7
1985	12	19	3	9
1986	10	14	7	19
1987	13	22	9	18
1988	10	52	12	9
1989	8	23	9	16
1990	13	27	7	18
1991	7	54	21	20
1992	5	43	9	23
1993	20	33	27	20
1994	19	34	22	13
1995	13	43	26	31
1996	16	61	19	21
1997	4	73	17	20
1998	2	56	18	42
1999	12	39	18	27
2000	29	57	24	14
2001	23	472	13	24
2002	11	160	29	41

¹¹¹ <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=44&lang=0&c=1> (E.T.: 30.11.2011)

2003	18	95	27	24
2004	28	90	22	49
2005	35	134	23	22
2006	23	146	21	41
2007	31	84	25	29
2008	23	93	37	63
2009	12	82	39	61
2010	16	105	28	64
Toplam	419	1911	514	752

Not: Yukarıdaki tabloda bir sonraki yıla devreden dosyalar sebebi ile yıllar itibariyle başvuru sayısı ile karar sayısı örtüşmemektedir. Ayrıca noksanlığı sebebiyle iade edilen dosyalar ve yeniden karar vermeye yer olmadığına hükmedilen dosyalar sebebiyle toplam başvuru sayısı ile iptal ve ret kararlarına ilişkin sayı arasında önemli bir fark vardır.

Yukarıdaki tablolardan şu sonuçlara ulaşmak mümkündür: 1962-1982 döneminde, Anayasa mahkemesine 1271 başvuru yapılmıştır. Bu başvurulardan 217'si iptal kararı ile sonuçlanmıştır. Diğer bir deyişle, başvuruların %17'si iptal kararı ile sonuçlanmıştır. 1983-2010 dönemini değerlendirdiğimizde ise şu sonucu elde etmek mümkündür: bu dönemde Anayasa Mahkemesine 2330 adet başvuru yapılmış, bunlardan 514'ü iptal kararı ile sonuçlanmıştır. Dolayısıyla başvuruların yaklaşık %22'si iptal kararı ile sonuçlanmıştır. Buna göre, ülkemizde çift meclisli sistem uygulamasının Anayasaya aykırı kanun çıkarılması ihtimalini azalttığı söylenebilir.

Meseleyi çıkarılan kanun sayısı açısından da değerlendirmek faydalı olacaktır. 1961 Anayasası döneminde, yukarıda da bahsedildiği gibi, çıkarılan kanun sayısı 2300'dür. Buna karşın, 217 iptal kararı verilmiştir. Diğer bir ifade ile iptal kararlarının çıkarılan kanunlara oranı % 9.4 olarak karşımıza çıkmaktadır. 1983-2010 döneminde ise, verilen 514 iptal kararının çıkarılan 3088 adet kanuna oranı, yaklaşık %16.6 olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, verilen iptal kararlarının çıkarılan kanun sayısına oranları karşılaştırıldığında

da çift meclisli sistemde, anayasaya aykırı bulunduğu için verilen iptal kararlarının oranının düşük kaldığı görülmektedir. Dolayısıyla, çift meclisli sistemin tek meclisli sisteme nazaran anayasaya uygun kanun çıkarma açısından avantajlı olduğu sonucuna bu verilerle de ulaşmak mümkündür.

Tek meclisli yapıda, yasama ve yürütmenin tek bir partinin kontrolü altına girmesi durumunda sorunlar çıkabilir. Her türlü devlet eylem ve işleminin yargı denetimine açık olduğu bir ülkede çift meclis sisteminin frenleme ve dengeleme görevini bağımsız yargı organının yerine getireceği söylenebilir. Ancak, belirtmek gerekir ki yargı mercileri hukukilik denetimi yapan organlardır ve öyle de kalmak zorundadırlar. Aksi takdirde bir “yargıçlar hükümeti” tehlikesi ile karşılaşılacaktır. Yargı mercilerinin sadece hukukilik denetimi yapan merciler olarak kalması isteniyor ve daha iyi kanunlar çıkarılması, pozitif hukukun öngördüğünden daha ileri düzenlemeler yapılması isteniyorsa; bu açıdan meclisin siyasi denetimi isteniyorsa, ikinci meclis uygulaması tercih edilebilir. Diğer taraftan, kanunların anayasaya uygunluğu denetiminde asıl görevin yargı organları tarafından üstlenilmesi gerekir.

Yasa yapma fonksiyonunun kalitesini tespit ederken çıkarılan kanunların ne kadar istikrarlı bir uygulamaya sahip olduğunu da düşünmek gerekir. Eğer çıkarılan bir kanun çıkarıldığı şekliyle uzun yıllar yürürlükte kalıyor ve sık sık değişmiyorsa, yasa yapma fonksiyonunda kalitenin yüksek olduğu sonucuna ulaşılabilir. Buna karşın çıkarılan kanunlar sık sık değiştiriliyor ise gerekli özenin gösterilmediği anlamına gelebilir. Bu açıdan 1961 ve 1982 Anayasalarını mukayese etmek yararlı olacaktır.

Tek meclisli dönemde çıkarılan bir kanun olan 26.9.2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 14.7.1965 tarihli ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununu mukayese ettiğimiz zaman şu sonuçlara ulaşmak mümkündür.

1965 yılında kabul edilen Devlet Memurları Kanunu, 1971 yılı sonuna kadar, 819, 1069, 1127, 1136, 1327, 1449, 1503 sayılı kanunlarla yedi defa değiştirilmiştir. 2004 yılında kabul edilen Türk Ceza Kanunu 2010 yılı sonuna kadar 5328, 5378, 5377, 5560, 5739, 5759, 5841, 5918, 6008, 6086 sayılı kanunlarla tam on defa değiştirilmiştir. Başka etkenleri göz önünde bulundurmadan bir değerlendirme yapacak olursak, şu sonuçları ortaya koyabiliriz. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her iki sistemde de çıkarılan kanunların çok sık değiştirildiği görülmektedir. Ancak teknik niteliği daha fazla olduğu halde 657 sayılı kanun 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa nazaran daha seyrek de-

ğiştirilmiştir. Üstelik belirtmek gerekir ki Türk Ceza Kanunu kişi hak ve hürriyetlerini doğrudan etkileyen bir kanundur. Acaba aynı kanun çift meclisli bir dönemde çıkarılmış olsa idi, bu kadar sık değiştirilir miydi? Karşılaştırılan bu iki kanunun değiştirilme sıklıkları üzerinde meclisin yapısının ne derece etkisi olduğunu tespit etmek zordur. Ancak kesin olan bir gerçek var ki, ülkemizde yasa yapma fonksiyonunda kaliteyi arttırmak gerekmektedir. Bu ihtiyacı karşılamak adına çift meclis sistemi çare olarak düşünülebilir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi, bu sistem tercih edilecekse, çok dikkatli bir çalışma yapılması ve dengenin çok iyi ayarlanması son derece önemlidir.

