

**Galatasaray Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi**

**2016/1**

**Hakemli Dergi**

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 83  
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 62

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

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

#### **YAYIN KURULU**

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Başkan)  
Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz  
Yard.Doç. Dr. Tuba Akçura Karaman  
Araş. Gör. Dr. Ali Cenk Keskin  
Araş. Gör. Burcu Alkış

#### **DANIŞMA KURULU**

Prof. Dr. Cemal Bâli Akal (İstanbul Bilgi Üni.)  
Prof. Dr. Baki İlkey Engin (İstanbul Üni.)  
Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu (Özyeğin Üni.)  
Prof. Dr. M. Turgut Öz (Kültür Üni.)  
Prof. Dr. Oktay Uygun (Yeditepe Üni.)

#### **HAKEM KURULU**

Prof. Dr. Ercüment Tezcan  
Prof. Dr. Oktay Uygun  
Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu  
Yard. Doç. Dr. Mehtap İpek İşleten  
Dr. Sinan H. Yüksel

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2016 yılının Haziran ayında yayımlanmıştır.

**ISSN** : 1303-6556

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

**Baskı-Cilt** : Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.  
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2  
Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.  
Tel: (0-212) 269 30 00 (Sertifika No. 20179)

**Kapak Tasarımı**: Veysel Coşkun

#### **Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.**

Narlıbahçe Sokak No: 11 (Sertifika No. 16136)

Cağaloğlu - İSTANBUL

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

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

#### **GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ**

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: dergigsu@gmail.com



# İçindekiler

## KAMU HUKUKU

- Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT** .....3  
Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Konumu
- Prof. Dr. Jean-Philippe DEROSIER** .....23  
Olağanüstü Hal: Özgürlüğün Güvenlik Hali  
Hukuk Devletine Saygılı Olağanüstü Hali Anlamak
- Dr. Ali Cenk KESKİN** .....37  
Ukrayna'daki Son Gelişmeler Işığında Devlet Borçlarına  
Ardıl Olunması Sorunu
- Ar. Gör. U. Ceren MENSİZ** .....55  
Seçme, Seçilme ve Serbest Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı Bakımından  
Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme
- Ar. Gör. Semih Batur KAYA** .....95  
Modern Devlette İktidar Sorunu ve Demokratik Hukuk Devleti

## ÖZEL HUKUK

- Fahri ÖZSUNGUR** .....151  
Karar İncelemesi: Önceden Ödenen Destekten Yoksun Kalma Tazminatının  
Faiz Getirisinin Sonraki Tarihte Hesaplanan Tazminattan İndirilmesi Sorunu
- Rifat CANKAT** .....179  
Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların  
Kanuni İktisabına İlişkin Yapılan Tartışmalar



# KAMU HUKUKU





# Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Konumu\*

Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT\*\*

**Özet:** Kadına karşı cinsel şiddet, şiddetin bir türüdür ve ne yazık ki oldukça yaygındır. Kimi zaman adliyeye yansıyan ve fakat çoğunlukla farklı nedenlerle ortaya çıkmayan, çıkartılmayan ve bu nedenle de adliyeye yansımayan ve istatistiklere geçmeyen büyük bir sorundur. Ulusal olduğu kadar uluslararası boyutu olan konudur. Uluslararası sözleşmelerle konu gündemde tutulmakta ve önlenmesi için taraf devletlere yükümlülükler yüklenmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda da konuya ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte sorunu çözmek bakımından yeterli olduklarını ifade etmek mümkün değildir.

**Anahtar Sözcükler:** Kadına karşı şiddet, kadına karşı cinsel şiddet, Türk Ceza Kanunu'nda kadına karşı cinsel suçlar, kadının cinsel istismarı, cinsel taciz.

## Victims of Sexual Violence against Women and Their Status in the Turkish Criminal Code

**Abstract:** Sexual violence against women is a type of violence and despite the fact that it is a common issue, it doesn't come into the picture much and therefore, it is not referred to court and reflected by the statistics. It is also an international problem as well as a national issue. International conventions keep this issue on the agenda and some obligations are imposed to States to prevent it. Even though there are provisions on this topic in Turkish Criminal Code, these are not efficacious for solving the problem.

**Keywords:** Violence against women, sexual violence against women, crime of sexual assault against women in Turkish Criminal Code, sexual assault of women, sexual assault.

\* 08.03.2016 Tarihinde Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu işbirliği ile Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen "Kadına Karşı Cinsel Şiddet ve TCK'nın Yaklaşımı", Kadın ve Ceza Hukuku konulu Sempozyumda sunulan tebliğ metninin gözden geçirilmiş halidir.

\*\* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

## I. Giriş

İnsan, sadece insan olması nedeniyle saygıyı hak etmektedir. Büyük ya da küçük kadın veya erkek hiç kimse fiziki veya psikolojik bir zorlama ve baskı altında kalmadan yaşamını devam ettirebilmelidir. Kendini her bakımdan güvende hisseden birey gerçek anlamda özgür olabilir.

Elbette toplumu oluşturan bireyler arasında fiziki veya psikolojik farklılıklar olabilir. Ancak bu durum birinin ötekinden üstün olduğu anlamına gelmemektedir. Farklılıklarımız sadece çeşitliliklerimizdir. Farklılıklarımızı birbirimizi incitmek, aşağılamak, onurunu kırmak, dışlamak için kullanmak ise acizliktir.

Önemli olan “insan” olmamızdır. Evrensel değerler insanlar arasında hiçbir bakımdan ayrımı kabul etmez. Üst akıl ayrımcı bakış açısının reddini gerektirir. Uluslararası düzenlemeler olması gerekene insanlığı çekmek için yapılır. Nitekim bu amaçla Devletler yapılan düzenlemelere imza koyar ve iç hukuk kurallarını altına imza attıkları normlara uygun hale getirme yükümlülüğü altına girerler.

Türk Hukuku bakımından da Anayasa m. 90’a göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.*”

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın en temel ilkelerinden olan 10. maddede düzenlenen “*kanun önünde eşitlik*” ilkesi; “*Herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*” biçimindedir. Anayasa’nın 12. maddesine göre ise; “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*”

Anayasa m. 41, ailenin korunması başlığı altında ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığı belirtilmektedir.

Hal böyle olmakla birlikte maalesef ulusal ve uluslararası düzenlemeler toplumda kadınların eşit birey sayılması, haklarının tanınması, insan muamelesi görmesi, şiddete maruz kalmaması için yeterli olamamaktadır. Özellikle kadınlar ve çocuklar şiddetin odak noktası olmaktadır<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. Centel, 2013, s. 1 vd.

Tebliğ konumuz kadına karşı cinsel şiddet olduğu için konuyu kadın ve cinsel şiddet merkezli inceleyeceğimizi ifade etmek isterim.

## II. Kadına Karşı Şiddet

**Şiddet**, sözlük anlamı itibarıyla, *karşıt görüşte olanlara kaba kuvvet kullanma, bir hareketin, bir gücün derecesi, yeğlilik, sertlik, kaba güç olarak tanımlanmıştır*<sup>2</sup>.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 20 Aralık 1993 tarihinde oylamaya başvurulmadan kabul edilen *Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge*<sup>3</sup> m.1'e göre; "*Kadınlara yönelik şiddet, ister kamusal ister özel hayatta olsun bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya özgürlükten keyfi olarak yoksun bırakma dahil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel veya psikolojik zarar veya acı verme sonucu doğuran veya bu sonucu doğurması muhtemel olan, cinsiyete dayalı her türlü şiddet eylemi anlamına gelir.*"<sup>4</sup>.

Bildirge'nin 2. maddesine göre; "*Kadınlara yönelik şiddetin, bunlarla sınırlı olmaksızın aşağıdakileri içerir biçimde anlaşılması gerekir: (a) Dayak ve hırpalama, ev halkına dahil olan kız çocuklarının cinsel suistimali, drahoma bağlantılı şiddet, evlilik içi tecavüz, kadın cinsel organını sakatlama veya kadına zarar veren diğer geleneksel uygulamalar, eş haricinde (ev halkına dahil) kişilerce uygulanan şiddet, sömürüyle bağlantılı şiddet dahil olmak üzere aile içinde meydana gelen fiziksel, cinsel veya psikolojik şiddet; (b) Tecavüz, cinsel suistimal, iş yerinde, eğitim kurumlarında veya diğer yerlerde meydana gelen cinsel taciz ve sindirme, kadın ticareti ve fahişeliğe zorlama dahil olmak üzere genel olarak toplum içinde meydana gelen şiddet; (c) Nerede olursa olsun devlet tarafından işlenen veya göz yumulan fiziksel, cinsel veya psikolojik şiddet.*"<sup>5</sup> de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

<sup>2</sup> [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54e49671681f10.56126252](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54e49671681f10.56126252), 18.02.2015, saat.15.42.

<sup>3</sup> Uluslararası sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bak. Moroğlu, [www.tukd.org.tr/dosya/KadinaYonelikSiddet.doc](http://www.tukd.org.tr/dosya/KadinaYonelikSiddet.doc), 26.06.2016, saat.12.32

<sup>4</sup> [http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/kadinlara\\_karsi\\_siddet/siddet\\_kadinlara\\_yonelik\\_siddetin\\_ortadan\\_kaldirilmasina\\_dai.pdf](http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/kadinlara_karsi_siddet/siddet_kadinlara_yonelik_siddetin_ortadan_kaldirilmasina_dai.pdf), 18.02.2015, saat.16.00

<sup>5</sup> [http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/kadinlara\\_karsi\\_siddet/siddet\\_kadinlara\\_yonelik\\_siddetin\\_ortadan\\_kaldirilmasina\\_dai.pdf](http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/kadinlara_karsi_siddet/siddet_kadinlara_yonelik_siddetin_ortadan_kaldirilmasina_dai.pdf), 18.02.2015, saat.16.00.

Dünya Sağlık Örgütü eşlerin uyguladığı şiddeti, yakın bir ilişkide fiziksel, psikolojik ya da cinsel hasara yol açan her tür davranış olarak tanımlamıştır. Bunların içinde;

- Tokat atma, vurma, tekmeleme ve dövme gibi fiziksel saldırı fiilleri,
- Sindirme, sürekli küçük düşürme ve aşağılama gibi psikolojik taciz,
- Cinsel ilişkiye zorlama ve öteki cinsel zor kullanma biçimleri,
- Bir kimseyi ailesinden ve arkadaşlarından uzaklaştırma, hareketlerini gözleme ve bilgi ya da yardıma ulaşmasını kısıtlama,

gibi çeşitli kontrol edici davranışlar yer alır<sup>6</sup>.

Türkiye’de aile içi yaşanan şiddette kadına karşı gerçekleştirilen fiiller bakımından etkin koruma sağlamak amacıyla yapılan ilk hukuki düzenleme 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun<sup>7</sup> olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu Kanun 6284 sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun<sup>8</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır. 6284 Sayılı Kanun ile koruma sağlanmaya çalışılan “Kadın” kavramının kapsamı ve alınması ön-görülen tedbirler genişletilmiştir<sup>9</sup>.

Nitekim 6284 sayılı Kanun m.1’e göre; “*Bu Kanunun amacı; şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemek*” olarak ifade edilmiştir.

6284 Sayılı Kanun m. 2/1-d’de, “*Şiddet: Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış*” olarak tanımlanırken aynı maddenin ç) bendinde “*Kadına yönelik şiddet: Kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan*

<sup>6</sup> [http://insanca.kadikoy.bel.tr/kl\\_kadina\\_yonelik\\_siddet.html](http://insanca.kadikoy.bel.tr/kl_kadina_yonelik_siddet.html), 18.02.2015, saat.15.38.

<sup>7</sup> 14.01.1998 Gün ve 4320 sayılı Kanun (RG 17.01.1998, No.23233).

<sup>8</sup> 08.03.2012 Gün ve 6284 sayılı Kanun (RG 20.03.2012, No.28239).

<sup>9</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bak.Bacaksız, 2013, s. 13 vd.

*hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranış” olarak ifade edilmiştir.*

Kadınlara yönelik şiddet, kadınların insan haklarının ihlalidir. Sağlık ve çalışma hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerden yararlanmanın engellenmesini sonuçlar. İnsan hakkı ihlali olması sebebiyle maddi ve manevi bütünlük hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, ifade özgürlüğü ve evleneceği kişiyi seçme hakkı gibi hakları ihlal etmektedir. Şiddet, işkenceye, zalimane, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleye kadar varan hareketlere yol açabilmektedir ve yaşam hakkının ihlaline kadar gidebilmektedir<sup>10</sup>.

### **III. Kadına Karşı Şiddetin Uluslararası Sözleşmelerdeki Konumu**

Kadına yönelik şiddetin bir insan hakkı ihlali olduğuna konusunda pek çok uluslararası belge mevcuttur. En önemlilerine kısaca göz atacak olursak<sup>11</sup>:

#### **1. Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi**

Sözleşmeye taraf devletler, kadınların tüm alanlarda erkeklerle eşit biçimde insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamakla ve bu hakların kullanımını güvence altına almakla yükümlüdür.

Türkiye Sözleşmeyi 1985’te onaylamıştır<sup>12</sup>. Sözleşme diğer taraf ülkelere olduğu gibi Türkiye’ye de kadınlara yönelik her türlü ayrımcılığı yasaklama, ayrımcılığı önlemek için önlemler alma, kadınlara erkeklerle eşit koruma sağlama, mahkemelerin, resmi kurumların ve kamu görevlilerinin eşitlik ilkesine uygun davranmasını sağlama, ayrımcılık içeren geleneklerin değiştirilmesi için önlem alma, kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan tüm ceza hukuku hükümlerini yürürlükten kaldırma ödevi yüklemiştir.

#### **2. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi’nin 19 No.lu Tavsiye Kararı**

Bu karar, cinsiyete dayalı şiddetin kadınların hak ve özgürlüklerini kullanmasını engelleyen bir ayrımcılık şekli olduğunu açıkça belirtir ve devletlerden kanun ve politikalarını gözden geçirirken bunu göz önünde tutmalarını ister.

<sup>10</sup> [http://insanca.kadikoy.bel.tr/kl\\_kadina\\_yonelik\\_siddet.html](http://insanca.kadikoy.bel.tr/kl_kadina_yonelik_siddet.html), 18.02.2015, saat.15.38.

<sup>11</sup> <http://www.bianet.org/bianet/kadin/47797-cinsel-suclar-ve-kadin-magdurun-korunmasi>, 18.02.2015, saat.15.28.

<sup>12</sup> <http://www.kadinininsanhaklari.org/programlar/savunuculuk/ulusal-duzeyde-savunuculuk/kadina-karsi-her-turlu-ayrimciligin-onlenmesi-sozlesmesi-cedaw/>, 20.06.2016, saat.14.32.

### 3. Pekin 4. Dünya Kadın Konferansı Eylem Platformu

1995 Yılında Pekin’de toplanan 4. Dünya Kadın Konferansı’nın Eylem Platformunda, “Kadınlara yönelik şiddet kadınların insan haklarını ve temel özgürlüklerini kullanmalarını engellemekte, zayıflatmakta ya da değersiz hale getirmektedir” denilmiştir.

### 4. Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge

Bildirge’de, eşitliğin sağlanması ve cinsiyete dayalı şiddetin önlenmesi için farklılıkları göz önünde tutan uygulamaların gerekliliği kabul edilmektedir.

Bildirge, devletlere “Gereken özeni gösterme yükümlülüğü” yüklemektedir. Bu yükümlülük, Bildirge m.4/(c)’de şu biçimde ifade edilmiştir: “Devletler; gerek devlet, gerekse özel kişi tarafından işlenen, kadınlara yönelik şiddet eylemlerini önleme, soruşturma ve ulusal mevzuatı uyarınca cezalandırma konusunda gerekli özeni göstermelidir.”

### 5. Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Ek İhtiyari Protokolü

Ek İhtiyari Protokol, Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesine, Sözleşme ile koruma altına alınmış hakların ihlal edildiğini iddia eden birey ve grupların şikayetlerini kabul ve inceleme yetkisini tanımıştır. Türkiye 29 Ekim 2002’de Protokolü onaylamıştır.

### 6. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde kadın erkek eşitliği, kadına yönelik şiddetin önlenmesi konularında doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşın Sözleşme, hak ve özgürlüklerden yararlanmaya ilişkin 14. maddesiyle “cinsiyete dayalı ayrımcılığı” özel biçimde yasaklamaktadır.

Ayrıca 1949 tarihli Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair 4 No.lu Cenevre Sözleşmesi, Kadınların ve Çocukların Silahlı Çatışmada ve Olağanüstü Durumlarda Korunmasına Dair Bildirge, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme gibi uluslararası ve bölgesel düzenlemeler de bulunmaktadır<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> <http://www.bianet.org/bianet/kadin/47797-cinsel-suclar-ve-kadin-magdurun-korunmasi>, 18.02.2015, saat.15.28.

#### IV. Kadına Karşı Cinsel Şiddet

Kadına karşı cinsel şiddet; kim tarafından gerçekleştirildiği önem taşımaksızın, istemi dışında, cinsel amaçlı olarak, kadına yöneltilen her türlü cinsel davranış (söz veya eylem) olarak ifade edilmektedir<sup>14</sup>.

Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'ne göre, kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, “bir kadına sırf kadın olduğu için yöneltilen ya da oransız bir şekilde kadınları etkileyen” şiddettir<sup>15</sup>.

Kocasını veya bir başkasını tarafından kadının arzusu dışında ve/veya istemediği biçimlerde cinsel ilişkiye zorlanması başta olmak üzere, cinsel organlara zarar verilmesi, çocuk doğurmaya/doğurmamaya veya kürtaja zorlanması, akrabalarıyla cinsel ilişkiye girmeye mecbur bırakılması veya onlar tarafından tacize katlanmak zorunda kalması, fuhuşa zorlanması, zorla evlendirilmesi, telefon, mektup vb. iletişim araçlarıyla sözlü, yazılı veya hareketlerle cinsel içerik taşıyan mesajlar verilerek rahatsızlık verici davranışlara katlanmak zorunda bırakılması cinsel şiddet çeşitlerindedir<sup>16</sup>.

Cinsel şiddet, çoğu zaman kadına yönelik diğer şiddet biçimleriyle birlikte, kadını baskı altında tutmaya yönelik, evrensel bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlar, en yaygın toplumsal sorunlardan birisi olduğu halde, bu şiddet biçimi, yaygınlığı ile orantılı bir biçimde ceza yargılamasının konusu olamamaktadır<sup>17</sup>.

Türkiye’de fiziksel ve cinsel nitelikli şiddet olgularını araştırmayı amaçlayan bir anket çalışmasında ortaya çıkan veriler acı gerçeği açıkça ortaya çıkartmaktadır<sup>18</sup>:

Aile içi şiddeti ceza muhakemesi ve infaz hukuku açısından değerlendiren ankette, katılanların;

- **yüzde 88.6**’sı aile içi şiddete uğramalarına rağmen şikayette bulunmadıklarını belirtmişlerdir.

<sup>14</sup> Karınca, <http://www.ankarabaru.org.tr>, 18.02.2015, saat.15.17.

<sup>15</sup> [http://insanca.kadikoy.bel.tr/kl\\_kadina\\_yonelik\\_siddet.html](http://insanca.kadikoy.bel.tr/kl_kadina_yonelik_siddet.html), 18.02.2015, saat.15.38.

<sup>16</sup> Karınca, <http://www.ankarabaru.org.tr>, 18.02.2015, saat.15.17; <https://www.morcati.org.tr>, 20.06.2016, saat.12.20.

<sup>17</sup> <http://www.bianet.org/bianet/kadin/47797-cinsel-suclar-ve-kadin-magdurun-korunmasi>, 18.02.2015, saat.15.28.

<sup>18</sup> <http://www.bianet.org/bianet/kadin/47797-cinsel-suclar-ve-kadin-magdurun-korunmasi>, 18.02.2015, saat.15.28.

- Şiddete uğrayanların sadece **yüzde 7.6**'sı şikayet yoluna başvurmuştur.
- Cinsel suçların ana grubunu oluşturan cinsel taciz ve cinsel tecavüz eylemlerinin çok küçük bir oranı (**yüzde 5-10**) adli makamlara yansıtılmaktadır.

Nitekim Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yaptığı benzer bir araştırmanın sonuçlarına göre,

- Türkiye'de kadınların **yüzde 97**'si aile içi şiddetle karşılaşmakta,
- Eylemle karşılaşanların yalnızca **yüzde 41**'i durumu karakola intikal ettirmekte,
- Karakollara yansıyan bu şikayetlerin ise, sadece **yüzde 43**'ü işleme tabi tutulmaktadır.

Yine konuya veriler ışığında yaklaşan farklı bir çalışma şu sonuçları ortaya koymuştur<sup>19</sup>:

- Tüm kadınların % 25'i fiziksel şiddete uğramaktadır.
- Şiddete uğrayan kadınların % 75'i eşi tarafından şiddet görmektedir.
- Cinayet sonucu ölen kadınların % 40-70'i eşi tarafından öldürülmektedir.
- Tecavüze uğrayanların % 50'si 18 yaş altında ve bunlardan % 10'u erkek çocuk, gerisi kız çocuk olarak görülmektedir.
- Her 4 kız çocuktan biri cinsel şiddete uğramaktadır.
- Daha çok 7-9 yaş arası çocuklar cinsel şiddete uğramaktadır.
- 5-10 yaş arası çocukların % 55'i ensest mağdurdur.
- 10-16 yaş arası çocukların % 40'ı ensest mağdurdur.
- Cinsel saldırıların % 75'i tanıdık biridir.
- Ensest olaylarında failerin % 50'si öz baba ve sırasıyla amcalar eniştereler, ağabeyler, dedeler ve dayılardır.
- Acil yardım hattını arayan kadınlardan % 57'si fiziksel şiddete, % 46,9'u cinsel şiddete, % 14,6'sı enseste ve % 8,6'sı tecavüze maruz kaldığını ifade etmektedir.

<sup>19</sup> [http://insanca.kadikoy.bel.tr/kl\\_kadina\\_yonelik\\_siddet.html](http://insanca.kadikoy.bel.tr/kl_kadina_yonelik_siddet.html), 20.06.2016, saat.12.29.



Yine Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayınlanan 2008 yılı “Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet İstatistikleri”nde<sup>20</sup>;

Δ Eşi veya birlikte olduğu kişi(ler)den cinsel şiddet içeren davranışlardan –zorla cinsel ilişkiye girme- yaşamış kadınların yüzde olarak ifadesi<sup>21</sup>;

Yaşamının herhangi bir döneminde:

15-24 yaş arası % 6.7

25-34 yaş arası %7.1

35-44 yaş arası % 8.1

45-59 yaş arası % 13.5

olarak tespit edilmiştir.

Bu davranışın sıklığı ise aşağıdaki gibi gerçekleşmiştir:

Son on iki ayda:

15-24 yaş arası % 4.8

25-34 yaş arası % 4.1

35-44 yaş arası % 3.0

45-59 yaş arası % 2.8

Birkaç kez:

15-24 yaş arası % 50

25-34 yaş arası % 59.7

35-44 yaş arası % 60.2

45-59 yaş arası % 58.5

Δ Eş dışındakilerden fiziksel ve cinsel şiddet gören kadınların yüzdesi ise şu şekilde belirlenmiştir<sup>22</sup>:

- Cinsel şiddet görenler

15-24 yaş arası % 5.5

25-34 yaş arası % 3.4

<sup>20</sup> <http://www.tuik.gov.tr/VeriTabanlari>, 20.06.2016, saat.15.36.

<sup>21</sup> <http://rapory.tuik.gov.tr>, 20.06.2016, saat.15.37.

<sup>22</sup> <http://rapory.tuik.gov.tr>, 20.06.2016, saat.15.38.

35-44 yaş arası % 2.3

45-59 yaş arası % 1.5

- Fiziksel şiddet görenler

15-24 yaş arası % 21.8

25-34 yaş arası % 16.6

35-44 yaş arası % 16.2

45-59 yaş arası % 16.3

Rakamlar olayların boyutları için bir fikir vermekle birlikte maalesef bu konuya ilişkin asıl rakamları yansıtmamaktadır. Konu daha çok –farklı nedenlerle- siyah sayılar olarak kalmaktadır.

## V. Türk Ceza Kanunu’nda Kadına Karşı Cinsel Şiddet

Türk Ceza Kanunu, Kişilere Karşı Suçların düzenlendiği İkinci Kısımın “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlıklı Altıncı Bölümünde kişilerin bedenleri üzerinde, rızaları dışında cinsel davranışlarda bulunulmasını suç saymış ve yaptırma tabi kılmıştır. “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Cinsel saldırı m. 102, Çocukların cinsel istismarı m. 103, Reşit olmayanla cinsel ilişki m. 104 ve Cinsel taciz m. 105 olarak düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu’nda yer alan *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* şu şekildedir:

### **Cinsel saldırı**

**MADDE 102.** – (1) *Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (Asliye Ceza)*

(2) *Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır. (Ağır Ceza)*

(3) *Suçun;*

a) *Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,*

b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,

d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel saldırı için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. (Ağır Ceza)

### **Cinsel taciz**

**MADDE 105.** – (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adlî para cezasına, fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur (Asliye Ceza)

(2) Suçun;

a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

e) Teşhir suretiyle,

*İşlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.*

Türk Ceza Kanunu m. 103’de yer alan çocuğun cinsel istismarı ve m. 104’de bulunan reşit olmayanla cinsel ilişki suçları çocuklarla ilgili olmaları nedeniyle konumuz kapsamı dışında kaldığından bu tebliğde üzerinde durulmayacaktır.

## **VI. Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemelere İlişkin Genel Değerlendirme**

Cinsellik günümüzde bir özgürlük sorunu olarak ele alınmaktadır. Bu durum cinselliğin genel ahlak anlayışı olduğu düşüncesinden uzaklaşılmasının bir göstergesidir. Gerçekten de günümüzde cinsel suçlarla korunan hukuksal yarar cinsel tercihin kişi tarafından özgür ve serbestçe belirlenmesi olarak ortaya konulmaktadır<sup>23</sup>. Bu gelişim nedeniyle cinsel özgürlüğe karşı suçların Türk Ceza Kanunu’nda “Kişilere Karşı Suçlar” kısmında yer alması bireyin ön plana çıkartılması nedeniyle olumlu olmakla birlikte suçların düzenlendiği bölüm başlığının *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* olarak belirlenmesi yerinde değildir. Çünkü belirtilen suçlarla cinsel özgürlük ihlal edilmektedir. *Dokunulmazlık* ve *cinsel özgürlük* aynı anlama gelen kavramlar değildir. Dokunulmazlığın korunduğunun ifade edilmesi korunan hukuki değer bakımından bireyin beden bütünlüğünün esas alındığı izlenimini vermektedir, ki bu durum asıl olması gerekeni arka plana atmaktadır. Üstelik dokunulmazlığın asıl hukuki değer olarak korunduğu suç tipleri yaralama suçları olarak Kanun’da düzenlenmiştir<sup>24</sup>. Dolayısıyla cinsel suçlar bakımından asıl korunan hukuki değer cinsel özgürlüktür. Nitekim öğretilerde de genel olarak cinsel özgürlüğün cinsel saldırı suçları bakımından korunan hukuki değer olduğu özellikle belirtilmektedir<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Tezcan ve diğ., 2015, s. 343; Koca/Üzülmez, 2015, s. 282.

<sup>24</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için bak. Centel, 2013, s. 7; Centel, <http://tbdergisi.barobirlik.org.tr>, s. 271. Ayrıca bak. Kartal, 2013, s. 95.

<sup>25</sup> Yokuş Sevük, <http://tbdergisi.barobirlik.org.tr>, 26.06.2016, saat.14.01, s.246; Kartal, İstanbul, 2013, s. 95; Artuk ve diğ., 2015, s. 282; Koca/Üzülmez, 2015, s. 282.

Türk Ceza Kanunu'nda ilgili hükmün Gerekeçe'sinde, korunan hukuki değerın "kişilerin cinsel dokunulmazlığı" olduğu belirtilmiş ve devamla "kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulmak suretiyle cinsel dokunulmazlığın ihlal edileceği" ifade edilmiştir<sup>26</sup>. Görüldüğü üzere cinsel özgürlüğün korunan hukuki değer olduğuna ilişkin bir ibare bulunmamaktadır.

Öğretide cinsel suçlarla ilgili olarak korunan hukuki değerın cinsel özgürlük yanında bu suçun gerçekleşme biçimleri bakımından mağdurun vücut bütünlüğü olduğu da ifade edilmektedir<sup>27</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nda yetişkinlere –konumuz bakımından kadınlara yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel amaçlı eylemler, "cinsel saldırı" veya "cinsel taciz" olarak isimlendirilmektedir.

TCK m. 102'de düzenlenmiş bulunan cinsel saldırı suçunun faili ve mağduru bakımından özellik söz konusu değildir. Herkes tarafından herkese karşı bu suç işlenebilir. Fail ve mağdur farklı cinsiyette olabileceği gibi aynı da olabilir<sup>28</sup>. Mağdurun çocuk olması durumunda cinsel saldırı suçu değil failin özelliğine göre, ya TCK m. 103'de düzenlenmiş bulunan çocuğun cinsel istismarı veya TCK m. 104'de yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki yahut da TCK m. 105'de bulunan cinsel taciz suçu söz konusu olacaktır.

Cinsel saldırı, mağdurun rızası dışında cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesidir. "Cinsel davranış"tan ne anlaşılması gerektiği Kanun'da açıklığa kavuşturulmamıştır. Kanun'un ilgili maddesinin Gerekeçesi'nde ise "kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar" olarak ifade edilmiştir<sup>29</sup>. Cinsel davranış ifadesinden anlaşılması gereken "*tıp, psikoloji ve hatta antropoloji ve sosyoloji bilimlerinin verilerine uygun olarak objektif anlamda erojen, diğer ifade ile cinsel hisleri uyarıcı olarak nitelendirilen davranışlar*" dır. Bu noktada failin saiki değil, davranışın dışa yansıyan cinsellikle ilişkisi dikkate alınacaktır. Davranış objektif olarak bu niteliği taşııyorsa fail veya mağdurun bu biçimde algılamış

<sup>26</sup> Centel, İstanbul, 2013, s. 7; Centel ve diğ., 2005, s. 180.

<sup>27</sup> Özbek ve diğ., 2015, s. 318.

<sup>28</sup> Soyaslan, 2005, s. 171.

<sup>29</sup> Centel ve diğ., 2005, s. 180.

olması davranışın cinsel sayılması için yeterli olmayacaktır<sup>30</sup>. Failin cinsel tatmin duyup duymaması önem arz etmez<sup>31</sup>.

Fail mağdurun bedeni üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirebileceği gibi mağduru zorlayarak onun bazı davranışlar sergilemesine de neden olabilir. Dolayısıyla mağduru bir şey yapmaya zorlamak veya mağduru kendisine yönelik bir davranışa katlanmak zorunda bırakmak da cinsel saldırı suçunu oluşturabilecektir. Öte yandan failin başka iki kişiyi kendi aralarında cinsel davranışta bulunmaya zorlaması halinde dahi cinsel saldırı suçunun olduğu ifade edilmelidir. Bu noktada dolaylı faillik kurumu vesilesi ile sorumluluk doğacaktır<sup>32</sup>.

Mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulması suretiyle cinsel saldırı suçunun gerçekleştirilmesi halinde faile TCK m. 102/2'ye göre ceza verilmesi söz konusudur. Cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinin suçun ağırlaştırıcı hali mi yoksa bağımsız bir suç olduğu mu konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır<sup>33</sup>. Kanaatimizce ikinci fıkrada düzenlenen hal ayrı bir suç olarak değerlendirilmeli, dolayısıyla fiilin tamamlanamadığı hallerde ağırlaştırılmış ceza esas alınarak teşebbüs nedeniyle indirim yapılmalıdır<sup>34</sup>.

Suçun sarkıntılık düzeyinde kalması da cezalandırmayı gerektirmektedir.

Türk Ceza Kanunu, cinsel saldırı eyleminin sadece nitelikli halinin, evlilik birliği içinde gerçekleşmesini şikayete bağlı bir suç olarak kabul etmiştir.

Cinsel saldırı suçu gerek TCK m. 102/1 ve gerekse m. 102/2 bakımından kasten işlenebilen bir suçtur. Genel kast suçun oluşumu için yeterlidir. Ayrıca failin cinsel arzularını tatmin etmek amacıyla hareket etmiş olması gerekmez. Diğer bir ifade ile özel kastın varlığı aranmaz. Gerekçe'de her ne kadar TCK m. 102/1 bakımından cinsel tatmin maksadıyla cinsel davranışın gerçekleştirilmesi gereğinden söz edilmiş bulunsa da Gerekçe madde metnine dahil değildir ve kanunilik ilkesi gereğince madde metninde özel

30 Tezcan ve diğ., 2015, s. 355.

31 Centel, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>, s. 271.

32 Koca/Üzülmez, 2015, s. 288-289; Tezcan ve diğ., 2015, s. 2015, s. 357; Artuk ve diğ., 2015, s. 286;

33 Centel, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>, s. 275.

34 Aynı yönde bak. Centel, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>, s. 275.

kastı aramamızı gerektiren bir ibareye rastlanmamaktadır. Bu nedenle cinsel saldırı suçu bakımından failde özel kast aranmaz<sup>35</sup>. Fail hareketinin cinsel olduğunu bilmeli ve hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir<sup>36</sup>. Öğretide cinsel saldırı suçunu düzenleyen madde bakımından Gerekçe’de yer alan açıklama nedeniyle birinci fıkranın özel kast ile işlenmesi gerektiği; ikinci fıkra bakımından ise genel kastın yeterli olduğu ifade edilmektedir<sup>37</sup>.

Cinsel saldırı suçu; 1) beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, 2) kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, 3) üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından, 4) silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, 5) insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenirse veya 6) suç sonucu mağdur bitkisel hayata girer veya ölürse faile verilecek ceza artırılabacaktır.

Cinsel saldırı suçunun işlenmesi sırasında uygulanan cebir ve şiddet kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olursa, faile ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler de uygulanarak ceza verilecektir.

Mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla rahatsız edilmesi cinsel taciz olarak adlandırılmakta ve TCK m.105’de yaptırıma tabi kılınmaktadır. Türk Ceza Kanunu’na göre, bir kimseyi, cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında soruşturma ve kovuşturma mağdurun şikayeti üzerine gerçekleştirilmektedir.

TCK m. 105’e göre suçun cezası belli hallerde ağırlaşmaktadır: a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, b) vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, c) aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, d) posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, e) teşhir yoluyla, fiilin işlenmesi söz konusu olduğunda faile verilecek ceza ağırlaşacaktır.

<sup>35</sup> Tezcan ve diğ., 2015, s. 2015, s. 362; Özbek ve diğ., 2015, s. 337.

<sup>36</sup> Centel, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>, s. 277.

<sup>37</sup> Artuk ve diğ., 2015, s. 297; Kartal, 2013, s. 105;

Öte yandan cinsel taciz suçu nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamayacaktır (TCK m.105/2, son cümle).

Ağırlaştırıcı nedenler bakımından belirtilen kişisel ilişkilerin varlığı, oluşan güven ortamı içinde mağdurun gerçekleştirilen fiile karşı savunma mekanizmalarını elinden alacak ve fiilin tekrarını kolaylaştıracaktır. Bu nedenle belli hallerde cezanın ağırlaşması yerinde olarak öngörülmüştür.

TCK m.105’de düzenlenmiş bulunan cinsel taciz suçu ile yasaklanan fiil, bir kişinin cinsel amaçlı olarak taciz edilmesidir<sup>38</sup>.

Cinsel taciz sayılacak hareketlerin neler olduğu konusunda yasada açıklık bulunmamaktadır. Üstelik madde Gereğesi’nde “...cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurda rahatsızlık duygusu yaratan cinsel davranışlarla gerçekleştirilen hareketler” biçiminde yapılan tanım belirsizliği daha da artıran, keyfiliği doğurucu niteliktedir. Bu durum ceza hukukunun önemli esaslarından olan kanunilik ilkesine aykırıdır<sup>39</sup>.

Cinsel taciz kavramına ilişkin doktrinde farklı tanımlar yapılmaktadır<sup>40</sup>. Kanaatimizce cinsel taciz, bedensel bütünlüğü bozacak nitelikte teması içermeyen, cinsel amaçlı ve cinsel özgürlüğü ihlal edici, mağdurda rahatsızlık yaratan boyuta ulaşan nitelikte her türlü cinsel davranıştır.

Cinsel taciz kavramı içinde değerlendirilecek hareketler, mağdur hedef alınarak yapılmış olması koşuluyla, sözle, el kol hareketleriyle, yazıyla gerçekleştirilebilecektir. Telefon, mektup, üçüncü bir kişi aracılığıyla fiilin işlenmesi mümkündür. Önemli olan davranışların cinsel saldırı boyutuna ulaşmamış olmasıdır<sup>41</sup>.

Cinsel taciz kapsamına giren ve bu biçimde algılanan davranışların neler olduğunun tespiti konusunda son otuz yıldır çeşitli açılardan denekler üzerinde araştırmalar yapılmıştır. 1983 yılında yapılan bir çalışmada, *dikkatlice bakış, kur yapmak, müstehcen el kol hareketleri, seks önerilerinin* denekler tarafından cinsel taciz olarak algılandığı vurgulanmıştır<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Tezcan ve diğ., s. 415.

<sup>39</sup> Suçun maddi unsuru konusundaki değerlendirmeler için bak. Kırıt, 2013, s. 145-149. Ayrıca bak. Ünver, Ankara, 2008, s. 331.

<sup>40</sup> Farklı tanımlar için bak. Tezcan ve diğ., s.413.

<sup>41</sup> Tezcan ve diğ., s. 414-415.

<sup>42</sup> Yeşiltaş, [http://journals.manas.kg/mjsr/oldarchives/Vol07\\_Issue13\\_2005/424.pdf](http://journals.manas.kg/mjsr/oldarchives/Vol07_Issue13_2005/424.pdf), 03.12.2016; Çakmut, 2009, s. 131.



Belirttiğimiz üzere cinsel taciz sözel, sözel olmayan veya görsel davranışlar şeklinde gerçekleşebilir. Bu halleri örnekleyecek olursak; biriyle cinsel içerikli konuşmalar sözel davranışa, dikkatlice veya şehvetle birisinin vücuduna bakmak sözel olmayan davranışa, bilgisayardaki müstehcen ekran koruyucusu programı görsel davranışa örnek olarak verilebilir. Cinsel taciz en hafif şekliyle hoş karşılanmayan cinsel içerikli bir şaka olabilir<sup>43</sup>.

Başta rıza olmak üzere hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde fiil suç olmaktan çıkacaktır.

Cinsel taciz suçu kasten işlenebilen suçtur. Failde ayrıca cinsel arzuları tatmin saikinin varlığı aranır. Fail bu saiki taşımıyorsa işlediği fiil koşulları varsa Türk Ceza Yasası'nda düzenlenmiş bulunan başka bir suçu (hakaret, tehdit vb.) oluşturabilecektir<sup>44</sup>.

## VI. Sonuç

Kadına karşı şiddet ve şiddetin bir türü olan cinsel şiddet Türkiye'de maalesef hız kesmeden hatta artarak devam etmektedir. Adliyeye yansıyan olaylar buzdağının görünen kısmını ve küçük bir bölümünü oluşturmaktadır. Oysa görünmeyen kısmın çok daha büyük olduğu bilinmektedir.

Kanuni düzenlemelerle konuya çözüm bulunamadığı ortadadır. Cezaları artırarak sorunu aşmak düşüncesi amacına ulaşamamaktadır. Üstelik yasal mevzuatta mücadelede çok yeterli olamamaktadır. Uluslararası standartları ulusal mevzua da taşımak bakımından isteksiz davranmak, genel esasları kabul etsek de kurumlar bazında yeterli idrake ulaşamamak çözümsüzlüğün temel nedenidir.

Üstelik yasal düzenlemelerde ne kadar mükemmel olursanız olun, yaşanan sorunların aktörlerini eğitmedikçe çözüme ulaşmak mümkün olmayacaktır. Eğitim ile kadın ve erkek olgusuna dair ayrımcı yaklaşımları ortadan kaldırıp insan temelinde düşünceyi şekillendirmek zorunludur.

Hiçbir canlı şiddete maruz kalmamalıdır.

Hiçbir canlı şiddeti hak etmez.

Kendisinin insan olduğunu iddia eden hiç kimsenin şiddeti uygulama hakkı yoktur.

<sup>43</sup> Yeşiltaş, [http://journals.manas.kg/mjsr/oldarchives/Vol07\\_Issue13\\_2005/424.pdf](http://journals.manas.kg/mjsr/oldarchives/Vol07_Issue13_2005/424.pdf), 03.12.2016; Saygılar Kırt, Yasemin F., "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Ed.: N.Centel, İstanbul, 2013, s. 147-149.

<sup>44</sup> Tezcan ve diğ., s. 415-416.

## KAYNAKÇA

- ARTUK M. Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2015.
- BACAKSIZ Pınar, “**6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının Korunması**”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Ed.Nur Centel, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 13-37.
- CENTEL Nur, “**Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor Mu?**”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Ed.Nur Centel, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 1-12.
- CENTEL Nur, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu Ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>, 26.06.2016, saat.14.09, s. 271.
- CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Gereççeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 5. bası, Beta, İstanbul, 2005.
- ÇAKMUT Özlem Y., “**Cinsel Taciz Suçu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Bilirkişilik Kurumu**”, CHD, 4, 11, Aralık 2009, ss. 129-161.  
[http://insanca.kadikoy.bel.tr/kl\\_kadina\\_yonelik\\_siddet.html](http://insanca.kadikoy.bel.tr/kl_kadina_yonelik_siddet.html), 18.02.2015, saat.15.38 ve 20.06.2016, saat.12.29.
- [http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/kadinlara\\_karsi\\_siddet/siddet\\_kadinlara\\_yonelik\\_siddetin\\_ortadan\\_kaldirilmasina\\_dai.pdf](http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/kadinlara_karsi_siddet/siddet_kadinlara_yonelik_siddetin_ortadan_kaldirilmasina_dai.pdf), 18.02.2015, saat.16.00
- <http://rapory.tuik.gov.tr>, 20.06.2016, saat.15.37.
- [http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/Kadina\\_Yonelik\\_Aile\\_iciSiddet\\_ic.pdf](http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/Kadina_Yonelik_Aile_iciSiddet_ic.pdf), 18.02.2015, saat.15.17.
- <http://www.bianet.org/bianet/kadin/47797-cinsel-suclar-ve-kadin-magdurun-korunmasi>, 18.02.2015, saat.15.28.
- <http://www.kadinininsanhaklari.org/programlar/savunuculuk/ulusal-duzeyde-savunuculuk/kadina-karsi-her-turlu-ayrimciligin-onlenmesi-sozlesmesi-cedaw/>,
- <https://www.morcati.org.tr>, 20.06.2016, saat.12.20.
- [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54e49671681f10.56126252](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54e49671681f10.56126252), 18.02.2015, saat.15.42.
- <http://www.tuik.gov.tr/VeriTabanlari>, 20.06.2016, saat.15.36.

- KARINCA Eray, **Sorularla Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet**, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2011, [http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/KadinaYonelikAileiciSiddet\\_ic.pdf](http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/KadinaYonelikAileiciSiddet_ic.pdf), 18.02.2015, saat.15.17.
- KARTAL Pınar Memiş, “**Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu**”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Ed.Nur Centel, İstanbul, 2013, ss. 85-110.
- KIRIT, Yasemin F. Saygılar, “**5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçu**”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Ed.Nur Centel, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 143-156.
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. bası, Adalet Yayını, Ankara, 2015.
- MOROĞLU Nazan, “**Kadına Yönelik Şiddet ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun**”, [www.tukd.org.tr/dosya/KadinaYonelikSiddet.doc](http://www.tukd.org.tr/dosya/KadinaYonelikSiddet.doc), 26.06.2016, saat.12.32.
- ÖZBEK V.Özer/KANBUR M.Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, 9. bası, Seçkin, Ankara, 2015.
- SAYGILAR KIRIT, Yasemin F., “**5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçu**”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Ed.: N.Centel, XII Levha, İstanbul, 2013, s. 147-143-156.
- SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 5. bası, Ankara, 2005, s. 171.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM M.Ruhan/ÖNOK R.Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 12.bası, Seçkin, Ankara, 2015.
- ÜNVER Yener, “**Cinsel Dokunulmazlığa Ve Genel Ahlak Karşı Suçlar**”, Sempozyum, Türk Ceza Kanunu’nun 2.Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, ss.294-335.
- YEŞİLTAŞ Mehmet, “**İnsan Kaynakları Yönetimi Açısından Bir Sorun Olarak İşyerinde Cinsel Taciz**”, [http://journals.manas.kg/mjsr/oldarchives/Vol07\\_Issue13\\_2005/424.pdf](http://journals.manas.kg/mjsr/oldarchives/Vol07_Issue13_2005/424.pdf), 03.12.2016, saat.14.00.
- YOKUŞ SEVÜK Handan, “**5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 57, Mart/Nisan 2005, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>, 26.06.2016, saat.14.01, ss.243-282.



# Olağanüstü Hal: Özgürlüğün Güvenlik Hali

## Hukuk Devletine Saygılı Olağanüstü Hali Anlamak\*

Prof. Dr. Jean-Philippe DEROSIER\*\*

Çev.: Ar. Gör. Burcu ALKIŞ\*\*\*

Özgürlük ve güvenlik tıpkı iki mıknatıs gibi işlemektedir: Gerekli düzenlemeler yapıldığında ve güvenceler öngörüldüğünde, iki ilke birbirini çeker, birbirini tamamlar ve bir bütün oluşturur; ancak kötü düzenlendiklerinde veya gereğinden fazla korunduklarında, birbirleriyle bağdaşmaz hale gelir, birbirlerini iter ve birbirlerini karşılamazlar. Özgürlük ve güvenlik, toplum sözleşmesinin temelinde yatan iki ana hedef, devletin varlığını ve faaliyetlerini meşrulaştıran iki anayasal ilke olduğu gibi, aynı zamanda sıklıkla birbirinin karşıtı olarak karşımıza çıkan iki ihtiyaçtır.

Öncelikle, bireylerin güvenlik arayışı onları topluluk halinde birleşmeye iter ve bu topluluğun güvenliğinin sağlanması, onun örgütlenerek bir devlet haline geldiği anlamına gelir. Daha sonra, bireyin ve topluluğun güvenliğinin güvence altına alınmasıyla, Devlet herkesin ve her bir bireyin özgürlüğünü sağlayabilir. Arada Jean-Jacques Rousseau ve John Locke da dahil olmak üzere, Thomas Hobbes'tan Max Weber'inkine kadar tüm toplum sözleşmesi kuramlarında bu yapı bulunabilir. Fransız anayasal düzleminde aynı ilke, ilk

\* Bu makalenin özgün hali ("*L'État d'urgence: un état de liberté sécuritaire - Comprendre un état d'urgence respectueux de l'État de droit*"), *Cahiers français* dergisinin 395. sayısında yayımlanacaktır. Bu çeviri, yazarın ve yayıncının izniyle yapılmıştır.

\*\* Rouen Üniversitesi'nde profesör, CUREJ EA 4703 üyesi, ForInCIP ve Jurisdoctoria dergisinin bilim kurulu başkanı.

\*\*\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

önce 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 12. maddesinde ifadesini bulur: "İnsan ve yurttaş haklarının güvence altına alınması, bir kamu gücünü gerektirir." Bu kamu gücünü devlet sağlar ve böylelikle bireysel ve ortak özgürlüğün de içinde bulunduğu insan haklarını güvence altına alır. Aynı Bildirge'nin 4. maddesine göre ise özgürlük, "başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir: böylece her insanın doğal haklarının kullanılmasının tek sınırı, aynı hakların kullanılmasının toplumun diğer üyelerine sağladığı sınırlardır. Bu sınırlar ancak kanunla belirlenebilir." Devlet, diğer kişilerin özgürlüğüne müdahalede bulunmadığı ve dolayısıyla kamu güvenliğini veya bireylerin güvenliğini tehlikeye sokmadığı sürece, herkesin özgür olmasını gözetmek durumundadır. Buna göre, devlet aynı zamanda hem güvenliğin, hem de özgürlüğün teminatıdır; güvenliği sağlamak özgürlüğü de sağlayacaktır ve tersi de geçerlidir: güvenlik ve özgürlük, iki yapışık mıknaş gibi, birbirini çeker, tamamlar ve birbiriyle kaynaşır.

Buna karşılık, aşırı güvenlik özgürlüğü kısıtlar ve ölçsüz bir özgürlük anlayışı da güvenliğe zarar verir: Bu iki anayasal ilke arasındaki denge hassas bir biçimde sağlanmalıdır. Özgürlüğün kural ve -tıpkı Hükümet Komiseri Corneille'in 1917 tarihli *Baldy* davasındaki sunduğu meşhur yazılı düşüncesinde ortaya koyduğu kuralın ruhuna uygun olarak, yalnız gerekli olduğunda, usulünce gerekçelendirilerek ve gerçekten ölçülü olarak- özgürlüğe güvenlik gerekçesiyle getirilecek her türlü sınırlamanın istisna olarak kalmasını gözetken hakimin rolü de budur. Bu denge bir kalıp şeklinde ortaya konamaz, zira koşullara bağlıdır, uygulanan politikalara veya olağandışı durumlara bağlı olarak zamanla değişebilir.

Bilhassa bu olağandışı durumlar, özgürlük ve güvenlik arasındaki dengeye "olağan" dönemde yapılması kabul edilemeyecek müdahaleleri haklı hale getirebilir: 14 Kasım 2015'ten beri yürürlükte olan olağanüstü hal de bunu yansıtmaktadır. Ne var ki bu müdahaleler bizzat devletin temelini oluşturan belli başlı bazı ilkelere aykırı olamaz; bu nedenle de mevcut olağanüstü hal kanun tarafından belirlenmiş ve sınırları çizilmiş bir rejime tabidir, geçicidir ve olağanüstü halin temelini oluşturan kamu güvenliğini temin etmek şeklindeki anayasal zorunluluk, herhangi bir anayasa hükmünün veya anayasal ilkenin tartışma konusu yapılmasına imkan verecek şekilde yorumlanamaz. Bunun sonucu olarak da, eğer olağanüstü hal bazı özgürlüklerin aleyhine olarak güvenliği güçlendirirse, ikisi arasındaki dengenin bozulması, ne devletin tüm eylemlerinin hukuki temellere dayanması anlamına gelen

hukuk devleti, ne de tüm yasal veya idari tedbirlerin Anayasa'nın güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin tamamına saygı duyması anlamına gelen anayasaya uygunluk ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

## İSTİSNAİ İLAN

Olağanüstü hal rejimi, sonuncusu 20 Kasım 2015 tarihli Kanun ile olmak üzere birçok kez değişikliğe uğramış olan 3 Nisan 1955 tarihli Kanun tarafından belirlenmiştir. Olağanüstü hal ilanının uyması gereken şekli ve maddi koşullar vardır. Bir yandan, “olağanüstü hal Bakanlar Kurulu kararnamesiyle ilan edilir” (m. 2). Bu, Bakanlar Kurulunu toplantıya çağdıktan sonra Cumhurbaşkanının olağanüstü hali ilan ettiği anlamına gelmektedir. Ayrıca, Anayasa'nın 19. maddesinde öngörüldüğü üzere, bu kararname Başbakan ve ilgili bakanların karşı imzasına tabi bir işlemdir: İçişleri ve Adalet Bakanının da imzası gerekmektedir. Cumhurbaşkanı tamamen kendi inisiyatifile ve hükümetin başının onayını almadan tek başına olağanüstü hal ilan edememektedir. Şu anda olduğu gibi olağanüstü halin uygulama alanı tüm anayurt Fransa, Korsika ve denizaşırı topraklara yayılıyorsa, genellikle olduğunun aksine, toprakların sadece bir kısmında uygulanması gündeme gelmeyecektir. Daha önce yalnızca 1958 ve 1962'de toprakların tamamında olağanüstü hal ilan edilmiştir.

Diğer yandan, olağanüstü hal yalnızca “kamu düzeninin ciddi bir şekilde saldırıya uğraması sonucu oluşan yakın tehlike veya tabiatları ve önemleri nedeniyle kamusal felaket niteliği gösteren olaylar”ın varlığı halinde ilan edilebilir (m. 1). Olağanüstü hal, diğer iki olağanüstü durum rejiminden farklı maddi şartların varlığı halinde gündeme gelecektir. Anayasa'nın 16. maddesinin Cumhurbaşkanı için öngördüğü istisnai yetkiler sadece “anayasal kamu kuvvetlerinin düzenli işleyişi bölündüğünde” ve “Cumhuriyetin kurumları, ulusun bağımsızlığı, ülke bütünlüğü veya uluslararası yükümlülüklerin icrası ağır ve yakın bir biçimde tehdit altında olduğunda” ileri sürülebilir: Bu iki şartın bir arada aranması, 16. maddeye başvurulması imkanını kelimenin tam anlamıyla -ve ne mutlu ki- istisnai hale getirmektedir; öyle ki 16. madde sadece bir kez, 23 Nisan ile 29 Eylül 1961 tarihleri arasında uygulanmıştır. Sıkıyönetim ise, ancak “bir dış savaş veya silahlı ayaklanma nedeniyle yakın bir tehlikenin bulunması halinde” ilan edilebilecektir (Savunma Kanunu m. L.2121-1): Bu koşul, sıkıyönetim halini uluslararası bir savaş veya bir iç savaş olasılığıyla sınırlandırarak, onu daha da -ve yine ne

mutlu ki- istisnai hale getirmektedir. Keza 1955'te, ilk Cezayir krizi esnasında, sıkıyönetim durumun gereklerine cevap vermekte yetersiz kaldığı için yeni bir kriz rejimi yaratılmıştır.

O zamandan beri, sekiz kez olağanüstü hal ilan edilmiştir: Üç kez Cezayir ile ilgili olarak (1955, 1958, 1961), üç kez denizaşırı topraklara yönelik olarak (1985'te Yeni Kaledonya, 1986'da Wallis ve Futuna Adaları ve 1987'de Fransız Polinezyası'daki Rüzgar Adaları), iki kez anayurt Fransa'da (2005'teki banliyö ayaklanmaları ve 2015 saldırıları). 1986 ve 1987 hariç olmak üzere her seferinde kanunla olağanüstü halin süresi uzatılmıştır.

### KANUNLA UZATMA

Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilen olağanüstü halin, on iki günden fazla bir süreye uzatılabilmesi ancak kanunla mümkündür (m. 2); bu kanun, olağanüstü halin “kesin süresi”ni belirlemek zorundadır (m. 3). Bu durum, ilk olarak, yalnızca olağanüstü halin ilan edilmesinin yürütmenin düzenleme yetkisinden kaynaklanmakta, ancak devam etmesinin münhasıran yasamanın düzenleme yetkisinin alanına girmekte olduğu anlamına gelmektedir. Bunun ardında son derece mantıklı bir neden yatar: Olağanüstü hal, derhal alınması gereken olağanüstü tedbirler gerektirir. On iki günlük ilk süre, bir “yakın tehlike” veya “kamusal felaket”in varlığı halinde derhal harekete geçme imkanı verir; zira yürütmenin bir işlemiyle verilen izin, yasama sürecine göre daha kısa bir usul izlenerek alınabilecek bir karardır. Buna karşılık, söz konusu durumun devam etmesi halinde, on iki gün, olağanüstü halin uzatılmasına dair bir kanun tasarısının hazırlanması, Danıştay'a sunulması, Bakanlar Kurulunda kabul edilmesi ve Parlatentonun iki kanadında da oylanıp, Anayasa Konseyinin denetimine sunulması (bu takvimin biraz sıkışık görüldüğü doğru olsa da, 1985'te Yeni Kaledonya'daki olağanüstü hal ile ilgili olarak bu senaryo gerçekleşmiştir) için yeterli bir süredir<sup>1</sup>. Burada güvenlik ve özgürlük arasında bir denge görülmektedir: Güvenliği sağlama ihtiyacı derhal harekete geçilmesini gerektirmekteyken, özgürlük, bu ihtiyacın devam etmesi halinde, halk adına bu duruma rıza gösterilmesini zorunlu kılmaktadır.

<sup>1</sup> Anayasa Konseyi'nin 25 Ocak 1985 tarihli 85-187 DC sayılı kararı, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, Rec. s. 43. Anayasa Konseyi, olağanüstü halin Anayasa'ya uygun olduğuna karar vermiştir.



İkinci olarak, “kanunla” uzatma, olağanüstü halin süresi uzatılırken Parlamento tarafından değil, Cumhurbaşkanı tarafından karar alınmasına izin vermektedir: Bu durum çelişkili ve dahası, son derece vahim görünse de, yine de olasıdır. Gerçekten de, Anayasa’nın 16. maddesine başvurulduğunda, Cumhurbaşkanı kanun gücünde işlemler yapma yetkisiyle donatılmış olmaktadır ve bu yetki, olağanüstü halin süresini uzatmayı da kapsar. Ne yazık ki burada ders kitaplarında örnek olarak gösterilen bir vakadan bahsetmemekteyiz: 22 Nisan 1961’de, Cezayir’deki generallerin darbe girişimi sırasında, General de Gaulle olağanüstü hal ilan etmek için Bakanlar Kurulunu toplamış ve 16. maddeyi uygulamaya koymaya karar vermiştir. Buna dayanarak, 24 Nisan 1961’de olağanüstü hali “yeni bir karara kadar” uzatan bir karar almıştır. 29 Eylül 1961 günü, 16. maddenin uygulamasına son verdiğinde, olağanüstü halin 15 Temmuz 1962’ye kadar devam etmesini öngören yeni bir karar almıştır. Referandumla kabul edilen 13 Nisan 1962 tarihli kanuna dayanılarak çıkarılan 13 Temmuz 1962 tarihli yeni bir kanun hükmünde kararnameyeyle, olağanüstü hal tekrar 31 Mayıs 1963’e kadar uzatılmıştır. Nihayet, 10 Ekim 1962’de Milli Meclisin feshine karar verilmesi, olağanüstü hale bir son vermiştir; çünkü 1955 tarihli Kanun’un 5. maddesi, meclisin feshinden itibaren 15 gün geçmesiyle olağanüstü halin uzatılmasının hükümsüz hale geleceğini öngörmekteydi. 18 ay 3 gün boyunca (28 Nisan 1961 – 26 Ekim 1962) yürürlükte kalan ve 25 ay boyunca devam etmesi öngörülen olağanüstü hal, Parlamento olağanüstü halin devamı hakkında bir kez bile görüş bildirmeden uzatılmıştır; bu durum garip bir biçimde, şüphesiz özgürlük karşıtı, dıştan bakıldığında otoriter ve belki de diktatörce bir güvenlik rejimine benzemektedir<sup>2</sup>. Bu şekilde güvenliğin özgürlüğe galip geldiği haller olabilir; bu haller kınanabilir ve olağanüstü halin süresinin uzatılmasına “kanunla” izin verilmesi değil, ancak “Parlamento tarafından” karar verilmesi esası benimsenerek bu gibi durumlardan kolaylıkla kaçınılabilir. Ne mutlu ki, bu durumlar istisnai olmaya devam etmektedir ve halihazırda yürürlükte olan olağanüstü hal, üç kez, her seferinde ulusal temsil yoluyla, Parlamento tarafından uzatılmıştır.

Görüldüğü üzere, üçüncü olarak, olağanüstü halin “kesin” süresi kanunla belirlenmesine rağmen, yeni bir kanun, sürenin uzatılmasını uzatmak

<sup>2</sup> 16. madde ve olağanüstü halin bir arada uygulanması, Olivier Beaud ve Cécile Guérin-Bargues’ın olağanüstü hale karşı (olağanüstü hal karşıtı ?) derinlikli çalışmasında altını çizdiği gibi, bir “patlayıcı kokteyl”dir: “L’état d’urgence de novembre 2015: une mise en perspective historique et critique”, *Jus Politicum*, n° 15.

suretiyle olağanüstü hali devam ettirmeye karar verebilir. Olağanüstü halin ilanı için aranan maddi koşulların (yakın tehlike veya kamusal felaket), devamı için de arandığı kabul edilmektedir. Yine de, bu ilkeler anayasal değerde olmadığından, Anayasa Konseyi'nin olağanüstü halin süresini uzatan kanunların bu koşulları karşılayıp karşılamadığını denetlemesi mümkün değildir. Olağanüstü hal rejiminin anayasallaştırılmış olması halinde durum farklı olurdu ve olağanüstü halin anayasada düzenlenmemiş olmasını esefle karşılamaktan başka bir şey yapamayız.

### SINIRLI OLARAK UYGULAMA

Olağanüstü hal, bir idari kolluk rejimidir. Bu, olağanüstü hale dayanılarak alınacak tedbirlerin idari makamlar (vali, içişleri bakanı) tarafından alınabileceği, ancak yalnızca önleyici nitelikte oldukları ve bastırıcı nitelikte olmadıkları anlamına gelir. Bu tedbirler kamu düzeninin korunmasını, somut olayda, ülke toprakları üzerinde yeni terörist saldırıların gerçekleşmesini önlemeyi, hedefler; 13 Kasım 2015 saldırısının faillerini takip etmeyi değil. Faillerin takibi, Paris savcılığının terörle mücadele şubesi ve yargı mercilerinin görevidir.

Bunun sonucu olarak, olağanüstü hal süresince özgürlüklere getirilebilecek kısıtlamalar, geçici ve sınırlı olmakla birlikte, güvenliği koruma ihtiyacından kaynaklanmaktadır. İlk olarak, özgürlüklere getirilen kısıtlamalar geçicidir, çünkü yalnızca olağanüstü hal yürürlükte olduğu müddetçe bu sınırlamalar getirilebilir, kalıcı olma özelliğine sahip değildirler ve çoğu olağanüstü halin kaldırılmasıyla etkisini yitirir. İkinci olarak, bu kısıtlamalar sınırlıdır, çünkü alınan her tedbirin herkesi etkilemesine izin verilmemiştir: Diğer tüm idari kolluk tedbirleri gibi, gerekli ve ölçülü olmak zorundadırlar. Güvenlik özgürlüğe üstün tutulduğunda, bu güvenliğin her özgürlükten üstün tutulduğu anlamına da gelmemektedir.

Bir yandan, 1955 tarihli Kanun, olağanüstü hal süresince idari makamların alabileceği, bazıları valinin, bazıları İçişleri Bakanının ve biri de Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun ("kamu düzenine ağır saldırı niteliği taşıyan eylemlere katılan veya faaliyetleri bu tür eylemlerin işlenmesini kolaylaştıran veya tahrik eden fiilî teşekkül ve toplulukların" dağıtılması", 2015'te getirilen m. 6-1) yetkisinde olan birçok tedbiri sayar. Diğer yandan, bazı tedbirlerin alınması için olağanüstü hal ilan edilmesine

dair kararda veya olağanüstü halin uzatılmasına dair kanun ile açıkça izin verilmesi gereklidir. “Yasama görevinin veya avukatların, hakimlerin, savcılarının ve gazetecilerin mesleki faaliyetlerinin yerine getirilmesine hasredilmiş yerler” hariç, konutlarda gündüz ve gece yapılacak olan aramalar da dahil olmak üzere, her türlü mekanda yapılacak idari aramalar, bu duruma örnektir (m. 11). Bahsedilen bu istisna, 26 Mayıs’ta getirilmiştir; olağanüstü halin süresini uzatan son kanun bu yerlerde idari arama yapılmasına izin veren düzenlemeyi kaldırmıştır.

Son olarak, bu tedbirler sistemli değildir: Kanun ve olağanüstü hal, alınacak tedbirlerin sebebidir; bizzat olağanüstü halin ilanı değil. Bir başka deyişle, olağanüstü hal ilan edildiğinde veya uzatıldığında, idari makamlar arama yapmak, toplantıları yasaklamak, silahlara el koymak, gösteri salonlarını veya içki satış yerlerini kapatmak, bulunulan yerin terk edilmemesine karar vermek vs. için her somut olayı kendi koşullarına göre değerlendirmelidir. Aynı şekilde, bu tedbirler herkesi etkileyecek şekilde getirilemez: Bilhassa, bulunulan yerin terk edilmemesi ve idari aramaları konu edinen işlemler, ancak ilgili kişinin kamu güvenliği ve kamu düzeni aleyhine bir tehdit oluşturan davranışlar sergilediğini veya aranacak yeri sıklıkla ziyaret ettiğini düşündürecek ciddi sebepler varsa alınabilecektir. Yine, tüm toplantılar yasaklanamaz. Kamu güvenliği açıkça bunu gerektirdiği için, saldırılardan birkaç gün sonra, birçok devlet ve hükümet başkanının hazır bulunduğu bir sırada, Aralık 2015’te gerçekleştirilen COP21 dışındaki gösterilerin, yasaklanması kaçınılmazdı: Güvenlik güçleri, bu organizasyon için, yakın tarihte yaşanan saldırılar nedeniyle olağandışı bir seviyede harekete geçirilmişti ve kaçınılmaz olarak taşkınlıklara sahne olması beklenen gösterilerin sınırlandırılması, öngörülemez bir tedbir değildi. Bu da göstermektedir ki, olağanüstü hal, bir kez ilan edildikten sonra, yalnızca ilanı gerektiren nedenlerle bağlantılı olarak yapılan işlemler hakkında değil, uygulandığı bölgenin tamamında, genel olarak geçerli olur<sup>3</sup>: Bunun aksi düşünülemez, zira söz konusu olan işlemler idari kolluk tedbirleridir, yani önleyici niteliktedir; dolayısıyla belli bir eylemden önce gündeme gelirler. Tam tersine, anlaşılması daha güç olan kamu hürriyetlerine ilişkin gerekçelerle, Mart, Nisan ve Mayıs’taki gösteri-

<sup>3</sup> Danıştay’ın 11 Kasım 2015 tarihli kararı, *Gauthier, Recueil*’de yayımlanacak: COP21 kapsamında şiddetli gösteriler yapacağından şüphe duyulan bir militana bulunduğu yeri terk etmemesi tedbiri uygulanmasına ilişkin karar.

ler (işsizlik ödenekleri ile ilgili El Khomri kanununa karşı, “Uykusuz Gece” eylemleri), hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilebilmiştir.