SONUÇ

Parlamentonun tek veya çift meclisten oluşması devletin temel kuruluşu, toplumun sosyal ve siyasi yapısı, içinde bulunduğu tarihi şartlar, bağlandığı siyasi ve iktisadi anlayışla ilgilidir. Bu sistem tamamıyla siyasal bir tercih sebebidir. Çift meclis sistemi, İngiltere dışındaki ülkelerde, siyasal ihtiyaç ve tercihler doğrultusunda uygulanmakta olmasına karşın, geri kalmış olup da, kalkınmakta olan ülkelerde, onları daha da ağır siyasal istikrarsızlıklarla karşı karşıya bırakabilmektedir. Başka bir ifadeyle, ekonomik kalkınma süreci yaşayan ve demokratikleşmekte olan ülkelerde çift meclis uygulaması siyasi sorunları çözmek yerine bir kat daha artırabilir. Bu sebeple tek meclis ya da çift meclis tercihinin Türkiye şartları iyi değerlendirilerek yapılması gerekir.

Çift meclis sistemi, çoğulcu demokrasiye katkı sağlamak, diğer bir deyişle daha kaliteli bir demokrasiyi inşa etmek adına katkı sağlamaya elverişlidir. Ancak bu sistem, yasama organını zayıflatmaya, yasama organını iş yapamaz hale getirmeye, siyasi karar organı olan meclisin işlemez hale gelmesini sağlamaya da elverişlidir. Dolayısıyla tek meclis ya da çift meclis sistemi arasında tercih yaparken kapsamlı bir değerlendirme yapmak gerekir. Yukarıda bahsedilen faydaları elde etmek için çift meclis sistemi tercih edilebilir. Eğer çift meclis sistemi tercih edilecekse, bu tercih Türkiye’de demokrasiyi geriye götürmemeli, tam tersine ileri taşınmalıdır. Tercih edilecek çift meclis sisteminde ikinci meclis bir yandan temel hak ve hürriyetleri muhafaza etme adına birinci meclis karşısında fren mekanizması fonksiyonu görürken diğer yandan siyasal sistemi tıkayan, sistemi kilitleyen yetkilerden de mahrum olmalıdır. Dolayısıyla ikinci meclisin ne gibi yetkilere sahip olacağı önem arz etmektedir.

1961 Anayasasında ikinci meclis sistemi, 1950-1960 döneminde, parlamento çoğunluğuna sahip iktidarın eline düşmüş tek bir meclisin varlığı-

na tepki olarak öngörülmüştür. Bu dönemde, çift meclis sistemi, kendisinden beklenenleri (ılımlılık, denge, denetim, frenleme) tam anlamıyla verememiş olmasına rağmen kanunların çıkarılmasına engel olmamıştır. Hatta uygulamaya bakıldığında bu dönemde meclisin daha üretken olduğu görülmüştür. Ayrıca bu dönemde Anayasaya aykırı kanun çıkarılma oranı tek meclisli döneme nazaran daha az olmuştur. Denilebilir ki, çift meclis sistemi 1961 Anayasası dönemindeki aksaklıkların “günah keçisi” olarak görülerek haksız ithamlara maruz kalmıştır. Sistemi tıkayan siyasi, ekonomik, sosyal etkenler göz ardı edilerek bu sisteme karşı çıkmıştır. Ayrıca bu dönemde uygulanan seçim sistemi de siyasal tıkanıklıkları beraberinde getirmiştir.

Meseleyi Türkiye şartlarında değerlendirdiğimizde, içine seçim dışı üyelerin girdiği ve sadece yüksek öğrenim diploması taşıyanlara açık bir ikinci meclisin varlığını savunmanın güçlüğü ortadadır. Böyle bir tercih, toplumdaki belirli bir sınıfın meclisini oluşturma anlamına gelebilir. Ayrıca yasama fonksiyonunun ağır işlemesi bakımından bütün parlamento üyelerine ve parlamentonun her iki kanadına bakmak gerekir. Geçmişte kanunların yapılmasındaki karmaşıklık ve toplantı yeter sayılarındaki çoğunluk sağlama sorunu sistemde zaman zaman tıkanıklıklara sebebiyet vermiştir.

İkinci meclislerin beklenen faydayı verebilmesi için öncelikle fren mekanizmasını işletebilecek bir güce sahip olması gerekir. Ülkemizde 1961 Anayasası döneminde Cumhuriyet Senatosu’nun Millet Meclisi karşısında fren mekanizmasını gerçekleştirebilecek farklılaşmayı yeterince elde edemediğini söylemek güçtür. Çünkü, Cumhuriyet Senatosu seçim sonuçları ile Millet Meclisi seçim sonuçları büyük oranda paralellik arz etmiştir. Eğer gelecekte çift meclis sistemi tercih edilecekse, birinci meclisin oluşumunda yönetimde istikrar, ikinci meclisin oluşumunda tam temsil sağlayan bir seçim sistemi getirilebilir. Böylece ikinci meclisin siyasi iktidarın önünü tıkayan bir organ olması önlenmiş gibi meclislerin kompozisyonunda farklılaşma da sağlanabilir.

Tek meclisli yapıda, yasama ve yürütmenin tek bir partinin kontrolü altına girmesi durumunda sorunlar çıkabilir. Her türlü devlet eylem ve işleminin yargı denetimine açık olduğu bir ülkede çift meclis sisteminin frenleme ve dengeleme görevini bağımsız yargı organının yerine getireceği söylenebilir. Ancak, belirtmek gerekir ki yargı mercileri hukukilik denetimi yapan organlardır ve öyle de kalmak zorundadırlar. Aksi takdirde bir “yargıçlar hükümeti” tehlikesi ile karşılaşılacaktır. Yargı mercilerinin sadece hukukilik dene-

timi yapan merciler olarak kalması isteniyor ve daha iyi kanunlar çıkarılması, pozitif hukukun öngördüğünden daha ileri düzenlemeler yapılması isteniyorsa; bu açıdan meclisin siyasi denetimi isteniyorsa, ikinci meclis uygulaması tercih edilebilir. Diğer taraftan, kanunların anayasaya uygunluğu denetiminde asıl görevin yargı organları tarafından üstlenilmesi gerekir. Ülkemizde çift meclis sistemi tercih edilecekse, ikinci meclis anayasa mahkemesi ve anayasa yargısının alternatifi rolünü üstlenen bir müessese olarak görülmemelidir. İkinci meclisin Anayasaya uygunluğun ön denetimini kısmen yapan ve daha çok da yerindelik açısından kanunları değerlendiren; birinci meclisin temsil ettiği Milletin iradesine uygun hareket edip etmediği ile ilgilenen bir organ olması yerinde olacaktır.

Demokratik olgunluğa erişmiş ve siyasi hayatı istikrarlı ülkelerde çift meclis sistemi başarıyla uygulanmış ve uygulanmaya da devam etmektedir. Demokratik olgunluğa erişmemiş, siyasi istikrarsızlıkları olan, devamlı seçim atmosferi içinde olan ülkelerde çift meclis sistemi yavaş işleyen ve tıkanıklığa sebep olan bir yapı olarak görülmektedir. Özellikle geri kalmış olup da süratle büyük reformlar yapmak zorunda olan ülkelerde parlamentonun çift meclisten oluşması, siyasal istikrarsızlıkları artırıcı etki yarabilir.

Çift meclisli sistemlerde ikinci meclislerin daha ziyade muhafazakar eğilimlerin temsilcisi olduğu düşünüldüğünde; ikinci meclisin, yürütmenin büyük oranda kaynağı ve siyasi bakımdan sorumlu olduğu ilk meclis karşısına vesayetçi, değişime karşı direnen bir rol üstlenmesi durumunda, meydana gelecek siyasal istikrarsızlıklar yürütmenin hizmetlerinde aksamalara sebebiyet verecektir. Bu tür aksaklıkların olmayacağı bir çift meclis sistemi oluşturulmaya gayret gösterilmelidir.