İdari makamlar, özgürlüğe olabildiğince az hanel getirmek suretiyle güvenliği azami derecede sağlayarak, güvenliğin gereklilikleri ve özgürlüğün korunması arasındaki mümkün olabilecek en iyi dengeyi bulmaya çalışmaktadırlar. İdari kolluk tedbirlerinin tamamında geçerli olan ve hiçbir zaman denetimden kaçamayan ölçülülük ilkesinin ardında yatan mantık da doğrudan budur.

### GENİŞ KAPSAMLI DENETİM

İstisnai rejim -bundan böyle- istisnai yargı yolu anlamına gelmemektedir. 2015 yılında 1955 tarihli Kanun’un değiştirilmesine kadar, askeri yargı, olağanüstü hal ilan edilen bir ilde, ildeki ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlar ile bunlarla bağlantılı olan diğer suçlar bakımından, özel bir kararname ile yetkili kılınıbiliyordu (m. 12). Ancak bu hükmün yürürlükten kaldırılmasıyla, artık olağanüstü hal süresince, gerek işlenen suçlar bakımından ceza yargısı olsun, gerek olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirlerin hukuka aykırılığının ileri sürülmesi halinde idari yargı olsun, sadece olağan yargı yerleri görevli ve yetkili hale gelmiştir. Bilhassa idari yargı yerleri, konu ile ilgili birçok karar vermiştir.

Danıştay, 2005’te olağanüstü hal ilan eden kararın yürütmesinin durdurulması talebini işlemin hukuka uygunluğu konusunda ciddi bir şüphe bulunmadığı gerekçesiyle reddederken, kararın mefhum-u muhalifinden anlaşılacağı üzere, “Cumhurbaşkanının bu alanda geniş bir takdir yetkisinin olduğunun” altını çizerek, söz konusu işlemin hukuka uygunluğunu denetlemeye yetkili olduğunu teslim etmiştir<sup>4</sup>. Takdir yetkisinin kullanılmasında açıkça hataya düşülmesi ihtimalinde, böyle bir kararnamenin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmek mümkün olacaktır.

2015’te, birkaç istisna dışında, idare yargıcı önüne gelen davaların çoğu reddedilmiştir. Yine de, idare yargıcı, kamu güvenliğinin gereklilikleri ile özgürlüklerin korunması arasında olabilecek en iyi dengeyi sağlama endişesiyle, olağanüstü hale ve 1955 tarihli Kanun’a dayanılarak alınan tedbirlerin “her yönüyle denetimine” tabi olabileceğini kabul etmiştir. Ayrıca,

<sup>4</sup> Danıştay’ın 14 Kasım 2005 tarihli kararı, *Rolin, Recueil*, s. 499.

olağanüstü hal ve bulunulan yeri terk etmeme konusunda, İdari Yargılama Kanunu'nun L. 521-1 ve L. 521-2 maddelerine göre (yürütmeyi durdurma ile temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin durdurulmasına yönelik tedbir talepleri) ve bu maddelerin uygulanması için, aciliyet şartının varlığının karine olarak kabul edileceğini belirtmiştir<sup>5</sup>. Bu, hakimin gerçek ve etkili bir denetim yapmasını sağlamaktadır. Söz konusu durum elbette adli yargı hakimlerini değil, idari yargı hakimlerini etkilemektedir, zira olağanüstü hal bir idari kolluk rejimidir; ancak adli yargı hakiminin özgürlüklerin güvencesini sağlamak bakımından idari yargı hakimine göre daha az yetkili olduğu da ortaya konabilmiş değildir. Hukuka aykırılığı ileri sürülen tedbirlerin çoğunun, bu mümkün olduğunda, uygulama esnasında (arama, yasaklama) tüm etkilerini doğurduğu şüphesizdir; ancak bunlara kaşı başvurulması mümkün olan hukuki yollar (iptal, sorumluluk, yürütmenin durdurulması, temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin durdurulmasına yönelik tedbir talepleri), ilgililer bakımından adaletin yerini bulmasını sağlamaktadır ve adli yargı mercilerinin icra edilmiş bir arama kararını iptal edebileceği de henüz kanıtlanmış değildir.

Bunların yanı sıra, olağanüstü hale ilişkin kanun, 2015'ten beri, olağanüstü halin parlamento tarafından denetiminin Milli Meclis ve Senato tarafından gerçekleştirileceğini öngörmektedir. Parlatentonun iki kanadının da yasama komisyonları böylece olağanüstü hal üzerinde sürekli bir gözetim yürütmektedir ve bunun için, parlamento meclislerinin işleyişine dair kararnamede öngörüldüğü şekilde (m. 5 *ter*), soruşturma komisyonları ile aynı yetkilerle donatılmışlardır. Komisyonlar aynı zamanda bu görev için özel raportörler belirlemiştir: Senato'da Michel Mercier, Milli Meclis'te ise sonradan görevi Dominique Raimbourg ve Jean-Frédéric Poisson'a devredilen Jean-Jacques Urvoas. Parlamento üyeleri, kendilerine tanınan çeşitli imkanlardan (parlamento dışına gitme, deliller üzerinde ve yerinde inceleme, tanık dinleme vb.) faydalanarak titiz bir denetim sağlamaktadırlar.

## DERHAL KALDIRMA

Olağanüstü halin kanunla uzatılması zorunlu olmasına rağmen, olağanüstü hal her zaman bir Bakanlar Kurulu kararıyla kaldırılabilir. Güvenlik gerekçesiyle özgürlüklere yapılacak müdahalelerin asgari seviyede tutulma-

<sup>5</sup> Danıştay'ın 11 Aralık 2015 tarihli kararı, *Gauthier, Recueil*'de yayımlanacak.

sı gerektiği düşüncesine uygun olarak, olağanüstü halin süresini uzatan kanunlar genellikle Bakanlar Kuruluna bu imkanı tanımaktadır. Olağan hukuk düzeninin dışına çıkmak ve özgürlükleri sınırlandırmak için halk adına rıza gösterilmesi gerekir; ancak bu istisnai rejime artık gerek kalmadığında, ona son vermek ve olağan hukuk düzenine geri dönmek için, sadece Parlamento'ya hesap vermek şartıyla, bu rejimi yürürlüğe sokan makamın karar verebilmesi mümkündür. Böylece olağanüstü halden çıkmanın üç yolu vardır: Olağanüstü halin süresinin kanun tarafından öngörülmesi (veya ilk karardan itibaren 12 gün geçmesi), Milli Meclisin feshi, Hükümetin kendiliğinden harekete geçerek karar alması.

Bu yollara kanun tarafından öngörülme, ancak bireyler tarafından ileri sürülebilir ve idare hakimi tarafından -ilke olarak- olasılık dahilinde değerlendirilen bir dördüncüsü daha eklenebilir: İdari Yargılama Kodu'nun L. 521-1 maddesi (temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin durdurulmasına yönelik tedbir talebi) uyarınca, olağanüstü halin devam etmesi için gereken koşulların artık bulunmadığı gerekçesiyle, Danıştay'ın Cumhurbaşkanının olağanüstü hali kaldırmasına karar vermesi. Bireyler (daha da somutlaştırmak gerekirse, hukuk profesörleri), 2005'te bu yönde bir talepte bulunmuştur ve 2015'te İnsan Hakları Derneği (yine -aşağı yukarı- aynı hukuk profesörlerinin desteğiyle) bu talebi tekrar etmiştir. Talebi reddetmesine rağmen Danıştay, kendisinin bu konuda görevsiz olduğuna karar vermemiştir. Aksine, "Cumhurbaşkanının, kanun tarafından kendine tanınan, olağanüstü hali kanun tarafından öngörülen süresinden önce sona erdirmeye imkanını kullanmak veya kullanmamak konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip" olduğunu ifade ederek, Cumhurbaşkanının kararının "hukuka uygunluk denetimi yapan hakimlerin denetiminin" dışında olmadığını belirtmiştir; bu da "bir hukuk devletinde, istisnai yetkiler içeren bir rejimin, tabiatı gereği zaman ve yer bakımından sınırlı etkilere sahip olması koşulundan" kaynaklanmaktadır<sup>6</sup>. Sonuç olarak, güvenliğin artırıldığı halde bile, özgürlükler yargı ve doğrudan olağanüstü halin kendisi tarafından korunmaya devam edecektir.

Olağanüstü halin kaldırılması, bu kapsamda alınan tüm tedbirlerin de kaldırılması anlamına gelir. Böylece trafiğe getirilen sınırlandırmalar, gösteri salonlarının ve içki satış yerlerinin kapatılması, bulunan yerin terk edil-

<sup>6</sup> Danıştay'ın 27 Ocak 2016 tarihli kararı, *Ligue des droits de l'homme et autres, Recueil* de yayımlanacak; Danıştay'ın 9 Aralık 2005 tarihli kararı, *Allouache et autres, Recueil*. s. 562.

memesi tedbirlerinin hepsi hükümsüz hale gelir ve herkes özgürce hareket etmeye başlayabilir. El konan silahların sahiplerine iade edilmesi gerekmektedir. Doğal olarak, yalnızca yapılan aramalar “yok olamaz” ve “fiili teşekkül ve toplulukların dağıtılması” artık tartışma konusu yapılamaz (m. 6-1).

Olağanüstü hale dayanılarak alınan tedbirlerin azaldığı gerekçesiyle olağanüstü hale artık ihtiyaç kalmadığını göstermeye çalışan akıl yürütme, tamamen bir safsatadan ibarettir. Gerçekten de, olağanüstü halin ilanının hemen ertesi günü birçok arama veya bulunulan yerin terk edilmemesi kararı çıkmasına karşılık, bugün bu kararların sayısının azalmış olması mantıklı ve hayırlıdır. Saldırıların ertesinde, kamu düzeni ve güvenliğini sağlamak ve herhangi yeni bir saldırıyı önlemek adına, toprakların tamamını kontrol altına almak gerekliydi ve bu arama ve bulunulan yerin terk edilmemesi tedbirleri, bu amaca hizmet etmiştir. Birkaç ay sonra, bugün, gerçekleştirilen aramalar ve karar verilen terk etmeme tedbirlerinin önemi azalmıştır, zira ülke toprakları üzerinde kontrol sağlanmıştır ve aranması gereken yeni yerler veya gözetim altında tutulması gereken yeni kişilere de her gün rastlanmaktadır. Bu durum da arama ve bulunulan yerin terk edilmemesi kararlarının herhangi bir dayanağı olmadan alınmadığını ispatladığı için, özgürlüklere saygı gösterilmiş olduğunu ortaya koymaktadır.

Buna karşılık, olağanüstü hal kaldırılsaydı, bulunulan yerin terk edilmemesi tedbiri, hatta neredeyse ev hapsi nedeniyle gözetim altında bulunan herkes tekrar özgürce, istediği gibi hareket edebilir hale gelecekti: Onların bireysel olarak özgürlük alanındaki kazanacaklarını, devlet güvenlik alanında kaybetmiş olacaktı. Şüphe yok ki, terör eylemleriyle ilişkili olduğundan şüphelenilen herkesi kalıcı veya uzun süreli olarak bulunulan yerin terk edilmemesi tedbirine tabi tutan aşırı güvenlikçi bir devlete de dönüşmemek gerekir. Ancak 13 Kasım 2015 Paris’te yaşananın ölçeğindeki terörist saldırıların ertesinde ve uluslararası bir spor müsabakasının (Euro 2016) öncesinde, bazı özgürlüklerin aleyhine arttırılmış güvenlik tedbirlerine başvurmak, ne mantiken şaşırtıcı ne de hukuken tartışma götürür niteliktedir.

## **SINIRLARI ÖLÇÜSÜZCE AŞMA?**

Olağanüstü hal bir gün mutlaka sona erecek ve falcıların düştükleri hatalara da düşmeyerek, oylan son uzatma kanununun gerçekten sonuncusu olduğunu kabul edebiliriz (meğerki yeni bir terörist saldırı gerçekleşsin). Bu

kanunun, olağanüstü hali üç aylığına uzatan kendinden önceki iki kanunun aksine yalnızca iki aylık bir süre öngörmesi, idari arama kararı alma imkanının ortadan kaldırılması ile birlikte düşünüldüğünde, bu sonucu teyit etmekte kullanılabilir. Her halükarda, Fransa'nın karşılaştığı en ağır saldırılara cevaben ilan edilen olağanüstü halin, Mayıs ayında yeniden uzatılmış olması, onu kalıcı bir durum haline getirmemektedir. Ancak bu durumun sınırlarının aşılması, iki aşırılığa karşı dikkatli olmamızı gerektirebilir.

İlk olarak, şu anda görüşülmekte olan örgütlü suçlar ve terörizme dair kanun tasarısı, yeni idari tedbirleri mümkün kılacaktır. Parlamento tartışmaları sonucu bunların değişikliğe uğraması imkan dahilinde olduğundan, bu aşamada söz konusu tedbirleri tartışmak için henüz erken olsa da, bunlardan bazıları idarenin yetkilerini, olağanüstü hal rejimini de aşacak biçimde güçlendirme eğilimi taşımaktadır. Bu tedbirler kamu güvenliği adına, özellikle de [yabancıların] kimlik kontrolü için tutulması veya terörist grupların hareket alanlarında kaldığı varsayılan kişilerin ülke topraklarına dönüşünün idari denetimi ("dönüş vizesi") konusunda, özgürlükleri sınırlandırmaktadır. Şayet bu tedbirler sonunda kesinlikle kabul edilecekse, kamu hürriyetleri konusundaki anayasal zorunluluklara, yargı organlarının kişi özgürlüğüne yönelik yetkisine, savunma hakkına titizlikle saygı gösterilmesi hayati önem taşımaktadır. Gerek çağdaş teknolojik gelişmeler, gerek yeni tehdit tipleri anlamında olsun, toplumun geçirdiği evrimler, hukukun uyum sağlamasını gerektirir, ancak bu, anayasal olarak güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlükler pahasına olmamalıdır.

İkinci olarak, olağanüstü hal rejimini anayasallaştırma fırsatı kaçırılmıştır. Öngörülen anayasa değişikliğinin amacı, her ne kadar haksız bir biçimde bu ileri sürülebilse de, hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleleri anayasal olarak meşrulaştırmak değildi. Aksine, olağanüstü hal rejimini Anayasa ile bir çerçeve içine almak suretiyle bu rejimde yapılacak olası değişiklikleri güçleştirerek, hukuk devleti ilkesini kuvvetlendirecekti: maddi koşullar, Bakanlar Kurulu kararı, 12 gün, kanunla uzatma gibi unsurlar yalnızca anayasa değişikliği yoluyla değiştirilebilecekti. Aynı biçimde, maddi şartlar artık bir arada mevcut olmamasına rağmen kabul edilen bir olağanüstü halin süresini uzatan kanun, Anayasa Konseyi tarafından iptal edilebilecekti, çünkü söz konusu koşullar anayasal değere kavuşturulmuş olacaktı: Mevcut durumda, basit bir kanunla öngörülmüş olan bu şartlar, kanun koyucuya hiçbir sınır getirmemektedir.



Yürütmenin güvenlik bakımından aşırılıklara düşmesi halinde, şüphesiz bugün sorumluluğu üzerinde taşıyan kanun koyucu onu sınırlayacaktır. Ancak gelecek ne getirecek? Özgürlüğün daha iyi güvence altına alınmasını mı, yoksa güvenliğin aşırı şekilde güçlendirilmesini mi? Tek yapabileceğimiz ilkini ummak, ikincisi için ise endişe duymak...



# Ukrayna'daki Son Gelişmeler Işığında Devlet Borçlarına Ardıl Olunması Sorunu

Dr. Ali Cenk KESKİN\*

**Özet:** Bir devletten isteyerek ya da zorla bir parçanın kopması halinde, devlet borçlarının ve varlıklarının nasıl paylaşılacağı konusu uluslararası hukukun en karmaşık sorunlarından biridir. Borçluları ve yükümlülüklerin oranını belirlemek ve alacaklılar da dahil olmak üzere tüm tarafların onayını almak zorlu bir süreçtir. Bu konu, uluslararası hukukta halef devletler kavramıyla incelenmiştir. Mevcut çalışma, halef devletler arasında borçların ve varlıkların paylaşımı ile ilgili kuralları Ukrayna'daki son gelişmeler ışığında ele almaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Devlet borcu, halef devlet, devlet varlıkları, çözülme, Ukrayna.

## State Succession to Debts in the Light of Recent Developments in Ukraine

**Abstract:** In the case of voluntarily or involuntarily disintegration of a state, the issue of state allocation of its debts and assets is one of the most intricate concerns of the international law. The question reveals to determine the debtors, as well as the proportion of their obligation and this subject is analyzed within the concept of succession of the states in international law. Present article addresses the legal rules governing the allocation of debts and assets among successor states and aims to detect the recent developments in this area initiated by the latest turmoil in Ukraine.

**Keywords:** State debt, state succession, state assets, dissolution, Ukraine.

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

## GİRİŞ

Bir devletin isteğiyle<sup>1</sup> ya da isteği dışında<sup>2</sup> parçalanması halinde devlet borçlarının kim tarafından, ne kadar ödeneceği sorunu uluslararası hukukun çetrefilli konularındandır. Devletler hukukundaki halefiyet<sup>3</sup> kavramı içinde incelenen bu konu, devletlerarası uygulama ve yargı organlarının pratiği ile ortaya çıkmaktadır<sup>4</sup>. Doktrinde, devletlerarası teamül dikkate alınarak genel bir kural ortaya çıkarmaya çalışılmaktadır<sup>5</sup>. Ancak uygulamadaki farklılıklar bu işi zorlaştırmaktadır. Bu konuda yapılan önemli çalışmalardan biri, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu talimatıyla kurulan “Uluslararası Hukuk Komisyonu” tarafından devletlerin halef olması konusunda hazırlanan 1978 ve 1983 tarihli iki konvansiyondur. Daha sonra Türk Literatürüne “1978 Viyana Devletlerin Antlaşmalarına Ardıl Olma Sözleşmesi” ve “1983 Viyana

<sup>1</sup> SSCB, Yugoslavya, Çekoslovakya örneklerinde olduğu gibi.

<sup>2</sup> 1971 senesinde Pakistan ile Bangladeş’in ayrılması örneği.

<sup>3</sup> Devletler hukukundaki halefiyet kavramının, miras hukukundaki halefiyet kavramından oldukça farklı anlamlar taşıdığı, devletlerarası teamül uygulama ve yargı organlarının pratiği ile ortaya çıkmaktadır. Yeni bağımsız olan halef devlet bu niteliğinden dolayı selef devletin akdettiği antlaşmalardan doğan hak ve yükümlülükleri yüklenmek mecburiyetini hissetmemiştir. Fakat uygulamada halef devletlerin sıkça selef devletin hak ve yükümlülüklerini üstlendikleri görülmüştür. Bu konuda doktrinde; halef devletin, özellikle belirli bir toprak parçası üzerinde sürekli olmak maksadıyla kurulan dispositive antlaşmalardan doğan hak ve borçlara bağlı olması gerektiği hususu ileri sürülmektedir. Bir devletin ülkesi üzerinde egemenliğini eline alan halef devletin, selef devletin yaptığı antlaşmalardan yükümlendiği hak ve borçlarla yükümlü olup olamayacağı doktrin tarafından da ele alınmıştır. Devletler hukuku alanında zorlayıcı güç olmaması ve devletler hukukunun egemenlikleri elinde tutan devletlerin hâkimiyetinde oluşması, bu konuda genel bir kural mevcut olmaması durumunu da beraberinde getirmektedir. Doktrinde, devletlerarası teamül dikkate alınarak genel kural ortaya çıkarmaya çalışılmaktadır. Bu konuda yapılan önemli çalışmalardan biri, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu talimatıyla kurulan “Uluslararası Hukuk Komisyonu” tarafından devletlerin halef olması konusunda hazırlanan 1978 ve 1983 tarihli iki konvansiyondur. Daha sonra Türk Literatürüne “1978 Viyana Devletlerin Antlaşmalarına Ardıl Olma Sözleşmesi” ve “1983 Viyana Devletlerin Devlet Malları, Arşivleri ve Borçlarına Ardıl Olma Sözleşmesi” olarak geçecek bu iki konvansiyondan, tam da bu sebeple, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde “konvansiyon” yerine “sözleşme” olarak bahsedilecektir.

<sup>4</sup> BOWMAN W. Gregory, “Seeing the forest and the trees: Reconceptualizing State and Government Succession”, *New York Law School Law Review*, Vol.51, 2006, s. 586.

<sup>5</sup> ÖKTEM Emre, “Turkey: Successor of Continuing State of the Ottoman Empire”, *Leiden Journal of International Law*, No.24, 2011, s.564.

Devletlerin Devlet Malları, Arşivleri ve Borçlarına Ardıl Olma Sözleşmesi” olarak geçmiştir<sup>6</sup>.

Devletler hukuku literatüründe genel eğilim selef devletin her türlü kamu organınca yapılan borçlanmaların “devlet borcu” sınıfına girdiğidir. Bu durumda, devlet borçları kapsamına özellikle yerel yönetimlerin borçları ile kamu iktisadi teşebbüslerinin borçlarını da eklemek gerekecektir. Ancak, uygulamada bu anlam biraz daraltılmıştır. Yalnızca devlet yetkilerini kullanan devlet organlarınca doğrudan yapılan borçlanmaları bu terim kapsamına sokma eğilimi daha ağır basmaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu da, 1983 Viyana Devletlerin Devlet Malları, Arşivleri ve Borçlarına Ardıl Olma Sözleşmesi’ni hazırlarken, ayrı tüzel kişiliğe sahip kamu organlarının borçlarını Sözleşme’nin kapsamı dışında bırakmıştır.

Ukrayna’daki son gelişmelerin, uluslararası hukukta devlet borçlarına ardıl olunması sorununa ne gibi etkileri olduğunu saptayabilmek için öncelikle devlet borcu kavramının ne olduğu ve neleri kapsadığını incelememiz faydalı olacaktır. Çalışmamızda devlet malları ve arşivleri konusunu incelemeyeceğimiz gibi borçlar bakımından da sadece devlet borcu kavramına giren borçları konu edineceğiz.

## A- DEVLET BORCU KAVRAMI:

Borç kelimesi dar anlamda kullanıldığında, genel olarak, sadece bir para borcunu ifade etmektedir. Geniş anlamda düşünüldüğünde ise alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki bağı ifade eder. Bu bağa borç ilişkisi denir. Bu borç ilişkisinin konusunu bir edim oluşturur ki edimin konusu yapmak, yapma-

<sup>6</sup> Devletler hukukunda halefiyet sorunu bugün, devletlerarası ilişkilerin pozitif olarak iyileşmesinden dolayı, halefiyet durumu ile birebir ilişkili devletlerin kendi aralarında yaptıkları antlaşmalar ve müzakereler ile çözümlenen bir konu olsa da burada ana kaynağı 1978 ve 1983 Viyana Halefiyet Sözleşmeleri oluşturmaktadır. Halefiyet çeşitlerinin farklılığı dolayısı ile konu iki farklı sözleşmede ele alınmıştır. Devletlerin antlaşmalara halef olma konusu, 1978 Viyana Devletlerin Antlaşmalara Ardıl Olma Sözleşmesi’nde incelenmiş ve söz konusu Sözleşme, 6 Kasım 1996’da yürürlüğe girmiştir. Devletlerin antlaşmalar dışındaki konulara halefiyeti ise “1983 Viyana Devletlerin Devlet Malları, Arşivleri ve Borçlarına Ardıl Olma Sözleşmesinde ele alınmıştır. 1983 Sözleşmesi henüz yürürlüğe girmemiştir.

mak ve vermektir<sup>7</sup>. Borç ilişkilerini düzenleyen hukuk dalı, borçlar hukuku olarak bilinir. Uluslararası hukukun kendine has nitelikleri nedeniyle bu alandaki borç ilişkileri de bazı özellikler taşır.

Devlet borçları, önceki devletin hem devletler hukuku kişilerine olan borçlarını, hem de özel kişilere olan borçlarını içermektedir. Ancak, özel kişilerin durumu devletlerin halefiyetinden genellikle çok fazla etkilenmemektedir. Bu nedenle devlet borçları teriminin uygulanan devletler hukukunda daha dar anlamda kullanılarak, yalnızca selef devletin öteki devletlere, devletlerarası örgütlere ve başka devletler hukuku kişilerine olan borçları biçiminde anlama eğilimi vardır. 1983 Viyana Devletlerin Devlet Malları, Arşivleri ve Borçlarına Ardıl Olma Sözleşmesi de 6. ve 33. maddelerinde devlet borçlarını yukarıda sınırlanan çerçevede tanımlamıştır.

## 1. Devlet Borçları ve Çeşitleri

### a. Dar Anlamda Devlet Borcu

Literatürde devlet borcu, kamu otoritesi üzerinde bir alacaklıya karşı ifa ile yükümlü olduğu bir borç olarak tanımlanmıştır. Uluslararası Hukuk Derneği (ILA) tanımına göre, devlet borcu, merkezi hükümet tarafından ya da ona bağlı birimler tarafından üstlenilir. Bu borç kalemleri devletin genel bütçesinde görünür. Bazı yazarlar, devlet borcunun sadece merkezi hükümetin hazinesinden talep edilebilmesi üzerinde durmuşlardır. Bu tanıma göre devlet borcunun iki temel unsuru vardır. Merkezi hükümet tarafından alınmıştır ve bu borçtan devlet hazinesinin yükümlülüğü doğmuştur.

1983 Sözleşmesinin 33. maddesindeki tanıma göre uluslararası hukuka uygun olarak bir devlete, uluslararası örgüte ya da uluslararası hukukun bir süjesine karşı herhangi bir finansal yükümlülüğü kapsar. Uluslararası Hukuk Enstitüsünün 2001 tarihli çalışmasında ise bu tanıma iç hukukça tanımlanmış tüm özel ve tüzel kişilere olan borçlar da dahil edilmiştir<sup>8</sup>.

Bunlar, merkezi yönetim dış borçları (kamu idareleri, devlet tahvilleri); diğer kamu kuruluşlarının dış borçları: merkez yönetim dışında kalan mahal-

<sup>7</sup> TERCIER Pierre – PICHONAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 5. Bası, Zürih 2012, s.29.

<sup>8</sup> State Succession in Matters of Property and Debts, 7th Commission Report, session of Vancouver 2001.

li idarelerin borçları, fonlar, kamu bankaları, KİT'ler, diğer finansal olmayan kamu kurumlarının borçları ve Merkez Bankası borçlarıdır.

### **b. Yerelleşmiş Borçlar – Lokal Borçlar**

Bu iki kavram birbirinden oldukça farklıdır. Yerelleşmiş ya da mahalli borç merkezi devletin alt idari yapılanması tarafından, o bölgede kullanılmak üzere alınan borçtur.<sup>9</sup> Prensip olarak bu idari yapılanmanın finansal bir otonomisinin olduğu düşünülür. Bu durumda borcun, öncelikle o idari yapıya ait olacağı kabul edilir. *Res transit cum suo onere* prensibi gereği selef devletin artık bu borçtan yükümlü olmayacağı kabul edilir. Uluslararası Hukuk Derneği yaptığı çalışmada bu borçlardan halef devletin müteselsilen sorumlu tutulmaması gerektiği sonucuna varmıştır. Zira, bu borçlar öncelikle mahalli otoritenin borcudur. Ancak kimi şartlarda, merkezi otorite bu borca garantör olabilir. O zaman sadece garantiler bakımından statüleri devlet borcu niteliğine girebilir<sup>10</sup>.

Lokal borç ise, devletin belli bir bölgesi için, o bölgeye özel borçlanmasıdır. Genelde devlet borcu olarak kabul edilir. Ancak hesaplanmasında diğer devlete geçen projenin bedeli de dikkate alınır. Bu borç devlet, ulusal ölçekte faaliyet gösteren kamu kurumu ya da kamu iktisadi teşebbüsü tarafından belli bir proje ya da belli bir bölgede kullanılmak üzere alınır. Lokalize edilebilen borcun temel özellikleri; belli bir bölgede kullanılmak niyetini taşıması, bu bölgede kullanılması, bu kullanımın o bölgenin fayda ve yararına olması gerekliliğidir. O bölgenin finansal özerkliği, borçlunun hükmi şahsiyeti ve borca karşılık verilen teminatların varlığı da, borcun niteliğinin belirlenmesinde diğer yan faktörler olarak sıralanabilir. Ancak yerelleşmiş borcun sadece o bölgenin fayda ve yararına bir projede kullanılacak olmasının kararlaştırılması yahut o proje finansmanın geri ödemesinin proje

<sup>9</sup> İl özel idaresi, belediyeler, federe devletler, vb.

<sup>10</sup> MENON PK., "The succession of States and the Problem of State Debts", **Boston College Third World Law Journal**, Vol.6. Issue.2, s.114 vd; BASTID - BURDEAU Geneviève, **Monnaie et succession d'Etats dans l'est de l'Europe, in Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est: Succession d'Etats et relations économiques internationales**" (sous la direction de G. Burdeau et B.Stern), Montchrestien 1994; BASTID - BURDEAU Geneviève, **Money and State Succession. Dissolution, Continuation and Succession in Eastern Europe**, (B. Stern, ed.) Kluwer, 1998; BASTID - BURDEAU Geneviève, **Les successions de systèmes monétaires en droit international**, Thèse de doctorat, 1974.

kapsamında belirlenmesi hallerinde, merkezi otoritenin bu borca karşı yükümlülüğü ikincil seviyeye düşebilir. Örneğin, yap işlet devret usulü ile inşa edilen bir baraj, otoyol, köprü, fabrika ya da elektrik üretimi tesisinde bu durum ortaya çıkabilir. Projenin faydasının bölgeye mi yoksa ülkenin bütününe mi has olduğu her projede ayrı ayrı incelenmeye muhtaçtır. Bir bölgedeki projenin, örneğin GAP, tüm ülkeye elektrik vermesi, fayda sağlaması hali ile bölgesel bir demiryolu hattının sadece o bölgeye fayda sağladığı haller birbirlerinden ayrılır. Bölgeye özel projelerden kaynaklanan borçlar genellikle o toprak parçası kimde kalmışsa onun borcu olarak kabul edilir.

### c. Kamu Şirketlerinin Borçları

Bir şirketin kamu hizmeti ifa edip etmediği, o devletin ulusal hukukuna göre belirlenir. Bir kez bu husus belirlendikten sonra şirketin kamu hizmeti gördüğü sonucuna varılmış ise, bu kez o şirketin yönetiminde özerk olup olmadığına bakmak gerekir. Kararlarında, yönetiminin atanmasında devletin idaresinin vesayeti altında olan bir şirketin özerkliğinden bahsedilemez. Genel bütçeden pay alan, finansal özerkliği olmayan ve ulusal ölçekte faaliyet gösteren bu tip şirketlerin borcu devlet borcu olarak kabul edilir. Bu şirketlerin merkezinin nerede olduğu ise borcun niteliğinin belirlenmesinde önem arz etmez.

### d. Nefret Uyandırıcı Fiillere Kaynak Borçlar

Bu borçlar genelde o bölge halkının menfaatlerine aykırı olarak alınmış borçları kapsar. Ülkenin savaşı, iç çatışmaları devam ettirmek amacıyla aldığı borçlar bu kapsamdadır. Genellikle sömürge ya da diktatörlük rejimlerinde alınan ve baskı rejimini finanse eden borçlar, bu kapsama girer<sup>11</sup>. Borç veren bu durumun bilincindedir. Alexander Nahum Sack tarafından tanımlanmıştır. Çarlık Rusya'sının borçlarını ödemeyi reddeden Bolşevikler, Küba'nın İspanya'dan ABD'ye geçişinde de bu prensip uygulanmıştır. Aslında Irak'ın işgalinden evvel de ABD bu kavramı zikretmeden kullanmış ve Irak'a borç veren ülkelerin alacaklarından feragat etmelerini sağlamıştır. Kavram olarak Rafea Correa tarafından Ekvator'da kullanılmıştır. Bağımsız iktisatçılar, sendika temsilcileri ve halk tarafında oluşan bir komisyon devlet borçlarını incelemiş ve bazı borçlar bu prensibe dayanarak reddedilmiştir.

<sup>11</sup> MENON P.K., *op.cit.*, s.117.



18, 19 uncu yüzyıl ile II. Dünya Savaşından sonra imzalanan andlaşmalara ardıl devletler savaş borçlarını devlet borçlarının dışında tutmuşlardır<sup>12</sup>.

Yine bir bağımsızlık hareketini, iç ayaklanmayı bastırmak amacıyla alınan veya kolonizasyonu devam ettirmek amacıyla yapılan borçlanmalar da bu kavramın içindedir.

Ayrıca kavramın içine, Uluslararası Hukukun Temel Prensiplerini ihlal eden, Temel Hak ve Özgürlüklere aykırı, kendi kaderini tayin hakkını bastırmak amaçlı alınan borçlar da girer. Bazı yazarlara göre sonraki devlet bu fiillerin mağduru olmasa bile bu borçları üstlenmeyi reddedebilir<sup>13</sup>.

## 2. 1983 Tarihli Devletlerin Andlaşma Dışı Hak ve Yükümlülüklerle Ardıl Olması Sözleşmesi'nin Devlet Borçlarına Yaklaşımı<sup>14</sup>

Devletler hukukunda halefiyet sorunu bugün, devletlerarası ilişkilerin pozitif olarak iyileşmesinden dolayı, halefiyet durumu ile birebir ilişkili devletlerin, kendi aralarında yaptıkları antlaşmalar ve müzakereler ile çözümlenen bir konu olsa da yazılı hukukta ana kaynağı 1978 ve 1983 Viyana Halefiyet Sözleşmeleri oluşturmaktadır. Halefiyet çeşitlerinin farklılığı dolayısı ile konu iki farklı sözleşmede ele alınmıştır. Devletlerin antlaşmalara halef olma konusunda hazırlanan, 1978 Viyana Devletlerin Antlaşmalara Ardıl Olma Sözleşmesi 6 Kasım 1996'da yürürlüğe girmiştir. Devletlerin antlaşmalar dışındaki konulara halefiyeti ise "1983 Viyana Devletlerin Devlet Malları, Arşivleri ve Borçlarına Ardıl Olma Sözleşmesi"nde ele alınmıştır. 1983 Sözleşmesi henüz yürürlüğe girmemiştir.

Halefiyet durumlarında özellikle devlet mallarının, borçlarının ve arşivlerinin de el değiştirmesi söz konusu olmakta, tüm bunlara ek olarak da selef

12 Bu antlaşmalar Fransa ve Avusturya İmparatorluğu arasındaki 1797 tarihli Campo Formio Antlaşması; Fransa ve Prusya arasındaki 1807 tarihli Tilsit Antlaşması; Danimarka, Prusya, Avusturya arasındaki 1864 Viyana Andlaşması; 1947 Paris Barış Antlaşmasına ek.10'da belirtilen İtalya Antlaşmalarıdır.

13 CHENG Tai-Heng, "Renegotiating the odious debt doctrine", *Duke Law Review*, Vol.70, no.3,s.19 vd.

14 Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts Vienna, 8 April 1978. Bu sözleşmenin bir uluslararası teamül kuralı oluşturduğu şüphelidir. Ukrayna'nın taraf Rusya'nın taraf olmadığı bu sözleşme henüz yürürlükte değildir ve uluslararası hukuk bakımından bir esin kaynağıdır.

devletin vatandaşlarının halef devlet açısından hukukî durumu bir muamma halini almaktadır. Yine, halefiyet ile ortaya çıkan durum, halef devletin iç örgütlenmesini de etkilemektedir. “1983 Viyana Devletlerin Devlet Malları, Arşivleri ve Borçlarına Ardıl Olma Sözleşmesi” tüm bu konulardaki hukukî boşluğu doldurmak amacıyla düzenlenmiştir.

Sözleşme hükümlerince, devletin ülkesinin bir parçası üzerinde yeni bir bağımsız devlet kurulması ile devletin ülkesinin tümü ya da bir parçası elinden çıkarak bir başka devletin ulusal sınırları içine alınması durumları farklıdır.

### **a. Bağımsızlık İlan Eden Devletler Bakımından Borçların Durumu**

Dış işlerinde bir devlete bağlı iken artık bağımsız olan devletin durumudur. Hem 1978 Viyana Devletlerin Antlaşmalarına Ardıl Olma Sözleşmesi hem de 1983 Viyana Devletlerin Devlet Malları, Arşivleri ve Borçlarına Ardıl Olma Sözleşmesi'nin “yeni bağımsız devlet” konusunda “temiz sayfa” teorisini benimsediğini daha önce de belirtmiştik. Bu doğrultuda 1983 Sözleşmesi 38. maddesinde, yeni bağımsız devletler için, önceki devletin borçlarının sonraki devlete geçmeyeceği kabul edilmektedir. Ancak, taraflar kendi özgür iradeleri ile yapacakları bir antlaşmayla, somut durumlarına ilişkin kimi koşulları dikkate alarak sonraki devlet ya da devletlerin birtakım borçları yüklenmelerini öngörebilirler.

Bu anlaşmalarda, yeni devletin ülkesi ile ilişkili olan ve yeni devlete geçen birtakım mallar ve hakların bir tür karşılığı durumunda bulunan borçların sonraki devlete geçmesi kabul edilmektedir. Bu kapsama özellikle yatırımlara ilişkin borçlar girmektedir. Ancak, tarafların özgür iradeleriyle kabul edilmelerine ve yukarıdaki koşulları yerine getirmelerine rağmen, yapılacak antlaşmaların yeni devletin doğal zenginlikleri ve kaynakları üzerindeki sürekli egemenlik hakkını zedelememesi ve temel ekonomik dengelerini tehlikeye sokmaması gerekmektedir. Bu son koşulla, bağımsızlığa kavuşan devletlerin özellikle ekonomik ve siyasal açıdan ağır yükler altına sokulmasının önlenmesi amaçlanmaktadır.

Yakın tarihli bağımsızlık örneklerine baktığımızda, bir dönemin kapanmasına neden olan en çarpıcı örnek SSCB'nin dağılması örneğidir. Ancak bu prosedür esnasında devam eden bir devlet olduğundan, bu devlet borçtan sorumlu tutulmuştur. Ayrılan devletler, SSCB'nin borçlarının paylaşıl-

ması için hem kendi aralarında hem de alacaklılarla müzakerelerde bulunmuşlardır<sup>15</sup>. Bu müzakerelerde Ukrayna ödeme planını kabul etmeyen tek ülke olarak göze çarpmaktadır. Eski Yugoslavya Cumhuriyeti örneğinde ise devam eden devlet ve borcun dağılımı konusu ihtilaflıdır. Aralarında uzun uzadıya tartışan taraflar en sonunda pes ederek, alacaklılardan, borcun ne kadarlık kısmını kimden istiyorlarsa ona göre bir dağıtım planı yapmalarını isteyerek, değişik bir uygulamaya imza atmışlardır<sup>16</sup>. Eski Çekoslovakya örneğinde ise halef devletler selefin aktif ve pasifleri üzerinde anlaştıktan sonra, ödeme planlarını alacaklıların onayına sunmuşlardır. Halef devletlerin ise uluslararası hukuktaki statüsü aynıdır ve aralarında devam eden devlet bulunmamaktadır.

### **b. Devletin Ülkesinin Bir Parçasının Ayrılıp Bir Başka Devlete Katılması Hali**

Doktrindeki bu konuya ilişki teoriler temel iki gruba ayrılmaktadır. Bir grup devlet borçlarının kısmen parçası haline gelinen devlete geçmesi gerektiğini savunurken, diğer bir grup bunu reddeder. Borçların bir bölümünün devrini müdafaa eden yazarlar dört gruptur. Birinci grubu toprağa bağlı borçları onun bölünmez bir parçası olarak görenler oluşturur. İkinci grup elde edilen topraktan bir kar edildiğini, bununla beraber o toprağa ait külfetlerin de birlikte geçişinin gerekli olduğunu savunur. Üçüncü grup, ayrılan toprak parçasından alınan vergileri dikkate alır. Ayrılan bölgeden elde edilen vergiler oranında borç, katılan devlete geçer. Dördüncü ve son grup, hak ve eşitlik ilkesi gereği eskiden parçası olunan devletin borcun bir kısmının katılan devlete geçmesi gerektiğini ileri sürer<sup>17</sup>.

Devlet borçlarının hiçbir şekilde transfer olamayacağı görüşünü savunan yazarlar ise bunun gerekçesi olarak devletlerin mutlak egemenliklerini ve devlet borcunun borçlanan devletin şahsıyla ilintili bir yükümlülüğü olduğunu ileri sürerler.

Uluslararası hukukun bu alandaki uygulamaları farklı ve çelişiktir. Ör-

<sup>15</sup> WILLIAM Paul – HARRIS Jennifer, “State Succession to Debts and Assets: The Modern Law and Policy”, **Harvard Uluslararası Hukuk Dergisi**, Vol. 42, No.2, 2001, s.366 vd.

<sup>16</sup> *Ibid*, s.383; STANIC Ana, “Financial Aspects of State Succession: The Case of Yugoslavia”, **European Journal of International Law**, Vol.12, No.4, 2001, s. 758 vd.

<sup>17</sup> MENON P.K., *op.cit.*, p.124.

neğin 1860 Sardinya Prensiği ile Fransa arasındaki Konvansiyonda Fransa Savoy ve Nice karşılığında Sardinya'nın borcunun bir kısmını üstlenmiştir. 1881'de Yunanistan, Selanik'in topraklarına katılması nedeniyle Osmanlı borçlarının bir kısmını üstlenmiştir. Buna karşılık 1840 senesinde, Texas'ın ABD'ye katılmasında, ABD herhangi bir borcu üstlenmeyi reddetmiş ve uluslararası hukukun böyle bir kuralının olmadığını ileri sürmüştür. Şili, 1883 Ancon Andlaşmasıyla Peru'dan kopan ve kendisine katılan Tarapaca bölgesi nedeniyle Peru'nun borçlarından bir kısmını ödemeyi reddetmiştir. 1905 senesinde Japonya, Sahalin adasının güney bölgesi karşılığı Rusya'nın devlet borçlarının bir kısmını üstlenmeyi reddetmiştir.

1983 Viyana Devletlerin Devlet Malları, Arşivleri ve Borçlarına Ardl Olma Sözleşmesi'nin 37. maddesi "bir toprak parçasının el değiştirmesi" ile ortaya çıkan halefiyet halinde devlet borçlarının paylaşımını incelemiştir. Böyle bir halefiyet durumunda Sözleşme, selef devlet ile halef devlet arasında borçların bir antlaşma ile düzenlenmesini öngörmektedir. Ancak eğer taraflar böyle bir antlaşmaya varamıyorsa, Sözleşme, selefin borçlarının halefe hakça oranda geçmesini kabul etmektedir. Sözleşme bu maddesinde, genel nitelikli borçlarla yerel kaynaklı borçlar arasında açık bir ayrıma gitmemektedir. Bununla birlikte, hakça oranda borçların bölüştürülmesinin kabul edilmesinden sonraki devlete geçen "mallar, haklar ve çıkarların" bu oranın saptanmasında göz önünde tutulmasını öngörmüştür. Böylece yerel kaynaklı borçların el değiştiren ülkeye bağlı oldukları oranda sonraki devlete geçeceği de kabul edilmiş olmaktadır.

Selef devletin borçlu olmaktan çıktığı haller alacaklılar bakımından rahatsız edici bir durum ortaya çıkarabilmektedir. Zira selef devlet ekonomik bakımdan güçlü bir devletken katılınan devlet daha güçsüz olabilir. Alacaklılar da borçların tahsili bakımından endişe duymaya başlayabilirler. Ayrıca, diplomatik açıdan uluslararası hukuk bakımından ilişkilerin daha sıkı olduğu bir devletten, problemlili ilişkiler bulunan bir devlete karşı alacaklı duruma geçiş söz konusu olabilir. Dolayısıyla, borçlunun değişmesi alacaklı bakımından dezavantajlı bir durum oluşturabilir. Bu nedenle genellikle iç hukuklar bu halef-selef ilişkisinde, yani borcun naklinde alacaklının rızasını aramaktadır. 1983 Viyana Sözleşmesi ise bu prensibi öngörmemiş, ancak 36. maddede halefiyetin alacaklının hak ve yükümlülüklerinde bir etki doğurmayacağını belirtmekle yetinmiştir.

Aynı konvansiyonun 37. maddesi ise bir devletin ülkesinden ayrılarak bir diğerine katılım olduğunda transfer olunacak borcun miktarının taraflar arasında bir anlaşmayla belirleneceği söylenmiştir. Ancak böyle bir anlaşma olmaması halinde borcun adil bir miktarının katılan devlete geçeceği öngörülmüştür. Bu oranın belirlenmesinde ise o topraklardaki gayrimenkuller, hak ve menfaatlerin dikkate alınacağını öngörmüştür.

2001 senesinde ise Uluslararası Hukuk Enstitüsü, SSCB'nin dağılması, Yugoslavya, Çekoslovakya ve Almanya'nın birleşmesi ile devlet borçlarına ardıl olunması alanında edinilen birikimi bir raporda toplamıştır<sup>18</sup>.

## B- UKRAYNA SOMUT ÖRNEĞİ

Ukrayna'da yaşananları daha kolay anlayabilmek için aşağıdaki bazı somut verileri incelememiz gerekmektedir. Ukrayna krizinin patladığı dönemde Ukrayna'nın dış borcu 142 milyar dolar civarındadır. Rusya'nın dış borcu ise 730 milyar dolar civarlarındadır. Ukrayna ekonomik olarak Rusya'ya, Rus ekonomisi ise Avrupa Birliği ve ABD'ye bağımlı haldedir<sup>19</sup>. Ukrayna petrolünün çoğunu Rusya'dan almaktadır. Kırım'ın ise su sıkıntısı vardır ve bu bakımdan Ukrayna'ya bağımlıdır. Ukrayna ekonomisi Rusya'ya bağımlı denilebilir. Rusya'dan aldığı hammaddeler, özellikle doğal gaz ve Rus pazarının Ukrayna şirketlerine açık olması bu bağımlılığın temelini oluşturmaktadır.

Ukrayna AB'ye ulaştırılan doğal gaz boru hattında köprü durumundadır. Rusya, Ukrayna'nın Batı ile yakınlaşmasına cevaz vermemekte, Ukrayna'nın NATO'ya katılması halinde Doğu Ukrayna ve Kırım'ı ülkesine katacağını açıkça belirtmektedir. Ukrayna – Rusya arasındaki en önemli anlaşma 17 Aralık 2013 tarihli Ukrayna – Rusya Hareket Planıdır. Bu anlaşmaya göre Rusya Ukrayna'nın 15 milyarlık Eurobondunu satın almayı ve Ukrayna'ya ihraç ettiği doğal gazın fiyatını neredeyse üçte bire indirmeyi kabul etmiştir. 15 milyarlık borcun faizi için her 3 ayda bir taraflar anlaşacaklardır. Ukrayna'da yaşayan 8 milyon Rus etnik kökenli vatandaş, Rusya'nın eline bir başka kuvvetli kart vermektedir.

<sup>18</sup> State Succession in Matters of Property and Debts, 7th Commission Report, session of Vancouver 2001.

<sup>19</sup> AB-Rusya ticaret hacmi 267,5 milyar dolar civarında, ABD- Rusya ticaret hacmi ise 19 milyar dolar civarındadır.

Son dönemde, Ukrayna ile AB arasında müzakere edilen Serbest Ticaret Anlaşması, Rusya'nın büyük tepkisini uyandırmıştır. Rusya'nın bu tepkisini nedeni Kiev ile Moskova arasındaki serbest ticaret rejimidir. Ukrayna'dan Rus pazarına AB mallarının gümrüksüz girmesi olasılığı Rusya'nın ekonomik çıkarlarına doğrudan zarar verecek bir gelişmedir. Ukrayna ile AB arasındaki bu yakınlaşma Rusya'nın Ukrayna'ya ekonomik tedbirler uygulamasına neden olmuştur.

### 1. Kırım'ın Rusya'ya İltihakı

Yukarıda kısaca özetlenen şartlar altında patlak veren krizde, Kırım Parlamentosu 6 Mart 2014 tarihinde halk oylamasında kabul edilmesi halinde Rusya'ya katılma kararı almıştır. Bu karardan 10 gün sonra yapılan referandumda halkın %97'si Rusya'ya katılma yönünde oy kullanmıştır. Rusya ise bu oylamadan iki gün sonra Kırım'ın Rusya'ya katılmasının kabulüne dair kanunu onamıştır.

Öncelikle Ukrayna'nın Kırım'da yapılan referandumu ve Rusya'ya katılmasını tanımadığını vurgulamak gerekir. Ancak ortada *de facto* bir durum mevcuttur. BM Güvenlik Konseyinin karar alamadığı ve Ukrayna'nın Rusya'ya ekonomik olarak bağımlılığı düşünüldüğünde Ukrayna'nın Rusya'ya karşı etkin bir yaptırım uygulaması imkân dahilinde gözükmemektedir. Rusya'ya etkin yaptırım uygulayacak uluslararası güçler Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri'dir. Fakat bu durumda zaten ekonomik bakımdan çok da iç açıcı durumda olmayan batı ekonomilerinin daha da zor duruma sürüklenme riski bulunmaktadır.

Daha önce de izah etmeye çalıştığımız üzere, bir devletten koparak bir başka devletin parçası haline gelen bölgeler nedeniyle devlet borçlarının akıbetinin ne olacağı konusunda, uluslararası hukukun kalıplaşmış bir kuralı bulunmamaktadır. Bununla beraber geçmişteki uygulamalar ışığında aşağıdaki değerlendirmeleri yapmak mümkün gözükmektedir.

#### a. Devletlere Olan Finansal Yükümlülükler

Kırım'ın Rusya'ya katılmasının hukuken kabul edilmesi halinde devlet borçlarında kilit nokta Ukrayna – Rusya arasındadır. Bu temelde ortaya konacak çözüm şekli diğer ülkelerle olan ilişkileri de etkileyecektir. Rusya ile Ukrayna'nın anlaşması halinde Ukrayna'nın 3. Dünya devletlerine olan dış

borçlarının bir kısmı artık Rusya'ya geçecektir. Bu borçların paylaşımı konusunda alacaklılar ile Rusya arasında bir anlaşmaya varılması gerekecektir. Dolayısıyla Ukrayna'nın devlet borçlarının bir kısmı Rusya'ya geçecektir. Normal şartlarda Ukrayna – Rusya arasında takas mahsup yapılabileceği düşünülebilir. Ancak 17 Aralık 2013 Rusya Ukrayna Hareket Planı Anlaşmasında alacak – borç takasına engel bir madde bulunduğundan, bu takas, tarafların özel olarak anlaşmaması halinde mümkün gözükmemektedir.

Ukrayna ekonomik istikrarını Rusya ile yaptığı anlaşmalarla sağlamak peşindedir. 17 Aralık 2013 tarihli bir anlaşmaya göre Ukrayna Kırım'daki Sivastapol askeri üssünü 2042'ye kadar Rusya'ya kiralanmıştır. Bu anlaşmanın şartlarından birisi Rusya'nın Ukrayna'dan 15 milyarlık Eurobond almayı kabul etmesidir. Halihazırda Ukrayna'nın Rusya'ya 10-11 milyar dolar civarında borcu bulunduğu düşünülürse, Eurobondlarla elde edilen borç Ukrayna için ciddi bir ekonomik kaynaktır. Her ne kadar Rusya bu tahvilleri sirküle etmeyeceğine ve İrlanda Borsasında, %5 faizle tutacağına söz vermiş olsa da, Rusya borcun geri ödemesini her an talep edebilme hakkını elinde tutuyor. Bu durumun Ukrayna ekonomisi için ciddi bir darboğazın oluşmasına neden olacağı tartışmalıdır.

Bu anlaşmanın Ukrayna için avantajlı kısmı ise Rusya'dan alınan doğal gazın fiyatında neredeyse 1/3'lük bir indirimle gidilmesi idi. Doğal gazdaki bu indirim her çeyrekte tekrar taraflarca müzakere edilerek, karara bağlanmaktaydı. Şimdi Sivastapol Rusya topraklarında olduğuna göre artık aralarında yaptıkları sözleşmenin konusu ortadan kalkacağından Rusya Ukrayna'ya karşı olan bu borcundan kurtulmuş olacak ve Ukrayna'nın kira alacağı ortadan kalkacaktır.

Ukrayna için tüm bu olumsuz ekonomik şartlara ilave olarak Rusya'nın, Ukrayna'dan gelen mallara karşı 2013 Ağustosundan beri uyguladığı gümrük kısıtlamalarını tekrar uygulamaya koyabileceği belirtilmektedir.

Rusya'nın Ukrayna ekonomisine hibe edeceği bu borçlar karşılığında, Kırım'ın Rusya'ya katılmasının kabulünü isteyebileceği bir ortam oluşmuştur.

Ayrıca, Kırım'ın artık Rusya'nın ülke topraklarına dahil olduğu düşünülürse, Kırım, Ukrayna'nın taraf olduğu sözleşmelerin tarafı değil, Rusya'nın taraf olduğu sözleşmelerin tarafı olacak; bir taraftaki sorumluluklarından kurtulurken diğer tarafın borçlarından sorumlu olacaktır.

### **b. Yerelleşmiş Borçlar – Lokal Borçlar**

Kırım'da kullanılmak üzere, mahalli idareler tarafından alınan borçlar Ukrayna'nın devlet borcuna dahil edilmeyecektir. Bu borç Kırım'ın borcudur ve *res transit cum suo onere* prensibi gereği selef devletin artık bu borçtan yükümlü olmayacağı kabul edilir. Ancak bu borçlar için Ukrayna devletin garantisinin olduğu düşünülürse bu garanti devam edecek, o zaman da tam tersi bir sonuca varılabilecektir.

Lokalize edilebilen borçlar bakımından ise, Kırım bölgesindeki projelere bakmamız gerekir. Bu borçlar genelde devlet borcu olarak kabul edilir. Ancak hesaplanmasında diğer devlete geçen projenin bedeli de dikkate alınır. Dolayısıyla projelerin değeri borçtan düşülecektir. Lokalize edilebilen borcun Ukrayna devlet borçlarına dahil edilip edilmeyeceğini belirlemek için; borcun sadece Kırım'da kullanılmak niyetiyle alınması, burada kullanılmış olması bu amacı taşınması, ve bundan sadece Kırım'ın fayda ve yarar sağlaması gerekir. Yukarıda belirttiğimiz üzere Kırım bölgesinin finansal özerkliği, borçlunun hükmi şahsiyeti ve borca karşılık verilen teminatların varlığı da diğer yan faktörler olarak devreye gireceklerdir.

### **c. Kırım Kamu Şirketlerinin Borçları**

Bu alanda kesin ve genel bir sonuca varmak mümkün değildir. Her bir kamu şirketi<sup>20</sup> ve borçları teker teker incelenmeye muhtaçtır. Ancak prensip olarak, Kırım'da kamu hizmeti ifa edip, yönetiminde özerk olmayan Ukrayna genel bütçesinden pay alan şirketlerin borçları devlet borcudur. Bu durumda Ukrayna ile Rusya arasında imzalanması muhtemel devlet borçları anlaşmasında hesaba katılacaktır. Ancak Kırım belediyesi otobüs işletmeleri belediyeye bağlıysa, aldığı otobüslerin parası mahalli idare tarafından üstlenilmişse o zaman bu borç Kırım ile beraber Rusya'ya geçecektir. Bu borçlara Ukrayna'nın garantör olması durumundaysa, bu garantörlük devam edecek ya da alacaklılarla anlaşılması halinde Rusya bu garantörlüğü üstlenecektir. Buradaki garantörlük ikincil niteliktedir. Ancak mahalli idarenin borcunu ödememesi halinde devreye sokulacağından kesinleşmiş devlet borcu olarak dikkate alınması doğru olmayacaktır.

<sup>20</sup> Avrupa Kamu Teşebbüsleri Merkezi (CEEP) KİT'i; mal ve hizmet üretmek üzere kurulmuş olan, mali olanaklarının yarısından fazlası merkezi veya yerel kamu idareleri tarafından sağlanan veya işletme sonuçlarından bu idarelerin sorumlu bulunduğu ve bunlar tarafından denetlenen girişimler olarak tanımlanmaktadır.



### **d. Nefret Uyandırıcı Fiillere Kaynak Borçlar Sorunu**

Rusya, Ukrayna'nın iç çatışmaları devam ettirmek ya da bastırmak amacıyla aldığı borçların devlet borcu kalemleri içinden çıkartılmasını talep edebilir. Yine bu kavramın içine, Uluslararası Hukukun Temel Prensiplerini ihlal eden, Temel Hak ve Özgürlüklere aykırı, kendi kaderini tayin hakkını bastırmak amaçlı alınan borçlar da girer. Bazı yazarlar, sonraki devletin bu fiillerin mağduru olmasa bile bu borçları üstlenmeyi reddedeceği görüşündedir.

Uluslararası örgütler bakımından Kırım artık Rusya'nın üye olduğu uluslararası örgütlere üyedir. Onun aidatlarını ödeyecektir. Uluslararası hukukun diğer sùjeleri bakımından ise, prensipte 3. kişilere olan borçlar ve alacaklar bölünme ve parçalanmalardan etkilenmemelidir. Bu kişilerin alacakları yeni kurulan hukuk düzeni tarafından tanınmalı ve garanti altına alınmalıdır. Uluslararası Hukuk Enstitüsü bu kişilerin devlet borçları ile ilgili müzakere görüşmelerine katılmalarını şart koşmuştur. Böylece ellerindeki bilgi ve belgeleri taraflara sunmalıdırlar. Bu kişilerin müktesep hakları da ayrıca korunmalıdır.

### **2. Bağımsızlığını İlan Etme Çabasında Olan Doğu Ukrayna Bakımından**

Bu bağımsızlık deklarasyonu karşısında uluslararası hukuk camiasının alacağı pozisyon henüz belli değildir. Rusya tansiyonu düşürmek amacıyla Donetsk, Luhansk, Karkiv'de bağımsızlık için yapılan referandumun ertelenmesini istemişse de 11 Mayıs 2014 tarihinde bu referandum yapılmış ve bilindiği üzere bağımsızlık lehine karar çıkmıştır. Ukrayna, Kırım referandumunda olduğu gibi bu referandumu tanımadığını açıklamıştır. Kırım'dan farklı olarak Rusya bu bölgenin katılımına dair bir kanun çıkarmamıştır. Ancak daha önce Rusya yaptığı açıklamalarda Ukrayna'nın NATO'ya katılması halinde Doğu Ukrayna ve Kırım'ı ülkesine katacağını açıkça belirtmiştir.

Bu bölgenin bağımsız bir devlet olarak kabul edildiğini farz edersek bu durumda bu yeni devlet hem 1978 Viyana Devletlerin Antlaşmalarına Ardıl Olma Sözleşmesi hem de 1983 Viyana Devletlerin Devlet Malları, Arşivleri ve Borçlarına Ardıl Olma Sözleşmesi'nde benimsenen "temiz sayfa" teorisini ileri sürecektir. 1983 Sözleşmesi 38. maddesinde, yeni bağımsız devlet durumunda, önceki devletin borçlarının sonraki devlete geçmeyeceğini

kabul etmektedir. Ancak, taraflar kendi özgür iradeleri ile yapacakları bir antlaşma aracılığıyla somut durumlarına ilişkin kimi koşulları dikkate alarak sonraki devlet ya da devletlerin birtakım borçları yüklenmelerini öngörebileceklerdir.

Bir devletten ayrılmalar olarak yeni devletlerin kurulması durumunda, taraflar başka türlü anlaşmamışlarsa, önceki devletlerin borçlarının önceki devlet ile yeni devlet ya da devletler arasında hakça oranda paylaşılması gerekmektedir. Bu hakça paylaşımında özellikle yeni devletlere geçen mallar, haklar ve çıkarların hesaba katılması gerekecektir. Bu hakça oran arayışı aracılığıyla yine yerel nitelikli borçların da sonraki devletlere geçmesi kabul edilmiş olmaktadır.

Örneğin SSCB'nin dağılması nedeniyle halefiyet konularında en önemli sorunlar devlet malları, borçları ve arşivleri ile ilgili olmuştur. Daha dağılma süreci tamamlanmadan 1991 sonlarında yedi büyük devletten oluşan alacaklı grubu Birlik Cumhuriyetlerinin temsilcileri ile Moskova'da bir araya gelerek, SSCB'nin dış borçlarının söz konusu Cumhuriyetlerce de garanti edilmesine çalışmıştır. Alacaklılar taleplerini, yürürlüğe girmemiş olan 8.4.1983 tarihli Viyana Devletlerin Devlet Malları, Arşivleri ve Borçlarına Ardıl Olması Sözleşmesi'ne dayandırmaya çalışmıştır. Söz konusu Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca, bir devletin tamamen parçalanması ve yeni devletlerin meydana gelmesi durumunda, eğer taraflar başka türlü anlaşmamışlarsa, önceki devletin borçlarının yeni devletler arasında hakça oranda paylaşılması öngörülmektedir. Moskova görüşmeleri sonucunda, SSCB'nin borçlarından dolayı müteselsil sorumluluğu öngören iki belge, 28 Ekim 1991 tarihli Memorandum ve 24 Kasım 1991 tarihli Protokol, imzalanmıştır.

## SONUÇ

Milletlerarası ilişkilerde her sınır değişikliği, bu toplumun üyeleri tarafından endişeyle karşılanmaktadır. Devletlerarası ilişkilerdeki istikrarın korunması hakkındaki endişeler devletler olduğu kadar yabancı sermaye yatırımcılar tarafından da dillendirilmektedir. Esasen her halefiyet olayı birbirinden tamamen farklıdır ve bu şekilde değerlendirilmelidir. Öyle ki, her biri farklı olaylarda ortaya çıkan sorunların çözümü tamamen tesadüfî şartlara bağlı olabilmektedir. Bu koşullar altında, diğer devletlerin tavrı ve pozisyonu ile devletlerarası örgütlerin tavrı büyük önem kazanmaktadır.

Kırım krizinde yaşananların izahı da Rusya, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri arasındaki denklemdeki çıkar dengelerinin gözetilmesi ile anlaşılabilir. Rusya, kendi arka bahçesi olarak gördüğü, önemli bir deniz üssü konumundaki Kırım'ı gittikçe Avrupa Birliği ve Amerika ek-senine kayan bir Ukrayna'ya bırakmayacağını sinyallerini açıkça vermiştir. Güç dengelerini yanlış okuyan uluslararası aktörler bugünkü gelişmeleri beklememişlerdir. Şimdi ise iktisadi olarak birincil alacaklı pozisyonuna geçen Rusya, Ukrayna ekonomisini ipotek altına almış, Ukrayna'da yaşayan 8 milyon Rus kökenli vatandaşını mobilize etmiş, Avrupa ve Amerika'nın bir oldu bittiye vereceği tepkiyi doğru hesaplayarak Kırım'ı topraklarına katmıştır.

Elbette bu gelişmelerde devlet borçlarına halef olunması sorunu da ortaya çıkmış, ancak Rusya'nın üstün menfaatleri karşısında bu sorun ikinci planda kalmıştır. Ekonomik açıdan, Rusya'nın siyasi olarak asla kabul edemeyeceği maliyet, Kırım krizindeki ekonomik maliyeti gölgede bırakmıştır. Bununla beraber, milletlerarası hukuk için devlet borçlarına ardıl olunması konusunda bir pratik daha ortaya çıkmıştır.