Sonuç olarak, Çift meclis sisteminin yararlarına ilişkin teorik değerlendirmeler bir kanaate ulaşmak için tek başına yeterli değildir. Çift meclis sistemi lehinde görüşlerin uygulama alanında bir değer kazanabilmeleri, tamamıyla ikinci meclisin yapısına, oluşumuna, yetkilerine, üyelerinin siyasal olgunluk derecesine bağlıdır. Türkiye açısından çift meclis sistemi tercihinin fayda sağlaması muhtemeldir. Ancak bu tercihin siyasi istikrarı ve yapılması gereken reformları tıkayan bir unsur olması istenmiyorsa, ikinci meclisin nasıl oluşacağı, ne gibi yetkilere sahip olacağı, seçim usulünün ne olacağı gibi hususları iyi hesaplamak gerekir. Aksi takdirde demokrasiye katkı sağlamaktan ziyade, zarar veren bir müessese ile karşılaşmak muhtemeldir.

KAYNAKÇA

- ALDIKAÇTI, Orhan : **Anayasa Hukukunun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, 3. Baskı, İÜHF yay, İstanbul, 1978.
- ALDIKAÇTI, Orhan : **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul, 1970.
- ALFONSO, Tesaro : “Anayasa Tecrübesinde Çift Meclis Sistemi”, (Çev. Bülent Nuri Esen), **AD**, Y.40, S. 9, Eylül 1949.
- ARSEL, İlhan : **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Birinci Kitap “**Cumhuriyetin Temel Kuruluşu**”, Mars Matbaası, Ankara 1965.
- ARSEL, İlhan : “Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler”, **AÜHFD**, C. 11, S. 3-4, 1954.
- ARSEL, İlhan : **Çift Meclis Sistemi**,(Yayınlanmamış teksir) İstanbul Üniversitesi Merkez Kütüp., No: 1953/544.
- BACH, Stanley : Senate Amendments and Legislative Outcomes in Australia, 1996-2007, **Austrailean Journal of Political Science**, Vol.43, No.3, September 2008.
- BAŞGİL, Ali Fuat : “Anayasa Meselelerimize Dair, Bir Ankete Verilen Cevaplar”, **Siyasi İlimler Mecmuası**, S.197, Ağustos 1947.
- DIPPEL, Horst : The Ambigiuties Of Modern Bicameralism: Input- Vs. Output-Oriented Concepts In The American And French Revolutions, **Legal History Review**, Vol. 71, No. 3-4., 2003.
- DOĞANAY, Mustafa : **Çift Meclis Sistemi ve Türk Parlamento Tarihindeki Gelişim Süreci**, Uzmanlık Tezi, 2007.
- ERİM, Nihat : “Anayasa Meselelerimiz”, **Siyasi İlimler Mecmuası**, S. 199, Ekim 1947.
- EROĞUL, Cem : **Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosunun Yeri**, AÜSBF Yayınları No. 398, Ankara, 1977.
- GÖREN, Zafer : **Anayasa Hukukuna Giriş**, Barış Yayınları, İzmir, 1997.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/SEZGİN, Zekai, **1924 Anayasası Hakkındaki**

Meclis Görüşmeleri, AÜSBF Yayınları, No. 78-60.

GÜNEŞ, Turan : “İkinci Meclis”, **Siyasi İlimler Mecmuası**, S. 271, Ekim 1953.

KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer : **Yasama Meclislerini Fesih Hakkı**, Ankara, 1982.

KINACI, Naci : “Demokrasi Rejiminde İkinci Meclis”, **Forum**, C.14, S. 169, 15 Nisan 1960.

KİLİ, Suna : “1876 Anayasa’sı’nın Çağdaşlaşma Sorunları Açısından Değerlendirilmesi”, **Kanun-ı Esasi’nin 100.Yıl ARMAĞAN**, (1978), AÜSBF. Yayını, Ankara 1978.

KUBALI, Hüseyin Nail: **Anayasa Hukuku Dersleri**, İÜHF Yayınları, No. 351, İstanbul, 1971.

LAÇİNER, Sedat : ”Türkiye’de Kuvvetler Ayrılığı Hiç Olmadı,”**Usak Stratejik Gündem**, 29.3.2010.

LIJPHART, Arend : **Patterns of democracy : government forms and performance in thirty-six countries**, New Haven: Yale University Press, 1999.

ONAR, Erdal : **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, Ankara, 2003.

ÖZBUDUN, Ergun : **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8.Baskı, Ankara, 2004.

ÖZER, Attila : **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2. bası, Ankara, 2005.

PANTÜL, Mehmet; YALÇIN: Bekir Sıtkı, **Türk Parlamento Hukukunda İkinci Meclisler**, Cumhuriyet Senatosu Vakfı Yayınları, Haziran 1982.

TANÖR, Bülent : **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, Yapı Kredi Yayınları-963, 14. Baskı, İstanbul, Ocak 2006.

TANİLLİ, Server : **Devlet ve Demokrasi**, Çağdaş Yayınları, 8. baskı, Haziran 1996.

TESTA, Cecilia : Bicameralism and corruption, **European Economic Review** 54 (2010).

TEZİÇ, Erdoğan : **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.

TUNAYA, Tarık Zafer: **Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)**, Birinci Kitap, Kanun-i Esasi ve Meşrutiyet Dönemi, İBÜ Yayınları, No. 16, İstanbul, Ekim 2001.

TURHAN, Mehmet : **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, Diyarbakır, 1989.

URAN, Peri : **Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008.

VINCENZO, Miceli : **Modern Parlamentolar**, (Çev. Atıf, Akgüç), Ulus Basımevi, Ankara, 1946.

YAVUZ, Bülent : **Parlamentar Hükümet Sisteminde ve 1982 Anayasası’nda Başbakan**, Asil Yayınevi, Ankara, 2008.

YAZICI, Serap : **Türkiye’de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, **Devlet Kudretinin Sınırlanması (Doktora Tezi)**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963.

ÇEVİRİ>>

BOŞ

**KOLLEKTİF MENFAATTE TÜKETİCİ ÖRGÜTLERİ
VASITASIYLA ALACAĞIN (TOPLULUK DAVASI YOLUYLA)
TAHSİLİNE, BANKA HESABINA PIN DESTEKLİ
MÜDAHALEYE VE İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIMINA İLİŞKİN
ALMAN FEDERAL TEMYİZ MAHKEMESİ KARARI**

***“THE DECISION OF THE GERMAN FEDERAL COURT OF APPEAL
CONCERNING DEBT COLLECTION (BY MEANS OF CLASS ACTION)
THROUGH CONSUMER ORGANIZATIONS IN COLLECTIVE INTEREST and
PIN AIDED ACCESS TO BANK ACCOUNT and ALLOCATION OF BURDEN
OF PROOF,”***

Levent BÖRÜ*

Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8; Alman Medeni Kanunu (BGB) §§ 134,66 1a; Tüketici Haklarının Her Tür İhlaline Karşı Müdahalenin Meni Davası Kanunu (UKlaG) § 3 I No: 1; Haksız Rekabet Kanunu (UWG) § 8 II No: 3.

1. Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8’e göre, tüketicinin korunabilmesinin gerekliliği, kişisel menfaatin yanında kollektif (toplu) menfaatin gerçekleştirilmesine de hizmet ediyorsa ve bu durum menfaatin uygulanmasını etkin kılıyorsa, alacakların tüketici örgütleri vasıtasıyla dava yoluyla tahsili mümkündür.

2. Kapkaç suretiyle çalınan ec-kartlarının kötüye kullanılmasında ispat yükünün dağılımı ile ilgili BGHZ 160, 308 = NJW 2004, 3623 kararına bağlı kalınır.

Alman Federal Temyiz Mahkemesi’nin (BGH) 14.11.2006 tarihli kararı¹ XI ZR 294/05 Düseldorf İstinaf Mahkemesi Kararı üzerine (OLG).

Dava Konusu Olay:

Davacı, tüzüğüne uygun olarak tüketici menfaatlerini dikkate alan ve koruyan hukuki fiil ehliyetine sahip bir tüketici kuruluşudur. Davacı, kaybo-

* Arş.Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul-İcra ve İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı.

¹ Bu karar için bkz. NJW 2007, S. 9, s. 593 vd; ayrıca bkz. www.beck-online.beck.de (Erişim Tarihi: 05.11.2011).

lan ec-kartlarının kötüye kullanılmasında ispat yükünün dağılımının açıklanması için çaba gösterir. Bu amaçla davacı, davalı banka (Sparkasse) aleyhine toplu dava açarak, bankamatiklerden müşterilerle, önceden kapkaç yolu ile çalınan ec-kartları, s-card'ları veya bankamatik (Sparkassen) kartları ile doğru PIN numarası kullanılarak uygun miktarlarda çekilen paralardan sonra, müşterilerinden ondokuzunun vekâletiyle davalıdan, davalının müşteri hesaplarına borç olarak yüklediği toplam 13553,58 Euro tutarındaki meblağın tekrar alacak hanesine havale edilmesini talep etmektedir. Taraflar, müşteri alacaklarının Hukuki Danışmanlık Kanununa göre izne sahip olmayan davacıya devrini, Hukuki Danışmanlık Kanunu'nun ihlalinden dolayı devrin hükümsüz olup olmadığını veya davacının Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8'e dayanarak istinaf kanun yoluna başvurup başvuramayacağını tartışmaktadırlar. Somut olayda davacı, davalının, kartların kaybı ile kendisinin bankamatiklere başarılı bir şekilde müdahalesi arasındaki kısa zaman aralığı dikkate alındığında ilk görünüşte, müşterilerin kartlarını ve PIN numarasını kullanmada özen yükümlülüğünü yerine getirmedikleri gerekçesi ile açıkladığı borç kayıtlarına itiraz etmiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi davayı reddetmiştir; istinaf kanun yolu başarısız olmuştur (OLG Düsseldorf, NJW-RR 2006, 127 = WM 2006, 32). Temyiz kanun yolu başarılı olmuştur; bu durum kararın iptaline ve hakkın iadesi sonucuna neden olmuştur.

Gerekçe:

Davacı İstinaf Mahkemesinin (BerGer) görüşünün aksine aktif dava ehliyetine sahiptir. Davacı, Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8 hükmüne dayanarak istinaf kanun yoluna başvurabileceğinden, Hukuki Danışmanlık Kanunu'nun ihlali söz konusu değildir.

[1] İstinaf Mahkemesi (BerGer) isabetli olarak ve şüphesiz, davacının tutumunun tahsil amacıyla devredilen alacakların usulüne uygun olarak tahsilini Hukuki Danışmanlık Kanunu § 1 I hükmüne göre izin yükümlüğü altında bulunmasından hareket etmiştir. Fiili yapan kişinin iş ile ilgili fiilini bir kez yapması ile veya fiilin devamının ayrılmaz bir parçası olması amacıyla birden çok kez yapması ile ortaya çıkan sonuç arasında bir fark yoktur. Zira, bu durum ücretsiz ve kazanç sağlama amacı olmadan gerçekleşse bile, bu hüküm usulüne uygundur (vgl. BGH, NJW-RR 2005, 286 = WM 2005, 102, 103 ; Chemnitz/Johnigk, RBerG, 11. Aufl., Art. 1 § 1 Rdnr. 102; Weth, in: Hens-

sler/Prütting, BRAO, 2. Aufl., Art. 1 § 1 RBerG Rdnr. 35). Davacı, somut olaya özgü topluluk davası yönteminde kredi kartlarının kötüye kullanılmasında ispat yükünün dağılımının mahkemece açıklanması gerektiği görüşündedir.

[2] Keza İstinaf Mahkemesi (BerGer) isabetli olarak, böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde, salt Medeni Kanunu'nun § 134 hükmüne göre, devre ilişkin tazminat alacaklarının icrası için yapılan sözleşme hükümlerinin değil, aynı zamanda alacakların davacı tarafından usulüne uygun mahkemece yerine getirilmesini mümkün kılan hakların geçişine ilişkin devir işlemi de hükümsüz kılacağından, davacının Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 I ihlaline dayanarak aktif dava sıfatının olamayacağını kabul etmiştir (vgl. BGHZ 47, 364, 369 = NJW 1967, 1759; BGHZ 61, 317, 324 = NJW 1974, 50; BGH, NJW 1995, 516 = WM 1993, 2214; NJW 2004, 2516 = WM 2004, 1974, 1975).

[3] İstinaf Mahkemesi (BerGer), sonuçta temyiz kanun yoluna itirazın başarılı olduğu gibi, Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8'in istisna hükmünün şartlarını somut olay için haksız bularak reddetmiştir. Bu hükme göre yabancı olup tahsil amacıyla devredilen tüketici alacaklarının, tüketiciyi koruma anlamında gerekliliği söz konusu ise, tüketici örgütlerince veya kamu yararına devlet tarafından desteklenen tüketici dernekleri vasıtasıyla, görev alanı çerçevesinde, dava yoluyla tahsil edilmesi mümkündür. Gerçi İstinaf Mahkemesi (BerGer) buna ek olarak, böyle bir gerekliliğin tüketici hakları ile ilgili salt tüketicinin menfaatine ilişkin her olayda kabul edilmesini, aksine tüketici derneğinin devreye girmesi için bundan da öte haklılığını ispat etmesi gerektiği görüşündedir. İstinaf Mahkemesi (BerGer), bu haklılığın ispatında çok yüksek taleplerde (şartlarda) bulunmuştur.

[4] Yüksek Yargı Kararlarında ve doktrinde, Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8 anlamında, topluluk davasının açılabilmesine ilişkin tüketiciyi koruma anlamında gereklilik için hangi ölçünün kullanılacağı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.