**KAYNAKÇA**

- BASTID - BURDEAU Geneviève, **Les successions de systèmes monétaires en droit international**, Thèse de doctorat, 1974.
- BASTID - BURDEAU Geneviève, **Money and State Succession. Dissolution, Continuation and Succession in Eastern Europe**, (B. Stern, ed.) Kluwer, 1998.
- BASTID - BURDEAU Geneviève, **Monnaie et succession d'Etats dans l'est de l'Europe, in Dissolution, continuation et succession en Europe de l'Est: Succession d'Etats et relations économiques internationales**" (sous la direction de G. Burdeau et B.Stern), Montchrestien 1994.
- BOWMAN W. Gregory, "Seeing the forest and the trees: Reconceptualizing State and Government Succession", *New York Law School Law Review*, Vol.51, 2006, s. 581 - 592.
- CHENG Tai-Heng, "Renegotiating the odious debt doctrine", *Duke Law Review*, Vol.70, no.3,s.7 – 32.
- MENON P.K., "The succession of States and the Problem of State Debts", **Boston College Third World Law Journal**, Vol.6. Issue.2, s.111-141.
- ÖKTEM Emre, "Turkey: Successor of Continuing State of the Ottoman Empire", **Leiden Journal of International Law**, No.24, 2011, s.561 – 583.
- STANIC Ana, "Financial Aspects of State Succession: The Case of Yugoslavia", **European Journal of International Law**, Vol.12, No.4, 2001, s. 751 – 779.
- State Succession in Matters of Property and Debts, 7th Commission Report, session of Vancouver 2001.
- State Succession in Matters of Property and Debts, 7th Commission Report, Vancouver 2001.
- TERCIER Pierre – PICHONAZ Pascal, **Le droit des obligations**, 5. Bası, Zürich 2012.
- Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts Vienna, 8 April 1983.
- WILLIAM Paul – HARRIS Jennifer, "State Succession to Debts and Assets: The Modern Law and Policy", **Harvard Uluslararası Hukuk Dergisi**, Vol. 42, No.2, 2001, s. 355 – 419.

# Seçme, Seçilme ve Serbest Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı Bakımından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme

---

Ar. Gör. U. Ceren MENSİZ\*

**Özet:** Seçme, seçilme ve serbest siyasi faaliyette bulunma hakkı siyasal demokrasinin gerçekleştirilmesi için varlığı zorunlu şartlardan biri olup hem İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde hem de Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde güvence altına alınmıştır. 2010 yılındaki anayasa değişikliği ile bireysel başvuru mekanizması hukukumuzda girmiştir. Bu mekanizmanın kabul edilme amaçlarından biri Türkiye aleyhine İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önüne getirilen dosya sayısını azaltmaktır. Bu sebeple seçme, seçilme ve serbest siyasi faaliyette bulunma hakkı bakımından bireysel başvurunun amaçlandığı doğrultuda işlev görüp görmediğini incelemek bir gerekliliktir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 67. maddesinde düzenlenen seçme, seçilme ve serbest siyasi faaliyette bulunma hakkına ilişkin sayıca çok fazla olmasa da hakkın farklı boyutlarına ilişkin bireysel başvuru kararları vermiştir. Bu çalışmada bireysel başvuru aşamasında gündeme gelebilecek İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa'daki hakka ilişkin düzenlemeler arasındaki uyum sorunları ortaya çıkarılmaya çalışılmış, Anayasa Mahkemesinin çalışmanın yapıldığı tarihe kadarki süreçte vermiş olduğu bireysel başvuru kararlarında hakkın korunmasına ilişkin yaklaşımı değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Seçme hakkı, seçilme hakkı, serbest siyasi faaliyette bulunma hakkı, serbest seçim hakkı, bireysel başvuru.

---

\* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

## A Review within the Scope of Individual Application to the Constitutional Court in Terms of Right to Vote, to Be Elected and to Engage in Political Activity

**Abstract:** Right to vote, to be elected and engage in political activity is one of the conditions *sine qua non* to put political democracy into practice and it is guaranteed under both European Convention of Human Rights and the Constitution. Individual application mechanism was introduced to our law within the constitutional amendment in 2010. One of the objectives of adoption of this mechanism is to reduce the number of cases against Turkey before the European Court of Human Rights. Therefore, it is necessary to review whether individual application mechanism functions in accordance with that objective. Constitutional Court has awarded judgments on individual applications that are not so many in number but related to divergent aspects of the right to vote, to be elected and to engage in political activity guaranteed under the article 67 of the Constitution. In this study, it is aimed to reveal the probable compliance problems between the regulations of European Convention of Human Rights and the Constitution, and also it is reviewed the approach of the Constitution Court to protection of these rights mentioned in terms of its judgments in individual applications that are awarded by the time this study was done.

**Keywords:** right to vote, right to be elected, right to engage in political activity, right to free elections, individual application.

### Giriş

Seçme, seçilme ve serbest siyasi faaliyette bulunma hakkı, siyasi demokrasiyi hayata geçirmek için hem İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)'nde hem de Anayasa'nın farklı maddelerinde düzenlenmiştir. Seçimler ve siyasi haklar, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devlet ilkesinin vazgeçilmez unsurlarındandır.<sup>1</sup> İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) de, serbest seçim hakkını, Avrupa kamu düzeninin temel unsuru olan demokrasinin en önemli ilkelerinden biri olarak kabul etmektedir. İHAM, siyasi hakların, hukukun üstünlüğüne dayanan etkili ve

---

<sup>1</sup> E. 2002/38, K. 2002/89, K.T. 8.10.2002, R.G. Tarih-Sayı:26.12.2002/24975.

anamlı bir demokrasinin temellerinin kurulması ve sürdürülmesi için hayati önemde olduğunu belirtmiştir.<sup>2</sup>

İHAS, bu hakkı serbest seçim hakkı olarak İHAS'a Ek 1 No'lu Protokol'de düzenlemiştir. Sözleşmenin ana metninin yazımı sırasında bu hakkın içeriği yönünde anlaşmaya varılamamış olması konunun Ek Protokol'de düzenlenmesine neden olmuştur.<sup>3</sup> 1 No'lu Ek Protokol'ün "serbest seçim hakkı" başlıklı 3. maddesine göre; "Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler."

Maddede demokrasinin gereği olarak yasama organının seçimle oluşması, bu seçimin halkın kanaatlerinin özgürce yansımalarını sağlayacak türden bir seçim olması, seçimlerin belirli aralıklarla, gizli oy ve serbest seçim ilkelerine göre yapılması gerekliliklerine yer verilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi maddedeki "yasama organının seçilmesi" ifadesini salt ulusal parlamentolarla sınırlı tutmamış, seçmenler üzerinde etki doğuran kararlar alan yerel veya Avrupa Birliği Parlamentosu gibi ulusalüstü meclislerin seçimine de genişletmiştir.<sup>4</sup> Ancak Protokol'ün 3. maddesinin kapsamı, yeterli yasama yetkisine sahip olmayan yerel yönetim seçimlerini içerecek kadar geniş değildir.<sup>5</sup> Yine, yasama organının ve niteliğinin belirlenmesinde önemli bir yere sahip olsa da halkoylamaları da bu sebeple kapsam dışıdır.<sup>6</sup> Bu maddede düzenlenen gereklilikler demokratik rejime sahip her ülkede ulusal anayasal ya da yasal düzenlemelerin de konusunu oluşturmuştur.

<sup>2</sup> *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, Appl. No. 9267/81, 2.3.1987, para 47; *Danoka v. Letonya* (Grand Chamber), Appl. No. 58278/00, 16.3.2006, para 103; *Yumak and Sadak v. Turkey* (Grand Chamber), Appl. No. 10226/03, 8.7.2008, para 105.

<sup>3</sup> Olgun Akbulut, "Serbest Seçim Hakkı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Ed. Sibel İnceoğlu), İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s. 543.

<sup>4</sup> *Matthews v. UK* (Grand Chamber), Appl. No. 24833/94, 18.02.1999. para 31-35, 38-42. Bu kararda, Birleşik Krallık'ın deniz dışı toprağı olan Cebelitarık'ta ikamet eden başvuru sahibinin Cebelitarık'ta Avrupa Parlamentosu için seçimlerin yapılmamasını bu hak kapsamında değerlendirmiş ve başvuru sahibini haklı bulmuştur.

<sup>5</sup> *Gorizdra v. Georgia*, App. No. 53180/99, 2.7.2002.

<sup>6</sup> *Nurminen and others v. Finland*, App. No. 27881/95, 26.2.1997.

İHAS'a Ek 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesindeki düzenlemenin bir hak mı olduğu tartışılmıştır. Tartışmanın sebebi madde başlığında bir "hak"tan bahsedilmiş olmasına rağmen, içerik olarak maddenin "hak"tan değil, daha ziyade seçimlerin serbestliğine dair taraf devletlerin sorumluluklarından bahsediyor olmasıdır.<sup>7</sup> İHAM madde üzerinde verdiği ilk kararda, hak olarak düzenlenmemiş olsa idi bu maddeye dayanılarak bireysel başvuru da yapılamayacağını belirtmiştir.<sup>8</sup> Mahkeme, bu maddede düzenlenen hakkın Sözleşme'nin başlangıcında yer alan siyasi demokrasiyi hayata geçirme hedefi ile doğrudan bağlantılı olduğunu, ayrıca Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında da hak düzenlemesinin yer aldığını ifade etmiştir. Daha sonraki kararlarında da seçme ve seçilme hakkına getirilen sınırlamaları tek tek incelemekte ve ihlal niteliğinde olup olmadıklarını tespit etmektedir. Bu tarz bir maddi inceleme, ancak bir hak düzenlemesi için yapılabilir.<sup>9</sup>

Anayasamız bakımından hakka ilişkin düzenlemeler ayrı maddelerde yer almaktadır. Seçimler 67. maddede "Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddede, seçme, seçilme, siyasi faaliyette bulunma hakkı ve halkoylamasına katılma hakkı, seçimlerin serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılacağı kuralı, yurt dışında bulunan vatandaşların oy hakkının tanınması, seçme yaşı, seçme hakkını kullanamayacak olanlar, seçim sistemine dair ilkeler düzenlenmiştir. Ek olarak, Anayasa'nın 76. maddesinde öngörülen milletvekili seçilebilme yeterlilikleri ve seçilme yasakları ile yine 77. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen seçimlerin dört yılda bir yapılacağı kuralı serbest seçim hakkı konusunun içinde yer alan düzenlemelerdir. Anayasa m. 127/3'te mahalli idarelerin seçimlerinin de 67. madde esaslarına göre beş yılda bir yapılacağı ve beş yıl kuralının istisnası belirtilmektedir. Seçme ve seçilme hakkına dair bu düzenlemeler Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devlet ilkesi ile bağlantılıdır.

<sup>7</sup> D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, **Law of the European Convention on Human Rights**, New York: Oxford University Press, 2009, s. 711. Sözleşme'deki hakkın ortaya çıkış süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tolga Şirin, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Serbest Seçim Hakkı", **MÜHF-HAD**, C.17, S.1-2, ss. 289-291.

<sup>8</sup> *Mathieu-Mohin Clerfayt v. Belgium*, para 48-52.

<sup>9</sup> Komisyon dönemine ait *A.D.Q. v. Belgium* kararında, bu maddenin bireylerce ileri sürülebilecek bir hak öngörmediği kabul edilmiştir. (*A.D.Q. v. Belgium*, App. No. 1023/61, 18.9.1961).



Bu düzenlemeler bütün olarak ele alındığında içerik itibarıyla karşılığı olan 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesinden daha geniştir. Ancak Anayasa'da yer alan düzenlemelerin hemen hemen tümü İHAM içtihatları ile koruma altına alınmıştır.

İHAM, Sözleşmede yer alan “yasama organı” ifadesinin sadece ulusal meclisi kapsamadığını, ilgili devletlerin anayasal sistemi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederken Anayasa Mahkemesi, seçme ve seçilme hakkına dair düzenlemeleri kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının yönetim, disiplin ve denetim kurullarında yapılacak seçimlere de genişletmiştir.<sup>10</sup> Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin bu genişletici yorumu önüne norm denetimi yoluyla gelen davada yapmış olduğunun altını çizmek gerekir. Zira çalışmanın bir sonraki bölümünde görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında genişletici yorumu tercih etmemiş, Sözleşme'deki düzenleme ile sınırlı kalmıştır.

İki bölümden oluşan bu çalışmanın ilk bölümünde, İHAS'a Ek 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesinde düzenlenen serbest seçim hakkı karşısında, Anayasa'nın 67. maddesinde düzenlenen seçme, seçilme ve serbest siyasi faaliyette bulunma hakkının sınırlarının düzenlenişi bakımından henüz bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmeyen ama ileride gündeme gelmesi muhtemel sorunlar ortaya konulmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde ise, Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bireysel başvurulara ilişkin verdiği kararlar değerlendirilmiştir. Bu çalışmanın yapıldığı tarihe kadar ki süreçte, Yüksek Mahkeme seçme, seçilme ve serbest siyasi faaliyette bulunma hakkına ilişkin olarak, hakkın norm alanı dışındaki başvurular, seçim barajına ilişkin başvuru, tutuklu milletvekillerinin siyasi faaliyette bulunma hakkına ilişkin başvurular ile Yüksek Seçim Kurulu'nun verdiği karara karşı yapılan başvuru hakkında karar verdiğinden ikinci bölümde bu başvurular ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

## **I. Seçme, Seçilme ve Serbest Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkının Sınırlandırılması Bakımından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Anayasa Arasındaki Uyum**

Hakkın sınırlandırılma rejimi konusunda, İHAM'a göre, maddede seçme ve seçilme hakkının sınırlarının belirtilmemiş olması bu hakkı mutlak

<sup>10</sup> Bkz. E. 2008/80, K. 2011/81, K.T. 18.5.2011, R.G. Tarih-Sayı: 15.12.2011/28143; E. 2012/128, K. 2013/7, K.T.10.1.2013, R.G. Tarih-Sayı: 27.07.2004/25535.

hak yapmamaktadır. Taraf devletler, seçme ve seçilme hakkının kullanılmasını belirli şartlara bağlayabilirler. Ayrıca devletlerin hakkın niteliği gereği bu konuda geniş bir takdir yetkileri vardır. Ancak, devletlere takdir yetkisi bırakılan diğer haklarda olduğu gibi, bu hakkın da sınırlanmasında devletlerin takdir yetkisi İHAM'ın denetimine tabidir. Hakka bir kısıtlamanın yapılabilmesi için, kısıtlama nedeni olan meşru amacın hukukun üstünlüğü ve Sözleşmenin genel amaçlarıyla uyumlu olduğunun devlet tarafından kanıtlanması gereklidir.<sup>11</sup> İHAM burada, öngörülen sınırlamaların hakkın özüne dokunup dokunmadığını, meşru amaç güdüp gütmeyeceğini, sınırlamayla hedeflenen amaç ile sınırlama şekli (araç) arasında bir denge olup olmadığını (ölçülülük testi) incelemektedir.<sup>12</sup>

Anayasa kapsamında sınırlama ise İHAS kapsamından farklı olacaktır. Zira Anayasa'nın 67. maddesinde sınırlama sebepleri öngörülmemekle birlikte Sözleşme'den farklı olarak anayasal yasaklara yer verilmiştir. Buna göre; silah altında bulunan er ve erbaşlar, askeri öğrenciler ve taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin oy verme hakları Anayasa eliyle geçici olarak yasaklanmıştır. (f.5) Anayasa ayrıca seçme ve seçilme hakkı için yaş sınırı da öngörmektedir. (m. 67/3, m. 76/1)

67. maddenin birinci fıkrasında vatandaşların “kanunda gösterilen şartlara uygun olarak” seçme ve seçilme hakkını kullanabileceği belirtilmiştir. Böylece Anayasa yasa yolu ile hakkın sınırlandırılabilirliğini düzenlemiştir. Yasa yolu ile sınırlandırılmaya açık bırakılan düzenleme ile öngörülen sınırlandırma imkanlarının anayasanın bütünlüğü ilkesi kapsamında yine Anayasa'nın 13. maddesi ile birlikte okunması gerekecektir.<sup>13</sup> 13. maddedeki güvenceler ile, İHAM içtihatlarında da yer aldığı şekilde diğer anayasal haklar için de olduğu gibi, seçme ve seçilme hakkında özüne dokunmaksızın, ölçülülük ilkesi gözetilerek, demokratik toplum düzeninin ge-

<sup>11</sup> *Sitaropolos and Giakoumopoulos v. Greece*, (Grand Chamber), Appl. No. 42202/07, 15.3.2012, para 64.

<sup>12</sup> *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, para 52. İHAM'a göre, bu madde kapsamındaki hakların sınırlandırılmasında gözetilecek ilkeler Sözleşme'nin 8 ila 11. maddeleri kapsamında uygulananlardan daha az katı olarak yorumlanması gerekmektedir. (*Zdanoka v. Latvia*, Appl. No. 58278/00, 16.3.2006, para 115 (a)).

<sup>13</sup> Akbulut, *op.cit.*, s. 545.

reklerine uygun olarak ve Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı düşmeksizin sınırlandırılabilirlerdir.

Seçme hakkına getirilen sınırlamalar konusunda İHAM, devletlerin iç hukuklarında ikamet, yaş, önemli suçlardan mahkumiyet/mahpusluk veya zihinsel engellilik sınırlamaları koyabileceklerini ilkesel olarak kabul etmektedir. Ancak seçmen kitlesi içindeki bir grubun Protokol'ün 3. maddesi ile uzlaşabilir olmayan bir biçimde dışlanarak, oy verme hakkından mahrum bir grubun oluşturulmaması gerekir.<sup>14</sup>

İHAM içtihatlarında seçme hakkı için asgari bir yaş ve ikamet şartı getirilmesinin; oy kullanacak kişilerin belirli bir olgunlukta olanların ve ilgili ülke ile yeterli bağları veya bu ülkede menfaati olan kişilerin tespit edilmesine yönelik meşru bir amaca dayandığı kabul edilmektedir.<sup>15</sup> Bununla birlikte, Mahkeme, mahpusların oy verme hakkını değerlendirirken öncelikle modern ceza politikaları ile insan haklarının korunması anlayışını hakka yönelik muhtemel sınırlamalarda ön planda tutmaktadır. Mahpusların oy verme hakkına getirilen kapsamlı yasağı incelediği davada, suçun ağırlığını ve hapis cezasının süresini, mahpus kişinin bireysel durumunu dikkate almayan sınırlamaları seçme hakkının sınırı olarak görmemektedir. Bir diğer ifade ile, mahpusların seçme hakkı üzerindeki ayırım gözetmeyen, genel nitelikli sınırlamalar öngörülen amaç ile orantısız olduğundan taraf devletlere tanıyan takdir marjının dışında kalmaktadır. İHAM'a göre, hukuka uygun olarak verilmiş bir karara dayandığı sürece, mahpusların otomatik olarak yoksun kalacakları tek hak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıdır. Diğer haklarından mahrumiyetin meşru gerekçeleri ve bu meşru gerekçe ile orantılı uygulamasının olması gerekir.<sup>16</sup> Bu durumda, Anayasa'nın 67. maddesinin beşinci

<sup>14</sup> Harris et al., **op.cit.**, 2013, s.740. Örnek kararlar için bkz. *Matthews v. UK* (Grand Chamber), Appl. No. 24833/94, 18.02.1999, para 60-65; *Aziz v. Cyprus*, Appl. No. 69949/01, 22.6.2004, para 29.

<sup>15</sup> *Hirst v. UK (No: 2)* (Grand Chamber), Appl. No. 74025/01, 6.10.2005, para 62.

<sup>16</sup> *Hirst v. UK (No:2)* (Grand Chamber), para 71. Somut davada başvuru, kasten öldürme suçundan mahkum olmuş ve mevcut yasal düzenleme gereğince oy kullanma hakkından yoksun bırakılmıştır. Mahkeme kararda, oy kullanma hakkının hoşgörü ve açıkfikirlilik gibi demokratik ilkeler ve standartlar perspektifinde ele alınması gerektiğini, mahkumların yalnızca kamuoyunu tatmin etmek amacıyla otomatik olarak oy kullanma hakkından bırakılmasının Sözleşme'ye aykırı olduğunu belirtmiştir. Cezanın çekilmesi ile seçme hakkının engellenmesi arasında mantıksal bir ilişkinin bulunmadığını vurgulamıştır. Öte yandan, İHAM demokratik

fıkrasında yer alan “*taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar*” hükmünün İHAM içti-hadı ile uyumlu olmadığını söylemek yerinde olacaktır. Zira bu düzenleme, İHAM’ın ifadesi ile “suçun ağırlığını ve hapis cezasının süresini, mahpus kişinin bireysel durumunu dikkate almayan” genel bir düzenlemedir.<sup>17</sup> Anayasa Mahkemesi mahkumlara yönelik oy kullanma yasağına ilişkin olarak önüne gelen *Hakan Tezel* başvurusu hakkında, kasıtlı bir suçtan mahkum olan başvuruçunun serbest seçim hakkının ihlali iddiasını bu konuda Anayasa tarafından açık bir yasak getirildiği ve dolayısıyla da Anayasa tarafından korunan bir hak bulunmadığı gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.<sup>18</sup> Öte yandan Anayasa Mahkemesi bu kararından bir ay sonra, önüne itiraz yoluyla gelen davada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 53. maddesinin birinci fıkrasında<sup>19</sup> düzenlenen

---

toplumların, Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik faaliyetlere karşı önlem alma hakkının bulunduğunu, bu yüzden de örneğin kamu görevini ciddi şekilde kötüye kullanan ve davranışları ile hukukun üstünlüğü ve demokrasinin temellerini tehdit eden bireylerin oy kullanma hakkına sınırlama getirilmesinin mümkün olduğunu da belirtmiştir. Mahkeme, *Scoppola v. Italy (no.3)* davasında farklı bir sonuca ulaşmıştır. İtalya’da öngörülen sınırlamanın genel ve otomatik nitelikte olmadığını, suçun ağırlığı ve mahkumun kişiliğine bağlı olduğunu ve yasa koyucunun farklı yarar ve dengeleri gözeterek tedbirleri aldığı belirtmiştir. Oy hakkından mahrumiyetin her ceza için geçerli olmadığını, somut olayda olduğu üzere, diğer suçların yanında tasarlayarak öldürme gibi ağır cezayı gerektiren suçtan da mahkum olan başvuruçunun bu haktan yoksun bırakılmasının Sözleşme’ye aykırı olmadığını tespit etmiştir. (*Scoppola v. Italy (no.3)*, Appl. No. 126/05, 22.5.2012, para 93-110)

17 Nitekim İHAM *Söyler v. Türkiye* kararında kasıtlı suçtan mahkum edilen tüm hükümlülerin oy hakkından mahrum bırakıldığını, kısa süreli hapis cezası dışında, cezası ertelenenler ile ceza infaz kurumundan şartla tahliye edilenlerin de bu kapsama dahil olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, karşılıksız çek verme suçundan mahkum olan başvuruçunun hüküm giydiği suçun niteliğini de dikkate almış, bu suç karşılık öngörülen hapis cezasının kaldırılıp şartlı tahliye olmasına rağmen oy verme hakkından yoksunluk tedbirinin uygulanmaya devam ettiğinin altını çizmiş, somut olayın koşullarına göre ve işlenen suçun ağırlığı ve failin davranışları dikkate alınmak suretiyle oy verme hakkından yoksunluk tedbirinin uygulanmasına yönelik düzenlemelerin Türk mevzuatında bulunmadığından bahisle hakkın ihlaline hükmetmiştir. (*Söyler v. Türkiye*, Appl. No. 29411/07, 17.9.2013)

18 *Hakan Tezel* başvurusu, Başvuru No. 2014/16988, 8.9.2015, RG Tarih-sayı: 27.10.2015-29515. Bu başvuruda başvuruçusu, başkasına ait banka veya kredi kartının izinsiz kullanılması suretiyle yarar sağlama suçu nedeniyle 49 yıl 5 ay hapis cezası alan başvuruçunun oy kullanma hakkını kullanamayacak olması sebebiyle serbest seçim hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

19 5237 sayılı Kanun’un itiraz konusu kuralları da içeren 53. maddesi şöyledir:

kişinin kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak seçme ve diğer siyasi haklarını<sup>20</sup> kullanmaktan yoksun bırakılmasına ilişkin hükmü, kategorik bir şekilde kasten işlenen tüm suçlardan dolayı hapis cezasına mahkumiyet durumunda ve hükümlülerin ceza infaz kurumunda bulunup bulunmadığına bakılmaksızın seçme hakkına sınırlama getirdiği bu yüzden de demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü bir sınırlama öngörmediği gerekçesiyle iptal etmiştir.<sup>21</sup> Anayasa Mahkemesi kararında sözü edilen itiraz davasına konu olan hükmün bu haliyle Anayasa'nın sınırlarını aştığının<sup>22</sup> altını çizmiştir.<sup>23</sup>

*“Madde 53- (1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;*

*a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,*

*b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan,*

*c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,*

*d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,*

*e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten,*

*Yoksun bırakılır.” (Vurgu yazara aittir)*

<sup>20</sup> Sözü edilen iptal başvurusunda aynı zamanda kasten işledikleri suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olanların seçilme hakkından yasaklılığını düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin de anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu madde bakımından da kasten işlenen suç nedeniyle bir yıldan az hapis cezasına mahkumiyet halinde seçilme ehliyetinden yoksun bırakılmayı öngören bu hükmü, milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen Anayasa'nın 76. maddesine aykırı bulmuştur. Zira Anayasa'nın 76. maddesinde belirli suçlar ve taksirli suçların haricinde toplam bir yıldan fazla hapis cezasına mahkum olanların milletvekili seçilemeyeceği düzenlenmiş olup, bir yıldan az hapis cezasına mahkum olma hali, milletvekili seçilmeye engel bir durum olarak düzenlenmemiştir.

<sup>21</sup> E. 2014/140, K. 2015/85, K.T. 8.10.2015, Resmi Gazete Tarih-Sayı: 24.11.2015-29542.

<sup>22</sup> Anayasa'nın 67. maddesinde oy kullanamayacak kişileri sayarken “*ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler*” ifadesi kullanılmıştır.

<sup>23</sup> Mahkumların seçme ve seçilme hakkından yoksun bırakılması hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Zekeriya Yılmaz, “Bir Suçtan Mahkumiyet Nedeniyle Seçme ve Seçilme Ehliyetinden Yoksunluk”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl: 6, S. 57, Mayıs 2011, ss. 32-39.

Anayasa m. 67/5 hükmünde yer alan silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrencilerin oy kullanamamalarına dair sınırlama ise, emir-komuta zinciri içindeki kişilerin serbest siyasi faaliyette bulunma imkanlarının sınırlı olması ve silahlı kuvvetlerin belirli unsurlarının siyasi faaliyetlerin dışında tutma istenci gibi gerekçeler meşru gerekçeler olarak değerlendirilebilir.

Zihinsel engellilik dolayısıyla oy hakkına ilişkin sınırlandırmalar konusunu İHAM, tıpkı mahpusluk durumundaki gibi değerlendirmektedir. Mahkemeye göre, kısmi vesayet altına alınan kişiler ile tamamen vesayet altındaki kişiler ayrımı yapmayan, kişinin akli kapasitesini, ihtiyaçlarını, yarışan çıkarlarını ve sınırlamanın ölçülü olup olmadığını bireysel düzeyde değerlendirmeyen bütüncül yasaklar takdir yetkisinin dışında kalacağından seçme hakkına aykırıdır. Korunmaya muhtaç gruplara getirilen sınırlamalar konusunda Mahkeme, devletlerin takdir yetkisinin özellikle dar olması ve sınırlandırmaların ciddi gerekçelere dayanması gerektiğini vurgulamaktadır.<sup>24</sup> Mahkeme bu yaklaşımı ile, önyargılardan hareketle zihinsel engellilerin bireysel durumlarını gözetmeyen bütüncül düzenlemelere, takdir yetkisi alanında geçit vermeyeceğini net olarak belirtmiş bulunmaktadır. Türk hukukundaki mevcut düzenlemenin ise bu içtihat ile uyumlu olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Anayasa'nın 67. maddesi seçme hakkının yasayla düzenlenebileceğini belirtmektedir. 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun da 8. maddesinde kısıtlıların seçmen olamayacaklarını düzenlemektedir. Türk Medeni Kanunu'nda yer alan hallerden<sup>25</sup> herhangi biri ile kısıtlanan kişi otomatik olarak seçmen olma hakkını kaybetmektedir. Oysa İHAM içtihadı her bir kısıtlılık kararında oy verme hakkından mahrumiyetin kişinin özel durumuna bakılarak ayrıca kararlaştırılmasını aramaktadır.

<sup>24</sup> *Alajoss Kiss v. Hungary*, Appl. No. 38832/06, 20.05.2010, para. 39, 41-42.

<sup>25</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre, kısıtlılığa akıl hastalığı veya zayıflığı (m. 405), savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim (m. 406), bir yılı aşan özgürlüğü bağlayıcı ceza (m. 407) veya yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik veya ağır hastalık sebebiyle istek üzerine (m. 408) hükmedilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda kısıtlılık nedenlerinden biri olarak düzenlenen bir yılı aşan hapis cezasına mahkumiyet halinde oy verme hakkından yoksunluk için kasıtlı-taksirli suç ayrımı yapılmamıştır. Haktan yoksunluğun kurucu unsuru bir yıldan aşkın süreyle hapis cezasına mahkum olmaktır. 298 sayılı Kanun kısıtlılığı kategorik olarak seçmen olma engeli olarak düzenleyerek, Anayasa m. 67/5 hükmünü aşan bir duruma sebebiyet vermektedir.

Seçilme hakkı konusunda Anayasa, yasal düzenlemeden bahsetmeksiz bizatihi kendisi sınırlandırmalar öngörmüştür: Yaş sınırına ek olarak eğitim sınırı (m. 76/2), kısıtlılık, kamu hizmetlerinden yasaklılık, hükümlülük ve askerlik görevine dair sınırlandırmalar (f.2) ve belirli meslek gruplarına dair sınırlandırmalar.

İHAM, seçilme hakkı konusunda da Sözleşme'deki genel yapıyı korumakta, seçilme hakkının kimlere verileceği konusunda devletlere daha geniş takdir yetkisi vermektedir. Her devlet kendine özgü tarihi ve politik koşulları dolayısıyla devletlerin kendi anayasal sistemlerine göre kendi meclislerinin oluşumunu belirleme konusunda geniş takdir yetkisine sahiptir.<sup>26</sup> Seçme hakkından farklı olarak devletlerin ulusal meclise seçilmek için daha sıkı şartlar getirebileceğini belirtmiştir.<sup>27</sup> Ancak, hakka getirilen anlamsız, gerekliliği açıklanamayan, hakkın özü ile bağdaşmayan sınırlamaları da seçilme hakkına aykırı bulmaktadır.<sup>28</sup> Seçilme hakkı konusundaki İHAM içtihadı daha çok aday olamama ya da aday olunan seçimlerin sonuçlarının değiştirilmesi vakalarına yoğunlaşmaktadır.<sup>29</sup>

Anayasa'nın 76. maddesindeki milletvekili seçilme şartlarının sadece belirli oranda İHAS ile uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. Zira, madenin ikinci fıkrasında, belirli suçlardan hüküm giyenlerin “*affa uğramuş olsalar bile milletvekili seçilemeyecekleri*” yazılıdır. Bu hüküm ile süre sınırsız bir yasak getirilmektedir. Bu süre sınırsız yasağın seçilme hakkının ihlalini doğurmaması için meşru gerekçelerinin olması gerekir. Anayasa'nın bu maddesi ise hiçbir ayırım gözetmeden bütüncül bir yasak koymaktadır. Mevcut İHAM kararları bu konuda, taraf devletlerdeki demokrasinin gelişim çizgisini gözetmekle birlikte, devletlere açık çek vermemektedir.<sup>30</sup> Vatana ihanetten ötürü yargılanıp görevden alınan Litvanya devlet başkanının ayrıca ömür boyu milletvekili olamayacağına dair Anayasa Mahkemesi kararı ve

<sup>26</sup> *Aziz v. Cyprus*, Appl. No. 69949/91, 22.06.2004, para 28. Ancak Mahkeme bu takdir yetkisinin sınırlarına ilişkin olarak; seçimlerle ilgili bazı kuralların bir grup insana, özellikle yasa organındaki üyelerin seçilmesinde, politik yaşamın bir parçası olmayı yasaklamaması gerektiğinin altını çizmiştir.

<sup>27</sup> *Melnychenko v. Ukraine*, Appl. No. 17707/02, 19.10.2004, para. 57.

<sup>28</sup> *Ahmed and others v. UK*, Appl. No. 65/1997/849/1056, 02.09.1998, para. 72-76.

<sup>29</sup> Akbulut, **op.cit.**, s. 548.

<sup>30</sup> *Zdanoka v. Latvia* (Grand Chamber), Appl. No. 58278/00, 16.03.2006; *Paksas v. Lithuania* (Grand Chamber), Appl. No. 34932/04, 06.01.2011.

bunu takip eden yasal düzenleme İHAM tarafından seçilme hakkının ihlali olarak görülmüştür. İHAM'a göre, görevden alınan devlet başkanının milletvekili seçilip seçilemeyeceği seçmenlerin takdirine bırakılması gereken bir konudur. Genel bir yasağın gerekçesi zamanla etkisini yitirebilir ya da seçmenler kişiye yönelik güvenlerini tazeleme yoluna da gidebilirler. Mahkeme bu sonuca maddedeki "yasama organının oluşumunda seçmenlerin özgür iradesi" ifadesinden varmıştır. İHAM, Avrupa çapında vatana ihanet suçlamasının şahsın seçme ve seçilme hakkına sınırlama getirmediğini, seçilmesine sınırlama getirilen sınırlı sayıda ülkelerde de bu sınırlamanın süre ile sınırlı olduğunu belirlemiştir. İHAM, Litvanya'daki seçilme hakkından süresiz mahrumiyeti güdülen hedef ile orantısız bulmuştur.<sup>31</sup>

Anayasa'nın 76. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasındaki bir sakıncalı duruma da işaret etmek gerekir. Bu fıkra da terör suçlarından hüküm giyenlerin milletvekili olamayacakları yazılıdır. Ancak, Türkiye'de iç hukukta terör suçlarının kapsamı Avrupa ölçeğinde tanımlanan terör suçlarından çok daha geniştir. Örneğin; terör örgütünün şiddet eylemlerine destek olmadan sadece siyasi hedefini paylaşmak İHAM içtihadına göre ifade özgürlüğü kapsamında görülürken Türkiye iç hukukunda bu ayrıma gidilememektedir. Bu durum da, ifade özgürlüğünün ihlaline ek olarak seçilme hakkının da ihlaline sebep olabilecek bir durum yaratabilir.

İHAS kapsamında Türkiye anayasal sistemi için sorunlu gözükken bir alanı parti kapatmalarla bağlantılı olarak siyasi faaliyet yasakları oluşturmaktadır. İHAM, daha önce partisi kapatılan milletvekillerinin milletvekilliklerinin düşmesi karşısında, bu yaptırımla güdülen amaç (demokratik düzen) ile kullanılan araç (milletvekilliğinin kaybı) arasında dengesizlik bulmuş ve ölçülülük ilkesine aykırılıktan ötürü seçilme hakkının özüne dokunulduğunu tespit ederek serbest seçim hakkının ihlaline hükmetmiştir.<sup>32</sup> 2010 Anayasa değişiklikleri ile bu düzenleme Anayasa'dan çıkarılarak İHAS ile uyum sağlanmıştır.

Mevcut sorunu ise Anayasanın 69. maddesinin dokuzuncu fıkrasındaki "*bir siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya*

<sup>31</sup> *Paksas v. Lithuania*, para. 104, 106, 109, 112.

<sup>32</sup> *Sadak and others v. Turkey (No.2)*, Appl. No. 25144/94, 26149/95-26154/95, 27101/95, 11.06.2002, para. 27-40.



*ilişkin kesin kararının Resmi Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve denetçisi olamazlar”* hükmü oluşturmaktadır. Bu hükmün uygulaması olarak partisi kapatıldığı için siyaset yasağına maruz kalan kişinin yaptığı başvuruda İHAM, bu yasağın ölçülü olup olmadığını incelemiştir. İHAM bu yasağın ile, yukarıdaki milletvekilliğinin düşmesi yaptırımı arasında paralellikler kurarak her iki yaptırımı birlikte ölçüsüz bulmuştur.<sup>33</sup> Ancak eklemek gerekir ki, bu yaptırımlardan sadece başka parti altında siyaset yapma yasağı söz konusu idi dahi İHAM’ın yine ihlal bulacağı karara hakim olan dilden anlaşılmaktadır.<sup>34</sup>

## **II. Hakka İlişkin Anayasa Mahkemesinin Verdiği Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi**

Anayasa Mahkemesinin seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına ilişkin vermiş olduğu bireysel başvuru kararlarının incelendiği bu başlıkta başvuru konularına göre bir ayırım yapılmıştır. İlk olarak hakkın norm alanının yasama organı olduğu gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik kararları ele alınmış, ardından seçim barajına ilişkin kararı ile Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı başvuru yapılamayacağına ilişkin kararı irdelenmiş, son olarak tutuklu milletvekillerin siyasi faaliyette bulunma hakkına ilişkin vermiş olduğu kararlar incelenmiştir.

### **A. Hakkın Norm Alanının “Yasama Organı” Olduğu Gerekçesiyle Verdiği Konu Bakımından Yetkisizlik Kararları**

Bilindiği üzere hem Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasına hem de 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45. maddesinin birinci fıkrasına göre Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın hem Anayasa’da hem de İHAS ve Türkiye’nin taraf olduğu İHAS’ın ek protokollerinden birinde düzenlenmiş

<sup>33</sup> *Ilıcak v. Turkey*, Appl. No. 15394/02, 05.04.2007, para. 31-38.

<sup>34</sup> Mahkeme bu sonuca ulaşırken yaptığı değerlendirmede, Anayasa’nın 69. maddesinin dokuzuncu fıkrasında parti üyelerinin parti kapatma kararına zemin hazırlayan faaliyetlerinin ağırlık dereceleri konusunda bir ayırma gidilmemesi, başvuru ile benzer durumda olan partinin başka üyelerinin ve özellikle parti genel başkanı ve yardımcısının maruz kaldığı yaptırıma uğramadıklarını dikkate almıştır. (*Ilıcak v. Turkey*, para 34-38)

olması gerekmektedir. Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı, hem Anayasa’da hem de İHAS ve ek protokollerinde düzenlenmiş bir hak olmakla birlikte, bu hakkın norm alanı bakımından Anayasa ile İHAS’taki düzenlemeler arasında fark bulunmaktadır.

Daha önce belirtildiği üzere, Anayasa, seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını tüm seçimler için güvence altına almışken, İHAS serbest seçim hakkıyla yalnızca yasama organının seçimlerine ilişkin güvenceler getirmiştir.<sup>35</sup> Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kararları incelendiğinde ise hakkın norm alanını, adil yargılanma hakkının norm alanına ilişkin verdiği kararlarıyla benzer olarak, İHAS’taki daha dar düzenleniş şekliyle kabul ettiği görülmektedir. Bu durumda, yalnızca yasama organının seçimleri bakımından seçim haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunulabilecektir.

Anayasa Mahkemesi tarafından başvuruçunun, Ankara Umum Otomobilciler ve Şoförler Odasının Olağan Genel Kurulunda yapılan organ seçimlerinde hukuka aykırılıklar bulunması sebebiyle seçilme hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı bireysel başvuru reddedilmiştir.<sup>36</sup> Benzer şekilde, başvuruçunun Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde adaylık başvurusunun Yüksek Seçim Kurulu tarafından reddedilmesine karşı yaptığı bireysel başvuruyu, Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı seçimi ile ilgili ihlal iddialarının İHAS’a Ek 1 No’lu Protokol’ün 3. maddesi kapsamında olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.<sup>37</sup> Keza, Başbakan R.Tayyip Erdoğan’ın 10.8.2014

<sup>35</sup> Ancak madde metninde yer alan “yasama” ibaresi İHAM kararlarında sadece “ulusal parlamento” olarak yorumlanmamaktadır. *Vito Sante Santoro v. Italy* davasında, bölgesel konseyler o bölgenin sınırları içinde idari planlama, yerel politika, sağlık, eğitim, şehir planlaması, tarım gibi bazı önemli alanlarda yasa yapma yetkisine sahip olmaları sebebiyle yasama organı olarak kabul edilmiştir. (*Vito Sante Santoro v. Italy*, Appl. No. 36681/97, 01.10.2004) Buna karşılık İHAM tarafından, Belçika’daki belediye konseyleri (*Clerfayt, Legros and others v. Belgium*, App. No. 10650/83, 17.5.1985); Birleşik Krallık’taki metropol kent konseyleri (*Booth-Clibborn and others v. UK*, App. No.11391/85, 5.7.1985); Fransa’daki bölge konseyleri (*Malarde v. France*, App. No. 6813/99, 5.9.2000); Polonya’daki belediye konseyleri, il konseyleri ve bölge meclisleri gibi mahalli birimler (*Molka v. Poland*, App. No. 56550/00, 11.4.2006) “yasama organının” bir parçası sayılmamıştır. Yasama ibaresi, ilgili devletin anayasal yapısı bağlamında yorumlanmalıdır.

<sup>36</sup> *Mehmet Yiğiner* başvurusu, Başvuru No. 2014/1944, 23.7.2014.

<sup>37</sup> *Ahmet Çalışkan* başvurusu, Başvuru No. 2014/11717, 4.11.2014, RG. Tarih-sayı: 13.1.2015-29235.

tarihinde Cumhurbaşkanı seçilmiş olmasına rağmen Cumhurbaşkanlığı seçim sonuçlarının Resmi Gazete’de yayımlanmaması bu sebeple de Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanlığı görevinden ayrılmaması ve 27.8.2014 tarihinde yapılan 1. AKP Olağanüstü Kongresinin hukuka aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuruyu<sup>38</sup> Yüksek Mahkeme aynı gerekçe ile reddetmiştir.<sup>39</sup>

Anayasa Mahkemesi yerel seçimler bakımından da serbest seçim hakkının ihlali iddiasıyla bireysel başvuruda bulunulamayacağını kabul etmektedir. Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisinin, Ankara Büyükşehir Belediyesi seçimlerinde hukuka aykırı hallerin mevcut olduğu iddiasıyla seçimin iptal edilmesi için yapılan itirazın Yüksek Seçim Kurulunca reddine karşılık yaptığı başvuruyu, Anayasa Mahkemesi reddetmiştir.<sup>40</sup> Mahkeme; İHAM içtihatlarına göre de, İHAS 1 No’lu Ek Protokol m.3’teki “yasama” ifadesinin mutlak anlamda ulusal parlamento anlamına gelmediğini, bu ifadenin devletlerin anayasal yapısı ışığında yorumlanarak federe devletlerin parlamentolarının da bu kapsamda “yasama organı” olarak değerlendirildiğini kabul etmektedir.<sup>41</sup> Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi yine İHAM’ın

<sup>38</sup> *Mustafa Ekici* başvurusu, Başvuru No. 2014/13675, 8.9.2014. Kanımızca, Anayasa Mahkemesi, başvuruyu konu bakımından kabul edilebilir bulsaydı dahi, kişinin seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına kişisel ve doğrudan bir müdahale bulunmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddedebilirdi. Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin *Mustafa Ekici* başvurusuyla aynı konulu *Sabri Ergül* (Başvuru No. 2014/13625, 8.9.2014) ile *Atilla Kart ve Cumhuriyet Halk Partisi* (Başvuru No. 2014/13634, 8.9.2014) başvuruları, aynı tarihte karar vermiş olmasına karşın, ihlale neden olduğu ileri sürülen Cumhurbaşkanı seçilen Recep Tayyip Erdoğan’ın Başbakanlık ve Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanlık görevinden ayrılmaması hususunun başvuru sahipleri için, kişisel olarak ve doğrudan etkilemediği ve bu sebeple de mağdur olmadıkları gerekçesiyle kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.

<sup>39</sup> İHAM, 1 No’lu Ek Protokol m.3’teki “*yasama organı seçimleri*” ifadesinin devlet başkanlığı seçimlerini mutlak olarak dışlamadığını kabul etmektedir. Devletlerin anayasal sistemlerine göre, devlet başkanlarının yasama sürecini başlatma, yasa teklif etme, yasama sürecini durdurma, veto, yasa metnini kontrol etme, asıl yasama makamlarını denetleme yetkileri gibi yasama sürecine etkin katılım araçları söz konusuysa, devlet başkanlığı seçimlerinin bu hakkın norm alanının kapsamında olabileceğini belirtmiştir. (Guliyev v. Azerbaijan, (inadmissibility), Appl. No. 35584/02, 27.05.2004; *Boskoski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, (inadmissibility) Appl. No. 11676/04, 2.9.2004.)

<sup>40</sup> *Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi* başvurusu, Başvuru No: 2014/5425, 23.7.2014.

<sup>41</sup> *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, Appl. No. 9267/81, 2.3.1987; *Mathews v. UK* (Grand Chamber), Appl. No. 24822/94, 18.2.1999, para. 40.

kapsam ve güç bakımından yeterli yasama yetkisine sahip olmayan yerel yönetim seçimlerini yasama organı kapsamında görmediği kararlarına atıfla<sup>42</sup> Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisinin başvurusunu, yerel seçimlerin Anayasa ve İHAS ve ek protokollerinin ortak koruma alanında olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.<sup>43</sup>

Görülmektedir ki Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurularda konu bakımından yetkisini dar yorumlayıp, Anayasa’da düzenlenen hak ve özgürlüğün norm alanı daha geniş olsa da, Sözleşme’de düzenlenen norm alanı ile kendini yetkili görmektedir. Oysa ki, İHAS demokratik toplumun oluşturulması yönünde asgari şartları sağlama amacındadır. Bu sebeple, İHAS’ın 53. maddesinde belirtildiği üzere kendi iç hukukunda tanınmış hakları ve özgürlükleri sınırlandıracak biçimde yorumlamamalıdır.

## B. Seçim Barajına İlişkin Kararı

Başvurucular Büyük Birlik Partisi, Saadet Partisi ve Demokratik Sol Parti, 2011 yılı milletvekili genel seçimlerinde milletvekili çıkaramamış olan partilerdir. DSP, Yüksek Seçim Kuruluna (YSK) bir başvuruda bulunarak ulusal ülke barajı uygulamasına son verilmesini talep etmiştir. Bu talep, YSK’nın 25.9.2014 tarih ve 4025 sayılı kararıyla istemin yasal düzenlemeyi gerektirmesi ve Kurulca yapılacak bir işlemin bulunmaması nedeniyle reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru partiler, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 33. maddesinin birinci fıkrasında yer alan seçim barajının %10 gibi yüksek bir oranda olmasının ölçüsüz olduğunu, bu durumun temsilde adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğunu, anılan hükmün 2015 yılında yapılacak seçimlerde uygulanacak olması nedeniyle, potansiyel mağdur olarak etkileneceklerini belirterek seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve anılan hükmün Genel Kurula sevki ile iptal edilmesi talebinde bulunmuşlardır.

<sup>42</sup> *X v. UK*, Appl. No. 7215/75, 5.11.1981; *Clerfayt, Legros and others v. Belgium*, Appl. No. 10650/83, 17.5.1985; *Booth- Clibborn v. UK*, Appl. No. 11391/85, 5.7.1985; *Malarde v. France*, Appl. No. 46813/99, 5.9.2000; *Molka v. Poland*, Appl. No. 56550/00, 11.4.2006.

<sup>43</sup> Anayasa Mahkemesi, bu kararında Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunup bulunulamaması bakımından bir değerlendirme yapmamıştır. Mahalli seçimlerin bireysel başvuru konusu yapılamayacağına dair diğer Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. *Nejdet Atalay* başvurusu, Başvuru No. 2014/184, 16.07.2014; *Muzaffer Gölen* başvurusu, Başvuru No. 2013/3430, 10.06.2015.

Söz konusu başvuru talep doğrultusunda Genel Kurul tarafından incelenmiştir. Genel Kurul tarafından yapılan değerlendirme sonucunda; 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin üçüncü fıkrasında *yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı*nın açıkça düzenlendiği, başvurucuların anayasal haklarını doğrudan etkileyen bir uygulama işleminin bulunmadığı, YSK'ya yapılan (seçim barajının kaldırılmasına yönelik) başvurunun<sup>44</sup> soyut nitelikte olduğu ve YSK'nın ret kararının da yasama işleminin uygulanması niteliğinde bir idari işlem olması sebebiyle konu bakımından yetkisizlik kararı<sup>45</sup> verilmiştir.<sup>46</sup>

Kararın farklı gerekçe yazısında, konu bakımından yetkisizlik yerine kişi bakımından yetkisizlik sebebiyle başvurunun reddi gerektiğinden bahsedilmiştir. Farklı gerekçe yazısına göre başvurucular, soyut olarak ve doğrudan yasama işlemine karşı değil, geçmişte uygulanmış ve yakın gelecekte uygulanacak bir kanun hükmü olması nedeniyle, uğrayacakları hak ihlaline yönelik olarak başvuruda bulunmuşlardır. 2839 sayılı Kanun'un seçim ba-

44 Anayasa Mahkemesi, bu başvuruda YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yapıp yapılamayacağı meselesi üzerinde bir değerlendirme yapmamıştır.

45 *Büyük Birlik Partisi, Saadet Partisi, Demokratik Sol Parti* başvurusu, Başvuru No. 2014/8842, 6.1.2015.

46 Anayasa Mahkemesi, bu başvuruyu kabul edilebilir bulsaydı dahi esas incelemesi sonucunda Anayasa'nın 67. maddesi bakımından ihlal sonucuna ulaşmayabilirdi. Zira Türkiye'deki seçim barajı meselesi *Sadak ve Yumak v. Türkiye* başvurusu ile İHAM önüne gelmiştir. Türkiye'deki baraj uygulamasının Avrupa ülkelerindeki ortalama yüzde beşlik barajın hayli üzerinde olduğunu da tespit etmesine rağmen İHAM, yüzde onluk baraj uygulamasının hakkı ihlal etmediğine, baraj uygulamasının parlamentoda aşırı parçalanmayı önleme ve istikrarı güçlendirme amacını taşıdığına hükmetmiştir. İHAM bu davada, ortaya çıkan sonucun seçme ve seçilme hakkını ihlal edip etmediğinden daha çok, Türkiye'de uygulanan seçim sisteminin bir bütün olarak yüksek barajın olumsuz etkilerini giderici yönleri sahip olup olmadığı üzerinde durmuştur. Örneğin 2007 seçimlerinde siyasi partilerin yüksek barajı öngörebildiklerinden seçimlere parti olarak girmek yerine bağımsız adayları destekleyerek çok sayıda bağımsız aday seçtirebilmişlerdir. Mahkeme'ye göre, seçim barajının yüksekliği, seçmenlerin bir bölümünün temsil edilmekten yoksun bırakılmasında tek başına belirleyici değildir. İHAM bu konuda kendini parlamento seçimlerine ilişkin mevzuatın etkisinin bazı kişileri ya da grupların ülkenin siyasi hayatına katılmasını engelleme yönünde olup olmadığını, belli bir seçim sisteminin yol açtığı tutarsızlıkların keyfilik ya da kötüye kullanma teşkil edip etmediğini ve mevcut sistemin bir siyasi partiye ya da adaya avantaj sağlayıp sağlamadığını incelemekle görevli görmektedir. (*Sadak and Yumak v. Turkey* (Grand Chamber), Appl. No. 10226/03, 8.7.2008, para 120-132)

rajını düzenleyen 33. maddesi 2015 yılı genel seçimlerinde uygulanacak ve bu uygulama başvuru partilerin yasama organına milletvekili gönderememesi sonucunu ortaya çıkaracak olması sebebiyle ciddi ve telafisi güç zarar riski ve yakın ihlal tehlikesi yaratacaktır. Bu yüzden başvuru partilerin potansiyel mağdurluk iddiaları yerindedir. Farklı oy yazısında bu tespitle birlikte, Anayasa’da veya 6216 sayılı Kanun’da “potansiyel mağdur” sıfatını taşıyan gerçek ya da tüzel kişilerin hak ihlalleri iddiasıyla bireysel başvuruda bulunabileceklerine dair bir hüküm bulunmadığı, keza Anayasa Mahkemesi’nin de potansiyel mağdur sıfatına ilişkin yerleşik bir içtihadının da bulunmadığı gerekçesiyle kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Kararda iki üyenin de karşı oy yazısı bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde, bireysel başvurunun yasama işlemlerine karşı doğrudan yapılamayacağına dair kuralın ancak demokratik usullerle çalışan yasama organlarınca vaz edilen yasa kuralları için geçerli olduğu, demokrasi ve hukuk dışı yöntemlerle mevzuata eklenmiş normların teknik olarak “kanun” adını taşıyalar ve hukuk aleminde varlıklarını sürdürseler dahi Anayasal anlamda yasama işlemi sayılamayacakları, söz konusu 2839 sayılı Kanun’un 33. maddesi, Milli Güvenlik Konseyi tarafından vaz edilmiş olduğu ve demokrasi ve hukuk devleti ilkelerine aykırı bir kural olarak bireysel başvuru yasağı kapsamında bir “yasama işlemi” olmadığı vurgulanmıştır.

İkincisinde ise, soyut genel kanun hükümlerinin genellikle hak ihlaline neden olmadığı, bu durumda ihlalin gerçekleşmesi için kuralın somut olaya idare veya mahkemeler tarafından uygulanması gerektiği, ancak bazı hallerde bir kanun hükmünün ilgililer hakkında sonuç doğurması ve hak ihlaline neden olabilmesi için idarenin bireysel bir işlemine gerek kalmayacağını altı çizilmiştir. Bu karşı oya göre; kişinin bir kanun hükmünün soyut olarak anayasaya aykırı olduğu iddiası ile bu kanun hükmünün başka bir düzenleyici veya idari işleme gerek olmadan doğrudan uygulanması sonucunda anayasal bir hakkın ihlal edildiği iddiası arasında esaslı bir fark bulunmaktadır. “Doğrudan uygulanan kuralların” düzenlediği hak ve özgürlükler için idarenin yapması gereken bireysel bir işlem de bulunmamaktadır. İdare tarafından yapılması gereken bir işlem bulunmadığı için de başvurulacak etkili bir başvuru yolu da bulunmayabilir. Bu tip durumlarda, hak veya özgürlük ihlali nedeniyle yapılan bireysel başvurular, kanun hükmüne karşı başvuruda bulunulması gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedil-

diğinde, o hak ve özgürlük bireysel başvuru açısından korumasız kalacaktır. Bu durumda genel, soyut, objektif olması gereken kanuni düzenlemeler yerine, temel hak ve hürriyetler üzerinde doğrudan etki gösteren kanuni düzenlemeler yapılarak hak ve özgürlük alanının bireysel başvurunun kapsamı dışına çıkarılması ihtimali gündeme gelebilecektir, bu durum ise bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Somut olay açısından da seçim barajına ilişkin hüküm doğrudan uygulanan bir kuraldır. Seçim sonuçlandıktan sonra oyların sayımında veya oy oranlarında yanlışlık yapıldığı iddiasıyla seçim kurullarına itiraz edilebilir. Ancak burada yapılan itiraz, şikayet edilen kuralın esasına ilişkin olmamaktadır, zira ilgili seçim kurulları bir partinin milletvekili çıkarıp çıkarmayacağını yine %10 seçim barajını dikkate alarak belirlemektedir. Yüksek Seçim Kurulu da ileri sürülen hak ihlali için etkili bir başvuru yolu değildir, sadece ilgili kanun hükümlerini uygulama konusunda olup hak ihlallerini değerlendirebilecek durumda değildir. Karşı oy yazan hakim, 6216 sayılı Kanun'da kanun koyucu yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağını düzenlerken, yasama işlemlerine karşı “hiçbir şekilde” bireysel başvuruda bulunulmayacağını belirtmediği için, amaçsal yorumla doğrudan uygulanabilir kurallar için bu hükmün geçerli olmayacağı gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik kararına katılmamıştır.

Kanımızca Anayasa Mahkemesi bu kararında farklı oy yazısında yapıldığı üzere kişi yönünden yetki değerlendirmesi yapmış olsaydı potansiyel mağdurluk statüsünün değerlendirilmesi mümkündü.<sup>47</sup> Gerçekten de Mahkeme, sözü edilen kanun hükmünün başvuruculara daha önceden uygulandığı ve baraj sebebiyle zarara uğradıklarını dikkate alarak doğrudan uygulanma olasılığının yakın ve makul olduğu ve 2015 seçimlerinde de uygulanacak olması sebebiyle telafisi mümkün olmayan zarara uğrayacakları sonucuna ulaşabilirdi. Oysa ki Anayasa Mahkemesi *Liberal Demokrat Parti* başvurusunda<sup>48</sup> potansiyel mağduriyet kavramına ilişkin şöyle bir yorumda bulunmuştur: “*Kendilerinin belirli bir işlemde doğrudan etkilenme tehdidiyle ya da tehlikesiyle karşı karşıya olduklarını ve dolayısıyla potansiyel olarak mağdur olduklarını iddia eden başvuru ile yalnızca ulusal hukukları*

<sup>47</sup> Başvurucu siyasi partiler, potansiyel mağdur konumunda olduklarını başvuru dilekçelerinde dile getirmişler, ancak Mahkeme gerekçeli kararında bu iddiaya karşılık vermemiştir.

<sup>48</sup> *Liberal Demokrat Parti* başvurusu, Başvuru No. 2014/11268, 23.7.2014.

değiştirmeyi veya toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan başvurular arasında dikkatli bir ayırım yapılmalıdır. Bu son bahsedilen türdeki ve içtihatla halk davası (*actio popularis*) olarak isimlendirilen başvurulara bireysel başvuru hakkı tanınmamıştır. Dolayısıyla bireylerin, kendi bireysel hakkının ihlal edildiğini ileri sürmeksizin toplumun menfaatlerinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkı bulunmamaktadır.”<sup>49</sup> Anayasa Mahkemesi doğrudan ve yaklaşan tehdit ya da tehlikenin varlığı halinde potansiyel mağduriyetin söz konusu olabileceğini kabul etmişse de bu yorumunu geliştirmemiştir.

Başvurucular, başvuru dilekçelerinde aynı zamanda seçim barajını düzenleyen 2839 sayılı Kanun’un anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiş, davaya bakacak bölümün de bu hükmün iptal edilmesi için dosyayı Genel Kurula göndermesi talebinde bulunmuştur. Böylelikle Anayasa Mahkemesinin önüne bireysel başvuru ile gelen somut olayda davaya bakmakta olan mahkeme sıfatıyla, önündeki bireysel başvuru davasını geri bırakıp ön sorun yoluyla 2839 sayılı Kanun’un 33. maddesindeki yüzde onluk barajın anayasaya aykırılığı sorununu çözebilir mi sorusu gündeme gelmiştir. Bu konuda 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’da bölümlerin yasaların anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle somut norm denetimi (itiraz) yoluyla Genel Kurula başvurabilecekleri konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun’un komisyon aşamasında taslağın 49. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “*Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlallerinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptal istemiyle Genel Kurula başvururlar*” hükmü metinden çıkarılmıştır.<sup>50</sup> Bölümlerin bir yasa hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla Genel Kurula söz konusu yasa hükmünü gönderemeyeceği yönündeki görüşler Anayasa’nın 152. maddesinde düzenlenen itiraz yolunun işletilebilmesi için gerekli şartların yerine getirilmediğinden hareket etmektedir. Yazarlardan *Sağlam*, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru davalarında davaya bakmakta olan mahkeme sıfatını taşımadığı görüşündedir. Yazara göre, Anayasa Mahkemesi siyasi partilere ilişkin davalarda ve Yüce Divan yargılamalarında davaya bakmakta olan

<sup>49</sup> *Liberal Demokrat Parti* başvurusu, para 18.

<sup>50</sup> **TBMM**, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı İle Anayasa Komisyonu Raporu(1/1993), 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf>.



mahkeme sıfatıyla somut norm denetimi gerçekleştirmiş olsa da, bireysel başvuru davalarında kişilerin somut olaya ilişkin şikayetlerini olağan kanun yolları tüketildikten sonra ele almaktadır. Siyasi parti ve Yüce Divan yargılamaları ise Anayasa Mahkemesinin görev alanına tekel olarak verilmiştir ve Mahkeme davaya doğrudan bakmaktadır. Bölümlerin anayasaya aykırılığı iddiasıyla normu Genel Kurula gönderebileceği şeklinde bir yorum yapıldığında yasa koyucunun istemediği şekilde, somut norm denetimi yönteminin bağımsız bir anlamı kalmayacak ve bir yönüyle popüler davaya dönüşmüş olacaktır.<sup>51</sup> Yazarlardan *Hakyemez* ise davada uygulanacak bir normun bulunmaması nedeniyle bölümlerin itiraz yoluna başvuramayacağı görüşündedir. Yazara göre, bireysel başvuru incelemesi esnasında Anayasa Mahkemesi, somut olaya seçim barajı ile ilgili kanun hükmünü değil, Anayasa'nın ilgili hükmünü uygulamak durumundadır. Davaya bakmakta olan mahkeme olarak “davada uygulanacak kural” yüzde onluk baraj öngören kanun hükmü olmayınca mahkemenin bu nedenle bu hükmü itiraz yolu ile de denetlemesi hukuken mümkün değildir.<sup>52</sup>

Yazarlardan *İnceoğlu* ise 6216 sayılı Kanun'un tarihsel yorumundan hareketle, bölümlerin itiraz yoluyla bir normun anayasaya aykırılık sorununun çözülmesi için Genel Kurula gönderemeyeceği sonucuna ulaşılabilse de tarihsel yorumun anayasa yargısında tek başına belirleyici olamayacağını belirtmektedir. Yazara göre, sistematik ve amaçsal yorumlarla Anayasa m. 148/3 ve m. 152'nin birlikte ele alınması durumunda, uluslararası insan hakları hukukuna uyum gözetilerek itiraz yolunun işletilebilmesi mümkündür. Bu yolun açılarak bölümlerin ön sorun yoluyla Genel Kuruldan gelecek kararı beklemesi, alt mahkemelerin itiraz yoluna başvurmalarına kıyasla zamansal bakımdan ve işgücü bakımından ekonomik, bölüm ve Genel Kurul arasında çıkması olası karar çatışmalarını önlemek bakımından daha tutarlı

<sup>51</sup> Fazıl Sağlam, “Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, **Demokratik Anayasa- Görüşler ve Öneriler** içinde (Der. Ece Göztepe, Aykut Çelebi), İstanbul: Metis Yayınları, 2012, s. 443. Yazar, dolambaçlı olduğunu kabulle birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırı norma dayanarak yapılan işlemin hak ihlali yarattığını tespit etmesi, bu tespit üzerine davaya yeniden bakacak olan mahkemenin, yasanın iptalini sağlamak üzere Anayasa Mahkemesi'ne başvurmasının daha uygun bir çözüm olduğunu belirtmektedir. (**İbid.**)

<sup>52</sup> Yusuf Şevki Hakyemez, “Yetki AYM’de Değil, AYM’dedir”, <http://www.hukukajansi.com/m/?id=2769>. (erişim tarihi: 13.06.2016)

sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Yazara göre, bölüm tarafından itiraz yoluna başvurması için dosyanın geri gönderilmesi alternatifini hem dolambaçlı bir yoldur, hem de bölüm dosyayı alt mahkemeye geri gönderme kararı ile birlikte ihlal kararı da vermiş olduğundan Genel Kuruldan çıkacak bir anayasaya aykırılığın reddi ihtimali de ortaya çıkabilecektir.<sup>53</sup>

Bireysel başvuru davalarında, uyuşmazlığa bir kanunun uygulanarak uyuşmazlığın çözüldüğü bir yargılama yapılmamaktadır, bireysel başvuru kendine has bir dava türüdür. Bireysel başvuru incelemesinde bireysel başvurunun yapılmasından önceki dava sürecinde de çözülmeye çalışıldığı üzere kamu gücünün işleminden veya ihmalden dolayı bir anayasal hakkın ihlal edilip edilmediği değerlendirilmekte, ihlal tespit edildiğinde yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilmektedir. Dolayısıyla bireysel başvuru davasında önceki dava süreçlerinden bağımsız bir yargılama yapılmamaktadır. Bu yönüyle bireysel başvuru incelemesini yapan bölümün davaya bakmakta olan mahkeme sıfatını taşımadığı söylenemeyecektir. Ayrıca anayasal hakkı ihlal eden kamu gücünün doğrudan yasa koyucu olması durumunda norm iptal edilmeden bölümce ihlal kararının verilmesi ve yeniden yargılamaya hükmedilmesi sorunu çözmektedir. Bölüm, bakılmakta olan davanın sonucunda bireylerin anayasal hakkının iadesini amaçladığından, söz konusu normun nasıl ele alınması gerektiği üzerinde de karar verecektir.<sup>54</sup> Dolayısıyla, burada anayasaya aykırılığı iddia edilen norm, Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında yapmış olduğu davada uygulanacak norm tanımına da uyacak şekilde,<sup>55</sup> bölümün vereceği kararda

<sup>53</sup> Sibel İnceoğlu, "Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime: İHAS'a Uyum Işığında Bir Değerlendirme", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 30, 2013, s. 94.

<sup>54</sup> Anayasa Mahkemesi *Sevim Akat Eşki* başvurusunda yasa maddesinin mahkemelerce nasıl ele alınması gerektiğini değerlendirmiş, İHAS'ın Anayasa m. 90 çerçevesinde uygulanmak suretiyle yasa maddesinin ihmal edilmesi zaruretini dile getirmiştir. (*Sevim Akat Eşki* başvurusu, Başvuru no. 2013/2187, 19.12.2013, para. 44-49.)