[5] İstinaf Mahkemesinin (BerGer) gereklilik unsuru için yüksek şartları (vgl. bereits OLG Düsseldorf, NJW 2004, 1532 = WM 2004, 319) doktrinde de kısmen savunulmaktadır. Buna göre, tüketici örgütleri vasıtasıyla dava yoluyla alacak tahsilinin uygulama alanı, örneğin Medeni Kanun § 661a'ya göre kazanç vadeden istisnai durumlarla sınırlanmıştır (Chemnitz/Johnigk, Art. 1 § 3 Rdnr. 471.1) ve özellikle yukarıda belirtilen durumda dava açılmamış olma-

lıdır (Schebesta, WuB VIII D.Art. 1 § 3 RBerG 2.06; LG Frankfurt a.M. ZIP 2006, 463). Frankfurt Asliye Hukuk Mahkemesi (LG), kredi kartlarının kötüye kullanılması hallerinde, topluluk davasının açılabilmesine ilişkin tüketiciyi koruma anlamında gerekliliği gerekçeli olarak reddetmiştir, çok sayıda tüketici için belirli bir hukuk sorununun genel açıklamasını hedef almayacak şekilde, bu konuya ilişkin ilk görünüş ispatının her defasında şahsen incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

[6] Doktrinde ve yüksek yargı kararlarında diğer bir görüş de Hukuki Danışmanlık Kanunu § 1 § 3 No: 8 anlamında topluluk davasının açılabilmesine ilişkin tüketiciyi koruma anlamında gereklilik unsuru için daha makul şartların yerine getirilmesi gerektiğidir.

[7] Bir görüşe göre, gerekliliğin niteliği kendi başına içerikli bir icazet şartı içeremez, aksine sadece tüketici örgütleri vasıtasıyla izne tabi olamayan hukukun temini için temel şartı ifade eder; buna uygun olarak topluluk davası, tüketicilerin tek tek menfaatlerine (çıkarlarına) değil, genel menfaatlerine (çıkarlarına) hizmet etmelidir. Tüketici örgütleri vasıtasıyla alacağın dava yoluyla tahsil edilebilmesinin sınırı, ana tüzüğün amaçları ve kamusal araçlarla yapılan bir destekleme şartının iç tüzüğü vasıtasıyla belirlenmesi gerekir.

[8] Temyiz kanun yolunda temsil edilen diğer bir görüşe göre, Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8'deki hali, salt izin alma yükümlülüğünden muaf tutulma olarak anlaşılmamalı, bilakis Tüketici Haklarının Her Tür İhlaline Karşı Müdahalenin Meni Davası Kanununa (§ 3 I Nr. 1 UKlaG) veya Haksız Rekabet Kanununa (UWG§ 13 II Nr. 3 a.F.bzw. UWG n.F. § 8 II Nr. 3) göre dava takip yetkisi bağlamında görülen tüketici örgütlerinin kendi dava takip yetkilerini gerekçelendirmesi olarak anlaşılmalıdır. Bu ölçüte uygun olarak, dava ile takip edilen kişisel menfaatler yanında kolektif bir durum söz konusu ise, bu tüketicinin menfaatlerinin tehlikede olmasının yanında tüketicinin korunmasının esasa ilişkin bir bağlantısının da var olduğu gözetilmelidir (vgl. Micklitz, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., Aktualisierungsbdt.: UKlaG Rdnrn. 28 ff. ; ders., VuR 2005, 34, 36 f. ; ders./Beuchler, NJW 2004, 1502, 1503 f.; Kleine-Cosack, RBerG, Art. 1 § 3 Rdnr. 56; vgl. auch Erbs/Kohlhaas, Strafrechtl. Nebengesetze, Stand: 158. Erg.-Lfg. R 55, § 3 Rdnr. 22).

[9] Son olarak üçüncü bir hukuki görüş, gereklilik unsurunun niteliğini sınırlı ek kanuni ölçüt olarak ele alınması gerektiğini, ancak bunun da İsti-

naif Mahkemesine nazaran gereklilik unsurunun sağlanmasının daha az şartlarla yerine getirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, örneğin bir tüketici örgütü, dava konusu ile ilgili açıklama getirme gücü daha yüksek olduğu, daha etkili bilgilere sahip olabildiği veya ispat potansiyeli hukuki görüş bakımından en ince teferruatına kadar daha esaslı inceleyebildiği için, topluluk davasının açılması bireysel davaların açılmasından daha etkili sonuçlar doğurur. Zira, topluluk davasının açılması sadece tüketici örgütünün menfaatlerine bağlı olmayıp, aynı zamanda zarara uğramış tüketicilerin bireysel menfaatlerini de gerektirir. İşte böyle bir durumda tüketici örgütünün mutlak surette devreye girmesi gerekir (vgl. LG Bonn, NJOZ 2005, 2202 = BKR 2005, 195 = WM 2005, 1772, 1773 ff. ; zust. Beuchler, WuB VIII D.Art. 1 § 3 RBerG 1.06; Derleder, EWIR 2005, 579; Knerr, in: jurisPK-BGB, 2. Aufl., Internet-Aktualisierung, § 398 Rdnr. 63; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 134 Rdnr. 21).

[10] Kurul sözü edilen son görüşü benimsemektedir.

[11] Gerekliliğin niteliğine müstakil bir yorum getirmeyen bu görüşe, Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8'in lafzı, düzenlenmesi ve oluşumu bakımından karşı görüş getirilmiştir. Gereklilik unsuru kavramı, tüketici örgütünün devreye girmesinin sadece genel tüketici menfaatiyle ilgili olmaması, aksine daha çok menfaatlerin kabul ettirilmesi için bildirilmesini veya sunulmasını sözlü olarak ifade eder. Bundan başka Hukuki Danışmanlık Kanunu § 1 § 3 No: 8'e göre, zaten gerek dava (yargı) yoluyla gerekse de dava (yargı) dışında barışı sağlamayı amaçlayan tüketici örgütünün dava açabilmesi için şart, menfaat ihlalinin tüketici örgütünün görev alanı içerisinde olmasını gerektirir. Böylece genel tüketici menfaati alanına girilmiş olur. Dava yoluyla yapılacak alacağın tahsili için özel olarak ek anlam verilmeyecekse, gereklilik unsuruna ayrıca özel bir anlam yüklemeye gerek yoktur.

[12] Kanun koyma usulünün işleyişi de böyle bir sınırlamayı tavsiye etmektedir. Zira, eski kanun tasarısında da alacağın dava yoluyla tahsili henüz sınırlanmamıştı; yani alacağın dava yoluyla tahsili Hukuki Danışmanlık Kanunu'nun izin yükümlülüğünün yanında gereklilik şartına ilave olmaksızın serbestti. Şüphesiz kanunun gerekçesinden kanun koyucunun, buraya kadar müdahalenin meni davasıyla sınırlı olmak üzere, talebin düşük olması sebebiyle tüketiciye bireysel davalar için cazip gelmeyen ödeme (ifa) davalarına yayma niyeti sonucu çıkmaktadır (BT-Dr 14/6040, s. 277). Bu düzenleme

ile amacını kanunda da ifade etmek ve aynı zamanda açıklamak için, tüketici örgütlerine basit tahsilat fiilleri için izni verilmemesi, aksine alacak devirlerinin, tüketiciyi koruma bağlamında olması ve açık bir talebin icrasıyla tüketiciyi koruma karşısı uygulamaları kaldırma amacına sahip olması gerektiği, Hukuk Komisyonunun teklifi üzerine gereklilik kriterine tamamlayıcı olarak ilave edilmiştir (BT-Dr 14/7052, s. 210).

[13] Temyizdeki görüşünün aksine Hukuki Danışmanlık Kanunu § 1 § 3 No: 8 ruhen ve amaç olarak gereklilik unsurunun niteliğine özel talepler vazetmeye karşı değildir. Temyiz Mahkemesi, bu taleplerin İstinaf Mahkemesinin şartları (talepleri) kadar yüksek tutulmadığı takdirde onay vermektedir.