<sup>55</sup> Anayasa Mahkemesi bir kararında uygulanacak normu şu şekilde tanımlıyor: "*Uygulanacak yasa kuralları ise, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır*" (E. 2010/66, K. 2010/91, K.T. 22.09.2010, R.G. Tarih-Sayı: 30.12.2010/27801. Aynı yönde diğer bir karar için bkz. E. 2010/8, K. 2010/35, K.T. 25.02.2010). Mahkemenin daha geniş şekilde yaptığı bir tanıma göre ise, "*Davada uygulanacak yasa kuralı kavramı, bir davanın her evresinde ele alınan sorunların çözümünde, davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönden dayanılacak, davayı etkileyecek yahut tarafların sav ve savunmaları doğ-*

gözetilmesi gereken, davaya olumlu ya da olumsuz etki yapacak nitelikte bir normdur. Sonuç olarak Anayasa m. 152’de öngörülen şartların varlığı nedeniyle bölümler itiraz yolunu işletebilmelidir. Seçim barajını düzenleyen 2839 sayılı Kanun’un 33. maddesi de böyle bir yorumla Genel Kurula gönderilip anayasaya aykırılık sorunu çözülebilirdi.

### **C. Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuruda Bulunulamayacağı Gerekçesiyle Verdiği Konu Bakımından Yetkisizlik Kararı**

YSK kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunulup bulunulamayacağı sorunu, 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesinin üçüncü fıkrasında Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvuru konusu yapılamayacağına ilişkin hükümden kaynaklanmaktadır. Zira, Anayasa’nın 79. maddesinin ikinci fıkrasında YSK kararları aleyhine “başka bir mercie başvurulamayacağı” açıkça belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, *Atilla Sertel ve Oğuz Oyan* başvuruları hakkında YSK kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulamayacağı yönündeki kararlarını verinceye dek Anayasa’daki “başka bir mercie başvurulamaz” ifadesinin nasıl yorumlanabileceği konusunda çeşitli görüşler dile getirilmiştir. Doktrinde *Musa Sağlam*, 79. maddedeki “mercii” kavramının idari ve yargısal olanlar arasında ayırım yapmaksızın hepsini kapsayacak şekilde “başvurulacak makam” anlamına geldiğini ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’ni de kapsadığını ifade etmiştir. Yazara göre YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için bir anayasa değişikliği gereklidir. Bu bağlamda, Anayasa’nın 79. maddesinden YSK “kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz” hükmü kaldırılmalı ya da Anayasaya açıkça YSK “kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunulabilir” hükmü ilave edilmelidir.<sup>56</sup> *Kılıç* ise, YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yapılabileceği görüşündedir. *Kılıç*’a göre, doktrindeki çoğunluk görüşüne göre YSK kararları yargısal niteliktedir. 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesindeki “Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler” ifadesinden anla-

---

*rultusunda bir karar vermek için gözetilmesi gereken kuralları anlatmaktadır*”. (E. 1988/1, K. 1988/26, K.T. 30.06.1988, R.G. Tarih-Sayı: 26.11.1988/20001)

<sup>56</sup> Musa Sağlam, “YSK Kararları Bireysel Başvuru Konusu Olabilir Mi?”, **HUKAB**, Temmuz-Eylül 2012, S.2, Ankara, s. 39.

şılması gereken “yargı denetimi dışında bırakılan idari işlemler”dir. Aksi takdirde yargı işlemlerinin de yargı denetimi dışında bırakılması şeklinde bir anlamın çıkarılması mantıksız bir yaklaşım olacaktır. Yargı kararlarına karşı ancak bir üst yargı yolu kapatılabilir.<sup>57</sup> *Kılıç*’ın bir diğer gerekçesi de, bireysel başvurularda genel kuralın tüm kamu gücünün işlemlerine karşı bireysel başvuruda bulunulabilmesi olup, bu yolun istisnalarının dar yorumlanması gerekliliğine dayanmaktadır. Bu yüzden “başka bir merci” ifadesi, olağan hukuk yolları şeklinde yorumlanmalı, kendine özgü istisnai bir yol olan bireysel başvurularda görevli Anayasa Mahkemesi bu ifadenin kapsamında anlaşılmalıdır.<sup>58</sup> Son olarak *Kılıç*, YSK ile benzer konumda olan Sayıştay’ın bir kararına karşı yapılan bireysel başvuruda Sayıştay kararına karşı bireysel başvuruda bulunulabileceğini belirtmiştir. Sayıştay da, YSK gibi idari görevlerinin yanı sıra yargısal görevleri yerine getirmektedir. Ayrıca Anayasa’nın 160. maddesinde tıpkı YSK gibi Sayıştay kararlarının kesin olduğu ve bu kararlara karşı idari yargı yollarına başvurulamayacağı hüküm altına alınmıştır.<sup>59</sup> Bununla birlikte YSK dışında seçim uyuşmazlıklarını çözümlenme ve bunları karara bağlama hususunda yetkili olan il ve ilçe seçim kurullarının kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulabilir. 298 sayılı Kanun’da il ve ilçe seçim kurullarının kararlarının kesin olduğu ve bunların kararlarına karşı da başka bir mercie başvurulamayacağı düzenlenmiş olsa da, bu yasağın Anayasa’da değil kanunda düzenlenmiş olması sebebiyle il ve ilçe seçim kurullarının kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulmasının önünde bir engel yoktur.<sup>60</sup> *Akbulut*’a göre de, YSK eğer bir mahkeme olarak nitelendirilirse,<sup>61</sup> Anayasa’daki “başka bir mercie başvurulamaz” hükmü

57 Ayhan Kılıç, “Yüksek Seçim Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Yolu”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.3, C.1, Haziran 2014, s. 69.

58 **İbid.**, s. 70.

59 **İbid.**, s. 72.

60 **İbid.**, s. 70.

61 Anayasa Mahkemesi, 1992 yılında vermiş olduğu bir kararında “mahkeme” kavramını dar anlamda mahkeme (*court*) olarak yorumlamış, YSK ve ilçe seçim kurullarının Anayasa’nın yargı bölümünde düzenlenmedikleri, yargı organlarının sahip olması gerekli anayasal niteliklerin hepsine sahip olmadıkları nedeniyle Mahkeme sayılamayacaklarına hükmetmişti. (E. 1992/12, 1992/7, K.T. 18.2.1992, R.G. Tarih-Sayı: 13.05.1992/21227) Anayasa Mahkemesi 2014 yılında vermiş olduğu bir bireysel başvuru kararında ise; ilçe seçim kurullarını, seçim uyuşmazlıkları hakkında uyuşmazlıkları esastan çözerek karara bağladığı, ilçe seçim kurulu başkanının HSYK tarafından ataması yapılmış, Anayasa’da güvence altına alınmış

“Kurulun kararlarına karşı temyiz yolu yoktur” şeklinde anlaşılabilir ve mahkeme kabul edilen YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yolu açılabilir.<sup>62</sup>

Anayasa Mahkemesi, YSK kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunamayacağı gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulduğu *Atilla Sertel* ve *Oğuz Oyan* başvurularında, Anayasa'nın 79. maddesindeki “Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.” ibaresi ile 298 sayılı Kanun'un 132. maddesinde geçen “Kurulun kararı kesindir. Aleyhinde hiçbir mercie ve kanun yoluna başvurulamaz.” hükmünü birlikte değerlendirmiş, anılan hükümlerde geçen “merci” ifadesinin başvurulacak idari ve yargısal tüm yer ve makamların ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin de dahil olduğu sonucuna varmıştır.

*Atilla Sertel* kararında<sup>63</sup> iki karşı oy yazısı bulunmaktadır. *Oğuz Oyan* kararında<sup>64</sup> da yinelenen karşı oy yazılarından ilkinde, ilk olarak, “başka bir

---

olan hakimlik bağımsızlığı ve teminatından faydalanan bir hakim olduğu ve yargılamadan önce kanunla kurulduğu, yetki ve yargılama yöntemlerinin kanunla belirlendiği gerekçeleriyle “yargı yeri” olarak kabul etmiştir. (*İsmail Taşpınar* başvurusu, Başvuru No. 2013/3912, 6.2.2012) Anayasa Mahkemesinin bu kararında mahkeme kavramını geniş anlamda mahkeme (*tribunal*) olarak yorumladığı görülmektedir. Bununla birlikte belirtilmelidir ki; söz konusu bireysel başvuru adil yargılanma hakkı kapsamında yapılmış, Mahkeme de adil yargılanma hakkında bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesinin ilçe seçim kurulları için de ileri sürülüp sürülemeyeceğini değerlendirmiştir.

<sup>62</sup> Akbulut, **op.cit.**, s. 555.

<sup>63</sup> *Atilla Sertel* başvurusunun konusu, başvuruçunun Basın İlan Kurumu genel kurul üyeliğinin bir kamu görevi olduğu kabul edilerek bu görevden ayrılması nedeniyle milletvekili adaylığının YSK tarafından iptal edilmesi işleminin seçilme hakkını ihlal ettiği iddiası hakkındadır. (*Atilla Sertel* başvurusu, Başvuru No. 2015/6723, 14.7.2015)

<sup>64</sup> *Oğuz Oyan* başvurusunda başvuruçucu 7 Haziran 2015 tarihinde yapılan genel seçimlerin öncesinde Cumhurbaşkanının konuşmalarında cumhurbaşkanının tarafsızlığına aykırı içerikte olması sebebiyle basında yer almaması gerektiğine ilişkin talebin YSK tarafından yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesinin seçme ve seçilme hakkını ihlal ettiği iddiasındadır. (*Oğuz Oyan* başvurusu, Başvuru No. 2015/8818, 14.7.2015) Yazarlardan *Yılmaz*, YSK'nın böyle bir başvuruda yetkili olacağı görüşündedir. Yazara göre bunun yöntemi, somut olayda başvuruçunun dile getirdiği şekilde konuşmaların belirli bölümlerinin yayımlanmaması değil, medyada seçim yarışında olan aktörlerin eşit olarak kendilerini halka anlatma süresinin hesaplanmasıdır. Buna göre; YSK, Radyo Televizyon Üst Kurulu eliyle yayınları içerik açısından değil ancak süre açısından denetleyebilecek ve haksız uzunluktaki sürelerin kısaltılması için tedbirler alabilecek, eşit sürelerle yayın yapıldığının tespit edildiği durumda

mercie başvurulamaz” hükmünün kapsamına bireysel başvuru yolunu dahil etmenin anayasa koyucunun amacına ve tarihsel yorum yöntemine uygun olmadığı vurgulanmıştır. Zira Anayasa m. 79/2’deki hüküm 1982 Anayasası kabul edildiğinden beri mevcuttur. Bireysel başvuru yolu ise 2010 yılındaki bir anayasa değişikliği ile kabul edilmiştir. Bu sebeple de anayasa koyucunun 79. maddedeki “başka bir mercie” başvurulamayacağını kabul ederken, 2010 yılında kabul edilecek bir hukuki yolu düşünüp bunun kapsamına bireysel başvuru ve Anayasa Mahkemesi’ni de dahil etmek istediği şeklinde yorum yapılması mümkün olmamalıdır. Karşı oy yazısında değinilen noktalardan bir diğeri de Anayasa Mahkemesi’nin daha önce ilçe seçim kurulu kararlarına karşı bireysel başvuru yapılabileceği yönünde vermiş olduğu karara dayanmaktadır.<sup>65</sup> YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yapılamayacağını kabulü durumunda, ilçe veya il seçim kurulu kararlarına karşı YSK’ya itiraz yolu öngörülme hallerde, söz konusu kurulların kararlarına karşı YSK’ya başvurulmayacağından bireysel başvuruda bulunulabilecek, bu kurulların kararlarına karşı YSK’da itiraz yolunun açık olduğu hallerde ise bireysel başvuru mümkün olmayacaktır. Bu da seçme ve seçilme hakkı bakımından anlamı olmayan bir ayırım yaratmış olacaktır. İkinci karşı oy yazısında ise; YSK kararları bakımından Kurulun seçimlerin yönetimine ilişkin kural ve birel işlem niteliğinde verdiği kararlar ile seçim uyumsuzluklarının çözümüne ilişkin yargısal nitelikteki kararları olarak ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre; Anayasa m. 79/2’deki “başka bir mercie başvurulamaz” kuralının amacı, YSK’nın idari nitelikteki kararlarının yargı denetimi dışında tutulmasını sağlamaktır. Aksi takdirde YSK’nın oy pusulalarının, zarfların ve mühürlerin temini de dahil, seçimlerin yönetimine ilişkin tüm işlem ve eylemlerine karşı Anayasa’nın 125. maddesi kapsamında yargı yolunun açık olması gerekecek ve seçimler doğası gereği belirlilik ve süratli bir süreç içerisinde gerçekleştirilemeyecektir. YSK’nın yargısal nitelikteki kararlarının ise Anayasa’nın 79. maddesi kapsamında bulunduğu söylenemez. Zira yargısal işlev yerine getiren kurulun kesin nitelikteki kararlarına karşı başka bir mercie başvurulmaması, yargı kararlarının doğasından kaynaklanmaktadır. Nitekim bireysel başvuru yolunun kabulünden önce Anayasa’nın 154. ila 157. maddelerinde

---

ise idari para cezasına hükmedebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Didem Yılmaz, “Seçim Döneminde Cumhurbaşkanının Konuşmalarının Yüksek Seçim Kurulu Tarafından Denetimi ve Bireysel Başvuru Yolu”, **TBB Dergisi**, 2016 (122), ss. 47-72.

<sup>65</sup> İsmail Taşpınar başvurusu, para 14 vd.

düzenlenen Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kararlarına karşı da kendi görev alanlarında en üst derece mahkemeleri olmaları nedeniyle herhangi bir mercie başvurulamıyordu. Bu yüzden seçim yargısının en üst derece mahkemesi olan YSK'nın yargısal nitelikteki kararları ile sözü edilen yüksek mahkemelerin kararları arasında bir farklılık bulunmaması dolayısıyla, YSK'nın bu türden kararlarına karşı bireysel başvuru yolu açıktır.

Anayasa Mahkemesi'nin YSK kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulmayacağı yönündeki kararı doktrinde *Yılmaz* tarafından anayasaya uygun bir yorum yapılmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. İlk olarak, Anayasa'nın 79. maddesindeki “YSK'nın kararları aleyhine başka mercie başvurulamaz.” hükmünün 298 sayılı Kanun'un 132. maddesindeki “hiçbir mercie başvurulamaz” hükmü ile birlikte değerlendirerek Anayasa Mahkemesi'ni de kapsayacak şekilde değerlendirilmesinin anayasanın üstünlüğü prensibine uymadığı ifade edilmiştir. Zira, buradaki “merciin” hangi merci olduğu 298 sayılı Kanun hükmüne göre değil, Anayasa'nın bütününe göre anlamlandırılmalıdır. Yazar, Anayasa'nın bütününe bakıldığında da anayasa koyucunun yargı kısıntısı getirmek istediği her durumda, başvurulamayacak merciin yargısal niteliğinin açıkça ve özellikle belirttiğini vurgulamıştır.<sup>66</sup> Dolayısıyla, yazara göre eğer anayasa koyucu, YSK kararlarına karşı da yargı yolunu kapatmış olsaydı 79. maddede diğer maddelerde olduğu gibi yine bu merciin yargısal niteliğini açıkça belirtirdi. Bu sebeple Anayasa'nın 79. maddesindeki ifade YSK kararlarına karşı yargısal başvuruyu kapatacak şekilde yorumlanamaz, bu madde Anayasanın diğer maddeleri ile uyumlu olarak yargı erki dışındaki bir kuruma gönderme yapmaktadır.<sup>67</sup> Yazarın Anayasa Mahkemesi'nin kara-

<sup>66</sup> Örneğin Anayasa'nın 105. maddesinin ikinci fıkrasında cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı kararlarına ve emirlerine karşı Anayasa Mahkemesi dahil, “yargı mercilerine” başvurulmasının önü kapatılmıştır. Aynı şekilde, Anayasa'nın 159. maddesinde HSYK'nın istisnai kararları dışında tüm kararlarına karşı “yargı mercilerine” başvurulamayacağı açıkça belirtilmiştir.

<sup>67</sup> Yazara göre, burada özellikle yasama organı kastedilmektedir. Şöyle ki; seçim kurullarını ilk kez kuran 1950 tarihli 5545 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'na göre, YSK'nın tutanaklara ilişkin yapılan itirazlar üzerine verdiği kararlar kesin değildi, bu kararlara karşı TBMM'ye başvuru yapılabiliyordu. 1954 yılında yapılan bir anayasa değişikliği ile bu duruma son verilmiştir. 298 sayılı Kanun da YSK kararlarının kesin olduğu ve kararlarına karşı başka bir mercie başvurulamayacağını düzenlemiştir. (Yılmaz, **op.cit.**, s. 70.)

rına karşı bir diğer argümanı da, Anayasa Mahkemesi'nin yorumladığı şekliyle kabul edildiği takdirde YSK kararlarının bireysel başvuru kapsamından çıkarılması sebebiyle bireylerin seçme seçilme haklarının ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapamayacakları sonucunun ortaya çıkacak olmasıdır. Oysa ki, Anayasa koyucu YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun kapalı olmasını isteseydi, 2010 yılındaki değişiklikte bireysel başvurunun istisnası olarak açık bir düzenleme getirirdi.<sup>68</sup>

Kanımızca da Yüksek Seçim Kurulu'nu düzenleyen Anayasa'nın 79. maddesinin birinci fıkrasında “seçimler yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır” ifadesine yer verilmiş olması YSK'nın yargı organı olma özelliğine işaret etmektedir. Öte yandan YSK üyelerinin Yargıtay, Danıştay tarafından ve kendi üyeleri arasından seçiliyor olması da onun yargısal bir kurul olma özelliğini göstermektedir.<sup>69</sup> Bu bağlamda Anayasa'nın 79. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm, YSK'nın, kararları yargı denetimine kapalı bir idari kurul olduğunu değil, kararlarına karşı temyiz yoluna gidilmesinin mümkün olmadığı, nihai kesin hükmü veren bir mahkeme olma özelliğini teyit etmektedir. Tıpkı Danıştay ve Yargıtay kararlarına karşı başka bir mercie başvurulamaması gibi, YSK kararlarına da karşı başka bir mercie başvurulamamaktadır. Dolayısıyla Yargıtay ve Danıştay karar verdikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabildiğine göre, YSK'nın kararından sonra da bireysel başvuruda bulunmak mümkün olmalıdır. Anayasa Mahkemesi, yukarıda açıklanan YSK kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulamayacağı yönündeki içtihadını değiştirmedeği takdirde seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlali iddiaları 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesi sebebiyle bireysel başvuruya konu olamayacak, bu sebeple de serbest seçim hakkının ihlali iddiaları doğrudan İHAM tarafından çözüme bağlanacaktır.

<sup>68</sup> Yılmaz, *op.cit.*, ss. 68-71.

<sup>69</sup> İç hukukta idari bir kurul olarak veya bir mahkeme olarak düzenlenmiş olmasına bakılmaksızın, İHAM içtihatlarına göre karar veren organın “mahkeme” sayılabilmesi için yargısal işlev yerine getirmesi ve hukuken öngörülmuş bir usul izlemesi ve devletin zor kullanma yetkisi dahilinde yerine getirilmesi zorunlu ve bağlayıcı kararlar alabilme yetkisine sahip olması gereklidir. Mahkeme olarak nitelendirilebilmesi için, bu organın önüne gelen uyuşmazlığı hem maddi hem hukuki açıdan inceleme yetkisine sahip olması ve bu uyuşmazlığı kesin olarak karara bağlaması gerekmektedir. (Sibel İnceoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul: Beta Yay., 2004, ss. 79-82.)



## D. Tutuklu Milletvekillerin Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkına İlişkin Verdiği Kararlar

Parlamentar demokraside halk ile yönetim arasındaki bağlantıyı ve parlamentonun siyasi meşruiyetini, demokratik usul ve esaslara göre belirlenen seçimler aracılığıyla halkın temsilcisi olarak seçilen milletvekilleri gerçekleştirirler. Seçilme hakkı, sadece seçimlerde aday olma hakkını değil, aynı zamanda seçildikten sonra milletvekili olarak parlamentoda bulunma hakkını da içermektedir. Bu da hiç kuşkusuz, kişinin seçildikten sonra milletvekili sıfatıyla temsil yetkisini fiilen kullanabilmesini gerektirir. Bu bağlamda seçilmiş milletvekilinin yasama faaliyetine katılmasına yönelik müdahale, sadece onun seçilme hakkına değil, aynı zamanda seçmenlerin serbest iradelerini açıklama hakkına da yönelik bir müdahale teşkil edebilir. İHAM, milletvekili-seçmen ilişkisinden hareketle, ifade özgürlüğünün halkın seçilmiş temsilcileri için özellikle önemli olduğunu, zira milletvekilinin seçmeni temsil ettiğini, onların taleplerine dikkat çekerek menfaatlerini savunduğunu, dolayısıyla muhalif bir milletvekilinin ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin daha sıkı bir denetimi gerektirdiğini vurgulamıştır.<sup>70</sup>

Bu çalışmanın yapıldığı tarihe kadarki süreçte, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi faaliyette bulunma hakkına ilişkin vermiş olduğu kararlarının tümü esas incelemesi sonucunda verdiği kararlardır. Bu kararların neredeyse tamamı tutuklu yargılanmakta olan milletvekillerinin tahliye taleplerinin ilgili mahkemelerce reddedilmesi ve dolayısıyla milletvekilliği görevlerini yerine getirememesi ile ilgili olarak verilmiştir.<sup>71</sup> Mahkeme'nin bu kararlarında yaptığı değerlendirmeler birebir aynı olduğundan, bu kararlar bakımından toplu bir inceleme yapılacaktır.

Anayasa'nın 83. maddesi ile milletvekillerinin hiçbir baskı ve tehdit altında kalmadan serbestçe yasama faaliyetlerini yürütebilmeleri için yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı kurumları düzenlenmiştir. Yasama sorumsuzluğu ile milletvekillerine yasama faaliyetleri sırasındaki oy, söz ve

<sup>70</sup> *Castells v. İspanya*, Başvuru No. 11798/85, 23.12.1992, para 42.

<sup>71</sup> *Mehmet Haberal* başvurusu, Başvuru No. 2012/849, 4.12.2013; *Mustafa Ali Balbay* başvurusu, Başvuru No. 2012/1272, 4.12.2013; *Gülser Yıldırım* başvurusu, Başvuru No: 2013/9894, 2.1.2014; *İbrahim Ayhan* başvurusu, Başvuru No. 2013/9895, 2.1.2014; *Faysal Sariyıldız* başvurusu, 2014/9, 3.1.2014; *Kemal Aktaş ve Selma Irmak* başvurusu, Başvuru No. 2014/85, 3.1.2014.

düşünceleri nedeniyle mutlak bir bağımsızlık tanınmıştır. Yasama dokunulmazlığı yoluyla da milletvekillerinin işledikleri iddia edilen suçlar nedeniyle tutulma, tutuklanma, sorgulanma ve yargılanmaya karşı, yasama faaliyetlerine aksatma olmadan katılmaları güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Bu güvenceler, milletvekillerine tanınan bir ayrıcalık ya da imtiyaz olmaktan ziyade, temsil ettikleri seçmenlerin görüş ve düşüncelerinin siyasal alanda yansıtılmasını sağlamaya yönelik koruyucu tedbirlerdir.<sup>72</sup>

Bununla birlikte, Anayasa'nın 83. maddesinde yasama dokunulmazlığına bazı istisna ve sınırlamalar getirilmiştir. Dokunulmazlık bir kere görev süresi ile sınırlıdır. Yine bu süre içerisinde, seçimden önce veya sonra herhangi bir suç işlediği iddiasıyla milletvekilinin dokunulmazlığının Meclis kararıyla kaldırılabilmesi mümkündür. Ayrıca, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ile seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar ("devletin bütünlüğüne yönelik eylemler")<sup>73</sup> dokunulmazlık kapsamı dışında tutulmuştur.

Siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda başvuruçuların tümü, milletvekili seçilmelerinden (12.06.2011) önce soruşturulmasına başlanan, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamındaki bir suçtan dolayı tutuklu olarak yargılanmaktadırlar. Bu yönüyle, sürmekte olan yargılama ve başvuruçuların tutukluluk hali milletvekili seçilmelerine engel teşkil etmemiştir. Bu yönüyle seçilme haklarına bir müdahale yoktur. Başvuruçular milletvekili seçildikten sonra Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında güvence altına alınan "*tutuklanan kişilerin ... soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır*" hükmüne dayanarak tahliye talebinde bulunmuşlar, ancak bu talepleri, başvuruçuların yargılandıkları suçların 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan suçlardan olması ve adli kontrol tedbirinin yetersiz kalacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvuruçular bu sebeple, Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile bağlantılı olarak 67. maddede güvence altına alınan serbest siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler.

<sup>72</sup> E. 2997/73, K. 1997/73, K.T. 30.12.1997, R.G. Tarih-Sayı: 06.05.1998-23334.

<sup>73</sup> Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2014, s. 460.

Anayasa Mahkemesi, milletvekillerinin toplumdaki farklı siyasi görüşlerin temsilcileri olduklarını, serbest seçimlerle halk adına karar alma yetkisi verilen milletvekillerinin asli görev alanının parlamento olduğunu ve bu yüzden de sahip oldukları görev alanının üstün kamusal yarar içerdiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre; her ülke, kendi koşullarına göre, yasalar ile siyasi faaliyetlere sınırlamalar getirebilse de, aslolan halkın siyasi iradesinin engellenmemesi ve hakkın özüne dokunulmamasıdır. Aksi halde ölçüsüz müdahaleler, seçmen iradesinin parlamentoya yansımalarını engelleyecektir.

Başvurucular, milletvekili seçildikten sonra tahliye edilmemelerinden dolayı Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde yemin edememiş ve fiilen milletvekilliği görevlerini yerine getirememişlerdir. Anayasa Mahkemesi'ne göre tutuklamanın devamına karar verilirken, davanın genel durumu yanında, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun da dikkate alınması ve tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi zorunluluğu doğmaktadır. Yüksek Mahkeme, somut olaylarda, tahliye istemlerinin reddine karar veren mahkemelerin başvurucuların kişisel durumunu yani milletvekili seçilmiş olmalarını dikkate almadan bu karara vardıklarını tespit etmiştir. Sonuç olarak da bu şekilde alınan tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda, başvurucuların seçilme ve temsil hakkıyla yargılamanın tutuklu olarak sürdürülmesindeki kamu yararı arasındaki dengenin gözetilmediği gerekçesiyle seçilme ve milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik yapılan bu ağır müdahaleleri ölçüsüz ve demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'ne tutuklu yargılanan milletvekillerinin siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bu başvurular dışında, bir bireysel başvuru da, hakkında mahkumiyet kararı bulunan bir milletvekiline adli kontrol tedbiri olarak yurt dışına çıkma yasağının uygulanmasından dolayı siyasi faaliyette bulunma yasağının ihlal edildiği iddiasıyla yapılmıştır.<sup>74</sup> Başvurucu, parlamento çalışmalarının sadece parlamento içi ile sınırlandırılmayacağını, aynı zamanda yurt içinde ve yurt dışında da parlamenter faaliyet gerçekleştirebileceğini, kendisine uygulanan yurt dışına çıkış yasağının siyasi faaliyette bulunma hakkını engellediğini iddia etmiştir.

Başvurucu, PKK silahlı terör örgütü üyesi olmak suçlamasıyla tutuklu olarak yargılanmasına devam edildiği sırada milletvekili seçilmesi nedeniyle,

<sup>74</sup> *Sebahat Tuncel* başvurusu, Başvuru No. 2012/1051, 20.02.1014.

kaçma şüphesinin kalmadığı gerekçesiyle tahliye edilmiştir. Başvurucunun tahliyesine karar verildiği sırada henüz bir mahkumiyet kararı bulunmamaktadır. Daha sonraki bir tarihte ilk derece mahkemesinin kararıyla, yasadışı terör örgütü üyesi olmak suçunu işlediği sabit olduğu gerekçesiyle 8 yıl 9 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir. İlk derece mahkemesi, mahkumiyet kararından sonra başvuru hakkında, bu cezanın infazının sağlanması amacıyla, yurt dışına çıkma yasağı tedbirine karar vermiştir. Bu tedbirin gerekçesi olarak da, hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezanın süresi ve kararın kesinleşmesi halinde başvurucunun cezaevinde kalacağı bakiye sürenin uzunluğu ve başvurucunun silahlı terör örgütü üyesi olmaktan cezalandırılmış olması gösterilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu başvuruda müdahalenin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun adli kontrol başlıklı 109. maddesine dayandığını ve kanunilik ölçütünü karşıladığı, söz konusu tedbirin suçluların cezalandırılmasına yönelik önlemlerin bir parçası olarak da meşru amaç taşıdığına hükmettikten sonra, söz konusu müdahaleyi demokratik toplum düzeninin gereklilikleri ve ölçülülük kriteri bakımından incelemiştir.

Anayasa Mahkemesi, mahkemelerin milletvekili seçilen kişiler hakkında da yurt dışına çıkma yasağı şeklinde koruma tedbirine karar verirken, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan, korunması gereken bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerektiğini vurgulamıştır. Somut olayda, ilk derece mahkemesi önce yargılaması esnasında milletvekili seçilen başvurucunun kaçma şüphesinin ortadan kalkması sebebiyle tahliyesine karar vermiş, daha sonra mahkumiyet kararı vermekle birlikte, başvurucuya hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezanın süresi ve kararın kesinleşmesi halinde başvurucunun cezaevinde kalacağı bakiye sürenin uzunluğu ve başvurucunun silahlı terör örgütü üyesi olmaktan cezalandırılmış olması gerekçesiyle adli kontrol tedbirinin uygulanmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, alt mahkeme mahkumiyet kararı ile yurt dışına çıkma yasağı şeklindeki koruma tedbiri arasında yeterli nedensellik ilişkisi kurmuştur. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, müdahalenin yurt dışına çıkamamaktan ibaret olması dolayısıyla başvurucunun milletvekilliği görevlerini yapmaya devam edebilmesini de dikkate alarak, demokratik toplumun gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun bir müdahale olduğuna ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

## Sonuç

İHAS 1 No'lu Ek Protokol'ün 3. maddesindeki düzenleme bu hakkı yasma organı seçimleri ile sınırlı tutmuş olsa da, Anayasa'daki seçme, seçilme ve serbest siyasi faaliyette bulunma hakkı tüm seçimler için güvence altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kendini İHAS'taki düzenleme ile bağlı görmesi kanımızca doğru değildir. Anayasa m. 148/3 ve 6216 sayılı Kanun m. 45/1'deki hüküm, bireysel başvurunun konusu yapılabilecek hakların kategorik olarak hangi haklar olacağı konusunda geçerli olmalı, Anayasa'da hakkın norm alanı daha geniş tutulmuşsa, iç hukuktaki geniş düzenleme esas alınmalıdır. Sözleşme'nin 53. maddesinde belirtilen Sözleşme hükümlerinden hiçbirinin, taraf devletin yasalarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanmayacağına ilişkin hüküm de bu çıkarımı desteklemektedir.

Serbest seçim hakkı mutlak olmayıp kanunla olmak kaydıyla, meşru amaç doğrultusunda, demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olarak sınırlandırılabilir. Serbest seçim hakkının sınırları bakımından İHAS ile Anayasa arasında tam bir uyumun olmadığı görülmektedir. Bu hak bakımından asıl sorun hukukumuzdaki sınırlamaların yasayla getirilmiş sınırlamalardan ziyade anayasal yasaklardan kaynaklanmasıdır. Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa ile İHAS arasındaki uyumsuzluğun olduğu bir konuda bir bireysel başvuru yapılması durumunda ne yönde karar vereceği merak konusudur. Zira, Anayasa'nın 90. maddesi karşısında temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme ile Anayasa'nın çatışması durumunda Mahkemenin uluslararası sözleşme hükmünü mü, yoksa Anayasa'nın hükmünü mü uygulayacağı özellikle anayasa değişikliğinin yapıldığı 2004 yılından bu yana doktrinde tartışma konusu olmuştur. Mahkemenin Anayasa hükmünü esas alması durumunda, İHAS ile uyumluluğun sağlanması adına bir anayasa değişikliğinin yapılması gerekecektir. Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin yakın bir tarihte önüne gelen itiraz davasında vermiş olduğu 5237 sayılı Kanun'daki mahkumların seçme ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakılmalarına yönelik kategorik sınırlandırma getiren hükmün iptali kararı İHAM içtihatlarıyla da uyumlu yerinde bir karardır.

Seçim barajına ilişkin başvuruda konu bakımından yetkisizlik kararı ile kabul edilemez bulunmak yerine, İHAM'ın da birçok kararında kabul ettiği

üzere, Anayasa Mahkemesi tarafından potansiyel mağdur statüsü üzerinden bir inceleme yapılması ve diğer kabul edilebilirlik şartlarının araştırılması kanımızca daha doğru bir yaklaşım olurdu.

Seçim barajına ilişkin yapılan bireysel başvuru incelemesinde, 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu'nda düzenlenen seçim barajına ilişkin hükmün anayasaya aykırı olabileceği görüşünde olan bölüm tarafından anayasaya aykırılık sorununun çözülmesi için ön sorun yaratılarak itiraz yoluyla Genel Kurula göndermesi de mümkün olabilirdi. Doktrinde bölümlerce itiraz yolunun işletilebilmesinin Anayasa m. 152'deki davaya bakmakta olan mahkeme ve davaya uygulanacak normun varlığı şartlarının mevcut olmadığı gerekçesiyle hukuken mümkün olmadığına ilişkin görüşler bulunmaktadır. Kanımızca, bireysel başvuru davasında kendine özgü nitelikleri de dikkate alındığında başvurunun öncesinde gerçekleşen dava sürecinden tamamen bağımsız bir yargılama yapılmamaktadır. Zira bireysel başvuru davası, daha önce gerçekleşen dava sürecinin sonucunda meydana gelen bireylerin anayasal hakkının iadesini amaçlamaktadır. Anayasa Mahkemesi bu amaç doğrultusunda başvuru konusu işlemin yasal dayanağının alt mahkemece nasıl ele alınması gerektiğine de hükmedebilmekte, bu hüküm de dosyanın yeniden yargılama yapılmak üzere gönderildiği alt mahkemenin baktığı davada olumlu veya olumsuz etkide bulunabilecek bir nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla davaya uygulanacak normun bulunmadığından bahsedilemeyecektir. Ayrıca sistematik ve amaçsal yorum yapılarak Anayasa'nın 148/3 ve 152. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde itiraz yolunu mümkün kılan bir uygulama ile uluslararası insan hakları hukukuna uyum gözetilmiş olacak usul ve işgücü açısından ekonomik sonuçlar doğacaktır. Öte yandan, yasama işlemlerine ve idarenin düzenleyici işlemlerine ilişkin bireysel başvuruda bulunmayı yasaklayan 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin üçüncü fıkrasının kaldırılması sorunu çözebileceği düşünülen bir diğer adımdır.

Anayasa Mahkemesi'nin YSK kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulamayacağı yönünde verdiği kararının ardındaki tartışma, 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinde düzenlenen Anayasa'nın yargı denetimine kattığı işlemler bakımından bireysel başvuruda bulunmayı yasaklayan hükmünden kaynaklanmaktadır. Zira Anayasa'nın 79. maddesinde YSK kararlarına karşı başka bir mercie başvurulamayacağı belirtilmiştir. Kanımızca Anayasa m. 79 hükmü YSK'nın seçim yargısında en üst yargısal makam olma özelliğine işaret etmekte, tıpkı Danıştay, Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi,

Askeri Yargıtay gibi diğer yüksek mahkemelerin kararlarına karşı başka bir mercie başvurmanın mümkün olmaması gibi YSK kararlarına karşı da başka bir mercie başvurulamayacağını teyit etmektedir. Dolayısıyla anılan yüksek mahkeme kararlarına karşı bireysel başvuruda bulunulabildiğine göre YSK kararlarına karşı da bireysel başvuru yolunun açık olması gereklidir. “*Başka bir mercii*” ifadesi olağan kanun yolları şeklinde anlaşılmalıdır. Anayasa Mahkemesi YSK kararlarının bireysel başvuru konusu yapılmayacağı yönündeki içtihadını değiştirmedeği takdirde serbest seçim hakkına ilişkin ihlaller bireysel başvuru yolu ile giderilemeyecek, İHAM önüne taşınacaktır.

Anayasa Mahkemesi’nin serbest siyasi faaliyette bulunma hakkına ilişkin verdiği kararlar ise kanımızca isabetlidir. Anayasa Mahkemesi, bu kararlarında, tutuklu yargılanan milletvekilleri ile hakkında mahkumiyet kararı olan milletvekilleri arasında ayırım yapmıştır. Serbest siyasi faaliyette bulunma hakkından sağlanan kamusal menfaat ile tutuklu yargılama sonucunda elde edilecek menfaat arasında bir denge testi uygulamış, sonuç olarak serbest siyasi faaliyette bulunma hakkının sağladığı kamusal menfaatin, demokratik toplum düzeninin gereklilikleri bakımından daha ağır bastığına karar vererek tutuklu milletvekillerinin tahliye taleplerinin reddini ihlal olarak değerlendirmiştir. Öte yandan, tahliye edilmiş olmakla birlikte hakkın da mahkumiyet kararı çıkan ve hapis cezasına çarptırılmış olan milletvekili hakkında uygulanan yurtdışına çıkma yasağı şeklindeki koruma tedbirinin, başvurucunun serbest siyasi faaliyette bulunma hakkını engelleyen ölçüsüz bir müdahale olmadığı gerekçesiyle hakkın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

## KAYNAKÇA

- Akbulut, Olgun**, “Serbest Seçim Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** (Ed. Sibel İnceoğlu), İstanbul: Beta Yayınları, 2013, ss. 543-555.
- Hakyemez, Yusuf Şevki**, “Yetki AYM’de Değil, AYM’dedir”, <http://www.hukukajansi.com/m/?id=2769> (erişim tarihi: 13.06.2016)
- Harris, D.J., O’Boyle, M., Bates, E.P.**, **Law of the European Convention on Human Rights**, New York: Oxford University Press, 2009.
- İnceoğlu, Sibel**, “Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime: İHAS’a Uyum Işığında Bir Değerlendirme”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 30, 2013, ss. 83-106.
- İnceoğlu, Sibel**, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, İstanbul: Beta Yay., 2004.
- Kılıç, Ayhan**, “Yüksek Seçim Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Yolu”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.3, C.1, Haziran 2014, ss. 39-81.
- Şirin, Tolga**, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, **MÜHF-HAD**, C.17, S.1-2, ss. 283-348.
- TBMM**, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı İle Anayasa Komisyonu Raporu(1/1993), 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasiyi/donem23/yil01/ss696.pdf> (erişim tarihi: 20.06.2016)
- Sağlam, Fazıl**, “Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, **Demokratik Anayasa- Görüşler ve Öneriler** içinde (Der. Ece Göztepe, Aykut Çelebi), İstanbul: Metis Yayınları, 2012, ss. 418-466.
- Sağlam, Musa**, “YSK Kararları Bireysel Başvuru Konusu Olabilir Mi?”, **HUKAB**, Temmuz- Eylül 2012, S.2, Ankara, ss. 38-39.
- Teziç, Erdoğan**, **Anayasa Hukuku**, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- Yılmaz, Didem**, “Seçim Döneminde Cumhurbaşkanı’nın Konuşmalarının Yüksek Seçim Kurulu Tarafından Denetimi ve Bireysel Başvuru Yolu”, **TBB Dergisi**, 2016 (122), ss. 47-72.
- Yılmaz, Zekeriya**, “Bir Suçtan Mahkumiyet Nedeniyle Seçme ve Seçilme Ehliyetinden Yoksunluk”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 6, S. 57, Mayıs 2011, ss. 32-39.



### **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları**

- A.D.Q. v. Belgium*, App. No. 1023/61, 18.9.1961.
- Ahmed and others v. UK*, Appl. No. 65/1997/849/1056, 02.09.1998.
- Alajoss Kiss v. Hungary*, Appl. No. 38832/06, 20.05.2010.
- Aziz v. Cyprus*, Appl. No. 69949/01, 22.6.2004.
- Booth-Clibborn and others v. UK*, App. No.11391/85, 5.7.1985.
- Boskoski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, (inadmissibility) Appl. No. 11676/04, 2.9.2004.
- Castells v. İspanya*, Başvuru No. 11798/85, 23.12.1992.
- Clerfayt, Legros and others v. Belgium*, App. No. 10650/83, 17.5.1985.
- Danoka v. Letonya* (Grand Chamber), Appl. No. 58278/00, 16.3.2006.
- Gorizdra v. Georgia*, App. No. 53180/99, 2.7.2002.
- Guliyev v. Azerbaijan*, (inadmissibility), Appl. No. 35584/02, 27.05.2004.
- Hirst v. UK (No: 2)* (Grand Chamber), Appl. No. 74025/01, 6.10.2005.
- İlıcak v. Turkey*, Appl. No. 15394/02, 05.04.2007.
- Malarde v. France*, App. No. 6813/99, 5.9.2000.
- Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, Appl. No. 9267/81, 2.3.1987.
- Matthews v. UK (Grand Chamber)*, Appl. No. 24833/94, 18.02.1999.
- Melnychenko v. Ukraine*, Appl. No. 17707/02, 19.10.2004.
- Molka v. Poland*, App. No. 56550/00, 11.4.2006.
- Nurminen and others v. Finland*, App. No. 27881/95, 26.2.1997.
- Paksas v. Lithuania* (Grand Chamber), Appl. No. 34932/04, 06.01.2011.
- Sadak and others v. Turkey (No.2)*, Appl. No. 25144/94, 26149/95-26154/95, 27101/95, 11.06.2002.
- Scoppola v. Italy (no.3)*, Appl. No. 126/05, 22.5.2012.
- Sitaropolos and Giakoumopoulos v. Greece*, (Grand Chamber), Appl. No. 42202/07, 15.3.2012.
- Yumak and Sadak v. Turkey* (Grand Chamber), Appl. No. 10226/03, 8.7.2008.
- Vito Sante Santoro v. Italy*, Appl. No. 36681/97, 01.10.2004) *Zdanoka v. Latvia* (Grand Chamber), Appl. No. 58278/00, 16.03.2006.
- X v. UK*, Appl. No. 7215/75, 5.11.1981.

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

E. 2002/38, K. 2002/89, K.T. 8.10.2002. R.G. Tarih-Sayı: 26.12.2002/24975.

E. 2008/80, K. 2011/81, K.T. 18.5.2011; R.G. Tarih-Sayı: 15.12.2011/28143.

E. 2012/128, K. 2013/7, K.T.10.1.2013. R.G. Tarih-Sayı: 27.07.2004/25535.

E. 2014/140, K. 2015/85, K.T. 8.10.2015, R.G. Tarih-Sayı: 24.11.2015-29542.

E. 2010/66, K. 2010/91, K.T. 22.09.2010, R.G. Tarih-Sayı: 30.12.2010/27801.

E. 2010/8, K. 2010/35, K.T. 25.02.2010.

E. 1988/1, K. 1988/26, K.T. 30.06.1988, R.G. Tarih-Sayı: 26.11.1988/20001.

E. 1992/12, 1992/7, K.T. 18.2.1992, R.G. Tarih-Sayı: 13.05.1992/21227.

E. 1997/73, K. 1997/73, K.T. 30.12.1997, R.G. Tarih-Sayı: 06.05.1998-23334.

*Ahmet Çalışkan* başvurusu, Başvuru No. 2014/11717, 4.11.2014, RG. Tarih-sayı: 13.1.2015-29235

*Atilla Kart ve Cumhuriyet Halk Partisi* başvurusu, Başvuru No. 2014/13634, 8.9.2014.

*Atilla Sertel* başvurusu, Başvuru No. 2015/6723, 14.7.2015.

*Büyük Birlik Partisi, Saadet Partisi, Demokratik Sol Parti* başvurusu, Başvuru No. 2014/8842, 6.1.2015.

*Faysal Sarıyıldız* başvurusu, Başvuru No. 2014/9, 3.1.2014.

*Gülser Yıldırım* başvurusu, Başvuru No: 2013/9894, 2.1.2014.

*Hakan Tezel* başvurusu, Başvuru No. 2014/16988, 8.9.2015, RG Tarihi-sayı: 27.10.2015-29515.

*İbrahim Ayhan* başvurusu, Başvuru No. 2013/9895, 2.1.2014.

*İsmail Taşpınar* başvurusu, Başvuru No. 2013/3912, 6.2.2012.

*Kemal Aktaş ve Selma Irmak* başvurusu, Başvuru No. 2014/85, 3.1.2014.

*Liberal Demokrat Parti* başvurusu, Başvuru No. 2014/11268, 23.7.2014.

*Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi* başvurusu, Başvuru No: 2014/5425, 23.7.2014.

*Mehmet Haberal* başvurusu, Başvuru No. 2012/849, 4.12.2013.

*Mehmet Yiğiner* başvurusu, Başvuru No. 2014/1944, 23.7.2014.

*Mustafa Ali Balbay* başvurusu, Başvuru No. 2012/1272, 4.12.2013.

*Mustafa Ekici* başvurusu, Başvuru No. 2014/13675, 8.9.2014.

*Muzaffer Gölen* başvurusu, Başvuru No. 2013/3430, 10.06.2015.

*Nejdet Atalay* başvurusu, Başvuru No. 2014/184, 16.07.2014.

*Oğuz Oyan* başvurusu, Başvuru No. 2015/8818, 14.7.2015.

*Sabri Ergül* başvurusu, Başvuru No. 2014/13625, 8.9.2014.

*Sebahat Tuncel* başvurusu, Başvuru No. 2012/1051, 20.02.1014.

*Sevim Akat Eşki* başvurusu, Başvuru no. 2013/2187, 19.12.2013.



# Modern Devlette İktidar Sorunu ve Demokratik Hukuk Devleti

Ar. Gör. Semih Batur KAYA\*

**Özet:** Demokratik hukuk devleti, ideal olana varma tırmanışında elde edilen çok değerli ve somut bir kazanımdır. Bununla birlikte yeryüzünde uygulanabilecek iyi bir yönetimin somut bir görünüm biçimi olarak demokratik hukuk devletinin çok değişkenli bir denklem niteliğinde olduğu söylenebilir. Dolayısıyla demokratik bir hukuk devleti basit ve tekil bir yapıya sahip değildir. İşte çalışmada bu ideale ulaşmak için üç esas adım öngörülmüştür. İlk olarak siyasi iktidar tekil ve hukuki bir olgu olmalı, devlete ayrı bir iktidar alanı açılmamalıdır. İkinci olarak devlet anayasacılık ve buna bağlı olarak gelişen erkler ayrılığı, hukuk devleti, çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisi bağlamında yapılanmalıdır. Üçüncü olarak bu şekilde tasarlanan devlet mekanizmasının işlerliği için güçlü ve etkin bir yargısal denge ve denetim aracı olarak anayasa yargısı yer almalıdır. Çalışmada devlet ve siyasi iktidar derinlik ve çelişkileri ile birlikte analitik bir yaklaşımla incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Devleti, çoğulcu demokrasi, özgürlük, siyasi iktidar, modern devlet olgusu.

## The Problem of Power in Modern State and Democratic State of Law

**Abstract:** Democratic state of Law is a pretty valuable and concrete acquirement gained through the climb to reach the ideal one. Besides, as a concrete view of good governance that can be practiced in the world, it can be said that democratic state of law has the characteristics of multi-variable equations. Thereby, structure of a democratic state of law is not simple and single. So, with the aim of reaching this ideal three main steps are envisaged. Firstly, there should be a single political power and legal fact,

\* Karadeniz Teknik Üniversitesi.

a separated power domain should not be allocated. And secondly, the state should be constructed under sequence of values like constitutionalism and separation of power, state of law, pluralist democracy which are developed depending on constitutionalism. And thirdly, for operability of a state mechanism designed in this way, there should be a constitutional jurisdiction as a powerful and effective judicial balance and supervision instrument. In this study, state and political power are analyzed by an analytical approach with its depth and contradictions.

**Keywords:** State of Law, pluralist democracy, freedom, political power, modern state act.

## Giriş

Bir bütün olarak adeta Anne Frank'ın "Arka Evi"ni<sup>1</sup> andıran gittikçe küreselleşen bir korku ve endişe ortamında özgürlüğü, eşitliği, adaleti; çoğulcu demokratik bir hukuk devletini hayal etmek, bunun gerçekleştirilmesi için uğraş vermek ütopyik veya hiç olmazsa naif gelebilir. Ancak nasıl ki yazmak, Frank için zamanın ve mekanın ötesine geçmek, korkuyu aşım iyiliğe varmak yolunda bir yaşam belirtisi ise bu çalışma da aynı duygu ve düşüncelerle adil, eşit ve özgür bir dünyaya olan inanç göstergesi olarak değerlendirilebilir. Çalışma bu doğrultuda, iyi yönetim olgusu ve bunun somutlaşmış bir görünüm biçimi olarak demokratik bir hukuk devletinin inşası sürecini konu edinmektedir. Demokratik bir hukuk devleti burada amaç ve araçlarıyla birlikte analitik bir yaklaşımla çalışılmıştır. Şüphesiz kaynağı göklerdeki değer ve ilkelerden oluşan iyi yönetim olgusunun yeryüzünde gerçekleştirilmesi oldukça zordur; fakat ideal olana varma tırmanışı ancak birer basit basamak üzerinden yapılabilir.

Peki, bir siyasal sistem iyi bir yönetime, bir başka deyişle demokratik bir hukuk devletine nasıl dönüştürülebilir? Bu bağlamda kesinkes bir formül ortaya koymak zordur, belki de mümkün değildir. Ancak bu doğrultuda

<sup>1</sup> Nazilerin Hollanda'ya girmesinden sonra toplanma kampına gönderilmekten ailesini kurtarmak için Otto Frank (Anne'nin babası) bir binanın üst katında saklanabilecekleri bir mekan tasarlar. Aile "arka ev" diye anılan bu mekanda iki yıl bulunma korkusu altında yaşar. Anne Frank böylesi bir ortamda günlük tutmuş ve kelimelerle hayata tutunmuştur. "Arka evde" adaletin, iyiliğin peşine düşmüş; adeta kelimeleriyle bir bütün olarak yeniden dirilmeyi beklercesine yok oluşun sırrına varmıştır. Hatıralar için Anne Frank, Anne Frank'ın Hatıra Defteri, Der. Otto Frank-Mirjam Presler, Çev. Hakan Kuyucu, 6. Baskı, 2015, İstanbul, Epsilon Yayınları.

aşılması gereken üç esas sorun olduğu söylenebilir. Birincisi, mimari yapıya veya mekanizmaya ilişkindir; yani mekanik sorundur. Buna göre devlet her türlü derinlikten uzak salt bir hukuki mekanizma olarak yapılanmalıdır. Siyasal düzende iktidar tekil bir olgudur; tek bir iktidar vardır ve o da siyasi iktidar olmalıdır. Dolayısıyla devletin veya hukuk dışı oluşumların ayrık bir iktidar alanı yoktur. Böylece siyasal anlamda iktidar sorunu devlet-siyasi iktidar özdeşliği üzerinden çözümlenmelidir. Burada hukuki bir yaklaşımla devlet hukuki bir aygıt, siyasi iktidar da hukuki bir aktör olarak değerlendirilmelidir.

İkincisi maddi sorun olarak belirtilebilir. Buna göre hukuki bir yapı olarak tasarlanan siyasi düzen toplumsal alanla bir bütün olarak maddi açıdan da nitelikli hale getirilmelidir. Bu durum ise ancak evrensel değer ve ilkelerle sağlanabilir. Bu değer ve ilkeler adalet, özgürlük, eşitlik ile birlikte refah ve mutluluğa ulaşma isteği ve inancıdır. Modern zamanlarda bunun somut görünüm biçimi ise anayasacılık ve buna bağlı olarak gelişen erkler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisidir.

Üçüncüsü ise mekanik ve maddi yapısı ile bir bütün oluşturan yönetim olgusunun yaşam pratiğine aktarma ve uygulama sorunudur. Bu doğrultuda özellikle denge ve denetim mekanizmasının kurulması gerekir. Burada anayasal ve buna bağlı olarak hukuksal düzenin işlerliğini sağlayan bir yapı olarak anayasa yargısı söz konusudur. Bu tür bir güvence mekanizmasının yöneldiği esas hedef ise etkin bir aktör olan siyasi iktidarın sınırlandırılması ve bireyin hak ve özgürlüklerinin, özerk yaşam alanlarının korunmasıdır.<sup>2</sup>

Bununla birlikte çalışmada Türkiye’de devlet ve siyasi iktidar uygulaması üzerinde durulmamıştır. Dolayısıyla burada münhasıran teorik boyut-

<sup>2</sup> Bununla birlikte bu üç sorunu da aşan bir diğer sorun var ki o da dirimsel sorun, yani tüm bu değer ve ilkeleri içselleştiren ve yaşam pratiğine dökülebilen insan kaynağı sorunudur. Bu ise daha çok sosyo-kültürel bir sorundur. Buna göre bireyler adalet, özgürlük, eşitlik gibi evrensel değer ve ilkelerle örülü bir bilince, bir anlam dünyasına sahip olmalıdır. Bireyler küresel iletişim ve etkileşime açık olmalı, bilginin değişim ve dönüşümünün senkronik tabirini yapabilmelidir. Hak ve özgürlük için mücadele etme ve muhalefet etme yeteneğine sahip olmalıdır. Birey gücünü ve motivasyonunu siyasi alandan, buradaki iktidar tiplerinden değil; aksine sivil alandan, bireyin üstünlüğünden ve küresel bir yaklaşımdan almalıdır. Kültür sorunu, şüphesiz konusu birey olduğundan aşılması çok zor olan bir sorundur; ancak iyi yönetim idealine iyi bir insan ile ulaşılabilir. Fakat bu tür bir sorun çalışmanın konusunu aşmaktadır ve dolayısıyla burada değerlendirilmemiştir.

larıyla devlet ve siyasi iktidar derinlik ve çelişkileri ile birlikte hukuki bir yaklaşımla çalışılmış ve çalışma bu doğrultuda sınırlandırılmıştır.

### **I. Devlet ve Somut Bir Görünüm Biçimi Olarak Siyasi İktidar**

Modern devletin çelişkisi iktidar kaynağının ilahi alandan ayrımlanmasına rağmen bu sefer kendisini kurgusal ancak yeryüzünün meta ötesi bir bütünü olarak görme yanılgısıdır. Devlete olgusunun derinlik kazanması ve hukuk ötesi bir varlık, bir dünya tini olarak belirtilmesi bu yanılgısının sonucudur.<sup>3</sup> Bu durum modern devletin var oluş sürecindeki anayasallaşmaya, yani demokratik bir hukuk devletine evrilmesine yönelik olarak geliştirilen arkaik bir bilinç yansıması ve direnç noktasıdır. Ancak bu tür bir iktidar metamorfozuyla adeta bir yeryüzü hayaletine dönüşen modern devlete karşı hak ve özgürlük bilinci ve yeryüzünden gökyüzüne doğru ideal bir yönetime varma tırmanışı devam etmektedir. Bireyin iktidar ve modern zamanlardaki bir tür başkalaşımı ile beliren devlet ile ilişkisi oldukça ilgi çekici ve heyecan verici sürece tanıklık etmektedir.

Hıristiyan düşüncesinde bireyin “Tanrının küçük bir modeli”<sup>4</sup> olarak görülmesinin belki de bir yansıması olarak kutsallaştırılan iktidar karşısında bireyin bu kez modern devletin bir türevi ve onun küçük bir modeli olarak şartlandırılması hak ve özgürlük bilincinin gelişim serüveninin vardığı alanda sorgulanması olağan karşılanmalıdır. Bu sorgulama sürecinde öncelikle aşılması gereken iki aşama bulunmaktadır. İlk olarak iktidarın kaynağının ilahi alandan bütünüyle ayrımlanması ve reel düzlemde hukuki bir yaklaşım üzerinde temellendirilmesi gerekir. Böylece iktidarın meta ötesi bir olgu olmadığı ve dolayısıyla yönetimin dünyevi bir tasarım olduğu sonucuna ulaşılır. Dolayısıyla modern devlet kurgusal bir mekanizma, siyasi iktidar bu mekanizmanın işleyişine ilişkin hukuki bir olgudur. Aksi takdirde devlet-iktidar hukukla sınırlandırılrsa bile devletin küçük modelleri olarak bireylerin anlam dünyalarını hukuk kültürü doldurmak mümkün olmaz.

<sup>3</sup> Abrams’a göre devlet “siyasi uygulamaların maskesinin ardındaki gerçeklik değildir; devletin kendisi siyasi uygulamaların olduğu gibi görülmesini önleyen bir maskedir. Devlet [...] mantıksızlıktaki mantık, amaçsız koşulların amacı, vatandaşların afyonudur”. Philip Abrams, “Notes on the Difficulty of Studying the State”, *Journal of Historical Sociology*, C. 1, S. 1, 1988, s. 82.

<sup>4</sup> Ayferi Göze, “Hıristiyan Düşüncesinde ve Thomas Aquino’da Siyasi İktidar Karşısında Ferdin Durumu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 684.



İkinci olarak devlet aygıtı ile siyasi iktidar arasında özdeşlik kurulmalıdır. Siyasi iktidarın yanında ve hatta kimi zaman üzerinde devlet iktidarı şeklinde ayrı bir iktidar alanı açılması bireyin biri görülen, somut diğeri soyut iki farklı güç odağı ile muhatap olması demektir. Ancak böyle bir iktidar farklılaşması karşısında bireyin hak ve özgürlükleri ve yönetime, bir diğere söylemlerle siyasi karar alım sürecine katılımı tehdit altında olur. Çünkü siyasi iktidarın hukuki bir olgu olarak yapılanması, belirlenmesi ve tanımlanması mümkün iken devlet aygıtına atfedilen iktidarın ise bu şekilde somutlaştırılması oldukça zordur. Siyasi iktidar oluşumu ve işleyişi ile şeffaflaştırılabilir, denetlenebilir ve dengelenebilir; ancak devletin iktidarının sınırlandırılması bu kadar kolay değildir. Dolayısıyla eğer bu doğrultuda bir ayırım yapılırsa, yani devlet aygıtına siyasi iktidarın eylemselliğini sağlayan bir araçlar bütünü olmaktan öte ayrı bir iktidar alanı öngörülürse bu tür bir iktidar nasıl hukuk düzeni içerisinde tutulacaktır? Zira devlet iktidarı ister istemez hukuk dışı bir derinlik kazanabilir, hukuk dışı bir oluşuma evrilebilir. Şu halde birer güç odağı olarak devlet-siyasi iktidar ikiliği<sup>5</sup> sürdükçe tam anlamıyla demokratik bir hukuk devleti ideeline ulaşılamaz; ancak başkalaşmış bir formu inşa edilebilir.

### A. Devlet Olgusu ve Derinliği

Geçmişten günümüze devlet olgusu, siyasal, toplumsal ve iktisadi hayatın neredeyse her alanında etkisinin hissedildiği ve dolayısıyla etrafında yoğun tartışmaların yaşandığı bir konu konumundadır. Bireyin algısında devlet, kimi zaman salt işlevsel bir mekanizmaya indirgenip bir yeryüzü aracı olarak görülmüş kimi zaman ise bir kutsal veya bir mit olarak gökyüzünde yer almıştır. İlk yaklaşımda devlet yapılanmasının tanımlanması, işlevlerinin nitelen-

<sup>5</sup> Bunun dışında bu tür bir ikiliğin giderilmesi bir başka açıdan da gereklidir. Siyasi iktidar, deyim yerindeyse, devleti aygıtının eylemselliğini sağlayan bir operatördür. Dolayısıyla yönetime ilişkin bütün eylem ve işlemlerden ve bunların sonuçlarından sorumludur. Hesap verecek olan siyasi iktidardır. Çünkü oluşumundan kullanım şekline kadar bireylerin önünde somut olarak beliren ve yegane muhatap olan odur. Oysa bu tür bir ayırım yapılırsa başta siyasi iktidar olmak üzere hukuki olsun veya olmasın diğere organlar veya oluşumlar her türlü hukuk dışılığın sorumluluğunu belirleemeyen, dokunulamayan ve dolayısıyla denetleneemeyen bir olgu olarak devlete yıkmaya girişimde bulunabilir. Nitekim özellikle gelişmemiş demokrasilerde ve dolayısıyla Türkiye’de de böylesi bir sonucun sağlanması tarihsel süreç içerisinde hep yapılagelmiştir.

mesi ve yetki ve görevleriyle birlikte sınırlarının belirlenmesi kolay iken ikinci yaklaşımda bu tür bir faaliyetin gerçekleştirilmesi oldukça zordur. Ancak bireyin ortaya koyduğu veya ona dayatılan devlete yönelik bu iki zıt yaklaşım bir anlamda devlet ile birey ilişkisinin karakterini şekillendirmektedir.

Peki, devlet nedir veya devlet olgusunu nasıl değerlendirmek gerekir?<sup>6</sup> Her şeyden önce devletin kurgusal bir mekanizma olduğu ancak basit yapılanmadan öte anlamlar taşıdığı söylenebilir. Buradaki kurgu kavramsal düzeyde modern anlamıyla ve niteliği tartışmalı olmakla birlikte hukuksaldır;<sup>7</sup> fakat olgusal bakımdan devlet ise kimi zaman meta ötesi bir yaklaşımla derinlik kazanmaktadır. O halde devlet görünen ve görünmeyen biçimleriyle karmaşık ve işlevsel bir yapılanma niteliğindedir.

Ancak görünen biçimiyle dahi devlet olgusunun kavramsal bakımdan üzerinde uzlaşma sağlanmış somut bir anlamı yoktur.<sup>8</sup> Devlete yönelik kavramsal olarak çeşitli görüş ayrılıkları bulunmaktadır<sup>9</sup> ve bu doğrultuda değişik tanımlar geliştirilmiştir. Bu tür bir sonucun devletin mahiyetine iliş-

6 Şüphesiz burada modern devletin mekanik olarak yapısallığından daha çok olgusal derinliğinin izleri sürülmek hedeflenmektedir. Bir diğer anlamda modern devletin karakteri sorunun ortaya konulması bu bağlamda hukuk devleti, çoğulcu demokrasi gibi değer ve ilkelere ulaşılmasına zemin hazırlayacaktır. Bununla birlikte modern devletin bazı yönlerini Pierson'un çalışmasından yola çıkarak ortaya koymak gerekir. Buna göre devlet, şiddet kullanma tekel, toprak alanı, egemenlik, anayasallık, kişilik dışı iktidar ve hukukun üstünlüğü, bürokratik yapılanma, otorite ve meşruiyet, vatandaşlık ve vergilendirme gibi yönlere sahiptir. Bu bağlamda modern devlette bürokratik bir organizasyon bulunur; iktidar ise kişilik dışıdır ve birbirinden ayrımlanır. Oysa modern öncesi devletlerde sosyal, ekonomik, ataerkil ve siyasi iktidarlar tam olarak ayrımlanmaz. İktidar pratiği keyfi, mutlakıyetçi, teokratik, hanedanlık gibi esaslara dayanır. Christopher Pierson, *The Modern State*, Second Edition, Routledge, New York, 2004, s. 5-26. Modern devlet ortaya çıktığı şekliyle sabit bir olgu değildir; süreç içerisinde farklılaşmış ve değişik yönlerden gelişim göstermiştir. Sandor Pethö, "The Birth of the Modern State and Its Function Changes", *International Relations Quarterly*, C. 1, S. 4, 2010, s. 1-9.

7 Nitekim anayasallık modern devlet düşüncesinin oldukça önemli bir bileşenidir. Dolayısıyla modern devletlerin çoğu, hiç olmazsa şekli olarak da olsa, kurala dayalı, yasaya bağlı hükmeder. Pierson, a.g.e., s. 14.

8 Ancak Pierson'un da belirttiği gibi devlete ilişkin kesin ve kapsamlı bir tanımın yapılması zor olsa da birey yaşam pratiğinin pek çok yerinde devlet ile temasa geçer ve varlığını hissederek. Bu yönüyle devlet "görülmediğinde bilinen" bir olgudur. Pierson, a.g.e., s. 4.