[14] Temyizdekinden farklı görüş olarak, Haksız rekabet Kanunu (UWG) ve Tüketici Haklarının Her Tür İhlaline Karşı Müdahalenin Meni Davası Kanunu (UKlaG) uyarınca Müdahalenin Meni Davası için tüketici örgütlerinin dava takip yetkisinin geniş yorumu (vgl. BGH, NJW 1989, 2820 = GRUR 1989, 753, 754; NJW-RR 1990, 359 = GRUR 1990, 280 281; Hefermehl/Baumbach, WettbewerbsR, 22. Aufl., § 13 UWG Rdnrn. 41, 43; Meckel, in: Heidelberger Komm. z. WettbewerbsR, § 13 UWG Rdnrn. 37 ff.; Erdmann, in: Jacobs/Lindacher/Teplitzky, UWG-Großkomm., § 13 Rdnr. 102; Teplitzky, Wettbewerbsrechtl. Ansprüche u. Verfahren, 8. Aufl., 13. Kap. Rdnr. 31b zu § 13 UWG a.F.; Fezer/Büscher, LauterkeitsR, § 8 UWG Rdnr. 218; Bergmann, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 8 Rdnr. 299; Walker, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Anwaltkomm. SchuldR, § 2 UKlaG Rdnr. 6) Hukuki Danışmanlık Kanunu § 1 § 3 No: 8'e kıyas yoluyla aktarılamaz.

[15] Kanun koyucu, alacakların tahsilini, Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8'deki izin verme yükümlülüğünden muaf tutmakla, tüketici örgütlerine esas itibarıyla, şu an caiz olan müdahalenin meni davasından da ileri haklar vermiştir. Bu şekilde, tüketici örgütleri, tüketici menfaatlerinin kazanılması amacıyla ödeme (ifa) davası aracılığıyla (vgl. BT-Dr 14/6040, s. 277) tüketicinin haklarını kullanmışlardır. Ancak bununla birlikte, tüketici örgütlerine, Haksız Rekabet Kanununa (UWG) ve Tüketici Haklarının Her Tür İhlaline Karşı Müdahalenin Meni Davası Kanununa (UKlaG) ilişkin düzenlemeleri ile bağımsız bir dava takip yetkisi sağlanmak istenilmiştir.

[16] Haksız Rekabet Kanunu § 13 II için (UWG a.F, şimdi UWG § 8 III) genel görüşe göre, tüketici örgütlerine sadece bir dava ile ilgili dava takip yetkisi verilmemiştir. Hüküm, bundan da öte tüketici örgütlerinin dava sıfatla-

rını maddi-hukuki bir yetki ile donatmak suretiyle gerekçelendirilmiştir. Haksız Rekabet Kanunu (UWG) § 8 III No: 3'deki güncel düzenlenmesinde kanun koyucu bunu, aynen Tüketici Haklarının Her Tür İhlaline Karşı Müdahalenin Meni Davası Kanunu'nda (UKlaG) § 3 I No: 2 olduğu gibi, lafzi olarak açıkça ifade etmiştir (vgl. BGHZ 41, 314, 317 f. = NJW 1964, 1369; BGHZ 133, 316, 319; BGH, NJW-RR 2005, 1128, 1129; Fezer/Büscher, § 8 Rdn. 216 f.; Gloy, in: Loschelder, Hdb. d. WettbewerbsR, 3. Aufl., § 21 Rdnr. 45, 49, 56 f.; Bergmann, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 8 Rdnrn. 261 f.; Erdmann, in: Jacobs/Lindacher/Teplitzky, § 13 Rdnrn. 15 ff.; Köhler, in: Bornekamm, WettbewerbsR, 24. Aufl., § 8 UWG Rdnr. 3.9; vgl. auch Teplitzky, 13. Kap. Rdnr. 12c). Bundan farklı olarak kanun koyucu alacağın tahsili için hiçbir tüketici örgütünün dava sıfatını ve dava takip yetkisini ima etmemiştir, aksine esaslı bir izin yükümlülüğünden ikinci bir istisnai durum formüle etmek ve bunu Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3'ün, esas itibarıyla dar anlamda yorumlanması gereken (vgl. BGH, NJW 1974, 1374 [1375]; Chemnitz/Johnigk, Art. 1 § 3 Rdnr. 345; Weth, in: Henssler/Prütting, Art. 1 § 3 RBerG Rdnr. 1) istisnai durumuna eklemek ve devredilen hakkın yetkisinde bırakmak için kendini sınırlamıştır.

[17] Temyizde, genel olarak tüketici örgütlerinin dava takip yetkisi vasıtasıyla vekâletnamelerinin teslimi ile (yetkilerin onayı) ve bununla birlikte devredilen hak ile davanın açılmasını gerekçelendirilebilmektedir; bu sebeple tüketici örgütü, yediyeminli hak sahibi olarak dava açabilir (vgl. BGHZ 48, 12, 15 = NJW 1967, 1558; BGHZ 89, 1, 2 f. = NJW 1984, 2220; Lindacher, in: Münch-Komm-ZPO, 2. Aufl., Vorb. § 50 Rdnr. 60; Musielak/Weth, ZPO, 4. Aufl., § 51 Rdnrn. 33 f.; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., Vorb. § 50 Rdnr. 58; Zöller/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl., Vorb. § 50 Rdnrn. 60 f.). Bu durumda da dava takip yetkisinin esas dayanağı, tüketici örgütünün kendi hakkı değil, aksine bundan başka, kendi açısından etkili olması gereken ve böylece Hukuki Danışmanlık Kanunu işleyişinin de göz önüne alındığı alacağın devridir (vgl. BGH, NJW 1995, 516 = WM 1993, 2214; Zöller/Vollkommer, Vorb. § 50 Rdnr. 61; BGHZ 89, 1, 3 f. = NJW 1984, 2220). Ayrıca Federal Temyiz Mahkemesi Kurulunun (BGHZ 89, 1, 3 f. = NJW 1984, 2220) temyiz tarafından yürütülen kararı lehtedir. Buna göre ne tüketici örgütü üyeliği, ne de tüketici örgütünün üyelerinin ekonomik menfaatlerini temsil ettiği bir tüzük hükmü, doğrudan doğruya davanın yürütülmesi ile ilgili bir dava takip yetkisini ihtiva etmektedir. Açık gerçek, davacının tüketici menfaatlerinin dikkate alın-

masını görevleri arasında sayılmadığı ve davanın bu çerçevede yürütülmesini, davacının aktif dava sıfatını, fazladan üye olmayanların talepleri için de sebep gösterilmemesidir.

[18] Aynı şekilde, temyiz aşaması da Federal Temyiz Mahkemesinin içtihadına dayanılarak başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Temyiz Mahkemesi, Hukuki Danışmanlık Kanunu § 1 § 3 No: 8'i şu şekilde yorumlamıştır: Temel alınan alacak devrinin dava üzerindeki etkisi üzerinde maddi tesiri olmaksızın salt saf şekli bir kurum olan dava takip yetkisinin bir düzenlemesidir. Ayrıca, topluluk davasının açılması için bir sebep olmadığı halde davanın açılması ile de zamanaşımı kesilmez. Zira, bu, sistem karşıtı bir dava takip yetkisinin var olduğunu kabul etmeyi de haklı çıkarmaz. Kanun koyucu, daha önceden de açıklandığı gibi, Hukuki Danışmanlık Kanunu § 1 § 3 No: 8'inde ilke olarak tüketicinin korunmasının amaçlamasına rağmen, hükümde sadece haktan türetilmiş bir dava açabilme imkânı ile yetinmiştir. Ancak bu durum genel olarak, devrin maddi hukuk anlamında etkisi olmaması gözetilmeksizin maddi anlamda yetkili olmayan bir kimse tarafından alacak devredilmiş ve dava açılmışsa, davanın açılmasının zamanaşımını kesip kesmeyeceği riskini de içinde barındırır.

[19] Aynı zamanda, tahsilat bürolarında dava (yargılama) dışı borç tahsil yetkisinden, Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 1 I 2 No: 5'e göre, kendi yetki alanı çerçevesinde hak kazandığı alacakları kendi adına bir avukat vasıtasıyla da mahkemede ileri sürülebilecek bir yetki türetilbilir (vgl. BGH, NJW 1996, 393 = WM 1996, 22; NJW 1994, 997 = WM 1994, 453, 455; NJW-RR 2001, 1420 = WM 2000, 2423, 2425). Bunun sebebi, devredilen alacakların dava edilememesinin düşünülmesi halinde, onlara verilen dava (yargılama) dışı alacak tahsili yetkisinin geniş ölçüde önemsiz duruma gelmesidir. Bu gerekçelendirme tüketici örgütlerine de devredilemez. Gerçi Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8'e göre dava (yargılama) dışı borç tahsilatı da mümkündür (vgl. Erbs/Kohlhaas, R 55, § 3 Rdnr. 22; Weth, in: Henssler/Prütting, Art. 1 § 3 RBerG Rdnr. 62). Tahsilat bürolarındakinden farklı olarak, sadece Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8'te sözü edilen şartlarla mahkemece uygun görülen borç tahsilatına izni verilirse onlara ancak, etkili bir çalışma yapma kalır. Böylece ne onların dava (yargılama) dışı eylemine (fiiline) herhangi bir biçimde dokunulmuş olur, ne Haksız Rekabet Kanunu (UWG) ve Tüketici Haklarının Her Tür İhlaline Karşı Müdahalenin Meni Davası Kanunu'na (UKlaG) göre müdahalenin meni davasının

açılması ile ilgili yetkileri zedelenmiş olur. Alacakların dava yoluyla tahsili de onlar için sadece belli bir sınırlamaya tabi tutulur, ancak tamamen devre dışı bırakılmaz. Kaldı ki kanun koyucu bu sınırlamayı, ayrıntılı bir şekilde daha önce açıkladığı üzere, bilerek mutlak bir tahsilat eyleminin sınırı içine dahil etmiştir (BT-Dr 14/7052, s. 210) ve böylece tüketici örgütlerindeki alacak tahsiline dair yetkinin başka ve daha dar şartlara bağlanmasını netleştirmiştir.

[20] Hukuki Danışmanlık Kanunu'nun uygulanmasında dikkate alınan anayasa hukuku ile ilgili uygulamalar da, başka bir şekilde değerlendirilemez (vgl. BVerfGE 97, 12, 27 ff. = NJW 1998, 3481; BVerfG, NJW 2002, 1190 = VersR 2002, 1123, 1124; NJW-RR 2004, 1570; BGH, NJW 2000, 2108 = WM 2000, 1466, 1467 f.). Buna göre dava (yargılama) dışı alacak tahsiline yönelik izin, (BVerfG, NJW-RR 2004, 1570, 1571) kısmi alanlarda hukuki danışmanlık ve teminat için yetkiyi de üstlenmeyi içerir. Tüketici örgütlerine, mahkeme yoluyla alacak tahsil yetkisi, ancak beyan edilen anlamda sadece gereklilik koşulu altında verilirse, ayrıntılı bir şekilde daha önce açıklandığı gibi, tüketici örgütlerinin etkili bir şekilde çalışması ile mümkün kılınabilir. Ayrıca Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG) de bir alacağın tahsilinin tüketici örgütü vasıtasıyla dava ile talep edilebileceği görüşündedir. Ona göre, maddi hesaplaşmadan sonra zarara ilişkin tazminat taleplerinin bir temel hukuk sorununun aydınlatılmasındaki, davacı tüketici örgütünün menfaati ile talep sahiplerinin bireysel menfaatlerinin aynı davada birleştirilebileceğidir (vgl. BVerfG, NJW 2000, 1251 = WM 2000, 137, 138, m. zust. Anm. Henssler/Frik, WuB VIII D.Art. 1 § 1 RBerG 2.00).

[21] Fakat diğer yandan İstinaf Mahkemesi (BerGer)'nin dar yorumu, kanun koyucunun topluluk veya örnek niteliğindeki ödeme (ifa) davalarıyla tüketicinin korunmasını ihlal eden eylemlere (fiillere) karşı tüketici örgütlerince incelemelerde bulunma imkânının sağlanması ile çelişmektedir (vgl. BT-Dr 14/7052, s. 210). Bu durum Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8 anlamında gereklilik için ağır (yüksek) şartların bulunmasına sebep olduğundan, mahkemece kararlaştırılan alacak tahsili ile ilgili olarak tüketici örgütlerinin dava takip (açma) yetkisi, sadece sınırlı bazı özel hallerde söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple, kanun koyucunun niyetinin hesaba katılması ve dava açma imkânına daha geniş bir uygulama alanı yaratılmak için, hükme ikinci bir yorum önerilmiştir.

[22] Tüketicilerin, yabancı olup tahsil amacıyla devredilen alacaklarının tüketici örgütleri vasıtasıyla Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 §

3 No: 8'e göre tüketicinin korunması bağlamında dava yoluyla takibi, sadece bir veya daha çok tüketicinin kişisel (bireysel) ekonomik menfaatinin icrasına değil de, tüketicilerin kollektif (toplu) menfaatine hizmet edecekse ve tüketici örgütünün devreye girmesi tüketicilerin kollektif menfaatlerinin icrasını daha da etkili kılacaksa, gereklidir. Her şeyden önce bu durum, o anki tüketici sorunlarının, kişisel dava yoluyla dışlanmamasını, fakat gerçekte münferit tüketiciyi bundan alıkoymaya uygun hal ve şartların mevcut olması halindeki durumdur. Bu durum için gerekli olan belgeler vasıtasıyla belirsiz olmayan hukuk sorunlarından dolayı veya Medeni Kanun (BGB) § 661a n.F'deki gibi, ister davalının kişiliğine binaen, ister gerekli belgelerin temini sebebiyle olsun, bu tür hal ve şartlar için daha az talepte bulunulması (BT-Dr 14/6040, s. 277) aynı zamanda orantısız yüksek dava masraflarına yol açmamalıdır.

[23] Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8'e göre, tüketicinin korunması bağlamında söz konusu olan bu dava tüketicinin korunmaya değer menfaatinin mutlak surette var olmasını gerektirir.