9 Gerçekten de özellikle bağlı bulunan ideolojik anlayışa göre devlete yönelik yaklaşım da farklılaşmıştır. Cem Eroğul, *An Essay on The Nature of The State*, University of Ankara Faculty of Political Science Publications, Ankara, 1981, s. 1-8.

kin Marksist, liberal, anarşist ve benzeri farklı ideolojik yaklaşımlardan ileri geldiği söylenebilir.<sup>10</sup> Fakat benzer farklı yaklaşımlar ideolojik temelli tanımlama girişimlerinin yanında bilimsel ve objektif kaygıyla hareket edilen girişimlerde de, örneğin hukuki tanımlamalarda da söz konusudur. Bununla birlikte bu bağlamda devlete yönelik en yaygın tanımlama girişimlerinin devlet kurucu unsurları üzerinden geliştirilen “anlatımcı” tanımlamalar olduğu söylenebilir. Buna göre devletin ülke, insan topluluğu ve iktidar olmak üzere üç ana unsuru vardır ve “Devlet, belli bir ülke üzerinde yerleşmiş, zorlayıcı yetkiye sahip bir üstün iktidar tarafından yönetilen bir insan topluluğunun meydana getirdiği siyasal kuruluştur”.<sup>11</sup>

Devletin görünen veya bir başka deyişle somut olarak kurumsallaşmış görünüm biçiminin yanında katmerli bir yapısı ve buna bağlı olarak bir tür derinliği de bulunmaktadır. Ancak buradaki derinlik arttıkça hukuk ötesi soyut bir devlet olgusu ve beraberinde mistik bir kavrayış belirir. Buna göre kişi ve kurumlarıyla halkın önünde somutlaşan siyasal iktidarın üzerinde devleti kendi çıkar ve tercihlerine göre yönlendirebilen ve politik karar alım sürecinde belirleyici konumda bulunan bir güç bulunmaktadır. Bu güce “devlet aklı” ya da “hikmet-i hükümet” de denilmektedir. Buradaki devlet akli kavramsal olarak kişilerden ayrı bir kurum olarak devletin eylem ve işlemlerini, çıkarlarını ifade eder; devletin “ali menfaatleri” her türlü bireysel, toplumsal çıkarın üzerindedir.<sup>12</sup>

Devlet akli devletin çıkar ve tercihlerini insan hak ve özgürlükleri dâhil diğer tüm her şeyin üzerinde gören, devleti iradesini adeta kutsal bir varlık olarak gören bir yaklaşımı ortaya koymaktadır. Devlet bu çıkar ve tercihlerini gerçekleştirmek için istediği aracı kullanabilir; bu durumda amaca gidilen süreçte kullanılan araçların seçiminde devlet mevcut hukuksal düzen ve etik değerler bakımından herhangi bir kaygı taşımaz. Zira bu anlamda devlet “kendinde bir ahlaki güç” ve “kendi başına bir amaç” olarak belirir. Bir tür “sanat eseri” veya “dünya tını” olarak görülüp tanrılaştırılan devletin bekası her şeyin üzerindedir.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, 19. Basım, Ankara, 2007, s. 35-37.

<sup>11</sup> Kapani, *Politika Bilimine*, s. 37-38.

<sup>12</sup> Mümtaz'er Türköne, “‘Derin Devlet’”, *Doğu Batı Dergisi*, Y. 1, S. 1, s. 47.

<sup>13</sup> Mithat Sancar, ‘Devlet Akli’ Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2012, s. 24-25 ve 50.

Gerçekten de devlet akli devleti bir “mit” olarak anlamlandırmaktadır. Dolayısıyla devlet yapılanması mistik ve kutsal bir varoluş üzerinde temelendirilerek bir yandan devletin reel düzlemde somut bir görünüm biçimi olarak siyasi iktidar pratiğine meşruiyet sağlanması diğer yandan devlet olgusunun yeryüzünde dokunulmayan, tekil bir ide olarak kavranması hedeflenmektedir. Böylece mükemmel bir varlık olarak koşullandırılan devlet siyasal, sosyal ve iktisadi yaşamın esas öznesi haline gelir ve diğer her şey gibi hukuk da bu öznenin nesnesi, bir diğer söylemle güdülen amacın aracı olarak görülür. Bu yönüyle devlet akli, işine yarayacağını düşündüğü her şeyi, ki her ne kadar paradoks gibi gözükse de mistifikasyona uğrattığı değer ve ilkleri de araçsallaştırır. Değişen duruma göre siyasal ve ideolojik olarak farklı görünüm biçimi kazanabilen devlet akli adeta konjonktürel pragmatizmin vücut bulmuş hali gibidir. Ancak devlet akli kimi zaman bununla da yetinmez; zira devlet akli aynı zamanda tüketici bir yapılanma niteliğindedir. Gerektiğinde gerek dinsel, ırksal veya ideolojik olsun gerek hak, özgürlük, adalet veya eşitlik gibi ideler olsun toplumsal ve siyasal çeşitlenmeye dair bütün ahlaki veya etik değer ve ilkleri herhangi bir kaygı gütmeden tüketebilir.

Bununla birlikte devlet akli farklı ideolojik kılıflar giyebilir ve değişik görünüm biçimleri kazanabilir. Bu şekildeki başkalaşımın özellikle toplumsal ve siyasal değişim ve dönüşümler ekseninde gelişir. Dolayısıyla belirli bir dönem Kemalist bir yaklaşımla hareket eden devlet akli başka bir zaman muhafazakar bir yapı izlenimi oluşturabilir. Şüphesiz bu tür durumlarda, örneğin muhafazakarlık ve Kemalizm arasındaki otoriter ve milliyetçi kültürün ortak bağı oluşturması gibi, farklı ideolojiler arasında organik bir kültürel bağın olması devlet aklının yeni doktrine uyum sağlamasında eylem ve söylem bakımından işini oldukça kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle devlet akli esasında tükenmemekte ve kimi zaman pasif kalsa da demokrasinin ve hukukun gerilediği siyasal ortamlarda etkinliğini arttırmaktadır. Dolayısıyla siyasi iktidar çeşitli dönemlerde her ne kadar farklı toplumsal, ideolojik ve siyasal kompozisyondan oluşsa da devlet akli politik karar alım sürecinde kendi çıkar ve tercihlerini dayatmaya devam etmektedir. Hatta siyasi iktidarlar kimi dönemlerde devlet aklına göre konumlandıkları alan ve gösterdikleri uyum doğrultusunda ancak meşruiyet bulmaktadır.

Özellikle uzun ve köklü devlet geleneği bulunan ülkelerde devlet aklının oldukça güçlü bir konumda olduğu görülebilir.<sup>14</sup> Peki, devlet aklının her devlette bulunması kaçınılmaz mıdır veya gerekli midir? Şüphesiz her devletin üzerinde temellendiği kültürel birikimi ve buna bağlı olarak gerek içsel gerek dışsal olarak politik karar belirleme geleneği söz konusudur denebilir. Böylece kolektif bir kültürel ve politik bilinç ve derinlik oluşur. Ancak burada sorun derinlik arttıkça gittikçe yozlaşan ve yoğunlaşan belirsiz bir güç tortulaşmasının belirmesi ve devlete yönelik karar alım sürecine katılmak istemesidir. Ancak politik karar alım sürecine anayasacılık ve buna göre şekillenen değerler dizisi etkili rol aldığı ve demokrasinin kurallarının işlerliğe sahip olduğu ölçüde devletlerin siyasal konumu ve pratiği yerinde olarak değerlendirilebilir. Bunun dışında toplumsal, siyasal ve iktisadi çıkar ve tercihlerin belirlenmesi sürecine hukuk dışı kimi belirsiz güç ve dengelerin katılması devletin evrensel ilke ve değerlerden koptuğunu ifade eder. Şu halde devletin şeffaf ve evrensel değerlerle bütünleşmiş bir politik üretim anlayışının olması gerekir. Bu durumda bir yandan evrensel değerlerin değişim ve dönüşümünün senkronik takibi yapılmalı ve bilgi akışı sağlanmalı diğer yandan bu değer ve ilkelerin içselleştirilmelidir. Böylece devletin *episteme* pratiği gelişir ve devletin iktidar etme yöntemi sürekli güncellenir. Gerçekten de Türkiye için özellikle Avrupa Birliği Uyum Paketleri bu doğrultuda örnek teşkil etmektedir.

Peki devlet aklı ile siyasi iktidar arasında ne tür bir ilişki vardır? Öncelikle belirtmek gerekir devlet aklının varlığının ve dolayısıyla politik karar alım sürecine dahil olmasının kabulü aynı zamanda devlet aklı ile siyasi iktidarın ayrımlaşması anlamına gelir. Çünkü bu tür bir güç siyaset üreten ancak siyaset üstü bir konumda bulunan, bilinen ancak görülmeyen ve dolayısıyla denetlenemeyen ve dengelenemeyen bir olgu olarak belirir.

Ancak hukuk dışı bu tür bir olgu demokratik hukuk devletine ulaşma doğrultusunda çözülmesi gereken önemli bir sorundur. Bu bakımdan değişen ve gelişen anlamıyla anayasacılık ve buna bağlı olarak şekillenen değerler dizisi ekseninde modern hukuk devletinin inşası sürecinde aşılması gereken iki esas aşamadan söz edilebilir. İlk olarak modern devleti hukuk düzeni içerisinde belirli bir konuma oturtulması ve somutlaştırılarak tekil bir olguya indirgenmelidir. Böylece bir anlamda devletin yalın hali belir-

<sup>14</sup> Türköne, Derin, s. 47.

lenebilir, tanımlanabilir ve nitelendirilebilir bir olgu olur. İkinci olarak en azından siyasal açıdan devlet-siyasi iktidar özdeşliği kurulmalıdır.<sup>15</sup> Dolayısıyla devleti şeffaflaştırmak ve derinliğini azaltmak için nasıl ki modern devleti hukuk dışı ve mistik bir devlet olgusundan soyutlamak gerekiyorsa modern devletin somut görünüm biçimini de siyasi iktidarla bütünlüştürmek ve simetrik bir hale getirmek gerekir.

Aksi takdirde siyasi iktidar devlet aklı ile çarpık ilişki geliştirebilir. Bu çarpık ilişki çift yönlü olarak ortaya çıkabilir. Burada bir yandan zayıf ve güçsüz kalan siyasi irade devletin derinliğinde yer alan belirsiz ve denetlenemeyen bir güç olarak devlet aklı tarafından kullanılabilirken diğer yandan etkin ve gerçek anlamda siyasal alana hakim bir iktidar tarafından devlet aklı hukuk ve hatta siyasal alanın dışında hükmetme doğrultusunda araçsallaştırılabilir. Nitekim Sabuktay'ın da belirttiği gibi “hukuki sınırlar dışında güç kullanmak isteyen her iktidarın örtülü faaliyetlere ihtiyaç duyma ihtimali vardır”.<sup>16</sup>

Bununla birlikte bu tür bir çarpık ilişki siyasi iktidarın dışında devletin derinliğine inildikçe beliren farklı oluşum ve yapılarla devlet aklı arasında da kurulma riskini de taşımaktadır. Gerçekten de devletin tekil bir yapılanma olmaması veya bir diğer söylemle derinliğinin artması hukuk dışı oluşumların meydana gelmesi için zemin oluşturur. İşte bu tür hukuk dışı oluşumlar yine kendileri gibi hukuk dışı olan ve fakat daha güçlü bir konumda bulunan devlet aklı arasında siyasi iktidarı yıpratın ve öteleyen ilişkiler geliştirebilir. Böylece siyasi iktidarın ve devlet işleyişinin kontrolü illegal yapılanmalar tarafından siyasal ve hukuksal alanların dışına taşınır.

Şu halde devlet öncelikle belirlenebilir ve tanımlanabilir somut ve tekil bir mekanizma olarak yapılandırılmalıdır, ardından devlet olgusu ile denetlenebilir ve dengelenebilir bir yapı olarak siyasi iktidar arasında eylem ve söylem bakımından özdeşlik kurularak demokratik bir hukuk devletine

<sup>15</sup> Bununla birlikte buradan farklı bir bağlamda değerlendirilmiş olsa da, Gönenç'in oldukça değerli çalışmasında “devlet-temelli klasik anayasa hukukundan farklı olarak, anayasa kavramını iktidar ve siyasi iktidar kavramlarından yola çıkarak tanımlamaya” çalışması fikrimizce yerindedir. Levent Gönenç, “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 1, 2007, s. 162.

<sup>16</sup> Ayşegül Sabuktay, «Derin Devletin İzini Sürmek», *Perspectives*, S. 1, 2012, s. 5.

varma sürecinde hukuksal ve siyasal zemin hazırlanmalıdır. Zira ancak bu şekilde ve hukuk düzeninde devlet yapısı ve işleyişine ilişkin kurumsal ve kurgusal ön sorunlar aşularak içerik ve nitelik açısından siyasal iktidar ve yönetim sorunu giderilebilir.

## B. Siyasal İktidar ve Meşruiyet Sorunu

İktidar kelimesi sözlükte “bir işi yapabilme gücü, erk, kudret”, “bir işi başarabilme yetki ve yeteneği”, “devlet yönetimini elinde bulundurma ve devlet gücünü kullanma yetkisi” şeklinde belirtilmiştir.<sup>17</sup> Görüldüğü gibi iktidar kavramına ilişkin ön plana çıkan ve kavramın karakteristik özelliklerini teşkil eden güç, yetki ve yetenek unsurları söz konusudur. Ancak iktidar tekil bir olgu değildir; yaşam pratiğinin neredeyse her noktasında farklı bir görünüm biçimiyle ortaya çıkan çok boyutlu bir yapıya sahiptir denilebilir. Nitekim Hawley’in belirttiği gibi fizikteki enerji gibi sosyal alanda da iktidarın her yerde aynı anda bulunan ve farklı görünüm biçimi kazanabilen bir yapısı söz konusudur. Dolayısıyla her sosyal davranış, ilişki ve yapılanma iktidar ile ilintilidir.<sup>18</sup> Gerçekten de insana dair bir olgu olarak iktidar, doğal olarak insanın düşünce ve duygu dünyasından kaynaklanan her türlü eylem, ilişki ve oluşumda belirebilmektedir.

Ancak sosyal bilimler doktrininde iktidara yönelik genel kabul gören bir tanım geliştirilememiştir.<sup>19</sup> Nye’nin belirttiği gibi “iktidar, tıpkı aşk gibidir; deneyimlenmesi tanımlanmasından ve ölçülmesinden daha kolaydır”.<sup>20</sup> Dahl ise iktidarı başkalarına aksi halde yapmayacaklarını yaptırabilme yeteneği olarak değerlendirmektedir.<sup>21</sup> Bununla birlikte iktidara ilişkin açık ve belirgin bir tanımın ortaya konulmasındaki zorluğun iktidar olgusunun tam

<sup>17</sup> Bkz. [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5687bba7db6476.24592815](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5687bba7db6476.24592815) erişim 2.1.2016.

<sup>18</sup> Amos H. Hawley, “Community Power and Urban Renewal Success”, *The American Journal of Sociology*, C. 68, S. 4, 1963, s. 422.

<sup>19</sup> Levent Gönenç, *Siyasal İktidar*, s. 148.

<sup>20</sup> Joseph S. Nye, “The Changing Nature of World Power”, *Political Science Quarterly*, V. 105, S. 2, 1990, s. 177. Bunun gibi Nye’nin “Uluslararası politikada iktidar hava durumu gibidir; herkes hakkında konuşur ancak bazıları onu anlar” şeklindeki değerlendirmesinin iktidarın ulusal politikadaki yeri için de geçerli olduğu söylenebilir. Nye, a.g.e., s. 177.

<sup>21</sup> Robert A. Dahl, *Who Governs? Democracy and Power in an American City* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1961)’den aktaran Nye, a.g.e., s. 177.

da sosyal hayatta beliren bu çok boyutlu yapısından ileri geldiği söylenebilir. Zira her tanımlama girişimi sosyal yaşam pratiğindeki iktidar olgusunun farklı bir görünüm biçimini ve beraberinde özelliğini vurgulamaktadır.<sup>22</sup>

Siyasi iktidar ise iktidarın özel bir hali ve modern devletin somut bir görünüş biçimi olarak değerlendirilebilir. Ancak gerek siyaset<sup>23</sup> gerekse iktidar olgusunun devlet mekanizmasının ve işleyişinin sınırlarını aşan bir karakteristik özelliğe sahip olduğu söylenebilir. Dolayısıyla bir yandan siyasal alanın diğer yandan bu alan üzerinde geliştirilen iktidar olgusunun hukuki boyutlarla birlikte hukuksal olana göre anlamının belirtilmesi, kapsamının daraltılması ve sınırının belirlenmesi yerinde olacaktır. Böylece siyasi iktidarın meşruiyeti de hukuksal alan üzerinde temellenecektir. Bununla birlikte siyasi iktidarın devlet mekanizmasının işleyişi ile somut bir görünüm biçimi kazandığı söylenebilir. Şu halde siyasi iktidar olgusunun devlet yapılanmasının özellikle siyasal ve toplumsal alan üzerindeki güç pratiğine ilişkin bir sorun olduğu söylenebilir.

Modern devletin esas çıkmazı siyasi iktidar sorunudur. Siyasi iktidar devlet mekanizmasının hareket kabiliyetini sağlayan dirimsel kaynağıdır. Dolayısıyla siyasi iktidarın yapılanma süreci ve buna bağlı olarak kullanılma biçimi yönetim olgusunun karakteristik oluşumunu belirler. Gerçekten de iktidarın kaynağı sorunu modern devletle birlikte çözüme kavuşturulmuştur. Böylece yönetim olgusunun ortaya çıkmasına zemin hazırlanmıştır. Fakat bu olgu süreç içerisinde modern devletin meşruiyet tartışmasına, bir diğer deyişle iktidarın kullanım biçimi sorununa dönüşmüştür. Bu durum ise iyi yönetim arayışının bir sonucudur.

Meşruiyet yönetilenlerin yönetenlerin yönetme hakkına, bir diğer söylemle otoritesine kendi istekleriyle itaat etmesinin esasını oluşturduğu söy-

<sup>22</sup> Halis Çetin, “Siyasetin Evrensel Sorunu: İktidarın Meşruiyeti- Meşruiyetin İktidarı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 58, S. 3, 2003, s. 63.

<sup>23</sup> “Toplumsal bir olguyu” belirten bir kavram olarak siyaset anlam zenginliğine sahiptir. Toplumsal olgunun karmaşık ve çelişik olabilmesi kavramın anlam zenginliği ile yakından ilintilidir. Gerçekten de siyasetin bir uğraş olduğu ortak görüş olsa da bu uğraşa yönelik nitelendirme farklılaşabilmektedir. Nitekim kimisi siyasetin konusunu “devlet” kimisi de “yönetim ilişkisi” olarak belirtir. Siyasetin belirleyici özelliği olarak kimi “meşru kaba kuvvet” kimi de belli “değerlerin başkalarına dayatılması” şeklinde belirtir. Kimileri de siyasetin amacını çatan iktidar taleplerini “uzlaştırma” olarak görür. Cem Eroğul, “Siyaset Kavramı Hakkında Bir Deneme”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 2, 1974, s. 114.



lenebilir.<sup>24</sup> Siyasi iktidarlar güç ve şiddet kullanma tekeline sahip olarak varlıklarını sürekli bir şekilde devam ettiremezler; dolayısıyla iktidarların istikrarlı bir biçimde devamlılık gösterebilmeleri için varoluşsal koşullarını meşru dayanaklarla desteklemeleri gerekir. İşte meşru iktidar otorite olarak belirmektedir.<sup>25</sup> O halde siyasi iktidarın meşru bir zemin dayanarak otoriteye dönüşmesi iktidarın sürekliliğine ilişkin bir tür varoluşsal sorun niteliğindedir denilebilir.

Siyasal ve toplumsal yaşama ilişkin meşruiyet sorunu pek çok açıdan değerlendirilmeye tabi tutulabilir. Dolayısıyla öncelikle neyin neye göre meşru olduğunu ve meşruiyet algısının hangi bağlamda oluştuğunun tespiti gerekir. Böylece meşruiyet sorunu kısmi olarak dahi olsa görecelikten sıyrılabilir ve somutlaştırılabilir.<sup>26</sup> Gerçekten de burada üzerinde durulan siyasi iktidarın meşruiyeti sorunudur. Bu sorun ise hukuk bir yaklaşımla belirlenip konumlandırılacaktır. Buna göre siyasi iktidarın meşruiyeti iktidarın oluşum ve kullanılma biçimine bağlıdır. Siyasi iktidar, devlet-iktidar özdeşliği bağlamında modern anlamıyla devletin somut bir görünüm biçimidir. Bu yönüyle siyasi iktidar modern devletin yönetim tekeline sahip hukuki bir oluşumdur. Bu oluşumun karakteri anayasacılık ve buna bağlı olarak geliştirilen erkler ayrılığı, hukuk devleti, çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisine göre belirlenir. Oluşurken bu şekilde şartlandırılan siyasi iktidarın kullanımı da bu değer ve

<sup>24</sup> Levent Gönenç, “Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 1, 2001 s. 133.

<sup>25</sup> Gönenç, *Meşruiyet Kavramı*, s. 133.

<sup>26</sup> Burada meşruiyetin farklılaşması durumu ortaya çıkmaktadır. Toplumsal alanda tek bir kaynağa dayalı meşruiyet biçimi yoktur. Bireylerin bir rejime olan inanç ve bağlılıkları “karmaşık ve çok yönlü” değerlere bağlı olarak gelişir. Dolayısıyla bağlı bulunan yaklaşıma göre meşruiyetin anlamı da değişebilir. Sözelimi demokratik yaklaşımda “‘demokratik meşruiyet’ belli bir tarihsel dönemeçte belli bir toplumda, toplumsal hedeflere ulaşmada başka hiçbir yönetimin belli bir yönetim kadar başarılı olmayacağına duyulan çoğunluk inancıdır”. Ahmet N. Yücekök, *Siyaset’in Toplumsal Tabanı*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1987, s. 138. Görüldüğü gibi meşruiyetin bu tanımı da öngörülen demokrasi anlayışına göre değiştirilebilir; zira çoğulcu demokrasi anlayışı bağlamında meşruiyet tanımında “çoğunluk inancı” ifadesi herhalde sorunlu olsa gerek. Bununla birlikte bağlı bulunun yaklaşım farklılığına bağlı olmaksızın şu söylenebilir: “Meşru bir yönetim en az kötü olduğuna inanılan bir yönetimdir”. Nitekim bu çalışmada ortaya konulmaya çalışılan meşruiyetin hukuksal yaklaşımı da asgari olarak bunu hedeflemektedir. Tırnak içi ifade Yücekök, a.g.e., s. 138.

ilkelere gösterdiği uyuma göre şekillenir. Bu durumda siyasi iktidar sınırlıdır, denetlenebilir ve dengelenebilir; sorumludur, hesap verebilir.

Gerçekten de modern devletlerin inşası sürecinde insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda bireyin en az iki önemli esas kazanımından söz edilebilir. İlk olarak siyasal iktidar gökyüzünden yeryüzüne inmiştir. Böylece birey somutlaşan siyasal iktidarın görünüm biçimlerine dokunup deneyimleyerek kutsal bir olgu olmadığını kavramıştır. Dolayısıyla bireyin algısında siyasal iktidarın meta ötesi bir varlık olarak dokunulamaz bir olgu olmadığı ortaya çıkmıştır. İkinci olarak yeryüzüne inen iktidarın meşruiyeti sorunu meşru yönetici veya yönetici grubundan meşru yönetime savrulmuştur. Bu süreçte mistik yapısını yitiren iktidar olgusu merkezde yığılıp tortulaşan bir güç birikimi olmaktan çevreye savrulan heterojen bir yapılanmaya dönüşmüştür. O halde bireyin algısında meşru yöneticiden meşru bir yönetime savrulan ve yaşam pratiğinde görünüm biçimi kazanarak somutlaşan siyasal iktidarın korkulan, mistik bir canavar olmadığı anlaşılmuştur ve deyim yerindeyse tarihsel süreç içerisinde insan hak ve özgürlüklerinin tanınıp güvenceye bağlanması doğrultusunda evcilleştirilmeye çalışılmıştır.

İktidar sorgulanabilir ve yeniden kurgulanabilir bir mekanizma olarak görülmeye başlanmıştır. Nitekim söz konusu tarihsel serüvenin en somut ifadesi olarak anayasacılık düşüncesi ve bu ekseninde gelişen anayasa tasarımları örnek gösterilebilir. Gerçekten de anayasalarla bir yandan siyasal iktidar veya değişik görünüm biçimleri sınırlandırılmakta diğer yandan birey hak ve özgürlükleri bu şekilde hazırlanan bir ortamda siyasal ve sosyal yaşam pratiğinde tanınıp güvenceye bağlanmaktadır. Böylece bireylerin yönetim faaliyetine yönelik meşruiyet algısı anayasacılık düşüncesi ekseninde değişime uğramaktadır. Meşruiyet algısındaki bu değişim ve dönüşümün modern anayasacılığın kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisi bağlamındaki gelişimiyle devam ettiği söylenebilir. Dolayısıyla aşağıda bu değerlere göre koşullandırılmaya tabi tutularak siyasi iktidar pratiği değerlendirilecektir.

## **II. Modern Devletin Sac Ayakları Olarak Anayasacılık, Çoğulcu Demokrasi ve Hukuk Devleti**

İktidar olgusunun gökyüzünden yeryüzüne indirilmesi bir yandan sınırlandırılıp belirlenmesine diğer yandan somutlaştırılıp tanımlanması süreci ile devam etmiştir. Ancak özellikle siyasi iktidarın sosyal ve siyasal alandaki

pratiği devlet mekanizmasının gelişimi ile birlikte modern bir görünüm biçimi kazandığı söylenebilir. Bununla birlikte modern devlet kimi zaman siyasi iktidarı tekelleştirip mutasyona uğratarak bir tür devlet kültürü ortaya çıkardı.<sup>27</sup> Ancak toplumsal ve siyasal her boşluğu devlet miti ile dolduran böylesi bir anlayış tekil bir düşünsel ve eylemselliğe yol açtı. İktidar alanını sivil alan aleyhine olabildiğince genişleten bu gelişme hak ve özgürlük eksenli yönetim anlayışını ve bireysel özerk yaşam alanını tehdit eder hale geldi. Böylece iktidar sorunu bir anlamda totaliter bir görünüm biçimi ile kapsam ve sınırı belirlenemeyen bir kültür sorununa dönüştü. Resmi yaklaşım ve iktidar ile şartlandırılan kültür devlet eliyle tek tipleştirildi ve dinamizmini yitirdi. Devletçe dayatılan düşünce, söylem ve eylem birliği ile anlam dünyası şekillenen birey reel düzlemde koptu ve adeta devletleşti. Nitekim bu tür bir başkalaşımın hayaletleri, şimdilerde bile, özellikle demokrasisi tam oturmamış ülkelerde siyasi iktidarların gölgeleri olarak beliren bireylerle somutlaşabilmektedir.

Kültleşen devlet adeta birey algısında bir mitosa evirilerek devlet-iktidar ile birey romantik hiyerarşi oluşturdu. Bireyi bu tür bir illüzyona sokan devlet daha sonra anayasal düzeni ve buna bağlı olarak hukuku aşındırdı, araçsallaştırdı. Böylece devlet-iktidar bloğu savunmasız kalan birey ile arasında rasyonel hiyerarşiyi de kurdu. Dolayısıyla bir yandan devlet ve iktidar yücelirken diğer yandan birey metasal bir varlığa ve toplum da kitlesel bir yığına dönüştü. Dahası birey etnik, dinsel, ideolojik ve benzeri açılardan şartlandırıldı, bireyin anlam dünyası bir değer ve düşünce bütününden bireysel özü ve ahlaki temeli öteleyen simge ve slogan ile örüldü. Ancak devlet-iktidar ile birey arasındaki çift yönlü aidiyet bağının kırılması gerekir. Çünkü bu halleriyle bireyler adil, özgürlükçü ve etik ve benzeri değer

<sup>27</sup> Mardin modern devletin tek tipleştirici sorununu oldukça iyi bir şekilde ifade etmektedir. “XIX. yüzyılın sonu, milli devletin zirvesine vardığı bir çağıdır. Modern devlet-bürokrasi, ordusu, milli eğitim sistemi, mahkemeleri, polisi ve iletişim örgütüyle gelmiş geçmiş birçok hükümdarın yapamadığını gerçekleştirmişti. Merkezîyetçi olsun olmasın, demokratik geleneklere dayansın ya da dayanmasın devlet, bir varlık olarak daha küçük toplum birimlerini gölgelemiş, bir bölümünü ortadan kaldırmıştı. Yöresel özellikler, cemaatler, ayrı kültür özellikleri taşıyan gruplar devletin pek de hoşlanmadığı varlıklardı. Zamanla bunlar ortadan kalkacak, yerlerine ‘saat gibi çalışan’, tekdüze bir mekanizma geçecektir.” Şerif Mardin, “Görkemli Yapılar-Küçük Yapılar”, Türk Modernleşmesi, İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1991, s. 356-357.

ve ilkelere ilişkin kaygılardan çok meta ötesi algılarla ve reel düzlemdeki ideolojik çıkar ve tercihlerle hareket etmektedir. Bu şekildeki bir sonuç ise siyasal karar alım sürecinde evrensel değer ve ilkelere dayanan demokratik bir hukuk devletini tehdit edebilmektedir.

O halde toplumda halk iradesine indirgenen yönetime ilişkin meşruiyet yanılısına içerebilir ve sorgulanmalıdır. Nitekim Öktem'in de belirttiği gibi "Meşruiyeti toplum sözleşmesinde aramamak gerekir. Böyle bir arayış olsa olsa hukukun ana ilkelerinin hukuksallığı olabilir. Devlet ve onun irade bildirimi olan hukukun meşruiyet ölçütü özgürlük, eşitlik ve ahlaksallıktır."<sup>28</sup> Gerçekten de, özgürlük, adalet, eşitlik gibi ahlaki temeller üzerinde erkler ayrılığı, hukuk devleti, çoğulcu demokrasi gibi değer ve ilkelerle bir bütün demokratik bir hukuk devleti tasarlanabilir.

İşte devlet-iktidar ile birey arasındaki hiyerarşinin çözülmesi ideal bir yönetime varma tırmanışı ancak anayasacılık ve bu bağlamda gelişen erkler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değer ve ilkelerin kurum-sallaşması ile mümkündür. Dolayısıyla süreç içinde siyasal iktidar toplumsal ve siyasal alanların birey eksenli gelişimi ile bireyin hak ve özgürlükleri doğrultusunda sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda siyasal iktidarın sınırlandırılması sürecinde anayasacılık düşüncesi, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisinden bahsedilebilir.

## A. Anayasacılık

Anayasa yalnızca biçimsel olarak bir normlar toplamı değildir; aynı zamanda bireyin hak ve özgürlüklerini tanıyıp güvenceye bağlayan bir değerler bütünüdür. Anayasa aynı zamanda siyasal sürece yönelik oyunun temel kurallarını belirler. Bu yönüyle, deyim yerindeyse, hukuk üretimine ilişkin hukuku tayin eder.<sup>29</sup> Dolayısıyla anayasa gerek devlete gerekse bireye bakan yönüyle bireyi esas bir özne olarak merkeze alan ve insan hak ve özgürlükleri düşüncesinin somutlaşmış bir hali olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan anayasal tasarımlar, anayasacılık düşüncesinin bir sonucu olarak değerlendirilebilir.

<sup>28</sup> Niyazi Öktem, "Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, s. 91. Burada her ne kadar "meşruiyetin toplum sözleşmesinde aranmaması" gerektiğine ilişkin kaygılarımızın kökeni farklılaşsa da yöneldiğimiz hedefin aynı olduğu söylenebilir.

<sup>29</sup> Pierson, a.g.e., s. 14.

Anayasacılık bir taraftan devletin, bir diğer söylemle siyasi iktidarın sınırlandırılması diğer taraftan böylesi bir alanda bireyin hak ve özgürlüklerinin tanınıp güvenceye bağlanması olarak tanımlanabilir.<sup>30</sup> Dolayısıyla anayasacılık düşüncesi ile devlet mekanizmasının işleyişi ve işlevi düzenlenerek bireyin hak ve özgürlüklerinin olduğu alanda devletin müdahalesinin önlenmek istenmiştir.<sup>31</sup> Böylece gerek siyasal ve gerekse toplumsal alanda siyasi iktidarın olumsuz etkide bulunmayacağı, hatta siyasi iktidarın bu doğrultuda işlevselleştirildiği birey lehine özerk bir yaşam alanı oluşturulmuştur.

İşte bireyin hak ve özgürlükleri ile örülü böylesi bir yaşam alanının oluşturulması bağlamında iki operasyonel araç olarak kuvvetler ayrılığı ve hukukun üstünlüğü kavramlarından söz edilebilir. Zira anayasacılık siyasi iktidarın hukukla sınırlanması ve bölünmesini hedefleyerek hak ve özgürlüklerin korunmasını amaçlamaktadır.<sup>32</sup> Gerçekten de anayasacılık düşüncesinin somutlaşmış biçimleri olarak anayasalar da esasen bu doğrultuda bir yandan siyasi iktidarı belirli normlar çerçevesinde kapsam ve yetki bakımından sınırlandırırken diğer yandan siyasi iktidarı yasama, yürütme ve yargı organı olarak bölerek gücün tek elde yoğunlaşmasını önlenmesini öngörmektedir.<sup>33</sup> Zira siyasi iktidar yapısal olarak tekilleşmeye ve gücü tekelleştirmeye meyillidir. Dolayısıyla erkeler ayrılığı bu yönüyle siyasi iktidarı dizginler.<sup>34</sup> Aksi halde heterojen bir yapılanmayla gücü merkezinde toplayan iktidar tortulararak devlet mekanizmasının işleyişi ile birlikte bireyin hak ve özgürlükleri için bir tehdit haline gelir. Zira siyasi iktidar yapısal olarak tekilleşmeye ve gücü tekelleştirmeye meyillidir.

<sup>30</sup> Mehmet Turhan, “Anayasa ve Anayasacılık”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 27, S. 3, 1994, s. 3.

<sup>31</sup> Turhan, *Anayasa ve Anayasacılık*, s. 3.

<sup>32</sup> Levent Gönenç, “Ortaçağ Avrupası’nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri” Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, (Ed. Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Ece Göztepe), Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 268.

<sup>33</sup> Fabre’nin de belirttiği gibi “Tecrübe göstermiştir ki, aynı otorite aynı zamanda birden çok iktidara sahip olacak olursa vatandaşın hürriyeti tehlikededir. Bundan ötürüdür ki, kuvvetler dağılmalı ve ayrılmalıdır. Bu kuvvetlerin kendi kendilerini sınırlandırması gerekir. Devlette şayet kuvvetler arasında ayrılma varsa anayasal bir itidal de vardır.” Michel-Henry Fabre, “‘Anayasal Rejim’ ne demektir?”, Çev. Bülent Nuri Esen, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 3, 1968, s. 86.

<sup>34</sup> Nitekim Fabre’nin dediği gibi “... kuvvetler ayrılığı esaslı siyasi iktidarı işleyişi bakımından denet altında tutar”. Fabre, a.g.e., s. 86.

Hukukun üstünlüğü ise sınırlandırılmış ve bölünmüş siyasi iktidarın hukukla bağlı olmasını gerektirir. Dolayısıyla yasama, yürütme ve yargı erkleri olarak devlet mekanizması ve bu mekanizmanın toplumsal ve siyasal yaşam alanındaki görünüm biçimi olarak iktidar pratiğinin hukuksal bir yaklaşım ile belirlenmesi ve denetlenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Şu halde hukukun üstünlüğünün sağlanmasında özellikle bağımsız ve tarafsız bir yargı organının işleyişi oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Bu durumda yetki ve görev kapsamı anayasa tarafından belirlenen yasama, yürütme ve yargı organları işlevlerini yerine getirirken hukukun üstünlüğüne tabi tutularak keyfi hiçbir eylem ve işlem gerçekleştirmeyecektir. Böylece birey hak ve özgürlükleri için güvence mekanizması sağlanır.

Görüldüğü gibi 1700'lerin sonunda olağan kanunların üzerinde yer alan ve onlardan daha zor değiştirilme şartlarına tabi tutulan yazılı, katı ve diğer normlara göre üstün anayasa yapılmasının yöneldiği hedef devlet iktidarının sınırlandırılması ve bireylerin hak ve özgürlüklerinin tanınıp güvenceye bağlanması olduğu söylenebilir.<sup>35</sup> Doktrinde bu şekilde anlamlandırılan anayasacılık düşüncesine “geleneksel anayasacılık” denilirken anayasanın üstünlüğünün sağlanması ve dolayısıyla kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi bakımından anayasaya aykırı kanunların iptal edilebilmesi durumu ise “modern anayasacılık” olarak tanımlanmaktadır.<sup>36</sup>

Gerçekten de insan hak ve özgürlüklerinin tanınmasında ve siyasal iktidarın sınırlandırılmasında teorik olarak ne kadar mükemmel anayasal tasarımlar gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin bir güvence mekanizması öngörülmedikçe uygulamada pek bir anlam ifade etmez. Çünkü devlet mekanizması ve onun pratikteki somut bir görünüm biçimi olarak siyasi iktidar, tekelinde bulundurduğu güçle anayasal kazanımları tahrip edebilme potansiyelini taşımaktadırlar. Dolayısıyla devlet organlarının, özellikle siyasi iradenin tecelli etmesi sürecinde rol alan yasama organının yargısal denetime tabi tutulması kaçınılmazdır. İşte burada anayasa yargısı oldukça işlevsel bir güvence mekanizmasıdır.

## B. Hukuk Devleti

Hukuk devleti en yalın şekli ile bireylerin hukuki güvenliğinin sağlandığı, devletin eylem ve işlemlerinde hukuk normlarına bağlı olduğu bir kavram

<sup>35</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 5. Baskı, Bursa, 2014, s. 70-71.

<sup>36</sup> Gözler, *Anayasa Hukukunun*, s. 71.

olarak tanımlanabilir.<sup>37</sup> Dolayısıyla bir hukuk devletinde öncelikle devletin eylem ve işlemleri hukuka bağlıdır ve yargısal denetim altındadır. Burada devlet organları olarak yürütme organı ile birlikte yasama organı da hukuka bağlıdır; zira seçimle iş başına gelen siyasi iradenin somutlaşıp ortaya konulduğu yasama organının da hak ve özgürlükleri tahrip edebildiği tarihsel süreç içerisinde anlaşılmış ve benimsenmiştir.<sup>38</sup> Hukuk devleti, böylece yönetim yetkisinin keyfi kullanılmasının ve hak ve özgürlüklerin tahrip edilmesinin önüne geçmeyi amaç edinmektedir. Şu halde hukuk devleti, “hukuku olan devlet” ya da “devletin koyduğu hukuk” değildir; aksine “hukukun egemen olduğu devlet” anlayışını ve bir siyasal ideali ifade etmektedir.<sup>39</sup> Buna göre hukuk yasama ve yürütme işlemleri karşısında üstündür ve devlet hukukla sınırlıdır.<sup>40</sup> Dolayısıyla hukuk devleti, yasama ve yürütme organlarının hukuksal denetim altında olduğu, yargı organının bağımsız ve tarafsızlığının sağlandığı, bireylerin hak ve özgürlüklerinin tanınıp güvenceye bağlandığı ve bireylere hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ortamının oluşturulduğu bir devlet yapılanması biçimi olarak tanımlanabilir.

Gerçekten de hukuk, devlet mekanizmasının işleyişine, birey devlet ve birey-birey veya birey-toplum ilişkisine belirlilik ve öngörülebilirlik getiren bir normlar toplamıdır. Burada bir yandan birey-birey veya birey-toplum olarak yatay ilişkiler, diğer yandan birey-devlet olarak dikey ilişkiler belirli bir hukuksal düzene bağlanmaktadır. Bu durumun ise en az üç önemli sonucu söz konusudur. İlk olarak devlet mekanizması yapı itibarıyla hukuksal bir kurgu olarak belirir. Dolayısıyla organlarının eylem ve işlemleriyle bir bütün olarak devlet mekanizması ve işleyişi belirlenebilir, tanımlanabilir, denetlenebilir ve dolayısıyla dengelenebilir bir hukuksal olgu olarak nitelik kazanır. İkinci olarak birey de hukuki bir varlık ve kimlik kazanır ve dolayısıyla bireysel ve toplumsal eylem ve işlemler de hukukun konusu haline gelir. Böylece gerek devlet mekanizmasının işleyişi gerek toplumsal ve siyasal ilişkiler ve etkileşimler neden sonuç ilişkisi içerisinde hukuki bir anlam ifade etmektedir. Üçüncü olarak hukuk dışı herhangi bir alan ve bu alanın üzerinde

<sup>37</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, 15. Baskı, Ankara, 2014, s. 125.

<sup>38</sup> Özbudun, *Türk Anayasa*, s. 126.

<sup>39</sup> Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları*, 7. Baskı, Konya, 2012, s. 88-89.

<sup>40</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, “Hukuk-Hukukun Üstünlüğü-Hukuk Devleti”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2001, s. 30.

geliştirilebilecek her türlü toplumsal ve siyasal kavram ve olgu reddedilir. Bu durumda yaşam pratiği tüm yönleriyle birlikte hukuksaldır ve hukuk dışı hiçbir oluşum kabul edilemez.

O halde hukuk, devleti, bireyi ve toplumu eylem, işlem ve ilişkileri ile birlikte bir bütün olarak kurgusal bir mekanizma olarak tasarlar. Dolayısıyla daha baştan oyunun kurallarını tayin eden hukuk düzeni içerisinde toplumsal ve siyasal ilişkiler belirli bir denge ve denetime tabi tutulur. Nitekim kuvvetler ayrılığı ve yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı bu bakımdan hukuk devletinin esasını teşkil eder. Böylece yasama, yürütme ve yargı organlarının ayrımıyla deyim yerindeyse devletin fiziki yapısı ve mimarisi bir yandan kimi hukuk dışı oluşumların ortaya çıkmasına ve devlet işleyişini kontrol etmesine elverişsiz hale getirilir, diğer yandan mevcut siyasi iktidarın veya farklı toplumsal siyasi iradelerin hukuk dışına savrulması önlenir. Ayrıca siyasi iktidarın bir yerde yoğunlaşması ve güç birikimi bertaraf edilir ve demokratik bir hukuk devleti için uygun zemin hazırlanır. Bağımsız ve tarafsız yargı da devletin işleyişi, toplumsal ve siyasal ilişkilerin gelişmesi ve birey hak ve özgürlüklerinin korunması için en önemli güvence sistemi olur. Buna göre hukuk düzeninde yer alan bütün kişi, organ, kurum veya kuruluşlar yetki ve görev bakımından belirli kapsam ve sınıra sahiptir. Bu sınırlar ihlal edildiğinde yargısal denetim ve yaptırım ile karşı karşıya kalınır.

Hukuk devletinin resmi veya gayri resmi herhangi bir ideolojik, etnik veya dinsel kimliği yoktur; devlet tüm organ ve kurumlarıyla birlikte tamamen hukuksal bir yapılanmadır. Dolayısıyla devlet etnik, dini veya ideolojik toplumsal ve siyasal farklılıklara karşı eşit mesafede durur. Burada sınır bu tür oluşumların hukuk dışı eylem ve işlemlere evrilmeleridir; ancak tespit, denetim ve yaptırım yine hukuk düzeni içerisinde gerçekleşir. Bu sebeple devlet bireylerin sahip olduğu etnik, dini, siyasi ve ideolojik kimlikler arasında taraf tutmaz, birini diğerine göre önceliklemez. Dolayısıyla bir hukuk devletinde bireyler farklı etnik aidiyete sahip olabilir; farklı ideolojik ve siyasal eğilimler sergileyebilir; Alevi, Sünni veya bir başka mezhebe mensup olabilir, hatta dilerse bunlardan hiçbirine inanmayabilir de. Hukuk düzeni içerisinde ve bağımsız ve tarafsız yargı denetiminde tüm bireylerin hak ve özgürlükleri güvence altındadır.

Hukuk devleti ile birey, başta devlet ve siyasi iktidar olmak üzere hiçbir kişi, organ, kurum veya toplumsal ve siyasal oluşumun dokunamayacağı, ihlal edemeyeceği özerk bir alana kavuşur. Birey burada siyasal, ideolojik,



felsefi düşünceleriyle, inançlarıyla ve etnik kimliği ile hukuki güvence içerisinde özgür bir şekilde var olur. Yani birey anlam dünyasını oluşturan değer ve düşünceleri yaşam pratiğine aktarır. Nitekim Linz ve Stephan'ın da belirttiği gibi hukuk devletinde devlet aygıtı ve iktidar hukuka tabidir; takdir yetkileri belirli ve sınırlıdır. Bireyler kendilerini devlete ve resmi makamlara karşı korumak için mahkemeye başvurabilirler.<sup>41</sup>

Bununla birlikte modern hukuk devleti bireylerin özgür ve bağımsızca siyasal haklarını kullanabileceği demokratikleşmenin gerçekleşmesi için de esastır.<sup>42</sup> Bu bakımdan hukuk devleti güçlü ve etkin bir demokrasi için hayattır. Zira böylece devlet idaresi ve seçilmiş siyasi iktidar kanunlara, yargısal düzene, denetime ve hukuk dışı eğilimleri denetlemenin yanında devletin şeffaf ve hesap verebilir bir sisteme entegre olmasını sağlayan sivil toplum normlarına bağlı olur. Hukuka bağlılık ve sınırlandırılmış devlet sağlam bir demokrasinin gereğidir. Zaten devlet tüm kurumlarıyla ve faaliyetleriyle hukuk devletine uydukça demokrasinin kalitesi artar ve daha iyi bir toplum inşa edilir.<sup>43</sup> Rosenfeld'e göre de hukuk devleti otoriter ve totaliter rejimlerin anayasal demokrasiye evrilmesindeki rolü itibarıyla adeta bir köşe taşıdır. Modern anayasacılığın bir gereği olan hukuk devleti olmadan anayasal demokrasi mümkün olmaz.<sup>44</sup>

Liberal burjuvazinin bir talebi ve oluşumu olarak ortaya çıkan hukuk devleti anayasacılık hareketleri ve liberalizm ile yakından ilişkilidir.<sup>45</sup> Dolayısıyla devlet iktidarının sınırlandırılması ve hukuka tabi olması düşüncesinin hukuk devletinin kavramsal temelini teşkil ettiği söylenebilir.<sup>46</sup> Ancak hukuk devletinin tarihsel süreç içerisinde gelişen anlamı devlet iktidarının sınırlandırılması düşüncesini aşmakta ve söz konusu sınırlamanın “özgürlük yararı-

41 Juan J Linz ve Alfred Stepan, “Toward Consolidated Democracies”, *Journal of Democracy*, C. 7, S. 2, 1996, s. 19.

42 Linz ve Stepan, *Toward Consolidated*, s. 19.

43 Linz ve Stepan, *Toward Consolidated*, s. 19.

44 Bununla birlikte hukuk devleti anayasal demokraside paradoksal bir konumda bulunmaktadır. Zira çoğunluğun iradesi açısından hukuk devleti bireylerin karşısında durur; ancak hak ve özgürlüklerin korunması açısından ise devletin karşısında bireyin yanında durmaktadır. Michel Rosenfeld, “The Rule of Law and The Legitimacy of Constitutional Democracy”, *Southern California Law Review*, C.74, S. 1307, 2001, s. 1307-1310.

45 Sancar, *Devlet Aklı*, s. 32-33.

46 Sancar, *Devlet Aklı*, s. 34.

na” gerçekleşmesini öngörmektedir.<sup>47</sup> Bu amaca ulaşılmasında hukuk devleti anlam genişlemesine uğramış ve çeşitli değer ve düşüncelerin kurumsallaşmasında öncü bir rol üstelenen bir kavram haline gelmiştir. Bu doğrultuda hukuk devletinin biçimsel ve maddi olmak üzere iki yönünden söz edilebilir. Biçimsel bakımdan hukuk devleti, devletin üst ve bağlayıcı bir normlar bütünü olarak anayasa ile sınırlandırılması, devlet iktidarının yasama, yürütme ve yargı organı olarak bölünmesi ve devlet organlarının eylem ve işlemlerinde bağımsız yargı organları tarafından yargısal denetim altında olması şeklinde belirtilebilir. Maddi bakımdan hukuk devleti ise biçimsel özelliklerinin yanında hukukun içerik olarak belli bir nitelikte olmasını gerektirir. Burada devlet iktidarını sınırlandıran değerlerin esasını insan hakları oluşturmaktadır.<sup>48</sup>

Bununla birlikte hukuk devleti anlayışının kuramsal olarak konumlandırılabilmesi için “devlet aklı” kavramına değinmek gerekir; zira devlet aklı siyasal alanda hukuk devletini ve meşru siyasi iktidarı etkisizleştiren hukuk dışı bir değişkendir. Dolayısıyla birey hak ve özgürlüklerinin gelişim gösterdiği skalada devlet aklına yaklaşıldıkça hukuk devleti anlayışından uzaklaşılır. Zira devlet aklı şeffaf, denetlenebilir ve dengelenebilir bir yönetim anlayışını reddeder. Bu durumda devletin işleyişi ve faaliyetine dair belirlilik ve öngörülebilirlik ortadan kalkar. Hatta kimi zaman devleti yöneten siyasi iktidar dahi politik karar alım sürecine katılmakta güçlük çeker ve devletin bazı faaliyetlerinden adeta sıradan bir vatandaş gibi sonradan haberdar olur.

Oysa bir hukuk devletinde devlet işleyişi, siyasi iktidarın faaliyeti ve politik karar alım süreci hukuk düzeni içerisinde ve hukuka göre belirlenir, denetlenir ve bütünüyle şeffaftır. Nitekim Aliefendioğlu’nun belirttiği gibi “Gizlilik, hikmet-i hükümet, ülkenin üstün çıkarlarının gizlilikte olduğu yönündeki anlayışlar kirli yönetimi ya da derin devlet uygulamasını getirir. Hikmet-i hükümet ya da ülkenin üstün çıkarlarının yönetenlerce belirlenmesi gerektiği anlayışı rant paylaşımının kılıfıdır. Kirli yönetim, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.”<sup>49</sup>

Öte yandan devlet aklının karşısında konumlandırılan hukuk devleti bileşimi de kendi içerisinde bir paradoksu ve bununla beraber bir yozlaşma ihtimalini taşıdığı söylenebilir. Gerçekten de burada hukukun devleti, devletin

47 Sancar, Devlet Akli, s. 34.

48 Sancar, Devlet Akli, s. 34-35.

49 Aliefendioğlu, Hukuk-Hukukun Üstünlüğü, s. 33.

aklını ne kadar dizginleyebilir sorusu sorulabilir. Tabi bu tür bir sorun devletin karakteristik özelliğini inşa eden söz konusu hukukun niteliği ile yakından ilgilidir. Eğer buradaki hukuk insan hak ve özgürlükleri üzerinde temellendirilen bir anlayışa dayanmazsa, bir diğer söylemle biçimsel olarak salt bir tür normlar toplamı veya bütünü olarak varlık bulursa o halde hukuk düzeni, hukuk devletindeki devletin nesnesi haline gelir. Ancak eğer biçimselliğin yanında hukuk maddi olarak da nitelikli, yani insan hak ve özgürlüklerinden meşruiyet bulan bir hukuk düzeni söz konusuysa bu durumda devlet mekanizması hukukun uygulanmasında bir tür işlevsel mekanizma olarak kullanılır.

Bununla birlikte şöyle bir soru sorulabilir: hukuk devleti özsel veya kuramsal bakımdan insan hakları doğrultusunda mutlak iyiye veya mükemmelliğe dayanmakta mıdır? Anayasacılık düşüncesi, kuvvetler ayrılığı, hukukun üstünlüğü, çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisinin ilerlenmesi sürecinde değişen ve gelişen anlamıyla bu soruya olumlu yanıt verilebilir. Fakat hukuk devleti modern kavramsal anlamı yönünden pek de pürüzsüz sayılmaz; hatta siyasal, toplumsal ve iktisadi yaşam pratiğinde kimi zaman araçsallaştırıldığı ve yozlaştırıldığı da söylenebilir. Bu durumun temelde burjuvazinin çıkar ve tercihleri doğrultusunda iktidar yaklaşımının sorunlu olmasından, bir başka deyişle hak ve özgürlük düşüncesini amaca gidilen yolda araç olarak görmesinden kaynakladığı söylenebilir. Burjuva iktidar pratiğinin ilerleyen sürecinde kendi dayandığı ve meşruiyetini temellendirdiği değer ve ilkelerini tüketmesi, hatta hukuk devletini hak ve özgürlük bilincinden soyutlayarak bir tür “mit”e veya kutsal bir boyuta indirgemesi bir anlamda devlet aklının deforme bir biçimine dönüştürmesi hayal kırıklığı ile sonuçlanmıştır.<sup>50</sup> Burjuva yönetimi deyim yerindeyse iktidarın “vahşi cazibesine” kapılmıştır. Ancak kendinden menkul bir değer olarak hak ve özgürlük eksenli hukuk devleti gelişim göstermeye devam etmiştir.

Aksi takdirde hukuk devleti ile devlet aklı arasında bir tür iktidar sorunu söz konusu olabilir. Zira hukuk devleti maddi ve biçimsel olarak nitelikli yapısıyla ve içerdiği değer ve ilkelerle bir bütün şekilde anlamlı olur. Hukuk

<sup>50</sup> Nitekim bu doğrultuda yapılmış şu değerlendirme oldukça çarpıcıdır: “*Kapitalist devlet, hukuk devleti kavramına kendine objektiflik ve sınıflar-üstü bir karakter ya da görüntü bahşetmeye hizmet ettiği sürece tahammül eder. Doğrusu, derin bunalımların yaşanmadığı dönemlerde hukuk devleti formülü, burjuva devleti burjuva devleti bu tür bir objektiflik-tarafsızlık dekoru içine yerleştirmeye son derece elverişlidir.*” Sancar, Devlet Aklı, s. 63.

devletinden ödün verildikçe adım adım devlet aklıyla ve bu aklın yönlendirdiği iktidar pratiği ile karşı karşıya kalınır. Nitekim iktidar pratiğinin hukuk devletinden devlet aklına savrulma sürecinde hukuk devletinin yasallık yönüyle başlayan aşınma insan hak ve özgürlükleri değerlerinden uzaklaşmayla devam eder ve ortaya çıkan meşruiyet sorunu devlet aklı ile çözümlenir. Sonuçta öyle bir an gelir ki hukuk devletinde ne yasallık ne de insan hakları karakteri bulunur; egemenlik yalnızca devlet aklına aittir, onun tekelindedir.<sup>51</sup>

Görüldüğü gibi, hukuk devleti bir ide olarak gökyüzünde hak ve özgürlüklerin gelişimine yaşamsal kaynak sağlayan bir itki olsa da yeryüzünde uygulanış sürecinde iktidar sorunu ekseninde yozlaştırıldığı söylenebilir. Ancak yine de değişen ve gelişen anlamıyla hukuk devletinin hak ve özgürlük temelli bir siyasal ve toplumsal yapılanmanın ortaya konulmasında en önemli motivasyonlardan biri olduğu söylenebilir. Gerçekten de burjuvazinin iktidar pragmatizmi ve modern devletin oportünizmi bir yana, hukuk devletinin devlet mekanizmasını ve onun pratikteki görünüm biçimi olarak siyasi iktidarı sınırlandırmasına, çerçevelemesine yönelik bir anlayış olarak belirmesi bile çok önemli bir kazanımdır. Geline noktada hukuk devletinin bireyin ve onun hak ve özgürlüklerinin merkezinde olduğu bir siyasal tasarım olan demokratik hukuk devletinin karakteristik özelliğinin oluşumu sürecindeki en önemli değer ve düşünce bütünü olduğu bir gerçekliktir.

### C. Çoğulcu Demokrasi

Demokrasi en yalın haliyle yönetimde bulunanların bütün yönetilenler tarafından “serbest ve dürüst” seçimlerle seçildikleri bir rejim şeklinde tanımlanabilir.<sup>52</sup> Nitekim Abraham Lincoln’ün deyişiyle demokrasi “halkın, halk tarafından, halk için yönetimi”dir.<sup>53</sup> Ancak demokrasi gelişim süreci içerisinde pek çok açıdan farklılaşmış ve buna göre sınıflandırılmıştır. Gerçekten de gerek egemenliğin kullanılma biçimi bakımından doğrudan, yarı doğrudan, temsili demokrasi şeklinde gerek anlayış açısından çoğunlukçu-çoğulcu demokrasi biçiminde ve diğer pek çok açıdan demokrasi kavramı değişik yönlerden anlamlandırılmıştır.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Sancar, Devlet Aklı, s. 58-59.

<sup>52</sup> Özbudun, Türk Anayasa, s. 91.

<sup>53</sup> Gözler, Anayasa Hukukunun, s. 258.

<sup>54</sup> Bülent Yavuz, “Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 284.

Demokrasiye yönelik her tanımın demokrasiye atfedilen anlama göre belirli bir yönünün vurgulandığı söylenebilir. Ancak özellikle Dahl'ın demokrasi için geliştirdiği tanıma değinilmesi gerekir. Dahl demokrasi yerine “poliarşi” kavramını kullanmaktadır.<sup>55</sup> Buna göre demokrasi “muhalafet” ve “katılma” şeklinde iki ana eksen üzerinde temellenir. Buradaki muhalafet iktidara gelebilmek için özgür bir ortamda, dürüst, adil ve düzenli seçimlerle birlikte örgütlenmiş bir yarışmanın varlığı anlamına gelir. Katılma ile de neredeyse tüm yetişkin yurttaşların böylesi bir ortamda oy verebilmesi ve iktidar makamları için yarışabilmesi durumu belirtilmektedir.<sup>56</sup> Şüphesiz bu şekilde tanımlanan demokrasinin bir anlam ifade edebilmesi için düşünce ve ifade özgürlüğünün, örgüt kurma ve kurulan örgütlere katılma hakkının ve çeşitli yollardan bilgiye ulaşma olanağının bulunması ve güvence altına alınması gerekir.<sup>57</sup>

Bununla birlikte demokrasi, ideal olan yönetime varma tırmanışında basit bir basamaktan ibaret değildir. Dolayısıyla demokrasinin kuramsal temelini ve buna bağlı olarak geliştirilen toplumsal ve siyasal pratiğinin esas karakterinin nasıl tasarlanması gerektiği oldukça önemlidir. Zira bir ideal olarak gökyüzünde bulunan demokrasi idesinin yeryüzüne indirilmesi sürecinde beliren yozlaşma, hatta yanılsamanın açık bir şekilde ortaya konulu somutlaştırılması gerekir. Zira modern devlet ve devlet aklı kimi zaman demokrasiyi de “mit”leştirip soyutlayarak siyasal iktidarın uygulanış sürecinde adeta araçsallaştırmıştır. Nitekim “genel irade”, “milli irade” gibi soyut ve mistik ifadeler ile demokrasiye ait iyi olanın örtülmesi, hatta deforme biçimiyle bizatihi demokrasinin özünü oluşturan ve bireyin hak ve özgürlüklerinin ihlal eden antidemokratik bir yönetim biçimi ortaya konulmuştur.

Gerçekten de demokrasi eğer bir iktidar savaşımı yolu olarak görülürse araçsallaşabilir. Özellikle çoğunlukçu demokrasi anlayışı dinsel, ideolojik, etnik ve sair açılardan toplumsal bir farklılığın iktidara ulaşma, hatta bir adım sonrası olarak devletle bütünleşme veya devletleşme yolunda bir araç

<sup>55</sup> Bir yönetimin “poliarşi” olarak değerlendirilebilmesi için Dahl birtakım ölçütler geliştirmiştir. Dahl poliarşinin ölçütleri olarak “seçilmiş görevliler”, “özgür ve adil seçimler”, “kapsayıcı seçme hakkı”, “mevki için yarışma hakkı”, “ifade özgürlüğü”, “alternatif enformasyon” ve “örgütsel özerklik” şeklinde bir belirlemede bulunmuştur. Robert A. Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri*, Çev. Levent Köker, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 280-283.

<sup>56</sup> Ergun Özbudun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 194.

<sup>57</sup> Özbudun, *Türkiye’de Demokratikleşme*, s. 194.

olarak görülebilmektedir. Türdeş olmayan, çeşitli toplumsal yapılar arasında geçişkenliğin ve etkileşimin az olduğu ve dolayısıyla toplumsal kutuplaşmanın yüksek olduğu toplumlarda demokrasinin dönüp dolaşıp bu tür başkalaşıma uğraması kaçınılmazdır.

İşte bu nedenle anayasacılık, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti gibi değerler dizisinde demokrasinin yozlaşmış özünü yitirmemesi için demokrasinin insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda bir yaklaşımla ele alınması gerekir. Burada özellikle çoğulcu demokrasi anlayışı oldukça önem taşımaktadır. Gerçekten de çoğulcu demokrasi çoğunluğun iradesinin mutlak ve sınırsız olduğu anlayışını reddeder. Bu doğrultuda Sartori'ye göre demokrasi yalnızca "çoğunluk yönetimi", "çoğunluk egemenliği"nden ibaret değildir. "Gerçekten 'çoğunluk egemenliği' denen şey, sınırlı çoğunluk yönetiminin, yani, azınlık haklarına saygılı kısıtlanmış bir çoğunluk yönetiminin, kısa bir formülünden ibarettir."<sup>58</sup> Dolayısıyla demokrasi, "bir topluluğun üyeleri arasında, müzakere yoluyla ve topluluğun kendi içindeki çeşitlilik gözardı edilmeden, iktidarın paylaşılması olarak anlaşılmalıdır".<sup>59</sup>

Bu durumun bir tamamlayıcısı olarak demokrasilerde çoğunluk ve azınlıkların katı bir statülerinin olmadığı, bir diğer deyişle kimi zaman yer değiştirebilecekleri belirtilmelidir. Zira "eğer azınlığa dönüştürülemeyen bir çoğunluğa sahip bulunuyorsak, o zaman artık demokratik bir çoğunluktan, yani oyunun kuralı çoğunluk ilkesi olan bir sistemden söz edemeyiz. Çünkü, siyasal toplumun çeşitli parçalarının iktidarı sırayla kullanmalarını sağlayabilmek için, çoğunluk ilkesi çoğunlukların değişebilir olmalarını gerektirir".<sup>60</sup> Nitekim Pasquino'nun da belirttiği gibi demokrasi siyasi partilerin girdikleri seçimleri kaybedebildikleri veya sonuçta bir şekilde kaybetmek zorunda kaldıkları bir siyasal düzeni ifade etmektedir. Şu halde demokrasilerde gerçekleştirilen seçimler de "kaybedenlerin cehenneme gönderildikleri kutsal bir karar değildir; aksine azınlığın isteği doğrultusunda hükümlerin iptal edilebildiği ve hakem denetimi altında kazananların siyasal gücün bir kısmını kullanabilmesidir."<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Giovanni Sartori, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Çev. Tuncer Karamusatafaoğlu-Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 33.

<sup>59</sup> Haldun Gülalp, "Kimlikler, Toplum ve İktidar", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S. 40, 2009, s. 142.

<sup>60</sup> Sartori, a.g.e., s. 35.

<sup>61</sup> Pasquale Pasquino, "Constitutional Adjudication and Democracy, Comparative Perspec-

Bununla birlikte çoğulcu demokrasi anlayışının çoğunluğun iradesinin sınırlandırılması ve hak ve özgürlük temelli yönünün ortaya konulması bakımından Dworkin'in "ortaklık demokrasisi" adını verdiği demokrasi anlayışına değinilmesi gerekir. Böylece demokratik bir yönetimde çoğunluğun iradesinin ve toplumsal ve siyasal yaşam alanındaki iktidar pratiğinin meşruiyeti de ortaya konulacaktır. Bu şekilde bir yandan devlet aklının veya siyasi iradenin demokrasiyi araçsallaştırılmasının önüne geçilecek diğer yandan çoğunluğun yönetme hakkının hak ve özgürlük temelinde koşullandırıldığı belirtilecektir.

Ortaklık demokrasisine göre halkın kendi kendini yönetmesi durumu adı üzerinde bir şirketteki veya ortaklıktaki ilişki gibidir. Bu durumda ortaklık ilişkisinde nasıl ki yöneticiler yalnızca kendilerini seçenlerin çıkarını korumakla kalmamaktadırlar benzer şekilde ortaklık demokrasisinde de yöneticiler salt kendilerini seçenlerin değil bütün toplumun çıkar ve tercihlerini dikkate alan kararlar almaktadırlar.<sup>62</sup> Ortaklık demokrasisinin gerçekleşmesi için temelde üç ana şartın sağlanması gerekir. Buna göre ilk olarak vatandaşlar siyasal karar alım sürecinde eşit söz hakkına sahip olmalıdır. Vatandaşlar muhalif veya düşünceleri rahatsız edici oldukları gerekçesiyle kategorik olarak siyasal karar alım sürecinden ve bilgiye ulaşımına imkanından dışlanmamalıdır. İkinci olarak eşit özen ilkesine uyulmalıdır. Yani her bireyin kişisel varoluş koşulları ortak karar alımlarına yansıtılmalıdır. Yalnızca çoğunluğun değil, her kesin çıkar ve tercihleri dikkate alınmalı ve gözetilmelidir. Bireylerin hayatları eşit önemdedir. Üçüncü olarak, bireylerin onurlarının korunması bakımından yalnızca kendilerinin karar vermeleri gerektiği durumlarda çoğunluğun iradesi doğrultusunda karar alınmamasını öngörmelidir. Zira siyasal kararlar bireylerin onurları için uyumlu oldukları oranda ortak bir şekilde alınabilmelidir.<sup>63</sup>

Ortaklık demokrasisinde demokrasi, biçimselliğin ötesinde maddi olarak da bireylerin onurlarını korumayı hedefleyen, ahlaki temelini hak ve öz-

---

tives: USA, France, Italy", *Ratio Juris*, C.11, S.1, 1998, s. 47. Esen de bir çalışmasında "Demokrasi sayı çoğunluğu ile oynanabilecek bir nevi canbazlık değildir." değerlendirmesinde bulunmuştur. Bülent Nuri Esen, "Türkiye'de Anayasal Gelişmeler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1-2, 1968, s. 46.