[24] Devredilen alacakların dava yoluyla tahsili sadece tüketicilerin kişisel ekonomik menfaatlerinin icrasına değil, aynı zamanda kollektif (toplu) tüketici menfaatine de hizmet etmelidir. Federal Temyiz Mahkemesi'nin kötüye kullanılan ec-kartlarının ispat yükünün dağılımına dair kararına göre (BGHZ 160, 308, 314 ff = NJW BGH), kollektif menfaatlerde tüketici örgütleri vasıtasıyla alacak tahsili, PIN destekli banka hesabına müdahale ve ispat yükünün dağılımı gerçekte, davalı tarafından kullanılan şifreleme sisteminin ilk görünüş ispatı için yeterli bir güvenlik düzeyi sunup sunmadığı sorunu olarak ortaya çıkar. Bu sorunun mağdur durumundaki tüketicilerin hukuki durumları için kıyaslanabilir olay akışıyla ilgili kesin etkisi vardır. İstinaf Mahkemesinin görüşünden farklı olarak bu sadece münferit bir olayın sorunu değildir. Uygun şifreleme sistemi kullanan bu tür kredi kurumlarının ve davalı müşterilerinin tümünün menfaati etkilenmiştir.

[25] Müşteriyi, tüketicinin korunması ile ilgili bu sorun için, topluluk davası yerine bireysel olarak dava yoluyla takibini engelleyen uygun şartlar da mevcuttur. İstinaf Mahkemesinin görüşünün aksine, davacının ayrıntılı açıklamasına gerek kalmadan tek tek devredenlerin zararlarının yüksekliğinden bu durum ortaya çıkmaktadır. Davacıya devredilen tazminat talepleri, ekseriyetle 500 ile 1000 Euro arasında değişmektedir. Gerçi burada, dava açmanın ekonomik olmadığı, dikkate alınmayacak kadar küçük meblağların söz

konusu olmadığı da söylenemez. Alacakların miktarı, her devreden münferiden mahkeme için yapmak zorunda kalacağı ve her bir tüketici açısından 500 ila 1000 Euro arası geri ödeme talebine karşı davalının şifreleme sisteminin güvenilirliği hakkında gerekli olan bilirkişi raporu açısından orantısız görünen olası dava masrafları bağlamında belirlenecektir.

[26] Buna, hem teknik açıdan hem de, mahkemeyi o anki şifreleme tekniğinin güvenilirliği hakkında delillerin sunulması hususunda tam olarak ikna edebilmek için, bu duruma paralel yürüyen diğer zarara sebep olan olayların ispatı için gerekli belgeler de eklenir. İstinaf Mahkemesinin (BerGer) görüşünden farklı olarak burada söz konusu olan, sadece tüketici örgütünün devreye girmesini haklı çıkarabilen taleplerin yığılmasının etkisi değildir. Tüketici örgütlerinin görevi, tüketiciyi, kendisinin pazara ilişkin görüşü sebebiyle hak kaybına uğramaktan korumaktır (vgl. BT-Dr 7/4181, s. 5). Burada tüketici örgütünün devreye girmesi, şüphesiz, bireysel tutumundan dolayı zarara uğramış tüketici karşısında, yaygın veya uzman bilgilerinin akışı için haklı olabilir. Tüketicinin, örgüt ile ilgili bilgilerini devretmeden de isteyebilmesi ve böylece kişisel olarak açılan davada da bunun devrinin kolaylaşacağıdır. Soyut imkân olarak, önceden açıklandığı üzere, kişisel bir dava ile tüketiciyi korumada önemli sorunlarla karşılaşılabilir. Hukuki Danışmanlık Kanunu (RBerG) § 1 § 3 No: 8 anlamında, topluluk davasının açılması, tüketiciler açısından tüm şartlar nedeniyle daha etkili ve amaca götürücü görünüyorsa, topluluk davasının gerekliliği tek başına dışlanmamalıdır.

[27] İstinaf Mahkemesinin kararı ilk aşamada kaldırılabilirdi (ZPO § 562 I) ve dava yeniden görülmek ve karara bağlanmak üzere Temyiz Mahkemesine geri gönderilebilirdi (ZPO § 563 I 1).

[28] İstinaf Mahkemesi, davalı tarafından kullanılan şifreleme sistemi olayındaki ilk görünüş ispatı ile ilgili gerekli tespitleri yapacaktır. Aynı şekilde davanın geri gönderilmesi davacıya, tekrar davada ileri sürülen ödeme talebini (hakkını) devretme imkânı verir. Bu talep (hak), aynı zamanda haksız olarak borçlandırılan banka hesaplarının alacak olarak kaydedilmesi halinde veya hesap sahiplerinin (mudiler) kredi hakkından yararlanabilmesi halinde mevcuttur (vgl. BGHZ 121, 98, 106 = NJW 1993, 735; BGHZ 164, 275, 278 = NJW 2006, 294).

[29] Federal Temyiz Mahkemesi tarafından talep edilen geri gönderilme hali, Asliye Hukuk Mahkemesinde söz konusu olamazdı. İlk derece mah-

kemesine kararın geri gönderilmesi, ancak Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 563 III'e göre, İstinaf Mahkemesinin, Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 538 III'e göre, kararın doğrulanması için geri gönderebildiği ve yapmak zorunda kaldığı takdirde mümkündür (vgl. BGHZ 16, 71, 82 = NJW 1955, 337; BGH, NJW 1992, 2099 = WM 1992, 984, 986; NJW-RR 1994, 379 = WM 1994, 863, 868; Musielak/Ball, ZPO, 4. Aufl., § 563 Rdnrn. 3, 21, 25 f.; Zöllner/Gummer, ZPO, 25. Aufl., § 563 Rdnr. 1). Aktif dava sıfatının yanlış olarak, kabul edilmemesinden dolayı davanın hatalı bir şekilde reddedilmesi, İstinaf Mahkemesinin istisnai bir şekilde ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine izin verdiği, Medeni Usul Kanunu'nda (ZPO) § 538 II, tek tek sayılan listelenen durumlar arasında sayılmamaktadır. Aynı şekilde, özellikle söz konusu olayda verilen karar için, sadece dava sebebi üzerinden (§ 538 II No: 4 ZPO) veya sadece davanın usulden kabulü üzerinden (§ 538 II No: 3 ZPO), Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 538 II'nin uygulanması, Federal Temyiz Mahkemesi içtihadına göre, tüm davanın aydınlanması bakımından belirli şartlar altında davanın ikinci derece mahkemeye gönderilmesine istisna tutulabilir (vgl. BGH, NJW 1975, 1785; Rimmelspacher, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., Aktualisierungsbld., § 538 Rdnr. 51; Musielak/Ball, § 538 Rdnr. 23; Zöllner/Gummer/Heßler, § 538 Rdnr. 41).

KISALTMALAR CETVELİ

Aufl.	: Auflage
BerGer	: Berufungsgericht
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bkz.	: Bakınız
BT	: Deutscher Bundestag
BTDr	: Bundestagsdrucksache
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
ec-Kart	: electronic cash Kart
f.	: folgende
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
LG	: Landgericht
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechung sreport
OLG	: Oberlandesgericht
UkLaG	: Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen
UWG	: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
RBerG	: Rechtsberatungsgesetz
Rdnr	: Randnummer
S.	: Sayı
s.	: Sayfa/ Seite
vd	: ve devamı

vgl.	: vergleiche
WM	: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
WuB	: Wirtschafts- und Bankrecht
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	: Zivilprozessordnung