<sup>62</sup> Ronald Dworkin, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, s. 28.

<sup>63</sup> Dworkin, *Siyasal Anayasanın*, s. 30.

gürlük bilincinin teşkil ettiği bir yönetim anlayışını ifade eder. Dolayısıyla ortaklık demokrasisi adil bir yönetim anlayışı, adil bir toplum kurmayı öngörür. O halde özellikle dinsel, sosyal ve ekonomik haklarda çoğunluğun iradesi belirleyici bir konumda yer almaz. Bu haklar anayasada güvence altına alınmalıdır. Bu haklar üzerinde halkın kişisel onurlarına aykırı ortak kararlar alınmaz; zira çoğunluğun iradesi hakkaniyeti sağlamaz. Hakkaniyet siyasal eşitlik anlamına gelir; siyasal eşitlik ise eşit oydan öte bir anlam taşır, aynı zamanda başka insanları etkileme gücü olarak eşit nüfuz gerekmektedir. Ancak eşit nüfuzun sağlanması mümkün değildir. Ayrıca eşit oy hakkı da gerçek anlamda eşitlik değildir ve eşit oy hakkı eksikliğini çoğunlukçu demokrasi anlayışının siyasal eşitliği sağlamadığı açıktır. Şu halde tek çıkar yol ortaklık demokrasisinin kurumsallaşmasıdır; zira eşit oy hakkı ve periyodik seçimler demokrasi için şüphesiz gereklidir; fakat yeterli değildir. Dolayısıyla bireysel onurların korunduğu, çıkar ve tercihlerin siyasal karar alım sürecinde gözetildiği, bireylerin eşit söz hakkına sahip olduğu yani siyasal eşitliğin gerçeklik kazandığı bir ortamda ancak demokrasi bir anlam ifade eder.<sup>64</sup>

Bireyin anlam dünyasını yaşam pratiğine aktarabilmesi özgür ve özerk bir yaşam alanının varlığına bağlıdır. Ortaklık demokrasisi bu yönüyle bireyin kendisini gerçekleştirme hedeflediği söylenebilir. Bunun olabilmesini sağlayan olgu da bireyin kendi yazgısına hakim olma isteği ve onu belirleyeceğine ilişkin inancıdır.<sup>65</sup> İşte bu inanç birey ile iktidar arasındaki mesafeyi azaltır ve bireyi yönetim faaliyetinde etkin bir aktör konumuna getirir.

O halde demokrasi basit bir sayısal işlem, seçimler de bireylerin toplamı veya sayısal değer ölçümünden ibaret değildir; aksine demokrasi hak ve özgürlük temelli siyasal, ideolojik, dini ve benzeri farklılaşmalara bağlı olarak beliren bireysel çıkar ve tercihleri önceleyen bir yaklaşımdır. Şüphesiz

<sup>64</sup> Dworkin, *Siyasi Anayasanın*, s. 30-39.

<sup>65</sup> Nitekim Vedel'in belirttiği gibi "Demokrasi kendiliğinden iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Demokrasinin bir şekli ferdi kendi kaderini kendisinin tayin etmesidir ki, bu, ferde toplum içinde mümkün olan en geniş özgürlüğü verir. Özellikle, ferdi haklar kavramı, toplum iradesi karşısında fertlere tanınan imkânlar ferde kendi kaderini tayin etme yeteneğini sağlar. Demokrasinin ikinci şekli ise, toplumun doğrudan doğruya kendi kaderini tayin etmesidir. İşte ancak bu şekildedir ki, yönetenlerle yönetilenler arasında en sıkı, en geniş özdeşlik gerçekleşebilecektir." G. Vedel, "Siyasi İktidar ve Planlama", Çev. Ayferi Göze, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 32, S. 1, 1966, s. 286-287.



demokrasi toplumsal olarak kolektif bir sonuç ortaya çıkarmaktadır; ancak bu durum bir değer ve düşünceler bütünü olan demokrasinin “iyi” yönü değil tam tersine içine kolayca düşülebiyecek bir paradoks, bir handikaptır.

Gerçekten de demokrasi biçimsel olarak salt bir yönetim prosedürü değildir aynı zamanda bir yönetim anlayışını da yansıtır. Demokrasinin biçimsel yönü kolektif sonucun yönetim hakkının eylemselliğini ortaya koyar. Çoğunluğun iktidarı belli normlarla siyasal ve toplumsal yaşam pratiğine aktarılır. Ancak değişen ve gelişen anlamıyla demokrasi hak ve özgürlük temelli bir özü içerir ve bireysel göreceliği yönetime ve siyasal iktidara aktaran bir tür değerler ve ilkeler bütünüdür. Bireyin anlam dünyası etnik, ideolojik, dini vb yönlerden farklılaşabilmekte ve bu tür toplumsal çeşitliliğin siyasal alanda bir karşılık bulması gerekir. Nitekim siyasi partiler bu doğrultuda oldukça işlevseldir ve demokrasilerin adeta hareket etme aracıdır. İşte demokrasi çoğulcu bir anlayışla ve bu anlayışla şekillenen yönetim biçimi ve iktidar pratiği ile ancak anayasacılık, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti gibi değerler dizisinde bir anlam ifade eder. Ortaklık demokrasisi ise özü ve biçimi ile birlikte demokrasinin değişen ve gelişen anlamını oldukça iyi bir şekilde formüle edip somutlaştırmaktadır.

### **III. Modern Devletin Demokratik Hukuk Devletine Evrilmesi Bakımından Anayasa Yargısı**

Devlet hukuki bir aygıt, siyasi iktidar bu aygıtın eylemselliğini sağlayan hukuki bir aktör, demokrasi siyasi iktidarın oluşum ve uygulama biçimini belirleyen bir anlayış, hukuk devleti ise tüm bu sistemin meşruiyetini ve işleyişini sağlayan bir zemin olarak değerlendirilebilir. Bu şekilde kurgulanan demokratik bir hukuk devletinde tarafsız ve bağımsız bir yargı organı ve bunun yapacağı yargısal denetim oldukça hayatidir. Çünkü demokratik bir hukuk devletinde başta siyasi irade ve türevleri olmak üzere tüm olgu ve oluşumlar hukuka bağlıdır ve sınırlıdır; gerektiğinde yargısal denetime tabi tutulur ve dengelenir. Böylece demokratik bir hukuk devletine dair bütün değer ve düşüncelerin somut bir toplamı olarak beliren anayasaların ve buna bağlı olarak şekillenen hukuksal düzenin güvence altına alınması sağlanır. Nitekim anayasal denetim bu doğrultuda geliştirilen etkin bir mekanizmadır. Dolayısıyla burada bu bağlamda münhasıran anayasa yargısı değerlendirilecektir.

Bununla birlikte burada yapıla değerlendirme ancak yargının tarafsız ve bağımsız olması ve anayasacılık ve buna bağlı olarak gelişen erkler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisi çerçevesinde bir pratiği göstermesi halinde bir anlam taşır. Bunun dışındaki bir motivasyonla hareket eden yargı başkalaşır ve bir iktidar aktörü olarak ortaya çıkar. Bu tür bir aktör ise çıkar ve tercihlerini önceler ve iktidar alanını genişletir. Diğer farklılık ve oluşumları kendi göreceliği ile şartlandırır ve gerçekleştirdiği yargısal denetimi ile tek tipleştirir. Dolayısıyla böylesi bir yargısal aktörün dağıtacağı adalet ise ancak *prokrustesin* adaleti olur.<sup>66</sup> Şu halde yargı bir bütün olarak prokrustesin demirden yatağına dönüşmemesi için evleviyetle demokratik bir hukuk devleti idealini hedeflemesi gerekir.

### A. Anayasa Yargısı ve Demokratik Hukuk Devleti

Yukarıda genel ve teorik olarak değişen ve gelişen anlamıyla anayasacılık düşüncesi ve düşünce ekseninde gelişen sınırlık iktidar, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisine değinildi. Böylece çağdaş çoğulcu anlamda demokratik bir hukuk devletine kuramsal açıdan bir temellendirme ortaya konulmaya çalışıldı. Dolayısıyla siyasal düzende devlet aklının özneleşip belirleyici bir konumda bulunmaması gerektiği, devlet mekanizmasının anayasacılık düşüncesinin siyasal ve toplumsal yaşam pratiğine aktarılması için ancak işlevsel bir araç olduğu sonucuna varıldı. Burada ise bir yandan anayasa yargısının hukuk devleti ve çoğulcu bir demokratik yönetimdeki işlevi ve buna bağlı olarak önemini değerlendirilmesi diğer yandan da anayasaya uygunluk denetiminin siyasal iktidara ve devlet aklına karşı bu değerler bağlamında denetleyici ve dengeleyici konumunun belirlenmesi hedeflenmektedir.

Anayasa yargısı yasama iradesinin bir tür tecellisi niteliğindeki kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen yargısal bir güvence mekanizmasıdır.<sup>67</sup> Böylece anayasa yargısı çoğunluğa dayanıp dayanmadığına bakıl-

<sup>66</sup> Prokrustes Yunan mitolojisinde yer alan bir hayduttur. Mitolojiye göre Prokrustes pusuya yatar ve tutsak ettiklerini demir bir yatağı yatırır. Bu yatağı göre boyu uzun gelenlerin artan, dışarı taşan parçalarını keser; boyu kısa gelenlerin ise yatağı uyması için bu sefer uzatmıştır. Nitekim İngilizcede “procrutean bed” ifadesi keyfi ve şiddete dayalı metodlarla tekil ve uyumlu bir anlayışı dayatmak olarak anlam bulur.

<sup>67</sup> Anayasa yargısı her ne kadar modern anlamıyla *Marbury v. Madison* davasında verilen karar ile somutlaşmış olsa da çeşitli biçimleriyle gerek düşünsel gerek uygulama bakımından

maksızın yasama iradesinin hak ve özgürlüklere yönelen ihlallerini, deyim yerindeyse yan etkilerini bertaraf eder. Dolayısıyla anayasa yargısı anayasacılık düşüncesi ve buna bağlı olarak gelişen iktidarın sınırlandırılması, hukuk devleti, çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisi bakımından oldukça önemli bir işlev gördüğü söylenebilir. Gerçekten de anayasacılık düşüncesi bağlamında her ne kadar iktidarın sınırlandırılması, hak ve özgürlüklerin tanınması, hukuk devleti ilkesi ve demokratik bir yönetim anlayışı öngörülse ve bu meyanda mükemmel bir anayasal tasarım ortaya konulsa da yeterli değildir. Zira burada bir o kadar da yapılması gereken söz konusu ilke ve değerlerin yaşam pratiğinde bir anlam ifade edebilmesi için güvenceye bağlanmasıdır. İşte anayasa yargısı böylesi bir güvenceyi sağlayan yargısal bir denetim mekanizmasıdır.

Bu bakımdan anayasa yargısı her şeyden önce toplumsal ve siyasal alana anayasal ve buna bağlı olarak hukuksal bir kültür aktarır. Bu durum en az iki açıdan önem arz eder. İlk olarak devlet yapılanması ve siyasi iktidar dahil anayasal kavram ve olguların kurumsallaşması ve toplumsal ve siyasal alanda somut bir anlam ifade etmesi sağlanır. İkinci olarak evrensel değer ve ilkelerle iletişime geçilerek kurumsallaşan hukuki kültüre dinamizm kazandırılır. Böylece hak ve özgürlük bilinci sürekli güncel tutulur. Gerçekten de anayasacılık ve buna bağlı olarak şekillenen kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi toplumsal ve siyasal değişim ve dönüşüme göre gelişen evrensel değer ve ilkelerdir. İşte anayasa mahkemeleri bireyin hak ve özgürlükleri ekseninde hukuksal kültürün bu değerler dizisine göre uyum ve işleyişini sağlar.

Bununla birlikte anayasa yargısı hukuk dışı her türlü zemine ve oluşuma karşıdır. Toplumsal ve siyasal kavram ve olguların hukuki meşruiyet çerçevesinde şekillenmesini öngörür. Böylece hukuk dışı oluşumların ve güç aktörlerinin belirmesine ortam hazırlayan şartları ortadan kaldırır. Devletin derinliği ve devlet aklına karşı hukuk devletini ön plana çıkarır. Ayrıca meşru siyasal, toplumsal ve hatta hukuksal mekanizmaların da hukuk dışı bir alana savrulmasını önler. Hukuk devleti ile belirlenen ve sınırlandırılan

---

oldukça köklü bir geçmişe sahiptir. Bu doğrultuda anayasa yargısının tarihsel ve kuramsal açıdan bir incelemesi için bkz. David Deener, "Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi", Çev. Tunçer Karamustafaoğlu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 3, s. 179-205.

devlet mekanizmasını ve siyasi iktidarı hukuk düzeni içerisinde konumlandırır.

Her ne kadar değişik “sosyo-politik idealler” olarak nitelendirilirse de hukuk devleti ile demokrasi arasında kaçınılmaz bir bağ vardır. Nitekim “demokratik hukuk devleti” bu bağın somut bir formülü olarak değerlendirilebilir.<sup>68</sup> İktidarın kaynağının “halk” veya “millet” olarak görülmesi ve meşruiyetin bu temel üzerinde inşa edilmesi halka dayanan bir iktidarın her istediğini yapabilmesi anlamına gelir. Bu tür bir yaklaşım ise devlet yönetiminde keyfilığe, bireyin veya azınlıkların hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesine ve böylece “çoğunluk diktatörlüğüne” kapı aralamaktadır. Böylesi bir diktatörlük demokratik bir kılıf ile örtüldüğü ve dolayısıyla buna karşı eleştiri yapılmasını ve reddedilmesini zorlaştırdığı için böyle olmayana nazaran daha tehlikeli bir görünüm biçimi olarak belirebilir. Hâlbuki demokratik olmayan bir diktatörlüğün meşruiyeti daha rahat tartışılabilir ve buna karşı çıkılabilir.<sup>69</sup>

O halde demokratik bir yöntemle oluşmuş olsa dahi iktidar hukuk devleti ile kayıtlıdır. Dolayısıyla demokratik bir hukuk devletinde iktidar kaynağını halkta bulur; ancak bunun kullanımı hukukla bağlı olmak durumundadır.<sup>70</sup> Ancak kanaatimce iktidarın oluşum biçimi ile uygulanma biçimi her ne kadar birincisi demokrasiye ikincisi hukuk devletine dayanılarak farklılaşsa da gelişen ve değişen anlamlarıyla hukuk devleti ve demokrasinin (hatta çoğulcu demokrasinin) siyasi iktidarın gerek oluşumu gerek uygulanması bakımından meşruiyetinin ana kaynakları olduğu belirtilmelidir.<sup>71</sup> Çünkü hak ve özgürlük mücadelesi devam ettikçe anayasacılık düşüncesi ve düşünce etrafında şekillenen kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu

<sup>68</sup> Mustafa Erdoğan, Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 21.

<sup>69</sup> Erdoğan, Anayasa, s. 21.

<sup>70</sup> Erdoğan, Anayasa, s. 21.

<sup>71</sup> Şüphesiz demokrasi eğer çoğunluk ilkesine göre şekillenen bir anlayış olarak dayatılacaksa bu halde hukuk devletinin demokrasi ile çeliştiği söylenebilir. Ancak demokrasi çoğunluk ilkesine indirgenip dayandırılmaz; çünkü halkın iradesi halkın çoğunluğunun iradesi değildir, parlamenter çoğunluğu iradesi olarak ise hiç anlaşılmamalıdır. Şu halde halkın iradesinin belirlenmesi mümkün olmadığına göre söz konusu iradenin “hukuk devleti olarak da anılan belli bazı değer ve ilkelere” belirlediğini kabul etmek gerekir. Michel Troper, “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi”, Demokrasi ve Yargı, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s. 19.

demokrasi gibi değerler dizisi de toplumsal, siyasal ve iktisadi yönden ideal olana varma tırmanışını devam ettirecektir.

Hukuk devleti devlet aklının ve dolayısıyla toplumsal, siyasal ve iktisadi boyutlardaki somut bir görünüm olarak siyasi iktidarın eylem ve işlemlerinde bir şekilde aşmaya çalıştığı veya en azından biçimsel bir prosedüre indirildiği sorun olarak görülmektedir. Bu nedenle hukuk devletinin gereklerinin yerine getirilmesinde anayasa yargısının ayrı bir yeri vardır. Nitekim Duran'a göre anayasa yargısı "hukuk devleti ilkesinin tümü ile gerçekleştirilmesini amaçlayan bir yaptırım oluşturur".<sup>72</sup> Öktem de anayasa yargısını hukuk devletinin ana güvencelerinin başında görmektedir.<sup>73</sup> Gerek maddi gerekse biçimsel olarak belli bir hukuki niteliği olan hukuk devleti anlayışı bireyler için öngörülebilir şekilde bireylere hukuki belirlilik ve güvenlik ortamı oluşturur. Ancak siyasi iktidarlar kimi zaman fiilen eylem ve işlemlerinde kimi zaman da meydana getirilen normlarla hukuk devletine ve buna bağlı olarak bireylerin hak ve özgürlüklerine tehdit oluşturabilmektedir. Anayasa yargısı ise bir yandan kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen diğer yandan özellikle bireysel başvuru<sup>74</sup> ile ulusal hukuk düzeni içerisinde hak ve özgürlüklerin nihai olarak korunmasını sağlayan bir kurum niteliğindedir.

<sup>72</sup> Lütfi Duran, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 1, 1984, s. 57.

<sup>73</sup> Niyazi Öktem, "Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 8, 1991, s. 275.

<sup>74</sup> Bireysel başvuru yolu hukuk devletinin siyasal ve toplumsal yaşam pratiğinde doğrudan gerçekleşmesinde bireylerin aktif birer aktör konumunda oldukları oldukça etkin bir denetim yoludur denilebilir. Nitekim Sağlam'ın da belirttiği gibi bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin doğrudan korunması sağlanmakta, "anayasaya uygun yorum" yönteminin uygulama alanı genişlemekte ve demokrasi ve "hak sahibi vatandan olma" bilinci bireylere kazandırılmaktadır. Dolayısıyla bireyler haklarına sonuna kadar arama fırsatına sahip olurlar. Fazıl Sağlam, "Anayasa Şikayetini Bekleyen Sorunlar", *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2011, s. 21. Ancak bireysel başvurunun ülkemizde kabul edildiği ilk zamanlarda doktrinde bazı çekinceler de öne sürülmüştür. Zira Türk Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki içtihatlarından yola çıkılarak bireysel başvuru sonucunda da hak ve özgürlükler yerine devletin değer ve tercihlerini yansıtan kararların verileceğinden endişe edilmiştir. Çünkü anayasa şikâyeti böylelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruları geciktirmiş olacaktı. Fakat anayasa şikâyeti sonucunda kararlar verildikçe zamanla bu yöndeki endişenin yerini kısmen de olsa olumlu havaya ve ümide bıraktığı söylenebilir. Özbudun, *Türkiye'de Demokratikleşme*, s. 187.

Bununla birlikte anayasa yargısı demokrasinin de işleyişi ve kurumsallaşması yaşamsal bir konumda bulunur. Nitekim Özbudun, hukuk devletini ve bunun bir unsuru olarak gördüğü anayasa yargısını pekişmiş bir demokrasinin ana şartlarından biri olarak belirtmektedir.<sup>75</sup> Erdoğan da demokrasinin kurumsallaşması sürecinde, anayasanın üstünlüğünün ve hukuk devletinin inşasında ve hak ve özgürlüklerin korunmasında anayasa yargısının katkıda bulunabileceğinden söz etmektedir. Bunun yanında anayasa mahkemeleri, kuvvetler ayrılığı işleyişi ve kamu otoriteleri arasında hakemlik rolü yapmaları bakımından da demokrasinin inşasında katkı sağlarlar.<sup>76</sup> Çoğunlukçu demokrasi anlayışı, yasama organının iradesinin üstünlüğüne dayalı bir anlayış olarak anayasa yargısını kurumunu reddetmektedir; zira buna göre yasama organı mutlak egemendir ve hukuken sınırsızdır. Dolayısıyla yasama iradesinin bağımsız yargı organlarınca denetlenmesi yerinde değildir. Çünkü egemenlik yetkisini tekelinde bulunduran yasama, bir siyasal organ olarak seçimle oluşmaktadır ve yasama iradesinin üzerinde yargı vesayeti kurulmamalıdır.<sup>77</sup> Fakat çoğulcu demokrasi anlayışı bu yönüyle çoğunlukçu demokrasi anlayışına benzemez; zira katı bir anayasa, anayasanın üstünlüğü ve kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi çoğulcu demokrasi için kabul edilmektedir.<sup>78</sup>

Öte yandan burada anayasa yargısının meşruiyeti sorununa kısaca değinmekte yarar vardır. Doktrinde anayasal demokrasinin kendi içerisinde bir gerilim<sup>79</sup> barındırdığını ve bu durumun anayasa yargısında açık bir şekilde

<sup>75</sup> Ergun Özbudun, “Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 24, 2007, s. 361.

<sup>76</sup> Mustafa Erdoğan, “Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 10, S. 20, 2011, s. 31-32. Ayrıca bkz. Mustafa Erdoğan, “Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 3, 2005, s. 1-3.

<sup>77</sup> Yavuz Atar, “Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 25, 2008, s. 94.

<sup>78</sup> Atar, *Anayasa Mahkemesi’nin*, s. 94.

<sup>79</sup> Gerçekten de Sancar söz konusu gerilimi oldukça iyi bir şekilde ifade etmektedir. Buna göre “İki kavram arasındaki ilişkiye dair tartışmaları kabaca şemalaştırmak gerekirse, iki uç ve çok sayıda ara yaklaşım olduğu söylenebilir. Uçlardan birinde, bizatihi anayasanın kendisini bir rahatsızlık, hatta haksızlık olarak gören, saf ya da tabir yerindeyse ütöpik demokratlar yer alır. Diğer uçta ise, demokrasiyi bir tehdit olarak gören radikal anayasalcılar yer alır. Birinciler, demokrasinin anayasal sınırlamalar yüzünden felce uğrayacağından kaygı du-

belirdiği ifade edilmektedir. Buna göre kanunların anayasa uygunluğunun yargısal denetimi özgür ve demokratik bir toplumda bir nihai karar verme yöntemi olarak yerinde değildir. Zira seçimle iş başına gelmeyen yargıçların bireylerin haklarına ilişkin verdiği kararlar “temsil ve siyasi eşitlik” gibi demokratik ilkelerle bağdaşmamaktadır. Yargısal denetimi yapan mahkeme ile yasama organı arasında yasama yetkisinin kimin kullanacağına ilişkin bir anlaşmazlık çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Dolayısıyla anayasa yargısı aracılığı ile “siyasetin yargısallaşması” demokrasinin kısıtlanmasına sebep vermektedir.<sup>80</sup>

Ancak bir diğer görüşe göre de “liberal anayasacılık” anayasa yargısını gerektirmektedir. Buna göre anayasal hak ve özgürlükler siyaset öncesi bir niteliğe sahiptir ve demokrasinin ön şartı olarak varlık bulur. Dolayısıyla bu hakların demokratik karar mekanizmalarına tabi olmaması ve bunlarla ilgili uyuşmazlıkların yargının “tarafsız” hakemliğine ve denetimine tabi olması gerekir. Bu şekilde hak temelli bir yargı denetimi ile bir yandan azınlıklıkta kalanların da dahil herkesin hak ve özgürlükleri korunup güvenceye bağlanması sağlanır, diğer yandan çoğunluğun baskısı bertaraf edilir.<sup>81</sup>

Liberal anlayışa dayanan hak eksenli yaklaşım birey hak ve özgürlüklerine devlet karşısında öncelik verir.<sup>82</sup> Nitekim Arslan’ın da belirttiği gibi “... bugün gelinen noktada insan hakları, ulusal iradeyle birlikte, demokrasinin tanımsal unsuru olarak kabul edilmektedir. İnsan haklarının korun-

---

yarlarken; ikinciler, demokrasi selinin anayasal bentleri, özellikle de bireysel özgürlükleri yıkacağından korkarlar. Aralarındaki bu farklılığa rağmen, her iki yaklaşım da, anayasacılık ile demokrasi arasında çok derin, hatta aşılması imkansız bir gerilim olduğu noktasında uyuşurlar.” Bkz. Mithat Sancar, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?”, Demokrasi ve Yargı, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s. 46 ve genel olarak bkz. s. 44-57.

<sup>80</sup> Erdoğan, Demokrasi, s. 33.

<sup>81</sup> Erdoğan, Demokrasi, s. 33. Öte yandan doktrinde Gözler, ortaya koyduğu önemli çalışmasında anayasa yargısına meşruiyet kazandırmanın imkânsız olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Kemal Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 61, S. 3, 2006, s. 146.

<sup>82</sup> Hak eksenli paradigma için bkz. Zühtü Arslan, “Anayasa Mahkemesi’nin Siyasi Partiler Politikası: ‘Ve çağı’nda ‘Ya-ya da’cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Bahar 2001, s. 7 ve genel olarak 5-14. Ayrıca Zühtü Arslan, “Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court”, *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, C. 11, S. 1, 2002, s.11.

ması da anayasa mahkemelerinin meşruluk temelini oluşturmaktadır.”<sup>83</sup> Özbudun’un belirttiği gibi “Öyle görünüyor ki, Anayasa yargısının demokratik meşruluğu, ancak pragmatik gerekçelerle, yani mahkemelerin temel hakları yasama organlarından daha iyi koruyacakları yolunda Batı toplumlarında mevcut olan güçlü inançla savunulabilir”.<sup>84</sup>

Görüldüğü gibi anayasa yargısının meşruiyeti sorunu özellikle hak ve özgürlük temelli yaklaşım ile demokratik yaklaşıma göre farklı alanlarda konumlanabilmektedir. Ancak kanaatimce anayasa yargısının meşruiyeti sorunu yalnızca demokratik yaklaşıma indirgenmemelidir. Kaldı ki indirgense bile sanıldığı kadar büyük bir çelişki hatta çatışkı ortaya çıkmaz. Gerçekten de anayasacılık bir taraftan siyasi iktidarı sınırlandırmayı diğer taraftan böylesi bir ortamda bireyin hak ve özgürlüklerinin tanınıp güvenceye bağlamayı hedeflemektedir. Bu doğrultuda anayasacılık düşüncesi zaman içerisinde anlam genişlemesine uğramış ve değişen ve gelişen anlamıyla kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değer ve düşüncelerle bütünleşerek farklılaşmıştır. Bu değerler dizisinde günümüzde gelinen noktada çoğulcu demokrasinin, hatta bunun somutlaşmış bir biçimi olarak “ortaklık demokrasisi”nin anayasacılık düşüncesinin bir tamamlayıcı olduğu söylenebilir. İşte bu değerler dizinin özündeki mutlak iyiyi koruyan ve toplumsal ve siyasal yaşam pratiğinde işlerliğini sağlayan mekanizma olarak anayasa yargısının hayati bir kurum olduğu hak ve özgürlük mücadelesinin tarihsel süreci içerisinde açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Şu halde anayasa yargısının meşruiyeti anayasacılık ve bu doğrultuda gelişen değer ve ilkeler üzerinde temellendirilmelidir. Zira anayasacılık devleti ve siyasi iktidarı sınırlandırmayı ve bireylerin hak ve özgürlüklerini tanınıp güvenceye bağlanmasını hedeflemektedir. İşte anayasa mahkemeleri de kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi anayasal değerlerle birlikte bir bütün olarak bireyin hak ve özgürlüklerini koruyan ve gelişimini sağlayan en önemli güvence mekanizmasıdır. Dolayısıyla anayasa yargısının meşruiyeti bu değer ve ilkelerden yalnızca bir tanesine indirgenmemelidir; aksine bir anayasal kurum olarak değişen ve gelişen anlamıyla anayasacılık, bir başka söylemle kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değer ve ilkelerle bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Hak

<sup>83</sup> Arslan, Zühtü, Anayasa Mahkemesi’nin Siyasi Partiler Politikası, s. 7.

<sup>84</sup> Özbudun, Anayasa Yargısı ve Demokratik, s. 347.



ve özgürlük anlayışının gelişim sürecindeki çok boyutlu yapısında anayasa yargısının meşruiyetinin tek bir boyut ile koşullandırılması yerinde olmaz.

Şüphesiz böylesi bir sonuç anayasa yargısının görevini bu doğrultuda ve gerçek anlamıyla yerine getirdiği takdirde geçerli olur. Aksi halde anayasa mahkemeleri kanunların anayasa uygunluğunun denetimi sürecinde hak ve özgürlükleri koruma ve geliştirme bilinciyle hareket etmezse, bir diğer deyişle görev ve yetki aşımında bulunurlarsa anayasa yargısının meşruiyeti krizi ortaya çıkar. Dolayısıyla eğer anayasa mahkemeleri anayasaya uygunluk denetimini hak ve özgürlük çerçevesinin dışında resmi veya gayri resmi herhangi bir ideolojik veya iktisadi, etnik, dinsel ve benzeri açılardan toplumsal veya siyasal bir yapının ve gurubun çıkar ve tercihlerini önceleyen bir anlayışla hareket ederse bu durumda meşruiyetini yitirir. Bu tür hallerde anayasa mahkemeleri anayasayla çerçevelenmiş görev ve yetki sınırlarını ihlal etmektedir. Böylece anayasa mahkemeleri adeta birer siyasi aktöre, hatta bazen siyaset üstü bir tür vesayet kurumuna dahi dönüşebilmektedir. Fakat bu şekilde gelişen bir yargısal denetimin ne hak temelli ne de demokrasi temelli meşruiyetinden bahsedilebilir. O halde anayasa ile belirlenmiş yetki ve görev kapsamı alanında işlev gören ve bireylerin hak ve özgürlüklerini devlet aklı ve toplumsal ve siyasal yaşam pratiğindeki siyasi iktidara karşı korumayı hedefleyen kanunların yargısal denetimi faaliyeti ancak meşru zeminde görülebilir.

### **C. Anayasa Yargısı ve Siyasi İktidar**

Siyasi iktidar doğası gereği dinamik kavram ve olgularla işleyiş gösterir ve faaliyet alanını genişletme eğilimi güder. Dolayısıyla siyasi iktidar dayandığı temel itkiye bağlı olmaksızın, toplumsal alana dair ideolojik, siyasi, dini, iktisadi ve benzeri bakımlardan her türlü farklılaşmayı ve değişim ve dönüşümü kontrol altında tutmak ister. Böylece siyasi iktidar iç ve dış politika alanlarında siyasi karar alım sürecinin yegane belirleyicisi olmayı hedeflemektedir; zira ancak bu şekilde çıkar ve tercihlerini koruyabilecektir. Fakat böylesi bir durum anayasacılık ve buna bağlı olarak gelişen kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değer ve ilklerle bağdaşmaz. Şu halde siyasi iktidarın hukuk düzeni içerisinde sınırlandırılması, denetlenmesi ve dengelenmesi gerekir. Nitekim anayasa yargısının var oluş sebebi buradadır ve bunu gerçekleştirmediği ölçüde meşru olarak görülür.

Birey hak ve özgürlükleri daha çok yasama iradesi ve yürütme erki olarak siyasi iktidar tarafından tahrip edilmektedir. Yasama organı olarak parlamentolar kimi zaman anayasal düzeni ihlal eden ve siyasal alanı hukuksal alana karşı mümkün olduğunca genişleten normlar ihdas edebilmektedir. Özellikle genel irade teorisi mitiyle çoğunlukçu anlayışın bütünleşmesi ortaya çarpık bir demokrasi ve parlamento kültürü çıkarır.<sup>85</sup> Buna göre yasama

<sup>85</sup> Her ne kadar Rousseau'ya atfedilen ve otoriter ve baskıcı bir görünüm biçimi kazandırılan "genel irade" kavramının, doktrinde Rousseau tarafından bu şekli ile kullanılmadığı savunulmuştur. Buna göre "Rousseau için genel irade tüm insanlığa değil bir halka özgüdür ve halkın kendi kendini eşitlik ve özgürlük çerçevesinde idare etmesini hedefler". Bu durumu ayrıntılı bir şekilde irdelediği oldukça önemli çalışmasında Orhan sonuç olarak "Rousseau'nun toprak ve nüfus açısından küçük ölçekli bir toplum için söylediklerinin büyük ölçekli ve temsili sistemler için uyarlamaya kalkmak haliyle vatandaşların dışında ve onların üstünde olan ceberut bir devlet tehdidi yaratacaktır. Bu sonucun Rousseau'nun sistemine içkin bir durum olarak ele almak doğru olmayacaktır. Rousseau, çok net bir şekilde devletin baskıcı bir hale bürünmemesi için yasamayı vatandaşların egemenlik hakkı olarak belirler. Bunun modern temsili siyasal sistemlerde mümkün olmaması Rousseau'nun değil bu düzenlerin kurucu ve mensuplarının sorumluluğu olarak görülmelidir." Özgüç Orhan, "J. J. Rousseau'da Genel İrade Kavramı", *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 14, 2012 Güz, s. 6 ve 22 ve genel olarak 1-26. Ayrıca bu bağlamda bir çalışma için Alfred Cobban, *Rousseau and The Modern State*, George Allen & Unwin, London, 1934, özellikle s. 132-133. Bununla birlikte Orhan bir diğer çalışmasında ise "Sivil ve siyasal hak ve özgürlüklerin sınırları çoğunluk kararı ile bile belirlense (örneğin, kapalı bir ortamda sigara içilmemesi veya askeri hizmet yükümlülüğü gibi) herkes için eşit derecede geçerli olduğu sürece otoriter veya özgürlük karşıtı bir durum söz konusu olmayacaktır" demektedir ve ardından "Rousseau'yu bu açıdan eleştiren ve bunun aksini iddia eden bir kişinin temel hak ve özgürlüklerin başka bir meşru kaynağı olduğunu düşünüyor ise, bunun ne olduğunu açıkça ortaya koyması gerekir ki bu pek de kolay bir şey olmayacaktır" demektedir. Özgüç Orhan, "Rousseau ve Türkiye", *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 16, 2013, s. 141. Ancak bu oldukça iddialı bir savdır. Rousseau'nun özgürlük, adalet ve eşitlik gibi değerler çerçevesinde şekillendirdiği iyi yönetim olgusu dikkate alınmaksızın egemenlik anlayışı ve bunun türevi "genel irade" olgusu ile kategorik olarak şartlandırılması ve özellikle Rousseau'nun fikirlerinin gerek Jakobener tarafından gerek Türkiye'de Cumhuriyet'in kurucuları tarafından oldukça çarpık bir şekilde uygulamaya dökülmesinde deyim yerindeyse "günah keçisinin" Rousseau ilan edilmesi şüphesiz hem haksızlıktır hem de bilimsel değildir. Ancak hak ve özgürlük alanında meşruiyetin çoğunlukçu bir anlayışa dayandırılmasının, Rousseau ile bağdaşıp bağdaşmadığı sorunu bir yana, başlı başına sorgulanması gerekir. Kaldı ki eşitliği, geçerliliği ve sonuçları üzerinden değerlendirmek bu tür değer ve ilkelerin tabiatıyla bağdaşmayan ayrı bir sorundur. Öte yandan bu tür bir sorun hem bir dipnotla geçiştirilmeyecek kadar değerlidir ve hem de bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Dolayısıyla bu sorunu ayrı bir çalışmayı beklemektedir.

iradesi halka dayanır, mutlak egemendir ve her şeyin üzerindedir. Politik karar belirleme süreci parlamentonun tekelindedir. Yargısal ve siyasal alan, devlet yapısı ve hatta bir bütün olarak anayasal düzenin karakteri yasama iradesi tarafından istenildiği gibi dizayn edilebilir.

Fakat burada bir yanılığın söz konusudur; zira genel irade ve gelişen süreç içerisinde bu bağlamda meşruiyet kazandırılan çoğunlukçu demokrasi anlayışı mükemmel olarak görülür veya öyle gösterilir. Halbuki yasamanın ve ona dayandırılan genel iradenin ilahi, mistik ve mutlak bir yapısı yoktur; dünyevidir, yanılabilir ve dolayısıyla bölünebilir, gerektiğinde vazgeçilebilir. Çünkü bireysel irade yanılabilir, bireylerin iradelerinin toplamı da evleviyetle yanılabilir bir olgudur. Bu sebeple demokrasilerde siyasal iradenin oluşum süreci sanıldığı gibi bireylerin iradelerinin gerçek anlamda karşılığını teşkil etmez. Ancak iradelerin toplamının yanılığın olmasının ötesinde halk iradesinin oluşum karakteri de sorundur. Zira etnik, mezhepsel, ideolojik gibi çeşitli açılardan kutuplaşmış ve az gelişmiş toplumlarda siyasal tercihlerde iyi yönetim olgusu çoğunlukla ön plana çıkmaz. Bu tür toplumlarda değer ve ilkeler yerine daha çok ideolojik temelli simge ve semboller siyasi tercihleri belirler. Ancak nasıl ki ideolojik temelli yargı, yargıyı bir tür vesayet kurumu haline getiriyor ve meşruiyetini zedeliyorsa aynı şekilde siyasi tercihlerin de ideolojik temelli olarak oluşması demokrasinin, hele ki çoğunlukçu demokrasinin meşruiyetini tartışmalı hale getirir.

Dolayısıyla her ne kadar özgürlük, adalet ve eşitlik ile şartlandırmış olsa da Rousseau'nun halkın egemenliğini "bölünmez, devredilmez, yanılmaz bir bütün"<sup>86</sup> olarak görmesi yerinde değildir. O halde sınırlandırılması, denetlenmesi ve dengelenmesi olağandır. Aksi takdirde bu şekilde yasama iradesi anayasacılık ve buna bağlı olarak gelişen kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisiyle bağdaşmayan bir faaliyet gösterir. Ancak demokratik bir hukuk devletinde siyasi iktidarın ve yasama iradesinin görev ve yetkilerinin kapsam ve sınırları belirlidir.

Özellikle parlamenter sistemlerde yasama iradesi çoğunlukla siyasi iktidarla bir bütün görünümündedir; hatta kimi zaman parti içi demokrasi kurumları iyi bir şekilde işletilmemesi durumunda yasama iradesi adeta siyasi iktidarın bir türevi ve aracı haline gelir. Araçsallaşan yasama organı bir

<sup>86</sup> Niyazi Öktem, "Fransız Devriminin Felsefesi ve Türkiye", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 53, S. 1-4, 1988-1990, s. 269.

siyasal partinin çoğunluğuna dayandığı takdirde veya bir başka deyişle bir parti tek başına iktidara geldiğinde hukuki hatta kimi zaman siyasi sınırları dahi zorlayabildiği görülür. Bu tür yönetimlerde lider kültü oluşur,<sup>87</sup> politik karar alım süreci tekil ve merkezi bir hal alır, erkler ayrılığı anlamsızlaşır<sup>88</sup> ve böylece otoriter ve totaliter bir rejim belirir. Görüldüğü gibi, yönetime ilişkin hukuki sınırlar belirlenmediğinde, denge ve denetim iyi bir şekilde kurgulanmadığında yönetim biçiminin gelişim süreci ya parlamento kültürü ya da lider kültü olarak iki uca savrulur ve demokratik bir hukuk devleti ile bağdaşmayan bir sonuca evrilir.

Ancak kimi zaman özellikle çoğunlukçu demokrasi anlayışı bağlamında siyasi iktidara ilişkin çarpık bir meşruiyet algısı belirebilmektedir. Gerçekten de yürütmenin, bir diğer söylemle tek parti iktidarı ile siyasi iktidarın yasamayı etkisiz kılması, araçsallaştırması demokratik; ancak anayasa mahkemelerinin yasamayı hak ve özgürlükler doğrultusunda kısıtlaması antidemokratik demek anayasacılık ve buna bağlı olarak gelişen değer ve ilkeleri inkar etmektir. Halbuki asıl olarak demokrasiyi ve evrensel değerleri herhangi bir açıdan matematiksel bir çoğunluğa veya hukuki veya hukuk dışı güç birikimine indirgemek demokratik bir hukuk devleti ile bağdaşmayan bir yaklaşımdır. O halde gerek yasamanın yürütmeye karşı gerek yürütmenin yasamaya karşı öncelikli olarak kabulü benzer tehlikeleri beraberinde getirir. Zira her iki ihtimal de belirli bir güç birikimi ve iktidar tortusu meydana getirir. Dolayısıyla burada esas olması gereken genel olarak siyasi iradenin sınırlandırılması olmalıdır. Her iki erkin ayrımlanması ve hukuki denetime tabi olması gerekir. Bu durum erkler ayrılığının yönetim pratiğinde bir anlam bulması için de gereklidir;<sup>89</sup> zira fiilen de olsa erkler ayrılığı yasama-

<sup>87</sup> Tabi bu tür bir durum parti içi demokrasiyi zedelemekle kalmaz aynı zamanda ülke demokrasisini de tehlikeye düşürür. Nitekim Turan'ın da belirttiği gibi lider oligarşisi demokrasinin işleyişini aksatmakta, gelişmesini ve yerleşmesini güçleştirmektedir. İlder Turan, "Türk Siyasal Partilerinde Lider Oligarşisi: Evrimi, Kurumsallaşması ve Sonuçları", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S. 45, 2011, s.1-21.

<sup>88</sup> Nitekim Troper'in de belirttiği gibi "...erklerin bir denge içinde oldukları ve karşılıklı olarak birbirlerini denetleyebildikleri bir örgütlenme "olarak erkler ayrılığı "farklı otoritelerin tek bir partinin ya da koalisyonun elinde olmadığı durumlarda etkili olabilir; zira tek bir parti her şeye egemen ise, artık denge yoktur." Troper, a.g.e., s. 13.

<sup>89</sup> Gerçekten de yasama ve yürütme arasındaki savaşında galip gelenin yargıyı kontrolü altına almaya çalışmaması düşünülemez. Bu durumda da erkler ayrılığının esas sac ayağı olan

yürütme bloğu ve yargı zıtlığı üzerinde temellendiğinde bir anlamı kalmaz. Çünkü halk iradesi mitosu ve çoğunlukçu anlayış doğrultusunda yasama-yürütme bloğu oluştuğunda yargı denge ve denetim yetisini ve etkisini yitirir, araçsallaşır.

Gerçekten de Türkiye’de koalisyon hükümetleri dışındaki tek parti iktidarları dönemleri bir anlamda bu durumun sağlamasını yapar niteliktedir. Bu dönemlerde gerek toplumsal gerek siyasal alanda bireylerin hak ve özgürlükleri ve özerk yaşam alanları olabildiğince sınırlandırılmıştır. Geçmişteki tek parti dönemi uygulamaları<sup>90</sup> ve Demokrat Parti iktidarı döneminin Tahkikat Komisyonlarının kurulmasına kadar varan bir sürece evrilmesi bu bağlamda değerlendirilebilir. Ancak belki de tek parti döneminden tevarüs eden siyasi iktidarların yasamayı kuşatıcı bu tür otoriter eğilimleri demokratik hukuk devleti araçlarıyla bertaraf edilmelidir.

Görüldüğü gibi yasamanın ve siyasi iktidarın hukuk üretme yetkisi sorgulanmalıdır. Zira siyasal alan üzerinde temellenen irade tekil bir düşünce ve eylem etrafında güç birikimine meyillidir. Bu gücün üreteceği hukuk siyaseti ve zaman içerisinde mühendislikle toplumu tek tiplerleştirir ve özgür yaşam alanını daraltır. Dolayısıyla yargı siyasetin güdümünde araçsallaşır ve labirente girer. Siyasi iktidarın bir anlamda türevi haline gelen yargı bireylerin hak ve özgürlükleri ve özerk yaşam alanları için tehdit oluşturur.<sup>91</sup>

---

yargının bağımsız ve tarafsız olması mümkün olmaz. Şu halde yargının gerçek anlamda faaliyetini yerine getirebilmesi için karşısındaki siyasi iradenin yasama iradesi ve siyasi iktidar olarak ayrımlanması gerekir. Çünkü bu üç organdan herhangi birinin bir diğerini yutması geriye kalanın kontrol altına alınmasına zemin hazırlanması anlamına gelir.

<sup>90</sup> Yasama ve yürütme arasındaki dengesizlik ve yürütmenin yasama iradesi üzerindeki hegemonyası tek parti döneminde de büyük oranda söz konusu olmuştur. Ayrıca bkz. Mehmet Turhan, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 3, 2007, s. 382.

<sup>91</sup> Şüphesiz siyasi irade endekli bir yargının hak ve özgürlükler için tehdit oluşturduğu ampirik verilerle sabittir. Ancak yargının siyasal alan doğrultusunda yargısal alanı olabildiğince genişletmesi ve burada özerk bir yargı imparatorluğu kurması da her zaman için hak ve özgürlüklerin güvence altında olacağı anlamına gelmez. Nitekim Belge’nin de belirttiği gibi gerek Türkiye’de gerek diğer kimi ülkelerdeki yargısal aktivizm tavrındaki seçicilik yargısal güçlendirme ve yargısal bağımsızlık ile hakların gelişmesi arasındaki bağlantıyı sorgular hale getirmektedir. “Özellikle Türkiye örneğinde yürütme gücü azaldıkça haklarda artış olur” savı yerinde değildir. Ceren Belge, “Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey”, *Law and Society Review*, C.

Dolayısıyla hukuksal alanının ve yargısal pratiğin siyasi aktörlerin uzantısı olmaktan çıkarılması toplumsal ve bizatihi siyasal çoğulculuk için gereklidir. Zira siyaset ve iktidar olma hedefi evrensel değer ve ilkeleri ve hatta kimi durumlarda ontolojik meşruiyetini dayandırdığı ahlaki temelleri dahi tükelebilmektedir. O halde siyasi aktörlerin hukuksal alanı aşma çabaları kuşku ile karşılanmalıdır ve denetime tabi tutulmalıdır. Zira siyasi iktidar hukuku aştığında hukuk dışı oluşumların ve bunlarla siyasi aktörler arasında çarpık ilişkilerin belirmesi için uygun ortam hazırlanmış olur.

Bununla birlikte siyasi iradenin siyaset üretme yetkisi de sorgulanmalıdır. Buna göre politik aktörler siyasal karar alım sürecinde yegane belirleyici aktörler değildir. Bu süreç hukuksal düzen içerisinde, yani belirlenmiş bir alanda gerçekleşir ve çeşitli dinamiklerden oluşan heterojen bir yapıya sahiptir. Sivil toplum, medya, siyasi partiler çoğunluk olup olmadıkları veya iktisadi, bürokratik, askeri, dini, etnik ve benzeri açılardan bir güç odağı olup olmadıkları dikkate alınmaksızın tüm dinamikler bu sürece dahildir. Dolayısıyla politik karar alım süreci tüm toplum kesimlerinin birleşimi ile oluşur.

O halde demokrasilerde çoğunluğun yönetime ilişkin belirleyici konumu da sorgulanabilir. Yönetim faaliyeti çok boyutlu bir yapıya ve bu bağlamda denge ve denetime sahiptir. Dolayısıyla “siyasal karar alma mekanizmasında büyük ölçüde çoğunluğun (halk iradesinin) belirleyici olduğu, ancak halk iradesinin bireysel hak ve özgürlüklerle sınırlandırıldığı bir yönetim anlayışı”<sup>92</sup> olarak liberal (anayasal) demokrasi teorik olarak doğru olsa da siyasi reel düzeleme aktarılırken oldukça çarpık bir uygulamaya dönüştüğü söylenebilir. Bu sebeple, siyasi üretim sürecinde halk iradesi veya bunun türevi olarak siyasi iktidar siyasi aktörlerden sadece biridir. Böylece yargısal

---

40, S. 3, 2006, s. 686. Dolayısıyla kimi zaman yargının siyasi irade karşısında bağımsızlığı, hatta tarafsızlığı dahi tek başına hak ve özgürlüklerin yaşam alanını genişletmeyebilir. Zira bir put yerine bir diğer put inşa edilerek yönetim karakteri değiştirilemez. Esas olan mekanik (mekanizma, siyasal ve hukuksal sistemin mimari yapısı), maddi (mekanik yapıya nitelik sağlayan evrensel değer ve ilkeler), dirimsel (tüm bunları içselleştiren insan kaynağı) olarak bütün boyutlarıyla yönetimin demokratik bir hukuk devletini hedeflemesidir. İşte burada denklemin esas değişkeni konumundaki yargı sorununa ilişkin sorulabilecek ama nasıl bir yargı sorusu bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır.

<sup>92</sup> Zühtü Arslan, “Jüristokratik Demokrasi ve Laiklik: Türk Laikliğinin Siyasal İşlevi Üzerine”, *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 10, S. 38-39, Bahar-Yaz 2005, s. 46.

denetim ile toplumsal ve siyasal denge kurulur. Zaten ancak bu şekilde toplumsal devinim ve farklılıklar güvence altına alınır.

Peki, anayasa mahkemeleri demokratik bir hukuk devletine ulaşma sürecinde nasıl bir yargısal pratik ile hareket etmelidir? Hak ve özgürlük temelli bir anlayış ile hareket etmelidir. Dolayısıyla anayasa mahkemelerinin öncelikli hedefi anayasacılık ve bu bağlamda gelişen kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisinin inşası ve işleyişini sağlamaktır. Bu yönü ile anayasa mahkemeleri deyim yerinde ise hem oyun kurucudur hem de hakemdir. Bu durumda resmi veya gayri resmi herhangi bir ideolojinin bekçisi değildir. Siyasal, ideolojik, dini, etnik ve benzeri açılardan kategorik bir ayrıma gitmeksizin toplumsal alandan yansıyan her türlü farklılığa hukuk düzeni içerisinde eşit mesafede olmalıdır. Hak ve özgürlükler bireylerin bu tür kimlikler yönünden çoğunlukta veya iktidarda olup olmadığına bağlı olmaksızın güvence altına alınmalıdır.

Her şeyden önce bir hukuki aktör olduğunun bilinci ile hareket etmeli ve bu anlayış temelinde başta devlet ve organları olmak üzere her türlü oluşuma yaklaşım geliştirmelidir. Buna göre hukuk dışı hiçbir yapılanma meşru değildir; devlet ve organları ancak hukuki alanda belirlenmiş görev ve yetkileri çerçevesinde faaliyet gösterir.

Bununla birlikte şöyle bir soru sorulabilir: anayasa mahkemeleri anayasal düzeni sağlayan mükemmel tasarımlar mıdır veya bu şekilde denge ve denetim aracı olarak kalacaklarının bir garantisi var mı? Eğer yoksa nasıl sınırlandırılacak?<sup>93</sup> Şüphesiz anayasa mahkemeleri mükemmel kurumlar

<sup>93</sup> Gerçekten de bu sorunlar basit ve türev olmaktan öte *a priori*dir, oldukça hayatidir; zira bir adım öteye gidildiğinde anayasa yargısının var oluşsal dayanağı tartışma konusu edilebilir. Zira bazı durumlarda daha yargısal denetimin var oluş sürecinde anayasacılık idealinden uzaklaşmakta ve böylece sınırlı iktidar, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisine ulaşma sürecinde deyim yerindeyse gömleğin ilk düğmesi bir anlamda yanlış iliklenmektedir. Nitekim Hirschl'in "hegemonyacı koruma tezi" bu bağlamda değerlendirilebilir. Hirschl oldukça önemli çalışmasında Kanada, İsrail, Yeni Zelanda ve Güney Afrika'da anayasa yargısının kurumsallaşma sürecini incelemiş bu ülkelerdeki yargının güçlendirip etkinleştirilmesine ilişkin anayasal reformların siyasal ve iktisadi elitlerin bilinçli tercihi olduğunu ortaya koymuştur. Elitler çevre grupların politika oluşturma sürecinde çoğunlukçu anlayışa birlikte artan etkilerinin karşısında kendi hegemonyalarını korumak isterler. Yargısal alanda nüfuz ve etkinliğe sahip olan elitler, çevrenin politik karar alım sürecindeki baskısını kırmak ve tehditleri bertaraf etmek için hakları anayasalara aktararak anayasallaştırırlar. Zira

değildir; hata yapabilir, yanılabilir. Dolayısıyla sınırsız yetkilere sahip değildir. Nitekim pek çok anayasada anayasa mahkemelerinin görev ve yetkileri belirli ve sabittir. Her anayasal organ gibi anayasa mahkemesi de demokratik bir hukuk devletine uygun bir denge ve denetim mekanizması içerisinde tasarlanır. Şu halde iktidarın kaynağı veya motivasyonunun niteliği sınırlılığı olgusunu değiştirmez; ister toplam kütlede halkın iradesine ve bu bağlamda çoğunluğa, ister lider kültüne veya elit bir toplumsal sınıfa veya ister bürokratik bir yapıya dayansın, yani siyasal, bürokratik veya yargısal olup olmadığı fark etmeksizin iktidar olgusu denetlenir ve dengelenir. Böylece hukuki birer aktör olarak anayasa mahkemeleri de öngörölmüş anayasal sınırları aşamaz.

Nitekim kimi zaman yerindelik denetimi, yargı iktidarı (juristocracy) ve yargısal aktivizm sorunu bu bağlamda gündeme gelmektedir. Bu tür durumların daha çok yargının siyasal bir aktör veya muhalefet etme aracı olarak faaliyette bulunmasından ileri gelir. Nitekim Volcansek anayasa mahkemelerini siyasal alan üzerinde esnekliğe, eylemselliğe ve tepki yeteneğine sahip potansiyel harici “veto aktörü” olarak görmektedir. Buna göre anayasa mahkemeleri siyasal alanı dolaylı ve doğrudan olarak etkileyebilmektedir. Dolaylı etki “yargısallaşma” ile oluşur. Yargının politika oluşum sürecine katılması, bu süreci hakimiyeti altında tutması veya hukuk dışı konuların yargısal kural ve yöntemlere tabi tutulması ile dolaylı etki söz konusu olur. Bu sonuç anayasa mahkemelerinin içtihadı birikiminin yasama ve yürütme üzerinde oluşturduğu etki ile belirmektedir. Anayasa mahkemeleri doğrudan veto aktörü olarak ise siyasal iradeyi yargısal denetime tabi tutma yetkisi ile ortaya çıkar. Gerçekten de siyasal faaliyet sonucu ortaya çıkan irade bir norm-

---

gücü politik karar alım alanından kendi çıkar ve tercihlerini daha iyi koruyabileceklerini düşündükleri yüksek mahkemelere aktarırlar. Böylece kendileriyle uyuşmayan çoğunlukçu siyasal iradeye karşı çıkar ve tercihlerini korumak için hakların anayasallaşması ve bu bağlamda anayasa yargısının elverişli kurumsal bir yol olduğuna inanırlar. Ran Hirschl, “The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions”, *Law and Social Inquiry*, C. 25, S. 1, 2000, s. 91-95. Özbudun bu teorinin Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve kurumsallaşması sürecindeki uyumuna dikkat çekmekte ve “Kanımca Hirschl’nin teorisi, Türkiye’de Anayasa yargısının doğuşunu açıklamak bakımından en inandırıcı teoridir” demektedir. Bu değerli çalışma için bkz. Ergun Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, *Demokrasi ve Yargı*, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2005, s. 340 ve genel olarak 336-351.



lar ile somutlaşır ve ancak bu normlar yargısal denetim sonucu iptal edilebilmektedir.<sup>94</sup> Böylece anayasa mahkemeleri politik oluşum sürecinde yasama ve yürütmenin yanında adeta üçüncü bir aktöre dönüşmektedir. Ancak Volcansek anayasa mahkemelerinin yasama sürecine dışarıdan müdahale eden bir veto aktörü olmamaları gerektiğini belirtmektedir.<sup>95</sup>

Gerçekten de yargı siyasal karar alım sürecine ortak olmamalıdır; yani siyasal alan içerisinde siyaset üreten etkin bir aktör gibi davranmamalıdır. Şüphesiz yargı siyasal alanı belirleyebilir, sınırlandırabilir ve dengeleyebilir; ancak siyasal faaliyeti tanımlamaya girişmemelidir. Toplumsal alana dair her olguyu yargısal alana taşımamalıdır; toplumsal değişim ve dönüşüme direnmemelidir. Zira toplumsal ve siyasal alana dair her veriyi denetim altında tutma girişimi bir yandan anayasa mahkemelerini yargısal alandan uzaklaştırırken diğer yandan her kavram ve olguyu yargısal koşullandırmaya tabi tutar. Nitekim Hirschl bu durumu “Neredeyse hiçbir ahlaki, siyasi, kamusal ihtilaf yoktur ki yeni anayasacılık dünyasında er ya da geç yargısal alana konu olmasın” şeklinde ortaya belirtmiştir.<sup>96</sup>

<sup>94</sup> Tsebelis normlar üzerindeki bu tür bir denetim durumunu yasama faaliyeti sürecinde üçüncü bir meclisin eklenmesi olarak değerlendirmektedir. George Tsebelis, “Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism”, *British Journal of Political Science*, C. 25, S. 3, 1995, 307.

<sup>95</sup> Mary L Volcansek, “Constitutional courts as veto players: Divorce and decrees in Italy”, *European Journal of Political Research*, C. 39, 2001, s. 347-351.

<sup>96</sup> Ran Hirschl, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C. 11, S. 1, 2004, s. 71. Hirschl’e göre dünya son yıllarda oldukça hızlı bir juristokratik dönüşüme tanıklık etmektedir. Dünya üzerinde birçok ülkede köklü anayasal reformlar ile seçimle iş başına gelen organlardan yargısal alana benzeri görülmemiş oranda güç aktarıldı. Bu ülkelerin çoğu yakın zamanlarda kabul ettikleri anayasalarda ya da gerçekleştirdikleri anayasa değişiklikleri ile insan haklarını anayasalara aktardılar ve etkin bir yargısal denetimi benimsediler. Böylece ulusal yüksek mahkemeler oldukça etkin ve politika oluşturan hayati organlar haline geldi. Ancak politik ve iktisadi elitler her ne kadar yargısal denetimin güçlendirip etkinleştirilmesi ile demokrasiyi desteklediklerini belirtse de aslında politika oluşturmayı demokratik siyasetteki değişimden izole etmeyi isterler. Jüristokrasiye yönelik global anlamdaki eğilimi de bu sürecin bir parçası olarak değerlendirmek gerekir. Hirschl, *The Political Origins*, s. 71-73. Şüphesiz Hirschl bu önemli çalışmasında hegemonik koruma tezi ve diğer açılardan ampirik veriler üzerinden olanı sorgulamaktadır; ancak burada ise daha çok anayasacılık ve bu bağlamda değişen ve gelişen anlamlarıyla erkler ayrılığı, hukuk devleti, çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisi doğrultusunda olması gerekenin gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir.

Fakat anayasa mahkemelerinin her ne kadar aktif bir politik aktör olarak hareket etmeleri yerinde olmasa da çoğunluğa dayansın veya dayanmasın yasama iradesi ve siyasi iktidarı denetlemeleri ve dengelemeleri gerektiği inkar edilemez.<sup>97</sup> Bu yönüyle anayasa mahkemeleri siyasi iradeye karşı yargısal direnç gösterebilir. Şüphesiz çoğu zaman anayasal denetim yargısal ve siyasal alanların sınırlarının belirsizleştiği bir zeminde yapılmaktadır. Bu durum kimi zaman siyasi muhalefet aracı olarak itham edilmelerine yol açsa da anayasa mahkemeleri taviz vermemeli, yargısal denetimi aktif bir şekilde yerine getirmelidir.<sup>98</sup> Gerçekten de özellikle güçlü ve etkin bir sivil toplum bilinci ve siyasi muhalefet pratiği olmayan ülkelerde anayasa mahkemeleri hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi için hayati birer organ haline gelir. Nitekim Hazama, Türk Anayasa Mahkemesinin gerçekleştirdiği yargısal denetim ile parlamentodaki muhalefetin zayıflığını telafi etme fırsatı elde ettiğini belirtmektedir.<sup>99</sup>

<sup>97</sup> Nitekim Caniklioğlu'nun da belirttiği gibi "Yargıyı, siyasi iktidarın kafasındaki planları uygulamak için, sayısal çoğunluğuna dayanarak biçimsel demokrasi içinde biçimsel olarak çıkardığı yasaların biçimsel uygulayıcısı kurumlar olarak tasarlamak, devletin giderek hukukla örtüşen ve bütünleşen uzun tarih yolculuğundan bugüne eli ve beyni boş gelmiş olmak demektir. Yasama ve yürütmenin yetki sınırlarını çizen anayasadır ama o sınırlar içinde kalmalarını sağlayan mahkemelerdir. Bu mantık ve uygulama, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin hukuk sistemine özgü değildir, çağdaş demokratik düşünce içinde gelişen bir yönetim tekniği formülasyonudur. Hukukun üstünlüğü ilkesi ile takviye edilen bu formülasyonun, siyasi iktidara devlet içinde sunduğu manevra alanı, kendisinin genişletme yetkisine sahip olmadığı bir alandır. Bu nedenle siyasi iktidarın, anayasal çerçevede kalmasını sağlamak üzere tetikte bekleyen yargıdan rahatsız olması doğaldır." Meltem Dikmen Caniklioğlu, "Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2008, s. 53.

<sup>98</sup> Özellikle yasama-yürütme bloğu ile siyasi iradeyi kendi bünyesinde somutlaştıran siyasi iktidar kendisine karşı direnen yargı organını anti demokratik bir yapı olarak göstermeye çalışır. Böylece toplumsal alanda yargı organının meşruiyetini sorgulamayı hedefler. Nitekim jüristokrasi, yargısal aktivizm gibi tartışmalar ve bu bağlamda yargı organına yöneltilen olumsuz ithamlar çoğunlukçu bir anlayışla siyasi iradeyi tekeline almış iktidarlardan tarafından çoğunlukla gerçek bağlamından uzak ve bilinçli bir şekilde ortaya atılmaktadır.

<sup>99</sup> Hazama'ya göre Türk Anayasa Mahkemesi Avrupa'dakilere göre parlamenter muhalefete imkan sağlamasıyla ve yürütme organından bağımsız olmasıyla ön plana çıkmaktadır. Bu yönüyle Türk Anayasa Mahkemesi parlamentodaki muhalefete hükümetin kanun tasarılarını reddedilmesi için ikinci bir şans sağlamaktadır. Hazama her ne kadar bu durumun yasama sürecini geçersiz kıldığı veya en azından aşındırdığı söylene de parlamenter muhalefetin bu bağlamda anayasal denetimi suiistimal etmesinin zor olduğunu belirtmektedir. Yasushi

Ancak burada da anayasa mahkemelerinin karar alım sürecinin niteliğine göre bir ayrıma gitmek gerekir. Eğer anayasa mahkemelerince anayasaya uygunluk denetimi ve bireysel başvuru yolu neticesinde bireylerin hak ve özgürlüklerini koruyan, toplumsal ve siyasal anlamda bireyin özerk yaşam alanını genişleten yorum ve değerlendirmeler yapılacaksa o halde aktivist tutumun anayasacılık ve bu bağlamda gelişen hukuk devleti ve demokrasi çerçevesinde meşru bir zeminde yer aldığı söylenebilir.

Öte yandan burada ortaya konula yaklaşım sorunlu olarak görülebilir, özellikle elitist, romantik, ütopyik ve hatta antidemokratik olarak değerlendirilebilir. Ancak burada yapılmak istenen yönetime dair bütün değişkenlerin oldukça hassas bir dengeye oturtulmasıdır. Evrensel değer ve ilkelerin gökyüzünden mümkün olduğunca yozlaştırılmadan yeryüzünde uygulanabilir hale getirmek hedeflenmektedir. Zira toplumsal farklılıkların yoğun ve değişim ve dönüşüm ivmesinin yüksek olduğu çok boyutlu toplumlarda bireylerin hak ve özgürlükleriyle bir bütün olarak barış ve huzur ortamı ve özerk yaşam alanları ancak bu şekilde garanti altına alınır.

Bu yönde demokratik bir hukuk devleti kurgulanabilir. Demokrasi ve hukuk devleti gibi iki idealin birleşiminin yaşam pratiğine çarpık bir şekilde aktarılması uyumsuz olduklarını göstermez; aksine iktidar sorunu ekseninde değer aşımına maruz kaldıkları için böyle bir sonuç ortaya çıkar. İktidar doğası gereği güç birikimine ve bunun statik tortulaşmasına meyillidir ve bu doğrultuda dayandığı ahlaki temelleri dahi tüketebilir. Şu halde yönetime ilişkin demokratik kırılmanın ancak iktidar sorununun aşılması ile gerçekleşebileceği söylenebilir. İktidar sorunun çözümü ise anayasacılık ve bu bağlamda gelişen erkler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değer ve ilkelerin içselleştirilmesi ile olur. Sivil yönetim, buna dahil aktörler arasında siyasal denge ve bütün bunların tabi olduğu yargısal denetim ancak bu yolla sağlanabilir.

Şüphesiz tüm bunları gerçekleştirmenin toplumun bilimsel faaliyet, felsefi derinlik ve kültürel gelişmişliği ile de yakından ilgili olduğu söylenebilir. Gerçekten de bütün bunlarda geride olan bir toplumun mükemmel bir yönetim modeli hazırlaması, hazırlanmış dahi düzgün bir şekilde siyasal yaşam pratiğine aktarması mümkün değildir. Ünsal'ın da belirttiği gibi "Eğitim

---

Hazama, "Constitutional Review And The Parliamentary Opposition in Turkey", *The developing Economies*, C. XXXIV, S. 3, 1996, s. 316-338.

düzeyi yüksek, hukuk devletinin temel ilkelerini daha içtenlikle benimsemiş toplumlarda görev yapan yargı organlarının siyasal iktidara karşı direnme gücünün daha yüksek olduğu açıktır; çünkü arkalarında toplumdan gelen anlamlı bir desteği bulacaktır.”<sup>100</sup>

## Sonuç

İyilik, yani bu çalışma bağlamında adalet, özgürlük ve eşitlik gibi değerlere bağlı iyi yönetim olgusu nasıl ki insan doğasından ileri gelir aynı şekilde kötülük, yani otoriter ve faşist rejimlere kaynaklık eden değerler de insana dairdir. Şu halde iyiliğe bağlı değerler bilinçli ve rasyonel bir tercihe bağlanmalıdır. Dolayısıyla kötülük ve buna bağlı olarak şekillenen yönetim anlayışından kaçınmak için iyi değerlerin somutlaştırılması, sistemleştirilmesi ve güvenceye bağlanması gerekir. Bu durumda toplumsal ve siyasal alandaki kavram ve olguların tanımlanabilir ve bunlara bağlı olarak gelişen eylem ve işlemler öngörülebilir hale getirilmelidir. İşte bunu sağlamanın yöntemi hukuksal yaklaşımdır. Öyle ki formülün kimi değişkenlerini toplamda halkın iradesi dahi değiştiremeyecektir. Zira bu adeta Tanrı'nın insanlığa verdiği mutluluğun formülü olarak görülebilir.

Şu halde iyi yönetim arayışı ve bu bağlamda gelişen iktidar sorunu bu tür bir yaklaşım ile değerlendirilmelidir. İyi bir yönetime veya modern zamanlarda bunun somut bir görünüm biçimi olarak demokratik bir hukuk devletine nasıl ulaşılabilir? Esasında cevap bu şekilde kurgulanan denklemin değişkenlerinde gizlidir. Burada devlet salt hukuki bir aygıt olarak görülmelidir; ayrı bir iktidar alanı tanınmamalıdır. Hükmetme gücü, yani iktidar olgusu tekildir ve o da hukuki bir aktör olan siyasi iktidarla özdeştir. Hukuk, yapısal ve içerik olarak insan hak ve özgürlüklerini korumayı ve geliştirmeyi hedefleyen değer ve düşünceleri ifade eden bir normlar bütünüdür. Kaynağı adalet, özgürlük ve eşitlik gibi değerler dizisidir.

Demokrasi ise iyi bir yönetimin eylemselliğini, bir diğer söylemle hareket kabiliyetini teşkil etmektedir. Dolayısıyla demokrasi bu yönüyle siyasi iktidarın karakterini şekillendirir. Burada nasıl ki iktidarın kaynağı ilahi alandan ayrımlanmışsa aynı şekilde modern zamanlarda siyasi iktidarın meşruiyeti bu alanın reel düzleme yansıtılan dinsel, ideolojik ve sair türevlerin-

<sup>100</sup> Artun Ünsal, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980, s. 123.

den soyutlanmalıdır. Bu durumda adeta bir mit, kutsal bir var oluş dayanağı olarak gösterilen halk iradesi ve bunun tezahürü olan çoğunlukçu demokrasi anlayışı siyasi iktidarın meşruiyeti olamaz. Birey dahil toplumsal ve siyasal alana ilişkin tüm yapı birimleri herhangi bir veri üzerinden çoğunlukta veya iktidarda olup olmadıklarına bağlı olmaksızın hak ve özgürlüklerin güvence altında olması, özerk yaşam alanlarının korunması gerekir. Dolayısıyla çoğunlukçu demokrasi anlayışı siyasi iktidarın meşruiyeti sorunu açısından değerlendirilmelidir.

Bununla birlikte siyasal düzenin bu şekilde tasarlanması demokratik bir hukuk devletinin oluşumuna zemin hazırlar; ancak bunun sürdürülebilirliğinin sağlanması için diğer bazı araçlara da ihtiyaç vardır. Sürdürülebilirlik için siyasi iradenin sınırlandırılması, denetlenmesi ve dengelenmesi gerekir. Çünkü siyasi iktidar güç birikimine, bütün iktidar birimlerini tekelinde tutmaya ve bu doğrultuda siyasi karar alım sürecinin yegane belirleyicisi olmaya meyillidir. Kendi çıkar ve tercihlerini önceleyen siyasi iktidar eylem ve işlemleriyle birlikte demokratik bir hukuk devleti için esaslı bir tehdit oluşturmaktadır. Bu durumda anayasal ve buna bağlı olarak hukuksal düzenin işlerliğinin sağlanması gerekir. İşte burada yargısal denetim ve özellikle anayasa yargısı oldukça etkin bir yoldur. Gerçekten de bağımsız ve tarafsız bir yargı düzeni demokratik bir hukuk devleti formülünün esasını teşkil etmektedir. Zira bu tür bir ortamda başta siyasi iktidar olmak üzere devletin bütün organlarının ve tüm olgu ve oluşumların bir kapsam alanı ve sınırı vardır; bu aşıldığında denetime ve yaptırıma tabi tutulur.

Görüldüğü gibi bireyin hak ve özgürlükleriyle birlikte güvence altında olduğu, anlam dünyalarını şekillendiren değer ve düşünceleri aktarabilecekleri özerk bir yaşam alanlarının bulunduğu toplumsal ve siyasal bir düzenin inşası oldukça zordur. Zira bu tür bir kazanım çok boyutlu ve karmaşık bir yapıyla tarihsel süreç içerisinde bir birikim gerektirir. Dolayısıyla adalet, özgürlük ve eşitlik gibi değer ve ilkelerle örülü ve bu bağlamda bir idealin formülü olarak demokratik hukuk devleti tüm bireylerin bilinçli ve rasyonel tercihi olması gereken bir değerdir. O halde bu değeri yozlaştıracak veya başkalaştıracak her türlü olumsuz etkiye küresel anlamda bir bütün olarak bir tepki geliştirilmelidir. Zira demokrasinin ve özgürlüklerin hiçbir coğrafyada garantisi yoktur.

## KAYNAKÇA

- Abrams Philip, “Notes on the Difficulty of Studying the State”, *Journal of Historical Sociology*, C. 1, S. 1, 1988, s. 58-89.
- Aliefendioğlu Yılmaz, “Hukuk-Hukukun Üstünlüğü-Hukuk Devleti”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2001, s. 29-68.
- Arslan Zühtü, “Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court”, *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, C. 11, S. 1, 2002, s. 9-25.
- Arslan Zühtü, “Jüristokratik Demokrasi ve Laiklik: Türk Laikliğinin Siyasal İşlevi Üzerine”, *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 10, S. 38-39, Bahar-Yaz 2005, s. 45-54.
- Arslan Zühtü, “Anayasa Mahkemesi’nin Siyasi Partiler Politikası: ‘Ve çağı’nda ‘Ya-ya da’cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Bahar 2001, s. 5-14.
- Atar Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, 7. Baskı, Konya, 2012.
- Atar Yavuz, “Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 25, 2008, s. 93-115.
- Belge Ceren, “Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey”, *Law and Society Review*, C. 40, S. 3, 2006, s. 653-692.
- Caniklioğlu Meltem Dikmen, “Hukuk Devletinde Siyasal İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2008, s. 9-58.
- Cobban Alfred, *Rousseau and The Modern State*, George Allen & Unwin, London, 1934.
- Dahl Robert A., *Demokrasi ve Eleştirileri*, Çev. Levent Köker, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- Deener David, “Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi”, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 3, s. 179-205.
- Duran Lütfi, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 1, 1984, s. 57-87.
- Ronald Dworkin, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, s. 27-39.

- Erdoğan Mustafa, “Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 10, S. 20, 2011, s. 27-45.
- Erdoğan Mustafa, “Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 3, 2005, s. 1-22.
- Erdoğan Mustafa, *Anayasa ve Özgürlük*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Eroğul Cem, *An Essay on The Nature of The State*, University of Ankara Faculty of Political Science Publications, Ankara, 1981.
- Eroğul Cem, “Siyaset Kavramı Hakkında Bir Deneme”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 2, 1974, s. 113-130.
- Esen Bülent Nuri, “Türkiye’de Anayasal Gelişmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1-2, 1968, s. 35-58.
- Fabre Michel-Henry, “‘Anayasal Rejim’ ne demektir?”, Çev. Bülent Nuri Esen, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 3, 1968, s. 85-89.
- Çetin Halis, “Siyasetin Evrensel Sorunu: İktidarın Meşruiyeti- Meşruiyetin İktidarı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 58, S. 3, 2003, s. 61-88.
- Gönenç Levent, “Ortaçağ Avrupası’nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri” Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, (Ed. Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Ece Göztepe), Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 267-291.
- Gönenç Levent, “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 1, 2007, s. 145-168.
- Gönenç Levent, “Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi ”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 1, 2001, s. 131-152.
- Göze Ayferi, “Hıristiyan Düşüncesinde ve Thomas Aquino’da Siyasi İktidar Karşısında Ferdin Durumu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 684-692.
- Gözler Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 5. Baskı, Bursa, 2014.
- Gözler Kemal, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 61, S. 3, 2006, s. 131-166.

- Gülalp Haldun, “Kimlikler, Toplum ve İktidar”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S. 40, 2009, s. 133-143.
- Hazama Yasushi, “Constitutional Review And The Parliamentary Opposition in Turkey”, *The developing Economies*, C. XXXIV, S. 3, 1996, s. 316-338.
- Hawley Amos H., “Communitiy Power and Urban Renewal Success”, *The American Journal of Sociology*, C. 68, S. 4, 1963, s. 422-431.
- Hirschl Ran, “The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions”, *Law and Social Inquiry*, C. 25, S. 1, 2000, s. 91-149.
- Hirschl Ran, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C. 11, S. 1, 2004, s. 71-108.
- Kapani Münci, *Politika Bilimine Giriş*, 19. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2007.
- Linz Juan J. ve Stepan Alfred, “Toward Consolidated Democracies”, *Journal of Democracy*, C. 7, S. 2, 1996, s. 14-33.
- Mardin Şerif, “Görkemli Yapılar-Küçük Yapılar”, *Türk Modernleşmesi*, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 1991.
- Nye Joseph S., “The Changing Nature of World Power”, *Political Science Quarterly*, V. 105, S. 2, 1990, s. 177-192.
- Orhan Özgüç, “J. J. Rousseau’da Genel İrade Kavramı”, *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 14, 2012 Güz, s. 1-26.
- Orhan Özgüç, “Rousseau ve Türkiye”, *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 16, 2013 Güz, s. 121-148.
- Öktem Niyazi, “Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 8, 1991, s. 265-275.
- Öktem Niyazi, “Fransız Devriminin Felsefesi ve Türkiye”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 53, S. 1-4, 1988-1990, s. 267-272.
- Öktem Niyazi, “Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, s. 83-96.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2014.
- Özbudun Ergun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.
- Özbudun Ergun, “Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekışmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 24, 2007, s. 359-364.



- Özbudun Ergun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, *Demokrasi ve Yargı*, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2005, s. 336-351.
- Pasquino Pasquale, “Constitutional Adjudication and Democracy, Comparative Perspectives: USA, France, Italy”, *Ratio Juris*, C.11, S.1, 1998, s.38-50.
- Pethö Sandor, “The Birth of the Modern State and Its Function Changes”, *International Relations Quarterly*, C. 1, S. 4, 2010, s. 1-9.
- Pierson Christopher, *The Modern State*, Second Edition, Routledge, New York, 2004.
- Rosenfeld Michel, “The Rule of Law and The Legitimacy of Constitutional Democracy”, *Southern California Law Review*, C.74, S. 1307, 2001, s. 1307-1352.
- Sabuktay Ayşegül, “Derin Devletin İzini Sürmek”, *Perspectives*, S. 1, 2012, s. 4-7.
- Sağlam Fazıl, “Anayasa Şikayetini Bekleyen Sorunlar”, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2011, s. 20-30.
- Sancar Mithat, ‘Devlet Aklı’ Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2012.
- Sancar Mithat, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?”, *Demokrasi ve Yargı*, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s. 44-57.
- Tsebelis George, “Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism”, *British Journal of Political Science*, C. 25, S. 3, 1995, s. 289-325.
- Turan İlder, “Türk Siyasi Partilerinde Lider Oligarşisi: Evrimi, Kurumsallaşması ve Sonuçları”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, S. 45, 2011, s. 1-21.
- Turhan Mehmet, “Anayasa ve Anayasacılık”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 27, S. 3, 1994, s. 3-12.
- Turhan Mehmet, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 3, 2007, s. 379-404.
- Türköne Mümtaz’er, “‘Derin Devlet’”, *Doğu Batı Dergisi*, Y. 1, S. 1, s. 45-54.

- Troper, Michel, “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi”, Demokrasi ve Yargı, Ed. Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s. 12-24.
- Ünsal Artun, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980.
- Vedel, G. “Siyasi İktidar ve Planlama”, Çev. Ayferi Göze, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 32, S. 1, 1966, s. 286-302.
- Volcansek Mary L, “Constitutional courts as veto players: Divorce and decrees in Italy”, *European Journal of Political Research*, C. 39, 2001, s. 347-372.
- Yavuz Bülent, “Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 283-302.
- Yücekök Ahmet N., Siyaset’in Toplumsal Tabanı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1987.

# ÖZEL HUKUK



# Karar İncelemesi:

## Önceden Ödenen Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Faiz Getirisinin Sonraki Tarihte Hesaplanan Tazminattan İndirilmesi Sorunu

---

Fahri ÖZSUNGUR\*

**Özet:** Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında meydana gelen ölüm olaylarında, destekten yoksun kalana verilecek tazminatların önceden ödenmesi sıkça karşılaşılan bir durumdur. Böyle bir durumda, daha sonra yapılacak olan tazminat hesabında önceki tarihte ödenmiş olan tutar hesaplanan tutardan düşülürken aradan geçen zaman için ödenmiş olan tutara faiz uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yasal bir düzenleme mevcut değildir. Yansıma yolu ile zarara uğrayana önceden ödenen tutarın, sonradan yapılan tazminat hesabına kadar geçen süre için bir kazanç sağladığı düşüncesinin hukuksal ve hakkaniyete uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada; destekten yoksun kalanın önceden yapılan ödeme ile kazanç sağladığı ya da faiz geliri elde ettiği yönünde belirlenecek miktarın, yapılan tazminat hesabından düşülmesinin gerekli gerekmediği hususu yasal düzenlemeler, doktrin, toplumbilim ve yargı kararları çerçevesinde incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Zorunlu mali sorumluluk sigortası, destekten yoksun kalma tazminatı, denkleştirme, tazminattan indirim, yansıma zararı.

---

\* Av., Adana Ticaret Sicili Müdür Yardımcısı. E posta: ticaretsicili@gmail.com

## **Note on Judgement:**

# **An Assessment about Reduction of the Interest Yield of Compensation for Loss of Support Paid in A Previous Date from Calculating Compensation in Future**

**Abstract:** Prepayment of compensation for loss of support in death events that occurs within the context of compulsory automobile liability insurance is a common situation. In the face of such a situation, there is not available legal arrangement about charging of interest for elapsed time while reduction of an amount paid in a previous date from calculated amount in future dated reimbursement account. The comment about an amount that paid to aggrieved party by reflection in elapsed time for advance payment to future dated reimbursement account and carry interest is to be designated for legal and equity. In this article; the necessity about reduction of designation amount about carry interest or gain interest income by paid amount in a previous date from calculated amount is examined within the scope of legislation, doctrine, sociology, and judicial decisions.

**Keywords:** Compulsory automobile liability insurance, compensation for loss of support, offset, reduction of compensation, reflection damage

## **I. İNCELEME KONUSU KARAR**

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 21.05.2014, E. 2014/ 634, K. 2014/ 687

Bolu 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, T. 27.12.2012, E. 2012/189, K. 2012/364

Taraflar arasındaki “maddi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bolu 1. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 30.11.2010 gün ve 2006/201 E., 2010/778 K. sayılı kararın incelenmesi davalılar vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 18.10.2011 gün ve 2011/1764 E., 2011/9467 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacılar vekili asıl ve birleşen dava ile, davalı taraflara ait araç sürücülerinin kusurlu hareketleri ile meydana gelen kazada desteklerinin öldüğünü, davacı F....’in de yaralandığını açıklayıp fazlaya dair haklarını saklı tutarak davacı anne Neb... için 10.000 TL destek, 40.000 TL manevi, F....

için 5.000 TL destek, 1.000 TL tedavi 8.000 TL maluliyet, 40.000 TL manevi, D... için 20.000 TL manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek ticari faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen (sigorta şirketleri sadece maddi tazminattan ve limit ile müracaat tarihi 31.5.05 den itibaren işleyecek faizden sorumlu olarak) tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Davacılar vekili ıslah ile davacı F... için maluliyet tazminatı istemini 61.446,77 TL'ye, Neb... için destek tazminatı istemini 28.246,29 TL'ye yükseltmiştir.

Davalılar vekilleri, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre; asıl ve birleşen davanın kısmen kabulü ile, davacı Neb... için 28.246,29 TL destekten yoksun kalma tazminatının kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline (BK 43-44 maddeleri gereği yapılan %30 indirimine göre davalı Z... ve İs...'in 19.772,40 TL'sinden sorumlu olmalarına—davalı sigorta şirketleri limit ve dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizden sorumlu olarak), davacı F...'in destekten yoksun kalma tazminatı isteminin reddine, davacı F... için 1.000 TL tedavi giderinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline (BK 43-44 maddeleri gereği yapılan %30 indirimine göre davalı Z... ve İs...'in 700 TL'sinden sorumlu olmalarına—davalı sigorta şirketleri limit ve dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizden sorumlu olarak), davacılar Neb... ve D... için 5.000'er TL, davacı F... için 15.000 TL manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte sigorta şirketleri dışındaki davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline (BK 43-44 maddeleri gereği yapılan %30 indirimine göre davalı Z... ve İs...'in Neb... ve D... için 3.500'er TL, davacı F... için 10.500 TL sinden sorumlu olmalarına), davacı F... için 61.446,77 TL maluliyet tazminatının kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen (BK 43-44 maddeleri gereği yapılan %30 indirimine göre davalı Z... ve İs...'in 43.012,73 TL'sinden sorumlu olmalarına—davalı sigorta şirketleri limit ve dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizden sorumlu olarak) tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

1-Mahkemece toplanıp değerlendirilen delillere, özellikle oluşa ve dosya içeriğine uygun olarak düzenlenen uzman bilirkişi raporunda belirtilen kusur oranının hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına ve manevi tazminatın takdirinde B.K.nun 47.maddesindeki özel haller dikka-

te alınarak hak ve nesafet kuralları çerçevesinde hüküm kurulmuş olmasına göre, tüm davalılar vekillerinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda 67 TF 081 plakalı aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olan davalı I... Sigorta A.Ş tarafından davacı anneye ödenen 3.712 TL destekten yoksun kalma tazminatı güncelleme yapılmadan hesaplanan tazminattan mahsup edilmiştir.

Sigorta şirketi tarafından yapılan ödemeyi destekten yoksun kalma tazminatı hesabı yapılmadan önce alan davacılar, hesap tarihine kadar geçen süre nedeni ile aldıkları paranın yasal faizi kadar kazanım elde etmişlerdir.

Zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince, davacılar yapılan sigorta ödemesinin, ödeme günü ile destekten yoksun kalma tazminatının hesaplandığı güne kadar geçen süredeki işlemiş yasal faizi de hesaplanarak, ödeme tutarı ile birlikte hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesi gerekir. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilmeden yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

3-2918 sayılı yasanın 91. maddesi uyarınca, zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapan sigorta şirketi İşletenlerin, bu Kanununun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarını üstlenmiştir. 67 TF 081 plakalı aracın sürücü ve işleteni lehine BK 43- 44 maddeleri gereği yapılan indirimden aynı aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olan davalı I... Sigorta A.Ş.nin yararlandırılmaması isabetli görülmüştür.

4-Trafik kazasına karışan 16 DE 208 plakalı aracın ZMSS'si olan davalı A. A. Türk Sigorta A.Ş den poliçesi ile hasar dosyası getirtilip, yaptığı ödemelerin tespiti ile hesaplanan tazminattan mahsubu gerekip gerekmediği tartışılıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

5-Davacılar vekili ıslah dilekçesi ile faiz isteminde bulunmadığı halde, HUMK 74. maddesine aykırı olarak hesaplanan tazminatın tamamı için (ıslah edilen kısmı da kapsayacak şekilde) faize hükmedilmesi isabetli değildir.



**SONUÇ:** Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle tüm davalılar vekillerinin sair temyiz itirazlarının reddine, 2, 3, 4 ve 5 numaralı bentte açıklanan nedenlerle tüm davalılar vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün bozulmasına” karar verilmiştir...)

Asıl ve birleşen davanın davacılar vekilinin karar düzeltme talebi üzerine Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 30.04.2012 gün ve 2012/4299 E., 2012/5391 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacılar vekili asıl ve birleştirilen davada, davalı taraflara ait araç sürücülerinin kusurlu hareketleriyle meydana gelen kazada desteklerinin öldüğünü, davacı F...’in de yaralandığını belirterek fazlaya dair haklar saklı kalmak kaydıyla davacı Neb... için 10.000.00 TL destek, 40.000.00 TL manevi, F... için 5.000.00 TL destek, 1.000.00 TL tedavi ve 8.000.00 TL maluliyet, 40.000.00 TL manevi, D... için 20.000.00 TL manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek ticari faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen (sigorta şirketleri sadece maddi tazminattan, poliçe limitiyle ve 31.05.2005 müracaat tarihinden itibaren işleyecek faizden sorumlu olarak) tahsiline karar verilmesini talep etmiş, yargılama sırasında verdiği ıslâh dilekçesinde davacı F... için maluliyet tazminatı istemini 61.446.77 TL’na, Neb... için destek tazminatı istemini 28.246.29 TL’na yükseltmiştir.

Davalılar vekilleri, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre, asıl ve birleştirilen davanın kısmen kabulüne, davacı Neb... için 28.246.29 TL destekten yoksun kalma tazminatının kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline (BK.’nun 43- 44. maddeleri gereği yapılan %30 indirimine göre davalı Z... ve İs...’in 19.772.40 TL’sinden sorumlu olmalarına, davalı sigorta şirketleri limit ve dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizden sorumlu olarak), davacı F...’in destekten yoksun kalma tazminatı isteminin reddine, davacı F... için 1.000.00 TL tedavi giderinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline (BK.’nun 43-44. maddeleri gereği yapılan %30 indirimine göre davalı Z... ve İs...’in 700.00 TL’nden sorumlu olmalarına, davalı sigorta şirketleri limit ve dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizden sorumlu olarak), davacılar Neb... ve D... için 5.000.00’er TL, davacı F... için 15.000.00 TL manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte sigorta şirketleri dışındaki davalılardan müştereken ve

müteselsilen tahsiline (BK.'nun 43-44. maddeleri gereği yapılan %30 indirim göre davalı Z... ve İs...'in Neb... ve D... için 3.500.00'er TL, davacı F.... için 10.500.00 TL'nden sorumlu olmalarına), davacı F.... için 61.446.77 TL maluliyet tazminatının kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen (BK.'nun 43-44. maddeleri gereği yapılan %30 indirim göre davalı Z... ve İs...'in 43.012.73 TL'nden sorumlu olmalarına, davalı sigorta şirketleri limit ve dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizden sorumlu olarak) tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalılar vekillerinin temyizi üzerine Daire'nin 18.10.2011 gün ve 2011/1764 Esas, 2011/9467 Karar sayılı ilâmı ile bozulmuş, bu kez asıl ve birleştirilen davanın davacıları vekili karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

1-Dosyadaki yazılara, Yargıtay ilâmında belirtilen gerektirici sebeplere göre, 6100 sayılı HMK.'nun geçici 3. maddesinin 2. fıkrası delaletiyle, 1086 sayılı HUMK.'nun 440. maddesinde sayılan nedenlerden hiç birisine uygun olmayan ve aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair karar düzeltme itirazlarının reddi gerekmektedir.

2- Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Her ne kadar Daire'nin bozma ilâmının (5) nolu, "Davacılar vekili ıslâh dilekçesi ile faiz isteminde bulunmadığı halde, HUMK.'nun 74. maddesine aykırı olarak hesaplanan tazminatın tamamı için (ıslâh edilen kısmı da kapsayacak şekilde) faize hükmedilmesi isabetli değildir." denilmiş ise de; dava dilekçesinde fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak alacağın faiziyle birlikte tahsili talep edildiğine göre, faiz isteminin ıslâh ile artırılan kısmı da kapsayacağı, ıslâh dilekçesinde ayrıca belirtilmesinin gerekmediği anlaşılınca karar düzeltme itirazları yerinde görülerek, Daire'nin bozma ilâmının (5) nolu bendinin ortadan kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenle asıl ve birleştirilen davanın davacıları vekilinin sair karar düzeltme itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenle asıl ve birleştirilen davanın davacıları vekilinin karar düzeltme itirazlarının kabulü ile Daire'nin 18.10.2011 tarih ve 2011/ 1764 Esas, 2011/ 9467 Karar sayılı bozma ilâmının (5) nolu bendinin ortadan kaldırılmasına...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeye, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar Z.. T., İ. Ö., A. H.,

## HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldı. Davalılardan Ankara Sigorta AŞ'nin duruşmalı temyiz isteminin oybirliğiyle reddine karar verildikten sonra işin esasına yönelik yapılan temyiz incelemesinde dosyadaki kağıtlar okundu gereği görüldü: Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen karar davalılar vekillerinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararını, davalılardan Z. T., İ. Ö., A. H., Ay... Çav..., A. A. Sigorta Şirketi vekilleri vekili temyize getirmiştir. Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davalılardan I. Sigorta A.Ş. tarafından davacılar N. D.'e ödenen destekten yoksun kalma tazminatının, ödemenin yapıldığı tarih ile destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasına ilişkin bilirkişi raporunun düzenlendiği 04.03.2009 tarihi arasında geçen sürede, getirisinin yasal faiz ölçüsünde güncelleştirilip belirlenmesi ve sigorta şirketi tarafından yapılan ödeme ile birlikte hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Dosya içerisindeki belgelerden, kazaya karışan .... plakalı aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı I. A... tarafından davacı anneye ödenen 3.712,00 TL tazminat güncelleme yapılmadan hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından mahsup edilmiştir.

Ne var ki, önceden yapılan ödemelerin, daha sonraki bir tarihte yine aynı miktarda düşülecek olması, toplumda uzlaşmaları ortadan kaldırıır ve herkesin dava yolu ile borcunu ödemesi, önceden hiçbir ödeme yapılmaması sonucunu doğuracaktır. Halbuki, hukuk müessesesi borcunu herhangi bir dava açılmadan kısmen ya da tamamen ödeyenleri, pişman etme aracı olamaz. Öte yandan tazminat yükümlüsünce ödenmesi gereken para ödenmeyip, dava sonucu beklenseydi, ödenen miktarın faiz getirisinin olacağı da bir gerçektir.

Öyle ise, sigorta şirketi tarafından yapılan ödemeyi tazminat hesabının yapıldığı günden önce alan davacı, bu paranın tazminat hesabının yapıldığı güne kadar işleyen yasal faizi kadar kazanım sağlamış olacağından; zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince, sigorta şirketi tarafından yapılan ödemenin, tazminat hesabının yapıldığı güne kadar geçen süreye ilişkin

getirisinin yasal faiz ölçüsünde güncelleştirilip hesaplanan tazminattan indirilmesi gerekir.

Görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından haksız fiil nedeniyle zarar görenin mal varlığındaki azalmanın haksız fiilin işlendiği anda meydana geldiğine göre, haksız fiili işleyen sorumluluğunun da bu tarihte başlayacağı, olay tarihinde haksız eylem nedeniyle mal varlığında azalma meydana gelen tarafın, bu zararının sonraki tarihlerde giderilmesi bir taraftan aradan geçen zaman nedeniyle haksız fiil sorumlusunun sebepsiz zenginleşmesine neden olurken, diğer taraftan da zarar görenin zararının artmasına neden olacağı, bu nedenle sigorta şirketi tarafından yapılan kısmi ödemenin güncelleme yapılmaksızın hesaplanan tazminattan mahsup edilmesi gerektiği ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Özel Daire bozma ilamında belirtilen gerekçelerle, Hukuk Genel Kurulu'na da benimsenen bozma ilamına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

**S O N U Ç:** Davalılar Z.. T., İ. Ö., A.. H., A.. Ç., A. A. Sigorta Şirketi vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırırlara geri verilmesine, aynı kanunun 440/I. maddesi uyarınca tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 21.05.2014 gününde oyçokluğu ile karar verildi."

## II. OLAYIN ÖZETİ

Yerel mahkeme, davaya konu kaza nedeniyle açılan maddi ve manevi tazminat davasında; destekten yoksun kalan davacı için kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar vermiştir. Kaza esnasında yaralanan diğer davacının destekten yoksun kalma tazminatı isteminin reddine, tedavi giderinin dava tarihinden ve maluliyet tazminatının kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizleri ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline yerel mahkeme tarafından karar verilmiştir. Yerel mahkeme davacılar lehine, kaza

tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte sigorta şirketleri dışındaki davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsil edilmek üzere manevi tazminata hükmetmiştir. Kazaya karışan aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olan davalı, destekten yoksun kalan davacıya destekten yoksun kalma tazminatını anılan tazminat hesabı yapılmadan önce ödemiştir. Yerel mahkeme kararına dayanak tazminat tutarı hesabında, sigorta şirketince ödenen tutar sonradan hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından indirilmiştir. Tazminat hesabında kazaya karışan aracın işleteni ve sürücü lehine BK m. 43- 44 hükümleri gereğince % 30 indirim öngörülmüş ancak aynı indirimden mali sorumluluk sigortacısı olan davalı yararlandırılmamıştır. Yerel mahkemece, davacılar vekilinin ıslah dilekçesinde açıkça belirtmediği faiz talebinin dava dilekçesinde bulunmasını yeterli görerek, ıslah edilen miktarı da kapsayacak şekilde faize hükmedilmiştir. Davalılar vekilleri hükmü temyiz etmiştir. Yargıtay 17. HD., T. 18.10.2011, E. 2011/ 1764, K. 2011/9467 sayılı ilamı ile yerel mahkeme kararının; zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince ödeme günü ile destekten yoksun kalma tazminatının hesaplandığı güne kadar geçen süredeki işlemler yasal faiz gözetilmeksizin davalı sigorta şirketince yapılan ödemenin daha sonra hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından hesaplanan faiz ile birlikte indirilmemiş olması, tazminat hesabında kazaya karışan aracın işleteni ve sürücü lehine BK m. 43- 44 hükümleri gereğince % 30 indirim öngörülmüş olmasına rağmen aynı indirimden mali sorumluluk sigortacısı olan davalının yararlandırılmamış olması, davacılar vekilinin ıslah dilekçesinde faiz talebinde bulunmamasına rağmen hükümde ıslah edilen miktarı kapsayacak şekilde faiz uygulanmış olması nedenleri ile bozulmasına hükmetmiştir. Davacılar vekilinin karar düzeltme talebi üzerine Yargıtay 17.Hukuk Dairesi, 30.04.2012 gün ve 2012/ 4299 E., 2012/ 5391 K. sayılı ilamı ile dava dilekçesinde fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olmasının ıslah dilekçesine de tesir edeceği ve bu nedenle de dava dilekçesinde talep edilen faiz isteminin ıslah edilen miktarı da kapsayacağı ifade edilerek dairenin önceki bozma kararının faize ilişkin hükmünü içeren bendi ortadan kaldırılmıştır. Geri çevrilerek yeniden yapılan yargılama sonucunda, yerel mahkeme önceki kararında direnmiştir. Davalılar direnme kararını temyiz etmişlerdir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, tazminat hesabının yapıldığı tarihten önce yapılan tazminat ödemelerinde, ödeme tarihi ile hesaplama tarihi arasındaki sürenin ödemeyi alan lehine kazanım sağladığını, zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince ödemenin yapıldığı tarih ile tazminat hesabı tarihi arasında geçen süre için faiz hesabı yapılmak sureti

ile işbu faizin tazminata eklenmek sureti ile tazminattan indirilmesi gerektiği belirtilerek direnme kararının bozulmasına karar vermiştir.<sup>1</sup>

### III. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan hukuki uyuşmazlık; zorunlu mali sorumluluk sigortaları kapsamında destekten yoksun kalana yapılan ödemelerin tazminat hesabından ne şekilde indirileceği üzerinde toplanmaktadır. Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasından önce, destekten yoksun kalana yapılmış olan ödemelerin anapara olarak mı yoksa anapara ile birlikte hesaplanacak faizi ile birlikte mi düşülmesi gerektiği; arada geçen bu süre boyunca yapılan ödeme nedeni ile destekten yoksun kalanın kazanç sağlamış olduğu yönünde bir varsayımda bulunulup bulunulmaması gerektiği sorunu, çözülmesi gereken hukuki bir sorundur.

### IV. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

#### A. Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ile İlgili Yasal Düzenlemeler

##### 1. Genel Olarak

Bir motorlu aracın işletilmesinden doğan ölüm, yaralanma veya maddi bir zararın doğması durumlarında motorlu aracın işleteni ile bağlı olduğu teşebbüsün sahibi doğacak zarardan müştereken ve müteselsilen sorumludurlar (KTK m. 85/1). Doğacak bu zararlarla ilgili olarak maddi ve manevi tazminat konuları için KTK m. 90 hükmü, TBK'nun haksız fiillere ilişkin (TBK 49 vd) hükümlerine atıfta bulunmuştur.<sup>2</sup> TBK'da ölüm durumunda uğranılan zararlar (Schadenersatz bei Tötung) sınırlı şekilde sayılmıştır. Sayılanlar arasında “ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu nedenle uğradıkları kayıplar” hükmü yer almaktadır (TBK m. 53/ 3).<sup>3</sup> Aynı Kanunun

<sup>1</sup> Yargıtay'ın aynı yöndeki kararları için bkz., Y. 4. HD., T. 17.03.2011, E. 2010/ 3784, K. 2011/ 2855; Y. HGK., T. 03.2012, E. 2011/ 4- 824, K. 2012/ 134; Y. HGK., T. 21.11.2012, E. 2012/ 4-381, K. 2012/ 825.

<sup>2</sup> Kanunun koyucu, haksız fiilden doğan sorumluluk için “daha kapsamlı sorumluluk” ifadesini kullanmıştır (TBK m. 528/2).

<sup>3</sup> Aynı hüküm OR Art. 45'te “Besondere Fälle” başlığı altında düzenlenmiştir. Hükmün üçüncü fıkrası “Haben andere Personen durch die Tötung ihren Versorger verloren, so ist auch für diesen Schaden Ersatz zu leisten.” şeklindedir.

55 inci maddesinde destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların sorumluluk hukuku hükümlerine göre belirleneceği ifade edilmiştir. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz ya da azaltılamaz (TBK m. 55/1- son). Kanun koyucu TBK m. 56’da, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda zarar görene uygun bir tazminat bedelinin manevi tazminat olarak ödenebileceği hükmünü getirmiştir. Bedensel zarar için manevi tazminat talep edilebilmesi, bedensel zarara bir ölçüt koymanın zorluğu ile bağlantılıdır. Aynı şekilde, ölüm nedeniyle destekten yoksun kalanların uğradıkları zararların niteliği, oluşan zararın tespitinin güçlüğü ve yansıma zararı (reflexschaden) niteliğine sahip olması bağlamında manevi zarara yaklaşmaktadır.<sup>4</sup>

Destekten yoksun kalma zararı doğrudan bir zarar değil, ölüm ile meydana gelen haksız fiilin müteveffanın desteğinden mahrum kalanlara etki etmesi sonucu oluşan yansıma zararı, diğer bir deyişle aktarılan zarardır (kayıp).<sup>5</sup> Bir anlamda, destekten yoksun kalan zarara dolaylı yönden maruz kalmıştır. Destekten yoksun kalma tazminatında zararın belirlenmesi, des-

<sup>4</sup> *Hatemi*’nin, destekten yoksun kalma zararı ve manevi tazminat gibi iki yansıma zararının gideriminin düzenlenmesinin, bu alanda “eşitlik ilkesini” ihlal edecek belirsizliklere yol açtığı yönündeki görüşü için bkz., “Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi sempozyumu”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 10- 11. XII, Ankara, 1993, s. 5. *Kılıçoğlu*’nun, yaralanma durumunda yaralanan kişinin bu halini görerek üzüntü duymaları sonucunda doğan zararlarının yansıma yoluyla doğan zarar olduğuna dair görüşü için bkz., KILIÇOĞLU, Ahmet M., “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 4. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 212. *Reisoğlu*, destekten yoksun kalma zararını “yardımdan yoksun kalmaktan doğan zarar” kavramı ile ifade etmektedir, konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., REİSOĞLU, Safa, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 22. baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2011, s. 216.

<sup>5</sup> Aynı görüş için Bkz., ALTOP, Atilla; “Trafik Kazaları Nedeniyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.06.2011 Tarihli E. 2011/ 17- 142, K. 2011/ 411 Sayılı ve 22.02.2012 tarihli E. 2011/ 17- 787 K. 2012/ 92 Sayılı Kararları İle Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin 05.06.2012 tarihli E. 2011/ 11551, K. 2012/ 7391 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, E- Journal Of Yasar University (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi), Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt 8, Sayı Özel, 2013, 151- 183, s. 162. Aktarılan (başkalarına geçirilen) zarar için ayrıca bkz., TERCIER, Pierre, “La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, in: Gedächtnisschrift Peter Jäggi”, Fribourg 1977, p. 239-271, S. 241; ÖZEL, Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD, Cilt 50, Sayı 4, 2001, s. 86.

teğini kaybeden üçüncü kişilerin tespitine bağlıdır. Bu kişilerin ölen kişinin desteğine kısmi ya da tam olarak bağlı olması, ölen kişi ile bu kişiler arasında maddi ya da manevi anlamda bir bağ bulunması gerekir. Destekten yoksun kalma tazminatında, zararın doğrudan değil yansıma yolu ile gerçekleşmesi gerekir. Yansıma (aktarılan) zararı, üçüncü kişi ile haksız eyleme muhatap kişi arasındaki maddi ya da manevi bağ nedeni ile uğranılan zarar, daha doğru bir ifade ile kayıptır.<sup>6</sup> Bu zararın esas olarak bir kayıp olmasından dolayı, yansıma yolu ile uğranılan kayıplarda uygun/ yeterli illiyet bağı (Adäquater Kausalzusammenhang) aranmaz.

“Kayıp” kelimesinin zarar kelimesine tercih edilmesi, hem kanunun lafzı ve ruhuna hem de tazminatın amacına uygun olacaktır. Arapça kökenli olan “kayıp” kelimesi, “yitme” anlamını taşımaktadır. “Zarar” ise bir olayın yol açtığı çıkar kaybı ya da olumsuz, kötü sonuç anlamına gelmektedir. Görüleceği üzere zarar kelimesinde “çıkarmak”, kayıp kelimesinde ise “yitim” anahtar kelimelerdir. Bu bağlamda, “zarar”ın kapsamının, “kayıp”tan daha dar olduğu açıktır. Tümevarımdan hareketle her zarar bir kayıp meydana getirir. Ancak her kayıp bir zarar oluşturmayabilir. Zira zararın varlığının kabulü için kanuni düzenlemeler ışığında bir zarardan bahsetmek gerekir. Kayıp; kişiden kişiye, ekonomik ve sosyal şartlara, coğrafyaya, etnik ve dini olgular gibi birçok faktöre göre değişiklik gösterir. Zarar da kişisel özellikler, ekonomik ve sosyal şartlara, coğrafya gibi faktörlere göre değişiklik gösterir. Ancak kayıp ekonomik anlamda her zaman zararı ifade edemeyebilir. Zarar yargı kararları, doktrin, yasa hükmü ile sınırları çizilebilen bir kavramdır. Ancak; kaybın sınırlarını çizmek, zararın sınırlarını tespiti göre oldukça güçtür. Örnek vermek gerekirse; trafik kazası sonucunda aracın hasara uğraması sonucu zararın maddi ve manevi açıdan tespiti mümkündür. Ancak kayıp tespiti yapmak tam tersine çok güçtür. Zira, trafik kazası ile kaybedilen sadece para, menkul olmadığı gibi, manevi kaybın maddi karşılıkla giderilmeye çalışılması manevi tazminatı tam olarak karşılayamaz. Arabasını çok seven birinin, tutkusu olan aracına zarar gelmesi sonucunda

<sup>6</sup> Bu kayıp, aynı zamanda fırsat kaybı (perte d'une chance) olarak da adlandırılabilir. Detaylı bilgi için bkz., STARK, Emil W., Die “Perte d'une chance” im Schweizerischen Recht, in: GUILLOD, Olivier (Hrsg.), Développements récents du droit de la responsabilité civile, Zürich 1991, S. 101 ff.; KRAMER, Ernst A., “Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis”, ZBJV 1987, 289-316, S. 289 ff.; BGE 133 III 462 S. 467 ff.



kendisine ödenen maddi ya da manevi tazminat mevcut kaybını asla yerine getirmeyecektir. Zira kişi; bu aracı/ taşıtı kendisi ile özdeşleştirmiştir. Yine; ölümlü trafik kazalarında tazminat hesabı yapılırken, her ne kadar yaş, ekonomik durum, yeniden evlenme şansı, eğitim durumu gibi bazı faktörler değerlendirilirse değerlendirilsin; bir kişinin babası, annesi ya da evladının ölmesinin (kaybının) maddi ya da manevi karşılığını hiçbir hukuk düzeni tam olarak karşılayamaz. Maddi ya da manevi olarak tam olarak karşılanamayan/ karşılanamayacak olan bu özel ve duygusal kayıpların varlığı karşısında, hiç olmazsa destekten yoksun kalanlara yapılan ödemelerde güncel hesap yapılarına dek faiz kazancı elde edecekleri yönündeki düşünceden vazgeçmenin daha adil ve hakkaniyete uygun olacağı kanısındayım. İşte bu nedenle; destekten yoksun kalma tazminatı hesabında, maddi ya da manevi kayıpların toplamının da üstünde olan “kayıp” kavramının çok geniş bir alana tesir ettiği gerçeği destekten yoksun kalma tazminatında göz önünde tutulmalıdır.

## 2. Türk Borçlar Kanunu Gerekçesi

6098 sayılı TBK'nın genel gerekçesi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporunda (1/499) yer almıştır. Gerekçede, destekten yoksun kalma tazminatının takdir temelinden daha çok bağımsız bir yapı özelliği kazandığı vurgulanmıştır. Ayrıca bu tazminata dayanak hükümlerin uygulanmasında tazminatın önleyici niteliği, insan hakkı kriteri, zarar vereni ödüllendirme sonucunu doğuracak tespitlerden uzaklaşmak ve sorumluluk hukukunun diğer ilkelerinin esas alındığı vurgulanmıştır.<sup>7</sup> Diğer taraftan zarar görenin mamelekine yapılan ödemelerde, tazminat hakkını veya destek ilişkisini çökerten bir etki tanınmayacağı kanunun gerekçesinde benimsen-

<sup>7</sup> Anılan gerekçe, ““İnsan Zararları” olarak da kavramlaştırılabilecek olan bu zararların hesabında Borçlar Kanunu, özellikle yeni 49-52 madde hükümleri, diğer özel yasalar ve sorumluluk hukuku ilkeleri gözetilecektir. Destekten yoksun kalma ve iş-göremezlik tazminatları, bu yönüyle takdir temelinden daha çok, bağımsız bir yapı özelliği kazanmış metrik temele (tazminat metriğine) dayanır (HGK. 21.3.1990 t, 4-586/ 199-E/ K; HGK. 21.3.1990 t, 10-688/ 191- E/ K. Any. m.19/ son fıkra, “...tazminat hukukunun genel prensipleri...” ibaresi). Bu zararların belirlenmesinde ortaya çıkan farklı uygulamaları yeknesaklaştırıcı yeni ve özel hükümler öngörülmüştür. Bu hükümlerin sevkinde tazminatın önleyici işlevi, insan hakkı karakteri, zarar vereni ödüllendirme sonucunu doğuracak yöntemlerden kaçınma ve sorumluluk hukukunun diğer ilkeleri esas alınmıştır.” şeklindedir. İnsan zararları, Principles of European Tort Law Art. 10: 202. “Personal injury and death” başlığı altında düzenlenmiştir.

miştir. Bu görüş, sorumluluk hukukunun (Haftpflichtrecht) önleyici özelliğine bağlanmıştır.<sup>8</sup> Kanunun koyucu, yapılacak denkleştirmelerde zarar göreni ödüllendirecek tespitlerden kaçınılması için düzenlemeler getirmiştir. Kanunun sistematığına bakıldığında zarar verenin değil, zarar görenin korunması esastır.<sup>9</sup> Ancak; gerekçede de izah edildiği üzere, zarar gören korunurken tazminat hakkını veya destek ilişkisini çökerten bir durumun meydana getirilmemesine dikkat edilmesi gerekmektedir. Esas olan zarar görenin korunması gerektiği olduğuna göre; yansıma yolu ile zarar görene hesap tarihinden önce yapılan ödemenin faizinin hesap tarihinde tazminat miktarından düşülmesi kanunun ruhuna aykırı olduğunu söylemek mümkündür.<sup>10,11</sup> Zira; günümüz şartlarında ticari ve yasal faiz oranlarının düşüklüğü karşısında tazminat hakkının zarar gören lehine ve fakat zarar veren aleyhine çöktürülmesi mümkün değildir.<sup>12</sup> Bu nedenle ve kanaatimizce; tazminat tutarından önceki ödemelerin faizi ile güncellenerek düşülmesi, hesabın yapıldığı günün şartlarındaki faiz oranlarının yüksekliğine bağlı olmalıdır. Yarar ve zararın denkleştirilmesi ancak bu şekilde önce hukuka sonra hakkaniyete uygun olacaktır.

<sup>8</sup> Anılan gerekçe, “Zarar görenin mamelekine yukarıda belirtilen türden dâhil olan ödemelere, tazminat hakkını veya destek ilişkisini çökerten bir etki tanınmaz. Tersine bir yaklaşım, sorumluluk hukukunun önleyici (tenkil) karakteri ile de bağdaşmaz. Yasa koyucu bu tercihi ile farklı uygulamaları hak ekseninde bütünleştirmiştir.” şeklindedir.

<sup>9</sup> Burada zarar görenin doğrudan, dolaylı veya yansıma yolu ile olması açısından bir ayrım yapılmamıştır. Bu bağlamda, zarar görenin korunmasını geniş düşünmek gerekir.

<sup>10</sup> Mağdurun peşinen aldığı parayı güvenli bir bankaya yatırarak güvenilir bir tahvil almak sureti ile reel bir faiz elde edeceği, peşinen ödenen paraların faiz haddi üzerinden iskonto edilerek peşin değerlerinin hesap ve tediye edilmesi gerektiği hakkında *Çağal Gökçen/ Güran*’ın karşı görüşü için bkz., “Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi sempozyumu”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 10- 11. XII, Ankara, 1993, s. 30.

<sup>11</sup> Yansıma zararlarının, kişiye göre değerlendirileceği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz., GA-UCH, Peter, “Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts”, in: recht, 1996, 225–239, S. 5, [http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaire/CH\\_Stoekli/files/Peter%20Gauch/Grundbegriffe\\_des\\_Haftpflichtrechts.pdf](http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaire/CH_Stoekli/files/Peter%20Gauch/Grundbegriffe_des_Haftpflichtrechts.pdf), ET: 09.04.2015.

<sup>12</sup> 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m. 1 gereği; 01.01.2008 tarihinden itibaren kanuni faiz oranı sözleşme ile tespit edilmemişse % 9, temerrüt faiz oranı sözleşme ile tespit edilmemişse % 9’dur. 01/01/2000- 30/06/2002 dönemi için bu oranlar % 60’tır.

### 3. Sigorta Genel Şartları

ZKTMSSGŞ B. 4 hükmüne göre tazminat istemini sekiz işgünü içerisinde haklı bir neden olmaksızın yerine getirmeyen sigortacı temerrüde düşmüş olur ve ödenmemiş olan tazminat tutarına yasal temerrüt faizi uygulanır. Temerrüt faizi teminat limiti içinde yapılmış ödeme sayılmaz. KMAZMSSGŞ B. 2 hükmü;

“Sigortacı;

a) Talep edilen tazminat ve giderleri hak sahibinin, kaza ve zarara ilişkin tesbit tutanağını veya bilirkişi raporunu ve gerekli belgeleri sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren,

b) Yaralanan kimselerin ilk yardım, muayene ve kontrol veya bu yaralanmadan ötürü ayakta hastane, klinik ve diğer yerlerdeki tedavi giderleri ile tedavinin gerektirdiği diğer giderleri, belgeleri ile birlikte kendisine başvurma tarihinden itibaren, sekiz iş günü içinde sigorta teminat limitleri dahilinde öder.” şeklindedir. Hükümden de anlaşılacağı üzere, sigorta genel şartları bağlamında faiz ödeme yükümlülüğü zarar gören ya da destekten yoksun kalan tazminat talepçisine değil, sigorta şirketine getirilmiştir. Ayrıca; temerrüt faizinin teminat limiti içinde yapılmış bir ödeme sayılmayacağı, ZKTMSSGŞ B. 4 ile hüküm altına alınmıştır. Sigorta genel şartı ile teminat limiti içinde ödeme sayılmayan faizin; güncelleme yapılarak tazminat hesabından düşülmesi, bunun destekten yoksun kalana yapılan bir ödeme gibi görülmesi ve tazminat hesabından düşülmesi, mevcut yasal düzenlemelere uygun değildir. Yargıtay; incelememize konu kararında, faizin yapılan ödeme ile birlikte güncellenerek hesaplanan tazminat tutarından düşümünü, “faiz getirisi”, “yasal faiz kadar kazanım”, “zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi” gerekçelerini sunarak “tazminattan indirim” olarak ifade etmiştir. Tazminattan indirilmesi gereken ödemenin ayrılmaz bir parçası olan “faiz” in aynı amaca hizmet etmesi gerektiği gerçeği karşısında “ödemenin tazminattan düşülmesi” gayesini aşan bir indirimin yapılmaması gerçeği de göz önünde tutulmalıdır.

### B. Sorumluluk Hukuku (Haftpflichtrechts)

Sigortacı işletene düşen hukuki sorumluluğunu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder (KMAZMSSGŞ m. 1). Sigortacının sorumluluğu poliçede tanımı yapılmış olan motorlu aracın işletilmesi sırasında meydana

gelen ölüm, yaralanma ya da maddi zarar durumunda doğar. Bu durumda motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumludur (KTK m. 85/1). Motorlu araç işletenlerin mali sorumluluk sigortası yaptırımları zorunludur (KTK m. 91/1). Ancak; KMAZMSSGŞ m. A. 3- c hükmüne göre, motorlu aracı işletenin eşinin, usul ve furuunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler sigorta teminatı dışında sayılmıştır. Yine aynı hüküm insan zararlarından bahsetmemiş, teminat dışı durumu mala gelen zararlarla sınırlı tutmuştur. Bu bilgiler ışığında doktrinde genel kabul gören görüşe ve Yargıtay içtihatlarına göre motorlu araç işletenin KMAZMSSGŞ m. A. 3- c hükmünde belirtilen yakınlarının insan zararları, ZMSS kapsamı içindedir.<sup>13,14</sup> Ancak; ölen sürücünün destekten yoksun kalanı (örneğin eşi) aynı zamanda araç işleten sıfatına sahipse işleten tarafından ileri sürülecek tazminat talepleri ZMSS dışındadır.<sup>15</sup> Anılan hükümler, Yargıtay kararları ve doktrin birlikte düşünüldüğünde destekten yoksun kalanı sigorta şirketine göre üçüncü kişi sayan görüşlerin temelinde insan zararlarının korunması gerektiği düşüncesi yatmaktadır. Ölüm olayı neticesinde destekten yoksun kalanlar üzerinde gerçekleşen fayda kayıplarının telafisinin çok güç oluşu, bu düşünceleri beraberinde getirmiştir. Hukuk ve hakkaniyet ölçüsü, ortak adalet duygusu, toplumsal gereksinimler, insanın sosyal bir varlık oluşu, toplumda yaşanan olayların tazminat ya da ceza ile bir karşılığının olmamasının infiale neden olabileceği gibi sebepler birlikte gözetildiğinde destekten yoksun kalanın tazminat hakkının olduğunu kabul etmek gerekir.

<sup>13</sup> TBK gerekçesinde haklı olarak “İnsan zararları” kavramına vurgu yapılmıştır. Zira, değişen sosyal ve ekonomik şartlar, insanın beden bütünlüğünün üstünde zarar kıstaslarını da beraberinde getirmektedir. Kanımızca, yeri geldikçe “beden zararları” kavramının yerine “insan zararları” kavramının kullanılması daha doğru olacaktır. İnsan zararları kavram ve esas olarak maddi ve manevi bütünlüğü bir arada ifade eder. Bedensel zarara uğrayan bir kişinin yaşadığı bu travma sonrasında psikolojik ve tıbbi anlamda problemler yaşayacağı gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır. Hal böyle iken bedensel zararın, bu zararla ilintili manevi boyutunu düşünerek hukuksal bağ kurmak daha gerçekçi bir yaklaşım olacaktır.

<sup>14</sup> İnsan zararlarının ZMSS kapsamı içinde olduğu yönünde Bkz., Y. 11. HD., T. 21.06.2007, E. 2006/ 6971, K. 2007/ 9488; ARKAN, Sabih, Sigorta Hukuk Dergisi, Cilt1, Sayı 3- 4, s. 260.

<sup>15</sup> Bu konuya ilişkin Yargıtay kararı için bkz., Y. 17. HD., T. 29.11.2012, E. 2012/ 14651, K. 2012/ 13312.

Zorunlu trafik sigortası bir sorumluluk sigortası olup, bu sigorta türünde sigorta ettiren kişinin işleteni olduğu motorlu araçların üçüncü kişilere verecekleri zarar/kayıp riskleri koruma altına alınır.<sup>16</sup> Buradaki esas amaç, üçüncü kişileri korumaktır. Asıl amaç üçüncü kişilerde meydana gelecek olası zararları ve daha çok kayıpları karşılamak olduğundan, destekten yoksun kalana önceden yapılan ödemelerle bu kişinin tazminat tarihine kadar faiz kazancı sağladığı düşüncesi üçüncü kişileri koruma amacı ile örtüşmemektedir.

### C. Zarar ve Yararın Denkleştirilmesi İlkesi

Başlıktan da anlaşılacağı üzere bu ilke zarar ve yararın hakkaniyet ölçüsünde denkleştirilmesini hedefler. Denkleştirme ilkesi esasen bir mahsup yöntemi olup, ödenen bedellerin ödenmeyen bedellerle, kayıpların getirilerle telafi edilmesini öngören ve amaçlayan bir yöntemdir. Tamamen iktisadi gaye ile işleyen bir prensip olan zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi, amaç sınırlarını aşacak şekilde kullanılamaz. TBK'nın genel sistematığı incelendiğinde zarar görenin, zarar verici olay nedeniyle elde ettiği yararların, uğradığı zararlardan indirilmesini ifade eden denkleştirme (mahsup) ilkesi benimsenmiştir.<sup>17</sup> Bu nedenle elde edilen yararlar kapsamına nelerin girdiği tespit edilmelidir. Ölüm nedeniyle destekten yoksun kalanın yararı, ölüm olayının gerçekleşmemiş olması durumunda destekten yoksun kalanın malvarlığında meydana gelebilecek artışlar ile ölüm sebebiyle destekten yoksun kalanın mahrum kaldığı faydalardır.<sup>18</sup> Ancak Yargıtay'a göre destekten

<sup>16</sup> Aynı görüş ve detaylı bilgi için Bkz., ÇEKER, Mustafa, "Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku", 2. baskı, Adana 2004, s. 172.

<sup>17</sup> Anılan ilkeyi TBK gerekçesinin "818 sayılı Borçlar Kanununun 112 nci maddesinde yer verilmeyen, Tasarının 129 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, çalışana ödenecek sigorta tazminatının genel hükümlere göre ödenecek tazminattan indirilmesi öngörülmektedir. Böylece, borçlar hukukumuzda geçerli olan zarar görenin, zarar verici olay nedeniyle elde ettiği yararların, uğradığı zararlardan indirilmesini ifade eden denkleştirme (mahsup) ilkesi gözeltmiştir" metninde görmek mümkündür.

<sup>18</sup> Destekten yoksun kalma tazminatı hesabında ölüm sebebiyle destekten yoksun kalanların malvarlıklarının ileride bulunacağı durum ile ölümün gerçekleşmemiş olması durumu arasındaki farkın zarar miktarı olarak değerlendirilmesi gerektiği hakkındaki görüşleri için Bkz., BAŞALP, Nilgün, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı'na İlişkin Bazı Değerlendirmeler: Tazminat Şartları ve Zararın Hesabında Yetiştirme Giderleri", Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul 2008, Cilt 2, İstanbul 2008, 115 -130, s. 115 vd.; İNCE-

yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan zarardır.<sup>19</sup> Konuya zarar bağlamında yaklaşmak, destekten yoksun kalma durumuna bakış açısının zarar veren lehine ve fakat destekten yoksun kalan aleyhine değişmesine neden olur. Halbuki; konuyu yoksun kalınan fayda ya da kayıp olarak değerlendirmek zararın ya da yitirilen faydanın hesabının gerçeğe daha çok yaklaşmasını sağlayacaktır. Bu faydaların maddi açıdan tespiti % 100 olanaksız olsa da uygulamada yaklaşık değerler tespit edilmektedir. Hal böyle iken; gerçeğe uygun bir tazminat hesabı yapılması zaten mümkün olmayan destekten yoksun kalma tazminatında önceden yapılan ödeme nedeni ile destekten yoksun kalanın, hesabın yapılacağı güne kadar faiz kazancı elde etmiş olduğu yönünde bir çıkarımda bulunmak, hakkaniyetle bağdaşmaz. Her tazminat türünü gelir ve zarar kapsamında değerlendirmek, somut olaylara iktisadi açıdan yaklaşmak olur ki bu da kayıpların telafisini daha da zorlaştırır. Zira destekten yoksun kalan eğer ölüm olayı gerçekleşmemiş olsa idi belki de kendisi lehine hükmedilen tazminatın ötesinde hatta tazminatın hesabı ile ödeme günü arasında geçen süre için hesaplanacak faizden bile fazla gelir elde edecekti. Önceden yapılan bir ödemenin bankaya yatırılıp faiz kazancı elde edileceği düşüncesi ihtimal dahilinde ise, aynı paranın borsada kazanç amaçlı yatırılmak sureti ile zarar etme durumu da ihtimal dahilindedir. İhtimallerle yaklaşılan hesaplar daima beraberinde aksi ihtimalleri de getirmelidir. Ancak somut olaya korunması gereken gaye ve kişiler bağlamında yaklaşılırsa doğru sonuca daha yakın bir şekilde varılabilecektir. Hakkaniyetli yaklaşım bu düşünceyi de beraberinde getirmektedir. Ayrıca, destekten yoksun kalma tazminatının ölüm olayına bağlanmış özel bir tazminat türü olduğu da unutulmamalıdır. Bir aracın kaza sonucunda uğradığı ya da uğrayacağı iktisadi kayıpların hesabı her zaman gerçeğe daha

---

OĞLU M. Murat/ PAKSOY, Meliha Sermin, “Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK. m. 55)“, E-Journal Of Yasar University (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi), Prof. Dr. Aydın Zevkililer’e Armağan, Cilt 8, Sayı Özel, 2013, 1383-1411, s. 1397.

<sup>19</sup> Y. HGK., T. 16.01.2013, E. 2012/ 17- 1491, K. 2013/ 74. Anılan kararda destekten yoksun kalmanın bir zarar olduğu; “...destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan zarardır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettilmesidir.” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak yerel mahkemelerde hükmedilen tazminatların destekten yoksun kalanın Yargıtay tarafında n “muhtaç olduğu para” şeklinde ifade edilen tutarlara sadece yaklaştığı söylenebilir.

yakındır. Ancak insani değerlerin içinde olduğu tazminat türlerinde gerçeğe çok uzak hesaplanabilecek iktisadi değerlerin varlığı düşünüldüğünde, destekten yoksun kalma tazminatının korunması gerektiği açıktır.

## V. KARARA GENEL BAKIŞ

Destekten yoksun kalma tazminatı, ölüm olayının gerçekleşmesi durumunda destekten yoksun kalanlara ödenen bir tazminat türüdür. Bu tazminatın hesabında; ölenin ölüm öncesi geliri, mesleği, mesleği yoksa farazi meslek seçimi, destekten yoksun kalanların yoksun kaldıkları farazi süre ve gelir, fiili destek geliri, destekten yoksun kalanların ölüm nedeni ile ekonomik yaşam dengesindeki bozulmalar gibi unsurlar dikkate alınır.<sup>20</sup> Unsurlar yakından incelendiğinde, ölüm olayı nedeni ile destekten yoksun kalanların kaybettikleri varsayılan faydaların (kayıplarının) tespit edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Farazi hesaplamalar ve İsviçre hukukundaki uygulamalar ışığında yapılmaya çalışılan bu hesaplamalar her ne kadar kapsamlı incelemelerle uygulamaya girmişse de gerçeği tam anlamıyla yansıtmayacaktır. Hangi metod uygulanırsa uygulansın, destekten yoksun kalanın maddi ve manevi kaybı tam anlamı ile yerine getirilemeyecektir.

Sorumluluk hukukunun yargısal anlamda son söz sahibi olan hakimlerin takdir yetkilerini kullanma şekilleri, destekten yoksun kalma tazminatında belirleyici bir kriterdir. Hakimler, hüküm kurarken takdir yetkisini ayrıcalık yaratacak bir durumdan kaçınacak şekilde kullanılmalıdır. Zira bu durum hakimlerin temel özelliği olan, bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvencesi olması gereğidir.<sup>21</sup> Hakim, tazminatın kapsam ve ödenme biçimini belirlerken TBK m. 51'e göre hareket edecek, bu anlamda durumun gereklerini ve kusurun ağırlığını TMK m. 4 (ZGB Art. 4)'e göre hukuka ve hakkaniyet öl-

<sup>20</sup> Farazi meslek seçimi ölenin ölmeden önce bir mesleğinin olmaması durumunda yine ölmeden önceki eğitim, yaş, sosyal, ekonomik ve coğrafi konumlarına göre tespit edilen bir seçimdir. Ölenin çocuk olması durumunda ona farazi bir meslek seçilip farazi kazancının hesaplanacağı yönünde bkz., EREN, Fikret, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 758; KILIÇOĞLU, Mustafa, "Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri", 3. baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2012, s. 101.

<sup>21</sup> Aynı görüş için bkz., YÜKSEL, Saadet, "Türk Anayasa Hukukunda Hakimlerin Bağımsızlığına Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 70, Sayı 2, 2012, 71-97, s. 83.

çüsünde gözetecektir.<sup>22</sup> TMK m. 4 gerekçesinde de belirtildiği üzere hakim tazminatın kapsam ve ödenme biçimini belirlerken önce hukuka sonra hakkaniyete göre karar vermek durumundadır.<sup>23</sup> TBK m. 52 hükmü ise hakimin tazminatı indirme veya tamamen kaldırma yetkisini düzenlemiştir.<sup>24</sup> Hakim, tazminatın indirilmesine ya da tamamen kaldırılmasına; zarar görenin zararı doğuran fiile razı olması, zararın meydana gelmesi ya da artışında etkili olması, tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış olması durumlarında karar verir (TBK m. 52/1). Hakimin haksız fiil durumunda zarar verene hükmedeceği tazminatı belirlerken indirmesi ya da tamamen ortadan kaldırması gereken durumlar TBK m. 52/1’de tahdidi olarak sayılmıştır. Hakim takdir yetkisini; hükmün konuluş amacı, korunan hukuki yarar ve hükmün çizdiği sınırlar çerçevesinde kanun boşluğunu (Gesetzeslücke) doldurarak kullanır.<sup>25</sup> Ancak bu yetki hakime, takdir yetkisini kullanmada tam bir serbesti tanımaz.

Yargıtay incelememize konu kararında; destekten yoksun kalana yapılan ödemelerden dolayı, tazminat hesabı yapılanaya kadar geçen süre için farazi kazanç sağlandığı yönündeki görüşünü “faiz getirisi”, “yasal faiz kadar kazanım” şeklinde ifade etmiştir. Bilineceği üzere faiz, alacaklının kullanmaktan mahrum kaldığı için kendisine mahrum kaldığı süre için ödenen, asıl alacağı genişleten, asıl alaktan bağımsız, bir yan edimdir.<sup>26</sup> Faiz asıl alacağa sıkı sıkıya bağlı bir edimdir. Faizin bağlı olduğu asıl alacağın hukuki varlığının olmayışı ya da sona ermesi faizin de meydana gelmesini engelleyecek veya sona erdirecektir (TBK 131). Kayıp bedeli olarak tespit edilen ve ödenen bir paraya faiz işletmek, zarar vereni alacaklı yerine koymak olur. Zarar verenin haksız eylemi sonucunda gerçekleşen ölüm olayından dolayı yansıma yolu

<sup>22</sup> İsviçre hukukunda TBK m. 51’e karşılık gelen hüküm, OR Art. 43’tür.

<sup>23</sup> Madde gerekçesi “Maddenin kenar başlığı 1984 tarihli öntasarı dan alınmış, maddede yer alan liri: ve nisfete hükmeder.” deyimi yerine, “hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.” deyimi kullanılmıştır. Gerçekten maddede yer alan sadece “hak ve nisfete hükmeder” ifadesi hâkimin önüne gelen olayda, hukuku bir tarafa bırakıp sadece hakkaniyeti gözetecemmiş gibi bir kanı uyandırmaktadır. Oysa hâkim, takdir yetkisini kullanırken önce hukuka, daha sonra hakkaniyete göre karar vermek zorundadır.“ şeklindedir.

<sup>24</sup> Bu hüküm İsviçre hukukunda “Herabsetzungsgründe” başlığı altında OR Art. 44’te düzenlenmiştir.

<sup>25</sup> Hakimin takdir yetkisini kullanma şekli hakkında detaylı bilgi için bkz., OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami, “Medeni Hukuk”, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 93.

<sup>26</sup> Aynı görüş ve tanımlama için bkz., EREN, s. 978.



ile zarar gören destekten yoksun kalanların kayıplarının karşılanması gerekir; “alacaklının kullanmaktan mahrum kaldığı için kendisine mahrum kaldığı süre için ödenen” faizin, kazanç sağladıkları gerekçesi ile yapılan ödemeye uygulanması, faizin tanımına ve amacına da aykırı düşmektedir.

İncelemeye konu Yargıtay kararının eleştirilmesi gereken bir diğer yönü; Yargıtay’ın birçok kararında, trafik kazası sonucu ölen kişinin destekten yoksun kalan eşinin yeniden evlenme şansı (pour chances de remariage) oranının destekten yoksun kalma tazminatı hesabında dikkate alınmasına karar vermiş olmasıdır.<sup>27</sup> Bu oran hesaplanırken; sağ eşin sosyal durumu, yaşadığı çevrenin koşulları, yaş, mizaç, aile bağları, sağlık, fiziki görünüş, iktisadi durum, evlenme isteği gibi faktörler göz önünde tutularak hakim tarafından belirlenmesi gerekir. Hakim, gerektiğinde (özellikle çevreye yabancı ise) örf ve adeti, sosyal çevreyi yerel bilirkişi aracılığı ile tespit eder.<sup>28</sup> Yargıtay’a göre; tazminat alacaklısının zararı hesaplanırken, önce yeniden evlenme şansı dolayısıyla indirim yapılmalı son olarak da kurumca yapılan ödemelerden dolayı indirim yapılmalıdır.<sup>29</sup> Görüleceği üzere Yargıtay, destekten yoksun kalma tazminatında indirim üzerinde ağırlık kazanan görüşler ileri sürmüştür. Konuya salt zarar bağlamında bakılması, korunması gerekenin zarar/kayıp gören olması gerektiği durumundan uzaklaşma sağlar. TMK m. 4’e göre takdir yetkisini kullanacak hakimin destekten yoksun kalanın alacağı tazminat tutarından indirim yapmak ağırlıklı inceleme yapması hukuk ve hakkaniyet kurallarına aykırılık teşkil edecektir. Yansıma zararının bir aktarma zararı olduğu unutulmamalıdır. Kanımızca, Yargıtay’ın yeniden evlenme şansı oranı açısından yargıya geniş takdir yetkisi sağlayan, destekten yoksun kalanın tazminatını oldukça düşüren, destekten yoksun kalana önceden yapılan ödemelerin tazminat hesabı yapıldığı tarihe kadar geçen süre için destekten yoksun kalanın yasal faizi kadar kazanım sağlamış olduğunu varsayan ve bu şekilde destekten yoksun kalma tazminatını azaltma eğilimine

<sup>27</sup> Bu uygulamanın incelemeye konu Yargıtay kararı ile bağlantısı, olasılıkların zarar veren/ destekten yoksun kalma tazminatı sorumlusu lehine tazminattan indirim olarak uygulanmasıdır.

<sup>28</sup> Yargıtay’ın bu yöndeki kararları için bkz., Y. 4. HD., T. 25.04.1991, E. 1990/ 4315, K. 1991/ 3753; Y. 10. HD., T. 23.11.2004, E. 2004/ 9106, K. 2004/ 10787; Y. 4. HD., T. 29.04.1986, E. 1986/ 2977, K. 1986/3692; Y. 4. HD., T. 09.04.1991, E. 1990/ 4299, K. 1991/3549; Y. 10. HD., T. 22.2.2005, E. 2004/ 12935, K. 2005/ 1637.

<sup>29</sup> Bu yöndeki karar için bkz., Y. 9. HD., T. 28.10.1980, E. 1980/ 8346, K. 1980/ 10933.

giden uygulama ve yorum isabetli değildir.<sup>30</sup> Zira Yargıtay'ın destekten yoksun kalma tazminatında indirime ilişkin benimsediği görüşler, zarar veren veya tazminat sorumlusu lehinedir. Olası riskler (genel yaşam riskleri) zarar veren ya da destekten yoksun kalma tazminatı sorumlusu lehine düşünülmüş ancak aynı detaylı araştırma kriterleri destekten yoksun kalan için geliştirilmemiştir.<sup>31</sup> Ölen kişinin desteğinden yoksun kalan eşinin evlenme olasılığı olduğu kadar; ölen için, şans oyunundan ikramiye çıkma, bir yarışmadan ödül kazanma, ölenin ummadığı bir iş teklifi ile maddi kazancı çok yüksek işler yapması ve destekten yoksun kalana bu oranda destekte bulunması gibi örnekleri çoğaltılabilecek ihtimaller de vardır. Yine tazminat hesabının yapılacağı sürenin bir kısmının yargısal süreç olduğu varsayıldığında ortada geciken bir adaletten de bahsetmek mümkündür. Yargılamanın devam ettiği süre boyunca kazanıldığı düşünülen faizin belki de daha üstünde bir gelirin/ desteğin kaybedilmiş olabileceği unutulmamalıdır. Kanımızca; bu türdeki şans ya da risk durumlarının destekten yoksun kalma tazminatı tutarından indirilmesi durumunda ve özellikle yeniden evlenme şansı oranının tespiti, Moser ya da İsviçre kaynaklı Stauffer/ Schaetzle tablosuna benzer bir tablo oluşturulması ve bu tablodaki oranların en düşük risk oranları gözetilerek belirlenmesi gerekir.<sup>32</sup> Zira gelişen teknoloji, iletişim ve ekonomi ağ-

<sup>30</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz., BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, “Yeni Sosyo Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 256. Yazarın kanımızca haklı görüşü, “Risk toplumuna doğru bir evrimin yaşandığı ve risk üstlenmenin bireysel ve kurumsal düzeyde başarının sırrı olarak kabul edildiği bir dönemde, destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin davalarda % 2 gibi küçük olasılıkları dahi dikkate alan yargı organlarının, % 9.3'lük ödül kazanma fırsatının hiçbir maddi değerinin bulunmadığını kabul etmeleri, ekonomik nitelikli bir fırsatın hukuki niteliğinin ortaya konması açısından çelişkilidir.” şeklindedir.

<sup>31</sup> Her olay bünyesinde asgari oranda risk barındırır. Risklerin somut olaylara göre değişiklik göstermesi ve her somut olayda asgari oranda riskin varlığı, riski yok etmenin imkansız olduğuna karine teşkil eder. Mädriçh, genel yaşam risklerinin hukuk normlarının koruma amacından ve yeterli/uygun illiyet bağından bağımsız bir sorumluluk koşulu olduğunu ifade etmektedir. Genel yaşam riskleri hakkındaki görüşleri için bkz., MÄDRICH, Matthias, Das allgemeine Lebensrisiko: Ein Beitrag zur Lehre von der Haftungsbegrenzung im Schadensersatzrecht (Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 59), Duncker & Humblot, Berlin 1980, S. 63 ff.; DEUTSCH, Erwin, Das “allgemeine Lebensrisiko” als negativer Zurechnungsgrund, Festschrift für Günther Jahr zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, 251- 265, S. 251 ff.

<sup>32</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeniden evlenme şansı hakkındaki kararları ve anılan tabloyu uygulama şekli için bkz., BGE 81 II 38 S. 49, BGE 97 II 123 S. 132 ff., BGE 95 II 411 S. 418, BGE 101 II 257 S. 263, BGE 108 II 434 S. 441.

larının ve anlayışın farklılaşması, gelirlerin cinsiyete dağılım dengelerinin gün geçtikçe iyileşmesi, evlilik anlayışının yanında birlikte yaşam paylaşımı düşüncesinin hatırı sayılır düzeyde artış göstermesi gibi sebepler “yeniden evlenme şansı” ilkesinin düşük ve sabit risk oranlarına bırakılmasını zorunlu kılmaktadır.

## VI. SONUÇ

Eşya, hakkında fikir sahibi olan kişilerin bu eşya hakkında edindikleri kişisel ve sosyal bilgilere ve imajlara bağlı bir varlıktır. Eşyanın objektif değer ve niteliğinin yanında onu değerli kılan kendisine nitelik ve nicelik açısından benzer olanlardan kolayca ayırt ve feda edilmesine olanak sağlayan, kendisine verilen kişisel değerlerdir.<sup>33</sup> Görüleceği üzere eşyayı objektif nitelik ve niceliğinden ayıran esas faktör bireysel değerdir. Bireysel değer, matematiksel tespite olanak sağlamayan, eşya üzerinde kişisel bir üstünlük sağlayan değerdir. Bu nedenledir ki, bireysel değerler, sadece bir eşyanın değerli bir varlığın da diğerlerine göre derece olarak üstünlüğünü tespit etmekte önemli rol oynar. Bu durum aynı zamanda kişisel bakış açısı ve algı ile de ilgilidir. Bir varlığın kaybı, her kişide ve her koşulda aynı etkilere neden olmaz. Bireysel değerlerin etkili rol oynadığı varlıklardan olan akraba ya da yakın ilişki içinde bulunan kişilerin kayıplarının kişilerin üzerindeki olumsuz etkileri matematiksel olarak ifade edilemez. İşte bu nedenledir ki; bir kişinin ölüm sebebiyle kaybı ona telafisi imkansız bir “kayıp değer” yükler ve zihninde bazı psikolojik izlerin kalmasına neden olur. Destekten yoksun kalma tazminatına konu olan ölüm olayı da bu izlerin kalmasına neden olan durumlardan biridir.

Yargıtay, incelememize konu kararında; önceden yapılan ödemelerin, daha sonraki bir tarihte yine aynı miktarda düşülecek olmasının, toplumda uzlaşmaları ortadan kaldıracacağı ve herkesin dava yolu ile borcunu ödemesini, önceden hiçbir ödeme yapılmaması sonucunu doğuracağını savunmaktadır. Eşyayı nitelik ve nicelikleri bağlamında aynı olduğu halde bireysel değerle onu farklı kılan bir kişinin, desteğini aldığı bir yakınının ölüm olayından dolayı duyacağı acı ve yaşayacağı kayıpların matematiksel olarak ifade edilememesi karşısında, bu görüşün geçerli olmaması gerektiğini söy-

<sup>33</sup> Aynı yöndeki düşünce için bkz., DÖNMEZER, Sulhi, Toplum Bilim, 11. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1994, s. 338.

lemek gerekir. Zira bir tarafta yansıma zarar nedeniyle ölüm olayının sebep olduğu büyük kaybı yaşayan destekten yoksun kalan varken, diğer tarafta esasen salt maddi zarara uğrayan sigorta şirketi ya da haksız fiili gerçekleştiren taraf vardır. Maddi kayba uğrayacak haksız fiil ya da tazminat sorumlusu tazminatı önceden ödemekle gelir kaybı yaşıyor iken, destekten yoksun kalan maddi tazminatın ötesinde destek kaybı nedeni ile daha büyük bir kayıp yaşamaktadır. Destekten yoksun kalma tazminatında yansıma yolu ile zarar (kayıp) görenin korunması esastır. Haksız fiili gerçekleştiren eyleminin hukuki ve cezai neticelerine, tazminat sorumlusu sigorta şirketi de üstlendiği riskin gerçekleşmesi durumunda maddi tazminata katlanmalıdır. Bu durumu salt borç- alacak ilişkisi olarak değerlendirmek büyük bir yanılğı olacaktır. Dava açılmadan önce ödenen tazminat sadece bir borç değil aynı zamanda bir yükümlülüktür. Özellikle ölüm olayı nedeniyle ödenecek tazminatlarda dava açılmadan önce ödeme yapılması, her şeyden önce vicdani ve sosyal bir yükümlülük olmalıdır. Ölüm olayı neticesinde ödenecek destekten yoksun kalma tazminatını maddi anlamda tatmin aracı olarak düşünmemek ve bu nedenle manevi tatmin ya da sosyal bir görev bilinciyle iktisadi bazı değerleri bu tazminattan indirmekten kaçınmak gerekir. Bu şekilde toplumsal değerler ön plana çıkabilecektir.

Önceden yapılan ödemeler nedeni ile tazminat hesabı yapıncaya kadar ödemeyi alan destekten yoksun kalanın faiz kazancı elde ettiği inancı, özellikle sigorta hukuku bağlamında ölüme bakış açısını salt maddi anlamda etkileyecektir. Motorlu araç sayısının ve trafik kazalarının her geçen gün daha da arttığı günümüz dünyasında destekten yoksun kalma tazminatına salt zarar olarak yaklaşmak, ölüme maddi bir değer biçmek anlamına gelir. Bu nedenle Yargıtay'ın; "sigorta şirketi tarafından yapılan ödemeyi tazminat hesabının yapıldığı günden önce alan davacı, bu paranın tazminat hesabının yapıldığı güne kadar işleyen yasal faizi kadar kazanım sağlamış olacağından; zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince, sigorta şirketi tarafından yapılan ödemenin, tazminat hesabının yapıldığı güne kadar geçen süreye ilişkin getirisinin yasal faiz ölçüsünde güncelleştirilip hesaplanan tazminattan indirilmesi gerekir." şeklindeki kararı kanımızca hukuka, toplumsal değerlere ve hakkaniyete aykırıdır.

**KISALTMALAR**

<b>Any.</b>	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
<b>Art.</b>	: Artikel
<b>BGE</b>	: Bundesgerichtsentscheid
<b>BK</b>	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
<b>E.</b>	: Esas
<b>ff.</b>	: fortfolgende
<b>Y. HD</b>	: Yargıtay Hukuk Dairesi
<b>Y. HGK</b>	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>HMK</b>	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>HUMK</b>	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>K.</b>	: Karar
<b>KMAZMSSGŞ</b>	: Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartları
<b>KTK</b>	: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu
<b>m.</b>	: Madde
<b>OR</b>	: Obligationenrecht
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Seite
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TBK</b>	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>ZGB</b>	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
<b>ZKTMSSGŞ</b>	: Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları
<b>ZMSS</b>	: Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası

## KAYNAKÇA

- ALTOP, Atilla; “Trafik Kazaları Nedeniyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.06.2011 Tarihli E. 2011/ 17- 142, K. 2011/ 411 Sayılı ve 22.02.2012 tarihli E. 2011/ 17- 787 K. 2012/ 92 Sayılı Kararları İle Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin 05.06.2012 tarihli E. 2011/ 11551, K. 2012/ 7391 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, E- Journal Of Yasar University (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi), Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt 8, Sayı Özel, 2013.
- ARKAN, Sabih, Sigorta Hukuk Dergisi, Cilt 1, Sayı 3- 4.
- BAŞALP, Nilgün, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı’na İlişkin Bazı Değerlendirmeler: Tazminat Şartları ve Zararın Hesabında Yetiştirme Giderleri”, Prof. Dr. Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul 2008, Cilt 2, İstanbul 2008, 115 -130
- BÜYÜKSAGIŞ, Erdem, “Yeni Sosyo Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- ÇEKER, Mustafa, “Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku”, 2. baskı, Adana 2004.
- DEUTSCH, Erwin, Das “allgemeine Lebensrisiko” als negativer Zurechnungsgrund, Festschrift für Günther Jahr zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993.
- DÖNMEZER, Sulhi, Toplumbilim, 11. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1994.
- EREN, Fikret, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- GAUCH, Peter, “Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts”, in: recht, 1996.
- İNCEOĞLU M. Murat/ PAKSOY, Meliha Sermin, “Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK. m. 55)“, E-Journal Of Yasar University (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi), Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt 8, Sayı Özel, 2013.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 4. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- KILIÇOĞLU, Mustafa, “Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri”, 3. baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2012.

- KRAMER, Ernst A., “Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis”, ZBJV 1987.
- MÄDRICH, Matthias, Das allgemeine Lebensrisiko: Ein Beitrag zur Lehre von der Haftungsbegrenzung im Schadensersatzrecht (Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 59), Duncker & Humblot, Berlin 1980.
- ÖĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami, “Medeni Hukuk”, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- ÖZEL, Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD, Cilt 50, Sayı 4, 2001.
- REİSOĞLU, Safa, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 22. baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2011.
- STARK, Emil W., Die “Perte d’une chance” im Schweizerischen Recht, in: GUILLOD, Olivier (Hrsg.), Développements récents du droit de la responsabilité civile, Zürich 1991.
- TERCIER, Pierre, “La réparation du préjudice réfléchi en droit suisse de la responsabilité civile, in: Gedächtnisschrift Peter Jäggi”, Fribourg 1977.
- YÜKSEL, Saadet, “Türk Anayasa Hukukunda Hakimlerin Bağımsızlığına Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 70, Sayı 2, 2012.
- “Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi sempozyumu”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 10- 11. XII, Ankara, 1993.





# Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Kanuni İktisabına İlişkin Yapılan Tartışmalar

Av. Rifat CANKAT\*

**Özet:** Anonim ortaklık paylarının devri, bazen tarafların iradesine gerek duyulmaksızın gerçekleşir. Pay sahibinin ölmesi ve payların miras yoluyla el değiştirmesi bu durumun tipik örneğidir. Bu gibi hâllerde uygulanacak hükümler ve buna bağlı olarak bağlam rejimi değişiklik göstermektedir. İşte bu değişik rejimin borsaya kote olmayan anonim ortaklıkların bağlı nama yazılı paylarını etkileyeninden ileri gelen tartışmalar, eldeki makalede incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Borsaya kote olmayan anonim ortaklık, bağlı nama yazılı pay, bağlam, kanuni iktisap.

## Discussions about the Statutory Acquisition of Unlisted Registered Shares with Restricted Transferability

**Abstract:** The transfer of shares issued by a joint-stock company sometimes occurs without needing the wills of the parties. Death of a shareholder and transfer of the shares by inheritance is the typical example of it. In such occasions, applicable provisions and thereof the regime of transfer restriction will simply alter. The discussions arising from that one alternated regime who influences the unlisted joint-stock companies will be examined in the present article.

**Keywords:** Unlisted joint stock company, registered share with restricted transferability, restriction of transfer, statutory acquisition.

\* İstanbul Barosu.

## Giriş

Bu çalışmada borsaya kote edilmemiş bağlı nama yazılı anonim ortaklık paylarının kanuni iktisabını, daha doğrusu bu iktisaplar ile ilgili tartışmalı olan noktaları inceleyeceğiz. Bilindiği üzere aile şirketlerinin nesil atlarken çok ciddi sıkıntılar yaşadıklarına, önemli sermayelerin bazen alt zümre mirasçılarının elinde türlü sebeplerden eridiğine sıklıkla, özellikle ülkemizde, şahit olunmaktadır. Tasarrufun sözleşmesel ilişkisinin yokluğunda gerçekleştiği diğer hâllerde de benzer sonuçlar yaşanabilmekte ve hatta söz konusu duruma yönelik iradelerin eksikliğinde kayıplar daha ciddi olabilmektedir. Bu sebeple, kanuni iktisaba ilişkin sorunların üzerinde tartışılması gerektiğine inanmaktayız.

Çalışmamız genel bilgiler dışında üç ana bölüme ayrılmıştır. Her biri ayrı bir tartışma konusunu içeren bu bölümler sırasıyla, “kanuni iktisap hâllerinin sınırlı olup olmadığı”; “payları edinen kişinin satın alma teklifini reddedip reddedemeyeceği”; “kanuni iktisabın hukuki etkisinin ve niteliğinin neler olduğu” sorularına cevap aramaktadır.

### A. Genel Olarak

Çalışmamıza başlamadan önce, incelemeye dâhil ettiğimiz kısmın hukuki sınırlarının çizilmesinde fayda görmekteyiz. Bu sebeple önce ilgili kanun maddelerini sınıflandırmaları ortaya koyar şekilde paylaşacak ve ardından inceleme konusu olarak belirlediğimiz sorular hakkında kısa bir açıklamada bulunacağız.

#### 1. İlgili Kanun Maddeleri

6102 sy. Türk Ticaret Kanunu, 491 vd. maddelerinde “Devrin Sınırlandırılması” başlığını düzenlemiştir. Bu husustaki ilk ayırım ise kanuni sınırlama – esas sözleşmesel sınırlama şeklindedir. Bu noktada belirtmek isteriz ki, aşağıda daha detaylı bir şekilde görüleceği üzere kanuni iktisaplar, sınırlama türü fark etmeksizin hem kanuni bağlam hem de esas sözleşmesel bağlam çerçevesinde gerçekleşebilecek niteliktedir. Zira Kanununun bu ilk noktada yaptığı ayırım bağlamın öngörülüş şekli ile ilgili olup bizim incelememize temel aldığımız ayırım ise devrin gerçekleşme şekli ile ilgilidir.

Elinizdeki çalışmada kanuni bağlama ilişkin boyut ele alınmayacaktır. Yine de kanuni bağlama ilişkin olarak belirtmek isteriz ki kanun koyucu bu

bağlam şeklinin kanuni iktisap hâllerinde geçerli olmayacağını hükme bağlamış ise de mezkûr konu da incelemeye değer sorunlar barındırmaktadır<sup>1</sup>.

Kanunda yapılan ikinci ayırım borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar ile borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar şeklindedir. Borsaya kote edilmiş nama yazılı pay ile neyin kastedildiği TTK’da belirtilmemiş olmakla birlikte, bu paylar organize bir piyasada alınıp satılan paylar olarak tanımlanabilir<sup>2</sup>. Bu paylar ile ilgili devirlere uygulanacak sınırlamalar TTK m. 495 ve devamı hükümlerde gerek bu payların kote edildikleri piyasada gerek bu piyasa dışında satımına uygulanacak şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu paylarla ilgili olarak da kanuni iktisap hâlleri düzenlenmiş olup doğalarının gerektirdiği istisnalara tâbi tutulmuştur. Yine bu düzenlemeler de çalışma konumuzun dışında kalmakla birlikte doktrinde izlenen yöntemin takibi ve konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bu hükümlerden de yeri geldikçe yararlanılacaktır. Bu vesileyle bağlam hükümleri arasındaki bütünlüğün gerektirdiği noktalarda borsaya kote hisselerle ilişkin olarak da kısa tartışmalara yer verilecektir.

Kanunun bağlama ilişkin hükümlerinden geriye kalanlar, borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylara uygulanacak rejimi düzenleyen TTK m. 493 ve m. 494 hükümleridir. Bu paylar da kanuni iktisap hâlleri ile birlikte esasen hukuki sebebi sözleşme olan devir hâllerini düzenlemektedir. Konunun bütünlük içerisinde incelenmesi ile doğru sonuçlara ulaşmanın mümkün olduğunun bilincinde, bu çalışmaya temel aldığımız hükümleri şu şekilde belirtebiliriz:

TTK m. 493/4<sup>3</sup> uyarınca “*Paylar; miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap edilmişlerse, şirket, payları edinen kişiye, sadece paylarını gerçek değeri ile devralmayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir.*”

TTK m. 494/2<sup>4</sup> uyarınca “*Payların miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap edilmeleri*

<sup>1</sup> Bu hususta bkz. **Necdet Uzel**, Esas Sözleşmesel Bağlam, 1. Baskı, İstanbul: XII Levha, 2013, s. 97, dn. 7. Burada yapılan tartışma hükmün emredici olup olmadığı temelinde, ortaklığa tanınan imkânlarla ilişkindir.

<sup>2</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Murat Yusuf Akın**, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 130 vd.

<sup>3</sup> İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK) m. 685b/4.

<sup>4</sup> İsvBK m. 685c/2.

*hâlinde, bunların mülkiyeti ve bunlardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin haklar derhâl; genel kurula katılma haklarıyla oy hakları ise ancak şirketin onayı ile birlikte devralana geçer.”*

Bu maddeler ile düzenlenmiş bulunan kanuni iktisap hâllerinde bağlam, doktrinde çeşitli noktalardan eleştirildiği gibi türlü soru ve sorunlara da kaynak gösterilmiştir. Aşağıda incelemeye çalışacağımız hususlar ise işte bu eleştiri ve sorular olacaktır.

## 2. Ortaya Çıkan Sorunlar

Bu hükümlerle ilgili olarak doktrinde tartışılan ilk husus, sayılan hâllerin sınırlı olup olmadığıdır. Her ne kadar bu konu İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bir karar ile sonuca bağlanmış gibi gözükse de kapsamın belirlenmesi ihtiyacı yine de güncelliğini korumaktadır.

İncelenmesi gereken ikinci nokta, gerçek değeri ile devralma önerisi karşısında, devralan kişinin ret hakkı bulunup bulunmadığıdır.

Ele alınması gereken son konu ise, kanuni iktisap ve akabinde gerçekleşen süreç sırasında hukuki etkilerin neler olduğu, özellikle payların mülkiyetinin kime, ne zaman, ne kapsamda geçtiği hususudur.

Şimdi bu hususlar, sırasıyla inceleme konusu yapılacaktır.

### B. Kanuni İktisap Hâllerinin Sınırlı Olup Olmadığı

Kanuni iktisap hâli kavramı açıklama talep eden, kapsamı tam belli olmayan bir kavramdır. Ayrıca bağlam hükümleri çerçevesinde, kanun koyucular tarafından kullanılmış bir terim olmayıp<sup>5</sup> doktrin tarafından hükmün *ratio legis*'ine uygun düştüğü kabulüyle ihdas edilmiştir.

#### 1. Kanunda Sayılan Hâller

TTK m. 493/4 miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri ve cebri icra hâllerini saymış; ayrıca sayımın niteliği konusunda bir bilgi vermemiştir.

Sayılanlar arasında miras, payların sahibi murisin ölüm ile hak ehliyetini kaybetmesi ve külli halefiyet ilkesi sebebiyle hakların bir bütün olarak

<sup>5</sup> Bu ifadenin İsviçre'de kanun değişikliği çalışmaları esnasında kullanıldığında dair bkz. Akın, s. 117, dn. 399.

mirasçılara geçmesi şeklindeki temel özellikleri ile kanuni iktisap hâllerine asli örneği oluşturmaktadır. Ancak bu yorum, kanuni etkinin belirlenmesinde işlevsel olsa da hükmün kapsamını belirlemede yetersiz kalmaktadır. Zira külli halefiyet ilkesinden ziyade pay sahibi ve devralanların yakınlığının dikkate alınması gerektiği de ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Cebri icranın kanun koyucu tarafından hükmün kapsamına alındığı da göz önünde bulundurulursa ne külli halefiyet ilkesinin ne de yakınlık derecesinin kapsamı belirlemede bir önemi kaldığından bahsedilebilecektir.

Bu mutlak olmaktan uzak durum ve maddede miras ile birlikte miras paylaşımının da sayıldığı<sup>7</sup> dikkate alınır, hükmün lafzi kapsamının belirlenmesinin bile kolay olmadığı anlaşılacaktır. Doktrinde kabul edilen, hükmün kapsamına giren ve mirasa ilişkin olan durumların geniş bir şekilde ele alınmasıdır; bu yönüyle mirasçı atama ve vasiyet yoluyla mal kazandırma hâlleri de hükmün kapsamında sayılacaktır. *Bozgeyik*, bu geniş yorumu kabul etmekle birlikte intikalın ölümüne bağlı tasarrufa dayandığı hâllerde tek taraflı olup olmadığının araştırılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>8</sup>. *Akın* da benzer bir sonuca ulaşmakta ve mülkiyetin devrinin ivazlı bir sözleşmeye dayandığı hâllerde iktisabın TTK m. 493/4 kapsamında kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>9</sup>. Buna göre, kanuni mirasçılar yanında mirasçı sıfatı ya da vasiyetname uyarınca belirli mal (olayımızda nama yazılı pay) üzerinde alacak hakkı kazanan kimseler, eğer ki bu kazanım karşılığında herhangi bir ivazda bulunmamış iseler, ancak bu takdirde TTK m. 493/4 kapsamında bir iktisapta bulunmuş kabul edilecektirler.

## 2. Ağırlıklı Görüş ve İsviçre Federal Mahkemesi Kararı

Kapsam ile ilgili diğer bir sorun ise, lafız dışında kalan hâllerin de TTK m.493/4'ün içerisine dâhil edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Bu soru İsviçre Federal Mahkemesi'nin 10 Mayıs 1983 tarihli Habib Bank kararı ile

<sup>6</sup> *Uzel*, s. 162, dn. 129.

<sup>7</sup> *Hayri Bozgeyik*, “Bağlı Nama Yazılı Payların Miras Yoluyla İntikalinde Satın Alma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, *BATİDER*, C. 25, S. 9, 2009, s 225. Yazar, miras paylaşımının ek olarak yazılmasının gerekli olmadığını, sadece miras kavramı ile de aynı sonucun sağlanacağını ifade etmektedir.

<sup>8</sup> *Bozgeyik*, s. 216.

<sup>9</sup> *Akın*, s. 118.

cevaplanmış, mahkeme birleşme işlemlerinin de kanuni iktisap hâllerinden sayılması gerektiğine hükmetmiştir<sup>10</sup>. Bu karar üzerine İsviçre doktrininde, birleşme örneği verilmek suretiyle, sayımın tüketici olmadığı ifade edilmiştir<sup>11</sup>. Türk hukuku bakımından da doktrin aynı sonuca ulaşmış bulunmaktadır<sup>12</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi'nin söz konusu kararda yaptığı çıkarım, birleşme işlemi sonucunda bir tüzel kişiliğin hak ehliyetini kaybettiği ve bu durumun ölüme benzer sonuçları olduğu şeklindedir. Bu sebeple Yüksek Mahkeme, mirası kapsamına alan bir düzenlemenin birleşmeyi de içermesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>13</sup>.

### 3. Kavram ve Kapsama Giren Hâller

Söz konusu karar ile sayımın tüketici olmadığı ve birleşmelerin TTK m. 493/4 kapsamında kabul edildiği ortaya konulmuş ise de maddenin kapsamı ve bu kapsamı ifade etmek için kullanılacak olan kavram hâlen haklı birer soru olarak varlıklarını korumaktadır. Cevap ise İsviçre ve Alman hukuklarında ayrı ayrı aranmalıdır.

#### a. İsviçre Hukukunda

İsviçre Hukukunda, birleşme yanında benzer özellik gösteren bölünme işlemlerinin ve diğer külli halefiyet hâllerinin, aynı şekilde malvarlığının devri işlemlerinin de madde kapsamında kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>14</sup>.

Saymak yerine nitelermeyi tercih eden başka yazarlar ise, İsvBK m. 685b/2 uyarınca (TTK m. 493/4) bahis konusu edilenin özel iktisap hâlleri

<sup>10</sup> BGE 109 II 130 - 139

<sup>11</sup> **Jacquemond Philippe / Camille Auberson**, "L'escape clause dans les ventes d'actions nominatives liées: Réflexions sur l'achat d'actions propres et la valeur réelle", *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, Zurich: Dike Verlag, 2014, s. 3/41 (swisslex) ve dn. 9'da sayılan yazarlar; **Françoise Martin**, *Sociétés Anonymes de Famille : Structure, Maintien et Optimisation de la Détention du Capital*, 2. Baskı, Zurich : Schulthess Juristische Medien, 2013 (swisslex), 2.1/13.

<sup>12</sup> **Akın**, s. 122; **Hasan Pulaşlı**, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 1494; **Uzel**, s. 169.

<sup>13</sup> **Akın**, s. 120; **Uzel**, s. 167.

<sup>14</sup> **Martin**, s. 1; **Uzel**, s. 163.

olduğunu belirtmektedirler<sup>15</sup>. Bu yazarlara göre, hakkın kendini gösterdiği kıymetli evrakın devri için gerekli işlemler gerçekleştirilmeksizin mülkiyetin devrinin mümkün olduğu hâller özel iktisap hâlleri olarak kabul edilebilecektir. Bu duruma örnek olarak ise yine birleşme ve bölünme işlemleri ile cebri icra verilmektedir.

Anlaşıldığı üzere, İsviçre Hukukunda da kullanılacak terim ve terimin kapsamı hususunda bir yeknesaklığa ulaşılabilmiş değildir<sup>16</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi konuyu hak ehliyetinin sona ermesi yönünden ele almış; ancak doktrin, devreden hukuk süjesinin hak ehliyeti sona ermese de bazı hukuki işlemlerin kapsam dâhilinde tasavvur edilebileceği görüşüne yönelmiştir. Mevcut durum göstermektedir ki kapsamın nihai tespiti için daha derin yüksek mahkeme kararlarına ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak şu nokta kesindir ki külli halefiyetin söz konusu olduğu işlemlerde devralan kimsenin şahsından öte devir saikleri hüküm sürdüğünden, bu hâllerin kanuni iktisap hâli olarak TTK m. 493 f. 4 kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir. Zira Alman Hukukundaki bağlam görüşleri de bu kabulü destekler niteliktedir.

## b. Alman Hukukunda

Alman Hukukunda bağlam, Aktiengesetz (AktG) § 68 Abs. 2 ile düzenlenmiş olup temelde İsviçre – Türk hukuku ile aynı mantığı içerse de farklı bir uygulamaya konu olmaktadır. Nama yazılı payların<sup>17</sup> devrini ortaklığın iznine bağlayan ve ret sebeplerinin esas sözleşme ile öngörülebileceğini ifade eden kanun hükmü, esasen aile şirketlerinin pay devri yoluyla yabancılaşmasını önlemek amacıyla konulmuş bulunmaktadır<sup>18</sup>. Bunun yanında yine, ödeme gücünün teminat altına alınması, istenmeyen bazı pay sahiplerinin ortaklıktan uzak tutulması gibi sebepler de hükme temel olmaktadır<sup>19</sup>. Öngörülme sebeplerindeki bu benzerlik sebebiyle olsa gerek Alman hukukunda da bağlam hükümlerinin kapsamı tartışma konusu edilmiştir. Doktrinde

<sup>15</sup> Jacquemond/Auberson, s. 3 vd.

<sup>16</sup> Jacquemond/Auberson, s. 3.

<sup>17</sup> Wolfgang Hölters, Aktiengesetz, 2. Baskı, München: C.H. Beck / Franz Vahlen, 2014, s. 386.

<sup>18</sup> Thomas Raiser/Rüdiger Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Baskı, München: Verlag Franz Vahlen, 2006, 2. 119.

<sup>19</sup> Uwe Hüffer, Aktiengesetz, Beck'sche Kurz Kommentar, 8. Baskı, München: Verlag C.H. Beck, 2008, s. 321.

çoğunluk görüşü, sözleşme temelli pay iktisaplarına bağlam hükümlerinin uygulanabileceği ve miras benzeri durumların bağlamın kapsamı dışında kaldığı yönündedir<sup>20</sup>. Burada ifade etmek isteriz ki AktG ile hukukumuzdaki ayrımlar yapılmadığı için § 68 Abs. 2 kapsamına girmeyen hâller herhangi bir sınırlama ile karşılaşmamaktadır. Yani, kaçış klozu benzeri bir imkân bu türde mülkiyet devirleri için getirilmiş değildir.

Alman hukukunda, yine İsviçre – Türk hukukuna benzer şekilde payların haczinde bağlam hükümlerinin uygulama bulmayacağı kabul edilmektedir<sup>21</sup>. Hatta daha geniş bir şekilde, mülkiyetin devrinin kanundan kaynaklandığı tüm hâllerin, halefiyet biçimi külli ya da cüzi olsun, bu kapsamda görüldüğü ve Aktg § 68 Abs. 2 kapsamı dışında kaldığı da ifade edilmektedir<sup>22</sup>.

Sonuç olarak anlaşılmaktadır ki, devrin kanundan kaynaklandığı hâllere bağlam hükümlerinin uygulanmayacağı hususu Alman doktrininde ağırlık kazanmış olmaktadır. Kanaatimizce bu geniş kabulün arkasında, bağlam hükümleri ile Alman anonim ortaklıklarına tanınan geniş ret yetkilerinin de payı vardır; ancak yine de hukuk sistemimizdeki sınırın çizilmesinde Alman doktrininin bu geniş kabulü de rol oynayacaktır.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki istisnalara sınırı ise yine dürüstlük kuralı çizecek, bağlam hükümlerini dolanmak adına yapılan işlemlere imkân tanınması MK 2 ile önlenecek-tir.

#### 4. Borsaya Kote Ortaklıklarda Durum

Her ne kadar konumuz borsaya kote olmayan ortaklıklar olarak belirlenmiş ise de benzerlikler ve dikkat çekici farklılıklar sebebiyle borsaya kote ortaklıklarda kanuni iktisaptan da bahsetmek gerekmektedir. Zira ilgili kanun hükmü ile “*Borsaya kote nama yazılı payların miras, mirasın payla-*

<sup>20</sup> **Raiser/Veil**, s. 122.

<sup>21</sup> **Karsten Schmidt/Markus Marcus (Hrsg)**, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Baskı, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 787.

<sup>22</sup> **Walter Bayer**, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Baskı, München: Verlag, C.H. Beck, 2008, s. 1670; **Hüffer**, s. 321; **Hölter**, s. 387. Türk hukukunda da istisnaları devrin külli veya kısmi halefiyet ilkesi gereği kanunen gerçekleştiği tüm hâller olarak kabul eden görüş için bkz. **Uzel**, s. 169. Ancak cebri icra ile ilgili olarak ulaşılan sonuç Alman hukukunda farklı olmaktadır. Cebri icra ile payları edinen kişiye karşı bağlam hükümlerinin ileri sürülmesi gerektiği ve ağırlıklı görüşün bu yönde olduğu yönünde bkz. **Hüffer**, s. 321.



*şımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisap edilmeleri hâllerinde, devralanın pay sahibi sıfatını alması reddedilemez.”* denilerek sonuçları farklı ancak kapsam bakımından benzerlikleri mevcut bir düzenleme getirilmiştir.

İsviçre doktrini bu benzerliği dikkate alarak, borsaya kote ortaklıklarda da sayımın tüketici olmayan, örnekleyici bir sayım olduğunu ifade etmektedir<sup>23</sup>. *Bieri*, aynı çıkarım borsaya kote olmayan ortaklıklar için de bir noktaya kadar geçerli olmak üzere, bağlam hükümlerinin anonim ortaklığın temel ilkelerine ters düşen bir kurum olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple yazar, bağlamın uygulama alanını sınırlandıran ve istisna alanını genişleten yorumların kanunun ruhuna da uygun olduğunu ifade etmekte<sup>24</sup> ve sonuç bakımından İsvBK m. 685c/2 ile m. 685d/3<sup>25</sup> arasında bir fark gözetmemektedir<sup>26</sup>.

Aynı şekilde *Böckli* de sayımın tüketici olmadığına işaret etmekte ve borsaya kote olmayan ortaklıklarda olduğu gibi burada da birleşme vb. külli halefiyet hâllerinin, daha doğrusu devrin kanunen gerçekleştiği hâllerin bağlama istisna olarak kapsam dışında kalacağını belirtmektedir<sup>27</sup>.

Türk ve İsviçre hukukları arasındaki ilgi çekici bir ayrılık, söz konusu maddenin<sup>28</sup> Türk versiyonunda cebri icra sayılmış iken İsviçre’de bu hükmün cebri icrayı içermemesidir. TTK’nın gerekçesinde cebri icradan iktisap varsayımının mehaz kanunda bulunmaması ile ilgili olarak “unutulmuş olmaktan kaynaklanan bir hata olduğu konusunda öğretici görüş birliği içindedir.” denilmiş ise de hem *Böckli* hem de *Bieri*, borsaya kote ortaklıkların nama yazılı paylarının cebri icra yolu ile iktisabının istisna kabul edilemeyeceği ve bağlam kapsamında değerlendirileceği görüşündedirler<sup>29</sup>. *Bieri* ayrıca konunun doktrinde tartışmalı olduğunu belirtmekte ve muhtelif yazarların

23 **Adrian Bieri**, Statutarische Beschränkungen des Stimmrechts bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien, Zurich: Dike Verlag, 2011, s. 212.

24 **Bieri**, s. 214.

25 TTK m. 494/2 ile m. 495/3.

26 **Bieri**, s. 215.

27 **Peter Böckli**, Schweizer Aktienrecht, 4. Baskı, Zurich: Schulthess Juristische Medien, 2009, s. 687.

28 İsvBK m. 685/3 – TTK m. 495/3.

29 **Böckli**, s. 686; **Bieri**, s. 226.

destekledikleri görüşü bildirmektedir<sup>30</sup>; bu verilere göre doktrinde bir görüş birliği olduğunu iddia etmek zor görünmektedir.

## C. Payları Edinen Kişinin Satın Alma Teklifini Ret İmkânı

### 1. Ortaklığa Tanınan Hak – Escape Clause (Kaçış Klozu)

TTK m. 493/4 ile ortaklığa tanınan ve bağlı nama yazılı hisselerin kanuni iktisap hâllerinden birisi yoluyla edinilmesi durumunda müdahale şansı veren tek imkân, *escape clause* ile payların devralınmasıdır<sup>31</sup>.

Bilindiği üzere kanuni iktisap hâllerinde mülkiyetin geçişi, ortaklığın onayına bağlanmış değildir; kanuni devir hâlinin vuku bulması ile pay sahipliği sıfatının el değiştirdiğinin kabulü gerekmektedir. Zira kanun koyucu da iktisap ile hakların derhal geçtiğini TTK m. 494/2 ile esasen kabul etmiştir. Ancak bu duruma rağmen, ortaklığa payları devralan kişinin ortaklık üzerinde herhangi bir güce sahip olmamasını sağlayabilme adına bazı imkânlar tanınması uygun görülmüş olacak ki kaçış klozu bu şekildeki devirler için de öngörülmüş bulunmaktadır.

## 2. Hakkın Kullanımı

### a. Genel Olarak

*Akın* tarafından da ifade edildiği üzere, kanuni iktisap hâllerinde kaçış klozu ile ilgili kurallar, aşağıda tartışa geleceğimiz hakların geçişi hususu istisna kalmak üzere, TTK m. 493'ün diğer hükümleri ile getirilen ve sözleşmesel temelde gerçekleşen devirlere uygulanan kuralların aynısıdır<sup>32</sup>.

Bu özdeşlik sebebiyle ayrı bir çalışmaya konu edilebilecek olan *escape clause* ile ilgili detaylara burada girmeyecek; belirlediğimiz sınırlar içerisinde karşılaşılan sorunları konu edineceğiz. Bu hususta ise hakların geçişindeki farklılıktan kaynaklanan bazı tartışma noktaları su yüzüne çıkmaktadır.

<sup>30</sup> **Bieri**, s. 223, dn. 810. Bu dipnota göre, Böckli, Kläy, Lorandi ve Meyer bağlamın geçerli olduğu görüşündeler iken Gehrler, Kunz, Oertle/du Pasquier cebri icra hâlinin de istisna kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedirler.

<sup>31</sup> **Akın**, s. 122.

<sup>32</sup> **Akın**, s. 122.

## b. Başvurma Zorunluluğu Olup Olmadığı Sorusu

TTK m. 493/1, kaçış klozu uyarınca dikkate alınan gerçek değer başvurma anındaki gerçek değer olduğunu ifade etmektedir. TTK m. 493/4 ile getirilen sistemde ise başvurma anı ile ilgili bir vurgu yapılmamış ise de kanuni iktisap hâllerinde gerçekleşecek uygulamanın da madde uyarınca getirilmiş kurallara bağlı olduğu kabul edildiğinden hükümde herhangi bir eksiklik olduğundan bahsedilemeyecektir.

Bununla birlikte kanuni iktisap hâllerine ilişkin olarak sorulması gereken bir başka soru vardır ki o da devralan kişi ortaklığa başvuruda bulunmadığı takdirde ne olacağı sorusudur.

Bu sorunun ilk fıkra kapsamındaki devirlerde değer taşımadığı kuşkusuz kabul edilebilir; zira birlik teorisinin kabul edildiği noktada onay olmaksızın herhangi bir mülkiyet geçişi söz konusu değildir<sup>33</sup>. Ancak çalışmamızın devamında da detaylandırılacağı üzere, TTK m. 493/4 kapsamında gerçekleşen devirlerde nama yazılı payların maliki değişmektedir. Bu sebeple başvuruda bulunulmadığı takdirde ortaklığın hangi imkânlara sahip olduğunun sorulması gerekmektedir.

Özellikle payların miras yoluyla geçtiği ihtimâlde, ortaklık kayıtları hak ehliyetini kaybetmiş bir kimseyi pay sahibi olarak göstermeye devam edeceğinden, oydan yoksun pay benzeri bir durumla karşılaşılacak, yönetsel haklarının kullanımı mümkün olmayan, malikleri ortaklık nezdinde belirlenmemiş paylar söz konusu olacaktır. Ölüm ile hak ehliyetini kaybetmiş bir kimseye ait imiş gibi gözükten “hayalet paylar”, belki de şirketin elindeki tek imkân olan *escape clause*'un kullanılamayacağı<sup>34</sup> bir anı bekleyen maliklerin hâkimiyeti altında bulunmaktadır. Aynı şekilde cebri icra ile devri gerçekleşen paylarda da<sup>35</sup> pay defteri ile gerçek durum arasındaki farklılıklar sebebiyle, tasarruf yetkisi olmayan kimseler ile işlem yapanların mağdur olması gündeme gelebilecektir.

<sup>33</sup> Bu konuda bkz. Akın, s. 112 vd.

<sup>34</sup> Ekonomik vb. sebepler dolayısı ile.

<sup>35</sup> Her ne kadar İcra ve İflas Kanunu'nun pay hazine ilişkin hükümleri uyarınca bu durumun oluşması mümkün gözükmesine de, kayıt tutmada yaşanan eksiklik ya da başarısızlıklar sebebiyle bu durumun gerçekleşmesi de istisnaen ihtimal dâhilindedir.

Kanaatimizce, buradaki boşluğun doldurulması ve kötü niyetli ya da ihmalkâr devralanlara ortaklıkça payların gerçek değeri üzerinden alımı yönünde bir teklif götürülmesi mümkün olmalıdır. Devralanların bu teklife olumlu yaklaşması hâlinde herhangi bir sorun yoktur. Ancak ihtilaf çıktığı durumlarda mahkemelerin kaçış klozunun kullanılma şartlarının varlığını<sup>36</sup> tartışmaları gerekecektir ki bu durum bir hakkaniyet dengesi sağlayacağından kanaatimizce başvurudan önce ortaklıkça harekete geçilmiş olmasının tehlikelerini de ortadan kaldıracaktır.

Şüphesiz ki buradaki en büyük sorun gerçek değerın tespitinde hangi anın esas alınacağı olmaktadır. Zira payların değerinde dalgalanma yaşandığı ihtimallerde ortaklık ya da devralanlar için başvurma/teklif anı stratejilere konu edilebilir bir hususa dönüşecektir. Burada en uygun çözüme mahkemece, kanuni devrin gerçekleştiği an ile ortaklıkça teklifin yapıldığı an arasındaki değerler dikkate alınarak karar verilmesi ile ulaşılabileceği kanaatinde olduğumuzu ve hatta bu sürecin ortalama değerinin alınmasının tarafımıza hakkaniyetli gözüktüğünü belirtmekle yetineceğiz.

### 3. Payları Edinen Kişiy Tanınan Haklar

Kanuni iktisabın akabinde kaçış klozunun kullanılması durumunda, devralan kimsenin hangi haklara sahip olduğunun da sorulması gerekmektedir. Temelde devralanın, TTK m. 493 ve 494 ile sağlanan haklara sahip olduğu, yani gerçek değerın tespitini mahkemeden isteyebileceği, şirketin başvuruyu 3 ay içerisinde reddetmemesi hâlinde pay sahipliğine onay verdiğini kabul edebileceği ifade edilmektedir<sup>37</sup>. Ancak en önemli noktada, devralanın teklifi reddetme hakkı bulunup bulunmadığı noktasında doktrinde ayrık görüşler bulunmaktadır.

Ağırlıklı görüş, devralanın da paylarını sözleşme ile devretmeye çalışmış olan malik gibi bu teklifi reddetmeyi seçebileceği yönündedir<sup>38</sup>. Ancak söz konusu ihtimalde paylar devreden kimsede kalamayacağı için, hakların

<sup>36</sup> Ortaklığın *escape clause* temelinde hareket ederken özen yükümü ile sadakat borcu, eşit işlem ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağını gözetmesi gerektiği yönünde bkz. **Akın**, s. 78 vd.

<sup>37</sup> **Akın**, s. 123.

<sup>38</sup> **Matthias Oertle/Shelby du Pasquier**, Basler Kommentar: Obligationenrecht II, 4. Baskı, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, s. 777; **Martin**, s. 162.

kime ne oranda geçtiği sorununa da bu görüş taraftarlarınca cevap verilmesi gerekmektedir. Bu konuda verilen cevap, satın alma teklifinin reddedilmesi ile oy hakkından yoksun pay sahiplerinin<sup>39</sup>, yani oydan yoksun payların doğacağıdır<sup>40</sup>.

*Akın* ise konumuz olan TTK m. 493/4 kapsamındaki hâllerde ortaklığın satın alma teklifinin devralan kimsece reddinin mümkün olmaması gerektiği kanaatindedir<sup>41</sup>. Yazara göre ret imkânının tanınması hâlinde, ortaklığa tanınmış tek imkân anlamsızlaşacak ve pay sahibi çevresinin istem dışı değişmesi söz konusu olacaktır. Ortaklığın onayını esirgemesi ile de oy hakkı kullanılamayan, oydan yoksun paylar gündeme gelecek ve oranları artıkça bu payların varlığı ortaklığın menfaatini zedeleyen bir sonuca yönelecektir<sup>42</sup>. Bu durumun ise kanun koyucunun iradesine aykırı bir durum yarattığı düşünülmektedir.

Temelde yukarıda ifade edilen iki sebeple yazar, kanuni iktisap hâlinde devralan kimseye bir kabul zorunluluğu yüklemiştir; gerçek değer üzerinde anlaşılabilmesi hâlinde mahkemeye başvurma hakkı ise elbette saklıdır.

Kanaatimizce de kanuni iktisap hâllerinin gerektirdiği ayrık düzenlemeler çerçeve-sinde ortaklığa pay sahipliği çevresini, geçerli olan temel hukuk ilkeleri ışığında, koruma imkânı verilmelidir. Bu imkânın ise içi boş bir şekilde tanınmaması, etkililik barındırması gerektiği kuşkusuzdur. Bu noktada ortaklık menfaatlerinin kanuni devir hâlinde oydan yoksun payların ortaya çıkmamasına yönelik olduğu da dikkate alınırsa teklifi kabul zorunluluğunun getirilmesi kanaatimizce anlamlıdır.

Burada dikkat etmek gerekir ki aksi kabulde kullanılamayacak olan sadece oy hakkı değil, oy hakkını da içeren daha geniş bir kapsama işaret eden yönetsel haklardır. Bu hakları kullanamayan pay sahiplerinin sayısal artışı ise kontrol mekanizması gibi önemli korporatif yapı taşlarını işlevsizleştiriecektir. Bu nokta da dikkate alındığında neden ortaklığa daha geniş bir imkân verildiği ve devralana teklifi kabul etme yükümlülüğü getirildiği daha kolay anlaşılacaktır.

<sup>39</sup> Böckli, s. 747; Martin, s. 162.

<sup>40</sup> Uzel, s. 159.

<sup>41</sup> Akın, s. 76, s. 125.

<sup>42</sup> Akın, s. 76.

## D. Kanuni İktisabın Hukuki Etkisi Ve Niteliği

Doktrinde yine tartışılan ve bu makalede ele alacağımız son konu, TTK m. 494/2 hükmüne nasıl bir anlam yükletilmesi gerektiğine ilişkindir. Madde hükmü şu şekildedir: “*Payların miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cibrî icra gereği iktisap edilmeleri hâlinde, bunların mülkiyeti ve bunlardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin haklar derhâl; genel kurula katılma haklarıyla oy hakları ise ancak şirketin onayı ile birlikte devralana geçer.*”

### 1. Kanunun Lafzi Yorumu

Amaçsal yorum devreye sokulmaksızın kanun maddesi olduğu gibi kabul edildiği takdirde, kanun koyucunun bir kısım hakkın kanuni devir işleminin gerçekleşmesi ile, bir kısım hakkın ise ortaklığın onayı ile geçmesine hükmettiği sonucuna ulaşılabilir. Bu sonuç ise birlik teorisinin kabul edildiği bağlam sisteminde bölünme teorisinin kendine yer edindiği anlamına gelecektir<sup>43</sup>. Ancak böylesi düz bir kabulün kanunun sistemi ile uyum içerisinde bulunmadığı hemen tüm yazarlarca kabul edilmektedir. Bu yazarların görüşlerine aşağıda değinilecek ve kanunun lafzi yorumunun bizce neden kabul edilmemesi gerektiği açıklanmaya çalışılacaktır.

İncelenmesi gereken diğer bir husus, hangi hakların geçişi ile ilgili bir tartışma bulunduğu; yani mezkûr hükmün şirketin onayı ile birlikte geçeceğini ifade ettiği hakların kapsamı hususudur. Kanun maddesinde “*genel kurula katılma haklarıyla oy hakları*” denilmiş, bu yönüyle kapsamı daha geniş belirleyen mehz İsvBK’den<sup>44</sup> ayrılmıştır. İsviçre hukukunda kapsam ile ilgili olarak oy hakkı dışında, genel kurulu çağırma ve gündemi belirleme hakkı, bilgi alma hakkı gibi pay sahipliğinden kaynaklanan ve genel kurul dışında kullanılan korporatif hakların da kapsam dâhilinde kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>45</sup>.

Kanaatimizce Türk hukuku için de kapsam belirlenirken lafız ile bağlı kalınmamalı ve hükmü anlamlandırarak şekilde korporatif hakların “*genel kurula katılma haklarıyla oy hakları*” kavramı ile ifade edilmek istenenden

<sup>43</sup> Akın, s. 123. Bölünme teorisi ile ilgili bilgi için bkz. **Pulaşlı**, s. 1535; **Akın**, s. 15.

<sup>44</sup> Mehz kanunda “Mitwirkungsrechte” / “les droits sociaux” terimleri ile yönetim ve katılım haklarını kapsayan daha geniş bir kavrama yer verilmiştir.

<sup>45</sup> **Jacquemond/Auberson**, s. 348, dn. 11.

daha geniş bir kapsamda hükme konu edildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Zira bağlam hükümlerinin temel amacının pay sahipleri çevresinin mevcut düzenini korumak olduğu hatırlanırsa, ortaklık onayı olmaksızın oy hakkını kullanamayan bir kimsenin pay alma hakkını da kullanamayacağını kabul etmek gerekmektedir.

## 2. Konuyla İlgili Doktrin Görüşleri

Türk hukukunda bazı yazarların bu durumu gerçek bir bölünme olarak nitelendirdikleri<sup>46</sup>, diğer bazı yazarların ise hakların geçişinin askıda kaldığını ve bu durumun birlik teorisinden fire vermek anlamına geldiğini ifade ettikleri<sup>47</sup> görülmektedir. Ancak bu görüşlere rağmen İsviçre – Türk doktrininde ağırlık kazanan görüşün aksi kanaati içerdiği<sup>48</sup>, paylaştığımız ve paylaşacağımız görüşler ışığında, fark edilecektir. Öyle ki doktrininde bazı yazarlar, kötü bir şekilde kaleme alınan ve çelişkiler içeren söz konusu hükmün, kanun değişikliği planlarında kendisine yer bulamamış olmasını pişmanlık duyulabilecek bir olgu olarak kabul etmektedirler<sup>49</sup>.

*Akın*, bölünme teorisi benzeri bir sonucun kanunun getirdiği sisteme kesinlikle uymayacağını belirterek, kanuni devir hâlinin gerçekleşmesi ile paydan doğan tüm hakların geçtiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak yönetsel hakların kullanımı, Kanunun bu yöndeki tercihi uyarınca, ortaklığın onayı sonrası mümkün olacaktır<sup>50</sup>.

*Uzel'e* göre de hükmün ifadesinin hatalı olduğunun ve tüm hakların devralana intikal edeceğinin kabulü daha yerinde olmaktadır<sup>51</sup>. Yazarların ifade ettikleri üzere Kanun, birlik teorisini temel almıştır ve lafzın tartışmasız bir şekilde kabulü, bu temelleri sarsacaktır.

Aynı temelin bilincinde olan *Böckli* de, mevcut hâlin bir bölünmeye yol açtığını ifade etse de bu bölünmenin İsvBK'nin değişiklik öncesinde içerdiği

<sup>46</sup> **Pulaşlı**, s. 1542.

<sup>47</sup> **Tekinalp**, s. 131.

<sup>48</sup> **Akın**, s. 123 vd.; **Uzel**, s. 52.

<sup>49</sup> **Rita Trigo Trindade**, Révision(s) du droit de la société anonyme et du droit comptable; Présentation générale, la révision du droit de la société anonyme, Lausanne, CEDIDAC, 2008, s. 7.

<sup>50</sup> **Akın**, s. 124.

<sup>51</sup> **Uzel**, s. 52, dn. 61.

bölünme teorisiyle alakası olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca yazarın pay sahipliği haklarının daima bir kimseye ait olacağı şeklindeki görüşü<sup>52</sup>, miras uyarınca iktisapta bir tarafın hak ehliyetinin sona erdiği gerçeği ile birlikte düşünülürse, hakların geçtiği ancak kullanımının sınırlandırıldığı şeklindeki görüş daha sağlam temellere sahip gözükmektedir. Zira diğer bazı yazarlarca da iddia edildiği üzere, kanuni iktisap hâlinde askıda olan, hakların kullanılmasındadır<sup>53</sup>. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, hakların devri askıda olmayıp gerçekleşmekte, bu haklardan istifade imkânı ise onaya kadar askıda kalmaktadır.

### 3. Kanaatimiz

Borsaya kote olmayan şirketlerde bağlamı düzenlerken kanun koyucunun belli bir tercihte bulunduğu ve birlik teorisini takip etmeyi seçtiği tartışmasızdır. Bu seçimin doğru olup olmadığı temelde hukuk politikası ile alakalı olmakla birlikte pay sahiplerinin çevresini korumayı amaçlayan bir kurumun işlevselliği için kanımızca da doğru tercih birlik teorisi olmaktadır.

Bu kabulün akabinde, kanuni iktisap hâlleri için istisnai bir düzenlemenin getirildiği ve bölünme teorisine geri dönüldüğü, anlamsız bir çıkarım olarak gözükmektedir. Kanun hükümlerinin bütünlüğünün yanında, oydan yoksun payların yaratılmasında ya da hak ehliyeti olmayan kimselerin türlü haklara ehil görülmesinde kendini gösteren ilkesel aykırılık da çözümün ilgili hükmün yorumlanmasında yattığını ortaya koymaktadır.

Bu sebeple biz de lafzın Kanunun ve özellikle ilgili maddelerin ruhuna uygun bir şekilde dikkate alınması gerektiğini ve hakların kanuni devir ile tamamen geçtiğini, ancak bazı hakların faaliyete konu edilmelerinin şirketin onayına bağlı olduğunu kabul etmekteyiz. Bu yöntem ile, pay sahiplerinin kimler olduğu ve daha da önemlisi pay sahipliği haklarının hangi anda kime ait olduğu daha sağlıklı bir şekilde ortaya koyulabilmekte; bunun yanında uygulamada rastlanılması muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilmesi de mümkün olmaktadır.

<sup>52</sup> Böckli, s. 747.

<sup>53</sup> Jacquemond/Auberson, s. 347.



## Sonuç

Kanuni iktisaplar incelendiğinde, ilk olarak, TTK m. 493/4 ile sayılan hâllerin sınırlı sayıda olmadığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, özellikle de İsviçre Federal Mahkemesi kararları etkisinde, başta birleşme ve devralma hâlleri olmak üzere, tarafların özgür irade ile kurdukları bir pay devri sözleşmesini temel almayan, külli ya da cüzi halefiyet hâline konu kanuni devir işlemleri, maddede sayılan işlemler ile sınırlı olmaksızın konumuz kapsamında sayılmaktadır.

İkinci olarak *kaçış klozu* kullanıldığı vakit, devralan kişinin ortaklığın teklifini reddetmek imkânı olup olmadığı sorusunu sormaktayız ki bu soruya cevabımız olumsuz olmaktadır. Her ne kadar devralan kimse maddede sayılan imkânlardan, örnek olarak gerçek değeri mahkemeye tespit ettirme imkânından yararlanabilecek ise de teklifi reddetmesi ve oydan yoksun paylara sahip olması, kanaatimizce mümkün olmayacaktır.

Çalışmamız dâhilinde incelenen son husus, devrin kanuni etkisiyle ilgili görüşler olup netice itibariyle kabulümüz, kanuni iktisap ile birlikte paydan doğan tüm hakların devralana geçtiği yönündedir. Ancak bununla birlikte, genel kurula katılma hakkı ve oy hakkı ile birlikte diğer yönetsel hakların devralan tarafından kullanılması, ancak ortaklığın onayı ile mümkün olacaktır.

Çalışmamız kapsamında incelemeye çalıştığımız noktalar bunlar olmakla birlikte, ilk bakışta anlaşılamayan değeriyle kanuni iktisap hâllerinin daha derin bir araştırmayı hak ettiğini ve daha birçok zorlu tartışma barındırdığını itiraf etmekteyiz.

**KISALTMALAR**

<b>Abs.</b>	: Absatz
<b>AktG</b>	: Aktiengesetz
<b>f.</b>	: Fıkra
<b>bkz.</b>	: Bakınız
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>İsvBK</b>	: İsviçre Borçlar Kanunu
<b>m.</b>	: Madde
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>sy.</b>	: Sayılı
<b>vb.</b>	: Ve benzeri
<b>vd.</b>	: Ve devamı
<b>TTK</b>	: 6102 sy. Türk Ticaret Kanunu

**KAYNAKÇA**

- Akın, Murat Yusuf. **Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler**. 2. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Bieri, Adrian. **Statutarische Beschränkungen des Stimmrechts bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien**. Zurich: Dike Verlag, 2011.
- Bozgeyik, Hayri. “Bağlı Nama Yazılı Payların Miras Yoluyla İntikalinde Satın Alma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar”. **Batider**. C. 25, S. 9, 2009, ss. 211 – 226.
- Böckli, Peter. **Schweizer Aktienrecht**. 4. Baskı. Zurich: Schulthess Juristische Medien, 2009.
- Hölters, Wolfgang. **Aktiengesetz**. 2. Baskı. München: C.H. Beck / Franz Vahlen, 2014.
- Hüffer, Uwe. **Aktiengesetz, Beck’sche Kurz Kommentar**. 8. Baskı. München: Verlag C.H. Beck, 2008.
- Jacquemond, Philippe / Auberson, Camille. “L’escape clause dans les ventes d’actions nominatives liées: Réflexions sur l’achat d’actions propres et la valeur réelle”, **Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**. Zurich: Dike Verlag, 2014.
- Martin, Françoise. **Société anonymes de famille: Structure, Maintien et Optimisation de la détention du capital**. 2. Baskı. Zurich: Schulthess Juristische Medien, 2013.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. 3. Baskı. München: Verlag C.H. Beck, 2008.
- Oertle, Matthias / du Pasquier, Shelby. **Basler Kommentar: Obligationenrecht II**. 4. Baskı. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012.
- Pichler, Markus. “Familienunternehmen im Nachlass – Aufgaben und Rechtsstellung des Willensvollstreckers”. **Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht**. 3/2012 s. 16.
- Pulaşlı, Hasan. **Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II**. 1. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Raiser, Thomas / Veil, Rüdiger. **Recht der Kapitalgesellschaften**. 4. Baskı. München: Verlag Franz Vahlen, 2006.
- Schmidt, Karsten / Marcus, Markus (Hrsg). **Kommentar zum Aktiengesetz**. 2. Baskı. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010.

Tekinalp, Ünal. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**. 3. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

Trigo Trindade, Rita. **Révision(s) du droit de la société anonyme et du droit comptable; Présentation générale**, La Révision du Droit de la Société Anonyme. Lausanne: CEDIDAC, 2008.

Uzel, Necdet. **Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam**. 1. Baskı. İstanbul: XII Levha, 2013.

**Jacquemond/Auberson**, s. 347.